

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ARAMA VE ELKOYMA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Meltem Deniz KARAPAZAR

1504010065

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Programı: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. iur. Öğr. Üyesi Özdem ÖZAYDIN

TEMMUZ 2021

T.C.
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ARAMA VE ELKOYMA

YÜKSEK LİSANS TEZİ
Meltem Deniz KARAPAZAR
1504010065

Anabilim Dalı: Kamu Hukuku

Program: Kamu Hukuku

Tez Danışmanı: Dr. iur. Öğr. Üyesi Özdem ÖZAYDIN

Jüri Üyeleri: Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER

Dr. Öğr. Üyesi Efser ERDEN TÜTÜNCÜ

TEMMUZ 2021

ÖNSÖZ.....	viii
KISALTMALAR	ix
ÖZET.....	xi
ABSTRACT	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAMA

I. ARAMA KAVRAMI	5
A. Terim ve Tanım.....	5
B. Tarihsel Gelişim	5
C. Hukuki Nitelik.....	6
II. ADLİ ARAMA	8
A. Tanımı ve Amacı	8
B. Adli Aramaya Tabi Kişiler.....	9
1. Şüpheli, Sanık ve Diğer Kişiler.....	9
2. Aramada Özellik Gösterilen Kişiler.....	10
a. Avukatlar	10
b. Hâkimler ve Savcılar	13
c. Diplomatlar	14
C. Adli Arama Yapılabilmesinin Şartları.....	15
1. Makul Şüphe	15
2. Hâkim Kararı veya Yetkili Mercinin Yazılı Emri.....	17
D. Adli Arama Talebi ve Arama Kararı.....	24
1. Adli Aramanın Talep Edilmesi	24
2. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal	25
3. Cumhuriyet Savcısına Ulaşılamayan Haller	26
4. Arama Kararının veya Yazılı Emrin Verilmesi	26

E. Adli Aramanın İcrası.....	29
1. Aramanın Zamanı	29
2. Arama Yapılacak Yere İlişkin Koşullar.....	32
a. Üstte Arama	32
b. Eşyada Arama	34
c. Konutta Arama.....	35
d. İşyerinde Arama.....	41
e. Araçta Arama.....	44
3. Arama Sırasında Hazır Bulunabilecek Kişiler	45
4. Aramanın Sonlandırılması	47
a. Adli Arama Tutanağı	47
b. Arama Sonunda Verilecek Belge.....	48
c. Belge ve Kâğıtları İnceleme Yetkisi	48
F. Tesadüfen Elde Edilen Deliller	49
G. Bilgisayarlarda ve Bilgisayar Kütüklerinde Adli Arama	50
III. ÖNLEME ARAMASI.....	58
A. Tanımı ve Amacı	58
B. Önleme Araması Talebi ve Kararı.....	59
1. Hâkimden Önleme Araması Talep Edilmesi.....	59
2. Mülki Amirin Yazılı Emir Verebilmesi	60
3. Kararın veya Yazılı Emrin Yerine Getirilmesi	63
C. Önleme Araması Kararının Gerekmediği Haller.....	67
1. Tehlikeyi Önleme Amacıyla Yapılan Aramalar	67
2. AÖAY’de Belirtilen İstisnalar	69
D. Elde Edilen Belge ve Bulgular ile Yakalanan Şüpheliler	71
E. Önleme Aramasının Yapıldığı Diğer Yerler	75
1. Dernek, Siyasi Parti ve Sendika	75
2. Havalimanı	76

3. Spor Müsabakalarının Yapıldığı Yerler	77
4. Ceza İnfaz Kurumları	79
5. Nezarethane	82
F. Denetim, Durdurma ve Kontrol	82
IV. HUKUKA AYKIRI ARAMA	86
A. Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Kullanılamaması.....	86
1. Hukuka Aykırı Delilin Değerlendirilmesine İlişkin Yaklaşımlar	87
a. Esnek Yaklaşım	87
b. Kesin Kabul Yaklaşımı	88
c. Kesin Ret Yaklaşımı	88
2. Özel Kişilerce Elde Edilen Delillerin Durumu	90
3. Hukuka Aykırı Delilin Uzak Etkisi.....	91
4. Hukuka Aykırı Delilin Sanık Lehine Olması	92
5. Hukuka Aykırı Delilin Dosyadan Çıkarılması Sorunu	93
B. Hukuka Aykırı Aramanın Suç Oluşturması	96
C. Hukuka Aykırı Aramanın Tazminat Sorumluluğu Doğurması	101
1. Arama Kararının Ölçüsüz Şekilde Gerçekleştirilmesi Nedeniyle Tazminat.	101
2. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	105
3. Maddi ve Manevi Tazminat Talebinde Bulunulması.....	107
4. Faiz Talebi.....	108
5. Tazminatın Geri Alınması ve Rücu.....	109

İKİNCİ BÖLÜM

ELKOYMA

I. ELKOYMA KAVRAMI	111
A. Terim ve Tanım.....	111
B. Tarihsel Gelişim	111
C. Hukuki Nitelik.....	112

II. GENEL BİLGİ.....	114
III. ELKOYMA İLE MUHAFAZA ALTINA ALMA ARASINDAKİ FARKLAR.....	115
IV. ELKOYMA İLE MÜSADERE ARASINDAKİ FARKLAR	120
V. ELKOYMAYA MARUZ KALAN KİŞİLER	121
VI. ELKOYMANIN ŞARTLARI	122
A. Şüphe Bakımından.....	122
B. Suç Bakımından	124
C. Kişi Bakımından	125
D. Madde Bakımından	125
E. Elkoyma Yasağı ve Bu Kapsamdaki Eşyalar	125
1. Elkoysunamayacak Belge ve Mektuplar	126
2. Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgeler	128
3. Basımevi ve Eklentileri ile Basın Araçları.....	129
F. Elkoyma Kararı veya Emri.....	129
1. Hâkim Kararı.....	129
2. Cumhuriyet Savcısının veya Kolluk Amirinin Yazılı Emri	131
3. Elkoyma Kararına İtiraz	135
VII.ELKOYMANIN ÇEŞİTLERİ	137
A. Basit Elkoyma	137
B. Özel Elkoyma	139
1. Askeri Mahalde Elkoyma.....	139
2. Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma	140
3. Postada Elkoyma	147
4. Şirket Yönetimi için Kayyım Tayini.....	158
5. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Elkoyma	167
6. Avukat Bürolarında Elkoyma.....	174

7. Kaçaklara İlişkin Elkoyma	177
VIII. ELKONULAN EŞYANIN MUHAFAZASI VEYA ELDEN ÇIKARILMASI.....	178
IX. ELKOYMANIN SONA ERMESİ	180
A. Eşyanın İadesi	180
B. Eşyanın Müsadere Edilmesi.....	183
X. HUKUKA AYKIRI ELKOYMA	187
A. Hukuka Aykırı Elkoyma Halleri	187
B. Hukuka Aykırı Elkoymanın Hukuki Sonuçları	190
1. Eşyanın Delil Değerini Kaybetmesi	190
2. Ceza Sorumluluğu	191
3. Tazminat Sorumluluğu.....	193
SONUÇ.....	199
KAYNAKÇA	208

ÖNSÖZ

Bu tez çalışmasında ceza muhakemesi hukuku koruma tedbirlerinden iki önemli tedbir olan arama ve elkoyma üstünde çalışılmıştır. Çalışma sırasında tespit edilen eksiklik ve tartışmaların açıklanmasında Anayasa, ilgili mevzuat, yargı kararları ve doktrinden yararlanılmıştır.

Bilgi ve tecrübesiyle tez konumun belirlenmesi aşamasından itibaren tez çalışmamın kabulüne kadar geçen bu süreçte, bütün ilgi ve alakasıyla bana her zaman destek olan saygıdeğer hocam Dr. Öğr. Üyesi Özdem ÖZAYDIN'a teşekkürlerimi sunarım.

Meltem Deniz KARAPAZAR

Temmuz 2021

KISALTMALAR

AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akt.	:Aktaran
AÖAY	:Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
AvK	:Avukatlık Kanunu
C.	:Cilt
C.	:Cumhuriyet
CD	:Ceza Dairesi
CGK	:Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	:Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	:Ceza Muhakemesi Kanunu
D.E.Ü.	:Dokuz Eylül Üniversitesi
E	:Esas
Fak.	:Fakülte
GBT	:Genel Bilgi Tarama
HAGB	:Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması
HMK	:Hukuk Muhakemesi Kanunu
İnÜHFD	:İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K	:Karar
KT	:Karar Tarihi
m.	:madde
no.	:numara
p.	:page
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
s.	:sayfa
s.	:sayılı
SEY	:Suç Eşyası Yönetmeliği
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
TCK	:Türk Ceza Kanunu
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TTK	:Türk Ticaret Kanunu

Üni

:Üni

vb.

:ve benzeri

vs.

:vesaire



ÖZET

Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma isimli tez çalışmamızda ceza muhakemesi açısından çok önemli bulduğumuz iki koruma tedbiri, birbirleri arasındaki bağ da göz önüne alınarak çalışmaya esas alınmıştır. Çalışma sırasında kanunlardan, yönetmeliklerden ve yargı kararları ile doktrinden yararlanılmıştır.

Çalışmada öncelikle Arama ve Elkoyma hakkında açıklamalarda bulunulmuş, arama ve elkoymaya hakim olan ilkeler açıklanmıştır. Arama tedbiri adli arama ve önleme araması olarak ayrı ayrı açıklanmış, ardından da hukuka aykırı aramanın anlatımı yapılmıştır. Arama tedbirinin anlatımı sonrasında Elkoyma tedbiri açıklanmış, öncelikle genel olarak Elkoymadan bahsedilmiş, ardından Basit ve Özel Elkoyma türleri açıklanmıştır. Son olarak ise hukuka aykırı elkoyma ele alınmıştır.

Çalışmamızdaki amaç, Arama ve Elkoyma tedbirlerini öncelikle kanunlar, daha sonra ise tartışmalı veya eksik görülen hususlar çerçevesinde ele alarak kusurlu veya eksik görülen hususlarda çözüm yolu üretilmesi için katkıda bulunmaktır.

Anahtar Sözcükler: Arama, Elkoyma, Koruma Tedbirleri, Hukuka Aykırı Arama, Hukuka Aykırı Elkoyma

ABSTRACT

In our thesis named Search and Seizure in Criminal Procedure Law, two protection measures that we find very important in terms of criminal procedure have been based on the study by considering the connection between each other. During the study, codes, regulations, judicial decisions and doctrine have been used.

In the study, primarily, explanations about Search and Seizure have been made and the principles governing search and seizure have been explained. Search warrant, forensic search and prevention search have been explained separately and then unreasonable search has been explained. After the description of the search, the seizure has been explained. Firstly, seizure has been mentioned in general, then the simple and special seizure types have been explained. Finally, the unreasonable seizure has been explained.

The purpose of our study is to explain the search and seizure measures firstly, within the content of the codes and then within the content of controversial or incomplete points, and to contribute to finding a solution for the issues that are found to be controversial or incomplete.

Keywords: Search, Seizure, Protection Measures, Unreasonable Search, Unreasonable Seizure

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukukunda muhakemenin yapılması ve sonuçlandırılmasında önemli bir yere ve yardıma sahip olan koruma tedbirlerinden, delil elde edilmesi ve muhakeme sonucunda etkili bir sonuç ortaya çıkarılabilmesi için çok önemli olan ve aralarında güçlü bir bağlantı bulunan, hatta birbirlerini tamamlayan arama ve elkoyma koruma tedbirleri hakkında araştırma yapılmıştır. Araştırma sırasında başta Anayasa, Ceza Muhakemesi Kanunu, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu olmak üzere ilgili diğer kanunlardan ve yönetmeliklerden yararlanılmış, özellikle doktrinde görüş birliği sağlanamamış olan farklılıklar ele alınmış ve bu farklılıklar hakkında kendi görüşümüz yüksek mahkeme kararlarıyla da desteklenerek açıklamalarda bulunulmuştur. Bununla birlikte yeri geldiğinde yüksek mahkeme kararları eleştirilmiş, kanunlarda bulunan eksiklikler veya değiştirilmesi gereken kısımların tespitinin doktrin görüşleri de göz önüne alınarak yapılmasına özen gösterilmiştir.

Tezimizde yalnız arama veya yalnız elkoymanın araştırılması yerine arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin beraber irdelenmesine karar verme nedenimiz, iki koruma tedbirinin tek başına tam anlamıyla ceza muhakemesinde etkili olamayacağına ilişkin düşüncemizden kaynaklanmaktadır. Ayrıca arama tedbirini anlamak ve bu tedbire hakim olmak için elkoymaya, elkoymaya hakim olabilmek için de aramaya hakim olmamız gerekmektedir.

Tez çalışmamızda adli arama ve önleme araması üzerinde uzunca durulmuş, ardından özellikle savunma için çok büyük öneme sahip olan hukuka aykırı aramadan bahsedilmiştir. Arama konusunun ardından elkoyma tedbirinin üzerinde durulmuş, muhafaza altına alma ile elkoymanın farklılığı değerlendirildikten sonra genel olarak elkoymanın şartları ve özellikleri tüm hatlarıyla ele alınmış, basit elkoyma ve özel elkoymanın farklılıkları ve özellikleri değerlendirilmiştir. Son olarak da yine savunma için en önemli noktalardan biri olan hukuka aykırı elkoyma ele alınmıştır.

Tezin konusunu oluşturan arama ve elkoyma tedbirlerinin de aralarında olduğu koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin yapılması ve sonucunun etkili olmasının

sağlanması için geçici mahiyette ve hüküm verilmeden önce belirli temel hak ve hürriyetleri sınırlayan, kanuna dayalı tedbirlerdir.¹

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Arama ve Elkoyma başlıklı dördüncü bölümünde 116-134. maddeleri arasında düzenlenen Arama ve Elkoyma hükümleri, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş koruma tedbirlerindendir. Koruma tedbirlerinin içerisinde arama ve elkoyma tedbirleri birbiriyle bağlantılıdır ve genellikle aramadan sonra elkoyma tedbiri uygulanmaktadır.

Arama ve elkoyma tedbirleri de diğer koruma tedbirleri gibi geçici şekilde uygulanma özelliğine sahip olup, bazı temel hak ve özgürlükleri kısıtlamaktadır. Ancak geçici olması özelliğine vurgu yaptığımızdan anlaşılabilecektir ki; bu tedbirler de hüküm verilmeden önce ceza muhakemesinin yapılmasını sağlama amacı taşımaktadır. Ayrıca ceza muhakemesinin yapılmasından sonra, muhakeme sona erdiğinde etkili bir sonuç ortaya çıkarmaya da yaramaktadırlar.

Arama ve elkoyma koruma tedbirlerine hakim olan ilkeler söz konusudur. Hukuk devleti ilkesi² gereğince; Devletin eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına bağlı olmasına ilişkin olarak, arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanması açısından da hukuk devleti ilkesi göz önünde bulundurularak Anayasa ve CMK hükümlerine

¹ ÖZTÜRK/Bahri, EKER KAZANCI/Behiye, SOYER GÜLEÇ/Sesim, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (Ankara: Seçkin, 2019) s. 25, 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* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 445, ŞAHİN/Cumhur, GÖKTÜRK/Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 283, YENİSEY/Feridun, NUHOĞLU/Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 314, ŞEN/Ersan, ERYILDIZ/H. Sefa, *Elkoyma* (Ankara: Seçkin, 2017) s. 17, ÖZBEK/Veli Özer, DOĞAN/Koray, BACAŞIZ/Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 257, CENTEL/Nur, ZAFER/Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta, 2018) s. 354, GÖKCEN/Ahmet, BALCI/Murat, ALŞAHİN/M. Emin, ÇAKIR/Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet, 2021) s. 379, TOROSLU/Nevzat, FEYZİOĞLU/Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Savaş, 2020) s. 251

² Hukuk devleti ilkesinin koruma tedbirlerine hakim olması Anayasa'dan kaynaklanmaktadır. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu düzenlenmiştir. Hukuk devletinin anlamı, yasama, yürütme ve yargı organlarına tanınan gücün bu organlar tarafından ancak hukukun genel ilkeleri, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde insan onurunun korunmasına yönelik, insan haklarını ve temel hak ve özgürlükleri sağlamak üzere, adaleti ve hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla kullanılabilmesidir. ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 115

bağlı olarak işlemde bulunulması, ayrıca bu işlemlere karşı hukuki denetim yolunun da açık olması gerekmektedir.

İnsan onuru³, Devletin işlem ve eylemlerinde her zaman göz önünde bulundurulmalı ve insan onurunun ihlal edilmemesine özen gösterilmelidir. Arama ve elkoyma tedbirlerine maruz kalacak kişiler bakımından insan onuru ilkesinin ihlal edilmediği ölçüde işlem yapılması gerekmektedir.

Bir koruma tedbirinin uygulanması sonucunda sağlanacak yarar ile ortaya çıkacak zarar arasında makul bir ölçü bulunmalıdır.⁴ Arama veya elkoyma tedbirinin uygulanma amacına, hak ve özgürlükleri daha az kısıtlayacak nitelikteki tedbir veya muhakeme aracıyla ulaşılabilmesi halinde, arama ve elkoyma tedbirinin uygulanmayarak daha hafif olan tedbir ve yöntemlerle amaca ulaşılması gerekmektedir.⁵

Arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanması sırasında tedbirlere maruz kalan kişilerin kandırılması, yanıltılması veya zorlanması suretiyle kişinin özgür iradesinin engellenmesine neden olan yollara başvurularak delil elde edilmesi halinde insan onuruna ve adaletin saygınlığına zarar verilmesi söz konusu olacaktır.⁶

³ İnsan onuru; insanın hür iradesidir. ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 120, İnsan onuru ilkesi, Anayasa ile de tanınmakta ve koruma altına alınmaktadır. Anayasa’da insan onurunun dokunulmazlığının tanımı yapılmamış olmakla birlikte m. 5’te devletin temel amaç ve görevleri arasında insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak da sayılmıştır. Bununla birlikte Anayasa m.17/3’te de kimsenin insan haysiyetine aykırı bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Anayasa tarafından bağlayıcı düzenlemesi bulunan insan onurundan vazgeçilemez; hatta bu, onura sahip olan kişinin kendisinin bile bundan vazgeçemeyeceği anlamına gelmektedir ve insan onurunun dokunulmazlığının ihlal edilmesinde ihlale uğrayan kişinin rızası bulunsu bile ihlal söz konusu olmaktadır.³ İnsan onuruna zarar verilmesine neden olacak fiil ve işlemleri yapmama hususunda devlete negatif bir ödev veren insan onuru, hem insan haklarının kaynağı hem de amacıdır. GÜNEŞ, s.39

⁴ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 449, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 289, Sınırlama yapılarak ulaşılmak istenen amaç ile başvuru sınırlama tedbiri arasında dengesizlik bulunmaması halinde orantılılık mevcuttur. Anayasa Mahkemesi E:2016/56228 K:2016/56228 KT:23.06.2020 (<https://www.corpus.com.tr/#!/AnayasaMahkemesi> 14.03.2021)

⁵ ERDEM/Büşra, *Haksız Arama Suçu* (Ankara: Seçkin, 2019) s. 13, ŞEN, ERYILDIZ, s. 29

⁶ Adil yargılanma hakkının düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. ve Anayasa’nın 36. maddelerindeki düzenlemeler dürüst işlem ilkesine ilişkindir. Dürüst işlem, ceza muhakemesi işlemlerinin dürüst şekilde, yani kandırmak, yanıltmak veya zorlamak gibi kişinin özgür iradesini engelleyen yollardan uzak durularak yapılmasıdır. ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 125, ŞEN, ERYILDIZ, s. 23, ERDEM, s. 15

Arama ve elkoyma tedbirleri maddi gerçeği ortaya çıkarmaya yönelik delil elde etme amacıyla yapılmakta olup, bu tedbirlerin uygulanması sırasında maddi gerçeğin⁷ araştırılması ilkesinin soruşturma ve kovuşturma evrelerinde göz önünde bulundurulması, insan haklarının ihlal edilmesi önlenerek hukuka uygun şekilde delil elde edilmesi sağlanmalıdır.

Arama, özel hayatın dokunulmazlığı ve gizliliğini⁸ ihlal eden, gerek olmamasına rağmen uygulandığında insan onuruna zarar veren bir tedbirdir. Elkoyma tedbirinin uygulanmasında özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi de gerekmektedir ve özel hayatın gizliliğine gereğinden fazla müdahalede bulunmuş olunmaya yol açacak hareketlerden kaçınılarak en az müdahale edecek yöntemler kullanılmalıdır.⁹

⁷ Ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaktır ancak maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun araştırılması söz konusu değildir; bunun hukuka uygun delillerle yapılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi E:2013/124 K:2014/136 KT:11.09.2014 (<https://www.corpus.com.tr/#!/AnayasaMahkemesi> 15.03.2021), ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 68, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 147, ŞEN, ERYILDIZ, s. 32, Maddi gerçeğe ulaşmak için adil ve etkin bir ceza kovuşturması var olmalıdır⁷ ancak maddi gerçeğin araştırılması ilkesi yalnız kovuşturmayı değil, soruşturma aşamasında savcılık ve kolluğu da ilgilendirmektedir. ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 68, CMK m. 160/2: “Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.” düzenlemesi ile C. Savcısına, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılama yapılması için yükümlülük getirilmiştir.

⁸ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m. 12, AİHS m. 8 ve Anayasa m.20 ile özel hayatın gizliliği düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır. Özel hayat, devletin karışmadığı bir alan olarak insanın küçük dünyasıdır ve ülkede temel hak ve özgürlüklerin korunması ile devletin yönetimi hakkında bilgi vermektedir; o devletin özgürlükçü ve demokratikliğini açıklamaktadır. ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 143, Bu nedenle mutlak şekilde zorunlu değilse bu yola başvurulmamalıdır. Anayasa Mahkemesi E:1986/24 K:1987/8 KT:31.03.1987 (<https://www.corpus.com.tr/#!/AnayasaMahkemesi> 15.03.2021)

⁹ ŞEN, ERYILDIZ, s. 35

BİRİNCİ BÖLÜM

ARAMA

I. ARAMA KAVRAMI

A. Terim ve Tanım

Arama, Türk Dil Kurumu tarafından, “aramak işi” ve “sanığın yakalanması veya suç belgelerinin elde edilmesi için bir kimsenin evinde, iş yerinde, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırma işlemi” olarak tanımlanmıştır.¹⁰

Ceza muhakemesi hukukunda başvurulacak koruma tedbirlerinden biri olan arama, bir kimseyi veya bir şeyi ortaya çıkarma amacıyla konutta, işyerinde, kişiye ait diğer yerlerde, kişinin üzerinde ve eşyasında yapılan ve konusu şüpheli, sanık, delil veya müsadere edilecek eşya olan faaliyettir.¹¹

B. Tarihsel Gelişim

1921 Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklerle ilgili hiçbir düzenleme yer almıyordu ve dolayısıyla arama kavramı hakkında da Anayasa’da bir düzenleme yoktu.¹² 1924 Anayasası’nda ise konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti düzenlenmişti. 1924 Anayasası m. 71 hükmü gereğince kişilerin konutuna dokunulmasının yasak olduğu Anayasa’da güvence altına alınmıştı. 1924 Anayasası m.76 hükmü ile ise kanunun izin verdiği şekilde ve şartlarda konuta girilebileceği

¹⁰ <https://sozluk.gov.tr/> (07.06.2021), Arama, İngilizcede “search”, Almancada “Durchsuchung”, Fransızca “perquisition” ve Latince “scrutatio” karşılığına gelmektedir. Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lûgatı* (Ankara: Başbakanlık, 1991) (<https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgac4b1.pdf> 11.07.2021) s. 18

¹¹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 119, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SİRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMİN, TOK s. 506, ÜNVER/Yener, HAKERİ/Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku (3 CİLT)* (Ankara: Adalet, 2019) s. 843, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 342, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 316, ALDEMİR/Hüsnü, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma* (Ankara: Adalet, 2019) s. 27, ÖZEN/Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet, 2019) s. 669, AYDIN/Murat, *Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları* (Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:8, 2008), s. 109, CENTEL, ZAFER, s. 432, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 448, Alman hukukunda, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından, devlet makamlarının belirli bir hedefe ve amaca yönelik olarak kişiyi veya eşyayı araması olarak tanımlanan arama, soruşturmaya ve bir şeyin ortaya çıkmasına hizmet etmektedir. WOHLERS/Wolfgang, *Alman Ceza Hukukuna Göre Aramadaki Temel ve Güncel Sorunlar*, Çev. Kerem ÖZ (Hukuk Köprüsü, Cilt:4, Sayı:9, 2015) s. 205

¹² ATAR/Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2019), s. 43, TANÖR/Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)* (Ankara: Yapı Kredi Yayınları, 2016) s. 308

düzenlenmişti. Ayrıca m. 81 hükmüne göre postada olan evrak, mektup ve her tür emanetin sulh ceza hâkiminin veya mahkemenin kararı bulunmadan açılmayacağı düzenlenmişti. Söz konusu hükümlerde aramadan söz edilmemiş olsa da konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti temel hak ve hürriyetlerinin ilk düzenlemeleri yapılmış olmuştur. 1961 Anayasası'nın 15. (Özel hayatın korunması) ve 16. (Konut dokunulmazlığı) maddeleri ile temel hak ve özgürlükler ilk kez arama kavramı kullanılarak düzenlenmişti. Bu düzenlemelere göre; *“Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça: millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça”* kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası aranamaz ve konutuna girilerek arama yapılamazdı. Ayrıca söz konusu düzenlemeler elkoymayı da kapsamaktaydı. 1982 Anayasası ile ise 20. Maddede düzenlenen özel hayatın gizliliği ve 21. Maddede düzenlenen konut dokunulmazlığı hükümleriyle 1961 Anayasası'ndaki hükümler geliştirilmiştir.

C. Hukuki Nitelik

Arama, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun koruma tedbirleri kısmında düzenlenmiştir ve dolayısıyla bir koruma tedbiridir.¹³ Doktrinde, aramanın bir koruma tedbiri olmadığı, yalnız bir araştırma vasıtası olduğu da savunulmaktadır.¹⁴ Arama tedbirinin uygulanmasıyla da diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi çeşitli hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce, ancak aramanın hiçbir hakka müdahale etmemesi mümkün olsaydı aramanın bir koruma tedbiri olmadığından bahsedilebilirdi. Sonuç olarak arama bir koruma tedbiridir ve koruma tedbiri olması nedeniyle arama tedbirinin uygulanması geçici olmak zorundadır; amaç gerçekleştiğinde arama sona erdirilmelidir.¹⁵

¹³ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 507, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 130, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 340, ÖZEN, s. 670, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 256, CENTEL, ZAFER, s. 432, TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 282, SOYASLAN/Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2020) s. 313

¹⁴ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 130, CENTEL, ZAFER, s. 433

¹⁵ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 32, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 448, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 288, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 315, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 257

Anayasa'nın 20. ve 21. Maddelerinde düzenlendiği üzere; *“Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak”* arama ve elkoyma yapılabilir. Arama tedbirinin uygulanması sırasında ise temel hak ve özgürlüklerden olan, Anayasa m. 20 ve 21’de düzenlenen özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığına müdahale söz konusu olmaktadır.

Arama ancak hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerin söz konusu olması halinde yetkili merciin yazılı emriyle yapılabilmektedir. Hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emrinin bulunması Anayasa'nın zorunlu kıldığı hususlar olduğundan, ilgilinin rızasının olduğundan bahisle arama kararı veya yetkili merciin yazılı emri olmadan arama koruma tedbirinin uygulanması hukuka uygun değildir.¹⁶ Yetkili merciin kim olduğu kanunlarla belirlenmiş olup, PVSK m. 9 düzenlemesi gereğince mülki amir iken, CMK m. 119 gereğince ise C. Savcısı ve C. Savcısına ulaşılamadığında kolluk amiridir.

Suç işlenmesini önlemek için yapılan arama, önleme araması veya idari aramadır; suçun işlenmesinden sonra şüpheli, sanık, delil veya müsadere edilecek eşya ve emarenin ele geçirilmesi amacıyla yapılan arama ise adli aramadır.¹⁷ Bu iki tür aramayı birbirinden ayıran en önemli özellik suç şüphesi olup olmamasıdır; işlenmiş bir suça veya suç şüphesine ilişkin önleme araması yapılamaması karşısında ortada henüz işlenmiş bir suç bulunmayan durumlarda da adli aramaya başvurulamaz. Önleme araması PVSK hükümlerinde, adli arama ise CMK hükümlerinde düzenlenmiştir.

¹⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 318, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 508, ÖZBEK/Veli Özer, BACAŞIZ/Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama* (Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2006) s. 147, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 133, ÖZEN, s. 685

¹⁷ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 341, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 396, ALDEMİR, s. 27, ÜNVER, HAKERİ, s. 845, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 507, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 322

II. ADLİ ARAMA

A. Tanımı ve Amacı

Bir koruma tedbiri olan adli arama, Anayasa m. 20-21 ile Ceza Muhakemesi Kanununun Arama ve Elkoyma başlıklı 4. Bölümü ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin Adli Arama başlıklı 5. Bölümünde bulunan maddelerle düzenlenmiştir.

CMK m. 116'daki *"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa"* düzenlemesi ile CMK m. 116 ve 117'ye göre adli arama yapılması için şüpheli, sanık veya delilin yakalanması ve ele geçirilmesi hususunda makul şüphe bulunmalıdır. Şüpheli, sanık ve diğer kişiler aramaya tabi olup bunların üstü, eşyası, konutu, işyeri ve kişiye ait diğer yerlerde arama yapılır. Diğer kişiler hususunda, aranan kişi veya delilin belirtilen yerlerde olabileceğine dair olayların var olması gerektiği düzenlendiğinden anlaşılmaktadır ki; kanun koyucu diğer kişiler hakkında arama için makul şüphe yerine daha somut bir gerekçeyi arama için kabul etmektedir. Diğer bir deyişle; diğer kişiler söz konusu olduğunda yalnız makul şüphenin varlığı yeterli gelmeyecektir. Örneğin; sanığın ailesinin konutunda yapılacak aramanın öncesinde, sanığın veya suça ilişkin delilin ailenin konutunda bulunabileceğine dair sanığın konuta bir şey göndermiş olması veya konutun yakınlarında görülmüş olması gibi şüphelenilen hususun doğru olduğuna işaret eden olaylar mevcut olmalıdır. Buna karşılık makul şüpheden fazlasının aranması hali, CMK m. 117/3'teki *"Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir."* düzenlemesine göre sanık veya şüphelinin bulunduğu veya izlenmesi sırasında girdiği yerler hususunda uygulanmayacaktır. Örneğin; şüphelinin diğer bir kişinin konutunda bulunması anında o konutta adli arama yapılabilmesi için şüphelinin orada bulunduğu dair makul şüphe bulunması yeterlidir. Diğer kişinin konutu olduğundan bahisle makul şüphenin yeterli olmadığı kabul edilemez.

AÖAY m. 5'te düzenlendiği üzere; *"Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin*

sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.” Buna göre adli arama; bir kişinin suç işlemek, iştirak veya yataklık etmek makul şüphesi altında bulunması nedeniyle bu kişinin yakalanması, suça ilişkin iz, emare ve delillerin ele geçirilmesi amacıyla yapılır. Bu kişi şüpheli, sanık veya hükümlüdür.

B. Adli Aramaya Tabi Kişiler

1. Şüpheli, Sanık ve Diğer Kişiler

AÖAY m. 5'teki tanımdan anlaşılacağı üzere adli aramada amaç, suçun önlenmesi değildir; ortada işlenmiş veya işlendiğinden şüphelenilen bir suç vardır. CMK m. 117'ye göre; *“Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.”* Yani şüpheli veya sanıkla ilgili diğer kişiler de aramaya tabi olabilmektedir.

Şüpheli sıfatı soruşturma evresinde verildiğinden, şüpheli hakkında bir arama söz konusu olduğunda henüz soruşturmanın devam ettiği çıkarımında bulunuruz. Buna karşılık sanık sıfatı hakkında kamu davası açılmış ve yargılanan konumunda bulunan kimselere verildiğinden, sanık hakkında arama kararı söz konusuysa kovuşturma aşamasında olduğu bellidir. Sanık ve şüpheli sıfatları adli arama hususunda önemlidir çünkü soruşturma ve kovuşturma evrelerinde arama kararı vermeye yetkili olan hâkim farklılık göstermektedir. Bu farklılık, AÖAY m. 4'te hâkimin yetkili sulh ceza hâkimi veya hâkim olarak tanımlanmasından anlaşılmaktadır. Yetkili sulh ceza hâkiminin arama kararı verme yetkisi soruşturma evresindedir; kovuşturma evresine geçildiğinde davanın görüldüğü mahkemece karar verilmektedir. Kovuşturma aşamasına geçildikten sonra artık sulh ceza hâkiminin yetkisi sona ermektedir. Adli aramanın diğer kişiler üzerinde de yapılabilmesi kuralındaki diğer kişiler; tüzel kişiler ile resmi makam ve daireleri, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişileri de kapsamaktadır.

Kanunda şüpheli ve sanık sıfatından bahsedilmekle yetinilmiştir. Bu nedenle uygulamada da şüpheli ve sanığın detaylandırılmaması gerekir ve şüpheli veya sanık sıfatına sahip kişiler bu sıfatları nedeniyle adli aramaya tabi olmalıdır. Örneğin;

şüphelinin kusur yeteneği olmamasından bahisle diğer kişiler hakkındaki düzenlemeye tabi olacağına dair görüş hatalıdır.¹⁸ Kusur yeteneğinin olmaması şüpheli sıfatını ortadan kaldırmayacağı için bu kişiler hakkında başvurulacak adli arama şüpheli veya sanık hakkındaki şartlar dâhilinde yapılmalıdır. Şüpheli veya sanık sıfatı aldıktan sonra artık bu kişiler hakkındaki adli arama CMK m. 116'ya tabi olacaktır.

2. Aramada Özellik Gösterilen Kişiler

a. Avukatlar

Avukatlar hakkında da adli aramaya başvurulabilirse de bu özel bir aramadır. Avukatların aranmasını özel kılan, avukatın sır saklama yükümlülüğü ve savunmanın bağımsızlığının sağlanması ile avukatlık mesleğinin icrasının hukuka uygunluğunun korunmasıdır.¹⁹ Avukatlar diğer vatandaşlar gibi daha basit bir usule uyularak aranabilseydi, avukatların sır saklama gibi yükümlülüklerini yerine getirilebilmesi ve avukatlık mesleğinin icrası engellenmiş olurdu. Bu noktada avukatlar hakkındaki aramanın özel bir arama statüsü olması savunma ve yargı bağımsızlığını sağlayarak hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaktadır.

CMK m. 130/1'e göre; *“Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.”* Mahkeme kararıyla, Cumhuriyet savcısının denetiminde, baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın hazır bulunması şeklindeki bu üç şartın mutlaka bir arada bulunması gerekmektedir. Bu düzenleme yalnız avukat bürolarıyla ilgili olduğundan, avukatın üstünün aranması hakkında uygulanmaz; avukatların üstünün aranması Avukatlık Kanunu m. 58'de düzenlenmiştir.

AvK m. 58'de düzenlendiği üzere; *“Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.”* Buna göre, avukatın ağır cezalı bir suçun işlenmesi sırasında yakalanması durumunda üstü aranabilmektedir; aksi halde arama hukuka aykırı olacaktır. Avukatların aranması yasağı yalnız avukatın üstünü de kapsamamaktadır; avukatın yanındaki eşyası,

¹⁸ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 343

¹⁹ ÖRS/Cengiz Ozan, *Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma* (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:123, 2016) s. 109

otomobili ve diğer araçları da yasak kapsamındadır.²⁰ Ayrıca avukatları arama yasağı yalnız elle ve gözle aramayı (çantayı açtırmak, elbiseyi elle aramak vb.) kapsamamaktadır; avukatın x ray cihazı, metal detektör vb. cihazlarla aranması hakkında da geçerlidir.²¹

AvK m. 61 gereğince; “*Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde soruşturma, bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yapılır.*” Bu düzenleme gereğince; ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali söz konusu olduğu takdirde, avukatın üstünün aranması genel hükümlere göre yapılacaktır.²² CMK m.119 hükmüne göre; “*Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler.*” Kural olarak hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hal mevcutsa C. Savcısının yazılı emri veya C. Savcısına ulaşılamadığı takdirde kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılması mümkün olduğundan, bu genel hüküm gereğince avukatın üstünün aranması için de CMK m. 119 hükmü uygulanacaktır.

Avukatların aranması yasağının avukatın görevi nedeniyle işlediği suçlar hakkında mı yoksa adi suçlar hakkında da mı geçerli olacağı hakkında doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Ancak katıldığımız görüşe göre; suçun adi veya görevle ilgili olup olmadığı fark etmeksizin ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hali dışında avukatların üstünün, eşyasının, aracının aranması yasaktır.²³ Aksi görüş, AvK m. 58/1’in başlığı itibarıyla ve “*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.*” şeklindeki ilk cümlesinin fıkranın tamamı hakkında uygulanacağını savunarak yalnız görev suçları nedeniyle avukatın aranma yasağının söz konusu olacağını kabul etmektedir.²⁴ Ancak

²⁰ ŞEN/Ersan, *Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması* (Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, 2013) s. 342

²¹ ŞEN/Ersan, *Yorumluyorum – XVII* (Ankara: Seçkin, 2018) s. 311

²² ŞEN “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 342, ÖRS, s. 116,

²³ ŞEN “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 342, ÖRS, s. 119

²⁴ ÖRS, s. 117

avukatın üstünün aranmasıyla ilgili olan son cümlede yalnız suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına girmesi hakkında bir düzenleme olduğundan, kanun koyucunun avukatın aranması yasağının geniş olmasına özen gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple adi suçlar hakkında da avukatların aranması yasağının söz konusu olması gerektiğinden, aksi görüş kanuna aykırılık oluşturmaktadır.

Avukatın üstünün aranması, ortada ağır cezalı bir suçtan dolayı suçüstü hali söz konusu olmaksızın amirin emri nedeniyle dahi gerçekleştirilse, bu bir hukuka uygunluk sebebi sayılamaz.²⁵ Bu sebeple, AvK m. 58'in belirlediği üzere avukatın ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçu ve suçüstü hali bulunmadan üstünün veya eşyasının aranması halinde, TCK m. 120: "*Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*" düzenlemesine göre avukatı arayan kolluğa haksız arama kapsamında ceza verilir.

Avukatların aranması yasağının yalnız adli aramada mı söz konusu olduğu, yoksa avukatlar hakkında yapılacak önleme aramasının da AvK. m. 58 kapsamında mı olduğu hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta doktrinde de tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre; avukatların aranması yasağının amacı avukatlık mesleğinin yerine getirilmesinde güvence sağlamak olduğundan, yalnız adli arama hakkında avukatların yasağı söz konusu olup, avukatların önleme araması sırasında bir ayrıcalığa sahip olarak aranmaması söz konusu olamaz.²⁶ Diğer bir görüşe göre ise; AvK. m. 58 düzenlemesi hem adli arama hem de önleme araması hakkında söz konusudur. Önleme aramasında da avukatın üstü ve eşyası aranmaz.²⁷ Bizim görüşümüze göre; AvK. m. 58 yalnız adli arama hakkında geçerli olması amacıyla düzenlenmemiştir; önleme araması yapılmak istendiğinde de bu düzenleme geçerlidir. Avukatın önleme aramasına maruz kalması için önleme aramasının yapıldığı yerde mesleği dolayısıyla bulunmaması, yanında veya üzerinde avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye dair belgeler bulunmaması gerekmektedir. Örneğin;

²⁵ ŞEN/Ersan, *Yorumluyorum – IX* (Ankara: Seçkin, 2015) s. 116

²⁶ 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:1, 2012) s. 51

²⁷ ŞEN/Ersan, *Avukatın Aranması* (2015) (<https://sen.av.tr/tr/makale/avukatın-aranması> 05.07.2021)

avukat, alışveriş yapmak için alışveriş merkezine gittiğinde, yanında avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye dair belge bulunmamasına rağmen alışveriş merkezi girişinde avukatların aranması yasağını ileri sürerek aranmak istememesinde haklı olmayacaktır. Ancak önleme araması başlığında da açıklayacağımız üzere, avukatın mesleği dolayısıyla havalimanında bulunması, uçağa binerek bir yere gitmesi gerekmesi ve yanında avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ilişkin belgeler olması halinde avukatların aranması yasağı söz konusu olmalıdır. Dolayısıyla, hem önleme aramasında hem de adli aramada AvK. m. 58 uygulanabilecektir ancak avukatın önleme aramasına maruz kalması sırasında yanında veya üzerinde avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye dair belge olmamalıdır. Yapılacak önleme araması avukatın sır saklama yükümlülüğünün yerine getirmesini veya savunmanın garanti altına alınmasını engellememelidir. Ancak doktrinde, havalimanında uçağa binmek için bulunan avukatın görevini yapmasının söz konusu olmadığı, mesleğini yapmayan avukat hakkında önleme araması yapılabileceği görüşü de vardır.²⁸

Avukatlık Kanunu m. 58 hükmü olmasaydı, kolluk kuvvetlerince yapılan arama herhangi bir zamanda ve herhangi bir sebebe ve şüpheyeye dayanılarak yapılabilecek keyfilikte icra edilmeye başlanırdı, bu da savunmanın ve buna bağlı olarak yargının da bağımsızlığını kaybetmesine sebep olurdu. Unutulmamalıdır ki hukukun adaletli işlemesinin en büyük dayanağı savunmanın güvence altına alınması ve yargının bağımsızlığıdır; savunma ne kadar bağımsızsa yargı da o kadar bağımsız olur.

b. Hâkimler ve Savcılar

Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 88 gereğince; *“Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak, durum Adalet Bakanlığına derhal bildirilir. Birinci fıkra hükümlerine aykırı hareket eden kolluk kuvvetleri amir ve memurları hakkında yetkili Cumhuriyet savcılığı tarafından genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılır.”* Görüldüğü gibi hâkim ve savcılarının aranması hakkında avukatların aranması yasağına benzer bir düzenleme söz konusu olup, bu kişilerin yalnız ağır ceza mahkemesinin

²⁸ ÖRS, s. 126

görev alanına giren bir suçüstü halinde üzerleri ve konutları aranabilir.²⁹ Düzenlemede yalnız “*üzerleri ve konutları*” ifadesi kullanılmış olması karşısında, doktrinde bir görüşe göre; hâkim ve savcıların araçları da bu kapsamdadır.³⁰ Ayrıca doktrinde, hâkim ve savcı tarafından ofis ve işyeri olarak kullanılan yerlerin ve hâkim ve savcının taşıdıkları eşyaların da düzenleme kapsamında olduğu savunulmaktadır.³¹ Belirtilen yerlerde arama yapılabilmesi için suçüstü hali ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçun söz konusu olması şartlarının birlikte bulunması gerekir.

Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 94/1 gereğince; “*Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır. Hazırlık soruşturması yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından bizzat yürütülür.*” Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halinde suçun göreve ilişkin suçlardan olması durumunda dahi, Adalet Bakanlığı’ndan izin alınmaksızın genel hükümler uygulanarak, yakalamanın, sorguya çekmenin hâkim veya savcının üstünde ya da konutunda arama yapmanın önünde bir engel bulunmadan, hazırlık soruşturması ve kovuşturma işlemleri yapılacaktır.³²

c. Diplomatlar

Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 29 gereğince; “*Diplomatik ajanın şahsî dokunulmazlığı vardır.*” Ayrıca m.22/3 gereğince; “*Misyon binaları ile içindeki eşyalar ve diğer mallar ve misyonun nakil vasıtaları arama, el koyma, haciz veya icradan bağıştırlar.*” Misyon binaları, içindeki eşyalar ve diğer mallar ile nakil vasıtaları hakkında arama ve elkoyma yapılamaz. Sözleşmenin 30. maddesi gereğince; “*1. Bir diplomatik ajanın özel konutu misyonun binaları gibi aynı dokunulmazlık ve korunmadan yararlanacaktır. 2. Diplomatik ajanın evrakı, haberleşmesi ve 31 inci maddenin 3 üncü fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla, malları, aynı şekilde dokunulmazlıktan yararlanacaktır.*” Buna göre; sözleşmenin 22/3 hükmü, diplomatik ajanın özel konutu ve evrakı haberleşmesi hakkında da uygulanır. Sözleşmedeki düzenlemelere göre diplomatlar, ağır ceza mahkemesinin

²⁹ ALDEMİR, s. 171, ŞEN “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 343

³⁰ ALDEMİR, s. 171

³¹ ŞEN “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 343

³² ESKİLER/Selman, *Hâkim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları* (Ankara: Adalet, 2020) s. 144

görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde yakalanmış olsalar dahi arama ve elkoyma tedbirine başvurulamayacaktır. Ancak diplomatik ajanın şahsi bagajı, Sözleşme'nin 36. Maddesi gereğince³³ sayılmış nedenlerden biri bulunduğu takdirde aranabilir. Aramanın, diplomatik ajanın veya yetkili temsilcisinin huzurunda yapılması gerekir.

C. Adli Arama Yapılabilmesinin Şartları

1. Makul Şüphe

Arama; şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri ve kişiye ait diğer yerlerde yapılabilir. CMK m. 116'da belirtildiği üzere; *“Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.”* Yakalama veya suç delillerinin elde edilebilmesi hususunda makul şüphenin var olması gerekmektedir; eğer makul şüphe yoksa arama yapılamayacaktır.³⁴

AIHM kararlarında, objektif gözlemcinin bir suçun bulunduğuna inanması için yeterli olgu ve bilgi var ise makul şüphenin varlığının kabul edileceği vurgulanmaktadır.³⁵ AIHM kararlarındaki objektif gözlemci, orta zekâlı bir insanı temsil etmektedir. Orta zekâlı bir insanın değerlendirmesi ile oluşan makul şüphe, akla uygun olan ve ummadan daha güçlü bir şüphedir.³⁶ AÖAY m. 5'te de adli aramanın şartı olarak makul şüphe işaret edilmiş ve m. 6'da ise, *“Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.”* şeklinde tanıımı yapılarak makul şüphenin somut olayda neye göre tespit edileceği açıklanmıştır. Makul şüphede; meydana gelen olayın ayrıntıları, ayrıntıların kolluk üzerinde yarattığı

³³ “1. Kabul eden Devlet, kanun ve nizamlarına uygun olarak, aşağıdaki maddelerin girişine izin verir ve depolama, taşıma ve benzeri hizmetlere ait ücretler dışında, bunlara bütün gümrük vergileri, resimleri ve ilgili ücretlerden bağışıklık tanır: a) Misyounun resmî kullanımına ait maddeler; b) Yerleşmesinde kullanılacak maddeler dahil olmak üzere, bir diplomatik ajanın veya beraberinde oturan aile üyelerinin şahsî kullanımına ait eşya. 2. Bu maddenin 1 inci fıkrasında sözü geçen bağışıklıklar kapsamına girmeyen veya ithali ya da ihracı kabul eden Devlet mevzuatınca yasaklanmış olan veya kabul eden Devletin karantina mevzuatına tabi olan eşya ihtiva ettiğinin farz olunmasını gerektiren ciddi sebepler bulunmadıkça, bir diplomatik ajanın şahsî bagajı aranamaz. Sayılan hallerde arama, ancak diplomatik ajanın veya yetkili temsilcisinin huzurunda yapılır.”

³⁴ Alman hukukunda, arama kararı verilmesi için başlangıç şüphesi yeterli görülmektedir. GERCKE/Björn, *Avukat Bürolarının Aranması*, Çev. Hakan HAKERİ, *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11 - Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Tedbirleri*, Editör: Yener ÜNVER (Ankara: Seçkin, 2011) s. 153

³⁵ ERDEM, s. 54

³⁶ ARTUÇ/Mustafa, *Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu* (Ankara: Adalet, 2019) s. 454

etki ve bu etkinin ortaya çıkardığı şüphenin derecesi rol oynamaktadır. Örneğin; AİHM tarafından Gillan ve Quintan/Birleşik Krallık kararında, makul şüphe olmaksızın yalnız kolluğun önsezisi veya profesyonel sezisine dayanarak durdurma ve arama yapmasına izin veren terörle mücadele kanununun, terörizm ile ilişkileri olabileceğinden bahisle sokakta insanların taşıdığı herhangi bir şeyi aramaya varacak kadar geniş şekilde düzenlenmiş olması ve kolluğun bu hükmün tanıdığı yetkiye dayanarak çok fazla durdurma ve arama yaptığı istatistiksel kanıtlarla belirlenmiştir. AİHM, söz konusu kanunun gerekli ölçüde sınırlanmamış olması veya kötüye kullanılması ihtimaline karşı yeterince hukuki güvence sağlanmamış olduğundan, söz konusu kanunu AİHS m. 8'e aykırı bulmuştur.³⁷

Arama neticesinde aranılanın bulunabileceğine yönelik somut olguların yer alması, ihbar ve şikâyetin bir dayanağının olması gerekir. Bu dayanağın mutlaka belge ve delil olması gerekmemektedir; ihbar veya şikâyetinde bulunan kişinin çok ayrıntılı bilgi vererek kimliğini açıkça bildirmesi, bu bilginin kolluğun elindekiyle uyumlu olması gibi hallerde makul şüphenin varlığı kabul edilir.³⁸ Çünkü kimliğin açıkça bildirilmesi, kişiyi kendisine her an ulaşılabilir bir duruma getirdiğinden ve yanlış bilgi vermesi halinde kendisinin bir suçlamayla karşı karşıya kalabileceğinden ötürü hayatın olağan akışına göre verdiği bilginin doğru olabileceğinin kabulü kolaylaşır. Kişinin kimliğini açıkça bildirmesi tek başına yeterli değildir ancak verilen bilginin içeriğinin kolluğun elindekiyle uyumlu olması söz konusuysa bu iki durum makul şüphenin oluştuğunun kabul edilmesi için yeterlidir. Örneğin; kolluğun X mahallesinde dışarıdan gelen bir araç ile geceleri uyuşturucu satıldığına dair şüpheleri varsa ve adını, adresini açıkça bildiren, X mahallesinde oturan ve mahallede de tanınan bir kimsenin “X mahallesinde geceleri siyah bir araçla uyuşturucu satılıyor.” ihbarı yapması üzerine hayatın olağan akışına uygun olarak makul şüphenin oluştuğu kabul edilebilir. Bu durumda kolluk adli arama talep ederek söz konusu siyah araçta ve aracın içindeki kişilerin üzerinde arama yapabilir.

Diğer kişilerin aranılması hususunda ise, CMK m. 117/2'de düzenlendiği üzere; diğer kişilerle ilgili arama yapılabilir ancak “*aramanın yapılması, aranılan*

³⁷ ROAGNA/Ivana, *Protecting the Right to Respect for Private and Family Life Under the European Convention on Human Rights* (Strasbourg: Council of Europe, 2012) p. 40

³⁸ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 399, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 134

kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır.” Buna göre; diğer kişilerle ilgili aramada makul şüphe yeterli değildir ve adli arama neticesinde aranılanın bulunulacağının kabul edilebilmesi bakımından daha sağlam dayanağa sahip olaylar ve olgular var olmalıdır.³⁹ Diğer bir deyişle, adli arama için makul şüphenin gerekliliği karşısında; diğer kişilerle ilgili aramada somut olgular ve makul şüphenin varlığına işaret eden olaylar bulunması gerekmektedir. Diğer kişilerin aranması için makul şüphe yeterli olmadığından, şüpheli ve sanık hakkındaki ihbarda bulunan kişinin kimliğini açıkça bildirmesi ve verdiği bilgilerin kolluğun elindekiyle uyumlu olması meselesi diğer kişilerle ilgili arama için yeterli değildir. Şayet bunlara dayanarak diğer kişiler hakkında arama yapılırsa bu hukuka aykırı bir arama olacaktır.

Örneğin; Yargıtay kararına konu olayda Gezi eylemleri sırasında 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanuna muhalefet ve görevi yaptırmamak için direnme suçlamaları söz konusudur ve soruşturma evresinde konutta arama yapılmıştır. 2911 sayılı Kanuna muhalefet suçu kapsamında başlatılan soruşturmada hiçbir araştırma yapılmadan ve deliller toplanmadan kolluk tarafından C. Savcısından arama emri talep edilmiştir. Yargıtay, C. Savcılığının suça ve makul şüphenin varlığına ilişkin hiçbir delil sunmadan, davacının gözaltına alınması üzerine verdiği arama kararına istinaden yapılan aramayı hukuka aykırı bulmuştur.⁴⁰

2. Hâkim Kararı veya Yetkili Mercii Yazılı Emri

Anayasa'nın 20. ve 21. Maddelerinde düzenlendiği üzere; usule uygun olarak verilmiş bir hâkim kararı olmadığı veya hâkim kararının alınamadığı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerin varlığı halinde yetkili mercii yazılı emri bulunmadığı takdirde arama ve elkoyma yapılamaz. Bu düzenleme, özel hayatın gizliliği ve konut

³⁹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 325, ÖZEN, s. 677, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 135, KESKİN KIZIROĞLU/Serap, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama) (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:58, Sayı:1, 2009) s. 149, ALDEMİR, s.34, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDE, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 512, YILDIZ/Ferhat, *Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı-Arama-Elkoyma* (Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:13, 2010) s. 208, ÜNVER, HAKERİ, s. 863, DOĞAN/Duygu Çağlar, *Ceza Muhakemesinde Adli Arama* (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:23, Sayı:92, 2011) s. 166, SIRMA/Özge, *Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama* (Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:4, Sayı:34, 2009) s. 31

⁴⁰ Yargıtay 12.CD E:2015/12815 K:2015/19162 KT:10.12.2015 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 11.11.2020)

dokunulmazlığı haklarının güvence altına alınmasına yöneliktir. Buna göre hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emri olmadan, özel hayatın gizliliğinin korunması açısından kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Konut dokunulmazlığının korunması bakımından da aynı kural geçerli olacaktır.

Anayasa'daki düzenlemeye göre, hâkimden karar alınamayan ve gecikmesinde sakınca bulunan halin bulunduğu durumlarda yetkili merciin yazılı emri alınabilir; hâkim kararının veya yetkili merciin yazılı emrinin alınması hususunda seçme hakkı bulunmamaktadır. Asıl olan hâkim kararının alınmasıdır; eğer hâkim kararı alınamıyorsa ve Anayasa'da sayılmış milli güvenlik, kamu düzeni gibi sebeplerle gecikmesinde sakınca bulunan haller varsa ancak o zaman yetkili merciin yazılı emri alınarak arama yapılabilir. ⁴¹

Yetkili merciin kim olduğu, CMK m. 119'da; "*Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler.*" düzenlemesiyle açıklanmıştır. Hâkimden karar alınamayan ve gecikmesinde sakınca bulunan halin bulunduğu durumlarda C. Savcısı; C. Savcısına da ulaşamayan hallerde ise kolluk amiri yazılı emir verebilmektedir. Buna göre; hâkimden karar alınamayan hallerde C. Savcısının yazılı emriyle arama yapılabilirken, yetkili kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılabilmesi için yine hâkim kararı alınamadığı ve gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olduğu gibi C. Savcısına da ulaşamamış olması gerekmektedir. Yargıtay, C. Savcısına bilgi verilmesi ancak C. Savcısının yazılı emriyle değil, kolluk amirinin yazılı emriyle üst araması yapılmasının kanuna aykırı olduğuna karar vermiştir. ⁴² Gerçekten, kolluk amirinin yazılı emir verme yetkisi ancak yetkili hale gelmiş olan C. Savcısına ulaşamadığında söz konusu

⁴¹ Anayasa m.20/2: "*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*"

⁴² Yargıtay 5. CD E:2016/5780 K:2020/10085 KT:12.03.2020 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 08.07.2021)

olmaktadır. Somut olayda ise C. Savcısına ulaşılmasına rağmen kolluk amirinin yazılı emriyle üst araması yapılmıştır.

Hâkim kararı alınamayan hallerde C. Savcısı tarafından yazılı emir verilebilmesi için aranan gecikmesinde sakınca bulunan halin ne olduğu, “*Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini*” ifade ettiği şeklinde AÖAY m. 4’te tanımlanmıştır. Buna göre; hemen adli arama yapılmazsa şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ya da iz, emare ve delillerin kaybolması ile hâkim kararı almak için yeterli zamanın olmaması durumunda gecikmesinde sakınca bulunan hal vardır. Bu durumlardan birinin varlığında C. Savcısı adli arama yapılması için yazılı emir verme yetkisine sahip hale gelir. Yönetmelikte sayılmış olanlar dışında bir nedene dayanılarak gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığından bahisle C. Savcısı tarafından yazılı arama emri verildiği takdirde, arama hukuka aykırı olacaktır.

Gecikmesinde sakınca bulunan halin ne olduğu ve kararın bu hal kapsamında verildiği C. Savcısı tarafından yazılı arama emrinde belirtilmelidir. Gecikmesinde sakınca bulunan halin belirtilmediği arama emrine istinaden yapılan aramalar hukuka aykırı sayılmaktadır. Bu konuda Yargıtay kararına konu bir olayda; sanığın evinde kaçak malzeme bulunduğu ihbarı üzerine, C. Savcısından arama emri talep edilmesini gerektiren gecikmesinde sakınca bulunan hal açıkça belirtilmeden arama talep edilmiştir. C. Savcısı da gecikmesinde sakınca bulunan hali açıklamadan gündüz vakti 15.00-17.00 saatlerini kapsayan arama kararı vermiş ve arama sonucunda elde edilen delillere dayanarak mahkûmiyet hükmü verilmiştir. Hâkim kararı alınması gerekirken C. Savcısının yazılı emriyle yapılan arama hukuka aykırı olduğundan, Yargıtay tarafından arama sonucunda elde edilen ve hükme esas alınan bu delillerin hukuka aykırı olduğundan bahisle ilgili hükmün bozulmasına karar verilmiştir.⁴³ Gerçekten, aramanın yapıldığı zaman dilimine göre gündüz vakti hâkim kararı alamama

⁴³ Yargıtay 7. CD E:2014/30389 K:2016/9769 KT:20.09.2016 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay/12.11.2020>)

durumunun ortaya çıkması zor olduğu gibi, C. Savcısı da gecikmesinde sakınca bulunan hali açıklamadığından bu şekilde verilen bir yazılı emir hukuka aykırıdır.

CMK m. 119/1'e göre; *“konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir.”* Yani kolluk amirinin yetkisi C. Savcısınınki kadar geniş değildir. Konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda hâkim kararına ulaşılamayan hallerde C. Savcısının yazılı emri ile arama yapılabilir ancak kolluk amirinin yazılı emriyle yapılamaz. Diğer bir ifadeyle, kolluk amirinin yazılı emir verme yetkisi yalnız kamuya açık yerlerde geçerlidir. Ayrıca kamuya açık alanlarda C. Savcısına ulaşılamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emir verme yetkisi olsa da kolluk amirinin aramanın neticesinde ortaya çıkan sonuçları hemen Cumhuriyet Başsavcılığına bildirme yükümlülüğü vardır. Örneğin; şüphelinin konutunda arama yapılması gerekiyor ve hâkim kararı alınamıyorsa ve gecikmesinde sakınca bulunan bir hal de varsa C. Savcısının yazılı emir verme yetkisi vardır. Ancak C. Savcısına ulaşılamaması halinde arama yapılması talep edilen yer konut olduğundan, konut da CMK gereğince kolluk amirinin yetkili olmadığı ve aynı zamanda kapalı bir alan olduğundan, kolluk amiri tarafından yazılı emir verilemez. Kolluk amirinin yazılı emriyle yapılacak arama hukuka aykırı olacaktır ve elde edilen deliller de hukuka aykırı olacağından mahkûmiyet hükmüne esas alınamayacaktır. Diğer taraftan, kamuya açık bir alanın aranması talebi söz konusuysa ve yine hâkim kararı ve C. Savcısının yazılı emri alınamamışsa kolluk amiri yazılı emir vermeye yetkili olacaktır ancak arama sonucunu derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmek zorundadır.

CMK m. 119'daki *“Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.”* düzenlemesine karşılık, C. Savcısının yazılı emriyle ilgili bir bildirme yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Ancak Anayasa m. 20/2'de yetkili merciin kararının 24 saat içinde hâkim onayına sunulmasına ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Bu durumda yetkili merci olan C. savcısının 24 saat içinde arama kararını hâkim onayına sunup sunmaması gerektiği yönünde kanunlarda da doktrinde de fikir birliği yoktur ancak katıldığımız görüşe göre; C. Savcısı veya kolluk amirince arama kararı verildiği takdirde 24 saat içinde bu kararın hâkim onayına

sunulması gerekir.⁴⁴ YENİSEY ve NUHOĞLU'na göre de Anayasa'nın kendiliğinden uygulanabilen m.20/2 hükmüyle CMK'daki boşluğun doldurulması gerekir.⁴⁵ Buna göre Anayasa'da açıkça düzenlenen bu maddenin uygulanarak C. Savcısının veya kolluk amirinin verdiği karar olması fark etmeksizin 24 saat içinde hâkim onayına sunulmalıdır. AİHM de aramaların bağımsız ön onay ve denetim ile kontrol edilmesi konusunda ısrarlıdır ve bu yönde kararlar vermektedir.⁴⁶

Konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan alanlarda hâkim kararı veya C. Savcısından yazılı emir alınmadan yapılan aramalar hakkında olan davalarda Yargıtay tarafından bozma kararı verilmektedir. Örneğin; hâkim kararı veya C. savcısının yazılı emri olmadan sanığın konutunda yapılan aramada kollukça kaçak sigaralar ele geçirilmiş ancak sanık, kaçak sigaraları ticari amaçla aldığına veya taşıdığına dair ikrarda bulunmamıştır. Buna rağmen yasak delillere dayanılarak sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmuştur. Yargıtay ise, kaçak sigaraların yasak delil niteliğinde olması ve sanık aleyhine kullanılamayacağı, ayrıca sanığın herhangi bir ikrarının da bulunmadığı gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir.⁴⁷ Yargıtay'ın bozma kararı yerinde olsa da yeri gelmişken şu noktaya değinmemiz gerekir: "bir ikrarın da bulunmadığı" gerekçesi hatalıdır. Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, ikrar bulunsa dahi hukuka aykırı olmaya devam eder.⁴⁸ İkrar, hukuka aykırı bir aramayı hukuka uygun hale getirmeyeceği gibi, hukuka aykırı yolla elde edilen delilin de bu niteliğini değiştirmeyecektir.

Başka bir Yargıtay kararına konu olayda ise; sanık hakkında bodrum katta yasadışı bahis oynattığı iddiasında bulunulması üzerine hâkim kararı veya C. Savcısının yazılı emri olmaksızın arama ve elkoyma işlemi yapılmıştır. Hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alındığı, mahkûmiyet için başka

⁴⁴ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDE, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 511, CENTEL, ZAFER, s. 435, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 456

⁴⁵ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 407

⁴⁶ PREFONTAINE/Daniel C., *Implementing International Standards In Search And Seizure: Striking The Balance Between Enforcing The Law And Respecting The Rights of The Individual* (The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 2001) p. 9

⁴⁷ Yargıtay 7.CD E:2015/11639 K:2019/677 KT:15.01.2019 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 05.11.2020)

⁴⁸ Yargıtay 8.CD E:2017/26188 K:2018/10136 KT:02.10.2018 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 26.12.2020), ÜNVER, HAKERİ, s. 855

bir delilin olmaması ve sanığın da suçu kabul etmemesi nedenleriyle Yargıtay tarafından hükmün bozulmasına karar verilmiştir.⁴⁹

Diğer bir Yargıtay kararında ise, villada kumar oynandığına dair ihbar üzerine elinde usule uygun verilmiş bir arama kararı olmayan kolluğun villaya denetim amaçlı girerek suça konu malzemeleri ele geçirdiği ve bu deliller dışında mahkûmiyete yetecek herhangi bir delil bulunmadığı anlaşıldığından, Yargıtay tarafından hükmün bozulmasına karar verilmiştir.⁵⁰ Bu örnekler gibi usule uygun alınmayan arama kararına istinaden yapılan hukuka aykırı arama neticesinde ele geçirilen hukuka aykırı delillerin hükme esas alınamayacağı hususunda Yargıtay'ın birçok kararı bulunmaktadır. Böyle kararların fazlalığının nedeni, kolluğun hukuka aykırı işlem yapmakta ısrar etmesidir ve bu hukuka aykırı işlemler sebebiyle mahkûmiyete yarayan çok önemli delillere hüküm kurulurken dayanılamaması sonucu doğmaktadır.

Her ne kadar kural olarak hâkim kararının veya hâkimden karar alınamayan ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının; C. Savcısına ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılabileceği düzenlenmiş olsa da AÖAY m. 8'de sınırlı olarak sayılmış hallerde yapılacak arama için karar veya yazılı emir alınması gerekmediği düzenlenmiştir. Buna göre; hakkında tutuklama kararı, yakalama emri ve zorla getirme kararı bulunan, gıyabi tutuklama kararı verilenler yakalandığında üstünde; bu kişilerin yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, eklentilerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve araçlarında arama kararı olmaksızın arama yapılabilir. Ayrıca karara veya yazılı emre istinaden kollukça yakalanan kişinin kendisine, başkalarına veya kolluğa zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılabilir. Nezarethaneye konmadan önce gözaltına alınan kişinin üst araması yapılabilir. Hukuka uygun bir şekilde yakalandıktan sonra kolluğun elinden kaçan kişilerin ve suç işlemekte olan, henüz işlemiş olan veya hemen önce suç işlediğini gösteren belirtilerin olduğu faili yakalamak için takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla arama yapılabilir. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 9/2'ye göre; "*Gümrük salonları ve gümrük*

⁴⁹ Yargıtay 19.CD E:2016/8039 K:2017/10113 KT:27.11.2017 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay/11.11.2020>)

⁵⁰ Yargıtay 8.CD E:2017/17004 K:2018/4788 KT:26.04.2018 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay/13.11.2020>)

kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkuilanılan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.” Aynı maddenin 3. Fıkrası gereğince de; “Gümrük bölgesine, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır. Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.” Bunlar dışında, 5237 sayılı TCK m. 24, 25 ve 26. Maddelerinde düzenlenmiş kanun hükmünü ve amirin emrini yerine getirme, meşru savunma ve zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ile diğer kanunlardaki hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü halinde arama yapılabilir. Son olarak, toplum için veya hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla ya da kapalı yerlerden gelen yardım çağrısı üzerine konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine arama kararı olmaksızın girilebilir.

AÖAY m.8/1-a’da, tutuklama ya da zorla getirme kararı veya yakalama emri olması halinde konut, işyeri, yerleşim yeri ve bu yerlerin eklentileri ile araçlarında arama kararı veya yazılı emir verilmesi gerekliliğinin aranmamasına ilişkin düzenlemenin kanuna aykırı olduğu görüşündeyiz. Kişi hakkında zorla getirme veya yakalama kararı olsa da arama kararı veya yazılı emir bulunmalıdır.⁵¹

Doktrinde, arama için mutlaka karar bulunması gerektiğinden bahisle kanunda bulunmayan bir yetkinin yönetmelikle kolluğa verilmesinin hukuka aykırı olması sebebiyle AÖAY m. 8/1-d’nin de uygulanmasının kanuna aykırı olduğunu savunan bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre; CMK m.118/2’deki düzenleme, AÖAY m. 8/1-d’deki araç bina ve eklentilerinde arama yapılmasına ilişkin düzenlemeye dayanak oluşturmamaktadır.⁵² Gerçekten, CMK hükmünün yalnız gece vakti arama için kolluğa imkân sağlaması karşısında, AÖAY m. 8/1-d düzenlemesi, “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

⁵¹ ALTIPARMAK/Cüneyd, 100 Başlıkta Soruşturma Evresi (Ankara: Seçkin, 2019) s. 226, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 402

⁵² YAŞAR/Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu (Ankara: Seçkin, 2018) s. 1068

sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda” arama emri veya kararı aranmaması hükmü ile kolluğa gece vakti arama yapılabilmesinin yanında, arama kararı bulunmaksızın kamuya açık olmayan alanlarda arama yapma yetkisi tanıdığından, bu düzenleme kanuna aykırıdır.

Doktrinde, ilgilinin rızası olması halinde adli arama için karar alınması gerekip gerekmediği tartışmalıdır ancak katıldığımız görüşe göre; rızanın bir şekilde alınıp adil yargılanma ilkesinin ihlal edilmesi ihtimali bulunması nedeniyle ilgilinin rızası olsa dahi mutlaka karar alınması gerekmektedir.⁵³ Kamu gücünü kullanan ve silahlı olan kolluğa gösterilen rızanın iradi olduğu söylenemeyeceğinden, ilgilinin rıza göstermesi hukuka uygunluk sebebi sayılmayacaktır.⁵⁴

AÖAY m. 8/1 a ve f bendindeki “*yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada*” ve “*ilgilinin rızası*” düzenlemeleri Anayasa ve kanuna aykırılık nedeniyle Danıştay tarafından iptaline karar verilmiş ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından bu karar onanmıştır.⁵⁵

D. Adli Arama Talebi ve Arama Kararı

1. Adli Aramanın Talep Edilmesi

Adli arama talebiyle ilgili olarak AÖAY m. 7/1’e göre; arama kararı alınmasını talep eden kolluk, makul şüphe sebeplerini açıklayan ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlayarak C. Savcısına başvurur.⁵⁶

⁵³ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 318, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 508, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 133, ÖZEN, s. 685

⁵⁴ ŞEN/Ersan, *Yorumluyorum – XV* (Ankara: Seçkin, 2017) s. 157, ABD’de kural olarak arama kararının varlığı gerekmesine karşın, rıza göstermeye yetkili olan bir kişinin aranan şeyin ne olduğunu bilmesi ve isteyerek, açık ve kati şekilde rıza göstermesi halinde sadece kişinin izin verdiği yerde gerçekleştirilmesi şartıyla arama kararı alınmaksızın aramanın icrası mümkündür. Ancak arama bir evde gerçekleştirilecekse, burada yaşayan herkesin gereken şartların varlığı ile rıza göstermesi gerekir. ÇÖPOĞLU/Hakan Serdar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi* (Ankara Barosu Dergisi Cilt:77, Sayı:1, 2019) s. 207

⁵⁵ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E:2007/2257 K:2012/1117 KT:14.09.2012 (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=8384> 03.07.2021)

⁵⁶ Fransız hukukunda, Fransız kanunlarına göre kolluk geniş yetkilere sahiptir ve kolluğun arama yapmak için arama izni alması gerekmemektedir. Makul şüphe bulunması aranmaksızın kolluk tarafından kimlik kontrolü yapılabilir ve buna istinaden kimlik kontrolü yapılan kişi, adli onay alınmadan 4 saat süreyle gözaltında tutulabilir. Ayrıca kolayca anlaşılabilir düzeyde bir tehlike şüphesi söz konusu olması halinde kolluk tarafından arama izni alınması gerekmeksizin silah ve

Soruşturma evresinde hâkim kendiliğinden karar vermemektedir; C. Savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından arama kararı verilir.⁵⁷ Soruşturma evresinde adli arama kararı alınmasına ilişkin süreç şu şekilde işlemektedir: İlçe Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından il Cumhuriyet Başsavcılığına talimat yazılarak adli arama yapılması talebinde bulunulur. İl Cumhuriyet Başsavcılığı talimat ve eki evrakı il Sulh Ceza Hâkimliğine sunarak adli arama kararı talebinde bulunur. Arama, il Cumhuriyet Başsavcılığı nezaretinde olur.⁵⁸

Kural olarak arama kararı verme yetkisi hâkime aittir ve AÖAY m. 4'te tanımlandığı üzere hâkim; yetkili sulh ceza hâkimi veya hâkimdir. Soruşturma evresinde verilen arama kararını yetkili, yani aramanın yapılacağı yer sulh ceza hâkimi; kovuşturma evresinde ise arama kararını davanın görüldüğü mahkeme vermektedir.⁵⁹

2. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal

Hâkime ulaşılamayan hallerde C. Savcısının, C. Savcısına ulaşılamayan hallerde yetkili kolluk amirinin yazılı emir verebilmesi için aranan adli arama bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hal olması şartı AÖAY m. 4'te tanımlanmıştır. Buna göre; derhal işlem yapılmazsa suça ilişkin iz, eser, emare ve delillerin kaybolması, şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi veya hâkimden karar almak için vaktin olmaması gibi durumların yaşanması söz konusuysa gecikmesinde sakınca bulunan hal vardır. Yönetmelikte açıkça sayıldığından, bu haller mevcut değilse gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığından söz edilemeyecek ve C. Savcısı veya yetkili kolluk amirince yazılı emir verilemeyecektir.⁶⁰

kaçakçılık için arama yapılabilir. JEANSONNE/Christopher, *International Bioterrorism Search and Seizure Issues: A Comparative Analysis of American and French Search and Seizure Law as it Relates to the Global War on Terror* (Journal of Biosecurity, Biosafety and Biodefense Law, Volume:2, Issue:1, 2012) p. 14, Ayrıca Fransız hukukunda aleni suçlarla ilgili yapılan soruşturmalar sırasında kolluk, kovuşturmada kullanılabilecek her türlü silah ve delile el koyabilir. Bununla birlikte, müfettişlerin soruşturma sırasında emre gerek olmaksızın üst arama yetkisi de vardır. JEANSONNE, p. 15

⁵⁷ DEMİRAG/Fahrettin, *Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar* (Ankara: Seçkin, 2018) s. 290, ALDEMİR, s.147, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 405, ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 339

⁵⁸ALDEMİR, s. 42

⁵⁹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 136, ÜNVER, HAKER, s. 873, ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 340, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 405

⁶⁰ Alman Ceza Muhakemesi Hukukuna göre de arama kararını verme yetkisi kural olarak soruşturmada hâkimin, kovuşturmada mahkemenin olup, gecikmesinde sakınca bulunan hal var ise, savcı veya

3. Cumhuriyet Savcısına Ulaşılamayan Haller

Kanunda düzenlenen C. Savcısına ulaşamayan hallerde kolluk amirinin yetkiye sahip olması hakkında, günümüzde iletişim anlamında savcıya ulaşamamanın mümkün olmadığından bahisle söz konusu düzenlemeyi kabul edilemez bulan bir görüş vardır.⁶¹ Gerçekten, C. Savcısına ulaşamama ihtimalinin küçük olduğu söylenebilir ve kolluk amirinin yazılı emir verdiği hallerde C. Savcısına ulaşmaya çalışılıp çalışılmadığı hususunda soru işareti oluşacaktır. C. Savcısına ulaşmaya çalışılmadan, düzenleme aykırı olarak verilen kolluk amirinin yazılı emri hukuka aykırı olacaktır.

4. Arama Kararının veya Yazılı Emrin Verilmesi

Arama kararı hâkim tarafından dosya üzerinden verilmektedir. Müdafî, kararın verildiği oturumda bulunma hakkına sahip değildir.⁶²

CMK m. 119/2 ve AÖAY m. 7/7’de belirtilen ve arama talebi, kararı ve emrinde bulunması gereken bilgiler şunlardır: “a)Aramanın nedenini oluşturan fiil, b)Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, c)Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi.” Ayrıca AÖAY m. 7/7-d’de belirtildiği üzere, “Aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde el konulup konulmayacağı” bilgisinin de arama talebi, kararı ve emrinde bulunması gerekmektedir.⁶³ Fiil, aramanın yapılmasına neden olan suçtur.⁶⁴ Suçun ne olduğunun arama talebi, kararı ve emrinde belirtilmesi gerekmektedir. Ancak doktrinde, fiil kelimesinin yetersiz olduğu ve yalnız fiilin değil, suçun da belirtilmesi gerektiğine ilişkin düzenleme yapılmasının doğru olacağı düşünülmektedir.⁶⁵ Arama talebi, kararı ve emrinde aramaya maruz kalacak kişinin kimlik bilgileri, adı ve kişiyi tanımlayan özellikleri belirtilmelidir.⁶⁶ Aramanın bir adreste yapılması söz konusu olduğunda,

soruşturma makamları yetkili hale gelmektedir. WOHLERS, Çev. Kerem ÖZ, s. 210, GERCKE, Çev. Hakan HAKERİ, Editör: Yener ÜNVER, s. 154

⁶¹ YURTCAN/Erdener, *Cumhuriyet Savcısının El Kitabı* (Ankara: Seçkin, 2019) s. 173

⁶² YENİSEY, NUHOĞLU, s. 406, PARLAR/Ali, ÖZTÜRK/Mustafa, *Ceza Yargılamasında Arama ve Elkoyma* (İstanbul: Aristo, 2019) s. 87

⁶³ Alman hukukuna göre; verilen arama kararında aramanın amacı, aranılan şeyin ne olduğu, deliller ve aramada bulunması beklenen şeyler belirtilmelidir. GERCKE, Çev. Hakan HAKERİ, Editör: Yener ÜNVER, s. 153

⁶⁴ ALDEMİR, s. 67

⁶⁵ ÖZEN, s. 694

⁶⁶ ALDEMİR, s. 67, ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 340

arama yapılacak yerin açık adresi belirtilmelidir ve nerede yapılacağı kesin şekilde anlaşılmalıdır.⁶⁷ Arama, eşyaya elkoyma için yapılıyorsa, bu eşyanın ne olduğu ve ayırt edilmesine yarayacak özellikleri belirtilmelidir.⁶⁸ Aramanın yapılabileceği sürenin de mümkün olduğunca açık şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Örneğin; tarih, hangi saatlerde geçerli olacağı veya aramanın gece mi gündüz mü yapılacağı belirtilmelidir.⁶⁹

Arama kararının hukuka uygunluğunun tartışıldığı bir Yargıtay kararına konu olayda, C. Savcısı tarafından verilmiş yazılı arama emrine istinaden işyerinde eşya ele geçirilmiştir ancak gecikmesinde sakınca bulunması halinin var olduğuna değinilmediği ve bu konuda belge veya bilgi bulunmadığı, bu nedenle eşyanın hukuka aykırı delil olduğu kararı verilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na, yazılı arama emrinde aramanın derhal yapılması gerektiği belirtilerek, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına değinildiğine ve şikâyet dilekçesi ile ekli belgelerde anlatılan olaya göre hemen satışa sunulmuş suç eşyasını kaçırma ve satma ihtimalinin mevcut olması makul şüpheyi ve gecikmesinde sakınca bulunan hali gösterdiğine karar verilmiştir. Bununla beraber Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre kanun ve yönetmelik hükümlerine göre gecikmesinde sakınca bulunan halin yazılı arama emrinde gösterilmesi gerekli değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tüm bu nedenlere dayanarak C. Savcısı tarafından verilmiş yazılı arama emrini ve yapılan aramayı hukuka uygun bulmuştur.⁷⁰ Her ne kadar Kanun ve yönetmelikte gecikmesinde sakınca bulunan halin yazılı arama emrinde gösterilmesi gerektiği düzenlenmemiş olsa da gecikmesinde sakınca bulunan halin nedeninin açıkça belirtilmesi gerektiği ve bu hususta düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle doktrindeki görüşe göre; mesai saatleri içerisinde yazılı emir verilirse, gecikmesinde sakınca bulunan halin nedeni yazılı emrin içerisinde kesinlikle belirtilmek zorundadır.⁷¹ Kanunda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının yazılı emir verebileceği düzenlenmiştir ve bu halin arama için en önemli belge olan ve C. Savcısına da arama

⁶⁷ ALDEMİR, s. 67, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 340, ÜNVER, HAKERİ, s. 886

⁶⁸ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 340

⁶⁹ ALDEMİR, s. 107

⁷⁰ Yargıtay CGK E:2016/75 K:2019/18 KT:17.01.2019 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 31.10.2020)

⁷¹ ALDEMİR, s.44

için yazılı emir verme yetkisi veren bir sebep olarak yazılı arama emrinde belirtilmesi gerekmektedir. Somut olaya bakıldığında, müzekkerede yazılı arama emrinin saat 12.58’de avukat tarafından alındığı kaydı mevcut olup, yazılı emrin mesai saatleri içerisinde verildiği görülmektedir. Bununla birlikte yazılı arama emrinde yalnız aramanın derhal yapılması gerektiği belirtilmiş olup, gecikmesinde sakınca bulunan halin olduğuna dair bir bilgi bulunmadığından, elde edilen delilin hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Alınan arama kararı veya emriyle bir kez arama yapılabilir; arama işlemi herhangi bir sebepten tamamlanamazsa daha sonra aynı karara dayanarak aramaya devam edilemez veya arama baştan alınamaz.⁷² Buna göre arama kararı hangi zamana aralığı için ve ne için verildiyse o an yerine getirilmelidir; aksi halde arama kararı geçerliliğini yitirecektir ve bu durumda kolluk tarafından yapılan arama hukuka aykırı olacaktır.⁷³

Aramaya ilişkin karar veya emrin arama yapılmadan önce mi verilmesi gerektiği, aramadan sonra da verilebilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak katıldığımız görüşe göre; hâkim kararı veya yetkili merciin emri mutlaka yazılı olmalı ve aramanın yapılmasından önce verilmiş olmalıdır.⁷⁴ Arama kararının veya emrinin arama yapılmasından sonra alınması halinde arama hukuka aykırı olacaktır. Örneğin; işlenen bir suça ilişkin yürütülen soruşturma sırasında şüphelinin konutunda arama yapılması gerektiğinde, kolluk tarafından arama yapıldıktan sonra hâkimden arama kararı talep edilirse veya aramanın C. Savcısı tarafından yazılı emir verilirse, arama sırasında arama kararı veya emri mevcut olmadığından yapılan arama hukuka aykırı olacaktır. Kolluğun adli aramayı hâkimin veya C. Savcısının sözlü olarak verdiği karar ya da emre istinaden yapması

⁷² ÇÖPOĞLU, s. 167, ALDEMİR, s. 151

⁷³ Alman hukukunda, verilen kararın geçerliliği en fazla 6 ay olup, kararın verilmesinin üzerinden 6 ay geçtikten sonra arama yapılabilmesi için yeni bir karar alınması gerekmektedir. Ayrıca bir aramada kullanılan karar, aramanın sona ermesi ile geçerliliğini yitirmektedir ve başka bir arama yapılmak istendiği takdirde eski kararın kullanılması mümkün olmayıp, yeni bir arama kararı alınması gerekmektedir. GERCKE, Çev. Hakan HAKERİ, Editör: Yener ÜNVER, s. 154

⁷⁴ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMİN, TOK, s. 520, YILMAZ/Yeşim, *Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama* (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:124, 2016) s. 265, Alman Hukukuna göre; aramanın icrası için yazılı bir arama kararı gereklidir ancak acil bir durum söz konusu olduğu takdirde sözlü olarak verilen arama kararı sonradan yazılı hale getirilebilmektedir. GERCKE, Çev. Hakan HAKERİ, Editör: Yener ÜNVER, s. 153

durumunda da arama hukuka aykırı olacaktır. Gerçekten, Yargıtay'a intikal etmiş bir dosyada, uyuşturucu madde satıldığı hakkında gelen ihbar sonrası C. Savcısının sözlü olarak arama yapma talimatı vermesi üzerine kolluk görevlileri tarafından sanığın işyerinde yapılan aramada parçalar halinde ayrılmış şekilde uyuşturucu madde ele geçirilmiş ve delil olarak hükme esas alınmıştır. Yargıtay ise, adli aramanın hâkim kararı veya C. Savcısının yazılı emri olmaksızın, sözlü talimat ile yapılmış olması nedeniyle hukuka aykırı olduğuna ve hukuka aykırı arama ile elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağına karar vermiştir.⁷⁵

E. Adli Aramanın İcrası

Şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri ve bu kişilere ait diğer yerlerin aranabilmesi için öncelikle makul şüphenin bulunması ve arama kararı veya emrinin bulunması adli aramanın hukuka uygun şekilde yapılması için öngörülen şartlardır. Ayrıca adli aramanın icrası aşamasında da birtakım özelliklerin varlığı aranır. Bunlardan biri, adli aramanın yapılacağı zaman veya zaman dilimidir. Bir diğeri de arama sırasında hazır bulunabilecek kişilerin kim olduğudur. Son olarak da aramanın sonlandırılması aşamasında usul yönünden yapılması gerekenler vardır.

1. Aramanın Zamanı

CMK m. 119/2'de belirtildiği üzere, adli arama kararı veya emrinin geçerli olacağı süre belirli olmalıdır. Sürenin belirli olmasıyla kast edilen tamı tamına tarih ve saatinin belirtilmesi gerektiği değildir; aramanın ne zaman yapılacağının anlaşılabilir olması yeterlidir. Sürenin belirli olmaması halinde verilen arama kararı veya emri hukuka aykırı olacaktır. Yargıtay, FETÖ/PDY silahlı terör örgütleri mensuplarının Darbeye Teşebbüs eyleminin hemen sonrasında, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı gerekçe gösterilerek emrin geçerli olacağı süre belirtilmeksizin verilmiş gece vakti arama kararını arama işleminin makul sürede yapılmış olması nedeniyle hukuka uygun bulmuştur.⁷⁶ Gerçekten, arama kararında aramanın zamanının açıkça belirtilmesi gün, saat, zaman dilimi şeklinde olabileceği gibi belirli bir tarih olarak

⁷⁵ Yargıtay 10.CD E:2016/3287 K:2018/8366 KT:26.11.2018 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay/05.11.2020>)

⁷⁶ Yargıtay 16. CD E:2018/2203 K:2018/4788 KT:04.12.2018 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay/03.11.2020>)

belirlenebilir.⁷⁷ Bunlara örnek olarak; bir gün, 12 saat, gündüz veya gece, 03.11.2020 olabilir. Bu sebepten, Yargıtay kararında yer alan arama kararı gece vakti arama kararı olduğundan ve makul sürede tamamlandığından, bu arama kararında herhangi bir hukuka aykırılık yoktur.

AÖAY m. 31 gereğince; “*Arama, kararda veya yazılı emirde belirtilen süre içerisinde yapılır.*” Buna göre, aramaya arama kararında belirtilen zamandan önce başlanamayacağı gibi bu zamanın geçmesinden sonra da başlanamaz. Bununla beraber, “*Her arama kararı, aksine bir hüküm içermiyorsa sadece bir kez arama yapma yetkisi verir.*” Arama kararının geçerliliği kararda yazan süreye bağlı olduğundan, arama kararında tanınmış olan bir kez arama yapma yetkisi kullanılmamış olsa dahi bu karar belirlenen zaman dilimi içerisinde arama yapılmayıp kullanılmadığı takdirde daha sonra kullanılamaz. Diğer bir deyişle; arama kararı bir defaya mahsus olmakla, yalnız belirtilen arama zamanında aramaya başlanabilir ve belirtilen yerlerde arama yapmak için kullanılabilir.

AÖAY m. 31/2’ye göre; “*Aramanın amacını tehlikeye sokan acil bir durum yoksa, adli arama gündüz yapılır.*” Kural olarak, gündüz vakti adli arama yapılabilir; istisnai olarak gece adli arama yapılması mümkündür. Bunun amacı, özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığının korunmasının sağlanmasıdır. CMK m. 118/1’e göre; “*Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.*” AÖAY m. 4’te tanımlandığı üzere; güneşin batmasından bir saat sonraki sürede başlayan ve doğmasından bir saat önceki süreye kadar olan zaman dilimi gece vaktidir.⁷⁸ Kural olarak arama gündüz yapılsa da adli aramanın amacını tehlikeye sokan acil bir durum varsa arama gece de yapılabilir. CMK m. 118/2’deki düzenlemeye göre; “*Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması*” söz konusuysa ilk fıkradaki “*Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.*” hükmü uygulanmaz; gece vakti arama

⁷⁷ ALDEMİR, s. 107

⁷⁸ ABD’de eyaletlerin neredeyse yarısı, özel durumlar olmadan aramaların icrasını gündüz ile sınırlı olarak yapmaktadır ve çoğu yargı bölgesinde sabah 06.00 ile akşam 22.00 arası gündüz sayılmaktadır. CAMPBELL/Andrea, OHM/Ralph C., *Legal Ease: A Guide to Criminal Law, Evidence, and Procedure* (Springfield, Illinois: Charles C Thomas, 2012) p. 102

yapılabilir. Arama gündüz yapıldığı takdirde arama tehlikeye girecekse, şüpheli veya sanığın kaçması ya da delillerin ortadan kaldırılması söz konusu olacaksa gecikmesinde sakınca bulunan hal bulunmaktadır ancak bu hal ayrıntılı şekilde kararda belirtilmelidir.⁷⁹ Tutuklu, sanık veya hükümlünün yakalanıp gözaltına alındıktan sonra firar etmesi halinde tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar da gece vakti yapılabilmektedir. Bunlara ek olarak AÖAY m. 31/3'te belirtildiği üzere PVSK m. 7'de sayılan geceleyin herkesin girip çıkabileceği umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde gece vakti adli arama yapılabilir. Örneğin; otel, lokanta, internet kafeler umuma açık istirahat ve eğlence yeridir.

Doktrinde; hükümde istisna düzenlenmemişse yorumla istisna getirilemeyeceğinden, CMK m. 118'deki gece arama yapılamaması düzenlemesi nedeniyle gündüz başlayan aramaya gece devam edilemeyeceğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır.⁸⁰ Ancak katıldığımız görüş gereğince; eğer arama kararında aramanın gündüz vakti yapılacağı belirtilmişse aramaya gündüz vakti başlanması gerekir ancak kolluk, gündüz başlanan aramaya gece devam edebilir.⁸¹ Buna göre, aramaya gündüz vakti başlanması zorunlu olsa da aramanın gündüz vakti sona ermeden tamamlanmış olması gerekmemektedir. Ancak bu, aramanın sağlıklı şekilde yapılabilmesi içindir. Dürüst işlem ilkesine uyulmadan, gerekli olmadığı halde gece vaktine kadar uzatılması halinde arama hukuka aykırı olacaktır.⁸² Aksi görüş kabul edildiği takdirde, gündüz başlayan aramaya gece vakti olduğunda mutlaka son verilmesi gerekeceğinden, aramanın amacına ulaşılamamasına ve delillerin ortadan kaybolması riskinin doğmasına neden olunacaktır. Bu nedenle, yalnız aramanın sıhhati için ve dürüst işlem ilkesine bağlı kalınarak, gündüz başlanan aramaya gece devam edilmesi mümkündür. Örneğin; gündüz vakti yapılması belirlenen aramaya gündüz vakti başlanmış ancak

⁷⁹ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 408

⁸⁰ YAŞAR/Osman, *Ceza Muhakemesi Kanunu* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 914

⁸¹ YURTCAN/Erdener, *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı* (Ankara: Adalet, 2018) s. 103, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 513, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 348, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 336, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 143, ALDEMİR, s. 109, SIRMA, s. 35, YILMAZ/Zahit, *Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında "Konutta Arama"* (Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:6, Sayı:17, 2011) s. 177, ÖZEN, s.693, YILDIZ, s. 209, CENTEL, ZAFER, s. 437, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 458, TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 284

⁸² ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 336, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 144

kolluğun durmadan çalışmasına rağmen arama gündüz vaktinde tamamlanamamışsa gece vakti de devam edilebilecektir. Çünkü uğraşılmasına rağmen belirlenen vakitte tamamlanamayan arama dürüst işlem ilkesine aykırılık oluşturmaz ve bu durumda aramaya gece devam edildiğinde aramanın amacına ulaşılması riske girmez.

2. Arama Yapılacak Yere İlişkin Koşullar

a. Üstte Arama

Üstte arama, elbise içinde veya altında, kişinin vücudunda ve doğal boşluklarında yalnız elle ve gözle yapılan aramadır.⁸³ Üst araması esnasında el ve göz dışında herhangi bir teknolojik veya tıbbi alet kullanılamaz; bedene müdahale edilemez. Aramanın beden muayenesine dönüşmesinin önlenmesi gerekmektedir.⁸⁴ Arama sırasında kişinin onuru göz önünde bulundurulmalı, ar ve hayâ duygularına zarar verilmemelidir.⁸⁵ Üstte arama, kişiyi utandırmamak amacıyla, AÖAY m. 28’de düzenlendiği üzere kişinin aynı cinsiyette bir görevli tarafından ve ilk durdurulduğu yer veya yakınında, mümkün olduğunca başkalarınca görülmeyecek şekilde yapılır. Kişi direnirse orantılı güç kullanılabilir. Üst araması sırasında kişinin üstünde veya eşyasında bulunan özel kâğıt ve zarflar açılmaz; açık ise içindeki bilgiler okunamaz. Ancak içinde müsadereye tabi bir eşya bulunması ihtimali varsa bu özel kâğıt ve zarflar açılabilir. Örneğin; kişinin montunun cebinde bulunan zarfta uyuşturucu olabileceğinden şüphelenilirse bu zarf açılabilir. Açıldıktan sonra içinde uyuşturucu olmadığı ve bir kâğıt olduğu görüldüğünde bu kâğıt okunamaz.

Her ne kadar üstte arama elbise içinden veya altından yapılabilecek olsa da AÖAY m. 28’de, kişinin kanuna aykırı bir şey taşıyor olabileceği makul şüphesi bulunması ve başka türlü amaca ulaşamıyor olması halinde üst araması için kıyafetlerin çıkarılabileceği düzenlenmiştir. Örneğin; makul şüphe altında aranan şeyin ebat olarak çok küçük, kolaylıkla gizlenebilecek olması hallerinde kıyafetin

⁸³ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 144, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMİN, TOK, s. 513, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 343, ÖZEL/Kadir Can, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama* (D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt:21, Özel Sayı, 2019: s.1217-1266) s. 1240

⁸⁴ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 144, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMİN, TOK, s.513, ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 333

⁸⁵ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s.333, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 144, YILMAZ, s. 274

içinden veya altından yapılan aramayla ulaşılamamasına neden oluyorsa bunların çıkarılabilmesi mümkündür. Diğer taraftan aranan şeyin bir tabanca olması halinde kıyafetin içinden veya altından elle arama ile tabancaya ulaşılabileceğinden giysilerin çıkarılması istenemez. Giysiler çıkarılarak yapılacak aramanın hangi şartlar sağlanarak yapılması halinde hukuka uygun olacağı da aynı maddede açıklanmıştır. Buna göre: O birimde görevli en üst kolluk amiri tarafından kıyafetlerin çıkarılma nedeni ve nasıl arama yapılacağı anlatıldıktan sonra kişinin cinsiyetinden görevliler aramanın dışarıdan görülmesini engelleyecek önlemler aldıktan sonra üst araması yapılabilir. Arama, kişi en az utandırılacak şekilde yapılmalıdır ve bunun için önce üst giysiler çıkarılarak üst beden aranır, ardından kişinin tamamen çıplak kalması önlenmek için üst giysisi giydirildikten sonra alt giysileri çıkarttırılarak alt bedeninde arama yapılır. Bu sırada çıkarılan giysiler de aranır. Görevliler, bedene mümkün olduğunca dokunmadan ve en kısa sürede aramayı tamamlamalıdır. Yapılan arama neticesinde bir delil, iz, emare ele geçirilirse kişi yakalanır. Bu işlemler gece vakti de yapılabilir.

Hukuka uygun şekilde yapılması için üstte aramaya yönelik bir arama kararı mevcut olmalıdır ancak katıldığımız görüşe göre; konutta veya işyerinde arama yapıldığı sırada CMK m. 116 ve 117’de belirtilmiş şartlar dâhilinde orada bulunanların üstü aranabilir.⁸⁶ Örneğin; kolluk, konutta arama izni ile uyuşturucu aramak için gittiği konutta konutun sahibinin üstünü de arayabilir. Arama emrinde üst araması belirtilmemiş olsa da aranan eşya belirtildiğinden, bu eşyanın bulunması için o an evde bulunan şahısların aranması hukuka aykırılık oluşturmayacaktır. Görüşümüzün aksine, konutta arama yapılmasına ilişkin kararın o yerdeki kişilerin üstünün aranmasını kapsamadığını savunan görüşler de vardır.⁸⁷ Ancak kolluk konutta arama yaptığı sırada dahi, aramaya maruz kalan kişilerin aranan şeyi üstlerinde gizlemesi mümkündür. Bu nedenle konutta arama tedbirinin amacına ulaşması bakımından konutta arama sırasında her zaman olmasa da kollukta makul şüphe olduğu takdirde konutta bulunanların üstünü arayabilmelidir. ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ da

⁸⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 334

⁸⁷ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMİN, TOK, s. 521, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 463

konutta veya işyerinde arama sırasında orada bulunanların üstünün aranmasında güvenliği sağlama veya delil bulunması şüphesi nedenlerini saymıştır. Savunduğumuz görüş, konutta aramanın mutlaka o yerde bulunanların üstünün aranacağı anlamına gelmemektedir; CMK m. 116 ve 117’de belirtilen şartların varlığında bunun mümkün olduğu görüşündeyiz.

b. Eşyada Arama

Eşyada aramanın yapılabilmesi için o eşyanın aramaya tabi kişinin zilyetliğinde bulunması yeterlidir.⁸⁸ Buna göre; eşyanın mülkiyetinin o kişide olması gerekmemektedir. Eşyayı emanet alan, eşyaya refakat eden kişinin de zilyetliğindeki eşya aranabilir.⁸⁹ Eşyada arama, üstte arama ile birlikte AÖAY m. 28’de düzenlenmiştir ve üstte aramayla aynı şartlara tabidir. Buna göre kolluk görevlilerince, kolluk görevlisi olduklarına dair kimliği aramaya maruz kalacak kişiye gösterildikten sonra arama konusu eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasının nedeni açıklanır. Kolluk görevlisinin üstünde resmi üniforma olması halinde de kolluk görevlisi olduğuna dair kimliği göstermek zorundadır.⁹⁰ Aramaya konu eşyanın ne olduğunun açıklanması hususunda önemli nokta o eşyanın rengi, markası gibi herhangi aynı tür bir eşyadan ayrılabilmesini sağlayan bir özelliğiyle açıklanmasıdır. Eğer bu şekilde belirtilemiyorsa en azından bu eşya tür olarak açıklanmalıdır.⁹¹ Kişinin eşyası mümkünse elektromanyetik cihazlarla; bu mümkün değilse beş duyu organıyla aranır. Aramanın yapılması şekli üst aramasındaki şartlarla aynıdır.

Atılmış veya terk edilmiş olarak sahibinin zilyetliğinin tamamen son bulduğu eşyalar üzerinde delil elde etmek amacıyla yapılan inceleme işlemi arama değildir.⁹² Çünkü işlemin arama sayılması için eşyanın aramaya maruz kalacak kişinin zilyetliğinde bulunması gerekmektedir. Terk edilmiş eşyalarda zilyetlik sona erdiğinden, yapılan inceleme işlemi arama değildir. AÖAY m. 28/5’te; sahipsiz eşyanın mümkünse elektromanyetik cihazla aranması, bu mümkün değilse beş duyu

⁸⁸ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 145, ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 334, YILMAZ, s. 277, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 344

⁸⁹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 334, ÇÖPOĞLU, s. 173

⁹⁰ ALDEMİR, s. 152

⁹¹ ÇÖPOĞLU, s. 173

⁹² ÖZEL, s. 1241, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 145, ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 334, YILMAZ, s. 277, ÇÖPOĞLU, s. 174, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 459

organı aracılığıyla aranması şeklinde bir düzenleme vardır. Ancak sahipsiz eşya üzerinde zilyetlik bulunmadığından bu işlem arama değil; incelemedir.

c. Konutta Arama

Konut, kişinin fiilen oturduğu yeri ifade etmektedir; bu da konut dokunulmazlığının etki alanını genişletmektedir.⁹³ Buna göre; konut, kişinin geçici olarak oturduğu, kullandığı kapalı mekânları da kapsamaktadır. Konut dokunulmazlığının etkisinin geniş olmasını sağlayan düzenleme sayesinde, kişilerin yalnız evinde yapılacak aramaların bu hak kapsamında değerlendirilmesi değil; apartman, yazlık, otel odası vb. yerlerin tamamının kişinin fiilen orada oturması sebebiyle konut dokunulmazlığı kapsamında olması sağlanmaktadır. Ayrıca bir yerin konut sayılması için gece kullanmak için hazırlanmış olması gerekmediği gibi taşınmaz olması da gerekmemektedir.⁹⁴ Buna göre; çadır, karavan gibi taşınmaz olmayan şeyler de konuttur.⁹⁵ Örneğin; birkaç günlüğüne arkadaşlarıyla kampa gitmiş şüphelinin kaldığı çadır konut sayılmaktadır. Şehir dışından İstanbul'a okumaya gelmiş üniversite öğrencisinin kaldığı yurt odası da konuttur. Bununla beraber birkaç saat dinlenip yoluna devam etmek üzere bir otelde oda tutan kişinin tuttuğu oda da konut sayılacaktır. Görüldüğü üzere bir yerin konut sayılması için ne kadar süreliğine kullanıldığı fark etmemektedir. AİHM, Gillow/Birleşik Krallık kararında, konutun sahibi olan ancak 19 yıldır o konutta yaşamayan başvuruçuların bu konuta her zaman geri dönmeyi amaçlaması ve mülkiyetinin kendilerine ait sayılması için bağı yeterince sürdürmüş olduklarından, söz konusu konutun 8. Madde anlamında konut olarak sayılabileceğine karar vermiştir.⁹⁶

⁹³ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 329, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 145, OLCAY/Suphan, *Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu* (İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, 2019) s. 247

⁹⁴ ARSLANTÜRK/Mustafa, *Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Temel Kitabı* (Ankara: Seçkin, 2018) s. 205, ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 329

⁹⁵ AİHM'in belirlemelerine göre; yazlık ev, ikinci ev, uzun süre konaklanabilen oteller, önemli bir süre veya yıllık olarak başka biri tarafından işgal edilen ve başka bir kişiye ait olan ev, iç hukuk gereğince işgal hakkı sona ermiş olsa dahi kiracının işgal ettiği ev, bir kişinin işyeri veya konutu olduğu şeklinde kesin bir ayırım yapılamadığı durumlarda işyeri, karavan veya diğer sabit olmayan meskenler konuttur. Buna karşılık şu yerler AİHM tarafından konut olarak değerlendirilmemiştir: Apartmanda ortak sahiplerin müştereken ve ara sıra kullanması için bulunan çamaşır odası, sanatçının giyinme odası, sahibinin avlanma vb. bir spor için izin verdiği arazi. ROAGNA, p. 30

⁹⁶ KILKELLY/Ursula, *The Right to Respect for Private and Family Life* (Germany, Council of Europe, 2003) p. 19

Konutta arama kapsamında yalnız konut sayılan yerde yapılan arama bulunmamaktadır; AÖAY m. 30'un başlığı "Konut, işyeri ve eklentilerinde aramanın yapılması"dır. Dolayısıyla, konutun eklentileri de konutta arama kapsamında aranabilmektedir.⁹⁷ CMK m. 116'da "*Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.*" düzenlemesiyle, eklenti kelimesi kullanılmamış olsa da "*ona ait diğer yerler*" tabiriyle eklenti de kast edilmektedir. CMK m.116 düzenlemesindeki 'diğer yerler' arasında kömürlük, garaj, konutun bahçesi, bodrum, kiler, depo, müştemilat sayılabilir.⁹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da avlu, ahır, samanlık, kömürlük, odunluk, balkon, bahçe, taraça gibi yerleri eklenti kabul eder.⁹⁹ Buna göre; bir konutun garajında, kömürlüğünde, bahçesinde vb. yerlerde arama yapılabilmesi için konutta arama kararı gerekmektedir. Aksi halde hukuka aykırılık ortaya çıkacaktır.

AÖAY m.8/1-a'da yer alan hâkim kararı veya yazılı emir gerekmemesine dair düzenlemenin aksine, konut, işyeri gibi kamuya açık olmayan alanlarda arama yapılabilmesi için arama kararı veya C. Savcısının yazılı emri bulunması gerektiğinden, hakkında zorla getirme veya yakalama kararı olan kişilerin yakalanması için de arama kararı veya yazılı emir olması gerekmektedir.¹⁰⁰ Buna göre, zorla getirme veya yakalama kararı adli arama için arama kararı bulunması gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Konutta aramanın nasıl yapılacağı AÖAY m. 30'da düzenlenmiştir. Buna göre; kolluk, gerekli güvenlik tedbirlerini aldıktan sonra kapıyı çalmalı, içeri girmek için izin vermeye yetkili kişiler ile iletişim kurup bilgilendirme yaparak onlardan kolaylık göstermelerini istemelidir ancak gecikmesinde sakınca bulunan hal veya tehlike varsa bilgilendirme içeri girildikten sonra yapılabilir. Kolluk arama kararını kişiye göstermelidir. Bilgilendirme üzerine kapı açılmazsa arama yapmaya görevli kolluk güç kullanabilir ancak önce uyarıda bulunulmalıdır. Uyarı yapıldığı halde kapı

⁹⁷ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 461

⁹⁸ OLCAY, s. 250, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 344, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 331

⁹⁹ Yargıtay CGK E:1993/208 K:1993/352 KT:27.12.1993 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 08.07.2021)

¹⁰⁰ ALTIPARMAK, s. 226, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 402

açılmazsa eve zorla girilir ve güç, kademeli bir şekilde arttırılarak kullanılabilir. Evde bulunan kişilerin üst araması güvenlik veya suç eşyasının aranması için yapılabilir fakat ölçülü olunmalıdır. Ölçülülük hususunda aranan şeyin boyutu ve niteliği önem taşımaktadır. Örneğin; aramanın konusu olan suç eşyası büyük bir balta ise bunun bulunmasına yönelik olarak üst araması yapılması gereken ölçünün aşılmasına neden olacaktır. Diğer taraftan, suç eşyası uyuşturucu hap ise konutta bulunan kişilerin üst araması yapılması amaca ulaşmak hususunda ölçülü olacaktır. Konutta bulunan kişilerin özel hayat ve mallarına karşı gösterilmesi gereken özen en üst dereceden olmalıdır. Arama sırasında özel kâğıt ve zarflar bulunursa bunlar açılmaz, açılrsa da okunmaz ancak içinde müsadereye tabi bir eşya olabileceğinden bahisle açılabilir. Eğer kasa vb. özel şekilde açılabilen şeylere rastlanılırsa kollukça veya masraflarını kolluğun karşılayacağı meslek erbabınca açılır ancak konutta açılması masraflı, zor veya oraya zarar verebilecekse kolluk tarafından muhafaza edilen başka bir yerde de açılabilir.

Arama yapılacak yerde birden fazla oda varsa ve bu odaların detaylı şekilde aranması gereği bulunuyorsa aramaya maruz kalan kişiler oradan uzaklaştırılabilirler.¹⁰¹ Bunun amacı aramanın sağlıklı şekilde sonlandırılabilmesini sağlamaktır; delilin gözden kaçırılması veya gizlenmesi önlenmek istenmektedir. Ancak her arama sırasında aramaya maruz kalan kişinin dışarı çıkarılabileceği sonucu çıkarılmamalıdır; yalnız aramanın birçok odada ve hepsinde detaylı şekilde yapılması gerektiğinde kişinin çıkarılması mümkündür.

Konutlar kamuya açık olmayan kapalı alanlar olduğundan, buraların aranabilmesi için hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir. Kolluk da konutta arama yapacağı zaman öncelikle bilgilendirme yapıp arama kararını göstermelidir. Buna göre arama sırasında bir arama kararı veya yazılı emir mevcut olmalıdır. Arama kararı olmaksızın yapılan arama hukuka aykırı olacaktır. Bununla ilgili olarak Yargıtay, C. Savcısının yazılı arama emri olmaksızın sözlü talimatıyla konutta arama yapılmış olduğu

¹⁰¹ BİÇAK/Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2018) s. 669

gerekçesiyle ele geçirilen delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olduğuna karar vermiştir.¹⁰²

CMK m. 119/4 gereğince; “Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.” Konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde arama yapıldığı sırada C. Savcısı hazır bulunmuyorsa, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulundurulması gerekmektedir. Hazır bulundurulması gereken bu kişilere arama tanığı da denmektedir ve bu kişilerin mutlaka belirtilen şartlara uygun iki kişi olması gerekmektedir.¹⁰³ Bir kişinin hazır bulundurulması veya iki kişinin hazır bulundurulmasına karşılık, bu kişilerin o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan olmaması hallerinde arama hukuka aykırı olacaktır ve buna bağlı olarak söz konusu aramada elde edilen deliller hükme esas alınamayacaktır. Arama tanıklarının bulundurulmaması veya eksik bulundurulması hallerinde aramanın hukuka aykırı olmayacağı yönünde Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı bulunmaktadır ancak bu karar açıkça kanuna aykırıdır.¹⁰⁴ Bu kararın nedeni, aramada tanık bulundurulması kuralına uyulmamasının delili hukuka aykırı hale getirip getirmeyeceği tartışmasıdır.¹⁰⁵

Arama tanıklarının bulunmamasının kanuna aykırılığı tartışması, Anayasa mahkemesi tarafından Yaşar Yılmaz Başvurusu kararına konu olmuştur. Kararda, arama sırasında o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan kimsenin bulundurulmaması nedeniyle aramanın hukuka aykırı şekilde icra edildiği ve bu şekilde elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının hukuka aykırı olduğu ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir.¹⁰⁶

¹⁰² Yargıtay 20.CD E:2017/3458 K:2018/850 KT:14.02.2018 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 16.11.2020)

¹⁰³ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 350, ÜNVER, HAKERİ, s. 891, ÖZEN, s. 695, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 408, TANER, ÖNTAN, s. 2460, AYDIN, s. 110, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 459

¹⁰⁴ Yargıtay CGK E:2011/278 K:2012/96 KT:13.03.2012 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 18.11.2020)

¹⁰⁵ TANER/Fahri Gökçen, ÖNTAN/Yaprak, CMK’nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşümü (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016: 2445-2469) s. 2447

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, Yaşar Yılmaz Başvurusu, Başvuru no:2013/6183 (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/6ee60c82-abe5-4af7-884d-5fa5c4eeeb30?wordsOnly=False> 18.11.2020)

Yaşar Yılmaz Başvurusu kararı üzerine Anayasa Mahkemesi, Jakop Gabriel Başvurusu kararında arama tanığının eksik bulunmasının hukuka aykırılık yaratmayacağı şeklinde bir karara varmıştır.¹⁰⁷ Bu karardaki tespiti şu şekildedir: Arama sırasında arama tanığı olarak yalnız mahalle muhtarının bulundurulması karşısında aramanın tamamlanması üzerine arama mahalline gelen C. Savcısının başvurucuya arama işlemi ve elde edilen suç eşyası hakkında sorular sormuştur. Buna karşılık başvuru, soruşturma ve kovuşturma evresinde arama sonucunda elde edilen delillerin sıhhatine ve gerçekliğine ilişkin somut bir beyanda bulunmamıştır. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi, arama tanığına ilişkin eksikliğin elde edilen delillerin güvenilirliğine zarar vermediğine ve bu delillerin esas alınarak kurulan mahkûmiyetin yargılamanın adillliğini zedelediğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin arama tanığına ilişkin Yaşar Yılmaz Başvurusu kararı kanuna uygun bir şekilde verilmiştir ancak Jakop Gabriel Başvurusu kararı CMK m. 119/4'e aykırılık oluşturmaktadır. Kararın aksine, arama tanığının eksik bulundurulması aramayı hukuka aykırı hale getirir ve bu hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen delillerin hükme esas alınarak sanık hakkında mahkûmiyet kurulması hukuka aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin Deniz Seki Başvurusunda başvuru, uyuşturucu madde ticareti suçundan yargılandığı davada yasanın ve delillerin eksik değerlendirildiğini, tape kayıtlarında bu suça ilişkin bir delil olmadığını, iddianamede uyuşturucu madde temin etme suçu olmasına karşılık uyuşturucu madde ticaretinden cezalandırıldığını ileri sürmüştür. Kararda, C. Savcısının yazılı emri üzerine bir işlem tanığı huzurunda arama işlemi icra edilmiş olduğu ve Jakop Gabriel kararında da belirtildiği üzere, aramanın elde edilen delillerin güvenilirliğini ve bu delillerin hükme esas alınmasının adil yargılanmayı zedelediğine karar verilmiştir.¹⁰⁸ CMK m. 119/4'e aykırı olarak yapılan arama neticesinde elde edilen delillerin mahkûmiyete yönelik hükme esas olması hukuka aykırıdır.

¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, Jakop Gabriel Başvurusu, Başvuru no:2013/2392 (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/fbd24865-2998-498c-8ea1-ed93c11924f7?wordsOnly=False> 18.11.2020)

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, Deniz Seki Başvurusu, Başvuru no:2014/5170 (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/bireyselkarar/content/55b89daa-8c8a-4d5a-8470-bbd96bd7c13f?wordsonly=false> 19.11.2020)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise güncel bir kararında arama tanıklarından bir kişinin bulundurulup eksik arama tanığıyla arama yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Şöyle ki; Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından, hukuka uygun olarak alınmış arama kararına istinaden herhangi bir hak ihlal etmeden yapılan arama neticesinde elde edilen delillerin sırf CMK m. 119/4'teki şekle aykırılıktan dolayı hukuka aykırı delil kabul edilmelerine ve hükme esas alınamamalarına itiraz etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise C. Savcısının hazır bulunmadığı, arama tanıkları da hazır bulundurulmaksızın arama yapılmış olduğundan aramanın hukuka aykırı olduğuna, bu sebeple hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin ispat aracı olarak kabul edilemeyeceği ve hükme esas alınamayacağından bahisle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine karar vermiştir.¹⁰⁹ Yargıtay CGK kararı CMK m. 119/4'teki düzenlemeye istinaden kanun koyucunun düzenlemedeki amacını yerine getirir niteliktedir ve hukuka uygundur. Diğer taraftan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, CMK m. 119/4'teki düzenlemenin emredici olduğunu göz ardı edip şekle aykırılık neticesinde arama sonunda elde edilen delillerin hukuka aykırı olarak kabul edilmemesi gerektiğinden bahisle yaptığı itiraz kabul edilemezdir. Görüldüğü gibi Yargıtay CGK, önceden arama tanıklarının bulundurulmaması veya eksik bulundurulması halinde aramanın hukuka aykırı olmayacağı yönünde kararlar vermekte iken güncel kararında bu görüşünü değiştirmiş ve hukuka aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir.

Suçun mağdurunun konutunda, işyerinde ve mağdura ait kamuya açık olmayan alanlarda arama yapılması hususunda hangi usulün uygulanması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Mağdurun üçüncü kişiler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır.¹¹⁰ Ancak katıldığımız görüşe göre; müştekinin arama için rıza göstermesi yeterlidir; arama kararı veya emrine gerek yoktur. Bu rıza zımni bir şekilde dahi verilmiş olsa geçerlidir.¹¹¹

Avukatların konutlarının aranması hakkında özel düzenleme mevcuttur. AvK m. 58/1'deki bu düzenlemeye göre; avukatın konutu ve bürosu yalnız mahkeme

¹⁰⁹ Yargıtay CGK E:2016/1146 K:2020/68 KT:06.02.2020 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 21.11.2020)

¹¹⁰ ÖZEN, s. 687

¹¹¹ AKBEY/Evren, *Etkin Soruşturmaya İlişkin Usul ve Esaslar* (Ankara: Adalet, 2019) s. 30

kararıyla, C. Savcısının denetiminde ve kararda belirtildiği olay nedeniyle aranabilir. Kullanımı yaygınlaşan Home Office de dediğimiz, yani avukatın ayrı bir bürosunun olmayıp konutunda bir bölümü büro olarak kullandığı hallerde doktrinde katıldığımız görüşe göre; konuttaki büro olarak kullanılan yerin CMK m. 130 gereğince aranması mümkündür.¹¹² Görüşümüze göre; konutun tamamı aranacaksa mahkeme kararının konutta ve avukat bürolarında aramayı kapsamaması gerekmektedir. Eğer yalnız konuttaki büro bölümü aranacak ise avukat bürolarında arama için kararın mevcut olması; yalnız konut olarak kullanılan yer aranacak ise konutta aramaya ilişkin karar alınması gerekmektedir.

d. İşyerinde Arama

AÖAY m. 30 konut, işyeri ve eklentilerini kapsadığından, Konutta Arama başlıklı bölümde açıklanmış olan düzenlemeler işyerinde arama hakkında da geçerlidir. Buna ek olarak yine konut, işyeri ve eklentilerini kapsayan ve aynı maddede düzenlenmiş iletişim kurulmadan kapalı yerlere ve eklentilerine girilmesi hususuna değinmekte fayda var. Her ne kadar mümkün olduğu takdirde o yere girilmesi için izin verme yetkisine sahip olan kişilerle iletişim kurulmaya çalışılması, kolaylık gösterilmesinin istenmesi gerekiyorsa da AÖAY m. 30'da belirlenmiş bazı hallerde iletişim kurulmasına gerek yoktur. Arama yapılacak yerin konut veya yerleşim yeri olarak kullanılmadığının bilinmesi, arama sırasında bu yerlerde kimsenin olmadığına anlaşılmaması hallerinde iletişim kurulması gerekmemektedir. Ayrıca bu yerlerde oturan veya izin vermeye yetkisi olan kişinin bilgilendirilmesi halinde bu kişinin delillerin karartılmasına neden olabileceği, aramanın amacını veya kolluğu ya da diğer kişileri tehlikeye düşürmesinin söz konusu olabileceğinden bahisle bu hallerde iletişim kurulması aranmamıştır.

Kolluğun, dışarıdan görülebilen kapalı alanlarda dışarıdan baktığında gördüğü veya içeri girer girmez görebildiği suç eşyalarına ilişkin arama kararı olmadan elkoyma ve muhafaza altına almasının hukuka uygun olup olmadığına dair bir düzenleme yoktur. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre; kamuya açık olmayan

¹¹² ORHAN/Uğur, *Avukat Bürolarının Aranması* (Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:15, Sayı:162, 2020) s. 296, ALDEMİR, s. 173, ŞEN “Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması”, s. 340, IŞIK/Tuan, DEREBOYLULAR/Özde, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Avukat Bürolarında Arama ve Elkoyma* (Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı:175, 2021) s. 528

kapalı alanlarda yapılan her müdahale hukuka aykırıdır ve kolluğun suç eşyasını dışarıdan görmesi halinde de yine hukuka uygun bir arama kararının varlığı gerekmektedir.¹¹³ Örneğin; bir işyerine giren kolluk, tezgâhın arkasındaki rafta kaçak sigaralar gördüğünde suç eşyasını görmüş olduğuna dayanarak bunlara el koyamaz veya muhafaza altına alamaz. Hukuka uygun olarak hâkim kararı veya C. Savcısının yazılı emrinin bulunması gerekmektedir. İşyeri, CMK m. 119/1 gereğince yalnız hâkim kararı veya C. Savcısının yazılı emriyle aranabilen bir yer olduğu için kolluk amirinin yazılı emir vermesi üzerine yapılacak arama da hukuka aykırı olacaktır.

Avukat bürolarının aranması özel şartlara tabi olmakla birlikte bürolar işyeri sayıldığından bu başlık altında incelenecektir. Avukat bürolarının aranması CMK m. 130'da düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrası gereğince; avukat büroları yalnız mahkeme kararı ile kararda belirtilen olayla ilgili olarak C. Savcısının denetiminde ve baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın hazır bulundurulmasıyla aranabilir. Avukat bürolarının aranması hususundaki düzenleme özeldir ve diğer aramalardan farklı usule tabidir. İşyerinin aranması hususunda hâkim kararı veya C. Savcısının yazılı emriyle arama yapılabilmesine karşılık, avukat büroları hakkında yalnız mahkeme kararıyla arama yapılabilmesi düzenlenmiştir; C. Savcısının yazılı emir verme yetkisi bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, her ne sebeple olursa olsun avukat büroları yalnız mahkeme kararıyla aranabilmektedir. Ayrıca CMK m. 119/4'te düzenlenmiş olan; *“Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.”* hükmü de avukat büroları hakkında uygulanmamaktadır. Çünkü avukat bürolarının aranması sırasında C. Savcısının hazır bulunması ve denetim yapması gerekmektedir ve baro başkanı veya onu temsil eden bir avukatın da arama sırasında avukat bürosunda hazır bulunması gerekmektedir. C. Savcısının denetimde bulunması zorunlu olduğundan, CMK m. 119'a ilişkin düzenlemenin bu maddede uygulanabilirliği söz konusu değildir.

Kanunda, avukat bürolarında arama yapılmasına ilişkin düzenlemede avukatlık mesleğiyle ilişkili suçlar veya kişisel suçlar şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir. Doktrinde; söz konusu maddenin uygulanabilirliği için yalnız avukatlık mesleğine

¹¹³ ŞEN “Yorumluyorum – XVII”, s. 307

ilişkin bir suç olması gerekmediği; kişisel suçlar hakkında da bu maddenin uygulanacağı kabul edilmektedir.¹¹⁴ Örneğin; dolandırıcılık suçuna ilişkin hakkında soruşturma başlatılan avukatın bürosunun aranabilmesi için mahkeme kararı olmalıdır ve C. Savcısının denetiminde, baro başkanı veya onun temsilcisi olan bir avukatın hazır bulunmasıyla arama işlemi yapılabilecektir.

CMK m. 130/1’de; avukat bürolarının “*ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak*” aranabileceği belirtilmiş, soruşturma veya kovuşturma evresine değinilmemiştir. Bu hususta farklı görüşlerin de olmasına karşılık, mahkeme kararıyla avukat bürolarında arama yapılabilmesi için kamu davasının açılmış olması aranmamaktadır.¹¹⁵ Soruşturma evresinde de kovuşturma evresinde de mahkeme kararıyla avukatlık bürolarında arama yapılabilmesi sonucuna ulaştıktan sonra bu mahkemenin hangi mahkeme olabileceği sorunu doğmaktadır. Hâkim kararı yerine mahkeme kararının seçilmesinden anlayacağımız üzere, doktrinde yetkili mahkemenin Sulh Ceza Hâkimliği olduğu görüşü de var olmasına karşılık¹¹⁶, bu düzenlemede Sulh Ceza Hâkimliği kastedilmemektedir. Sulh Ceza Hâkimliğinin olamama nedeninin de Sulh Ceza Hâkimliğinin tek hâkim olmasından yola çıkarsak, Asliye Ceza Mahkemesi’nin de avukat bürolarında arama için karar vermeye yetkili olmadığını söyleyebiliriz.¹¹⁷ Buradan ulaşacağımız sonuç, bu husustaki görüşlerle mutabık olarak, CMK m. 130’da belirtilen, avukat bürolarının aranması için verilmiş bir arama kararı bulunması gereken mahkeme Ağır Ceza Mahkemesi’dir.¹¹⁸ Buna göre; ister soruşturma evresinde ister kovuşturma evresinde olunsun, avukatlık bürolarının aranabilmesi için ağır ceza mahkemesi kararının bulunması gerekmektedir. Aksi halde yapılan arama hukuka aykırı olacaktır ve elde edilen deliller hukuka aykırı olduğundan hükme esas alınamayacaktır.

¹¹⁴ ALDEMİR, s. 173, ÜNVER, HAKERİ, s. 896, ŞEN/Ersan, *Avukat, Hâkim ve Savcıların Aranması* (Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, 2013) s. 341, IŞIK, DEREBOYLULAR, s. 527, CENTEL, ZAFER, s. 440

¹¹⁵ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SİRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 516, ŞEN, “*Avukat, Hâkim ve Savcılarının Aranması*”, s. 340

¹¹⁶ ALDEMİR, s. 174, CENTEL, ZAFER, s. 440

¹¹⁷ ÖRS, s. 132

¹¹⁸ ÖRS, s. 132, IŞIK, DEREBOYLULAR, s. 527, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 462

AIHM için avukat-müvekkil ilişkisinin ve ayrıcalıklı menfaatin korunması çok önemli olup, bir avukatın ofisinde arama ve elkoyma yapılması için önceden izin alınması ihtiyacı çok önemlidir.¹¹⁹ AIHM, Niemetz/Almanya kararında avukatın bürosunda yapılan aramanın özel usul güvencelerinin bulunmaması halinde mesleki gizliliği etkilediğine karar vermiştir.¹²⁰

e. Araçta Arama

AÖAY m. 4'teki tanıma göre araç; her türlü nakil vasıta ve taşıttır. Buna göre deniz, hava ve kara taşıtlarının tamamı hakkındaki aramalar bu başlık altındadır. AÖAY m. 29'da düzenlenen araçta arama, genel olarak AÖAY m. 28'de düzenlenen kişilerin üstünde ve eşyasında arama usulüyle aynıdır. Boş araçların aranması hususunda da; arama sonrasına araca, arama tutanağının nereden alınabileceğinin belirtildiği bir not bırakılır. Buna göre aracın boş olduğundan bahisle yapılan aramanın hukuka aykırı olacağı ileri sürülemeyecektir.

Araçta arama için kural olarak hâkim kararı gerekmektedir ancak gecikmesinde sakınca bulunan bir hal söz konusuysa C. Savcısı yazılı emir verebilir. C. Savcısına da ulaşılamaması durumunda kolluk amirinin yazılı emriyle de kapalı yerler hariç olmak üzere araçta arama yapılabilir.

Yönetmeliğe göre araçlar gece vakti de aranabilmektedir. Doktrinde kabul edildiği üzere; araca dışarıdan bakıldığında görülemeyen bagaj, torpido gibi yerler, kapalı alanların aranması şartlarına tabidir ve bu sebeple bu yerlerin gece vakti aranması hukuka aykırı olmakla, AÖAY m. 29/sondaki araçlarda aramanın gece vakti yapılabilmesine imkân sağlayan yönetmelik hükmü kanuna ve Anayasa'ya aykırıdır.¹²¹ Buna göre araçların yalnız dışarıdan bakıldığında görülebilen yerlerinin, kapalı olan yerler açılmayarak, gece vakti aranması hukuka uygundur. Ayrıca araçların içindeki bu alanlar kapalı alan sayıldığından kolluk amirinin yazılı emriyle yapılan arama da hukuka aykırı olacaktır. Örneğin; durdurulan aracın bagajında suç eşyası bulunabileceğine dair makul şüphe oluştuğunda kolluk tarafından arama kararı talep

¹¹⁹ PREFONTAINE, p. 10

¹²⁰ PREFONTAINE, p. 11

¹²¹ ÇÖPOĞLU, s. 176

edilmelidir. Hâkim kararı veya C. Savcısından yazılı emir alınamaması halinde kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılamayacaktır.

Aracın nerede bulunduğu arama kararı bakımından önem taşımaktadır. Araç, konut veya işyerinde bulunuyorsa bu yerlerin aranmasına ilişkin usul ve şartlar geçerli olacaktır.¹²² Buna göre araç, konut veya işyerinde bulunuyorsa kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılamayacaktır. Örneğin; araçta arama yapılması için kolluk amirinin yazılı emri mevcutsa ve araç işyerinin ya da konutun garajında bulunuyorsa arama yapılamayacaktır.

Araç, konut olarak kullanılan karavan tipi araç ise konutta arama şartlarının uygulanması gerekmektedir.¹²³ Bu durumda, bu özellikteki bir aracın aranması için kolluk amirinin yazılı emir verme yetkisi bulunmamaktadır.

3. Arama Sırasında Hazır Bulunabilecek Kişiler

CMK m. 120 gereğince; “*Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur.*” Yalnız hısımlar şeklinde düzenleme yapıldığından, ilgiliyle kan veya kayın hısımlığı olan herhangi biri arama sırasında hazır bulundurulur. Örneğin; bu hısımların annesi de eşinin annesi de olabilir. Ayrıca CMK m. 120/2’ye göre; “*117 nci maddenin birinci fıkrasında gösterilen hâllerde zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir.*” CMK m. 120’de sayılmış kişiler hakkında kanun koyucu tarafından “hazır bulundurulur” kelimesi seçildiğinden, bu kişilerin arama sırasında bulundurulmasına çalışılmalıdır; aksi takdirde arama hukuka aykırı olacak ve buna bağlı olarak da elde edilen deliller hükme esas alınamayacaktır. Ancak bu kişiler hazır bulundurulamıyorsa veya aramanın sıhhatini tehlikeye düşürmesi (delilleri ortadan kaybetme vs.) söz konusuysa bu kişiler bulundurulmadan da arama yapılabilir.¹²⁴ Aramada hazır bulundurulacak

¹²² ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 150, ÖZEN, s. 690, YILMAZ, “Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında “Konutta Arama””, s. 176, CENTEL, ZAFER, s. 435

¹²³ ALDEMİR, s. 154, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 146, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 329

¹²⁴ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 352, PARLAR, ÖZTÜRK, s. 117

kişiler CMK m. 120’de ilgiliye yakınlık derecesine göre sayıldığından bu kişiler sırasıyla bulundurulmaya özen gösterilmelidir.¹²⁵ Yakınlık derecesine göre sıralama yapılmasının sebebi, hayatın olağan akışına göre ne kadar yakın olunursa kişinin haklarının o kadar güvence altında olacağının düşünülmüş olmasıdır. Bu madde ilgiliye güvence sağlamayı amaçladığından komşunun güvence sağlayabilmesinin tartışmalı olduğu yönünde bir görüş vardır.¹²⁶ Gerçekten, komşular arası yakınlık hatta tanışıklık çok azdır ve bu durumda komşunun ilgiliye güvence sağlayabilmesi çok da mümkün değildir. Özellikle İstanbul gibi büyükşehirlerde komşuluk ilişkisi neredeyse yoktur. Dolayısıyla, düzenlemede ‘‘komşu’’ tam olarak amaca hizmet etmemektedir, hatta olumsuz sonuçlara dahi sebep olma ihtimali vardır.

Arama sırasında kişinin avukatın hazır bulunması önlenemez ancak bu avukatın çağırılıp beklenmesi şeklinde anlaşılmamalıdır; avukat hazır bulunabilir fakat aramaya başlanabilmesi için avukatın gelmiş olması gerekmemektedir.¹²⁷ Avukatın çağırılıp beklenmesi aramayı sonuçsuz bırakacaksa beklenmeyeceği şeklinde de açıklanmaktadır.¹²⁸ Buna göre; elbette aramaya maruz kalacak kişi avukatının da arama sırasında yanında hazır bulunmasını isteyebilir ve avukatı gelip hazır bulunabilir ancak avukatın çağırılması ve gelmesi uzun sürüyorsa, aramayı tehlikeye düşürüyorsa artık kişi avukatının hazır bulunması hakkından yararlanamaz.

CMK m. 119/4’te düzenlenen; ‘‘o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi’’ şeklindeki arama tanığı bulundurulması hususunda, C. Savcısı hazır olmadığında konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapılabilmesi için ihtiyar heyeti veya komşulardan iki kişinin bulundurulması gerektiği düzenlemesi yer almaktadır. Öğretide baskın olan görüş; CMK m. 119’a göre tanımlanmış iki tanığın bulundurulmasının zorunlu olduğu, bu hükmün emredici olduğu yönündedir.¹²⁹ Arama

¹²⁵ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 154, ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 352

¹²⁶ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÖTÖNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 521

¹²⁷ ÜNVER, HAKERİ, s. 892, ÖZEN, s. 697

¹²⁸ YAŞAR, s. 1042, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÖTÖNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 521, CENTEL, ZAFER, s. 438

¹²⁹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 350, ÜNVER, HAKERİ, s. 891, ÖZEN, s. 695, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 408, TANER, ÖNTAN, s. 2460, AYDIN, s. 110

tanıklarının bulundurulmaması veya eksik bulundurulması hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

AÖAY m. 30'da düzenlendiği üzere, gece vakti herkesin girip çıkabildiği lokanta, bar, kiraathane vb. yerlerde arama sırasında tanık bulundurulması gerekmemektedir.

4. Aramanın Sonlandırılması

a. Adli Arama Tutanağı

Adli arama tamamlandıktan sonra bir tutanak tutulması gerekmektedir. Tutanağın içeriği AÖAY m. 11'de düzenlenmiştir. Buna göre tutanakta; arama kararının veya yazılı emirin tarih ve sayısı ile emri veren merci ile aramanın yer ve zamanı tarihiyle beraber belirtilmelidir. Aramanın konusunun da belirtilmesi gerektiği tutanakta, aranan kişinin kimlik bilgileri veya bunlara ulaşamadığı takdirde eşkâli belirtilir. Araçta, konutta veya işyerinde arama yapılmışsa tanımlayıcı bilgiler ve özellikleri yer almalıdır. Örneğin; plaka numarası, marka, açık adres, ismi, cinsi, kullananı, sahibi gibi bilgiler tutanakta bulunmalıdır. Aramanın sonuçları, elkoyma söz konusuysa bunun bilgileri, aramada yakalanan kişilerin kimlik veya bilinmiyorsa eşkâl bilgileri ile maddi veya yaralanma gibi bir zararın olup olmadığı tutanağa yazılır. Arama işlemini yapanların adı, sicil ve unvanları da yazıldıktan sonra arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlar tarafından tutanak imzalanarak bir sureti ilgiliye verilir.

Tutanağın kim tarafından tutulacağı hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun nedeni, önemli olan tutanağın yönetmelikte düzenlenmiş şekilde tutulmasının yeterli olduğudur. Tutanağı kolluk da C. Savcısı da tutabilir; tutanağın güvenilirliği hakkında bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Ancak C. Savcısının aramaya katılmış olması durumunda aramaya ilişkin tutanağın C. Savcısı tarafından tutulacağı ve işleme katılanlara imzalatılacağı da kabul edilmektedir.¹³⁰ Bize göre, C. Savcısı tarafından tutanağın tutulması mutlaka gerekli değildir; C. Savcısı hazır bulunuyorsa, işleme katılan ve hazır bulunan olarak tutanakta imzası bulunması yeterlidir.

¹³⁰ ASLAN/Ahmet, *Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma* (Ankara: Adalet, 2018) s. 129

Arama tutanağının bulunmaması hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Şöyle ki; Yargıtay, arama tutanağının aslı veya onaylı örneğinin getirilmeden onaysız fotokopisine dayanılarak eksik araştırma ile yazılı hüküm kurulmasını bozma sebebi saymaktadır.¹³¹ Arama tutanağının yalnız varlığı da hukuka uygunluk için yeterli olmamaktadır; tutanağın yönetmelikte düzenlendiği şekilde tutulmuş olması gerekmektedir.

b. Arama Sonunda Verilecek Belge

CMK m. 121 ve AÖAY m. 12'deki düzenlemelere göre; ilgilinin talep etmesi durumunda arama sonunda ilgiliye, *“aramanın 116 ve 117 nci maddelere göre yapıldığını ve 116 ncı maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge”* verilir. Ayrıca yine ilgilinin isteği halinde el konulan veya koruma altına alınanların listesinin olduğu defter ve arama sonucunda bir şey elde edilememişse bunu belirten bir belge verilir. Belgelerde el konulan şeyin mülkiyeti hakkında ilgilinin görüş ve iddiaları da yer alır ve el konulan veya muhafaza altına alınan eşyanın tam bir defteri yapılarak eşyalar resmi mühürle mühürlenir veya işaretlenir.

c. Belge ve Kâğıtları İnceleme Yetkisi

CMK m. 122'ye göre; *“(1) Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir. (2) Belge ve kâğıtların zilyedi veya temsilcisi kendi mührünü de koyabilir veya imzasını atabilir. İleride mührün kaldırılmasına ve kâğıtların incelenmesine karar verildiğinde bu işlemin yapılmasında hazır bulunmak üzere, zilyedi veya temsilcisi ya da müdafii veya vekili çağrılır; çağrıya uyulmadığında gerekli işlem yapılır. (3) İnceleme sonucu soruşturma veya kovuşturma konusu suça ilişkin olmadığı anlaşılan belge veya kâğıtlar ilgisine geri verilir.”*

¹³¹ Yargıtay 8.CD E:2019/13478 K:2019/12361 KT:15.10.2019, Yargıtay 20.CD E:2015/13451 K:2017/3709 KT:08.06.2017, Yargıtay 20.CD E:2017/3600 K:2017/6479 KT:27.11.2017 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 22.11.2020)

Belge ve kâğıtları hâkim ve C. Savcısı inceleyebilir ancak kolluk bu belge ve kâğıtların suça ilişkin olup olmadığını tespit etmeye yönelik, inceleme sayılmayacak biçimde bakabilir.¹³² Tersi bir görüş olarak; bakmak da inceleme sayılacağından, kolluğun bu belgelere hiç bakmaması gerektiği görüşü de vardır¹³³ ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Kolluğun belgeye yalnız bakmasına izin verilmesi, aramaya maruz kalan kişinin de yararına olmaktadır; kolluğun belgeye bakması ile aramada ele geçen her belgeye el konulması engellenebilecektir. Örneğin; aramaya maruz kalan kişinin konutunda yapılan adli arama sırasında kişinin çekmecesinde bir belge bulunduğunda kolluk tarafından bu belgeye göz atılabilir ancak suça ilişkin olup olmadığının tespit edildiği an, kolluğun bu bakma işlemini sonlandırması gerekir.

F. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

CMK m. 138/1: “Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.” hükmü yer alır. Ayrıca AÖAY m. 10’da düzenlendiği üzere; “a)Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen, b)Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek” deliller koruma altına alınıp C. Savcısına derhal bildirilerek elkoyma için yazılı emir vermesi istenir.¹³⁴ Bununla birlikte, C. Savcısına ulaşılamaması halinde kolluk amiri de elkoyma işlemi için yazılı emir verebilir. İster C. Savcısı ister kolluk amiri tarafından verilmiş olsun, elkoyma işlemi 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur; hâkim, kararını 48 saat içinde açıklamadığı takdirde elkoyma kendiliğinden kalkar.

Tesadüfen elde edilen delilin başka bir suça ilişkin olması da şart değildir; aynı suça ilişkin olup arama kararında değinilmemiş bir delile rastlanılmışsa yine aynı

¹³² ÜNVER, HAKERİ, s. 893, AKBEY, s. 32, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 155

¹³³ ÇETİN/Muhammet Sefa, *Kovuşturma Evresinde Belge Delillerinin İkamesi ve Değerlendirilmesi* (Ankara: Seçkin, 2021) s. 106

¹³⁴ Alman hukukunda arama sırasında başka bir suça ilişkin deliller tespit edildiğinde, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince; soruşturma açılıp savcı söz konusu hususta bilgilendirilene kadar bu delillere tedbir amacıyla el koyulmalıdır. Ancak bina araması sırasında tesadüfi deliller tespit edildiğinde, bunlara kanunen el koyulamamaktadır. WOHLERS, Çev. Kerem ÖZ, s. 210, GERCKE, Çev. Hakan Hakeri, Editör: Yener ÜNVER, s. 214

usulle elkoyma için yazılı emir verilmesi gerekir. Arama sırasında aramanın konusu ve amacı dışında olup da haklarında yakalama veya tutuklama kararı olan kişilere rastlanıldığı takdirde bu kişiler evrakıyla birlikte Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilir.

Tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesi için bu delillerin elde edildiği aramanın hukuka uygun olarak yapılmış olması gerekmektedir.¹³⁵ Herhangi bir nedenle yapılan arama hukuka aykırı ise her ne kadar elde edilen deliller tesadüfi de olsa aramanın hukuka aykırılığı tesadüfi delilleri de hukuka aykırı hale getirecektir. Buna karşılık, tesadüfen elde edilen deliller hukuka uygun bir arama sonucu elde edilmişse bu deliller o suça ilişkin hükme esas alınabilecektir. Örneğin; kolluk amirinin yazılı emriyle işyerinde arama yapılması sırasında tesadüfi deliller elde edildiğinde, arama hukuka aykırı olduğu için elde edilen bu deliller de hukuka aykırı delil olacaktır.

Yargıtay'ın bir kararında; C. Savcısının veya kanunda öngörülmüş iki arama tanığının hazır bulunmadığı ve sanığın evinde yapılan arama sırasında sanığın eşinin arabasında da arama yapılmış ve arabada başka bir suça ilişkin olarak üzerinde sanığın fotoğrafları bulunan sahte kimlik ve ehliyet ele geçirilmiştir. Yargıtay, hukuka uygun bir karar olmadan sanığın eşinin arabasında yapılan aramanın hukuka aykırı olduğuna, arama neticesinde elde edilen kimlik ve ehliyetin tesadüfen elde edilmiş delil sayılmayacağına ve bu hukuka aykırı delillere dayanan ikrarın da hükme esas alınamayacağına karar vermiştir.¹³⁶

G. Bilgisayarlarda ve Bilgisayar Kütüklerinde Adli Arama

CMK m. 134'te düzenlenen bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri, teknolojik gelişmelerle paralel olarak, oluşan ihtiyaç nedeniyle düzenlenen bir koruma tedbiridir. Söz konusu tedbir, CMK m. 116 ve 123'te düzenlenen arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin özel bir

¹³⁵ ÜNVER, HAKERİ, s. 901, ALDEMİR, s. 193, ÖZEN, s. 706

¹³⁶ Yargıtay 21.CD E:2015/5179 K:2016/308 KT:14.01.2016 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 24.11.2020)

halidir.¹³⁷ Doktrinde, bu düzenlemenin aslında sadece arama tedbirinin özel bir şekli olduğu da kabul edilmektedir.¹³⁸

Bilgisayarlarda arama yapılması düzenlemesinde amaç, delil elde etmektir; arama yapılacak bilgisayarın suç işlenirken kullanılmış olması veya suç işlenmesi neticesinde elde edilmiş olması gerekmemektedir.¹³⁹ CMK m. 134'te düzenlenen bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde adli arama yapılabilmesinin şartları diğer adli aramalara göre farklıdır. Bilgisayar ve kütüklerinde arama yapılabilmesi için somut deliller, kuvvetli şüphe ve delillerin başka şekilde elde edilememesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere, şüpheli ve sanıkla ilgili arama hakkında düzenlenen CMK m. 116'daki makul şüphe şartı yerine CMK m. 134'te “*kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması*” düzenlemesi ile kuvvetli şüphe şartı getirilmiştir. Bilgisayar ve bilgisayar kütüklerinde arama için makul şüphe yeterli olmadığı gibi CMK m. 134 gereğince; kuvvetli şüphenin somut delillerle destekleniyor olması gerekmektedir. Ayrıca kuvvetli şüphe; kişinin, soruşturması yürütülen suçu işlediği ve bilgisayarında delile erişileceği hakkında mevcut olmalıdır.¹⁴⁰

Soruşturma sırasında hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan bir hal söz konusuysa C. Savcısı tarafından, şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programı

¹³⁷ ALDEMİR, s. 158, ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 387, ÖZEN, s. 691, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 374, UĞRAŞ/Dilek Özge, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde, Arama, Kopyalama ve Elkoyma* (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:154, 2021) s. 109, ÇEKİÇ/Burak, *Bilgisayar Verilerinde Arama, Kopyalama, El Koyma Tedbirinin Hukuki Niteliği ve Benzer Kavramlar* (NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2021) s. 156, DEĞİRMENCİ/Olgun, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital Delil)* (Ankara: Seçkin, 2014) s. 312, BAŞTÜRK/İhsan, *Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma* (Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:2, Sayı:9, 2010) s. 25, SİRMA, s. 37, YAŞAR/Yusuf, DURSUN/İsmail, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:3, 2013) s. 6, ÖLMEZ/Aslan, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyalama ve Bunlara Elkoyma* (Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:4, Sayı:30, 2009) s. 46, DÜLGER/Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 589, GÖKSOY/Resul, *Ceza Muhakemesinde Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Güvenilirliğinin Sağlanması* (Ankara: Seçkin, 2019) s. 154, CENTEL, ZAFER, s. 458, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 466

¹³⁸ ÜNVER, HAKERİ, s. 938

¹³⁹ ŞEN/Ersan, *Yorumluyorum – XIII* (Ankara: Seçkin, 2016) s. 213

¹⁴⁰ ŞAHİN/Cumhur, *Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma* (CMK m.134) (Yaşar Hukuk Dergisi Cilt:1, Sayı:2, 2019) s. 274, ÖZEN/Muharrem, ÖZCAK/Gürkan, *Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi* (CMK M. 134) (Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, 2015) s. 62

ve kütüğünde arama ve kopyalama yapılmasına, kayıtların çözülüp metin haline getirilmesine karar verilir. Kanunda özellikle “*şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına*” tabiri kullanıldığından, şüpheliyle ilgili aramalarda diğer kişiler tarafından kullanılan bilgisayarlar aranamayacaktır; şüpheli hakkında yürütülen soruşturma esnasında yalnız şüphelinin kullandığı bilgisayarlarda adli arama yapılabilir. Ayrıca şüphelinin bilgisayarı kullanması yeterli olup bilgisayarın maliki olması gerekmez. Bu nedenle, bilgisayarın maliki şüpheli olmasa da bilgisayarı kullananın şüpheli olması halinde CMK m. 134 hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür.¹⁴¹

Kanunda yalnız soruşturma evresinde bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama düzenlendiğinden, bu tedbir soruşturma evresinde uygulanabilmektedir. Buna bağlı olarak yetkili hâkim de sulh ceza hâkimidir. İlgili hükümde düzenlenen tedbirin kovuşturma evresinde uygulanması halinde kanunilik ilkesine aykırılık oluşacaktır. Bu nedenle kovuşturma evresinde söz konusu tedbir uygulanamaz.¹⁴² Ancak kovuşturma evresinde de söz konusu tedbirin uygulanabilmesi için kanunda düzenleme yapılması gerektiği de savunulmaktadır.¹⁴³ Tersî görüşü savunan, mahkemenin kendiliğinden araştırma yetkisi olması nedeniyle kovuşturma evresinde bu tedbire başvurulabileceğini savunan yazarlar da vardır.¹⁴⁴ Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre; delillerin soruşturma aşamasında toplanması gerektiğinden ve bu tedbire başvurulması delil toplanması için son çare olduğundan, CMK m. 134 tam da soruşturma evresine uygun bir düzenlemedir.¹⁴⁵ Bu nedenle

¹⁴¹ ŞAHİN, s. 277, APİŞ/Özge, *Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Koruma Tedbiri* (Yasama Dergisi, Sayı:37, 2018) s.75, ÜNVER, HAKERİ, s. 939, DURAN/Gökhan Yaşar, *Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m.134)* (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:14, Sayı:173-174, 2019) s. 212

¹⁴² ÜNVER, HAKERİ, s. 938, ŞEN, “Yorumluyorum – XXII” s. 169, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 435, EPÖZDEMİR/Rezan, *Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma Tedbirleri* (Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:13, Sayı:142, 2018) s. 91, CENTEL, ZAFER, s. 459

¹⁴³ ÜNVER, HAKERİ, s. 938

¹⁴⁴ ÖZEN, s. 763, ŞAHİN, s. 278, AKTAŞ/Batuhan, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme* (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:14, Sayı:2, 2017) s. 222, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 376, KESKİN KİZİROĞLU/Serap, *Türk Hukuku'nda Arama ve Elkoyma* (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, 2008) s. 155, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 486, SOYASLAN, s. 301

¹⁴⁵ GÖKSOY, s. 157, ÖLMEZ, s. 48

doktrindeki kovuşturmada da bu tedbire başvurulmasına ilişkin görüşe katılmamaktayız; düzenlemenin yalnız soruşturmayı kapsaması isabetlidir. Ancak kovuşturmada bu tedbire başvurulmasa da soruşturmada başvurulmuş tedbir ile elde edilen bilgilerin kovuşturmada incelenmesi ve bilirkişi raporu alınması mümkündür.¹⁴⁶

Doktrinde, CMK m. 134'teki düzenlemede bu tedbirin uygulanabileceği suçlar hakkında bir sınırlama yapılmamış olması eleştirilmektedir ve bu tedbirin katalog suçlarda uygulanabilmesi gerektiği görüşü vardır.¹⁴⁷ Temel hak ve özgürlükleri çok fazla sınırlaması nedeniyle, bu tedbirin hafif veya ağır olmasına bakılmaksızın herhangi bir suçta uygulanması yerinde görülmemektedir.¹⁴⁸ CMK m. 135'te iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin düzenlemede tedbirin hangi suçlar bakımından uygulanabileceği sayılarak sınırlama yapılmıştır. CMK m. 134'te düzenlenen tedbirin, son çare olarak ve yalnız soruşturma aşamasında başvurulabilir bir suç olmasına karşın her suçta uygulanabilmesi düzenlemenin kendisinde çelişki ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle CMK m. 134'te suç bakımından sınırlama olmamasının eleştirilmesi yerindedir. CMK m. 134 hükmünde, katalog suçların varlığı durumunda bu tedbire başvurulabileceğine yönelik bir düzenleme yapılmalıdır.

Kanunda, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama yapılabilmesi için CMK m. 134 düzenlemesine uygun olarak arama kararı alınmasının yanı sıra ayrıca bilgisayarın bulunduğu yer için bir arama kararının alınmasının gerekli olup olmadığı hususunda bir düzenleme yoktur. Katıldığımız görüşe göre; bilgisayarın bulunduğu yere ilişkin olarak bir arama kararının mevcut olması, ayrıca CMK m.134 gereğince bir arama kararının da alınması gerekmektedir.¹⁴⁹ Örneğin; konutta bulunan bilgisayar hakkında CMK m. 134 gereğince arama kararı alınmasının yanında konutta arama kararı da bulunmalıdır. Bilgisayarı yanında bulunduran kişinin bilgisayarında arama yapılabilmesi için hem üstte arama kararı hem de bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama kararı bulunmalıdır.

¹⁴⁶ ŞEN, “Yorumluyorum – XXII”, s. 169, GÖKSOY, s. 157

¹⁴⁷ AKTAŞ, s. 217, ARSLAN/Çetin, *Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi* (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, 2015) s. 258

¹⁴⁸ ÖZEN, ÖZCAK, s. 71, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 206, DURAN, s. 211

¹⁴⁹ ALDEMİR, s. 162

C. Savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hal söz konusuysa yetkili olabilmesine karşılık, kanunda kolluk amirinin yetkisi düzenlenmemiştir. Bu sebeple kolluk amirinin, kamuya açık olmayan kapalı alanlarda olduğu gibi bilgisayar ve kütüklerinde arama hususunda da yetkisi yoktur. Diğer taraftan, C. Savcısının yetkisi vardır ancak C. Savcısının kararının 24 saat içinde hâkim onayına sunulması gerekmektedir ve hâkim 24 saat içinde bu konuda bir karar verir. Hâkim 24 saat içinde karar vermez veya kararı onaylamazsa, kopyalar ve çözümlenmiş metinler derhal yok edilir. Şunu da belirtmekte yarar var; CMK m.134'te hâkim onayına ilişkin düzenleme yer almasaydı dahi Anayasa m. 20 gereğince C. Savcısının yazılı emrinin hâkim onayına sunulması gerekirdi.

Bilgisayarların, bilgisayar programlarının ve kütüklerinin şifresi çözülemezse ve bu sebeple girilemezse veya gizlenmiş bilgiler bulunamazsa ya da adli arama işlemi uzun süreceksa bunlara el koyulabilir. Bu düzenlemeye göre asıl olan imajın arama yapılan yerde alınmasıdır; bu mümkün değilse elkoyma yapılır. Şifre çözülüp kopyalar alındıktan sonra el koyulan araçlar gecikmeksizin geri verilir. Bu düzenleme, AÖAY m.30'daki konut ve işyerinde adli arama sırasında kasa gibi eşyaların açılması konusundaki düzenlemeyle benzerdir. Zorunluluk bulunması halinde bilgisayar ve kütüklerine bu şekilde geçici olarak el koyulabileceği düzenlenmiştir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nde görülen bir dosyaya göre; Sulh Ceza Hâkimliği, hakaret suçundan hakkında soruşturma yapılan kişinin konutunda arama yapılarak CMK m. 134'e tabi araçların incelenip kopyasının çıkarılmasına karar vermiştir. Karara istinaden kişinin iki bilgisayarına 22.01.2015'te el konulmuş, 05.02.2015'te imajı alınmış ve bilgisayarlar 16.02.2015'te kişiye iade edilmiştir. Aramaya maruz kalan kişi usulsüzlük nedeniyle tazminat davası açmış ancak davanın reddine karar verilmiştir. İmaj alıp bilgisayarı iade edilmediğinden, el koyma ve iade tarihleri arasının bu kadar uzun olması sebebiyle Yargıtay 12. Ceza Dairesi tarafından, arama ölçsüz şekilde yapılmış olduğundan tazminat talebinin reddi kararının bozulmasına karar verilmiştir.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Yargıtay 12.CD E:2017/9779 K:2018/7640 KT:05.07.2018 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 05.12.2020)

Bilgisayar ve kütüklerinde yapılan el koyma sırasında bütün veriler yedeklenir. Bu yedekten çıkarılan kopya şüpheli veya vekiline verilir ve kopyanın verildiği, tutanağa geçirilip imzalanır. Diğer taraftan, bilgisayar ve kütüklerinde el koyma işlemi yapılmaksızın verilerin bir kısmı veya tamamı kopyalanabilir. Bu şekilde kopya alındığında, kopyalanan veriler kâğıda yazılır ve tutanağa geçirilip ilgililerce imzalanır. Doktrinde, verilerin değiştirilmediğinin tespiti için imaj ve hash değerinin alınarak şüpheliye verilmesinin yararlı olacağı görüşü vardır ancak bu da tatmin edici görülmemektedir.¹⁵¹

Doktrinde, bilgisayarın sabit diskinin imajının ve sonrasında hash değerinin alınması, yani diskin mühürlenmesi gerektiği halde CMK m. 134'te yalnız yedekleme ve kopyalama hakkında düzenleme yapılmış olması, yedekleme ve kopyalama ile imaj alma ve hash değerinin alınması farklı işlemler olduğundan, imaj alma ve hash değeri alınmasının kanunen uygulanamaması eleştirilmektedir. Yedekleme ve kopyalama işlemlerinde diskin veri ile doldurulmamış bölümleri kopyalanmamaktadır ancak uygulamada CMK m. 134'te düzenlenmemiş olmasına rağmen diskin imaj ve hash değerleri de alınmaktadır. İmaj alma ve hash değerlerinin alınması için kanunda ve yönetmelikte düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır.¹⁵² İmaj alma ile diskte mevcut olan bütün veriler kopyalandığı gibi silinmiş verilerin de birebir kopyası alınmaktadır.¹⁵³ Hash değeri hesaplaması ile ise veri bütünlüğü kontrol edilerek, delil bütünlüğünün korunduğunun ve değiştirilmediğinin tespiti yapılmaktadır.¹⁵⁴

Kişinin bilgisayarında kayıtlı halde bulunan e-mailler iletişimin denetlenmesine ilişkin değildir; bu e-mailler kişinin bilgisayarında değil de internet ortamında elde edilirse bu iletişimin denetlenmesi kapsamında olur.¹⁵⁵ Buna göre; e-mailler internet aracılığıyla kişinin bilgisayarına ulaşmış olsa da internete bağlı

¹⁵¹ ÖZDİLEK/Ali Osman, *CMK M.134 Uygulamasında Verilen MD5 Algoritması İle "Hash" Değerlerinin Alınmasında Çakışma (Collision) Sorunu* (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:1-1, 2010) s. 1499

¹⁵² DÜLGER, s. 589

¹⁵³ ŞİRİKÇİ/Ahmet Serhat, CANTÜRK/Nergis, *Adli Bilişim İncelemelerinde Birebir Kopya Alınmasının (İmaj Almak) Önemi* (Bilişim Teknolojileri Dergisi, Cilt:5, Sayı:3, 2012) s. 30, KILIÇ/Mehmet Serkan, *Elektronik Delillerin Hukukun Geçerliliği Açısından İlk Müdahalenin Öneme İlişkin Bir İnceleme* (Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:10, Sayı:102, 2015) s. 37, AKARSLAN/Hüseyin, *Bilişim Suçları* (Ankara: Seçkin, 2015) s. 126, DÜLGER, s. 618

¹⁵⁴ KILIÇ, s. 39, GÖKSOY, s. 114, EPÖZDEMİR, s. 93, AKARSLAN, s. 127, DÜLGER, s. 620

¹⁵⁵ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 438

olunmadığı hallerde de bu e-mailler açılıp okunabiliyorsa, yani bilgisayarda kayıtlı bulunuyorsa CMK m. 134'teki düzenlemeye tabi olur. Ancak e-mailin kaydedilmeyip kişinin e-postasında durması durumunda CMK m. 135-138 arası düzenlemelere tabi olacaktır.¹⁵⁶ Çünkü bu durumda e-postaların okunabilmesi için internete bağlı kalınması gerekmekte olup, aslında e-mailler bilgisayarda değil, internette bulunmaktadır. Doktrinde, iletişimin denetlenmesi tedbirinin internetteki veriler hakkında her zaman uygulanabilir olmadığı, internet kütükleriyle ilgili de düzenleme yapılması gerektiği görüşü vardır.¹⁵⁷

Aramaya bilgisayarla aynı işlevde olabilen tabletler ve cep telefonları ve bunlar gibi teknolojik aletler de dâhildir ancak bu aletlerin yalnız bilgisayar özelliği taşıyan kısımlarının aranmasının CMK m. 134'e tabi olması gerekir.¹⁵⁸ Örneğin; bir cep telefonu CMK m. 134'teki düzenlemeye göre arandığı takdirde yalnız bilgisayarlarda bulunan özellikleri kapsamında aramaya tabi tutulması gerekmektedir.

Bilgisayarla birlikte ve ona bağlı olarak kullanılsa bile teknolojik aletlerin tamamı CMK m. 134'e tabi değildir. Örneğin; Yargıtay, el konulan yazıcı ile tarayıcı ve fotokopi özellikli bir yazıcının CMK m. 134 kapsamında olmadığı gerekçesiyle yapılan arama ve elkoyma işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁹

Bilgisayarda elektronik ortamda bulunan kayıtların bilirkişi incelemesi yaptırılarak delillerin sağlamlığından emin olunması gerekir; daha sonra hüküm verilmesi sırasında bu delillere dayanılabilir.¹⁶⁰ Bilirkişi incelemesinden geçirilmesi gerekliliğinin nedeni, delillerin gerçekliği ve doğruluğunun yalnız teknik ve özel bilgiyle anlaşılabilmesidir.

¹⁵⁶ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 438, ŞEN, "Yorumluyorum - XXII", s. 168

¹⁵⁷ ÜNVER, HAKERİ, s. 946, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 100b'deki online arama düzenlemesi gereğince; cihaza bir yazılım yüklenerek, ağır suçlardan oluşturulmuş katalog içinde belirtilen suçlar ve ciddi bir suç şüphesi var olması halinde online arama ile cihaz ve buluttaki önceki tarihli bilgiler de dahil olarak bütün bilgilere gizlice ulaşılabilir. SINN/Arndt, *Kaynak Telekomünikasyon Denetimi ve Online Arama Yoluyla Yeni Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Çev. Nilüfer KÖKER (Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:11, Sayı:115, 2019) s. 115

¹⁵⁸ ÖZEN, s. 692, ÖZEN, ÖZÖCAK, s. 70, ŞEN, "Yorumluyorum - XXII", s. 168

¹⁵⁹ Yargıtay 15.CD E:2014/17995 K:2014/19487 KT:24.11.2014 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 04.12.2020)

¹⁶⁰ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 442

CMK m. 134 gereğince uygulanan bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama tedbiri sırasında tesadüfen elde edilen deliller hakkında CMK m. 138/1’de düzenlenen, “*Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.*” hükmü uygulanır.¹⁶¹

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde aramanın kanundaki düzenlemeye aykırı şekilde yapılması halinde arama hukuka aykırı olup, arama sonucu elde edilen delillerin hükme esas alınması hukuka aykırıdır. Öte yandan, bilgisayar sisteminde bir arama yapılmadan yalnız bilgisayarda fiziki olarak arama yapılması söz konusu olduğunda CMK m. 134’e değil, CMK m. 119 ve devamına tabi olarak arama yapılabilir.¹⁶² Örneğin; usule uygun alınmış adli arama kararına istinaden kişinin konutunda uyuşturucu aranması sırasında bilgisayarın kasasının ve diğer yerlerinin kolluk tarafından açılıp içerisine uyuşturucu yerleştirilmiş mi diye bakılması halinde hukuka aykırılık oluşmaz. Bu durumda CMK m. 134’teki düzenleme uygulanmamaktadır.

Bilgisayarlar haricinde bulut bilişim sistemlerinde ceza muhakemesi anlamında delil toplama hususunda kanunda bir düzenleme olmadığı gibi doktrinde de çok fazla görüş yer almamaktadır. Arama ve elkoyma hükümlerinin bulut bilişim hakkında uygulanabilirliği tartışmalıdır. Bulut bilişim, internette fotoğraf saklama, sosyal medya platformları, e-mail servisleri ve internet bağlantısı ile ulaşılan diğer hizmetlerdir.¹⁶³ CMK m. 134 hükmünün bulut bilişim hususunda uygulanması konusunda doktrinde iki sorun belirtilmektedir. Bunlardan biri; delil elde edilmek istenen bulut bilişim hizmet sağlayıcısının merkezinin Türkiye’de bulunmaması ve veri depolamasının Türkiye’de yapılmaması dolayısıyla veriye doğrudan

¹⁶¹ GÖKSOY, s. 183, ÜNAL/Osman Gazi, *Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma* (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2011) (<https://dspace.gazi.edu.tr/bitstream/handle/20.500.12602/175499/09b5d20938d58930ca59de6a323e1611.pdf;jsessionid=D2C195EAD0357084EA9298FAE4183386?sequence=1> 07.07.2021) s. 125

¹⁶² ALDEMİR, s. 135

¹⁶³ DEREBOYLULAR/Özde, *Bulut Bilişim Bakımından Arama ve Elkoymaya İlişkin Hükümlerin Uygulanabilirliği* (Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:14, Sayı:39, 2019) s. 165

ulaşılamaması ve ancak adli yardımlaşma yoluyla ulaşılabilmektedir.¹⁶⁴ Bir diğeri de CMK m. 134 gereğince yalnız şüphelinin kullandığı bilgisayardan verilere ulaşılabilmektedir. Bulut hesabında uzaktan arama yapılabilmesi teknik olarak mümkünse de kanunen mümkün değildir.¹⁶⁵

III. ÖNLEME ARAMASI

A. Tanımı ve Amacı

CMK m. 116 ve devamında düzenlenen Arama ve Elkoyma adli aramaya mahsus olup, önleme araması Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 9'da düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; önleme araması, bir tehlikeden veya bir suçun işlenmesinden önce o tehlike veya suçu önlemek amacıyla yapılmaktadır. Bu çeşit arama, idari bir kolluk faaliyetidir.¹⁶⁶ Önleme aramasına idari arama da denmektedir.¹⁶⁷ Adli aramanın tersine, önleme araması sırasında henüz ortada bir suç mevcut değildir. Önleme araması, ortada somut bir suç şüphesi olmadığından, Ceza Muhakemesi usulüyle doğrudan ilgili değildir.¹⁶⁸ Önleme araması, tehlikeyi önlemek için tehlike yaratan eşyanın ele geçirilmesine yönelik yapılmaktadır. Suç eşyası olmayıp suç işlenebilmesine müsait ve bu amaçla kullanılabilecek bir eşya da bu aramaya tabidir.¹⁶⁹

Anayasa'nın 20/1 ve 21. maddelerinde düzenlendiği üzere; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla kişilerin üstü, eşyası, özel kâğıtları aranabilmektedir. Suçun işlenmesinin önlenmesi de önleme aramasıyla sağlanmaktadır.

¹⁶⁴ DEREBOYLULAR, s. 183, GÖKSOY, s. 108

¹⁶⁵ DEREBOYLULAR, s. 183

¹⁶⁶ BÖREKÇİ/Eşref Barış, *Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları* (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:17, Özel Sayı, 2020) s. 96, ALDEMİR, s. 195, ALPSOY/Zeliha, *Önleme Araması* (Ankara: Adalet, 2019) s. 97, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 294

¹⁶⁷ ERDEM, s. 77

¹⁶⁸ GÜL/Yunus Emre, *PVSK'da Önleme Araması ve Durdurma* (İstanbul Barosu Dergisi Cilt:92, Sayı:3, 2018) s. 224

¹⁶⁹ ERDEM, s. 78, ALDEMİR, s. 195

AÖAY'deki önleme aramasına ilişkin düzenlemelerin tamamı m. 18-26 arasındadır. AÖAY m. 19'da da önleme aramasının amacı yer almaktadır. Buna göre; Anayasa'da sayılmış olan amaçların sağlanmasına ek olarak, bulundurulması ve taşınması yasak olan silah, patlayıcı madde ve eşyanın tespiti amacıyla yapılmaktadır. Bu amaçlardan birinin sağlanması için önleme araması yapılabilir. Ancak yönetmelikte sayılan en az bir amaç mevcut değilse, yapılan önleme aramasının hukuka aykırılığı ortaya çıkacaktır. Yönetmelikte sayılan bu amaçlar geniş açıdan ele alınırsa bir şekilde her kişi hakkında önleme araması yapılabilecek boyuta geleceğinden, hukukun genel ilkelerine göre dar yorumlanması gerekir.¹⁷⁰

Önleme araması suçun önlenmesi amacıyla yapılmakta olup, ortaya bir suç işlendiğine dair makul şüphe çıktığı anda önleme aramasının o noktada kesilmesi ve önleme araması değil, adli arama yapılması gerekmektedir. Önleme araması, suç işlendiğine dair makul şüphenin doğduğu ana kadar başvurulabilecek bir kolluk faaliyetidir.

Önleme aramasının kolluk tarafından uygulanabilmesi için bazı şartların birlikte yer alması gerekmektedir. Bu şartlar da PVSK ve AÖAY'de düzenlenmiş olup ilgili başlık altında tek tek açıklanacaktır.

B. Önleme Araması Talebi ve Kararı

1. Hâkimden Önleme Araması Talep Edilmesi

Önleme araması, kolluk tarafından arama talep yazısı ile talep edilir. PVSK m. 9/2 gereğince; *“Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir.”* AÖAY m. 20/1 gereğince; kolluk, aramanın yapılması istenen yer ve zamanı da arama talep yazısına eklemelidir. Arama talebi, kolluk tarafından mahallin en büyük mülki amirine arama talep yazısının verilmesiyle yapılır ve mülki amir talebi değerlendirip uygun bulduğunda, aramanın yapılacağı yer sulh ceza hâkimine arama talep yazısını sunar.¹⁷¹ AÖAY m. 4 gereğince mülki amir; illerde vali veya bu konuda yetkilendirdiği yardımcısı, ilçelerde kaymakamdır.

¹⁷⁰ ALPSOY, s. 101

¹⁷¹ ÖVET/Talha, *Kolluğun Başucu Kitabı* (Ankara: Adalet, 2020) s. 91, ALDEMİR, s. 203, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 295

PVSK m. 9 ile AÖAY m. 20’de arama talebinde bulunması gerekli bilgiler sıralanmış olmakla birlikte, bu bilgilerin arama kararı veya emrinde de bulunması aranmıştır. Buna göre; “a)Aramanın sebebi, b)Aramanın konusu ve kapsamı, c)Aramanın yapılacağı yer, ç)Aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre” bilgilerini talep yazısında, karar veya emirde belirtmek zorunludur. Bunlar dışında makul sebebin varlığının da gerekçeli olarak belirtilmesi zorunludur. Arama talebi, kararı veya emrinde gerekli bilgilerin tamamı yer almalıdır; aksi halde kanuna aykırılık oluşacak ve arama hukuka aykırı hale gelecektir.

Anayasa m. 20 ile PVSK m. 9: “*usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı*” düzenlemelerinden anlaşılacağı üzere önleme aramasında da adli aramada olduğu gibi arama yapılabilmesi için kural olarak hâkim kararı alınması gerekmektedir. Hâkim ise yetkili sulh ceza hâkimidir. Hâkim, önleme araması kararı verirken duruşma açmaz.¹⁷² Önleme araması kararında da PVSK m. 9 ile AÖAY m. 20’de sayılan bilgiler mevcut olmalıdır.

2. Mülki Amirin Yazılı Emir Verebilmesi

Kural olarak sulh ceza hâkiminin kararıyla önleme araması yapılabilmesine karşılık, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emir vermesi üzerine de önleme araması yapılabilir.

Önleme aramasının idari bir işlem olması karşısında hâkim kararına tabi olması doktrinde eleştirilmektedir. Bu eleştirilerden biri, kuvvetler ayrılığına aykırılık oluşturduğu, diğeri ise ortada bir suç yokken hukuki değerlendirme yapılmasının yanlış olduğu görüşleridir.¹⁷³ Ancak Anayasa m. 20, özel hayata müdahale eden aramaların hepsinde geçerli olup, önleme aramasının hâkim kararı alınmadan uygulanacağına ilişkin bir istisna yoktur.¹⁷⁴ Buna göre; kural olarak hâkim kararının varlığı hususunda bir ayırım yapılmamıştır; adli arama için hâkim kararının varlığının aranması gibi, önleme aramasının uygulanması için de kural olarak hâkim kararı var

¹⁷² ALDEMİR, s. 203, ALPSOY, s. 117

¹⁷³ ÖZER/Onur, *Adli ve Önleme Aramaları* (Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi, 2017) (<http://openaccess.cag.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12507/720/Onur%20%c3%96zer.pdf?sequence=1&isAllowed=y> 10.12.2020) s. 77

¹⁷⁴ Anayasa Mahkemesi E:2003/29 K:2006/24 KT:22.2.2006 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı:43, 2006) s. 117 (<https://www.anayasa.gov.tr/media/4871/aymkd43.pdf> 26.03.2021)

olmalıdır. Önleme aramasına maruz kalan insanların haklarının güvence altında tutulabilmesi için aramaya hukuki bir boyut katılması ve hâkim tarafından önleme araması yapılmasının gerekliliğinin denetlenmesi ile kolluğun kendi kararıyla arama yapamaması neticesinde olası usule aykırılıkların engellenmesi açısından kural olarak hâkim kararıyla arama yapılabilmesi yerinde bir düzenlemedir.

Gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığının kabul edilmesi hususunda, PVSK m. 9/1’de ve AÖAY m.20’de belirtildiği üzere; AÖAY m. 19’da önleme araması yapılmasının amaçları olarak sayılmış hallerde ve tehlikeyi veya suç işlenmesini önleme nedeniyle gecikmesinde sakınca bulunan bir hal bulunması gerekmektedir. Yani gecikmesinde sakınca bulunan hal, derhal önleme araması yapılmaması halinde suçun veya tehlikenin önlenmesinin mümkün olmayacağı anlamına gelmektedir. PVSK m. 9/6’ya göre; “*Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır.*” Ancak yine de hâkimin karar vermesi için zamanın olup olmadığı da önem taşır; sırf söz konusu kanun maddesine bakılarak hâkim kararına başvurulmadan mülki amir tarafından yazılı emir verilmemelidir.¹⁷⁵

Kolluk tarafından talep yazısı mülki amire sunulduğunda, mülki amir tarafından önleme aramasına ilişkin bir değerlendirme yapılarak uygun bulunursa, talep yazısı sulh ceza hâkimine önleme araması kararı vermesi için sunulur. Ancak bu noktada mülki amir tarafından gecikmesinde sakınca bulunan bir halin bulunduğu kanaat getirilirse, kendisi önleme araması için yazılı emir verir.

Mülki amirin yazılı emir vermeye yetkili hale gelebilmesi için ortada gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olması gerektiğinden, böyle bir hal mevcut değilse mülki amirin yazılı emriyle yapılan önleme araması hukuka aykırı olacaktır.

C. Savcısının önleme araması için yazılı emir verme yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca kolluk amirinin de böyle bir yetkisi yoktur. Yalnız hâkim kararı veya

¹⁷⁵ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 295, ALPSOY, s. 116, ALDEMİR, s. 209

gecikmesinde sakınca bulunan bir hal mevcut olduğunda mülki amirin yazılı emriyle önleme araması yapılması mümkündür.

PVSK m. 9/1'e göre; *“Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar.”* Hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle kişinin üzerinde, eşyasında, özel kâğıtlarında ve aracında arama yapılabilir. Ancak önleme araması kamuya açık olmayan yerlerde yapılamamaktadır. PVSK m. 9/5 düzenlemesi gereğince; *“Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.”*

Yapılmasına karar verilen önleme araması çok geniş bir alanı veya çok uzun bir zaman dilimini¹⁷⁶ kapsayacak şekilde verilemez.¹⁷⁷ Zamanın veya yerin, tehlikenin ya da suç işlenmesinin önlenmesi hususunda yeterli gelecek şekilde belirlenmesi gerekir. Önleme aramasının uzun süre yapılmasının gerektiği düşünülüyorsa da yine zamanın makul olarak belirlenmesi ve gerektiğinde yeni bir önleme araması kararı alınarak bu şekilde aramaya devam edilmesi gerekmektedir. Aksi halde önleme araması amacından sapacak duruma gelir ve kişilerin hak ve hürriyetlerinin korunması hususunda hukuka aykırılıklar meydana gelebilir. Belirlenecek zamanın önleme aramasının yapılma amacına göre değişiklik gösterecek şekilde birkaç günü aşmaması, bir haftayı bulmaması makul bir süre olacaktır. Örneğin; İstanbul'da büyük bir konser olarsa, olası tehlikenin önlenmesinden bahisle önleme araması talep edildiğinde hâkimin belirleyeceği sürenin yalnız konserin olup biteceği saat dilimini kapsamaması gerekmektedir. Konser alanının etrafında erkenden toplanılması gibi sebepler gösteriliyorsa ve bu nedenle konser saatinin önleme aramasını sonuçsuz kılabilceği düşünülüyorsa, o halde konser gününün tamamında önleme araması yapılmasına karar verilebilir ancak bu süre bir günü aşmamalıdır. İki üç günlük bir önleme araması kararı, önleme aramasının yapılma amacı bakımından gereğinden uzun bir süreyi kapsayacak durumdadır ve bu sebeple usule aykırılık yaratır. Belirlenecek yerin de

¹⁷⁶ ÜNVER, HAKERİ, s. 853

¹⁷⁷ ALDEMİR, s. 204

önleme aramasının yapılma nedenine göre o yer ve yakın çevresiyle sınırlı tutulması gerekmektedir. Örneğin; futbol maçı öncesinde önleme araması için hâkimden arama kararı talep edildiğinde hâkimin belirleyeceği yerin stadyum ve yakın çevresi olması gerekmektedir. Stadyumun bulunduğu ilçenin tamamında önleme araması kararı verilmesi halinde usule aykırılık doğacaktır.

3. Kararın veya Yazılı Emrin Yerine Getirilmesi

Hâkim veya mülki amir tarafından hukuka uygun bir şekilde verilmiş önleme araması kararı veya yazılı emri üzerine bu kararın icrası kolluk tarafından, arama kararı veya emrinde belirtilen bilgiler doğrultusunda ve arama kararında belirlenen zaman diliminde yerine getirilmektedir. Yine önleme araması kararı veya yazılı emrinde belirtildiği yerlerde, belirtilenle sınırlı olmak üzere, kişilerin üzerinde, eşyasında, aracında ve özel kâğıtlarında arama yapılabilmektedir.

Kolluk tarafından yapılan önleme araması sırasında hâkimin veya mülki amirin hazır bulunması gerekmemektedir.¹⁷⁸ Kanunda, kolluk önleme araması yaptığı sırada hâkimin veya mülki amirin hazır bulunması gerektiğine ilişkin bir düzenleme yer almadığından, önleme araması sırasında aramayı yapmak için görevlendirilmiş kolluğun bulunması yeterlidir.

PVSK m. 9 ve AÖAY m. 19'da önleme aramasının yapılabileceği yerler tek tek sayılmış olmakla birlikte bunların genel ve ortak özelliği, kalabalık insan topluluklarının olduğu ve suç işlenmesi veya tehlike ortaya çıkması hususunda hedef noktalar olarak açıklanabilir. Örneğin bu maddelerde; üniversite binaları ve ekleri, öğrenci binaları ve ekleri, toplu taşıma araçları gibi kamuya açık olan ve yoğunluk yaşanan yerler sayılmıştır. Önleme araması, umumi veya umuma açık yerlerde yapılabilir. Kamuya açık olmayan yerlerde, örneğin; konut, yerleşim yeri, kamuya açık olmayan işyeri ve eklentilerinde önleme aramasına başvurulamayacaktır. Kanun ve yönetmelik gereğince önleme araması yapılamayan yerlerde yalnız adli arama yapılması mümkündür.

AÖAY m. 31/son'da düzenlendiği üzere; önleme aramaları her zaman yapılabilir. Adli arama kapsamında düzenlenmiş olan kural olarak gece vakti

¹⁷⁸ ALDEMİR, s. 211

arama yapılamaması kamuya açık olmayan alanlarda söz konusu olduğundan, kanun koyucunun amacı aramanın kural olarak gece vaktinde yapılmaması değil; kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılamamasıdır. Önleme araması, gece veya gündüz fark etmeksizin her halde kamuya açık olmayan kapalı alanlarda yapılamayacağından, gece vakti arama yapılamamasına ilişkin kural, önleme aramasında geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla, önleme aramaları gündüz yapılabildiği gibi gece vakti de yapılabilmektedir.

Kamuya açık olmayan kapalı alanlarda kural olarak önleme araması yapılamamasına karşılık, AÖAY m. 19/2-h gereğince 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda düzenlenmiş suçların önlenmesi amacıyla ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ve eklentilerinde arama yapılabilmektedir. PVSK m. 9/5 açık hükmüne rağmen, yönetmelikle istisna getirilmiş olması kanuna ve Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.¹⁷⁹ Benzer bir kanuna aykırılık olarak; PVSK m. 9'da sayılmış bulunan önleme aramasının yapılabileceği yerler arasında öğrenci yurtlarının bulunmamasına karşılık yönetmeliğin 19. Maddesi 2. Fıkrasının d bendinde öğrenci yurtlarında önleme araması yapılabileceği düzenlenmiştir. Adli arama konusunda konut kavramını irdelerken, öğrenci yurtlarının geçici olarak öğrencilerin kullandığı yerlerden olmasından bahisle konut olarak sayılacağından bahsedilmiştir. AÖAY m. 19/2-d'de öğrenci yurdunda önleme araması yapılabilmesine ilişkin düzenleme, PVSK'daki konutta önleme araması yapılamayacağına dair düzenlemeye ve Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.¹⁸⁰ Çünkü öğrenci yurdu, tam anlamıyla öğrencinin konutu sayılmaktadır ve bu durum karşısında yönetmelik ile kanun hükmüne istisna getirilmiş olmaktadır Bu nedenle de AÖAY m. 19/2-d, kanuna ve Anayasa'ya açıkça aykırı bir düzenlemedir.

Hâkim kararı veya mülki amirin yazılı emriyle yapılan arama, karar veya yazılı emirde belirtilen zamanda başlanarak yapılması amaçlanan zaman diliminde tamamlanmalıdır; belirtilen zaman diliminde tamamlanamadığı takdirde arama sonlandırılarak yeni bir karar veya emir alınmalıdır.¹⁸¹ Adli aramada, arama kararında belirtilen zaman diliminde aramaya başlanması yeterli olup, bu zaman diliminde

¹⁷⁹ BÖREKÇİ, s. 98

¹⁸⁰ BÖREKÇİ, s. 98

¹⁸¹ ALPSOY, s. 113, ALDEMİR, s. 211

sonlandırılmaması halinde iyi niyet söz konusu olduğu takdirde aramaya o zaman diliminin dışında da devam edilebileceğini belirtmiştik. Ancak önleme aramasında böyle bir uygulama yapılamamaktadır. Çünkü önleme aramasında yalnız tehlikeyi veya suçu önleme söz konusu olduğundan hâkim veya mülki amir, belirlediği zaman diliminde önleme araması yapılmasının bu amaçları yerine getirme bakımından yeterli olacağını öngörmüştür. Önleme araması hususunda yetkiye sahip hâkimin takdiri kolluk tarafından görmezden gelinemez veya yetersiz bulunarak değiştirilemez. Aynı yönde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emrinde de belirlenen zaman kolluk tarafından takdir edilerek uzatılamaz ve değiştirilemez.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, önleme araması hususunda şu ilkeleri kabul eder: Makul sebebe dayanmaksızın periyodik ve sürekli olarak ve genel mahiyette arama yapılamaz. Suç şüphesinin ortaya çıkmasıyla aramanın önleme araması kararına göre değil, CMK'daki düzenlemeye göre yapılması gerekir. Önleme aramasının özelliği, en kısa sürede tamamlanmasıdır. Bu ilkelere aykırı yapılan önleme araması hukuka aykırıdır. Örneğin; önleme araması kararına istinaden durdurulan pikabın kasasında jeneratör ve dürbün bulunması ve sanığın ağabeyinin terör örgütü üyesi olduğunun öğrenilmesi üzerine araç detaylı aranmak için aramanın yapıldığı yer yakınında bulunan karakol bahçesine çekilmiştir ancak yapılan diğer aramada başka bir şey bulunmamıştır. 2-3 saat sonra tekrar bir arama yapılmış ve patlayıcı madde düzeneği ele geçirilmiştir; bu sırada sanık helikopter pistinde bekletilirken araçtaki diğer kişiler karakolda bekletilmiştir. Söz konusu olayda, CGK tarafından kabul edilen ilkeler ihlal edilmiştir. İlk arama neticesinde makul şüphe olduğundan, önleme araması kararıyla ikinci bir aramaya başlanmasıyla, ikinci ve üçüncü arama hukuka aykırı olarak icra edilmiştir. Üçüncü arama yapılırken sanığın aracın yanında olmaması ve aramaların saatler sürmesi de hukuka aykırılık oluşturduğundan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından, hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı kararı verilmiştir.¹⁸²

Önleme aramasının amacının suç işlenmesini veya tehlikeyi önlemesi olduğundan, suç şüphesi ortaya çıktığı anda artık adli arama yapılması gerekir. Buna

¹⁸² Yargıtay CGK E:2013/841 K:2014/513 KT:25.11.2014 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 19.12.2020)

göre; usulüne uygun olarak alınmış önleme araması kararına istinaden yapılan arama sırasında kollukta, ortada bir suç olabileceğine ilişkin bir şüphe ortaya çıktığı anda önleme aramasının sonlandırılarak adli arama kararı alınması ve bu karara istinaden yapılan arama ile delillerin elde edilmesi gerekir. Önleme araması kararına dayanılarak suç şüphesinin varlığına rağmen aramaya devam edildiği takdirde arama hukuka aykırı olacaktır.

Örneğin; sanıkların uçakla gelirken uyuşturucu madde getireceklerine ilişkin ihbar alan kolluk, iki gün evvel verilen önleme araması kararına dayanarak arama yapmış ve sanıkların ayakkabılarının içinde uyuşturucu ele geçirmiştir. Somut bir suçun işlendiği şüphesi söz konusu olduğunda adli arama yapılması gerekliliği karşısında, kolluğun önleme araması yapmış olması hukuka aykırı olduğundan Yargıtay, söz konusu uyuşturucuların hükme esas alınamayacağı kararı vermiştir.¹⁸³ Aynı doğrultuda bir diğer Yargıtay özel daire kararında ise; sanık ve arkadaşının kiraladığı park edilmiş aracın içinde eroin olduğunun öğrenilmesinden sonra önleme araması kararına dayanılarak yapılan arama neticesinde eroin ele geçirildiği olayda somut suç şüphesi doğduktan sonra arama yapıldığından, bu arama adli arama niteliğindedir. Yargıtay, ele geçirilen delillerin hükme esas alınıp alınamayacağını ve adli arama kararının varlığının araştırılmadan hüküm kurulduğundan bozma kararı vermiştir.¹⁸⁴ Gerçekten, kolluk tarafından aracın içinde eroin olduğu bilgisi öğrenilmesi üzerine eroini bulma amacıyla araçta arama yapılmış ve suçun maddi konusu önleme araması kararına istinaden gerçekleştirilen arama ile ele geçirilmiştir. Kolluk, önleme araması kararıyla adli arama niteliğinde bir arama yapmıştır. Adli arama kararının gerekliliği karşısında önleme aramasına dayanarak arama yapılması aramayı hukuka aykırı kıldığından, arama neticesinde ele geçirilen deliller hükme esas alınamayacaktır. Kolluğun yapması gereken, araçta eroin olduğu bilgisinin alınması üzerine derhal C. Savcısına haber verip, C. Savcısının talimatı doğrultusunda hareket etmektir.

¹⁸³ Yargıtay 20.CD E:2015/296 K:2015/1964 KT:15.06.2015 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 10.12.2020)

¹⁸⁴ Yargıtay 20.CD E:2015/16465 K:2016/1603 KT:21.03.2016 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 19.12.2020)

Duyularla fark edilerek kolayca bulunabilen, açıkça görülebilen delillerin elde ediliş şekli önleme araması olarak değerlendirilmemelidir.¹⁸⁵ Buna göre; kolayca, aramaya gerek olmaksızın, duyularla elde edilen delillerin önleme araması olmadan elde edilmiş olması halinde hukuka aykırılık ortaya çıkmayıp, Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır. Örneğin; ihbarda, ismi belirli taksi durağında çalışan, hafif ticari araç ve plaka numarası ile sürücüsü olan Pazarcı lakaplı kişinin ismi verilerek uyuşturucu madde sattığı bildirilmiştir ancak elde edilen bilgiler adli arama talep edilebilmesi için yeterli olmayıp kolluğun yalnız bilginin doğruluğunu araştırması imkânı vardır. Bu aşamada, ihbarın yapıldığı gün, ihbara konu araç durdurulmuş ve şoför koltuğunun üzerinde gözle görülür ve açık şekilde uyuşturucu haplar ve şeffaf poşet içinde hint keneviri olduğu görülmüştür. Bunları muhafaza altına alıp sanıkları ve aracı emniyet müdürlüğüne götüren kolluk tarafından yapılan kontrolde şoför koltuğunun altında bulunan şeffaf poşet içerisinde uyuşturucu haplar bulunmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından, şoför koltuğunun üstünde ve altında bulunan uyuşturuculara el konulmasının arama işlemi olmadığına karar verilmiştir.¹⁸⁶

C. Önleme Araması Kararının Geremediği Haller

Kural olarak hâkim kararıyla önleme araması yapılabilmesine karşılık, gecikmesinde sakınca bulunan hal söz konusuysa mülki amirin yazılı emri arama yapılabilmesi için gerekli ve yeterlidir. Diğer taraftan, bazı hallerde hâkimden önleme araması kararı veya mülki amirden yazılı emir alınmaksızın kolluk tarafından önleme araması yapılabilmektedir.

1. Tehlikeyi Önleme Amacıyla Yapılan Aramalar

PVSK m. 9/5 ile AÖAY m. 19/son gereğince konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan iş yerleri ile eklentilerinde önleme aramasının yapılamayacak olmasına karşılık, PVSK m. 20/1 gereğince; “*Zabita, imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mani olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebilir.*” Bunlar gibi büyük felaketlerin olduğunun görülmesi veya haberinin alınması hallerinde arama kararı gerekmeksizin

¹⁸⁵ BIÇAK, s. 329

¹⁸⁶ Yargıtay CGK E:2016/386 K:2019/300 KT:09.04.2019 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 11.12.2020)

zabıta tarafından konut, işyeri ve eklentilerine girilebilecektir. PVSK m. 20/1'deki düzenleme, önleme aramasının konut, işyeri ve eklentilerinde yapılamayacağına ilişkin kuralın istisnasını oluşturmakla, kanunla düzenlenmiş olduğundan hukuka uygun bir istisnadır. Bu istisnalar ile kolluğa PVSK m. 20/1 hükmünde yetki verilmiş olup, ayrıca söz konusu hallerde TCK m. 25/2 hükmüne göre zorunluluk hali mevcuttur. Buna göre; yalnız PVSK m. 20/1 hükmüne dayanarak kolluk yetki sahibi değildir; mevcut ağır ve muhakkak tehlikenin varlığında aramalar, hâkim kararı veya yazılı emir alınmaksızın TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluluk haline dayanılarak yapılır.¹⁸⁷ Eğer PVSK m. 20/1 hükmü olmasaydı da TCK m. 25/2 gereğince kolluğun araması hukuka uygun olurdu.¹⁸⁸

PVSK m. 20/1'deki düzenleme gereğince; kolluğun, ağır cezalı bir suçun işlenmesini veya işlenmesine devam edilmesini önleme amacıyla yaptığı aramalarda hâkim kararı gerekmemektedir. Ancak suçüstü hali veya işlenmekte olan ağır cezalı bir suça devam edilmesini önlemek amacıyla yapılan arama adli arama niteliğindedir.¹⁸⁹ Çünkü önleme araması niteliğinde olabilmesi için ortada işlenen bir suç veya suç şüphesi olmaması gerekmektedir. Suçüstü hali veya ağır cezalı bir suçun işlenmesine devam edilmesi halleri söz konusu olduğunda, doğal olarak suçun varlığı nedeniyle yapılan arama adli arama niteliğinde olur.¹⁹⁰

¹⁸⁷ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 297

¹⁸⁸ ALPSOY, s. 152

¹⁸⁹ ALPSOY, s. 153

¹⁹⁰ Amerikan hukukunda, acil durum söz konusu olduğunda arama kararı olmadan arama yapılabilmektedir ancak bazı şartların varlığı gerekmektedir: 1- İçinde bulunulan şartlar, polisin arama yapabilmek için talepte bulunamayacağı düzeyde zorlayıcı ve acil vaziyettir. Ayrıca arama için talepte bulunulması durumunda aramanın riske girmesine neden olabilmektedir. 2- Polisin suça ilişkin öğeleri aramada bulabileceğine kanaat getirmesi için ortada olası bir nedene varan bir gerekçeye sahip olması gerekmektedir. Acil durum istisnasının konu olduğu davaların çoğunda polisin sıcak takip yapması söz konusudur. Yani polis, bir şüphelinin olay yerinden kaçtığı sırada bu şüphelinin peşine düşmekte ve tutuklama emri olmadığı halde şüphelinin girdiği bir bina veya eve girebilir. Bu bina veya evde şüpheliyi ve şüphelinin içeride ulaşabileceği bir silahı bulmak için arama emri olmaksızın arama yapılabilir. BLOOM/ Robert M., BRODIN/ Mark S., *Criminal Procedure: The Constitution and the Police* (New York: Wolters Kluwer, 2020) p. 144, Sıcak takipte arama emrinin alınmasının beklenmemesi, kaçan şüphelinin kanıtlardan kurtulmaya ve bunları yok etmeye çalışacağının ortada olmasından ileri gelmektedir. CAMPBELL, OHM, p. 114, Örneğin; Warden v. Hayden 387 U.S. 297 (1967) davasında, iki taksi şoförü silahlı soygun yapan bir faili takip etmiş ve polisi aramışlardır. Polisler birkaç dakika içinde taksi şoförlerinin belirttiği yere gelerek failin girdiği eve girmişlerdir ve içeride faili ararken soygun ile ilgili deliller ve silahlar ele geçirmiş, faili de yakalamışlardır. Yüksek Mahkeme, söz konusu açıkta duran delillere ve silahlara polis tarafından el konulabileceğine karar vermiştir. BLOOM, BRODIN, p. 144

Polis, PVSİ m. 2 gereğince, PVSİ m. 20/1’de belirtilen hallerde önleme araması yapmaya yetkilidir.

2. AÖAY’de Belirtilen İstisnalar

Önleme araması için hâkim kararının gerekli olmadığı haller AÖAY m. 25’te düzenlenmiştir. Buna göre:

1- Devletin kamu hizmetine tahsis etmiş olduğu bina ve tesislere giriş çıkışlar için belirlenmiş kurallar varsa, bu yerlere giren kişilerin üstleri, eşyaları ve araçlarının arama kararı olmaksızın aranabileceği düzenlenmiştir. Ancak söz konusu düzenleme, Anayasa m. 20’de kural olarak hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hal mevcutsa yetkili merciin yazılı emriyle arama yapılabileceğine ilişkin düzenlemeyi ihlal etmektedir. Ayrıca Anayasa m. 13’teki ancak kanunla sınırlanabilme kuralına aykırılık oluşturacak şekilde yönetmelikle temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması nedenlerinden ötürü kanuna aykırıdır.

2- 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu ek 1. Madde kapsamındaki sivil hava meydanları, limanlar ve sınır kapıları, bina, uçak ve gemiler ile her türlü deniz ve kara taşıtının, giren çıkan yolcuların X-ray’den geçirilerek, gerekli olduğunda üst ve eşyasının aranmasında arama kararı gerekli değildir. Buralarda görevli olan kamu kuruluşu ve özel kuruluş personelinin de üst, eşya ve aracının aranabileceği düzenlenmiştir. Ancak söz konusu düzenlemeye göre hâkim kararına gerek olmaksızın arama yapılabilmesi düzenlenerek Anayasa’ya aykırılığa neden olunmuştur.¹⁹¹ Anayasa ve kanunda yer almayan bir düzenlemenin yönetmelikte düzenlenerek Anayasa ve kanuna istisna yapılması normlar hiyerarşisine aykırıdır.

Söz konusu düzenlemeyle ilgili Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı bulunmakta olup şu şekildedir: Havalimanında otoparka park etmiş bir aracın kapılarının ve sol arka camının açık bırakıldığı özel güvenlik görevlilerince yapılan denetim sırasında fark edilmiştir. Araçta değerli eşya olup olmadığını tespit etmek için bagaj açılmış ve bilgisayar çantasının önünde para ve altın olduğu görülmüştür. Plaka üzerinden anons yapılmış ancak sanığa ulaşılamaması üzerine çanta havalimanında görevli polislere teslim edilmiştir. Polis tarafından güvenliği sağlanan binaya sokulmadan önce çanta

¹⁹¹ ALPSOY, s. 154

X-ray'den geçirilmiş ve silah benzeri cisim tespit edilmiş, çanta elle arandığında ise tabanca ve mermiler ele geçirilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu; AÖAY m. 18/1-i gereğince çantanın X-rayden geçirilmesinde, PVSK m. 9/7 gereğince polis tarafından çantanın teknik cihaz ve gerektiğinde elle aranmasında ve AÖAY m. 25/1-b gereğince elle yapılan arama işlemi için arama kararı gerekmediğine, dolayısıyla delilin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir.¹⁹²

3- 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu m. 11 kapsamında Olağanüstü Hal Valisinin emriyle kişilerin üstü ve eşyası aranabilir. Emrin yazılı olmaması, Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

4- 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu m. 3 gereğince; sıkıyönetim komutanının emriyle konut, dernek, sendika, siyasi parti, kulüp gibi yerlere ait binalar, özel ve tüzel kişilerin müesseseleri ve ekleri, her türlü kapalı ve açık yer, mektup, telgraf ve başka gönderiler ile kişilerin üzerlerinin aranabileceği düzenlenmiştir. Ancak 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, 7145 sayılı kanunun 3. Maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup hükümsüz kalmıştır.

5- Muhafaza altına alınmaları kanunen mümkün olan kişilerin üst ve eşyası hâkim kararı olmaksızın aranabilir.

6- 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'a göre görevli kolluk, bu kanunun 79. Maddesi gereğince silah taşıma yasağı kapsamında silah taşıdığından şüphe duyulan kişilerin üst ve eşyalarını arayabileceği düzenlenmiştir. Ancak hâkim kararı olmaksızın arama yapılmasına ilişkin düzenleme Anayasa'ya aykırıdır.

Özel işletme, kurum veya teşebbüs olması fark etmeksizin umuma açık veya açık olmayan yerlerin girişlerinde yapılan kontrol için arama kararı gerekmemesine karşılık, buralara girmek isteyenlerin rızasıyla kontrol yapılabilir. Kontrol edilmeyi kabul etmeyen kişilerin aranmaması söz konusudur ancak aranmayan bu kişiler içeri giremezler. Kontrol, özel güvenlik görevlilerince gerçekleştirilir. Ancak bu yerler ve katılanların özel niteliğine göre önleme araması kolluk tarafından

¹⁹² Yargıtay CGK E:2016/427 K:2019/688 KT:03.12.2019 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 17.12.2020)

yapılabilir. Örneğin; alışveriş merkezi girişinde yapılan kontrol için arama kararı gerekmemektedir. Alışveriş merkezine girmek isteyen herkesin bu kontrolden geçmesi gerekmektedir; kontrol edilmeyi kabul etmeyen, kontrol edilmeyen kişiler ise alışveriş merkezine giremeyecektir. Alışveriş merkezinde söz konusu olan durum, umuma açık olan veya olmayan yerlerin girişinde kontrol yapılıyorsa oralarda da geçerlidir.

AÖAY’de belirtilen istisnalar dışında, yönetmeliğin 18. Maddesinde ise arama niteliğinde olmayan, kolluk tarafından karar bulunmadan veya emir almadan kendiliğinden yapılabilen, denetim olarak adlandırılan işlemler düzenlenmiştir.

D. Elde Edilen Belge ve Bulgular ile Yakalanan Şüpheliler

AÖAY m. 24’te düzenlendiği üzere; önleme araması neticesinde ele geçirilen ve yakalanan belge, bulgu ve şüphelilere ilişkin olarak yönetmeliğin 10. Maddesindeki düzenleme uygulanır. Buna göre; ele geçirilen deliller muhafaza altına alınıp, elkoyma için yazılı emir istemek için derhal C. Savcısına bildirilir. C. Savcısına ulaşamadığında kolluk amirinin emriyle el koyma yapılabilir. Hakkında yakalama ve tutuklama kararı bulunan ve önleme araması ile yakalanan kişiler ise evrakıyla birlikte C. Başsavcılığına sevk edilir.

Önleme araması neticesinde ele geçirilen, aramanın konusu ve kapsamı içinde olsa da suç unsuru oluşturmeyen eşyalar geçici olarak koruma altına alınarak aramanın sebebi sona erdiğinde geri verilir. Örneğin; bozuk para suç unsuru değildir ancak müsabaka sırasında stada sokulması yasak olan bir maddedir. Bozuk para, stadın girişinde yapılan önleme araması sırasında ele geçirildiğinde geçici olarak muhafaza altına alınır ve maç bittikten sonra kişiye iade edilir.

AÖAY m. 26 gereğince; önleme araması yapılırken bir suç unsuruna rastlanırsa, arama hakkında tutanak tutulur. Tutanakta, AÖAY m. 11’de adli arama tutanağı hakkında mevcut olması aranan unsurlar bulunmalıdır. Arama işlemine katılanlar ve hazır bulunanlar tarafından tutanak imzalanır ve bir sureti ilgiliye verilir. Eğer suç unsuruna rastlanılmamışsa tutanak tutulmasına gerek olmamakla birlikte aramaya maruz kalan kişinin talebi halinde bu kişiye arama kararı veya emrinin tarih ve sayısı, arama tarihi ve saati, yeri, aranan ve arayan kişilerin kimlik bilgilerini içeren bir belge verilir.

Suç şüphesi ortaya çıktıktan sonra adli arama kararı talep edilmeksizin, kolluğun elinde bulunan önleme araması kararıyla arama yapıldığı takdirde yapılan arama hukuka aykırı olacaktır. Suç işlendiğine dair delillere erişilmesinden sonra yapılan arama, adli arama niteliğinde olur ve kolluk tarafından hemen savcılığa haber verilmesi gerekir.¹⁹³ Yargıtay da genelde bu doğrultuda kararlar vermektedir ancak değineceğimiz Yargıtay özel daire kararı akabinde aynı dosyaya ilişkin CGK kararı aynı doğrultuda değildir. Önleme araması kararına istinaden durdurulan araçta arama yapılmış ve herhangi bir suç unsuruna rastlanılmamıştır ancak araçtaki kişilerin GBT sorgusunda içlerinden birinin uyuşturucu madde suçundan kaydının olduğu görülmüştür. Bunun üzerine sanıklar ve araç detaylı inceleme yapılmak için polis merkezi amirliğine götürülmüş, detaylı aramada sanıklardan birinin iç çamaşırlarının içinde siyah poşet içerisinde uyuşturucu haplar ve esrar ele geçirilmiştir. Somut suç şüphesi oluşmuş olması nedeniyle adli arama kararı gerekirken, bunun yerine önleme araması yapılması sebebiyle yapılan arama hukuka aykırı bulunmuştur.¹⁹⁴ Gerçekten, GBT sorgusunda kişinin uyuşturucu madde kaydının bulunduğu görülmüş üzerine suç şüphesi ortaya çıkmıştır ve bu aşamadan sonra kolluk tarafından delillerin kaybolmaması ve kişilerin kaçmaması için gerekli tedbirler alındıktan sonra derhal C. Savcısına haber verilmesi ve verilecek talimat doğrultusunda hareket edilmesi gerekirdi. Ancak kolluk, suç şüphesi ortaya çıktıktan sonra önleme araması kararına dayanarak adli arama yapmıştır ve bu sebeple arama hukuka aykırı hale gelmiş, hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen deliller de hukuka aykırı olduğundan, bu delillerin hükme esas alınamaması sonucu ortaya çıkmıştır. Yargıtay 20. Ceza Dairesi'nin kararının hukuka uygun olması karşısında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na incelenmiştir. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilmiş önleme araması kararına istinaden aracın durdurulduğu yerin karşısında bulunan ilçe emniyet amirliği içerisinde arama yapılması yönetmeliğin 28. Maddesinde belirtilen, aracın yakınındaki kapalı alan kapsamında olduğu kabul edilmiştir. Uyuşturucu ele geçirildikten sonra muhafaza altına alınıp C. Savcısına haber verildiğinden, elde edilen delillerin hukuka uygun

¹⁹³ ÜNVER, HAKERİ, s. 855

¹⁹⁴ Yargıtay 20. CD E:2018/643 K:2018/1456 KT:19.03.2018 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 16.12.2020)

olduğuna karar verilmiştir.¹⁹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararı hukuka aykırı olup, Yargıtay 20. Ceza Dairesi’nin kararını onaması gerekirdi. GBT sorgusunda suç kaydının bulunmasından ötürü kolluk, suç şüphesi altında detaylı arama yapmaya karar vermiş ve önleme araması kararına istinaden nitelik itibariyle adli arama yapmıştır. Uyuşturucu madde ele geçirildikten sonra değil; kollukta suç şüphesinin ortaya çıktığı, GBT sorgusunun yapıldığı andan sonraki aşamada C. Savcısına derhal haber verilmesi gerekirdi. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararına göre makul şüpheyi doğuran olay gerçekleştikten sonra elde bulunan önleme araması kararıyla arama yapılmasının hukuka uygun olduğu kabul edildiğinde, önleme araması ve adli aramanın birbirinden bir farkı kalmamış olur. Adli aramayı gerekli kılan şey suç şüphesi olup, suç şüphesine rağmen önleme aramasına devam edilmesi hukuka aykırılık oluşturur. Yeni bir Yargıtay kararında ise, sanıkların kimlik ve araç plakasına ilişkin istihbarat alınması üzerine önce takip edilip sonra durdurulan aracın içindeki sanıkların st araması yapılmış ancak suç eşyası elde edilememiştir. Bunun zerine önleme araması kararına dayanılarak araçta yapılan arama sırasında, benzin kapağının arkasındaki uyuşturucu madde ele geçirilmiştir. Adli arama kararı gerekliliği karşısında, adli aramaya ilişkin kararın veya yazılı emrin varlığı araştırılmadan hüküm kurulmuş olması nedeniyle karar bozulmuştur.¹⁹⁶

Önleme araması kararıyla adli arama niteliğinde arama yapılmasının hukuka aykırı olması gibi, nleme araması kararı olmadan yapılan nleme niteliğindeki arama da hukuka aykırıdır. Diğer bir deyişle; suçüstü hali bulunmadığı takdirde, yalnız nleme amaçlı arama yapılacaksa, mutlaka nleme araması kararı bulunmalıdır. Aynı doğrultuda olarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun vermiş olduğu karar hukuka uygun olup şu şekildedir: Kargo şirketleri toplama merkezi yakınında rutin kontrol yapan kolluk, tır garajının içinde gördükleri sanıktan şüphelenip takibe almış ve sanığın işyerine girip ardından elinde bir koliyle çıktığını, bu sırada şüpheli şekilde davranmaya devam ettiğini grmştir. Grevlilerce durdurulup kimlik kontrolü yapılan sanığın kimliğindeki fotoğrafın kendisine ait olduğu ancak başkası adına

¹⁹⁵ Yargıtay CGK E:2018/326 K:2019/633 KT:05.11.2019 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 16.12.2020)

¹⁹⁶ Yargıtay 20.CD E:2019/6548 K:2020/4141 KT:09.07.2020 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 26.12.2020)

düzenlendiği görülmüştür. Kolluk, sanığın elindeki koliyi açtıktan sonra içindeki peynir tenekesini de açtığında peynirlerin arasında bulunan esrarı ele geçirmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanığın dışarıdan içi gözükmeyen eşyasının aranmasından ötürü yoklama ve kontrol olamayacağından ve suçüstü halinin bulunmadığından, adli arama veya önleme araması kararının var olması gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu dosyayla ilgili olarak, Yargıtay 20. Ceza Dairesi tarafından ise adli arama kararının gerektiğine karar verilmiştir.¹⁹⁷ Bize göre; somut olayda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun adli veya önleme araması kararının var olması gerektiğine ilişkin kararı değil; özel dairenin kararı hukuka uygundur. Çünkü sanığın ibraz ettiği kimlikteki fotoğrafın kendisine ait olup, bilgilerin başkasına ait olmasının görülmesi sebebiyle, kolluğun koliyi araması adli arama niteliğindedir. Bu nedenle, kolluğun önleme araması kararına istinaden koliyi araması halinde de hukuka aykırılık ortaya çıkacağı, adli arama kararının var olması gerektiği kanaatindeyiz.

Kolluğun ihbar üzerine arama yapması durumunda adli arama gündeme gelecektir ancak ihbarın makul şüpheyi doğuracak nitelikte olması gerekmektedir.¹⁹⁸ Makul şüpheyi ortaya çıkaran bilgi barındıran ihbara dayanılarak önleme araması kararına istinaden arama yapılması halinde hukuka aykırı bir arama yapılmış olacaktır ve bu durumda arama neticesinde elde edilen deliller hükme esas alınamayacaktır. Buna göre; ihbar üzerine yapılan önleme aramasının mutlaka hukuka aykırı olacağından bahsedilemez. Eğer yapılan ihbar makul şüphenin varlığının kabul edilmesine yetecek boyutta güvenilir bilgiler barındırmıyorsa önleme araması kararına istinaden arama yapıldığında yapılan arama hukuka uygun olacaktır.

Elde edilen bir delil, hukuka aykırı aramayla veya hukuka aykırı delilden hareketle elde edildiği takdirde hukuka aykırı delil olarak kabul edilir. Ancak bu konu hakkındaki açıklamalar Hukuka Aykırı Delilin Uzak Etkisi başlığı altında yapılacaktır.

¹⁹⁷ Yargıtay CGK E:2017/892 K:2019/552 KT:17.09.2019 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 17.12.2020)

¹⁹⁸ ŞEN/Ersan, *Yorumluyorum – XIX* (Ankara: Seçkin, 2018) s. 355, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 399, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 134

E. Önleme Aramasının Yapıldığı Diğer Yerler

1. Dernek, Siyasi Parti ve Sendika

5253 sayılı Dernekler Kanunu m. 20: *“Kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden birine bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, yine bu nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mülkî idare amirinin yazılı emri bulunmadıkça, kolluk kuvvetleri, dernek ve eklentilerine giremez, arama yapamaz ve buradaki eşyaya el koyamaz.”* hükmü ile AÖAY m. 22’de düzenlendiği üzere; kolluğun derneklere ve eklentilerine girebilmesi ve buralarda arama ve elkoyma yapabilmesi, usulüne göre verilmiş hâkim kararına veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emrine istinaden mümkündür. Kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarından birini gerçekleştirmek için derneklerde önleme aramasına başvurulabilir. Arama sırasında elkoyma yapılırsa, *“Mülkî idare amirinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. Hâkim kararı, mülkî idare amiri tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur.”* Bu düzenlemeye göre; kamu düzenini korumak veya suç işlenmesini önlemek amacıyla derneklerde önleme araması yapılabilmesi için usulüne uygun verilmiş hâkim kararı veya yine aynı nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emrinin varlığı aranır. Ancak suç şüphesi ortaya çıkmışsa CMK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu m. 121/1 gereğince; *“Türk Kanunu Medenisi ile Dernekler Kanununun ve dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, siyasi partiler hakkında da uygulanır.”* Düzenlemeye göre, dernekler hakkındaki usul siyasi partiler hakkında da aynen uygulanacaktır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 80/1: *“Kuruluşlar hakkında, bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde 4721 sayılı Kanun ile 4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.”* hükmü ile bu kanuna aykırı olmayan ve diğer kanunlardaki derneklere ilişkin hükümler sendikalar hakkında da uygulanabilecektir.

Sonuç olarak; dernekler, siyasi partiler ve sendikaların tamamı aynı düzenlemeye, Dernekler Kanunu m. 20'ye tabidir. Bunların tamamı hakkında önleme araması yapılabilmesi için kamu düzenini korumak ve suç işlenmesini önlemek nedenlerinin varlığı gerekmektedir. Suç şüphesinin ortaya çıkmış olması halinde ise CMK hükümlerinin uygulanması gerekir.

2. Havalimanı

AÖAY m. 25/1-b'deki düzenlemeye göre; 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun ek 1. Maddesi gereğince; sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında yolcuların üstleri ve eşyaları ile görevli personelin üstü, aracı önleme araması kararı veya yazılı emri gerekmeksizin aranabilir.¹⁹⁹ Arama, x-ray cihazıyla ve gerekirse üst ve eşya aranarak gerçekleştirilir.

İl İdaresi Kanunu ek 1. Madde gereğince; havalimanında yapılan aramalar hususunda gerekli önlemleri almaya ve bunları denetlemeye yetkili olan Vali, *“yetkilerinin tamamını veya bir kısmını görevlendirdiği mülki idare amirine devredebilir.”* ve mülki idare amirini bu işler için görevlendirerek yetkilerinin tamamını veya bir kısmını devredebilir. Bu yerlerdeki kuruluşlar mülki idare amirine karşı sorumludur.

Görevlendirilen mülki idare amiri, genel güvenlik ve kamu düzeni nedeniyle yolcular ve personelin üst, araç ve eşyalarını aratabilir ancak arama emri yazılı olarak verilmelidir; acele hallerde derhal yerine getirilmek üzere sözlü olarak emir verilebilecekse de mümkün olduğu an yazılı olarak teyit edilmelidir.

Genel güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması açısından zamanında önlem alınabilmesi için Emniyet, jandarma ve diğer kamu kuruluşları tarafından ulaşılan bilgiler mülki idare amirine bildirilir.

Avukatların havalimanında aranması ile ilgili bir düzenleme veya doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak bizim görüşümüze göre; AvK m. 58/1'de düzenlendiği üzere yalnız ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlardan

¹⁹⁹ ABD hukukunda; havalimanında tüm çantalar aramaya tabidir ve metal detektörü, bagajı x-rayden geçirmek ve el bagajlarının kontrolü gibi tedbirler uygulanmaktadır. Bu tedbirler, Federal Havacılık İdaresi tarafından belirlenen yönergelerle göre yapılmaktadır ve makul kabul edilmektedir. CAMPBELL, OHM, p. 121

dolayı suçüstü hali söz konusuysa avukatın üstü aranabilmektedir. Bu düzenlemenin havalimanları hususunda da uygulanması gerekmektedir. Avukatlar görevleri sebebiyle sık sık havalimanında bulunmak durumunda kalabilmektedir ve bu sebeple müvekkillerle ilgili bilgilerin açığa çıkmaması için üstlerini ve eşyalarını aratmak istememeleri doğaldır. Havalimanında bulunan avukatın ağır cezalı bir suçtan dolayı suçüstü hali söz konusu değilse eşyaları ve kendisi X-ray cihazından geçirilebilse de bununla sınırlı kalınmalı, yanında veya üzerinde avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye dair belgeler olması halinde avukatın üst ve eşyasının aranmaması gerekmektedir. Söz konusu görüşümüze kabul edilmese dahi her halde şu hususun kabulü gerekmektedir; bir şekilde, en azından avukatın giyiminden havalimanında bulunma amacı anlaşılabilecektir. Avukatın tatile gitmiyor olduğu ve mesleğini icra etmek için yolculuk yapacağı ve bunun için havalimanında bulunduğu belli ise, avukatın yanında gizli belgeler olduğunu, aranmak istemediğini söylemesine ve avukat kimliğini göstermesine rağmen avukatın aranmasında ısrar edilmesinin hukuka aykırılık oluşturacağı kanaatindeyiz. Çünkü böyle bir durum içindeki avukat, müvekkiline karşı sorumlu olduğundan aramayı reddetmektedir ve bu sebeple sanki havalimanında değil de adliyedeymiş gibi bu avukatın aranmaması gerekmektedir. Avukatlık mesleği savunmak üzerine kuruludur ve bir avukat tabi olarak ilk önce kendi haklarını savunmak isteyecektir. Kanun ile kendisine tanınmış bir hakkı ileri sürdüğü ve üstünü, eşyasını aratmayı reddettiği için avukatın suçlu olduğu hususunda şüphe oluşması yersizdir. Avukatlar potansiyel suçlu olarak görülmemelidir. AvK m. 58 de avukatlara gereksiz ayrıcalık tanındığı şeklinde algılanmamalıdır. Avukatlara tanınan bu ayrıcalığın amacı asıl olarak müvekkili korumaktır ve söz konusu madde eleştirilirken herkesin bir gün müvekkil, sanık olabileceği ve bu madde sayesinde müvekkil ile avukat arasında paylaşılan bilgi ve belgelerin gizliliğinin sağlanabildiği hatırlanmalıdır.

3. Spor Müsabakalarının Yapıldığı Yerler

AÖAY m. 23'te düzenlenmiş olan spor müsabakası yapılacak yerlerde yapılacak arama gereğince; güvenlik güçleri tarafından kontrol yapıldıktan sonra izleyiciler spor alanına alınacaktır. Spor alanı çevresinde, stadyum ve spor salonu girişinde, turnike girişinde yapılacak spor etkinliği nedeniyle hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı iznine istinaden kollukça

veya kolluk denetiminde olacak şekilde özel güvenlik görevlileri tarafından üst araması yapılır. Yönetmelikte hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı aranmış olmasına karşılık, 6222 s. Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun m.12/2’de “*Müşabaka güvenliğinin sağlanması amacıyla, genel kolluk görevlileri ile bunların gözetiminde olmak üzere özel güvenlik görevlileri, mülki amirin yazılı emrine istinaden*” spor alanı girişinde arama işleminin gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir.

Kural olarak, müsabakanın yapılacağı yer sulh ceza hâkimliği tarafından arama kararı verilmesi gerekir. Hâkim kararının alınmadığı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle yapılan arama hukuka uygun olacaktır. Önleme aramasında C. Savcısının yazılı emir verme yetkisi bulunmadığından, spor müsabakalarıyla ilgili önleme aramasında da C. Savcısı yazılı emir veremeyecektir.

PVSK m. 9/6: “*Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır.*” hükmü gereğince; spor müsabakalarının düzenlendiği yerlerde gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı kabul edilir. Ancak AÖAY m. 23’te ise hâkim kararının veya gecikmesinde sakınca bulunan bir hal mevcutsa mülki amirin yazılı emriyle arama yapılabileceği düzenlenmiştir. PVSK m. 9’daki düzenlemeden spor müsabakası düzenleniyorsa hâkim kararı alınmasına gerek olmadığı, gecikmesinde sakınca bulunan halin zaten var kabul edildiği sonucu çıkarılmamalıdır. Spor müsabakası yapılacak olması söz konusu olsa dahi hâkimden karar alınabilmesi mümkünse, hâkim kararı alınmalıdır. Yapılma zamanı belirli olan karşılaşma için önceden hâkim kararı alınması gerekmektedir; gecikmesinde sakınca bulunan hal olduğu sebep gösterilerek mülki amirin yazılı izniyle arama yapılamaz.²⁰⁰ Ancak önceden belirli olmayan, son anda oluşturulmuş bir organizasyon söz konusu olduğu takdirde, hâkim kararı alınması için vakit bulunmaması veya gecikmesinde sakınca bulunan bir halin olması nedeniyle mülki amirin yazılı emriyle arama yapılmasında herhangi bir usule aykırılık bulunmamaktadır. Örneğin; genel olarak bir futbol maçının tarihi ve saati önceden belirli olmaktadır. Futbol maçının düzenleneceği tarihten önce hâkimden karar alınması gerekmektedir. Birkaç gün önceden karar

²⁰⁰ ALDEMİR, s. 243

alınmayıp maç günü karar alınmak istendiği ancak hâkime ulaşamadığından bahisle gecikmesinde sakınca bulunan hale dayanılarak mülki amir tarafından yazılı izin verilmesi halinde hukuka aykırılık doğacaktır.

Üst araması sırasında elde edilen 6222 s. Kanun gereğince şiddet ve düzensizlik yaratacak madde ve cisimler geçici olarak koruma altına alınır. 6222 s. Kanun m. 12/2'ye göre; genel kolluk veya denetimindeki özel güvenlik görevlileri, *“spor alanına girişte izleyicilerin üstünü ve eşyasını teknik cihazlarla ve gerektiğinde el ile kontrol edebilir ve arayabilir.”* Ayrıca aynı maddenin 3. Fıkrasında spor karşılaşması öncesinde, devam ettiği sırada veya sonrasında spor alanında bulunan seyircinin üst ve eşyasının PYSK'da düzenlenmiş önleme araması hükümlerine göre aranacağı düzenlenmiştir. Ancak arama sırasında suç eşyasına ulaşıldığı takdirde CMK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

6222 s. Kanun'un 12. Maddesinde yasaklı maddeler sayılmış olup, *“Ruhsatlı dahi olsa ateşli silahlar ile esasen bulundurulması yasak olan diğer silahların”* ile *“Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin”* yarışma, seyirci, özel seyirci, antrenman yerleri ile takım ve seyircilerin toplu şekilde seyahat ettiği araçlara sokulması yasaktır. 6222 s. Kanun m. 12/1-b'de ise *“Esasen bulundurulması yasak olmamakla beraber kesici, ezici, bereleyici veya delici aletler ile patlayıcı, parlayıcı, yanıcı veya yakıcı maddelerin”* bu alanlara sokulamayacağı düzenlenmiştir. AÖAY m. 24/2'de de bu yönde düzenleme yapılmış olup, suç unsuru oluşturmaya da aramanın kapsamında olan eşyaların geçici olarak koruma altına alınacağı ve arama sebebinin sona ermesiyle iade edileceği düzenlenmiştir. Buna göre; belirtilen yerlere gelen taraftar ve seyircilerin üst aramasında elde edilen çakmak, bozuk para gibi eşyalar, müsabakanın sona ermesine kadar geçici olarak muhafaza altına alınacaktır.

4. Ceza İnfaz Kurumları

Ceza infaz kurumlarında önleme araması, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 36'da düzenlendiği üzere; *“ Kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Her ay bir kez mutlaka arama yapılır.”* Aramanın ayda en az bir kez yapılması zorunlu olup, idare tarafından takdire göre birden fazla kez yapılması

kararı da alınabilir.²⁰¹ “Aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir.”

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük m. 46/1’e göre; oda ve eklentilerde, hükümlünün üst ve eşyasında haber verilmeksizin daima arama yapılabilirse de oda ve eklentilerinde arama sırasında bir hükümlünün bulundurulması gerekmektedir.

Tüzük m. 46/2’de düzenlendiği üzere; kuruma yasak madde veya eşya sokulduğu ve hükümlünün üstünde bunların bulunduğu hususunda makul ve önemli belirtiler tespit edilirse, kurumun en üst amirinin lüzum görmesiyle çıplak arama veya hükümlünün beden çukurlarına bakmak suretiyle arama yapılabilir. Hükümlünün ar duygusu dikkate alınarak başkalarının görmeyeceği şekilde, olabildiğince kısa sürede yapıp bitirilmek üzere ve hükümlünün tamamen çıplak kalmaması için önce üst kıyafeti çıkarılıp arandıktan sonra tekrar giydirilip alt kıyafeti çıkarılarak aranması usulüyle çıplak arama yapılır. Arama sırasında vücutla temas etmemeye dikkat edilmelidir ve aramanın aynı cinsiyette güvenlik ve gözetim görevlilerince yapılması gerekmektedir. Beden çukurunda bir şeyin olduğuna dair makul ve önemli belirtiler varsa önce bu şeyin hükümlü tarafından çıkarılması istenir ve çıkarmadığı takdirde zorla çıkarılacağı ifade edilir. Çıkarılması istenen şey hükümlü tarafından beden çukurundan çıkarılmadığı takdirde cezaevi tabibi tarafından çıkarılır. Ayrıca Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik m. 34’te de çıplak arama hakkında düzenleme yapılmıştır.

Ceza İnfaz Kurumlarında, yasak madde ve eşya bulundurduğu yönünde makul ve önemli belirtilerin bulunması halinde hükümlünün çıplak aranabileceği tüzükte ve yönetmelikte düzenlenmiş olmasına karşılık, CGTİHK’de çıplak veya beden çukurlarında arama hakkında düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa m. 13’te temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmaması şartıyla yalnız Anayasa’da belirtilen sebeplere dayanılarak kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Kanunda düzenlemesi bulunmayan bir tedbirin tüzük ve yönetmelik ile uygulanması Anayasa’ya ve kanuna aykırılık oluşturmaktadır. Çıplak ya da beden çukurlarında arama tedbiri, insan

²⁰¹ DEMİRBAŞ/Timur, *İnfaz Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2019) s. 353

onurunun korunması açısından tartışmalı bir tedbirdir. Tüzük m. 46/9'da, arama sırasında insan onuruna saygının esas alınacağı düzenlemesine karşılık, aynı maddede basit usulle hükümlü hakkında bu tedbire başvurulması tüzük içinde de çelişki yaratmaktadır. Özellikle makul ve ciddi emarenin varlığı halinde, yani basit şekilde bu tedbire başvurulabilmesi, CMK m. 75'te düzenlenen şüpheli veya sanığın beden muayenesine ilişkin usul hakkındaki düzenlemeyle bağdaşmamaktadır. Şüpheli ve sanık hakkında beden muayenesi yapılabilmesi için hâkim veya mahkeme ya da gecikmesinde sakınca bulunan hal söz konusuysa C. Savcısı tarafından karar verilmesi aranmasına karşın, hükümlünün çıplak veya beden çukurunda arama yapılabilmesi için yalnız makul ve ciddi emare bulunması şartının koyulması kanuna aykırılık oluşturmaktadır. Çıplak arama, insan onuru ve haysiyetiyle ilgili olup²⁰², kişi, hükümlü olması nedeniyle hakkında her türlü tedbirin uygulanacağı bir obje muamelesine maruz bırakılmamalıdır.²⁰³

CGTİHK m. 53 gereğince; *“Hükümlüler, kendi istekleri veya toplu sevk, disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle başka bir kuruma nakledilebilirler.”* Ancak 2. Fıkra gereğince; hükümlü nakilden önce aranır.

CGTİHK m. 86'da ise ceza infaz kurumlarına girişlerde arama esasları düzenlenmiş olup, CGTİHK m. 86/3 gereğince; *“Kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dahil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal dedektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe hâlinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır. Ancak milletvekilleri, mülkî amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar, noterler, ceza infaz kurumları ve tutukevleri kontrolörleri, izleme kurulu başkan ve üyeleri, uluslararası sözleşmelerle yetkileri tanınmış kişi ve kuruluşların temsilcileri, ceza infaz kurumu ve tutukevi koruma birlik komutanı ile kurum müdürünün üstleri ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler ancak, elle*

²⁰² ŞEN/Ersan, *Çıplak Arama* (Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı:175, 2021) s. 569

²⁰³ ÖZBEK/Veli Özer, *İnfaz Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2019) s. 219

aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır.” Bu kişiler, duyarlı kapının ikazının sürmesi dolayısıyla yapılmak istenen elle aramayı kabul etmediği takdirde kuruma giremezler. Ayrıca avukat tarafından yazılı olarak, yanında bulunan belge ve dosyanın savunmaya ilişkin olduğu bildirildiği takdirde bunlar incelenemez.

CGTİHK m. 86/6 gereğince; “Hükümlüler, odalarından çıkış ve dönüşlerinde ayrı yerlerde ve farklı memurlarca üst ve eşya aramasına tâbi tutulurlar.”

5. Nezarethane

AÖAY m. 8/1-c gereğince; nezarethaneye koymadan önce şüphelinin üst araması kolluk tarafından, hâkim kararı veya arama emri gerekmeksizin yapılabilir. Nezarethaneye konmadan önce arama yapılmasının amacı, şüphelinin kendine zarar verme ihtimalinin önüne geçmektir.

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 10’da düzenlendiği üzere; şüpheli, nezarethaneye veya zorunlu hal nedeniyle nezarethane işlevi gördürülen yere koyulmadan önce usulüne göre aranır. Aranan şüpheli kadın olduğu takdirde aynı cinsiyetten görevli veya görevli olmasa da arama için görevlendirilen bir kadın tarafından aranır.

Nezarethaneye konmadan önce arama yapılmasının amacı şüphelinin kendisine zarar vermesini önlemek olduğundan, zarar vermeye müsait eşyalar şüpheliden alınır. Bunlar: kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi eşyalardır.

Şüphelinin üstünden çıkan eşyalar ve para muhafaza altına alınarak paranın türü, seri numarası ve miktarı ile eşyanın niteliği ve markası bilgilerini içeren bir tutanak düzenlenip bir sureti şüpheliye verilir.

F. Denetim, Durdurma ve Kontrol

Kolluğun kendiliğinden yapabildiği denetim, durdurma ve kontrol yetkileri bulunmaktadır.

Denetimler, özel hayata müdahalede bulunulmadığı ve adli amirin emriyle yapıldığından önleme araması sayılmadığı için hâkim kararı veya mülki amirin yazılı

emri gerekmeksizin yapılabilir. ²⁰⁴ Kolluğun, kendiliğinden denetim yapma yetkisini AÖAY m. 18’de belirtilen şartların mevcut olması halinde kullanabileceği düzenlenmiştir. Maddede tek tek sayılmış bulunan hallerin varlığında karar veya emir alınmaksızın kolluğun denetim yapma yetkisi bulunmaktadır. Ancak sınırlı olan denetim, bu sınırı aşp aramaya dönüştüğü takdirde hukuka aykırılık ortaya çıkacaktır. Denetim esnasında suç şüphesi ortaya çıktığında adli arama yapılması ve bu nedenle CMK hükümlerinin uygulanması gerekliliği karşısında denetime devam edilmesi halinde hukuka aykırı bir arama söz konusu olacaktır. Denetim yetkisi ile kolluk yalnız denetim faaliyetinde bulunabilecek olup, bu yetki kolluğa arama yapma yetkisi tanımamaktadır. ²⁰⁵ Örneğin; AÖAY m. 18/1-a gereğince kolluğun denetim yapma yetkisi bulunan yerlerden biri pavyondur. Pavyonda denetim yapıldığı sırada, bu yerde uyuşturucu ticareti yapıldığına dair suç şüphesi doğuracak eşyalara (hassas terazi, doldurulmak için hazırlanmış küçük paketler vb.) rastlanması halinde kollukta, suç işlendiğine dair bir izlenim oluştuğunda denetime devam edilmemesi ve CMK hükümlerinin uygulanması gerekir. Suç şüphesi ortaya çıktıktan sonra artık yalnız adli arama yapılabilirliğinden, denetime devam edilmesi halinde bu bir adli arama olacaktır ve hukuka aykırılık doğacaktır. Bu sebeple denetimin derhal durdurulması ve adli arama kararı talep edilmesi gerekmektedir.

Kolluğun durdurma ve kontrol yetkisi ise, PVSK m. 4/A ve AÖAY m. 27’de düzenlenmiş olup bu düzenlemeler gereğince; *“a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek, ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla durdurabilir.”*

Kolluk, durdurma yetkisini tecrübeye ve izlenimlerine dayanarak tespit ettiği makul sebebin varlığı halinde kullanabilir. Diğer bir ifadeyle; kollukta umma derecesinde makul şüphe oluşmuş olmalıdır. Bir suç işleneceği veya işlendiğine ilişkin kişi hakkında veya bu kişinin silahlı olup tehlike yaratmaya devam ettiği konusunda

²⁰⁴ ALDEMİR, s. 221

²⁰⁵ ALDEMİR, s. 223

makul sebep aranmaktadır. Makul sebebe dayanmayan ve umma derecesinde makul şüphe oluşmayan durumlarda kolluğun kişileri ve araçları durdurması halinde hukuka aykırı bir işlem söz konusu olacaktır. Örneğin; belirli bir saç kesiminin veya giyim tarzının çok suç işlenen bir mahallede sıklıkla tercih edilmesinden yola çıkarak metro veya Taksim Meydanı gibi yerlerin girişinde sadece bu saç kesiminden veya kıyafetlerinden dolayı kolluğun bir kişiyi durdurması halinde, suç işleneceği veya işlendiğine ilişkin veya bu kişinin silahlı olduğu ve tehlike yarattığına ilişkin bir makul şüphenin bulunduğu söylenemeyeceğinden, durdurma işlemi hukuka aykırı olacaktır. Kolluğun tecrübe ve izlenimlerinin insanların dış görünüşüne göre şekillenmesi hali hatalı ve profesyonellikten uzak olup, bu hallere dayanılarak bir kişinin durdurulması makul bir sebep de değildir. Yalnız kılık kıyafete dayanılarak yapılan durdurmaların tamamının keyfî ve hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir.

Kolluk, durdurma işlemi sırasında kolluk görevlisi olduğuna ilişkin kimliğini durdurulan kişiye göstermeli ve o kişiyi neden durdurduğunu açıklamalıdır. Durdurulan kişiye durdurulmasına sebep olan ve şüpheli bulunan davranışları sorulabilir ve kişiden yanında bulunması gereken kimlik ve belgeleri göstermesi istenebilir. Durdurulan kişi sorulara cevap vermeme seçeneğine sahip olsa da kimliğiyle ilgili soruları cevaplamakla yükümlüdür. Şüphe ortadan kalktığında kişilerin ve araçların gitmesine izin verilmesi gerekir. Durdurma süresi, durdurma işleminin amacına hizmet edecek uzunlukta olmalıdır; gereğinden fazla süre kişiler ve araçlar tutulamaz. Kolluk, süreyi gereğinden uzun tutacak hareketlerde bulunmamalıdır.²⁰⁶ Örneğin; kolluk tarafından durdurulan kişiye durdurma nedeni açıklanıp bu kişiden kimlik istenip bunun kontrolü yapıldıktan ve şüphelenilen davranışları sorulduktan sonra bu kimseyi daha fazla tutması için bir sebep kalmayacaktır. Dolayısıyla kolluğun bu andan sonra kişinin gitmesine izin vermesi gerekmektedir; kolluk, kişiyi durdurduktan sonra çeşitli bahanelerde gereğinden uzun tutmamalıdır. Hatta kişinin yalnız kimliğiyle ilgili soruları sorma yükümlülüğü bulunduğundan, kollukta bu kişiye ilişkin şüphe oluştuğunda ve bu şüpheli hareketlerle ilgili sorular sorulduğunda, kişinin bu soruları yanıtlamama seçeneği olduğu için soruları yanıtlamadığından bahisle gereğinden uzun süre durdurma işlemi

²⁰⁶ ALDEMİR, s. 232

uygulanamaz. Durdurma geçici olup, orta zekâda bir kişi durdurulduğu zaman kendi isteğiyle durdurulduğu yerden uzaklaşıp gidebileceğini bilmektedir. Gidemeyeceğini anladığında durdurma değil, yakalama söz konusu olmaktadır.²⁰⁷

Durdurulan kişi veya araçta silah veya tehlike oluşturan bir eşyanın varlığı hakkında yeterli şüphenin bulunması halinde kişinin kendisine veya başkasına zarar vermemesi için tedbirler alınabilir. Ancak kişinin kıyafetlerinin çıkarılması veya aracın kapalı yerlerinin açılması bu kapsamda istenemez çünkü bunlar aramanın konusu olup, kolluğun kendiliğinden arama yetkisi bulunmamaktadır.

PVSK m. 4/A-6'da yer alan, el ile dıştan kontrol dışındaki üst, eşya ve araçta dışarıdan görülemeyen yerlerin İçişleri Bakanlığının belirlediği şartlara bağlı olarak mülki amir tarafından görevlendirilen kolluk amirinin yazılı veya acele olduğunda sonradan yazıyla doğrulanması şartıyla sözlü emriyle aranabileceğine ilişkin düzenleme iptal edilmiştir. İptal edilen düzenlemedeki mülki amirin görevlendirdiği kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılabilmesi, Anayasa'nın 20. Maddesinde bulunan; kural olarak hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yetkili merciin yazılı emriyle üst ve eşyada arama yapılabilmesine ilişkin düzenlemeye aykırıdır. Ayrıca acele hallerde sonradan yazılı şekilde doğrulamak üzere sözlü emirle de arama yapılabilmesi düzenlenmiş olup, Anayasa m. 20'deki gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı şekilde emir verebileceği düzenlemesine aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle, PVSK m. 4/A-6'daki ilgili düzenleme Anayasa m. 20'ye aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.²⁰⁸

Durdurulan kişi üzerinde aynı cinsiyette kolluk görevlisi tarafından yapılmak koşuluyla, konusu ve sebebi açıklanarak, kişiye en az sıkıntı verecek biçimde yoklama biçiminde kontrol yapılabilir. Makul bir süre zarfında durdurma işlemi yapıp, kontrol için ayrılan süre aşılmamalıdır. Uyuşturucu gibi belirli şeylerin kişinin bir yerinde gizlendiğini düşünen kolluk, kontrolü daha geniş tutabilir. Yoklama biçiminde kontrolün, kişinin veya aracın durdurulmuş olduğu yerde veya yakınında, başka yere

²⁰⁷ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 304, ÖVET, s. 29

²⁰⁸ Anayasa Mahkemesi E:2015/41 K:2017/98 KT:04.05.2017 p.35,36
(<https://www.corpus.com.tr/#!/AnayasaMahkemesi> 26.12.2020)

götürülmeden ve başkalarınca görünmemesi sağlanmaya çalışılarak yapılması gerekir. Makul sebebe dayanılarak, kontrolün daha geniş şekilde yapılması sırasında kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir. Kontrolden sonra kontrole maruz kalan kişi talep ettiği takdirde derhal bir tutanak düzenlenir. Bu hususlara aykırı şekilde durdurma ve kontrol işleminin yapılması halinde hukuka aykırılık doğacaktır.

IV. HUKUKA AYKIRI ARAMA

Hukuka aykırı arama hem adli arama hem de önleme aramasında söz konusu olabilmektedir. Usulüne uygun alınmış bir karar veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri bulunmadan yapılan aramalar hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bununla beraber, hâkim kararı veya yetkili merciin yazılı emri mevcut olduğu halde kararın türü sebebiyle hukuka aykırı arama söz konusu olabilmektedir. Örneğin; suç işlenmiş olduğuna ilişkin makul şüphe oluşması sebebiyle CMK hükümlerinin uygulanması ve adli arama kararı talep edilmesinin gerekliliği karşısında, kolluk tarafından elinde mevcut olan önleme araması kararına istinaden yapılan arama hukuka aykırı bir aramadır. Şartları oluşmadığı halde gece vakti arama yapılması ya da C. Savcısının hazır bulunmadığı arama sırasında arama tanıklarının bulundurulmaması veya eksik bulundurulması gibi hallerde de yapılan arama hukuka aykırı sayılmaktadır.

CMK'da aramaya ilişkin usul ve esaslara aykırılık söz konusu olduğunda, yapılan arama hukuka aykırı olacaktır. Hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı delil sayıldığından, ceza muhakemesinde kullanılması ve hükme esas alınarak sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi hukuka aykırıdır. Ayrıca hukuka aykırı arama suç teşkil etmekte ve tazminat sorumluluğu doğurmaktadır.

A. Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Kullanılamaması

CMK m. 217'de düzenlendiği üzere; *“(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. (2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”* Buna göre; hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş deliller, hâkimin vicdani kanaatinde rol oynayamayacak ve hüküm verilirken

dikkate alınmayacaktır. Örneğin; bir sanığın kasten öldürme suçunun kanıtlanması ve mahkûmiyeti için ulaşılmış olan yalnız bir delil bulursa dahi bu delil hukuka aykırı yolla elde edilmiş olduğu takdirde mahkûmiyete esas alınmamalı ve sanık hakkında beraat kararı verilmelidir. Suç ne kadar ağır olursa olsun kanunda herhangi bir ayırım yapılmadığından, hukuka aykırı delil hükme esas alınmayacaktır.

Hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen deliller de hukuka aykırı sayılmaktadır ve delil yasağı kapsamındadır. Delil yasağı, ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi serbestliğini sınırlamaktadır.²⁰⁹ Delillerin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi yasak olduğu gibi, bu delillerin değerlendirilmesi de delil yasağı kapsamında bulunmaktadır.

Delilin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi, arama kararı veya yazılı emrinin usulüne uygun olarak alınmamış veya aramanın usule uygun şekilde icra edilmemiş olması nedenleriyle ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı ise yargılama sırasında bu delillerin göz önünde bulundurulmaması ve hükme esas alınmamasını ifade etmektedir.

1. Hukuka Aykırı Delilin Değerlendirilmesine İlişkin Yaklaşımlar

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir taraf, hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti için hukuka aykırılığın ne olduğunun önem taşıdığını savunurken; bir tarafa göre, ceza muhakemesinde yararı bulunacak delillerin hukuka aykırılığı önemsiz olup, değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir taraf ise, her ne olursa olsun hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delilin hukuka aykırı delil olacağını ve hükme esas alınamayacağını savunmaktadır.

a. Esnek Yaklaşım

Hukuka aykırı yöntemle elde edilen delillerin hukuka aykırılığı teşkil eden sebebe göre ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılamayacağının tespitinin yapılacağını savunan görüşe göre; hâkime takdir yetkisi tanınmalı ve hukuka aykırı delilin hükme esas alınmayacağı hususunda hâkimin karar vermesine izin verilmesi

²⁰⁹ BİRTEK/Fatih, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat* (Ankara: Adalet, 2017) s. 285

gerekmektedir.²¹⁰ Bu görüşe göre; hukuka aykırı delil hak ihlaline neden olmuyorsa, hukuka aykırılık söz konusu değildir.²¹¹ Ancak temel hakların ihlaline sebep olan ve iradeyi ortadan kaldıran biçimde ele geçirilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.²¹² Hukuka aykırılığın nedeninin söz konusu delilin değerlendirilmesi ve hükme esas alınması hususunda rol oynayacağından bahisle delilin ceza muhakemesinde dikkate alınıp alınmamasını hâkimin takdir yetkisini kullanarak belirlemesinin sınırı, bu hukuka aykırılığın temel hak ihlaline yol açmamasıdır. Örneğin; C. Savcısının hazır bulunmadığı arama sırasında arama tanığının eksik bulundurulması halinde yalnız şekle aykırılık mevcut olduğunda, arama neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması gerektiği savunulmaktadır.²¹³

b. Kesin Kabul Yaklaşımı

Kesin kabul yaklaşımına göre, hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir. Hukuka aykırı delil, yargılama konusuyla ilgili ise ve maddi gerçeği açıklayabiliyorsa hukuka aykırı olduğuna bakılmadan ceza muhakemesinde kullanılmalıdır.²¹⁴ Ancak ceza muhakemesinde amaç; hukuka uygun delillerle maddi gerçeği ortaya koymaktır.²¹⁵ Ceza muhakemesinin özündeki amaçla ters düştüğünden, kesin kabul yaklaşımının geçerli bir görüş olduğu söylenemez.

c. Kesin Ret Yaklaşımı

Bizim de katıldığımız görüş olan kesin ret yaklaşımına göre; delil elde edildiği sırada hukuka aykırılık ortaya çıkması, delilin suçun ispatında kullanılamamasına yol açar.²¹⁶ Buna göre, ilk görüşte savunulan, hukuka aykırılığın nedenine göre delilin

²¹⁰ GÖDEKLİ/Mehmet, *Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016) s. 1834

²¹¹ BİRTEK, s. 310

²¹² ÖZKUL/Fatih, *Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu* (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:9, 2017) s. 403

²¹³ ÜNVER, HAKERİ, s. 904

²¹⁴ ÖZEN/Muharrem, ÖZEN/Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları* (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, Cilt:IX, Sayı:2, 2012) s. 304

²¹⁵ GÖDEKLİ, s.1829, ÖZEN, s. 592

²¹⁶ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s.408, ÖZEN, s. 607, ÜNVER, HAKERİ, s. 1587, ÖZEN, ÖZEN, s. 304

değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin takdiri söz konusu değildir. Hiçbir hak ihlaline yol açmasa dahi elde edilmesi sırasında ortaya çıkan en ufak hukuka aykırılık, bu delilin değerlendirilememesine neden olur. Hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delilin ceza muhakemesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda hâkimin takdir yetkisi bulunmamaktadır ve hukuka aykırı delile hiçbir şekilde hükümde dayanılamayacaktır. Diğer bir ifadeyle; delilin hukuka aykırı şekilde elde edilmesinden sonra bu delile dayanılarak verilen mahkûmiyet hükmü mutlaka hukuka aykırı olacaktır ve bozmayı gerektirecektir. CMK m. 217'deki düzenleme de bu yönde olup, hukuka uygun olarak elde edilmiş deliller değerlendirilebileceğinden, hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller her ne olursa olsun ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.

CMK m. 289/1-i düzenlemesine göre; “*Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması*” halinde hukuka kesin aykırılık vardır. Bununla beraber, CMK m. 206/2-a'da da “*Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse*” denmekle, kanuna aykırı şekilde elde edilmiş delilin reddedilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasa m. 38/6'da bulunan “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” şeklindeki düzenleme, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delillere dayanılamayacağını açıklamaktadır. Kanunlardaki bu düzenlemelerde, hâkimin takdir yetkisinden bahsedilmediği gibi, hukuka aykırılık içinde bir sınıflandırmaya da gidilmemiştir. Hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delilin hukuka aykırı sayılacağı ve ceza muhakemesinde değerlendirilemeyeceği, gerek CMK'daki gerekse Anayasa'daki düzenlemelerden anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın bir kararında hukuka aykırı delil ile ilgili açıklamasına göre; hukuka aykırı delil kurumu her ne kadar sanık lehine gibi gözüксе de, insan onurunun korunması ile devlete güven sağlanır ve bu kurum toplum lehine olmaktadır. Hukuka aykırı delille ilgili soruşturmada yapılan hata, sonraki soruşturmalarda düzeltilecektir.²¹⁷ Bu açıklama, hukukiliği sağlama açısından yol gösterici olup, uzun vadede hukuka aykırı delil kurumunun faydasını göstermektedir. Örneğin; çok önemli bir delil hukuka aykırı aramayla elde edilmiş olduğunda artık bu delilin mahkûmiyet

²¹⁷ Yargıtay 14.CD E:2012/9348 K:2014/6943 KT:26.05.2014 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 17.01.2021)

hükmüne esas alınması mümkün olmayacaktır ve bir sonraki soruşturmada tekrar elde edilen delilin değerlendirilememesi sorunuyla karşılaşmamak adına aramaya ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın oluşmasının önüne geçmeye çalışılacaktır. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmemesi katı bir şekilde uygulandığında, zamanla soruşturmaların kanuna uygun şekilde yapılmasına özen gösterilecek ve mutlaka hukuka aykırı delillerle karşılaşılmasında azalma yaşanacaktır. Yargıtay'ın açıklamasına tamamen katılmaktayız ve hukuka aykırı delillerin hükme esas alınamaması sebebiyle suçluların serbest kalması korkusuna karşı en basit ve etkili yöntemin de hukuka aykırı delil kurumuna tamamıyla bağlı kalınması olduğu görüşündeyiz.

2. Özel Kişilerce Elde Edilen Delillerin Durumu

Delilin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi ve hukuka aykırı delilin değerlendirilmesi yasağı özel kişiler bakımından da geçerlidir.²¹⁸ Buna göre; arama için gerek soruşturma evresinde gerekse kovuşturma evresinde devlet tarafından kendisine yetki verilmemiş, yani Devletin verdiği yetki ile değil de kendi çabası ile hukuka aykırı olarak delil elde eden özel kişi tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilmiş deliller ceza muhakemesinde değerlendirilemeyecektir. Örneğin; özel belgede sahtecilik suçundan yargılanan sanığın işyerine gizlice girilip suçu kanıtlamaya yarayacak belgelerin çalınması ve mahkemeye sunulması halinde, hukuka aykırı delil söz konusu olduğundan bu belgelerin ceza muhakemesinde değerlendirilmesi hukuka aykırılık sonucunu doğurur. Ancak ani şekilde ortaya çıkan ve delil elde etme amacıyla önceden plan yapılmaksızın ses ve görüntü kaydı alınması hallerinde bu delillerin değerlendirilebileceği savunulmaktadır.²¹⁹ Bizim de katıldığımız bu görüş, başta kesin ret yaklaşımına aykırıymış gibi gözükse de aslında kesin ret yaklaşımı Devlet eliyle toplanan delilleri esas almaktadır. Soruşturma makamının topladığı hukuka aykırı delil kovuşturmada değerlendirilemez ancak çaresiz olan mağdurun topladığı delil bu kapsamda sayılmamalıdır. Gerçekten, Yargıtay CGK da ani gelişen, kişinin kendisine

²¹⁸ ÜNVER, HAKERİ, s. 1621, ÖZEN, s. 620, KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL/Tülay, *Arama Kararının Hukuka Aykırı Şekilde İcrasından Elde Edilen Delilin Hükme Esas Alınması Sorunu Üzerine Karar İncelemesi* (İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt:76, Sayı:1, 2018) s. 118, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 429

²¹⁹ BİRTEK, s. 324, ÖZEN, s. 620

karşı işlenen suça ilişkin bir daha delil elde etmesinin ve şikâyetle bulunmasının mümkün olmadığı anlarda karşı tarafın yaptığı konuşmaları kayda almasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.²²⁰

Sonuç olarak, özel kişilerce arama yapılarak hukuka aykırı delil elde edilmesi halinde, elde edilen delil hukuka aykırı olacak ve ceza muhakemesinde kullanılamayarak hükme esas alınamayacaktır.

3. Hukuka Aykırı Delilin Uzak Etkisi

Hukuka aykırı bir delil üzerinden yeni bir delil elde edilmesi ve bu delilin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hukuka aykırı delilin uzak etkisi kapsamındadır.²²¹ Bu şekilde ulaşılmış bir delilin hukuka aykırı olacağını açıklayan Yargıtay, hukuka aykırı delil üzerinde yapılan bilirkişi incelemesinin hükme esas alınamayacağını ortaya koymuştur (Yargıtay 7.CD E:2004/1607 K:2007/1694).²²² Elde edilmiş olan delil hukuka aykırı olduğundan, söz konusu bilirkişi incelemesi elde edilmiş hukuka aykırı delil sayesinde yapıldığı için uzak etki nedeniyle hukuka uygun olmamaktadır.

Hukuka aykırı delilin uzak etkisi gereğince hukuka aykırı delil yoluyla elde edilen delilin de hukuka aykırı olacağı doktrinde şu şekilde de açıklanmaktadır: Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir.²²³ Hukuka aykırı bir aramaya dayanarak elde edilen ikrar da, zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir yaklaşımı sebebiyle hukuka aykırı olacaktır.²²⁴ Diğer bir deyişle; bir delilin hukuka uygun olup hükme esas alınabilmesi için bu delile

²²⁰ Yargıtay CGK E:2012/5-1270 K:2013/248 KT:20.05.2013 (<http://web2.e-baro.web.tr/uploads/38/05.03.2014%20TE%20EKLENEN%20%C4%B0%C3%87T%C4%B0HATLAR/yetkili%20olmadigi%20bir%20is%20icin%20yazar%20saglama.pdf> 02.01.2021)

²²¹ GÖKCEN/Ahmet, ÇAKIR/Kerim, *Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları* (D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Cilt:21, Özel Sayı, 2019) s. 2941, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 418

²²² BIÇAK, s. 610

²²³ YENİSEY, NUHOĞLU s. 557, ÖZEN, s. 618, ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 700, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 419

²²⁴ GÜLŞEN/Recep, *Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi* (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, 2015) s. 238, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 426, ŞEN/Ersan, *Yorumluyorum –XII* (Ankara: Seçkin, 2016) s. 360

ulaşılmasını sağlayan yani vasıta olan ilk delilin hukuka uygun olması gerekmektedir. Buna göre örneğin; hukuka aykırı delil aracılığıyla elde edilen ikrara ceza muhakemesinde dayanılamaz. Verilen rnekler oğaltılabilecektir; hukuka aykırı delil vasıtasıyla elde edilen ikrar ve bilirkişi incelemesi gibi itiraf da hükme esas alınamayacaktır. Örneğin; kişinin hr iradesiyle soruları yanıtlamasını engellemek ve bu amaca yönelik ayırt etme gücünü kaybetmesi için kişiye ilaç, uyuşturuvcu vb. verilerek bu şekilde itirafta bulundurulması halinde kişi savunma hakkını kullanamadan itirafta bulunmaya mecbur kılınmış olduğundan, söz konusu itiraf hukuka aykırı olacaktır. Elde edilen delilin temelinde yatan hukuka aykırılık, ‘Zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur’ ilkesinin gereği olarak diğer delili de hukuka aykırı yapmaktadır.

Kısaca özetlemek gerekirse; CMK’da yer alan usul ve esaslara aykırı olmamak kaydıyla elde edilen deliller vasıtasıyla ulaşılan diğer deliller de hukuka uygun olacaktır ancak usule ve esasa aykırı olan, yani hukuka aykırı olan deliller yoluyla elde edilen deliller hükme esas alınamayacaktır.

4. Hukuka Aykırı Delilin Sanık Lehine Olması

Hukuka aykırı delilin ceza muhakemesinde değerlendirilmesi sorunu içerisinde, bu hukuka aykırı delilin sanık lehine olması halinde kullanılıp kullanılmayacağı da doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, delilin hukuka aykırı olmasının sonucu olarak bu delil sanık lehine dahi olsa değerlendirilemeyecektir; diğer bir görüşe göre ise, hukuka aykırı delilin ceza muhakemesinde değerlendirilmesi yasağının istisnasını bu delilin sanık lehine olması oluşturmaktadır.

Doktrinde hukuka aykırı delilin sanık lehine de olsa kullanılamayacağını savunan görüşe göre; Anayasa m. 38/6 gereğince hukuka aykırı bir delil aslında yalnız bulgu sayıldığından ve delil mahiyetini kazanamayacağından sanık lehine de olsa kabul edilemezdir.²²⁵ Anayasa m. 38/6 ve CMK m. 217/2’de hukuka aykırı deliller ile ilgili iddia ve savunma makamlarının leh ve aleyhine olup olmadığına ilişkin bir

²²⁵ ÜNVER, HAKERİ, s. 1620

düzenleme yer almadığından, sanık lehine dahi olsa hukuka aykırı delilin değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır.²²⁶

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; kamu otoritesinin sorumluluğunda delil toplandığından ve masumiyet karinesi gereğince sanığın suçsuz olduğu hukuka aykırı delille kanıtlanabiliyorsa, sanık cezalandırılmamalıdır.²²⁷ Yargıtay da sanık lehine olan hukuka aykırı delilin ceza muhakemesinde kullanılabileceğine ilişkin kararlar vermektedir. Örneğin; Yargıtay, hukuka aykırı olarak iletişimin dinlenmesinin sanığın anayasal haklarını ihlal ettiğinden hükme esas alınamayacağını ancak istisna olarak, bu kayıtların sanık lehine olması halinde hükme esas alınabileceğini açıklamıştır.²²⁸ Gerçekten, hukuka aykırı delillerin sanığın masumiyetini kanıtlayacak nitelikte olması karşısında, sanığın suçu işlediğine kesin kanıt oluşturan hukuka aykırı bir delil bulunmadığı takdirde delilin hukuka aykırı olması nedeniyle sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmamalıdır. Ayrıca, Anayasa m.38/6'ya göre her ne kadar hukuka aykırı olarak elde edilen bulgunun delil niteliği kazanamayacağı düzenlenmiş olsa da, hukuka aykırı delil en azından sanığın suçlu olduğuna kesin kanaat getirilmesini önleyip şüpheye yer bırakmayacak şekilde sanığın suçluluğunun kanıtlanmasını ve buna bağlı olarak da mahkûmiyetinin önüne geçecektir. Buna göre; sanık lehine de olsa hukuka aykırı delilin kullanılamayacağı kabul edilse dahi, bu delilin varlığı bilindiği halde göz ardı edilemeyeceğinden, sanığın şüphesiz şekilde suçlu olduğuna ilişkin karar verilmesini engelleyecektir. Yani şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanması gerekliliği ortaya çıkacaktır.

5. Hukuka Aykırı Delilin Dosyadan Çıkarılması Sorunu

Delillerin hukuka aykırı olması sebebiyle dikkate alınmamasına karar verilmesi üzerine dosyadan çıkarılmasının gerekip gerekmediği hususunda da doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması gerektiğini savunan görüşe göre; hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılmaması halinde, bu delilleri dosyada gören hâkim üzerinde etki bırakacağından, hukuka aykırı

²²⁶ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SİRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 409

²²⁷ ŞEN, ERYILDIZ, s. 301

²²⁸ Yargıtay 10.CD E:2016/2524 K:2017/5338 KT:08.05.2017 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 03.01.2021)

deliller dosyadan çıkartılmalıdır.²²⁹ Bu görüşe göre diğer bir ifadeyle; hukuka aykırı delilleri dosyada gören hâkimin hukuka uygun bir karar vermesi zorlaşmaktadır. Bu nedenle, hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılarak hâkimin bu hukuka aykırı delili dikkate almasının tamamen engellenmesi sağlanmak istenmektedir.

CMK m. 230/1-b gereğince; *“Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi”* düzenlenmiş olup, dosya içerisinde bulunan hukuka aykırı delillerin ayrıca ve açıkça hükmün gerekçesinde belirtilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme ışığında, CMK’ya göre hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılmaması gerektiği, ancak hükmün gerekçesinde hukuka aykırı delillerin açıklanması ve böylece bu delillerin neden hükme esas alınmadığının belirtilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. CMK m. 230/1-b düzenlemesinden anlaşılmaktadır ki; CMK m. 206/2-a’da bulunan, *“Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse”* reddedileceği düzenlemesi, ilk kez kovuşturma aşamasında görülen ve hukuka aykırı olduğu tespit edilen deliller hakkındadır ve bu sebeple söz konusu maddeye dayanılarak hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması sonucunu çıkarmak hatalıdır. Hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılmamasını savunan bizim de katıldığımız görüşe göre; üst derece mahkemesinin denetlemesi açısından, hukuka aykırı da olsa delilin dosyada tutulması gerekir.²³⁰ Hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılmayarak hukuka uygun delillerle birlikte hukuka aykırı delillerin de tutulması gerekir; insan hakları ihlaline neden olmayan hiçbir hukuka aykırı delil dosyadan çıkarılamaz.²³¹

Hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılmasını benimseyen görüşün gerekçe olarak sunduğu; hukuka aykırı delilin dosyada kalması halinde hâkimde oluşacak kanaatte ister istemez etkili olacağı korkusu, hükmün mantıklı ve hukuki bir gerekçesi olması zorunlu olduğundan ve gerekçeden hangi delillere dayanılarak karar verildiği anlaşılabileceğinden yersizdir.²³² Bu nedenle, hukuka aykırı delilin dosyada

²²⁹ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 558

²³⁰ GÖDEKLİ, s. 1911, ÜNVER, HAKERİ, s. 1590

²³¹ BİRTEK s. 305

²³² AKYÜREK/Güçlü, *Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu* (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:101, 2012) s. 79

tutulmasının tek başına bir zararı bulunmamaktadır. Ancak yine de hâkimin etkilenmesinin önüne geçilmesi açısından, delilin dava dosyasından çıkarılarak hukuka aykırı delile ilişkin tutanak tutulup dosyaya koyulduktan sonra, bu hukuka aykırı delilin bir zarf içinde veya adli emanette tutulabileceğine ilişkin çözüm önerisi sunanlar vardır.²³³

Bizim görüşümüze göre; delilin ayrı saklanması gerek olmayıp, dosyada muhafaza edilmesinde yargılamanın sıhhati açısından bir sorun yoktur. Hükmün mantıklı bir gerekçesi bulunması halinde hâkimin hukuka aykırı delil etkisinde kalmadığı anlaşılmış olacaktır. Hukuka aykırılığı tespit edilmiş delile dayanılarak hüküm kurulması ve bunun gerekçede belirtilmesi söz konusu olursa, yani hukuka aykırı delilin etkisinde kalınmış ve hüküm buna göre kurulmuşsa, bu hukuka aykırı karar bozulacaktır ve eninde sonunda hukuka uygunluğu sağlanacaktır.

En basit ve etkili yöntem CMK m. 230/1-b’de açıkça düzenlenmiş olup, hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılmaması ve bu delillerin hükmün gerekçesinde ayrıca ve açıkça gösterilmesidir. Bu sebeple hukuka aykırı delilin dosyadan tamamen çıkarılması veya dosyadan çıkarılıp başka yerde saklanması gibi önlemlere lüzum yoktur. Ayrıca bu tarzda önlemlerin getirilmesi hâkimlere ve onların mesleki yeterliliğine olan güvenin az olduğu izlenimi yaratacaktır. Hâkim, hukuka aykırı delilin değerlendirilemeyeceğinin ayırında olan ve/veya olması gereken bir yargı mensubudur. İstisnai hallere göre değil; genel olarak hiçbir hâkimin delilin hukuka aykırı olduğunu bile bile bu delili hükme esas almayacağı düşünülerek yapılan düzenlemeler ve çözümler her zaman daha yararlı olur. Hukuka aykırı delilin başka yerde saklanması gibi önlemler zorlama çözüm yollarıdır; istisnai halin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak hukuka aykırılıkları düzeltmek için yargı yoluna başvuru ile çözüm olanağı vardır.

İlk kez kovuşturma aşamasında getirilen bir delilin hukuka aykırı olduğu açık ise, CMK m. 206/2-a’da bulunan; “*Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse*”

²³³ BİRTEK, s. 306, İsviçre hukukunda, mutlak delil yasağı kapsamındaki delilin dosyadan çıkarılarak temyiz denetimi için başka bir dosyada muhafaza edilmesi gerekmektedir. BOSTANCI BOZBAYINDIR/Gülşah, *Karşılaştırmalı Hukukta Delil Değerlendirme Yasakları* (Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:157, 2019) s. 1749

reddedileceği hükmüne göre bu delil dosyaya girmeyecektir.²³⁴ Bu düzenlemeden hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması gerektiği sonucunu çıkarmak hatalı olacaktır. CMK m. 206/2-a'ya göre; kovuşturma aşamasında ikame edilen delillerin hukuka aykırılığını tespit eden hâkim, bu delilleri reddeder ve bu hukuka aykırı deliller dosyaya dahil edilmez. Yani bu düzenleme, önceden dosyada bulunmayıp kovuşturma aşamasında getirilen ve hukuka aykırı olduğu açıkça anlaşılan delillerin dosyaya girmeyeceğine, bunların reddedileceğine ilişkindir. Diğer taraftan; kanun koyucu, zaten dosyada bulunmakta olan ve hukuka aykırı olduğu dosyaya girdikten sonra fark edilen deliller hakkında CMK m. 230/1-b'yi düzenlemiştir. Görüldüğü üzere; iki husus için ayrı düzenleme yapılmıştır ve bu düzenlemeler, dosyada bulunan delilin hukuka aykırı olduğunun anlaşılması üzerine bu delilin dosyadan çıkarılamayacağını göstermektedir.

Kısaca özetlemek gerekirse; hukuka aykırı bir delilin hukuka aykırı olduğu tespit edildiğinde, bu delilin dosyaya girmesi engellenebilmektedir ancak hukuka aykırı delil dosyaya girdikten sonra dosyadan çıkarılabilmesi mümkün değildir.²³⁵ Hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılmaması da yargılamanın sıhhatini ve hâkimin kanaatini etkilemeyecektir. Çünkü zaten her hükmün gerekçesinde nasıl o karara varıldığı detaylı şekilde açıklanmış olmalıdır.

B. Hukuka Aykırı Aramanın Suç Oluşturması

Hukuka aykırı olarak icra edilen arama, haksız arama suçunu oluşturmakta olup, TCK m. 120 gereğince; “*Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*” Kişinin üst veya eşyasının aranması hukuka aykırı şekilde icra edilirse, aramayı yapan kamu görevlisi hapis cezası ile cezalandırılır. Ayrıca TCK m. 119/1-e'de de haksız arama suçuyla ilgili olarak; “*Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*” konut dokunulmazlığını ihlal etmesi halinde kamu görevlisi hakkında verilecek cezanın bir kat arttırılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu iki madde de kamu görevlileri hakkında

²³⁴ BİRTEK, s. 306, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 409, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 701

²³⁵ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 409, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 701, ÜNVER, HAKERİ, s. 1590

düzenlenmiş olup bu suç özgü suçtur ve bu sebeple haksız arama suçunu yalnız kamu görevlileri işleyebilmektedir.²³⁶ Haksız arama suçu, görevi kötüye kullanma suçunun özel şeklidir.²³⁷ Kamu görevlisi tarafından görevin kötüye kullanılarak bir kişinin üstünün veya eşyasının hukuka aykırı şekilde aranması halinde haksız arama suçu işlenmiş olmaktadır. Ancak arama, kamu görevlisi tarafından yapılmazsa, kamu görevlisi olmayan bir kişi tarafından hukuka aykırı şekilde yapılırsa yine hukuka aykırı olur ancak bu durumda haksız arama suçu oluşmayacaktır.

Haksız arama suçunun özgü suç olmasının sonucu olarak bu suçun asli faili yalnız kamu görevlisi olabileceği konusunda şüphe yoktur. Ancak bütün kamu görevlilerinin haksız arama nedeniyle bu suçun faili olabilmesinin mümkün olup olmadığı hususunda doktrinde bir görüş birliği sağlanamamıştır.

Bir görüşe göre; haksız arama suçunu yalnız arama yapmaya yetkisine haiz olan kamu görevlileri işleyebilmektedir.²³⁸ Yani bu görüş gereğince; kamu görevlilerinin tamamının bu suçun faili olabilmesi mümkün olmayıp, yalnız CMK ve PVSK ile arama yapabilmeleri için yetkilendirilmiş kolluk görevlileri tarafından haksız arama suçu işlenebilmektedir. Buna göre; kamu görevlisi olup da kanunla kendilerine arama yapma yetkisi tanınmamış olanlar tarafından haksız arama suçu işlenememektedir.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; bütün kamu görevlileri tarafından bu suç işlenebilmektedir.²³⁹ CMK'nın ilgili maddelerinde hangi kamu görevlilerince bu suçun işlenebileceğine ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamış olması bilinçli olup, kanun koyucu tüm kamu görevlilerinin bu suçun faili olabilmesini sağlamak istemiştir. İlgili maddelerde 'kolluk' yerine 'kamu görevlisi' ifadesinin kullanılmasından anlaşılmaktadır ki; herhangi bir kamu görevlisi tarafından haksız arama suçunun işlenmesi mümkündür. Diğer bir deyişle; haksız arama suçu yalnız PVSK ve CMK ile yetkilendirilmiş olan kolluk tarafından işlenebilen, yani polise, jandarmaya vb. özgü bir suç olmayıp, kamu görevlisi sıfatına haiz herkesçe işlenebilir

²³⁶ ALDEMİR, s. 266, ERDEM, s. 96, ÖZYÜKSEL/Özgün, *Haksız Arama Suçu (TCK m.120)* (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, 2020) s. 738

²³⁷ ERDEM, s. 96, ALPSOY, s. 183

²³⁸ ERDEM, s. 103, ALPSOY, s. 176, ÖZYÜKSEL, s. 738

²³⁹ ALDEMİR, s. 266, ALPSOY, s. 177, ÖZYÜKSEL, s. 739

nitelikte bir suçtur. Örneğin; devlet Anadolu lisesinde çalışan öğretmen de kamu görevlisi olup, kamu görevlisi sıfatıyla hukuka aykırı olarak öğrencisinin çantasını aradığında haksız arama suçunu işlemiş olacaktır ve TCK m. 120 gereğince cezalandırılacaktır. Görüldüğü üzere; öğretmen, kanunen arama için yetkilendirilmiş kamu görevlilerinden değildir ancak bu meslek mensubunun hukuka aykırı bir arama yapması halinde bu kişinin kolluk görevlisi olmaması nedeniyle haksız arama suçunu işleyemeyeceğinden bahsedilemez. Buna karşılık, daha önce de açıklandığı üzere; kamu görevlisi olmayıp da hukuka aykırı şekilde arama yapan kişilerin yaptığı arama hukuka aykırıdır ve elde ettiği deliller de hukuka aykırı olacaktır ancak haksız arama suçu kamu görevlilerine özgü olduğundan, kamu görevlisi dışındaki kişilerin hukuka aykırı arama yapması neticesinde haksız arama suçu oluşmayacaktır.

Kamu görevlisinin, kamu görevlisi sıfatını kullanarak hukuka aykırı şekilde kişinin üstünü ve eşyasını araması halinde haksız arama suçu oluşmuş olup, kamu görevlisinin TCK m. 120 gereğince cezalandırılması gerekecektir. Bu arama sırasında kişinin konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edilmesi halinde ise, TCK m. 119/1-e hükmü gereğince TCK m. 120’de öngörölmüş cezaya bir kat arttırılarak hükmedilecektir. Örneğin; kolluk tarafından, önleme araması kararına istinaden kişinin üstünde ve eşyasında adli arama yapılması halinde ortaya haksız arama suçu çıkacaktır. Hukuka aykırı aramanın kişinin konutunda yapılması halinde ise haksız arama suçundan bahisle verilecek cezanın bir kat arttırılmasına karar verilecektir. Daha önce detaylı şekilde açıklandığı üzere; konut bir çadır, yurt odası, otel odası, karavan vb. olabildiğinden, haksız arama suçunun bu yerlerde işlenmesi halinde de konut dokunulmazlığının ihlali söz konusu olacaktır ve kamu görevlisine verilecek cezanın arttırılması gerekecektir.

Haksız arama suçu doğrudan kastla işlenebilen bir suç olup, ancak kamu görevlisi tarafından kasıtlı olarak, bilerek ve isteyerek hukuka aykırı aramada bulunulmuşsa bu suçun mevcut olduğundan söz edilebilecektir.²⁴⁰ Doktrinde doğrudan kastla bu suçun işlenebileceği kabul edildiği gibi olası kastla işlendiği takdirde de haksız arama suçunun oluşabileceği görüşü vardır.²⁴¹ Ancak bizim de katıldığımız

²⁴⁰ ALDEMİR, s. 267

²⁴¹ GÜLŞEN/Recep, *Haksız Arama Suçu* (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12-13, Sayı:16-17-18-19, 2008) s. 145, ALPSOY, s. 179

görüŖe göre; bu suç yalnız doğrudan kast ile işlenebilmektedir.²⁴² Örneğin; kolluk tarafından, bir arama kararı veya emri mevcut olmadığı halde aramaya maruz kalan kişinin üstünde, eşyasında veya aracında arama yapıldığı takdirde haksız arama suçu ortaya çıkmış olacaktır.

Diğer taraftan, hukuka aykırı bir arama söz konusu olmakla birlikte, doktrinde bir görüş gereğince; kolluk görevlisinin amirinin veya C. savcısının sözlü emrini yerine getirdiği takdirde, kolluk görevlisi aleyhine haksız arama suçundan hüküm kurulmasının hukuka aykırı olacağı kabul edilmektedir.²⁴³ Ancak Yargıtay'ın bu hususta aksi yönde kararı mevcuttur. Kamu görevlisi, arama kararının mevcut olmadığını ve kendisine verilen talimatın hukuka aykırılık oluşturduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu talimata istinaden hukuka aykırı aramayı gerçekleştirmişse, haksız arama suçu oluşmuş olur.²⁴⁴ Yargıtay kararına göre; kamu görevlisinin amirinin sözlü emrini yerine getirmiş olmasının kamu görevlisini sorumluluktan kurtarması söz konusu değildir. Yargıtay, kamu görevlisinin talimatın hukuka aykırı olduğunu bilebilecek durumda olmasından bahisle bu talimatın yerine getirilmiş olmasını kamu görevlisinin doğrudan kastla hukuka aykırı arama gerçekleştirmiş sayılacağına karar vermiştir. Sonuç olarak; amirin veya C. Savcısının sözlü emrini yerine getirme söz konusu olduğunda, emri yerine getirenin haksız arama suçu işlemesi söz konusudur. Hukuka aykırı bir arama mevcutsa ve kamu görevlisi bu hukuka aykırı aramayı doğrudan kastla gerçekleştirmişse ortaya haksız arama suçu çıkacağına karar verilmiştir. TCK m. 24/3 gereğince; *“Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.”* Kanun maddesine göre değerlendirildiğinde; sözlü emrin yerine getirilmesi sonucunda haksız arama suçu oluştuğundan, Yargıtay kararı hukuka uygundur. Buna karşılık, doktrinde savunulan, hukuka aykırı aramayı gerçekleştiren kolluk görevlisi C. Savcısı veya amirin emriyle hareket etmişse kolluk görevlisinin haksız arama suçunu işlemiş sayılmayacağına ilişkin görüş kanuna aykırıdır. Emri veren ve uygulayan arasında ast-üst, emir komuta ilişkisi bulunmasının suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinde emri

²⁴² ALDEMİR, s. 267, ERDEM, s. 112

²⁴³ ALDEMİR, s. 267

²⁴⁴ Yargıtay 8.CD E:2016/3496 K:2018/10186 KT:02.10.2018 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 09.01.2021)

yerine getirenin sorumlu olması düzenlemesine etkisi bulunmamaktadır.²⁴⁵ Sonuç olarak, kamu görevlisinin verilen sözlü emrin hukuka aykırı olup olmadığına ve suç teşkil edip etmediğine karar vererek, suç teşkil etmesi halinde emri yerine getirmemesi gerekmektedir. Aksi halde, yalnız emri yerine getirdiğinden bahisle suçun faili olmaması söz konusu değildir.

Haksız arama suçu şikâyetle bağlı suçlardan olmayıp, resen soruşturulmaktadır ve bu nedenle haksız arama suçu hakkında herhangi bir şikâyet süresi işlememektedir. Şikâyetle gerek olmaksızın, C. Savcısı tarafından suçun öğrenilmesiyle birlikte soruşturma açılabilir.

Haksız arama suçunu işlediği iddia olunan kamu görevlisinin bu suçta adli aramada işlemesi halinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülür ancak suç, adli arama sırasında değil de idari görevde işlenmişse 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uygulanır.²⁴⁶ Bu suçta işleyenlerin kamu görevlisi sıfatı nedeniyle Anayasa m.129/son'da düzenlendiği üzere; ceza kovuşturması açılabilmesi için kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin soruşturma izni gerekmektedir.²⁴⁷ 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m. 3'te izin vermeye yetkili merciler belirtilmiş olup, yine aynı kanunda belirtilen düzenlemelerle bu yetkili mercilerden soruşturma izni alınması gerekmektedir. Haksız arama suçunda yetkili ve görevli mahkeme, haksız arama suçunun işlendiği yer Asliye Ceza Mahkemesi'dir.

Hakkında soruşturma izni verilen kamu görevlisi hakkında kamu davası açılması ve haksız arama suçundan suçlu bulunması halinde, bu kamu görevlisi hakkında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) ve Hükmün Ertelenmesi hükümleri uygulanabilmektedir. TCK m. 120 gereğince haksız arama suçunun üst sınırı 1 yıl hapis cezası olup, 2 yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda HAGB kararı verilebilmektedir. Ayrıca TCK m. 51'de düzenlenmiş olan hükmün ertelenmesi

²⁴⁵ DENİZ/Buket, *Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Amirin Emrinin İfası* (Gaziantep University Journal of Social Sciences, Cilt:19, Sayı:3, 2020) s. 960

²⁴⁶ ERDEM, s. 126, ALPSOY, s. 184

²⁴⁷ ERDEM, s. 126

için belirlenen şartların var olması halinde haksız arama suçu 2 yıldan daha az hapis cezasını gerektirdiğinden, hükmün ertelenmesi kararı da verilebilmektedir.

İlk derece mahkemeleri, haksız arama suçunun oluştuğunu gözetmeden suç vasfında hataya düşmektedir ve bu halde Yargıtay tarafından bozma kararı verilmektedir. Örneğin; ilk derece mahkemesi tarafından polis memuru olan sanık hakkında, emniyet müdürlüğü koridorunda arkadaşlarıyla beraber oturan ve polis memuruyla husumeti bulunan katılanı 3 kez hukuka aykırı araması sebebiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Yargıtay 5. Ceza Dairesi ise, polis memurunun fiilinin TCK m. 120’de düzenlenen haksız arama suçunu oluşturduğuna karar vermiştir.²⁴⁸ Gerçekten, polis memuru tarafından husumet sebebiyle kamu görevlisi kimliğinin verdiği yetki kötüye kullanılarak katılanın hukuka aykırı şekilde 3 kez üst araması yapılmıştır. Polis memurunun kamu görevlisi olması sebebiyle, doğrudan kast ile icra edilmiş hukuka aykırı arama neticesinde görevi kötüye kullanma suçunun özel görünüş biçimi olan haksız arama suçu oluşmuştur ve polis memurunun TCK m. 120 gereğince cezalandırılması gerekmektedir. Bu sebeple Yargıtay’ın kararı yerindedir.

C. Hukuka Aykırı Aramanın Tazminat Sorumluluğu Doğurması

1. Arama Kararının Ölçüsüz Şekilde Gerçekleştirilmesi Nedeniyle Tazminat

CMK m. 141/1-i gereğince; “*Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen*” kişinin tazminat hakkı doğmaktadır. Soruşturma ve kovuşturma sırasında yapılan aramaları kapsayan bu düzenlemeden anlaşılmaktadır ki; yalnız adli aramanın ölçüsüz olarak gerçekleştirilmesi halinde CMK m. 141 gereğince tazminat isteminde bulunulabilecektir. Önleme araması sırasında henüz ortada bir soruşturma olmadığından, önleme aramasının ölçüsüz gerçekleştirildiğinden bahisle aramaya maruz kalan kişi tarafından CMK m. 141 kapsamında tazminat talebinde bulunulamayacaktır. Hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen önleme araması, idare hukuku açısından hizmet kusuru olduğundan, hukuka aykırı önleme aramasına maruz kalan kişiler tarafından Devlete karşı tam yargı davası açılabilmektedir.²⁴⁹

²⁴⁸ Yargıtay 5.CD E:2015/11224 K:2018/4526 KT:20.06.2018 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 09.01.2021)

²⁴⁹ ALDEMİR, s. 294

CMK m. 142/1 gereğince; “Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.” Bu süre hak düşürücüdür. Ancak bu süreler adli tatilde işlememektedir.²⁵⁰ CMK m. 232/6 gereğince; hüküm fıkrasında, ilgilinin “tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının” açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Eğer hükümde tazminat hakkı gösterilmemişse 3 aylık süre işlemeye başlamayacağından, kesinleşmeden itibaren 1 yıllık süre dikkate alınacaktır.²⁵¹ Hak düşürücü süre bu şekilde olmakla birlikte, aramanın hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmiş olduğundan bahisle tazminat talep edilebilmesi için asıl davanın kararının veya hükmünün sonuçlanıp kesinleşmesi gerekmemektedir; dava devam ederken tazminat davası açılabilmektedir.²⁵² Aramanın ölçüsüz gerçekleştirildiğinin anlaşılması üzerine asıl davanın sonuçlanmasının beklenmesi ve davanın sonucuna göre bu ölçsüzlük değişmeyeceğinden, aramanın ölçsüz olduğu sabit olduktan sonra dava devam etse de tazminat talep edilebilmesi yerinde bir uygulamadır. Tazminat talep edilebilmesi için kararın veya hükmün kesinleşmesinin beklenmesi halinde, ölçsüz aramaya maruz kalan kişi hem zararını geç tazmin ettirmek zorunda kalır hem de belki de davanın uzun sürmesi nedeniyle birkaç yıl sonra zararı tazmin edildiğinde hükmedilen tazminat, aramanın gerçekleştirildiği zamanın koşullarıyla kıyaslandığında az miktarda kalırdı.

Arama kararının ölçsüz şekilde gerçekleştirilmesinden bahisle tazminat talep edilebilmesine karşılık; arama kararının hukuka aykırı olması nedeniyle CMK m. 141/1-i gereğince tazminat talebinde bulunulamaz.²⁵³ Usule aykırı arama yapılması, karar veya emir mevcut olmadan arama yapılması, tutanak tutulmaması, aramaya maruz kalan kişiler hakkında hak ihlali yapılması aramanın ölçsüz olduğunu göstermektedir.²⁵⁴ Arama yapılan yerdeki eşyalara zarar verilmesi, konutta arama

²⁵⁰ GÜNAY/Erhan, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 40, ŞEN/Ersan, *Yorumluyorum – XX* (Ankara: Seçkin, 2019) s. 248

²⁵¹ ŞEN, “Yorumluyorum – XX”, s. 248

²⁵² Yargıtay 12.CD E:2018/5169 K:2019/1309 KT:04.02.2019 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 10.01.2021)

²⁵³ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 591, GÜNAY, s. 112, ALDEMİR, s. 292, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 464

²⁵⁴ UNGAN/Abdulkadir, *Haksız Fiil Tazminatı ile Koruma Tedbirlerine Aykırılıktan Doğan Tazminat* (Ankara: Seçkin, 2017) s. 102

gündüz yapılabilecekken gece yapılması, aramanın gereksiz uzatılması, aramaya maruz kalan kişiye kötü davranılması da aramanın ölçüsüz yapıldığını göstermektedir.²⁵⁵ Yargıtay tarafından, arama sırasında el konulan bilgisayarların davacıya iadesinin geç yapılması nedeniyle aramanın ölçüsüz yapıldığına ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar verilmiştir.²⁵⁶ Örneğin; arama sırasında bilgisayara el konulduktan sonra bilgisayarın iade edilebilmesi mümkün olduğu halde iadenin 1 ay sonra yapılması halinde arama ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmiş olacaktır. Kişinin konutunda gündüz vakti başlanan ve arama kararına istinaden yapılan adli aramanın kolluk tarafından bilerek ağırdan alınarak zamanında tamamlanmayıp geceye bırakılması halinde, aramaya maruz kalan kişi tarafından arama kararına istinaden gerçekleştirilen aramanın ölçüsüz olduğundan bahisle tazminat talebinde bulunulabilecektir. Adli arama kararı bulunmaksızın kolluk görevlileri tarafından konutta arama yapılması, arama neticesinde tutanak tutulmaması halleri de aynı şekilde tazminatı gerektirir.

Hukuka aykırı arama kararının tazminat sebebi olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmaması, yalnız aramanın ölçsüzlüğünden bahsedilmek kaydıyla tazminat talebinde bulunulabileceğinin düzenlenmiş olması eksiklik olarak görülmektedir. Bu görüşe göre; aramanın içindeki her türlü hukuka aykırılık tazminat sebebi sayılmalıdır ve buna yönelik düzenleme getirilmelidir.²⁵⁷

Her ne kadar tazminat talep edilebilmesi için aramanın ölçsüz şekilde gerçekleştirilmiş olması aranıyor olsa da geçmişte Yargıtay tarafından arama kararının hukuka aykırı olması sebebiyle de tazminata hükmedilmesi gerektiğine ilişkin kararlar verilmiştir. Örneğin; davacı, aramanın hukuka aykırı olarak verildiğini ve bu karara istinaden yapılan ev araması neticesinde aile bütünlüğünün, konut dokunulmazlığının ve kişisel güvenliğinin zarara uğradığından bahisle tazminat talep etmiştir. Yargıtay, arama kararının hukuka aykırı olması nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi

²⁵⁵ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 365

²⁵⁶ Yargıtay 12.CD E:2017/9779 K:2018/7640 KT:05.07.2018 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 09.01.2021)

²⁵⁷ ÖZALP/Nabi, *Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m.141 - 144)*, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:145, 2019) s. 118, CANOĞLU/Veysel Candan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları* (Ankara: Seçkin, 2017) s. 108, EPÖZDEMİR/Rezan, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat* (Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:12, Sayı:135, 2017) s. 22

gerektiğine karar vermiştir. İlgili karara; ölçsüzlük iddiasında bulunulmadığı, aramanın hukuka aykırı olduğundan bahisle tazminat talep edildiği için tazminatın reddine ilişkin kararın onanması gerektiği düşüncesiyle şerh düşülmüştür.²⁵⁸

Aynı daire başka bir kararında da aynı yönde; aramanın, hukuka aykırı şekilde verilmiş arama kararına istinaden yapılmasının tazminat gerektirdiğine karar vermiştir.²⁵⁹ Ancak daha sonra Yargıtay 12. Ceza Dairesi, içtihat değişikliğine gidildiği gerekçesiyle aksi bir karar vermiştir. Buna göre; tazminata hükmedilebilmesi için arama kararının ölçsüz şekilde gerçekleştirilmiş olması gerektiğine değinilmiş ve arama kararının açıkça hukuka aykırı olmasından bahisle tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir.²⁶⁰ Daha sonra da bu içtihat değişikliği kararına bağlı kalınmış ve tazminata hükmedilebilmesi için arama kararının ölçsüz şekilde gerçekleştirilmiş olması gerektiği, arama kararındaki usule aykırılığın bu kapsamda olmadığı yönünde karar verilmiştir.²⁶¹

Bir görüş; önceki Yargıtay kararıyla aynı doğrultuda olarak, ölçülülük ilkesinin aramanın tamamında etkili bir ilke olduğunu, CMK m. 141/1-i'deki düzenlemenin aramanın talep edilmesinden başlayıp uygulanmasına kadar her aşamayı kast ettiğini savunmaktadır.²⁶² Doktrinde; hukuka aykırı şekilde verilmiş arama kararı nedeniyle tazminat talep edilebileceğine ilişkin 24.12.2013 tarihli, 9105/30703 sayılı Yargıtay içtihadına²⁶³ dayanarak, açıkça hukuka aykırı olan arama kararları nedeniyle tazminat talep edilebileceğini savunan hukukçular vardır.²⁶⁴ Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Bizim de katıldığımız görüşe göre; arama kararının hukuka aykırı olarak verilmiş olması aramanın ölçsüz şekilde gerçekleştirilmesi ile ilgili olmayıp,

²⁵⁸ Yargıtay 12.CD E:2013/24450 K:2014/938 KT:20.01.2014 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 10.01.2021)

²⁵⁹ Yargıtay 12.CD E:2015/12815 K:2015/19162 KT:10.12.2015 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 14.01.2021)

²⁶⁰ Yargıtay 12.CD E:2015/12475 K:2016/13470 KT:19.12.2016 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 15.01.2021)

²⁶¹ Yargıtay 12.CD E:2015/17220 K:2017/6120 KT:11.09.2017 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 14.01.2021)

²⁶² CANOĞLU, s. 108

²⁶³ ŞAHİN/Ragıp, *Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 211

²⁶⁴ ŞAHİN, “*Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları*“, s. 212

CMK m. 141/1-i kapsamında bir tazminat nedeni değildir.²⁶⁵ Dolayısıyla bahsetmiş olduğumuz önceki Yargıtay kararlarının, CMK m. 141/1-i’de aramanın ölçsüz olması halinde tazminat talebinde bulunulabileceğinin düzenlenmesi sebebiyle kanuna aykırı olduğu görüşündeyiz. Daha sonra içtihat değişikliği neticesinde verilen kararlar kanuna uygun hale getirilmiştir. Ancak değinmekte yarar var ki; mevcut kanun maddesinin CMK m. 141/1-i’nin “Hakkındaki arama kararı hukuka aykırı olan veya ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilen” şeklinde veya benzeri bir düzenlemeyle değiştirilmesi ve hukuka aykırı verilen arama kararının da ölçsüz şekilde gerçekleştirilen arama kapsamına alınması gerekmektedir. Yargıtay’ın içtihat değişikliğine gidilmeden önceki kararları kanuna aykırı olsa da CMK’da bu kararın verilebilmesini sağlayacak bir düzenlemeye ihtiyaç vardır ve Yargıtay’ın birçok kez bu hususta hatalı karar vermiş olması da bu ihtiyacın varlığını göstermektedir.

Sonuç olarak; mevcut düzenlemede ölçsüzlük arandığı belirtildiğinden, buna bağlı kalınmalı ve yeni bir düzenleme getirilinceye kadar aramanın hukuka aykırı şekilde verildiğine dayanılarak tazminata hükmedilmemelidir. Diğer bir ifadeyle; hukuka aykırı şekilde verilmiş arama kararı veya emrine istinaden gerçekleştirilen hukuka aykırı aramalar arama kararının ölçsüz şekilde gerçekleştirilmesi kapsamında olmadığından, CMK m. 141/1-i gereğince tazminat talebinde bulunulamaz. Arama kararının ölçsüz şekilde gerçekleştirilmesi kapsamında bulunmayan, aramaya ilişkin hukuka aykırılıklarla ilgili tazminat talepleri ise genel hükümlere tabi olup, genel mahkemelerde tazminat davası açılarak talep edilebilmektedir.²⁶⁶

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tazminat davasında görevli ve yetkili mahkeme, zarara uğrayan kişinin oturduğu yer ağır ceza mahkemesidir. Tazminat konusu işlemle ilişkili ağır ceza mahkemesi, kişinin yerleşim yerindeki tek ağır ceza mahkemesi ise tazminat kararı en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır. Düzenlemenin lafzından da anlaşıldığı üzere; yetki kamu düzenine ilişkin olup, kesindir.²⁶⁷ Bu düzenlemenin

²⁶⁵ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 591, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 549

²⁶⁶ ALDEMİR, s. 292, GÜNAY, s. 112, CANOĞLU, s. 108

²⁶⁷ ŞEN/Ersan, “Yorumluyorum – XX” s. 248, GÜNAY, s.37, CANOĞLU, s. 154

amacı, hakkaniyetli şekilde karar verilmesini garanti altına alınmasıdır. Dava, davacının yerleşim yeri dışında bir yerde veya haksız arama suçu kararını veren mahkemede açılmış ise mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi gerekmektedir. Tazminat talebinde bulunacak kişinin Türkiye’de yerleşim yeri bulunmuyorsa, koruma tedbirine karar vermiş olan savcılık veya mahkemenin yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesi yetkili kabul edilmelidir ve ayrıca CMK m. 13 de kıyas yoluyla uygulanabilecektir.²⁶⁸ CMK m. 13 kıyas yoluyla uygulandığında; tazminat talep edecek kişinin Türkiye’deki son yerleşim yerindeki ağır ceza mahkemesi, böyle bir yer de belirlenemiyor ise ilk usul işleminin yapıldığı yerdeki ağır ceza mahkemesi yetkili olacaktır.²⁶⁹

Hukuka aykırı arama nedeniyle tazminat davası açılması harca tabi değildir.²⁷⁰ HMK m. 26 gereğince hâkim taleple bağlı olduğundan, tazminat talebinin fazlasına hükmedilemeyecektir. Tazminat davasının açılması harca tabi olmadığından ve taleple bağlılık ilkesinden dolayı, tazminat talebinde bulunacak ilgilinin mümkün olduğunca fazla talepte bulunması daha uygun olacaktır. Tazminat talebi dilekçesinde talep edenin kimlik bilgileri ve adresi, zarara uğradığı işlemin ne olduğu, uğradığı zararın niteliği ve niceliği, bunlara ait belgeler yer almalıdır. Bu bilgilerin eksik olması halinde mahkeme tarafından kişiye 1 aylık süre verilerek, eksikliğin giderilmemesi halinde tazminat talebinin reddine karar verileceği kişiye bildirilir. Süresi içinde eksiklik giderilmediği takdirde, itiraz yolu açık olmak üzere ret kararı verilir. Mahkeme, duruşmalı olarak karar verir ancak istemde bulunan veya hazine temsilcisi çağrıya rağmen gelmediği takdirde yoklukta karar verilebilir. Verilen karara karşı istinaf yolu açıktır. İstinaf yoluna başvurma hakkı, istemde bulunana, C. Savcısına ve Hazine temsilcisine tanınmıştır ve inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılacaktır.

²⁶⁸ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 373, UNGAN, s. 121

²⁶⁹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 373, UNGAN, s. 122,

CMK m. 13/2: “Şüpheli veya sanığın Türkiye’de yerleşim yeri yoksa Türkiye’de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.”

CMK m. 13/3: “Mahkemenin bu suretle de belirlenmesi olanağı yoksa ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesi yetkilidir.”

²⁷⁰ KORKMAZ/Muzaffer, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru* (Ankara: Seçkin, 2019) s. 166

3. Maddi ve Manevi Tazminat Talebinde Bulunulması

Arama kararının ölçsüz şekilde gerçekleştirilmiş olması maddi ve manevi tazminat sorumluluğunun doğması için gereklidir ancak tek başına yeterli değildir. Aramaya maruz kalan kişinin manevi tazminat talebinde bulunabilmesi için bir hak ihlaline uğramış olması yeterli olacak olsa da maddi tazminat talebi için ortada maddi anlamda bir zarar bulunmalıdır. Maddi tazminatın belirlenmesinde gerçek maddi zarar esas alınması söz konusu olup, kişinin hukuka aykırı arama sonrasındaki malvarlığı ile zarar meydana gelmeseydi sahip olacağı malvarlığı arasındaki farkın bulunmasıyla gerçek zarar tespit edilmektedir.²⁷¹

Manevi tazminat talebinde bulunularak, koruma tedbirinin hukuka aykırı olması sebebiyle kişide oluşan üzüntü ve acı ile saygınlığının zedelenmesi sebebiyle oluşan manevi zararın biraz da olsa giderilmesi amaçlanır.²⁷² Bu amaca yönelik olarak tazminat isteminde bulunan tarafın dilekçesinde yer alan manevi tazminat talebinde, aramaya maruz kalan kişinin toplumun gözünde itibarının zedelenmesi ve bu sebeple manevi tazminat talebinde bulunulduğu belirtilmektedir.²⁷³ Koruma tedbirleri nedeniyle manevi tazminatın belirlenmesinde objektif şekilde belirlenmiş şartlar mevcut değildir ancak Yargıtay bu hususta karar verirken bazı konuları göz önünde bulundurur. Buna göre Yargıtay tarafından, davacının sosyal ve ekonomik durumu, atılı suçun niteliği, gözüaltına alındığı olayın meydana geliş şekli, tutuklu kalınan süre, tutuklama tarihinden itibaren faize hükmedilmek üzere tazminat davasının kesinleşmesine kadar elde edilecek parasal değer ve benzeri yönler ele almaktadır.²⁷⁴

Manevi zarar daha çok yakalama ve tutuklama koruma tedbirleri sebebiyle ortaya çıkmaktadır²⁷⁵ ancak diğer koruma tedbirlerine ilişkin manevi tazminat talebinde bulunulamayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır ve manevi tazminat için aranan şartların mevcut olması halinde manevi tazminata

²⁷¹ GÜNAY, s. 30, ŞAHİN, “Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları”, s. 390, KORKMAZ, s. 168

²⁷² AŞKIN/Uğur, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatta Rücu Sorunu* (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:2, 2018) s. 30, ŞAHİN, “Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları”, s. 485

²⁷³ Yargıtay 12.CD E:2015/11476 K:2016/10212 KT:15.06.2016 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 16.01.2021)

²⁷⁴ Yargıtay 12.CD E:2019/12636 K:2020/14 KT:06.01.2020 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 13.01.2021)

²⁷⁵ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 353, ÜNVER, HAKERİ, s. 1095

hükmedilebilecektir. Yakalama ve tutuklama tedbirleri hakkında manevi tazminata hükmedilmesi yaygın olmakla birlikte, ölçüsüz gerçekleştirilen arama hakkında da manevi tazminat talebinde bulunulabilmektedir. Örneğin; gündüz yapılabilecekken gece arama yapılması ve arama sırasında dolapların kırılması halinde arama kararının ölçüsüz gerçekleştirildiğinden bahisle maddi tazminat talebinde bulunulabilir. Ayrıca arama sırasında apartmanın içinde kolluk tarafından gereksiz ve aramaya yardımı dokunmayacak şekilde ses ve gürültü çıkarılması, bu nedenle apartmandaki komşuların aramaya maruz kalan kişinin evinde arama yapıldığının öğrenmesi halinde, aramaya maruz kalan kişinin toplum önünde saygınlığının zedelenmesinden bahisle manevi tazminat talebinde bulunabileceği kanaatindeyiz. Çünkü her ne kadar adli arama kapsamında hukuka uygun olarak verilmiş bir arama kararına istinaden kolluk görevlileri tarafından arama yapılmasının bir mahzuru olmasa da, kolluğun kusuru nedeniyle olayla ilgisi olmayan 3. Kişiler tarafından aramadan haberdar olunması küçük düşürücü ve üzüntü vericidir. Bu sebeplerle hayatın olağan akışına uygun olarak aramaya maruz kalan kişinin manevi zarara uğradığından, toplum nazarında saygınlığının zedelendiğinden bahsedebiliriz. Dolayısıyla, söz konusu hallerde arama kararının ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmiş olduğundan bahisle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulabilir.

4. Faiz Talebi

Tazminat talebine ilişkin dilekçede talep edilmesi şartıyla, hükmedilecek tazminata faiz işletilmesi talep edilebilmektedir. Davacının talep etmesi halinde zarara sebep olan fiil gününden başlayarak yasal faiz uygulanmasına hükmedilebilecek olsa da davacı tarafından, faizin hangi tarihten itibaren işlemesinin talep edildiğinin dilekçede belirtilmesi gerekmektedir.²⁷⁶ Dava dilekçesinde faiz talep edilmesine karşılık, faizin ne zamandan başlatılacağına ilişkin bir talep bulunmuyorsa, dava tarihinden itibaren faiz uygulanması gerekir.²⁷⁷ Buna göre; dava dilekçesinde faiz talep edilmesi yeterli olmayıp, zararı meydana getiren fiilin meydana geldiği günden itibaren faiz uygulanmasına ilişkin talepte bulunulması gerekmektedir. Aksi halde dava tarihinden itibaren faiz uygulanmasına hükmedilecektir. Diğer taraftan, dava

²⁷⁶ GÜNEY, s. 31

²⁷⁷ Yargıtay 12.CD E:2015/10954 K:2016/4477 KT:18.03.2016
(<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 09.01.2021)

dilekçesinde faiz talep edilmemesine rağmen faiz uygulanması hukuka aykırıdır. Yargıtay, faiz talep edilmemesine rağmen maddi ve manevi tazminata dava tarihinden itibaren faiz uygulanmasını kanuna aykırı bulmuştur.²⁷⁸

Anlaşılmaktadır ki; davacının faiz talep etmeyi unutması halinde mahkeme kendiliğinden faiz uygulanmasına karar veremeyecektir. Faiz uygulanmasına ancak faiz talep edilmesi halinde hükmedilebilmektedir. Ancak faiz talebinin dilekçede mevcut olmaması halinde faiz işletilmesinden kesin olarak mahrum kalındığı sonucu ortaya çıkmamaktadır. Eğer davacı başta dilekçesinde faiz talep etmemişse, dava devam ettiği sırada, hüküm verilinceye kadar ıslaha başvurarak faiz işletilmesini talep edebilir.²⁷⁹

5. Tazminatın Geri Alınması ve Rücu

Tazminatın geri alınması CMK m. 143'te düzenlenmiş olup, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı kaldırılarak mahkûm edilenler ve yargılamanın yenilenmesi sonucu beraat kararı kaldırılıp mahkûm edilenlerle ilgilidir. Düzenleme gereğince; tazminatın geri alınması tutuklama ve gözaltı gibi koruma tedbirlerine ilişkin olduğundan, arama kararının ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmiş olması sebebiyle hükmedilen tazminatın geri alınmasına karar verilemez. Ölçüsüz arama nedeniyle hükmedilen tazminat, aramaya maruz kalan kişinin mahkûmiyetine karar verilmesi halinde geri alınamayacaktır.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası Hazineye karşı, yani devlet aleyhine açılmaktadır ancak Devletin rücu hakkı bulunmaktadır. Arama kararının ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmiş olması sebebiyle talep edilen tazminat sonucunda, aramaya maruz kalan kişiye tazminat ödenmesine karar verildiğinde, tazminat Devlet tarafından ödenir ve bu noktadan sonra Devletin rücu hakkı vardır.

CMK m. 141/4'te düzenlendiği üzere; *“Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının bir yıl içinde rücu eder.”* Anlaşılacağı üzere; 1 yılın

²⁷⁸ Yargıtay 12.CD E:2018/7929 K:2019/28 KT:07.01.2019 (https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay_09.01.2021) , Yargıtay 12.CD E:2017/9049 K:2018/3369 KT:26.03.2018 (https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay_16.01.2021)

²⁷⁹ Yargıtay 12.CD E:2017/9049 K:2018/3369 KT:26.03.2018 (https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay_16.01.2021)

geçmesinden sonra Devlet tarafından C. Savcısı veya hâkime rücu edilemeyecektir. Buna göre Devletin rücu hakkı, C. Savcısının ve hâkimlerin ihmal ve gecikme eseri değil; kasten görevin gereklerine aykırı davranışları ile söz konusu olmaktadır.²⁸⁰

Hangi hallerde görevi kötüye kullanmanın ve görevin gereklerine kasten aykırı davranılmış olduğunun kabul edileceği hususunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte doktrinde bir görüşe göre; görevi kötüye kullanma suçundan kesinleşmiş bir mahkûmiyet olması gerekmektedir.²⁸¹ Ancak doktrinde aksi görüş de bulunmaktadır; 1 yıl içinde rücu etmek zorunlu olup, hâkim veya C. Savcısının mahkûm edilmiş olması gerekliliği arandığı takdirde rücu etmek imkânsız hale gelecektir.²⁸² Bizim görüşümüz; hâkim veya C. Savcısına Devlet tarafından rücu edilebilmesi için ortada görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin bir mahkûmiyet kararı olması gerektiği yönündedir. Mahkûmiyet kararı olmadan rücu edildiği takdirde, rücu edilmesi için gerekli şartların oluşmadığının anlaşılması ile yeni sorunlar ortaya çıkacaktır ve henüz görevin gereklerine kasten aykırı hareket edildiği kanıtlanmadan C. Savcısı veya hâkim işlediğinden şüphe duyulan fiil nedeniyle cezalandırılmış olarak ceza muhakemesinin temel ilkelerine aykırılık oluşması sonucu ortaya çıkaracaktır. Ayrıca mahkûmiyet kararının kesinleşmesi beklenmeden yalnız mahkûmiyet kararı verilmesi üzerine Devletin C. Savcısı veya hâkime rücu hakkı olmasıyla, Devlet zararını daha hızlı şekilde karşılayabilecektir.

²⁸⁰ AŞKIN, s. 34, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 600, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 376

²⁸¹ ÖZALP, s. 151, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 412, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 506

²⁸² ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 600

İKİNCİ BÖLÜM

ELKOYMA

I. ELKOYMA KAVRAMI

A. Terim ve Tanım

Elkoymanın tanımı, Türk Dil Kurumu tarafından “*zorla almak*” ve “*yetkili organ bir malı veya bir kuruluşu kendi yönetimine almak*” şeklinde yapılmıştır.²⁸³

Elkoyma, delil niteliği taşıyan bir eşyanın veya eşya ya da kazanç müsaderesinin konusu olan malvarlığı değerlerinin kaybolmaması ve ceza muhakemesinde kullanılıp değerlendirilebilmesi için korunmak üzere, yanında bulunduran kişinin muhafaza altına alma için rıza göstermemesi nedeniyle bu kişiden zorla alınmasını ifade etmektedir.²⁸⁴ AÖAY m. 4’te elkoymanın tanımı, zilyedin tasarruf yetkisinin rızası dışında kaldırılması şeklinde açıklanmıştır.

B. Tarihsel Gelişim

Arama başlığında açıkladığımız Tanım ve Tarihsel Gelişim alt başlığında irdelendiği üzere 1921 Anayasası’nda temel hak ve hürriyetler düzenlenmemiş olduğundan arama ve elkoyma hakkında bir düzenleme yer almıyordu. 1924 Anayasası’nda ilk kez temel hak ve hürriyetler düzenlenmişti ancak m. 71, 76 ve 81’de düzenlenen konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti hükümlerinde elkoyma hakkında düzenleme yapılmamıştı. İlk kez 1961 Anayasası m. 15 ve 16’da arama ve

²⁸³ <https://sozluk.gov.tr/> (07.06.2021), Elkoyma, İngilizcede “seizure” anlamına gelmektedir. T.C. Dış İşleri Bakanlığı Tercüme Dairesi Başkanlığı, *Genel Hukuk Terminolojisi* (2018) (<https://www.mfa.gov.tr/data/Terminoloji/hukuk-terminoloji-110615.pdf> 11.07.2021), Elkoyma, Almancada “Beschlagnahme” anlamına gelmektedir. <https://tr.langenscheidt.com/almanca-turkce/beschlagnahme> (11.07.2021), Elkoyma, Fransızca “saisie” anlamına gelmektedir. <https://tr.glosbe.com/tr/fr/el%20koyma> (11.07.2021)

²⁸⁴ ŞEN, ERYILDIZ, s. 19, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 523, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 411, ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 365, ÖZEN, s. 709, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 159, CENTEL, ZAFER, s. 444, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 467, TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 288, Kanada Yüksek Mahkemesi, elkoymayı “bir şeyin bir kişiden o kişinin rızası olmaksızın kamu otoritesi tarafından alınması” şeklinde tanımlamıştır. Aynı zamanda bir kişiyi sahip olduğu şeyden vazgeçmeye zorlamayı da kapsamaktadır. PREFONTAINE, p. 5

elkoyma kavramlarını da içeren, temel hak ve hürriyetlerin korunmasına yönelik düzenleme yapılmıştı. Söz konusu düzenlemeler gereğince “*Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça: millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça*” kişinin üstü, özel kâğıtları, eşyası aranamayacak, konutuna girilemeyecek, burada arama yapılamayacak ve eşyalara el konulamayacaktı. 1982 Anayasası m. 20 ve 21 ile ise söz konusu düzenlemeler daha da geliştirilmiş, ayrıca yetkili merciin kararının 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca görevli hâkimin 48 saat içerisinde kararını açıklamaması halinde elkoymanın kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir.

C. Hukuki Nitelik

Eğer eşyayı yanında bulunduran kişinin rızası var ise elkoyma tedbirine başvurulmayıp, eşyanın muhafaza altına alınması gerekmektedir ancak bu kişi muhafaza altına alma işlemine karşı çıkıyorsa elkoyma koruma tedbirine başvurulması gerekmektedir. Diğer bir deyişle; ilgili eşyayı yanında bulunduran kişinin rızası yoksa ancak o zaman elkoyma tedbirine başvurulacaktır. Kolluk tarafından elkoyma tedbirine CMK m. 123 düzenlemesi gereğince direkt olarak başvurulamaz.

Elkoyma koruma tedbiri niteliği itibariyle geçicidir ancak ne zamana kadar bu tedbirin devam edebileceği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre; gerekli olduğu sürece ve en çok hükmün kesinleşmesine kadar bu tedbir devam edebilir.²⁸⁵ Ancak hükmün kesinleşmesinin beklenmesi, elkoymanın uzun süre uygulanmaya devam edeceği anlamına geldiğinden, elkoymanın hükmün kesinleşmesine kadar uygulanmaya devam edebileceğine ilişkin görüşe katılmıyoruz. Çünkü temel hak ve özgürlüklerin mümkün olduğunca az şekilde ve kısa süreliğine ihlal edilmesi, maruz kalan kişiye en az zararla tedbirin uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla, en geç hükmün verilmesi üzerine elkoyma işleminin sonlandırılması gerekmektedir. Hükmün kesinleşmesinin beklenmesinden ziyade hükmün verilmesine kadar tedbirin devam edebilmesi, hak ve hürriyetler açısından daha dengelidir. Bu

²⁸⁵ ŞEN, ERYILDIZ, s. 44, ÖZEN, s. 717

nedenle biz, elkoymanın hükümle birlikte sona ereceğine ilişkin görüşe katılıyoruz.²⁸⁶ El konulan eşya sonuç itibariyle ya müsadere edilir ya da iade edilir.²⁸⁷ Hükmün verilmesiyle karara göre müsadere veya iade işlemi yapılmalıdır.

Elkoyma tedbiri zorla yerine getirildiğinden ve eşyanın zilyedi veya malikinden alınıp başka bir yere götürüldüğünden, mülkiyet hakkını ihlal etmektedir. Bunun dışında el koyulan eşyanın niteliğine göre başka hak ve hürriyetleri de ihlal edebilmektedir.

Deliller hakkında elkoyma tedbirine başvurulması soruşturma ve kovuşturma aşamalarına; müsadere konusu eşya ve kazançlar hakkında elkoyma tedbirine başvurulması ise mahkûmiyet hükmü verilmesi üzerine uygulanacak güvenlik tedbirine hizmet etmektedir. CMK m. 123'teki düzenleme gereğince; elkoyma hem soruşturma ve kovuşturma aşamasında kullanılacak delillerin saklanabilmesi için hem de mahkûmiyet hükmü hakkındaki güvenlik tedbirlerinden eşya ve kazanç müsaderesinin uygulanabilmesi için başvuru bir koruma tedbiri özelliği taşımaktadır.

Elkoymanın amacı; delillerin ceza muhakemesinde değerlendirilmek üzere alıkonulması, hukuka uygun bir karar verilebilmesi adına yeri ve zamanı geldiğinde bu delillerden yola çıkarak davanın karara bağlanması ve olası bir müsadere kararına yönelik olarak müsadere altına alınabilecek eşyanın bu kararın uygulanabilmesi için elde bulundurulmasının sağlanmasıdır.

Elkoyma, bu tedbire ne hakkında başvurulduğuna göre basit ve özel elkoyma olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. AÖAY m. 4'teki zilyedin rızası dışında tasarruf yetkisinin kaldırılmasına ilişkin elkoyma tanımı basit elkoymaya ilişkindir.²⁸⁸ CMK m. 123'teki düzenleme de basit elkoymayla ilgilidir.²⁸⁹ Özel elkoyma ise postada,

²⁸⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 180, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 535

²⁸⁷ CİHAN/Can, *Koruma Tedbiri Olarak Arama - Elkoyma* (İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Sayı:2014/2, 2014) s. 221, ŞEN, ERYILDIZ, s. 102, ALDEMİR, s. 404, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 421, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 375, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 181

²⁸⁸ ALDEMİR, s. 301

²⁸⁹ ŞEN, ERYILDIZ, s. 20, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 367, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 527, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 167, ŞAHİN,

taşınmazlara, hak ve alacaklara ve bilgisayarlara elkoyma gibi özel koşullarla yerine getirilen bir koruma tedbiridir.

Elkoyma, bu tedbire başvurulma amacına göre de ikiye ayrılmaktadır: suç veya tehlikeyi önleme amacı var ise önleme elkoyması; delil niteliği taşıyabileceğinden, müsadereye tabi olduğundan bahisle adli elkoyma yapılmaktadır.²⁹⁰

II. GENEL BİLGİ

Arama işlemiyle tespit edilen deliller, soruşturmaya ve kovuşturmaya konu olduğundan muhafaza edilmesi gerekmekte olup, tespit edilmesi üzerine zilyette bırakılamayacaktır. Şüpheli veya sanıkta bırakılan delilin şüpheli veya sanığın mahkûm edilmesi veya suçlunun ve suçun tespit edilerek davanın sübuta ermesi için gerekli olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ceza muhakemesi açısından bir şekilde tespit edildiği yerden veya kişiden alınması ve korunması gerektiği açıktır.

Önleme araması veya adli arama neticesinde aramanın yapılma sebebine ilişkin olarak veya tesadüfen başka bir suça ilişkin deliller tespit edildiğinde, bu deliller ispat aracı olarak kullanılabilme için ya da müsadereye konu eşya veya kazanç olduğu için muhafaza altına alınır. Buna ilişkin hüküm, CMK m. 123'te "*İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır.*" olarak düzenlenmiştir. Eşyanın zilyedi tarafından rıza ile teslim edilmediği takdirde ise bu eşyaya el konulabilmektedir. Kısacası; bir kişinin zilyetliğinde bulunan eşyaya el konulması için bu eşyanın bir suç delili olması veya müsadereye tabi olması gerekmektedir. Ayrıca CMK m. 123'teki düzenlemeden anlaşılmaktadır ki; suç delili veya müsadereye tabi olan eşya kural olarak muhafaza altına alınmaktadır. Ancak CMK m. 123/2'de; "*Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.*" denilmektedir. Eşyayı yanında bulunduran kişinin eşyayı teslim etmemesi durumunda istisna olarak bu eşya hakkında

GÖKTÜRK, s. 360, ÖZEN, s. 725, ACAR/Hüseyin, *Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu* (Ankara: Adalet, 2019) s. 89

²⁹⁰ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 411, ALDEMİR, s. 296, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 159, ŞEN, ERYILDIZ, s. 19, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 467

elkoyma koruma tedbirine başvurulmaktadır. Görüldüğü üzere kural, muhafaza altına almak; istisna ise el koymaktır.

Elkoyma koruma tedbirinin uygulanabilmesi için de arama koruma tedbirinde olduğu gibi hâkim kararının varlığı gerekmektedir. Aksi halde elkoymanın hukuka aykırılığı söz konusu olacaktır. Hâkim kararının gerekliliği yalnız CMK hükümlerinden dolayı değil, Anayasa gereğince zorunludur.

III.ELKOYMA İLE MUHAFAZA ALTINA ALMA ARASINDAKİ FARKLAR

CMK m. 123 gereğince; suça ilişkin delil niteliği taşıyan eşyalar veya kazanç müsaderesinin konusu olan malvarlığı değerleri tespit edildiğinde, direkt olarak elkoyma tedbirine başvurulmamakta, bu eşyalar veya malvarlığı değerleri muhafaza altına alınmaktadır. Muhafaza altına almadaki amaç; soruşturma ve kovuşturma hususunda önemi bulunan eşyanın kaybolmasının, yok edilmesinin ve suçun ispat edilmesi şansının ortadan kaldırılmasının önlenmesidir. Kısacası amaç; ceza muhakemesinde gerekli olan ve delil niteliği taşıyan eşyaların ve malvarlığı değerlerinin, yargılama sırasında değerlendirilebilmesi ve karar verilirken bunlara dayanılabilmesi için korunmasıdır. Bu amaçların gerçekleştirilmesine yönelik olarak muhafaza altına alma işlemine eşyayı yanında bulunduran kimse tarafından karşı gelindiğinde, bu kişi eşyayı rızasıyla teslim etmediğinde ve dolayısıyla muhafaza altına alma tedbirine başvurulamadığında, eşya kişiden zorla alınabilmektedir. Zorla alma işlemine ise elkoyma denmektedir.

Muhafaza altına alma, eşyayı yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim edilmesi halinde gerçekleşmesine karşılık, elkoyma zor kullanarak uygulanan bir tedbir olduğundan, bu iki işlem arasındaki farklardan birisi rızanın varlığıdır. Eğer CMK m. 123/1 ile ilgilinin rızasının bulunması halinde muhafaza altına alma işleminin hâkim kararı olmaksızın yapılabileceğine dair bir düzenleme bulunmasaydı, eşyayı bulunduran kişinin eşyayı özgür iradesiyle verip vermediği hususunda tartışma ortaya çıkardı ancak CMK m. 123/1 bu tartışmayı önlemiştir.²⁹¹ Düzenleme olmaksızın

²⁹¹ ŞEN, ERYILDIZ, s. 36

ilgilinin rızası ileri sürülseydi tartışma çıkacak olmasının nedeni, kolluğun arkasında Devlet'in bulunmasıdır. Bu şartlar altında ilgili rıza gösterse dahi bu rızanın aslında kişinin iradesini yansıtmadığı, kolluğun gücünün kişi üzerinde yarattığı baskı sonucu eşyanın veya malvarlığı değerinin muhafaza altına alınmasına göz yumularak kolluğa verildiği şüphesi doğacaktı ve muhafaza altına alma işlemi hukuka aykırı hale gelecekti. Daha önce değinmiş olduğumuz, arama neticesinde elde edilen hukuka aykırı delil hakkında aramaya maruz kalan kişinin rızada bulunması üzerine bu delilin hukuka aykırılığının değişmeyeceğine ilişkin açıklamamızın da çıkış noktası aynıdır.

CMK m. 127/1'de düzenlendiği üzere; *“Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir.”* Ancak elkoymanın hukuka uygun olabilmesi için hâkim kararı bulunması gerekmesine karşılık, muhafaza altına alma için hâkim kararı veya sonrasında onay alınması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Herhangi bir düzenleme olmadığından, muhafaza altına alma işlemi hâkim kararına tabi değildir. Bu nedenle, arama neticesinde suça ilişkin bir delil veya müsadereye konu bir eşya tespit edildiğinde, eğer zilyedin bu konuda bir itirazı yoksa karar alınmasına gerek olmaksızın bu eşya muhafaza altına alınabilmektedir. Örneğin; ruhsatsız silah taşıyan kişinin kolluk tarafından durdurulması için şartlar oluşmuşsa ve buna istinaden kişi durdurulmuşsa, kolluk bu kişiye üzerinde ne olduğunu sorduğunda kişinin ruhsatsız silahı çıkarıp kolluğa vermesi halinde CMK m. 123/1 uygulama alanı bulacaktır. Çünkü kişi kendi rızasıyla bu eşyayı kolluğa teslim etmiş olmaktadır ve hâkim kararı olmamasının muhafaza altına almayı hukuka aykırı hale getirmesi söz konusu değildir. Yine sokakta usulüne uygun olarak durdurulan bir kişiye kolluğun “Üstünde uyuşturucu var mı?” diye sorması ve bu kişinin de üstündeki uyuşturucuyu çıkarıp kendiliğinden kolluğa teslim etmesi halinde de muhafaza altına alma söz konusudur ve hukuka uygundur. Ancak muhafaza altına alma işleminin hukuka uygun olması için rıza ile eşyanın veya malvarlığı değerinin verilmesi ya da muhafaza altına almaya aramaya maruz kalan kimse tarafından itiraz edilmemesi üzerine işlem sonrasında tutanak düzenlenmeli, teslim alan kolluk ve teslim eden kişi tarafından bu tutanak imzalanmalıdır.

Tutanağın düzenlenmemesi halinde muhafaza altına alınan eşya incelenemeyecektir.²⁹² Hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen deliller ceza muhakemesinde değerlendirilemeyeceği gibi, tutanak tutulmamış olması halinde muhafaza altına alma işlemi hukuka aykırı olacağından, bu eşyalar incelenemeyecek ve hüküm verilirken değerlendirilemeyecektir. Muhafaza altına alma için rıza arandığından, tutanağın mevcut olmaması veya teslim edenin imzasının bulunmaması halinde verilen rızanın doğruluğundan bahsetmek için elde bir kanıt olmadığı anlamına gelecektir. Hayatın olağan akışına göre rızasıyla eşyayı teslim eden kişinin tutanağı imzalamak istememesi düşünülemeyeceğinden, bu işlem için rıza göstermemiş olduğu anlaşılmaktadır. Tutanağın düzenlenmesi yanında, tutanağın içeriğinin de rızanın gösterildiğini kanıtlamaya yetecek düzeyde bilgi taşıyor olması gerekir. Örneğin; Yargıtay, muhafaza altına alma tutanağının ilk sayfasının dosya içeriğinde bulunmaması nedeniyle hükmün bozulmasına karar vermiştir.²⁹³ Yargıtay, teslim edenin imzasının bulunmasını ve tutanağın düzenlenmiş olmasını yeterli bulmamıştır; tutanağın dosyada eksik şekilde bulunmasından dolayı verilen rızayı muhafaza altına alma için etkili saymamıştır.

Sahibi belli olmayan veya sahipsiz eşyalar hakkında muhafaza altına alma işleminin uygulanması açısından CMK m. 123/1 düzenlemesinin yeterli olup olmadığı hususunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre; CMK m. 123/1, sahibi belli olmayan veya sahipsiz eşyanın muhafaza altına alınmasını karşılamamaktadır.²⁹⁴ Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; CMK m. 123/1’de eşyanın sahipli olup olmadığına ilişkin bir ayırım yapılmamış olduğundan, sahibi belli olmayan veya sahipsiz eşya bakımından muhafaza altına alma tedbirine başvurulmasında bir hukuka aykırılık yoktur ve söz konusu düzenlemede bir eksiklik bulunmamaktadır.²⁹⁵ Kimse tarafından o eşyanın muhafaza altına alınmasına karşı çıkılmadığı takdirde, eşya ister sahipli ister sahipsiz veya sahibi belli olmayan bir eşya olsun, muhafaza altına alınabilecektir. CMK m. 123/2’de eşyanın muhafaza altına alınamaması için eşyayı bulunduran kişinin eşyayı rızasıyla teslim etmemesi halinin var olması gerekir. Bu

²⁹² KAYA/Asım, *Cumhuriyet Savcısının Etkin Soruşturma Yapma Görevi* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 212

²⁹³ Yargıtay 7.CD E:2014/13364 K:2015/13201 KT:01.04.2015
(<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 23.01.2021)

²⁹⁴ ŞEN, ERYILDIZ, s. 36

²⁹⁵ ŞEN, ERYILDIZ, s. 36

nedenle muhafaza altına alma için karşı çıkan bir kimsenin olmaması yeterli olmasına karşılık, elkoyma için eşyanın bir sahibinin bulunması ve eşyayı teslim etmeyi kabul etmemesi nedeniyle muhafaza altına alma işleminin gerçekleştirilememesi gerekmektedir.

Muhafaza altına alınan eşyanın emniyette tutulması hususunda üç seçenek mevcuttur: kolluk bu eşyayı zilyetliğinde bulundurabilir, bu eşya kilitli bir yere konulabilir veya yediemine teslim edilebilir.²⁹⁶ Örneğin; muhafaza altına alma işleminin uygulanmasından sonra el konulan malvarlığı değeri veya eşyanın malikte veya zilyette bırakılması doğal olarak muhafaza altına alma işlemini sonuçsuz bırakacağından, bu eşya veya malvarlığı değerinin kolluğun zilyetliğinde, kilitli bir yerde veya yedieminde muhafaza edilmesi gerekmektedir.

Muhafaza altına alınan eşyanın iadesine ilişkin bir düzenleme yoktur ve bu nedenle eşyanın hiçbir zaman iade edilmemesi veya iade edilse bile yetkili merciin bu konuda uygun göreceği şekilde iade işlemi yapılması gibi sorunlar söz konusudur. Ancak CMK m. 131 ve m. 132’de el konulan eşyanın iadesi ve elden çıkarılması düzenlenmiştir. Doktrinde bizim de katıldığımız üzere; muhafaza altına alınan eşyanın ilgisinin lehine olması halinde el koyulan eşyanın iadesine ilişkin düzenlemenin muhafaza altına alınmış eşya hakkında kıyas yoluyla uygulanması gerektiği görüşü bulunmaktadır.²⁹⁷ Ceza muhakemesi hukukunda kıyas yasak olmadığından, muhafaza altına alınan eşyanın nasıl iade edileceği düzenlenmediğinden ve muhafaza altına alma işlemine bazı farklılıklar dışında işlemin uygulanmasıyla güdülen amaç açısından benzeyen elkoyma tedbiri hakkında bu hususta düzenleme yer aldığından, en doğrusu CMK m. 131 ve 132’nin muhafaza altına alma hakkında da kıyasen uygulanmasıdır.

CMK m. 121/3’te ‘*koruma altına alınan veya elkonulan eşyanın*’ denmekle anlam kargaşasına sebep olunmuştur. Koruma altına alma ile CMK m. 123/1’de düzenlenen muhafaza altına almanın aynı işlem olup olmadığı kanun koyucunun farklı isimler kullanmış olması sebebiyle tartışmalıdır. AÖAY m. 4’e göre koruma altına alma, ‘*Suçun veya tehlikelerin önlenmesi ya da delil olabilecek veya müsadereye tâbi*

²⁹⁶ ALDEMİR, s. 300

²⁹⁷ ŞEN, ERYILDIZ, s. 40

olan yahut güvenliğin sağlanması amacıyla, eşyayı zilyedinin kendiliğinden vermesini veya el konulana kadar geçici olarak alıkoymayı’’ ifade etmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre; koruma altına alma ile muhafaza altına alma birebir aynıdır ve elkoymanın bir türüdür.²⁹⁸ Ancak fikrimizce; AÖAY’de tanımlanan koruma altına alma işlemi hem muhafaza altına alma yönü olan hem de elkoyma ve muhafaza altına alma dışında üçüncü bir tedbiri yönü olan bir işlem olarak düzenlenmiştir. Yönetmelikteki tanımda yer alan “eşyayı zilyedin kendiliğinden vermesi” sözü muhafaza altına almanın işleviyle birebir aynıdır ancak “el konulana kadar geçici alıkoyma” sözünden anlaşılmaktadır ki; koruma altına alma işlemi elkoymanın altında bir işlemdir ve elkoyma yapıncaya kadar başvurulmaktadır. Yani koruma altına alma bir yönden muhafaza altına almayla birebir aynı iken, diğer yönden bakıldığında elkoymanın altında bir işlem olarak tanımlanmıştır. PVSK m. 9/1’de de koruma altına alma ile ilgili düzenleme mevcuttur; bu, polisin suç delillerini koruma altına alıp CMK hükümlerine göre gerekli işlemleri yapacağına ilişkin bir düzenlemedir. PVSK m. 9/1’in lafzından anlaşılmaktadır ki; kanun koyucu koruma altına alma işlemini elkoyma veya muhafaza altına alma işleminden farklı olacak şekilde düzenlemiştir. CMK m. 121/3’te ‘koruma altına alma’, ‘muhafaza altına alma’ işlemi anlamında kullanılmış olsa da PVSK’daki düzenlemeye göre; üçüncü ve elkoyma işlemi yapılanı kadar geçici mahiyette olan bir koruma tedbiridir. AÖAY m. 4’te de hem PVSK hem CMK’ya uygun olması açısından iki farklı düzenlemeyi de karşılayacak şekilde bir tanım yapılmıştır. Kanun koyucunun CMK m. 121/3’te farklı bir isimlendirme yapmasının karmaşıklığa yol açtığı ortadadır ancak CMK’da yer alan ilgili hükümlerle birlikte ele alındığında, bu maddede kastedilen muhafaza altına almadır. Ancak PVSK m. 9/1’deki önleme araması sırasında rastlanan delillerin CMK hükümleri uygulanıncaya kadar ortadan kaybolmasının önlenmesi açısından koruma altına alınmasına ilişkin düzenlemeyle karıştırılmaması açısından CMK m. 121/3’ün m. 123/1’e uygun şekilde değiştirilerek koruma altına alma yerine muhafaza altına alma ismi getirilmesi gerekmektedir.

²⁹⁸ ŞEN, ERYILDIZ, s. 40

IV. ELKOYMA İLE MÜSADERE ARASINDAKİ FARKLAR

Elkoyma ve müsaderenin düzenlendikleri kanunlar farklıdır. Elkoyma CMK m. 123 ve devamında; müsadere ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Güvenlik Tedbirleri başlıklı ikinci bölümünde 54 ve 55. maddelerde düzenlenmiştir.

Elkoymanın aksine müsadere, koruma tedbirlerinden biri değildir; müsadere bir güvenlik tedbiridir.²⁹⁹ Dolayısıyla, elkoymanın geçici olması özelliği karşısında müsadere nihaidir. Elkoyma mülkiyeti sona erdirmez, yalnız mülkiyet hakkına müdahale eder ancak müsaderenin geçici olmamasının sonucu olarak, bu güvenlik tedbirinin uygulanmasıyla mülkiyet hakkı son bulmaktadır.³⁰⁰ Müsadere ile müsaderenin uygulandığı eşya veya kazanç müsaderesi konusu malvarlığı değerinin mülkiyeti Devlet'e geçer.³⁰¹

Müsadere güvenlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesi için TCK m. 54 ve 55'te yer alan şartların varlığı halinde müsadere kararı verilmesi ve kararın uygulanması zorunlu olmasına karşılık, elkoyma tedbirinin uygulanması CMK gereğince mutlaka zorunlu değildir.³⁰² Ancak istisnai olarak, TCK m.54/3 gereğince; *“Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.”* Buna göre; söz konusu düzenlemede müsadere ihtiyaridir.³⁰³

Elkoymanın uygulanabilmesi için suçun kasten işlenmiş olmasının gerekmemesine karşılık, müsaderenin uygulanabilmesi için ilgili suçun kasten işlenmiş olması gerekmektedir.³⁰⁴

²⁹⁹ ŞEN, ERYILDIZ, s. 45, ALTUĞ/Şahin, *Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı* (Ankara: Adalet, 2017) s. 53, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 469

³⁰⁰ ŞEN, ERYILDIZ, s. 45, YILDIRIM/Akif, DUMAN/Özgür, *Adalet Yolunda Bir “NEHİR SINAVI” Mücadelesi: Mülkiyet Hakkı, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Müsadere* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:67, Sayı:1, 2018) s. 161

³⁰¹ YILMAZ/Zekeriya, *Müsadere Muhakemesi* (Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:4, Sayı:40, 2009) s. 49, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 470

³⁰² ALTUĞ, s. 54, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 469

³⁰³ TAFRAN/Adem, *Türk Ceza Hukukunda Kazanç Müsaderesi* (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:13, 2016) s. 16

³⁰⁴ ACAR, s. 94, ÖZGENÇ/İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 904, OKUYUCU ERGÜN/Güneş, *Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsaderesi* (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:33, Sayı:153, 2021) s. 176, GÜNGÖR/Devrim, TOROSLU/Haluk,

V. ELKOYMAYA MARUZ KALAN KİŞİLER

CMK m. 123'te düzenlendiği üzere; delil niteliğindeki veya müsadereye tabi bir eşyayı yanında bulunduran kişilerin eşyayı rızasıyla teslim etmemesi halinde elkoymaya başvurulmakta olup, bu sebeple elkoyma koruma tedbirine CMK m. 123'te belirtilen özellikteki eşyayı yanında bulunduran kişiler maruz kalmaktadır. Hükümde mülkiyet kavramından bahsedilmemiş olup, kişinin malik veya yalnız zilyet olması ya da bu kişinin sanık veya şüpheli olması elkoyma tedbirinin uygulanabilirliği açısından bir fark yaratmamaktadır. Diğer bir deyişle; elkoyma, delillerin veya müsadereye tabi eşyanın ele geçirilmesi amacıyla yapılmakta olup, elkoyma işlemi sırasında bu eşya şüpheli veya sanığın yanında bulundurulmasa bile her kimin yanında bulunuyorsa fark etmeksizin elkoyma işlemi yapılabilir. Örneğin; CMK m. 117'de düzenlendiği üzere suç delilini ele geçirmek amacıyla şüpheli veya sanık dışındaki diğer bir kişinin üstü, eşyası, konutu, işyeri aranabilmektedir. Bu arama neticesinde delil tespit edildiğinde, diğer kişinin muhafaza altına almaya rıza göstermemesi halinde elkoyma işlemi yapılabilir. Sonuç itibarıyla, şüpheli veya sanığın zilyedi ya da maliki olduğu bir eşya veya malvarlığı değerine el konulabileceği gibi, şüpheli veya sanık olmayan ancak yanında bulundurduğu eşya delil niteliğinde olan kişinin tasarruf yetkisi, bu kişinin rızası olmaksızın elkoyma işleminin uygulanmasıyla kaldırılmaktadır.

Muhafaza altına almaya rıza göstermeyen zilyedin yanında bulundurduğu eşyaya el konulmasının yanında, CMK m. 124/2 gereğince; zilyet hakkında CMK m. 60 uyarınca disiplin hapsi uygulanır. Yani muhafaza altına alma işlemine rıza göstermeyen kişinin zilyetliğinde bulundurduğu eşyaya el konulabilecektir ve bunun yanında bu kişi hakkında CMK m. 60 hükmü uygulanacaktır. Ancak kişinin muhafaza altına almaya rıza göstermemesi disiplin hapsinin uygulanması için yeterli değildir; bununla beraber el konulmak istenen eşyanın disiplin hapsinin uygulanacağı kişinin elinde bulunduğu kesin olmalıdır.³⁰⁵ Buna göre; eğer eşyanın kişinin elinde olduğu konusunda şüpheler varsa bu kişinin muhafaza altına alma işlemine rıza göstermemesi nedeniyle disiplin hapsi hükümleri uygulanamaz. CMK m. 60 gereğince uygulanacak

Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016) s. 1972

³⁰⁵ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 412, ŞEN, ERYILDIZ, s. 93

disiplin hapsi, itiraz yolu açık olmak üzere soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından en fazla 3 ay süreyle verilebilmektedir. Ancak zilyet şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecek kişilerden ise bu hüküm uygulanmaz. Şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinebilecek kişiler eşyayı vermeye rıza göstermediği takdirde yalnız elkoyma koruma tedbirine başvurularak, bu kişilerin yanlarında bulundurduğu eşya zorla alınır.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olmamasına karşılık, CMK m. 123'te düzenlendiği üzere eşya ve kazanç müsadere edilebilecek malvarlığı değerleri hakkında elkoyma tedbirine başvurulabileceği düzenlendiğinden, ayrıca eşya ve kazanç müsadere edilecek tüzel kişiler hakkında da uygulanabildiğinden, tüzel kişiler hakkında elkoyma tedbirine başvurulabilmektedir.³⁰⁶ Delil niteliğindeki veya müsadereye tabi olan eşya veya malvarlığı değerinin mülkiyetinin ya da zilyetliğinin tüzel kişide bulunması halinde bu eşya veya malvarlığı değeri hakkında elkoyma işleminin uygulanması engellenemeyecektir; tüzel kişinin maliki veya zilyedi olduğu eşya ya da malvarlığı değerine de el konulabilmektedir.

Eşya devlete ait olduğu takdirde de elkoyma koruma tedbirine başvurulabilmektedir. Devlete ait eşya müsadere edilemese bile elkoyma işlemine tabi olabilir.³⁰⁷ Örneğin; bir suç delili Devlet mülkiyetindeyse, Devletin malik olması bu eşyanın adliyenin eli altında bulundurulmasını engellemeyecektir. Devletin malına da el konulabilmektedir.

VI. ELKOYMANIN ŞARTLARI

A. Şüphe Bakımından

Elkoyma için gerekli olan şüphenin hangi dereceden olduğu konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre; temel hak ve hürriyetlere müdahalede bulunan elkoyma için yeterli şüphe mevcut olmalıdır.³⁰⁸ Diğer bir görüş; gerekli olan şüphenin ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurularak somut olayın

³⁰⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 371, ŞEN, ERYILDIZ, s. 48, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 169, ALDEMİR, s. 303, ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 371,

³⁰⁷ ALDEMİR, s. 303

³⁰⁸ ALDEMİR, s. 304, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 470

gereklerine göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır.³⁰⁹ Bu görüşle aynı doğrultuda olarak; varlığı aranan asıl şüphenin kuvvetli şüphe olmasına karşılık, somut olaya göre yeterli şüphe, hatta istisnai olarak ispatı zor ise basit şüphenin dahi yeterli olabilmesi gerektiği de savunulmaktadır.³¹⁰ Elkoymanın genel itibarıyla aramadan sonra gerçekleşmesi nedeniyle, elkoyma tedbirine başvurulması için aramada aranan makul şüphe derecesinden daha fazlasının mevcut olmasının gerektiğini kabul eden bir görüş de mevcuttur.³¹¹ Bizim de katıldığımız görüşe göre ise; elkoyma kişinin mülkiyet hakkını önemli şekilde sınırladığından, arama koruma tedbiri hakkında aranan makul şüphenin varlığının elkoyma hakkında da aranması gerekmektedir.³¹²

Elkoymanın niteliği ve temel hak ve hürriyetlere müdahalesi bakımından basit şüphe yetersizdir ve en azından makul şüphenin varlığı aranmalıdır.³¹³ Ayrıca elkoyma tedbiri aramadan sonra gündeme geldiği için aramada varlığı aranan makul şüphenin elkoyma için de bulunması gerekmektedir.³¹⁴ Arama için makul şüphe gerekliken, arama neticesinde uygulanacak tedbirin uygulanabilmesi için makul şüpheden daha az bir şüphe derecesinin yeterli görülmesi beklenemez. Üstelik elkoyma tedbiri aramadan farklı olarak mülkiyet hakkını da sınırlandırdığından, aramaya nazaran daha fazla hak sınırlandırmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla, elkoyma için en az makul şüphenin gerektiğinin kabulü yerindedir. Basit şüphenin oluşmasının kâfi bulunması, elkoymanın ihlal ettiği haklar göz önüne alındığında yeterli değildir; elkoyma için basit şüphenin yeterli görülmesi halinde birçok eşya veya malvarlığı değerine keyfiliğe varan ölçüde el koyulabilecektir. Bu durumda ceza muhakemesine bir faydası dokunmayacağı gibi kişilerin temel hak ve hürriyetleri de çok sık ve büyük ölçüde ihlal edilmiş olacaktır.

Yeterli şüphenin elkoyma için aranması, elkoymanın temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi sınırlandırmasına karşılık, elkoyma eşyanın ceza muhakemesinde yararlı

³⁰⁹ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SİRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 525

³¹⁰ KIZILKAYA/Ezgi, *Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözetim* (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:89, 2010) s. 520

³¹¹ ERYILMAZ/Mesut Bedri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Ankara: Seçkin, 2012) s. 520

³¹² ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 370, DURSUN/İsmail, *Ceza Muhakemesinde Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini ve Nitelikleri* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:20, Sayı:3, 2014) s. 71

³¹³ ŞEN, ERYILDIZ, s. 50

³¹⁴ ŞEN/Ersan, *Yorumluyorum – XV* (Ankara: Seçkin, 2017) s. 179

olacağı ihtimali daha yüksek olduğundan mantığa uygun olsa da aramada makul şüphe arandığından, tamamen bu iki koruma tedbiri arasına bağlantı kurarak elkoymada da makul şüpheyi aramak fikrimizce daha uygundur. Yeterli şüphenin şart koşulması halinde yargılamanın sonuçlanması için çok gerekli olan delillerin elde edilememesi ve hukuka uygun bir karara varılamaması tehlikesi doğabilecektir. Yeterli şüphenin elde edilmesi doğal olarak makul şüpheye göre daha zor olduğundan, bu derece bir şüphenin elde edilememesi ve neticesinde elkoyma tedbirinin uygulanamamasına çok sık rastlanabilecektir. Sonuç olarak; yarar ve hak dengesi olarak ele alındığında en uygunu, elkoyma tedbiri için makul şüphenin aranması olacaktır.³¹⁵

B. Suç Bakımından

Koruma tedbirlerine suç şüphesi mevcut olduğunda başvurulabildiğinden³¹⁶, ayrıca CMK m. 123 gereğince elkoymaya ispat için başvurulduğundan, elkoymaya başvurulabilmesi için ortada bir suç şüphesi mevcut olmalıdır.

Genel olarak koruma tedbirlerinin her suç için uygulanabilmesine karşılık, kanun koyucu bazı koruma tedbirlerinin uygulanması için belli suç tiplerinin varlığını aramıştır.³¹⁷ Kanun koyucu bu suç tiplerini kanun maddelerinde katalog suçlar olarak düzenlemiştir. Örneğin; Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi hususunda CMK m. 135/8'de hangi suçlar hakkında uygulanabileceği tek tek düzenlenmiştir. Buna karşılık CMK m. 123'te elkoyma koruma tedbirine başvurulabilen suç tipleri hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle oranlılık ilkesi göz önünde bulundurulmak üzere her suç hakkında basit elkoyma koruma tedbirine başvurulması kanunen mümkündür.³¹⁸ Basit elkoymaya ilişkin

³¹⁵ ABD hukukuna göre; ABD Anayasası Ek 4 uyarınca kişiler, makul olmayan arama ve elkoymalara karşı korunmaktadır ve elkoymanın her davada somut olaya göre nesnel şekilde makul olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Bir elkoymanın makul olup olmadığı da kişinin ihlal edilen hakkı ve kamu yararı arasındaki dengeye göre belirlenmektedir. Eğer makul şüphe söz konusuysa, makul şüpheye dayanılarak icra edilen elkoyma genellikle makul kabul edilmektedir. Mahkemelerin, elkoymanın makul olup olmadığını değerlendirirken kolluğun bilgi, deneyim ve bilgisinin durdurmanın gerektiğine işaret etmesinin ve durdurulan kişinin bir suç işlemiş olması veya işlenen suçla ilişkili olmasının mümkün olması ile bu kişinin durdurulmasının makul olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir. JEANSONNE, p. 4

³¹⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 257, ŞEN, ERYILDIZ, s. 49, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SİRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 525, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 170

³¹⁷ GEDİK/Doğan, *Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri* (Ankara: Adalet, 2010) s. 124, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 370

³¹⁸ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 370, ŞEN, ERYILDIZ, s. 51

olarak örneğin; kasten öldürme suçunun işlendiği suç aleti olan bıçağa el koyulabileceği gibi, işkence suçunun işlendiği suç aleti olan demir sopaya, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna ilişkin suç delili olarak hassas teraziye ve uyuşturucu madde ile uyuşturucu maddelerin fişek haline getirilmesi için alınmış küçük paketlere el koyulabilecektir. Sayılmış suçlar dışında diğer bütün suçlar hakkında da basit elkoyma tedbirine başvurulması mümkün olup, bu örnekler çoğaltılabilecektir. Daha sonra açıklanacak olan özel elkoyma türlerinden ise taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma, şirket yönetimi için kayyım tayini ve kaçaklara ilişkin (zorlama amaçlı) elkoyma tedbirlerinin düzenlendiği CMK hükümlerinde katalog suçlar düzenlenmiştir.

C. Kişi Bakımından

Bir suça ilişkin ispata yarayan delil veya müsadere konusu olan eşya kendisinde bulunan kişilere karşı elkoyma tedbiri uygulanabildiğinden, elkoyma tedbirinin uygulandığı kişinin mutlaka şüpheli veya sanık olması gerekmektedir; suçun şüphelisi veya sanığı olmasa da eşyayı bulunduran diğer kişilere karşı da elkoyma tedbiri uygulanabilmektedir.³¹⁹

D. Madde Bakımından

Elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için aranan şartlardan madde bakımından şüphenin bulunmasının yanı sıra ortada bu tedbirin uygulanabileceği bir eşya bulunması gerekmektedir.³²⁰ Ancak herhangi bir eşyaya el konulması mümkün olmadığından, eşyaya el konulabilmesi için CMK m. 123 gereğince el konulacak eşyanın delil niteliği olması veya müsadere konusu olması gerekmektedir.

E. Elkoyma Yasağı ve Bu Kapsamdaki Eşyalar

Elkoyma koruma tedbiri her koşulda uygulanabilir bir tedbir olmayıp, bazı eşyalar hakkında elkoyma yasağı söz konusudur. Bu elkoyma yasağının söz konusu

³¹⁹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 169, ÖZEN, s. 713, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 524, ŞEN, ERYILDIZ, s. 48, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 471

³²⁰ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 169, ÖZEN, s. 713, , ŞEN, ERYILDIZ, s. 52, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 525, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 471

olduğu hallerde elkoyma amacıyla arama yapılamaz veya eşyaya el koyulamaz.³²¹ El koyulması yasak olan eşyalar elkoyulamayacak belge ve mektuplar, devlet sırrı niteliğindeki belgeler ve basımevi ve eklentileri ile basın araçları olmak üzere üç gruptur. Bu üç gruba aşağıda ayrı başlıklar altında değinilecektir.

1. Elkoyulamayacak Belge ve Mektuplar

Bazı özellikteki mektuplara ve belgelere el koyulması yasaktır. CMK m. 126'da düzenlendiği üzere; *“Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46 ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz.”* Özellikle belge ve mektup kelimeleri seçildiğinden, yazışma olup da mektup mahiyetinde olmasa dahi bu belge de elkoyma yasağı kapsamında olacaktır. Sanık veya şüpheli ve tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında geçen ve bir bilgi aktarımı, konuşma barındıran her belge yasak kapsamındadır.

Elkoyma yasağı, tanıklıktan çekinebilecek, yani yalnız CMK m. 45 ve 46'da sayılmış akraba ve mesleki ilişkide bulunan kimseler hakkında geçerlidir. CMK m. 126'daki düzenlemenin mevcut olma nedeni, ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olan kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması (nemo tenetur) ilkesi³²² ile bu ilkenin mevcut olduğu Anayasa m. 38/5'teki kimsenin kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağına ilişkin düzenlemedir. Örneğin; şüpheli veya sanığın eşi ya da nişanlısıyla arasında olan mektuba el koyulması yasaktır. Bunun bir mektup değil de kâğıttaki bir yazı olması da mümkündür. Doktrinde, elektronik ortamdaki yazının da bu kapsamda olması gerektiği görüşü de mevcuttur.³²³ Sanığın avukata verdiği belge veya mektup da elkoyma yasağı kapsamında olacaktır. Ancak bu örneğe göre, belge veya mektup şüpheli veya sanık tarafından tanıklıktan çekinebilecek kişiye henüz ulaştırılmamışsa, yani bu belge veya mektup şüpheli ya da sanığın elinde bulunmakta ise bu belgelere

³²¹ ÖRS/Cengiz Ozan, *Ceza Yargılamasında Devlet Sırrı Üzerine Bir Değerlendirme* (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:142, 2019) s. 37, ŞEN, ERYILDIZ, s. 61, ALDEMİR, s. 306,

³²² ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 368, ŞEN, ERYILDIZ, s. 62, SOYASLAN, s. 297

³²³ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 369

el koyulması yasak kapsamında değildir.³²⁴ Elkoyma yasağı, şüpheli veya sanığın belge ya da mektubu tanıklıktan çekinebilecek kişiye ulaştırmasıyla başlamaktadır.

Şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilme hakkı bulunan kimse arasındaki belge ve mektuba el koyulamaması için bu belge ve mektubun kişinin nezdinde olması gerektiği düzenlenmiş olup, ‘nezdinde’ tabiriyle neyin kast edilmiş olduğu hakkında kanunda kesinlik bulunmadığından, doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre; elkoyma yasağının söz konusu olabilmesi için şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler arasındaki belge ve mektupların bu kişilerden birinin elinin altında bulunması gerekmektedir.³²⁵ Bizim de katıldığımız görüşe göre ise; kişinin nezdinde bulunduğu kabulü için bu mektup ve belgenin kişinin üstünde, konutunda veya işyerinde bulunması gerekmektedir.³²⁶ Mektup ve belgenin tanıklıktan çekinebilecek kişinin elinde bulunması zorunluluğunu aramak zorlama olacaktır ve hayatın olağan akışına da aykırıdır. Kişinin sürekli olarak bu mektup veya belgeyi yanında bulundurması beklenemez. Ayrıca tanıklıktan çekinebilecek kişinin buna özen göstermesine rağmen bir gün konutunda veya işyerinde söz konusu belgeyi unutmasıyla elkoyma yasağının söz konusu olmayacağı ve bu belge veya mektuba el konulabileceği düşüncesi, elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için fırsat yaratma ve dürüstlük ilkesiyle bağdaşmayan uygulamalara neden olabilecektir. Örneğin; sanık avukata yazışma niteliğinde bir belge verdiğinde, avukat bu belgeyi çantasında taşıyabileceği gibi sürekli olarak bu belgeyi üstünde bulundurmak zorunda değildir; bürosuna da koyabilir, evinde de saklayabilir hatta arabasının torpidosunda da tutabilir. Geniş düşünüldüğünde, yalnız avukatın çantasında, cebinde veya elinde taşıması halinde elkoyma yasağının geçerli olduğunun kabulü halinde avukatların, yükümlülüğünde bulunan gizliliği ve sır saklama yükümlülüğünü sağlayabilmek için adeta baştan aşağı mektup ve belgeyle gezmesi gerektiği gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Kanun koyucunun da ‘elinde bulunan, elinin altına bulunan’ demek yerine özellikle ‘nezdinde’ kelimesini seçmesi, avukatın sahip olduğu veya özel kullanımında olan işyeri, konut ve aracının bu kapsamda olduğu anlaşılmaktadır.

³²⁴ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 414, ALDEMİR, s. 308

³²⁵ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 369, TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 289

³²⁶ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 413, ŞEN, ERYILDIZ, s. 65, ALDEMİR, s. 307

2. Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgeler

Devlet sırrı, açıklanması halinde ulusal güvenlik veya devletin uluslararası ilişkilerine ciddi zarar verebilecek ya da tehlike oluşturabilecek bilgilerdir ve bu bilgiler korunarak kamunun üstün menfaati sağlanmaktadır.³²⁷ CMK m. 125/1 gereğince; *“Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz.”* Bu nitelikteki belgelerin mahkemeye karşı gizli olamayacağı düzenlenmekle, devlet sırrı niteliğindeki belgelerin incelenmesi CMK m. 125/2: *“Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir.”* düzenlemesi gereğince yalnız mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından yapılabilmektedir.

CMK m. 125/3 gereğince ancak *“hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır.”* Hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla suçlara ilişkin olarak, bu suç olgusuyla ilgili belgelerin Devlet sırrı olduğu ileri sürülerek mahkemeden gizli tutulması mümkün değildir. Ancak bu belgeler yalnız mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilmektedir. Mahkeme tarafından bu nitelikteki belgenin incelenebilmesi için idarenin iznine ihtiyaç yoktur.³²⁸ CMK m.125/2’deki *“Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir.”* düzenlemesine göre mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenen belgedeki bilgilerden yalnız suça ilişkin olanlar tutanağa kaydettirilmektedir. Doktrinde; devlet sırrı niteliğindeki belgelerin hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma evresinde incelenebileceği görüşü mevcuttur.³²⁹ Buna karşılık, bizim de katıldığımız görüşe göre; düzenlemede *‘mahkeme hâkimi veya heyeti’* kelimeleri kullanıldığından, anlaşılmaktadır ki; devlet sırrı niteliğindeki belgenin incelenmesinin yalnız kovuşturma aşamasında yapılması mümkündür.³³⁰ Dolayısıyla, sulh ceza hâkiminin soruşturma aşamasında devlet sırrı niteliğindeki belgeleri inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca düzenlemede C. Savcısından da bahsedilmediğinden, soruşturmayı yürüten C. Savcısı, soruşturma için

³²⁷ KAYMAZ/Seydi, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 91

³²⁸ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 369

³²⁹ ALDEMİR, s. 342

³³⁰ ÖZEN, s. 724, ŞEN, ERYILDIZ, s. 70

ne kadar gerekli olursa olsun devlet sırrı niteliğindeki belgeyi inceleme yetkisine sahip değildir.

Devlet sırrı niteliğindeki belgelere el koyulmasının yasak olup olmadığı noktasında açıklık bulunmadığı gibi doktrinde de bir görüş birliği bulunmamaktadır. Beş yıl ve üzeri hapis cezası gerektiren suçlar hakkında devlet sırrı niteliğindeki belgenin mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebileceği düzenlenerek bu belgelere el koyulabilmesinin mi düzenlendiği yoksa yalnız incelenmesine mi izin verildiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre; CMK m. 125'teki düzenleme ile elkoyma yasağı kısmen kalkmıştır ancak beş yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlar hakkında elkoyma yasağı devam edecektir.³³¹ Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre; beş yıl ve üzeri hapis cezası gerektiren suçlara ilişkin devlet sırrı niteliğindeki belgelere el konulması yasak olup, yalnız içeriğinin CMK m. 125'te belirlenen şartlarla öğrenilmesi mümkündür.³³² Yani suçun cezası ne kadar ağır olursa olsun, devlet sırrı niteliğindeki belge incelenebilecekse de bu belgeye el konulması mümkün değildir. Cezası beş yıl veya daha az bir cezayı gerektiren suçlarda ise devlet sırrı niteliğindeki belgeye el koyulamayacağı ve bu nitelikteki belgenin incelenemeyeceği yönünde CMK m. 125 düzenlemesi açıktır.

3. Basımevi ve Eklentileri ile Basın Araçları

Basımevi ve eklentileri ile basın araçları da elkoyulamayacak belge ve mektuplar ile devlet sırrı niteliğindeki belgeler gibi elkoyma yasağı kapsamındadır. Anayasa'mızın 30. Maddesi gereğince; kanuna uygun olarak basın işletmesi olarak kurulmuş basımevi ve eklentileri ile basın araçlarının suç aleti olduğu gerekçe gösterilerek zapt ve müsadere edilmesi veya işletilmekten alıkoyması yasaktır. Dolayısıyla, basımevi ve eklentileri ile basın araçlarına el konulması halinde Anayasa'ya aykırılık söz konusu olacaktır.

F. Elkoyma Kararı veya Emri

1. Hâkim Kararı

Anayasa m. 20/1 ve 21. maddelerinde düzenlendiği üzere; elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için kural olarak hâkim kararı gerekmektedir. CMK m. 127/1 ve

³³¹ ÖRS, "Ceza Yargılamasında Devlet Sırrı Üzerine Bir Değerlendirme", s. 38

³³² ÜNVER, HAKERİ, s. 911, ŞEN, ERYILDIZ, s. 69, ALDEMİR s. 313

AÖAY m. 15/1 de Anayasa düzenlemesine uygun olarak, kural olarak hâkim kararı ile elkoyma işlemi yapılabileceğini düzenlemiştir. AÖAY m. 4 gereğince; CMK m. 127 ve AÖAY m. 15/1’de hâkim kararı ile kast edilen, yetkili sulh ceza hâkimi veya hâkimdir. Buna göre, elkoyma kararını soruşturma evresinde yetkili sulh ceza hâkimi; kovuşturma evresinde ise davaya bakan mahkeme vermektedir.³³³

CMK m. 162 gereğince; *“Cumhuriyet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir. Sulh ceza hâkimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir.”* Buna göre kural olarak elkoyma tedbiri için hâkim kararı gerektiğinden, elkoyma tedbiri C. Savcısı tarafından sulh ceza hâkiminden talep edilecektir. Yetkili sulh ceza hâkimliğinin hangisi olduğu, elkoyma işleminin yapılacağı yere göre belirlenecektir; soruşturmanın yapıldığı veya suçun işlendiği yer hâkimliği farklı ise elkoyma işleminde yetkili olmayacaktır. Örneğin; soruşturma Pendik’te yürütülmekte olup, elkoyma işleminin yapılacağı yer de Pendik ise bu durumda soruşturmayı yürüten C. Savcısı o yer Sulh Ceza Hâkiminden elkoyma kararı vermesini talep edecektir. Ancak soruşturmanın yürütüldüğü yer Pendik olup, elkoyma işlemi Bakırköy ilçesinde yapılacaksa, C. Savcısının Bakırköy Sulh Ceza Hâkiminden elkoyma kararı vermesini talep etmesi gerekmektedir.

C. savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından inceleme yapılarak, kanuna uygun olduğuna kanaat getirildikten sonra elkoyma kararı verilmektedir. Sulh ceza hâkimi kararı soruşturma dosyası üzerinden vermektedir³³⁴; arama kararının verilmesinde olduğu gibi elkoyma tedbiri kararı için de duruşma açılmamaktadır.

Elkoyma kararının içeriği hakkında bir düzenleme yoktur ancak doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre; ceza muhakemesi hukukunda kıyas yasak olmadığından, CMK m. 119/2’de arama kararının içeriği hakkındaki düzenlemekıyas

³³³ ABD hukukunda, Amerikan Anayasası’nın 4. Eki gereğince; arama ve elkoymanın hukuka uygun olması için kişiler, evler, taşınır ve evraklar üzerinde yapılmak üzere, istisnalar dışında, yetkili hâkimden arama kararı alınması gerekmektedir. AYDIN/Murat, *Türk Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Arama Kararı* (Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:7, Sayı:66, 2012) s. 16

³³⁴ ŞEN, ERYILDIZ, s. 74

yoluyla elkoyma tedbiri hakkında uygulanmalıdır.³³⁵ Buna göre; elkoyma tedbirinin uygulanmasının nedeni, elkoyma işlemine maruz kalacak kişi, el koyulacak eşya ve kararın geçerlilik zamanı kararda yer almalıdır. Örneğin; TCK m. 188 gereğince hakkında uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan soruşturma yürütülen şüphelinin konutunda yapılan adli arama neticesinde kolluk tarafından ele geçirilen suç delillerine ilişkin elkoyma kararında belirtilen açıklamalar açıkça yapılmalıdır. Elkoyma tedbirinin, yürütülen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçuna ilişkin soruşturmada delillerin kaybolmaması için yapıldığı, konutunda arama yapılan ve elkoymaya maruz kalan şüphelinin adı ve soyadı bilgileri, elkoymaya maruz eşyaların açıkça neler olduğu (uyuşturucu madde, hassas terazi, küçük paketler vs. şeklinde) ve elkoyma işleminin uygulanabileceği zaman açıkça belirtilmelidir. Ayrıca elkoyma kararı arama kararıyla birlikte verilebilmektedir.³³⁶ Buna göre, aramanın amacına ilişkin eşyanın arama neticesinde bulunması halinde bu eşya hakkında elkoyma tedbiri uygulanmak isteniyorsa, hâkim tarafından arama kararı verilirken aynı zamanda elkoyma kararı da verilerek elkoyma kararı için sonradan hâkimden talepte bulunulması gerekliliği ortadan kaldırılabilir.

2. Cumhuriyet Savcısının veya Kolluk Amirinin Yazılı Emri

Anayasa m. 20/2 ve 21. Maddeleri gereğince kural olarak hâkim kararı ile elkoyma tedbiri uygulanabilse de gecikmesinde sakınca bulunan haller söz konusuysa kanunen yetkili olan merciin yazılı emri ile de elkoyma işlemi yapılabilir. Elkoyma tedbirini ilgilendiren yönüyle ele alındığında, AÖAY m. 4'te gecikmesinde sakınca bulunan hal için derhal işlem yapılmazsa suça ilişkin iz, emare, delillerin kaybolma tehlikesi olup, hâkimden karar alınması için vaktin olmadığı şeklinde tanım yapılmıştır. Buna göre; bir suça ilişkin olan ve kaybolabilme ihtimali bulunan eşyaların kaybolmasını önlemek için hâkimden karar alınması gerekmesine karşılık, bunun için yeterli vakit yoksa yetkili merci tarafından yazılı emir verilerek elkoyma tedbirinin uygulanması sağlanabilmektedir.

CMK m. 127'de, Anayasa m. 20/2 ve 21. Maddelerinde kast edilen yetkili merci olarak Cumhuriyet savcısı ve kolluk amiri yetkili kılınmıştır. Şöyle ki; kural

³³⁵ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 414, ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 371, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 174

³³⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 173, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 354

olarak hâkim kararı gerekmesine karşılık, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı halinde C. Savcısının yazılı emir verme yetkisi söz konusudur. C. Savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emir verme yetkisi söz konusu olmaktadır. Buna göre; ancak gecikmesinde sakınca bulunan bir hal mevcutsa C. Savcısı yazılı emir verme yetkisine haiz olacak; C. Savcısından yazılı emir alınamıyorsa kolluk amiri yetkili hale gelecektir. Yani C. Savcısı ve kolluk amiri yazılı emir vermeye ilişkin yetki bakımından eşit konumda değildir ve birinden birini seçme durumu söz konusu değildir; C. Savcısına ulaşılamıyorsa kolluk amiri yetkili hale gelecektir.

C. savcısı veya kendisine ulaşılamadığında kolluk amirinin verdiği yazılı emre istinaden kolluk görevlileri tarafından elkoyma tedbiri yerine getirilecektir. Emrin yazılı olmaması Anayasa'ya ve CMK'ya aykırılık oluşturacak olup, elkoyma işlemini hukuka aykırı kılacaktır. Bu nedenle emrin yazılı şekilde verilmesi kanuna ve Anayasa'ya göre şarttır.

Gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olduğunda ve C. Savcısına da ulaşılamadığında, kolluk amirinin verdiği yazılı emre istinaden elkoyma tedbiri uygulandıktan sonra C. Savcısına, kendisine neden ulaşılamadığı ve elkoymanın sonuçları derhal bildirilir.³³⁷ Kanunda, arama hakkındaki CMK m. 119/1 düzenlemesinin aksine elkoymanın sonuçlarının derhal C. Savcısına bildirileceği düzenlenmemiş olmasına karşılık, doktrinde bir görüşe göre; bunun bir eksiklik olmadığı, her halde CMK m. 119/1 nedeniyle aramanın sonucunun C. Savcısına bildirileceği ve bu sayede elkoymadan da bahsedileceği sonucu çıkarılmaktadır. Ayrıca soruşturmanın başında C. Savcısı bulunduğundan bildirim zorunlu olacaktır.³³⁸ Buna ek olarak, doktrinde savunulmakta olan CMK m. 119/2'deki arama kararının içeriğine ilişkin düzenlemenin kıyas yoluyla elkoyma kararında uygulanabileceği düşüncesi ile aynı doğrultuda ve işlevde olan CMK m. 119/1'deki aramanın sonuçlarının derhal C. Savcısına bildirileceği düzenlemesi kıyas yoluyla elkoyma tedbiri için uygulanabilir.³³⁹

³³⁷ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 354, ŞEN, ERYILDIZ, s. 83

³³⁸ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 354

³³⁹ ŞEN, ERYILDIZ, s. 83

Kolluk amirinin elkoyma için yazılı emir verebilmesi için şartlar, sadece gecikmesinde sakınca bulunan halin bulunması ve C. Savcısına ulaşamamış olması değildir. CMK m. 119/1 gereğince; kolluk amirinin konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama için yazılı emir verme yetkisi bulunmadığından, bu yerlerde elkoyma için yazılı emir verme yetkisi de yoktur. Bu nedenle, kolluk amirinin yazılı emir verebilmesi için iki şarta ek olarak elkoyma işleminin konut, işyeri veya kamuya açık olmayan alanlar dışında bir yerde uygulanacak olması gerekmektedir. Örneğin; işyerinde arama yapılması gerekmektedir ancak hâkim kararı almak için vakit yoktur ve gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle C. Savcısından arama ve elkoyma için yazılı emir talep edilmesi gerekmektedir. Arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanacağı yer işyeri olduğundan, C. Savcısına ulaşamaması halinde kolluk amirinin yazılı emir verme yetkisi bulunmamaktadır.

Hâkim kararı ile elkoyma yapılacağı takdirde elkoyma işleminin yapılacağı yerin yargı çevresinde bulunan hâkimin yetkili olması gibi, C. Savcısının yetkisi de aynı şekilde belirlenmektedir.³⁴⁰ Gecikmesinde sakınca bulunan hal söz konusu olduğunda yazılı emir vermeye yetkili olan C. Savcısı, elkoyma tedbirinin uygulanacağı yer yargı çevresindeki C. Savcısı olacaktır. C. Savcısının yargı çevresi dışındaki bir yerde işlem yapması gerektiğinde ise CMK m. 161/1’de yer alan düzenleme gereğince; *“bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister.”* Buna göre; soruşturma evresinde soruşturmayı yapan C. Savcısı, elkoyma işleminin yapılacağı yargı çevresinde değil ise o yargı çevresinde bulunan başka bir C. Savcısı tarafından yazılı emir verilmesi ve bu yazılı emre istinaden elkoyma tedbirinin uygulanması gerekmektedir.

Elkoyma işleminin gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle hâkim kararına istinaden değil de C. Savcısının veya kolluk amirinin yazılı emrine istinaden yerine getirilmiş olması halinde elkoyma işleminden itibaren 24 saat içinde bu işlemin elkoyma işleminin yapıldığı yargı çevresindeki yetkili sulh ceza hâkiminin onayına sunulması gerekmektedir. Buna göre; Bakırköy’de C. Savcısının veya kolluk amirinin yazılı emrine istinaden elkoyma işlemi yapılmış ise bu işlemin onaya sunulacağı hâkim, Bakırköy Sulh Ceza Hâkimi olacaktır. Hâkim onayına sunulmadığı takdirde

³⁴⁰ ŞEN, ERYILDIZ, s. 80, ALDEMİR, s. 318

elkoyma işlemi hukuka aykırı olacaktır. Örneğin; C. Savcısının yazılı emriyle gece vakti sanığın konutunda arama yapılmış, pantolonuna ve ayakkabısına el konulmuştur ancak bu işlem hâkim onayına sunulmamıştır. Bu sebeple Yargıtay, elkoyma işlemini hukuka aykırı bulmuştur.³⁴¹ Elkoyma işleminin hukuka uygun olması için elkoyma işlemi hâkimin onayına sunulduktan sonra hâkim, kararını 48 saat içinde açıklar; bu süre içerisinde açıklamadığı veya işlemin iptaline karar verdiği takdirde elkoyma kendiliğinden kalkar. Diğer bir deyişle; hâkimin mutlaka elkoymaya onay verdiğini açıklaması gerekmektedir, aksi halde elkoyma ortadan kalkacaktır. Elkoyma işlemi hâkimin onayına sunulduğu sırada hâkim, yalnız elkoyma işlemi sırasındaki şartlar dahilinde işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirmelidir.³⁴² Elkoyma tedbirinin uygulandığı sırada elkoyma için gerekli şartların varlığı sağlanmamış ancak daha sonra bu şartlar sağlanmışsa, hâkim sonradan sağlanan şartların varlığına dayanarak tedbirin hukuka uygun olduğuna karar vermemelidir.

C. Savcısı veya kolluk amiri tarafından verilmiş yazılı emre istinaden yapılan elkoymanın hâkim onayına sunulmasının gerekliliği kanunla düzenlenmiştir. Ancak Yargıtay tarafından, C. Savcısını tarafından verilmiş yazılı arama emrine istinaden yapılan elkoyma sonrasında hâkim onayına sunulmamış olmasına rağmen sanığın aramanın içeriğine itirazda bulunmamış olması ve suça konu eşyaların kendisine ait olduğunu mahkemede beyan etmesi nedeniyle yapılan elkoyma işlemi hukuka uygun bulunmuştur.³⁴³ Gerçekten, Yargıtay'ın bu kararı her ne kadar el koyma için yazılı emir verilmiş olsa da el koyma işlemine maruz kalan zilyedin fiillerinden anlaşıldığı üzere esasen muhafaza altına alma niteliğindedir. Muhafaza altına alma tedbirinin hâkim onayına sunulması gerekmemesi nedeniyle hâkim onayının bulunmaması hukuka aykırılık oluşturmamıştır. Görüldüğü üzere; istisnai bazı hallerde, uygulanan tedbir görünürde hukuka aykırı olsa da gerçekte herhangi bir hukuka aykırılık oluşmadığı ortaya çıkabilmektedir.

³⁴¹ Yargıtay 16. CD E:2016/2112 K:2017/1164 KT:08.03.2017 (<https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay> 06.02.2021)

³⁴² ŞEN, ERYILDIZ, s. 85

³⁴³ Yargıtay 19.CD E:2019/31050 K:2019/13035 KT:17.10.2019 (<https://www.corpus.com.tr#!/Yargitay> 10.02.2021)

Yargıtay, CMK m. 123 ve 127 gereğince elkoyma kararının alınması veya onaylanması zorunluluğunun, taşınması ve bulundurulması başlı başına suç oluşturan maddelerin ele geçirilmesi halinde söz konusu olmadığına karar vermiştir.³⁴⁴ Ancak taşınması ve bulundurulması başlı başına suç oluşturan maddeler hakkında uygulanacak elkoyma tedbiri için de elkoyma kararının alınması veya onaylanması zorunluluğunun mevcut olduğu; hâkim kararı veya onayı olmadan yapılan elkoymanın hukuka aykırı olduğu açıktır.³⁴⁵ Bu nedenle Yargıtay kararı hukuka aykırı olup, hâkim kararı veya onayının varlığı gerekmektedir. Taşınması ve bulundurulması başlı başına suç olan maddelerin ele geçirilmesi için elkoyma kararı veya yazılı emir alınmasının gerekmediğine ilişkin karar Anayasa'ya ve kanuna aykırılık oluşturmaktadır. Kural olarak hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yetkili merciin yazılı emri bulunmadıkça, elkoyma tedbiri hukuka aykırı olmaktadır.

3. Elkoyma Kararına İtiraz

CMK m. 127/4 gereğince; *“Zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir.”* Hâkimden elkoyma hususunda karar vermesini talep eden kişinin elkoyulan eşya veya malvarlığı değerine zilyet olması yeterli olup, malik olması şart değildir.

Talep, bir dilekçeyle yetkili hâkimliğe yapılmaktadır. Talebin yapılacağı hâkimlik, elkoyma kararını veren veya C. Savcısı ya da kolluk amirinin yazılı emri sonucu uygulanan elkoyma tedbirini onaylayan Sulh Ceza Hâkimliğidir. Ancak C. Savcısı veya kolluk amiri tarafından verilen yazılı emre istinaden yapılmış elkoyma henüz onaylanmamış ise nöbetçi Sulh Ceza Hâkimliğine talepte bulunulmalıdır.

Talep üzerine sulh ceza hâkimliği evrak üzerinden inceleme yapar ve kanuna aykırılık tespit ettiği takdirde talebin kabulüne ve elkoyulan eşyanın iadesine karar verir. Sulh ceza hâkimliğinin talebin reddine karar vermesi halinde ise CMK m. 267/1 gereğince söz konusu karara karşı itiraz yoluna başvurulabilir. Ancak yalnız talebin reddi halinde CMK m. 267/1 başvurulabileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Sulh ceza

³⁴⁴ Yargıtay 10. CD E:2015/1714 K:2016/669 KT:07.03.2016 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay/17.02.2021>)

³⁴⁵ ŞEN/Ersan, *Yorumluyorum – XIV* (Ankara: Seçkin, 2017) s. 308

hâkimi kararıyla yapılan veya yazılı emir üzerine yapılıp hâkimin onayladığı ya da kanuna aykırı bulduğu elkoymalar hakkında CMK m. 267/1 düzenlemesi uyarınca itiraz kanun yoluna başvurulabilmektedir.³⁴⁶ Kural olarak hakkında itiraz kanun yoluna başvurulabilen kararlar sulh ceza hâkiminin verdiği kararlar olduğundan, C. Savcısının veya kolluk amirinin yazılı emrine ilişkin hâkimin onay kararı üzerine bu karara itiraz edilebilecektir.³⁴⁷ Eğer yazılı emir üzerine elkoyma uygulanır, C. Savcısından eşyanın iadesi istenir ve C. Savcısı bu istemi reddederse, hâkime başvurmak ve hâkimin de istemi reddetmesi halinde itiraz kanun yoluna başvurmak gerekmeden, kendine özgü kanun yolu olan C. Savcısının eşyanın iadesi isteminin reddine karşı CMK m. 267 kapsamında itiraz kanun yoluna başvurulabilir.³⁴⁸ Bu hususta detaylı bilgi eşyanın iadesinin irdelendiği kısımda verilecektir.

İtiraz kanun yoluna başvurabilecek kişiler CMK'da belirtilmemiş olduğundan, 3. Kişilerin zilyetliğinde bulunan eşyaya el koyulması halinde bu kişiler de itiraz kanun yoluna başvurabilecektir.³⁴⁹ Diğer bir ifadeyle; itiraz kanun yoluna başvurulabilmesi için şüpheli veya sanığın itirazda bulunması veya elkoyma tedbirinin uygulandığı eşyanın malikinin başvuruda bulunması gerekmemektedir; 3. Kişi zilyedin de itiraz hakkı bulunmaktadır.

Soruşturma evresinde uygulanan elkoymaya karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilmesine karşılık, itiraz kanun yoluna başvurulabileceğine dair kovuşturma evresine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, kovuşturma evresinde icra edilen elkoyma tedbirine karşı itiraz kanun yolu açık değildir. Bizim de katıldığımız üzere, kanunda kovuşturma evresinde itiraz kanun yoluna başvurulabileceğine dair bir düzenleme yapılmalıdır; henüz itiraz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlemesi bulunmadığından ancak hüküm verildikten sonra istinafa başvuru mümkün olmaktadır.³⁵⁰

³⁴⁶ ÖZDEMİR/Süleyman Emre, *Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu* (Ankara: Adalet, 2018) s. 82, ALDEMİR, s. 339

³⁴⁷ ÖZDEMİR, s. 83, ALDEMİR, s. 339

³⁴⁸ ÖZEN, s. 719

³⁴⁹ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 174

³⁵⁰ ÖZDEMİR, s. 83

VII. ELKOYMANIN ÇEŞİTLERİ

CMK m. 123 ve devamında düzenlenmiş olan elkoyma, el koyulacak eşyanın niteliğine göre farklı usul ve düzenlemelere tabi olmaktadır. Elkoyma, basit ve özel elkoyma olarak ikiye ayrılmaktadır. Örneğin; CMK m. 123 düzenlemesi, basit elkoyma hakkında bir düzenleme olup, özel elkoyma halleri de esasen CMK m. 123 kapsamındadır ancak basit elkoymadan farklı yönleri CMK'nın devamı maddelerinde düzenlenmiştir. CMK'da düzenlenmiş özel elkoyma türleri ise askeri mahalde elkoyma, taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma, postada elkoyma, şirket yönetimi için kayyım tayini, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde elkoyma, avukat bürolarında elkoyma ve kaçaklara ilişkin elkoyma olup, bunlar tek tek ele alınacaktır.

A. Basit Elkoyma

CMK m. 123'te muhafaza altına alma ve elkoyma düzenlemesinde basit elkoyma tanımlanmaktadır.³⁵¹ Düzenleme gereğince basit elkoyma, yanında bulunduran kişi tarafından rıza ile verilmeyen, ispat aracı olarak yararlı görülen veya eşya ya da kazanç müsadereisinin konusu olan malvarlığı değerlerinin zorla bu kişiden alınmasıdır. Buna göre; ispata yarayan bir malvarlığı değeri olarak suç aletine elkoyulabileceği gibi, suçun ispatlanması hususunda delil niteliğine sahip bir belgeye de elkoyulabilecektir. Diğer taraftan ispat aracı dışında, eşya ya da kazanç müsadereisinin konusu olan bir malvarlığı değerinin de basit elkoyma tedbirine başvurularak güvence altına alınabileceği düzenlenmiştir.

Müsadere konusu olan malvarlığı değerine elkoyulması, müsadereyi mümkün kılmaya yöneliktir; müsadere öncesi bu malvarlığı değerini güvence altına alıp müsadere kararının icrasının sağlanması amaçlanmaktadır. Yani müsadere öncesi basit elkoyma tedbiri geçicidir; müsadere işleminin yapılmasına kadar sürmektedir.³⁵² Buna karşılık müsadere, elkoyma gibi geçici bir koruma tedbiri olmayıp, esas hakkında verilen hükümle birlikte müsadere güvenlik tedbiri hakkında bir karar verilir.

³⁵¹ ACAR, s. 89, ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 367, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 360, ÖZEN, s. 725, ŞEN, ERYILDIZ, s. 20, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SİRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 527, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 167

³⁵² ŞEN, ERYILDIZ, s. 45, ALDEMİR, s. 407

Müsadere edilen malvarlığı değerinin üzerindeki mülkiyet hakkı sürekli olarak sona ermektedir ve Devlete geçmektedir.³⁵³ Müsadereye tabi malvarlığı değeri olarak CMK m. 123'te TCK m. 54 ve 55 ile uyumlu olarak hem eşya hem de kazanç hakkında düzenleme yapılmıştır. TCK m. 54 gereğince eşya müsadere, iyiniyetli 3. Kişiye ait olmayıp, kasten işlenen bir suçta kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyalar hakkında uygulanır.

Suçun işlenmesinde kullanılan eşya, doğrudan suç işlenirken kullanılan eşyalardır; suç işlenmesine tahsis edilen eşya ise suçun işlenmesi için hazırlanmış olup, tam olarak kullanılmamış veya hiç kullanılmamış eşyalar olabilmektedir.³⁵⁴ Suç işlenmek üzere hazırlanmış eşya da kamu güvenliği-sağlığı veya genel ahlak için tehlike yaratması halinde müsadere edilmektedir.

TCK m. 55'te düzenlenen kazanç müsadere ise suçun işlenmesi sonucu elde edilmiş veya suçun konusu olan ya da suçun işlenmesi için sağlanmış maddi menfaatler ile bunların değerlendirilip dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan malvarlığı değerleri hakkında söz konusu olmaktadır.

Suçta kullanılan bir eşyaya el koyulabileceği gibi suçun işlenmesi sonucu elde edilen ekonomik kazançlara da el koyulabilir. Örneğin; yağma suçunda kullanılan ateşli silah eşya müsadereye tabidir; bu suçun işlenmesiyle ele geçirilen altın saatin satılması sonucu elde edilmiş para ise kazanç müsadereye tabidir. Müsadereye tabi olan bu malvarlığı değerlerinin tamamı, CMK m. 123 gereğince el koymaya da tabi olmaktadır. Müsadere öncesi bu eşyalara söz konusu düzenleme gereğince el koyulabilmektedir.

İspat aracı olarak yararlı görülen veya eşya ya da kazanç müsadere konusundaki malvarlığı değerleri hakkında elkoyma kararı veya yazılı emir verildiğinde, kolluk tarafından karar veya yazılı emre istinaden ve belirtilen eşyalar üzerinde uygulanmak üzere elkoyma tedbiri yerine getirilerek sonrasında tutanak düzenlenmelidir. Elkoymaya ilişkin tutanağın düzenlenmemesi halinde kanuna

³⁵³ GÜNLER/Kemal, *Türk Ceza Hukukunda Müsadere* (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:3-4, 2014) s. 857, ALDEMİR, s. 407, ŞEN, ERYILDIZ, s. 45, ACAR, s. 95

³⁵⁴ GÜNGÖR, TOROSLU, s. 1970, ÖZTÜRK/Bahri, ERDEM/Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2019) s. 579, ACAR, s. 205

aykırılık ortaya çıkmış olacaktır. CMK m. 127/2 gereğince; *“Kolluk görevlisinin açık kimliği, elkoyma işlemine ilişkin tutanağa geçirilir.”* Kaydedilmediği takdirde yine kanuna aykırılık ortaya çıkacaktır ve elkoyma tedbirinin uygulandığı delil hukuka aykırı nitelikte olacaktır.

CMK m. 132/4 gereğince; *“Elkonulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınır.”* Gerekli tedbirler alınmadığı için eşya zarar görür veya değeri azalırsa, CMK m. 141/1-j gereğince maddi ve manevi zararlar Devletten istenebilmektedir. Örneğin; el konulan eşya uygun şartlarda muhafaza edilmediği için paslanırsa, kullanılmaz hale gelirse veya bir zarara uğrarsa, bu zararın tazmini Devletten istenebilecektir.

B. Özel Elkoyma

CMK m. 123 düzenlemesi basit elkoyma ile ilgilidir ancak özel elkoyma da bu düzenleme kapsamında bulunmaktadır; yani CMK m. 123 hem basit elkoymayla hem de özel elkoymayla ilgilidir. Ancak özel elkoymada söz konusu düzenleme kapsamı dışında basit elkoyma ile aralarında fark yaratacak durumlar vardır. Bu farklılıklar da CMK m. 127/6 ile m.128 ve devamında düzenlenmiştir. Özel elkoyma türlerinden askeri mahalde elkoyma (CMK m. 127), taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma (CMK m. 128), postada elkoyma (CMK m. 129), şirket yönetimi için kayyım tayini (CMK m. 133), bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde elkoyma (CMK m. 134), avukat bürolarında elkoyma (CMK m. 130) ve kaçaklara ilişkin elkoyma (CMK m. 248) olup, CMK’da ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu özel elkoyma türlerinin hepsi esasen CMK m. 123 düzenlemesine tabi olup, ayrıca birbirleri ve basit elkoymayla aralarındaki farklar ise kanun koyucu tarafından ilgili maddelerde düzenlenerek açıklığa kavuşturulmuştur.

1. Askeri Mahalde Elkoyma

CMK m. 127/6 düzenlemesi gereğince; *“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.”* Askeri mahalde elkoyma için karar vermeye yetkili merci kural olarak hâkimdir; gecikmesinde sakınca bulunan bir halin

söz konusu olması durumunda ise C. Savcısının yazılı emrine istinaden elkoyma tedbirinin uygulanması mümkündür. C. Savcısının yazılı emriyle yapılacak elkoymanın da askeri makamların katılımıyla ve adli kollukça gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

2. Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma

CMK m. 128 gereğince; “*Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait*” taşınmazlara, hak ve alacaklara el konulabilmektedir. Tedbirin uygulanabilmesi için soruşturma veya kovuşturma evresinde olunması fark etmemektedir.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre; kuvvetli şüphenin varlığı halinde mutlaka somut delil de olacağından, CMK m. 128’deki hükümde geçen ‘somut delillere dayanan’ ibaresi aslında gerekli değildir.³⁵⁵ Ancak kanun koyucunun bu ibareyi düzenlemeye eklemekteki amacı, bu özel el koyma türünün temel hak ve hürriyetlere ağır şekilde müdahale etmesinden ötürü hükmün uygulanması sırasında dikkatli olunmasını sağlamaktır.³⁵⁶

Şüphe bakımından ise basit elkoymanın düzenlendiği CMK m. 123’te varlığı aranan şüphenin derecesi ile ilgili bir düzenleme bulunmamasına karşılık, CMK m. 128’de taşınmazlara, hak ve alacaklara el konulabilmesi için somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığının mevcut olması gerektiği aranmıştır. Aslında ilgili madde, basit elkoyma hakkında hangi dereceden şüphenin varlığının gerekli olduğuna dair bir sonuca ulaşmamızı da sağlamaktadır. Doktrinde bazı yazarların savunduğu basit elkoyma için basit şüphenin yeterli olacağına dair görüş, hem arama için makul şüphenin varlığı aranması hem de taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma için kuvvetli şüphenin varlığı aranmasından anlaşılmaktadır ki yerinde bir görüş değildir.

CMK m. 128’de “*şüpheli veya sanığa ait*” ibaresi kullanılmasına ve bu nedenle taşınmaz, hak ve alacağın malikinin şüpheli veya sanık olması gerekliliğine karşılık, doktrinde bu hususta görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, elkoyma

³⁵⁵ GENÇ/Sinan, *Suç Gelirlerinin Geri Alımı* (Ankara: Seçkin, 2016) s. 100

³⁵⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 381

işleminin yapılabilmesi için malvarlığı değerinin şüpheli veya sanığa ait olmasının zorunlu olmadığını, şüpheli veya sanığın mülkiyetinde olmayan bir malvarlığı değerine de el konulabileceğini savunmaktadır.³⁵⁷ Ancak kanunda açıkça taşınmaz, hak veya alacağın şüpheli ya da sanığa ait olması gerektiği vurgulanmıştır ve bu nedenle söz konusu görüş ve adalet komisyonu raporunda bulunan taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanığa ait olması gerekmediğine ilişkin ifade, CMK m. 128 düzenlemesine aykırıdır.³⁵⁸

3. Kişilerin CMK m. 128 düzenlemesi ile taşınmaz, hak veya alacağa elkoyma tedbirine maruz kalabilmesi için malikinin şüpheli veya sanık olduğu taşınmaz, hak ve alacağın 3. Kişinin zilyetliğinde bulunması gerekmektedir.³⁵⁹ Şüpheli veya sanık olmayan 3. Kişinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz, hak veya alacağa CMK m. 128 düzenlemesi kapsamında el konulması mümkün değildir; mutlaka şüpheli veya sanığın malik olması gerekmektedir.

CMK m. 128'in uygulanabilmesi açısından, bir görüşe göre; bu tedbir yalnız gerçek kişiler hakkında uygulanabilmektedir.³⁶⁰ Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; tüzel kişiler yargılanabildiğinden ve haklarında güvenlik tedbirine karar verilebileceğinden, taşınmazlara, hak ve alacaklara el konulması tedbirine tüzel kişiler de maruz kalabilmektedir.³⁶¹ Elkoymaya konu taşınmazın tüzel kişinin mülkiyetinde bulunması halinde elkoyma tedbirinin uygulanamayacağının kabulü halinde elkoymaya maruz kalan kişilerin bu husustan faydalanması ve elkoymanın uygulanamaması için mülkiyeti tüzel kişiye geçirmeleri gibi sonuçlar ortaya çıkardı. Ceza muhakemesinin düzgün yürüyebilmesi için de tüzel kişilerin taşınmaz, hak ve alacaklarına el konulabilmesi yerindedir.

Taşınmaz, hak ve alacak kapsamına nelerin gireceği düzenlemede açıkça ve somut şekilde sayılmıştır. Bunlar: taşınmaz, kara, deniz ve hava ulaşım araçları, banka ve diğer mali kurumlardaki her türlü hesap, gerçek ve tüzel kişi nezdindeki her türlü

³⁵⁷ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SİRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 529

³⁵⁸ ÜNVER, HAKERİ, s. 921

³⁵⁹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 381, ALDEMİR, s. 348

³⁶⁰ ÖZEN, s. 731

³⁶¹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 381

hak ve alacak, kıymetli evrak, kişinin ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık payı, kiralık kasa mevcutları ve diğer malvarlığı değerleridir. Aslında kanun koyucu tek tek saymış olsa da, son olarak ‘diğer malvarlığı değerleri’ ibaresini ekleyerek bütün malvarlığı değerlerine el konulmasını sağlamaktadır.³⁶² Bu açıdan doktrinde bir görüşe göre; kanun koyucunun el konulabilecek unsurların neler olduğunu tek tek saymış olmasının bir anlamı kalmamış olmaktadır.³⁶³ Diğer bir görüşe göre ise; kanun koyucunun buradaki amacı, malvarlığı değerlerinin tamamının düzenleme kapsamında olmasını sağlamaktır.³⁶⁴ Bizim görüşümüz de kanun koyucunun herhangi bir malvarlığı değerinin düzenleme kapsamı dışında bırakılmasını önlemeye yönelik tedbir almış olması sonucunda böyle bir düzenlemenin ortaya çıktığı yönündedir; kanun koyucunun böyle bir önlem almasının uygulamadaki yanlış yorum sonucu olası kanuna aykırılıkların önüne geçilmesine faydası olmaktadır. Somut olarak düzenlemede yer verilmiş bu taşınmaz, hak ve alacaklara el konulabilmesi için şüpheli veya sanığın mülkiyetinde olması gerekli ve yeterli olup, başka bir kimsenin zilyetliğinde bulunması halinde de bunlara el konulabilmektedir.

Kanun koyucu, CMK m. 123’te düzenlenen elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için belirli türden suçların varlığına ilişkin şart koymamış olduğundan, basit elkoyma her türlü suç ile ilgili başvurulabilecek bir koruma tedbiridir. Ancak CMK m. 128/2’de taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirinin her türlü suç bakımından uygulanabilir olmadığı, TCK’da tanımlanan ve 2. Fıkrafta sayılan suçlar bakımından bu tedbirin uygulanabileceği düzenlenmiştir. Katalog suçlardan olmayan suçlar ile ilgili olarak CMK m. 128 düzenlemesi uygulanamayacaktır; yalnız katalog suçların varlığına ilişkin olarak ilgili düzenlemeye gidilebilecektir. Örneğin buna göre; hırsızlık veya yağma suçunu işleyen şüpheli veya sanığın suç neticesinde elde ettiği eşyayı satarak karşılığında para elde etmesi sebebiyle mülkiyetinde bulunan malvarlığı değerine el konulabilecektir. Diğer bir örnek olarak; kendisine menfaat sağlanması ile rüşvet suçunun işlenmesi neticesinde kamu görevlisinin elde ettiği paraya bu kapsamda el konulabilmektedir.

³⁶² DURSUN/İsmail, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:21, Sayı:2, 2015) s. 538

³⁶³ GENÇ, s. 94

³⁶⁴ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 380, GENÇ, s. 94

CMK m. 128 kapsamında elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için el konulacak taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerleriyle ilgili suçtan kazanılan değere ilişkin 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.”*

Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma kararının icrası el koyulan şeye göre değişiklik göstermektedir. Elkoyma kararının icrası, taşınmazlar için tapu kütüğüne; ulaşım araçları için ise kayıtlı oldukları sicile şerh verilerek yerine getirilmektedir. Bu kayıtlara şerh verilmiş olması, CMK m. 128 anlamında elkoyma işleminin yapıldığı anlamına gelmektedir; fiili olarak el konulması gerekmemektedir ancak şerh verilmesinin yanında fiilen elkoyma da yapılabilmektedir.³⁶⁵ Örneğin; otomobile el konulmasına karar verildiğinde, bu aracın kaydına şerh konulması ile CMK m. 128’de düzenlenen elkoyma işlemi yapılmış olur ancak kayda şerh konulmasının yanında otomobile fiilen el konulması da mümkündür. Bir gemiye taşınmaza, hak ve alacağa elkoyma kapsamında el konulması söz konusu olduğunda ise gemi sicilindeki geminin kaydına bu hususun şerh düşülmesi gerekmektedir. Bu gemiye ayrıca fiilen el konulması mümkün olduğu gibi yalnız şerh düşülmesi de yeterlidir. Ancak elkoyma işleminin gerçekleşmiş sayılabilmesi için ilgili kayda şerh düşülmesi mutlaka gerekli olup, fiilen elkoyma işlemi yapılmak zorunda değildir.

Banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba el konulması kararının icrasında ise, bu karar teknik iletişim araçlarıyla (örneğin; telefon, fax gibi) banka veya mali kuruma derhal bildirilir ve ayrıca ilgili banka veya mali kuruma tebliğ edilir. El koyma kararının alınmasından sonra hesaplarda yapılan, bu kararı etkisiz hale getirmeye yönelik işlemler geçerli olmayacaktır. Ancak banka veya mali kurum bildirim yapılmasına rağmen derhal hesaplar üzerinde işlem yapılmasını engellemeye yönelik işlemleri yapmazsa hukuki ve cezai sorumluluğu doğması söz konusudur.³⁶⁶ Buna göre örneğin; bankaya telefon ile sanığın banka hesabına elkoyma kararı

³⁶⁵ ALDEMİR, s. 352, ŞEN, ERYILDIZ, s. 164

³⁶⁶ ALDEMİR, s. 353

bildirildikten ve ayrıca bu karar bankaya tebliğ edildikten sonra bankanın banka hesabını dondurma işlemi yapmaması nedeniyle sanığın ilgili banka hesabından parasını çekip kurtarması halinde bankanın hukuki ve cezai sorumluluğu doğacaktır.

Şirketteki ortaklık payına el konulması kararının icrası, şirketin yönetimine ve kayıtlı olduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçları aracılığıyla derhal bildirilir ve ayrıca karar, şirket ile ticaret sicile müdürlüğüne tebliğ edilir. Ticaret sicili, ortaklığın devrini engellemek için derhal gerekli işlemleri yapmadığı ve sicile şerh vermediği takdirde sorumlu olacaktır. Ayrıca şirket yönetimi de elkoyma kararına uygun şekilde işlem yapmakla yükümlü olup, aksi takdirde cezai ve hukuki sorumluluğunun doğması söz konusu olacaktır.³⁶⁷

Hak ve alacaklara elkoyulması kararının icrası, ilgili gerçek veya tüzel kişiye derhal bildirilerek ve ayrıca bu karar tebliğ edilerek yapılır. Bildirim üzerine gerçek veya tüzel kişi ilgili hak ve alacakları koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde hukuki ve cezai sorumluluğu doğacaktır.³⁶⁸ Buna göre örneğin; bir alacağa elkoyma kararının gerçek kişiye telefon ile bildirilmesi ve bu hususun kişiye tebliğ edilmesi üzerine gerçek kişinin bu alacağı korumaya yönelik işlemler yapması, kısacası bu hakkı koruması gerekmektedir.

Koruma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle alacağın kaybedilmesi söz konusu olduğunda, gerçek kişi cezai ve hukuki olarak sorumlu olacaktır. İlgili hak veya alacağın gerçek veya tüzel kişinin zilyetliğinde olmadığı hallerde bunun derhal C. Savcısına bildirilmesi gerekmektedir ancak aksi halde sorumluluk doğurup doğurmayacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir.³⁶⁹

Açıklandığı üzere, elkoyma kararının konusuna göre farklı usullerle kararın icrası gerekmekte olup, bu usullere uyun hareket edilmediği takdirde TCK m. 289'da düzenlenen Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma suçu hükümleri uygulanır.

Basit elkoyma kararı kural olarak hâkim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise C. Savcısı veya kolluk amirinin yazılı emri ile verilebilmekte ise

³⁶⁷ ALDEMİR, s. 353

³⁶⁸ ALDEMİR, s. 354

³⁶⁹ ALDEMİR, s. 354

de, taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyulabilmesi için mutlaka hâkim kararı gerekmektedir. Ayrıca el konulan taşınmazlara, hak ve alacaklara idaresi için kayyım atanabilmekte olup, kayyım atanması kararı da ancak hâkim tarafından verilebilmektedir; C. Savcısının veya kolluk amirinin yazılı emir verme yetkisi mevcut değildir. El koyulan taşınmaz, hak ve alacaklara kayyım atanmasıyla ilgili olarak CMK m. 133'te düzenlenen şirket yönetimi için kayyım tayini hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

CMK m. 128'de bu tedbire şüpheli veya sanık hakkında başvurulabileceği düzenlenerek, kovuşturma ve soruşturma evresinde olunması fark etmeksizin taşınmazlara, hak ve alacaklara el konulmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar bu hususta açıklık olmasa da bizim de katıldığımız görüşe göre; soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından taşınmaza, hak ve alacaklara el konulmasına karar verilebilmektedir.³⁷⁰ Soruşturma evresinde de mahkeme kararının varlığının gerekmesi için bir neden bulunmamaktadır; bu hususta düzenleme olmadığından, kıyas yoluyla taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma tedbiri için karar verme yetkisinin soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi ve kovuşturma evresinde davanın görüldüğü mahkemenin olduğu belirlenebilecektir.

Sahte vekâletname veya usulsüz satış ile gayrimenkul veya nakil araçlarının iyiniyetli 3. Kişilere satış, tescil ve teslimi yapıldığı takdirde bu gayrimenkul veya nakil vasıtasına CMK m. 128 düzenlemesi gereğince el konulması mümkün değildir. Çünkü CMK m. 128 açık olup, suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe var olması arandığından, şüpheli veya sanık olmayan iyiniyetli 3. Kişiler hakkında bu madde uygulanamaz. Ancak bir görüşe göre; yargılama sırasında bu gayrimenkul veya nakil vasıtasının başkasına devrini önlemek amacıyla basit elkoyma hükümleri uygulanabilir.³⁷¹ Bu görüş karşısında, kanun koyucu özel olarak taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymaya ilişkin düzenleme yaptığından, bunlarla ilgili elkoyma gündeme geldiğinde elkoymanın yalnız CMK m. 128'e dayanılarak yapılabileceği, düzenleme ilgili olaya uygulanabilir değilse

³⁷⁰ ÖZDEMİR, s. 86

³⁷¹ ŞEN/Ersan, *Yorumluyorum – XVI* (Ankara: Seçkin, 2017) s. 390

gayrimenkul veya nakil vasıtasına el konulamayacağı kanaatindeyiz. CMK m. 123'te elkoyma için aranan şüphenin derecesi hakkında düzenleme bulunmadığından, CMK m. 128'de somut delile dayanan kuvvetli şüphenin varlığının aranmasına karşılık, CMK m. 123 uygulanarak iyiniyetli 3. Kişinin mülkiyetinde bulunan gayrimenkul veya nakil vasıtasına el konulması hukuka aykırılık yaratacaktır. İyiniyetli 3. Kişinin mülkiyeti söz konusu olduğundaki durum, görüş ve kanaatler bu şekilde olmakla birlikte, kişinin kötü niyetli olması halinde CMK m. 128 uygulanabilecektir.

Gayrimenkul veya nakil vasıtasının satış, tescil ve tesliminin yapıldığı kişinin kötü niyetli olması halinde bu kişi hakkında CMK m. 128 hükümleri uygulanarak ilgili gayrimenkul veya nakil vasıtasına el konulabilecektir. CMK m. 128'in uygulanması ve şüpheli veya sanığın mülkiyetinde bulunan gayrimenkul ya da nakil vasıtasına el konulabilmesi için soruşturma veya kovuşturma evresinde olunması fark etmeksizin suç işlendiğine ya da bu suçtan elde edildiğine dair somut delile dayanan kuvvetli şüphenin varlığı gerekmektedir ve bu yeterli olmaktadır.

Suç örgütlerinin yapılanmalarını önlemek ve üyelerinin tutuklanması halinde dahi mevcut malvarlığı nedeniyle kaybolmayan suç örgütünün gücünü ortadan kaldırmak için de özellikle suç örgütü yöneticilerinin malvarlığına el konulması ve hükümle birlikte müsadere tatbiki gerekmektedir.³⁷² Elkoyma ve müsadere yollarına başvurulmadığı hallerde, suç örgütü yönetici ve mensupları her ne kadar tutuklu veya hükümlü olsalar da sahip olunan malvarlığı değerleri sayesinde suç örgütü varlığını sürdürebilmektedir. Örneğin; suç örgütü lideri her ne kadar tutuklu veya hükümlü olursa olsun, örgüte emirler vermeye devam edebilmektedir. Bununla beraber örgütün elinde malvarlığı da bulunuyorsa hem emirleri yerine getirmek konusunda daha rahat olunmaktadır hem de suç örgütünün yöneticilere bağılılıkları sürmektedir. Ancak bir suç örgütünün mali gücünün önüne geçilebilirse, (bu yöneticilerinin malvarlığına elkoyma yoluyla yapılabilir) örgüt içerisinde çatlaklar oluşacak ve nihayetinde suç örgütü suç işleyemez hale gelecektir.

CMK m. 128'de bu tedbire karşı bir kanun yolu öngörülmemiş olup, CMK m. 267'de yer alan '*Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme*

³⁷² ŞEN/Ersan, ERYILDIZ/ H. Sefa, *Suç Örgütü* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 788

kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.'' düzenlemesi gereğince taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirine karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilmesi için CMK'da bu hususta bir düzenleme yer alması gerekmektedir. Ancak soruşturma evresinde olduğu takdirde sulh ceza hâkiminin kararına karşı, CMK m. 267'ye dayanarak itiraz yoluna gidilebilmesi mümkündür.³⁷³ Diğer bir görüşe göre; CMK m. 267 gereğince kanunda açıkça düzenlenmiş ise itiraz yoluna gidilebildiğinden, CMK m. 128'de böyle bir düzenleme olmaması nedeniyle itiraz kanun yolunun açık olmadığı da savunulmaktadır.³⁷⁴ Bu görüş kısmen doğru olup, CMK m. 128'de düzenleme yer almadığı için kovuşturma evresinde mahkemenin kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulamayacaktır ancak soruşturma evresinde kararı sulh ceza hâkimi verdiğinden, CMK m. 267 gereğince itiraz yolu açıktır. Kovuşturma evresinde verilen kararlara karşı itiraz yoluna başvurulamaması bir eksikliktir. Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirine karşı itiraz yolunun düzenlenmesi gerekmektedir; temel hak ve özgürlüklere böylesine müdahalede bulunan bir tedbire karşı kanun yolunun açık olmaması yerinde olmamıştır ve bu hususun düzeltilmesi gerekmektedir.

3. Postada Elkoyma

Postada elkoyma tedbiri, hak ve özgürlüklerden haberleşme hürriyetini sınırlayan bir tedbirdir. Haberleşme hürriyeti, AİHS'te kendisine özel bir madde halinde düzenlenmeyip, AİHS m. 8 Özel ve Aile Hayatına Saygı düzenlemesi kapsamında sözleşmede yer bulmuştur. Bu madde kapsamında herkes, yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. AİHS'teki bu düzenlemeye ek olarak, Anayasa m. 22'de Haberleşme Hürriyeti düzenlenmiş olup; *“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.”* Söz konusu iki düzenlemede, haberleşme hürriyetine müdahalenin hangi şartlarda mümkün olduğu düzenlenmiştir; düzenlemelerde sayılmış hallerin varlığı halinde haberleşme hürriyetine müdahale mümkün olup, aksi halde bu özgürlüğe dokunulamayacaktır. Ayrıca Anayasa'da yer alan haberleşme hürriyetine ilişkin düzenlemeye göre, belirtilen nedenlere bağlı olarak ve usulüne uygun şekilde verilmiş hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkilendirilmiş merciin yazılı emriyle haberleşme engellenebilmekte

³⁷³ ÖZDEMİR, s. 86, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 382

³⁷⁴ ÖZEN, s. 735

ve gizliliğine dokunulabilmektedir ancak yetkili merciin yazılı emrinin 24 saat içinde hâkim onayına sunulması gerekmektedir. Hâkim tarafından 48 saat içinde bir karar verilir; aksi halde elkoyma tedbiri kendiliğinden kalkar. Haberleşme hürriyetine Anayasa ve kanun kapsamında müdahale edilebilecek olup, haberleşme hürriyetine müdahale teşkil eden postada elkoyma tedbiri ise CMK m. 129’da düzenlenmiştir.

CMK m. 129 düzenlemesine göre; *“Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir.”* Düzenleme gereğince; resmi veya özel olması fark etmeksizin posta hizmeti sağlayan kuruluşlarda bulunan gönderilere kural olarak hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise C. Savcısının yazılı emriyle el konulabilmektedir.

CMK m. 129/1’de hatalı şekilde *‘hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının kararı’* şeklinde düzenleme yapılmış olup, 2. Fıkrafta ise *‘hâkim kararının veya C. Savcısının emrinin’* şeklinde düzenlenmiştir.³⁷⁵ Kanun koyucunun burada hatalı olarak istemeden böyle bir düzenleme yaptığını düşünmekteyiz ve C. Savcısının elkoyma için ancak yazılı emir verebileceğini tekrarlamak istiyoruz. Gerek Anayasa hükümlerinde gerekse CMK’da arama ve elkoyma için yetkili merciin veya C. Savcısının yazılı emir verme yetkisinden bahsedilmekte olup, CMK m. 129 da Anayasa ve CMK’nın ilgili diğer hükümleri göz önüne alınarak söyleyebiliriz ki ‘C. Savcısının kararı’ ve hatta ‘C. Savcısının emri’ hatalıdır. Düzenlemede ‘C. Savcısının yazılı emri’ şeklinde düzeltme yapılması gerekmektedir. C. Savcısının yazılı emri bir yana, yalnız ‘C. Savcısı da yetkilidir’ şeklinde düzenleme yapılmış olsaydı dahi Anayasa’daki hüküm gereğince yine yetkili merci olan C. Savcısının yazılı emir vermesi mümkün olurdu.

Postada elkoyma için karar verme yetkisi kural olarak hâkimindir; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise C. Savcısı yazılı emir verme yetkisine sahip olacaktır. Doktrinde bir görüş tarafından hâkim kararıyla postada elkoyma halinde,

³⁷⁵ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 181, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 420

düzenlemede yalnız ‘hâkim’ denmekle yetinildiği için soruşturma ve kovuşturma evresinde sulh ceza hâkiminin karar vermesi gerektiği savunulmaktadır. Buna göre; asıl yetkili olan sulh ceza hâkiminden, postada elkoyma hakkında karar vermesi için C. Savcısı veya mahkeme tarafından talepte bulunulması gerekmektedir.³⁷⁶ Diğer bir görüşe göre ise; soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi; kovuşturma aşamasında ise davaya bakan mahkeme tarafından karar verilmesi gerekmektedir.³⁷⁷

Arama ve elkoymada genel olarak istisnai haller dışında ilgili bütün düzenlemelerde görevli ve yetkili hâkim, soruşturma evresinde tedbirin uygulanacağı yer sulh ceza hâkimi; kovuşturma evresinde ise davanın görüldüğü mahkemedir. Bu genel halin postada elkoyma için değiştirilmesinin bir anlamı yoktur; hem soruşturma hem kovuşturma aşamasında sulh ceza hâkiminin karar vermesi kanuna aykırıdır. Kovuşturma evresinde yargılamada yetkili olan mahkemenin postada elkoyma için karar verememesi ve sulh ceza hâkiminden talepte bulunması gerekliliği mantık açısından da uygun değildir. Soruşturma evresinde yargılama henüz başlamadığından, sulh ceza hâkiminin karar vermesi yerinde iken; kovuşturma aşamasında yargılamada görevli ve yetkili mahkemenin her işlemi yapmaya yetkisi olduğu gibi postada elkoyma için karar vermeye de yetkisi olduğunun kabulü gerekmektedir. Sulh ceza hâkiminin arama ve elkoyma açısından görev ve yetkisi kovuşturma aşamasına başlanması ile sona ermektedir.

Posta hizmeti veren resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere CMK m. 129 gereğince el konulabileceği düzenlenmekle, bu gönderilere henüz teslim edilmeden önce, postada iken el konulacağı belirtilmektedir. Postada elkoyma başlığı bu yönüyle düzenlemeye uygundur; postada iken, teslim edilmeden önce elkoyma anlamını taşımaktadır.

Gönderinin şüpheli veya sanık tarafından ya da şüpheli veya sanığa gönderilmiş olmasının önemi bulunmamaktadır; henüz alıcısına teslim edilmemiş, posta hizmeti sağlayan kuruluştaki bulunan gönderiye postada elkoyma düzenlemesi kapsamında el konulması mümkündür.³⁷⁸ Bu hususta, CMK m. 126 gereğince el

³⁷⁶ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 180

³⁷⁷ ALDEMİR, s. 362, ÖZEN, s. 738

³⁷⁸ TANERİ/Gökhan, *Ceza Muhakemesi Kanunu El Kitabı* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 476, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 420, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 365

konulamayacak mektuplar, belgeler kapsamında olan tanıklıktan çekinebilecek kişilerin şüpheli veya sanık ile aralarında geçen mektuplara ve belgelere, postada olduğu anda postada elkoyma kapsamında el konulup konulamayacağı hususunda kanunda bir düzenleme veya doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre; el konulamayacak mektup ve belgelere, CMK m. 129 kapsamında postada elkoyma tedbirinin uygulanması yoluyla da el konulması mümkün değildir.³⁷⁹ Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; CMK m. 126 düzenlemesi gereğince şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişilerin nezdinde bulunan mektup ve belgelere el konulamayacağından, bu kişilerin nezdinde bulunmadığı sırada, yani postada bulunduğu sırada postada elkoyma tedbirinin uygulanması mümkündür.³⁸⁰ Her ne kadar yazışma tanıklıktan çekinebilecek kişi ile şüpheli veya sanık arasında geçiyor olsa da ‘nezdinde bulunma’ için bu belge veya mektubun ilgili kişinin işyerinde, üzerinde, konutunda veya aracında bulunması gerekmektedir. Henüz postadayken, ilgiliye teslim edilmemişken söz konusu belge veya mektubun kişinin nezdinde bulunduğundan bahsedilemez.

Gönderinin postada kabul edilmesi ve postada elkoymanın icra edilebilmesi için posta hizmeti veren kuruluşa ait binada, nakil veya dağıtım aracında bulunması aranmaktadır. Buna göre; gönderinin posta kuruluşuna teslim edilmesinden başlayarak ilgili kişiye ulaştırılmasına kadar her yer ve zamanda CMK m. 129 hükmü uygulanabilir.³⁸¹ Gönderinin postada bulunduğunun kabul edildiği yer ve zaman haricinde, örneğin; gönderi henüz postaya verilmeden önce, elkoyma işlemi yapıldığında postada elkoyma değil, CMK m. 123’te düzenlenen basit elkoymaya göre tedbirin icra edilmiş olması söz konusu olacaktır.³⁸² Yargıtay, kargo nakil kamyonunda yapılan arama sonrasında kargo kolisine elkoyma işleminin postada elkoyma olmadığına, genel hükümlere tabi olduğuna karar vermiştir.³⁸³ Biz bu karara katılmamaktayız. Şöyle ki; öncelikle nakil kamyonunda bulunan gönderi, doktrinde

³⁷⁹ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 174, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 474

³⁸⁰ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 184, ALDEMİR, s. 360, TOK/Mehmet Can, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Elkoyma ve Şirket Yönetimi İçin Kayyım Atama Tedbirleri* (Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:10, Sayı:104, 2018) s. 25, SOYASLAN, s. 297

³⁸¹ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 183, ALDEMİR, s. 360

³⁸² ALDEMİR, s. 360

³⁸³ Yargıtay 7.CD E:2014/32620 K:2017/3822 KT:25.04.2017 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 22.02.2021)

postada kabul edilmektedir. Posta Hizmetleri Kanunu m. 3/1-u gereğince de özetle; ticari değeri olsun olmasın bir eşya içeren posta maddesi ile posta kolisi veya kargosu posta gönderisi olarak tanımlanmaktadır. Yalnız mektup, belge gibi gönderiler posta gönderisi sayılmayıp kitap, süreli yayın gibi eşyalar posta gönderisi kabul edilmektedir ve kargo şirketleri de bu tür eşyaların taşınmasına ilişkin hizmet sağladığından, kargo nakil kamyonunda kargo kolisine elkoyma işlemi postada elkoyma hükümlerine tabi olmalıdır.

Seyahat firmaları aracılığıyla gönderilen gönderiler hakkında elkoyma kararı verildiğinde bu tedbirin uygulanmasının postada elkoyma hükümlerine göre olup olmayacağı hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre; yalnız resmi kuruluşlarda bulunan gönderilere değil, özel kuruluşlarda bulunan gönderilere de postada elkoyma kapsamında el konulması mümkün olup, bu nedenle otobüs firmalarına teslim edilmiş gönderilere postada elkoyma kapsamında el konulabilmektedir.³⁸⁴ Diğer bir görüşe göre ise; otobüs firmasına veya özel kişiye teslim edilmiş eşyaya postada elkoyma kapsamında el konulması mümkün değildir.³⁸⁵ Bizim görüşümüze göre de; CMK m. 129’da düzenlenen ‘*posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki*’ ifadesiyle, sürekli ve asıl iş olarak posta hizmeti veren kuruluşlar kastedilmektedir. Bu nedenle verdiği asıl hizmet ve işi insanları taşımak olan otobüs firmaları posta hizmeti veren kuruluş olarak kabul edilemez ve bu firmalara teslim edilen gönderilere postada elkoyma kapsamında el konulamaz. Seyahat firmasına teslim edilmiş ve elkoyma gerekliliği bulunan gönderilere basit elkoyma hükümleri gereğince el konulması mümkündür.³⁸⁶

Düzenlemede hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığında C. Savcısının kararı ile elkoymanın yapılabileceği düzenlenmiş olup, kolluk amirinin postada elkoymaya ilişkin karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Anayasa m. 22’de kural olarak hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkilendirilmiş merciin yazılı emri bulunmadıkça haberleşmenin engellenemeyeceği ve gizliliğine dokunulamayacağı düzenlenmesindeki kanunla yetkilendirilmiş merci, CMK m. 129 gereğince C. Savcısıdır. Bu nedenle ancak hâkim kararı veya yalnız

³⁸⁴ ÜNVER, HAKERİ, s. 926

³⁸⁵ ALDEMİR, s. 360, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 384

³⁸⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 384, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 484

gecikmesinde sakınca bulunan bir hal mevcutsa C. Savcısının yazılı emriyle postada elkoyma tedbirinin uygulanması söz konusu olabilmektedir. Örneğin; postada elkoyma için hâkimden karar alacak zaman bulunmaması ve gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığından bahisle C. Savcısına talepte bulunulduğunda ancak C. Savcısına bir nedenden ulaşılamadığında, postada elkoyma tedbirinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Mutlaka hâkim kararının veya C. Savcısının yazılı emri alınması, alındıktan sonra postada elkoyma tedbirinin uygulanması gerekmektedir.

Elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için söz konusu gönderilerin suç delillerini oluşturduğu şüphesi ve hakikati ortaya çıkarmak için soruşturma ve kovuşturma evresinde adliyenin elinin altında bulunmasının gerekli olması aranmaktadır. Bir görüşe göre, adliyenin elinin altında bulunması zorunluluğuna ilişkin düzenleme gereksiz olup, zaten başka şekilde aynı amaca ulaşılabilen durumlarda orantılılık ilkesi gereğince postada elkoyma tedbirine başvurulmayacaktır.³⁸⁷ Ancak bize göre; adliyenin elinin altında bulunması zorunluluğuna düzenlemede yer verilmesi kanun koyucunun, keyfi şekilde haberleşme özgürlüğünün kısıtlanmasının önüne geçilmesi ve kanunun uygulayıcılarını bu tedbire başvurulmasının ceza muhakemesi açısından gerçekten gerekli olup olmadığını bir kez daha düşünmeye yönlendirme amacını göstermektedir. Bu sebeple ilgili düzenlemenin gereksiz olmadığı, tersine hak ve hürriyetleri koruma amacı taşıdığından faydalı olduğu kanaatindeyiz.

Posta hizmeti veren kuruluşta bulunan gönderilerin ne olduğunun bir önemi yoktur; delil özelliği bulunan her türlü gönderi hakkında postada elkoyma tedbirine başvurulabilmektedir.³⁸⁸ Buna göre; posta hizmeti veren resmi veya özel kuruluşa teslim edilmiş olup, karşı tarafa gönderilmesi amaçlanan her türlü eşyaya ilişkin gönderi, postada elkoyma hükümlerine tabidir. Örneğin; zarf, koli, kutu içerisinde posta hizmeti veren kuruluş aracılığıyla gönderilen her eşya postada elkoyma tedbiri hükümlerine tabi olacaktır.

CMK m. 129 düzenlemesinde, müsadereye tabi malvarlığı değerleriyle ilgili olarak postada elkoyma tedbirine başvurulması hususuna değinilmemiştir.

³⁸⁷ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 178

³⁸⁸ ALDEMİR, s. 359, ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 384

Düzenlemede yer almaması nedeniyle müsadereye tabi olan gönderiye postada elkoyma kapsamında el konulmasının mümkün olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre; CMK m. 129'daki boşluğun elkoymaya ilişkin genel hükümler ile kıyas yoluyla doldurularak, postada elkoyma hükümlerinin müsadere konusu gönderi hakkında uygulanabilmesi gerekmektedir.³⁸⁹ Diğer bir görüşe göre ise müsadereye değinilmemiş olduğundan, ancak suç delillerini oluşturduğu şüphesi söz konusu olduğunda postada elkoyma tedbirine başvurulabilecek; müsadereye tabi gönderilere ise ceza muhakemesinde hak ve hürriyetler aleyhine kıyas yapılamayacağından, bu kapsamda el konulması mümkün olmayacaktır. Ancak hem suç delili oluşturduğu şüphesi hem de müsadereye tabi olması halinde bu gönderiye postada elkoyma kapsamında el konulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.³⁹⁰ Gerçekten, CMK m. 129'da müsadereye tabi olmaya ilişkin düzenleme olmamasına rağmen elkoymaya ilişkin genel hükümlerde yer alan müsadere konusu malvarlığı değerlerine ilişkin düzenlemelerin kıyas yoluyla postada elkoyma tedbirinde uygulanması halinde hak ve hürriyetler, kanun koyucunun belirli şartlar halinde izin verdiğiinden çok daha fazla ihlal edilmiş olacaktır. Bu nedenle ceza muhakemesinde hak ve özgürlükler aleyhine kıyas yapılamayacağından, müsadereye tabi olan gönderiye postada elkoyma kapsamında el konulmasının mümkün olmadığına ilişkin görüşe katılmaktayız. Gönderinin hem suç delili olması hem de müsadereye tabi olması halinde ise suç delili olduğu şüphesinin var olmasına ilişkin şartın yerine getirilmiş olmasından dolayı gönderinin müsadereye tabi olup olmamasının bir önemi olmayacağından, postada elkoyma hükümlerinin uygulanması halinde hukuka aykırılık ortaya çıkmayacaktır. Özetle; eşyanın suç delili özelliği bulunuyorsa postada elkoyma tedbiri uygulanabilecekken, suç delili özelliği bulunmayıp yalnız müsadereye tabi ise postada elkoyma yapılamaz.

Suçun delilini oluşturduğundan şüphe edilen ve adliyenin elinin altında bulunması gereken gönderinin bu şarta uyması için hangi dereceden şüphenin varlığının gerektiği hususunda CMK m. 129'da düzenleme bulunmamaktadır ve doktrinde de bu hususta görüş birliği sağlanamamıştır. Doktrinde bir görüşe göre;

³⁸⁹ ŞEN, ERYILDIZ, "Elkoyma", s. 172

³⁹⁰ ŞEN, ERYILDIZ, "Elkoyma", s. 172

postada elkoyma için farklı bir şüphe derecesi gerekmeyp, basit elkoymada aranan makul şüphenin varlığının aranması gerekli ve yeterlidir.³⁹¹ Makul şüphenin bulunması gerektiğini belirtmekle birlikte, istisnai bir hal olarak organize suçlarla ilgili delil elde etmenin zor olması nedeniyle postada elkoyma tedbirinin icrası açısından basit şüphe ile yetinilebileceği de savunulan görüşler arasındadır.³⁹² Başka bir görüşe göre ise suçun delilini oluşturduğuna ilişkin yeterli şüphenin varlığı aranmaktayken³⁹³; mevcut olması gereken şüphenin oranlılık ilkesi uyarınca somut olaya göre saptanması gerektiği de savunulmaktadır.³⁹⁴ Bizim görüşümüze göre; basit elkoyma, hak ve özgürlüklerin ihlali göz önüne alındığında postada elkoyma açısından yetersiz bir şüphe derecesi olup, somut olaya göre şüphenin belirlenmesi düşüncesi de uygulamada birçok soruna ve adaletsizliğe neden olacaktır. Kanunun uygulayıcılarının somut olaya göre şüphe derecesine kanaat getirmesi istendiğinde, olaylar birbirine çok benzese ve hatta birebir aynı dahi olsa hemen hemen her olayda farklı bir şüphe derecesinin yeterli bulunacağı görülecektir. Basit elkoymanın veya somut olaya göre şüphe derecesinin belirlenmesinin doğru bir uygulama olmayacağı kanaatinde olduğumuz gibi, doktrinde tartışılmasa da değinilmesinde fayda vardır ki kuvvetli şüphenin aranması da postada elkoyma açısından aşırıya kaçmak olacaktır. Postada elkoymanın CMK m. 128’de düzenlenen taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirine nazaran hak ve hürriyetleri daha az ihlal etmesinden kaynaklı olarak CMK m. 128’de aranan kuvvetli şüphe derecesinde bir şüpheyeye gerek bulunmamaktadır. Basit elkoymada varlığı gereken makul şüphenin postada elkoyma için de aranması gerekmektedir ve bu şüphe derecesi yeterlidir. İhlal edilen hak ile sağlanan yarar arasında en iyi denge makul şüphenin varlığının aranmasıyla sağlanacaktır.

Karar veya yazılı emre istinaden elkoyma tedbirini icra edecek kolluk görevlileri söz konusu gönderilerin zarflarını ve paketlerini açamazlar; gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzurunda mühürlenerek derhal elkoyma kararını veya emrini vermiş olan hâkim ya da C. Savcısına teslim edilir.

³⁹¹ ÖZEN, s. 737, ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 384, ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 177

³⁹² ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 177

³⁹³ ALDEMİR, s. 360

³⁹⁴ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 185

Eşyayı inceleme yetkisine sahip olan makam CMK m. 129’da düzenlenmemiş olup, bu hususta doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre; özel hayatın gizliliği açısından inceleme yetkisi hâkime ait olmalıdır.³⁹⁵ Ayrıca elkoyma tedbiri uygulandıktan sonra suç delilinin kaybolma tehlikesi kalmadığı, bu sebeple de gecikmesinde sakınca bulunan bir halin artık mevcut olmadığı göz önüne alınarak incelemenin hâkim tarafından yapılması gerektiği savunulmaktadır.³⁹⁶ Diğer bir görüşe göre; C. Savcısı tarafından yazılı emir verilmiş ise kolluk tarafından gönderi derhal C. Savcısına teslim edildiğinde, C. Savcısının bu gönderiyi açıp inceleme yetkisi olacaktır.³⁹⁷ Bizim görüşümüze göre; düzenlemede, kolluğun el konulan gönderiyi C. Savcısına teslim edebileceği düzenlenmiş olsa da buradan C. Savcısının bu gönderiyi açıp inceleyebileceği sonucu çıkarılmamalıdır; düzenlemede inceleme yetkisinden bahsedilmemiştir. C. Savcısının yazılı emir verme yetkisi yalnız gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olduğu takdirde söz konusu olabileceğinden, C. Savcısının yazılı emriyle dahi postada elkoyma tedbirinin icra edilmiş olması halinde artık el konulan gönderi güvende olduğundan ve kaybolma ihtimali bulunmadığından, C. Savcısının yetkisi sonlanmış, gecikmesine sakınca bulunan hal ortadan kalkmıştır. Bu nedenle de el konulan gönderiyi açıp inceleme yetkisine ancak hâkim sahip olmalıdır.

Kural olarak kolluk görevlileri tarafından gönderilerin zarf ve paketleri açılmasa da belirli suçlarla ilgili elkoyma kararı verildiği takdirde C. Savcısının talimatıyla zarf ve paketler kolluk memurları tarafından açılabilir. Bu suçlar: Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirilmesi (TCK m.174), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188), 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun m. 12 ve 13’te tanımlanan suçlar ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 67 ve 68’de tanımlanan suçlardır.

Düzenleme gereğince; açılmamasına veya açılrsa da adliyenin eli altında bulundurulmasına gerek olmadığı kararı alınan gönderiler derhal ilgisine teslim edilir. Bu hususta karar verme yetkisinin, hâkim güvencesinin ve haberleşme

³⁹⁵ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 420

³⁹⁶ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 184, SOYASLAN, s. 299

³⁹⁷ ALDEMİR, s. 364, CENTEL, ZAFER, s. 455

hürriyetinin sağlanması açısından hâkimde olması gerekmektedir. Ayrıca hükümet tasarısı gerekçesinde de bu kararı hâkimin vereceği belirtilmiştir.³⁹⁸ Bizim görüşümüz; gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığında C. Savcısının postada elkoyma için yazılı emir verme yetkisi olması ve buna istinaden elkoyma işleminin yapılmasının ardından gönderinin açılması hususunda gecikmesinde sakınca bulunan bir hal söz konusu olamayacağından, el koyulan gönderi ile ilgili işlemleri yapma yetkisinin yalnız hâkimde olduğu yönündedir. Yazılı emir verme yetkisi tanındığı için gecikmesinde sakınca bulunan bir hal bulunmayan diğer hususlarda da bu yetkinin devam ettirilerek, C. Savcısının gönderinin açılmamasına veya açılıp adliyede bulundurulmasına gerek olup olmadığına dair karar alabilmesine müsaade etmek düzenlemenin amacına aykırılık oluşturmaktadır. Gönderinin açılması hakkında karar verme yetkisinin C. Savcısına tanınmadığını savunduğumuzdan, açılan gönderinin adliyenin elinin altında bulundurulması hakkında da C. Savcısının bir karar verme yetkisi olmadığı kanaatindeyiz.

Zarf veya paketin C. Savcısının talimatıyla kolluk memurlarınca açılabilmesi hususunda belirli suçların varlığı aranmış olsa da, postada elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için kanunda belirli suçların varlığı aranmamıştır; diğer bir deyişle, her türlü suçla ilgili olarak postada elkoyma tedbirine başvurulması mümkündür.

Gecikmesinde sakınca bulunan bir halin mevcut olması nedeniyle C. Savcısının yazılı emriyle postada elkoyma tedbiri uygulandığı takdirde, tedbirin hâkim onayına sunulması hususunda CMK m. 129'da bir düzenleme bulunmamaktadır ancak Anayasa ilgili hükümleri gereğince tedbirin uygulanmasının üzerine 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulmasına ilişkin düzenleme postada elkoyma tedbiri hakkında da uygulanmalıdır.³⁹⁹ CMK'da bulunmayıp Anayasa'da bulunan ilgili hükümler ceza muhakemesinin sağlıklı şekilde yürütülebilmesi açısından uygulanmalıdır; aksi halde Anayasa'ya aykırılık söz konusu olacaktır. Doktrinde, bu hususta CMK m. 129'da düzenleme yapılması gerektiği düşüncesi de mevcuttur.⁴⁰⁰ Biz de CMK m. 129'da hâkim onayının gerekliliğine ilişkin bir düzenleme yapılmasının gerektiği düşüncesindeyiz. Böylece uygulayıcılarda oluşması muhtemel tereddüt ortadan

³⁹⁸ ŞEN, ERYILDIZ, "Elkoyma", s. 185

³⁹⁹ ŞEN, ERYILDIZ, "Elkoyma", s. 182,

⁴⁰⁰ ALDEMİR, s. 365

kalkmış olacaktır. Ancak yine de belirtmekte yarar var ki; mevcut halde de Anayasa'ya aykırılık oluşmaması için hâkim onayına sunma Anayasa hükmü uygulanmalıdır.

Postada elkoyma ile iletişimin denetlenmesi koruma tedbirleri birbirlerinden farklı iki tedbirdir. Şöyle ki; postada elkoyma CMK m. 129'da düzenlenmişken, iletişimin denetlenmesi CMK m. 135'te düzenlenmiştir. Postada elkoyma tedbiri hakkında belirli suçların varlığı aranmamakta ve her suç hakkında uygulanabilirken, CMK m. 135 gereğince iletişimin denetlenmesi için katalog suçların varlığı aranmaktadır. Ayrıca postada elkoyma tedbirinin alındığından ilgili haberdar olup, iletişimin denetlenmesi tedbiri ise ilgilinin haberi olmaksızın icra edilmektedir. Bununla beraber postada elkoyma tedbiri maddi olarak varlığını gösteren gönderilere uygulanmaktayken, iletişimin denetlenmesi tedbirinin konusu telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimidir.⁴⁰¹

Soruşturma veya kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığı söz konusu ise ilgililere alınan tedbirler bildirilmeyebilir ancak bu olasılık yoksa ilgililerin bu hususta bilgilendirilmesi gerekmektedir. İlgiliye yapılacak bildirimin soruşturma veya kovuşturmaya zarar verip vermeyeceğinin tespiti, somut olayın özelliklerine göre yapılarak hâkim veya C. Savcısı tarafından takdir edilmelidir.⁴⁰²

Postada elkoyma tedbirine avukatın maruz kalması halinde ise bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onun temsilcisi avukattan birinin buna karşı gelmesi durumunda CMK m. 130/2'de yer alan avukatın bürosunda yapılan aramaya uygulanan usule göre hareket edilmelidir. Buna göre; karşı gelen avukat, (avukatın kendisi, baro başkanı veya onu temsil eden avukat) postada elkoyma tedbirinin uygulanmasına karar verilen gönderinin avukat ile müvekkilin arasındaki mesleki ilişkiye dair olduğunu ileri sürerek karşı koymaktadır. Bu durumda gönderi ayrı bir zarfa veya pakete koyulup mühürlenerek, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden bu hususta gerekli kararı vermesi istenir. Bunun üzerine hâkim veya mahkeme, söz konusu el konulan gönderinin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye dayandığını tespit ederse gönderi hemen

⁴⁰¹ ŞEN, ERYILDIZ, "Elkoyma", s. 173, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 383, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 183

⁴⁰² TANERİ, s. 476

avukata iade edilir ve ilgili tutanaklar yok edilir. Açıkladığımız, CMK m. 130/2’de bahsi geçen kararlar 24 saat içinde verilmektedir.

4. Şirket Yönetimi için Kayyım Tayini

Bir şirketin faaliyeti çerçevesinde suç işlenmekte olduğu hakkında kuvvetli şüphe nedenleri ile maddi gerçeğin öğrenilebilmesi için lüzum olması şartları mevcut ise şirket yönetimi için kayyım tayin edilmesi mümkündür. Tedbir direkt olarak şirkete uygulanmakta olup, muhatap tüzel kişidir.⁴⁰³ Tedbir, şirkete kayyım tayin edilmesiyle gerçekleştiğinden, gerçek kişiler bu tedbire maruz kalmamaktadır.

Tedbirin amacı, öncelikle bu tedbirin bir koruma tedbiri olmasından ötürü koruma tedbirlerinin amaçlarına dair olan genel anlamda delil elde etmek, delillerin karartılmasını engellemek ve maddi gerçeği meydana çıkarmaktır.⁴⁰⁴ Bununla beraber tedbirin bir başka amacı, hakkında CMK m. 133’te belirtilen şartların varlığı halinde soruşturma veya kovuşturma sırasında şirketin malvarlığını denetim altında tutmaktır.⁴⁰⁵ Şirketin faaliyeti çerçevesinde suç işlendiği kanıtlanmadan şirketin faaliyetinin sona erdirilmesinin ekonomiye zararı bulunacağından, suçun işlenmesinin henüz kanıtlanmamış olması ancak bu yönde kuvvetli şüphe bulunması halinde suç işlenmesinin sürdürülmesi ihtimalinin varlığından ötürü bunu önlemek adına şirket yönetimi için kayyım tayini tedbiri düzenlenmiştir. Şirket yönetimine elkoymanın aksine bu tedbire başvurulması ile şirketin değeri korunmaktadır.⁴⁰⁶ Ayrıca şirkete ait malvarlığı denetim altında tutulduğundan, yargılama neticesinde müsadere kararı verilirse bu kararın uygulanması hususunda sorun yaşanmayacaktır.⁴⁰⁷ Müsadere kararı verildiği takdirde zaten şirket denetim altında bulunduğundan, müsadere kararı tam olarak ve hızlı bir şekilde yerine getirilebilecektir. Tedbirin amaçları doğrultusunda görülmektedir ki; şirkete kayyım atanması ile şirketin faaliyeti çerçevesinde ve bu şirketin malvarlığının kullanılarak suç işlenmesinin sağlanması önlenilebilecektir. Bununla beraber, daha sonra müsadere kararı verilmesi halinde şirket

⁴⁰³ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 221

⁴⁰⁴ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 423

⁴⁰⁵ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 366

⁴⁰⁶ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 197, KÖKER/Nilüfer, *CMK Madde 133 Uyarınca Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini* (Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:10, Sayı:100, 2018) s. 454, CENTEL, ZAFER, s. 462

⁴⁰⁷ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 423

kayyımın denetiminde olduğundan, müsadere kurumu sağlıklı şekilde amaca ulaştırılabilecektir.

CMK m. 133/1’de düzenlendiği üzere; *“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.”* Buna göre; soruşturma ve kovuşturma evresinde kayyım tayini mümkün olup, yetkili hâkim veya mahkemece şirket işlerini idare etmek üzere kayyım ataması yapılabilir. *“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.”*

Düzenlemeye göre; atama kararında kayyım üç farklı şekilde yetkilendirilebilir ve bu üç yetkilendirmeden birine karar verildiğinde, kayyımın yetkileri kararda açıkça belirtilir. Birincisi, şirket yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerli olması için kayyımın onay vermesi gerekliliği getirilir. İkincisi, yönetim organına ait yetkiler kayyıma verilir. Üçüncüsü ise, yönetim organının yetkileri ve bununla beraber ortaklık payları ya da menkul kıymetler idare yetkilerinin tamamı kayyıma verilir. Birincisinde, şirket yönetim kurulunun halen karar alma ve işlem yapma yetkisi bulunurken, bu karar ve işlemlerinin geçerliliği için kayyımın onay vermesi şartı koyulmaktadır. Buna göre kayyım, karar alma veya işlem yapma sırasında etkili değildir; kayyımın tek yetkisi onay vermek olmaktadır.⁴⁰⁸ İkincisinde ise, şirket yönetim organının yetkileri kayyıma verilmekte ve kayyım yönetme yetkisine sahip hale gelmektedir. Üçüncüde ise, yönetim organının yetkilerinin verilmesinin yanı sıra ortaklık payları ya da menkul kıymetler idare yetkileri için tek yetkilinin kayyım olması da sağlanabilmektedir. Ancak hâkim veya mahkeme yalnız şirket yönetim organının yetkilerinin kayyıma verilmesiyle de yetinebilmektedir. Atama kararı, ticaret sicili gazetesinde ve diğer münasip araçlarla ilan edilir.

⁴⁰⁸ ERSOY/Uğur, *Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi için Kayyım Tayini (CMK m.133)* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016) s. 3402

Kayım tayininin hâkim veya mahkeme tarafından yapılacağı düzenlenmiş olmasına karşılık, şirket yönetimi için kayyım tayin edilmesi için hâkim veya mahkemeden talepte bulunulması hakkında düzenleme yer almayıp, doktrinde bu bir eksiklik olarak görülmektedir. Soruşturma aşamasında C. Savcısı tarafından sulh ceza hâkiminden kayyım tayin etmesi talep edilebilmeli; C. Savcısının talepte bulunmaması durumunda da mağdur veya suçtan zarar gören söz konusu tedbirin uygulanmasını hâkimden isteyebilmelidir. Kovuşturma aşamasında ise mahkeme kendiliğinden bu koruma tedbirinin uygulanmasına karar verebilirken, C. Savcısı veya katılan da mahkemeye bu hususta karar vermesi için talepte bulunabilmelidir.⁴⁰⁹

Doktrinde, soruşturma aşamasında C. Savcısının talepte bulunmasının mutlaka gerekli olmadığı, sulh ceza hâkiminin kendiliğinden de tedbirin uygulanmasına karar verebileceği savunulmaktadır.⁴¹⁰ Ancak CMK m. 163'teki düzenlemeye göre; *“Suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir.”* Bu haller söz konusu olduğunda, sulh ceza hâkiminin C. Savcısının yerine geçerek tüm soruşturma işlemlerini yapması mümkündür ancak C. Savcısının yerine geçilerek yargı çevresindeki başka bir sulh ceza hâkiminden talepte bulunulması, diğer sulh ceza hâkiminin tedbire karar vermesi gerekmektedir. Sulh ceza hâkiminin C. Savcısı yerine soruşturma işlemlerini yapıp aynı zamanda tedbir kararı vermesi halinde, hâkim teminatı sağlanmamış olacaktır.⁴¹¹ Sulh ceza hâkiminin kendiliğinden tedbir kararı verebileceğinin kabulü halinde, C. Savcısının yerine geçen sulh ceza hâkiminin tedbir kararı vermesi söz konusu olacaktır. Bunun sonucu olarak da C. Savcısı tarafından şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirine karar verilmiş olacak ve C. Savcısına CMK m. 133 ile böyle bir yetki tanınmamış olduğundan, tedbir kararını yalnız hâkim veya mahkeme verebilecek olduğundan, kanuna aykırılık ortaya çıkacaktır. Bir örnekle açıklamak gerekirse; Bakırköy Sulh Ceza Hâkimi, C. Savcısının yerine geçerek soruşturma işlemlerini yaptığı takdirde, soruşturmanın sıhhati için şirket

⁴⁰⁹ ÖZEN, s. 749

⁴¹⁰ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 227

⁴¹¹ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 227

yönetimine kayyım tayininin gerektiğine karar verirse başka bir sulh ceza hâkiminden tedbirin uygulanmasına karar vermesi için talepte bulunması gerekir.

Düzenleme gereğince kayyıma delil toplama veya kolluğa tanınan yetkiler verilmediğinden ve kayyımın atanması ile soruşturma veya kovuşturmadan haberdar olunmasına neden olunduğundan, bu düzenleme doktrinde eleştirilmektedir.⁴¹² İlgililer, kayyım atanması gizli tutulmadığından ve bu nedenle soruşturmadan haberdar olduğundan, bu tedbirin uygulanması sayesinde delilleri karartma ve kaçma şansına sahip olmaktadır.⁴¹³ Eleştiriye hak vermekle birlikte yalnız kayyımın yetkisinin genişletilmesinin yeterli olmayacağı görüşündeyiz; kayyıma delilin toplanması, muhafazası veya işlenmekte olan suça müdahale yetkisi verildiği takdirde kayyımın kolluktan bir farkı kalmamış olacaktır. Ayrıca herhangi bir kamu görevlisinin delili toplama, bu delilleri muhafaza etme veya suça müdahale etme hususunda bilgi ve birikimi olmadığından, bu şartları gerçekleştirebilecek özel niteliğe sahip kamu görevlilerinin kayyım olabileceğine ilişkin bir düzenleme de yapılması gerekecektir.

Gizli soruşturmacı olmayan ancak kamu görevlisi sıfatına sahip olan kayyım, şirket faaliyeti çerçevesinde suç işlendiğini öğrenirse TCK m. 279'a göre yetkili makamlara bu hususu bildirmelidir.⁴¹⁴ TCK m. 279/1 gereğince; *“Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”* Göreviyle bağlantılı olarak suç işlendiğini öğrenen kamu görevlisinin yetkili makama bunu ihmal ile veya gecikmeksizin bildirmemesi halinde kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu işleme söz konusu olur. Kayyım bir kamu görevlisi olduğundan, görevlendirilmiş olduğu şirketin faaliyeti çerçevesinde soruşturma veya kovuşturma yapılmasını gerektiren bir suçun işlendiğini öğrenmesine rağmen bunu bildirmeyi ihmal ederse veya bildirse bile bildirmesinde gecikme söz konusu olursa kayyımın hapis cezasıyla cezalandırılması söz konusu olmaktadır.

⁴¹² ÜNVER, HAKERİ, s. 937

⁴¹³ ÜNVER, HAKERİ, s. 933

⁴¹⁴ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 227

CMK m. 133/1’de ‘*Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu*’ şeklinde bir düzenleme yapıldığından, yalnız işlenmeye devam edilen suçlar hakkında mı bu tedbire başvurulabileceği, yoksa sona ermiş suçlar hakkında da şirket yönetimi için kayyım tayinin mümkün mü olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Katıldığımız görüşe göre; tamamlanmış suçlar bakımından CMK m. 128 kapsamında failin ortağı olduğu şirketteki payına ve her türdeki malvarlığı değerine el konulması düzenlendiğinden, tamamlanmış suçlar açısından CMK m. 133 düzenlemesine başvurulmaması kabul edilmektedir.⁴¹⁵ Gerçekten, kanun koyucu ‘işlenmekte olduğu’ şeklinde özellikle suçun işlenmeye devam edilmesi gerekliliğine dikkat çekmeye özen göstermiş ve suçun işlenip sona ermesi halinde başvurulabilecek bir tedbir olarak CMK m. 128’de düzenlenen taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirini düzenlemiştir. Bu iki husus göz önünde bulundurulduğunda, sona ermiş suçlar hakkında şirket yönetimi için kayyım tayini özel elkoyma tedbiri hükümlerine başvurulmaması gerektiği sonucuna ulaşabiliriz.

Düzenlemede şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirinin uygulanmasının maddi gerçeği bulmak adına gerekli olmasının aranması hususu, doktrinde; bu tedbirin, ancak maddi gerçeğin tedbirin uygulanması yoluyla ortaya çıkabilmesinin mümkün olması halinde uygulanması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır.⁴¹⁶ Diğer bir görüşe göre ise; düzenlemede, delil elde edilmesinin başka şekilde mümkün olmadığına ilişkin bir ifade yer almadığından, tedbirin uygulanması son çare değildir. Suçun kanıtlanmasına yarayan delillerin elde edilebilmesi için olanak yaratabilmesi, tedbirin uygulanması için yeterlidir.⁴¹⁷ Gerçekten, bir şey için gerekli olmak, aynı zamanda zorunlu olmak anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun özellikle ‘gerekli olması’ tabirini kullanması ile suçun ispatı için olanak sağlaması halinde tedbirin uygulanabilmesi amaçlanmakta olup, ifadenin tedbirin zorunluluk halinde uygulanabilmesi olarak yorumlanabilmesi düzenlemenin güncel haliyle mümkün değildir; dolayısıyla söz konusu tedbir son çare uygulanacak bir tedbir değildir. Ancak düzenlemede, tedbirin uygulanması için zorunluluk olduğunu açıkça belirtecek yönde değişiklik yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Düzenleme güncel haliyle söz konusu

⁴¹⁵ ERSOY, s. 3405, GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 493

⁴¹⁶ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 225

⁴¹⁷ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 226

tedbirin çok da gerekli olmadığı durumlarda dahi uygulanmasını sağlamaktadır. Eğer tedbirin sadece zorunluluk bulunması halinde, son çare olarak uygulanması düzenlenirse ceza muhakemesi açısından da daha sağlıklı adımlar atılabilecektir.

Kayımlık görevinin süresinin belirlenmesi hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde; koruma tedbirinin geçici olması özelliği dolayısıyla tedbirin uygulanma süresinin düzenlenmesine gerek olmayıp, tedbirin uygulanmasındaki amaca ulaşılması veya amaca ulaşamayacağının anlaşılması halinde tedbirin sonlandırılması gerektiği görüşü mevcuttur.⁴¹⁸ Tedbirin uygulanmasına hâkim veya mahkeme karar verebileceğinden, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi tarafından tedbirin uygulanmaya devam edilmesine karar verebileceği, kovuşturma evresine geçildikten sonra ise bu kararı verme yetkisinin mahkemede olacağı kabul edilmektedir.⁴¹⁹

Doktrinde bir görüşe göre; şirket yönetimi için kayyım tayini tedbiri en geç hükmün kesinleşmesine kadar uygulanmaya devam edilebilmektedir.⁴²⁰ Diğer bir görüşe göre ise; tedbir en geç hükmün verilmesine kadar uygulanabilmektedir.⁴²¹ Koruma tedbirinin soruşturma ve kovuşturma aşamalarında uygulanabileceğinin düzenlenmiş olmasından ötürü, kovuşturma aşamasında hüküm verilmesi üzerine söz konusu kararın istinaf veya Yargıtay denetimi neticesinde değişmesi söz konusu olduğundan, hüküm verildiği andaki mevcut durumun korunarak hükmün kesinleşmesine kadar tedbirin devam etmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak bir koruma tedbire maruz kalan kişinin, gerçek veya tüzel kişi olması fark etmeksizin, ilgili tedbire mümkün olduğunca kısa süreliğine maruz kalmasının sağlanması gerektiğini düşünüyoruz. Şirkete kayyım tayin edilmesi şirketin kendi içindeki işleyişine zarar vermeyecek olabilir ancak şirketin ticari yaşamına zarar verebilmektedir; şirkete kayyım tayin edildiğini duyan diğer şirketler söz konusu şirketten uzak durmaya karar

⁴¹⁸ ERSOY, s. 3414

⁴¹⁹ GÖKMEN/Derda, *Uygulamada Terörle Mücadele Kanunu ve Devlet Sırlarına Karşı Suçlar* (Ankara: Adalet, 2017) s. 352

⁴²⁰ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 369, ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 239, ERSOY, s. 3421, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 201, YENİSEY, NUHOĞLU, s. 427, ER, s. 20, CENTEL, ZAFER, s. 464, DEMİRAL/Mustafa Uğur, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m.133)* (Ankara: Seçkin, 2021) s. 139

⁴²¹ DURSUN, “*Ceza Muhakemesinde Şirket Yönetimi için Kayyım Tayini ve Nitelikleri*”, s. 91, ALDEMİR, s. 372

verebilmektedir. Dolayısıyla, ilk derece mahkemesinin hüküm vermesiyle birlikte şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirinin kaldırılması gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle hükmün kesinleşmesine kadar tedbirin uygulanmaya devam edilmesi gerektiğine ilişkin görüşe katılmamaktayız.

Kayyım verilecek ücret, hâkim veya mahkemece belirlenerek şirketin bütçesinden ödenir. Doktrinde bir görüşe göre; yüksek kayyım ücretlerinin şirkete zarar vermesi ve kayyımın ücretini alamaması sorunlarına neden olan hâkim veya mahkemenin kanaat getirerek ücreti belirlemesinin yerine, ücretler kanun koyucunun veya alt mevzuat düzenlemesi ile belirlenmelidir.⁴²² Ancak ücret belirlemesinin, her şirketin güncel ekonomik durumu, kayyım atanmasına karar verildiği zamanki büyüklüğü vs. etkenlere göre yapılması gerektiğinden, bu hususta kanun koyucunun veya alt mevzuatın genel bir ücretlendirme düzenlemesi halinde mevcut uygulamada olduğundan daha çok soruna neden olacağı kanaatindeyiz. Hâkim veya mahkemenin tedbirin uygulanması anında çeşitli etkenleri göz önüne alarak ve önceki tedbir kararlarındaki uygulamalardan bir kanaate vararak kayyım ödenecek ücreti belirlemesi daha uygundur. Ücretin şirket bütçesinden ödenmesine karşılık, kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı verildiği takdirde Devlet, kanuni faiziyle birlikte ödenmiş paranın tamamını şirkete öder. Her ne kadar Devletin kanuni faiziyle birlikte geri ödeme yapacağı düzenlenmişse de bu ödeme için kararın kesinleşmiş olması gerekmektedir.⁴²³ Faiziyle geri ödeme hususu da göz önünde bulundurulduğunda, endişe edilen gibi kayyım ödenen ücret yüksek olarak belirlenmiş olsa bile nihayetinde kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı verildiği takdirde şirketin kayyım ödediği ücret faiziyle geri ödenecektir.

Şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirinin uygulanabilmesi için CMK m. 133/4'te belirlenmiş katalog suçlardan birinin şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğuna ilişkin kuvvetli şüphe nedenleri ve maddi gerçeğin öğrenilmesi için lüzum bulunmalıdır. Buna göre; ilgili fıkra da yer almayan suçlara ilişkin soruşturma veya kovuşturmanın söz konusu olması halinde şirket yönetimi için kayyım tayini mümkün olmamaktadır. Örneğin; silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama suçları ilgili

⁴²² ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 236

⁴²³ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 369, ER, s. 20

maddede belirlenmiştir. Şirket yönetimi için kayyım tayini tedbiri önceden çok uygulanmasa da 15 Temmuz 2016 Darbe Girişimi sonrasında çok fazla gündeme gelmeye başlamıştır.⁴²⁴ Hala birçok şirkete CMK m. 133 kapsamında kayyım atanmış durumdadır; bunun nedeni de ilgili tedbirin hem soruşturma hem kovuşturma aşamasında uygulanabilen bir tedbir olması ile silahlı terör örgütüne yönelik soruşturma ve kovuşturmalara devam edilmesidir.

Şirket yönetimi için kayyım tayini tedbiri, bu tedbir için CMK m. 133'te düzenlenmiş gerekli şartların bulunmadığının anlaşılması halinde sona erdirilir. Hükmün verilmesi veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi ile ise kendiliğinden sona erer.⁴²⁵ Katılmadığımız görüşe göre ise; yukarıda da değindiğimiz gibi bu tedbir, hükmün kesinleşmesi ve kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın kesinleşmesi ile kendiliğinden sona erer.⁴²⁶ Geçici bir koruma tedbiri olan söz konusu tedbirin kendiliğinden sona ermesi için kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi yeterlidir; kararın kesinleşmesi beklenmemelidir. Örneğin; söz konusu suçun katalog suçlardan olmadığına, kuvvetli şüphe nedenlerinin bulunmadığının anlaşılması veya maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için tedbirin uygulanmasının gerekli olmadığına anlaşılması halinde şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirine son verilebilir. Soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesi veya kovuşturma aşamasında hükmün verilmesi üzerine tedbir kendiliğinden sona erer.

Kayyımın göreve ilişkin iş ve işlemlerine dair tazminat davaları CMK m. 142-144 hükümlerine göre Devlete karşı açılır. Devlet, tazminat ödediği takdirde görevin gereklerine aykırı hareket ederek görevini kötüye kullanan kayyıma 1 yıl içerisinde rücu etmektedir. 1 yıl hak düşürücü süre olduğu için bu süre içerisinde rücu edilmediği takdirde, Devletin rücu hakkı sona erecektir.

CMK m. 133'te şirket yönetim için kayyım tayini düzenlenmiş olmasına karşılık, hâkim veya mahkemenin bu husustaki kararına karşı itiraza ilişkin düzenleme

⁴²⁴ ERSOY, s. 3394

⁴²⁵ DURSUN, "Ceza Muhakemesinde Şirket Yönetimi için Kayyım Tayini ve Nitelikleri", s. 91, ALDEMİR, s. 372

⁴²⁶ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 427, ŞEN, ERYILDIZ, "Elkoyma", s. 238, ER, s. 20, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 201, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 369, ERSOY, s. 3421

mevcut değildir. Hâkim kararına karşı itiraz yolu CMK m. 267 gereğince mevcuttur; yalnız istisnai hallerde kanunda hâkimlik kararına itiraz edilemeyeceği düzenlenmişse itiraz edilememektedir. Şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirinin hâkimlik tarafından verildiği hallerde itiraz yoluna başvurulamayacağına ilişkin bir düzenleme mevcut olmadığından, genel bir hak olan hâkimlik kararına itiraz hakkı kullanılabilir. Soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin şirket yönetimi için kayyım tayini kararına itiraz mümkünken, kovuşturma evresinde mahkemenin kararına karşı Anayasa m.13 ve kanunilik ilkesi gereğince itiraz edilememektedir.⁴²⁷ Kovuşturma aşamasında itirazın mümkün olmama nedeni, CMK m. 267 düzenlemesi gereğince kanunda itiraz yoluna gidilebileceğinin düzenlenmediği hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilememesidir. Kanun ile kovuşturma evresinde itiraz yoluna gidilebileceği hakkı tanınmamış olduğundan, kovuşturma aşamasında tedbir kararına karşı ancak hükmün verilmesi ile birlikte istinaf ve temyiz yoluna gidilebilmektedir.⁴²⁸ Ancak kanunda şirket yönetimi için kayyım tayin edilmesine ilişkin mahkeme kararına karşı itiraz yoluna gidilebilmesi için düzenleme yapılması gerekmektedir.

Kayyımın işlemlerine karşı CMK m. 133/3'te; *"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."* hükmü düzenlenmiş olup, görevli mahkemeye TMK ve TTK hükümlerine göre başvurulabilmektedir. TMK m. 403/3'te vasilik hükümlerinin aksi belirtilmedikçe kayyım hakkında da uygulanacağına ilişkin hükmün atfıyla, TMK m. 461 hükmü kıyasen uygulanarak kayyımın karar ve işlemlerine karşı şikâyet mümkündür. TMK m. 461 gereğince ilgililerin de şikâyet hakkı olduğu düzenlenmiş olup, ilgililer ile kast edilen, kayyımın işlemine karşı menfaati bulunan kişilerdir.⁴²⁹ Kayyımın şahsına yönelik şikâyetler hususunda düzenleme bulunmamaktadır ancak doktrindeki görüşe göre; kayyımın şahsına karşı şikâyette bulunulmasının mümkün olmadığına ilişkin olarak kanun koyucunun düşüncesi anlaşılmamaktadır. Bu nedenle, kayyımın şahsına yönelik şikâyetlerin yapılabilmesi denetim açısından daha uygun

⁴²⁷ ÜNVER, HAKERİ, s. 935

⁴²⁸ DURSUN, s. 89, ŞEN, ERYILDIZ, "Elkoyma", s. 237

⁴²⁹ ERSOY, s. 3418

olacaktır ancak şikâyetin yapılacağı merci TMK ve TTK'ya göre belirlenmemeli; şikâyet, tedbir kararı alan ceza mahkemesine yapılmalıdır.⁴³⁰

5. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Elkoyma

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirinin aramaya ilişkin kısmı, araştırmamızın adli arama kısmında irdelenmiş olup, bu sebeple bu başlık altında arama kısmı tekrardan kaçınmak amacıyla ancak bir hatırlatma da yapılmış olması için kısa şekilde açıklanacak, esas olarak elkoyma üzerinde durulacaktır.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde elkoyma hükümlerinin düzenlendiği CMK m. 134 düzenlemesi gereğince; bu tedbirin uygulanabilmesi için *“Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması”* gerekmektedir. Bu şartların tamamının aynı anda sağlanması gerekmektedir.

Başka şekilde delil elde etme şansının bulunmaması halinde bu tedbirin uygulanabilmesi düzenlemesine göre, delil elde edilebilmesinin son olarak bu tedbirin uygulanması ile mümkün olabileceği bir durumun varlığı gerekmektedir. Doktrinde; başka şekilde delil elde edilememesi gerekliliği nedeniyle bu tedbirin uygulanmasına son çare⁴³¹ veya ikincil özellikte⁴³² denmektedir. Hak ve özgürlüklere müdahale bakımından ağır sınırlamalara neden olan bu tedbirin uygulanması açısından katalog suçların düzenlenmemiş olmasının bir eksiklik olmasına karşılık, en azından son çare olarak uygulanmasına ilişkin düzenleme yerinde olmuştur.

Bununla beraber, tedbirin uygulanması için aranan kuvvetli şüphenin varlığı, yalnız şüphelinin suçu işlediği yönünde kuvvetli şüphenin mevcut olması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır; bu tedbirin uygulanması halinde bilgisayarda suç

⁴³⁰ ERSOY, s. 3420

⁴³¹ ŞAHİN “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)”, s. 274, ÖZEN, ÖZÖCAK, s. 62, ALDEMİR, s. 159, Yargıtay 16.CD E:2019/2637 K:2019/5904 KT:10.10.2019 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 02.03.2021)

⁴³² ÖZEN, s. 758

delillerine ulaşılabileceği hususunda da kuvvetli şüphe mevcut olmalıdır.⁴³³ Kuvvetli şüphenin somut delile dayanmasının aranması şartı ile kanun koyucunun bu şartı garantiye alan nitelikte bir düzenleme yaptığı görülmektedir. Doktrinde; kuvvetli şüphenin ancak somut şüphe ile meydana gelebilmesi nedeniyle ilgili düzenlemenin çelişkili olduğu düşünülmektedir⁴³⁴ ancak diğer görüşe göre ise buradaki amaç, tedbire başvurulmasını güçleştirmektir.⁴³⁵ Biz, kuvvetli şüpheye bir kez daha dikkat çekiyor olması nedeniyle bu düzenlemenin yerinde olduğu ve zaten kanun koyucunun amacının da uygulayıcıyı bu konuda tekrar uyarmak olduğu düşüncesindeyiz.

Tedbirin uygulanması, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, bilgisayar kayıtlarından kopyalama ve kopyalanan kayıtların çözümlenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Kopyalama ve çözümleme işlerinin parolanın bulunamaması, saklanmış bilgilerin elde edilememesi veya bu işlerin çok uzun süreceğinden bahisle yapılamaması halinde parolanın bulunması ve ihtiyaç duyulan kopyaların alınması üzerine gecikmeksizin geri verilmek üzere bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine el konulabilmektedir. Kısaca açıklamak gerekirse; bu tedbirin uygulanması için aslında bilgisayara elkoyma yapılmadan kopya çıkarma ve çözümleme yapılmakta olup, bilgisayarlara elkoyma ise ancak sayılan nedenlerin varlığı halinde yapılmaktadır⁴³⁶; bilgisayara elkoyma istisnadır.⁴³⁷

Elkoyma işlemi sırasında sistemdeki verilerin tamamı yedeklenir. Bunun amacı, verilerde değişiklik yapıldığına dair iddiaları önlemektir.⁴³⁸ Hatta doktrinde bir görüşe göre; el konulan verinin güvenilirliğine ilişkin savunmanın yapabileceği

⁴³³ ÖZEN, ÖZCAK, s. 62, DEĞİRMENCİ/Olgun, *Adli Bilişimde Önceliklendirme (Triyaj) Yönteminin Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi* (Bilişim Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2020) s. 69

⁴³⁴ ÖZEN, s. 765

⁴³⁵ GÖKSOY, s. 161, BAŞLAR/Yusuf, *Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri* (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:3, 2013) s. 88, ARSLAN, s. 259

⁴³⁶ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 533, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 204

⁴³⁷ ÜNVER, HAKERİ, s. 938, DÜLGER, s. 586

⁴³⁸ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 533, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 205

itirazların önüne geçmek adına yedekleme işlemi sırasında savunma hazır bulundurulmalıdır.⁴³⁹ Alınan yedeğin bir kopyası şüpheliye veya vekiline verilerek tutanağa geçirilir ve imzalanır. Şüpheliye veya vekiline yedekten kopya verilmesi resen yerine getirilmektedir; bu hususta bir talep olması gerekmemektedir.⁴⁴⁰ Böylece kanundaki düzenlemeyle aynı amaç doğrultusunda, yani verilerin değiştirilmesi suretiyle ortaya hukuka aykırılığın çıktığı iddiasını önlemek amaçlanmaktadır.⁴⁴¹

Doktrinde, kopyanın şüpheliye verilmesiyle ilgili hususta haklı bir eleştiri getirilmektedir; bazı suç tiplerinde kopyanın şüpheliye verilmesi halinde, şüphelinin bu suçu işlemeye devam etmesine neden olabilecektir.⁴⁴² Bunun çözümü olarak da bir görüş tarafından kopyanın şüpheli yerine müdafîye verilmesi şeklinde yeni bir düzenleme yapılması önerilmektedir.⁴⁴³ Diğer bir görüş, bu gibi durumlarda eşya müsaderesinin uygulanabileceğini savunmaktadır.⁴⁴⁴ Ancak eşya müsaderesi hususunda bir düzenleme yer almadığından, bu eksikliğin giderilmesi gerektiği düşünülmektedir.⁴⁴⁵ Zıt bir görüşe göre ise dürüst yargılanma ve savunma hakları açısından, kopyanın şüpheli veya vekiline verilmesinde sorun yoktur; kamu davası açıldığında, delil 3. Kişiler tarafından dahi öğrenilebilecektir.⁴⁴⁶ Kopyanın verilmesi halinde suçun işlenmesine şüpheli tarafından devam edilebileceği tehlikesinin bulunması nedeniyle kopyanın şüpheliye verilmemesi ve bu hususta bir düzenlemenin gerektiği açıktır ancak eşya müsaderesinin uygulanması halinde yedeklemenin kopyasının şüpheliye verilmesindeki amaç olan verilerin değiştirildiğine yönelik iddiaların önüne geçilmesi mümkün olmayacaktır. Bunun sonucunda da yargılamanın sıhhati tehlikeye gireceğinden, başka büyük sorunlar ortaya çıkabilecektir. Eşya

⁴³⁹ ŞAHİN, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)”, s. 280, ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 216

⁴⁴⁰ ÖZEN, s. 767, BAŞLAR, s. 92

⁴⁴¹ ŞAHİN, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)”, s. 277, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 376, BAŞLAR/Yusuf, *Elektronik Delilin Toplanması ve Muhafazası* (Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, Sayı:1, 2020) s. 89

⁴⁴² ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 205, DÜLGER, s. 587, ÖZEN, ÖZOCAK, s. 70, KILIÇ, s. 38, GÜL/Ahmet, *Doğrudan Dolaylı Bilişim Suçları* (Ankara: Seçkin, 2021) s. 79

⁴⁴³ DÜLGER, s. 587

⁴⁴⁴ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 205, ŞAHİN, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)”, s. 279

⁴⁴⁵ ÖZEN, ÖZOCAK, s. 70

⁴⁴⁶ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 217

müsaderesi uygulaması bu hususta yararlı olmayacaktır; eşya müsaderesi yapılabilmesi için CMK m. 134'te bu hususta bir düzenleme yer alması gerekmektedir. Aksi halde kanunilik ilkesine aykırılık oluşacaktır. Şüphelinin kopyaya sahip olarak suç işleminin önüne geçilmesi için bu nitelikteki suçlara ilişkin soruşturmalarda yedekleme ve kopyalama yapıldığı sırada şüphelinin müdafinin hazır bulundurulması, kopyalama işlemi sırasında hiçbir verinin değiştirilmediğinin tutanağa geçirilerek müdafî tarafından imzalanması ve bunun üzerine şüpheliye gösterilmemesi şartıyla kopyanın müdafîye verilmesi en uygun çözüm yolu olarak görünmektedir. Bu nedenle, CMK m. 134'te belirli suçların belirtilmesi kaydıyla kopyanın şüpheliye değil, müdafîye verilmesine ilişkin düzenleme getirilerek sorunun çözülebileceği görüşündeyiz.

CMK m. 134/4'te yer alan kopyanın çıkarılıp 'şüpheliye veya vekiline' verilmesi ile kast edilenin şüpheli veya avukatı olup olmadığı hususunda soru işareti bulunmaktadır. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre; şüphelinin avukatından bahsedilmiş olsaydı müdafî kelimesinin kullanılacağından, düzenlemede vekil ile kast edilen avukat değil; kanuni temsilcidir.⁴⁴⁷

Düzenlemede bilgisayara el konulabileceği düzenlenmiş olmakla birlikte, sistemdeki verilerin kopyasının alınması için elkoyma şart olmayıp, verilerin belirli kısmı veya hepsinin kopyası alınabilir. Bu durumda kopyalanan veriler kâğıda yazılarak tutanağa geçirilir ve tutanak ilgililerce imzalanır. CMK m. 134 kapsamında elkoymanın amacı bilgisayara değil, verilere elkoymak olup, verilere el konulması da bu tedbirin bir koruma tedbiri olması nedeniyle geçici olmak zorundadır.⁴⁴⁸ Tedbirin amacının elkoyma değil; verilerin elde edilmesi olduğu açıklanmakla⁴⁴⁹, aslında iki açıklama da verilerin elde edilmesi için bu tedbire başvurulduğunu, bilgisayarların kasasına el konulmasının amaçlanmadığını göstermektedir. Düzenlemede, şifrenin çözülmesi ve kopyanın alınması üzerine cihazın geri verilmesi gerektiğinin

⁴⁴⁷ ÖZEN, s. 767, ŞAHİN, "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)", s. 278

⁴⁴⁸ ŞAHİN, "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)", s. 278

⁴⁴⁹ ÜNVER, HAKERİ, s. 938

düzenlenmesi de amacın yalnız verileri elde etmek olduğunu; tedbirin bilgisayara elkoyma amacı taşıyan bir tedbir olmadığını ortaya koymaktadır.

Bu tedbirin uygulanmasına karar verme yetkisi kural olarak hâkimin olup, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının yazılı emir verme yetkisi bulunmaktadır. Tedbirin uygulanması için C. Savcısının yazılı emir vermesi halinde, tedbirin uygulanması üzerine 24 saat içinde hâkimden onay alınması için sunulması gerekir. Hâkim, bu husustaki kararını 24 saat içinde verir; hâkimin olumsuz karar vermesi veya süresinde karar vermemesi halinde çıkarılmış olan kopyalar ve çözümlenmiş metinler yok edilir.

Bilgisayarlara, elkoymaya ilişkin genel hükümler çerçevesinde de el konulması mümkündür ancak bu halde CMK m. 134 anlamında bir arama, kopyalama, çözümleme yapılması mümkün değildir; bilgisayarlarda arama yapılmak isteniyorsa, ayrıca bir karar alınması gerekmektedir.⁴⁵⁰ Buna göre; genel hükümler çerçevesinde bilgisayara el konulduğu takdirde yalnız bilgisayarın arasına, kasasına, içine gizlenmiş eşyalar aranabilmektedir. Bilgisayardaki verilere yönelik inceleme ve tespit yapılmadığı sürece, genel hükümlere göre alınan arama kararına uyarınca yapılan arama hukuka aykırı hale gelmez.⁴⁵¹ Bilgisayardaki verilerin aranması için CMK m. 134 hükmü gereğince karar alınması gerekmektedir.

Akıllı telefonlara ilişkin, telefonda yapılacak aramaya göre gerekli olan arama ve elkoyma kararı farklılık göstermektedir. Akıllı telefondaki bilgisayar özelliği taşıyan kısımlarda arama ve elkoyma yapılacaksa CMK m. 134 düzenlemesi gereğince karar alınması gerekmektedir.⁴⁵² Ancak akıllı telefonun yalnız telefon işlevine yönelik arama ve elkoyma yapılacaksa genel hükümlere göre karar alınması yeterlidir.⁴⁵³ Buna

⁴⁵⁰ ŞAHİN, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)”, s. 275 GÖKSOY, s. 155, ÖZEN, ÖZCAK, s. 61, Yargıtay 19.CD E:2019/30045 K:2020/2782 KT:11.03.2020 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay 02.03.2021>), Yargıtay 19.CD E: Yargıtay 19.CD E:2015/32456 K:2016/16830 KT: 02.05.2016 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay 02.03.2021>)

⁴⁵¹ ALDEMİR, s. 164

⁴⁵² Yargıtay 16.CD E:2019/2637 K:2019/5904 KT:10.10.2019 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay 02.03.2021>), Yargıtay 16.CD E:2015/2056 K:2017/5023 KT:21.09.2017 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay 02.03.2021>), EPÖZDEMİR, “Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma Tedbirleri” s. 95

⁴⁵³ ÖZEN, ÖZCAK, s. 69, ŞAHİN, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134) “, s. 275

göre; akıllı telefonun bilgisayar özelliği gösteren kısımlarının üzerinde arama yapılması gerektiğinde ancak parolanın bulunamaması, saklanmış bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecektir olması nedeniyle çözüm ve kopyalama yapılamadığında bu akıllı telefona el konulması mümkün olup, çözüm ve kopyalama yapıldıktan sonra akıllı telefon gecikmeksizin iade edilir. Akıllı telefona el konulmasındaki asıl amaç verilere el konulması olduğundan, verilere ulaşılması üzerine gecikmeksizin telefonun iade edilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, akıllı telefondaki mesajlar ve arama kayıtları gibi yalnız telefon özelliğine ilişkin, yani bilgisayar özelliğiyle ilgili olmayan kısımlarda elkoyma için genel hükümlere göre karar alınması gerekmektedir.

CMK m. 134/2 gereğince; *“Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.”* El konulan bilgisayarların, parolanın bulunması ve kopyalama işleminin yapılması üzerine gecikmeksizin geri verilmesi gerekmektedir. Genel hükümlere göre el konulan bilgisayarın iadesi hususunda uygulanacak düzenleme CMK m. 131 hükmü olup, el konulan bilgisayarın muhafaza edilmesi gerekmemesi veya müsadere edilmeyeceğinin anlaşılması halinde bu bilgisayarın C. Savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından resen veya talep üzerine iade edilmesine karar verilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına göre; soruşturma evresinde el konulan ancak suç oluşturmeyen ve suç unsuru tespit edilmeyen bilgisayar ve sabit diskin iadesine ilişkin olarak, CMK m.131 hükmü gereğince itiraz kanun yoluna başvurulmalıdır.⁴⁵⁴

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri için CMK m. 134’te bir denetim yolu düzenlenmemiştir ancak bu tedbirin uygulanmasına soruşturma evresinde sulh ceza hâkimliği tarafından karar verilebileceğinden, CMK m. 267 gereğince itiraz yoluna başvurulabilmektedir. İlgili hüküm gereğince kanunun izin verdiği hallerde mahkeme kararına karşı da itiraz yoluna gidilebileceği düzenlenmiş olmakla birlikte, söz konusu tedbirin uygulanmasına ancak soruşturma evresinde ve hâkim tarafından karar verilebileceği hüküm altına alındığından, mahkemenin bu tedbire karar vermesi mümkün değildir.

⁴⁵⁴ Yargıtay CGK E:2019/449 K:2019/611 KT:17.10.2019 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 11.07.2021)

Dolayısıyla, mahkemenin kararına karşı itiraz yoluna başvurmanın gündeme gelmesi söz konusu değildir. Sulh ceza hâkiminin kararı üzerine, bu kararın öğrenilmesinden itibaren 7 gün içinde kararı veren mercie ilgili tarafından itirazda bulunulur.

Doktrinde, CMK m. 130'da bilgisayarlarla ilgili düzenleme olmadığından, CMK m.134 hükmünün avukatlar hakkında da uygulanması gerektiği görüşü vardır.⁴⁵⁵ Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Doktrinde bizim katıldığımız, avukatların kullandığı bilgisayarlar hakkında bu tedbirin uygulanmasının CMK m. 130 hükümlerine göre gerçekleştirilmesi gerektiği görüşü de vardır.⁴⁵⁶ Buna göre CMK m. 130 gereğince; bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bilgisayar içindeki verilerin avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ilişkin olduğundan bahisle bilgisayara el konulmasına karşı çıkabilir. Bu durumda bilgisayar ayrı bir pakete konarak mühürlenmeli ve sulh ceza hâkiminden bir karar vermesi istenmelidir. Sulh ceza hâkimi tarafından bilgisayardaki verilerin avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ilişkin olduğu belirlendiğinde, bilgisayar derhal avukata geri verilir ve bu husustaki tutanaklar yok edilir. Ancak bilgisayardaki verilerin incelenebilmesi için CMK m. 134 gereğince sulh ceza hâkiminden karar alınması gerekmesi nedeniyle bilgisayardaki verilerin avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ilişkin olup olmadığının sulh ceza hâkimi tarafından tespit edilmesi sırasında verilerin incelenmesi, karar olmaksızın tedbirin uygulanmış sayılmasına ve hukuka aykırılığa neden olacaktır. Veriler incelenmeden sulh ceza hâkiminin nasıl tespitte bulunmasının mümkün olacağı da belirsizdir.

Kanaatimizce, avukatın bürosunda bulunan bilgisayardaki verilerin mutlaka avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiye ilişkin olduğunun kabulü gerekmektedir ve sulh ceza hâkiminin her halükarda bu yönde bir tespitte bulunması gerekmektedir. Hatta sulh ceza hâkiminin mutlaka bu tespiti yapacağı belli olduğu için de ilgili hususta yeni bir düzenleme yapılarak avukatın bürosundaki bilgisayar hakkında arama elkoyma yapılamayacağının düzenlenmesi yerinde olacaktır. Ayrıca bununla birlikte, avukatın üstü ve yanında taşıdığı eşyanın yalnız ağır ceza

⁴⁵⁵ BAŞTÜRK, s. 28

⁴⁵⁶ ŞAHİN, "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)", s. 278, DURAN, s. 195

mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinin mevcut olması halinde aranması mümkündür.⁴⁵⁷

Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde yakalanan avukatın yanında bilgisayar bulunması halinde, C. Savcısı tarafından bilgisayarın da aranması gerektiğine kanaat getirilirse, bu durumda C. Savcısı yargı çevresindeki sulh ceza hâkiminden bu tedbirin uygulanması için karar vermesini talep edebilir. Ayrıca Avukatlık Kanunu m. 58 gereğince avukat yazıhaneleri gibi konutlarının aranması için de mahkeme kararı gerekmekte olup, avukatın konutunda bulunan bilgisayarın aranabilmesi için soruşturmayı yürüten C. Savcısının bu hususta yargı çevresindeki sulh ceza hâkiminin bir karar vermesini talep etmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce, avukatların bilgisayarlarının aranması, avukatın ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü halinde yakalanması ve bilgisayarın avukatın yanında bulunması halinde mümkündür. Bu halde C. Savcısı sulh ceza hâkiminden tedbirin uygulanması için karar vermesini talep edebilecektir. Bununla beraber, bilgisayarın avukatın konutunda bulunması ve bu bilgisayara el konulması, avukatın konutunun aranmasına ilişkin soruşturmayı yürüten C. Savcısının sulh ceza hâkiminden tedbirin uygulanması için karar talep etmesi ve sulh ceza hâkiminin ise CMK m. 134 hükmünde yer alan şartların mevcut olması halinde tedbirin uygulanmasına karar vermesiyle mümkündür.

6. Avukat Bürolarında Elkoyma:

Adli arama tedbirini açıkladığımız bölümde işyerinde arama başlığı altında avukat bürolarında aramadan da bahsetmiş olmakla birlikte, avukat bürolarında elkoymayı ayrıca bu bölümde ele alacağız. Genel açıklamanın ardından elkoyma üzerinde durulacaktır.

Avukat bürolarında elkoymanın icrası genel hükümler çerçevesinde değil; CMK m. 130 hükümleri gereğince gerçekleştirilmekte olup, mahkeme kararına istinaden ve kararda bahsedilen olaya ilişkin şekilde ancak C. Savcısının denetimi altında yapılabilen avukat bürolarında arama neticesinde elkoyma mümkün olabilmektedir. Arama sırasında yalnız C. Savcısının denetimi kanun koyucu

⁴⁵⁷ ŞEN, “Yorumluyorum – XVII”, s. 311

tarafından yeterli görülmemiş olup, baro başkanının veya onu temsil eden bir avukatın da arama sırasında hazır bulunması gerektiğini düzenlemiştir. Büronun ait olduğu avukatın hazır bulunması halinde de baro başkanının veya onu temsil eden avukatın bulunması gerekir⁴⁵⁸, bu kişiler işlem (arama) tanığıdır.⁴⁵⁹

CMK m. 130'da belirtilen usule uygun şekilde gerçekleştirilen arama neticesinde hakkında elkoyma kararı verilen eşyalarla ilgili, bürosunda arama yapılan avukatın kendisi, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, söz konusu eşyanın avukat ile müvekkilin mesleki ilişkisine dair olduğundan bahisle elkoymaya muhalefet olabilir. Bu şekilde elkoymaya karşı gelindiği takdirde, ilgili eşya ayrı bir zarf veya pakete koyularak mühürlenir. Eşyanın gerçekten müvekkil ile avukat arasındaki mesleki ilişkiye dair bir eşya olup olmadığı hakkında karar vermesi için soruşturma evresinde olunduğu takdirde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde ise mahkemeden talepte bulunulur. Hâkim veya mahkeme tarafından iddia olunduğu gibi söz konusu eşyanın avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiyle ilgili olduğu tespit edildiği takdirde, el konulan eşyanın derhal avukata geri verilmesi gerekir ve bu husustaki tutanaklar da yok edilir. Bu hususa ilişkin kararların 24 saat içinde alınması gerekmektedir.

Ayrı bir zarf veya pakete konularak mühürlenene eşya hakkında karar verme yetkisinin soruşturma ve kovuşturma evresinde olunmasına göre hâkim veya mahkemeye ait olacağına ilişkin düzenlemeden anlaşılmaktadır ki; avukat bürolarında elkoyma tedbirine yalnız soruşturma evresinde değil, kovuşturma evresinde de başvurulması mümkündür.

Avukat bürolarında arama ve elkoyma tedbirine aynı suç nedeniyle birden fazla kez başvurulması mümkündür ancak aynı gerekçeye dayanılmaması gerekmektedir; ayrıca sunulan yeni gerekçenin de tekrar arama ve elkoyma yapılması için mantıklı olması gerekmektedir.⁴⁶⁰ Kısacası; tekrar arama ve elkoyma için uydurma bir gerekçe ileri sürülerek ilk gerekçeden farklı bir gerekçe yaratılmamalıdır. Tekrar avukat bürosunda arama ve elkoyma yapılması için gerçekten bir neden doğmuş olmalıdır.

⁴⁵⁸ ÖZEN, s. 743

⁴⁵⁹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 332, ÖRS, s. 133



Avukat bürolarında elkoyma kararının aramadan ayrı olarak verilmesi mi gerektiği ve bu kararı kimin vereceği kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte, doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre; mahkemenin arama kararı verirken elkoyma kararını da ayrıca vermesi gerekmektedir. Elkoyma, aramaya istinaden başvurulmuş bir tedbir olmakla birlikte, arama ve elkoymanın ayrı iki tedbir olması nedeniyle arama kararına dayanılarak elkoymanın icrası yapılamaz.⁴⁶¹

Düzenlemede, avukatın bürosunda arama ve elkoyma yapılması hususunda avukatın şüpheli veya sanık mı yoksa 3. Kişi mi olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde; avukatın şüpheli veya sanık olması halinde CMK m. 130 hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanabileceğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır.⁴⁶² Katıldığımız görüş gereğince ise avukat şüpheli veya sanık da olsa, eşyanın avukat ile müvekkil arasındaki mesleki ilişkiyle ilgili olması nedeniyle elkoymaya karşı koyulduğunda ve mahkemenin de bu yönde tespit yapması halinde, suç delili dahi olsa eşyanın avukata iade edilmesi gerekecek ve suç delili ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.⁴⁶³ Hatta avukat, müvekkilin suç ortağı olsa dahi bu husus geçerlidir.⁴⁶⁴ Kanun koyucu, düzenleme ile avukatın sır saklama yükümlülüğü ve savunma hakkı garanti altına almaktadır.⁴⁶⁵ Avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiyle ilgili olması, eşyanın avukata iade edilmesi için yeterlidir; bu husus dışında kalan detayların avukatın bürosunda elkoyma yapılamaması üzerinde etkisi yoktur.

CMK m. 130'da avukat bürolarında elkoyma kararına karşı denetim yolu mevcut değildir. CMK m. 267 gereğince, kanunda bu hususta düzenleme yer alıyorsa mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilecektir ancak avukat bürolarında arama ve elkoymaya ilişkin karar verme yetkisine sahip olan mahkemelerin bu kararlarına karşı itiraz edilebileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, itiraz kanun yolu açık değildir.

⁴⁶¹ ÖZEN, s. 742

⁴⁶² ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 331

⁴⁶³ ALDEMİR, s. 173, ÖZEN, s. 744, ŞEN, “Avukat, Hâkim ve Savcıların Aranması”, s. 340, KOCAOĞLU, s. 59, ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s.111, ŞEN, “Yorumluyorum – III”, s. 136

⁴⁶⁴ ÖZEN, s.744

⁴⁶⁵ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 374, ÖZEN, s. 744, ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 109

7. Kaçaklara İlişkin Elkoyma

Zorlama amaçlı elkoyma olarak da bilinen kaçaklara ilişkin elkoyma tedbiri özel bir elkoyma türüdür.⁴⁶⁶ Bu tedbir CMK m. 248’de düzenlenmiş olup, maddenin ilk fıkrasında amacı ve tedbirin uygulanış şekli, *“Kaçağın Cumhuriyet savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye’de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi veya mahkeme kararıyla elkonulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır. Elkoyma ve kayyım atama kararı müdafîine bildirilir.”* hükmü ile açıklanmıştır. Kaçağın yurtiçinde veya yurtdışında saklanıyor olması fark etmeksizin bu tedbire başvurulabilmesi mümkündür.⁴⁶⁷

Kaçaklara ilişkin elkoyma tedbirinin her suçla ilişkin olarak kaçak hakkında uygulanması mümkün olmayıp, CMK m. 248/2’de belirtilen katalog suçların varlığı söz konusu olduğu takdirde bu suçların şüphelisi veya sanığı olan kaçak hakkında kaçaklara ilişkin elkoyma tedbiri uygulanabilmektedir.

Kaçak hakkında söz konusu tedbirin uygulanabilmesi için kaçağın katalog suçlardan birini veya birkaçını işlediği hususunda şüphe bulunmalıdır ve kaçağın yalnız Türkiye sınırları içerisinde bulunan mal, hak ve alacaklarına el konulabilmektedir.⁴⁶⁸ Dolayısıyla, kaçağın yurtdışında bulunan mallarına elkoyma söz konusu değildir. Kaçağın katalog suçlardan birini işlediği hususunda gerekli olan şüphe derecesi makul şüphedir.⁴⁶⁹

Kaçaklara ilişkin elkoyma tedbirinin mutlaka hükmün verilmesine kadar uygulanması söz konusu değildir; CMK m. 248/4 gereğince; *“Kaçak yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir.”* düzenlemesi yapılmış olup, kaçaklara ilişkin elkoyma tedbirinin uygulanması

⁴⁶⁶ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 533, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 207, ŞEN, ERYILDIZ, s. 240

⁴⁶⁷ ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 533, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 207

⁴⁶⁸ ŞEN, ERYILDIZ, s. 242, ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 209, ALDEMİR, s. 373, ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR KIRIT, ALAN AKCAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 534,

⁴⁶⁹ ŞEN, ERYILDIZ, s. 242

sonucu amaca ulaşıldığında söz konusu tedbir kaldırılır. Kaçağın yakalanması veya teslim olması üzerine kaçaklara ilişkin elkoyma tedbirinin uygulanmasına devam edilmesi halinde kanuna aykırılık söz konusu olacaktır.

Kanun koyucu, kaçağın bakmakla yükümlü olduğu kimselerin bulunması halinde kaçağın malvarlığının tamamın el konulduktan sonra bakmakla yükümlü olduğu kimselerin malvarlığından tamamen mahrum kalmasını önlemeye yönelik düzenleme getirmiştir. Buna göre CMK m. 248/6 gereğince; *“Sulh ceza hâkimi veya mahkeme elkoymaya karar verdiğinde, kaçağın yasal olarak bakmakla yükümlü bulunduğu yakınlarının alınan tedbirler nedeniyle yoksulluğa düşebileceklerini saptarsa, bunların geçimlerini sağlamak üzere, elkonulan mal varlığından sosyal durumları ile orantılı miktarda yardımda bulunulması konusunda kayyımaya izin verir”*

VIII.ELKONULAN EŞYANIN MUHAFAZASI VEYA ELDEN ÇIKARILMASI

Muhafaza altına alma veya elkoyma, delil elde etmek ya da eşya hakkında müsadere kararı verildiğinde kararın yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla uygulanmakta olup, bu amaçlar doğrultusunda el konulan eşyanın muhafaza edilmesi gerekmektedir. CMK m. 132/4 gereğince; *“Elkonulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınır.”* Buna göre; el konulan eşyanın muhafaza edilmesi sırasında dış etkenlerden zarar görmemesi için muhafaza edildiği yerin önemi bulunmaktadır. Örneğin; eşyanın ıslanmaması, düşüp kırılmaması, ezilmemesi, kaybolmaması vb. için kilitli bir dolaba koyulması düzenlemede kast edilen ve alınması gereken tedbirlerdendir.

CMK m. 132/5 gereğince; *“Elkonulan eşya, soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhâl iade edilmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu bırakma, teminat gösterilmesi koşuluna da bağlanabilir.”* Düzenlemede açıklandığı üzere; elkonulan eşyanın, bakım ve koruma ile ilgili önlemleri almaları ve geri verilmesi istendiğinde hemen geri vermeleri şartıyla şüpheli, sanık veya başka bir kimseye eşyayı muhafaza

etmesi için verilmesi de söz konusu olabilir. Düzenlemenin nedeni, elkonulan eşyanın Devlete külfet olabilmesidir.⁴⁷⁰ Buna karar verme yetkisi soruşturma evresinde C. Başsavcılığına, kovuşturma evresinde ise mahkemeye aittir. C. Başsavcılığı veya mahkeme, elkonulan eşyanın şüpheli, sanık ya da diğer kişiye bırakılması karşılığında güvence gösterilmesine de karar verebilir. Bu durumda, C. Başsavcılığı veya mahkeme tarafından elkonulan eşyanın şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye bırakılması karşılığında, bu kişinin eşyanın bakım ve korumasını sağlaması ve C. Başsavcılığı veya mahkemece karar verilmiş olması halinde elkonulan eşya için teminat göstermesi gerekmektedir. Teminat gösterilmesi mutlaka istenecek bir şart değildir ancak elkonulan eşyanın bırakıldığı kimsenin bakım ve gözetime ilişkin tedbir alması mutlaka gereklidir.

Elkonulan eşyanın daha fazla muhafaza edilmemesine, hükmün verilmesinden önce elden çıkarılmasına karar verilmesi de mümkündür. Elden çıkarma kararı verme yetkisi soruşturma evresinde hâkimin, kovuşturma evresinde ise mahkemenin olup, elkonulan eşyanın zarar görmesi veya değerinde esaslı ölçüde azalma oluşma tehlikesinin var olması halinde elden çıkarma kararı verilmektedir. Elden çıkarma kararını verme yetkisi içinde bulunulan aşamaya göre hâkimde veya mahkemede olsa da karar verilmeden önce bu duruma ilişkin olarak eşyanın maliki olan şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişilerin dinlenmesi ve elden çıkarmaya ilişkin kararın bu kişilere bildirilmesi gerekmektedir. Duruşmalı olarak verilen elden çıkarma kararı için şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişilere duruşma tarih ve saati tebliğ edilmelidir. Tebliğe rağmen duruşmaya gelinmediği takdirde bu kişiler dinlenmeksizin elden çıkarma kararı verilmesi mümkündür.⁴⁷¹

Elden çıkarma kararının C. Savcısı tarafından verilememesi doktrinde bazı yazarlar tarafından eksiklik olarak görülmektedir ve CMK m. 131 hükmü gereğince eşyanın iadesine karar verme yetkisi bulunan C. Savcısının, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde el konulan eşyanın elden çıkarılmasına da karar verebilmesi gerektiği düşünülmektedir.⁴⁷² Ancak eşyanın el konulduktan sonra elden çıkarılması hususunda gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olması mümkün değildir. Gecikmesinde sakınca

⁴⁷⁰ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 95, ALDEMİR, s. 403

⁴⁷¹ ALDEMİR, s. 402

⁴⁷² ÖZEN, s. 719

bulunan halin varlığından söz edebilmek için delillerin kaybolması riskinin ve hâkimden karar almak için zaman olmaması halinin varlığı gerekmektedir. Hayatın olağan akışına göre eşyanın elden çıkarılmasına neden olabilecek bir gecikmesinde sakınca bulunan hal bulunmamaktadır. El konulmuş eşyanın elden çıkarılmasının acelesi yoktur ve bu nedenle C. Savcısının el konulan eşyanın elden çıkarılmasına karar verme yetkisinin olmasına gerek yoktur. Dolayısıyla doktrinde yer alan söz konusu görüşe katılmamaktayız.

Elkonulan eşyanın kanıt olarak muhafaza edilmesi gereğinin ortadan kalkması halinde, rayiç bedelin hemen ödenmesi karşılığında eşyanın ilgiliye verilmesi mümkündür. Böylece müsadere kararının konusu rayiç bedel olur. Doktrinde bizim de katıldığımız görüş gereğince; ancak elkonulan eşyanın ilgiliye rayiç bedel karşılığı verilmesi mümkün değilse elden çıkarılması gerekmektedir.⁴⁷³ İlgilinin rayiç bedeli ödemeyi kabul ederek eşyanın kendisine verilmesini istemesi karşısında, ilgiliye vermek yerine eşyanın elden çıkarılmasına karar verilmemelidir.

IX. ELKOYMANIN SONA ERMESİ

Elkoyma bir koruma tedbiri olduğundan, sürekli olarak uygulanması mümkün değildir; elkoymanın sona ermesi, elkonulan eşyanın iadesi veya müsadere edilmesi ile sona ermektedir.

A. Eşyanın İadesi

Şüpheliye, sanığa veya 3. Kişiye ait olan ve elkonulan eşyanın iadesi CMK m. 131'de düzenlenmiş olup, *“Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağıının anlaşılması halinde, re'sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir.”* El konulan eşyanın daha fazla Devletin eli altında tutulmasına gerek kalmadığı veya müsadere edilmeyeceğinin anlaşıldığı hallerde resen veya istem üzerine C. Savcısı, hâkim ya da mahkeme kararı üzerine el konulan eşyanın iadesi gerçekleştirilir. C. Savcısına el konulan eşyanın iadesi hakkında yetki

⁴⁷³ ÜNVER, HAKERİ, s. 932

verilmesindeki amaç, mülkiyet hakkına sahip kişilerin malvarlıklarına soruşturma aşamasında hızlıca ulaşmalarını sağlamaktır.⁴⁷⁴ Eğer C. Savcısının iade için yetkisi olmasaydı, C. Savcısının hâkimden talepte bulunması, sulh ceza hâkiminin de bu hususta bir karar vermesinin beklenmesi gerekirdi. Hatta hâkime ulaşılamaması halinde süreç daha da uzardı. Buna karşılık, soruşturma aşamasında C. Savcısının eşyanın iadesi için karar verme yetkisi bulunduğundan, iade işlemi için izlenmesi gereken yol kısalmıştır.

Eşyanın iadesi isteminin reddi halinde bu karara itiraz edilebileceği CMK m. 131’de düzenlenmiş olup, CMK m. 267 gereğince; “*Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.*” Eşyanın iadesine C. Savcısının, hâkimin veya mahkemenin karar verebilmesi ancak CMK m. 267’de C. Savcısının kararına karşı itiraz yoluna başvuruya ilgili düzenleme yer almaması nedeniyle belirsizlik söz konusudur. Doktrinde, C. Savcısının eşyanın iadesinin reddi kararına ilişkin CMK m. 267 kapsamında itiraz yoluna başvurulabileceği, bunun kendine özgü bir itiraz kanun yolu düzenlemesi olduğunu kabul eden bir görüş mevcuttur.⁴⁷⁵ Buna karşılık, C. Savcısının kararına itirazın hâkime başvurma veya hâkimden karar vermesini isteme şeklinde anlaşılması gerektiği görüşü de vardır.⁴⁷⁶ Bizim katıldığımız görüş, C. Savcısının eşyanın iadesi isteminin reddi kararına ilişkin CMK m. 267 kapsamında itiraz yoluna başvurulabileceği yönündedir. CMK m. 131’de ayırım yapılmaksızın ve aynı cümle içerisinde C. Savcısının, hâkimin veya mahkemenin eşyanın iadesine karar verebileceği düzenlenmiştir ve yine ayırım yapılmaksızın yalnızca istemin reddi kararlarına itiraz edilebileceği belirtilmiştir. Hükmün lafzından anlaşılmaktadır ki; C. Savcısının kararına itiraz da hâkim veya mahkemenin kararına itiraz ile aynı şekilde anlaşılmalıdır. Buna göre; kanun koyucu söz konusu düzenleme ile C. Savcısının kararına özgü itiraz kanun yolu getirmiş olup, C. Savcısının kararına karşı itirazdan kast edilenin hâkimden karar vermesinin istenmesi veya hâkime başvurma olarak anlaşılması amaçlanmamıştır. Bilinçli olarak mevcut şekilde düzenleme yapan kanun

⁴⁷⁴ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 359

⁴⁷⁵ ÖZEN, s. 719

⁴⁷⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 375, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 359, GENÇ, s. 147, CENTEL, ZAFER, s. 453

koyucunun amacının, C. Savcısının kararına karşı CMK m. 267 anlamında itiraz edilebilmesini mümkün kılmak olduğu düşüncesindeyiz.

El konulan eşyanın iadesi isteminin reddi kararına karşı itiraz yoluna başvurulabilmesine karşılık, eşyanın iadesi kararına karşı itiraz edilememektedir; eşyanın iadesi kararı kesindir.⁴⁷⁷

El konulan veya muhafaza altına alınan eşya kimin zilyetliğindeyken bu tedbir uygulandı ise eşyanın iadesi de o kişiye yapılır; malikin kim olduğuna göre iade işlemi yapılmaz.⁴⁷⁸ Fakat 3. Kişilerin eşya üzerinde hak iddia etmesi halinde, bu kişilerin hukuk mahkemesinde açacağı davanın sonuçlanması beklenmelidir.⁴⁷⁹ El konulan eşyanın iade edilmesi üzerine, eşyanın korunması ve muhafaza edilmesi için yapılan masrafların malik veya zilyetten talep edilmesi mümkün değildir.⁴⁸⁰

Koruma tedbirlerinin geçici olması özelliğinin bir gereği olarak el konulan eşyanın müsadere edilmesine karar verilmediği sürece bu eşyanın iade edilmesi gerekmektedir. Eşyanın müsadere edilmesine karar verilmemişse, hükümle beraber el koyulan eşyanın iade edilmesine karar verilmelidir.⁴⁸¹ CMK m. 256/2'ye göre; *“Kamu davası açılmış olup da iade edilmesi gereken eşya veya malvarlığı değerleri ile ilgili olarak esasla birlikte bir karar verilmemiş olması durumunda, mahkemece re'sen veya ilgililerin istemi üzerine bunların iadesine karar verilir.”* Düzenlemeye göre; hükümle birlikte karar verilmediği takdirde, mahkemenin daha sonra kendiliğinden veya ilgilinin talebi üzerine iade kararı vermesi ile eşyanın iadesi mümkündür.

CMK m. 131 düzenlemesinde kanun koyucu yalnız *“Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın”* düzenlemesini yapmış olup, kazançlara da el koymanın mümkün olmasına rağmen ‘kazanç’ kelimesinin kullanılmaması doktrinde eleştirilmektedir. Kazancın müsadere edilmeyeceğinin anlaşılması halinde ne yapılacağına ilişkin belirsizliğe yol açtığından, CMK m. 131'e el konulmuş kazanç da dahil edilmelidir.⁴⁸² Ancak her ne kadar bu konuda düzenleme yer almasa da kazancın

⁴⁷⁷ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 100, ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 358

⁴⁷⁸ YENER, ÜNVER, s. 931

⁴⁷⁹ GENÇ, s. 148

⁴⁸⁰ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 100

⁴⁸¹ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 102

⁴⁸² ÖZEN, s. 719

müsadere edilmemesi halinde eşyanın iade edilmesi kıyasen kazanç hakkında da uygulanarak kazancın iadesi yapılmalıdır.

CMK m. 131/2 gereğince; *“128 inci madde hükümlerine göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir.”* Hükme göre; taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbiri ile el konulan mağdura ait eşya ve malvarlığı değerleri ve delil olarak ihtiyaç olmaması halinde el konulan eşya ve malvarlığı değerleri mağdura iade edilir.

Suç Eşyası Yönetmeliği’nde, el konulan eşyanın iade edilmesinin hangi usule göre yapılacağı ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir ancak yeri gelmişken düzenlemelere özet olarak değinmekte fayda var. SEY m. 16 gereğince; C. Savcısı, hâkim veya mahkeme eşyanın iadesi kararı verdiğinde bu karar, dosyada yer alan emanet makbuzuyla beraber en geç 2 gün içinde C. Başsavcılığına tevdi edilir. Eşyanın sahibine iadesine karar verildiğinde, SEY m. 18’e göre; ilgili eşya eşyanın sahibine, yasal temsilcisine veya vekiline teslim ve tesellüm tutanağı ile kimliklerini ispatlamaları şartını yerine getirmesi üzerine teslim edilir. İadesine karar verilen eşya hakkında tür, cins, nitelik vb. sebeple duraksama bulunduğu, C. Savcısı bu konuda ek bir karar verilmesini mahkemeden ister. İadesine karar verilmesine rağmen sahibi tarafından alınmayan eşyalar ise SEY m. 21 gereğince; meşruhatlı tebligata rağmen 1 ay içinde alınmayan ya da tebligat yapılmamış kişilere ait eşya en geç 2 ay içinde satılır ve bedeli de milli bankalardan birine ilgili adına açılan vadeli hesaba yatırılır. Böyle bir halde satışa karar vermeye yetkili hâkim, suç eşyasının bulunduğu yer sulh ceza hâkimidir. İadesine karar verilmiş olup da sahibi tarafından alınmayan ve değeri bulunmayan eşyanın ise SEY m. 24 gereğince imha edilmesine karar verilir. Karar verme yetkisi, C. Savcısı başkanlığında, emanet memuru ve bir zabıt kâtibinden oluşan komisyona ait olup, bu komisyon tarafından imhaya karar verilir. İmha, bu komisyonun huzurunda gerçekleştirilir ve imhaya dair tutanak düzenlenir.

B. Eşyanın Müsadere Edilmesi

Elkoymanın sona ermesinin diğer bir yolu da el konulmuş eşyanın müsadere edilmesine karar verilmesidir. Hükümle birlikte eşyanın müsadere edilmesine karar verildiği takdirde el konulan eşyanın üstündeki mülkiyet hakkı son bulur ve müsadere

edilen eşyanın mülkiyeti Devlete ait olur.⁴⁸³ Kural olarak, müsadere kararının verilebilmesi için mahkûmiyet hükmü verilmesi gerekmektedir.⁴⁸⁴ Ancak istisna olarak, bulundurulması veya taşınması yasak olan eşya, mahkûmiyet hükmü olmasa da müsadere edilebilir.⁴⁸⁵ CMK m. 256/1 gereğince; “*Müsadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir.*” Buna göre; müsadere kararının hükümle birlikte verilmesi zorunlu değildir, bulundurulması veya taşınması yasak eşya hüküm olmadan müsadere edilebilir.

CMK m. 257 gereğince; “(1) 256 ncı maddeye göre verilmesi gereken kararlar, duruşmalı olarak verilir. (2) Müsadere veya iade olunacak eşya veya diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kimseler de duruşmaya çağrılır. Bu kişiler, sanığın sahip olduğu hakları kullanabilirler. (3) Çağrıya uymamaları, işlemin ertelenmesine neden olmaz ve hükmün verilmesini engellemez.” Düzenlemeye göre; müsadere kararının duruşmalı olarak verilmesi gerekmektedir. Hak sahibi olan kişiler de duruşmaya çağrılır ve bu kişiler de sanıkla aynı hakları kullanabilir. Duruşmaya çağırılmalarına rağmen gelinmemesi halinde, işlem ertelenmez ve yokluklarında hüküm verilir. Ancak CMK m. 259 gereğince; “*Suç konusu olmayıp sadece müsadereye tâbi bulunan eşyanın müsadereesine sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilir.*” Her ne kadar müsadere veya iade olunacak eşya hakkında kararın duruşmalı yapılması gerekiyor olsa da suç konusunu oluşturmayan, yalnız müsadereye tabi olan eşya hakkında verilecek karar için duruşma yapılmasına gerek yoktur.

Müsadere kararının hüküm ile birlikte verilmesi halinde, istinaf kanun yoluna başvurulabilmektedir. CMK m. 258 gereğince, “*256 ncı maddeye göre verilecek hükümlere karşı Cumhuriyet savcısı, katılan ve 257 nci maddede belirlenen kişiler için istinaf yolu açıktır.*” Hükümle birlikte müsadere kararının verildiği, CMK m.256 hükmüne göre müsadere kararı verildiği hallerde C. Savcısı, katılan veya eşya ya da

⁴⁸³ ALDEMİR, s. 407, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 375, ALTUĞ, s. 53, ACAR, s. 95, DALKILIÇ/Aysun, *Türk Ceza Hukukunda Müsadere* (Ankara: Seçkin, 2013) s. 37

⁴⁸⁴ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 106, ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 376

⁴⁸⁵ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 106

malvarlığı değeri üzerinde hak sahibi olan kişiler tarafından istinaf yoluna başvurulabilmektedir. Ancak Bölge Adliye Mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesinin kararı onanırsa artık temyiz kanun yoluna başvurulamaz.⁴⁸⁶

Müsadere, TCK m. 54 ve 55'te düzenlenmiş olup, eşya müsadere ve kazanç müsadere olmak üzere iki başlığı vardır. Ancak düzenlemelerde yalnız eşya ve kazanç müsadereye yer verilmemiş; eşdeğer müsadere ve kaim değer müsadere de TCK m. 54 ve 55'te düzenlenmiştir.⁴⁸⁷ TCK m. 54/1 gereğince; *“İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadereye hükümlenir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.”* Bununla beraber, TCK m. 54/4 gereğince; *“Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.”* Örneğin; nitelikli hırsızlık suçunda kullanılan maske, suç neticesinde ele geçirilen paraların koyulacağı çantalar, suç işlenmesi sırasında kullanmak için hazırlanmış bomba vb. eşyalar TCK m. 54'te yer alan düzenleme gereğince müsadere edilir. Müsadereye tabi eşyaya elkoyma sırasında bu eşyanın bütünleyici parçalarına da el koyulur. Bununla birlikte eşyanın teferruatı olan ve suçun işlenmesinde fonksiyonu olan eşya da müsadere edilir ancak eşyanın teferruatı olmasına rağmen suçun işlenmesi hususunda bir fonksiyonu yoksa bu nitelikteki tabancanın kılıfı, çantası gibi eşyalar, müsadereye tabi olan eşya ile birlikte müsadere edilemez.⁴⁸⁸

Eşdeğer müsadere TCK m. 54/2'te düzenlenmiş olup, *“Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsadere edilmesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadereye karar verilir.”* Eşdeğer müsadere ile eşyanın tüketilmesi, yok edilmesi gibi çeşitli nedenlerle müsadere edilmesinin mümkün olmaması halinde eşyanın değerine denk düşen paranın müsadere edilmesine karar verilir. Örneğin; ülkeye kaçak yollardan petrol getirilmesi ve petrolün tüketilmiş olması nedeniyle müsadere edilememesi halinde ülkeye sokulmuş olan petrolün değeri kadar para miktarının

⁴⁸⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 376

⁴⁸⁷ ALDEMİR, s. 407, ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 375

⁴⁸⁸ ALDEMİR, s. 410

müsadere edilmesine karar verilecektir. Eşdeğer müsadereye yalnız eşyanın kendisine el koyulması mümkün değil ise karar verilmektedir. Ülkeye kaçak yollardan getirilen petrol tüketilmemiş ise petrole elkoymak yerine eşdeğer müsadere kararı verilemez.

TCK m. 55/1 gereğince; *“Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.”* Kazanç müsaderesinin konusu, suçun işlenmesi sonucu elde edilen veya suçun konusu olan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi yararlar ve bunların değerlendirilmesi veya değiştirilmesi ile oluşan ekonomik kazançlar olup, bu özellikteki kazançların müsadere edilmesine karar verilmektedir. Örneğin; uyuşturucu madde ticareti sonucu elde edilen paralar kazanç müsaderesinin konusudur.

Kaim değerlerin müsaderesi ise TCK m. 55/2’de düzenlenmiş olup, *“Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.”* Müsaderenin konusunu oluşturan eşya veya maddi yarara el konulamaması veya yetkili mercie teslim edilmemesi halinde, müsadere konusu eşya veya maddi yararın karşılığı olan maddi değerın müsadere edilmesine karar verilir. Örneğin; çalınan telefonun 10.000 TL’ye satılması halinde, 10.000 TL tutarındaki paranın müsadere edilmesine karar verilmesi halinde kaim değerın müsaderesi söz konusudur. Doktrinde, eşdeğer müsadere olarak açıkladığımız TCK m. 54/2 hükmünün kaim değerlerin müsaderesi olduğu yönünde görüş de bulunmaktadır⁴⁸⁹ ancak eşdeğer müsadere ve kaim değerın müsaderesi birbirine çok benzese de aynı değildir. Şöyle ki; eşdeğer müsaderede, herhangi bir nedenle müsadere konusu eşyanın müsaderesi imkânsız olup, mutlaka failin bu eşyayı satmış olup yerine maddi değer kazanmış olması gerekmez.⁴⁹⁰ Buna karşılık, kaim değerlerin müsaderesinde müsadereye tabi olan eşyanın elden çıkarılması ve yerine malvarlığına maddi bir değer girmesi söz konusu olup, malvarlığına giren maddi değerın müsadere edilmesine karar

⁴⁸⁹ ALTUĞ, s. 184

⁴⁹⁰ ACAR, s. 256, ÖZBEK/Veli Özer, DOĞAN/Koray, BACAŞIZ/Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2020) s. 639

verilmesi söz konusudur.⁴⁹¹ Açıklanan nedenlerle, TCK m. 54/2'deki müsadereye tabi eşyanın müsaderesinin elden çıkarılması, tüketilmesi gibi nedenlerle imkânsız hale gelmesi halinde eşyanın değeri kadar paranın müsadere edilmesi kaim değer müsaderesi değil, eşdeğer müsaderedir.

TCK m. 54/1'de *“kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan”* düzenlemesi yer almakla, yalnız kasten işlenen suçların söz konusu olması halinde müsaderenin mümkün olduğu, suçun kasten işlenmemiş olması halinde müsaderenin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin; taksirle işlenen bir suçta, yayaya çarpan kişinin arabası hakkında suç işlenmesinde kullanıldığı gerekçesiyle müsadere karar verilemez ve araba müsadere edilemez.

X. HUKUKA AYKIRI ELKOYMA

Elkoymanın hukuka aykırı şekilde icra edilmesi nedeniyle ceza ve usul hukukuna ilişkin bir takım sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Elkoymanın hukuka uygun şekilde yapılmamış olması, ceza yargılamasının seyrini değiştirmeye neden olabilen, adaletin tecellisini engelleyebilen, suçluların cezalandırılmasını dahi önleyebilen bir güce sahip olduğundan, ceza muhakemesinde büyük öneme sahiptir. Ayrıca hukuka aykırı elkoyma nedeniyle belirli hallerde hukuka aykırı elkoymaya maruz kalan kişinin tazminat hakkı doğmaktadır.

A. Hukuka Aykırı Elkoyma Halleri

CMK'da elkoymanın genel hükümlerinde ve özel hallerini düzenleyen hükümlerinde elkoyma koruma tedbirinin hangi usulle, hangi merciin kararıyla, kimler hakkında, nerede ve ne zaman uygulanabileceği gibi çeşitli sorulara cevap veren düzenlemeler yer almaktadır. İşte bu düzenlemelerde kanun koyucunun açıkladığı şekilde elkoymanın tatbiki yapılmadığında ortaya hukuka aykırılık çıkmaktadır. CMK hükümleri uyarınca aşağıdaki hallerde elkoyma tedbirinin tatbik edilmesi durumunda söz konusu elkoyma hukuka aykırı olacaktır:

⁴⁹¹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, s. 639

-Devlet sırrı niteliğindeki belgelere el koyulması yasak olup, CMK m. 125 gereğince; devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin bulunduğu belgeler, yalnız mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir ve sadece suçun aydınlatılmasına ilişkin bilgiler yine hâkim veya mahkeme tarafından tutanağa geçirilir. Devlet sırrı niteliğindeki belgelere el koyulması halinde hukuka aykırı elkoyma söz konusu olacaktır.

-Şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişiler arasında geçen mektup ve belgelere, bu mektup ve belgeler şüpheli veya sanıkta ya da tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişilerin nezdinde olduğu sürece el koyulması yasaktır. Bu kişilerin nezdinde bulunduğu halde söz konusu mektup ve belgelere el koyulması halinde elkoymanın hukuka aykırı olması söz konusu olacaktır.

-CMK m. 127 gereğince; elkoyma kararı verme yetkisi hâkimindir ve yalnız gecikmesinde sakınca bulunan bir hal söz konusu ise C. Savcısının, C. Savcısına ulaşılamaması halinde ise kolluk amirinin yazılı emir verme yetkisi bulunmaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan bir halin mevcut olmamasına rağmen C. Savcısının yazılı emriyle veya C. Savcısına ulaşılamama durumu söz konusu olmadığı halde kolluk amirinin yazılı emriyle elkoyma tedbirinin uygulanması söz konusu olduğunda, uygulanmış olan elkoyma tedbiri hukuka aykırı nitelikte olacaktır. Yine CMK m. 127/3 düzenlemesi gereğince; C. Savcısının veya kolluk amirinin yazılı emriyle yapılan elkoymanın 24 saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmaması halinde elkoyma hukuka aykırı olacaktır. CMK m. 127/6 gereğince de; askeri mahallerde elkoyma işleminin düzenlemeye belirlendiği üzere C. Savcısının nezdinde ve askeri makamların katılımıyla adli kolluk tarafından yerine getirilmesi gerekip, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının yazılı emriyle tatbik edilir. Eğer düzenlemeye belirtilen kişiler hazır bulunmuyorsa veya gecikmesinde sakınca bulunan bir olmadığı halde C. Savcısının yazılı emriyle tedbir uygulanmışsa, askeri mahallerde elkoyma işlemi hukuka aykırı olacaktır.

-Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirinde ise, bu tedbirin uygulandığı taşınmaz, hak ve alacaklara söz konusu suçun işlenmesi veya bu suçtan elde edilmiş olduğuna dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunmadığı halde el koyulmuş olması halinde, CMK m. 128 hükümlerine aykırılık oluşmuş olacaktır. Suçun katalog suçlar arasında olmaması veya hâkim kararı alınmaksızın tedbirin

uygulanması hallerinde de elkoymanın hukuka aykırı şekilde icra edilmesi söz konusu olacaktır.

-Postada elkoyma tedbirinin, CMK m. 129 hükümlerine aykırı olarak delil olduğu şüphesi ve adliyenin elinin altında bulunması zorunluluğu olmadan uygulanması veya hâkim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının yazılı emrinin bulunmamasına rağmen uygulanması durumunda hukuka aykırılık ortaya çıkar. Bununla beraber kolluğun, şartları bulunmaması ve C. Savcısının talimatı olmamasına rağmen zarf ve paketleri açması halinde de hukuka aykırılık doğacaktır.

-Avukat bürolarında elkoyma yapılması için mahkeme kararı bulunmaması, C. Savcısının denetiminde olmaması veya baro başkanı ya da onu temsil eden bir avukatın hazır bulunmaması hallerinde veya postada elkoyma işlemi CMK m.130/2 hükümlerine uygun yapılmadığında, elkoyma hukuka aykırı olur.

-CMK m. 132 gereğince; elkoyulan eşyanın zarar görmemesi veya değerinin düşmemesi için tedbir alınması gerekliliği karşısında, tedbir alınmadığı ve bu sebeple de eşyanın zarar görmesi veya değerinin düşmesi halinde elkoyma hukuka aykırı olur.

-Suçun şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmesine ilişkin kuvvetli şüphe söz konusu olmadığı ve maddi gerçeğe ulaşılması için gerekmemesi karşısında, CMK m. 133 hükümleri uygulanarak şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirinin uygulanması halinde elkoyma hukuka aykırı olur.

-Hâkim kararı olmaksızın CMK m. 134 gereğince bilgisayarlarda, bilgisayar programlarına ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma yapılması halinde yapılan elkoyma hukuka aykırı olur.

Uygulamada hatalı olarak, elkoymanın aramadan ayrı bir koruma tedbiri olmasına rağmen elkoyma ile yakın bağı bulunan arama için verilen kararlar aramanın devamı olarak düşünülerek ayrı bir karar alınmaksızın elkoyma işlemi yapılmakta ve bu sebeple elkoymanın hukuka aykırılığı ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; elkoyma, arama tedbirinden sonra uygulanan bir tedbirdir ve aramayı tamamlamaktadır ancak nihayetinde iki koruma tedbiri birbirinden ayrıdır ve ayrı kararlara istinaden uygulanmaları gerekmektedir. Bu sebeple her ne kadar hukuka uygun bir arama kararına istinaden arama yapılmış olsa da elkoyma tedbirinin uygulanması

gerektiğinde elkoyma için ayrı bir karar alınmalıdır. Aksi halde elkoyma hukuka aykırı olacaktır. Bahsettiğimiz husus, arama kararı verilmesinin elkoyma tedbiri uygulanmasını sağlamamasıdır. Arama kararı verilirken aynı zamanda elkoyma için de karar verilebilir. Ancak elkoyma kararı verilmeksizin arama kararı ile elkoyma yapılması, ortada bir elkoyma kararı olmadığından hukuka aykırıdır.

Elkoymanın hukuka aykırılığı yalnız açıklanan ilgili hükümlere aykırılık halinde ortaya çıkmamaktadır; elkoyma, arama tedbirinin devamında uygulanan bir tedbir olduğundan, elkoymanın uygulanması ilgili CMK hükümlerine uygun olmasına rağmen eğer arama hukuka aykırı şekilde icra edilmişse aramanın hukuka aykırılığı neticesinde elkoyma da hukuka aykırı olacaktır. Aramanın hukuka aykırı olması nedeniyle aslında hukuka uygun şekilde icra edilmiş olan elkoyma tedbirinin hukuka aykırı hale gelmesinin nedeni, Arama bölümünde değindiğimiz üzere ‘zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir.’ kuralıdır. Bu kural, hukuka aykırı delilden elde edilen bilgilerin kullanılmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir.⁴⁹² Arama hukuka aykırı olduğunda, bu hukuka aykırı aramaya sonrasında ve arama neticesinde elkoyma tedbiri uygulandığından, elkoyma da hukuka aykırı hale gelmektedir. Kısaca özetlersek; zehirli ağaç olan aramanın meyvesi olan elkoyma da zehirlidir. Bu nedenle, elkoymanın hem yukarıda da özetle açıkladığımız düzenlemelere uygun olması hem de elkoyma öncesinde uygulanan aramanın hukuka uygun olması gerekmektedir; aksi halde elkoyma hukuka aykırı olacaktır.

B. Hukuka Aykırı Elkoymanın Hukuki Sonuçları

1. Eşyanın Delil Değerini Kaybetmesi

Hukuka aykırı elkoyma neticesinde elde edilen delil, tedbirin hukuka aykırı olması nedeniyle ceza muhakemesinde kullanılmamakta ve mahkûmiyet hükmüne esas alınamamaktadır. Diğer bir ifadeyle; el koyulan eşya delil değerini kaybetmektedir. Söz konusu sonuç, Anayasa m. 38/6 ‘daki “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” ve CMK m. 206/2-a’daki “*Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse*” delilin reddedileceği ile CMK m. 217/2’deki “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*”

⁴⁹² DÜLGER/Murat Volkan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)* (Ankara: Seçkin, 2014) s. 108

düzenlemelerinden ortaya çıkmaktadır. Bu düzenlemelerin lafzından, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delilin, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yetkili makamlar, elkoymanın ilgili hükümlere uygun şekilde uygulanmaması halinde ortaya söz konusu eşyanın delil değerinin kaybetmesi sonucunun çıkacağını bildiklerinden, tedbirin uygulanması sırasında kanuna uygun hareket edilmesine özen gösterecek ve hukuka aykırılığın ortaya çıkmasını önleyeceklerdir.⁴⁹³ Bu açıdan, hukuka aykırı elkoyma neticesinde delil olarak değerlendirme yasağının söz konusu olması, soruşturmaların hukuka uygun şekilde yapılması yönünden yetkili makamlar üzerinde zorlayıcı ve hukuka uygun yöntemleri benimsemeleriyle soruşturmayı yürütmeleri hususunda yol gösterici olmaktadır.

İster elkoymaya ilişkin kanun koyucunun belirlediği düzenlemelere aykırı şekilde tedbirin uygulanmasıyla, ister aramanın hukuka aykırı olması nedeniyle elkoyma hukuka aykırı hale gelsin, hukuka aykırılık sebeplerinin sonuçları bakımından bir fark bulunmamaktadır; iki durumda da elkoyma neticesinde elde edilen delil değerlendirilemeyecektir. Yargıtay, arama ve elkoyma işlemlerinin hukuka aykırılığından bahisle sürekli bozma kararı vermektedir. Örneğin; makul şüphe olmadan ve C. Savcısına ulaşılamaması hali olmadan kolluk amirinin izniyle araçta arama ve elkoyma yapılması neticesinde araçta ele geçirilen suç eşyasının mahkûmiyete esas alınamayacağına karar verilmiştir.⁴⁹⁴ Usulüne uygun arama kararı olmadan yapılan arama ve elkoyma hukuka aykırı olduğundan, tedbirlerin hukuka aykırı şekilde uygulanmasıyla ele geçirilen suç eşyaları delil olarak hükme esas alınamaz.⁴⁹⁵

2. Ceza Sorumluluğu

Elkoymanın hukuka aykırılığı, kanun hükümlerine yetkililer ve kamu görevlilerince riayet edilmemesi, usule ve yasaya aykırı işlem yapılması sonucu

⁴⁹³ ŞEN, ERYILDIZ, “Elkoyma”, s. 308

⁴⁹⁴ Yargıtay 8.CD E:2019/23580 K:2020/837 KT:15.01.2020 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 10.03.2021)

⁴⁹⁵ Yargıtay 8. CD E:2016/2055 K:2017/504 KT:19.01.2017 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 10.03.2021), Yargıtay 16.CD E:2016/2112 K:2017/1164 KT:08.03.2017 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 10.03.2021), Yargıtay 8.CD E:2018/1426 K:2018/4678 KT:25.04.2018 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 10.03.2021)

oluşmaktadır. TCK m. 257 gereğince; *“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi”* görevi kötüye kullanma suçunu işlemektedir. Ayrıca *“Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi”* de görevi kötüye kullanma suçunu işlemektedir.

Hukuka aykırı elkoyma ile kişilerin mağdur olmasına ya da kamunun zarara uğramasına veya kişilere haksız bir menfaat sağlanmasına sebep olan kamu görevlisi hakkında TCK m. 257 hükümleri uygulanır. Eğer kamu görevlisi, bu sonuçların oluşmasına vazifesinin gereğine aykırı hareket ederek neden olmuşsa, TCK m. 257/1 hükmü uygulanmaktadır. Buna karşılık, kamu görevlisi tarafından vazifesinin gereğini yapmakta ihmali şekilde veya gecikme ile söz konusu sonuçların ortaya çıkmasına sebebiyet vermişse, kamu görevlisi hakkında TCK m.257/2 hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

CMK m. 128/8 gereğince; *“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.”* Taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma tedbiri kararının gereğine aykırı hareketle bulunulması durumunda TCK m. 289 hükmü ile düzenlenen muhafaza görevini kötüye kullanma suçu işlenmektedir. TCK m. 289/1 gereğince; *“Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi,”* muhafaza görevini kötüye kullanma suçunu işlemiş olmaktadır. Kişi, tasarrufta bulunmayıp, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık suretiyle malın kaybolmasına veya bozulmasına neden olmuşsa, bu kişi hakkında TCK m. 289/3 hükmü uygulanır. Bu hükme göre; *“Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan malın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır.”* Muhafaza görevini kötüye kullanma

suçunu işleyen failin suç neticesini telafî etmesi durumunda cezada indirim yapılır. TCK m. 289/2’de düzenlenen bu hüküm şöyledir: “ Birinci fıkrada tanımlanan suçun konusunu oluşturan eşyayı kovuşturma başlamadan önce geri veren veya bunun mümkün olmaması halinde bedelini ödeyen kişi hakkında verilecek cezaların beşte dördü indirilir.” Tasarrufta bulunulmasa veya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak el konulan eşyanın kaybolmasına veya bozulmasına neden olunmasa da eğer bu eşya amacı dışında kullanılmışsa suç oluşmaktadır. TCK m. 289/4 hükmü gereğince; “Bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyayı amacı dışında kullanan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

3. Tazminat Sorumluluğu

CMK m. 132/4 gereğince; “Elkonulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınır.” Tedbirlerin alınmaması nedeniyle eşyanın kıymetinde azalma meydana gelmesi veya eşyanın zarara uğraması sonuçları ortaya çıkarsa, CMK m. 141/1 hükmü gereğince; maddi ve manevi zararların tazmini Devlettten istenebilmektedir. CMK m. 141/1-j düzenlemesine göre; “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” kişilerin zararının tazminini istemesi mümkündür. Söz konusu düzenlemede sayılan hallerden birinin mevcut olması tazminat davasının açılması için yeterlidir ancak bu haller dışında bir nedene dayanılarak tazminat talep edilemez.⁴⁹⁶

Tazminat talep etme hakkı, şartları bulunmamasına rağmen eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine el konulan, korunması için tedbir alınmayan, amaç dışı kullanılan ya da geri verilmesi gereken, zamanda geri verilmeyen kişilere aittir.⁴⁹⁷ Bu kişiler, şüpheli veya sanık olabileceği gibi el konulan eşyanın maliki olan 3. Kişiler de olabilir.⁴⁹⁸ Doktrinde bir görüşe göre; zarara uğrayan el konulan eşyanın zilyetleri de tazminat davası açma hakkında sahip olmalıdır.⁴⁹⁹ Söz konusu görüşün kabul edilmesinde bir kanuna aykırılık olmayacağı, kanun koyucunun düzenlemede ‘eşyanın

⁴⁹⁶ ALDEMİR, s. 422

⁴⁹⁷ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 372

⁴⁹⁸ ÖZTÜRK, EKER KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 372

⁴⁹⁹ ŞAHİN, “Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları”, s. 336

sahibi' kelimesini kullanmayıp, yerine 'ilgili' kelimesini özellikle kullandığını kabul ettiğimizde malikin tazminat talep edebilmesinin yanında zilyedin de bu hakka sahip olabileceği kabul edilmelidir. Buna göre; tazminat talep etme hakkına sahip olanlar eşyanın maliki olan şüpheli, sanık veya 3. Kişi olabileceği gibi, zilyet de olabilir. Ancak zilyet bu hakkını malik tazminat talep etmediği takdirde kullanma hakkına sahip olmalıdır. Hem malikin hem zilyedin aynı anda bu hakka sahip olması halinde, tek bir hukuka aykırı işleminden dolayı iki kez tazminat ödenmesi gibi sorunlarla karşılaşılma ihtimali doğacaktır.

Elkoyma tedbiri ile ilgili CMK m. 141/1-j'de sayılmış haller nedeniyle tazminat talep etme hakkına sahip olan kişiler yalnız gerçek kişiler değildir; eşya veya malvarlığı değerinde zarar meydana gelmesi nedeniyle tüzel kişiler de tazminat davası açma hakkına sahiptir.⁵⁰⁰

Kişinin eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine koşulları oluşmadığı halde el konulması halinde tazminat talep edilebilecektir. Söz konusu koşullar, CMK m. 123 ve devamı hükümlerinde elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için varlığı aranan şartlardır. Örneğin; devlet sırrı niteliğindeki belgelere el koyulması, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında geçen ve bu kişilerin nezdinde bulunan belgelere el koyulması, hâkim kararı olmaksızın veya gecikmesinde sakınca bulunan bir hal bulunmaksızın C. Savcısının yazılı emriyle elkoyma tedbiri uygulanması gibi hallerde koşulları oluşmamasına rağmen elkoyma söz konusudur. Bu örnekler, CMK hükümlerinde aranan şartlara göre çoğaltılabilmektedir.

El konulan eşya veya diğer malvarlığı değerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması halinde Devletten tazminat talep edilmesi mümkündür. CMK m. 132/4'teki "*Elkonulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınır.*" hükmü gereğince, eşyanın değerinin korunması veya zarar görmemesi için tedbir alınması zorunlu olup, eşyanın iade edilmesi sonucu eşyanın değer kaybı yaşadığını veya zarara uğradığını gören kişi, oluşan zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir. Örneğin; el konulan arabanın açık otoparkta bırakılması ve dolu yağması sonucu arabanın kaputunda göçükler oluşması, ön camının kırılması

⁵⁰⁰ ÖZTÜRK, EKER, KAZANCI, SOYER GÜLEÇ, s. 372, ŞAHİN, "*Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları*", s. 337, GÜNAY, s. 23

nedeniyle el konulan eşyanın hem zarar görmesi hem de değer kaybı yaşaması söz konusudur. Bu sebeple, kişinin Devletten tazminat talep edebilmesi mümkün olacaktır. Suçta kullanıldığı gerekçesiyle el konulan ruhsatlı tabancanın muhafaza edildiği yerde su basması gerçekleşmesi ve önlem alınmaması nedeniyle tabancanın su alıp şişmesi ve kullanılmaz hale gelmesi nedeniyle kişinin oluşan zararını Devletten talep etmesi mümkündür.

Eşyanın gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle zarar görmesi veya değer kaybı yaşaması halinde tazminat talep edilebilmesi yalnız elkoyma için geçerli olmayıp, muhafaza altına alma tedbirinin uygulandığı eşya hakkında da CMK m. 141/1-j hükmüne dayanılarak tazminat talep edilmesi mümkündür.⁵⁰¹ Yargıtay da eşyanın rıza ile tesliminin işlemin elkoyma mahiyetini kaldırmayacağını ve CMK m. 141/1-j gereğince öngörülen hallerden birinin mevcut olması halinde kişinin tazminata hak kazanacağına karar vermiştir. Söz konusu karara konu olayda kişi rıza ile hayvanlarını teslim etmiş, sonrasında hayvanların davacıya iadesine karar verilmiş ancak iade yapılmamıştır. Bu nedenle kişi maddi tazminata hak kazanmıştır.⁵⁰² Buna göre; söz konusu işlem muhafaza altına alma olsa dahi eşyanın rıza ile teslim edilmesine karşılık elkoyma mahiyetinde olduğu ve koşulları oluşmamasına rağmen elkoyma tedbirinin uygulanması, eşyanın korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması veya eşyanın zamanında geri verilmemesi söz konusu olduğunda, oluşan zararın Devletten talep edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

El konulan eşyanın amaç dışında kullanılması halinde tazminat talep edilebilecektir. CMK m. 123 gereğince; “İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderecinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri” şeklinde düzenleme yapılmış olup, elkoymanın amacı delil elde etme veya müsadereye tabi eşyanın müsadere edilmesine karar verilene kadar muhafaza edilmesini sağlamak olduğundan, amaca yönelik hareket edilmesi gerekmektedir. Bu amaçlarla ilgisi olmayan bir kullanım halinde Devletten maddi ve manevi tazminat talep edilmesi mümkün olacaktır. Örneğin; el konulan tabancanın, elkoyma tedbirinin uygulanmaya devam edildiği sırada kullanılması nedeniyle eşyanın sahibi veya zilyedinin zarar

⁵⁰¹ ALDEMİR, s. 425

⁵⁰² Yargıtay 12.CD E:2016/1273 K:2018/3778 KT:02.04.2018 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 13.03.2021)

görmesi halinde, söz konusu eşyanın amaç dışında kullanılması söz konusu olduğundan Devletten tazminat istemeleri mümkündür.⁵⁰³ Ancak el konulan eşya müsadere edildiği takdirde, el konulan eşyanın amaç dışında kullanılması nedeniyle tazminat isteminde bulunulamaz.⁵⁰⁴

El konulan eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin zamanında geri verilmemesi halinde de Devletten tazminat talep edilebilecektir. Hâkim kararı olmaksızın C. Savcısının veya kolluk amirinin yazılı emriyle elkoyma yapılması halinde, elkoyma kararının 24 saat içinde hâkim onayına sunulması gerekmekte olup, hâkim kararını elkoymadan itibaren 48 saat içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar. Elkoymanın kendiliğinden kalkması ile eşyanın sahibine geri verilmesi gerekmekte olup, iade edilmediği takdirde eşyanın zamanında geri verilmemesi sonucu ortaya çıkacaktır. El konulan eşyanın muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılmaması durumlarında iadesine karar verilmesi halinde de iade etmekte zaman geçirilmesi nedeniyle tazminat talep edilebilir. Yargıtay, 24 Ocak 2008’de el konulan araçların iadesine 13 Şubat 2009 tarihinde karar verilmesinden sonra 20 Mart 2009’de fiilen iade yapılmasına ilişkin olayda, el konulan eşyanın zamanında geri verilmemesi halinin var olduğunu kabul etmiştir.⁵⁰⁵

Elkoyma tedbirine ilişkin CMK m. 141/1-j hükmünde yer alan şartların gerçekleşmesi halinde tazminat talebi hususunda takip edilecek usul, CMK m. 142 düzenlemesidir. Söz konusu hüküm gereğince; kişi, karar veya hükmün kendisine tebliğ edilmesinden başlayarak 3 ay içerisinde ve her halde 1 yıl içerisinde tazminat talebinde bulunması gerekmektedir; bu süreler hak düşürücüdür. Ancak doktrinde; CMK m. 141/1-j dolayısıyla tazminat talep etme hakkının verilecek hükümle bağlantılı olmaması nedeniyle hüküm verilmeden önce de tazminat davası açmanın mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁵⁰⁶

CMK m. 142’de tazminat isteminin koşulları açıklanmış olup, bu madde gereğince; tazminat davası, elkoyma nedeniyle zarara uğrayan kişinin oturduğu yer

⁵⁰³ ALDEMİR, s. 426

⁵⁰⁴ CANOĞLU, s. 119

⁵⁰⁵ Yargıtay 12.CD E:2016/1576 K:2016/8795 KT:25.05.2016 (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> 13.03.2021)

⁵⁰⁶ GÜNAY, s. 116

ağır ceza mahkemesinde veya elkoyma tedbiriyle ilgili olan ağır ceza mahkemesi dışında oturduğu yerde başka bir ağır ceza mahkemesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde görülür ve karara bağlanır.

Tazminat talebi dilekçesinde, talep edenin açık kimlik ve adresi, tazminat talebine neden olan işlemin ne olduğunu ve zararın niteliği ile niceliğini belirtmesi ve bunlara ilişkin belgeleri dilekçeye eklemesi gerekmektedir. Söz konusu bilgi ve belgelerin yeterli kısmı eklenmediği takdirde, mahkeme tarafından eksik kısımların telafisi için 1 ay süre verilir ve bu sürede eksikliği gidermemesi halinde tazminat talebinin reddedileceği ilgiliye bildirilir. 1 ay içerisinde eksikliğin giderilmemesi nedeniyle dilekçenin reddine karar verildiğinde, itiraz yolu açıktır. Dosyada eksiklik bulunmadığında ise mahkeme, dilekçe ve belgelerin örneğini beyan ve itirazları varsa 15 gün içerisinde yazılı olarak bildirmesi istemiyle Devlet Hazinesinin yargı çevresindeki temsilcisine gönderir.

Mahkeme, talebin ve belgelerin incelenmesi ve tazminat hukukunun genel kuralları uyarınca verilecek tazminat miktarının belirlenmesi için gerek duyulan bütün incelemeleri yapmaya veya hâkimine yaptırmaya yetkilidir. Tazminat kararı duruşmalı olarak verilir; talepte bulunan veya Hazine temsilcisinin açıklamalı çağrı kâğıdı ile çağırılmasına rağmen duruşmaya katılmaması halinde yokluklarında karar verilebilir. Karara karşı istinaf başvurusunda bulunmaya hakkı olanlar talepte bulunan C. Savcısı veya Hazine temsilcisi olup, inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır.

Tazminat davalarında Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre hesaplanan nispi avukatlık ücreti ödenir. Ancak bu ücret, sulh ceza hâkimliklerinde takip edilen işler için belirlenen maktu ücretten az, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için belirlenen maktu ücretten fazla olamaz.

Tazminata ilişkin mahkeme kararlarının icra takibine konulabilmesi için bu kararların kesinleşmesi ve idari başvuru sürecinin tamamlanması gerekmektedir. Kesinleşen mahkeme kararında hükmedilen tazminat ve vekâlet ücreti, davacı veya vekilinin davalı idareye yazılı olarak bildireceği banka hesap numarasına, bildirimden itibaren 30 gün içerisinde ödenir. Bu sürede ödeme yapılmazsa, karar genel hükümler dairesinde infaz ve icra edilir.

Tazminat ödenmesine karar verildikten sonra, ödenen tazminatın geri alınmasına karar verilmesi söz konusu olabilir. Tazminatın geri alınması nedenleri ve hangi usule göre geri alınacağı CMK m. 143'te düzenlenmiştir. Buna göre; *“Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak, hakkında kamu davası açılan ve mahkûm edilenlerle, yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkûm edilenlere ödenmiş tazminatların mahkûmiyet süresine ilişkin kısmı, Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararla kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanarak geri alınır. Bu karara itiraz edilebilir.”* Düzenleme gereğince; tazminatın geri alınması için kovuşturmaya yer olmadığı kararı kaldırılarak kamu davası açılmasına karar verilmesi ve yargılama sonucunda mahkûm edilmiş olmak gerekir. Bunun dışında, yargılamanın sanık aleyhine yenilenmesi sonucu beraat kararının kaldırılıp mahkûm edilenlerin ödenmiş tazminatın mahkûmiyet süresine ilişkin kısmı geri alınır. Açıklanan nedenler dışında tazminatın geri alınması söz konusu olmayıp, elkoymanın hukuka aykırı olması nedeniyle tazminata hükmedilmesi sonrasında tazminatın geri alınması söz konusu değildir.

SONUÇ

Çeşitli hak ve özgürlüklere müdahalede bulunan koruma tedbirlerinden olan arama ve elkoyma tedbirleri, ilk kez 1961 Anayasası ile düzenlenmiş ve ardından bu düzenlemeler geliştirilerek günümüzdeki halini almıştır. Gerek Anayasa m. 20 ve 21’de, gerekse ilgili kanun hükümlerine göre arama ve elkoymanın mutlaka hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emrine istinaden uygulanması gerekmektedir. Arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin icrasında bu tedbirlere ilişkin olan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesi gerekmektedir. Anayasa düzenlemeleri ile CMK ve PVSK ilgili hükümlerinin birbirine zıt olmaması, AÖAY düzenlemelerinin Anayasa ve kanunlara uygun olması sağlanmalıdır. Kanunlarda ve yönetmelikte yer alan düzenlemelerde doktrinde tartışılan, eksik veya hatalı bulunan birçok yer bulunmaktadır ve bu düzenlemelerin düzeltilmesi, ceza muhakemesinin düzgün işlemesi açısından büyük öneme sahiptir.

Arama, bir şeyi veya bir kimseyi ortaya çıkarmak amacıyla konutta, işyerinde, kişiye ait diğer yerlerde, kişinin üzerinde ve eşyasında yapılan, konusu şüpheli, sanık, delil veya müsadere edilecek eşya olan bir koruma tedbiridir. Arama, adli arama ve önleme araması olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu iki arama türünün şartları ve başvurulma amaçları birbirinden farklı olup, düzenlendikleri kanunlar da ayrıdır. Adli arama CMK, önleme araması ise PVSK hükümlerinde düzenlenmiştir.

Adli arama, ortada işlenmiş veya işlendiğinden şüphe duyulan bir suçun mevcut olması halinde uygulanmakta olup, Anayasa ve CMK hükümlerine göre ancak hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan bir hal mevcut olduğu takdirde yetkili merciin yazılı emriyle yapılabilmektedir. Kanunda arama kararı veya yazılı emrinin ne zaman verilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur ancak katıldığımız görüş gereğince, aramaya ilişkin hâkim kararının veya yetkili merciin yazılı emrinin aramanın yapılmasından önce verilmiş olması gerekmektedir. Arama yapıldıktan sonra hâkim kararının veya yazılı emrin alınması halinde söz konusu arama hukuka aykırı olacaktır. Adli arama kararı vermeye yetkili hâkim, soruşturmada sulh ceza hâkimi; kovuşturmada ise davanın görüldüğü mahkemedir. Adli arama için Anayasa’da belirtilen yetkili merciler CMK hükümlerinde C. Savcısı ve kolluk amiri olarak belirlenmiştir ancak öncelikle C. Savcısının, C. Savcısına ulaşamadığı

takdirde kolluk amirinin yetkisi söz konusudur. Ayrıca kolluk amirine verilen bu yetki sınırlıdır; adli aramanın konutta, işyerinde veya kamuya açık olmayan kapalı yerlerde yapılması için kolluk amirinin yazılı emir verme yetkisi yoktur.

Anayasa m. 20, 21 ve 22’de ve CMK hükümlerinde kural olarak hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısının veya C. Savcısına ulaşamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle adli arama yapılabileceği düzenlenmiş olup, ilgilinin rızasıyla adli arama yapılması kanuna aykırılık oluşturur. Arkasında kamu gücü olan ve silah tutan kolluğa adli arama için rıza gösterilmesi halinde bu rızanın aramaya maruz kalan kişi tarafından iradi şekilde verildiği kabul edilemez. İkrar da hukuka aykırı bir aramayı hukuka uygun hale getirmemektedir. Ayrıca hukuka aykırı yolla elde edilen delile ilişkin ikrar, bu hukuka aykırı delilin hukuka uygun hale gelmesini sağlamamaktadır.

CMK m. 119’da C. Savcısının yazılı emriyle arama yapılması halinde hâkim onayına sunma yükümlülüğü düzenlenmemiştir ancak Anayasa m. 20,21 ve 22’deki düzenlemeler gereğince yetkili merci kararlarının 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekmektedir. Doktrinde katıldığımız görüş gereğince; Anayasa’da yer alan düzenlemeler ile CMK boşluğunun doldurulması ve C. Savcısının veya kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılması halinde 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulması gerekmektedir.

Adli arama şüpheli, sanık veya diğer kişilerin maruz bırakılabileceği bir koruma tedbiridir. Şüpheli veya sanık hakkında adli arama yapılabilmesi için makul şüphenin mevcut olması aranmaktadır ancak diğer kişilerin adli aramaya maruz bırakılabilmesi için ortada makul şüphenin yanı sıra aranılan kişinin veya delilin bulunabileceğine olanak sağlayan olayların var olması gerekir.

CMK m. 118/1’e göre; “*Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.*” ancak CMK m. 118/2 hükmüne göre suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan bir hal ya da firar edenin tekrar yakalanması gerekliliği söz konusu olduğunda gece vakti de adli arama yapılabilmektedir. Bununla birlikte, arama kararında aramanın gündüz vakti yapılmasının belirtilmiş olması, gündüz vakti başlayan aramaya gece devam edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Dürüst işlem

ilkesine uyulması şartıyla gündüz başlayan aramaya gece devam edilebilmektedir. Doktrinde, araçların bagaj, torpido gibi alanlarının kapalı yer kabul edilmesi ve bu nedenle bu yerlerde gece vakti arama yapılmasının kanuna aykırı olması karşısında, AÖAY m. 29/son'da yer alan, araçların gece vakti de aranabileceğine ilişkin düzenleme Anayasa'ya ve kanuna aykırıdır.

Konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde adli arama yapılması sırasında C. Savcısının hazır bulunmaması halinde o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulundurulması gerekmektedir. Arama tanıklarının hiç bulundurulmaması veya eksik bulundurulması halinde arama hukuka aykırı olacağından, arama neticesinde elde edilen deliller hükme esas alınamaz. Arama tanıklarının hiç bulundurulmaması ve eksik bulundurulması arasında hukuka aykırılık bakımından ayırım yapılmaması gerekir ancak yargı kararlarında bu ayırım yapılabildiği görülmektedir. CMK m. 119/4'te kanun koyucu, *“o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.”* demekle yetinmiş, yargı kararlarındaki gibi eksik bulundurulması halinde hukuka aykırılık açısından ayırım yapılmasına ilişkin bir düzenleme yapmamıştır. Her ne kadar düzenlemenin lafzından hiç bulundurmamak ve eksik bulundurmak arasında hukuken farklı bir sonuç oluşmayacağı anlaşılmakta olsa da hatalı uygulamanın önlenmesi için CMK m. 119/4'e bu hususta bir düzenleme eklenmesi yararlı olacaktır.

Adli aramada aramanın yapılacağı yerlere göre koşullarda farklılıklar bulunmaktadır. Üstte, eşyada, konutta, işyerinde ve araçta arama CMK hükümlerinde ayrı ayrı düzenlenmiş olup, aramanın yapılacağı yerlerde avukatlara özel hükümlerde eksiklik ve hatalar söz konusudur. Avukatlara özel düzenlemelerin hangi suçlar hakkında uygulanacağı kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte, katıldığımız görüş gereğince; avukatların üzerinin aranması veya avukat bürolarında arama ve elkoyma yapılmasında uygulanan hükümler yalnız görev suçlarını değil, görev suçlarıyla birlikte adi suçları da kapsamaktadır. AvK m. 58/1 ve CMK m. 130 düzenlemelerine, bu hükümlerin görev suçlarında da adi suçlarda da uygulanabileceği cümleleri eklenmelidir. Bununla birlikte, avukatın hem konut olarak hem de büro olarak kullandığı yerlerde yapılacak aramaya ilişkin alınması gereken kararın türü de kanunda açıkça düzenlenmemiştir ancak bizim görüşümüze göre; avukatın hem büro olarak

hem de konut olarak kullandığı bölümler aranacak ise konutta ve avukat bürolarında arama yapılmasına yönelik karar alınmalıdır. Yalnız büro olarak kullanılan bölümde arama yapılacak ise avukatlık bürolarında arama yapmaya yönelik; yalnız konut olarak kullanılan bölümler için ise konutta aramaya ilişkin karar alınması yeterlidir.

CMK m. 134 hükmüyle düzenlenen bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirinin temel hak ve özgürlükleri çok fazla sınırlaması göz önünde bulundurulduğunda, bu tedbirin her suç için uygulanmasını sağlayan CMK m. 134 düzenlemesinin yerine katalog suçlarla ilgili uygulanabileceği düzenlenmesi getirilmelidir.

Önleme araması, diğer adıyla idari arama, henüz ortada bir suç olmadığı hallerde suçu önleme amacıyla uygulanan, suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin ortaya çıkması anına kadar uygulanabilen bir koruma tedbiridir ve PVSK m. 9 hükmünde düzenlenmiştir. Önleme araması için karar verme yetkisi sulh ceza hâkiminde olup, gecikmesinde sakınca bulunan hal söz konusu ise mülki amirin yazılı emir verme yetkisi vardır ancak C. Savcısında bu yetki yoktur. İdari bir işlem olan önleme araması kararını verme yetkisinin sulh ceza hâkiminde olması doktrinde eleştirilmektedir ancak Anayasa m.20’de hâkim kararının gerektiği hususunda önleme aramasına ilişkin bir istisna yoktur ve bununla birlikte aramaya hukuki bir boyut katması sebebiyle önleme aramasının sulh ceza hâkimi kararıyla yapılabilmesi yerinde bir düzenlemedir. Önleme araması, konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde yapılamamaktadır. Adli aramanın tersine, önleme aramasının gece vakti yapılamaması söz konusu değildir; her zaman yapılabilir.

Önleme aramasına ilişkin kanun hükümleri ve yönetmelikte çeşitli çelişkiler, Anayasa ve kanuna aykırılıklar yer almaktadır ve bu hataların düzeltilmesi gerekmektedir.

PVSK m. 9/5 gereğince konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaması düzenlemesi karşısında, AÖAY m. 19/2-d ve m. 10/2-h düzenlemelerinde sayılan konut niteliğinde olan

öğrenci yurtlarında ve kamuya açık olmayan işyeri ve eklentilerinde arama yapılabilmesi kanuna ve Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.

Avukatların havalimanında aranması ile ilgili bir düzenleme veya doktrinde görüş birliği yoktur ancak avukatlar, AvK m. 58/1 dolayısıyla havalimanlarında aranmamalıdır. Avukatlar görevleri gereği hava yolu ulaşımı için havalimanında bulunabilmektedir; bu hallerde avukatlar yalnız X-Ray cihazından geçirilmelidir. Müvekkillerine ilişkin bilgilerin açığa çıkmaması için avukatların üstlerinin ve eşyalarının aranmaması gerekir.

Ceza İnfaz Kurumlarında hükümlünün yasak madde ve eşya bulundurduğu yönünde makul ve önemli belirtilerin bulunması halinde hükümlünün çıplak araması yapılabileceği ceza infaz kurumlarının yönetimi ile ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı hakkındaki tüzükte ve yönetmelikte düzenlenmiş olup, CGTİHK'de çıplak veya beden çukurlarında aramaya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda düzenlemesi bulunmayan bu tedbirin tüzükte ve yönetmelikte düzenlenmesi Anayasa'ya ve kanuna aykırıdır.

Aramanın hukuka aykırı şekilde yapılmasından dolayı elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılamaması, hukuka aykırı aramanın suç oluşturması ve tazminat sorumluluğu doğurması sonuçları ortaya çıkmaktadır. Haksız arama suçunu yalnız arama yapmaya yetkili kamu görevlileri değil; bütün kamu görevlileri işleyebilmektedir. Kanun koyucu bu hususta bir düzenleme yapmayarak bütün kamu görevlilerinin haksız arama suçunu işleyebileceğini sağlamak istemiştir. Uygulamadaki yanlış yargı kararlarını önlemek için TCK m. 120 düzenlemesine 'haksız arama suçunun tüm kamu görevlilerince' işlenebileceğine ilişkin hüküm eklenmelidir. Aramanın ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmiş olması nedeniyle tazminat talebinde bulunulabilir ancak arama kararının hukuka aykırı şekilde verilmiş olması, aramanın ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmesi kapsamında değildir. CMK m. 141/1-i hükmüne arama kararının hukuka aykırı olması halinde de tazminat talep edilebileceği düzenlemesi eklenmelidir.

Elkoyma, delil niteliğinde veya müsadere konusu olan eşyanın yanında bulunduran kişi tarafından rıza ile verilmemesi nedeniyle zorla alındığı bir koruma

tedbiri olup, şüpheli, sanık veya eşyayı yanında bulunduran diğer kişiler elkoyma tedbirine maruz kalabilmektedir. Muhafaza altına almada ise, eşyayı yanında bulunduran kişinin eşyayı rızası ile teslim etmesi söz konusu olduğundan, muhafaza altına alma için karar alınması gerekmemektedir. Doktrinde elkoymanın uygulanması için gerekli şüphe derecesinin ne olması gerektiği hususunda görüş birliği bulunmamakla birlikte, elkoyma için makul şüphenin gerektiği düşüncesindeyiz. Basit elkoyma, her türlü suça ilişkin olarak başvurulabilen bir koruma tedbidir. Buna karşılık, özel elkoyma türlerinden taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma, şirket yönetimi için kayyım tayini ve kaçaklara ilişkin elkoyma tedbirlerinin düzenlendiği CMK hükümlerinde katalog suçlar belirlenmiş olup, sayılan özel elkoyma tedbirlerine tüm suçlar hakkında başvurulamamaktadır. Koruma tedbiri olan ve bu nedenle de geçici olarak başvurulabilen elkoyma tedbiri, temel hak ve özgürlüklerin mümkün olduğunca az şekilde ve kısa süreliğine ihlal edilmesi ve tedbire maruz kalan kişiye en az şekilde zarar verilmesi açısından en geç hükümle birlikte sona ermektedir.

Taşınmazlara, hak veya alacaklara el koyma tedbirine ilişkin olarak, bu tedbirin uygulanabilmesi için şüpheli veya sanığın malik olmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışılmaktadır ancak CMK m. 128’de “*şüpheli veya sanığa ait*” ifadesi kullanıldığından, tedbirin uygulanacağı taşınmaz, hak veya alacağın maliki şüpheli veya sanık olmalıdır. Bununla birlikte yine doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte, söz konusu tedbire tüzel kişilerin de maruz kalabileceği görüşünü savunmaktayız. CMK m. 128’de taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirine karşı itiraz yolunun açık olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, CMK m. 267 gereğince söz konusu tedbir için itiraz yoluna başvurma mümkün değildir; kanun koyucunun CMK m. 128’de bu hususta bir düzenleme yaparak tedbire karşı itiraz yoluna gidilebilmesini mümkün kılması gerekmektedir.

Anayasa düzenlemelerine uygun olması için postada elkoymanın düzenlendiği CMK m. 129’da yer alan “*C. Savcısının kararı*” ve “*Cumhuriyet savcısının emrinin*” ifadelerinin C. Savcısının yazılı emri şeklinde değiştirilmesi gerekmektedir. Ayrıca Anayasa’da mevcut olması karşısında, CMK m. 129’da C. Savcısı tarafından yazılı emir verilmesine istinaden uygulanması halinde, postada elkoyma tedbirinin 24 saat

içerisinde hâkim onayına sunulmasına ilişkin bir düzenleme bulunmaması eksikliklerdir. CMK m. 129’da bu hususta bir düzenleme yapılmalıdır.

Kanunda, şirket yönetimi için kayyım tayinine karar verilmesi için hâkim veya mahkemeden talepte bulunulması hakkında düzenleme yoktur. Soruşturma aşamasında C. Savcısı veya C. Savcısı talepte bulunmazsa mağdur ya da suçtan zarar gören talepte bulunabilmelidir. Kovuşturma aşamasında ise mahkeme kendiliğinden tedbirin uygulanmasına karar verebilirken, C. Savcısı veya katılan talepte bulunabilmelidir. Ayrıca şirket yönetimi için kayyım tayininin son çare olarak uygulanabilen bir tedbir olarak düzenlenmesi gerekmekte olup, CMK m. 133’te bu yönde bir düzenleme yapılmalıdır. Doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte, CMK m. 133’ün uygulanabilmesi için son çare olması gerekmeyişi görüşünü savunmaktayız. Ancak şirket yönetimi için kayyım tayini tedbirinin yalnız son çare olarak uygulanabilmesi şeklinde bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

Doktrinde, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde elkoyma tedbirinin uygulanmasında alınan yedeğin bir kopyasının şüpheliye verilmesinin bazı suç tipleri açısından tehlikeli olduğu savunulmaktadır. Bu sorunun giderilmesi için doktrinde farklı çözüm yolları sunulmakla birlikte bize göre; yedekleme ve kopyalama sırasında müdafinin hazır bulundurulması, müdafiyeye tutanak imzalatılması ve şüpheliye gösterilmemesi şartıyla kopyanın müdafiyeye verilmesi en uygun çözüm olacaktır.

Avukat bürolarında elkoymaya ilişkin olarak, avukatın şüpheli veya sanık olması halinde CMK m. 130 hükmünün mü yoksa genel hükümlerin mi uygulanacağı konusunda kanunda bir düzenleme ve doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte, katıldığımız görüş gereğince; avukatın şüpheli veya sanık olması CMK m.130’un uygulanmasına engel değildir.

Kaçaklara ilişkin elkoyma tedbirinde gerekli olan şüphe derecesi CMK m. 248’da düzenlenmemiş olmakla birlikte, fikrimizce makul şüphenin varlığı aranmalıdır.

Elkonulan eşyanın iadesinin düzenlendiği CMK m. 131’de yalnız eşyanın iadesinden bahsedilmiş olup, kazançların iadesinden bahsedilmemiş olması doktrinde

haklı olarak eleştirilmektedir ve düzenlemeye ‘kazanç’ kelimesinin de dahil edilmesi gerekmektedir.

Hukuka aykırı elkoyma nedeniyle eşyanın delil değerini kaybetmesi, kamu görevlisinin ceza sorumluluğu ve tedbirlerin alınmaması nedeniyle eşyanın kıymetinin azalması veya zarara uğraması nedeniyle Devletin tazminat sorumluluğu doğması sonuçları ortaya çıkmaktadır.

Koruma tedbirlerinden arama ve elkoyma, ceza muhakemesinde delillerin elde edilmesi ve muhakeme sonucunun etkili olabilmesi için büyük öneme sahip olan ve birbirleriyle sıkı bağları bulunan koruma tedbirleridir. Bu iki koruma tedbirinden birinde meydana gelen hukuka aykırılık bir diğerini de etkilemekte, bu sıkı bağ dolayısıyla, tedbirler neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağı da belirlenmektedir. Delilin hukuka aykırı şekilde elde edilmesinde hukuka aykırılığın sebebi önemsizdir; hiçbir hakkı ihlal etmese dahi delil hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olduğu takdirde hukuka aykırı delil ceza muhakemesinde kullanılamaz. Anayasa m. 38/6, CMK m. 206/2-a, 217 ve 289/1 düzenlemeleri gereğince de hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin kullanılmayacağı açıktır. Bununla birlikte hukuka aykırı delil sanık lehine olduğu takdirde hükme esas alınabilir. Delil, kamu tarafından toplanır ve kamunun hukuka aykırı şekilde delil elde etmesi nedeniyle sanığın kendi lehine olan delilden faydalandırılmaması kabul edilemez. Ayrıca hukuka aykırı da olsa sanık lehine delil bulunması nedeniyle sanığın suçlu olduğu hususunda şüphe bulunacaktır ve sanığın suçlu olduğuna ilişkin kesin kanaate varılamayacaktır.

Söz konusu tedbirler, soruşturma makamlarının ve kolluğun görünüşte zaman kazandığı ve bu suretle arama ve elkoyma tedbirleri bakımından kanun koyucu tarafından belirlenmiş şartlar ve usullere aykırı hareket edilerek uygulanmaktadır. Bunun sonucunda ise delil yasaklarıyla karşı karşıya kalınmakta ve sırf koruma tedbirlerinin usule ve şartlara aykırı uygulanması nedeniyle arama ve elkoyma neticesinde elde edilen deliller ceza yargılamasında değerlendirilememekte ve mahkûmiyet hükmüne esas alınamamaktadır. Hatta elde edilebilmiş tek delilin hukuka aykırı arama ve elkoyma nedeniyle hukuka aykırı delil niteliğinde olması halinde bu çok değerli delil kullanılmadığından mahkûmiyet hükmünün hiçbir suretle

kurulamaması ve bunun neticesinde de suçun cezasız kalmasına neden olunmaktadır. Soruşturma makamlarının ve kolluğun, temel hak ve hürriyetlere müdahale konusunda dikkatli olması, başta Anayasa olmak üzere kanunlardaki düzenlemelere tam anlamıyla uygun hareket edilmesi gerekmektedir. Gerçekleşmesinin en çok istenmediği durumun hukuka aykırılık ortaya çıkması nedeniyle elde edilmiş delilin kullanılamaması sonucunun doğması olmalıdır ve bunu sağlayabilmenin yolu çok basittir; kanun hükümlerine ve usulüne uygun uygulama yapılmalıdır.



KAYNAKÇA

- ACAR Hüseyin, Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu, Ankara: Adalet, 2019
- AKBEY Evren, Etkin Soruşturmaya İlişkin Usul ve Esaslar, Ankara: Adalet, 2019
- AKARSLAN Hüseyin, Bilişim Suçları, Ankara: Seçkin, 2015
- AKTAŞ Batuhan, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme, YÜHFD, Cilt:14, Sayı:2, 2017
- AKYÜREK Güçlü, Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:101, 2012
- ALDEMİR Hüsni, Adli-Önleme Arama ve Elkoyma, Ankara: Adalet, 2019
- ALPSOY Zeliha, Önleme Araması, Ankara: Adalet, 2019
- ALTIPARMAK Cüneyd, 100 Başlıkta Soruşturma Evresi, Ankara: Seçkin, 2019
- ALTUĞ Şahin, Ceza Hukukunda Müsadere Kavramı, Ankara: Adalet, 2017
- APIŞ Özge, Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Koruma Tedbiri, Yasama Dergisi, Sayı:37, 2018
- ARSLAN Çetin, Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, 2015
- ARSLANTÜRK Mustafa, Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Temel Kitabı, Ankara: Seçkin, 2018
- ARTUÇ Mustafa, Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara: Adalet, 2019
- ASLAN Ahmet, Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma, Ankara: Adalet, 2018
- AŞKIN Uğur, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatta Rücu Sorunu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:2, 2018
- ATAR Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Seçkin, 2019

AYDIN Murat, Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:3, Sayı:8, 2008

AYDIN Murat, Türk Hukukunda ve Amerikan Hukukunda Arama Kararı, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:7, Sayı:66, 2012

BAŞLAR Yusuf, Elektronik Delilin Toplanması ve Muhafazası, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, Sayı:1, 2020

BAŞLAR Yusuf, Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:3, 2013

BAŞTÜRK İhsan, Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:2, Sayı:9, 2010

BIÇAK Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin, 2018

BİRTEK Fatih, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Ankara: Adalet, 2017

BLOOM Robert M., BRODIN/ Mark S., Criminal Procedure: The Constitution and the Police, New York: Wolters Kluwer, 2020

BOSTANCI BOZBAYINDIR Gülşah, Karşılaştırmalı Hukukta Delil Değerlendirme Yasakları, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:14, Sayı:157, 2019

BÖREKÇİ Eşref Barış, Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:17, Özel Sayı, 2020

CAMPBELL Andrea, OHM Ralph C., Legal Ease: A Guide to Criminal Law, Evidence, and Procedure, Springfield, Illinois: Charles C Thomas, 2012

CANOĞLU Veysel Candan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara: Seçkin, 2017

CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul: Beta, 2018

CİHAN Can, Koruma Tedbiri Olarak Arama – Elkoyma, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Sayı:2014/2, 2014

ÇEKİÇ Burak, Bilgisayar Verilerinde Arama, Kopyalama, El Koyma Tedbirinin Hukuki Niteliği ve Benzer Kavramlar, NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2021

ÇETİN Muhammet Sefa, Kovuşturma Evresinde Belge Delillerinin İkamesi ve Değerlendirilmesi, Ankara: Seçkin, 2021

ÇÖPOĞLU Hakan Serdar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi, Ankara Barosu Dergisi, Cilt:77, Sayı:1, 2019

DALKILIÇ Aysun, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Ankara: Seçkin, 2013

DEĞİRMENCİ Olgun, Adli Bilişimde Önceliklendirme (Triyaj) Yönteminin Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Bilişim Hukuku Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2020

DEĞİRMENCİ Olgun, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital Delil), Ankara: Seçkin, 2014

DEMİRAĞ Fahrettin, Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar, Ankara: Seçkin, 2018

DEMİRAL Mustafa Uğur, Bir Koruma Tedbiri Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m.133), Ankara: Seçkin, 2021

DEMİRBAŞ Timur, İnfaz Hukuku, Ankara: Seçkin, 2019

DENİZ Buket, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Amirin Emrinin İfası, Gaziantep University Journal of Social Sciences, Cilt:19, Sayı:3, 2020

DEREBOYLULAR Özde, Bulut Bilişim Bakımından Arama ve Elkoymaya İlişkin Hükümlerin Uygulanabilirliği, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:14, Sayı:39, 2019

DOĞAN Duygu Çağlar, Ceza Muhakemesinde Adli Arama, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:23, Sayı:92, 2011

DURAN Gökhan Yaşar, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m.134), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:14, Sayı:173-174, 2019

DURSUN İsmail, Ceza Muhakemesinde Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini ve Nitelikleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt:20, Sayı:3, 2014

DURSUN İsmail, Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:21, Sayı:2, 2015

DÜLGER Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Ankara: Seçkin, 2020

DÜLGER Murat Volkan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi), Ankara: Seçkin, 2014

EPÖZDEMİR Rezan, Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma Tedbirleri, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:13, Sayı:142, 2018

EPÖZDEMİR Rezan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:12, Sayı:135, 2017

ER Elif, Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Atanması, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:7, Sayı:71, 2015

ERDEM Büşra, Haksız Arama Suçu, Ankara: Seçkin, 2019

ERSOY Uğur, Bir Koruma Tedbiri Türü Olarak Şirket Yönetimi için Kayyım Tayini (CMK m.133), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016

ERYILMAZ Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara: Seçkin, 2012

ESKİLER Selman, Hâkim ve Savcıların Disiplin, Cezai ve Hukuki Sorumlulukları, Ankara: Adalet, 2020

GEDİK Doğan, Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri, Ankara: Adalet, 2010

GENÇ Sinan, Suç Gelirlerinin Geri Alımı, Ankara: Seçkin, 2016

GERCKE Björn, Avukat Bürolarının Aranması, Çev. Hakan HAKERİ, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11 - Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Tedbirleri, Editör: Yener ÜNVER, Ankara: Seçkin, 2011

GÖDEKLİ Mehmet, Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:65, Sayı:4, 2016

GÖKCEN Ahmet/ BALCI Murat/ ALŞAHİN M. Emin/ ÇAKIR Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Adalet, 2021

GÖKCEN Ahmet/ ÇAKIR Kerim, Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Cilt:21, Özel Sayı, 2019

GÖKMEN Derda, Uygulamada Terörle Mücadele Kanunu ve Devlet Sırlarına Karşı Suçlar, Ankara: Adalet, 2017

GÖKSOY Resul, Ceza Muhakemesinde Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Güvenilirliğinin Sağlanması, Ankara: Seçkin, 2019

GÜL Ahmet, Doğrudan Dolaylı Bilişim Suçları, Ankara: Seçkin, 2021

GÜL Yunus Emre, PVSK'da Önleme Araması ve Durdurma, İstanbul Barosu Dergisi Cilt:92, Sayı:3, 2018

GÜLŞEN Recep, Haksız Arama Suçu Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12-13, Sayı:16-17-18-19, 2008

GÜLŞEN Recep, Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, 2015

GÜNEŞ Ahmet M., İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Ankara: Seçkin, 2020

GÜNAY Erhan, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat ve Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara: Seçkin, 2020

GÜNGÖR Devrim/ TOROSLU Haluk, Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016

GÜNLER Kemal, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:3-4, 2014

IŞIK Tuan/ DEREBOYLULAR Özde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Avukat Bürolarında Arama ve Elkoyma, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı:175, 2021

JEANSONNE Christopher, International Bioterrorism Search and Seizure Issues: A Comparative Analysis of American and French Search and Seizure Law as it Relates to the Global War on Terror, Journal of Biosecurity, Biosafety and Biodefense Law, Volume:2, Issue:1, 2012

KAYA Asım, Cumhuriyet Savcısının Etkin Soruşturma Yapma Görevi, Ankara: Seçkin, 2020

KAYMAZ Seydi, Ceza Muhakemesi Hukukunda Devlet Sırrı, Ankara: Seçkin, 2020

KESKİN KİZİROĞLU Serap, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:58, Sayı:1, 2009

KESKİN KİZİROĞLU Serap, Türk Hukuku'nda Arama ve Elkoyma, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, 2008

KILIÇ Mehmet Serkan, Elektronik Delillerin Hukuken Geçerliliği Açısından İlk Müdahalenin Önemine İlişkin Bir İnceleme, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:10, Sayı:102, 2015

KILKELLY Ursula, The Right to Respect for Private and Family Life, Germany, Council of Europe, 2003

KIZILKAYA Ezgi, Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı, TBB Dergisi, Sayı:89, 2010

KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL Tülay, Arama Kararının Hukuka Aykırı Şekilde İcrasından Elde Edilen Delilin Hükme Esas Alınması Sorunu Üzerine Karar İncelemesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt:76, Sayı:(1), 2018

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:1, 2012

KORKMAZ Muzaffer, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ankara: Seçkin, 2019

KÖKER Nilüfer, CMK Madde 133 Uyarınca Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:10, Sayı:100, 2018

OKUYUCU ERGÜN Güneş, Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşyanın Müsaderesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:33, Sayı:153, 2021

OLCAY Suphan, Konut Dokunulmazlığı Hakkı ve Konut Dokunulmazlığının İhlali Suçu, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:1, 2019

ORHAN Uğur, Avukat Bürolarının Aranması, Terazı Hukuk Dergisi, Cilt:15, Sayı:162, 2020

ÖLMEZ Aslan, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyalama ve Bunlara Elkoyma, Terazı Hukuk Dergisi, Cilt:4, Sayı:30, 2009

ÖRS Cengiz Ozan, Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 123, 2016

ÖRS Cengiz Ozan, Ceza Yargılamasında Devlet Sırrı Üzerine Bir Değerlendirme, TBB Dergisi, Sayı:142, 2019

ÖVET Talha, Kolluğun Başucu Kitabı, Ankara: Adalet, 2020

ÖZALP Nabi, Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m.141 - 144), TBB Dergisi, Sayı:145, 2019

ÖZBEK Veli Özer, İnfaz Hukuku, Ankara: Seçkin, 2019

ÖZBEK Veli Özer/ BACAKSIZ Pınar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2006

ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin, 2020

ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin, 2020

ÖZDEMİR Süleyman Emre, Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu, Ankara: Adalet, 2018

ÖZDİLEK Ali Osman, CMK M.134 Uygulamasında Verilen MD5 Algoritması İle “Hash” Değerlerinin Alınmasında Çakışma (Collision) Sorunu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Sayı:1-1, 2010

ÖZEL Kadir Can, Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt:21, Özel S. , 2019

ÖZEN Muharrem/ ÖZEN Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, Cilt:IX, Sayı:2, 2012

ÖZEN Muharrem/ ÖZOCAK Gürkan, Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134), Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, 2015

ÖZEN Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Adalet, 2019

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Seçkin, 2020

ÖZKUL Fatih, Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:9, 2017

ÖZTÜRK Bahri/ EKER KAZANCI Behiye/ SOYER GÜLEÇ Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Ankara: Seçkin, 2019

ÖZTÜRK Bahri/ ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara: Seçkin, 2019

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, Ankara: Seçkin, 2020

ÖZYÜKSEL Özgün, Haksız Arama Suçu (TCK m.120), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, 2020

PARLAR Ali/ ÖZTÜRK Mustafa, Ceza Yargılamasında Arama ve Elkoyma, İstanbul: Aristo, 2019

PREFONTAINE Daniel C., Implementing International Standards In Search And Seizure: Striking The Balance Between Enforcing The Law And Respecting The Rights of The Individual, The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 2001

ROAGNA Ivana, Protecting the Right to Respect for Private and Family Life Under the European Convention on Human Rights, Strasbourg: Council of Europe, 2012

SINN Arndt, Kaynak Telekomünikasyon Denetimi ve Online Arama Yoluyla Yeni Gizli Soruşturma Tedbirleri, Çev. Nilüfer KÖKER, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:11, Sayı:115, 2019

SIRMA Özge, Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:4, Sayı:34, 2009

SOYASLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Yetkin, 2020

ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m.134), Yaşar Hukuk Dergisi Cilt:1, Sayı:2, 2019

ŞAHİN Cumhur/ GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku – I, Ankara: Seçkin, 2020

ŞAHİN Ragıp, Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Ankara: Seçkin, 2020

ŞEN Ersan, Avukat, Hâkim ve Savcıların Aranması, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:2, 2013

ŞEN Ersan, Çıplak Arama, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:16, Sayı:175, 2021

ŞEN Ersan, Yorumluyorum – IX, Ankara: Seçkin, 2015

ŞEN Ersan, Yorumluyorum –XII, Ankara: Seçkin, 2016

ŞEN Ersan, Yorumluyorum – XIII, Ankara: Seçkin, 2016

ŞEN Ersan, Yorumluyorum – XIV, Ankara: Seçkin, 2017

ŞEN Ersan, Yorumluyorum – XV, Ankara: Seçkin, 2017

ŞEN Ersan, Yorumluyorum – XVI, Ankara: Seçkin, 2017

ŞEN Ersan, Yorumluyorum – XVII, Ankara: Seçkin, 2018

ŞEN Ersan, Yorumluyorum – XIX, Ankara: Seçkin, 2018

ŞEN Ersan, Yorumluyorum – XX, Ankara: Seçkin, 2019

ŞEN Ersan/ ERYILDIZ H. Sefa, Elkoyma, Ankara: Seçkin, 2017

ŞEN Ersan/ ERYILDIZ H. Sefa, Suç Örgütü, Ankara: Seçkin, 2020

ŞİRİKÇİ Ahmet Serhat/ CANTÜRK Nergis, Adli Bilişim İncelemelerinde Birebir Kopya Alınmasının (İmaj Almak) Önemi, Bilişim Teknolojileri Dergisi, Cilt:5, Sayı:3, 2012

TAFRAN Adem, Türk Ceza Hukukunda Kazanç Müsaderesi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:13, 2016

TANER Fahri Gökçen/ ÖNTAN Yaprak, CMK'nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016

TANERİ Gökhan, Ceza Muhakemesi Kanunu El Kitabı, Ankara: Seçkin, 2020

TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), Ankara: Yapı Kredi Yayınları, 2016

TOK Mehmet Can, Ceza Muhakemesi Hukukunda Elkoyma ve Şirket Yönetimi İçin Kayyım Atama Tedbirleri, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:10, Sayı:104, 2018

TOROSLU Nevzat/ FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Savaş, 2020

UĞRAŞ Dilek Özge, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde, Arama, Kopyalama ve Elkoyma, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:154, 2021

UNGAN Abdulkadir, Haksız Fiil Tazminatı ile Koruma Tedbirlerine Aykırılıktan Doğan Tazminat, Ankara: Seçkin, 2017

ÜNVER Yener/ HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku (3 CİLT), Ankara: Adalet, 2019

WOHLERS Wolfgang, Alman Ceza Hukukuna Göre Aramadaki Temel ve Güncel Sorunlar, Çev. Kerem ÖZ, Hukuk Köprüsü, Cilt:4, Sayı:9, 2015

YAŞAR Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara: Seçkin, 2018

YAŞAR Osman, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara: Seçkin, 2020

YAŞAR Yusuf/ DURSUN İsmail, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:3, 2013

YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin, 2020

YILDIRIM Akif/ DUMAN Özgür, Adalet Yolunda Bir “NEHİR SINAVI” Mücadelesi: Mülkiyet Hakkı, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Müsadere, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:67, Sayı:1, 2018

YILDIZ Ferhat, Ceza Değil Koruma Tedbiri: Gözaltı-Arama-Elkoyma, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:5, Sayı:13

YILMAZ Yeşim, Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:124, 2016

YILMAZ Zahit, Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında “Konutta Arama”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:6, Sayı:17, 2011

YILMAZ Zekeriya, Müsadere Muhakemesi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:4, Sayı:40, 2009

YURTCAN Erdener, Cumhuriyet Savcısının El Kitabı, Ankara: Seçkin, 2019

YURTCAN Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı, Ankara: Adalet, 2018

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 07.06.2021)

<https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf> Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lûgatı, Ankara 1991 (Erişim Tarihi: 11.07.2021)

<https://www.mfa.gov.tr/data/Terminoloji/hukuk-terminoloji-110615.pdf> T.C. Dış İşleri Bakanlığı Tercüme Dairesi Başkanlığı, Genel Hukuk Terminolojisi, 2018 (Erişim Tarihi:11.07.2021)

<https://tr.langenscheidt.com/almanca-turkce/beschlagnahme> (Erişim Tarihi: 11.07.2021)

<https://tr.glosbe.com/tr/fr/el%20koyma> (Erişim Tarihi: 11.07.2021)

<https://www.anayasa.gov.tr/media/4871/aymkd43.pdf> Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı:43, 2006 (Erişim Tarihi: 26.03.2021)

<https://www.corpus.com.tr/#!/AnayasaMahkemesi>

<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>

<https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=8384>

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/6ee60c82-abe5-4af7-884d-5fa5c4eeeb30?wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 18.11.2020)

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/fbd24865-2998-498c-8ea1-ed93c11924f7?wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 18.11.2020)

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/bireyselkarar/content/55b89daa-8cba-4d5a-8470-bbd96bd7c13f?wordsonly=false> (Erişim Tarihi: 19.11.2020)

<https://dspace.gazi.edu.tr/bitstream/handle/20.500.12602/175499/09b5d20938d58930ca59de6a323e1611.pdf;jsessionid=D2C195EAD0357084EA9298FAE4183386?sequence=1> ÜNAL Osman Gazi, Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma, Yüksek Lisans Tezi, 2011 (Erişim Tarihi: 07.07.2021)

<http://openaccess.cag.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12507/720/Onur%20%c3%96zer.pdf?sequence=1&isAllowed=y> ÖZER Onur, Adli ve Önleme Aramaları, Yüksek Lisans Tezi, 2017 (Erişim Tarihi: 10.12.2020)

<http://web2.e-baro.web.tr/uploads/38/05.03.2014%20TE%20EKLENEN%20%C4%B0%C3%87T%C4%B0HATLAR/yetkili%20olmadigi%20bir%20is%20icin%20yarar%20saglama.pdf> (Erişim Tarihi: 02.01.2021)