

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU'NA
GÖRE ARAMA, ELKOYMA VE MÜSADERE

Yavuz MASAT

2501130615

TEZ DANIŞMANI

Dr. Öğr. Üyesi Selman DURSUN

İSTANBUL 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : YAVUZ MASAT Numarası : 2501130615
Anabilim Dalı / Anasat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : DR. ÖĞR. ÜYESİ SELMAN DURSUN
Tez Savunma Tarihi : 04.09.2019 Saati : 11.30
Tez Başlığı : 5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUN' NA GÖRE ARAMA, ELKOYMA VE MÜSADERE

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
Sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-PROF. DR. ADEM SÖZÜER		Kabul
2-PROF. DR. MAHMUT KAŞIKÇI		Kabul
3-DR. ÖĞR. ÜYESİ SELMAN DURSUN		Kabul
4-DR.ÖĞR. ÜYESİ KERİM ÇAKIR		
5- DR.ÖĞR. ÜYESİ SERDAR TALAS		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DR.ÖĞR. ÜYESİ MUHAMMED DEMİREL		
2- DR.ÖĞR. ÜYESİ ZAFER İÇER		Kabul

ÖZ

5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU'NA GÖRE ARAMA, ELKOYMA VE MÜSADERE

YAVUZ MASAT

Arama, elkoyma ve müsadere hükümleri 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında çokça üzerinde durulmuş konular olmasına rağmen, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu bakımından özellikleri tam olarak ortaya konmamış kurumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamız ile amaçlanan, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu çerçevesinde usul hükümleri olarak arama, elkoyma ve müsadere hükümlerinin hukuki niteliklerinin, kapsam ve sınırlarının belirlenmesi ve elde edilen sonuçlar ışığında uygulamadaki bazı sorunlara ışık tutmaktır.

Kaçakçılık suçlarının ortaya çıkarılması, dolayısıyla kamu düzeninin tesisi ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi açısından, aradaki hassas dengeğin sınırlarının belirlenmesi çalışmamızda, birinci bölümde 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na göre arama işlemi üzerinde durulmuştur. İlk olarak bu koruma tedbirinin hukuki niteliğinden bahsedilmiş, daha sonra genel şartlarına ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Günümüzde uygulamadaki önemli sorunlardan biri olan, adli arama ile önleme araması kurumları ayrıntılı olarak açıklanmış, bunlara bağlı olarak yapılan aramalarda elde edilen delillerin hukuka uygunluk açısından nitelikleri Yargıtay içtihatlarıyla ilişkilendirilerek açıklanmıştır. Bunun yanında Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile getirilen Gümrük Muhafaza Memurlarının arama ve muayene işlemlerinin ne olduğu açıklanmış, sınırları ve kapsamı üzerinde durulmuştur.

Çalışmamızın ikinci bölümünde 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na göre elkoyma işlemi hakkında ilk olarak genel hatlarıyla bahsedilmiş, sonrasında şartları irdelenmiştir. Ayrı bir başlık altında KMK'nda özel olarak düzenlenmiş olan nakil araçlarına elkoyma ve bu araçların alıkoyulması kavramları açıklanmıştır. Spesifik bir düzenleme olan alıkoyma işlemi hakkında uygulama

alanlarının daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla benzer kanunlardaki alıkoyma tedbirleri hakkında bilgi verilmiş ve mülkiyet hakkı açısından iyiniyetli üçüncü kişilerin durumundan ve uygulamadaki sorunların olası çözümlerinden bahsedilmiştir.

5607 sayılı KMK'na göre müsadere ise çalışmamızın son bölümünü oluşturmaktadır. Buna göre ilk olarak kavram ve bu kavramın hukuki niteliği hakkında bilgi verilmiş, KMK'ndaki atıf gereğinden olarak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki eşya ve kazanç müsadereyi ayırımından söz edilmiştir. Yine KMK'ndaki özel düzenleme olan nakil araçlarının müsadereyi konusu irdelenmiş, iyiniyetli üçüncü kişilerin durumu, özellikle bizatihi kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan araçların müsadereyi hakkında güncel sorunlara ilişkin yaklaşımlarda bulunulmuştur. Çalışmamızın bütününde Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ndeki bazı devletlerin hukuk düzenlerine yer verilmiş, arama işlemi yönünden Amerikan hukuk sistemindeki benzer düzenlemelerden bahsedilmiştir. Sorunlarla ilgili çözüm ve tespitlerde yoğun şekilde Yargıtay içtihatlarından faydalanılmış, bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yer verilerek 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu sistematığı ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kaçakçılık, Arama, Elkoyma, Müsadere, Koruma Tedbiri, Gümrük, Eşya, Nakil, Araç, Mülkiyet, Yetki.

ABSTRACT

SEARCH, SEIZURE AND CONFISCATION ACCORDING TO THE ANTI SMUGGLING LAW NO.5607

YAVUZ MASAT

Although the provisions of the Criminal Procedure Law No. 5271 and the Turkish Criminal Code No: 5237 are very much discussed, the provisions of the Anti-Smuggling Law No 5607. The aim of our thesis is to shed light on some of the practical problems in the light of the legal qualifications, scope and limits of the provisions of search, seizure and confiscation as the procedural provisions within the framework of the Anti-Smuggling Law No. 5607.

In our study, in which the boundaries of the delicate balance between the establishment of public order and the protection of the basic rights and freedoms of the persons are clarified, in the first section, the search process according to the Anti - Smuggling Law No. 5607 is emphasized. First of all, the legal nature of this protection measure has been mentioned and then the general conditions are given in detail. One of the most important problems in practice today, the search for forensic search and prevention agencies are explained in detail and the qualifications of the evidences obtained in the searches made in relation to the law are explained by associating them with the case law of the Supreme Court. Besides, it was explained what the search and inspection procedures of the Customs Enforcement Officers brought with the Anti-Smuggling Law were explained and their limits and scope were emphasized.

Confiscation according to 5607 numbered the Anti-Smuggling Law constitutes the last part of our work. According to this, first of all, the concept and the legal nature of this concept were given, and the article on the Criminal Code numbered 5237 as well as the confiscation of profits was referred to in accordance with the reference in the Anti-Smuggling Law. Again, the confiscation of transport vehicles, the special arrangement of the Anti-Smuggling Law, was examined and approaches to current problems about the confiscation of well-behaved third persons, especially of the means that constituted the subject of the smuggling crime in

particular, have been found. Throughout our work, the legal systems of some states in the Black European Legal System have been mentioned and similar arrangements in the American legal system have been mentioned in terms of search. In the solutions and determinations related to the problems, the case law of the Supreme Court of Appeals has benefited and the European Court of Human Rights has also taken part in the decisions and tried to put forward the system of the Anti-Smuggling Law No. 5607.

Keywords: Smuggling, Search, Seizure, Confiscation, Protection Measure, Customs, Goods, Transfer, Vehicle, Ownership, Authority.



ÖNSÖZ

Dış ticarete zarar veren, iç ticareti sekteye uğratan ve tüm bunların yanında devletin önemli gelir kaynaklarından olan gümrük vergilerinin etkin olarak toplanamamasına neden olan kaçakçılık fiilleri, hemen her devlette suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçlarla mücadelede alınması gereken mali, idari, iktisadi ve hukuki tedbirler mevcuttur. Ülkemizde kaçakçılıkla hukuki mücadele olarak çeşitli mevzuatlar bulunmakla beraber, konuyla ilgili özel düzenlemeler 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda yer almaktadır. Bu kanunda ceza yaptırımını öngören düzenlemeler yer almakla birlikte aynı zamanda bir takım usul hükümlerine de yer verilmiştir.

Kanunda yer alan usuli düzenlemeler, suçla mücadele etkinliğin özünü oluşturmakla, suça ilişkin delil ve emareleri düzgün ve hukuka uygun toplamakla beraber, kişi temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin hukuki güvenceyi sağlaması yönünden de önem arz etmektedir. Bu açıdan arama ve elkoyma tedbirleriyle ilgili 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na yapılan atıflarla birlikte, bizzat Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'yla da bazı spesifik düzenlemeler getirilmiştir. Ceza yaptırımının kanuni sonucu olarak uygulanan güvenlik tedbiri olan müsadere de yine aynı kanunun "Usul Hükümleri" başlığı altında düzenlenmiştir. Müsadere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na yapılan atfın yanında, kaçak eşya taşımasında kullanılan nakil araçları yönünden özel düzenlemeler de kanunda yer almaktadır.

Bu usuli hükümlerin irdelenip, uygulamadaki sorunlara da cevap aradığım mevcut çalışmamda öncelikle desteğini her zaman yanımda hissettiğim değerli eşime sonsuz sevgi ve teşekkürlerimi sunuyorum. Akademik anlamda yüksek lisans dönemimin her döneminde ve özellikle bu çalışmamda, fikir ve yön göstericiliğiyle değerli hocam Prof. Dr. Adem Sözüer'e,

başta tez konunun belirlenmesindeki katkısı olmak üzere manevi desteğini eksik etmeyen ve çalışmamda danışmanlığımı yapan değerli hocam Dr. Öğr. Üyesi Selman Dursun’a sonsuz saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

YAVUZ MASAT

İSTANBUL 2019



İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	v
ÖNSÖZ	vii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU'NA GÖRE ARAMA

1. Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Hukuki Niteliği	5
1.1. Genel Olarak	5
1.2.Hukuki Niteliği	7
2. Aramanın Genel Şartları	10
2.1. Makul Şüphe.....	10
2.2.Hakim Kararı - Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Yetkili Mercin Yazılı Emri	15
2.3. Adli Arama- Önleme Araması ayırımı ve Hukuka Aykırı Delil Sorunu	26
3. Aramanın Zaman ve Yer Yönünden Şartları	32
3.1. Zaman Yönünden Şartları	32
3.2. Yer Yönünden Şartları	35
3.2.1. Kişilerin Üstünde Yapılan Arama	35
3.2.2. Konutta Ve İşyerinde Yapılan Arama	36
3.2.3. Nakil Araçlarında Arama	38
3.2.4. Diğer Kişiler Yönünden Arama.....	42

4. Gümrük Görevlilerinin Arama Yetkisi	44
5. Arama İşleminin Sona Ermesi	50

İKİNCİ BÖLÜM

5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU'NA GÖRE ELKOYMA

1. Genel Olarak Elkoyma	53
1.1. Elkoyma Kavramı ve Hukuki Niteliği	53
1.2. Elkoymanın Konusu	55
1.3. Hakim Kararı ve Yazılı Emir	62
2. Postada Elkoyma	66
3. Suçtan Kaynaklanan Taşınmaz, Hak ve Alacaklar İle Kaçak Eşya Naklinde Kullanılan Taşıtlara Elkoyma	68
4. 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na Göre Nakil Araçlarının Alıkonulması	74
4.1. Genel Olarak Alıkoyma Tedbiri	74
4.2. Alıkoyma İşleminde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Durumu	79
5. Yabancı Ülkenin Gemilerine Karşı Elkoyma ve Alıkoyma Yetkisi	82
6. Farklı Kanunlardaki Benzer Uygulamalar	86
7. Elkoyma Tedbirinin Sona Ermesi	89
8. Haksız Arama ve Elkoyma Tedbiri Nedeniyle Haksızlıkların Giderilmesi	91

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU'NA GÖRE MÜSADERE

1. Müsadere Kavramı ve Hukuki Niteliği	95
2. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na Göre Müsadere	98
2.1. Eşya Müsaderesi	101
2.2. Kazanç Müsaderesi	107
2.3. Nakil Araçlarının Müsaderesi	112
3. Müsadereye Karar Verilmesi	119
4. Asıl Ceza Davasından Bağımsız Olarak Açılan Müsadere	
Davası.....	122
5. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesesinde Müsadere	
Kararı.....	125
6. Eşya, Kazanç ve Nakil Araçlarının Müsaderesinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin	
Durumu	129
SONUÇ	137
KAYNAKÇA.....	142

KISALTMALAR LİSTESİ

a.e.	: Aynı Eser
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÖAY	: Adli Önleme Arama Yönetmeliği
Bkz.	: Bakınız
BMDHS	: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DYYKMA	: Deniz Yoluyla Yapılan Kaçakçılıkla Mücadele Antlaşması
E.	: Esas
HAGB	: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması
GY	: Gümrük Yönetmeliği
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KBK	: Kimlik Bildirme Kanunu
KMK	: Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu

m.	: Madde
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ÖTV	: Özel Tüketim Vergisi
p.	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayılı
s.	: Sayfa
SK	: Sayılı Kanun
t.b.	: Tarih Belirtilmemiş
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
Tdk	: Türk Dil Kurumu
vd.	: Ve Devamı
Y.	: Yargıtay
y.b.	: Yer Belirtilmemiş
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Kaçakçılık suçu, bir malın yasalara aykırı olarak, gizli yollardan bir ülkeye sokulması ya da bir ülkeden çıkarılmasıdır. Bu suçun geçmişi 13. yüzyıla kadar uzanmakla birlikte, toplumlarda ayıplanma seviyesi diğer suçlara nazaran daha düşüktür. Nitekim, insanlar kendilerine zarar vermediklerine inandıkları kanunsuzluklarla ilgilenmezler. Normalde beklenen, toplumun suç neticesinde faile karşı tepki göstermesidir. Kaçakçılık suçu ise insanların daha az ilgisini çekmekte, eylemin etkileri kendilerine uzak olduğunu düşündüklerinden, çoğu zaman bu suçun nimetlerinden faydalanmaktadırlar.¹ Zira bir eşya kaçak olarak yurda girip herhangi bir iş hanına ya da tezgaha ürün olarak yerleştğinde ucuz olması da dikkate alınarak herkes tarafından kabul görmekte, hatta deyim yerinde ise aklanmaktadır. Bunun yanında ülkeler arası vergi oranlarının orantısız şekilde farklı olması, buna bağlı olarak bir ürünün farklı bir ülkede çok daha ucuz olması failde haklılık duygusunu oluşturan unsurların başında gelmektedir. Ünlü İngiliz düşünür Henry Thomas Buckle'ın da dediği gibi “suçu toplum hazırlar, suçlu ise işler.”

Ancak toplumlardaki yaygın kanının aksine, kaçakçılık fiilleri dış ticaretin zarar görmesine, yurda izinsiz giren eşyanın iç ticareti olumsuz yönde etkilemesine ve tüm bunların yanında gümrük vergilerinin etkin olarak toplanamamasına neden olmaktadır. Bu nedenledir ki bu fiiller, hemen her devlette suç olarak düzenlenmiştir. Sistem bakımından karma bir piyasa düzenine sahip olan ülkemizde yabancı menşeli mallarla mücadele edilirken, bir de bu malların daha ucuza ülkemize girmesi, ekonomik açıdan daha da sıkıntılara neden olmaktadır. Bu nedenle 1932 yılından beri ülkemizde kaçakçılık fiillerine karşı yaptırımlar ve koruma tedbirleri ayrı bir kanunla ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda, ülkemizde kaçakçılıkla mücadele uzun süre yürürlükte kalan 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile başlamış, daha sonrasında modern ve çağdaş ceza hukukunun gereklerine ayak uydurabilmek adına 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kabul edilmiştir. 4926 sayılı mülga Kanunun ise ömrü çok uzun süreli olmamış, 2004

¹ Cesar Beccaria, **Suçlar ve Cezalar Hakkında**, Çev. Sami Selçuk, 3. Baskı, Mart 2013, s. 174.

tarıhli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na uyum çalışmaları sırasında yerini 2007 tarıhli 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na bırakmıştır.

Ülkelerin kaçakçılıkla mücadelede sadece eylemlerin karşılığı olarak ceza yaptırımları öngörmesi, bu suçlarla mücadele açısından yeterli değildir. Zira ceza yaptırımı düzenlemek veya arttırmak masrafsız ve kolay bir yoldur, ancak tek başına bu yaptırımlarla istenilen neticeye ulaşılamayabilir. Bu suçların hukuka uygun şekilde soruşturulması ve kovuşturulması için kanun tarafından koruma tedbirleri ngrlmştr. Koruma tedbirleri, niteliği itibariyle kişilerin temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığından, ancak kanun tarafından anayasanın sözüne ve ruhuna, kanunda belirtilen sınırlama nedenlerine uygun olarak kısıtlanabilirler. Zira Anayasanın 20., 21. ve 22. maddelerinde, belirttiğimiz temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmıştır.

Kaçakçılıkla mücadele açısından belirtilen bu koruma ve güvenlik tedbirlerinin çalışmamız kapsamında incelenenleri arama, elkoyma ve msaderedir. Gümrük Müşteşarlığı personeli ile Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı personeller tarafından kaçakçılık suçunun ortaya çıkarılması için gerekli olan deliller veya doğrudan suçun konusu olan eşyaların temini için kişilerin üstünde, konutunda, işyerinde veya eşyasında arama yapılacak ve ele geçirilen delil veya eşyalara elkonulacaktır. Mahiyetleri gereği kişilerin özel hayatın ve aile hayatının gizliliği, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı ve haberleşme özgürlüğüne müdahale anlamına gelen bu tedbirlerin kanunla ve ölçülülük ilkesi uygun olarak düzenlenmiş olması hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun arama açısından yer verdiği ve daha önceki kanunlarda da yer alan en önemli düzenlemelerden biri, gümrük görevlilerine yazılı bir merci kararı bulunmaksızın Türkiye Cumhuriyeti toprakları, karasuları, i suları ve hava sahasını kapsayan bölgelerde, Türkiye gümrük bölgesine giriş ve çıkış yapılan, içerisinde belli yolların takip edilmesi zorunlu olan, Türkiye'de nerede bulunacağı Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Müşteşarlığı'nca belirlenen sınır bölgelerinde, gümrükten geçirilecek eşyalara ilişkin muayenenin yapılacağı ve kırmızı, sarı, mavi ve yeşil hatlarda arama yetkisi verilmesidir. Gümrük

görevlilerinin bu arama yetkisini, belirtilen yerlerde kuşku duydukları eşya, araç veya yükleri aramak için kullanacaklardır. Kişi temel hak ve hürriyetlerinin korunmasının temini açısından belirtilen yetkinin kullanılacağı alanlar ve “kuşku” saikinin kapsamı doğru şekilde saptanmalıdır.

Yetkili merciler arama ve elkoyma yetkisinin yanında, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’ndan kaynaklanan alıkoyma isimli özel bir yetki alanına sahiptirler. Bu kuruma göre kaçakçılık suçunda kullanılan nakil aracı, Türkiye’de sicile kayıtlı olmaması ya da soruşturma ve kovuşturma devam ederken kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması halinde alıkonulur. Mevcut yetki suçla mücadele etkinliği artırırken beraberinde mülkiyet hakkını kısıtlayıcı bir takım sıkıntılar da getirmektedir. Mevcut sıkıntıları aşmada alıkoyma yetkisinin sınırlarının belirlenmesi, iyiniyet olgusunun doğru şekilde saptanarak yüksek mahkeme içtihatlarından faydalanmak önem arz etmektedir.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda düzenlenen güvenlik tedbiri ise müsadere tedbiri. Müsadere tedbiri, arama ve elkoymadan farklı olarak kaçakçılık eylemi hakkında verilen hükmün kesinleşmesiyle kişinin malvarlığında bulunan eşyanın aidiyetinin devlete geçirilmesidir. Bu müessesenin öngörülmesinin temelinde, faili cezalandırmaktan çok, suçlunun ve suçtan doğan malvarlıklarının tehlikeliliği yatmaktadır. Kimi fikirlerce müsadere cezalarının faillerin güçlerini dizginlediği ileri sürülmekte ise de, bu yaptırımların her zaman faydalı oldukları söylenemez.² Özellikle KMK’ndaki şekliyle müsadere yaptırımı için, spesifik düzenleme yoluna gidildiği durumda, kamu yararı ile kişilerin mülkiyet hakkı arasındaki hassas dengenin bozulmayacak şekilde korunması gerekmektedir.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu eşya ve kazanç müsadereyi yönünden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na atıf yaparken, kaçak eşya taşımasında kullanılan nakil araçları yönünden ise özel düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemenin uygulanabilmesi için nakil aracında gizli bölme bulunması, kaçak eşya yükünün nakil aracının taşıma hacmiyle orantısız olması veya kaçak eşyanın doğrudan bulundurulması yasak olan eşyalardan olması şartlarından birinin varlığı gerekir.

² Cesar Beccaria, a.e. s. 121.

Ancak burada KMK'nun 13. maddesinde "bilerek" ifadesiyle nakil aracına sahip diğer kişiler yönünden iyiniyet unsurunun belirleyiciliği ön plana çıkmaktadır. Zira nakil aracına sahip olan diğer kişilerin iyiniyetli olması halinde araç müsadere edilmeyecektir. Bu durumun belirlenmesinde kişilere ilişkin aidiyetin zamanın ve kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir.

KMK'nun 16/1. maddesinin 1. fıkrasında, her ne kadar madde başlığı "Tasfiye" olarak yer alsada da müsadereyle ilgili önemli bir hüküm getirilmiştir. Buna göre her ne kadar eşya, kazanç ve nakil araçlarının müsadereyi yönünden iyiniyetin korunacağı düzenlenmiş ise de, eşyanın bizatihi kaçakçılık suçunun konusunu oluşturması halinde ki bu eşya nakil aracı da olabilir, müsadereye karar verilecektir. Mevcut düzenlemeyle suçun konusunu doğrudan devletin resmi kayıtlarına dayanarak iktisap edilen araçlar oluşturduğu durumlarda iyiniyetli üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının orantısız şekilde sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu durum uygulamada önemli sorunlara yol açmakla beraber gerek hak sahiplerini gerekse de kanun uygulayıcılarını çeşitli çözüm arayışlarına itmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU'NA GÖRE ARAMA

1. Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Hukuki Niteliği

1.1. Genel Olarak

Kelime anlamı olarak “arama”, birini veya bir şeyi bulmaya çalışma işini³; hukuk literatüründe ise şüphelinin veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin evinde, işyerinde, üzerinde veya eşyasında yapılan araştırma işlemini ifade etmektedir. Gerek 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda gerekse de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda aramayla ilgili bir tanıma yer verilmemiştir. Mevcut eksiklik Adli Önleme Arama Yönetmeliği⁴ ile giderilmiş, bu yönetmeliğin 5. maddesine göre de “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, iş yerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.” şeklinde tanımlanmıştır.⁵ CMK’nda yer aldığı şekliyle bir koruma tedbiri olarak arama, yalnızca şüpheli veya sanığa değil, üçüncü kişilere yönelik olarak da uygulanabilir.⁶

³ Tdk Büyük Türkçe sözlük

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5aa664a4b24088.88476890

⁴ İlgili yönetmelik, 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵ Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, 2006, s. 335; Haluk Çolak, Mustafa Taşkın, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 505; Cihan Koç, **Kolluğun (Jandarma ve Polisin) Adli Görevleri**, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 322 vd.; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi**

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda arama işlemi, kanunun üçüncü bölümünün usul hükümleri kısmında "Arama ve Elkoyma" başlığı altındaki 9. maddesinin 1. fıkrasında "(1) Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüpheli edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve elkoymalar, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca yerine getirilir." şeklinde yer almaktadır.

Burada öncelikle dikkati çeken husus, 31 mart 2007 tarihinde yürürlüğe giren 5607 sayılı KMK'nun 9. maddesinde 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17. maddesinden⁷ farklı olarak arama işlemi hakkında ayrıntılı olarak düzenlemeye gidilmemiş olup, işlem hakkında 5271 sayılı CMK'na atıf yapılmış olmasıdır. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan

Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2006, s. 897; Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, Ankara, Ekim 2018, s.237; V. Veli Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, 1999, s. 17; Erdener Yurtcan, **Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, s. 350; Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, 2018, s. 294; Hakan Hakeri, Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, Ankara, 2007, s. 201.

⁶ Bahri Öztürk vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Eylül 2016, s. 492.

⁷ "4926 sayılı Kanun madde 17: "16.' ncı maddede sayılanlar bu Kanuna göre aramalara da yetkilidir. Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüpheli edilen her türlü kap ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda arama yapılır.

Ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde arama yapılması ve buralardaki eşyaya el konulması bu Kanunda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş hâkim kararı; bu sebebe bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise o yerin en büyük mülkî amirinin veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılır. Mülkî amirin veya Cumhuriyet savcısının verdiği yazılı emir yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar. Ancak, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz.

Arama sırasında kaçakçılık suçunun işlendiğini gösteren veya suçun kanıtlanmasına yarayacak olan belgeler bulunursa, sahibinin veya mümeyyiz akrabalarının, bunlar da bulunmadığı takdirde mahalde bulunan iki kişinin huzurunda mühürlenir ve aramayı yapan kimselerce alınarak tutanakla birlikte soruşturmayı yapanlara verilir.

Bu belgelerden suçun işlendiğini gösterenlerle suçun kanıtlanmasına yarayanlar ayrılarak soruşturma belgeleriyle birlikte Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Diğerleri imza karşılığında hemen iade edilir. El koyma işlemine karşı ilgililerce Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre itiraz olunabilir.

Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişiler gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir.

Hâkim veya Cumhuriyet savcıları ile bunların emirlerini yerine getirmekle görevli kolluk güçleri hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki yetkiler saklıdır.

Kaçak eşya arama işlerinde Kanuna aykırı hareket edenler hakkında Türk Ceza Kanunu hükümleri uygulanır.

Gümrük bölgesinde, Devletin genel güvenliğini ilgilendiren silâh, mühimmat, uyuşturucu madde kaçakçılığı ile ilgili organizasyonu yurt içinde ve yurt dışında bulunma ihtimali olan diğer kaçakçılık olaylarının ihbar ve vukuunda; gümrük ve gümrük muhafaza teşkilatlarınca kaçakçılığın men ve takibi ile olay bölgesinden sorumlu güvenlik kuvvetine haber verilir, müşterek operasyon yapılarak diğer güvenlik kuruluşlarına da neticeden bilgi verilir."

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun ile 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda "Aramalar" başlığı altında düzenlemeler yapılmış olup, ev, işyeri ve gümrük salon ve kapılarındaki arama işlemleri ayrı ayrı belirtilmiştir. Bizce kazuistik yöntemin bırakılarak CMK'na atıf yapılması, Adli ve Önleme Araması Yönetmeliği dikkate alındığında yerinde bir düzenleme olmuştur. Çünkü yönetmelikte arama işlemi hakkında tanım yapılmakta birlikte, arama işlemi için gerekli olan şüphenin ne olduğu, bu şüphenin tanımı, arama işlemi için karar verecek merciler de dahil olmak üzere ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, kanun bu haliyle yeni mevzuata uygun hale getirilmiştir. Bu durumda CMK ile KMK arasında genel kanun- özel kanun ilişkisi mevcut suçlarda değerlendirilecek, gümrük kapıları, gümrük salonları ve gümrük bölgesi dışında doğrudan CMK hükümleri, bahsedilen alanlarda ise öncelikle KMK hükümlerine göre işlem yapılacağında kuşku bulunmamaktadır.⁸

1.2. Hukuki Niteliği

Arama işlemi, CMK'nun dördüncü kısmının "Koruma Tedbirleri" başlığı altında yer almakla, genel olarak kişi dokunulmazlığına ve özel yaşama, özel olarak da konut dokunulmazlığına yönelik müdahale oluşturan bir koruma tedbiridir.⁹ Bu nedenle koruma tedbirleri için geçerli olan, hüküm verilmeden önce temel bir hakkı sınırlama, geçici olma, araç olma, gecikmede sakınca durumu ve orantılılık özellikleri arama bakımından da aranır.

- **Temel bir hakkı sınırlama:** Arama niteliği itibariyle uygulanması halinde kişi temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması sonucunu doğuran bir tedbirdir. Bu nedenle aramanın uygulanmasının şartları anayasa ve kanunlarda düzenlenmiştir. Bu şartlar kaçakçılık suçları faillerinin güvencesi niteliğindedir. Arama işlemi bu özelliği nedeniyle ilk

⁸ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, üçüncü baskı, Ankara, Ekim 2015, s. 399; Seyfettin Çilesiz, **5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması ve 5576 Sayılı Kanunla Değişik 5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Kaçak Petrol Suçları**, Ankara 2008, s. 300; Murat Aydın, **"5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları"**, Yayınlanmış Doktora Tezi, Konya 2011, s. 301.

⁹ Öztürk, **a.g.e.** s.493, Soyaslan, **a.g.e.** s. 317. Ayrıca "İkincil bir tedbir" olduğu yönünde görüş için, Bkz: Yenisey/Nuhoglu, **a.g.e.** s. 394

olarak Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen genel sınırlandırma şartlarına tâbidir. Buna göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Ayrıca, bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Yine genel güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçının varlığı halinde sınırlamanın mümkün olabileceği hüküm altına alınmıştır.

Arama işlemi, şüpheli veya sanık hakkında bir karar verilmeden önce tedbirin muhatabının hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması sonucu doğuran bir tedbirdir.¹⁰ Bu durum, arama işleminin niteliği ve amacı bakımından bir zorunluluktur. Arama işleminin uygulanması sonucu şüpheli veya sanığın kaçak eşyasının veya delillerinin tespiti amacıyla üzeri, işyeri, konutu ve nakil aracı aranarak, özel hayatın gizliliğine, vücut dokunulmazlığına, konut dokunulmazlığına ve mülkiyet hakkına müdahalede bulunulması kaçınılmazdır.¹¹

- **Araç Olma:** Arama, kaçakçılık suçlarının ortaya çıkarılma amacının birer aracıdır. Amaç ise maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve verilecek hükmün infazını sağlamaktır. Bu tedbirler, tek başlarına bir anlam ifade etmemekle beraber, maddi gerçeğe sağlıklı bir şekilde ulaşmak için kullanılan ve ulaşılan bu gerçek sonucu verilecek hüküm için birer vasıta niteliğindedir.¹²
- **Geçici Olma:** Arama ve elkoyma tedbirleri geçici nitelikteki tedbirlerdir. CMUK’ndan farklı olarak CMK “Arama karar veya emrinde karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilir” hükmünü getirmektedir (CMK m. 119/2-c). Yasada gözaltı veya tutuklama

¹⁰ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 395, Öztürk, **a.g.e.** 492, Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.** s. 282. Aksi görüşle birer araştırma vasıtası olduğuyla ilgili olarak bkz; Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul 2010, s. 375.

¹¹ Benzer görüş için bkz: Ahmet Gökçen, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma**, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994, s. 19.

¹² Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 733.

tedbirlerinde olduğu gibi, arama ve elkoyma için azami süreler düzenlenmemiştir. Kanunda arama karar veya emrinin yerine getirileceği sürenin açıkça belirtilmemesi yerinde olmakla beraber, bu her somut olay bakımından ayrıca belirlenmelidir.¹³ Ancak belirlenecek süre aramanın makul bir süre içinde yerine getirilmesini sağlayacak şekilde olmalıdır. Buna göre 24 saat makul süreye örnek verilebilir.¹⁴ Belirlenen süreden önce ulaşılması hedeflenen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halinde bu tedbirler sona ererler. Diğer tedbirlerde olduğu gibi arama ve elkoyma da, en fazla hüküm kesinleşinceye kadar devam eder. Bu açıdan Anayasamız da bu tedbirleri sürelerle sınırlandırarak, hâkim kararına veya yetkili mercin emrine bağlayarak geçici niteliğini vurgulamak istemiştir.¹⁵

- **Orantılılık:** Araçla amacın, yöntemle hedefin dengeli olması gerekir.¹⁶ Bir başka deyişle, arama işlemine başvurmak için bu işlemin gerektirdiği müdahale ile sonucunda elde edilecek menfaat arasında orantının bulunması gerekmektedir. Eğer hak ve özgürlükler açısından daha az müdahaleci bir tedbir ile elde edilmek istenen hedefe ulaşılyorsa, daha ağır ve müdahaleci olan tedbire başvurulmamalıdır. Örneğin, kolluk ekiplerine yapılan bir ihbarda şüphelinin nakil vasıtasıyla kaçak tütün mamulleri nakletmesi eylemiyle ilgili olarak ekiplerce aracın durdurulup aranmasının yanında, ihbar kapsamı dışına çıkılarak şüphelinin ayrıca evinin aranmasında hedeflenen amaç ile yapılacak arama işlemi arasında orantısızlık söz konusu olacaktır.

¹³ Yeniley/Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 405.

¹⁴ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, 2016, s. 399.

¹⁵ Hüseyin Serkan Yıldız, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma**, Yayınlanmış yüksek lisans tezi, Ankara 2010, s. 15.

¹⁶ Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku 1**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 201.

2. Aramanın Genel Şartları

2.1. Makul Şüphe

Şüphe kavramı algısal bir olguyu ifade etmektedir. Bununla beraber şüphe duyma kişilerin iç dünyasına özgü bir durumdur.¹⁷ Başka bir ifadeyle, insan zihni, bir kanıyı destekleyen nedenler, karşı iddiayı destekleyen nedenlerle eşit derecede görününce, bu nedenler arasında kanıya varamayıp şüphe eder.¹⁸

Kanun koyucu koruma tedbirlerine başvurabilmek için suç şüphesinin varlığını aramakta, tedbirin yoğunluğuna ve yöneldiği temel özgürlüğe yaptığı müdahale ölçüsünde bunu ayrıca düzenleme yoluna gitmiştir. Bu düzenlemelerde yer alan basit şüphe, dayandığı delilleri az ve yetersiz olan şüphedir. Soruşturmayla başlanabilmesi için basit şüphe gerekli olmakla, bu da somut olayların en azından belirti şeklinde bulunan delillerin belli bir suçu oluşturduğu yönünde şüphe oluşturmastır.¹⁹

Eldeki deliller sayıca daha fazla veya delil kuvveti yeterli veya kuvvetli ise yoğun şüpheden söz edilir. Yoğun şüpheyi, kuvvetli ve yeterli şüphe olarak ikiye ayırmak gerekir. Eldeki deliller dikkate alındığında, yapılacak bir duruşmada sanığın beraat etmesi yerine mahkumiyet alması daha kuvvetli ise yeterli şüphe var kabul edilir. CMK’nda iddianamenin düzenlenmesi için gerekli olan şüphe budur. Eğer eldeki delil ve olgular, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkumiyet almasını kuvvetli kılıyorsa, burada kuvvetli şüpheden söz edilir.²⁰ CMK’nda pek çok koruma tedbirinin uygulanmasında kuvvetli şüphenin varlığı aranmıştır.²¹

KMK’nun 9. maddesinin 1. fıkrasındaki atıf gereği arama işleminde nasıl bir şüphe derecesinin gerekeceği CMK’nun 116/1. maddesinde “*Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.*” şeklinde

¹⁷ Halil Bodur, **Şüphe, Makul Şüphe ve Arama Hukuku**, MÜHFD, Y. 2006, S. 1, İstanbul, s. 22.

¹⁸ Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı, Sesim Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 2. Baskı, Ankara, Eylül 2017, s. 27.

¹⁹ Öztürk, Kazancı, Güleç, **a.e.** s. 26, Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Anlamı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 60.

²⁰ Öztürk, Kazancı, Güleç, **a.g.e.** s. 28,29, Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 356.

²¹ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 74, 100, 128, 133, 135, 139, 140. maddelerindeki koruma tedbirleri.

belirtilmiştir. İlgili maddeden de anlaşılacağı üzere, arama tedbirinin uygulanması için “makul şüphe”nin varlığı şart olarak öngörülmüştür. Aynı kanunda makul şüphenin tanımına yer verilmemiş olmakla birlikte AÖAY’nin 6. maddesinde “*Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.*” şeklinde tanımlanmış²², maddenin devamında kavrama yönelik “*Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.*” denilmek suretiyle daha fazla açıklama getirilmiştir. Bununla birlikte CMK’nun 116/1. maddesinde yer alan “yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa” şeklindeki ifade 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunla “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” olarak değiştirilmişti. Ne var ki, bu düzenleme de 2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve yeniden “makul şüphe” kavramına geri dönlmüştür. Bu suretle arama koruma tedbirine başvurmayı neredeyse olanaksız hale getirecek olan kuvvetli şüphe kavramından geri dönülmesi yerinde olmuştur.²³

Amerika, Yeni Zelanda ve Kanada hukukunda makul şüphe kavramı için bir dengeleme teorisi göz önünde bulundurulur. İki menfaat dengelenmektedir. Biri özel hayatın gizliliği hakkı; diğeri ise suçun ortaya çıkarılmasındaki toplum menfaati vardır. Terazinin iki ucunda bu değerler tartılır.²⁴

Arama tedbiri yönünden failde, suçun işlenmesi konusunda değil, aranılan kişi veya eşyanın orada olduğunu gösteren basit fakat “*makul*” bir şüphe bulunması

²² Amerikan hukukunda makul (reasonable) şüphe, makul ve orta zekalı bir kişiyi inandırmaya yetecek bilgilerden oluşur. Bu bilgileri duyan kişi, aramanın yapılacağı yerde suçla bağlantılı olan bazı eşyaların bulunduğu inanmalıdır. Buradaki inanma derecesi, salt şüphelenmeden daha yoğun , fakat makul şüpheye yer bırakmayacak derecede inanmayı gerektirecek kadar da yoğun bir şekilde delillendirilmiş şüphe anlamına gelmez. Bkz: David Gottlieb, **Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller**, Amerikan Hukukunda Arama, Çev. Feridun Yenisey, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 85 vd.

²³ Özbek vd., **a.g.e.** s. 377, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s. 394.

²⁴ Ezgi Kızılkaya, **Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı**, TBB Dergisi, sayı 89, 2010, s. 517.

gerekir. Hakimin de makul şüpheye dayanan bir arama kararı vermesi gerekir.²⁵ Makul şüphe, hayatın olağan akışına göre somut olaylarda karşısında duyulan şüphedir.²⁶ Buradaki şüphenin varlığı, emarelere ve somut olgulara dayanmalıdır. CMK'nun getirdiği makul şüphe kavramının anlamını ortaya koymak bakımından CMUK döneminde yapılan değerlendirmeden ayrılmaya gerek bulunmamaktadır. Buna göre umma aramaya başvurmak için yetmez, basit de olsa aranan kişi ve/veya delillerin orada bulunduğuna ilişkin bir şüphe olmalıdır. Şüphe ölçülebilen belirli bir kavram olmamakla beraber tahminden daha fazla, fakat yeterli ve kuvvetli şüpheden daha az bir anlama sahiptir. Suç şüphesi ummadan kesin bir şekilde ayrılır. Umma subjektif bir yaklaşımdır ve bir görüş ya da bir düşünce içerir. Bu objektif anlama, konuyla ilgili düzenleme getiren yasal hükümlerin yorumlanmasıyla ulaşılabilir. CMK'nun kullandığı makul terimi, akla yakın ve mantıklı anlamına gelmektedir. O halde şüphe akla yakın olmalıdır. Fiilin o kişi tarafından işlendiğinin kabul edilebilir olmasını ortaya koymalıdır.²⁷

Yapılan açıklamalar ışığında, KMK açısından kaçakçılık suçunu oluşturacak bir eylem içerisinde bulunduğu yönündeki daha tali düzeydeki delil ve emarelerle, ilk olarak duyulan basit şüphe gereğince kişi hakkında soruşturma başlatılacak, bu kişi hakkında açılan dosyada şüpheli statüsü kazandırılacaktır. Daha sonra bahsettiğimiz makul şüphe seviyesinde delillerin varlığı söz konusu olursa şüpheli hakkında arama işlemi başlatılacaktır. Bu durumda aramadaki şüphenin “*farklı bir şüphe*” olduğuna dikkat edilmelidir. Çünkü gerek CMK'nda gerekse de AÖAY'nde “*aranan kişinin veya delil olacak eşyanın*” aramanın yapılacağı yerde bulunduğunu gösteren bir şüpheden söz edilmektedir. Yoksa failin suçu işlediği konusunda bir şüphenin bulunması belirtilmemiştir. Suçun işlendiği yönünde varılan şüphe “yeterli şüphedir” ki bu halde, cumhuriyet savcısı şüphelinin cezalandırılması talebiyle iddianame düzenleyecektir (CMK m. 170/2).

²⁵ Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 394.

²⁶ Öztürk, Kazancı, Güleç, **a.g.e.** s. 28.

²⁷ Özbek vd., **a.g.e.**, s. 378. Yenisey, Nuhoğlu'na göre, somut verilere yani kişinin veya delillerin belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına dayalı umma, makul şüphenin koşuludur. Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 394. Ünver, Hakeri'ye göre makul şüphe, şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği konusunda mevcut olan, akla yakın, mantıklı ve gerekçelendirilebilir, kararda açıklanması gereken şüphedir. Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s 395.

Makul şüphe, aramanın yapılacağı yer, zaman ve şüpheli veya sanığın davranışları, kolluk memurunun arama işleminin konusunu oluşturan eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Etnik bir kökenden gelen kişilerin suça eğilimli oldukları yönünde bir algı veya veri olsa bile, kişinin söz konusu etnik gruba ait olması makul şüphe için yeterli değildir.²⁸ Aynı şekilde, tarz, saç şekli, adli sicil durumu gibi hususlar tek başlarına makul şüphenin varlığı için yeterli değildir.²⁹

1918 sayılı Kaçakçılığın Men Takibine Dair Kanun'da, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na atıf yapılmayıp, "Aramalar" başlıklı kısımda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre 1918 sayılı Kanun'un 7. maddesinde *"Kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her denk veya sandıkta veya nakle yarayan diğer araçlarda arama yapılır."* denilerek bu kanundan kaynaklanan aramalarda basit şüphe yeterli görülmüştür. 4926 sayılı kanun 17. maddesinde de benzer şekilde *"16 ncı maddede sayılanlar bu Kanuna göre aramalara da yetkilidir. Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda arama yapılır."* şeklindeki düzenlemeyle daha yoğun şüphe derecesi belirtilemeksizin basit bir şüpheyile dahi arama yapılabileceği düzenlenmiştir. CMUK'ndaki arama şartları bulunmasa dahi, 1918 sayılı Kanun'un 3. Maddesinde sayılan memurlara, basit şüphe üzerine böylesine geniş bir arama yetkisinin verilmiş olması, Anayasa'nın 19. maddesindeki kişi güvenliğine lüzumsuz bir müdahale teşkil etmiştir.³⁰ Şüphesiz

²⁸ "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında makul şüphe, "kişinin suç işlediği konusunda, objektif gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin bulunması" olarak tanımlanmıştır. Somut olayda, kolluk görevlileri tarafından düzenlenen 30/12/2009 tarihli tutanağa göre, gündüz vakti saat 16:00 sıralarında cadde üzerinde devriye görevi sırasında durumu şüpheli görülen ve çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu bilinen sanığın durdurularak elinde bulunan siyah poşette yapılan aramada, ambalaj içinde bir adet erkek kazağının bulunduğu, sanığın söz konusu kazağı "Alınterim" isimli işyerinden birinin defolu diye verdiğini beyan etmesi üzerine anılan iş yeri sahibi Murat'ın aranmasında emanette kayıtlı olan ve 6136 sayılı Yasa kapsamında olduğu belirlenen sustalı çakının ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında; gündüz vakti cadde üzerinde yürürken kolluk güçlerince durdurulan sanığın elinde bulunan poşetin aranması için ortada "makul şüphe"yi gerektiren olgular ve buna bağlı olarak da arama kararı veya emri verilebilmesinin koşulları bulunmadığı halde, sanık hakkında yalnızca "çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu" gerekçesiyle, hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu delil elde edilmiştir." Y. 2. CD. 20/11/2013, 2013/29290 E., 2013/27219 K. Karar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

²⁹ Ali Şafak, Vahit Bıçak, **Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis**, 4. Baskı, Ankara, 2005, **a.g.e.** s. 45.

³⁰ Sahir Erman, **Kaçakçılık Suçları**, Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, Ek 1, İstanbul, 1982-1983, s. 135.

5607 sayılı kanundaki CMK'na yapılan atıfla belirlenen yeni formül, özel hayatın gizliliği anlamında kişi temel haklarına daha fazla güvence getirmiştir.

Uygulamada kaçakçılıkla mücadelede birçok soruşturmanın başlangıcını kolluk ekiplerine yapılan ihbarlar oluşturmaktadır. İhbarın soruşturma makamlarını harekete geçirebilecek nitelikte makul şüphe oluşturabilmesi için üç temel nokta ön plana çıkar. Bunlardan birincisi, ihbarda bulunan kişinin kendi açık bilgilerini de bildirmiş olmasıdır. Bir başka kişinin suç işlediğini ihbar ederken, kendi kimliğini de veren kişi, doğru söylemiyorsa iftira suçu işliyor olabilir. Bu nedenle açık kimlikle yapılan ihbarlar daima ciddiye alınmalıdır.³¹

İkinci nokta, ihbarda mümkün olduğunca ayrıntılı olay bilgisinin yer almasıdır. Örneğin, kamyon şoförlüğü yapan bir şahsın, kendisine tahsisli kamyonu belirli günde aracıyla bandrolsüz sigara nakledeceği yönünde bir ihbar yapılmış olursa, bu ihbarın detaylı olması, ciddiye alınmasını gerektirir.

Üçüncü nokta ise, kolluğun bilgi havuzu ile uyum gösteren isimsiz ve detaysız bildirimlerdir. Eğer kişiye güvenilemiyorsa veya ihbarı destekleyen somut olgular, detaylı bilgiler bulunmasa da, kolluğun evvelki bilgi havuzu ihbarı teyit ediyorsa; örneğin evinde yasa dışı alkol imalatı iddiasıyla kimliği belirsiz bir kişi tarafından yapılan ihbar, aynı kişi hakkında kolluktaki aynı suçtan bulunan adli sicil kaydıyla da desteklenmişse, bu durumda ihbar makul şüphe oluşturur. Daha önce işlenmiş suçlara dair, polisteki bilgi ve belgeler, değerli birer bilgi havuzudur.³²

³¹ Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s. 396.

³² “Amerikan Yüksek Mahkemesi 1983 yılında verdiği Gates kararı ile yeni bir bakış açısı getirmiştir. Verdiği bilgilere güvenilen bit muhbir, belli bir evde uyuşturucu madde bulunduğunu ihbar etmiş ise, sadece onun daha evvelce de bu tür bilgiler vermiş olması veya ihbarda bulunmasının kendi cezai menfaatine uygun olması gibi gerekçeler, onun “güvenilmesi gereken bir kişi” olduğunu göstermeye yetmez. Bu nedenle, ihbarda bulunanın evde uyuşturucu madde olduğunu bizzat görmüş olması, ihbarda bulunduğu kişinin şüpheli hareketlerini bizzat gözlemiş olması gibi, fiili bir takım bilgilerin de ihbarda yer alması aranmalıdır. Ancak bu gibi bilgilerle desteklendiği takdirde, muhbirin yaptığı ihbar, “*makul şüphe*” sebebi olarak değerlendirilebilir.” Bkz: Yenisey, Nuhoglu, a.e. s. 397. Aynı kararda, Amerikan Yüksek Mahkemesi, muhbirden duyduğunu söyleyenin verdiği bilginin arama bakımından geçerli olduğunu teyit etmiştir. Yüksek mahkeme, arama kararı veren hakimın görevinin, pratik ve sağ duyuya dayanan bir karar vermek olduğunu belirtmiştir. Hakim, önüne getirilen yemin ve yemin altında hazırlanmış bulunan veya yazılı açıklamanın sağlam verilere dayanıp dayanmadığını denetleyecek ve duyduğunu söyleyen kişiden aldığı bilgilerin, belli bir suçun delilinin aramanın yapılacağı yerde bulunması ihtimali olup olmadığını, adil bir şekilde değerlendirmesi gerekecektir. Bkz: Gottlieb, **a.g.e.** s. 89.

CMK'nun 117/3. maddesinde ise, diğer kişilere ilişkin arama ile ilgili olarak, *“Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir.”* hükmüne yer verilmiştir. Bu itibarla şüpheli veya sanık genel olarak bir yerde bulunuyor ya da izlenmesi sırasında bir yere girmiş ise, aramanın herhangi bir şüphe şartına gerek olmaksızın doğrudan o yerde yapılması mümkün hale gelmektedir. Bu durumlarda, arama tedbirinin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi ve hayatın olağan akışı gereğince makul şüphenin var olduğu söylenebilir.³³

2.2. Hakim Kararı - Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Yetkili Mercinin Yazılı Emri

Arama işleminin temel hak ve hürriyetlere doğrudan etkisi nedeniyle kanun koyucu, anayasal düzeyde düzenleme yapmıştır. Anayasanın 20. maddesinde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının aranamayacağı, yine 21. maddesinde usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin konutuna girilemeyeceği ve konutunun aranamayacağı hüküm altına alınmıştır. Her iki maddeden anlaşıldığı üzere arama işlemi için, hakim kararı veya yetkili mercinin yazılı emrinin bulunması şartı anayasal düzeyde korunmaktadır. Bu anayasal korumanın bir gereği olarak, kanunlarda ve diğer mevzuatta da bu durum aramanın genel bir şartı olarak düzenlenmiştir.

CMK m. 119'da 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. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet*

³³ Yıldız, a.g.e. s. 47.

Başsavcılığına derhal bildirilir.” denilmektedir. Görüldüğü üzere, arama kararını verme yetkisi kural olarak hakim veya mahkemeye aittir.³⁴ Bu hakim soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise yargılamayı yapan mahkemedir.

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’da ise 5607 sayılı Kanun’dan tamamen farklı olarak *“Hususi evlerle müştemilatında arama:*
A) Mahallin en büyük mülkiye amirinin vereceği yazılı izinle,

B) Salahiyetli memurun izni bulunmadığı halde köylerde muhtar veya vekilinin ve bunlar da bulunmadığı takdirde ihtiyar heyetinden iki kişinin huzuriyle,

C) Arama izni verenlerin evlerinde arama icap ettiği takdirde mafevk idare amirinin izniyle yapılır.

Hususi ev aramaları salahiyetli memurlarca, ihtiyar heyetleri arasından ve bulunmadığı takdirde mahalle veya köy halkından en az iki kişinin huzuriyle yapılır. Muvazzaf ve müstahdem subaylarla askeri memurların kendilerinin oturdukları yerlerde arama, mafevk veya hem rütbe bir subay huzuriyle yapılır.

İzin veren makamın iş'arı üzerine aramada bulunacak subayın izamına askeri merciler mecburdurlar.

... Kaçak eşya ile girilirken veya çıkılırken görülen veyahut kaçakçılık sayılan her hangi bir işin yapıldığı zahiri delilleriyle tesbit edilen yerlerde usulü dairesinde ve hemen aramak için gündüz izin almağa lüzum yoktur.

Bu hallerde arama (A, B, C) fıkraları hükümleri dairesinde gece dahi yapılır.” şeklindeki düzenlemeyle kaçakçılık suçlarındaki aramalarda mülki idare amirinin kararını yeterli görmüş, verilen arama kararları bu şekliyle yargısal denetimden uzak tutulmuştu. Bununla beraber söz konusu memurlara bu yetkinin tanınmış olması, CMUK’nun 9. maddesi ile hakim, savcı veya idari mercilerin haiz olduğu arama

³⁴ Yenisey, Nuhoglu, hakim tarafından verilen tutuklama kararı, zorla getirme kararı ve hakim tarafından verilen yakalama emrinin de üstü kapalı birer arama kararı niteliğinde olduğu görüşündedir. Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s. 403.

yetkisini ortadan kaldırmış değildi.³⁵ Bu organlar da adlıkları yetki ile aramada bulunabilirlerdi. İşyerleri açısından ise 9. maddedeki *“Dükkan, mağaza, ticaret ve alış veriş yapılan hususi evler, depo, ambar, antrepo, han, otel, pansiyon, sinema, tiyatro, gazino, kahvehane, bar, dansing ve bunlara benzer yerler ve müştemilatı umuma açık oldukları müddetçe ve umuma açık yerlerinde arama izinsiz yapılabilir. Bu mahaller umuma açık bulunmadıkları zaman 8 inci madde hükmüne tabi tutulur.”* şeklindeki düzenlemeyle kamuya açık olan işyerleri açısından izne gerek olmadığı, kamuya kapalı olan yerler açısından ise 8. maddeye atıfla yine mülki idare amirinden izin alınacağı belirtilmiştir.

4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda 1918 sayılı Kanun’a nazaran arama işlemlerinde *“Madde 17 - 16 ncı maddede sayılanlar bu Kanuna göre aramalara da yetkilidir.*

Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda arama yapılır.

Ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde arama yapılması ve buralardaki eşyaya el konulması bu Kanunda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş hâkim kararı; bu sebebe bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise o yerin en büyük mülkî amirinin veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılır. Mülkî amirin veya Cumhuriyet savcısının verdiği yazılı emir yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç kırksekiz saat içinde açıklar, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar. Ancak, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz.” denilerek 1918 sayılı Kanun’daki mülki idare amirinden izin alınması kaldırılarak yargısal denetim getirilmiştir. Ancak bu denetim ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler, bunların eklentileri ile özel konut ve eklentileri için getirilmiş, bu yerler dışındaki aramalarda hakim kararına ihtiyaç duyulmamıştır.

³⁵ Sahir Erman, **Kaçakçılık Kanunu Şerhi**, Kervan Yayınları, İstanbul, 1973, s. 87.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na göre kural olarak arama bir hakim kararı ile olur.³⁶ Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile de arama yapılabilir. Hakim kararı ve Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılan aramada, aramanın kapsamı bakımından bir sınırlama söz konusu değildir. Başka bir deyişle bu durumda, aramaya konu olan herkesin üstünde, eşyasında, konutunda, işyerinde ve diğer yerlerde arama yapılabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına da ulaşılmıyorsa, kolluk amirinin yazılı emri üzerine arama yapılabilir.³⁷ Bu şekilde Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin talimatıyla oluşturan arama kararı yazılı emirdir. Kolluk amirinin yazılı emri üzerine yapılacak aramaya konu olan yerlerin kapsamı hakim veya Cumhuriyet savcısına göre sınırlı tutulmuştur. Buna göre kolluk amiri, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama emri verme yetkisine sahip değildir.³⁸

Kanunda, Cumhuriyet savcısının ve kolluk amirinin arama emri verme yetkisi yukarıda belirtildiği üzere belirli koşullara bağlanmıştır. Cumhuriyet savcısının ve kolluk amirinin arama emri verebilmesinin ilk şartı gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığının bulunmasıdır.³⁹ Gecikmesinde sakınca bulunan hal deyiimi, AÖAY'nin 4. maddesinde *“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 hâli”* olarak tanımlanmıştır. Bu durumda, gecikmesinde sakınca bulunduğundan söz edilebilmesi için, ilgili merciin hakime başvurup karar aldıktan sonra, tedbiri uygulamak istemesi halinde, o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi, delillerin kaybolma ihtimalinin olması veya uygulanması halinde dahi beklenen faydanın elde edilememesi söz konusu olmalıdır.⁴⁰ Cumhuriyet savcıları ile onun

³⁶ Yargıtay'ın arama kararı bulunmadan üst araması ile elde edilen delilin kullanılmasına izin verdiği karara için bkz: Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s. 399.

³⁷ Yargıtay'ın gecikmesinde sakınca bulunmadığı halde, varmış gibi muamele yapılarak ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ceza muhakemesi önlemine karar verecek bir merciin kararı ile yapılan arama sonucunda elde edilen verilerin hukuka aykırı delil olduğu yönündeki kararı için bkz: Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 399.

³⁸ Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku 1**, 9. Bası, Ankara, 2018, s. 331, Özbek vd., **a.g.e.** s. 375, Özbek vd., **a.g.e.** s. 374.

³⁹ Toroslu/Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 285.

⁴⁰ Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, 2018, 320, Özbek vd., **a.g.e.** s. 374, Ünver/Hakeri, **a.g.e.** s. 399.

yardımcıları sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama yetkisi istisnai bir yetkidir.⁴¹ Uygulamada ise cumhuriyet savcısına ulaşılamaması halinin çok nadir görülebilecek bir durum olması nedeniyle bu yetki büyük ölçüde cumhuriyet savcısı tarafından kullanılmaktadır. Kolluk amirlerinin arama yetkisi, üç koşulun gerçekleşmesine bağlıdır. Bunlar gecikmesinde sakınca bulunan bir halin bulunması, cumhuriyet savcısına ulaşılamaması ve arama yapılacak yerin konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alan olamamasıdır. Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleştirilen arama ve elkoyma işlemi üzerine ilgili kolluk görevlilerince neden cumhuriyet savcısına ulaşamadığı, savcının hangi vasıtalarla arandığını belirten ayrıntılı tutanak düzenlenerek ilgili soruşturma evrakına eklenir. Buradan da anlaşılaacağı üzere, kolluğun hangi nedenlerle olursa olsun kendiliğinden arama yapma yetkisi yoktur.⁴²

43

⁴¹ Mevzuata uygun olarak aynı yöndeki Chappell/ İngiltere davasında “*Bay Chappell'e, davacıların taşınmaza girmelerini gereği gibi reddetme imkanı verilmediği kabul edilmelidir; çünkü davacılar içeriye Başkomiser A. ile birlikte girmişlerdir. Ancak başvuru, daha sonra bu noktayla ilgili olarak bir itirazda bulunmamıştır. Aslında başvuru, davacıların taşınmazı terk etmelerini isteme hakkını kullanmak yerine, hukuki tavsiye aldıktan sonra, taşınmazın aranmasına rıza göstermiştir. Dahası, bir tavsiye alınuncaya kadar bu operasyonlara başlanmamıştır. Açıkta ki, polisin ve davacıların eşzamanlı olarak yaptıkları aramalar, Bay Chappell'in ilgisini dağıtmış ve aramaları gözetleme, avukatından tavsiye alma ve avukatına talimat verme konusunda güçlük yaratmış olmalıdır. Gerçekten de Yargıç Warner, bu durumun Anton Piller kararının icrasını "olması gerekenden daha baskıcı" duruma getirdiğini kabul etmiştir. Bütün bunlar, şu faktörlerle tartılmalıdır. İlk olarak, iki aramanın da, en azından kısmen aynı materyallerle ilgili olduğu açıktır. İkinci olarak, başvuru, aramalardan birinin, diğeri tamamlanuncaya kadar ertelenmesini istememiştir. Üçüncü olarak, ulusal mahkemeler ilk elden delilleri gördükten sonra, aslında Bay Chappell'in tedbir kararı yerine getirilirken kendi menfaatlerini koruyabilecek durumda olduğu sonucuna varmışlardır. Son olarak Yargıç Warner, kararın "icra edilme tarzının doğasında bir yanlışlık bulunmadığını tespit etmiş; Üst Mahkeme de, Bay Chappell'e adil davranmak amacıyla kararın iptal edilmesinin gerekli olmadığı sonucuna varmıştır. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, niteliği gereği başvuru için bazı güçlüklerle sebep olan uygulamadaki kusurların, olayın bütün şartları değerlendirildiğinde, tedbir kararının izlenen meşru amaçla orantısız görülmesini sağlayacak kadar ağır olmadıkları görüşündedir.” gerekçesiyle karar verilmiştir. Karar için bkz: [www http://hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int). Ayrıca Bkz: YCGK, T. 29/11/2005, 2005/7-144 E, 2005/150 K.*

⁴² Öztürk vd., **a.g.e.** s. 495, Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 399.

⁴³ Özbek vd., uygulamada gecikmesinde sakınca bulunması teriminin olabildiğince geniş yorumlanarak kötüye kullanıldığı görüşündedir. Bu durumda izlenecek yol, hakim veya savcı tarafından bu gerekçeye dayanılarak verilmiş kararı denetleyerek, onun yerine aynı koşullara sahip bir başka görevli olsaydı yine aynı kararı verebileceği sonucuna ulaşıyorsa kararı hukuka uygun bulmalıdır. CMK'na göre artık kural olarak kolluğun arama kararı vermek yetkisinin kaldırılması hükmün kötüye kullanılması riskini azaltmıştır. Nihayet, amaca uygun bir değerlendirme bizi bir “sakınca”nın ortaya çıkmayacağı sonucuna götürüyorsa gece vakti arama icra edilemez. Bkz: Öztürk vd., **a.g.e.** s. 396.

Yukarıda belirtilen düzenleme ve kriterlere rağmen, özellikle önleme aramasının uygulandığı durumlarda, kolluk ekiplerince durumundan şüphelenilen bir aracın rutin araması yapıldıktan sonra, özel düzenekle saklanmış kaçak eşya bulunduğu dair makul şüphenin varlığı halinde, aracın kolluk merkezine intikalini sağlayıp sonrasında cumhuriyet savcısından yazılı arama emri almak yerine, şifahi emirle arama işlemleri yapılmaktadır. Arama işleminden sonra elkoyma yapılacak eşya bulunmuşsa, arama tutanağı ve elkoyma talebi arama işleminden sonra cumhuriyet savcısına sunulmakta, bu işlemlerden sonra savcının yazılı emri dosyaya ikmal edilmektedir. Belirtmek gerekir ki bu aşamada yapılması gereken, merkeze çekilen aracın kullanıcı bilgileri, araç tescil belge örnekleri ve muhafaza altına alma tutanaklarıyla birlikte savcılığa sunulması ve sonrasında yazılı arama kararının teminiyle işlemin tamamlanmasıdır. Aksi halde elkoyulan deliller, yapılan arama kararının CMK'na aykırılığının ispatlanması halinde hukuka aykırı hale geleceklerdir.

Kanunda gecikmesinde sakınca bulunan bir halin olup olmadığı hususunu kimin takdir edeceğiyle bir düzenleme yer almamaktadır. Kanaatimizce, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal değerlendirmesini yapacak olan merci somut olaya göre arama emrini verecek mercidir. Bir başka ifadeyle, Cumhuriyet savcısı veya Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amiri, kendisine bir olayla ilgili arama talebi geldiğinde olayda delillerin karartılması, şüpheli veya sanığın kaçması veya kim olduğunun tespit edilememesi tehlikesi bulunup bulunmadığını bizzat değerlendirecek, eğer böyle bir durum nedeniyle telafisi güç neticeler doğacağını öngörüyorsa, gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl olduğuna kanaat getirerek arama emrini verecektir.⁴⁴ Eğer, gecikmesinde sakınca bulunan bir

⁴⁴ “Düzenlenen tutanakta gecikmesinde sakınca bulunduğu ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içerisinde de, gerçekleştirilen arama için hâkim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir bilgi ve belge bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır.” Bkz: YCGK, T.17.11.2009, 2009/7-160 E., 2009/264 K.,

“.... Somut olayda, yakınların evlerinde arama yapmayı haklı gösterecek arama konusunda verilmiş hakim kararı olmadığı gibi, hakim kararı olmadan arama yapılabilecek durumlara ilişkin yasada öngörülen koşullardan herhangi birinin gerçekleşmemesine rağmen, ... yetersiz gerekçelerle beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Bkz: Yargıtay 4. CD, T. 19.04.2006, 2004/21680 E., 2006/9696 K. Kararlar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

hal olmadığı öngörülüyorsa hakimden arama kararı verilmesi talep edilecektir.⁴⁵ ⁴⁶ Bu şekliyle soruşturma aşamasında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilecek yazılı emirlerle ilgili a priori yargı denetiminin olmadığı söylenebilir.⁴⁷

Açıklamalar ışığında belirtmek gerekir ki, Cumhuriyet savcısı ve kolluk amiri kural olarak, arama kararı veremez. Arama kararı sadece hakim tarafından verilebilir. Cumhuriyet savcısı ve kolluk amiri ise arama emri verebilirler.⁴⁸

CMK'nun 119. maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından arama kararının (kolluk amirinin vereceği arama kararı CMK'nun 119/son. maddesi gereğince derhal cumhuriyet savcısına bildirilecek) hakim onayına sunulmasıyla ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Uygulamada da sulh ceza hakimlikleri, CMK'nda düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle savcılığın gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında alınan arama kararlarını onama taleplerini Anayasa'ya aykırı bir biçimde reddetmektedirler. Buna karşın Anayasa'da gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle kanunla yetkili kılınan merciin arama emrini 24 saat içerisinde hakim onayına sunulması şartı aranmıştır. CMK'nun 119. maddesinde ise böyle bir zorunluluk aranmış değildir. Kanaatimizce burada Anayasa'nın 20. maddesi

⁴⁵ Yıldız, **a.g.e.** s. 55.

⁴⁶ “Sanığın evinde ihbar üzerine yapılan aramada hakim kararı alınmamıştır. Hakim kararı alınmasını engelleyecek gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığını gösteren bir tespit, bilgi veya belge de bulunmamaktadır. Dolayısıyla hakim kararı olmaksızın arama yapmayı yasal kılan gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı da söz konusu değildir. Böyle bir halin varlığı kabul edilse dahi aramada Anayasa'nın 21., PVSK'nun 2. ve 9., 1412 sayılı CMUK'nun 97. maddelerine uygun değildir. Arama yapılabilmesi için yetkili merciin yazılı veya sözlü arama emri olmadığı gibi arama sırasında CMUK'nun 97/2. maddesi hükmüne aykırı olarak ihtiyar heyetinden veya komşulardan hiç kimse de bulundurulmamıştır Bu suretle, hukuka aykırı olarak yapılan arama sonucu elde edildiğinden dosyadan çıkarılması gereken yasak delile dayanılarak, başkaca da yasal delil bulunmadığı gözetilmeden sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır.” 7. CD, 20.06.2005, 13539, 8098. Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 407.

⁴⁷ “...Oysa bu davada şartlar böyle gelişmemiştir. Olayın geçtiği dönemde - AİHM, kişilerin daha iyi korunması amacıyla daha sonra yapılan yasal ve anayasal reformlar hakkında yorum yapmaksızın - polis, gecikmenin sakıncalı olabileceği durumlarda, mahkeme emri olmadan arama yapabilmekteydi. Polis, aramanın gerekliliği ve kapsamı hakkında kendi başına karar verme yetkisine sahipti. Bu davada AİHM, a priori yargı denetiminin yokluğunu açıklayacak bir neden görmemektedir. Dolayısıyla, başvuranın konutuna saygı gösterilmesi hakkı, polisin takdirine bırakılarak ihlal edilmiştir...” Işıldak/Türkiye davası, 30.09.2008, 12863/02, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["12863/02"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁴⁸ Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 403. Ünver, Hakeri'ye göre, Cumhuriyet savcılığı ve kolluk amirinin emrinin “yazılı olması gereği sakıncalı olup, bunun yerine sözlü emir verme ve kolluğun resen arama yapması olanağı tanıma ve fakat buna karşılık olası suistimalleri önlemek için, tıpkı elkoyma için CMK'nun 127/3. maddesinde yapıldığı gibi kısa süreli bir denetim mekanizması getirilmesi daha yerinde olacaktır. Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 408.

doğrudan uygulanabilir olduğundan, arama emrinin 24 saat içerisinde hakim onayına sunulması zorunludur.⁴⁹ Her ne kadar CMK m. 127/3'te hakim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin 24 saat içerisinde hakim onayına sunulması aranmış ise de, hakim onayına sunma zorunluluğu anayasadan kaynaklandığı için arama sonucunda mutlaka elkoymaya konu olabilecek eşyaya ulaşılması da şart değildir.⁵⁰

Yukarıda belirtildiği şekilde, kendisinden arama talep edilen veya gecikmesinde sakınca bulunan halde yapılan arama işleminin onaylanmasını talep edilen hakim, öncelikle suç şüphesini değerlendirmeli, arama kararını müdahaleyi ölçülü ve kontrol edilebilir biçimde vermelidir. Arama kararına esas alınan suç şüphesinin soyut tahminlerden ziyade elle tutulur tutanak noktalarına ve somut delillere dayanmalıdır.⁵¹ Bunların olmaması veya savcı tarafından verilen bir kararın hiç incelenme olanağı olmadan veya bu denetim yapılmadan hakimce onayı, arama kararını hukuka uygun hale getirmez.⁵²

Arama işlemini hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmesinde en önemli şartlardan biri de aramanın yazılı olmasıdır. Nitekim kanun koyucu, hem Anayasa'da hem de CMK'nda cumhuriyet savcısı ve kolluk amirinin verdiği arama emrinin yazılı olması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Bu şartın amacı, yapılan işleme şeffaflık getirerek denetiminin sağlanabilmesi, buna bağlı olarak hukuka uygunluğunun tesis

⁴⁹ Öztürk, a.e. s. 497. Amerikan hukukunda ise, arama kararlarının kural olarak hakim tarafından verilmesi ve bunun istisnaları bulunmakla beraber, hakim kararı olmadan yapılan bir arama veya elkoyma yapıldığı durumlarda, mahkeme yapılmış olan aramanın "makul" olup olmadığını denetlemek zorundadır. Aramaların çoğunda, makul şüpheye dayanan ve geçerli bir arama kararı bulunup bulunmadığı ve yapılmış olan aramanın hukuken kabul edilen bir istisnai durumu ilgilendirip ilgilendirmedığı noktasında oluşacaktır. Bkz: Gottlieb, a.g.e. s. 88.

⁵⁰ Aynı yönde Yenisey, Nuhoglu, a.g.e. s. 406, İsa Döner, **Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinden Koruma Tedbiri Olarak Arama, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi**, Kültür Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 431. Centel/Zafer ise bu konuda somut norm niteliğindeki anayasa hükmünün, aramanın sadece elkoyma ile sonuçlandığı hallerde doğrudan doğruya uygulanması gerektiği kanaatindedir: Bkz: Centel, Zafer a.g.e. s. 376, aynı yönde Ünver, Hakeri, a.g.e. s. 420.

⁵¹ "Cumhuriyet Savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunduğu bahisle verilmiş yazılı bir arama izni bulunmasına rağmen arama kararında gecikmesinde sakınca bulunan halin gerekçesinin belirtilmediği, dosya içerisinde bulunan 02.02.2011 tarihli arama tutanağının tarih ve saati incelendiğinde aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmış olması nedeniyle arama kararının savcılık tarafından verilemeyeceği, buna göre yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı olduğu, sanık aşamalarda ki savunmalarında ise sigaraları içmek amacıyla aldığını, ticari amacının olmadığını beyan etmiş olup işyerinde yapılan aramada da herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı, usulsüz arama sonucu kanuna aykırı olarak elde edilen delil (eşya) dışında sanığın mahkumiyetini gerektirecek başkaca bir delil de elde edilemediği ve kaçak eşyanın miktar ve mahiyeti gözetildiğinde, dava konusu eşyayı ticari amaçla bulundurduğuna dair sanığın savunmasının aksine mahkumiyeti için her türlü şüpheden uzak, kesin, yeterli ve inandırıcı delil bulunmadığı..." 7. CD. 08.12.2014, 2014/1269 E., 2014/20809 K. Karar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

⁵² Ünver, Hakeri, a.g.e. s. 402.

edilebilmesi ve araması yapılan kişinin bilgilendirebilmesinin sağlanmasıdır. Bu bilgiler ışığında örneğin telsizle yoluyla verilen emir, yazılı emir yerine geçmeyecektir. Keza, Cumhuriyet savcısınca acele hallerde yetki kapsamında verilen sözlü emir (CMK m. 161/3), arama emri olarak değerlendirilemez. Sözlü emir sonradan yazı ile teyit edilse bile hukuka uygun hale gelmeyecektir.⁵³ Buna karşılık gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirinin vereceği emrin şekil itibarıyla nasıl olacağı hususunda kesin ve açık bir düzenleme bulunmamakla beraber CMK’nda bazı düzenlemeler yer almaktadır. CMK’nun 119/2. maddesinde, arama kararında aramanın nedenini oluşturan fiilin, aranılacak kişinin, eşyanın, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresinin ve kararın geçerli olacağı süresinin, aranılacak eşyanın elde edilmesi halinde elkonulup konulmayacağının açıkça gösterileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden çıkarılması gereken, kolluk amirinin arama emrinin yazılı olması ve CMK’nun 119/2. maddedeki şartları taşıması gerektiğidir. Doktrinde ise, bu hususta çeşitli görüşler mevcuttur.⁵⁴

Burada uygulamada karşımıza çıkan sorun, aramaya ilişkin karar veya emrin mutlaka aramadan önce verilmesinin gerekip gerekmediği konusunda ortaya çıkmaktadır. Bu aşamada, arama kararının mutlaka arama yapılmadan önce verilmesi gerektiği konusunda bir duraksama bulunmaması gerekir. Buna karşılık Anayasa’da arama emrinin yazılı olması gereğine işaret edilmekle birlikte, bunun arama yapılmadan önce verilmesi gerektiğine ilişkin bir zorunluluk aranmış değildir.⁵⁵ Ayrıca, arama kararında aranılacak kişi, aramanın yapılacağı işyeri veya konutun adresi ya da eşyanın belirtileceği öngörüldüğü için, işyerinde arama yapılmasına ilişkin karar veya emir, işyeri içerisindeki bulunan çalışanlar haricindeki kişilerin üzerinin aranmasını kapsamaz.

⁵³ Aynı yönde bkz: Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 919. Koç ise, telsiz ile emir verilmesinin yazılı emir olmayacağını ancak, şartları gerçekleşmesi halinde cep telefonu ile atılan mesajın yazılı emir olarak kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Bkz: Koç, **a.g.e.** s. 324 vd.

⁵⁴ Öztürk, aramaya ilişkin kararda, aranan münferit delilin, gerek ilgili gerekse de aramayı gerçekleştiren kolluk görevlisi nezdinde aranacak ve elkonulacak eşya hakkında hiçbir duraksama yaratmayacak biçimde yeterince somutlaştırılmış olması gerektiği görüşündedir. Bkz: Öztürk, **a.g.e.** s. 505. Özbek vd., arama kararının kural olarak yazılı olması gerektiği, sadece acele hallerde sözlü olarak verilebileceği, böyle bir durumda kararın sonradan yazılı hale getirilebileceği görüşündedirler. Bkz: Özbek vd., **a.g.e.** s. 69. Ünver, Hakeri ise, arama karar veya emrinde aramanın yapılacağı yerin açıklıkla yazılması ve tasvir edilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 409.

⁵⁵ Öztürk, **a.g.e.** s. 505.

Hakim kararı veya yazılı emirle arama yapan kolluk ekiplerinin, bir arama emri veya karar gerekmeksizin arama yapılabileceği haller de vardır. Bunlar AÖAY'nin 8, 9 ve 25. maddesinde sayılmıştır:

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

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

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

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

e) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 9.maddesinin ikinci fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında,

2) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 9.maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girilmesi, çıkılması ve geçilmesi yasak olan gümrük bölgesinde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurularak bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında,

f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması ve diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen

yardım çağrılarını üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için hakim veya savcı kararı alınmasına gerek bulunmamaktadır.⁵⁶

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da ilgilinin rızası halinde yazılı karar ve emir olmadan arama yapılabilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde, failin kendisine baskı veya zorlama olmadan aramaya rıza göstermesi durumunda arama karar veya emrine gerek olmadığı yönünde görüşler mevcuttur.⁵⁷ Mukayeseli hukukta da, arama öncesinde zorlama yapılmadan kişiye “aratmama” hakkına sahip olduğu bildirilerek rızasının alınması halinde, hakim kararına gerek olmaksızın arama işlemi yapılabilmesi yönünde görüş birliği mevcuttur.⁵⁸ Alman hukukunda, şayet ilgili arama sırasında rızasını geri alırsa gecikmede tehlikenin varlığı kabul edilmelidir. Öte yandan rıza sadece somut münferit bir duruma dayanabilir. İlgili şüpheli ya da diğer kişi olarak neyin arandığını bilmek zorundadır. İlgilinin bu konuda yanılgıya düşürülmesi rızayı kaldırır. Rıza kesin ve açık iradenin varlığını gerektirir ve sessiz kalmak yeterli değildir. Rıza söz konusu temel hakkın sahibi tarafından verilebilir. Bunun için evin maliki olması gerekmez, o yerde fiilen oturmak yeterlidir. Öte yandan bir evde oturan herkes, ailenin tüm üyeleri rıza vermelidir. Bir ya da birkaçının rızası yeterli değildir. Rızanın anlamını kavrayabilen herkesin rızası geçerlidir. Koşulları varsa temsilcinin rızası geçerlidir. Rıza geçersizse, arama da hukuka aykırı hale gelir. Alman hukukunda geçersiz aramada elde edilen delillerin kullanılabileceği de söylenmektedir.⁵⁹

⁵⁶ Recep Gülşen, **Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi**, Cilt 2, 12 Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Ocak 2013, s. 2126 vd.

Ayrıca somut olayda, Pazar yerinde uyuşturucu sattığı şüphesi ile hakkında arama kararı alınan kişinin üzerinde yapılan aramada delil elde edilmezken, yanındaki kişinin şüpheli davranışları üzerine karar olmadan yapılan aramanın hukuka uygun kabul edildiği Yargıtay kararı için bkz: Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 403. Öztürk, yönetmeliğin bu bendinin gerek Anayasa’nın 20. ve 21. maddelerine ve gerekse de CMK’nun 119. maddesine aykırı olduğu kanaatindedir. Zira temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturan tedbirlerin yönetmelikle değil, kanun düzenlemesi ve getirilen düzenlemenin de Anayasa’ya uygun olması anayasal bir zorunluluktur. Öztürk, **a.g.e.** s. 497.

⁵⁷ Centel, Zafer, **a.g.e.** s. 377 vd., Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 915.

⁵⁸ Yıldız, **a.g.e.** s. 63.

⁵⁹ Özbek vd. **a.g.e.** s. 397.

2.3. Adli Arama- Önleme Araması Ayırımı ve Hukuka Aykırı Delil Sorunu

Arama işlemi, suçların işlenmesinin önlenmesi ve önleyici denetimin sağlanması amaçlı önleme araması ile suç işlendikten sonra yakalama, müsadereye tabi eşyayı bulmak veya delil elde etmek amacına yönelik olarak adli arama olmak üzere ikiye ayrılır.

Önleme araması, PVSK'nun 9. maddesi ve AÖAY'nin 18. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla maddede belirtilen yerlerde kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını veya eşyasını arar, alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak CMK hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar. Ancak bunun için sulh ceza hakimi kararı⁶⁰ veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de mülki amirinin vereceği yazılı emir şarttır. Usulüne uygun olarak verilmiş arama kararı veya emri üzerine yetkili amirin, aramanın yapılması için kolluk memurlarına vereceği sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu konudaki emirlerin yazılı olarak verilmesi istenemez.⁶¹

PVSK'nun 9/4-g bendinde de önleme araması gerekçelerinden birinin 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde olduğu belirtilmiş, bu tür aramaların önleme araması kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Bu suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla yapılacak aramalar için talep, o yer Cumhuriyet savcısına da yapılabilir. Bu durumda kararı Cumhuriyet savcısı verir.⁶² Bununla beraber 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun ek 1. maddesi kapsamında bulunan sivil

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi “Anayasa'nın 20. maddesi, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik çerçevesinde sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahiptir. Bu nedenle de madde ile öngörülen hakim kararı güvencesinden önleme aramalarının istisna tutulduğu düşünülemez. Kaldı ki, iptali istenilen kuralın 3.8.2002 gün ve 4771 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 20. maddesindeki değişikliğe koşut olarak maddeye eklendiği anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 20. maddesine aykırı değildir.” gerekçesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı “Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu”nun 4771 sayılı Yasa ile değiştirilen 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “... usulüne göre verilmiş hâkim kararı...” ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. T. 22.02.2006, 2003/29 E, 2006/24 K. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ea990b52-e05f-47be-908a-27613dd36e67?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

⁶¹ Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 390.

⁶² Özbek vd., **a.g.e.**, s. 374.

hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve karar taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında önleme araması kapsamında bir arama kararı veya emri gerekmez.

Usulüne uygun yapılan önleme aramasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmasa bile, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet başsavcılığına derhal bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için Cumhuriyet savcısından yeni bir yazılı emir istenir. Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir (AÖAY m. 10).

Hakim kararı olmaksızın elkoyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar (CMK 127/3).

Bu tür aramada, aramanın amacı ve konusu dışında ele geçirilen ve haklarında tutuklama veya yakalama kararı bulunan kişiler, evrakıyla birlikte Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilir.

Adli arama ise, daha önce bahsedildiği üzere suç işlendiğine dair makul şüphenin bulunması halinde, şüpheli veya sanığın, delillerin elde edilmesi için bir kimsenin meskeninde etrafı çevrili sair mahallerinde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir.⁶³

İcrai işlem olarak arama, elbisenin dışından yoklayarak ya da çantayı doğrudan kontrol edilerek de yapılabilir. Fail şüpheli hareketler sergiliyor, terliyor veya endişeli davranıyorsa arama yapılabilir. Kelepçe takılması öncesinde, herhangi bir silah veya benzeri alet taşıyıp taşımadığının tespiti için, gösteri sırasında toplum düzeninin tehlikeye sokulmaması için aramalar yapılabilmektedir. Aynı zamanda

⁶³ Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 393, Öztürk, **a.g.e.** s. 492.

terörizm kapsamı içerisinde, örneğin havalimanı veya parlamento binası etrafındaki kişilerin araması yapılabilir. ⁶⁴

Adli arama önleme araması ayırımında en önemli husus, suç şüphesinin öğrenilmesinden sonra, daha önceden alınan önleme arama kararına istinaden adli arama yapılamayacağıdır. Bu tür durumlarda artık adli aramaya ilişkin kurallar geçerli olacağından, adli arama kararı alınmalıdır. ⁶⁵ Aksi takdirde bu tür bir arama sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı olur ve “zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur” ilkesi gereğince soruşturma veya kovuşturmada kullanılamaz. Bu nedenle, önleme araması kararının olduğu bir durumda suç ihbarı geldiğinde, ayrıca adli arama kararı alınmalı, önleme araması kararına istinaden adli arama yapılmamalıdır. ⁶⁶ Buna karşılık, suç şüphesi olmaksızın yapılan önleme araması sonucunda bir suça ilişkin delil elde edildiğinde bu delil hukuka uygundur.

⁶⁴ Kızılkaya, **a.g.e.** s. 515. Belçika hukukunda, önleme aramasına güvenlik araması da denilebilmektedir. **A.e.** s. 515.

⁶⁵ Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 395.

⁶⁶ “Adli arama kararı” olup olmadığının araştırılması, varsa aslı veya onaylı bir örneğinin getirilmesi, arama kararı yoksa, sanığın üzerinde arama yapılmasının hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucu sanığın üzerinde bulunan uyuşturucu maddenin hem “suçun maddi konusu” hem de “suçun delili” olup hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olacağı ve hükme esas alınamayacağı belirtilerek eksik araştırmayla hüküm kurulduğundan bahisle bozma kararı verilmiş ise de; olay günü kolluk görevlilerince Kiremithane Sağlık Ocağı önünde bazı şahıslarca uyuşturucu ve uyarıcı madde satışı yapıldığı, Yaşar isimli şahsın da esrar ve uyarıcı nitelikte hap sattığı, bu kişinin Bayram ve Gülizar oğlu, 1990 doğumlu, Adıyaman nüfusuna kayıtlı ... olduğu yönünde istihbari bilgiler elde edildiği ancak bu bilgileri destekleyen emarelerin bulunmaması nedeniyle doğruluğunun araştırılması ve adı geçenin gerçek kimliğinin belirlenmesi için belirtilen yere gidildiği, bu nedenle suç şüphesinin henüz Cumhuriyet savcısına bildirilmediği ve dolayısıyla soruşturma evresinin başlamadığı aşamada; olay yerinde eşkâle uyan sanığın görülmesi, sanığın üstünde bulundurduğu kağıda sarılı esrarı görevlilere kendiliğinden teslim etmesi üzerine yapılan kaba üst aramasında sol arka cebinde bir paket içerisinde 25 adet MDMA ve Amfetamin etken maddelerini içeren tabletin ele geçirilmesi, sanığın temadi eden satmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma eylemini gerçekleştirdiği şüphesiyle yakalanması nedeniyle suçüstü halinin söz konusu olması ve CMK' nun 90/4, 2559 sayılı PVSK' nun Ek 6 ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin (f) bendindeki “suçüstü” halinde karar alınmadan arama yapılabileceğine dair düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde; kolluk görevlilerinin işlenmekte olan bir suçla karşılaşması nedeniyle yetki ve sorumlulukları kapsamında derhal gerekli tedbirleri alarak basit bir kontrol ile sanığın sol arka cebinde bulunan uyarıcı nitelikteki 25 adet tableti ele geçirip el koymalarının hukuka uygun olduğu, bu durumda ayrıca arama kararı alınmasına gerek bulunmadığından hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği anlaşıldığından...” YCGK. 18/10/2016, 2016/57 E, 2016/374 K. Belirtmek gerekir ki, iletişimin dinlenilmesi tedbiri uygulanan bir şüpheli hakkında, iletişimi içeriğinden uyuşturucu madde ticareti gerçekleştireceği değerlendirilerek olay yerinde izleme yapılması, sonrasında belirlenen yerde uyuşturucu madde alış verişi gerçekleşir gerçekleşmez şüphelinin yakalanarak, üzerinde suçüstü hali gerekçesiyle yazılı karar olmadan arama yapılamaz. Zira burada önceden şüpheli kendiliğinden üzerindeki maddeleri verse dahi, suç işleyeceği yönünde önceden bilgi edinildiği için, kolluk ekipleri için makul şüphe oluşmuştur.

Önleme aramasında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, kişiler veya eşyaları üzerinde kabaca aramanın yapılmasıdır. Bu şekilde yapılan aramalar sonucu ele geçen deliller hukuka uygun delillerdir. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 4A/1 maddesi gereğince polis, kişileri ve araçları, bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek ve kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla durdurabilir. Ancak kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez (PVSK m. 4A/6). Nitekim Anayasa Mahkemesi, polise hakim kararı olmaksızın *“kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir”* hükmünü iptal ederek arama işlemlerinde hakim denetiminin gerekliliği vurgulanmıştır.⁶⁷ Nitekim yol kenarında önleme araması yapılması esnasında durdurulan ve rutin araması yapılan nakil aracı şoförünün, aracın durdurulması sonrasında şüpheli hareketleri nedeniyle detaylı araması için artık usulüne uygun olarak alınmış adli arama gerekecektir. Çünkü mevcut olayda, şoförün şüpheli hareketleri nedeniyle artık makul şüphe oluşmuş olacak, bu aşamadan sonra ceza

⁶⁷ “34. Buna göre bir kimsenin üstünün ve eşyasının aranabilmesi için gecikmesinde sakınca bulunmayan hâllerde mutlaka yetkili hâkim kararının bulunması, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmak kaydıyla kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin bulunması gerekmektedir.

35. Dava konusu kuralda, durdurulan kişilerin üstü ve eşyaları ile araçlarının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı emrine bırakılmakta böylece gecikmesinde sakınca bulunmayan hâllerde de hâkim kararı olmaksızın arama yapılmasına imkân tanınmaktadır. Anayasa'nın 20. maddesinin anılan hükmü açık olup gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl olmaksızın usulüne uygun verilmiş hâkim kararı dışında başka bir merciin kararıyla arama yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla kural, bu yönüyle Anayasa'nın 20. maddesiyle çelişmektedir.

36. Kuralda, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere mülki amirin belirleyeceği kolluk amirinin sözlü emriyle de arama yapılabilmesi belirtilmektedir. Anayasa'nın 20. maddesinin anılan hükmü uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça arama yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla kural bu yönüyle de Anayasa'nın 20. maddesini ihlal etmektedir.

37. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 20. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.” AYM , 4.5.2017, 2015/78 E, 2017/98 K, www.anayasa.gov.tr

soruşturmasına başlanacağı için arama, kanunda belirtilen usul ve esaslara göre yapılacaktır.

Önleme aramasının adli aramaya dönüşmemesi için, kural olarak daha yüzeysel ve kabaca arama yapılması gerekmekte ise de, aramanın türü veya biçimi her zaman bir eylemin arama olup olmadığını belirlemez.⁶⁸ Örneğin, uyuşturucu madde aranmasında özel eğitilmiş köpeklerin kullanılmasını arama olarak kabul etmek gerekir.⁶⁹ Çünkü yapılan aramada, köpek sadece arama işleminin yapılmasında yalnızca araç olarak kullanılmaktadır. Arama aracı kimi zaman bir dedektör, X-Ray cihazı olabileceği gibi canlı bir araç da olabilir. Nitekim bir eşyanın aranmasında teknik bir cihazın kullanılması o işlemi arama olarak nitelendirmeyi engellemez. Gizli bir şey, önleme veya adli amaçlı olarak aranmaktaysa ve bunun bulunması için hayvan veya teknik bir cihaz kullanılıyorsa, bu bir arama işlemidir.

AÖAY'nin 8/f maddesinin ilk halinde "ilgilinin rızası" ifadesine de yer veriyordu. Ancak Anayasa ve kanunla verilmeyen bu rızayla arama yetkisi kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ediyordu. Sonrasında Danıştay ilgili maddede yer alan, karar ve emir olmaksızın ilgilinin rızasıyla arama yapılabilmesine ilişkin ifadelerin iptaline karar vermiştir. Danıştay 10. Dairesi 13.03.2007 tarih, 2005/6392 esas, 2007/948 karar sayılı ilamında " *Anayasanın 'Temel Haklar ve Ödevleri' kısmında yer verilen 'özel hayatın gizliliği' ve 'konut dokunulmazlığı hakkı' dokunulmaz, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlandırabileceği belirtilirken, anılan hakların 'vazgeçilmez' niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde 'ilgilinin rızası'na yer verilmemiştir. Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle bu hakların mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlandırılması esası benimsenmiştir. Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel*

⁶⁸ Hakeri/Ünver ise, aramanın türü veya biçiminin bir eylemin arama olup olmadığında hiçbir zaman dikkate alınmayacağı görüşündedir. Bkz: Hakeri, Ünver, **a.g.e.** s. 389.

⁶⁹ Yenisey ise, burada uyuşturucu madde aranmasında özel eğitilmiş köpeklerin kullanılmasını arama olarak kabul etmektedir. Bkz; Yenisey, **İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade alma**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi yayınları, Ankara, 1995, s.7.

haklardan olan ‘özel hayatın gizliliği’ ve ‘konut dokunulmazlığı’ hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen ‘rıza’ müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz bırakacağı açıktır. Bu durumda dava konusu yönetmeliğin 8. maddesinin f bendindeki ‘ilgilinin rızası’ ibaresinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” gerekçesiyle anayasa ve diğer kanuni düzenlemelere uygun olarak rızaya dayalı aramayı iptal etmiştir. Uygulamada çok yoğun olarak aramaların sanık veya şüphelilerin rızası ile yapıldığının görülmesi, kolluk görevlilerinin bir takım suiistimallerinin olabileceği kanısını güçlendirmiş, bu nedenle birey hak ve özgürlüklerinin korunması, idarenin keyfiliğinin önüne geçilebilmesi açısından Danıştay’ın bu düzenlemeyi iptal etmesi yerinde olmuştur.⁷⁰

Doktrinde her ne kadar, şüpheli veya sanık açısından ilgilinin rızası kabul edilemez ve bu şekilde yapılan aramalar hukuka aykırı ise de, mağdurun rızası ile mağdura yönelik olarak gerçekleştirilen aramayı hukuka uygun kabul eden görüşler mevcuttur. Bizce de mağdurun rızasıyla arama yapılmasında hukuka aykırı bir husus bulunmamaktadır. Zira bir suç mağduru, suç delillerin elde edilmesi amacıyla Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliği’nin 10/4. maddesinde “*Bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddî gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan istenir.*” denilmek suretiyle uygulanması için kuvvetli şüphenin bulunması gereken bir tedbirin uygulanmasını sağlayabilmektedir. Bu durumda uygulanması için hakkında daha yoğun olan kuvvetli şüphenin gerekeceği bir tedbirin, rızaya dayalı olarak uygulanabilmesi halinde, daha alt dereceli şüphe olan makul şüpheyi gerektiren arama işleminde mağdurun rızası evveliyetle işlemi hukuka uygun hale getirecektir. Bu şekilde mağdur, suça ilişkin olarak kişilerin veya delillerin elde edilmesi amacıyla evinde, işyerinde ve diğer yerlerde arama

⁷⁰ Gülşen, a.g.e. s. 2130, Öztürk, a.g.e. s. 494.

yapılmasını isteyebilir.⁷¹ Böylece mağdurun, failleri adil bir şekilde cezalandırılmasını isteme hakkı bulunmaktadır.

3. Aramanın Zaman ve Yer Yönünden Şartları

3.1. Zaman Yönünden Şartları

AÖAY'nin 31/2. maddesinde, “*Aramanın amacını tehlikeye sokan acil bir durum yoksa adli arama gündüz yapılır.*” hükmüne yer verilmiştir. Benzer yönde, CMK'nun 118/1. maddesinde de, “*Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.*” düzenlemesi yer almaktadır. Amaç, gece vakti konutlarında dinlenmeye çekilmiş kişilerin, zorunluluk hali dışında rahatsız edilmelerini önlemektir. Buna bağlı olarak kural, aramanın gündüz yapılması, gece ise yapılmamasıdır.⁷² Bu kural konut dokunulmazlığı hakkının özünü oluşturan kişilerin konutunda hürce yaşama hakkına saygının bir gereğidir.⁷³

Kural aramanın gündüz yapılmasıyla birlikte “gündüz vakti” kavramından ne anlaşılması gerektiğini açıklamak gerekmektedir. Kanun koyucu ilgili kanun ve yönetmeliklerde bu hususta doğrudan açık bir düzenlemeye yer vermemekle birlikte, TCK’nda “gece vakti” kavramına ilişkin bir tanıma yer verilmiştir. TCK’nun 6/1-e maddesinde gece vaktinin, güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve güneşin doğmasından bir saat öncesine kadar devam eden zaman aralığı olduğu ifade edilmiştir. Tanımlama açık bir şekilde yapıldığından gündüz vakti, zamansal olarak güneşin doğmasından bir saat önce başlayan ve güneşin batmasından bir saat sonraya kadar devam eden net bir zaman aralığıdır.⁷⁴ TCK’nun 6. maddesinde belirtildiği şekilde gece vakti, öncelikle suç tarihinin net olarak belirlenmesi, sonrasında

⁷¹ Gülşen ise, burada bilgisayar ve bilişim sistemlerinde arama yapılmasının da mağdurun rızasıyla yapılabileceğini belirtmektedir. Bkz; Gülşen **a.g.e.** s. 2131.

⁷² Soyaslan, **a.g.e.** s. 319, Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 402, Toroslu/Feyzioğlu, **a.g.e.** s. 284, Ünver/Hakeri, **a.g.e.** s. 410.

⁷³ Özbek, **a.g.e.** s. 326.

⁷⁴ Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.** s. 239, Soyaslan, **a.g.e.** s. 319.

UYAP⁷⁵ üzerinden belirtilen güneş doğuş ve batış saatlerine göre, denetime açık bir şekilde tespit edilmesi sonucunda belirlenecektir.

Aramanın gündüz yapılması deyimi, buna gündüz başlandığını ifade etmektedir. Bununla birlikte, gündüz başlanan aramalar, belirtilen istisnalar söz konusu olmasa bile, gece sürebilir.⁷⁶ Ancak, burada dikkat edilmesi gereken, aramayı icra edenlerin makul sürede işlemi tamamlamaya çalışmaları ve dürüst işlem ilkesine uygun olarak gündüz vakti başlayan bir aramayı uzatıp gece vaktine sarkıtmadan bitirmeleridir.

Aramanın gündüz vakti yapılıp gece vakti yapılmaması kural olmakla birlikte kanun koyucu bu kuralı tüm aramalar için belirtmiştir. AÖAY'nin 31. maddesinde kararda veya yazılı emirde belirtilen süre içerisinde aramanın yapılacağı ve her arama kararının, aksine bir hüküm içermiyorsa sadece bir kez arama yapma yetkisi vereceği düzenlenmiştir. Yönetmelikte yalnızca aramanın amacını tehlikeye sokan acil bir durumun varlığı istisna olarak görmüştür. Ancak aramanın amacını tehlikeye düşüren acil bir durumun varlığı halinde de kişinin üstünde, eşyasında veya aracında gece vakti yapılacak aramanın sadece kapalı olmayan yerlerde mümkün olduğu unutulmamalıdır.⁷⁷

Her ne kadar, CMK'nun 118/1. maddesinde konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamayacağı ifade edilmiş ise de, bu kurala da kanun ile istisnalar getirilmiştir. CMK'nun 118/2. maddesinde bu istisnalara yer verilmiştir. Buna göre, *“Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla”* konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılması mümkündür.

1918 sayılı Kaçakçılığın Men Takibine Dair Kanun ile 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, aramaya ilişkin hükümleri kendi içinde ayrıntılı düzenleme yöntemi belirlerken, aramanın zamanına ilişkin yalnızca konutta yapılacak aramalara güvence getirilmiş idi .1918 sayılı Kanunu'nun 8. maddesinin

⁷⁵ Ulusal Yargı Ağı Projesi.

⁷⁶ Öztürk, **a.g.e.** s. 498.

⁷⁷ Özbek vd., burada aramanın gündüz yapılabilmesi kural olmakla birlikte, ilgilinin rızası varsa arama gece de yapılabileceği görüşündedir. Ancak bu mutlaka tutanakta gösterilmelidir ve rıza fesada uğratılmamış olmalıdır.Bkz: Özbek vd., **a.g.e.** s. 393.

getirdiği ayırma göre konutta aramada bulunmak için mahallin en büyük mülki amirinin izni gerekliydi. Ancak içinde kaçakçılıkla ilgili bir işin yapıldığı bir evde arama yapmak için gündüz izne ihtiyaç yoktu. Ancak içinde kaçakçılıkla alakalı bir işin yapıldığından şüphe edilen bir evde geceleyin arama yapabilmek için izne veya bazı kişilerin huzuruna ihtiyaç vardı. Aynı kanunun 13. fıkrasında “*Kaçak eşya ile girilirken veya çıkılırken görülen veyahut kaçakçılık sayılan her hangi bir işin yapıldığı zahiri delilleriyle tesbit edilen yerlerde usulü dairesinde ve hemen aramak için gündüz izin almağa lüzum yoktur.*” denilerek suçüstü durumuna ilişkin özel bir düzenleme yer almaktaydı. Burada bir kimsenin kaçak eşya ile girerken veya çıkarken görüldüğü ev ile içinde kaçakçılık sayılan bir fiilin işlendiği, örneğin kaçak eşyanın gizlendiği ya da kaçak tekel maddesinin imal edildiği anlaşılan evde izinsiz arama yapabilmek için bu şartların varlığı yeterli değildir. Ayrıca aramanın hemen yapılmasında zorunluluk olması, yani izin almak vakit kaybetmeksizin aramanın yapılmamasında sakınca görülmesi gerekir. Ancak bu sakınca gündüz yapılabilecek aramalar için geçerli olacağından gece vakti izin şartı yine de aranmaktaydı.⁷⁸ Kanunun 9. maddesi ise işyerlerinde aramada bulunmak için izne ve bazı kimselerin huzuruna ihtiyaç duyulmadan, aramanın gece ve gündüz yapılması açısından bir ayırım gözetmemekteydi.

4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ise yalnızca ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerine, gümrük salon ve kapılarına ilişkin ayrıntılı düzenleme yoluna gitmişti. Kanunun 17. maddesinin 2. fıkrası şu şekildeydi: “*Ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde arama yapılması ve buralardaki eşyaya el konulması bu Kanunda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş hâkim kararı; bu sebebe bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise o yerin en büyük mülkî amirinin veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılır. Mülkî amirin veya Cumhuriyet savcısının verdiği yazılı emir yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç kırksekiz saat içinde açıklar, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar. Ancak, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz.*”. Düzenlemede ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile

⁷⁸ Erman, a.g.e. s. 96.

eklentilerine ilişkin zaman açısından bir değerlendirme yapılmamışken, 16. maddenin 4. fıkrası ile getirilen “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer alan hükümler uygulanır.*” hükmü özel konutlar açısından 4926 sayılı Kanun’da hüküm bulunmadığı için CMUK’nun uygulanacağı düzenlenmişti. Gümrük salon ve kapılarında yapılacak aramalarda ise zaman açısından herhangi bir ayırım bulunmamaktaydı.

3.2. Yer Yönünden Aramanın Şartları

3.2.1. Kişilerin Üstünde Yapılan Arama

Kişinin üstünde yapılan arama; kişinin bedeni üzerinde, giydiği elbisesinin ve üstünde yer alan takı, aksesuar vb. eşyasının içinde, vücut boşluklarında ve vücut sıvılarında tıbbi bir müdahalede bulunulmaksızın duyu organları ile inceleme yapılarak araştırma yapılması olarak tarif edilebilir.⁷⁹ Bu tanımdan yola çıkarak beden muayenesi ile üstte yapılan aramayı birbirine karıştırmamak gerekir. Bir kişinin üstünde arama yapılması işlemi onun vücut bütünlüğünü ihlal etme yetkisi vermez.⁸⁰ Kişilerin üstünde arama yapılması, vücut dokunulmazlığını ihlal tehlikesini içinde barındırdığından, bu işlem yapılırken bedene müdahale edilmemesi yönündeki azami özen gösterilmelidir. Eğer yapılan işlem sırasında, üstte incelemekten çok kişinin bedenine müdahalede bulunulması gerekiyorsa bu durumda aramadan ziyade beden muayenesi tedbirine başvurmak gerekir.⁸¹

Üst aramasının şekli, aramanın yapılış amacına göre değişmektedir. Aranılan delilin kişinin üstünde bulunduğu yer bakımından kaba üst araması ile yetinilebileceği gibi kişinin giysi ve eşyalarından arındırılması suretiyle çıplak olarak arama da yapılabilecektir.⁸² Çıplak arama, arama işleminin ayrıntılı olarak yapılabilmesi için kişinin üstündeki eşyaların çıkartılması suretiyle yapılan aramadır. Ancak bu tür bir arama, kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına

⁷⁹ Koç, **a.g.e.** s. 336, Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 393.

⁸⁰ Özbek, **a.g.e.** s. 324, Ünver/Haker, **a.g.e.** s. 405.

⁸¹ Öztürk, **a.g.e.** s. 498.

⁸² Yıldız, **a.g.e.** s. 79.

ilişkin makul suç şüphesinin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması halinde mümkündür (AÖAY m. 22).

3.2.2. Konutta ve İşyerinde Yapılan Arama

CMK'nun 116 ve 117. maddesinde şüphelinin, sanığın ve diğer kişilerin konutu, işyeri veya onlara ait diğer yerlerde arama yapılabileceğini düzenlenmiştir. Ancak kanunda veya ilgili yönetmelikte “konut, işyeri ve diğer yerler” ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir tanım veya açıklamaya yer verilmemiştir. Doktrinde ise, konut çeşitli şekilde tanımlanmıştır.⁸³ Yargıtay ise bir içtihadında konutu, devamlı veya geçici olarak kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmaya elverişli yerler olarak, eklentiye ise, konut veya benzeri yapıların kullanım amaçlarından herhangi birini tamamlayan diğer yapılar veya yerleri, diğer bir anlatımla girilmesi konutta oturma hakkına sahip kimselerin huzur ve güvenliğini bozabilecek ek yapılar veya yerler olarak ifade etmiştir.⁸⁴ Bu tanımların ışığında konut, bir kişinin geçici veya sürekli olarak fiilen oturmak, barınmak ve yerleşmek amacıyla bulunduğu yer şeklinde tanımlanabilir.

Eklenti, konut ile bağlantı bulunması ve ortak olarak inşa edilmeleri durumunda konut kavramına dahil olduğu kabul edilmelidir. Örneğin kiler, bodrum, garaj, kömürlük, bahçe, müştemilat eklenti niteliğindedir. Bir yerin eklenti olabilmesi için etrafının çevrili olması gerekmemektedir.⁸⁵

⁸³ “Konut, oturulan yerdir, kişinin gerçek adresidir.” Bkz: Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, s. 582; “konut, kişinin fiilen oturduğu yeri ifade eder.” Bkz: Özbek, **İzmir Şerhi**, s. 414 ve Çolak, Taşkın, **a.g.e.** s. 511; “konut, bir kimsenin veya birbiri ile ilgisi bulunan birden fazla kimsenin geçici de olsa oturmak ve yararlanmak amacıyla bulunduğu yerdir.” Bkz: Baha Kantar, **Ceza Muhakemeleri Usulü**, Umumi Hükümler, I. Kitap, 4. Bası, Ankara, 1957, s. 107 vd.

⁸⁴ YCGK, T. 10.03.1991, E. 25, K. 67 www.emsal.yargitay.gov.tr

⁸⁵ Özbek vd., **a.g.e.** s. 386.

“Konut kavramını, dar ve geniş şekilde ifade etmek mümkündür. Dar anlamda konut, evi ifade eder. Buna göre bir yerin konut sayılabilmesi için; o yerin yatma, kalkma, dinlenme, yeme, içme gibi ev ihtiyaçlarına tahsis edilmiş olması gerekir. Geniş anlamda konut ise, bireyin kendi faaliyetine tahsis ettiği her yeri ifade eder.

Yargıtay, 765 sayılı TCK zamanında konutu kişilerin devamlı veya geçici olarak yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerler olarak tanımlamıştır.

Doktrinde en geniş anlamıyla yapılan konut tanımına göre, gece istirahatına tahsis edilmesi, yapı şekli, devamlı bir şekilde kullanılması, fiilin gerçekleştiği anda içinde bulunulması önemli olmayan dış âlemden ayrıldığı izleri taşıyan ve kişi veya kişilerin halen ve fiilen yaşamsal faaliyetlerini geçirdikleri yer olarak tanımlanmıştır.

AÖAY'nin 30. maddesinde konut işyeri ve eklentilerinde aramaların nasıl yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre kolluk, arama yapılacak kapalı yerlerde ve eklentilerinde öncelikle gerekli güvenlik önlemlerini alarak kapıyı çalacaktır. Hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle yapılan aramalarda veya karar alınmasını gerektirmeyen işlemlerde, mümkünse o yere girme izni verme yetkisine sahip kişilerle iletişim kurulmasına çalışılacak, kolaylık gösterilmesi istenecektir. Ancak, arama yapılacak olan yerin konut veya yerleşim yeri olarak kullanılmadığının bilinmesi, arama esnasında bu yerlerde kimsenin olmadığını anlaşılması, bu yerlerde oturan veya izin vermeye yetkili kişinin arama öncesinde bilgilendirilmesinin, delil karartılmasına yol açarak aramanın amacını tehlikeye sokacak veya kolluk memurlarını veya diğer bireyleri tehlikeye düşürebilecek olması söz konusu ise iletişim kurmadan arama amacıyla kapalı yerlere ve eklentilerine girilebilecektir. Diğer hâllerde, kolluk memurları arama kararını gösterecekler ancak, gecikmesinde sakınca veya tehlike bulunması hâlinde, bilgilendirme içeri girildikten sonra da yapılabilecektir.

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'da 5607 sayılı Kanun'daki CMK'na yapılan atıftan farklı olarak detaylı düzenlemeyle, konut ve eklentilerindeki aramalarda mülki idare amirinden alınan izinle, yetkili memurlarca ihtiyar heyetleri arasından, bunların bulunmaması halinde mahalle veya köy halkından en az iki kişinin huzurunda yapılacağı düzenlenmiştir. Muvazzaf subaylarla diğer askeri memurların konutlarında arama, bir üst rütbeli subay huzuruyla yapılır. Arama izni verenlerin konutlarında arama yapılması gerektiği durumlarda ise bir üst yetkili idari mülki amirinin izniyle arama yapılır. 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda ise daha yerinde olarak konut ve eklentilerinde

Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından eklenti, konuta bağlı olmayan ancak bitişik veya yakın olması şart olan, dış dünyadan belirli işaretlerle ayrılan ve rızaya aykırı olarak girildiğinde konuttakilerin huzur ve sükununun bozulduğu yerler, olarak tanımlanmıştır.

Bir kısım yazarlar da eklentiye, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak konuta bağlı olup, fiilen konutun kullanılmasına özgülenen veya onu tamamlayan yerler olarak tanımlamışlardır.

Şen'e göre de eklenti, konutun ayrılmaz parçası niteliği taşıyan bahçesi, taşınabilir olmakla beraber konutun yanına konulan kapalı yan mekânlar, bahçe duvarı içinde bulunan çadır, ahır, karavan, kısa bir tanımlamayla bireyin hürriyeti ve güvenliği alanına giren ve konutun yanında bulunan yer ve eşya olarak ifade edilebilir.

İş yerinin eklentisi de, konutun eklentisi gibi düşünülüp, eğer buraya girilmesi iş yerinde bulunanların, orayı işletenlerin huzur ve sükununu bozuyorsa, eklenti sayılacak ve buralar da, korumadan faydalanacaktır.” YCGK, 27.09/2018, 2016/1137 E., 2018/385 K. www.yargitay.gov.tr

hakim kararı olmadan arama yapılamayacağı, ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde ise yine hakim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde o yerin en büyük mülkî amirinin veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabileceği düzenlenmiştir. Her iki kanun açısından ortak nokta, gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkulanan kişilerin veya araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince hakim kararı olmaksızın aranabileceğidir.

3.2.3. Nakil Araçlarında Arama

Nakil araçlarında aramaya ilişkin 5607 sayılı KMK'nun 9/1. maddesinde *"Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüpheli edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve elkoymalar, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca yerine getirilir."* denilerek araçlar yönünden de CMK'na atıf yapılmıştır. Bunun yanında AÖAY'nin daha ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre araçlarda aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmasını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır. Araç araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır. Araç araması, kişiye en az sıkıntı verici şekilde ve makul olan en kısa sürede yapılır. Araç araması, aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Detaylı inceleme yapılması gereken hâllerde, başka yere götürülerek arama yapılabilir (AÖAY m. 29/1-4).

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun "Önleme araması" başlıklı 9. maddesinde "park halinde araç" kavramına yer verilmemiş, bunun yerine 9. maddenin 4. fıkrasının (e) bendinde, her türlü toplu taşıma araçlarında ve seyreden, yani hareket halinde olan araçlarda önleme araması yapılabileceği,⁸⁶ 9. maddede ise

⁸⁶ "2559 sayılı PVSK'nın Ek 5. maddesi uyarınca uyuşturucu madde suçlarıyla daha etkin mücadele etmek amacıyla olayları takip etmekle görevlendirilen kolluk görevlilerinin, istihbarat bilgisinin doğruluğunu araştırmak amacıyla Konya il girişinde bulunan Ankara Yolu Birlik Parkı önünde tertibat aldıkları, görevlilerce yapılan çalışmalar sırasında plakası ve özellikleri bildirilen aracın uygulama noktasına girmesi üzerine, mesleki tecrübelerine ve içinde bulundukları durumdan

hangi yerlerde arama yapılabileceğini sınırlı şekilde saydığından, bu yerler dışında kalan alanlarda ve dolayısıyla park halinde bulunan araçlarda önleme araması yapılamayacağı sonucuna varılmalıdır. Her ne kadar 9. maddenin 5. fıkrasında konutta, yerleşim yerinde, kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacağı bir yasak olarak öngörülse de, 9. maddenin tahdidi sayımından park halinde olan araçlarda önleme araması yapılabileceği sonucu çıkmamaktadır. Bunun için özel yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu gibi, aksi yönde bir uygulamanın, örneğin 2559 sayılı Kanunun 9. maddesinin veya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. ve devamı maddelerinin kıyasen uygulanmak suretiyle park halinde bulunan araçlarda önleme araması yapılmasının, Anayasanın 13, 20 ve 21. maddelerine aykırı olacağını kabul etmek gerekir.⁸⁷

Burada karşılaşılan sorunlardan biri, kaçakçılık suçlarında kullanılan nakil araçlarının işyeri sayılıp sayılmayacağı, buna göre gece vakti bu araçlarda arama yapılıp yapılamayacağıdır. Araç dediğimizde her türlü nakil, vasıta ve taşıtlarını

çıkardıkları izlenimden kaynaklanan makul sebebe dayalı olarak söz konusu araca müdahalede bulunma hak ve gerekliliğinin ortaya çıkması nedeniyle aracın durdurulduğu, amacı tehlike ile suçun işlenmesini önlemek olan ve kamu düzeninin, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı ve uyuşturucu madde veya eşyanın tespit edilmesi için Konya 1. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen önleme araması kararına istinaden yapılan aramada, aracın torpido gözündeki ve içinde bulunan poşette suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği, kolluğun elde ettiği istihbarat bilgisinde, aracın plakası ve modeli dışında sanığın açık kimlik bilgisi ile uyuşturucu maddenin nakledileceği zaman dilimine ilişkin hiçbir bilginin yer almadığı, bu bağlamda bilginin genel ve soyut nitelikte olduğu, içeriği ne olursa olsun başkaca herhangi bir somut emare ve delil ile desteklenmeyen istihbarat bilgisinin makul şüphe oluşturmayaacağı, işlendiği iddia edilen suça ilişkin yeterli bilgiye ve delile sahip olmayan kolluk tarafından makul sebebe dayalı olarak yapılan çalışmaların geldiği aşama da dikkate alındığında, istihbarat bilgisinin adli aramayı gerektirecek boyuta ulaşmadığı, dolayısıyla CMK'nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca adli arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasını veya bunların talep edilmesini gerektirecek bir durumun söz konusu olmadığı, bu kapsamda Konya 1. Sulh Ceza Hâkimliğince verilen olay tarihi ile yerini kapsayan ve hukuken geçerli olan önleme araması kararı ile sanığın üzerinde ve söz konusu aracın açık ve kapalı yerleri ile gizli bölmelerinde arama yapılabileceği, bu karara istinaden gerçekleştirilen arama işlemi sonucunda, sanığın Anayasa ve diğer kanunlar ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri ihlâl edilmediği, toplum sağlığı bakımından büyük bir tehlike teşkil eden suç konusu uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi nedeniyle kolluk görevlilerince uygulanan önleyici ve caydırıcı nitelikteki tedbirinin ölçülü olduğu, görevlilerin bu önleme araması kararına istinaden yaptıkları arama sonucu ele geçirdikleri suç konusu uyuşturucu maddeyi muhafaza altına aldıktan sonra, uyguladıkları tedbirler ile somut olay hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verdikleri, müteakiben emirleri doğrultusunda soruşturma işlemlerinin sürdürüldüğü, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği anlaşıldığından, Özel Daire bozma kararında isabet bulunmamaktadır. Bu itibarla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmelidir.” YCGK, 18.12.2018, 2016/578 E., 2018/655 K. www.yargitay.gov.tr

⁸⁷ Ersan Şen, **Üst ve Taşıt Araması**, https://www.adanabarasu.org.tr/eski_site/haberler/ust-ve-tasit-aramasi.html

anlamak gerekir. Bunlar şeklen “kapalı alan” niteliğine sahiptir. Olağan şartlarda bireyin taşıtı, konut veya işyeri sayılamaz. Ancak istisnai durumlarda, aynı zamanda konut veya işyeri özelliğini taşıyan “karavan” veya özel yapım taşıtların kullanıldığını da görmekteyiz. Bu nedenle taşıt, kullanım amacına göre “kapalı yer” olarak kabul edilmeli ve arama tedbirine de taşıtın bu özelliği dikkate alınmak suretiyle başvurulmalıdır.^{88 89} Örneğin, “kapalı alan” sayılan tır ve kamyonlarda

⁸⁸ Özbek vd., **a.g.e.** s. 385. Ersan Şen, **Araç Araması**, T24 Köşe Yazısı, <http://t24.com.tr/yazarlar/ersan-sen/arac-aramasi,7288> Özbek vd., karavanın konut ve kapalı alan olarak nitelenmesi gerektiği kanaatindeyken, otomobillerin kapalı alan olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir. Özbek vd., **a.g.e.** s. 384.

⁸⁹ “Parada sahtecilik suçundan sanık ... hakkında 27.12.2011 tarihli hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar kaldırılarak hükmün açıklanması sonucu verilen kararın Dairemizce bozulması üzerine TCK.nun 197/2. madde ve fıkrası uyarınca hükümlülüğüne dair; İSTANBUL Anadolu 15. Asliye Ceza Mahkemesinin 15.11.2016 gün ve 2016/348 esas, 2016/502 karar sayılı hükmünün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi sanık tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelendi: Gereği görüşülüp düşünüldü:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Özel hayatın ve aile hayatının korunması” başlıklı 8. maddesine göre; herkes özel hayatına, aile hayatına, meskenine ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi demokratik bir toplumda ancak milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zaruri bulunduğu derecede ve kanunla öngörülmesi şartıyla başvurulabilir. “Özel Hayatın Gizliliği”ne dair Anayasa’nın 20. maddesinde de, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gösterilen sebeplerle bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı hükmüne bağlanmıştır.

Amacı maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza usul hukukunda, maddi gerçek, hukuka uygun elde edilen her türlü delille ispatlanabilir. Anayasa’ya göre, kanuna aykırı olarak elde edilen bulgular delil olarak kullanılamaz (m.38/6). CMK uyarınca, yüklenen suç, ancak hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan delillerle ispat edilebilir (m. 217/2). Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse, reddolunur (m.206/2-a). Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması, hukuka kesin aykırılık sebebidir (m. 289).

5271 sayılı CMK’nda “arama ve elkoyma” işlemine dair usul ve esaslar (m. 116-134) düzenlenmiştir. Anılan Kanun’un suç tarihinde yürürlükte bulunan 116. maddesine göre, “Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.” Aynı Kanun’un 119/1. maddesinde de “Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılabileceği” şarta bağlanmıştır.

Açıklanan pozitif hukuk normları, Anayasa Mahkemesi ve CGK kararları karşısında; “hukuka aykırı biçimde” elde edilen deliller hükmüne esas alınamaz. Bu husus, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde yer alan ve Anayasamıza da eklenen (m. 36) adil yargılanma hakkının gereğidir.

Bu açıklamalar ışığında somut olaya gelince;

Dosyada mevcut 25.07.2011 tarihli ve saat 18.50 de tutulan tutanak içeriğinde açıklandığı üzere, sanığın da içinde bulunduğu araçta yapılan aramada ele geçtiği belirtilen bir adet 100 liranın muhafaza altına alındığı, olayın gerçekleşmesinin akabinde nöbetçi Cumhuriyet Savcısı ile yapılan görüşme sonrası tutulan "Adli Kolluk Cumhuriyet Savcısı Görüşme Tutanağı'nın aynı gün saat 19.25'te yapılan görüşmeye ilişkin olup tanık dinlenmesi, suç eşyasının muhafaza altına alınması ve

gece vakti arama yapılması mümkün değildir (CMK m.118/1).⁹⁰ Bunun istisnası, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınan ve firar eden tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalardan ibarettir (CMK m.118/2). Belirtmek gerekir ki, nakil araçlarıyla ilgili bu açıklamalar gümrük salonları, gümrük kapısı ve gümrük bölgesi dışındaki yerlerdeki aramaya ilişkindir. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında açıklanacağı üzere gümrük salonları, gümrük kapısı ve gümrük bölgesinde KMK'nun 9/2. ve 9/3. maddeleri gereğince yapılan aramalarda gümrük görevlileri ve yetkili memurlar tarafından gece vaktinde dahi arama yapılabilir.

Deniz şartları sebebiyle aramanın denizde mümkün olmaması veya deniz aracının ayrıntılı aranmasının gerektiği hallerde şüpheli deniz aracı en yakın ve uygun limana çekilerek arama limanda yapılabilir. Her türlü aracın aranması sırasında rastlanan özel kağıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açılrsa dahi yazılı bilgiler okunamaz. Yapılan aramanın neticesinde bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır. Boş araçların aranmasında, arama yapıldığını belirten bir not bırakılır. Bu notta, arama tutanağının bir kopyasının alınabileceği yer belirtilir. Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir (AÖAY m. 29/5-9).

kriminal inceleme yapılması talimatını içerdiği, arama yapılmasına ilişkin olmadığı, bunun dışında kolluk amirinin yazılı emrine de rastlanmadığı anlaşılmıştır.

Bu itibarla, kanuna aykırı bir şekilde aracın aranması suretiyle ele geçirilen suça konu paranın hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil niteliğinde olup, hükme esas alınamaz.

Dosyada, hukuka aykırı yöntemle elde edilen delillerin değerlendirme dışı tutulması halinde, mevcut delillere göre ise sanığın cezalandırılmasına imkân bulunmamaktadır. Bilirkişi raporu aramada ele geçen ürünün değerlendirilmesine yönelik bir araçtır. Sanığın ikrar olarak nitelendirilebilecek ve tek başına mahkumiyetine esas olabilecek savunması bulunmamakla birlikte, ikrarının olduğu kabul edilse bile, CGK'nun 25.11.2014 tarih ve 2014/166-514 sayılı kararında belirtildiği gibi maddi delillerle desteklenmiş sayılmayacak, ikrar soyut nitelikte olup mahkumiyete esas alınamayacağından, hakkında hukuka uygun olarak elde edilmiş, her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı kanıt bulunmayan sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

Yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, 21.03.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 21.03.2018, 2017/94 E. , 2018/3114 K. Karar için bkz: www.yargitay.gov.tr

⁹⁰ Amerikan hukukunda ise, hakim kararı almadan oto arama kolluk memurlarının bir otomobil, kamyon, tekne veya hareket kabiliyeti olması nedeniyle kolluğun elinden kaçarak uzaklaşabilecek araçta delil bulunduğu kuşkusu varsa, kolluk memurları bu araçta hakim kararı olmadan arama yapabilirler. Bunun için de, makul şüphenin bulunması, aracın hareket halinde olması veya yol üzerinde olup arama ve elkoyma işlemi yapılınca kadar uzaklaşma olasılığının mevcut bulunması gerekir. Bkz: Gottlieb, **a.g.e.** s. 94

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un 11/1. maddesinde *“Kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her denk veya sandıkta veya nakle yarayan diğer araçlarda arama yapılır.”* ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17/2. maddesinde *“Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda arama yapılır.”* şeklindeki düzenlemelerle her iki mülga kanunda nakil araçlarının aranmasına yer verilmişti. Bunlardan 1918 sayılı kanunda gemi ve deniz vasıtalarına ilişkin detaylı düzenlemeler 11. maddede düzenlenmişti. Bununla beraber her iki kanun da demiryolları vasıtalarını düzenlemelerden ayrı tutmuş, bu araçlardaki aramaları zaman bakımından sınırlamayla durdukları zamanlara özgü olarak düzenlemişti.⁹¹

3.2.4. Diğer Kişiler Yönünden Arama

Arama tedbiri sadece, şüpheli ve sanık hakkında değil bunların dışında kalan diğer kişiler hakkında da uygulanabilmektedir. 1412 sayılı CMUK, şüphe altında bulunup henüz soruşturma açılmayan hallerde dahi kişiler için arama yolunu açmıştır.⁹² 5271 sayılı CMK'nun 116. maddesi ise, şüpheli ve sanığa yönelik kesin bir düzenleme getirirken, CMK m. 117 üçüncü kişileri ilgilendirmektedir. Yasa koyucu CMK m. 116 açısından arama yapılabilmesi için şüpheli veya sanığın yakalanması ya da suç delillerinin ortaya çıkarılabilmesi bakımından “kesin şüphe” aramaktadır. Bununla birlikte aramaya maruz kalacak üçüncü kişilere ilişkin düzenleme getiren CMK m. 117 şüphe ile yetinmemekte, *“bu hallerde aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suç delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu*

⁹¹ Demiryolları vasıtaları, rayların dışında seyredebeyecekleri için, onlar bakımından belirli geçiş yollarının dışına çıkmak esasen imkansızdır. Bundan başka söz konusu araçlar, büyük bir süratle hareket ettikleri için, istasyon bulunmayan yerlerde durdurulmaları imkansız veya hiç değilse zordur ve tarifelerin alt üst olmasını gerektirecek neticelere yol açabilecek niteliktedir. Bunun içindir ki, bir trende arama yapılmak gerektiğinde, bunun ancak tarife uyarınca durmaları gereken istasyonlardaki duruşları sırasında yapılacağını belirtmek ihtiyacı duyulmuştur. Fıkradan anlaşılacağı üzere, trenlerde yapılacak aramalar, bunların esasen duracakları istasyonlarda icra edilmekteydi. Ancak trenin esasen duramayacağı bir istasyonda durdurulup aramaya tabi tutulmasına izin verilmemişti. Bkz: Erman, **Kaçakçılık Kanunu Şerhi**, s. 10.

⁹² Yenisey/Nuhoglu, **a.g.e.** s. 398.

*kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlanmaktadır” şeklinde kıstas belirlemektedir. O halde yasa burada şüpheden ziyade belirlilik aramaktadır.*⁹³

CMK’nun 117/2. maddesinde diğer kişiler hakkında *“aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır.”* hükmüne yer verilmiştir. 117. madde, 116’dan farklı olarak aranılan kişinin veya suçun delillerinin o yerde bulunduğu kabul edilebilmesinden söz etmekte ve böylece aranılan şeyin ne olduğunun “belirli” olduğunu ifade etmektedir. Madde metninden hareketle, diğer kişiler hakkında arama işleminin yapılabilmesi için şüpheli veya sanığın ya da suç delillerinin bulunduğu gösteren emarelerin mevcut olması gerekmektedir.⁹⁴ O halde, şüpheli ve sanık dışındaki kişilerin veya bunlara ait şeylerin aranabilmesi için makul şüphe yeterli olmayıp aramayı haklı kılacak bir takım olayların olması veya somut olguların bulunması gerekir.⁹⁵ Diğer bir deyişle makul şüpheyi aşan derecedeki bir şüphenin varlığı gerekmektedir.⁹⁶

Diğer kişiler hakkındaki böyle bir arama, aranılacak eşya, madde veya kişinin ayrıntılı olarak yer verilmese de, denetime elverişli bir şekilde somut olarak gösterilmesi halinde geçerli olabilir. Buna göre örneğin, sanığın ticari işletmesine ilişkin faaliyetlerini kaydettiği ve gizli olarak tuttuğu ticari defterleri, sigara ambalajları, uyuşturucu madde, ateşli silahlar, kişiler arası mektuplar, belirli bir firmanın işletmesiyle bağlantılı ticari dokümanlar biçimindeki ibareler aramanın yapılması için yeterlidir.⁹⁷ Bu itibarla aramanın diğer kişiler yönünden uygulanabilmesi için de yukarıda açıklandığı üzere şüphe şartının sağlanması gerekecektir.

⁹³ Soyaslan burada, aramayı gerektiren olayların şüpheli veya sanığın veya suç delillerinin orada bulunabileceği ihtimalini oldukça güçlendirmesi gerektiği görüşündedir. O halde şüpheli veya sanık dışındaki kişinin kendisinin ve buna ait şeylerin aranması için de makul şüphe ve delil bulunabileceği dair tahmin yetmemekte, aramayı haklı kılacak birtakım olayların olması da gerekmektedir. Bunun anlamı üçüncü kişilere ait ev ve eşyaların aranması için de kuvvetli şüphe ve kuvvetli tahmin gerekmesidir. Bkz: **a.g.e.** s. 318. Aynı yönde Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 397.

⁹⁴ Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.** s. 238.

⁹⁵ Öztürk, **a.g.e.** s. 498.

⁹⁶ Ünver/Hakeri, üçüncü kişilere ait veya onların zilyetliğindeki bir yerin aranmasının nedenlerini, eldeki şüphenin sanık- şüpheli aleyhine olan şüpheden daha yoğun şüphe olduğu ile açıklayan görüşe katılmayıp, her iki adli arama için aranması gereken ortak şeyin şüphe ve derecesi olmadığı, birinde şüphe diğerinde ise daha da ileri aşama olan belirli olayların varlığının arandığı görüşündedir: Bkz. Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 397.

⁹⁷ Özbek vd. **a.g.e.**, s. 382.

4. Gümrük Görevlilerinin Arama Yetkisi

KMK'nun arama ve elkoyma başlıklı 9. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında “...(2) *Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.*

(3) *Gümrük bölgesine, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır. Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.*” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, gümrük salonları ve gümrük kapılarında kişilerin üstü, eşyası, yükleri ve araçları aranabilecektir. Bunun için arama kararı veya emrine ihtiyaç yoktur.⁹⁸

Burada öncelikle 2. fıkra da yer alan gümrük görevlileri kavramına açıklık getirmek gerekmektedir. Buna göre 5607 sayılı KMK'nda yer alan kaçakçılık suçlarıyla mücadelede, 19. maddenin 1. fıkrasına göre Gümrük Müsteşarlığı personeli ile Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı personel, bu kanunla yaptırım altına alınan fiilleri önleme, izleme ve araştırmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. KMK'nun gerek 9. maddesinde gerekse de 19/1. maddesinde belirtilen gümrük görevlisi veya personeli gümrük muhafaza memurlarıdır. Zira genel olarak gümrük salonları, gümrük kapıları ve gümrük bölgesine giriş ve çıkış yapan eşyalara yönelik yapılacak işlemler Gümrük Yönetmeliği⁹⁹ ile düzenlenmiş, aynı yönetmelikte bu işlemleri yapacak görevlilerin gümrük muhafaza memurlarının olduğu belirtilmiş, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesinde de bu kişilerin adli kolluk görevleri belirtilmiştir.

Kanun düzenlemesinde dikkati çeken ilk husus gümrük muhafaza memurlarının yapacağı arama için yazılı arama kararı veya emrine ihtiyaç

⁹⁸ Yenisey, Nuhoglu, a.g.e. s. 400.

⁹⁹ İlgili yönetmelik 07.10.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

olmadığıdır.¹⁰⁰ Buna göre gümrük görevlileri kaçak eşya sakladığından şüphelenilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarını gümrük kontrolü amacıyla arayabilecektir. Belirtmek gerekir ki, devletler gümrük mevzuatına tabi eşyalarda, faturalar veya eşya miktarında yapılan değişikliklerle vergi kaçakçılığı ve sermayenin dış ülkelere akışının engellenmesi amacıyla bir takım tedbirler almak yükümlülüğündedir. Özellikle bankacılık sistemlerinin ve finansal kanalların karmaşıklığı, çapı ve bu sistemlerin uluslararası yatırım için sınırsız alanlara yayılan kapsamı nedeniyle güçlüklerle karşılaşmaktadır. Kaçakçılıkla mücadelede belirtilen zorlukları aşmak ve etkin mücadeleyi tesis edebilmek, gümrük bölgelerinde ticari hayatın akışını kesmeden gerekli denetimleri yapabilmek için, gümrük görevlilerine hakim kararı veya yazılı emir olmaksızın, bizce de kanunun amacına uygun olarak arama işlemi yapma yetkisi verilmiştir.

Yer bakımından gümrük görevlilerinin hakim kararı veya yazılı emir olmaksızın arama yetkilerinin sınırı, gümrük salonları, gümrük kapısı ve gümrük bölgeleridir.¹⁰¹ Gümrük kapısı, Gümrük Yönetmeliği'nin 3/1-d maddesi gereğince Türkiye Cumhuriyeti topraklarını, karasularını, iç sularını ve hava sahasını kapsayan bölgeyi; gümrük kapısı, Gümrük Kanunu'nun 33. maddesi gereğince Türkiye gümrük bölgesine giriş ve çıkış yapılan, içerisinde belli yolların takip edilmesi zorunlu olan, Türkiye'de nerede bulunacağı Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Müsteşarlığı'na belirlenen sınır bölgesini; gümrük salonu ise, GY'nin 178 ve devamı maddeleri gereğince, gümrükten geçirilecek eşyalara ilişkin muayenenin yapılacağı ve kırmızı, sarı, mavi ve yeşil hatların bulunduğu alanı ifade etmektedir. Belirtilen yerler KMK m. 9/2'de verilen yetkinin sınırlandığı alanı göstermektedir.

Gümrük görevlilerinin arama yapılabilmesinde ihtiyaç duyulan suç şüphesi derecesi "kuşku"dur. Kuşku, ceza muhakemesinde tek başına arama işlemi için yeterli değildir.¹⁰² Daha önce bahsettiğimiz gibi, arama tedbirinde şüphe şartı olarak makul şüphe gerekmektedir. Makul şüphe ise, kuşkudan daha yoğun bir derecededir. Kuşkusuz gümrük bölgesi, kapısı ve gümrük salonları dışında arama yapan adli

¹⁰⁰ Batuhan Aktaş, **Gümrük İşlemlerine Tabi Tutmadan Ülkeye Eşya Sokma Suçu Üzerine Bir İnceleme**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2015, sayı 121, s. 116.

¹⁰¹ Feridun Yenisey, **Aksaray Polis Meslek Yüksek Okulu Konferansı**, C III. 4, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 1 Mayıs 2004, s. 25.

¹⁰² Şafak, Bıçak, **a.g.e.** s. 162.

kolluk görevlilerine nazaran, gümrük muhafaza memurlarına makul şüpheden daha az yoğunlukta şüphe ile arama yetkisi verilmesi CMK'na aykırılık teşkil etmez. Zira KMK'nun 19. maddesinde adli kolluk görevlileri açısından bir ayırım yapılmamış, belirtilen tüm teşkilat personelleri eşit tutulmuş ise de, gümrük görevlilerinin yer bakımından sınırlandırılmış bu yetkisi idari bir yetkidir. Yetkinin ayrıntıları Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın hazırladığı Gümrük Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Yine bu aramalarda görevlilerin silah kullanma yetkisi ve bu yetkinin sınırları Gümrük Muhafaza Görev Yönetmeliği ile belirlenmiştir. Ayrıca henüz herhangi bir kaçakçılık suçu işlenmeden arama işlemleri yapılarak bir önleyici denetim mekanizması işletilmekte, bu haliyle gümrük görevlilerince idari bir denetim vazifesi yerine getirilmektedir. Arama neticesinde kaçak eşyanın tespiti veya daha farklı şekilde kaçakçılık suçunun işlendiğinin tespiti halinde, bundan sonraki aşamada yapılacak işlemler adli kolluk görevi olacak CMK'ndaki arama ve elkoyma hükümlerine göre hükümlerine göre işlem yapılacaktır.

Gümrük salonları, gümrük kapısı ve gümrük bölgelerinde eşya nakleden kimseler açısından, bu kişilerin aleyhine işleyen kast karinesinin varlığından söz edilebilir. Buna göre belirtilen yerlerde kaçak eşya nakleden kişi, bu eşyanın kaçak olmadığını değil, kaçak olarak yurda sokulmuş olduğunu bilmediğini yazılı delille ispat etmek zorundadır. Aksi halde bu hususu bildiği kabul edilecektir. Bu nedenle gümrük salonları, gümrük kapısı ve gümrük bölgelerinde mal nakleden kişi, bu malı meşru bir şekilde eline geçirdiğini gösteren bir belgeyi daima yanında bulunduracaktır.¹⁰³ Bu yerlerde ülkelerin ticari egemenliğinin denetim ve kontrolü, KMK'nun 9. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki idari arama-denetim yetkisi ve belirtilen kast karinesinin kişilere yükledikleri yükümlülükle sağlanmaya çalışılmaktadır.

Gümrük görevlilerine verilen hakim kararı veya yazılı emir olmaksızın arama yapma yetkisi her ne kadar yasal düzenlemelere uygun ise de, Anayasa'nın 20. ve 21. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine uygunluğu tartışmalıdır.¹⁰⁴ Nitekim Mialhe/Fransa davasında “*gümrük görevlileri, vergi*

¹⁰³ Sahir Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, I- Genel Kısım, 3. Baskı, İstanbul, 1992, K. 1, s. 116.

¹⁰⁴ Erman, kaçak eşyanın bulundurulması esasen yasaksa da, CMUK'ndaki arama şartları bulunmasa dahi, 1918 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sayılan memurlara, basit bir şüphe üzerine böyle geniş bir

idaresinin ihbarı üzerine polisle birlikte başvuru ve eşinin yurtdışındaki malvarlıklarına ilişkin delil elde etmek amacıyla evlerinde arama yapmışlardır. Mahkeme ülkenin ekonomik refahını koruma amacına sahip olduğunu, bunun yanı sıra suçun önlenmesi meşru amacına da dayanılabileceğini belirtmiştir. Milli güvenlik ve kamu emniyeti şeklindeki sınırlama sebepleri sıklıkla arama ve el koyma gibi ceza muhakemesi hukukuna ilişkin tedbirlerde gündeme gelmektedir. Bununla birlikte, ilgili mevzuat ve uygulama, kötüye kullanmalara karşı uygun ve etkin koruma mekanizmalarına dayanmak zorundadır. Mahkeme, olayda gümrük yetkililerinin çok geniş yetkilere sahip olmasını; özellikle denetimlerin uzunluğunu, kapsamını, sayısını ve yerindeliliğini değerlendirme konusunda münhasır yetkilerinin bulunmasını gerekçe göstererek söz konusu güvencelerin mevcut olmadığına kanaat getirmiştir. Üstelik, yargıç güvencesinin olmadığı bir durumda, yasada öngörülen ve hükümet tarafından ortaya konulan sınırlama ve şartlar, başvuru hakkına müdahale ile meşru amaç arasında olması gereken orantıyı sağlamayacak şekilde belirsiz ve boşluklarla dolu olduğu görülmektedir. Özellikle yetkililerin çok geniş yetkilere sahip olduğuna ve mahkemeden alınmış arama kararı şartı olmadığı için, kanunlarda belirtilen sınırlandırmaların ve şartların, davacıların haklarına yapılan müdahalenin hedeflenen amaçla orantılı olamayacağı kadar aşırı gevşek ve hukuki boşluklarla dolu olduğuna karar vermiştir. Yine, AİHM, yargıç kararını arama tedbiri açısından bir güvence olarak görmektedir. Fransa'da 1986 ve 1989 yıllarında gümrük araştırmaları bakımından ilgili hükümlerde değişiklik yapılarak hâkim güvencesi, yalnızca kararda belirtilen adreslerde ve belirtilen görevlilerce arama yapılabilmesi, gerekçeli olması gibi oldukça ayrıntılı düzenlemeler getirilmiş olması da olayda aramanın yapıldığı tarihteki yasal güvencelerin yetersiz olduğunu kanıtlamaktadır.” gerekçesiyle, gümrük görevlilerinin vergi kaçakçılığı iddiasıyla başvuranın evinde yapılan aramayı AİHM, AİHS'nin 8. maddesine aykırı bulmuştur.¹⁰⁵ Mahkeme Funke/Fransa¹⁰⁶ ve Camenzind/İsviçre¹⁰⁷ davalarında da benzer yönde karar vermiştir.

arama yetkisinin verilmiş olmasını, Anayasa'nın 19. maddesi'ndeki kişi güvenliğine lüzumsuz bir müdahale olarak görmektedir. Erman, **Kaçakçılık Suçları**, Ek1, s. 135.

¹⁰⁵ Mualla Buket Arslan, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mialhe/Fransa Kararı**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2009, Sayı 16, s. 159 vd.

AİHM'nin gerekçelerinin, hakim kararının olmadığı durumlarda, gümrük görevlilerince yapılan sınırsız arama yetkilerinin devletin meşru amacıyla orantısızlık oluşturacağı yönünde olduğu görülmektedir. Bizim mevzuatımızda özellikle Fransa'daki kaçakçılık kanunun arama hükümlerine nazaran gümrük görevlileri, sadece KMK m. 9/2'de belirtilen yerlerde hakim kararı veya yazılı emir bulunmaksızın arama yapabilmektedir. Bu yerler dışında ise, diğer adli kolluk görevlileri arama işlemi yapacak ve bu işlemi yaparken de CMK gereğince hakim kararı veya usulüne uygun olarak alınmış yazılı emirle hareket edeceklerdir. Bu bakımdan, KMK'ndaki düzenlemeye göre gümrük görevlilerinin arama yetkisi yer bakımından sınırlandırılmıştır.

Gümrük görevlilerine verilen bir başka yetki, gümrüğe tabi eşyayı kontrol ve muayene yetkisidir. Muayene, kelime anlamı olarak gözden geçirme, inceleme, yoklama ve denetleme anlamına gelmektedir. Bu yetki, gümrük görevlilerine Gümrük Yönetmeliği'nce verilmiştir. Buna göre Gümrük idareleri, beyanın doğruluğunu araştırmak üzere beyanname ve ekli belgeleri kontrol edebilir, beyannamenin içerdiği bilgilerin doğruluğunu araştırmak amacıyla beyan sahibinden beyanın doğruluğunu kanıtlayan belgeleri isteyebilir, eşyayı muayene edebilir ve ayrıntılı muayene veya tahlil amacıyla numune alabilir (GY m.179/1). Belirtmek gerekir ki, burada yapılan işlem, aramaya nazaran daha basit ve kanun ile yönetmelik gereğince kişilerce öngörülmüş bir tarama faaliyetidir.

¹⁰⁶ Funke/Fransa davasında gümrük görevlileri, vergi idaresinin ihbarı üzerine polisle birlikte başvuru ve eşinin yurtdışındaki malvarlıklarına ilişkin delil elde etmek amacıyla evlerinde arama yapmışlardır. Mahkeme ülkenin ekonomik egemenliğini koruma amacına sahip olduğunu, bunun yanında komisyonun da belirttiği gibi suçun önlenmesine dayalı meşru bir amaca da dayanılabileceğini belirtmiştir. Bkz; Funke/Fransa Kararı, 10828/84, 25.2.1993. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case+Law/Hudoc/Hudoc+database/>

¹⁰⁷ Camenzind kararında mahkeme, arama ve elkoyma konularında AİHM, sözleşmeye taraf devletlerin bazı suçlar hakkında somut delil bulmak için konutta arama ve el koyma gibi önlemlere başvurusu gerekebileceğini kabul etmektedir. Bu tür önlemler normalde bir bireyin 8'inci maddenin birinci fıkrası çerçevesindeki, özel hayat veya aile hayatına dair haklarına müdahale anlamına gelmesine rağmen, bu önlemleri açıklamak için kullanılan nedenler meşru, tatmin edici ve orantılılık ilkesine uygun olmalıdır. AİHM ayrıca, ilgili kanunların ve uygulamaların ihlallerine karşı bireylere yeterli ve etkin koruma mekanizmaları sağlamasını da aramaktadır. AİHM'nin içtihatları, aramaların "yasal" olması ile "keyfiliğe ve ihlallere karşı usul açısından yeterli koruma mekanizmalarına sahip" olması şartlarını aramaktadır. Bu itibarla, taraf devletler belirtilen konuda takdir hakkına sahip olmasına rağmen, ulusal kanunların yetkililere mahkemeden alınmış arama kararı olmadan arama emri verme ve arama yapma izni verdiği durumlarda, mahkemeler daha titiz davranmalıdır. Bkz; Camenzind/İsviçre Kararı, 21353/93, 16.12.1997. Bkz: Arslan, **a.g.e.** s. 168.

Yapılacak kontrol veya muayenenin türü kırmızı, sarı, yeşil ve mavi hatlara göre belirlenir. Kırmızı hat, eşyanın fiziki muayenesi ile birlikte belge kontrolünün de yapıldığı hattır. Sarı hat, fiziki muayeneye gerek görülmeksizin eşyaya ait beyanname ve eklerinin doğruluğunun ve birbiriyle uygunluğunun kontrol edildiği hattır. Mavi hat, eşyanın veya buna ilişkin yazılı beyan ve ilgili belgelerin veya ticari belge ve verilerin sonradan kontrol edildiği hattır. Yeşil hat ise, eşyanın belge kontrolüne veya fiziki muayeneye tabi tutulmadığı hattır (GY m. 179/3-4). Kırmızı hattan geçen veya eşya geçiren kişilerin gümrüğe tabi eşyası olduğu şeklinde beyanda bulundukları kabul edilerek, bunlar muayeneye tabi tutulur. Yeşil hattan geçen veya eşya geçiren kişilerin ise, gümrüğe tabi eşyasının bulunmadığı şeklinde beyanda bulundukları kabul edilerek, bunlar ihbar veya şüphe hali müstesna olmak üzere muayeneye tabi tutulmaz. Yeşil hattan geçenlerden muayene sonucunda gümrüğe tabi eşyası bulunduğu tespit edilenler hakkında duruma göre Gümrük Kanunu veya kaçakçılık mevzuatı hükümlerine göre işlem yapılır (GY m. 178/2-3). Tüm bu bahsedilen muayene ve kontrol yetkisi, KMK'nda belirtilen alanlarda, kırmızı hatlar için buradan geçenlerin kanun gereği ön kabulle tabi oldukları işlemdir. Bu işlem, sadece gümrüğe tabi eşya ve bu eşyanın nakil aracında, günlük rutin ticaret akışında yapılan ve hakim kararı veya farklı her hangi bir yazılı karar gerektirmeyen yoklama işlemidir. Yeşil hatlarda ise, hattan geçen kişilerin yönetmelik gereği, gümrüğe tabi eşyalarının bulunmadıklarını beyan etmiş sayılacakları kabul edileceği için, ihbar veya şüpheli halleri durumunda kontrol ve muayene işlemi yapılacaktır (GY m. 178/2). İlgili maddede her ne kadar bir şüphe derecesi belirtilmemiş ise de, bizce burada yönetmelikçe aranan şüphe basit şüphedir. Basit şüphe, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli ifade eder (CMK m. 160/1). Zira gümrük kapılarından geçen insan sayısı düşünüldüğünde, bu geçişlerde muayene işlemi için daha yoğun nitelikte bir saikin aranması, kurulan hat uygulaması sisteminin işlerliğinin yok olmasına sebep olacak ve buna bağlı olarak gümrük denetimini imkansız hale getirecektir.

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunu'nun 10. maddesi ile 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17/6. maddesi, benzer şekilde gümrük salon ve mıntıklarında belirtilen görevlilere idari nitelikteki arama yetkisi vermektedir. Bu bakımdan gece ve gündüz ayırımı yapılmaksızın, izin alınmasını ya

da aramanın belirli kişilerin huzurunda gerçekleşmesini şart koşturmaksızın, arama yapmaya yetkili memurlara kişilerin üzerlerini arama yetkisi tanınmaktaydı. Maddelerde aranan tek şart, üzerinde arama yapılacak kişinin kaçak eşya saklandığından şüphe edilmesi idi. Bu şüphenin neye dayandığını, aramaya yetkili memur arama sonucunda düzenleyeceği zabıt varakasında belirtmek zorunda tutulmuştu. Bunun yanında 1918 sayılı Kanun'da üzerinde arama yapılacak kişiler açısından da ayrıntılı düzenleme yoluna gidilmişti. 10. maddeye göre üzerinde arama yapılacak kişilerin sivil veya askeri şahıs olmaları açısından bir ayırım gözetmemişti. Arama yapmaya yetkili kişiler, rütbeleri ne olursa olsun askeri şahısların üzerlerini de arayabilirlerdi. Ancak aranan kişiler için yasama ya da diplomasi dokunulmazlığının bulunması hali istisnaydı.¹⁰⁸

5. Arama İşleminin Sona Ermesi

CMK'nun 169/2. maddesinde, her soruşturma işleminin tutanağa bağlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Arama işlemi öncesinde ilgiliye arama kararı ibraz edilir. Arama sonrasında da adli aramalarda mutlaka bir tutanak düzenlenir ve yapılan işlemlerin mahiyetini gösteren bir belge verilir. Arama tutanağında işlemi yapanların açık kimlikleri yazılır.¹⁰⁹

CMK'ndaki bu düzenlemeyle beraber arama sonucu düzenlenen tutanakla ilgili AÖAY'nde de ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. AÖAY'nin 11. maddesinde adli arama tutanağında bulunması gereken unsurlar ayrıntılı bir şekilde sıralanmıştır. Buna göre adli arama tutanağında; arama kararının tarih ve sayısı, hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren mercii, aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat, aramanın konusu, aranan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri, araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve eklentilerinin açık adresi, su üstü aracının aranmasında su üstü aracının cinsi, ismi, sahibi ve kullananı, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatanı, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevkii, aramanın sonuçları, elkonulan suç

¹⁰⁸ Erman, **a.g.e.** s. 99.

¹⁰⁹ Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s. 407, Soyaslan, **a.g.e.** s. 322.

eşyasına ilişkin belirleyici bilgiler, aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri, arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği, arama işlemini yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanının bulunması gerekmektedir.

Aramanın sonunda hakkında arama işlemi yapılan kişiye belge verilebilmesi için kişinin talepte bulunması şarttır. Arama sonucu hedeflenen amaca ulaşılamasa dahi talep halinde bu durumu belirten belge ilgiliye verilecektir. Aramaya maruz kalan şüpheli, sanık veya üçüncü kişinin yanında aranan yerin maliki veya eşyanın zilyedi bulunmaması halinde bulundurulması gereken temsilcisi, ayırt etme gücüne sahip akraba, birlikte oturan kişi veya komşunun istemi halinde de belge verilmelidir.¹¹⁰

İstem halinde verilecek belgede şu hususları içerir¹¹¹: 1) Aramanın şüpheli veya sanık hakkında mı yoksa, üçüncü kişiler hakkında mı uygulandığı, 2) muhakeme konusu fiilin niteliği, 3) Arama sonucu elkonulan veya koruma altına alınan eşya varsa bunların listesi, 4) Aramada şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilememişse, bu durum, 5) Aramaya muhatap olan kimsenin elkonulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialar.¹¹²

CMK'nun 122. maddesinde, arama sırasında ele geçen belge ve delilleri inceleme yetkisinin sadece Cumhuriyet savcısı ve hâkime ait olduğunu hükme bağlamıştır. Arama sırasında yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesi uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu delil koruma altına alınır ve durum derhal Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilir. Bu madde anlamında delilin tesadüfen elde edilmiş olması gerekir. Bu nedenle kararda belirtilmeyen eşya, bir amaç doğrultusunda aranmış ise veya bu tür eşyaya ulaşmak için aramadan salt bir araç olarak yararlanılmış ise, tesadüfen elde edilen bir delilden söz edilemez ve bu nedenle de bu yolla elde edilen delil kullanılamaz.¹¹³

¹¹⁰ Yıldız, **a.g.e.** s. 103. Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 408.

¹¹¹ Ünver/Hakeriye göre, kanun değişikliği yapılarak istem olsun veya olmasın, bu belgenin mutlaka ilgisine verilmesi gerekmektedir. Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 411.

¹¹² Centel/Zafer, **a.g.e.** s. 380.

¹¹³ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 407, Öztürk, **a.g.e.** s. 507.

Kolluk görevlileri muhatabın izni olsa dahi arama sırasında ele geçen belge ve delilleri okuyamaz ve inceleyemezler. Ancak kolluk görevlileri arama işlemi sırasında karşılaştığı belge ve delillerin, soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgisinin olup olmadığını tespit amacıyla ayrıntılı bir şekilde incelemeksizin sadece yüzeysel bir şekilde inceleme yetkisine sahiptir. Böylelikle hem kovuşturma dosyasına suçla ilgisi olmayan belge ve delillerin girmesi ve bu nedenle soruşturma ve kovuşturmanın gereksiz yere uzaması önlenecek, hem de aramaya maruz kalan kişilerin özel hayatlarına gereksiz müdahalelerde bulunulmamış olacaktır.¹¹⁴

Cumhuriyet savcısı veya hakim kendisine teslim olunan belge ve deliller üzerinde gerekli incelemeleri yaptıktan sonra, ilgili belge ve delillerin soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilişkin olmadığını tespit etmiş ise bunları ilgilisine iade edecektir. Cumhuriyet savcısı veya hakim ilgili belge ve deliller üzerinde gerekli görürse bilirkişi incelemesi yaptırabilecektir.¹¹⁵

¹¹⁴ Ünver/Hakeri, **a.g.e.** s. 412, Osman Yaşar, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, 3. Baskı, Ankara, 2007, s. 643 vd. Murat Aydın, **Arama ve Elkoyma**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2012, s. 79.

¹¹⁵ Çolak/Taşkın, **a.g.e.** s. 322.

İKİNCİ BÖLÜM

5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU'NA GÖRE

ELKOYMA

1. Genel Olarak Elkoyma

1.1. Elkoyma Kavramı ve Hukuki Niteliği

Ceza hukukunda bir önlem olarak elkoyma, bir eşya üzerinde zilyedinin tasarruf yetkisinin ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir.¹¹⁶ KMK bakımından ise eylemin yargılamasında delil olabilecek eşyanın, nakil aracının veya bizatihi kaçakçılık eyleminin konusu olan eşyanın, eşyayı elinde bulunduranın rızası olmaksızın adliyenin eli altına alınarak, elinde bulunduranın tasarruf yetkisinin ortadan kaldırılması işlemidir.¹¹⁷

KMK'nun "Arama ve Elkoyma" başlıklı 9. maddesinde " (1) Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve elkoymalar, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca yerine getirilir. (2) Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur. (3) Gümrük bölgesine, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır. Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya

¹¹⁶ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 188, Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.** s. 288.

¹¹⁷ AÖAY'nin 4. maddesinde, "El koyma: Suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi ifade eder." hükmüne yer verilmiştir.

derhal elkonulur.”denilmek suretiyle aramada olduğu gibi elkoymalarda da CMK’undaki maddelerin geçerli olacağı belirtilmiş, yine gümrük görevlilerine belirtilen bölgelerde ayrı bir elkoyma yetkisi verilmiştir.

Delil araçlarını, kaçak eşya kullanımında kullanılan araçları veya müsadereye konu eşyayı güvence altına almak için başvuru elkoyma işlemi, temel hak ve hürriyetlere müdahale oluşturması nedeniyle bir koruma tedbiridir.¹¹⁸ Bu itibarla elkoymanın genel olarak iki amaca hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Bunlardan birincisi, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılmasını sağlama, ikincisi ise elkoyma sonucu verilecek müsadere kararının uygulanmasını sağlama amacıdır.¹¹⁹

Elkoyma niteliği ve kapsamı itibarıyla, hakkında uygulanacak kişilerin temel ve hak özgürlüklerini sınırlandırıcı nitelikte bir tedbirdir. Bu nedenle elkoymanın bir takım koşullara tabi olduğu ve bunların hem Anayasada hem de kanunlarda düzenlendiği görülmektedir. Bu koşullar elkoymanın muhatabı açısından bir güvence niteliğindedir. Elkoyma, temel hak ve hürriyetleri sınırlandırıcı özelliği nedeniyle ilk olarak Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen genel sınırlandırma şartlarına tabidir. Buna göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Ayrıca, bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır. Yine daha önce bahsettiğimiz gibi Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde kişinin özel evrakları, eşyası ve malvarlıkları hakkında elkoymanın uygulanabilmesi için bir takım sebeplerin varlığı aranmıştır. CMK’nda ise, elkoymanın düzenlendiği 123 vd. maddelerinde elkoymanın uygulanmasının bazı genel şartlara bağlandığı görülmektedir. Bu şartlar, “şüphe bulunması”, “elkonulacak bir eşyanın bulunması” ve “hakim kararı veya yetkili merciin yazılı emrinin bulunması” olarak sayılabilir.

¹¹⁸ Öztürk, **a.g.e.** s. 508, Özbek vd., **a.g.e.** s. 434,435, Centel/Zafer, **a.g.e.** s. 374. Yenisey/Nuhoğlu ise, delil olabilecek eşyaya elkonulmasının esaslı bir koruma tedbiri olduğu düşüncesindedir. Zira, bir eşya üzerinde rızası olmamasına rağmen zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması anlamına gelen elkoyma tedbirine ceza muhakemesi bakımından ihtiyaç duyulabilir. Bir diğer söyleyişle hükmün isabetle verilmemesi yahut yerine getirilmemesi gibi yakın tehlikelerine karşı gecikmeden bu tedbire başvurma zorunluluğu çıkabilir; Bkz, Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 408.

¹¹⁹ Öztürk, **a.g.e.** s. 509.

Elkoyma benzeri işlemlere diğer hukuk dallarında da rastlanır. Örneğin medeni yargılama hukukunda ihtiyati tedbir kavramı içine (HMK m 101) elkoyma da girer. İcra ve İflas Kanunu'nda ihtiyati haciz adı altında düzenlenen kurum da bir (İİK m 257) elkoymadır.¹²⁰ Farklı hukuk dallarındaki işlemler niteliği itibarıyla elkoymayla aynı olsa da, bunlar hedeflenen amaç itibarıyla farklı şekillerde düzenlenebilir.¹²¹

Belirtmek gerekir ki, elkoyma işlemi basit ve nitelikli elkoyma¹²² olarak ikiye ayırmak gerekir. Bu anlamda, basit elkoymada bizatihi suç delilleri veya müsadereye tabi eşya hakkında CMK uygulanacakken, postada elkoyma ile kaçak eşya naklinde kullanılan araca elkoymada özel usuller uygulanacaktır.

1.2. Elkoymanın Konusu

KMK'nun 9/1. maddesi ile CMK'nun 123. maddesinde, ispat aracı olarak yararlı görülen malvarlığı değerlerinin yanı sıra eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerine, kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlara elkonulabileceği hüküm altına alınmıştır. Burada özellikle malvarlığı değerleri olarak bahsedilen bizatihi elkonulan eşyanın suçun konusunu oluşturması ve bir sonraki aşamada müsadere edilmesidir.

5607 sayılı Kanun'un 9. maddesinde bahsedilen, suçta delil olarak kullanılabilen veya taşınması, bulundurulması suç olan şeylerin kamu otoritelerince alınması gerekir. Çünkü alınan eşya, gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayacak ve devletin mülkiyetine geçecektir. Bunun için elkoymanın konusunu oluşturan delil,

¹²⁰ Özbek vd. **a.g.e.** s. 452.

¹²¹ Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 408, Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.** s. 288.

¹²² Doktrinde "Özel Elkoyma" olarak geçtiğine dair Bkz: Ünver/Hakeri, **a.g.e.** s. 416 vd., Öztürk, **a.g.e.** s. 508.

bulundurulması suç olan eşya veya suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin el altında bulundurulması gerekir.¹²³

Eşya, türlü amaçlarla kullanılan, taşınabilir cansız nesneler anlamına gelmektedir.¹²⁴ Hukuki açıdan eşya, “maddi bir varlığa sahip olup üzerinde hakimiyet kurulması mümkün olan, sınırlanabilen, kişi dışı, ekonomik değer taşıyan her türlü varlık” olarak tanımlanabilir.¹²⁵ Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak ve uyuşmazlığın aydınlatılmasını sağlamak için, “ispat aracı” olarak da adlandırılan bir takım ispat malzemelerine ihtiyaç vardır. Maddi gerçeğe ulaşmak için gerekli olan söz konusu ispat araçları ise delillerdir. Hakim ancak delilleri serbestçe değerlendirerek maddi gerçeğe ulaşabilir. Bu açıdan, ceza muhakemesindeki en önemli aşama delillerin toplanmasıdır. Delil, ceza uyuşmazlığının konusu olan olayın mahkeme önünde canlandırılması ve nasıl gerçekleştiğinin anlaşılmasını sağlayan araçtır.¹²⁶ 17/02/1983 tarih, 17962 sayılı Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik’te ise delil “Meydana gelen bir suçun aydınlatılması ve suç sanıklarının tespitine yarayan her türlü ispat vasıtası” olarak tanımlanmıştır. İşte KMK kapsamında basit el koymanın ilk amacı suça ilişkin delillere ve suç eşyasına elkoymaktır.

Elkoymanın bir diğer amacı, müsadereye tabi olan eşyanın adliyenin eli altına alınmasıdır.¹²⁷ Kanun koyucu, müsadereyi TCK’nun 54. ve 55. maddelerinde eşya ve kazanç müsadereyi olarak iki farklı biçimde düzenlemiştir. Bu itibarla TCK’nun 54. maddesinde eşya müsadereyi düzenlenmiş olup iyi niyetli üçüncü kişiye ait olmamak koşuluyla kasıtlı bir suçtan mahkumiyet kararı verilmesi halinde, suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelmiş veya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması halinde suçta kullanılmak üzere hazırlanmış bir eşyanın müsadere edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir

¹²³ Soyaslan, **a.g.e.** s. 298.

¹²⁴ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.591ded7b67bc30.78138605

¹²⁵ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Özdemir Oktay, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 6.

¹²⁶ Centel/Zafer, **a.g.e.** s. 387.

¹²⁷ Özbek vd. **a.g.e.** s. 434.

suçun işlenmesinde kullanılan, suçun işlenmesi için tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen veya suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, müsadere konusu olan ve elkonulması gereken eşyadır.

Elkonan malvarlığı değerinin para olması durumunda, muhafazası amacıyla bu paralar bankaya yatırılacaktır. Hesaptan para çekilmesi suretiyle elkonulan eşyada tasarruf, Cumhuriyet savcısının havalesini içeren onaylı bir yazı ile mümkündür. Bankaya yatırılan paraların faizleri, anapara ile birlikte Suç Eşyası Yönetmeliği'nin iade veya müsadereye ilişkin hükümlerine tabidir.¹²⁸

¹²⁸ **Tedavül etmeyen paralarla suç eşyası ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri hakkında verilen müsadere ve iade kararlarının yerine getirilmesine ilişkin işlemler**

MADDE 18 – (1) Tedavül etmeyen paralarla suç eşyası ve malvarlığı değerleri hakkında verilen müsadere ve iade kararları aşağıdaki şekilde yerine getirilir:

a) Sahibine iadesine karar verilen eşya, kimliğini ispatlamaya yeterli bir belgeye dayanılarak suç eşyası esas kaydındaki hanesine işaret olunarak imza, mühür veya parmak izi alınmak suretiyle sahibine, yasal temsilcisine veya vekiline teslim ve tesellüm tutanağı ile teslim olunur.

b) Bu işlemler, Cumhuriyet savcısının huzurunda yerine getirilir ve düzenlenen teslim ve tesellüm tutanağına Cumhuriyet savcısı ve emanet memurunun imzaları ile şerh verilir.

c) Eşyanın verileceği yer resmî bir kuruluş ise yazı ile o dairenin amirine yahut yetkili memuruna alındı karşılığında teslim edilir.

ç) İadesine karar verilen suç eşyası yabancı uyruklu bir kimseye ait ise müracaatı hâlinde kendisine veya yabancının uyruğu bulunduğu devletin sefaret veya konsolosluklarına gönderilir. Belgesi kartonunda saklanır.

d) Emanete alınmakla birlikte mahiyetleri itibarıyla müsadereye konu edilemeyen eşya, yargılama sonunda verilen bu yöndeki karar doğrultusunda, ilgili dosyasında delil olarak muhafaza edilmek üzere mahkemesine gönderilir. Mahkemeden alınacak alındı yazısının gün ve sayısı suç eşyası kaydına işlenir. Alındı yazısı kartonda saklanır.

e) Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere elkonulamadığı veya merciine teslim edilemediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine ilişkin verilen kesinleşmiş karar örneği mahkemesince doğrudan bulunduğu yerin en büyük mal memurluğuna gönderilir. Bu kararların infazı, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılır.

f) Müsaderesine karar verilen uyuşturucu maddelerle ilgili işlemler, 21/11/1982 tarihli ve 17875 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik ile 18/4/1988 tarihli ve 88/12850 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Haşhaşın Ekimi, Kontrolü, Toplanması, Değerlendirilmesi, İmhası, Satın alınması, Satılması, İhracı ve İthalı Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yapılır.

g) Müsaderesine karar verilen ve 11 inci maddede sayılan eşya hakkında, 15/2/1984 tarihli ve 18313 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Mahkemelerce Zoralmına Karar Verilen veya Güvenlik Kuvvetlerince Herhangi Bir Şekilde Ele Geçirilen Ateşli Silah, Mermi, Her Türlü Patlayıcı Madde, Bıçak, Kesici ve Öldürücü Alet ile Benzerlerinin Milli Savunma Bakanlığına Teslimi İşlerine Ait Yönetmelik hükümlerine göre işlem yapılır.

ğ) Müsaderesine karar verilen diğer bilmum eşya, mahallin en büyük mal memurluğuna veya ilgileri dolayısıyla ait olduğu dairelere gönderilir.

(2) Bu maddeye göre yapılacak teslim işlemleri sonucunda, ilgili merci ve dairelerden alınacak alındı yazısının gün ve sayıları suç eşyası kaydına işlenerek kayıt kapatıldıktan sonra sözü geçen alındı yazıları kartonunda saklanır.

Bankaya yatırılmış paraların müsadere ve iadesine ilişkin işlemler

Tüm bu bahsedilenlerin yanında, CMK ve çeşitli kanunlarca bazı eşyalara elkonulamayacağı özel olarak düzenlenmiştir. CMK’nun 126. maddesinde, “*Şüpheli veya sanık ile 45. ve 46.’nci maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz.*” hükmüne yer vermiştir. CMK’nun 45. maddesinde, şüpheli ve sanıkla belli derecede yakınlık veya tanışıklığı olan kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanınmasının nedeni, bu kişilerden yakını oldukları şüpheli ve sanık aleyhine beyanda bulunmalarının beklenmemesidir. Bu kişilerin hiç beyanda bulunmamaları, yalan beyanda bulunup da yanlış bir karar verilmesine tercih edilmiştir.^{129 130} Bunlar; şüpheli veya sanığın nişanlısı, aralarında evlilik bağı kalmasa bile eşi, üstsoy ve altsoy, üçüncü derece dahil kan ve ikinci derece dahil kayın hısımları ve şüpheli veya sanık ile aralarında evlatlık bağı bulunanlar kimselerdir (CMK m. 45). Bu kişiler nezdinde bulunan evraklara elkonulamayacaktır.¹³¹ “Nezdinde” ibaresinden anlaşılması gereken kişinin üzerinde, konutunda veya işyerinde bulunmasıdır. Dolayısıyla kişinin sadece üzeri değil, konutunda, işyerinde bulunan eşya da elkoyma yasağı kapsamındadır.¹³²

CMK m. 126, kavram olarak CMUK’ndan farklı olarak mektup yanında “belge” kavramına da yer vermiştir. Belge kavramı yazı parçasını ifade eder. Bu belge kavramı içine CD gibi elektronik belgeler de dahil edilebilir.¹³³ Ancak taşınabilir disk, flash bellek gibi dijital materyaller bu kapsamda değerlendirilemez. Zira bu elektronik materyaller CMK’nun 134. maddesine göre elkonulup

MADDE 19 – (1) Bankaya yatırılmış olan para hakkında verilen müsadere ve iade kararları aşağıdaki şekilde yerine getirilir:

a) Paranın sahibine iadesi, ilgilinin müracaatı hâlinde Cumhuriyet başsavcılığınca bu hususta bankaya yazılacak yazı üzerine banka tarafından yapılır. Banka tarafından gönderilecek iade işlemi gösteren dekonta istinaden reddiyat makbuzu düzenlenerek kaydı kapatılır.

b) Müsadere hâlinde, yine reddiyat makbuzu düzenlenerek, para, imza karşılığında mahallin en büyük mal memurluğuna yatırılır; alınacak makbuzun numarası, suç eşyası esas kaydındaki özel hanesine işlenir ve makbuz ilgili kartonunda saklanır.

¹²⁹ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 197.

¹³⁰ Özbek vd., **a.g.e.** s. 438, Devrim Güngör, Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 6, Sayı 2, 2015, s. 311.

¹³¹ Soyaslan, **a.g.e.** s. 301.

¹³² Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s. 411.

¹³³ Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 412.

incelenmeli, elkoyma işlemi öncesinde imaj verilerinin usulüne uygun olarak alınarak delillerin hukuka uygunluğu sağlanmalıdır.¹³⁴

Yukarıda elkonulamayacak eşya ve belgelere ek olarak bir diğer sınırlama da 125. maddede yapılmıştır. Maddeye göre “(1) *Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. (2) Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir. (3) Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır.*” denilmek suretiyle bir suç olgusuna ilişkin bilgi ve belgelerin, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Açıklanması devletin güvenliği, milli varlığı, savunması, bütünlüğü, anayasal düzeni ve dış ilişkilerini tehlikeye düşürebilecek nitelikte bilgiler devlet sırrı sayılır.¹³⁵ Ancak belirtmek gerekir ki, bu hüküm ancak belirli ağırlık derecesine ulaşmış olan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.¹³⁶ Bu nedenle belirli ağırlık ölçüsüne ulaşmayan suçlardan dolayı bir delil veya belgeye devlet sırrı olduğundan bahisle soruşturma ve kovuşturma sürecinde elkonulması engellenebilecektir.¹³⁷ KMK kapsamında her ne kadar, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektirir düzenleme bulunmamakta ise de, kanundaki nitelikli hallerin uygulanma ihtimali durumunda, yine CMK’nun 125/3. maddesi göz önüne alınacaktır.

Belirtmek gerekir ki, Milli İstihbarat Teşkilatı’nda bulunan bilgi, veri ve kayıtlar, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olsa bile adli mercilerle istenemeyecek ve elkonulamayacaktır (2937 SK. Ek 1.

¹³⁴ Özbek ve diğerleri, burada farklı olarak taşınabilir belleğin de belge kavramı içinde sayılabileceği görüşündedir. Bkz: Özbek vd., **a.g.e.** s. 439.

¹³⁵ Soyaslan, **a.g.e.** s. 301, Özbek vd., **a.g.e.** s. 440.

¹³⁶ Kanun bu halde beş yıldan az olan suçlarda bir delil yasağı yarattığına dair görüş için bkz: Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s. 411.

¹³⁷ Ünver/Hakeri, **a.g.e.** s. 418. Soyaslan, bu tür belgelerin nasıl incelenebileceği düzenlenmişken, zorunlu olması halinde bu belgelere nasıl elkonulacağının belirtilmemiş olmasını eksiklik olarak görmektedir. Soyaslan, **a.g.e.** s. 302.

madde).¹³⁸ Bu bilgi ve belgeler, MİT'nin kendisinin mahkemeye verdiği veya tarafların mahkemeye sunduğu durumlarda, mahkemenin bu bilgi ve belgeleri delil olarak değerlendirmesinde ise bir engel yoktur.¹³⁹

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun'da elkoymayla alakalı olarak ayrı bir düzenleme ihdas etmemiş olmakla beraber, elkoyma hükümlerine kanunun ikinci faslının "Aramalar" başlığı altında 8. maddesinde değinmiş ve daha çok kaçakçılıkla ilgili elkonulan evraklar hakkında düzenleme getirmiştir. 8. maddesinin 8. ile 12. fıkraları arasında *"Arama sırasında kaçakçılık suçunun işlendiğini gösteren veya bu suçun ispatına yarayacak olan evrak bulunursa sahibinin veya mümeyyiz olan hısımlarının, bunlar da bulunmadığı takdirde bu maddenin "B" bendinde yazılı kimselerin huzuriyle mühürlenir ve aramayı yapan kimselerce alınacak zabıt varakasının aslı ile birlikte tahkikat yapan gümrük muhafaza kıtaları subaylariyle gümrük ve muhafaza idareleri amirlerine verilir.*

Bu mühür kaçakçılık tahkikatını yapanlar tarafından sahibinin huzuriyle, sahibi gelmez veya belli olmazsa ihtiyar heyetinden veya o yerde oturan kimselerden iki kişi bulundurulur ve en kısa zamanda evrak tetkik edilir ve suçun işlendiğini gösterenlerle suçun ispatına yarayanlar ayrılarak tahkikat kağıtlariyle birlikte Cumhuriyet Müddeiumumiliğine ve askerliğe ait olan evrak da en yakın askeri adli amire gönderilir. Diğerleri imza mukabilinde hemen sahibine iade edilir. Zabıt muamelesine karşı alakalıların Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yazılı sebep ve usul dairesinde vazifeli merciler nezdinde itiraz olunabilir." şeklinde ayrıntılı

¹³⁸ Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu Ek madde 1 "Milli İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemez. 6.'ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamaz. Teşkilat uhdesindeki bilgi ve belgelerin gizlilik derecelerinin ve sürelerinin tespit edilmesine, birim ve kısımlara ayrılmasına, kullanıma veya paylaşıma açılmasına ve bunların akademik çalışmalar ile her türlü yayın ve edebî eserde kullanılmasına Müsteşar tarafından oluşturulacak bir Komisyonca karar verilir."

İlgili düzenleme 2014 yılının 19 Ocak günü Suriye'ye giden üç tır Hatay'da, savcılık emriyle yapılmak istenen arama sonrasında yapılmış, "MİT tırları krizi" olarak adlandırılan sürecin akabinde aynı kanunda 6532 sayılı kanunla çeşitli düzenlemeler yapılmış ve bununla yazılı ve görsel basında çok sayıda habere yer verilmiştir. Bkz: <https://onedio.com/haber/iste-mit-yasasi-hakkinda-her-sey--295452>
<http://www.haber7.com/guncel/haber/1131197-yeni-mit-kanunu-neden-gerekli>

¹³⁹ Ünver/Hakeri, a.g.e. s. 419.

düzenlemeler yer almaktaydı. Burada “kaçakçılık suçunun işlendiğini gösteren” ve “bu suçun ispatına yarayacak olan” evraktan bahsedildiğine göre tutanağı tutacak olan memurun bu evrakı inceleyebileceği anlaşılmaktadır. Bir evrak okunmadan bunun kaçakçılık suçunu işlediğini gösterdiği veya bu suçun ispatına yaradığı tespit edilemez. Bu nedenle fıkra arama sırasında ele geçen evrakın sadece bir hakim tarafından okunacağı amir bulunan CMUK’nun 102. maddesinden de ayrılmaktaydı. Ayrıca arama sırasında ele geçen bu evraklar ve eşyalara ilişkin tutulan tutanağa karşı, kanun nezdinde arama yapılan kişinin itiraz hakkı bulunduğu belirtilmiş ve bu konuda CMUK’na atıf bulunmaktaydı.¹⁴⁰

4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda ise, elkoyma işlemi “Eşyaya el konulması” şeklinde ayrı bir düzenleme olarak kanunda yerini almıştır. Bu bakımdan 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’ndaki sistematik, 4926 sayılı Kanun’la paralellik göstermektedir. 4926 sayılı Kanun’un 19. maddesinde “*Bu Kanunda zorunlu öngörülen kaçak eşyaya derhal el konulur ve en yakın gümrük idaresine veya gümrük idaresince izin verilen yerlere miktarını ve cins, marka, tip, model, seri numarası gibi eşyanın ayırıcı özelliklerini gösterir bir tutanakla teslim edilir. Eşyanın miktar bakımından fazla olması veya saklanması özel tesis ve tertibatı gerektirmesi hallerinde eşya özelliklerine göre doğrudan ilgili idarelere, bunun mümkün olmaması halinde İçişleri Bakanlığı, Gümrük Müsteşarlığı ile Maliye Bakanlığı Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünce belirlenecek usul ve esaslara göre mahallin en büyük mülkî amirinin uygun göreceği bir yere konulur.*” şeklinde düzenleme bulunmaktaydı. Buna göre elkoymalarda öncelikle bu kanuna göre kaçak eşya veya evraklara elkoyma işlemi yapıp tutanak tutulacak, saklanması sıkıntılara neden olması halinde 19. maddenin son cümlesi gereği işlemler yapılmaktaydı. Düzenleme kapsamına girmeyen diğer elkoymalarda ise aynı kanunun 16/4.madde atıf gereğinden olarak CMUK uygulanmaktaydı.

¹⁴⁰ Erman, **a.g.e.** s. 94.

1.3. Hakim Kararı ve Yazılı Emir

Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin özel kağıtlarına, üstündeki ve konutundaki eşyası ile diğer eşyalarına elkonulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca Anayasa'nın ilgili maddeleri gereğince, yetkili merciin yazılı emrinin yirmi dört saat içerisinde görevli hakimın onayına sunulması ve hakimın, kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içerisinde açıklaması gerekmektedir. Aksi takdirde, elkoyma kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Anayasal düzeyde yapılan bu düzenlemeyle aramada olduğu gibi elkoymada da en üst düzeyde temel hak ve hürriyetlerin korunması yoluna gidilmiştir.¹⁴¹

CMK'nun 127/1. maddesinde *“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.”* denilerek elkoyma işleminde kural olarak hakim kararının gerekli olduğu düzenlenmiştir. Zira kamu düzeni ile birey temel hakları arasındaki dengenin sağlanması, güvence altına alınması için bağımsız hakimliklerce karar verilmesi, hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

Burada hakim kararından anlaşılması gereken soruşturma evresinde sulh ceza hakimliği, kovuşturma evresinde ise yargılamayı yapan mahkemedir.¹⁴² Arama işleminde olduğu gibi, elkoyma işleminde de gecikmesinde sakınca bulunan halin¹⁴³ varlığı durumunda cumhuriyet savcısının, ona ulaşamayan hallerde de kolluk

¹⁴¹ Yargıtay, konuyla ilgili denetimini sıkı tutup, hırsızlık suçunda polis tarafından araçtaki pense ve tellere elkonulup, arama işleminin savcının aranarak onattırılıp ve 24 saat içinde yazılı onayının alındığı olayda, tutanakta sehven yanlış tarih atılmış olması nedeniyle 24 saat içinde onaylama kuralının ihlal edildiği gerekçesiyle elkoyma işlemini yok saymıştır. Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 413.

¹⁴² Öztürk vde diğerlerine göre, düzenlemede yer alan elkoyma kararı vermeye yetkili olan “hâkim” ibaresinden, soruşturmada sulh ceza hâkimi, duruşma hazırlığı devresinde başkan, duruşma ve son karar evresinde ise mahkeme olarak anlaşılmalıdır. Bkz: Öztürk/Erdem/Sırma/Saygılar, **a.g.e.** s. 427.

¹⁴³ Yargıtay'a göre, gecikmesinde sakınca bulunduğundan söz edebilmek için, ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanmaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır. Bkz: YCGK, T.17.11.2009, E. 2009/7-160, K. 2009/264, **YKD**, Y. 2010, S. 5, Ankara, s. 908. Özbek vd. ise, savcıya ulaşamaması kriterinin oldukça muğlak bir kriter olduğu ve kanunda daha açık bir olgunun tercih edilmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz: Özbek vd., **a.g.e.** s. 442.

amirinin yazılı emri yeterli olacaktır.¹⁴⁴ Zilyetliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hakimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir.

CMK'nun 123. maddesinde şüpheyne ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, ilk bakışta basit şüphenin yeterli olabileceği gibi bir sonuca ulaşmak mümkün ise de elkoyma, özellikle mülkiyet hakkına önemli bir sınırlama getirdiğinden arama koruma tedbiri için aranan makul şüphe kavramının elkoyma için de geçerlidir.¹⁴⁵

Uygulamada konuyla alakalı sık rastlanan sorunlardan biri hazırlanan arama talebinde ayrıca elkoyma istemine yer verilmemesi, buna bağılı olarak arama sonucunda elde edilen delilere sonradan elkoyma kararının verilmemiş olmasıdır. Yukarıda da bahsedildiği üzere, elkoyma işleminin konusunun büyük çoğunluğu, suçun delilleri veya bizatihi suçun konusu oluşturan malvarlığı değerleridir. Bunların elde edilebilmesi için öncelikle arama işleminin yürütölerek, elkoymaya konu eşyaların açığa çıkartılması gerekir. Elkoyma karar veya emri tek başına verilebileceği gibi, arama yetkisi ile birlikte de verilebilir.¹⁴⁶ Ancak salt arama kararı, soruşturma makamına aynı zamanda elkoyma hakkı vermez. Bu nedenle yapılması gereken, arama talep yazılarında ayrıca iddia konusu suç kapsamında arama sonucu elde edilecek delillere elkoyma işleminin yerine getirilmesinin istenmesidir. Aksi halde hakkında hakim tarafından elkoyma kararı verilmeyen deliller, hukuka aykırı delil niteliğinde olduğundan yargılamaya esas teşkil edemeyecektir.

Elkoyma işlemlerinde “rızaı arama” ile “rızaı teslim” kavramları arasında karışıklık yaşandığı görölmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere hakim kararı veya usulüne uygun olarak alınmış yazılı emir bulunmadıkça kişinin üzeri, eşya, konut veya işyeri aranamaz. Buna aykırı şekilde yapılan arama işlemi sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır. Ancak önleme araması sırasında veya bir başka durumda, bir kişinin rızaen teslimi sonucu elde edilen deliller hukuka uygun olacaktır. Örneğin, kolluk ekiplerince hareketlerinden şüphelenilmesi sonucu

¹⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: Çalışmamızın “5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’na Göre Arama” bölümünün, aramanın genel şartları başlığındaki hakim kararı veya yetkili merciin yazılı emri, s. 14 vd.

¹⁴⁵ Özbek vd., **a.g.e.** s. 441.

¹⁴⁶ Şahin, **a.g.e.** s. 342.

durdurulan kişinin, henüz herhangi bir arama işlemi yapılmadan üzerinde bulunan bandrolsüz sigaraları teslim etmesi sonucunda, elde edilen bu deliller o kişi hakkında bir ceza soruşturma ve kovuşturmasının konusunu oluşturabilecektir. Ancak şahısların birden fazla kişi olması durumunda, biri tarafından yapılan rızaen teslim diğerleri hakkında suçüstü hali durumu oluşturmaz.

Belirtmek gerekir ki 5271 sayılı CMK'nun 123/1. maddesinde düzenlenen failin rızaen teslimi sonucu suç eşyası veya delilinin adliye eli altına alınması elkoyma değil muhafaza altına alma işlemidir. Muhafaza altına alma işleminde, zilyedinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisi kaldırılmaktadır. Muhafaza altına alınan eşya, soruşturmada delil olabilecek veya ilerde müsadereesine karar verebilecek eşyadır.¹⁴⁷ AÖAY'nin 4. maddesinde koruma altına alma, *“Suçun veya tehlikelerin önlenmesi ya da delil olabilecek veya müsadereye tâbi olan yahut güvenliğin sağlanması amacıyla, eşyayı zilyedinin kendiliğinden vermesi veya el konulana kadar geçici olarak alıkonulması”* şeklinde tanımlanmıştır. Ancak elkoyma işleminde zilyedin rızası aranmaz.¹⁴⁸ Bir başka deyişle kişi serbest iradesiyle eşyayı teslim ederse hiçbir kurala bağlı olmadan eşya muhafaza altına alınır. Durumun bir tutanakla tespiti yeterlidir. Yanında bulunduran kişi bu değerleri rızasıyla teslim etmezse, bunlara cebren elkonulur.¹⁴⁹ Elkoyma kararı çerçevesinde bu eşya ve değerlerin zilyedi hakkında disiplin hapsine karar verilir. Ancak, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar, yanlarında bulunan eşyaları vermek zorunda olmadığından, bu kişiler hakkında disiplin hapsi hükümleri de uygulanmaz (CMK m. 124).¹⁵⁰

Burada değinilmesi gereken bir husus da, CMK'nun 138/2. maddesinde yer alan *“Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında,*

¹⁴⁷ “Sanığın yasak silah taşıma eylemine ilişkin olarak; trafik kazası nedeniyle şüpheli sıfatıyla karakola getirilip üst araması sonucu Cumhuriyet savcısının izniyle elkonulan sustalı bıçağın, elkoyma kararının hakim onayına sunulmaması nedeniyle ‘hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıt’ kabul edilmiş ise de, 09.02.2006 tarihli tutanakta sanığın üzerinden çıkan bıçağı teslim etmekten kaçındığından söz edilmesi karşısında, CYY'nin 123/1. maddesi uyarınca muhafaza altına alma işlemi ile yetinilmesi gerekirken yasaya aykırı olarak elkoyma işlemi yapılmasının hukuki sonuç doğurmayacağı ve öte yandan sanığın sustalı bıçak taşıdığını sorgusunda kabul etmesi ve kanıtların sadece elkoyma kararından ibaret olmadığı gözetilmeden yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi...” (4. CD., 2011, 2009/10672, 2011/8117), Özbek vd. **a.g.e.** s. 435. Ayrıca bkz: Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s. 409, Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 417.

¹⁴⁸ Şentürk Çıldır, Hüseyin Denizhan, **Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda Arama ve Elkoyma Usulü**, Ankara Barosu Dergisi, sayı 3, Yaz 2008, s. 123.

¹⁴⁹ Centel/Zafer, **a.g.e.** s. 390. Aynı yönde Şahin, **a.g.e.** s. 344, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s. 410.

¹⁵⁰ Özbek vd., **a.g.e.** s. 444, Soyaslan, **a.g.e.** s. 299.

yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135' inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.” şeklindeki düzenlemedir. Doktrindeki bir görüş, bu düzenleme ile kolluk görevlilerine hakim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri olmaksızın doğrudan elkoyma yetkisi verildiği görüşündedir.¹⁵¹ Ancak elkoymanın şartları CMK'nun 127 vd. maddelerinde gösterilmektedir. Elkoymaya ilişkin düzenlemeler içerisinde kolluk görevlilerine bu şekilde bir yetki tanınmamıştır. CMK'nun 138/2. maddesindeki muhafaza altına almaya ilişkin düzenleme, kolluğa tanınan bir elkoyma yetkisi değil, Cumhuriyet savcısına haber verilip gerekli işlemler yapılana kadar delillerin emniyete alınması işlemidir.

Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişiye ait elkonulmuş eşya veya diğer malvarlığı değerleri, soruşturma ve kovuşturma açısından elde tutulmasına gerek kalmaması veya müsadere edilemeyeceğinin anlaşılması halinde geri verilir. Bu eşya veya malvarlığı değerlerinin resen veya istem üzerine geri verilmesine soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme karar verir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir (CMK m. 131/1). İade kararı ise kesin olup, buna karşı bir olağan denetim yolu yoktur.¹⁵² Kaçakçılık suçlarının konusunu oluşturması dolayısıyla müsadere yaptırımının uygulanabileceği eşya, sahibine iade edilemez. Kaçak şüphesiyle el konulan kaçak akaryakıt hariç her türlü eşya hakkında el koyma tarihinden itibaren altı ay, ancak eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı veya muhafazasının ciddi külfet oluşturması halinde bir ay içinde, gerekli tespitler yaptırılarak soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından tasfiye kararı verilir (KMK m.16/1). Satılarak tasfiye edilen eşya veya taşıtların satış bedeli emanet hesabına alınır. Tasfiye edilen eşya veya taşıtların sahibine iadesine karar verilmesi halinde, satış bedeli Gümrük Kanununun 180. maddesi hükümleri çerçevesinde el koyma tarihinden iade tarihine kadar geçen süre için kanuni faizi ile birlikte hak sahibine ödenir (KMK m.16/2).

¹⁵¹ Centel/Zafer, **a.g.e.** s. 391 vd.

¹⁵² Şahin, **a.g.e.** s. 346.

2. Postada Elkoyma

Kural olarak haberleşmenin gizliliği esas olmakla birlikte, maddi gerçeğe ulaşmak ve buna bağlı olarak delillerin elde edilmesi amacıyla haberleşmenin gizliliğine ilişkin kısıtlamalar getirilebilecektir. Ancak bu kısıtlamaların anayasaya uygun ve ölçülü bir şekilde yapılması için gerekli mekanizmaların yasal düzleme kavuşturulması gerekir. İşte bu amaçla, CMK'nun 129. maddesiyle postada elkoymanın usul ve şartları düzenlenmiştir.

Postada elkoyma, sadece resmi kuruluşların gönderileri değil, her türlü özel kuruluştaki bulunan gönderiler bakımından mümkündür.¹⁵³ Buna göre, kaçakçılık suçlarının işlenmesinde aracı olarak kullanılan kargo şirketleri gibi kurumların gönderilerine de elkonulabilecektir. Burada her türlü kargo gönderisine elkonulabilmesi için iki koşul bulunmaktadır. Bunlar, gönderinin suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilmesi ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olma zorunluluğunun bulunmasıdır.¹⁵⁴

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 129. maddesinde *“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”* denilmişse de, el konulan nesnelere “gönderi” teriminin kullanılmış olması karşısında gönderinin ne anlama geldiği tartışmalıdır.¹⁵⁵ Gönderiden resmi ya da özel posta hizmeti gören kurumlardaki nakliye edilen her şey anlaşılmalıdır. Bu anlamda, mektup, telgraf tedbire konu olabilen planlar artık postada elkoymaya konu olabilecektir.¹⁵⁶

CMK'nda postada elkoyma tedbiri için aranan şüphe derecesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada aramaya ilişkin hükmün kıyasen

¹⁵³ Özbek vd., **a.g.e.** s. 457, Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 417, Soyaslan, **a.g.e.** s. 303, Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 426, Öztürk, **a.g.e.** s. 513.

¹⁵⁴ Öztürk, **a.g.e.** s. 512 vd., Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.** s. 417.

¹⁵⁵ Toroslu/Feyzioğlu, burada “Suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılan” gönderilerden söz edilmesini yersiz bulmaktadır. Delil zaten gerçeği temsil eder veya ettiği düşünülür. Eğer gönderinin bir delil olabileceğinden şüphe ediliyor ise, onun adliyenin eli altında bulundurulması zaten zorunlu olduğu görüşündedir. Bkz: **a.g.e.** s. 292.

¹⁵⁶ Özbek vd., **a.g.e.** s. 458. Hakeri/Ünver ise, seyahat firmaları aracılığıyla gönderilen şeylere de elkonulabileceği görüşündedir. Bkz: Hakeri/Ünver, **a.g.e.** s. 99.

uygulanabileceği kabul edilmektedir. Buna göre postada elkoyma tedbiri için, postadaki nesnelerin suçun delillerini oluşturduğuna dair makul şüphe aranacaktır.¹⁵⁷

Diğer elkoyma hükümlerinde yer aldığı gibi, bu özel elkoyma türünde de elkoyma kararını kural olarak hakim verir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekir. Kolluk amirine postada elkoyma yetkisi tanınmamıştır. Kolluk ekipleri hakim kararı ya da cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kargo gönderilerine elkoyarlar. Ancak gönderileri okuma ve ayrıntılı inceleme yetkileri yoktur. Elkonulan gönderiler derhal cumhuriyet savcısı ve hakime iletilecektir.¹⁵⁸ Gümrük muhafaza memurlarının ise daha önce belirtildiği üzere, gümrük bölgesi, gümrük kapısı ve gümrük salonlarında kargo gönderilerine kuşku bulunması halinde elkoyma ve gönderi içindeki eşyaları inceleyip elkoyma yetkileri bulunmaktadır (KMK m. 9/2).

Kargo gönderilerinde kural olarak kaçakçılık eyleminde, gönderinin göndericisi ve alıcısı suç şüphesi altında olacak ve soruşturma buna göre yürütülecektir. Ancak bunun için bir takım şartlar gerekmektedir. Buna göre kargo göndericisi, eşyanın cinsi, miktarı, nitelikleri, istifleme şekli, kalkış ve varış noktası, gönderilenin adı ve adresi ile kimliğini ibraz etmek suretiyle kendi adres ve kimlik bilgileri gibi diğer önemli bilgileri tam ve doğru olarak yetki belgesi sahibine(kargoyu kabul edecek görevliye) bildirmek zorundadır. Kargoyu kabul eden, gönderenin bildirmek zorunda olduğu bilgileri vermemesi veya kontrol ettiği bilgilerin yanlış ya da eksik olduğunu tespit ettiği takdirde kargoyu kabul etmemesi gerekir. Kabul edip taşımayı yaparsa, sorumluluk yetki belgesi sahibine ait olur.

Yetki belgesi sahipleri satılması, sevk edilmesi ve ticareti yasak olan bir eşyayı veya kargoyu taşıyamaz. Aykırı hareket halinde gönderen ve yetki belgesi sahibi sorumlu olur. Yetki belgesi sahibi, bir ihbar veya şüphe halinde en yakın resmi güvenlik birimi görevlileri huzurunda gönderene ait eşyayı kontrol ettirebilir. Ancak eşya kolisinin aranması gerektiği takdirde CMK'nun aramaya ilişkin hükümlerine göre arama kararı alınması gerekir (4925 Sayılı Karayolu Taşıma Kanunu m. 34-45).

¹⁵⁷ Özbek vd. **a.g.e.** s. 459.

¹⁵⁸ Soyaslan, **a.g.e.** s. 303, Özbek vd. **a.g.e.** s. 459.

Gör÷lmektedir ki, kargo işletmecisi (yetki belgesi sahibi) ve kargo işletmesinde çalışan kişilerin tek görevi, mevzuata uygun kargo gönderisinin kabul işlemini yapmaktır. Bu durum karşısında, göndericisi ile alıcısının açık kimlikleri ve adresleri bulunmayan yani mevzuata uygun olmadan kabul edilen kargo gönderisi içerisinde kaçak eşya bulunması halinde bu kargoyu kabul eden kargo görevlisinin hukuki durumunun belirlenebilmesi önemlidir. Bunun için de maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi ve yukarıda belirtilen yükümlölüklerini yerine getirip getirmediğinin denetlenmesi gerekmektedir. Mevzuata uygun olarak kabul edilmeyip, göndericisiyle alıcısı belli olmayan kargoyu kabul eden kişinin, aksine bir delil bulunmadığı takdirde bu kargo içerisinde bulunan kaçak eşyadan dolayı oluşan suçta iştiraki söz konusu olacaktır.¹⁵⁹

3. Suçtan Kaynaklanan Taşınmaz, Hak ve Alacaklar ile Kaçak Eşya Naklinde Kullanılan Araçlara Elkoyma

Konusu, belli gümrük işlemlerine rağmen, bu işlemlere tabi tutulmaksızın ÷lkeye sokulan veya çıkarılan eşyalar olan kaçakçılık suçlarında faillerin amacı, eşyaların bu işlemlerden kaçırılması sayesinde elde edilen haksız kazançtır. Bu şekilde faillerin, gelir elde etmekle birlikte, kaçakçılık suçlarının özelliğı gereğı, gerekli olan araçlara ulaşma imkanı kolaylaşmaktadır. İşte bu durumla mücadele amacıyla, kişisel yaptırımların yanı sıra bir takım tedbirlere ihtiyaç duyulmaktadır. Bunlardan kuşkusuz en önemlisi, bu tür suçlarda kullanılan nakil araçlarının yanı sıra, suçta konu malvarlığı değeri hakkında elkoyma tedbirinin uygulanmasıdır. Bu amaçla Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara, taşınmaz, hak ve alacaklara Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre elkonulur (KMK m. 10/1).

¹⁵⁹ Y. 7.CD. 06/11/2014, 2014/13482 E., 2014/18498 K. www.emsal.yargitay.gov.tr

CMK'nun 128/2. maddesinde taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma tedbirinin¹⁶⁰ uygulanacağı suçlar tahdidi olarak sayılmış¹⁶¹, maddenin 2. fıkrasının a bendinin 19-d maddesinde hapis cezasını gerektiren kaçakçılık suçlarında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu bakımdan CMK'nun 128. maddesinin uygulanabilmesi için, elkoyma konusu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin kaçakçılık suçunun işlenmesi suretiyle elde edildiğine ilişkin somut delillere dayalı kuvvetli şüphe nedenlerinin bulunması gerekir. Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda şüpheli, sanık veya üçüncü bir kişinin zilyetliğinde olan taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, kiralık

¹⁶⁰ Özbek vd. CMK'nun 128. madde başlığının içeriğini yansıtmak açısından isabetli olmadığını, hüküm kapsamında kıymetli evrak, karar ve hava araçları gibi bu kategorilere girmeyen malvarlığı tedbirlerinin de tedbirin konusu olarak yer aldığı görüşündedir. Özbek vd. **a.g.e.** s. 451.

¹⁶¹ (2) Birinci fıkra hükmü;

- a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan; 1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),
2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91),
3. Hırsızlık (madde 141, 142),
4. Yağma (madde 148, 149),
5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),
6. Dolandırıcılık (madde 157, 158),
7. Hileli iflas (madde 161),
8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
9. Parada sahtecilik (madde 197),
10. (Mülga: 21/2/2014 – 6526/10 md.; Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/25 md.) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),
11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
12. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),
13. (Ek: 24/11/2016-6763/25 md.) Tefecilik (madde 241),
14. Zimmet (madde 247),
15. İrtikap (madde 250)
16. Rüşvet (madde 252),
17. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),
18. (Değişik: 2/12/2014-6572/41 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),
19. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.
- b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,
- c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
- d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,
- e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar, hakkında uygulanır.

kasa mevcutlarına, diğer malvarlığı değerlerine elkonulması mümkündür (CMK m. 128/1).¹⁶²

Çalışmamızın “Elkoyma Kavramı ve Hukuki Niteliği” kısmında belirttiğimiz ayırimda, bu madde kapsamında yapılan elkoyma işlemi nitelikli elkoymadır.¹⁶³ Bu nedenle nitelikli elkoymada, kanun koyucu tarafından işlemin kapsamı da gözetilerek arama ve basit elkoymadan farklı olarak, kuvvetli şüphesinin bulunması aranmıştır. Burada, “kuvvetli şüphe” kavramı üzerinde tekrar durmak gerekir. CMK’nun ilgili maddesinde kuvvetli şüphenin ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Ancak doktrinde kuvvetli şüphe “Tedbirin uygulanmasına karar verildiği andaki delillere göre kişinin fail veya suç ortağı olarak bir suçu işlediği konusunda yüksek ihtimal” olarak tanımlanmaktadır.¹⁶⁴ Belirtmek gerekir ki kanunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe iki noktada aranmıştır. Bunlar kaçakçılık suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebebi ve taşınmaz, hak ve alacakların bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebidir.

Nitelikli elkoymaya ilişkin kararı soruşturma evresinde sadece hakim, kovuşturma evresinde ise mahkeme vermektedir. 24/11/2016 tarihli 6763 sayılı yasadan önce bu konuda karar verme yetkisi ağır ceza mahkemelerinde idi. Ağır ceza mahkemesi kararlarını oybirliği ile alıyordu. Belirtmek gerekir ki ağır ceza mahkemesi mahkumiyet hükmü verirken dahi oy çokluğu yeterli olmaktayken, koruma tedbirinde oybirliği şartının aranması ceza adaleti açısından olumsuzluk oluşturmuyordu. 6763 sayılı yasa ile bu sıkıntı giderilmiş, soruşturma evresinde sulh ceza hakimliğinin kararı elkoyma için yeterli hale gelmiştir.

Tüm bunların yanında, nitelikli elkoyma için taşınmaz, hak veya alacağın şüpheli veya sanığa ait olması gerekir. Ancak bu hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde

¹⁶² Yenisey, Nuhoglu’na göre, bu halde malvarlığı değerlerinin somut olarak belirlenmiş olması gerekmektedir. Ayrıca Taşınmaz hak veya alacağın üçüncü kişinin mülkiyetinde olması konusunda kanun açık değildir. Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s. 413.

¹⁶³ Çalışmamızın 53 ve devamı sayfalarındaki “Elkoyma Kavramı ve Hukuki Niteliği” başlıklı kısmı.

¹⁶⁴ Centel/Zafer, **a.g.e.** s. 338, Öztürk/Kazancı/Güleç, **a.g.e.** s. 29. Soyaslan’a göre kuvvetli şüphe, günlük hayat deneyimlerine göre, eldeki bilgi ve verilerin değerlendirilmesi sonucu şüpheli veya sanığın soruşturulan veya kovuşturulan suçu işlediğinin ve malvarlığının suçtan elde edildiğinin kesin gibi olması, sanığın büyük bir ihtimalle mahkum ve suçtan kazancının müsadere edilebilecek olmasıdır. Soyaslan, **a.g.e.** s. 309.

dahi elkoyma işlemi yapılabilir.¹⁶⁵ Bu malvarlığı değerlerinin üçüncü kişinin mülkiyetinde olması halinde ise ne yapılacağı açık olmamakla birlikte, üçüncü kişinin iyiniyetli olması halinde bu malvarlıklarına el koymak mümkün olmayacaktır. Bu nedenle elkonulan malvarlığının üçüncü kişiye ait olduğuna dair emare bulunması veya bu yönde talebin olması halinde, cumhuriyet savcılığı veya mahkeme tarafından bu kişi, malen sorumlu sıfatıyla dosyaya taraf olarak eklenmeli, bu kişiye usulüne uygun olarak tebligat yapıp dinlendikten sonra karar verilmelidir.

Elkoyma açısından iyiniyetli üçüncü kişiler deyimiyle, suça iştirak etme iradesi bulunmayan kişiler ifade edilmektedir. Ceza hukukunda iyiniyetin değil, suç işleme veya suça katılma kast ve iradesinin bulunup bulunmamasının önemi vardır. Ancak koruma tedbirleri açısından, bizatihi suçun konusunu oluşturan eşyalar hariç olmak üzere, iyiniyetli üçüncü kişilere ait eşyalara sadece delil olarak elkonulabilir.¹⁶⁶ Uygulamada özellikle, kaçak eşya taşımında kullanılan taşıtlara elkoymada, iyiniyetli üçüncü kişilerin talepleri öne çıkmaktadır. Burada, ceza yaptırımının yerine getirilerek kamu düzeninin sağlanması ile kişilerin mülkiyet hakkı arasında dengenin korunması gerekmektedir. Bu bakımdan, kaçak eşyanın naklinde kullanılan aracın gerçek sahibinin kim olduğu veya iyiniyetli üçüncü kişi olup olmadığı konusunda tereddüt bulunduğu takdirde, soruşturma veya kovuşturma evrelerinde araştırma yapılarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gerekir. Mevzuatta bir düzenlemenin olmadığı bu hususta, Yargıtay içtihatları yol gösterici olmaktadır. Buna göre aracın tescil belgeleri, elkonulan aracın kendisine ait olduğunu iddia eden üçüncü kişinin iade talebinde bulunup bulunmadığı, elkoyma tarihiyle iade tarihi arasında makul olarak kabul edilmeyecek bir süre geçip geçmediği, geçmiş ise bunun nedeni, araç sahibinin sürücü belgesinin olup olmadığı, elkonulan araç maliki ile aracı kullanan arasında akrabalık bağı olup olmadığı, kolluk tarafından yapılacak mahal araştırmasına göre aracı kimin kullandığı ve trafik kuralı ihlali nedeniyle

¹⁶⁵ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.** s.415. Öztürk vd., kaçakçılık suçundan elde edilen hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin muhakkak şüpheli veya sanığa ait olması gerekmeyeceği, bu kişilere ait olmayan malvarlığı değerlerine de elkonulabileceği görüşündedir. Bkz: **a.g.e.** s. 513. Ünver, Hakeri ise, şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin mülkiyetinde olan mal, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine elkonulamayacağı görüşündedir. Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 423.

¹⁶⁶ Centel/Zafer, **a.g.e.** s. 387.

elkonulan araca ve bu aracın sürücüsü olan sanık hakkında cezai işlem yapıp yapılmadığı şeklinde kriterler göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁶⁷

Kaçakçılık suçlarında kullanılan kiralık araç sahiplerinin iyiniyetli üçüncü kişi olarak aracın iadesi taleplerinde daha farklı hususlar ön plana çıkmaktadır. Buna göre kiralık araçlarla ilgili olarak 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 19. maddesi ve 20. maddesindeki düzenlemeler de dikkate alınarak kiralık araçlarla ilgili belgelerin dosya içerisine getirtilip, sonucuna göre karar verilmesi gerekir.¹⁶⁸ Araç kiralama şirketlerinin sorumlu işletmecileri ve yöneticileri, kiralanan araç bilgileri ile aracı kiralayanların kimlik bilgileri ve kira sözleşmesi kayıtlarını usulüne uygun şekilde günü gününe tutmak ve bu kapsamda mevcut bilgi, belge ve kayıtları genel kolluk kuvvetlerinin her an incelemelerine hazır bulundurmak zorundadırlar. Ancak araç kiralayanın kamu kurum veya kuruluşu olması halinde sadece kamu kurum veya kuruluşuyla yapılan sözleşme ile araç bilgileri sisteme kaydedilecektir (1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu ek madde 3). Ayrıca araç kiralayanların Kimlik Bildirme Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde araç kiralama şirketleri tüm kayıtlarını bilgisayarda tutmak ve bilgisayar terminallerini genel kolluk kuvvetlerinin ek 1.'inci maddeye göre kurulan bilgisayar terminallerine bağlamak zorundadırlar (KBK geçici 4. madde). Buna göre araç kiralayanların talepleri değerlendirilirken KBK'nda belirtilen yükümlülükleri yerine getirip getirmediği incelenecek, yerine getirilmediği takdirde hayatın olağan akışına aykırı tutumları taleplerin neticelenmesinde göz önünde bulundurularak araç hakkında elkoyma kararı verilebilecektir.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Dava konusu nakil aracının sanığın eşine ait olması halinde, aracın iyiniyetli üçüncü kişiye ait olamayacağı hakkında, Bkz: Y. 7.CD. 12/11/2013, 2012/28765 E., 2013/23269 K.

"... araç sahibi olduğu ileri sürülen kardeşi ile sanığın birlikte market çalıştırdıkları ve tüm dosya kapsamına göre taşınan kaçak eşya miktarı da gözetilerek, araç sahibinin kaçak eşya taşındığını bildiğinin kabulü ile, nakil aracının müsaderesine hükmedilmesi gerekirken aracın iyi niyetli üçüncü kişiye ait olduğundan bahisle sahibine iadesine karar verilmesi yasaya aykırı bulunarak hükmün bozulmasına..." Y.7.CD., 29/11/2012, 2011/4874 E., 2012/30399 K. Karalar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

¹⁶⁸ Mehmet Cihan Kısa, Elif Aydan Bozfirat, **Elkoyma ve Kaçakçılık Suçlarında Nakil araçlarının Durumu**, Yayınlanmış Sunum Metni, y.b., t.b., s. 70.

¹⁶⁹ *"Dava konusu kiralık nakil aracının iadesine yönelik yapılan incelemede; Sanık...'nin aşamalarındaki ifadesinde dava konusu ... plakalı aracı ...'dan kiraladığını beyan ettiği, aracın kiralınmasına ilişkin olarak malen sorumlu tarafından sunulan kira sözleşmesine göre aracın sanık...'a kiralandığı ve çıkış tarihinin 25/03/2011, dönüş tarihinin ise 25/10/2012 olduğu görülmekle; söz konusu aracın haricen satılıp satılmadığı ve malen sorumlunun iyiniyetli olup*

Nakil araçlarına elkoyma bakımından, araca CMK'nun 128. maddesine göre elkonulması ile salt nakil aracı olması nedeniyle KMK'nun 10/1'e göre elkonulması birbirinden farklıdır. CMK m. 128'e göre bir araca elkonulabilmesi için o aracın, suçtan elden edildiğine dair kuvvetli şüphe gerekirken, KMK'nun 10/1. maddesine göre ise nakil aracının kaçakçılık suçunun gerçekleştirilmesinde taşıma aracı olarak kullanıldığı yönünde kuvvetli şüphenin olması yeterlidir. Bu durumda nakil aracı suçtan elde edilmemiş olsa bile, araç hakkında elkoyma kararı verilecektir.¹⁷⁰ Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur (KMK m.10/1).

Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma kararı verilmesinden önce, 21.02.2014 tarihinde getirilen 6526 sayılı kanunun 25. maddesiyle bir rapor alma yükümlülüğü getirilmiştir. CMK'nun 128. maddesi kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'ndan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir (CMK

olmadığının tespiti bakımından, kiralama şirketi yetkililerinin dinlenilmesi, şirket defterlerinin incelenmesi kira ücretinin ödeme şekli ile bu kadar uzun süreli olarak başkaca araç kiralayıp kiralanmadığının araştırılarak sonucuna göre aracın müsadereci veya iadesi hakkında bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması..." Y.7.CD. 20/05/2015, 2014/8808 E. , 2015/15770 K.,

"Sanıkların dava konusu nakil aracını... ilinden ismini bilmedikleri bir ... kiraladıklarını beyan etmeleri, malen sorumlu 'in da aracı kiralama işi yapan oğlu ...'a kira karşılığında verdiğini, oğlunun kime kiraya verdiğini bilmediğini beyan etmesi karşısında; aracın mülkiyetinin kime ait olduğunun ve araç sahibinin iyi niyetli olup olmadığının belirlenmesi bakımından,...'ın duruşmaya çağırılarak beyanlarının alınması, aracı suç tarihi itibarı ile sanıklara kiraya verip vermediği hususu açıklığa kavuşturulup, varsa araç kira sözleşme örneğinin getirtilmesinden sonra nakil aracı hakkında hüküm kurulması gerekirken eksik araştırmaya dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi..." Y.7.CD. 14/01/2015, 2014/8429 E. , 2015/843 K. Kararlar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesi'ne göre, 5607 sayılı Kanun'un 10. Maddesi çerçevesinde elkonulan otobüsün sicil kaydına şerh konulmak suretiyle daha az zarara yol açabilecek bir yolun da varlığına rağmen yargılama sonuna kadar fiilen alıkoyma şeklindeki müdahale ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi, elkonulan otobüsün ilk derece mahkemesince iyi niyetli üçüncü kişiye ait olduğu tespit edildiği, müsadereye konu olmayacağı ve ortada tedbirin devamını gerektirir makul ve haklı başka bir gerekçe de bulunmadığı halde elkoyma tedbirinin fiili olarak uygulanmasına devam edilmesi ve otobüsün iadesinin hükmün kesinleşmesi şartına bağlanması mülkiyet hakkının ihlalidir (AYM No:2014/14195, 20.09.2017, p. 77) Bkz: Şahin, **a.g.e.** s. 348.

m.128/1).¹⁷¹ Kaçakçılık suçları için rapor alınacak kurum Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 19/1. maddesi gereğince Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı'dır. Her ne kadar, CMK'nda hangi düzeydeki soruşturmalarda kuruldan rapor alınacağı belirtilmemiş ise de, kanaatimizce burada uzun süreli bir araştırmayı gerektiren suçlardan elde edilen malvarlığı değerinin tespit edilerek bir rapora bağlanması durumunda söz konusu olmaktadır. Aksi halde her türlü kaçakçılık eylemine ilişkin elkoyma işleminde, rapor temini uzun zaman alacak ve eylemin soruşturulmasını güçleştirecektir.

4. 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na Göre Nakil Araçlarının Alıkonulması

4.1. Genel Olarak Alıkoyma Tedbiri

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda CMK'ndan farklı olarak alıkoyma tedbirine yer verilmiştir. Buna göre nakil aracının KMK'nun 13.'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi¹⁷² kapsamına girmesi, Türkiye'de sicile kayıtlı olmaması ya da soruşturma ve kovuşturma devam ederken, kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması halinde, elkonulan araç alıkonulur. Sahibinin aracın değeri kadar teminatı alıkoyma tarihinden itibaren otuz gün içinde gümrük idaresine teslim etmesi halinde, araç sahibine iade edilir. Aksi takdirde, tasfiye idaresi tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye olunur. Tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi halinde, satıştan elde edilen gelirden taşıtın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktar,

¹⁷¹ Soyaslan, **a.g.e.** s. 310. Hakeri/Ünver burada, 2014 yılında yapılan değişiklikle getirilen hükmün isabetli olmadığı, bir yandan elkoyma kararının idari bir takım mercilerin kararına bağlı kılınması yargılamanın uzamasına neden olacakken, öte yandan idari nitelikli mercilerin kararlarının yargı mercilerinin kararları açısından belirleyici olmasını, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkesine aykırı bulmaktadır. Bkz: Hakeri, Ünver, **a.g.e.** s. 424.

¹⁷² Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun "Müsadere" başlıklı 13. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde "Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması" denilmektedir.

kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınır (KMK m. 10/2).

Alıkoyma, kavram olarak bir şeyi veya kimseyi arzusuna aykırı olarak bir yerde hakimiyet altında tutmak anlamına gelmektedir.¹⁷³ KMK'nun 10/1. maddesine göre kaçakçılık suçlarında nakil araçlarının kullanılması durumunda, araçlara sadece UYAP üzerinden sicile şerh düşülmek suretiyle elkoyma işlemi yapılmaktaydı. 2. fıkradaki alıkoyma ise, belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, kayıt üzerinden elkonulan aracın fiilen el altında tutulması, hakimiyet altına alınması nedeniyle özel bir koruma tedbiridir. Zira bu tedbirin uygulanabilmesi için KMK'nun 10/2. ve 13/1-a. maddelerinde düzenlenen şartlardan herhangi birinin gerçekleşmesi gerekir. Bunun yanında kanun koyucu tarafından alıkonulan araçlara ilişkin tasfiye usulü de özel olarak düzenlenmiş, alıkoyma tedbirinin uygulama şekli belirtilmiştir.

KMK'nda belirtilen bir diğer alıkoyma nedeni ise aynı kanunun 13. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde sayılmıştır. Buna göre kaçak eşya taşımasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere amacıyla alıkonulabilmesi için kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması gerekir. Kanun koyucu burada nakil araçları içerisinde “zula” olarak tabir edilen tertibatları bulunan araçların iadesi halinde, yeniden aynı yollarla kaçakçılık suçunda kullanılmasına engel olmak istemektedir. 4926 sayılı KMK'nda ise özel olarak kaçak eşya taşımasında kullanılmak üzere gizli tertibatla donatılmış araçların, özel tertibatları masrafı ilgisine ait olmak üzere sökülmesi halinde iadesine karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.¹⁷⁴ 5607 sayılı kanunla birlikte bu durum ortadan kaldırılmış, failin gizli tertibat kurarak suç işleme yönündeki yoğun saiki nedeniyle aracın kaydına şerhle beraber alıkoyma tedbiri uygun görülmüştür. Kanunda hangi şekillerde tertibat düzeneklerinin alıkoymaya tabi olacağı açıkça düzenlenmemekle

¹⁷³ Yılmaz, **a.g.e.** s. 49.

¹⁷⁴ Yurtcan, **a.g.e.**, s. 106.

birlikte, teknik bilgi gerektiren hususlar söz konusu olduğundan uygulamada gerekli araştırmalar yapılmadan müsadere amacıyla alıkoyma kararı verilemeyecektir.¹⁷⁵

Kaçakçılık suçları mahiyeti gereği işlenmesinde nakil araçlarının kullanımını zorunlu kıldığından, kanun koyucu tarafından suçun önlenmesi amacıyla bu araçlara ilişkin daha farklı elkoyma yöntemleri düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, Türkiye’de sicile kayıtlı olmayan araçların elkoymanın yanında alıkoymaya işlemine de uğramasıdır. Alıkoyma, elkoyma işleminin bir sonraki aşaması olduğu için, bu tedbirle ilk olarak araçlara kaydi şerh konulacak, sonrasında fiilen alıkoyma işlemi gerçekleştirilecektir.

Türkiye’de sicile kayıtlı olmayan araçlara ilişkin cümle, özellikle deniz nakil araçları için getirilmiş bir düzenlemedir. Burada Türkiye’de sicile kayıtlı olmayan araca, kayıt üzerinden elkoyma işlemi yapılamayacağı için ileride aracın da mahkemece müsaderesine karar verilmesi halinde karar yerine getirilemeyecektir. Alıkoyulmayan aracın henüz soruşturma evresinde sahibine iade edilmesi halinde Türk karasuları dışına çıktığında da hakkında verilmiş müsadere kararı konusuz kalacaktır. Bu nedenle KMK ile deniz nakil araçları için alıkoyma sonrası muhafaza ve iade işlemleri ayrıca düzenlenmiştir. Alıkonularak gümrük idaresine teslim edilen deniz taşıtları teminatla teslim alınmaması halinde, muhafaza ve zorunlu bakım giderleri sahiplerince ya da donatanlarınca karşılanmak üzere gümrük idaresince belirlenen liman işletme müdürlüğüne teslim edilir. Masraflar sahiplerince ya da donatanlarınca karşılandığı sürece, taşıtın tasfiyesi yoluna gidilmez (KMK m.11/3).¹⁷⁶

Yetkili makamlarca kaçak eşya naklinde kullanılan araca elkonulup sahibine iadesinden sonra soruşturma ve kovuşturma devam ederken, kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması halinde de alıkonulma tedbiri uygulanır (KMK m.

¹⁷⁵ “... şehirlerarası otobüsün müsadere şartlarını taşıyıp taşımadığı, hakkaniyet ölçüsü değerlendirilmeden ve otobüsün doğal boşluğunun basit bir işlemle kapatılmasının ne şekilde gizli tertibat olduğu gerekçelendirilmeden, eksik inceleme ve soruşturma sonucu yazılı hükmün kurulması sebebiyle hükmün bozulmasına...” Y. 7. CD. 27/09/2012, 2010/1190 E., 2012/24484 K.

“...Dava konusu kaçak akaryakıtın, miktarı veya hacim bakımından taşıma aracı yüküne göre tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturmaması ile dışarıdan bakmakla görülen ilave deponun zula sayılamayacağı karşısında, nakil aracının iadesi yerine müsaderesine karar verilmesi yasaya aykırı bulunarak hükmün bozulmasına...” Y. 7. CD. 23/05/2013, 2012/16708 E., 2013/7022 K. Kararlar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

¹⁷⁶ Aydın, **a.g.e.** s. 199.

10/2). Burada daha önceki kaçakçılık eyleminde kullanılan aracın, daha eylem hakkında hüküm verilmeden yeniden kullanılmasının ve böylece faildeki suç meslek edinme saikinın önüne geçilmek istenmektedir. İkinci kaçakçılık eylemi, ilki yönünden tekerrür hükümlerinin uygulanmasında esas alınmadığı halde, alıkoyma tedbiri yönünden yeterli nedeni oluşturmaktadır. Ancak uygulamada araç üzerine koyulan şerh için sadece "suça karışan araç" ibaresi koyulmakta olup suç açıkça yazılmamaktadır. Söz konusu araç yeniden kaçakçılık suçuna karıştığı takdirde alıkoyma işleminin sağlıklı uygulanabilmesi için, kaçakçılık suçunun şerh kısmında açıkça gösterilmesi gerekmektedir.

Alıkoyma şartlarından bir diğeri kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması durumudur. Bir cümlelik bu hükümde nakil aracı bakımından iki ayrı alıkoyma ve müsadere koşulu yer almaktadır. Birinci koşul, kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturmasıdır. Bu hükümden anlaşılması gereken, kaçak eşyanın naklinde kullanılan aracın, ağırlık veya hacim bakımından yük taşıma kapasitesine göre, (örneğin on ton ağırlığında yük taşıma kapasitesi ya da yirmi beş metre küp hacminde yük taşıma kapasitesi gibi) taşıdığı kaçak eşyanın bu kapasitelerin tamamını veya Yargıtay yerleşik içtihatlarına göre en az yarısından fazlasını oluşturması halinde alıkoyulmasına karar verilmesi gerektiğidir. Bu hal gerçekleştiğinde araç, kaçak eşya nakline tahsis edilmiş sayılacak ve 5237 sayılı TCK'nun 54/3. maddesindeki hakkaniyete uygunluk koşulu da gözetilerek nakil aracı hakkında alıkoyma ve müsadere kararı verilebilecektir.¹⁷⁷

¹⁷⁷ YCGK., 27/03/2012, 2011/346 E. , 2012/124 K.

".....Müsadere karar verilen nakil aracının dosya kapsamına göre iyi niyetli üçüncü kişiye ait olduğu ve suç tarihindeki kasko değerinin 15.260 TL , nakil aracında ele geçirilen kaçak eşyanın gümrüklenmiş değerinin 6.780,25 TL olduğu dikkate alınarak müsadere koşulları oluşmadığından, iadesi yerine müsadere kararı verilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına..." Y. 7. CD., 28.11.2012, 2011/2357 E., 2012/30358 K. Karar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

"...Sanığın aracında yakalanan toplam 4 çuval içerisindeki 6990 paket sigaranın bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere, miktar itibarıyla bir kişi tarafından taşınması olanaklı olmayıp, bir araçla taşınmasının zorunlu olması ve kaçak eşyanın naklinin , bu aracın kullanılmasını gerekli kılması halinde, kaçak eşyanın taşınmasında bilerek kullanılan her türlü taşıma aracının müsadere kararının zorunlu kılınması 5607 SK'nun 13. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, suça konu eşyaların taşındığı aracın zorunlu olarak tahsis edilmesi gerekir. Kaldı ki, sanığın kendisine ait olan ve daha önce de kaçakçılık suçunda kullandığı araçta, suça konu kaçak sigaralar dışında başka bir yük bulunmaması ve sanığın da kaçak olduğunu bildiği sigaraları para karşılığı taşıdığını kabul etmesi karşısında aracın kaçak eşyanın

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun’nda kaçakçılık suçunda kullanılan nakil araçlarına iki maddede değinilmiştir. Konuyla ilgili 47. maddede “*Kaçak eşya ve madde naklinde bilerek kullanılan veya buna teşebbüs edilen her türlü nakil vasıtalarının da müsadereyesine hükmolunur.*

Müsadereyi icabeden nakil vasıtaları, tahkikat sırasında zaptedilerek en yakın gümrük veya inhisarlar idaresine teslim edilir.” denilerek kaçak eşya naklinde bilerek kullanılan nakil vasıtalarının zaptedileceği, yine 48. maddede “*Kaçakçılığa kullanılan taşıma araçları ve kaçak maddelerin yapılmasında kullanılan araç, gereç ve makineler zaptolunarak ilgili idareye derhal teslim olunur. İdare, korunması, külfeti veya masrafı gerektiren bu gibi araç, gereç taşıma aracı ve makineleri bu Kanunun 24 üncü maddesinde belirtilen esaslar dairesinde tasfiyeye tabi tutabilir.”* denilerek aynı şekilde nakil vasıtaları ve kaçak maddelerin yapılmasında kullanılan araç, gereç ve makinelerin alıkonulacağı belirtilmiştir.

4926 Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu da nakil araçlarına elkonulması hakkında ayrı bir düzenleme getirmiş, “Kaçak eşya naklinde kullanılan taşıt” başlığı altında “*Bu Kanunda zorunlu öngörülen kaçak eşya taşımasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının;*

a) *Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması,*

b) *Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya eşyanın o taşıma aracıyla taşınmayı gerekli kılacak olması,*

c) *Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması,*

Hallerinden herhangi birinin gerçekleşmesi durumunda zorunlu hükmolunur.

Elkonulan taşıma araçları soruşturma sırasında en yakın gümrük idaresine teslim edilir.” düzenlemeyle müsadereye tabi olan nakil araçlarının en yakın gümrük idaresine teslim edileceği düzenlenmiştir.

taşınmasına özgülendiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır...” YCGK., 27.03.2012, 2011/7-346 E., 2012/124K. www.emsal.yargitay.gov.tr

Şüphesiz gerek 1918 sayılı kanun gerekse de 4926 sayılı kanundaki nakil araçlarının zaptedilmesi ve gümrük idaresine teslimi, fiili bir elkoymayı, yani alıkoymayı düzenlemiş olmaktadır. Ancak son çıkan 5607 sayılı kanundan farklı olarak bu alıkoyma işlemi ayrıntılı olarak düzenlenmediği gibi, 5607 sayılı kanun döneminde olduğu gibi iyiniyetli üçüncü kişilerin durumu da sorun olmaya devam etmiştir. Kanunların uygulandığı dönemde, günümüzde mevcut olan dijital kayıt ve serh sistemlerinin bulunmaması nedeniyle bu şekilde alıkoyma işlemleri öngörülmuş ancak yeterli düzenlemeler yapılmayarak daha çok Yargıtay içtihatlarıyla uygulama birliği oluşturulmaya çalışılmıştır.¹⁷⁸

4.2. Alıkoyma İşleminde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Durumu

Çalışmamızın daha önceki kısımlarında gerek basit gerekse de nitelikli elkoyma işlemlerinde elkonulan eşya ve araçların iyiniyetli üçüncü kişilere ait olması halinde, salt kaçakçılık suçunun konusunu oluşturmadığı takdirde müsadere edilemeyeceğinden bahsetmiştik. KMK'nun alıkoyma işlemini düzenlediği 10/2. maddesinde ise istisna olmaksızın belirtilen şartlardan herhangi birinin bulunması halinde eşya ve araçların alıkonulacağı düzenlenmiştir. Burada dosyaya malen sorumlu olarak dahil edilen aracın sahibi, aracın değeri kadar teminatı alıkoyma tarihinden itibaren otuz gün içinde gümrük idaresine teslim etmesi halinde aracını geri alabilecektir. Bu işlemlerin yapılamaması halinde, tasfiye idaresi tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin araç derhal tasfiye olunacaktır. Tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi halinde, satıştan elde edilen gelirden taşıtın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktar, kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınmaktadır (KMK m. 10/2). Teminat miktarından anlaşılması gereken, kara taşıtlarında kasko değeri; deniz taşıtlarında, tekne ve makine sigortasına esas teşkil eden değer; sigortasız taşıtlar ile hava ve demiryolu taşıtlarında ise piyasa değeridir

¹⁷⁸ Her iki kanun döneminde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, nakil vasıtasının müsadere edilmesinin kaçakçılık suçlarında en mühim ve kuvvetli bir müeyyide olduğu fikrinden hareketle, 765 sayılı TCK'nun 47. maddesinin, 36. maddesine nispetle özel hüküm niteliğinde olduğunu kabul ederek kaçakçılığa iştirak etmemiş kimselere ait olan bir nakil vasıtasının da müsadere edileceği ve bunun için mal sahibinin rıza ve muvafakatinin aranmasına lüzum bulunmadığı sonucuna varmıştır (Y. İç. Bir. BGK, 5.4.1950, 21/7, 518.). Bkz: Erman, **a.g.e.** s. 247.

(KMK m. 10/3). Teminat karşısında aracın iadesi işlemi şüpheli veya sanık için de geçerlidir.

İyiniyetli üçüncü kişiler alıkonulan araçlar açısından, araçlarının KMK m. 10/2 gereğince alıkonulup müsadere edilmesi halinde, zararlarını tazmin yoluyla failden karşılayabilmektedir. Bu açıdan sıkıntı olmamakla birlikte, uygulamadaki asıl sorun devletin resmi kayıtlarına güvenerek, bizatihi suçun konusu olan araçları satın aldıktan sonra bu araçları KMK m. 16/1-1. cümle gereğince alıkonulan iyiniyetli üçüncü kişilerin durumudur. Zira resmi kayıtlara güvenerek doğmuş veya doğacak herhangi bir kaçakçılık suçundan haberi olmayan iyiniyetli kişiler, alıkonulan aracını geri alabilmek için araç değeri kadar miktarı teminat göstermek zorunda kalacaktır.

KMK'nun 16/1. maddesindeki *"1) Bu Kanunda tanımlanan suçların veya kabahatlerin konusunu oluşturması dolayısıyla müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarının uygulanabileceği eşya, sahibine iade edilemez. Bu eşya, kamu davasının açıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde kovuşturmanın sonuçlanmaması halinde derhal tasfiye edilir. Ancak eşyanın;*

a) Zarara uğraması, değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde üç gün,

b) Muhafazasının ciddi külfet oluşturması halinde onbeş gün,

içinde, eşyadan numune alınmasının mümkün olduğu durumlarda numune alınarak, mümkün olmaması halinde ise gerekli tespitler yaptırılarak, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından tasfiyesine karar verilir." şeklindeki düzenleme uyarınca, soruşturma ya da kovuşturma aşamasında henüz nihai bir karar verilmeden önce elkonulan eşya teminatla ya da geçici olsa dahi sahibine iade edilemeyecektir. İade edilemeyen eşya, henüz tasfiyesi gerçekleştirilmeden kaçakçılık suçuna konu eşya olmadığına anlaşılmaması durumunda, soruşturma aşamasında kovuşturmayla yer olmadığına, kovuşturma aşamasında ise beraat kararı verilerek hak sahibine iade edilecektir. Tasfiye gerçekleştirildikten sonra karar verilmesi durumunda ise satış bedeli, elkoyma tarihinden itibaren karar verilmesi tarihine kadar geçen kanuni faizi ile birlikte hak sahibine ödenecektir. Ancak eşyanın kaçakçılık suçuna konu olduğunun anlaşılmaması halinde ise artık eşyanın kendisinin veya bedelinin sahibine ödenmesi söz konusu

olmayacak, hak sahibi eşyanın ancak bedelinin iadesini failden ve eğer davası kabul edilirse idare aleyhine açtığı davadan tazmini yolunu deneyecektir.

Uygulamada bu konuda sıkça rastlanan davalardan biri ithalatçı firmalar tarafından yurtdışından ithal edilen lüks araçların, yurda giriş beyannamelerinde fatura kıymetlerindeki farklılıklardan ötürü gümrük kaçağı haline gelmesi ve bu nedenle araçlara elkoyma ve alıkoyma işlemlerinin gerçekleştirilmesidir. Buradaki esas sorun araçların, geçen zaman içinde birden fazla el değiştirmesi ile devletin resmi kayıtlarına güvenerek aracı kullanan iyiniyetli üçüncü kişilerden de geri alınmasıdır. Kaçakçılık suçuna konu oldukları iddia edilen araçların, KMK'nun 16/1. maddesi gereğince maliklerine iade edilmediği, araçların birden fazla kez el değiştirmesi, araçlara ait kayıtlarda kısıtlama olmaması, vergi borcunun görünmemesi ve aracın geçmişini öğrenme olasılığının da bulunmaması nedeniyle devlete güvenilerek resmi yollarla satın alındığı halde, bu kişilerin araçlarının iade edilmemesi devlete olan güveni zedelemekte ve mülkiyet hakkını ölçüsüz şekilde kısıtlamaktadır.

Her ne kadar, salt bir iddia ile henüz soruşturma aşamasında gerçekten muhafazası külfet oluşturan, değerinde kayıp meydana gelme tehlikesi olan suça konu eşyalar hakkındaki tasfiye kararı ile taraf menfaatlerinin korunacağı düşünülecek olsa bile, kıymet beyanlarındaki farklılıklardan kaynaklanan gümrük kaçağı haline gelen aracın, muhafaza problemi bulunmayan yapısı gözetilmeden ve yurda giriş esnasında devletin gözetim, denetim ve izninin var olduğu düşünüldüğünde, yargılama sonuçlanmadan sahibine iade etmeksizin tasfiyeye tabi tutmak iyiniyetli üçüncü kişiler açısından amacına aykırı ve ölçüsüz bir yaptırımdır.

Yurda girişine devlet yetkililerince izin verilmiş, tüm devlet onaylı kayıtlara itibar edilerek mülkiyet edinmiş üçüncü kişiler ile aynı otomobili tasfiye idaresi gibi yine bir devlet kurumu satışından alan diğer kişiler arasında korunan aracın mülkiyet hakkı yönünden bir fark yoktur. Bu durumda, aynı devlet farklı birimlerine farklı hukuki geçerlilik tanımaktadır. Birinde kullanımı engellenen ortadan kaldırılan hak, diğerinde suçluluğu hakkında daha karar verilmeden tasfiye kararı ile hukuka uygun hale getirilmiştir sayılmaktadır.

Devletin gümrük ve araç satışında yer alan sair kayıtlarını belirsiz ve güvenilmez niteliğe büründüren, vergi kayıplarının külfetini iyiniyetli üçüncü kişilere

yükleyen bu düzenlemenin değiştirilmesi hukuk devleti ilkesi ve mülkiyet hakkı gereğince elzemdir. Burada kanaatimizce yapılması gereken, KMK'nun 16. maddesinin 1. cümlesinin değiştirilmesi, cümlelerin başına ek olarak *“idarenin resmi kayıtlarına güvenilerek edinilen eşyaların sahiplerinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun m. 54/1-son cümlesindeki¹⁷⁹ hakları saklı kalmak koşuluyla”* ibaresini getirmektir. Bu durumda yalnızca resmi kayda dayalı olarak edinilen eşyalarda iyiniyetli üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı korunacak, cumhuriyet savcılığı veya mahkemece elkoyma ve alıkoyma işlemlerinden önce bu şartların varlığı aranacaktır.

Uygulamada bahsedilen soruna ilişkin olarak bir uygulama birliği bulunmamakla beraber, sorunla ilgili bazı mahkemelerce araçları sahiplerine yediemin sıfatıyla teslim edip ancak satılamaz devredilemez şerhini devam ettirerek tasarruf yetkisi yine kısıtlanmaktadır.¹⁸⁰ Buradaki yediemin olarak verme tedbiri, eşyayla ilgili bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhal iade edilmek koşuluyla, korunmak üzere şüpheli, sanık veya bir diğer kişiye teslim edilmesi kararıdır. Bu tür teslim, teminat koşuluna da bağlanabilir. Elkonulan eşyanın şüpheli, sanık veya üçüncü kişilere teslimine soruşturma evresinde cumhuriyet savcılığı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme karar verir.¹⁸¹

5. Yabancı Ülkenin Gemilerine Karşı Elkoyma ve Alıkoyma Yetkisi

Günümüzde küreselleşmenin ve serbest piyasa ekonomisinin getirdiği düzenle ülkeler arası ilişkilerin geldiği hızlı gelişim düzeyi, suç örgütlerinin birden fazla ülkede yürüttükleri faaliyetlerin de artmasına elverişli bir zemin hazırlamış, özellikle deniz yoluyla yapılan kaçakçılık suçlarında yabancı ülke bayraklı gemiler vasıtasıyla işlenen suçlar ülkelerin sık rastladığı durum halini almıştır. Bunlarla mücadelede ülkeler, küresel ve bölgesel düzeyde işbirliği yapmak, çeşitli kural, düzenleme ve standartların oluşturulmasına katkıda bulunmak amacıyla uluslararası

¹⁷⁹ Eşya müsadereci madde 54- “(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadereci hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/11 md.) Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir.”

¹⁸⁰ Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 425.

¹⁸¹ Centel, Zafer, **a.g.e.** s. 393.

sözleşmeler düzenlemişlerdir. Kaçakçılık suçları açısından önemi itibariyle bu anlaşmalar “Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi” ve Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak 31 Ocak 1995 tarihinde kabul edilen “Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin 17. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Deniz Yoluyla Yapılan Kaçakçılıkla Mücadele Anlaşması”dır.

BMDHS imzalanmadan önce, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun döneminde, eşyanın naklinde kullanılan yabancı aracın gümrüklenmiş değerinde, millileşmiş veya yerli aracın ise FOB değerine denk gelen meblağın depozito edilmesi veya kanuni faizini de kapsayacak şekilde uygun bir teminat gösterilmesi suretiyle, elkonulan aracın sahibine teslim edilmesine imkan verilmekteydi. 27.05.1981 tarih ve 8/3031 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan “Kaçak Olduğu veya Kaçak Eşya Naklinde Kullanıldığı İddiasile El Konulan Deniz Taşıtları Hakkında Yapılacak İşlemleri Gösterir Esaslar” bu gibi deniz araçlarının nereye teslim edileceğini ve tasfiyenin ne şekilde yapılacağını açıklamaktaydı.¹⁸² Karasularındaki deniz araçların durdurulması ve aranması ise 1918 sayılı Kanun’un 11. maddesinin 8 ve fıkralarındaki hükümlere göre icra edilmekteydi.¹⁸³

Türkiye, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’ne taraf olmamakla birlikte, sözleşmenin deniz çevresinin korunmasına ilişkin düzenlemeleri konusunda olumsuz bir tutum içinde görünmemektedir. Uygulamada Türkiye’nin deniz çevresinin korunmasına ilişkin gerek bölgesel, gerekse küresel bir dizi sözleşme ve

¹⁸² Erman, **Kaçakçılık Suçları**, Ek 1, s. 63.

¹⁸³ 1918 sayılı Kanun’un 11/8 ve devamı : “Kaçakçılığın men, takip ve tahkikiyle vazifeli jandarma veya gümrük muhafaza teşkilatı mensupları karasuları dahilinde veya gümrük muntakalarında her nevi deniz vasıtalarına yanaşıp yük ve evrakını tetkike salahiyetlidir.

Sahillerde veya hudut teşkil eden nehir ve göllerde gümrük idaresi bulunmayan yerlere izinsiz yanaşan veya kara ile yahut sair safinelerle ihtilat eden gemilerle ek ikinci maddenin IV üncü fıkrası hükmüne riayet etmeyen her nevi deniz vasıtaları hakkında dahi, hangi tonajda olursa olsun yukardaki fıkra hükmü tatbik olunur.

Karasularımızda ve gümrük muntakalarında jandarma veya gümrük muhafaza teşkilatı mensuplarının yanaşmasına müsaade etmiyerek kaçan veya kaçmaya teşebbüs eden her nevi deniz vasıtalarına beynelmilel deniz işaretlerine göre gündüz filama ve gece mors ve emsali işaretlerle durması ihtar olunur.

Bu ihtar riayet etmeyen vasıtaya ihtar mahiyetinde top veya sair silahlarla ateş edilir. Bunada riayet etmeyip kaçmaya devam ettiği takdirde durmaya mecbur edecek şekilde üzerine ateş edilir.

Mücbir bir sebep olmaksızın gümrük idaresi bulunmayan bir mahalle inen veya kalkan hava sefineleri hakkında da kara vasıtalarına tatbik olunan hüküm uygulanır.”

programın içinde yer aldığı görülür. Bölgesel düzenlemelerin yanı sıra evrensel düzeyde kabul edilmiş olan bir çok esnek hukuk belgesi ve uluslararası anlaşmayı onaylama yoluyla iç hukukuna aktarmıştır. BMDHS'nin deniz çevresinin korunmasına ilişkin hükümlerinin örf ve adet hukuku kuralı niteliği kazanması durumunda, söz konusu kurallara yönelik herhangi bir itiraz yöneltilmemiş olduğu durumlarda, Türkiye'nin söz konusu kurallarla bağlı sayılmasına herhangi bir hukuksal engel bulunmamaktadır. Türkiye'nin sözleşmeyi kabul etmemiş olmasının sebebi, deniz çevresinin korunmasına ilişkin hükümler açısından değil, esas olarak karasularının genişliği ve deniz hukuku uyumsuzluklarında zorunlu yargı yetkisine ilişkin düzenlemeleri bakımındandır.¹⁸⁴ Bu nedenle Türkiye karasularında kaçakçılık suçunun işlendiği anlaşılan yabancı bayraklı gemilere ilişkin tedbirlerde BMDHS uygulanacaktır. Türkiye Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 17. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Deniz Yoluyla Yapılan Kaçakçılıkla Mücadele Anlaşması'nı ise doğrudan imzalamış olduğundan bu anlaşma da tedbirler yönünden uygulama alanı bulacaktır.

Bir devletin iç sularına ya da limanlarına giriş yapan yabancı gemilerin o devletin kanun ve düzenlemelerine uyması gerekmektedir. Dolayısıyla iç sularında egemenlik yetkisine sahip olan kıyı devleti, ulusal hukuk kurallarına uymadığı gerekçesiyle yabancı gemilere iç sularda el koyma yetkisine sahiptir. Ancak kıyı devleti iç sularında bu yetkileri kullanırken uluslararası örf ve adet hukukundan ya da uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan sınırlamalara uymalıdır.¹⁸⁵

Kıyı devleti, karasularından geçiş yapan bir gemiye BMDHS'nin 27. ve 28. maddelerinde öngörülen kaçakçılık suçlarına ilişkin yargılama yetkileri nedeniyle de el koyabilir. 27. maddede düzenlenmiş olan ulusal yargı yetkisi olan suçların, gemi mensupları tarafından işlenmiş olması durumunda, kıyı devletinin olaylardan herhangi bir şekilde etkilenmesi veya zarar görmesi söz konusu değilse, kıyı devletinin yargı yetkisinin kullanılmaması gerektiği görüşü benimsenmektedir.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Şule Güneş Anlar, **Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ve Deniz Çevresinin Korunması**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, s. 11.

¹⁸⁵ Nur Jale Ece, Aslıhan Erbaş Açikel, **Uluslararası Deniz Hukuku'nda Kıyı Devletinin Gemilere Elkoyma Yetkisinin Sınırları Sempozyumu**, Trabzon, 24-25 Mart 2011, s. 117.

¹⁸⁶ Ece, Açikel, **a.e.** s. 119.

Yabancı ülke bayraklı gemide eğer uyuşturucu veya psikotrop maddeler taşınıyor ise, bu durumda müdahale yapacak olan devlet, bayrak devletinden izin almak durumundadır. Bu izni aldıktan sonra müdahil devlet,¹⁸⁷ kaçakçılığa konu gemiyi durdurmak ve gemiye çıkmak, gemiyi ve gemide bulunan kişileri etkin bir biçimde kontrol altında tutmak, Deniz Yoluyla Yapılan Kaçakçılıkla Mücadele Anlaşmasının 9/1-ii maddesindeki işlemlerden gerekli görülenleri uygulamak, gemiyi veya gemi üzerindeki herhangi bir şahsı müdahil devlet ülkesine götürmek ve gemiyi ilave soruşturma için burada alıkoymak yetkilerine sahiptir (DYYKMA m. 9/1-i). Müdahil devlet gemiyi etkin bir biçimde kontrol altına aldıktan sonra, yük de dahil olmak üzere, gemiyi ve geminin üzerindeki her şeyi aramak, tüm konteynerleri açmak veya açılmasını talep etmek ve gemi üzerindeki her şeyden numune alarak tahlil etmek, gemide bulunan herhangi bir şahıstan kendisine veya gemi üzerindeki her hangi bir şeye ilişkin bilgi vermesini talep etmek, gemiye, gemide bulunan şahıslara ya da malzemelere ilişkin belge, kitap veya kayıtların ibraz edilmesini talep etmek ve yetkili makamların ibrazını isteme hakkına sahip olduğu her hangi bir şeyin fotoğraf veya kopyalarını almak ile gemide ortaya çıkarılan herhangi bir delile veya malzemeye elkoymak, bunların emniyetini sağlamak ve koruma altına almak yetkilerini de kullanabilir (DYYKMA m. 9/1-ii). Gemi, kapsam dahilindeki suçlara dair soruşturmanın tamamlanması için mutlak surette gerekli olan süreden daha fazla alıkonulamayacaktır. Gemi sahiplerinin kapsam dahilindeki bir suça doğrudan iştirak ettiklerinden şüphe duyulması için makul şüphe sebeplerinin bulunması halinde, gemi ve yükü soruşturmanın tamamlanmasından sonra da alıkonulabilir. Kaçakçılık suçuyla ilgisi bulunduğu şüphelenilmeyen şahıslar ile kanıt olarak ihtiyaç duyulmayan malzemeler serbest bırakılacaktır (DYYKMA m. 10/3).

Taraflar, geminin teminat veya başka bir mali güvence karşılığında serbest bırakılmasına ilişkin olarak çıkabilecek uyuşmazlığı aralarında anlaştıkları bir yargı mercii önüne getirebilirler. Ancak gemiye el konulmasından itibaren 10 gün içerisinde bu tür bir anlaşma sağlanamazsa uyuşmazlık, 287. madde kapsamında yer alan ve gemiye el koyan devletin kabul ettiği bir yargı organına ya da Uluslararası

¹⁸⁷ DYYKMA'nın 1. maddesinin a bendine göre "müdahil devlet", diğer bir taraf devletin veya kaydını gösteren emareleri taşıyan gemiye ilişkin olarak bu anlaşma çerçevesinde işlem gerçekleştirmek için söz konusu diğer taraftan izin talebinde bulunmuş veya bulunmayı öngören bir taraf devleti anlamını taşır.

Deniz Hukuku Mahkemesi'ne götürülebilir. Bu başvuruyu yalnızca alıkonulan geminin bayrak devleti yapabilir ya da bu başvuru yalnızca onun adına yapılabilir.¹⁸⁸

BMDHS'nin "Sahildar Devletin Kanun ve Kurallarının Yürürlüğe Konulması" başlıklı aşağıda yer alan 73. maddenin 2. fıkrasında, tutuklanan gemi ve mürettebatının makul bir bono ya da başka bir güvence karşılığı derhal serbest bırakılması öngörülmektedir. Bu anlaşma maddelerine aykırı davranışlara karşı Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'ne başvurulabilir.¹⁸⁹

6. Farklı Kanunlardaki Benzer Uygulamalar

Elkoyma ve alıkoyma işlemlerinin, KMK'nda bazı yönlerinin özel olarak düzenlendiği, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMK uygulanmakla beraber, benzer işlemlere bazı kanunlarda da yer verilmiştir. Bunlardan ilki alıkoyma işlemine benzer bir işlem olan "toplatma" şeklindeki elkoyma ile Basın Kanunu'nda yer alan uygulamadır.¹⁹⁰ Delil olarak basılmış eserin en fazla üç adedine, cumhuriyet savcısı, gecikme sakınca bulunan hallerde kolluk elkoyabilir (Basın Kanunu. m. 25). Delil

¹⁸⁸ Ece, Açıklık, a.e. s. 119.

¹⁸⁹ UDHM'nin ilk davası, 13 Kasım 1997'de *Saint Vincent and the Grenadines* tarafından Gine'ye karşı açılan davadır. M/V Saiga, Saint Vincent bayrağını taşıyan bir petrol tankeri olup, olayın gerçekleştiği tarihte Gine kıyıları açığında çalışan balıkçı teknelerine ve diğer teknelere yakıt sağlamaktadır. 27 Ekim 1997 sabahı gemi, Gine ile Gine-Bissau arasındaki deniz sınırını geçer ve Gine'ye ait bir ada olan Alcatraz'ın 32 deniz mili uzağından Gine'nin münhasır ekonomik bölgesine girer ve 28 Ekimde Gine gümrük devriye gemileri tarafından tutuklanır. Gine otoriteleri geminin ve mürettebatının serbest bırakılması için herhangi bir bono ya da mali güvence talebinde bulunmaz. Saint Vincent yetkililerine göre Gine'nin böyle bir eylemde bulunma yetkisi yoktur. Diğer yandan bayrak devletine gemiyi alıkoyma nedenleri bildirilmemiştir. Saint Vincent, BMDHS'nin "Sahildar devletin kanun ve kurallarının yürürlüğe konulması" başlıklı aşağıda yer alan 3. maddenin 2. paragrafında tutuklanan gemi ve mürettebatının makul bir bono ya da başka bir güvence karşılığı derhal serbest bırakılmasının öngörüldüğünü ve Gine yetkililerince bu maddeye aykırı davranıldığını iddia etmekte ve Mahkeme'den kendisinden hiçbir bono talep edilmeden gemi ve mürettebatının serbest bırakılmasına karar vermesini istemektedir. Gine ise Saiga'nın kaçakçılık yaptığı iddiasıyla BMDHS madde 292'nin bu gemiye uygulanamayacağı ifade etmiştir. Zira BMDHS 19.2 maddesinin f) fıkrasında "Sahildar devletin gümrük, maliye, sağlık veya muhaceret konularındaki kanun ve kurallarına aykırı bir şekilde mal, para veya kişilerin gemiye alınması veya gemiden çıkartılması" zararlı geçiş sayılacak faaliyetler arasında sayılmaktadır. Kaçakçılık, Gine gümrük yasasına göre suç teşkil etmektedir. Mahkeme yargılama sonucunda, kaçakçılık iddiasını reddederek sahildevletinin kanun ve kurallarının yürürlüğe konulmasına ilişkin 73. maddenin geçerliliğini kabul etmiş ve balıkçı teknelerine yakıt ikmali yapılması durumunda kıyı devletinin bunu balıkçılığa bağlı bir faaliyet olarak değerlendirmesinin uluslararası hukuka uygun olabileceğini belirtmiştir. Bkz: Ece/Açıklık, a.e. s. 134 vd.

¹⁹⁰ Ünver, Hakeri, a.g.e. s. 428.

elde etmek için basılmış eserlerin tümüne elkoymaya gerek yoktur. Bu tür bir elkoyma basın özgürlüğünü de etkilemez.¹⁹¹

Müşadere için ise basılmış eserlerin tümüne elkonulur ve buna “toplatma” adı verilir. Basın Kanunu’na göre bunun için, kanunda belirtilen belirli suçların işlendiği iddia edilmeli, bu suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya başlanmış olmalı ve hakim veya mahkeme tarafından basılmış eserin tamamına elkonulmasına karar verilmiş olmalıdır.¹⁹²

6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kanunu hükümlerine göre BM Güvenlik Konseyi kararı üzerine malvarlığının dondurulması kararı alınabilir. Kanunun 5. maddesi uyarınca BM Güvenlik Konseyi’nin 1267, 1988 ve 1989 sayılı kararlarıyla listenen kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması kararları, Bakanlar Kurulu’nun resmi gazetede yayımlanan kararıyla gecikmesizin uygulanır. Aynı kanunun 6. maddesi uyarınca bir yabancı devlet hükümeti tarafından bir kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulmasına ilişkin olarak Türkiye’den talepte bulunulması halinde, değerlendirme komisyonunca değerlendirilen talep Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanır. Bu değerlendirmede karşılıklılık ilkesi de gözetilir. 7. madde uyarınca, Türkiye’de bulunan malvarlığıyla bağlantılı olarak ilgililer hakkında CMK uyarınca soruşturma açılması talebiyle suç duyurusunda bulunulmasına karar verilebilir.¹⁹³ Malvarlığının dondurulması kararı, başkanlığın talebi üzerine CMK’nun 128. maddesinin üçüncü ila yedinci fıkralarında belirtilen usule uygun olarak gecikmesizin yerine getirilir.

Ayrıca 15/08/2016 tarihli 671 sayılı KHK’nin 31. maddesi ile 3731 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’na eklenen 20/A maddesine göre, TCK’nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci bölümünde tanımlanan suçlar ve TMK kapsamına giren suçlar nedeniyle gerçek veya tüzel kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarının uğradığı zararların tazmini amacıyla, soruşturma aşamasında

¹⁹¹ Centel, Zafer, **a.g.e.** s. 397.

¹⁹² Hakeri, Ünver, **a.g.e.** s. 428.

¹⁹³ Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s. 415 vd.

cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimi, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından, şüpheli veya sanıklara ait taşınmazların veya kara, deniz ya da hava ulaşım araçlarının devir ve temlikini veya bunlarla ilgili hak tesisini önlemek ya da tasarruf yetkisini kısıtlamak için şerh düşülmesine karar verilebilir. Taşınmazlarla ilgili karar tapu kütüğüne; kara, deniz ve hava ulaşım araçlarıyla ilgili karar ise bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur. Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi halinde veya şerhin konulduğu tarihten itibaren bir yıl içinde, şerhin devamı yönünde hukuk mahkemesinden verilmiş ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı ibraz edilmediği takdirde şerh kendiliğinden terkin edilir.

Bahsedilen kanun düzenlemelerinin yanında 29/04/2017 tarihinde 690 sayılı KHK'nin 6. maddesiyle, göçmen kaçakçılığında kullanılan araçlara elkoymaya ilişkin olarak KMK'nun 10. maddesindeki düzenlemenin benzeri bir uygulama getirilmiştir. *“Göçmen Kaçakçılığı Suçunda Kullanılan Araca Elkoyma”* başlıklı bu maddeye göre, göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesinde kullanılan araçlara, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128'inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre elkonulur (6458 SK Ek madde 1/1). Birinci fıkraya göre elkonulan aracın, soruşturma ve kovuşturma devam ederken aynı suçun işlenmesinde tekrar kullanılması, Türkiye’de sicile kayıtlı olmaması, toplam yolcu sayısına göre önemli sayıda göçmen taşınırken ele geçirilmesi, suçun işlenmesini kolaylaştıracak özel tertibatının bulunması, hallerinden birinin varlığı durumunda elkonulan araç sahibine iade edilmez. Bu durumda sahibinin, aracın değeri kadar teminatı elkoyma tarihinden itibaren otuz gün içinde Maliye Bakanlığına teslim etmesi halinde, araç sahibine iade edilir. Aksi takdirde, Maliye Bakanlığı tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye olunur. Tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi halinde, satıştan elde edilen gelirden aracın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktar, kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınır (6458 SK Ek madde 1/2). İkinci fıkra hükmünün uygulanmasındaki değerden, kara araçlarında kasko değeri; deniz araçlarında tekne

ve makine sigortasına esas teşkil eden değer; sigortasız araçlar ile hava ve demiryolu araçlarında ise piyasa değeri anlaşılır (6458 SK Ek madde 1/3).

Burada kanun koyucu, son zamanlarda özellikle yurdun batı kısımlarında yaşanan yasa dışı yollarla iltica göçlerinin önüne geçmek amacıyla, maddi ceza arttırımı yapmadan kaçakçılıkta kullanılan araçlara elkoyma ve KMK’undaki alıkoyma işlemlerinin uygulanmasını düzenleyerek önlemleri arttırmayı amaçlamıştır. İlgili maddenin düzenleniş şekli, büyük ölçüde KMK’nun 10. maddesiyle benzerlik göstermekle, soruşturma veya kovuşturmada tekrar kullanılması, Türkiye’de sicile kayıtlı olmaması, gizli tertibat bulunması hükümleri aynen alınmışken, 2. fıkranın c bendinde ise spesifik bir hüküm getirilmiştir. Bu nedenle çalışmamızın alıkoyma tedbirine ilişkin yapılan açıklamalar, bu kanun hükmüne göre yapılan alıkoyma işlemi için de geçerlidir.¹⁹⁴

7. Elkoyma Tedbirinin Sona Ermesi

Elkoyma, niteliği itibariyle geçici bir tedbirdir. Yargılamanın sonunda elkonulan eşya ya sahibine geri verilir ya da müsadere edilir. Bu şekilde söz konusu eşya devletin mülkiyetine geçer. Elkoyma sebebi ortadan kalkmışsa, örneğin delil olarak elkonulan, ancak delil mahiyetinin olmadığı tespit edilen ve müsadere gerekmeyen bir şeyin muhakeme yönünden muhafazasına gerek kalmamışsa, hükümden önce de zilyedine geri verilebilir.¹⁹⁵ CMK’nun 131/1. maddesine göre; şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşya, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılmaması halinde, resen veya istem üzerine geri verilebilir. Bu hususta yetkili makam soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı ve Sulh Ceza hakimi, kovuşturma aşamasında ise mahkemedir.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Bkz: Çalışmamızın “III- Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’na Göre Nakil Araçlarının Alıkonulması” başlıklı kısmı, s. 74.

¹⁹⁵ Soyaslan, **a.g.e.** s. 313.

¹⁹⁶ Yıldız, **a.g. e.** s. 165. Aydın ise, yargılama aşamasında dahi kararın cumhuriyet savcısından istenmesi gerektiği, aksi halde talep hakkında karar verilmeye kadar eşyanın iadesi gecikeceğinden

Elkonulan eşyanın değerinin korunması ve zarar görmemesi için adli makamlarca gerekli tedbirlerin alınması zorunludur. Kanun koyucu yargılamanın uzun sürebileceği veya çabuk bozulma, telef olma tehlikesine maruz kalabilecek veya saklanması külfetli veya masraflı olan eşyanın muhafazasında sıkıntı yaşanabileceğinden müsadere kararının uygulanabilmesi için gümrük idarelerine yetki vermiştir.¹⁹⁷ Niteliği itibariyle tasfiye, iade veya müsadere olarak farklı bir yaptırım değil, kanunda açıklanan şart ve nedenlerle eşyanın muhafazası tedbiridir. Tasfiye işlemi, gümrük idaresinin talebi üzerine soruşturma aşamasında hakim, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından yerine getirilir. Bu işlem, toplum ve çevre sağlığı yönünden tehlikeli ve zararlı eşya ile atık maddeler yönünde imha, diğer eşyalar yönünden ise Gümrük Kanunu m. 180'e göre yapılan satış işlemidir. Satılarak tasfiye edilen eşya veya taşıtların satış bedeli emanet hesabına alınır. Emanet hesabında bulunan tutarın hak sahibine yapılacak ödemeyi karşılamaması halinde aradaki fark, eşyanın imha edilmiş olması halinde ise imha edilen eşyanın bedeli, gümrük idaresince genel bütçenin ilgili tertibinden karşılanarak hak sahibine ödenir (KMK m. 16/2).

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda düzenlenen kaçakçılık suçları kapsamında elkonulan kaçakçılık konusu eşyanın ve alıkonulan eşyanın naklinde kullanılan taşıtların tasfiyesi hakkında 08.06.2011 tarihli ve 27958 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 640 sayılı Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin 2/1-e ve 15.'inci maddeleri ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tasfiye Hizmetleri Genel Müdürlüğü görevlendirilmiştir.¹⁹⁸

Kolluk ekiplerince yapılan arama ve elkoyma neticesinde, Kaçakçılık fiillerinin izlenmesine ilişkin tutanakların tarih, yer, düzenleyenlerin unvan ve isimleri, hâkim kararının tarih ve sayısı ile Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılması durumunda emrin tarih ve sayısını, olay ve kanıtlarını, suç konusu eşya ve taşıma araçlarının ayrıntılı olarak türü, kapsamı, miktar ve nitelikleri ile nerede ve ne

iadenin zamanında yapılamayacağı ve bu durumun da tazminatı gerektireceği kanaatindedir. Bkz: Aydın, **a.g.e.** s. 213.

¹⁹⁷ Yurtcan, **a.g.e.** s. 107, Özbek vd., **a.g.e.** s. 446.

¹⁹⁸ Bahadırhan Tabak, **Kaçakçılık Konusu Eşya Hakkında Arama Elkoyma Tasfiye ve Müsadere İşlemleri**, İstanbul Fikir Enstitüsü Yayınları, Mart 2016, s. 7.

suretle el konulduklarını, ilgilinin kimlik, iş ve yerleşim yeri ile varsa ifadesini, kapsamı ve imza altına alınması gereklidir.¹⁹⁹ İşlemlerde hazır bulunan ilgililerce onanmak üzere tutanağın kendilerini ilgilendiren kısımları okunur veya okumaları için kendilerine verilir. Bu husus tutanağa yazılarak ilgililere imza ettirilir. İmzadan kaçınma halinde nedenleri tutanağa geçirilir (KMK m. 20).

Elkonulan eşyanın müsadereye karar verildiğinde artık eşyanın mülkiyeti devlete geçmiş olur. Bu durumda eşyanın sahibinin veya zilyedinin eşya üzerindeki hakları sona ereceğinden elkoyma işlemi de sona ermiş olur.²⁰⁰ Elkoyma işlemine son veren müsadere yaptırımıyla ilgili çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak bahsedilecektir.

8. Haksız Arama ve Elkoyma Tedbiri Nedeniyle Haksızlıkların Giderilmesi

Kaçakçılık suçların kamu yararı için açıldığından, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde uygulanan haksız arama ve elkoyma tedbirlerinden doğan zararların da kamu adına devlete yüklenmesi gerekmektedir. Hukukumuzda korunma tedbirlerine başvurulmasından kaynaklanan haksızlıkların giderilmesi için tazminat ödenmesi şeklinde zarar giderimi yolu benimsenmiştir. Bunlara ilişkin hükümler 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" başlığı altında düzenlenmiş olmakla, tüm koruma tedbirlerine hukuka aykırı biçimde başvurulmasından kaynaklanabilecek zararların giderilmesi kapsama alınmamıştır. Kanun kapsamında yalnızca gözaltı, tutuklama, yakalama, arama ve elkoyma tedbirlerine ilişkin tazminat verilmesi düzenlenmiştir.²⁰¹

CMK'ndan önce uygulanan 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan Veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun'da, haksız arama ve elkoymalara ilişkin haller bulunmamaktaydı. Bu haller CMK ile getirilmekle "(1) *Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;*

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

¹⁹⁹ Özbek vd. **a.g.e.** s. 442.

²⁰⁰ Aydın, **a.g.e.** s. 214.

²⁰¹ Centel, Zafer, **a.g.e.** s. 437.

- b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,
 - c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,
 - d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,
 - e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,
 - f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan,
 - g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,
 - h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,
 - i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,
 - j) 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,
 - k) (Ek: 11/4/2013-6459/17 md.) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan,
- Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.” şeklinde sayılmıştır.*

Aramanın icrası sırasında delil elde etme amacı ile orantılı tedbirler gerçekleştirilmeli, bunu aşan müdahalelerden kaçınılmalıdır. Bu çerçevede aramanın gereğinden fazla uzaması, aramanın yapıldığı eve zarar verilmesi, arama gündüz yapılabilecekken gece yapılması, aramanın gereksiz yere çok uzun sürmesi gibi orantısız müdahaleler tazminat nedeni olarak kabul edilebilir. Yine elkoymanın koşulları gerçekleşmemesine rağmen, elkoyma kararı verilmesi bir tazminat nedenidir. Aynı şekilde elkonulan eşyanın kendisinin veya değerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması da tazminat ödenmesine neden olacaktır.²⁰² Zira

²⁰² Öztürk, Kazancı, Güleç, **a.g.e.** s. 349, Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 504.

CMK'nun 132. maddesinde ve KMK 16. maddesinde elkonulan eşyanın değerinin korunması için alınması gereken tedbirler düzenlenmiştir.

Gözaltı ve tutuklamadan farklı olarak arama ve elkoyma tedbirleri için kanun, ilgiliyi tazminat hakkı bulunduğuyla ilişkin bildirim yapma yükümlülüğü getirmemiştir (CMK m. 141/2).

Haksız tedbirler için tazminat davası açma süresi üç aydır. Süre, soruşturma evresinde tedbirin uygulanması halinde kovuşturmayla yer olmadığı veya beraat kararının kesinleşmesi ve ilgiliye tebliğinden itibaren başlar, her halde beraat kararının veya hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıl içinde açılması gerekir(CMK m.142/1).

Tazminat talep edebilecek kişiler orantısız arama aramadan doğrudan doğruya zarar görenler veya tedbirden dolayı zarar uğrayan elkonulmuş eşyanın sahibi ya da zilyedi olanlardır.²⁰³

Talep süresinde verilecek bir dilekçeyle yapılır. Dilekçede, tazminat talebinde bulunan kişinin açık kimliği ve adresi, zarara uğradığı işlemin ve zararın niteliği, tedbiri uygulayan makam ile bunlara ilişkin numaralar ve belgeler yer almalıdır.

Tazminat davası, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde görülür. Ancak o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza mahkemesi yoksa dava en yakın yer ağır ceza mahkemesinde görülür.

İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hakimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir. Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kağıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir (CMK m. 142/6-7).

²⁰³ Centel, Zafer, **a.g.e.** s. 439. Somut olayda Jandarma tarafından, şeker kaçakçılığı yaptığı şüphesi ile mülga 4926 sayılı Kaçakçılık Kanunu uyarınca 14 çuval şeker ve araca Cumhuriyet savcısının talimatı ile elkonulmuştur. Araçta iki kişinin şüpheli sıfatı ile ifadeleri alınmış, fakat bilirkişi raporu ile şekerin kaçak olmadığı anlaşılmış, araç ve şeker çuvalları iade edilmiş, şüpheliler hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmiştir. Burada şüpheliler ve aracın tescilde sahibi gözüken kişiler, CMK m. 141 uyarınca tazminat davası açmışlar, fakat Yargıtay Ceza Genel Kurulu şüpheli durumuna girmeyen kişinin manevi tazminat istemeyeceğine dair karar vermiştir. CGK, 12.4.2011, K.52, Yenisey, Nuhoglu, **a.g.e.** s. 400. Aksi yönde görüş için bkz: Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 421.

Verilen tazminat kararlarına karşı başvurulacak kanun yolu istinaftır. Tazminat talebinde bulunanlar ile savcı veya hazine temsilcisi bu yola başvurabilecek kişilerdir.

Haksız arama ve elkoyma nedeniyle kişilere devler tarafından ödenen tazminat iki şekilde geri alınabilir. Bunlardan birincisi, kişi hakkında kovuşturmayla yer olmadığına ilişkin kararın kaldırılarak, bu kişi hakkında kamu davasının açılması ve mahkumiyet kararının verilmesidir. İkincisi ise, yargılamanın aleyhe yenilenmesi suretiyle kişi hakkındaki beraat kararının kaldırılarak mahkumiyetine karar verilmesidir. Bu durumlarda daha önce ödenmiş olan tazminatların mahkumiyet süresine ilişkin kısmı geri alınır. Bunun için Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ve daha önce tazminata hükmetmiş olan mahkemenin kararı gerekir. Bu karara karşı itiraz yoluna başvurulabilir. Geri alma kamu alacaklarının tahsiline ilişkin usulüne göre yapılır. Devlet, iftira veya yalan tanıklık sonucu kişi hakkında arama ve/veya elkoyma işlemi yapılmışsa, bu iftira veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye rücu eder (CMK m. 143).²⁰⁴

²⁰⁴ Toroslu, Feyzioğlu, burada kanundaki “rücu eder” ifadesi nedeniyle devletin rücu etmek zorunda olduğu kanaatindedir. Bkz: Toroslu, Feyzioğlu, **a.g.e.** s. 305.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU'NA GÖRE

MÜSADERE

1. Müsadere Kavramı ve Hukuki Niteliği

Kelime anlamı zorallım olan müsadere,²⁰⁵ kanunda belirtilen hallerde, belirtilen nitelikteki eşyaların mülkiyeti ile kazanç ya da değerlerin, tamamının ya da bir kısmının, kişilerin aidiyetinde çıkartılarak devlete geçmesiyle sonuçlandıran bir yaptırım türüdür.²⁰⁶ Müsadere ceza hukukunda çok eski dönemlerde tatbik edilen bir yaptırım şeklidir. Eski yunanda müsadere, nefiy ve idama mahkum olanlar hakkında uygulanan ikinci derece bir cezaydı. Bu cezaya mahkum olanın bütün serveti devlet menfaatine müsadere edilirdi. İslam hukukunda ise müsadere, özellikle Abbasilerin gerileme döneminde halifeler tarafından başkalarının mallarını ele geçirmek için bir baskı usulü olarak uygulanırken, Osmanlı Devleti'nde başlangıçta yalnız devlet malını zimmetine geçirenler ile asiler hakkında uygulanan müsaderenin zamanla kapsamı genişlemiş ve kamu hizmetlerinde bulunanların, askerlerin ve hatta zenginlerin mallarının devlete geçirilmesinde kullanılan bir usul halini almıştır.²⁰⁷

Müsadere genel veya özel olabilir. Genel müsadere, kişinin malvarlığının tümü üzerinde mülkiyet hakkının devlete geçmesidir. Özel müsadere ise suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan meydana gelen, yani suçla doğrudan ilgili olan bir eşya veya değerin mülkiyetinin devlete geçmesidir.²⁰⁸ Türk

²⁰⁵ Bkz: Tdk Güncel Türkçe Sözlük,

http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5935d70c639ef0.59324848

²⁰⁶ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt 2, 11. Baskı, İstanbul, 1997, s. 707, Nevzat Toroslu, Haluk Toroslu, Suçun Hukuki Sonuçları, 24. Baskı, Ankara 2018, s. 466, M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Ankara, 2015, s. 920, İbrahim Dülger, **2. Türk Ceza Hukuku Reformları Kongresi**, Cilt 1, İstanbul, 30 Mayıs- 06 Haziran 2015, s. 206.

²⁰⁷ Artuk vd., **a.g.e.** s. 920 vd.

²⁰⁸ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. Baskı, İstanbul, 2008, s. 749.

hukukunda da anayasal bir düzenlemeyle genel müsadere açık olarak yasaklanmış, müsadere özel müsadere benimsenmiştir (AY m. 38/7).^{209 210}

Bir ceza hukuku yaptırımı olan müsadere hukuki niteliği, 765 sayılı TCK'nın 36. maddesi itibariyle tartışmalı bir konuydu.²¹¹ Bu maddeye göre müsadere herhangi bir ayırım yapılmaksızın ceza olarak nitelendirilmekteydi. Bunun yanında doktrinde, müsadere bir mahkumiyetin sonucu olduğu fikri de yer almaktaydı.²¹² Buna karşılık Yargıtay, o dönemde oldukça yeni bir kararla söz konusu fıkradaki müsadere, herhangi bir ayırım yapılmaksızın tedbir olduğu kanaatine varmıştır.²¹³ Müsadereyi, "Ceza Mahkumiyetlerinin Neticeleri ve Tarzı İcraları" başlığı altında düzenleyen 765 sayılı TCK'ndan farklı olarak 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu, eşya müsadere ve kazanç müsadere olarak ayrı maddelerde (TCK m. 54 ve 55; tüzel kişiler bakımından 60. m.) düzenleme getirmiş, her iki durum için de müsadere bir güvenlik tedbiri olduğunu kabul etmiştir.²¹⁴

Ticari suçlardan olan kaçakçılık suçlarında ve ticari ceza hukuku alanında klasik ceza hukukundan farklı olarak müsadere, ceza ve emniyet tedbirinin karması olarak özellik göstermektedir. Bir taraftan ticari suçların işlenmesindeki esas saik olan hırs ve tamahın hedefini ortadan kaldırmak, diğer taraftan elde edilen haksız

²⁰⁹ Dülger, **a.g.e.** s. 205.

²¹⁰ "Eğer yasayla konulan korkutucu ceza toplumda suçlu yurttaş arasındaki bütün bağları ortadan kaldırmayı öngörüyorsa bütün malların zoraltı gerekecektir. O takdirde yurttaş ölür, geriye sadece insan kalır. Siyasal yapı, yani sivil toplum açısından bu yurttaşın bu ölümü, doğal ölümle aynı sonuçları doğurur. Bundan çıkan sonuç şudur: Suçlunun elkonulan malları, hükümdardan çok yasal mirasçılara geçmelidir." Bkz: Beccaira, **a.g.e.** s. 121.

²¹¹ Dönmezer/Erman'a göre, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinin ilk fıkrasında öngörülen şekli ile müsadere, niteliği itibariyle bir cezadır ve kanun koyucu tarafından mahkumiyetin kanuni sonucu olarak benimsenmiştir. 2. fıkra da öngörülen halde ise bir tedbirdir. Dönmezer/Erman, **a.g.e.** s. 710.

²¹² Yeni TCK döneminde de farklı görüşü savunanlar varlığını devam ettirmektedir. Bkz: Bahri Öztürk, Mustafa R.Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 16. Baskı, Ankara, Eylül 2016, s. 511, Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Cilt 1, İstanbul, 2006, s. 175 vd. Centel/Zafer/Çakmut, müsadere müessesesinin Alman Ceza Kanunu m.73'te olduğu gibi bağımsız başlık altında düzenlenmesinin niteliğine daha uygun düşeceği, güvenlik tedbirleri başlığı altında gösterilmesinin isabetsiz olduğu görüşündedir. Bkz: Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.** s. 750.

²¹³ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, 2010, s. 820.

²¹⁴ Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, İstanbul, 2017, s. 625, Kemal Günler, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, s. 854, Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.** s. 751, Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.** s. 923, Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016, s. 709.

kazançların faile yeni güçler sağlayıp ileride yeniden suç işlenmesine imkan vermesinin önüne geçmek, başka yönden de kişilerin güvenliği, kamu ahlak ve düzenini tehlikeye sokacak eşyanın serbestçe dolaşımına engel olunması amaçlanmaktadır. Böylece hem eşyanın hükümlüye ait olması şartı artık aranmamakta, hem de suçtan hasıl olan eşyadan kazanç elde edilmişse, bu kazancın dahi müsadereesine karar verilecektir.²¹⁵

Bir suçun işlenmesine araç olmak bakımından bulundurulması, imal edilmesi, ithal ve ihraç olunması, satılması ve satın alınması tehlikeli olan bir eşya söz konusu olup, bu eşya üzerinden özel mülkiyetin tesis edilmesi, bir suç işlenmesi açısından her zaman tehlikeli görülür. Bundan başka, bir suçun cismini teşkil eden eşya da sırf bu sebeple tehlikeli sayılır. Bu nedenle müsadereenin amacı, bu eşyaların toplumda yarattığı tehlikeliliğinin ortadan kaldırılmasıdır. Ticari suçlar açısından ise, örneğin kaçakçılık suçunun işlenmesiyle elde edilen haksız kazancın, failin elinden almak amacı güdülür. Bu suretle haksız bir kazanç sağlamak maksadıyla bu gibi suçları işleyen kişi, sonunda amacına erişemeyeceğini, çünkü haksız kazancının elinden alınacağını bilir ve bu düşünce onun bu saikle suç işlemesini engeller.^{216 217}

Müsadere ile elkoyma birbirinden farklı kavramlardır. Soruşturma için ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılması bakımından gerekli görülen delilleri temin etmek veya müsadereye tabi eşyayı muhafaza altına almak için yapılan ve bir ceza muhakemesi işlemi olan elkoyma (CMK m.123 vd.), hukukî niteliği itibariyle bir koruma tedbiridir ve geçici bir önlemdir.²¹⁸ Oysa müsadere bir yaptırımdır ve devamlılığı vardır. Müsadere, kişinin o eşya üzerindeki mülkiyet hakkını tamamen sona erdirir ve hükmün kesinleşmesi halinde uygulanır, elkoyma ise tasarruf yetkisini

²¹⁵ Sahir Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, K. 2, İstanbul, 1976, s. 247.

²¹⁶ Erman, **a.e.**, s. 246.

²¹⁷ Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı Malvarlığı Müsaderesi Yönetim Dairesi'ne göre müsadere, Bakanlığın Malvarlığı Müsadere Programının amacı, suça karşı ceza olarak görmeyerek müsadereenin etkinliğini en yüksek dereceye çıkarmaktır. Malvarlığı Müsaderesi Yönetim Dairesi'nin görüşüne göre gelir, ikincil bir yarardır ve müsadere programının öncelikli hedefi değilken, el koymalardan elde edilen ve Malvarlığı Müsaderesi Fonu'na yatırılan gelirin miktarı programın başarısını ölçmeye yönelik bir sayaç olarak işlev görmektedir. Bkz: Ian Crosby, **Trafik ve Ceza Hukuku**, Portland'ın Malvarlığı Müsadere Programı: Taşıta Elkoymanın "Problemlî" Alkollü Sürücüler Arasında Tekrar Tutuklamayı Azaltmadaki Etkinliği, Çev. Selman Dursun, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 154.

²¹⁸ İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 714.

sadece sınırlandırır ve hükümden önce verilen bir kararla uygulanır. Elkoymaya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının da karar verme yetkisi bulunmakta, buna karşılık müsadere kararı sadece mahkeme veya hakim tarafından verilebilmektedir.²¹⁹ Bu iki müesseseyle hedeflenen amaç da birbirinden farklıdır.²²⁰

“Mülkiyetinin kamuya geçirilmesi” ise Kabahatler Kanunu’nda düzenlenen bir yaptırım olup, birbirine çok benzer kavramlar olmakla birlikte, müsaderenin Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen bir kurum olması nedeniyle idari yaptırımlar alanında kullanılmamasını ve bu sayede kavramların birbirine karışmamasını teminen benimsenmiş bir terimdir. Müsadere ile mülkiyetinin kamuya geçirilmesi arasında bazı benzerlikler olmakla birlikte farklılıklar da bulunmaktadır. Her iki yaptırımda da mülkiyet devlete ya da kanunun öngördüğü bir kamu tüzel kişisine, yani devlet egemenliğine geçmektedir. Müsaderede suçla ilgili veya suçtan kaynaklanan bir eşya söz konusudur ve mülkiyetin devlete geçmesi bir yargı kararıyla olmaktadır. Oysa idarî yaptırım olan ve idari düzeni bozucu olması nedeniyle kişinin uyarılması söz konusu olduğu mülkiyetinin kamuya geçirilmesinde bir suçla ilgili olma şartı aranmaz ve bu yaptırım bir idari kararla uygulanır. Mülkiyetin kamuya geçirilmesinin konusunu, kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşya oluşturabilir.²²¹

2. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’na Göre Müsadere

Müsadereye ilişkin Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 13. maddesinde “*Bu Kanunda tanımlanan suçlarla ilgili olarak 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümleri uygulanır. Ancak kaçak eşya taşımasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir:*

²¹⁹ Ayrıntılı bilgi için çalışmamızın 98 vd. sayfaları.

²²⁰ Centel vd., **a.g.e.** s. 751.

²²¹ Günler, **a.g.e.** s. 858.

a) Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması.

b) Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması.

c) Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması.

(2) Etkin pişmanlık nedeniyle fail hakkında cezaya hükmolunmaması veya kamu davasının düşmesine karar verilmesi, sadece suç konusu eşya ile ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmez.” denilmek suretiyle kapsamlı bir müsadere düzenlemesi yapılmıştır.

5607 sayılı KMK'nun madde metninden anlaşılacağı üzere eşya ve kazanç müsaderesi açısından kanun koyucu, arama ve elkoymada 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na yaptığı atfa benzer şekilde, TCK'nun eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir.

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun'da müsadere, belirtilen suçların müeyyidelerinin ardından hemen hemen her suç için öngörülmekteydi. Eşyanın kaçakçılığa konu olması halinde bazı istisnalar dışında her halükarda müsaderesine karar veriliyordu. Kanunda müsaderesi öngörülen eşyanın müsadere yapılamaması halinde ayrıca eşyanın gümrüklenmiş değeri kadar daha para cezasına hükmedileceği şeklinde özel bir düzenleme yer almış,²²² bu husus 4926 ve

²²² Sahir Erman, **Sosyal ve Ticari Ceza Tatbikatı**, Özel İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek Okulu Yayınları, İstanbul, 1967, s. 206, Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, K. 2, s. 250, Sahir Erman, **Kaçakçılık Suçları**, Ek 2, İstanbul, 1985, s. 21.

4926 ve 5607 sayılı Kanun'lardan önce gümrüklenmiş değerden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin: “1918 sayılı Yasa gümrüklenmiş piyasa değerini tanımlamamıştır. Bu hususta 1615 sayılı gümrük yasasında da yararlanılacak bir içerik bulunmamaktadır. Buna karşın piyasa rayici Türk Hukuk Lügatında piyasada cari fiyat olarak, keza ansiklopedik hukuk sözlüğünde bir malın piyasada revaçta olan alım satımına esas olan değeri biçiminde tanımı yapılmış ve genelde de bu anlamda anlaşıldığı kabul edilmiştir. Bu takdirde alım satıma esas olan değer hangi birimlerden oluştuğunun saptanması icap eder. Prof. Dr. Sahir Erman Ticari Ceza Hukuku IV adlı yapıtında bunu, ithal edilen eşyanın CIF değerine gümrük vergisi ve sair devlet resimlerinin ilavesi suretiyle elde edilecek meblağa normal ithalatçı, toptancı ve perakendeci karlarının ilavesi ile bulunacak kıymettir, şeklinde tanımladığı görülecektir. Gerçekten piyasa değeri deyimi ile her şeyden önce yasal yollardan yurda

5607 sayılı kanunda kaldırılıp yerine daha ayrıntılı bir şekilde kazanç ve kaim değer müsadereyi getirilmiştir.

4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 1918 sayılı Kanun'dan farklı olarak, müsadere edilecek suça konu eşyanın hangileri olduğunu her suç tipinin ardından değil bir tek maddede düzenlenmişti. Kanun'un 4/3-2. maddesi "3. maddenin a, b, c ve d bentlerinde sayılan suçlara konu eşyanın ayrıca zoralımına da hükmolunur." şeklindedir. Kanun, 15 çeşit suç tipini öngörmesine rağmen bunlardan sadece bu maddede belirtilen suçlara konu eşyanın müsadereyi kabul etmişti.²²³

girişi yapılmış bir mal anlaşılacak ve bunun CIF değerine yasalarca kabul edilmiş gümrük vergisi ile kar oranlarının ilavesi ile bulunacak meblağın ifade edilmek istendiği hususunda duraksama gösterilmeyecektir.

İthalatçı, toptancı ve perakendeci karlarının hangi organca ve nasıl saptanacağı hususu ise 213 sayılı Vergi Usul Yasasının 42. maddesi ile bu konuda çıkarılmış olan yönetmelikle gösterilmiştir. BU halde 1918 sayılı Yasanın 25/4. maddesi ile yapılacak ilavenin ele geçirilmeyen dolayısıyla zoralımı yapılamayan kaçak eşya için bu eşyaya tekabül eden CIF kıymet+gümrük vergisi v.s. resimler+ithalatçı karı+toptancı karı+perakende karından oluşacağının kabul edilmesi gerekir."

Erman, **Kaçakçılık Suçları**, Ek 1, s. 39.

²²³ 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda öngörülen suç tipleri:

1- Gümrük Kapılarından Geçirmeksizin Eşya İthali (3/a-1)

Herhangi bir eşyayı belirlenen gümrük kapılarından geçirmeksizin Türkiye'ye ithal veya buna teşebbüs etmek.

2- Gümrük İşlemine Tabi Tutmaksızın Eşya İthali (3/a-2)

Herhangi bir eşyayı gümrük işlemine tâbi tutmaksızın Türkiye'ye ithal veya buna teşebbüs etmek.

3- Transit Eşya Kaçakçılığı (3/a-3)

Transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı, rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakmak veya buna teşebbüs etmek.

4- Kaçak Eşyada İkinci Suçlar (3/a-4)

Yukarıdaki alt bentlerde belirtilen eşyayı bilerek taşımak, satmak, satın almak, saklamak, satışı arz etmek yada alınıp satılmasına aracılık etmek.

5- Yasak Eşya İthal veya İhraç Etmek (3/b)

Kanunlara veya Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşma veya sözleşmelere göre ithali veya ihracı yasak olan herhangi bir eşyayı ithal veya ihraç etmek veya bunlara teşebbüs etmek; ithali yasak eşyayı bulundurmak, satmak, satın almak, saklamak, satışı arz etmek, alınıp satılmasına aracılık etmek veya bilerek taşımak.

6- İthal Eşyasından Vergi Kaçırma (3/c)

Gerçeğe aykırı belge ile gümrük idaresini yanıltarak, vergilerini hiç ödememek veya eksik ödemek, vergileri ödenmeksizin ödenmiş veya işlemleri yaptırılmış gibi göstermek, vergiye tâbi olduğu halde muafiyete tâbiymiş gibi göstermek suretiyle eşya ithal veya ithale teşebbüs etmek.

7- İthali Lisansa, Şarta ve Kısıntıya Tabi Eşya İthali (3/d-1)

İthali; lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tâbi olan eşyayı gerçeğe aykırı her türlü beyanname ve belge ile gümrük idaresini yanıltarak işlemini yaptırmak suretiyle ithal etmek veya bunlara teşebbüs etmek.

8- Standart Tabi Eşya Kaçakçılığı (3/d-2)

İthali, insan sağlığı ve güvenliği, hayvan ve bitki varlığı ve sağlığı, çevrenin korunması, tüketicinin doğru bilgilendirilmesi ve ticarî kalite yönlerinden standardizasyon kontrolüne tâbi olan eşyayı; standarda uygun olmadığı halde, gerçeğe aykırı her türlü beyanname ve belge ile gümrük idaresini yanıltarak standarda uygun yada standart dışı göstermek suretiyle ithal etmek.

Nakil araçları açısından ise 5607 sayılı Kanun’da olduğu gibi özel düzenleme yoluna gidilmiştir.

2.1. Eşya Müsaderesi

5237 Sayılı TCK, suç karşılığı olarak uygulanacak yaptırımları, ceza ve güvenlik tedbiri olarak belirlemiştir. Suç karşılığında yaptırım olarak uygulanacak güvenlik tedbirleri içinde, 54.’üncü maddede “Eşya Müsaderesi”ne, 55.’inci maddede ise “Kazanç Müsaderesi”ne yer verilmiştir. Ana hatlarıyla yeni TCK’nun benimsediği sistem eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesi biçiminde sınıflandırılmıştır.²²⁴

Eşya, Arapça kökenli bir kelime olup “şey” kavramının çoğuludur.²²⁵ En genel tanımıyla, elle tutulup gözle görülebilen, duyu organlarıyla algılanıp anlaşılabilen, boşlukta bir yer işgal eden varlıklardır. Hukuki anlamda eşya ise, insanların ihtiyaçlarını karşılamaya yarayan, hukuk düzeninin üzerinde mülkiyet hakkının kurulabileceğini kabul ettiği ve gerçekte de üzerinde fiili ve hukuki egemenlik kurmanın mümkün olduğu maddi varlıklardır.²²⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu’na göre suçta kullanılan eşya *“suçun işlenmesini kolaylaştıran bir harici vasıta”* ki bu vasıtanın cürümden vasut olan gaye ile münasebeti,

²²⁴ TCK m. 54 “(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/11 md.) Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı aynı hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir.

(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.

(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.

(5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir.

(6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suçta iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur”

²²⁵ Yılmaz, a.g.e. s. 127.

²²⁶ Oğuzman vd., a.g.e. s. 6.

mücerret suçun işlenmesinden beklenen neticenin elde edilmesine yardım etmiş olmaktan ibarettir”²²⁷

Eşya müsaderesinin konusu, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyadır. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya ise ancak kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilebilir.²²⁸

Öncelikle belirtmek gerekir ki, müsadere için işlenen suçun kasıtlı bir suç olması gerekir. Bu nedenle, taksirli suçlarda eşya müsaderesine hükmedilemez.²²⁹ Kaçakçılık suçları da, iktisadi ve ticari bir menfaati korumak amacıyla işlendiklerinden, failin bu menfaati ihlal kastı ile hareket etmiş olması, diğer bir deyişle dürüst bir ticari muameleden elde edilebileceği kazancın dışında kalan bir kazancı kendisine veya başkasına sağlamak maksadını gütmesi gerekir. Bunun içindir ki, kaçakçılık suçlarını diğer suçlardan ayırt eden özellik, özel kastla işlenebilir olmalarıdır.²³⁰

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere kaçakçılık suçlarında daima özel kast aranır ki, bu da hukuka aykırı bir menfaat sağlama kastı şeklinde ifade edilebilir. Bu nedenle kaçakçılık suçları taksirle işlenemez.²³¹ Bu açıklamaya örnek olarak, gümrük vergilerinden muaf olmayan bir malın muaf olup olmadığı konusunda tereddüde düşen kişinin durumu düşünülebilirse de, gümrük vergilerinden muafiyetin hangi hallerde söz konusu olacağı açık olarak Gümrük Kanununda düzenlendiği için bunu bilmemek sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır. Yani bir eşya ya gümrük vergilerinden muaftır ya da değildir. Bunun yanında gümrük vergisinden muaf bir eşyanın bulunması durumunda buna ilişkin bir bildirim yapılmadığında, Gümrük Kanununun 239. maddesi çerçevesinde kişilerin sorumluluğu bulunmaktadır. Bu durum, her halükarda bildirim yapılmasını gerektirmekte ve yapılan bildirim de malın gümrük vergilerinden muafiyeti

²²⁷ Adem Sözüer, “Alman Ceza Hukukunda Müsadere”, **İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi**, Sayı 36, Temmuz Ağustos Eylül 2003, s. 398.

²²⁸ Özgenç, **a.g.e.** s. 823.

²²⁹ Özgenç, **a.e.** s. 821, İçel, Centel vd., **a.g.e.** s. 753. Doğan Soyaslan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, 2016, s. 581. İçel’e göre, taksirli suçlarda eşya müsaderesi mümkün değilken, taksirli suçlar sonucunda elde edilen kazancın müsaderesi mümkündür. Bkz: İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 715.

²³⁰ Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, s. 122-123.

²³¹ Erman, **a.e.** s. 123, Özgenç, **a.g.e.** s. 832.

hususunda bir tereddüdün oluşmasını engellemektedir.²³² Bu nazarla kaçakçılık suçlarının yalnızca kasten işlenebilen suçlardan olması ve taksirle işlenmesi mümkün olmadığından, kaçakçılığa konu eylemlerde manevi unsurun incelenmesine de gerek yoktur.²³³

TCK'nun 54. maddesinin, müsadereye hükmedebilmek için eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir. İyiniyetli üçüncü kişilerin durumunu çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ayrıntılı olarak yer verilecektir.²³⁴

Suçun işlenmesine tahsis edilen eşya da müsadere edilebilecektir. Örneğin, suç işlemek için kurulmuş bir örgütün eylemlerine tahsis edilmiş olan eşya, müsadere edilebilecektir. Tahsis olgusunun temelinde bir devamlılık özelliği vardır.²³⁵ Suç işlenmesine tahsis edilmiş olan eşyanın müsadere edilebilmesi için, suçun işlenmesinde kullanılması da gerekmemektedir.²³⁶ Burada eşyanın sahibinin iyiniyetli olması durumunda suç işlemeye yönelik bir tahsisin olmayacağını göz önünde bulundurmak gerekir.²³⁷

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir.²³⁸ Örneğin, bir nakil aracına gizli tertibat hazırlama aşamasında yakalanan kişinin aracı, sırf gizli bölme yapılması nedeniyle müsadere edilemez. Burada kaçakçılık suçuna teşebbüsten de söz edilemez. Ancak failden eşya ele geçirilip, bu eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak

²³² Aydın, **a.g.e.** s. 119.

²³³ Özgenç, **a.g.e.** 302. Dipnot, s. 833.

²³⁴ Çalışmamızın "7. Eşya, Kazanç ve Nakil Araçlarının Müsaderesinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Durumu" başlıklı kısmı, s. 129.

²³⁵ "...Sanıklarda ele geçirilen kaçak eşyanın miktar ve hacmi, taşındığı mesafeye göre , naklin ,dava konusu aracın kullanılmasını zorunlu kıldığı ve aracın nakle tahsis edildiği gözetilerek nakil aracının müsaderesi yerine iadesine karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulmasına..." Y. 7.CD., 11.06.2012 tarih, 2011/1334 E ve 2012/18308 K. www.emsal.yargitay.gov.tr

²³⁶ Artuk vd., **a.g.e.** s. 927.

²³⁷ Özgenç, **a.g.e.** s. 822.

²³⁸ Centel vd., **a.g.e.** s. 757, Artuk vd., **a.g.e.** s. 927.

"... dava konusu altı valiz dolusu kaçak sigaradan henüz iki valiz yüklenip, diğerleri yüklenmeden suçun tespit edildiği dikkate alındığında, park halindeki aracın suçta kullanıldığından bahsedilemeyeceğinden, iadesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde müsaderesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı görülerek hükmün bozulmasına..."Y. 7. CD., 15/10/2012 tarih, 2011/1680 E., 2012/25518K. Kararlar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

açısından tehlikeli olması durumunda müsadereesine hükmedilebilecektir (TCK m. 54/1).

Müsadere edilebilecek diğer eşya ise suçtan meydana gelen eşyadır. Bu deyim, suçtan doğrudan doğruya meydana gelen eşyayı ifade eder ve eşyanın suçtan meydana gelmesi doğal olarak o suçun icrasına başlandığını gösterir. Müsadere koşulları gerçekleşmesine rağmen, müsadere edilecek eşyanın satılması, elden çıkarılması veya yok edilmesi gibi durumlar olabilmektedir. Müsadere konusu eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsadereisinin başka bir surette imkansız kılınması halinde, kanunda bunun değeri kadar para tutarının müsadereesi öngörülmüştür (TCK m.54/2).

TCK düzenlemesi ile öngörülen esaslardan biri de, müsadere “orantılılık” kuralının kabul edilmesidir. Buna göre, suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin, işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağının anlaşılması halinde, eşyanın müsadereesine hükmedilmeyebilir (TCK m. 54/3).^{239 240} Bu hüküm, yalnızca suçta kullanılan eşya

²³⁹ “...nakil aracında yakalanan kaçak mazotun miktarı ve taşıma şekli itibarıyla 5607 Sayılı Yasanın 13/1-b maddesinde belirtilen şart, olayda gerçekleşmiş ise de; dosya kapsamına göre trafik kaydına tedbir konulmayıp, hakkında el koyma kararı da bulunmayan aracın müsadereesine hükmedilemeyeceği, pazarcılık yapan sanığın, ailesinin geçimini bu aracı kullanarak sağladığı hususu ile kaçak eşyanın ve nakil aracının değeri göz önüne alındığında, müsadereenin 5237 Sayılı TCK’nun 54/3 maddesi gereğince hakkaniyete aykırı olacağı gözetilmeden aracın sahibine iadesi yerine, yazılı şekilde müsadereesine karar verilmesi...” Y. 7. CD., 12/02/2015 gün, 2014/9880 Esas, 2015/10726 Karar.

“... müsadereesine karar verilen nakil vasıtasında 9 adet jelikan içerisinde 160 litre marker seviyesi geçersiz mazot ele geçirildiği ve aracın ruhsat bilgilerinde azami yüklü ağırlığının 7000 kg olduğu cihetle, ele geçirilen mazotun nakil vasıtasının taşıma kapasitesine göre miktar ve hacim bakımından ağırlıklı bölümünü oluşturmadığı gibi, bilinen piyasa değeri ile de yakalanan 160 litre mazotun değeri itibarıyla müsadereisinin TCK’nun 54/3 maddesi kapsamında hakkaniyete aykırı olacağından, aracın iadesi yerine müsadere kararı verilmesi sebebiyle hükmün bozulmasına...” Y. 7. CD., 14/11/2013 tarih, 2012/29687 E, 2013/22501 K.

“... plakalı araçta gizli bölüm bulunmadığı belirtilmiş olup, dava konusu mazotun toplum ve çevre sağlığı açısından zararlı bir madde olmadığı gibi, Türkiye’ye girmesin de yasak bulunmadığı ve 18.000 kg taşıma kapasitesine sahip olan nakil aracında 850 litre kaçak mazot taşındığı cihetle aracın taşıma kapasitesi ve taşınan eşya miktarına nazaran, suç konusu eşyanın araçtaki yükün hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturmasının da söz konusu olamayacağı gözetilerek olayda 4926 Sayılı Yasanın 20. maddesinde öngörülen nakil aracının müsadereisini gerektirir şartların oluşmadığı dikkate alınmadan, aracın iadesi yerine yazılı şekilde müsadereisinin yasaya aykırı olduğu kabul edilerek hükmün bozulmasına...” Y. 7. CD., 18/06/2007 gün, 2007/7529 E., 2007/4856 K.

“...Sanığın kullandığı 1998 model Renault 12 marka araçta yapılan kontrolde, 72 şişe kaçak alkollü içki ve 179 karton kaçak sigara ele geçirildiği cihetle, dava konusu eşyanın taşıma aracının yüküne göre miktar ve hacim bakımından ağırlıklı bölümünü oluşturduğu ve kaçak eşyanın 10.408,60TL olan

yönünden uygulanacaktır. Burada hakime takdir hakkı verilmiştir. Hakim suçta kullanılan eşyanın ekonomik değeri, suçun hukuki konusu, suçtan failin menfaati ve mağdura verilen zararları somut olayda değerlendirecektir. Orantılılık ilkesi uygulanırken suçtan meydana gelecek zarar ve suçun ihlal ettiği hukuki değer göz önünde bulundurulması ayrıca müsadere halinde bunun hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesinin ağır basması gerekir.²⁴¹ 5607 sayılı Kanun, kaçakçılık suçlarında kullanılan nakil araçları yönünden ise, orantılılık ilkesine bağlı olarak gözetilmesi gereken şartları ayrıca belirlemiştir. Nakil araçları açısından bu duruma, bölümün sonraki kısımlarında değinilecektir.²⁴²

Alman Ceza Kanunu m. 74b'ye göre müsadere kararını verecek olan mahkeme, bu yaptırımın işlenen suçun önemi, suça iştirak edenlerin veya üçüncü kişilerin kusurlarının ağırlığı, müsadere konusunun tehlikeliliği karşısında orantısızlık bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlüdür. Bu araştırmada mahkeme somut olayda müsadere kararının orantısız olacağı kanısına varırsa, kanunda öngörülen iki seçenektan birine hükmedebilecektir. Bunlar müsadereye karar vermekten vazgeçmek ya da müsadere ile varılmak istenen amaca başka bir yaptırımla ulaşmaktır. Yine mahkeme müsadere konusu eşya hakkında yapılacak işlemlerin, muhakeme ekonomisi bakımından çok ağır bir yük getireceği kanısına varırsa yine müsadere kararı vermeyebilecektir.²⁴³

TCK'nun 54. maddesinin dördüncü fıkrasında üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın müsadere edileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre müsadereye hükmedebilmek için eşyanın, üretiminin, bulundurulmasının, kullanılmasının, taşınmasının, alım ve satımının suç kabul edildiği eşya olmalıdır.²⁴⁴ Eşyaya ilişkin eylem eğer kabahat oluşturunca

değerine nazaran nakilde kullanılan aracın müsadere hakkaniyete aykırı olmayacağından , 5607 SK.13/1-b maddesinde belirtilen şartın olayda gerçekleştiği gözetilerek nakil aracının müsadere karar verilmesi gerekirken iadesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan...” Y. 7. CD., 22.11.2012 tarih, 2011/3683 E. 2012/30044K. Kararlar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

²⁴⁰ Artuk ve diğerlerine göre, koşulları gerçekleştiğinde müsadere kararı vermek zorunlu ise zorunlu müsadere, şartların gerçekleşmesine rağmen müsadere kararını vermek hakimnin takdirinde ise ihtiyari müsadere bahsedilir. TCK'nun 54/3. maddesindeki ihtiyari müsadere sistemi benimsenmiştir. Artuk vd., **a.g.e.** s. 923.

²⁴¹ Soyaslan, **a.g.e.** s. 582, İçel, **a.g.e.** s. 713, Günler, **a.g.e.** s. 864.

²⁴² Bkz: Çalışmamızın “4. Nakil Araçlarının Müsadere” başlıklı kısmı, s. 112.

²⁴³ Sözüer, **a.g.e.** s. 402.

²⁴⁴ Artuk vd., **a.g.e.** s. 928.

müsaderesi mümkün değildir. Bu tür eşyanın müsaderesinin nedeni, eşyaya ilişkin sayılan fiillerin mutlak ve objektif bir suçluluk oluşturmalarıdır.²⁴⁵ Mutlak ve objektif suçluluk ise eşyanın üretilmesi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımına ceza öngörülerek kesin olarak yasaklanmış olmasından kaynaklanır. Müsadereye hükmetmek için bu eşyaların faile ait olması aranmayacak, başka bir kişiye ait olsa bile müsadere edileceklerdir.²⁴⁶ Kaçakçılık suçunun amacı, gümrük vergisine tabi olan eşyayı bu yükümlülükleri yerine getirmeden doğrudan ithal veya ihracıyla maddi menfaat elde etmek olduğundan, kesin olarak yasaklanmış olan bu eyleme bağlı eşyalar mutlak ve objektif bir suçluluk oluşturur.

Alman Hukuku'nda bir eşyanın tehlikeli nitelikte olması nedeniyle müsadere edilebilmesinin koşulları Alman Ceza Kanunu (StGB) m. 74/2/2'de düzenlenmiştir. Burada müsadere, toplum açısından eşyanın yarattığı tehlikeyi ortadan kaldırma amacıyla uygulandığı için güvenlik tedbiri niteliğinde olup, eşyanın müsaderesi bakımından malikinin kim olduğu bir önem taşımamakta ve bu nedenle doktrinde buna ayırmısız müsadere (unterschiedlose Einziehung) denmektedir. Güvenlik tedbiri niteliğindeki bu müsadereye karar verilirken işlenen eylemin hukuka aykırı olması yeterli olup, failin kusurlu olması da gerekli değildir.²⁴⁷

Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin, bu kısmı ayırmak mümkün ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilecektir (TCK m. 54/5). Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunacaktır (TCK m. 54/6).²⁴⁸ Müşterek veya iştirak halinde mülkiyete konu olan eşyada ise, suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine karar verilmesi öngörülmüştür.²⁴⁹

²⁴⁵ Centel ve diğerlerine göre, bir eşyanın üretimi, bulundurulması, kullanılması, alım ve satımı suç oluştuyorsa fail, ya bu eşyalarla söz konusu suçu işlemiştir ya da işleyecektir. Fail suçu işlemiş ise bu eşyalar TCK m. 54/1-1. cümleye göre suça kullanılan ya da suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya olarak müsadere edilecektir. Failin hareketi henüz suçun icra hareketi sayılmasına elverişli değilse, o zaman da bu eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış eşya sıfatı ile müsadere edilecektir. Bu nedenle kanun koyucunun TCK m. 54/4'te gereksiz bir tekrar yaptığı kanaatindedir. Centel vd., **a.g.e.** s. 752.

²⁴⁶ Soyaslan, **a.g.e.** s. 582, Artuk vd., **a.g.e.** s. 929, Dülger, **a.g.e.** s. 214. Dönmezer/Erman, belirli bir eşyanın, mahkumiyet olmasa da müsaderesini öngören bu hükmün bir tedbir olduğu görüşündedir. Dönmezer, Erman, **a.g.e.** s. 750.

²⁴⁷ Sözüer, **a.g.e.** s. 401.

²⁴⁸ "21.11.1995 günlü olay tutanağında sanık yönetimindeki tır çekicisine monteli halde çift çeker komple dingili ile birlikte iki adet Volvo marka diferansiyel zapt edildiğinin yazıldığı bulunduğu 1.12.1995 günü yapılan kesifte ise bilirkişinin tek diferansiyel den söz ederek aracın kendi orijinal

2.2. Kazanç Müsaderesi

Kazanç müsaderesine ilişkin 5237 sayılı TCK'nun 55. maddesinde “(1) 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.

(2) Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.

(3) (Ek: 26/6/2009 – 5918/2 md.) Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.” denilmektedir. Görüldüğü üzere kazanç müsaderesi

diferansiyelinin sökülüp yerine dava konusu yabancı menseli diferansiyelin monte edildiğini belirttiği gözetilerek, iki diferansiyelden kastın çift çeker tek diferansiyel olup olmadığı ve araçta monteli halde kaç diferansiyel bulunduğu, dava konusu hareketi ile ilgisi bulunmayıp boşta duran diferansiyel olup olmadığı tespit edilip, aracın hareketini sağlayan zorunlu parçalardan olduğunun anlaşılması halinde bu diferansiyelin naklinden söz edilemeyeceği gözetilip, dava konusu kaçak parçaların müsaderesi ile yetinilerek tır çekicisi ve dorsenin sahibine iadesi yerine yazılı şekilde müsaderesine karar verilmesi...” Y. 7.CD. 20.03.1998, 1509/2421,

“4616 sayılı yasa uyarınca verilen erteleme kararının temyizi kabil olmayıp, itirazı kabil ise de; dava konusu eşyaların iadesi yönünden yapılan incelemede; Suç tarihi olan 17.10.1993 günü itibariyle temyiz inceleme gününde TCK'nun 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen zamanaşımı süresi tahakkuk etmişse de; Dava konusu eşyalardan yalnız 10 adet intruder marka oyuncak tabanca için ibraz edilen 16.10.1993 gün ve 12522 sayılı faturanın ithale kadar zincirleme mense incelemesinin tamamlandığı ve yurda yasal yollardan girdiğinin belirlendiği ibraz olunan diğer faturaların eşyalara uygun bulunmadığının 24.11.1994 tarihli kesifte dinlenen bilirkişi tarafından belirtildiği bir kısım eşyalar için ise her hangi bir belge ibraz edilmediği ve bu eşyaların kaçakta kaldığı nazara alınmadan 10 adet oyuncak tabanca dışında kalan kaçak eşyaların müsaderesi yerine yazılı şekilde tüm eşyaların iadesine karar verilmesi, Yasaya aykırı, müdahil idare vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün isteme sonuçta uygun olarak bozulmasına 23.5.2003 günü oybirliğiyle karar verildi” Y. 7.CD. 23.05.2003, 023130/003389. Kararlar için bkz: Aydın, **a.g.e.** s. 311. Ayrıca bkz: Soyaslan, **a.g.e.** s. 582.

²⁴⁹ “Kabule göre de, suça konu traktör ve römorkun faiyta takdir tutanağında ruhsat sahibinin Ali Özdemir olduğunun yazılı bulunmasına, TCK'nun 54/1. maddesi iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmayan araçların müsadere edileceğinin aynı maddenin 6. fıkrasında da birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak sadece suça iştirak eden kişinin payının müsadere edileceğinin belirtilmesine; yine nakil vasıtasının değerinin 6.550 TL suça konu emvalin değerinin ise 120 TL olarak tespit edilmesine göre sanığın nakil vasıtasını hangi hak ve sıfatla kullandığının araştırılması gerekir.” 3 CD 19.01.2012, 1608/1682. Karar için bkz: Artuk vd., **a.g.e.** s. 927.

birinci fıkrada düzenlenmiş olup, ikinci fıkrada buna ilişkin olarak kaim değer müsadereesine yer verilmiştir.

Kazanç müsadereisinin konusu, bir suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesine tahsis edilen maddi varlıklar ile bunların kıymetlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlardır.²⁵⁰ 5607 sayılı yasa ile kaçakçılık eylemlerinin bir kazanç kapısı olarak görülmemesi ve suçtan elde edilen gelirin failin yanına kar kalmaması amacıyla bir güvenlik tedbiri olarak elde ettiği maddi çıkarlar müsadere edilecektir.²⁵¹ Ancak bu maddi çıkarlara ilişkin müsadere, zarar giderimi maksatlı değildir. Bu nedenle işlenen kaçakçılık eylemiyle gümrük idaresi adına meydana gelen zararın tazmini amaçlı yaptırım ile bu fiilin işlenişiyile haksız bir şekilde elde edilen maddi menfaatin müsadereesi birbirinden ayrılacaktır. Gümrük idaresi, vekili aracılığıyla tarafı yönünden oluşan zararın tazmini amacıyla hukuk mahkemesinde fail veya failer aleyhine ayrıca dava açacaktır. Ancak kazanç müsadereisinin konusu olan kazanç aynı zamanda müdahil idarenin de zararını oluşturuyorsa bu durumda mükerrer tazmine yer vermemek gerekir. Mahkemece yapılması gereken, müdahil idarenin açtığı hukuk davasının sonucunun beklenmesi ve bu davada fail aleyhine zarar miktarının tazminine karar verilmişse artık kazanç müsadereesine karar verilmemesidir.²⁵²

²⁵⁰ Özgeç, **a.g.e.** s. 825, Artuk vd., **a.g.e.** s. 932.

²⁵¹ Alman Ceza Kanunu'na göre burada failce yerine getirilmesi gereken bir para ödeme yükümlülüğü olması nedeniyle bir müsadere den ziyade para cezası benzeri bir yaptırımın söz konusu olduğu söylenmektedir. Nitekim müsadere konusu eşya yerine ödenmesi gereken meblağ, para cezasında olduğu gibi ödeme kolaylıklarına bağlanabilmektedir. Buna karşılık para cezasının ödenmemesi durumunda hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi, kaim değer in müsadereesi bakımından geçerli değildir. Sözüer, **a.g.e.** s. 399. Aynı yönde görüş için bkz: İçel, **a.g.e.** s. 715.

²⁵² “...Sanık S. tarafından suçta kullanılan bıçak bulunup yöntemine uygun olarak el konulmadığı ve sanıkların yağmaladığı 154 YTL'nin, yakının tarafından hukuk davası yoluyla sanıklardan alınmasının olanaklı olduğu gözetilmeden, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi yararların yakınana iade edilememesi durumunda uygulanabilecek olan ve bu kapsamda yasal koşulları gerçekleşmeyen 5237 sayılı TCY'nın 55. maddesi uyarınca, suçta kullanılan bıçağın değeri olan 1 YTL ile yakından yağmalanan 154 YTL'nin zoralımına karar verilmesi,...” (Y. 6. CD 14.2.2007 tarihli kararı)

“Sanık tarafından yakından yağmalanan 50 YTL ve yakınana ait ticari taksisini kullanmasından dolayı ödemesi gereken taksimetre ücreti 30 YTL olmak üzere, toplam 72.50 YTL'nin, yakının tarafından hukuk davası yoluyla sanıktan alınmasının olanaklı olduğu gözetilmeden suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi yararların yakınana iade edilememesi durumunda uygulanabilecek olan ve bu kapsamda yasal koşulları

İşaret etmek gerekir ki, kaçakçılık suçlarında suçun işlenmesiyle elde edilen malvarlığı değerleri, genel olarak parasal karşılığı olan, suçun işlenmesini teşvik veya suçun işlenmesinden dolayı ödüllendirilmeleri maksadıyla suçu işleyen kişilere sağlanmış olan maddi menfaatlerdir. Suçun konusunu oluşturan ithali yasak olan eşyalar ise TCK m. 54/1 gereğince müsadere edilecektir. Suçun işlenmesi suretiyle elde edilen ve suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin müsadere edilebilmesi için, bunların suçun mağduruna iade edilmemiş olması gerekir. Eğer suçun konusunu oluşturan ve kazanç müsaderesine tabi olan maddi değerler aynı zamanda mağdurun zararının da konusunu oluşturuyor ve bu maddi değerlerin mağdura iade edilmesi halinde zarar ortadan kalkıyorsa, bu değerlerin öncelikle suçun mağduruna iade edilmesi gerekir.²⁵³

Her ne kadar TCK'nun 55. maddesinin hem madde metni hem de gerekçesinde kazancın elde edildiği suçun manevi unsurundan bahsedilmemiş ise de, kaçakçılık suçları yönünden, suç yalnızca kasten işlenebileceğinden KMK yönünden bir tereddüt bulunmamaktadır. TCK anlamında kazanç müsaderesi için de işlenen suçun kasıtlı bir suç olması gerekmektedir.²⁵⁴

Alman Ceza hukukunda kazanç müsaderesi kararı kasten işlenen suçların yanında taksirle işlenen suçlar hakkında da verilebilmektedir. Kazanç müsaderesinin ceza niteliğinde bir yaptırım olarak öngörülmemesi nedeniyle işlenen fiilin kanunda tanımlanan tipe uygun ve hukuka aykırı olması bu müsadereye hükmedebilmek için

gerçekleşmeyen 5237 sayılı TCY'nın 55.maddesinin 1.fıkrası uyarınca zoralımına karar verilmesi...” (Y. 6 CD 14.2.2007 tarihli kararı). Kararlar için bkz: Günler, **a.g.e.** s. 870.

²⁵³ “5237 sayılı Kanun'un 55. maddesinde "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" şeklindeki düzenleme dikkate alınmadan ve suçun mağduru olan ve zararının re'sen tazminine karar verilen bankanın sanıktan alacağını tahsilini engelleyecek şekilde sanığın suç konusu para ile satın aldığı arabasının zoralımına karar verilmesi,” Y. 7. CD., 31/01/2008, 2007/14823 E., 2008/643 K. www.emsal.yargitay.gov.tr

²⁵⁴ Özgenç, **a.g.e.** s. 832, Artuk vd., **a.g.e.** s. 932, Koca/Üzülmüş, **a.g.e.** s. 630, Soyaslan, **a.g.e.** s. 581. İçel'e göre, taksirli suçlarda eşya müsaderesi mümkün değilken, taksirli suçlar sonucunda elde edilen kazancın müsaderesi mümkündür. Bkz: İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, **a.g.e.** s. 715.

yeterli görülmüştür. Bu açıdan TCK, Alman hukukundan farklı bir tercih benimsemiştir.²⁵⁵

TCK m. 55/2'ye göre müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir. Bu düzenleme ile getirilen yenilik, kaim değerın müsaderesidir.²⁵⁶ Buna göre müsadere konusu ekonomik değerin harcama, yok etme, tüketme gibi hareketlerle müsaderesinin imkansız kılınması halinde, karşılığı para tutarının müsaderesine karar verilecektir. KMK'nda tanımlanan suçlar dolayısıyla müsadere yaptırımının konusunu oluşturan eşyanın kaim değerinden, bu eşyanın gümrüklenmiş değeri anlaşılır (KMK m. 15).

Belirtmek gerekir ki kaim değeri müsaderesinde, suçta konu eşyanın elde edilmesi imkansız hale gelmesi halinde eşyanın değeri kadar para tutarı müsadere edilecek, eğer eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı veya muhafazasının ciddi külfet oluşturmaları söz konusu ise eşyanın tasfiyesi gerekecektir.²⁵⁷

Çalışmamızın daha önceki kısmında bahsedildiği gibi tasfiye, iade veya müsadereden farklı olarak bir yaptırım değil, kanunda açıklanan şart ve nedenlerle eşyanın muhafazası tedbiridir.²⁵⁸ Soruşturma veya kovuşturma evresinde tasfiye kararı verilmiş ise, tasfiye bedelinin irad kaydına, tasfiye edilmemişse doğrudan eşyanın kendisi hakkında müsadere kararı verilir.²⁵⁹ KMK m. 16/1'e göre kaçak şüphesiyle el konulan kaçak akaryakıt hariç her türlü eşya hakkında, el koyma tarihinden itibaren altı ay, ancak eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı veya muhafazasının ciddi külfet oluşturmaları halinde bir ay içinde, gerekli tespitler yaptırılarak soruşturma evresinde

²⁵⁵ Ersan Şen, **Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler**, TCHD Yayınları, Sayı 10, İstanbul, 2008, s. 113.

²⁵⁶ Artuk vd., **a.g.e.** s. 934, Koca, Üzülmöz, **a.g.e.** s. 629, İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 715.

²⁵⁷ Dönmezer/Erman, **a.g.e.** s. 712.

²⁵⁸ Bkz: Çalışmamızın "IV- Elkoyma Tedbirinin Sona Ermesi" başlıklı kısmı, s. 89.

²⁵⁹ "...davaya konu sigaralar hakkında 28.10.2010 günü tasfiye kararı verildiğinin anlaşılması karşısında tasfiye edilmiş ise, tasfiye bedelinin irad kaydına, tasfiye edilmemiş ise 5607 Sayılı Kanunun 13.maddesi yollamasıyla TCK'nun 54.maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi gerektiği gözetilmelidir..." Y. 7. CD., 03.07.2014, 2013/15822 E, 2014/14115 K

hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından tasfiye kararı verileceği düzenlenmiştir. Kaçak akaryakıtın tasfiyesi ise, gerekli teknik düzenlemelere göre numune alma işleminden sonra kanunda belirtilen kamu kurumlarına bedelsiz tahsis veya satış suretiyle gerçekleştirilir (KMK m. 16/1A). Görüldüğü üzere burada, kaçak eşyanın niteliği gereği uğrayacak maddi değer kaybına ilişkin tedbir mahiyetli işlemler ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmakla, bu işlemler sonucu elde edilen kaim değerler idarenin iradesiyle oluşturulmaktadır. KMK'ndaki sistemin CMK'ndaki müsadere amacıyla elkoyma hükümlerinden ayrılan bir diğer yönü de, kaçak eşya ve akaryakıtın henüz hakkında bir karar verilmeden, elkoyma tarihinden itibaren belirtilen süreler içerisinde henüz kesinleşmiş karar bulunmasa dahi tasfiye edilecek olmalarıdır.

Suçun işlenmesi nedeniyle ya da suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilen maddi menfaatlerin müsadere edilebilmesi için işlenen fiilin suç oluşturması yeterlidir. Suçla ilişkili olan haksız kazancın suçun işlenişine iştirak edenler veya suçla ilgisi olmayan üçüncü kişiler lehine elde edilmiş olmasının müsadere açısından bir önemi yoktur. Maddi menfaatin kendisi lehine elde edilen üçüncü kişi, gerçek bir kişi olabileceği gibi tüzel kişilik de olabilir.²⁶⁰

Uygulamada sıkça rastlanılan ve kaçakçılık suçu işlenerek lehine kazanç elde edilen tüzel kişilerden biri yer sağlayıcılarıdır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının m bendine göre yer sağlayıcı, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir. Kaçak ürünlerin internet siteleri aracılığıyla satışa arz edilmesi, içerik sağlayıcı olarak faaliyet gösteren internet siteleri ve yetkililerinin de sorumluluklarını gündeme getirebilmekte ve bu kişiler hakkında kamu davaları açılmasına neden olabilmektedir. Yer sağlayıcı ise, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmamakla beraber, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği bu 5651 sayılı kanunun 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından

²⁶⁰ Dülger, a.g.e. s. 232.

çıkarmakla yükümlüdür (5651 SK m. 5/1-2). Genel olarak şirket bünyesinde kurulan ve faaliyet gösteren bu sitelerin tüzel kişiliğine haiz olmaları nedeniyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 20/2 uyarınca, birtakım güvenlik tedbirleri hariç olmak üzere, ceza sorumlulukları bulunmadığından şirket yetkililerinin sorumluluklarına gidilmektedir.²⁶¹

5607 sayılı KMK'nun 4/4. maddesinde “*Kanunda tanımlanan suçların, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde ve yararına olarak işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*” ifadesine yer verilerek, TCK m.60'da düzenlenen iznin iptali ve mal müsadereşi güvenlik tedbirlerinin tüzel kişi hakkında uygulanacağı öngörülmüştür. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'la birlikte faaliyet belgesi verilmesi ile ilgili yönetmelikte, hukuka aykırı yayın içeriklerinin çıkarılması ve bazı idari yükümlülüklerin yerine getirilmesine yer verilmiş, faaliyet belgesinin iptali ile ilgili bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir. Bir başka ifadeyle kaçakçılık suçlarına mahkumiyet sonucu faaliyet belgesi iptalinin yasal dayanağı 5651 sayılı Kanun değil, 5607 sayılı Kanunun 4. maddesinin 3. fıkrası olabilecektir. Benzer yönde bir düzenlemeye, mülga 4926 sayılı Kanunda ise yer verilmemiştir. Çünkü 4926 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu tarihte, henüz 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmemiş idi.²⁶²

2.3. Nakil Araçlarının Müsaderesi

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun “Müsadere” başlıklı 13'üncü maddesinin 1. fıkrasında kaçak eşyanın naklinde kullanılan taşıtların müsaderesi ile ilgili olarak özel bir rejim düzenlenmiştir. İlgili maddede “(1) *Bu Kanunda tanımlanan suçlarla ilgili olarak 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümleri uygulanır. Ancak kaçak eşya taşımada bilerek*

²⁶¹ Ersan Şen, “Yer Sağlayıcıların 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Karşısında Hukuki Durumu ve Tüzel Kişi Yer Sağlayıcıların Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 4, 2012, s. 281.

²⁶² Şen, **a.e.** s. 305.

kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi için aşağıdaki koşullardan birinin gerçekleşmesi gerekir:

a) Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması.

b) Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması.

c) Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması.” şeklinde uygulanacak esaslar belirtilmiştir. Bu bakımdan araçların müsadere için genel müsadereye göre daha ağır koşullar getirildiği ve Türk Ceza Kanunu'ndaki müsadereye ilişkin serbestlikten uzaklaşıldığı söylenebilir.²⁶³

1918 sayılı Kanun, nakil vasıtalarının zorulmasını 47. maddesinde düzenlemiştir. Bu maddenin 1. fıkrası “kaçak eşya ve madde naklinde bilerek kullanılan veya buna teşebbüs edilen her türlü nakil vasıtalarının zorulmasına hükmolunur.” şeklindeydi.

Yargıtay kararları ile kaçakçılık suçunun işlenmesi veya buna teşebbüs edilmesi halinde bu maddenin uygulaması şu şekilde oluşmuştu:

1. Kaçakçılık suçunda kullanılan vasıtanın 3. kişilere ait olması halinde de müsadere hükmediliyordu.²⁶⁴ ²⁶⁵ Araç sahibi isteği dışında aracın elinden çıktığını ispatlarsa aracın iadesini sağlayabiliyordu.²⁶⁶

²⁶³ Tabak, a.g.e. s. 14.

²⁶⁴ “Kaçak eşya nakline bilerek tahsis edilen ve kullanılan otomobilin mülkiyetinin vasıtayı kullanana ait olmayıp başkasına ait bulunması ve mal sahibinin kaçak eşyanın nakli hususunda emir vermemiş olması ve malumatının bulunmaması keyfiyetleri 47. maddenin sarahatı karşısında müsadere manî teşkil etmeyeceği gözetilmeksizin iadesine karar verilmesi kanuna aykırıdır.” Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, K. 2, s. 253. Erman, burada bulundurulması veya yapılması bizatihi suç olmayan nakil aracının, ne olursa olsun müsadere edilmesini, hakkında dava dahi açılmamış bir kimsenin cezalandırılması sonucunu doğuracağını, bunun da cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu görüşündedir. Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, K. 2, s. 255.

²⁶⁵ Metin Ertuğrul, **Kaçakçılık Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s. 743.

2. Dava konusu kaçak eşyanın niteliği bakımından, eylemin gerçekleştirilmesinde aracın kullanılmasını gerektirmesi aranıyordu.

3. Araçta gizli bölme yapılarak aracın kaçak eşya nakline tahsis edilmesi müsadere için yeterliydi.²⁶⁷

4. Aracın müsadereesine karar verilebilmesi için aracın alıkonulup idari mercilere teslim edilmiş veya teminatla sahibine verilmiş olması gerekiyordu.²⁶⁸

4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda ise 1918 sayılı Kanun döneminde Yargıtay içtihatlarıyla gelişen uygulamaya kanun metninde yer verilmiştir. Nakil araçlarının müsadereesi Kanun'un 20. maddesinde düzenlenmiştir. Madde başlığı, *"kaçak eşya naklinde kullanılan taşıt"* olarak belirtilmiş, devamında *"Bu Kanun'da zoralımı öngörülen kaçak eşya taşımada bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının;*

a. Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması,

b. Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya eşyanın o taşıma aracıyla taşınmayı gerekli kılacak olması,

c. Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması, hallerinden herhangi birinin gerçekleşmesi durumunda zoralımına hükmolunur." şeklinde esaslar getirilmişti.

²⁶⁶ Yargıtay'ın, sadece aracın çalınmış olması halinde müsadere edilmeyeceği sonucuna varmış ise de, hırsızlık olayının bazen hükmen sabit olmasını aradığı, bazen bu hususun bir takım belgelerle ve hiç değilse polis soruşturması ile sübutunu şart koştuğu, fakat her halde hırsızlık ihbarının kaçak eşyanın ele geçmesinden önce yapılmış olması lüzumunu, inandırıcı ve samimi olması açısından benimsediği kararlarının olduğuna ilişkin bkz: Erman, Ticari Ceza Hukuku, K. 2, s. 254.

²⁶⁷ Nakil araçlarında özel olarak kaçak eşya nakline ayrılmış gizli tertibat mevcut oldukça, bu vasıtaların teslim edilemeyeceğine ilişkin bkz: Erman, Kaçakçılık Suçları, Ek1, s. 141.

²⁶⁸ Erman, Kaçakçılık Kanunu Şerhi, **a.g.e.** s. 247 vd., Erman, Ticari Ceza Hukuku, K. 2, s. 252, Mustafa Albayrak, "Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda Düzenlenen Zoralım Hükümleri Üzerine Bir İnceleme", **TBB Dergisi**, Sayı 53, 2004, s. 224.

Bu maddeye göre, müsadere için öncelikle aynı kanunun 8. maddesinde sekiz başlık altında belirtilen kaçakçılık suçlarından birinin işlenmesi ve bu suçlara konu eşyanın nakil aracı ile nakledilmesi gerekliydi. Sözü edilen suçların gerçekleşmesinden sonra taşıma araçlarının müsadere için araçlarla ve kaçak eşyalarla ilgili 20. maddedeki özelliklerin varlığı aranmaktaydı.²⁶⁹

4926 sayılı Kanun'dan kısa bir süre sonra yürürlüğe giren 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, nakil araçlarının müsadereinde 4926 sayılı Kanun'un sistematüğini büyük ölçüde korumuştur. 5607 sayılı Kanun'un 13. maddesinin 1. fıkrasına göre, suç konusu kaçak eşya taşımasında kullanılan veya kullanılmasına teşebbüs edilen her türlü taşıma aracının müsadere edilebilmesi bu aracın kaçak eşya taşımasında bilerek kullanılmasının yanında aşağıdaki üç halden herhangi birinin varlığı da aranacaktır:

a) Kaçak eşyanın, suçun işlenmesini kolaylaştıracak veya fiilin ortaya çıkmasını engelleyecek şekilde özel olarak hazırlanmış gizli tertibat içerisinde saklanmış veya taşınmış olması.

b) Kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya naklinin, bu aracın kullanılmasını gerekli kılması.

c) Taşıma aracındaki kaçak eşyanın, Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması.

A şıkkında belirtilen “özel olarak hazırlanmış gizli tertibat” ifadesinden, kaçak eşyayı gizlemek amacı ile araca, normal bir kontrolde tespit edilemeyecek biçimde sonradan yapılmış, “zula” olarak tabir edilen bir düzenek anlaşılmalıdır. Buna göre kaçak eşyanın naklinde zorunluluk olmasa bile, aracın içinde bu eşyayı gizleyecek özel tertibat yapılmış ya da herhangi bir aramada meydana çıkmayacak şekilde aracın bir yerine saklanmışsa, araç kaçak eşya nakline tahsis edilmiş sayılır.²⁷⁰ Aracın orijinal yapısından kaynaklanan bölümler veya dışarıdan

²⁶⁹ Albayrak, **a.g.e.** s. 227.

²⁷⁰ Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, K. 2, s. 258.

bakıldığında görülebilecek şekilde yapıla ilaveler özel olarak yapılmış gizli tertibat kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, aracın yakıt deposu, bagajı, stepne boşluğu gibi yerler bu kapsamda değildir.^{271 272}

Kaçak eşyanın araç ile naklinde zorunluluk olmasa bile, aracın içinde bu eşyayı gizleyecek özel tertibat yapılmış ya da eşya herhangi bir aramada meydana çıkamayacak tarzda aracın bir yerine saklanmışsa, araç yine kaçak eşyanın nakline tahsis edilmiş sayılır ve bu sıfatla müsadere olunur.²⁷³

Aracın müsadere için b şıkında belirtilen kaçak eşyanın, taşıma aracı yüküne göre miktar veya hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması hali, Yargıtay kararlarında “aracın taşıma kapasitesi ve taşınan eşya miktarına nazaran suç konusu eşyanın araçtaki yüküm hacim bakımından tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması” olarak değerlendirilmektedir.²⁷⁴ Nakledilen

²⁷¹ Çilesiz, **a.g.e.** s. 363.

²⁷² “Soruşturma aşamasında yapılan keşif sonrasında düzenlenen bilirkişi raporuna göre, ele geçirilen sigara paketlerinin bulunduğu yerin gizli bölme niteliğinde olmadığı, araçta kaçak eşya nakli için oluşturulmuş özel bir tertibata rastlanmadığı, aracın taşıma kapasitesine göre sigara paketlerinin miktar ve hacim bakımından ağırlıklı bir bölüm teşkil etmediği ve aracın sigara kartonlarının taşınmasına tahsis edilmediğinin belirtildiği...” YCGK., 24/03/2015, 2014/64 E. , 2015/64 K.

“Suça konu eşyanın, miktar ve hacim bakımından, taşındığı nakil aracının tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturup oluşturmadığı ve nakil aracında kaçakçılığa tahsis edilmiş gizli bölme bulunup bulunmadığı hususların uzman bilirkişi tarafından tespiti için keşif yapılmadan ve dava konusu nakil aracının ruhsat sahibi ... malen sorumlu sıfatıyla dinlenilip iyiniyetli 3.kişi durumunda olup olmadığı tespit edilmeden eksik araştırma sonucu yazılı şekilde müsadere kararı verilmesi...” Y. 7CD., 18/06/2015, 2014/22716 E. , 2015/17105 K. Kararlar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

²⁷³ Erman, **Kaçakçılık Kanunu Şerhi**, s. 250. Bu prensibe bağlı olarak Yargıtay’ın kaçak oyun kağıtları ile 2 kilo 689 gram afyonun kamyon şoförünün oturduğu kanepenin altına ve karoserdeki yedek lastiğin içerisine yerleştirilmesi, kamyonunda özel tertibatın yaptırılmış olması hallerinde kaçak eşyanın miktarına bakmaksızın ve böyle bir vasıta ile taşınması zorunlu bulunmasa dahi, aracın kaçak eşyanın nakline tahsis edildiğini kabul ederek müsadere edildiğine ilişkin kararların bulunduğu dair bkz: Erman, **Kaçakçılık Kanunu Şerhi**, s. 250.

²⁷⁴ “...180 plakalı araçta gizli bölme bulunmadığı belirtilmiş olup, dava konusu mazotun toplum ve çevre sağlığı açısından zararlı bir madde olmadığı gibi Türkiye’ye girmesinde de yasak bulunmadığı ve 18.000 kg taşıma kapasitesine sahip olan nakil aracında 850 litre kaçak mazot taşındığı cihetle aracın taşıma kapasitesi ve taşınan eşya miktarına nazaran suç konusu eşyanın araçtaki yükün hacim bakımından tamamı veya ağırlıklı bölümünü oluşturmasının da söz konusu olamayacağı gözetilerek, olayda 4926 sayılı kanunun 20. maddesinde öngörülen nakil aracının müsadere edilmesini gerektirir şartların oluşmadığı dikkate alınmadan aracın iadesi yerine yazılı şekilde müsadere edilmesine hükümlenmesine...” Y. 7. CD., 18/06/2007, 2006/7529 E., 2007/4856 K.

“...dava konusu kaçak eşyaların hacmine, ağırlık ve miktarına nazaran, 4926 sayılı yasanın 20. maddesinde öngörülen müsadere şartlarının oluşmadığı gözetilmeden, suç konusu eşyaların naklinde kullanılan aracın iadesi yerine yazılı şekilde müsadere edilmesine hükümlenmesi...” Y. 7. CD., 21/02/2007, 2005/16592 E., 2007/1024 K. Kararlar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

eşya miktar, hacim veya ağırlık bakımlarından böyle bir vasıtayı gerekli kılmıyorsa, nakil aracının kullanılması bu eşyanın nakli hususunda bir zorunluluk arz etmiyorsa, nakil aracı böyle bir nakle tahsis edilmiş sayılmaz.²⁷⁵ Nakil aracına ağırlık ya da hacim bakımından taşıma kapasitesi kadar kaçak eşya yüklenmişse ve bu haliyle aracın kullanılması zorunluluk arz ediyorsa, bu durumda aracın nakle tahsis edilmiş olduğundan söz edilebilir. Örneğin, on beş ton ağırlıkta ya da 30 metre küp hacimde yük taşıma kapasitesine sahip bir tır aracında sadece beş adet kaçak buzdolabı taşınması halinde bu tır aracının kaçak eşya taşınmasına tahsis edildiği söylenemez.²⁷⁶

Özelliği nedeni ile taşınmasına uygun araç gerektiren eşyanın böyle bir araçla taşınması halinde, bir diğer deyişle eşya farklı bir özellik taşıyor ve bu özelliğe uygun olmayan bir araçla taşınmıyorsa, böyle bir kaçak eşya naklinde kullanılan aracın, eşyanın miktar ve hacmine bakılmaksızın müsaderesine karar verilecektir. Nakil aracının müsaderesi için Türkiye siyasi sınırları içerisinde taşınmanın başlaması gerekir. Mesafenin önemi yoktur.²⁷⁷ Örneğin, yurtdışından ithal edilecek etlerin veya bir kısım gıda ürünlerinin soğutuculu araçlarla getirilmesi gerekir. Bu bakımdan eşyanın ve aracın özelliği gereği burada ağırlık ve mesafe dikkate alınmaz.²⁷⁸

Taşıma aracındaki kaçak eşyanın c şikkında belirtilen Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum ya da çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması halinde bu eşyanın miktar ve hacmine bakılmaksızın müsaderesine karar verilecektir.

Nakilde kullanmak ibaresi, kelime anlamı ile taşınmanın başlamış olmasını ifade eder. Gümrük hattını geçtikten sonra gümrük işleminin yapıldığı yere kadar

²⁷⁵ Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, K.2, s. 256.

²⁷⁶ YCGK., 27/03/2012, 2011/7-346 E., 2012/124 K.

²⁷⁷ "...Şu halde, yasaya uygun olarak gümrük kapılarından vuku bulan girişlerde, 1918 sayılı yasanın 47. maddesi uyarınca her türlü vasitanın zorunluluğuna karar verilebilmesi ancak suçun oluşmasından sonra kaçak eşya veya maddenin bilerek nakledilmesi keyfiyetinin tahakkuku ile mümkündür. Mesafenin önemi yoktur. Yeter ki nakil başlamış olsun, 1615 sayılı Gümrük Yasası'nın 16. maddesi ile giriş için yasal zorunluluk getirilen gümrük kapıları dışında herhangi bir yerden yapılan girişlerde, suç siyasi sınırı geçmekle oluştuğundan nakil vuku bulmuş ise, vasitanın zorunluluğuna karar verilmesi gerekir..." YCGK., 09/11/1981, 1981/205-369, karar için bkz: Seyfettin Çilesiz, **a.e.**, s. 370.

²⁷⁸ Albayrak, **a.g.e.** s. 228.

nakil aracı, eşyalarla birlikte geldiği halde henüz suç oluşturmayıp beyan dışı eşyaların bulunması ile suç oluşacağı için, gümrük işlemine tabi tutulmadan yurda sokulmak istenen eşyaların naklinde kullanılan aracın müsadereesine karar vermek de KMK'na aykırı olacaktır.²⁷⁹

Nakil aracının suçun işlenmesinin yanında teşebbüs halinde kalması da müsadere için yeterlidir. Ancak bir malın kaçak sayılabilmesi için de muayenesi yapılmadan veya ithalatçısı beyana davet edilmeden yurda girmiş olması şarttır. Bu nedenle beyan ve muayeneden önce vaki nakiller, kaçak eşyaya ilişkin olmadığından bu aşamada nakil aracının müsadereesine karar verilemeyecektir. Örneğin, belirli bir depoda bulunan veya başka bir vasıta ile yurda girmiş olan kaçak eşyayı buradan alıp, başka yere götürmek üzere yola çıkmış olan bir kamyon veya deniz motoru ile nakle teşebbüs edilmiş olmaz ve bu aracın müsadereesine karar verilemez.²⁸⁰

Uygulamada nakil araçları genellikle motorlu kara, deniz ve hava taşıtları olmakla birlikte bir taşıma aracı olan hayvanları da nakil aracı olarak kabul etmek gerekir. Müsadereesine karar verilecek bu araçların ortak özelliği bizzat nakilde kullanılmış olmalarıdır. Kullanılan araç, kullanma anında ne şekilde ise o haliyle müsadere edilir.²⁸¹ Bu nedenle elkonulup teminatsız olarak iade edilen hayvanlar hakkında mahallinde her zaman bir karar alınması mümkündür.^{282 283}

Yurda kaçak olarak ithal edilen ve KMK'nun 3. maddesindeki fiiller kapsamında olan kaçak petrolün ve bu kaçak petrolü taşımada kullanılan aracın, 5576 sayılı kanunla değişik 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun ek madde 5/1-2.

²⁷⁹ YCGK., 09/11/1981, 1981/205-369, karar için bkz: Erman, **Kaçakçılık Suçları**, Ek 1, s. 13, Çilesiz, **a.g.e.** s. 370.

²⁸⁰ Erman, **Kaçakçılık Suçları**, Ek 1, s. 58.

²⁸¹ Kamyonun bagajında bulunan yedek lastiği veya hayvanın semeri ve koşumları da müsadere olunur. Araç kamu malı ise müsadere edilemez. Bkz: Erman, **Kaçakçılık Kanunu Şerhi**, s. 250.

²⁸² "...Hazırlık soruşturması sırasında zapt edildikten sorma teminatsız olarak sanıklara iade edilen nakil vasıtaları ile dava konusu hayvanlar hakkında mahallinde her zaman bir karar alınması mümkün görülmüştür..." Y. 7. CD., 18/05/2004, 2003/12908 E., 2004/6742 K.

Albayrak ise burada, her ne kadar KMK' nun 13/1. maddesinde, "*her türlü taşıma aracı*" dense bile, bununla kastedilenin mekanik olan motorlu veya motorsuz araçlar olduğu, bunun sonucu olarak nakilde kullanılan at, katır, deve ve benzeri hayvanların nakilde kullanılması halinde müsadereesine karar verilemeyeceği görüşündedir. Bkz: Albayrak, **a.g.e.** s. 232.

²⁸³ Yedekteki hayvanın müsadere edilmesini hukuka aykırı bulan Yargıtay kararı için bkz: Erman, **Kaçakçılık Kanunu Şerhi**, s. 250.

cümlesi hükmüne göre müsadere karar verilmekteydi. Ancak bu ek madde 6455 sayılı kanunun 47. maddesi ile yürürlükten kaldırılıp, KMK’undaki müsadere hükümleriyle uyumlu hale getirilmiş olup, artık kaçak akaryakıtlara ilişkin olarak da genel hükümler uygulanacak, müsadere kararı verilirken de 5237 sayılı TCK’nun 54. ve 55. madde hükümleri gözetilecektir.

Uygulamada bir diğer tartışmalı husus kaçakçılık eyleminin zamanaşımına uğraması durumudur. Eylemin zamanaşımına uğraması durumunda kaçak eşya hakkında, müsadere yönünden yargılamanın devam edilip sonucuna göre iadesi veya müsadere karar verilmesi gerekirken bu durum nakil vasıtaları açısından farklıdır. Zamanaşımının dolması nedeni ile sanık veya sanıklar hakkında mahkumiyet kararı verilemez ise satılarak tasfiye edilmiş nakil aracının bedeli sahibine iade edilecektir.²⁸⁴

3. Müsadereye Karar Verilmesi

Müsadereye karar verilebilmesi için ayrı bir ceza davası açılmasına gerek yoktur. Asıl ceza davası ile birlikte müsadere konusunda da karar verilir.²⁸⁵

5237 sayılı TCK’nun 54/1. maddesi müsadere için kasti suçun işlenmesini yeterli saymış ve 765 sayılı TCK’nda olduğu gibi mahkumiyet şartı aramamıştır. Ancak eşyanın suçla irtibatının kurulabilmesi, işlendiği iddia olunan suçun sabit olduğuna ilişkin mahkumiyet kararının varlığı halinde mümkündür.²⁸⁶

Buna karşılık fiil suç teşkil etmekle birlikte, kusurluluğu etkileyen hallerin varlığı nedeniyle failine yüklenemiyorsa (akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, zorunluluk hali gibi nedenlerle) CMK’nun 223/3. maddesine göre “ceza verilmesine yer olmadığına” kararı verilir. Fakat bu ihtimalde de güvenlik tedbiri niteliğinde bulunan

²⁸⁴ Y. 7. CD., 27/03/2007, 2005/16792 E., 2007/2011 K.

²⁸⁵ Centel vd., **a.g.e.** s. 760.

²⁸⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.** s. 929, Dönmezer/Erman, **a.g.e.** s. 712.

müsadereye karar verilebilir.²⁸⁷ Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde, suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden, fiil suç teşkil etmez ve sanık hakkında beraat kararı²⁸⁸ verilir. Bu ihtimalde müsadere hükümleri tatbik edilmez.²⁸⁹

KMK'nun 13/2. maddesinde de etkin pişmanlık nedeniyle fail hakkında cezaya hükmolunmaması veya kamu davasının düşmesine karar verilmesi halinde, sadece suç konusu eşya ile ilgili olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği düzenlenmiştir. Burada etkin pişmanlık veya failin ölümü gibi nedenlerin varlığı halinde dahi suç sabittir. Belirtmek gerekir ki, kaçakçılık eyleminin zamanaşımına uğraması halinde soruşturma evresinde kovuşturmayaya yer olmadığına, kovuşturma evresinde ise düşme kararı verileceği ve KMK'nun 13/2. maddesinde açıkça davanın düşmesinin müsadereye engel teşkil etmeyeceği belirtilmiş olmasına rağmen, Yargıtay'ın aksi yönde kararı da mevcuttur.²⁹⁰ Bu karara göre KMK'nun 13/2. maddesi gereği kaçakçılık eylemi zamanaşımına uğrasa dahi, kaçak eşyanın müsaderesi hakkında soruşturma veya kovuşturmayaya devam edilmeli, gerekli araştırmalar yapıp eşyanın kaçak olup olmadığının tespitinden sonra müsaderesi hakkında karar verilmelidir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu 09/10/2007 gün, 2007/7-96 E., 2007/201 K. sayılı ilamında “*Bu nedenle, Ş.*

²⁸⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.e.** s.929.

²⁸⁸ CMK m. 223/2 “(2) Beraat kararı;

a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,
b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,
c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,
d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,
e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,
hallerinde verilir.”

²⁸⁹ “...01/04/2015 tarihli raporda eşyanın yabancı menşeli olup olmadığının belirlenemediği, eşyaya ilişkin sevk irsaliyesi ibraz edilmiş ise de belgeyi düzenleyen Monokim adlı şirketin 2007 yılında faaliyetine son vermiş olması ve beraat gerekçesi de gözetilerek eşyanın sahibine iadesi yerine müsaderesine karar verilmesi yasaya aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görüldüğünden ve bu hususlar yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasa'nın 8/1.maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 322.maddesi gereğince, hüküm fıkrasından dava konusu eşyanın müsaderesine ilişkin bendin çıkartılması ve yerine “Dava konusu eşya için müsadere koşullarının oluşmadığı gözetilerek sahibine iadesine,” cümlesinin yazılması ile diğer hususların aynen bırakılması suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına...” Y. 7.CD., 20/10/2016, 2016/12248 E., 2016/9848 K. www.emsal.yargitay.gov.tr

²⁹⁰ “... TCK' nun 102/4 maddesinde öngörülen zaman aşımı süresi gerçekleşmiş bulunduğundan hükmün CMK' nun 321 maddesine göre bozulmasına anılan madde uyarınca sanıklar hakkındaki kamu davasının ortadan kaldırılmasına, kaçak olmadığı anlaşılan dava konusu mazot satılarak tasfiye edildiğinden satış bedelinin ve taşıma aracı ile bu araç için yatırılan teminat bedelinin sahiplerine iadesine...” Y.7.CD., 29.01.2008, 12585/432 sayılı kararı. Karar için bkz: Kısa/Bozırat, **a.g.e.** s. 183.

Hayvancılık Turizm ve Taşımacılık Ticaret Limited Şirketinin defter ve belgelerinin, 213 sayılı VUY ve TTY'nın defter ve belgelerin saklama süreleri de nazara alınarak, bilirkişi tarafından yeniden incelenmesi, bunun olanaklı bulunmaması halinde ise ilk raporu düzenleyen Y.... T....'den ek rapor alınması suretiyle fatura tarihi olan 08.05.1996 tarihinden önce, motorin alımının bulunup bulunmadığı ve fatura tarihinde stoklarının yeterli olup olmadığı, her türlü kuşkudan uzak bir şekilde saptanmalı, incelenen belgelerin onaylı örnek veya fotokopileri denetime olarak sağlayacak şekilde rapora eklenmeli, motorinin suç konusu olup olmadığı kesin olarak saptandıktan sonra müsadere veya iade konusunda karar verilmelidir.” şeklindeki açıklamayla yerel mahkeme kararını bozmuş, kaçak mazot iddiası hakkında gerekli incelemeler yapıp bilirkişi raporu alındıktan sonra karar verilmesi gerektiğini bildirmiştir.²⁹¹ Kaçak eşya hakkındaki müsadere yargılaması ve bunun sonucunda verilecek karar, kaçakçılık suçunun zamanaşımına tabi olmayıp TCK’nda düzenlenmiş olan kendi zamanaşımına tabidir. Buna göre müsadere hakkında verilen karar, verilen hükmün kesinleşmesinden itibaren yirmi yıllık sürenin geçmesi halinde zamanaşımına uğrar (TCK m. 70).

Mahkeme, kaçakçılık suçunun işlenmesi sonucu açılan ceza davası ile beraber talep bulunmasa bile müsadereye karar verebilir (CMK m.257/1). Bu bakımdan iddianame sevk maddelerinde TCK’nun 54. maddesi veya KMK’nun 13. maddesinin belirtilmesine gerek yoktur.

Müsadere kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, katılan ve malen sorumlu kişiler kanun yoluna başvurabilirler. Burada başvurulacak kanun yolu istinaftır (CMK m. 258).²⁹² İdari bir işlem olan tasfiyeyle ilgili verilen kararlar ise itiraz kanun yoluna tabidir.²⁹³

Müsadere davalarına katılan olan idare yönünden, 11.04.2013 tarihli Resmi Gazete ile yürürlüğe giren 6455 sayılı Gümrük Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun

²⁹¹ www.emsal.yargitay.gov.tr

²⁹² Özbek vd., **a.g.e.** s. 449.

²⁹³ “...İdari bir işlem olan tasfiyeyle ilgili verilen karar itiraz yasa yoluna tabidir. Bu karara karşı yapılan temyiz başvurusu itiraz mahiyetinde olup merci tarafından incelenmelidir...” Y. 7. CD., 14.10.2008, 2005/12075 esas 2008/19805 karar. Kararlar için bkz: Kısa/ Boz fırat, **a.e.** s. 182.

Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun öncesinde 5607 sayılı Kanun'a muhalefet suçlarında gümrük idaresi, 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a muhalefet suçlarında TAPDK, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'na muhalefet suçlarında EPDK' nun davaya katılma hakkı bulunuyorken, 6455 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra anılan tüm suçlar yönünden davaya katılma hakkının sadece gümrük idaresine ait olduğu kabul edilmiştir.

4. Asıl Ceza Davasından Bağımsız Olarak Açılan Müsadere Davası

Kural olarak müsadere kararı, açılmış olan kamu davasının mahkumiyetle sonuçlanması halinde verilir. Bununla birlikte, CMK m. 256'ya göre *“(1) 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 (2) 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.”* şeklinde ayrı bir dava düzenlenmekte ve uygulamada bu davaya müsadere davası denilmektedir.

Esas davayı görmeye yetkili mahkeme, sanık veya sanıklar hakkında bir karar verip, müsadereyle ilgili bir karar vermemişse, her ne kadar uygulamada dosya üzerinden verilse de, müsadere kararını duruşmalı olarak vermelidir. CMK'nun 257. maddesinde *“(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.”* denilerek duruşma yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Müsadere edilecek eşya üzerinde hakkı bulunan veya bu iddiada olan kişiler, malen sorumlu sıfatıyla yargılamaya konu dosyaya taraf olarak eklenerek

duruşmaya çağrılır. Bu kişiler sanığın sahip olduğu hakları kullanabilirler (CMK m.257/2). Bu kişilerin duruşmaya katılamamaları müsadere kararı verilmesine engel teşkil etmez. Suç konusu olmayıp sadece müsadereye tabi bulunan eşyanın müsaderesine, asıl ceza davası açılmayan hallerde sulh ceza hakimince duruşma yapılmaksızın karar verilmesi mümkündür (CMK m.259).

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun'un 58. maddesinde *"Müsadereye tabi olan kaçak eşya veya nakil vasıtası, araç, gereç ve makineler zaptolunup da;*

a) Sanığın kim olduğu tespit edilememiş ise,

b) Duruşmanın muvakkaten tatiline karar verilmiş ve bu durum altı ay devam etmiş ise,

Eşyanın müsaderesine karar verilir ve beş gün içinde keyfiyet münasip vasıtalarla ilan edilir.

İlan tarihinden itibaren on beş gün içinde ilgililerce yetkili mahkemeye itiraz edilmezse müsadere kararı kesinleşir." denilerek dava açılmasının mümkün olmadığı hallerde, kaçak eşyanın müsaderesi usulünü düzenlenmekteydi. Ancak bu hükümlerin uygulanabilmesi için öncelikli şart, ele geçen eşyanın kaçak olmasının gerekliliği idi.

1918 sayılı Kanun'un 58. maddesinin uygulamasında gümrüğe gelen ve sahibi tarafından aranmayan eşya bir süre sonra muayeneye tabi tutulmakta ve Türkiye'ye girmesi yasak bir eşya olduğu görülmesi halinde 58. madde gereğince müsaderesine karar verilmekteydi. Ancak bir eşyanın kaçak sayılabilmesi için sadece Türkiye'ye ithali yeterli değildir, asıl aranacak nokta böyle bir eşyanın yurda ithal veya ithaline teşebbüs edilmiş olup olmadığıdır.²⁹⁴ Zira böyle bir ithal veya ithale

²⁹⁴ "1918 sayılı Yasanın 1. maddesinin 2. fıkrasında kaçakçılığa teşebbüs hali genel teşebbüs hükümlerinden ayrı bir kurala bağlanmıştır. Kaçakçılığa teşebbüs eylemi bu maddede, kaçakçılık yapmak maksadı ile icra vasıtalarının hazırlanması ve kendi feragati ile olmayarak ittihaz edilmiş mani tedbirler sebebi ile fiilin husule gelmemesi, bu kanuna göre kaçakçılığa teşebbüs şeklinde tanımlanmaktadır.

Sigara yüklü olarak Kapıkule Gümrük Kapısına getirilen ve yasalara uygun biçimde transit işlemleri yaptırılan TIR kamyonlarının, Suriye'de sigara ithalinin devlet tekelinde olması nedeniyle Türkiye'de boşaltılacağını kabul etmek varsayımı dayanmaktadır. Sigaraların Suriye'de ithal edilip edilmemesi, Cilvegözü Gümrük kapısından çıkışından sonra o ülkeyi ilgilendiren bir keyfiyettir. Naktaş Nakliyecilik Firması ortaklarından olan Ali'nin daha evvel bu firmaya ait vasıtaların İran'a trabsit olarak götürdükleri sigaralar arasında elektronik cihazlar çıkması, İran'daki firmanın hayali olması

teşebbüs yoksa, bu eşya kaçak sayılmaz. İthal teşebbüsünün varlığı için de failin, eşyanın ithali iradesini açığa vurması, yani beyanname vermesi gerekir. Böyle bir beyanname verilmedikçe ortada kaçak eşyanın bulunduğu ileri sürülemez. 58. maddenin müsadereye ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için ise eşyanın kaçak olması şart olduğuna göre, yukarıda belirtilen durumda maddenin uygulanarak müsadere kararı verilmesi çelişkiye neden olmaktaydı.²⁹⁵ Yargıtay içtihatlarıyla çözülmeye çalışılan bu durum, 4926 ve en son 5607 sayılı Kanun'un getirdiği düzenlemelerle bu çelişki son bulmuştur.

Müsadere davası, suç oluşturan eylemin tabi olduğu zamanaşımı süresi içerisinde açılıp sonuçlandırılması gerekir. Çünkü dava zamanaşımı halinde artık muhakemeye devam edilip fiilin ispatı konusunda bir karar verilememektedir. Fiilin ispatlanamadığı hallerde ise müsadereye karar verilemez. Belirtmek gerekir ki, bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşyanın müsaderesi dava zamanaşımına tabi değildir. Bu tür eşyalar kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlike yarattığı sürece müsadere edilebilirler.²⁹⁶

Daha önce belirtildiği üzere, CMK'nun 258. maddesi gereğince müsadere davalarında verilen kararlara karşı istinaf yolu açıktır. İlk derece mahkemesinin kararlarını değiştirmeyen Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının temyiz edilmesi mümkün değildir.²⁹⁷ Eğer mahkemece duruşmalı olarak karar verilmesi yerine duruşmasız olarak dosya üzerinden karar verilmiş ise de, bu durum karara karşı

sebebiyle, bu defa gümrük komisyoncu sıfatıyla yaptığı işlemler dolayısıyla sanık Lütfi'de bazı belgeleri elden başmüfettişe götürmüş olması nedeniyle fiile iştirak ettiklerinin kabulü mümkün gözükmemektedir. TIR kamyonlarına gümrük bölgesinde el konulduğuna göre Türkiye'de henüz hiçbir ihzari harekete bağlanmış değildir." Erman, **Kaçakçılık Suçları**, Ek 1, s. 18.

²⁹⁵ Erman, **Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi**, s. 282.

²⁹⁶ Centel vd., **a.g.e.** s. 760.

²⁹⁷ Özbek vd., **a.g.e.** s. 449.

istinaf kanun yoluna engel teşkil etmez.²⁹⁸ Müstakil müsadere davasında müdahil idare lehine vekalet ücretine de hükmedilemez.²⁹⁹

5. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesinde Müsadere Kararı

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hükmün sanık hakkında bir sonuç doğurmaması ve hükmün askıya alınmasıdır.³⁰⁰ 231. maddenin 5 ve devamı fıkralarında “(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl(2) veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

- a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,
- b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,
- c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

²⁹⁸ “...Suça konu eşyaların müsaderesine göre değeri, bizatihi suç teşkil etmeyen eşya hakkında müsadere veya iade kararının duruşmalı olarak yapılacak yargılama sonunda verileceği, duruşmalı işin duruşmasız olarak karara bağlanmasının bu karara karşı temyiz yasa yolunu engellemeyeceği gözetilip hükmün temyize tabi olduğu kabul edilerek yapılan incelemede...” Y. 7. CD., 04/04/2007, 2007/2936 E., 2007/1857 K. Karar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

²⁹⁹ “...4926 sayılı kanunun 34. maddesi uyarınca yapılan ödeme nedeniyle takipsizlik kararı verilmesinden sonra kaçak eşyalar ile nakil aracının müsaderesi istemiyle açılan davanın ve kararın niteliğine göre, katılan idare lehine vekalet ücretine hükmedilemeyeceğinin gözetilmemesi...” Y. 7. CD., 14/05/2008, 2006/14494 E., 2008/14024 K. Karar için bkz: www.emsal.yargitay.gov.tr

³⁰⁰ Centel vd., hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının durma niteliğinde olduğu, ancak bu durma kararına rağmen mahkemenin davadan elini nihai olarak çekmediği görüşündedir. Bkz: Centel vd., a.g.e. s. 779.

(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.” şeklindeki düzenlemelerle bu kurumun esasları ortaya konulmuştur.

Sanık hakkında hükümün açıklanmasının geri bırakılması uygulandığı takdirde verilen karar sonuç itibariyle kesin olsun ya da olmasın kesinleşme süreci başlamayacaktır. Sanık denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlediği veya yükümlülüklerine aykırı davrandığı takdirde hüküm açıklanacak ve o andan itibaren sonuç doğurmaya başlayacaktır. Dolayısıyla artık ya infaza başlanacak ya da başvurulması halinde açıklanan hüküm için öngörölmüş olan kanun yollarına başvurulması mümkün hale gelecektir.³⁰¹

Bu müessesenin uygulanmasında tartışmalı konu, mahkemece hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde, müsadere kararının verilip verilemeyeceği ve müsaderesine karar verilen eşyanın durumudur. Verilen hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yalnızca itiraz kanun yolu öngörölmüştür (CMK m. 232/12). Bu kararla beraber müsadere gibi bir güvenlik tedbirine hükmedilmişse, Yargıtay’a göre bu durumda mahkûmiyet hükmü açıklanmadığından buna ispat açısından bağlı olan müsadereye ilişkin hüküm de itiraz kanun yolunda incelenecektir.³⁰² Bu halde örneğin, müsaderesine karar

³⁰¹ Devrim Güngör, Haluk Toroslu, “Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 2016, s. 1976.

³⁰² Adem Sözüer, Mahmut Koca, Ali Kemal Yıldız, Selman Dursun, Neslihan Göktürk, Serdar Talas, Batuhan Baytaç, M. Serhat Mahmutoglu, **İstinaf Kanun Yolu ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansı, Türk Ceza Hukuku Reformu Bağlamında İstinaf ve Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantısı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Haziran 2017, s. 82.

“Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükümün açıklanmasının geri bırakılması, esas itibariyle bünyesinde iki karar barındıran bir kurumdur. İlk karar teknik anlamda hüküm sayılan, ancak açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle hukuken varlık kazanamayan bu nedenle hüküm ifade etmeyen, şartlara uyulması halinde düşme hükmüne dönüşecek, şartlara uyulmaması halinde ise varlık kazanacak olan mahkûmiyet hükmü, ikinci karar ise, bu ön hükmün üzerine inşa edilen ve önceki hükmün varlık kazanmasını

engelleyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Bu ikinci kararın en temel ve belirgin özelliği, varlığı devam ettiği sürece, ön hükmün hukuken sonuç doğurma özelliği kazanamamasıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek kanun yolu ise, 5271 sayılı CMK'nun 231. maddesinin, "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir" şeklinde hüküm altına alınan on ikinci fıkrasında açıkça "itiraz" olarak belirtilmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının üzerine inşa edildiği hüküm ise, bilahare davanın düşmesi kararı verildiğinde veya hükmün açıklanması ya da yeni bir hüküm kurulması halinde varlık kazanacağından ve ancak bu halde 1412 sayılı CMUK'nun 305 ve 5271 sayılı CMK'nun 223. maddeleri uyarınca temyiz edilebilme imkanına kavuşabileceğinden, bu aşamadan önce henüz hukuken varlık kazanmamış bulunan bu hükmün temyiz merciince denetlenebilme imkanı bulunmamaktadır.

Müşadere kararı güvenlik tedbiri olmakla birlikte hükmün bir parçası olduğu için, hükmün tâbi olduğu kanun yoluna tâbi olması gerekmektedir. Dolayısıyla açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müşadere kararına karşı ancak itiraz kanun yoluna başvurulabilecektir. Zira açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle henüz hukuken varlık kazanmamış bulunan hükmün temyiz merciince denetlenebilme imkanı bulunmayan bir aşamada, hükmün bir parçasını oluşturan müşadere kararının temyizen incelenebileceğini kabul etmek, bir bütün olan hükmün bir bölümünün itiraz, bir bölümünün ise temyiz kanun yoluna tâbi olacağı gibi çelişkili bir halin ortaya çıkması sonucunu doğuracaktır.

Diğer taraftan, müşadere kararının doğru olup olmadığının belirlenmesi için öncelikle eylemin sabit olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bu itibarla itiraz kanun yoluna tâbi bulunan açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükmün temyizen incelenmesi, dolayısıyla eylemin sabit olup olmadığının belirlenmesi mümkün olmayacak, bunun sonucu olarak eylemin sabit olduğu belirlenmeden eksik bir değerlendirmeye müşadere kararının doğru olup olmadığının tespiti usul ve kanuna aykırı olacaktır.

Öğretide de; "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları içinde verilen müşadere kararları da, asıl hükmün tâbi olduğu itiraz yasa yoluna tâbidir"(Yener Ünver-Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Cilt, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.308) şeklinde, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müşadere kararının itiraz kanun yoluna tâbi olacağına ilişkin görüş mevcuttur.

Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müşadere kararının denetimini yapacak olan itiraz mercii, Ceza Genel Kurulunun 22.01.2013 gün ve 534-15 sayılı kararında ayrıntılarına yer verildiği üzere, 5271 sayılı CMK'nun 267-271. maddeleri uyarınca hem maddi olay hem de hukuki yönden inceleme yaparak, öncelikle eylemin sabit olup olmadığını, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişiye ait bulunup bulunmadığını, eşyanın müşaderesine karar verilmesinin orantılılık kuralına uygun olup olmadığını değerlendirerek, sonuçta müşadere konusundaki kararın da isabetli bulunup bulunmadığını kapsayacak şekilde bir karar vermelidir. Ceza Genel Kurulunun 15.11.2011 gün ve 213 - 227, 05.10.2010 gün ve 183-186 ile 09.03.2010 gün ve 237 - 51 sayılı kararlarında, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine ilişkin kararların hüküm sayılması nedeniyle temyiz yeteneğinin bulunduğu ve gerek bir mahkûmiyete ek olarak gerekse bağımsız olarak verilen güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine ilişkin kararların, diğer yönleri itibarıyla kesin olan hükme her yönüyle temyiz edilebilirlik vasfı kazandırdığı, dolayısıyla açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde yer alan müşadere kararlarının temyiz kanun yoluna tâbi olması gerektiği ileri sürülebilir ise de, müşadere kararı ancak temyiz kanun yoluna tâbi olmakla birlikte miktar yönünden kesin olan hükmün, şartlarının bulunması halinde temyizen incelenmesine imkan sağlamaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ise itiraz kanun yoluna tâbi olduğundan, açıklanması geri bırakılan hükmün bir parçası olan müşadere kararı da buna bağlı olarak itiraz kanun yoluna tabi olacaktır. Diğer taraftan, 5271 sayılı CMK'nun "Özel Yargılama Usulleri" başlıklı beşinci kitabının, "Uzlaşma ve Müsadere" başlıklı ikinci kısmının, "Müşadere Usulü" başlıklı ikinci bölümünde yer alan 256 ila 259. maddelerinde, kamu davası açılmayan veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmeyen hallerde, müşadere kararının duruşma açılarak verileceği ve bu kararlara karşı başvurulacak kanun yolunun istinaf (istinafin henüz faaliyete geçirilmemiş olması nedeniyle temyiz) olduğu belirtilmiş olup, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümlerde yer alan müşadere kararları için bu kanun yolunun kabulü mümkün değildir. Zira ceza muhakemesinde kanun yolu, tarafların istemlerine göre değil, kanunun sistematiği ve

verilecek kaçak aracın alıkonulması halinde, esas hükümle birlikte beş yıllık erteleme sonucunda aracın beş yıl boyunca fiilen bekletilip bekletilmeyeceği ile durumunun belirsizliği sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanımızca Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu kararı yerinde değildir. Zira Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 17/10/2002 gün, 2002/13391 esas, 2002/14256 karar sayılı ilamında, 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'a göre verilen erteleme kararının itirazı kabil olsa bile, kararla verilen müsadere hükmünün temyize tabi olduğu belirtilmiştir. Buna göre mevcut içtihat değerlendirildiğinde, 4616 sayılı kanuna göre verilen erteleme kararına itirazda müsadere kararı inceleme dışında olduğunun kabulü gibi, HAGB kararı da itirazı kabil olduğu için aynı durumun HAGB kararları için de kabul edilerek birlikte verilen müsadere kararı için istinaf yolunun açık olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu şekilde verilen ceza yaptırımını hakkında itiraz makamınca inceleme yapıp bu yaptırımın beş yıllık ertelenmesi beklenecek, müsadere konusu alıkonulan araç yönünden ise istinaf makamınca süresinde bir karar verilerek belirsizlik ortadan kaldırılacaktır.^{303 304}

normları dikkate alınarak belirlenmelidir. Kanunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek kanun yolu hiçbir istisnaya yer vermeksizin açıkça itiraz olarak belirtilmiş olduğundan, hükmün bir parçası olan müsadere kararı da itiraz kanun yoluna tâbi olacaktır.

Bununla birlikte, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması nedeniyle hükmün henüz hukuken varlık kazanmaması ve beş yıllık denetim süresi göz önünde bulundurulduğunda, hak kayıplarına neden olunmasının önüne geçilebilmesi amacıyla, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda, TCK'nun 54/4. maddesinde belirtilen üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyalar hariç olmak üzere, müsadereye konu eşyanın denetim süresi içerisinde ve gerektirdiğinde belirlenecek şartlar dahilinde yediemin sıfatıyla sanığa teslimine karar verilip verilemeyeceği hususu da ayrıca yerel mahkemelerce değerlendirilmelidir.

Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Yerel mahkemece sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olup, bu karar itiraz kanun yoluna tâbi olduğundan, hükmün parçası olan müsadere kararının da itiraz kanun yoluna tâbi olması gerekmektedir. Dolayısıyla yerel mahkemece müsadere kararının temyiz kanun yoluna tâbi olduğuna karar verilmesi ve Özel Dairece de temyiz isteminin kabulü ile müsadere yönünden sınırlı inceleme yapılması usul ve kanuna aykırıdır.” CGK, 15.04.2014, 2012/6-1452 E, 2014/195 K, karar için bkz: www.yargitay.gov.tr. Aynı yönde görüş için: İçel, **a.g.e.** s. 711.

³⁰³ Konuyla ilgili olarak 22/09/2012 tarihinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu hukuki müzakere toplantısı raporunda “müsadere karar verilen nakil vasıtası araçların infazı hususunda tereddüt bulunmakta olup genel itibariyle esas hükümle beraber beş yıllık erteleme söz konusu ise de alıkonulan araçlar açısından hak mağduriyetlerine sebep olunabileceğinden müsadere karar verilen araçların talep halinde teminatla iadesinin ve/veya üzerindeki satılamaz devredilemez şerhinin baki kalmak kaydıyla sahibine iade yapılmasının doğru olacağı düşünülmektedir. Ancak asıl sorunun çözümü açısından hukuki düzenlemenin uygun olacağı belirlenmiştir.” şeklinde geçici bir çözüm

6. Eşya, Kazanç ve Nakil Araçlarının Müsaderesinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Durumu

İyi niyetli üçüncü kişi suçun işlenişine iştirak etmemiş, suçun işlendiğiyle ilgili bilgisi olmayan kimsedir.³⁰⁵ Diğer bir deyişle kişinin suça bulaşmamış olması, kendisine ait eşya, kazanç ya da aracın suça irtibatlandırılmış olduğundan hiçbir biçimde haberinin olmamasıdır. Yine iyiniyetli sıfatına sahip olabilmesi için kişinin, suçun işleneceğini de bilmemesi gerekir. Eyleme psikolojik ya da fiziksel olarak onay verenler, eylemi katkısıyla sonuca götürenler, işlenen fiille bağlantılı başka bir suç doğuran fiili işleyenler iyi niyetli sayılmaz.³⁰⁶ Yani kişi suça iştirak halinde olmasa bile suçun işleneceğini bilerek eşyayı tahsis ettiyse bu durumda iyi niyetli kabul edilmeyecektir.

Müsadereye konu eşyanın mülkiyetinin fail ya da suç ortaklarına ait olduğunun ispatlanması hali müsadere için yeterliyken, eşya mülkiyetinin üçüncü bir kişiye ait olması olumlu ya da olumsuz bir karar vermek için tek başına yeterli değildir. Bu konuda üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığının belirlenmesi gerekir.³⁰⁷ TCK'nun 54. maddesinin gerekçesinde iyiniyet kavramına değinilmiş ve *"...müsaderenin Anayasada yer alan mülkiyet hakkını zedelememesi için, suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın müsaderesine karar verileceği kabul edilmiştir. Ancak, bunun için, eşyanın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmaması gerekir. Başka bir deyişle, kişinin suçun işlenmesine iştirak etmemesi, suçun işlenişinden haberdar olmaması durumunda, sahibi bulunduğu eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile, müsadereye hükmedilemeyecektir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra*

getirilmiştir. Bkz: **Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantısı Raporu**, 3. Grup 3. Masa, Erzurum, 22/09/2012, Soru 4.

³⁰⁴ Öztürk/Erdem'e göre, Müsadere eyleme bağlıdır. Eylem suç değilse eşyanın müsaderesine karar verilemez. Suçun tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmamış olması veya tek başına ya da iştirak halinde işlenmiş olmasının önemi yoktur. Bu nedenle müsadere için kesinleşmiş mahkumiyet kararının varlığı gerekmektedir. Bkz: Öztürk, Erdem, **a.g.e.** s. 449.

³⁰⁵ Artuk vd., **a.g.e.** s. 929, Soyaslan, **a.g.e.** s. 582.

³⁰⁶ Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 423.

³⁰⁷ İbrahim Dülger, **a.g.e.** s. 216.

hareketlerine henüz başlanmamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir. Ancak bu eşyanın niteliği itibarıyla kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere hukuk medilecektir.” denilmiştir.³⁰⁸ Gerekçeğe göre iyiniyetli olma şartı suçun işlenmesine iştirak etmemiş olmak ve suçun işlenişinden haberdar olmamaktır.³⁰⁹

Daha önce yürürlükte bulunan 1918 sayılı Kanun’un 47. maddesinin uygulamasında, kanunda bulunmamasına rağmen Yargıtay İctihadi Birleştirme Kararı’na³¹⁰ binaen, aracın başkasına ait olması halinde de kaçakçılık suçlarında kullanılması durumunda zorarım kararı veriliyordu. Araç sahibi, aracını kendi iradesi dışında kullanıldığını ispat etmesi hallerinde müsadere aracını kurtarabilmekte idi. 4926 sayılı Kanun’da ise, bu konuda açık bir hüküm bulunmamakta, 765 sayılı TCK’nun 36. maddesinde öngörülen suçta kullanılan eşyanın zorarımı için aradığı “kullanılan ... eşya filde methali olmayan kimselere ait olmamalı” şartı

³⁰⁸ Ayrıca bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya, **a.g.e.** s. 929.

³⁰⁹ İyiniyetin tespiti bakımından ilgili Yargıtay kararları: “Alanya İlçe Emniyet Müdürlüğünün 9.2.2005 günlü yazısına göre, suçta kullanıldığı iddia olunan 07 D 8885 plaka sayılı aracın H.A.adına kayıtlı olduğu bildirilmiş, sanık A.T. ise otonun kendisine ait olduğunu ifade etmiş olup haricen satın alındığı anlaşılmakla, 765 sayılı TCK’nun 36. maddesi ve 5237 sayılı Yasanın 54. maddesi hükümleri uyarınca, suçta kullanılan eşya filde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla müsadere edilebileceği cihetle 07 D 8885 plakalı aracın suç tarihi itibarıyla kime ait olduğu H.A. ’ da dinlenerek oluşacak sonuca göre müsadere konusunda bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hükme varılması...” (Y 5CD 2006/1497-2006/4092)

“Kahramanmaraş Trafik Tescil ve Denetleme Müdürlüğünün 13.10.2003 günlü yazı içeriğine göre, suça konu 34 TV 795 plakalı aracın ,trafikte A.A. adına kayıtlı olduğunun bildirilmesi , sanık E.A. ’nun ise aracın kendisine ait olduğunu belirtmesi karşısında; kayıt sahibi olan şahsın tanık olarak bilgisine başvurulup, aracı sanığa satıp satmadığı, satış işlemi gerçekleşmemiş ise,aracın hangi amaçla sanıkta bulunduğu, kullanmasına izin verip vermediği, suçta kullanıldığından haberi olup olmadığı hususları duraksamaya yer bırakmayacak biçimde saptandıktan sonra, sonucuna göre araç hakkında bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile yetinilip, yazılı biçimde aracın zorarımına karar verilmesi...” (Y 6 CD 18.4.2007 tarihli kararı),

“Suçta kullanılan aracın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla müsadere karar verilebileceği nazara alınarak kayıt malikinin bu konuda dinlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi...” (Y 5.CD, 2007/2463- 2007/3583),

‘Suçta kullanılan ve yedieminde bulunan 73 DU 057 plakalı minibüsün müdahil F.K adına ruhsatlı olup,sanık T.A ’ın bu araçta şoför olarak çalıştığı ve müdahilin bilgisi olmaksızın göçmenleri taşıdığı anlaşılmakla , 5237 sayılı TCK’nın 54.maddesi uyarınca aracın ruhsa sahibine iadesi yerine yazılı şekilde zorarım kararı verilmesi...” (Y 8 CD ,5.4.2007, 2006/5415-2007/2861). Kararlar için bkz: Dülger, **a.g.e.** s. 866. Ünver, Hakeri’ye göre, Kanunda belirtilen iyiniyet ölçütü yerinde değildir. Esas alınacak ölçüt, hukuka aykırılığı bilerek malını kullandırma olup olmadığıdır. Üçüncü kişinin failin hukuka aykırı amaç ve eylemini bilip bilmediği önemlidir. Ünver, Hakeri, **a.g.e.** s. 423.

³¹⁰ “....47. maddenin sarahati dairesinde müsadere için kâfi olup, mal sahibinin bu hususta rıza ve muvafakatinin inzıam etmesi icap etmeyeceğine, ilk oturumda üçte iki çoğunluk olmadığından, ikinci oturumda mutlak çoğunlukla karar verildi.” (İç.B.B.G.K. 5.4.1950 T. 21 E. 7 K). Karar için bkz: Albayrak, **a.e.** s. 231.

aranmaktaydı. Kanun koyucunun burada bilinçli olarak düzenleme yapmadığının kabulü gerekmektedir. Çünkü 12.01.1932 tarihinde yürürlüğe giren 1918 sayılı Kanun'un 47. maddesinde, bu düzenleme yapılmamış ve bu boşluk ihtiyaca binaen yukarıda zikrettiğimiz 1950 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'yla doldurulmuş idi. Bunun farkına varan yasa koyucu da 31.08.1956 tarihinde kabul ettiği 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 108. maddesinde bu konuya önem verdiğinden *“kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan canlı ve cansız bütün nakil vasıtaları kime ait olursa olsun idarece zapt ve mahkemelerce müsadereyesine hükmolunur.”* açık hükmünü kanuna koymuştur. Kaldı ki aynı günlerde(01.07.2003) TBMM'de görüşülüp kabul edilen 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nda aynı yönde düzenleme kabul edilmiştir. Yani suç aletleri başkasına ait olsa bile zoralarını öngörmüştür.³¹¹ 4926 sayılı kanundaki müsadere sistematığı büyük ölçüde 5607 sayılı kanunda da korunduğundan ve TCK'na yapılan atıf gereğinden olarak iyiniyetli üçüncü kişilerin nakil araçları üzerindeki mülkiyet hakları, şartlarının varlığı halinde korunacaktır.

Müsadereye konu nakil aracının üçüncü bir kişiye ait olması ve bu kişinin iyiniyetli olması durumunda eşyanın müsadereyesine hükmetmek mümkün olmayacaktır. Fakat aidiyet koşulunun ne zaman aranacağı eşya müsadereesi için önemlidir.³¹² Bazı yazarlarca müsadereye konu eşyanın kime ait olduğunun, suçun işlendiği anın dikkate alınarak belirlenmesi ve suçun işlendiği zaman diliminin önemli olduğu görüşünderken,³¹³ aksi düşüncede olanlar ise aidiyetin suçu işlendiği ana göre değil müsadere kararının verildiği anda aranacağını belirtmektedirler.³¹⁴

Belirtmek gerekir ki, KMK yönünden gerek suçun işlendiği ana gerekse de müsadere kararının verildiği ana göre tek başına değerlendirme yapmak nakil araçlarının müsadereesinde iyiniyetin gözetilmesi için yeterli değildir. Öncelikle suçun işlendiği zaman dikkate alındığında, taşıma aracı olan hayvan örneğinde, bu hayvanın suçtan sonra iyiniyetli üçüncü kişiye devrinde bu kişinin mülkiyet hakkı korunmayarak araç müsadere edilecektir. Müsadere anında ise, örneğin bizatihi kendisinin kaçak olması nedeniyle müsadereye tabi olan otomobillerde, müsadere

³¹¹ Albayrak, **a.e.** s. 231 vd.

³¹² Dülger, **a.g.e.** s. 221.

³¹³ Sedat Bakıcı, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 1114.

³¹⁴ İzzet Özgenç, **a.g.e.** s. 685.

kararı sırasında iyiniyetli üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı dikkate alınmayarak araçlar yine müsadere edilmektedir. KMK'na göre iyiniyetin tespitinde her somut olayın kendi özelliklerine göre hareket edilmesi, buna göre üçüncü kişilerin durumu belirlenmelidir.

Kanunda yer alan “bilerek” ifadesi gereğince, nakil aracının müsadere için kaçak eşyanın naklinin bilinmesi fail açısından bir zorunluluktur. Nakil aracının bizzat kaçak eşyanın sahibinin sevk ve idare etmekte ise, bu unsurun gerçekleştiğinin kabulü kolaysa da, sürücünün başkası olması halinde sadece yükleyen değil, bizzat aracı kullananın aracına yüklenen eşyanın kaçak olduğunu bildiği halde bunu nakletmeyi kabul etmesi gerekir. Bununla beraber aracın üçüncü bir kişiye ait olması ve bu kişinin de bilerek hareket ettiğini, yani aracın kaçak eşyanın naklinde kullanılmasını bildiği ve istediği ispat edilmedikçe müsadere hem KMK uygulamasına hem de Anayasa'ya aykırı olacaktır.³¹⁵

İyiniyetli üçüncü kişiler açısından müsadere dikkat edilecek en önemli kriter, bu kişilerin sahibi olduğu aracın suçta kullanılmaması yönünde gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne uyup uymadığıdır. Benzer bir konuda Anayasa Mahkemesi, kaçak orman mallarının taşınmasında kullanılan canlı veya cansız tüm ulaşım araçlarına, kime ait olursa olsun, idarece müsadere edileceği hükmüne (Orman Kanunu mülga madde 108/4) karşı yapılan iptal başvurusunu reddetmiştir.³¹⁶ Burada

³¹⁵ Erman, **Kaçakçılık Kanunu Şerhi**, s. 250 ve 251, Erman, **Ticari Ceza Hukuku**, K. 2, 260. Ayrıca Yargıtay'ın kamyon şoförünün naklettiği eşyanın kaçak olduğunu bilmemesi nedeniyle beraatine karar verilmesi halinde aracın müsadere edilemeyeceğine dair kararına ilişkin olarak bkz: Erman, **a.g.e.** s. 250.

³¹⁶ Anayasa Mahkemesi, 21/09/1966, 1966/14 E., 1966/36 K., www.anayasa.gov.tr
Benzer bir konuda Anayasa mahkemesi başvuru konusu olayda, Orman İdaresi tarafından başvurunun 4915 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 24. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümleri uyarınca "Merkezî Av Komisyonu tarafından belirlenenler dışında ışık yayan araçla avlanma" kabahati nedeniyle idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Başvuru konusu kamyonetin de "avda kullanılmasına izin verilmeyen vasıta" ve "ışık yayan araç" nitelendirilmeleriyle 4915 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrası, 20. maddesinin ikinci fıkrası ve 28. maddesinin ikinci fıkrası hükümleri uyarınca mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilmiştir. Karar “Avlanma yasakları kapsamında öngörülen ve başvuru sahiplerinin aracının mülkiyetinin kamuya geçirilmesi sonucuna yol açan kabahatle korunan menfaat, özünde ekonomik bir nitelik taşımamaktadır. Diğer bir ifadeyle, parasal karşılığı bilinen bir taşıt ile parasal bir değer atfedilemeyecek bir kamusal menfaat arasında gerçek anlamda bir mukayese yapılması ise mümkün bulunmamaktadır. Bu durumda, izin verilmediği hâlde "geceleyin ışık yayan kara vasıtasıyla" avlanma kabahatinde kullanıldığı gerekçesiyle başvuru sahiplerinin aracının mülkiyetinin kamuya geçirilmesi olayı bakımından kabahatin hukuki konusu ve önemi, korunan menfaat, başvuru sahiplerinin davranışları ile kabahat eylemi arasındaki illiyet bağı dikkate alındığında, başvuru sahiplerinin mülkiyet haklarına yapılan müdahalenin av ve yaban hayatı kaynaklarının korunmasına ilişkin kamu yararına

Anayasa Mahkemesi kararının en önemli yönü, sorumlu tutulan kişilerin kusur durumlarına göre sorumluluk esasından bahsetmiş olmasıdır. Buna göre iyiniyetli üçüncü kişi yükümlü olduğu dikkat ve özeni göstererek yasak eylemin işlenmesine engel olmamaktan doğan ve böylece sorumlu tutulan kişinin davranışı ile ortaya çıkan sonuç arasında nedensellik ilişkisi kurulmaktadır. Bu tespit gereğinden olarak, KMK'nun 13/1-2. cümlede yer alan “bilerek” ifadesinden anlaşılması gereken, iyiniyetli üçüncü kişinin en azından neticeyi öngörülebilirlik açısından kusur ya da ihmalinin aranması gerektiğidir.³¹⁷ İlk ihtimalde kaçakçılıkta kullanılan aracı faile veren kişi aracın suçta kullanılacağını bilerek vermiştir ve bu durumda iştirak durumuna göre cezalandırılır. İkinci ihtimalde eğer kesin olarak bilmesede, suçta kullanılacağını tahmin etmiş, buna karşın sonucu göze alarak aracı vermiştir ki bu durumda yine suça iştirak iradesi bulunmaktadır. Üçüncü ihtimal ise, araç sahibinin aracın suçta kullanılacağını bilmemesi, başka bir amaç için kullanıldığını sanması, bu konuda yanılgıya düşmüş olmasıdır. Son ihtimalde üçüncü kişinin somut olayın özelliklerine göre üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerin getirip getirmediğinin araştırılması gerekir.³¹⁸ Örneğin, bir nakliye firmasının aracının birden fazla kez gizli bölme hazırlanarak kaçakçılık eyleminde kullanılması halinde, artık üçüncü kişi olan nakliye firmasının burada, kendi araçları üzerinde iş tanımına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını denetlediği, basiretli bir tacir olarak davrandığı, buna bağlı olarak dikkat ve özen yükümlülüğüne uyduğundan bahsedilemeyecek ve araç müsadere edilecektir.³¹⁹

dayalı meşru amaç ile başvurusunun menfaatleri arasında olması gereken adil dengeyi bozmadığı ve ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.” şeklinde gerekçelendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 28.09.2016, 2014/5167 E.,2016/29891 K. www.anayasa.gov.tr

³¹⁷ Kayıhan İçel, **Kaçakçılıkta Kullanılan Üçüncü Kişilere Ait Araçların Zorahımı**, İÜHFM, Sayı 1-4, 1980, s. 304.

³¹⁸ Centel/Zafer/Çakmut ise, burada araç sahibinin gereken dikkati ve özeni göstermediğinden söz edilerek, aracın müsaderesine karar verilmesinin hatalı olacağı, olayda kusuru bulunmayan kişinin malının müsaderesine karar verilmemesi gerektiği görüşündedir. Bkz: Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.** s. 759.

Özgenç ise, suçun işlenmesine tahsis edilen eşyanın, tahsiste devamlılık ve bilinçlilik söz konusu olduğundan, iyiniyetli olma halinin varlığından söz edilemeyeceği görüşündedir. Ancak belirtmek gerekir ki, burada belirtilen tahsis durumu failin bizzat olayda kendi aracını kullanması hali için geçerli bir durumdur. Aracın üçüncü kişiye ait olması durumunda yine bu kişinin iyiniyetinin tespiti bakımından somut olayın özelliklerine göre, üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerin getirip getirmediğinin araştırılması gerekir. Bkz: Özgenç, **a.g.e.** s. 759.

³¹⁹ “... sanığın savunmasında kabul ettiği gibi mahkum olan diğer sanıkla birlikte 27/01/2007 tarihinde Nusaybin ilçesinden yola çıktıkları, 29/01/2007 tarihinde Yarımca Sanayi Sitesinde yakalandıkları anlaşılmakla, mesleği şoförlük olan ve 2 gün boyunca kaçak eşya taşıyan kamyonetle

Önceki açıklamalarda belirtildiği üzere TCK'nun 54/4. maddesi gereğince üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilmektedir. Uygulamada müsadereyle ilgili bir başka sorun, TCK'nun 54/4. maddesiyle uyumlu olarak KMK'nun "Tasfiye" başlıklı 16. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen, bizatihi eşyanın bu kanunda tanımlanan suçların konusunu oluşturması dolayısıyla müsadere edilmesidir. Çalışmamızın "Alıkoyma İşleminde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Durumu" başlıklı kısmında belirttiğimiz üzere,³²⁰ ithalatçı firmalarla yurtdışından ithal edilen lüks araçların, yurda giriş beyannamelerinde fatura kıymetlerindeki farklılıklardan ötürü gümrük kaçağı haline gelmesi, bu nedenle ilk olarak araçlara elkoyma ve alıkoyma işlemlerinin gerçekleştirilmesi, daha sonra araçların tasfiye işlemine tabi tutulduktan sonra bedelinin müsadere edilmesi uygulamadaki başlıca sorunlardan biridir. Devlete güvenilerek resmi yollarla satın alındığı halde bu kişilerinin araçlarının iade edilmemesi devlete olan güveni zedelemekte ve mülkiyet hakkını ölçüsüz şekilde kısıtlamakla birlikte, yapılması gereken daha önce de belirttiğimiz üzere KMK'nun 16. maddesinin 1. cümlesinin değiştirilmesi, cümlelerin başına ek olarak *"idarenin resmi kayıtlarına güvenilerek edinilen eşyaların sahiplerinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 55/3. maddesindeki hakları saklı kalmak koşuluyla"* ibaresini getirmektir. Bu durumda yalnızca resmi kayda dayalı olarak edinilen eşyalarda iyiniyetli üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı korunacak, cumhuriyet savcılığı veya mahkemece müsadere işlemlerinden önce bu şartların varlığı aranacaktır.³²¹ Bununla beraber her ne kadar KMK m. 16/1-1. cümledeki *"Bu Kanunda tanımlanan suçların konusunu oluşturması dolayısıyla müsadere yaptırımının uygulanabileceği eşya, sahibine iade edilemez."* şeklindeki düzenleme, kanunun "Tasfiye" başlıklı bölümünde düzenlenmiş ise de, düzenlemenin doğrudan kaçakçılık eyleminin konusu olan eşya

diğer sanık ile yolculuk yapan sanığın suça konu eşyadan haberi olmadığına dair suçtan kurtulmaya yönelik savunmasına itibar edilerek mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi yasaya aykırı bulunarak hükmün bozulmasına..." Y. 7. CD., 13/11/2012, 2011/6881 E., 2012/28282 K., www.emsal.yargitay.gov.tr

³²⁰ Bk: Çalışmamızın "Alıkoyma İşleminde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Durumu" başlıklı kısmı, s. 74.

³²¹ Özgenç burada, 5237 sayılı TCK'nun 55. maddesinde, kazanç müsaderesiyle bağlantılı olarak kaim değer müsadereğine ilişkin hükme yer verilmesine rağmen, suçtan elde edilen veya suçun konusunu oluşturan eşyayı suç tamamlandıktan sonra iktisap eden kişinin, iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın elindeki eşyaya elkonulduğu ve müsadere edildiği, haksızlığa sebep olan bu uygulamanın önüne geçilebilmek amacıyla 55. maddeye eklenen 3. fıkranın yeterli olduğu kanaatindedir. Bkz: Özgenç, **a.g.e.** s. 828.

veya aracın fiilen alıkonulması ve sonrasında müsadereyi öngörüldüğü için, kanunun müsadere kısmında düzenlenmesi gerekirdi.

Yukarıda bahsedilen müsadere sorunu, davalara dahil olan araç sahiplerini mağdur etmiş, mahkemelerce yeknesak bir uygulama geliştirilememiştir. Sonrasında kanun koyucu mevcut soruna ilişkin 5607 sayılı kanuna geçici madde ekleyerek çözüm getirmeye çalışmıştır. 5607 sayılı KMK'na 18/01/2017 tarihinde eklenen geçici 10. maddesi³²² *“(1) Bu Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca gümrük vergilerinin kısmen eksik ödenmesi nedeniyle açılan kamu davalarında, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce el konulan ve müsadere kararı verilmemiş kara taşıtları ile ilgili olarak;*

a) Taşıtın tasfiyesinin tamamlanmamış olması,
b) Bu maddenin yürürlüğe girdiği ayı takip eden altıncı ayın sonuna kadar ilgili gümrük idaresine başvurulması ve taşıtın ilk iktisabında ödenmesi gereken özel tüketim vergisinin %25'ine tekabül eden tutarın başvuru tarihinden itibaren bir ay içinde ilgili tahsil dairesine ödenmesi,
şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde el koyma kararı kaldırılır ve el konulan aracın sahibine iade edilmesine karar verilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen kamu davalarında, eşyanın müsadere yerine eşyanın gümrüklenmiş değerinin ödenmesine karar verilir.

(3) Birinci fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları tespit etmeye Adalet Bakanlığı ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı müştereken yetkilidir.” şeklinde geçici bir çözüm getirmiştir. Buna göre araçlarına elkonulan araç malikleri, bu maddenin yürürlüğe girmesinden sonraki altı ay içerisinde aracın yurt içine ithalinde ödenmesi gereken özel tüketim vergisinin %25'inin ödemesi halinde, araçların elkoyma ve varsa alıkoyma kararları kaldırılır. Bunun yanında elkonulan araçların tasfiyesinin de tamamlanmamış olması gerekir. Zira tasfiyesi tamamlanmış araçların bedeli araç sahibine ödenmez, yargılamadaki sonuca göre karar verilir.

Belirtmek gerekir ki, yasa koyucunun burada getirdiği çözüm bir nevi af niteliğinde olmakla, ileriye dönük kesin bir çözüm getirmemektedir. Öncelikle kanun

³²² 6770 sayılı kanunun 31. maddesi.

maddesi, haklarında dava açılıp elkonulan araçlara ilişkin bir düzenlemedir. Bu nedenle kanun düzenlemesinden sonra aynı sebeple elkonulan araçlara bu madde uygulanamayacak, uygulamada yeniden bahsedilen sorunlar ortaya çıkacaktır. Kaldı ki araç ithalatlarında soruna neden olan husus çoğu zaman eksik ÖTV ödemesinden kaynaklanmayıp, distribütör firmaların ek kıymet beyanlarının Gümrük İdaresi'nce dikkate alınmaması sonucu oluşan araç bedellerindeki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Hal böyleyken ÖTV ödenen araçlarla ilgili olarak devletin resmi kayıtlarına güvenerek araç iktisap eden araç sahiplerinden, yeniden %25 oranında ÖTV ödeme şartıyla araç iade etmek mükerrer vergilendirmeye sebep olacak ve hakkaniyete aykırı bir durum oluşacaktır.

SONUÇ

Kaçakçılık suçları, gerek işlendikleri ülkede büyük vergi kayıplarına neden olması, gerekse de terör örgütlerinin finansmanında önemli bir yere sahip olması nedeniyle üzerinde durulması gereken suçlardandır. Bu suçların önlenmesi ve işlenmesi halinde cezalandırılabilme kabiliyetinin arttırılması, buna karşılık şüpheli veya sanıkların anayasa ve kanunlardan doğan temel haklarının korunması, suçlara giden delil ile emarelerine etkin ve hukuka uygun olarak ulaşılabilmelerini zorunlu kılmaktadır. Bahsedilen etkinliğin sağlanması, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda ayrıca düzenlenen arama ve elkoyma işlemlerinin mevzuat ve usul hükümlerine uygun olarak yapılabilmesiyle mümkün olacaktır. Suça ilişkin olarak kişilerin üstü, konutu, işyeri, nakil aracı, gümrük salonları ve gümrük kapılarındaki yükleri usulüne uygun olarak aranır ve elde edilen suç delilleri ile bizatihi suçun konusunu oluşturan kaçak eşyalara elkonulur. Elkonulan bu eşyalar da güvenlik tedbiri olarak müsadere edilecektir.

KMK'nda arama işlemi açısından sistematik olarak, aranılan eşyalar her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu madde olarak sayılmış, bunların bulundukları yerler hakkında da her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerleri şeklinde genel bir belirtme yapılmıştır. Nitekim yapılan açıklama tahdidi olmayıp, kanun koyucu burada genel bir anlatım şekli benimsemiştir.

Burada esas önemli olan KMK m. 9/1'de belirtilen yerlerde ve bunun gibi makul şüphe bulunan diğer durumlarda yapılacak arama ve elkoymalarda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na doğrudan atıf yapılmış olmasıdır. Bu bakımdan CMK'nda arama ve elkoyma hakkındaki hükümler aynı şekilde KMK kapsamındaki kaçakçılık suçları açısından da geçerli olacaktır. Buna göre arama, kaçakçılık suçlarının ortaya çıkarılma amacının birer aracıdır. Amaç ise maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve verilecek hükmün infazını sağlamaktır. Bu tedbirler, tek başlarına bir anlam ifade etmeyen, yargılama sürecinde yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için kullanılan ve verilecek hükmün infazının yerine getirilebilmesi için kullanılan birer araç niteliğindedir.

CMK'ndaki arama hükümleri özellikle gümrük salonları ve gümrük kapıları dışındaki yerler açısından büyük ölçüde doğrudan uygulanabilir hükümlerdir. Diğer kanunlardan farklı olarak gümrük görevlilerine, yazılı bir merci kararı bulunmaksızın Türkiye Cumhuriyeti toprakları, karasuları, iç suları ve hava sahasını kapsayan bölgelerde, Türkiye gümrük bölgesine giriş ve çıkış yapılan, içerisinde belli yolların takip edilmesi zorunlu olan, Türkiye'de nerede bulunacağı Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Müsteşarlığı'nca belirlenen sınır bölgelerinde, gümrükten geçirilecek eşyalara ilişkin muayenenin yapılacağı ve kırmızı, sarı, mavi ve yeşil hatlarda gümrük görevlileri, kuşku derecesindeki bir saikle arama yetkisi verilmiştir. Burada bahsedilen gümrük görevlileri, KMK'nun 9. ve 19/1. maddeleri gereğince gümrük muhafaza memurlarıdır. Bu görevlilere CMK'ndan farklı olarak bahsedilen yetki Gümrük salon ve kapılarında, uluslar arası ticaret sisteminin karmaşık yapısından kaynaklanan zorlukları aşmak ve etkin mücadeleyi tesis edebilmek, gümrük bölgelerinde ticari hayatın akışını kesmeden gerekli denetimleri yapabilmek amacıyla verilmiştir.

Ceza muhakemesindeki adli arama-önleme araması ayırımı KMK açısından da önem arz etmektedir. Önleme araması PVSK m. 9 ve AÖAY m. 18'de tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla maddede belirtilen yerlerde kişilerin üstlerinin, araçlarının, özel kağıtlarının veya eşyasının aranması, alınması gereken tedbirlerin alınması, suç delillerinin koruma altına alarak CMK hükümlerine göre gerekli işlemlerinin yapılması şeklindedir. Burada dikkat edilmesi gereken, nakil araçlarıyla işlenen kaçakçılık suçlarında, önceden alınan önleme araması kararı ile suça yönelik detaylı arama yapılamayacağıdır. Suçüstü hali dışında, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi, önleme araması neticesinde delillerin elde edileceği yönünde makul şüpheye varılmışsa durdurulan araç gerekli tedbirler alınarak idarenin güvenli alanına çekilmeli, alınan adli arama kararı neticesinde elde edilen delil ve kaçak eşyalara elkonulmalıdır.

Kaçakçılık suçlarındaki elkoyma işleminde de arama işleminde olduğu gibi, KMK'nda özel düzenleme bulunmadığı hallerde CMK'nun elkoyma tedbiri hakkındaki düzenlemeleri aynen uygulanır. Buna göre hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma

işlemini gerçekleştirebilir. Her ne kadar uygulamada yazılı emirle alınan elkoyma kararları hakkında CMK’nda kararların onaylanması şeklinde düzenleme bulunmadığından bahisle hakimliklerce elkoyma işleminin onaylanma talebi hakkında ret kararları verilmekte ise de bu doğru bu uygulama değildir. Zira Anayasa’nın 20/2. maddesinde açıkça yetkili mercin kararının hakim onayına sunulması gerektiği düzenlenmiştir. Bunun yanında postada elkoymalarda, olağan elkoymalardan farklı olarak kolluk amirlerine yazılı emirle elkoyma yetkisi verilmemiştir.

Kaçakçılık suçlarında CMK hükümlerinin uygulanmasının yanında, bu suçlarda kullanılan nakil araçlarıyla ilgili Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, CMK’ndan farklı olarak alıkoyma tedbirini düzenlemiştir. KMK’nun 10/1. maddesine göre kaçakçılık suçlarında nakil araçlarının kullanılması durumunda, araçlara sadece UYAP üzerinden sicile şerh düşülmek suretiyle elkoyma işlemi yapılmaktayken, 2. fıkra da belirtilen alıkoyma ise şartların gerçekleşmesi halinde, kayıt üzerinden elkonulan aracın fiilen el altında tutulması, hakimiyet altına alınması nedeniyle özel bir koruma tedbiridir. KMK’nun 13. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına girmesi, Türkiye’de sicile kayıtlı olmaması ya da soruşturma ve kovuşturma devam ederken, kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması halinde, elkonulan araç alıkonulacaktır.

Çalışmamızda ayrıntılı olarak bahsedildiği üzere, bu tedbirle ilgili uygulamada en sık rastlanılan sorunlardan biri, ithalatçı firmalar tarafından yurtdışından ithal edilen lüks araçların, yurda giriş beyannamelerinde fatura kıymetlerindeki farklılıklardan ötürü gümrük kaçağı haline gelmesi ve bu nedenle araçlara elkoyma ve alıkoyma işlemlerinin gerçekleştirilmesidir. Buradaki esas sorun araçların, geçen zaman içinde birden fazla el değiştirmesi ile devletin resmi kayıtlarına güvenerek aracı kullanan iyiniyetli üçüncü kişilerden de geri alınmasıdır. Mevcut uygulamada devletin resmi kayıtlarına güvenerek araç devralan kişilerin bu güven duygusu zedelenmekte ve mülkiyet hakları orantısız şekilde kısıtlanmaktadır. Burada kanaatimizce yapılması gereken, KMK’nun 16. maddesinin 1. cümlesinin değiştirilmesi, cümle başına ek olarak *“idarenin resmi kayıtlarına güvenilerek edinilen eşyaların sahiplerinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun m. 54/1-son cümlesindeki hakları saklı kalmak koşuluyla”* ibaresini getirmektir. Bu durumda

yalnızca resmi kayda dayalı olarak edinilen eşyalarda iyiniyetli üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı korunacak, cumhuriyet savcılığı veya mahkemece elkoyma ve alıkoyma işlemlerinden önce bu şartların varlığı aranacaktır.

Deniz yoluyla işlenen kaçakçılık suçlarında ise, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun yanında "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi" ve Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak 31 Ocak 1995 tarihinde kabul edilen "Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 17. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Deniz Yoluyla Yapılan Kaçakçılıkla Mücadele Anlaşması" karşımıza çıkmaktadır. Burada ülkemiz Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 17. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Deniz Yoluyla Yapılan Kaçakçılıkla Mücadele Anlaşması'na doğrudan tarafken, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne siyasi nedenlerle akit taraf değildir. Ancak bu sözleşmenin kaçakçılık suçlarına ilişkin arama ve elkoyma hükümleri fiiliyatta uygulanır durumdadır.

Elkoyma işlemi neticesinde yetkili makamlarca elkonulan eşya, delil veya araç hakkında, soruşturma veya kovuşturmanın sonucuna göre sahibine iade veya müsadere kararı verilecektir. Bunun yanında Gümrük idarelerine, yargılamanın uzun sürebileceği veya çabuk bozulma, telef olma tehlikesine maruz kalabilecek veya saklanması külfetli veya masraflı olan eşyanın muhafazasında sıkıntı yaşanabileceğinden müsadere kararının uygulanabilmesi için tasfiye yetkisi verilmiştir. Bu işlem, toplum ve çevre sağlığı yönünden tehlikeli ve zararlı eşya ile atık maddeler yönünde imha, diğer eşyalar yönünden ise Gümrük Kanunu m. 180'e göre yapılan satış işlemidir.

Yetkili makamlarca elkonulan eşyanın suçun işlenmesine tahsis edildiği veya suçtan elde edildiğinin tespit edilmesi halinde müsadere karar verilecektir. Eşya ve kazanç müsadere bakımından da Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu TCK'nun eşya ve kazanç müsadere hükümlerine atıf yapmıştır. Buna göre TCK'nun eşya müsadere düzenleyen 54. maddesi ile kazanç müsadere düzenleyen 55. maddesi kaçakçılık suçları yönünden doğrudan uygulanacaktır.

Kaçakçılık suçlarında kullanılan nakil araçları yönünden ise 5607 sayılı kanun özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre suçta kullanılan nakil aracının müsadere için, suçun işlenişi kolaylaştıracak gizli tertibat hazırlanmış olması, kaçak

eşyanın aracın taşıma aracı yükünün ağırlıklı bölümünü oluşturması veya taşımada aracın muhakkak gerekli olması ile Türkiye'ye girmesi veya Türkiye'den çıkması yasak veya toplum ile çevre sağlığı açısından zararlı maddelerden olması şartlarından birinin varlığı halinde araç hakkında müsadere kararı verilecektir.

Gerek eşya ve kazanç müsadereyi gerekse de nakil aracının müsadereyi yönünden iyiniyetli üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı korunacaktır. Eşyayı sonradan iktisap eden kişinin suçun işlenmesine iştirak etmemesi, suçun işlenişinden haberdar olmaması durumunda, sahibi bulunduğu eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile, müsadereye hükmedilemeyecektir. İyiniyetin tespiti, kanunda hakime verilen takdir yetkisi dikkate alınarak olay öncesi, olay anı ve olay sonrası somut olayın özellikleri göz önüne alınarak tespit edilecektir.

Eşya ve kazanç müsadereyi iyiniyetin varlığı halihazırda TCK'nun 55/3. ve 54/1. maddeleriyle korunuyorken, kaçak eşyanın naklinde kullanılan araçlar bakımından Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi "kaçak eşya taşımasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen" ifadesiyle farklı bir düzenleme getirmiştir. Burada dikkat edilecek husus araç sahibi üçüncü kişilerin sahibi olduğu aracın suçta kullanılmaması yönünde gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne uyup uymadığıdır. Buna göre, iyiniyetli üçüncü kişi yükümlü olduğu dikkat ve özeni göstererek yasak eylemin işlenmesine engel olmamaktan doğan ve böylece sorumlu tutulan kişinin davranışı ile ortaya çıkan sonuç arasında nedensellik ilişkisi kurulmaktadır. Bu tespit gereğinden olarak yapılması gereken iyiniyetli üçüncü kişinin neticeyi öngörülebilme açısından kusur ya da ihmalinin aranması gerektiğidir.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Batuhan:** Gümrük İşlemlerine Tabi Tutmadan Ülkeye Sokma Suçu Üzerine Bir İnceleme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2015, sayı 121
- Albayrak, Mustafa:** Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda Düzenlenen Zorallm Hükümleri Üzerine Bir İnceleme, TBB Dergisi, Sayı 53, 2004
- Anlar, Şule Güneş:** Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Ve Deniz Çevresinin Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007
- Arslan, Mualla Buket:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mialilhe/Fransa Karar ,İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2009, Sayı 16
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya Caner:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, 2005
- Aydın, Murat:** “5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları”, Yayınlanmış Doktora Tezi, Konya 2011

- Bakıcı, Sedat:** 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007
- Beccaria/Cesar:** Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, 3.Baskı, Mart 2013
- Bahadırhan, Tabak:** Kaçakçılık Konusu Eşya Hakkında Arama Elkoyma Tasfiye ve Müsadere İşlemleri, İstanbul Fikir Enstitüsü Yayınları, Mart 2016
- Bodur, Halil:** Şüphe, Makul Şüphe ve Arama Hukuku, MÜHFD, Y. 2006, S. 1, İstanbul
- Centel, Nur/Zafer, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2010
- Centel, Nur/Zafer, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 4. Bası, İstanbul, 2006
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Baskı, İstanbul, 2008
- Crosby, İan:** Trafik ve Ceza Hukuku, Portland'ın Malvarlığı Müsadere Programı: Taşıta Elkoymanın “Problemli” Alkollü Sürücüler Arasında Tekrar Tutuklamayı Azaltmadaki Etkinliği, Çev. Selman Dursun, Seçkin

Yayınları, Ankara, 2006

Çıldır, Şentürk/Denizhan, Hüseyin:

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda Arama ve Elkoyma Usulü, Ankara Barosu Dergisi, sayı 3, Yaz 2008

Çilesiz, Seyfettin:

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması ve 5576 Sayılı Kanunla Değişik 5015 Sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Kaçak Petrol Suçları, Ankara 2008

Çolak, Haluk/Taşkın, Mustafa:

Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2007

Döner, İsa:

Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinde Koruma Tedbirleri Olarak Arama, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Kültür Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir:

Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2, 11. Baskı, İstanbul, 1997

Dülger, İbrahim:

2. Türk Ceza Hukuku Reformları Kongresi, Cilt 1, İstanbul, 30 Mayıs-06 Haziran 2015

Ece, Nur Jale/Açıkel, Aslıhan Erbaş:

Uluslararası Deniz Hukuku'nda Kıyı Devletinın Gemilere Elkoyma

- Yetkisinin Sınırları Sempozyumu,**
Trabzon, 24-25 Mart 2011
- Erman, Sahir:**
Kaçakçılık Kanunu Şerhi, Kervan
Yayınları, İstanbul, 1973
- Erman, Sahir:**
Kaçakçılık Suçları, Ek 1, 1982-1983
- Erman, Sahir:**
Kaçakçılık Suçları, Ek 2, 1985
- Erman, Sahir:**
Sosyal ve Ticari Ceza Tatbikatı, Özel
İktisadi ve Ticari İlimler Yüksek
Okulu Yayınları, İstanbul, 1967
- Erman, Sahir:**
Ticari Ceza Hukuku I-Genel Kısım,
K.1, 3. Baskı, 1992
- Ertuğrul, Metin:**
Kaçakçılık Suçları, Seçkin Yayınevi,
Ankara, 1998
- Feyzioğlu, Metin:**
Ceza Muhakemesi Hukukunda
Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara,
1996
- Gottlieb, David:**
Mukayeseli Hukukta Arama, İfade
Alma ve Hukuka Aykırı Deliller,
Amerikan Hukukunda Arama, Çev.
Feridun Yenisey, Bahçeşehir
Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007
- Gökçen, Ahmet:**
Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit
Elkoyma ve Postada Elkoyma,

**DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi
Yayınları, Ankara, 1994**

Gülşen, Recep:

**Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku
Reformları Kongresi, Cilt 2, 12 Levha
Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Ocak
2013**

Güngör, Devrim

**Ceza Muhakemesinde Tanık
Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı
Tespit ve Değerlendirmeler, İnönü
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
Cilt 6, Sayı 2, 2015**

Güngör, Devrim/Toroslul, Haluk:

**Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının
Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa
Bir Değerlendirme, Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
65 (4) 2016, 1967-1980**

Günler, Kemal:

**Türk Ceza Hukukunda Müsadere,
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi, C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4**

Hakeri, Hakan/Ünver, Yener:

**Ceza muhakemesi Hukuku Temel
Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara,
2007**

İçel, Kayıhan:

**Ceza Hukuku Genel Hükümler,
İstanbul, 2016**

İçel, Kayıhan:

Kantar, Baha:

**Kaçakçılıkta Kullanılan Üçüncü
Kişilere Ait Araçların Zorallımı,
İÜHFM, Sayı 1-4, 1980**

**Kısa, Mehmet Cihan/Bozfırat,
Elif Aydan:**

**Ceza Muhakemeleri Usulü, Umumi
Hükümler, I. Kitap, 4. Bası, Ankara,
1957**

Kızılkaya, Ezgi:

**Elkoyma ve Kaçakçılık Suçlarında
Nakil araçlarının Durumu,
Yayınlanmış Sunum Metni, y.b., t.b**

Koca, Mahmut/ Üzülmaz, İlhan:

**Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı
Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı,
TBB Dergisi, sayı 89, 2010**

Koç, Cihan:

**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,
10. Baskı, İstanbul, 2017**

**Kunter,Nurullah/Yenisay,
Feridun/Nuhoğlu, Ayşe:**

**Kolluğun (Jandarma ve Polisin) Adli
Görevleri, Kartal Yayınevi, 2. Baskı,
Ankara, 2005**

**Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/
Oktay, Saibe Özdemir:**

**Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza
Muhakemesi Hukuku, Beta Basımevi,
15. Bası, İstanbul, 2006**

**Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/
Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker:**

**Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11.
Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006**

Özbek, Veli Özer:

Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı,

- Ankara, 2016
- Özbek, Veli Özer:** **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999**
- Öztürk, Bahri:** **CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Anlamı (Gerekçeli- İçtihatlı), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005**
- Öztürk, Bahri/ Eker Kazancı, Behiye/ Soyer Güleç, Seçim:** **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2016**
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan:** **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2. Baskı, Ankara, Eylül 2017**
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin F.:** **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Ankara, Eylül 2016**
- Soyaslan, Doğan:** **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 4. Baskı, Ankara, 2006**
- Sözüer, Adem/Koca, Mahmut/ Yıldız, Ali Kemal/Dursun, Selman/ Göktürk, Neslihan/ Talas, Serdar/** **Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2018**
- İstinaf Kanun Yolu ve Anayasa**

Baytaz, Batuhan/ Mahmutoglu, M.

Serhat:

Mahkemesine Bireysel Başvuru Konferansı, Türk Ceza Hukuku Reformu Bağlamında İstinaf ve Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantısı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Haziran 2017

Sözuer, Adem:

Şafak, Ali/Bıçak, Vahit:

Alman Ceza Hukukunda Müsadere, İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi, Sayı 36, Temmuz Ağustos Eylül 2003

Şahin, Cumhur:

Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Roma Yayınları, 4.Baskı, Ankara, 2005

Şahin, Cumhur:

Ceza Muhakemesi Hukuku 1, 9. Baskı, Ankara, 2018

Şen, Ersan:

Ceza Muhakemesi Hukuku 1, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009

Şen, Ersan:

Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 1, İstanbul, 2006

Şen, Ersan:

Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, TCHD Yayınları, Sayı 10, İstanbul, 2008

- Şen, Ersan:** Yer Sağlayıcıların 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Karşısında Hukuki Durumu ve Tüzel Kişi Yer Sağlayıcıların Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, 2012
- Şen, Ersan:** Üst ve Taşıt Araması, Yayınlanmış makale, www.adanabarusu.org.tr
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu, Metin:** Araç Araması, T24 Köşe Yazısı, www.t24.com.tr
- Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Ankara, Ekim 2018
- Yaşar, Osman:** Suçun Hukuki Sonuçları, 24. Baskı, Ankara, 2018
- Yenisey, Feridun:** Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 3. Baskı, Ankara, 2007, s. 643 vd. Murat Aydın, Arama ve Elkoyma, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2012
- Yenisey, Feridun:** İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade alma, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi yayınları, Ankara 1995

- Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe:** Aksaray Polis Meslek Yüksek Okulu Konferansı, C III. 4, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 1 Mayıs 2004
- Yıldız, Hüseyin Serkan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, üçüncü baskı, Ankara, Ekim 2015
- Yılmaz, Ejder:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma, Yayınlanmış yüksek lisans tezi, Ankara 2010
- Yurtcan, Erdener:** Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006
- Yurtcan, Erdener:** Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Basımevi, 12. Bası, İstanbul, 2007
- Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004**

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

Güncel Türkçe Sözlük

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.590c7df7b403c9.99802794

Yargıtay Karar Arama

www.emsal.yargitay.gov.tr

www <http://hudoc.echr.coe.int>

https://www.adanabarosus.org.tr/eski_site/haberler/ust-ve-tasit-aramasi.html

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case+Law/Hudoc/Hudoc+database/>

<http://www.haber7.com/guncel/haber/1131197-yeni-mit-kanunu-neden-gerekli>

: <https://onedio.com/haber/iste-mit-yasasi-hakkinda-her-sey--295452>