

T.C.
İSTANBUL BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA
ARAMA VE EL KOYMA**

Yüksek Lisans Tezi

Tezi Hazırlayan
Mehmet Şerif AKTÜRK

İstanbul, 2024

T.C.
İSTANBUL BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
ARAMA VE EL KOYMA**

Yüksek Lisans Tezi

Tezi Hazırlayan
Mehmet Şerif AKTÜRK

Öğrenci No
2120036014

ORCID ID
0009-0008-5879-9819

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Ashhan ÖZTEZEL

İstanbul, 2024

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve El Koyma**” başlıklı bu çalışmanın, bilimsel ahlak ve geleneklere uygun şekilde tarafımdan yazıldığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar içinde elde ettiğimi, yararlandığım eserlerin tamamının kaynaklarda gösterildiğini ve çalışmamın içinde kullanıldıkları her yerde bunlara atıf yapıldığını, patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

08.10.2024

Mehmet Şerif AKTÜRK

T.C.
İSTANBUL BEYKENT ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ
TEZLİ YÜKSEK LİSANS SINAV TUTANAĞI

08/10/2024

Enstitümüz *Hukuk* Anabilim Dalı *Kamu Hukuku* Programı yüksek lisans öğrencilerinden **2120036014** numaralı **Mehmet Şerif AKTÜRK**'ün "*İstanbul Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim – Öğretim Yönetmeliği*"nin ilgili maddesine göre hazırlayarak, Enstitümüze teslim ettiği "*Ceza Mahkemesi Hukukunda Arama ve El Koyma*" konulu tezini, Yönetim Kurulumuzun 28/05/2024 tarih ve 2024/24 sayılı toplantısında seçilen ve On-Line toplanan biz jüri üyeleri huzurunda, İstanbul Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin 29. maddesinin 3. fıkrası gereğince 45 dakika süre ile Zoom programı aracılığıyla on-line olarak aday tarafından savunulmuş ve sonuçta adayın tezi hakkında "*OYBİRLİĞİ*" ile "*KABUL*" kararı verilmiştir.

İşbu tutanak, 2 nüsha olarak hazırlanmış ve Enstitü Müdürlüğü'ne sunulmak üzere tarafımızdan düzenlenmiştir.

DANIŞMAN

Dr. Öğr. Üyesi As*** ÖZ***
(İstanbul Beykent Üniversitesi)

ÜYE

Dr. Öğr. Üyesi Eg*** FA***
(İstanbul Beykent Üniversitesi)

ÜYE

Dr. Öğr. Üyesi Ha*** UL***
(Bahçeşehir Üniversitesi)

Adı ve Soyadı : Mehmet Şerif AKTÜRK
Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan ÖZTEZEL
Derecesi ve Tarihi : Yüksek Lisans (Tezli), 2024
Alanı : Kamu Hukuku
Anahtar Kelimeler : Arama, El Koyma, Ceza Muhakemesi, Koruma Tedbirleri

ÖZ

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ARAMA VE EL KOYMA

Bu çalışmanın amacı ceza muhakemesi hukuku, ceza hukuku kurumlarını ve bu kurumlardan olan arama ve el koyma faaliyeti incelenmesi, ceza muhakemesi hukukunun asıl gayelerinden birisi olan maddi gerçeğe giden yolların usulünü araştırmaktır. Bilindiği üzere usul hukukunun temel prensiplerinden birisi olan usul esastan önce gelir ilkesi muvazenesi ile maddi gerçeğin hukuka uygun bir şekilde bulunabilmesi amacıyla iş bu çalışma yapılmıştır.

Tezimizin temel gayesi, koruma tedbirlerinin uygulanırken teori ile uygulamanın birbiriyle uyumlu olması ve insan onuruna yakışır bir yargılamaya hizmet etmektir. Bu doğrultuda hazırlamış olduğum çalışma toplam dört bölümden oluşmakta; birinci bölümde çalışmamızın ana temaları olan koruma tedbirlerinden arama ve el koymanın hukuki niteliği ve sınırlandığı temel hak ve hürriyetleri, ikinci bölümünde arama koruma tedbirini, üçüncü bölümde el koyma kararını ve dördüncü bölümde hukuka aykırı arama ve el koymaya yönelik yaptırımları açıklanmaya çalışılmıştır.

Name and Surname : Mehmet Şerif AKTÜRK
Supervisor : Asst. Prof. Dr. Aslıhan ÖZTEZEL
Degree and Date : Master's (Thesis) , 2024
Major : Public Law
Keywords : Search, Attachment, Penal Procedure Law, Protective,
Measures

ABSTRACT

SEARCH AND SEIZURE IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

The purpose of this study is to examine the law of criminal procedure, the institutions of criminal law and the activity of search and seizure, which is one of these institutions, and to investigate the procedure of the ways to the material truth, which is one of the main objectives of the law of criminal procedure. As it is known, this study has been carried out in order to find the material truth in accordance with the principle that the procedure comes before the substance, which is one of the basic principles of procedural law.

The main purpose of our thesis is to ensure that the theory and practice are compatible with each other when applying protection measures and to serve a trial worthy of human dignity. The study I have prepared in this direction consists of a total of four chapters; in the first chapter, the legal nature of search and seizure, which are the main themes of our study, and the fundamental rights and freedoms it restricts, in the second chapter, the search protection measure, in the third chapter, the seizure decision, and in the fourth chapter, the sanctions for illegal search and seizure are tried to be explained. decision, and in the fourth chapter, the sanctions for illegal search and seizure are tried to be explained.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖZ

ABSTRACT

KISALTMALAR iv

SÖZLÜK..... v

GİRİŞ 1

1. ARAMA VE EL KOYMA TEDBİRLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SINIRLANDIRDIĞI TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

1.1. Koruma Tedbirleri Kavramı Ve Koruma Tedbirlerinin Amacı..... 3

1.2. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özellikleri 4

1.2.1. Temel Hak ve Hürriyetleri Sınırlandırma 4

1.2.2. Kanunilik..... 5

1.2.3. Koruma Tedbirlerinin Geçici Olması 7

1.2.4. Koruma Tedbirlerinin Ölçülü Olması 7

1.2.5. Suç Şüphesinin Varlığı..... 8

1.2.6. Görünüşte Haklılık 9

1.2.7. Hüküm Öncesi Temel Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırabilme Özelliği..... 9

1.2.8. Koruma Tedbirlerinin Yargı Mercii Kararına Dayanması..... 10

1.2.9. Gecikmede Sakınca Bulunması 10

1.2.10. Zorlayıcılık..... 11

2. ARAMA

2.1. Arama Kavramı 12

2.2. Aramanın Amacı..... 13

2.3. Arama Çeşitleri 14

2.3.1. Önleme Araması..... 14

2.3.2. Adli Arama..... 16

2.4. Aramanın Şartları..... 19

2.4.1. Şüphe..... 20

2.4.1.1. Makul Şüphe 22

2.4.1.2. Kuvvetli Şüpheden Makul Şüpheye Geçiş Süreci	25
2.4.2. Arama Kararı veya Arama Emri	28
2.4.2.1. Arama Kararının İçeriği	31
2.4.2.2. Arama Kararı veya Arama Emri Bulunmaksızın Yapılabilecek Aramalar.....	34
2.5. Hakkında Arama Yapılabilecek Kişiler	35
2.6. Arama Yapılabilecek Yerler	36
2.6.1. Konut, İşyeri ve Eklentilerinde Arama	36
2.6.2. Üst ve Eşyada Arama	37
2.6.3. Avukat Bürolarında Arama	40
2.6.4. Askeri Mahalde Arama	41
2.6.5. Ceza İnfaz Kurumlarında Arama	42
2.7. Aramanın Yapılacağı Zaman	42
2.8. Aramanın İcrası	43
2.8.1. Aramada Hazır Bulunabilecek Kişiler	43
2.8.2. Arama Yapılacak Kişiye Bilgi ve Belge Verilmesi	46
2.8.3. Aramada Zor Kullanma	46
2.8.4. Tesadüfen Ele Geçen Deliller veya Soruşturmayla İlgisi Olmayan Eşyalar	47
2.9. Arama Esnasında Ortaya Çıkabilecek Hukukai Aykırı Durumlar	47
2.9.1. Hukuka Aykırı Delil.....	48
2.9.2. Devlet Sırrı İçeren Belgelerin Aranması.....	49
2.10. Aramanın Sona Ermesi	49

3. EL KOYMA

3.1. El Koymanın Amacı.....	51
3.2. El Koymanın Hukuki Niteliği	52
3.3. El Koymanın Çeşitleri	53
3.3.1. Basit El Koyma	53
3.3.2. Özel El Koyma	54
3.3.2.1. Basılmış Eserlere ve Basın Araçlarına El Koyma	54
3.3.2.2. Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara El Koyma	56
3.3.2.3. Zorlama Amaçlı El Koyma	58
3.3.2.4. Postada El Koyma	58

3.3.2.5. Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerinde El Koyma.....	60
3.3.2.6. Şirket Yönetimine Kayyım Atanması	63
3.4. El Koymanın Şartları	64
3.4.1. Yeterli Şüphe.....	64
3.4.2. El Koyma Kararı	65
3.4.3. El Koymaya Konu Olabilecek Bir Eşyanın Bulunması	68
3.4.4. El Konulması Yasak Olan Eşyanın Söz konusu Olmaması	69
3.4.5. El Koyma Yapılabilecek Kişiler	70
3.5. El Koymanın İcrası	70
3.5.1. El Konulan Eşyanın Muhafazası	70
3.5.2. İstenilen Eşyanın Verilmemesi Durumunda Uygulanacak Tedbirler	72
3.5.3. El Konulan Eşyanın Elden Çıkarılması.....	73
3.6. El Koymanın Sona Ermesi	74
4. HUKUKA AYKIRI ARAMA VE EL KOYMAYA YÖNELİK	
YAPTIRIMLAR	
4.1. Arama ve Elkoyma İşleminin Denetlenmesi	77
4.2. Arama ve El Koymanın Hukuka Aykırılığı	78
4.3. Delil Sorunu.....	79
4.4. Hukuka Aykırı Arama Ve El Koymada Tazminat Sorumluluğu	80
SONUÇ	82
KAYNAKÇA.....	87

KISALTMALAR

AK	: Avukatlık Kanunu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÖAY	: Adli Önleme Arama Yönetmeliği
AY.	: Anayasa
Bkz.	: Bakınız
CD.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
m.	: Madde
MASAK	: Mali Suçlar Araştırma Kurulu
PVSK	: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
s.	: Sayfa
S.E.Y	: Suç Eşyası Yönetmeliği
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vb.	: ve benzeri
Y.	: Yönetmelik
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

SÖZLÜK

Arama: Arama, ceza muhakemesi hukukunda suçluların veya suç delillerinin ele geçirilmesi amacıyla yapılan bir işlemdir. Arama, temel hak ve özgürlüklere müdahale ettiği için kanunla belirlenen usullere uygun olarak yapılmalıdır.

Makul Şüphe: hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe dir.

Müsadere: Eşya müsaderesi, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın zor alımı, yani söz konusu eşyaya devletin el koymas ıdır.

GİRİŞ

Hukuk tarihinin başlangıcı, bireylerin toplumsal hayatta barış ve refah içinde yaşamaya çalışmasıyla başlamıştır. Bilindiği üzere günümüz hukuk sistemleri çok köklü bir geçmişe sahiptir. Tarihsel anlamda hukuk tarihini incelediğimizde günümüzdeki gibi bir hukuk anlayışını göremeyiz.

Öncelikle lekelenmeme hakkı hem anayasamızda hem ceza muhakemesi kanunumuzda hem de evrensel sözleşmelerde önemli bir hak olarak düzenlenmiştir. Buna hukuk metinlerinde masumiyet karinesi de denilmektedir. Modern hukuktan önce orta Çağ Avrupası'nda ve diğer coğrafyalar da günümüzdeki gibi bir soruşturma ve kovuşturma aşaması bulunmamakta idi. İtham sistemi dediğimiz yargılama şekli varlığını sürdürmekteydi. İtham sisteminde ilgili kişi suç iddiasıyla suçlanıyor, suçlanan bu kişi hiçbir şekilde kendisini koruyamıyor ve savunma geliştiremiyordu.

Ancak gelişen hukuk ile beraber günümüz modern hukuku böyle bir sistemi reddetmiş ve tamamen kişinin onursal haklarını koruyucu bir hukuk anlayışını benimsemiştir. Bu minvalde iş bu tezimizin amacı; ceza muhakemesi hukukunda arama ve el koyma tedbirlerini hukuka uygun bir şekilde uygulanmasına ışık olmak, uygulamada karşılaşılan bazı problemleri mercek altına alarak doğru çözümler üretmeye çalışmaktır. Zira her şüpheli, suçluluğu doğru yöntemlerle araştırılıp, ispatlanmadan mahkumiyetine hükmedilemez.

Özellikle arama koruma tedbiri de hukukumuzda 5559 sayılı Polis Vazife Salahiyetleri Kanunu, 5271 sayılı CMK ve Adli Önleme Arama Yönetmeliği çerçevesinde pratikte uygulanmaktadır. Buna bazı belirsiz durumlarda Yargıtay kararları da ışık tutmaktadır. Ancak uygulamada önleme araması, adli arama adli arama ayrımları tam olarak yapılamamakta ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlaline sebebiyetler verilebilmektedir.

Önleme aramasıyla kimi durumlarda adli vakalar olabilecek durumlara müdahale edilmekte ve birey hukuka aykırı bir şekilde aramaya maruz kalabilmektedir. Bu konuda Yargıtay'ın çeşitli kararları da çalışmamızda yer alacaktır. Özellikle konutta yapılan aramalarda arama usulünün çok önemli olduğunu, Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda müdahil olabileceği, asıl karar mercii ise hakim olduğu bilinmelidir. Çalışmamızda Ceza

Muhakemesi Kanunu madde 116 ve devamı, Adli Önleme Arama Yönetmeliği ile Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'na ilişkin çalışmalar belirtilecektir.

Çalışmamızın amacı hukuka aykırı aramalar ve el koymaların önüne geçilmesi, uygulamaya ışık tutmasıdır.



1. ARAMA VE EL KOYMA TEDBİRLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SINIRLANDIRDIĞI TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

Arama ve el koyma diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi dışların bazı temel hak ve hürriyetlerini sınırlandırma özelliğini haizdir. Özellikle anayasanın 20. ve 21. maddelerinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı gibi durumlarda bu durum söz konusu olabilmektedir. Koruma tedbirleri hukuki nitelik olarak da bir ceza muhakemesi kurumudur diyebiliriz.

1.1. Koruma Tedbirleri Kavramı ve Koruma Tedbirlerinin Amacı

Koruma tedbirleri Ceza Muhakemesi Kanununun 90 ila 140 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Koruma tedbirlerinin kanunda tam anlamıyla bir tanımı yapılmış değildir; ancak doktrinde bu tedbirlerin güttüğü amaçlar nazara alınarak bazı tanımlamalar yapılmıştır.

Bu minvalde koruma tedbirlerinin ceza muhakemesindeki amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Koruma tedbirlerinin ceza yargılaması mekanizması içindeki temel amacı maddi hakikatin ortaya çıkarılmasında araç olması; yani bir nevi teknik delil elde yöntemidir. Bu anlamda deliller muhafaza altına alınmakta, toplanmakta ve elde edilen bu deliller muhakemeye hizmet etmektedir. Aynı zamanda şüpheli ve sanığın da kaçması durumunu önleyici bir rol oynamaktadır. Bu anlatılanlar ışığında kısaca koruma tedbirlerini tanımlayacak olursak; koruma tedbirleri delillerin elde edilmesi ve toplanmasına hizmet eden, kaybolmasını engelleyen, ceza muhakemesine yardımcı olan bir ceza muhakemesi kurumudur.

Koruma tedbirlerinin genel tanımı ve amacı yanı sıra her bir koruma tedbirinin kendine özgü amaç ve yöntemleri vardır. Söz konusu bu tedbirlere başvurulurken her bir koruma tedbirinin kendisine has amaç ve yöntemlerine de dikkat edilmelidir. Aksi durumda bu durum hem Ceza Muhakemesi Kanunu'na hem de evrensel temel hak ve hürriyetlerin ihlaline yol açacaktır.

Araştırma konumuz olan arama tedbiri; CMK'nın 116 ila 122. maddeleri arasında düzenlenmiş olup şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi için başvuru; el koyma koruma tedbiri ise CMK'nın 123 ila 134.

maddeleri arasında düzenlenmiş ve kanıt olarak kullanılmaya elverişli görülen veya müsadere konusu eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kısıtlanması amacıyla başvurulmuş bir moruma tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece şüpheli veya sanık soruşturma ve kovuşturma aşamasında hazır edilebilecek, delil olarak muhafaza altına alınan eşya ise ceza muhakemesinde kullanılabilir.

1.2. Koruma Tedbirlerinin Ortak Özellikleri

Koruma tedbirlerinin tümü bakımından geçerli olan bir takım ortak özellikler vardır. Bunlar; temel hak ve hürriyetleri sınırlandırılması, kanunilik, geçici olması, ölçülülük, uygulanabilmeleri için suç şüphesinin varlığı, görünüşte haklılık, hüküm öncesi de temel hak ve hürriyetleri sınırlandırabilme, yargı mercii kararına dayanması, uygulanabilmeleri için gecikmede sakınca bulunan halin mevcut olması, zorlayıcılıktır.

1.2.1. Temel Hak ve Hürriyetleri Sınırlandırma

Koruma tedbirleri, temel hak ve hürriyetlere ceza muhakemesinde hüküm kesinleşmeden önce doğrudan doğruya etki edip iş bu temel hak ve hürriyetleri tehdit etmektedir. Hatta bu hususiyetleri sebebiyle alman hukuku uygulamasında bu tedbirlere “temel haklara müdahale” ismi verilmektedir. Her ne kadar burada temel hak ve hürriyetler sınırlandırılmış olsa da söz konusu sınırlamanın kaynağı hukuki dayanaktır, dolayısıyla ortada bir hukuka uygunluk sebebi vardır denilebilir. Bu temel hak ve hürriyetlere müdahale özelliği sebebiyle evrensel olarak ülkelerin anayasalarında da koruma tedbirlerine ayrıca yer verilmektedir.

Zira koruma tedbirleri anayasada güvence altına alınan çoğu temel hak ve hürriyete hukuki zeminde bir müdahale halini oluşturmaktadır. Bu müdahalelere örnek vermek gerekirse, haberleşme hürriyeti, mülkiyet hakkı, özel hayatın gizliliği ve korunması, seyahat özgürlüğü, kişi hürriyeti, mülkiyet hakkı verilebilir. Bu temel haklara müdahale ise anayasada belirtilen kamu düzeni, suçu önleme, engelleme ve buna benzer hukuki dayanaklar ile sınırlanabilir. Keza AİHM’in verdiği birçok kararda da koruma tedbirleri her ne kadar temel hak ve hürriyetleri engelleyen bir durum olarak

görünse de hukuk zemininde geçerli bir sebebi olduğu için hak ihlali olarak görülmemiştir.

1.2.2. Kanunilik

Bahsedildiği üzere koruma tedbirleri kişilerin temel hak ve hürriyetlerine doğrudan etki etmektedir. İşte bu sebeple bahse konu koruma tedbirlerine başvurulurken temel kural kanuna dayanmaktır. Zira anayasada temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hususta sınırlama sebepleri, kamu yararı, kamu düzeni gibi kavramlarla ifade edilmiştir.

Örnek verecek olursak 1982 Anayasası'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması başlıklı" 20. Maddesi; *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga üçüncü cümle: 3/10/2001- 4709/5 md.) (Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz."* şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere bizzat anayasanın kendi metninde koruma tedbirlerinden bahsedilmiş ve kişilerin aranması ya da eşyalarına el konulmasının yasal dayanaklarla sınırlanabileceği ve hakim yada mahkeme kararı ile onaylanmak suretiyle yapılan işlemin geçerlilik ifade edebileceği belirtilmiştir.

Anayasanın 21. Maddesi; *"Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz."* şeklindedir ve konut dokunulmazlığının ihlal edilemeyeceği ancak belli şartlarda kanunda sayılan hallerde kişilerin konut ya da işyerlerinde ve

eklentilerinde arama yapılabileceği ve bu arama işleminin de yetkili mercilerin izni dahilinde olabileceği belirtilmiştir. Burada kastedilen yetkili merciler ilerde de değineceğimiz üzere öncelikle hakim mümkün olmadığı hallerde kanunun bizatihi diğer tabirle gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı veya ilgili kolluk amiridir.

Yine 1982 Anayasası'nın 21. maddesindeki düzenleme şu şekildedir: *“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz.”* Hükmünü ihtiva etmiş ve haberleşme hürriyetinin de keza yine kanunda sayılan sebepler dışında engellenemeyeceği ve gizliliğin ihlal edilemeyeceği belirtilmiştir. Kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin keyfi olarak tahdit edilmesi, hukuk devletlerinde kabul gören bir durum değildir¹. Bu husus, direkt ya da dolaylı olarak bütün koruma tedbirlerinde söz konudur. Sınırlandırılan temel hak ve hürriyet ise koruma tedbirine göre farklı özellikler gösterebilmektedir².

Tüm bu örneklerden de anlaşılacağı üzere koruma tedbirlerinin uygulanmasının kanuni bir temele dayanmasının zorunlu olduğu aksi takdirde uygulanan koruma tedbirinin geçersiz sayılacağı ve yargılamanın temeli olan delilin geçersiz bir işlemle tesis edilmesi sonucu elde edilen bu delilin hukuka aykırı olacağı kabul edileceğinden hükme esas alınamayacak ve ilgili şüpheli ya da sanık takipsizlik ya da beraat edebilecektir. Dolayısıyla evrensel hukuk ve kanun koyucular koruma tedbirlerinin kanunda belirtilen şekilde uygulanmasının önemli olduğuna vurgu yapmış, yargısal mercilerde birçok kararında bu hususa atıf yapmıştır.

¹ N. Centel, H. Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2020, s. 280.

² V. Ö. Özbek, K. Doğan, P. Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, 16. Bası, s. 258.

1.2.3. Koruma Tedbirlerinin Geçici Olması

Koruma tedbirlerinin bir diğer önemli özelliği de söz konusu bu tedbirlerin geçici mahiyette olmasıdır. Zira bu tedbirlerin temel gayesi hüküm kurulması için dayanak teşkil eden delillerin elde edilmesi ya da muhafaza altına alınabilmesi için geçici koruma görevi görmektir. Burada asıl hedeflenen delillerin elde edilebilmesidir, amaç ortadan kalktıktan sonra koruma tedbiri de ortadan kaldırılabilir. Örneğin CMK'nın 109. vd. maddelerinde düzenlenen adli kontrol tedbiri uygulanan sanık ya da şüphelinin beraat edeceği anlaşılmış ise artık bu koruma tedbiri amacına ulaşmış olup ortadan kaldırılması gerekir. Yine arama ve el koyma suretiyle el konulan bir telefonun 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3/5 maddesi gereği kaçak olmadığı bilirkişi raporu ve mahkemece tespit edildikten sonra el koyma kararı kaldırılacak ve telefon sahibine iade edilecektir. Görüleceği üzere burada dikkat edilmesi gereken husus koruma tedbirlerinin geçici olduğu ve en geç infaz aşamasına kadar uygulanabileceğidir³.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gözaltına alma, tutuklama gibi hürriyeti tahdit edici koruma tedbirleri ise belli bir süreye bağlanmıştır. Yani bu süreler bittiğinde koruma tedbiri de ortadan kalkacaktır ve bu süreler kanuni anlamda bir zorunluluk teşkil eder. Ancak diğer bazı koruma tedbirleri ise elde edilmek istenen amaca ulaşmakla, tehlikenin ortadan kalkmasıyla ya da amaçlanan delile ulaşılamayacağının anlaşılmasıyla amacına ulaşmış olur ve artık o koruma tedbirini uygulamak anlamını yitirir. Tüm bu örneklerde görüleceği üzere gerek koruma tedbirlerinin muhteviyatı gerekse kanunun lafzı ve ruhu iş bu tedbirlerin geçiciliğini vurgulamakta olup bu geçicilik asıldır⁴.

1.2.4. Koruma Tedbirlerinin Ölçülü Olması

Koruma tedbirlerinin ortak özellikleri arasında sayılabilecek bir özellik de uygulanan tedbirin ölçülü olmasıdır. Burada ölçülülüğün anlamı aracın, amaca uygun olmasıdır. Yani elde edilmek istenen hukuki menfaat ile uygulanacak olan tedbir

³ F. Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınevi, Ankara, 2006, s. 198.

⁴ B. Öztürk, B. E. Kazancı, S. S. Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 34.

arasında bir orantı olması gerekliliğidir. Ölçülülük ilkesi üç alt ilkeden oluşmaktadır. Bunlar; elverişlilik, orantılılık ve gerekliliktir. Elverişlilikten kasıt kullanılacak tedbirin hak sınırlamasına uygun olması, gereklilikten kasıt suç olgusunun ortaya çıkarılması için zorunlu olması ve orantılılıktan kasıt ise o tedbirin ölçülü olmasını gerektirir⁵.

Doktrinde ve bazı kararlarda ölçülülük ilkesine aşırılık yasası da denilmektedir. Zira burada temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda adil bir denge gözetilmektedir⁶.

1.2.5. Suç Şüphesinin Varlığı

Şüphe sözcüğü aslında koruma tedbirleri kapsamında alınması gereken tedbirlerin manevi anlamda ilk adımıdır denebilir. Şüphe, kelime anlamı olarak kuşku işkil veya kesin bilinmeyen olarak da algılanabilir⁷.

Ceza mahkemesinde eylem bir suç şüphesini barındırıyorsa artık bir ceza muhakemesi başlangıcından bahsedebiliriz. Burada henüz kesinliği kanıtlanmamış bir iddia mevcuttur. Örneğin arama kararı için makul şüphenin bulunması gerekmektedir ya da tutuklama kararı için somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi aranmaktadır. Keza CMK'daki ilgili madde metni "Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez." şeklindedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere tutuklama için kuvvetli bir şüphe aranmaktadır. Aynı husus arama kararı için de geçerlidir ancak buradaki şüphe makul bir şüphedir. Yine aynı kanunun ilgili 116. Madde hükmü "Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir." Şeklinde düzenlenmiştir. Madde metni ve içtihatlardan da anlaşılacağı üzere koruma tedbirlerini uygulanması şüphenin

⁵ E. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 10. Baskı, 2009, s. 113.

⁶ Ş. Gözübüyük, F. Gölcüklü, A. Saygılı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Turhan Kitabevi, Ankara, 8. Bası, 2009, s. 145; ayrıca bkz. AİHM, Beyeler/İtalya, no: 33202/96, 05.01.2000, pr. 107.

⁷ www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 10/09/2023

varlığına bağlıdır ve gerekli görülen şüphe tüm koruma tedbirlerinin ortak özellikleri arasındadır⁸.

1.2.6. Görünüşte Haklılık

Her ne kadar ceza muhakemesi yargılaması yapılırken ilgilinin suçlu olduğu kesinlik kazanmamış ise de koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için en azından görünüşte haklı bir çerçevenin yahut ileride mahkumiyetin muhtemel olduğu durumların mevcudiyeti aranmaktadır. Şöyle ki tutuklama kararı verilirken sulh ceza hakimliklerince somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi mevcudiyeti halinde şüphelinin o suça dair kamera görüntüsü yahut parmak izi tespiti mevcut ise bu durumda görünüşte ileride mahkumiyet tesis edilebileceği kanısına varılabiliyorsa, görünüşte haklılıktan söz edebiliriz. Ancak görünüşte haklılık ilkesi CMK’da doğrudan düzenlenmemiş olup öğreti ve teoride kabul edilen bir ilkedir⁹.

1.2.7. Hüküm Öncesi Temel Hak ve Özgürlükleri Sınırlandırabilme Özelliği

Koruma tedbirlerinin ortak özellikleri arasında olan, hem kanun koyucunun hem de doktrin ve yargısal içtihatların öncelikle belirttiği temel hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı özelliği; ceza yargılaması devam ederken ancak hüküm verilmezden evvel uygulanan, hüküm tesis edilmesi için delillerin bulunmasında yardımcı rol oynayan bir niteliği haizdir¹⁰. Bu minvalde koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırabilme özelliği hüküm tesis edilmeden önce gündeme gelmektedir. Ancak kısmen de olsa hüküm kesinleştikten sonra da infaz aşamasında başvurulabilen tedbirler de hukukumuzda mevcuttur. Örnek olarak, infaz amacıyla yakalama kararı çıkarılması verilebilir. Ancak asıl olan koruma tedbirlerinin hüküm öncesi tesis edilmesidir.

⁸ M. B. Eryılmaz, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.47.

⁹ C. Şahin, N. Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 14. Bası, 2023, s. 288.

¹⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız, a.g.e., s.233.

1.2.8. Koruma Tedbirlerinin Yargı Mercii Kararına Dayanması

Koruma tedbirleri genel olarak bir yargısal karara ihtiyaç duyar. Hukuk devleti olmanın ve kanunilik ilkesinin gereği olarak kolluk ya da yetkili olmayan kişiler geliş güzel bir şekilde koruma tedbirlerini uygulayamazlar. Evrensel hukuk ve karşılaştırmalı hukukun geldiği günümüz hukuk sistemlerinde tarihsel süreçlerde olduğu gibi gelişen hukuk normları çerçevesinde sadece belli bir kolluğun ya da roma şövalyesinin yaptığı gibi doğrudan temel hak ve hürriyetleri sınırlayıcı işlemleri yapması hukuken mümkün değildir. Her bir koruma tedbirinin verilen tedbirin türüne göre yazılı ya da hakimlikçe onay şeklinde bir karara dayanması şarttır. Örneğin CMK madde 119'da düzenlendiği gibi; savcılıkça yürütülen bir soruşturmada arama kararı *“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.”* Madde metninden görüleceği üzere arama işleminin yapılabilmesi için belli mercilerin kararı şart tutulmuştur. Buradaki temel gaye, hukuki güvenlik ve bireylerin yargısal teminat altında olmalarının tesis edilmesidir. Keza tutuklama kararı içinde aynı durum geçerlidir ancak burada şekil şartı daha sıkı tutulmuş sadece mahkeme veya sulh ceza hakimliği kararıyla müdafî huzurunda yapılabileceği mevzuat tarafından sıkı şartlara bağlanmıştır¹¹.

1.2.9. Gecikmede Sakınca Bulunması

Koruma tedbirleri esasen iş bu tezimizin önceki bölümlerinde anlatmış olduğumuz gibi geçici koruma sağlayan ceza muhakemesi tedbirleridir. Dolayısıyla buradaki temel amaç, maddi hakikatin ortaya çıkarılması için başvurulmasında zorunluluk bulunması ve başvurulmadığı takdirde delillerin elde edilmesinin muhal olacağı yani tehlikeye düşeceğini ya da zarar göreceğini ifade etmektir. Ancak gecikme halinde tehlike oluşacağı yönündeki husus dosyadaki gidişattan belirli bir

¹¹ H.S. Çöpoğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi, Ankara Barosu Dergisi, 2019/1, s.160-163.

kuvvette şüpheye dayanmalı ve somut verilerle desteklenmelidir. Yetkili mercii de bu hususu ayrıntısıyla incelemekle mükelleftir¹².

1.2.10. Zorlayıcılık

Koruma tedbirleri şüphelinin ya da sanığın rızası dahilinde yapılan bir adli işlem değildir. Burada kanundan kaynaklı ilgiliye bir katlanma yükümlülüğü, ödevi düşer. Dolayısıyla bu katlanma mecburiyeti sonucu tedbire başvurulduğunda sanık ya da şüphelinin itiraz etme durumu fiili olarak mümkün değildir. Önemle belirtilmelidir ki, burada bahsi geçen katlanma yükümlülüğü kişinin insan olmaktan kaynaklı onursal dokunulmazlığı, oranlılık ve hukuk devleti ilkelerine uygun olması durumunda mümkündür. Bu durumun tersi vuku bulduğunda kişinin onuruna aykırı tedbirlere katlanma mecburiyeti yoktur¹³.

¹² N. Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yaylacık Matbaası, İstanbul, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş

¹³ Z. Ö. İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: 7, sayı: 2, 2017, s. 122.

2. ARAMA

Arama kavramı, esasen ceza muhakemesi hukukunda önemli koruma tedbirlerinden biridir. Çoğu zaman arama işlemi ile soruşturmanın haritası çizilmiş olup muhakeme anlamında ciddi deliller elde edilebilmektedir. Aramanın ne şekilde ve nasıl olacağını bu bölümde inceleyeceğiz.

2.1. Arama Kavramı

Genel olarak arama kavramı, suç şüphesi altında olan bir şahsın evinde, işyerinde ya da üzerinde yapılan araştırma işlemidir.¹⁴ Başka bir deyimle şüpheli ya da sanığın yakalanması amacıyla da yapılan bir araştırmayı ifade eder.¹⁵ Arama işlemi bir delili ya da şahsı elde etmek için yapılabileceği gibi, işlenecek olan bir suçu engellemek için de yapılabilir. Suçun işlenmesini engellemek ve önüne geçmek için yapılan aramaya önleyici arama ya da idari arama denilebilir¹⁶. Ancak biz çalışmamızda daha çok adli arama üzerinde duracağız.

Ceza muhakemesi anlamında arama ise, kamu düzeninin sağlanabilmesi gayesiyle ilgililerin yakalanabilmesi amacıyla, mevcut bir suç şüphesine dayanılarak, ilgili kişilerin ikametinin, vasıtalarının ya da işyerlerinin aranmasını ifade etmektedir. Bununla beraber arama müessesesi anayasada belirlenen temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran bir müessesedir¹⁷.

Tüm bu anlatılanlardan yola çıkarak arama kavramı; herhangi bir suçun tespit edilmesi amacıyla delil niteliği taşıyan eşyaların, nesnelerin ya da kolluk ve yargı makamlarından kaçan kişilerin bulunması amacıyla gerçekleştirilen bir faaliyet olarak tanımlanabilmektedir¹⁸. Hukukumuzda arama kavramı adli arama ve önleme araması şeklinde iki başlık altında tezahür etmektedir. Öyle ki, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin beşinci maddesinde adli aramanın bir tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre adli arama suçun işlenmesine yardımcı olan ya da bu suçun faili olan şüpheli veya sanığın yakalanması ve gerçeğe ulaşmak için gerekli eşya ve kanıtların elde

¹⁴ Centel, Zafer, a.g.e., s. 463.

¹⁵ Çöpoğlu, a.g.e., s. 158-159.

¹⁶ Centel, Zafer, a.g.e., s. 464.

¹⁷ D. Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 292.

¹⁸ Centel, Zafer, a.g.e., s. 147.

edilebilmesi amacıyla şahısların üzerinde evlerinde dokümanlarında yapılan araştırmayı ifade eder¹⁹. Adli arama yasal dayanağını ise Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan alır.

Bununla beraber öğreti ve yargısal içtihatlarda farklı tanımlara da rastlanmaktadır. Bu anlamda arama tedbirinin en önemli özelliği saklanan şahıs ya da şeyin bulunması işlemidir; yani doğrudan kişilerin özel alanlarına müdahale edilmesidir. Zira herkesin görebileceği son derece açık, umuma sunulmasında sakınca olmayan, beş duyu organıyla algılanabilen eşyaların incelenmesi, kamuya açık alanlarda kolluğun doğrudan yaptığı incelemeler, yönetsel teftişler ve buna benzer uygulamalar koruma tedbiri anlamında arama olarak nitelendirilmemektedir²⁰.

Yani bir arama kararından bahsedebilmemiz için öncelikle makul bir şüphe sonrasında bir makamın kararı ve bu karar neticesinde temel hak ve hürriyetlere doğrudan bir müdahale olması şarttır. Ancak bu durumda koruma tedbiri olarak bir aramadan bahsedebiliriz.

2.2. Aramanın Amacı

Ceza Muhakemesinde asıl amaç kamu düzenini sağlayabilmek, suç ve suçlularla mücadele edebilmek adına maddi hakikate ulaşmaktır. Bu anlamda bir Ceza Muhakemesi kurumu olan arama koruma tedbirinin amacı, şüpheli veya sanık olan kişinin yakalanması suçla konu delillerin elde edilmesi ve müsadereye konu olabilecek eşyaların zapt olunmasıdır. Arama, bu amaçlardan biri için yapılabileceği gibi hepsi için de aynı anda da yapılabilmektedir. Ancak aramanın amacı aramanın çeşitlerine göre de farklılık göstermektedir. Öyle ki; önleme aramasının amacı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 9. Maddesinde belirtildiği gibi suç işlenmesinin önlenmesi iken adli aramanın amacı suç işlendikten sonra, suç işleyen kişinin yakalanması, suçla konu delillerin elde edilmesi veyahut müsadereye tabi eşyanın derdest edilmesidir²¹.

¹⁹ “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği”, Resmi Gazete, 01.06.2005, sayı: 25832.

²⁰ Y. Yılmaz, “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, cilt: Mayıs-Haziran, sayı: 124, 2016, s. 253.

²¹ Y. F. Saygılar, Arama, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s.630.

2.3. Arama Çeşitleri

Her ne kadar kanun tarafından yetkili kılınmış kişilerce arama işlemi yapılabilse de yapılan arama türüne göre ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan birincisi dayanağını Anayasa'nın 20. ve 21. Maddelerinden alan, devletin bütünlüğünü, kamu düzenini, milli güvenliği, genel ahlak kurallarını, genel sağlığı, temek hak ve özgürlükleri korumak, ihlalini engellemek ve önlemek amacıyla yapılan önleme araması, ikincisi ise CMK'da düzenlenen suç ve suçluyla mücadele için tesis edilen adli aramadır²².

2.3.1. Önleme Araması

Önleme araması, makul sebep gözetilerek milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak ve temek hak ve hürriyetlerin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla yapılan aramalardır. Bu tür aramalara güvenlik araması da denilmekte olup genellikle kişilerin üstlerini, araçlarını, kağıt ve eşyalarının arandığı aramalardır. Önleme araması, toplum açısından tehlike yaratabilecek kişilere ulaşmak ve güvenliği sağlamak adına düzenlenmiş bir müessesedir²³.

Önleme aramasının temel dayanağı Anayasa olmakla birlikte, özel anlamda uygulayıcıya yönelik mevzuat 01.06.2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'dir. Yönetmeliğin 19. Maddesinde önleme araması maddeler halinde sıralanarak açıklanmıştır. İlgili madde metni uyarınca; *“Önleme araması; a) Milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, b) Suç işlenmesinin önlenmesi, c) Taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, amacıyla, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle ikinci fıkrafta belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir.”* Bu kapsamda önleme aramasının amaçları, şartları ve nasıl yapılacağının sınırları yönetmelik ile çizilmiştir. Arama yapılabilecek yerler ise madde metninin ikinci fıkrasında belirtilmiş olup yalnızca; *“a)*

²² F. Yenisey, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1995, s. 14.

²³ M. Çokmutlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2007, s. 26.

6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde, b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde, c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde, d) Öğretim ve eğitim özgürlüğünün sağlanması için her derecede öğretim ve eğitim kurumlarının ve üniversite binaları ve ekleri içerisinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması olasılığı karşısında rektör, acele hâllerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin kolluktan yardım istemeleri hâlinde, girilecek üniversite, bağımsız fakülte veya bağlı kurumların içerisinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkış yerlerinde, e) Umumî veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde, f) Yerleşim yerlerinin giriş ve çıkışlarında, g) Her türlü toplu taşıma veya seyreden taşıt araçlarında, h) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde, i) 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun 12 nci maddesi kapsamında spor müsabakası öncesinde, esnasında ve sonrasında spor alanının çevresinde ve müsabakanın yapılacağı yer gidiş ve geliş güzergâhında, j) 5253 sayılı Dernekler Kanununun 20 nci maddesi kapsamında, derneklerde veya eklentilerinde.” önleme araması yapılabilmektedir. Önleme aramasının yapılabileceği yerler yönetmelikle sınırlı sayıda belirlenmiştir.

Madde metninde yer almayan konutta, yerleşim yerlerinde ve kamuya açık olmayan özel işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamamaktadır. Bu durumunun tek istisnası tehlike durumunda yardım istenmesi hususudur. Böyle bir durumda kolluğun önleyici tedbirler çerçevesinde konut yahut işyerine girmesi mümkün olur. Burada önemli olan mevcut bir tehlikenin bulunması ve kolluğun amacının tehlikeyi önlemek olmasıdır²⁴.

Önleme aramalarında kolluk, kendi yetkilerine dayanarak veya inisiyatifiyle, makul sebepler gözeterek arama yapabilmektedir. Kolluğun yetkileri ve önleme araması, bir diğer yasal dayanağı ise Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nda yer almaktadır. Yönetmelik ve iş bu kanun uyarınca kolluğun önleme araması yapabilmesi

²⁴ Çokmutlu, a.g.e., s. 28.

için hakim ya da gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda o yerin mülki amirinin yazılı kararı gerekmektedir. Arama kararı veya emrinde; aramanın nedeni, aramanın içeriği ve çerçevesi, aramanın yapılacağı mahal, aramanın yapılacağı vakit ve geçerli olan zaman aralığı mutlaka belirtilmelidir²⁵.

Dikkat edilmesi gereken nokta ise önleme aramasının makul sebeplere dayanmasıdır. Zira değinildiği üzere önleme aramasındaki gaye Anayasanın 20. ve 21. maddeleri ile teminat altına alınan temel hakların korunmasıdır. Dolayısıyla önleme araması asla bir suç delili bulma aracı değildir. Suçtan önce suçun önlenmesine dair yapılan bir arama türüdür. Nitekim bu husus önleme aramasını adli aramadan ayıran en temel farktır. Öyle ki; adli arama için makul şüphe kriteri kullanılırken, önleme araması için makul sebep kriteri kullanılmaktadır. Nitekim uygulamada karşılaşılan en büyük sorunlardan biri önleme aramasının adli arama mahiyetinde yapılması sebebiyle hukuka aykırılıkların vuku bulmasıdır. Bu doğrultuda elde edilen deliller, Yargıtay içtihatlarında da sabit olduğu üzere hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmektedir²⁶.

2.3.2. Adli Arama

Şüpheli ya da sanığın ya da delillerin yahut müsadere edilecek eşyaların ele geçirilmesi amacıyla yapılan araştırma işlemi olan adli arama, elkoyma ile birlikte 5271 Sayılı CMK'nın 116 ila 134. Maddeleri arasında, 2559 Sayılı PVSK'nın 2. maddesi, Ek 4'ünde, Ek 6'sında, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 9. maddesinde ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5 ila 17. Maddeleri arasında düzenlenmiş olup iş bu yönetmeliğin 5. maddesinde; *"bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir"* şeklinde tanımlanmıştır.

²⁵ E. Cihan ve F. Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2. Baskı, 1997, s.270.

²⁶ F. Yenisey ve A. Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 11. Baskı, s. 131.

Arama tedbirine başvurulabilmesi için üç ön şartın birlikte bir arada bulunması gerekmektedir. Bu ön şartlardan ilki gecikmede sakınca ya da tehlike bulunmasıdır. Sakınca ya da tehlike şartı hem arama tedbirine başvurulması hem de kim tarafından başvurulabileceğinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Gecikmede sakınca ya da tehlike bulunması; derhâl işlem yapılmadığı takdirde tedbirden beklenen faydanın elde edilemeyecek, ceza muhakemesinin gereği gibi ve amacına uygun biçimde yapılamayacak olmasıdır. Gecikmede sakınca bulunup bulunmadığını olayın özelliklerine göre tedbire karar vermeye yetkili mercii takdir edecektir²⁷.

İkinci ön şartı ise görünüşte haklılıktır. Buna göre arama tedbirine ancak bir hakkın tehlikede olduğunu gösteren olaylar mevcut olduğu takdirde başvurulabilecektir. Hakkın bulunup bulunmadığının araştırılması zaman alacağından ve tehlike gecikmeye müsaade etmediğinden haklı görünüşle yetinilmek zorunludur. Bu bağlamda bir ihlal ya da suç işlendiği hususunda şüphe bulunmalıdır²⁸.

Arama tedbirinin üçüncü ve son ön şartı ölçülülüktür. Ölçülülük ilkesinin temel amaç ve işlevi, arama tedbirine muhatap olacak kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için kullanılacak kamu gücünü, hak ve özgürlükler lehine sınırlandırmak, müdahalelerde aşırılığa gidilmesini ve buna bağlı olarak doğabilecek mağduriyetleri önleyebilmektir. Dar anlamda ölçülülük de denilen orantılılık ise; tedbirin ilgililere “ölçüsüz bir yükümlülük” getirmemesini ve “katlanılamaz” nitelikte olmaması gerektiğini ifade etmektedir.

Adli arama kapsamındaki bir diğer önemli husus aramaya konu olabilecek yerlerin nereler olacağıdır. Bu minvalde aramaya konu olabilecek yerler şüphelinin veya sanığın yahut diğer bir kişinin üstü, eşyası, konutu, iş yeri veya ona ait diğer yerler olabilir. Adli aramanın günün her saatinde yapılması mümkün olmakla birlikte konutta, iş yerlerinde ve diğer kapalı yerlerde aramanın kural olarak gündüz yapılması gerekmektedir. Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar

²⁷ H. Hakeri ve Y. Ünver, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara, 21. Baskı, 2024, s. 370.

²⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, a.g.e., s.235.

yakalanması amacıyla yapılan aramalar hariç, söz konusu yerlerde gece vakti arama yapılamamaktadır²⁹.

Arama kararı verilebilmesi için aramanın konusunu oluşturan kişi veya şeylerin, arama yapılacak yerde bulunduğu hususunda belli bir şüphenin olması gerekir. Kanun aranacak kişinin suçla ilgisine göre, bu şüphenin yoğunluğunu farklı şekillerde düzenlemiş ve suçla ilgisi olmayan kişiler nezdinde aramayı daha sıkı koşullara tâbi kılmıştır³⁰.

CMK'nın 116. maddesinin suç tarihinde yürürlükte bulunan hâline göre; şüpheli veya sanıkla ilgili yapılacak aramalarda arama sonunda şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe bulunmalıdır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre makul şüphe; hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Aramanın kişi hak ve özgürlüklerine ciddi boyutta bir müdahale olduğu göz önüne alındığında makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması ve belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Başka bir anlatımla, arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut olmalıdır³¹.

CMK'nın 117. maddesi uyarınca, suç işleme şüphesi altında olmayan diğer kişilerin de üstü, eşyası, konutu, iş yeri veya kendisine ait diğer yerleri, şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla aranabilecektir. "Diğer kişiler" kavramına tüzel kişiler ile resmi makam ve daireler de dahildir. Kişinin tanıklıktan çekinme hakkının bulunması da aramaya engel teşkil etmemektedir. İlgili maddenin ikinci fıkrasına göre diğer kişilerle ilgili arama yapılması, makul şüphenin yanı sıra aranılan kişinin veya suç delillerinin, belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına

²⁹ Özbek, a.g.e., s. 319.

³⁰ S. Keskin-Kızıroğlu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama), Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 58, Sayı 1, 2019, s. 162-163.

³¹ M. Rıfat, Adli-İdari Arama ve Uygulamadaki Sorunlar ile Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 20115, s. 285.

bağlıdır. Ancak bu sınırlama şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler bakımından geçerli değildir³².

Arama kural olarak hakim kararı ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile yapılabilir. Ancak konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda sadece hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabilmesi mümkündür³³.

Arama kararı veya emrinin belli bazı bilgileri de içermesi zorunludur. Arama kararı veya emrinde; aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, açıkça gösterilmelidir³⁴.

Yakalama kişinin özgürlüğünü kısıtlayıcı bir koruma tedbiridir. Bu niteliği gereği üst arama işlemine göre daha geniş kapsamlı bir işlemdir. Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemleri düzenleyen CMK'nın 90/4. maddesi gereğince de kolluk yakaladığı kişinin kaçmasını, kendisine ya da başkalarına zarar vermesini engelleyecek tedbirleri almalıdır. Bu bağlamda kişinin yakalanmasından sonra tedbir olarak kaba üst araması yapılabilir. Ayrıca karar alınmasına gerek olmayan bu arama işlemi, en kısa zamanda ve dikkatli bir biçimde elle yoklama şeklinde yapılmalıdır. Yakalanan kişinin üstündeki kıyafetlerin tamamen çıkarılması ve beden çukurlarının aranması ise mümkün değildir³⁵.

2.4. Aramanın Şartları

Aramanın şartları genel olarak Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirlenmiştir. Anayasa'nın 13. maddesinde ve diğer temel hak ve hürriyetleri düzenleyen maddelerinde istisnai durumlarda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda aramanın şartları normlar

³² N. Karakaya, Ceza Kanunu Kapsamında Yürürlüğe Konulan Yönetmeliklerin Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet Dergisi, Cilt 2, Sayı 6-7, 2005, s. 57-58.

³³ H. Aldemir, Adli-Önleme Arama ve El Koyma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 27.

³⁴ M. Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 669.

³⁵ Özen, a.g.e., s. 669-670.

hiyerarşisinin en üstünde bulunan Anayasa’da ve bir alt norm olan kanunlarla düzenlenmiştir. Mevzuatın amacı keyfiliğin önüne geçmek ve arama gibi kişilerin özel hayatını sınırlandıran tedbirlerin belli birtakım şartlara tabi tutulmasıdır. Bu husus bir nevi güvence niteliği taşımaktadır. Aramanın bir güvence olarak belli birtakım şartlara bağlanması ve bu şartların Anayasa ve kanunlarda yer alması hukuk devleti olmanın bir gereğidir³⁶.

Arama müessesesinin uygulanabilmesi için Türk hukukunda olduğu gibi mukayeseli hukukta da benzer normlar yer almaktadır. Örneğin Alman hukukunda bir adli arama kararı için olaya dair bir somut eylem şüphesi, makul bir amaç ve ölçülülük ilkesinin hudutlarının korunması şeklinde üç şart öngörülmüştür. Ülke kanunlarında bu şartlara yer verilmesindeki temel sav, aramaya ilişkin bir makul sebebin bulunması ve arama konusu işlemin içeriğinin belirgin olmasıdır. Bir koruma tedbiri olan aramanın bazı şartlara tabi tutulmasının asıl amacı işe keyfi uygulamaların önüne geçmek, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korumak ve bunları güvence altına almaktır³⁷. Keza ABD anayasasının ek 4 .maddesinde “...özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları belirleyecektir.”şeklindeki düzenleme ile aramanın belirli olması gerektiği vurgulanmış ve belirlilik ilkesini adli aramanın bir şartı olarak görmüştür³⁸.

Türk hukukunda da CMK’nın 116. maddesi uyarınca arama yapılabilmesi için makul şüphe ve yetkili makamın kararı yahut emri şart koşulmuştur.

2.4.1. Şüphe

Bilindiği üzere şüphe koruma tedbirlerinin tümünde belirli derecelerde aranan bir şarttır. Şüphenin derecelerini ise aşağıda anlatmaya çalışacağız.

Koruma tedbirlerini anlatırken her bir koruma tedbirinin farklı şüphe dereceleri üzerine uygulandığını belirtmek isteriz. Bunlardan Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) gereği yapılan

³⁶ V.Ö. Özbek, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s.60.

³⁷ Centel ve Zafer, 2020, s.280

³⁸ Hakan Serdar Çöpoğlu ,Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde belirlilik ilkesi , 01.12.2018 ANKARA s.16

aramalarda makul sebep adli yönden yapılan koruma tedbirlerinde ise, tedbirin türüne göre makul ya da kuvvetli şüphe aranmaktadır. Burada makul sebebi anlatırken şu hususlara dikkat etmek gerekir. Makul sebep bir uzman görüşü gerektiren, arama yapılmasına vücut verecek bir sebebin varlığını gerektiren durumdur. Burada makul sebebi takdir edecek olan sırada orta zeka seviyesine sahip birisi değil uzman bir kişidir³⁹. CMK'nın 160. maddesinde ise Cumhuriyet Savcısının soruşturma başlatması için gereken şüphe durumunu düzenlemiştir. Burada kastedilen şey aslında basit yani başlangıç şüphesidir. Savcı burada keyfiyeti öğrenir öğrenmez gerçeği araştırmaya başlar.

Yeterli şüphe, CMK madde 170/2'de düzenlenmiştir. Burada artık basit bir şüphenin ötesine geçilmiş olup, yoğunluklu bir şüphe elde edilme hali vardır. Buradaki yoğunluk orta bir yoğunluktur. Toplanan tüm deliller suçun işlendiğine dair yeterli bir şüphe oluşturmuştur. Yeterli şüpheden bahsedebilmemiz için mevcut olayda ya da incelenen hususta bir delil emare ya da olguların bulunması gerekir⁴⁰. CMK madde 170/2'de belirtildiği gibi yeterli şüphe iddianamenin de düzenlenmesi için bir şarttır. Burada kastedilen yeterli şüphe sadece soyut iddiaların ileri sürülmesi değil aynı zamanda iddianın somutlaştırılarak delillerle irtibatı sağlanıp gerekçelendirilmesidir⁴¹. Alman hukukuna göre ise aslında yeterli şüphe demek bir şeyin şüphe oluşturma anlamında 0 ile 100 arasında bir skalada %50 ile %100 arasındaki kalan kısımdır denebilir⁴².

Bir diğer şüphe türü ise somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesidir. Burada arama kararına istisna tutabiliriz. Zira arama kararında makul şüphe aranmaktadır. Burada kastedilen şey basit aramadır. Tali ceza mahkemelerinde ise kuvvetli suç şüphesi gerekebilir. CMK'da bu hususta düzenlemeler mevcuttur. CMK madde 116'da makul şüphe aramış iken CMK madde 128/1'de somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi sebeplerinin bulunması hallerinde hak ve alacaklara el koyma kararı verilebileceği düzenlenmiştir. CMK madde 134/1'de yine somut tellere dayanan kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde bilgisayarda veya küçüklerin de arama kararı

³⁹ Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s. 426.

⁴⁰ H.T. Gökcan, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 1, 2012, s. 195-197.

⁴¹ V.Ö. Özbek, M. N. Kanbur, P. Bacaksız, K. Doğan, a.g.e, s. 234.

⁴² Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s. 510.

verilebileceği düzenlenmiştir. İletişimin tespiti hallerinde de somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi aranmaktadır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinde de somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi yine aranmaktadır. Keza tutuklama kararı ve teknik araçlarla izleme tedbirinde de somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi aranmaktadır. Görüldüğü üzere şüphe türleri kapsamında koruma tedbirlerinin uygulama imkanları değişebilmektedir. Kısaca şüphe derecelerini basit şüphe, makul şüphe, makul sebep, yeterli şüphe, kuvvetli suç şüphesi şeklinde sınıflandırabiliriz. Bundan sonraki kısımda arama kararının temel kıstası olan makul şüpheyi anlatmaya çalışacağız⁴³.

2.4.1.1. Makul Şüphe

Arama tedbirine başvurulabilmesi için aranan ilk şart makul bir şüphenin varlığıdır. Yani elde edilmek istenen delil hususunda, yahut suç işleyen kişinin yakalanmasında suçla ilgisi olup olmadığı konusunda rasyonel bir bağlantı mevcut olmalıdır. Şüphe temel anlam olarak bir şeyin varlığı veya gerçekliği konusunda duyulan kuşkudur. Ceza muhakemesinde ise şüphe, gerçekliği henüz kesin olmayan ancak bazı somut emareler bulunan, ispata muhtaç iddia olarak kabul edilmektedir⁴⁴.

Makul şüphe arama koruma tedbirinin başlangıç aşaması olarak kabul edilmektedir. Nitekim ceza muhakemesi faaliyeti de oluşan şüphe ile birlikte başlar. Ancak ceza muhakemesi faaliyeti için basit şüphe yeterli iken, arama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için basit şüphe yeterli görülmemiş ve makul şüphenin varlığı şart koşulmuştur. Makul şüphe, mevcut somut olaya göre farklılık gösterebilmektedir. Bu sebeple makul şüphenin mevcudiyeti hususundaki takdir yetkisi, arama kararı vermekle yetkilendirilen makamlara bırakılmıştır⁴⁵. Basit şüphe, olayın dayandığı delillerin nitelik olarak basit ve sayıca az belirtinin olduğu durumu ifade eder. Burada kastedilen şüphe en azından soruşturmaya başlanabilmesi için gereken şüphedir. Basit şüpheden bahsedebilmemiz için en azından somut bir şey ya da belirti olması şarttır. Aksi durumda sadece soyut bir ihbardan yada tahminden öte geçemeyen

⁴³ Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s. 337-38

⁴⁴ M. Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 184.

⁴⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, 2016, s.231

durumlarda basit şüpheden bahsedilemez.⁴⁶ Öyle ki CMK'nın 170/2'inci maddesi; "Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturunca; Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler" hükmünü havidir. Ancak ceza muhakemesi faaliyetlerinin başlayabilmesi için aranan basit yahut yeterli şüphenin temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran koruma tedbirleri için uygulanması kabul edilebilir değildir⁴⁷.

Makul şüphe ise, mantığa ve zihne uygun olarak ifade edilebilen bulgular arasında kurulan bağlantı ve ortaya çıkan bu bağlantının akla uygun olması olarak ifade edilmektedir. Yönetmeliğin 6'ncı Maddesinde ise makul şüphe, somut olaylar karşısında genel manada duyulan şüphe olarak tanımlanmıştır. Ancak her ne kadar olgular arasında bağlantı olsa da tam bir kesinlikten bahsetmek mümkün olmayacaktır. Zira kesinlik hali ancak kovuşturma aşamasında mahkemenin ilgili kişi hakkında mahkumiyet kararı vermesi durumunda mümkün olabilir⁴⁸.

Var olan bir şüphenin boyutu yetkili makamlarca makul kabul edilmesi halinde arama koruma tedbirine yeterli şart olabilecektir. Makul şüphe kavramının sınırları net olarak belli olmadığı için kararı verebilecek yetkiye sahip makamın yapacağı değerlendirme oldukça önem arz etmektedir. Zira yetkili makam makul şüphenin oluşup oluşmadığına bir nevi kanaat getirecektir. Bu sebeple makul şüphede, ihbar veya şikayeti destekleyen bulguların olması ve var olan şüphenin somut olgulara dayanması gerekmektedir. Aksi takdirde koruma tedbirleri için belli birtakım şartlar öngörülmesinin ana gayesi olan keyfiliğin önüne geçilemeyecektir⁴⁹.

CMK'nın 116. Maddesinde belirtilen makul şüphe şartı, temel hak ve hürriyetlerin keyfi sınırlanmaması için kritik bir rol oynamaktadır. Subjektif bir kavram olan makul şüphe, yetkili makamlarca her somut olay için detaylıca değerlendirilmeli ve bu doğrultuda kanaat oluşturulmalıdır. Temel hak ve hürriyetlerin

⁴⁶ B.Öztürk, B.Kazancı ,S.SOYER GÜLEÇ Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbirleri gözden geçirilmiş 5. Bası ,Seçkin ANKARA s.34 ,

⁴⁷ K.T. Çalışır, Uygulamada Arama ve Elkoyma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 12.

Çöpoğlu, a.g.e., s. 68.

⁴⁸ Çöpoğlu, a.g.e., s. 68.

⁴⁹ Feyzioğlu, a.g.e., s.184-185. ⁴⁰ H. Bodur, Şüphe, Makul Şüphe ve Arama, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, Cilt 5, Sayı 1, 2006, s. 19-20.

Anayasa’da sıkı bir şekilde korunduğu dikkate alındığında, bunları sınırlayan arama tedbirinin korunan bu hakları zedelememesi gerekmektedir⁵⁰.

Makul şüphe konusunda değinilmesi gereken bir diğer ayrım CMK’nın “şüpheli veya sanıkla ilgili arama” başlıklı 116. maddesi ile “diğer kişilerle ilgili arama” başlıklı 117. maddesidir. Zira 116. Maddede arama koruma tedbiri içi yalnız makul şüphe yeterli görülmüşken, 117. maddede arama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için makul şüpheyeye ilaveten aranılacak kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağılı tutulmuştur. Bu maddeler ile yasa koyucunun şüpheli veya sanık dışındaki kişiler hakkında arama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için makul şüphenin daha yoğun gerçekleşmesi şartını aradığı görülmektedir. Yapılan bu ayrım, hiçbir suç şüphesi bulunmayan kişinin arama koruma tedbiri ile karşı karşıya kalmaması adına faydalı görülmektedir⁵¹.

Makul şüphe kavramının, yalnızca Türk hukukunda değil başka devlet kanunlarında ve AİHS’de de lafzı geçirilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. Maddesi birinci fıkrası (c) bendinde; bir kişinin yakalanması ve tutulmasının ancak kaçmasına mani olma mecburiyeti düşüncesini doğuran “makul gerekçelerin” mevcudiyeti halinde mevzu bahis olabileceğı düzenlenmiştir. Yine AİHM, Roman Zakharov/Russia 47143/06 başvuru numaralı kararında makul şüphe kavramını ileri sürmüş ve arama koruma tedbirinin ancak makul şüphenin varlığı durumunda yapılabileceğı yönünde karar vermiştir⁵².

Bu minvalde arama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için ilk şart olan makul şüphenin somut olgularla desteklenmek suretiyle orta konulması ve makul şüpheyeye dayanılarak arama kararı veya emri verilmesi gerekmektedir. Aksi durumda hem arama tedbiri hem de arama sonucunda ele geçirilen deliller hukuk dışı olacaktır⁵³.

⁵⁰ H. Bodur, Şüphe, Makul Şüphe ve Arama, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, Cilt 5, Sayı 1, 2006, s. 19-20.

⁵¹ Çalışır, a.g.e., s. 12-14.

⁵² AİHM, AİHS’nin 5 ve 6’ncı maddeleri bağlamında makul şüphe (reasonable suspicion) üzerinde durmuş ve “makul şüphenin, kişinin suçu işlemiş olduğı hususunda duygu, içgüdü, varsayım, etnik, dini önyargılar vb. sübjektif nedenlere değil, somut olayın koşullarına göre ve keyfilikten uzak bir şekilde, objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterli vakıa ve bilgilerin mevcudiyetinin varlığına dayanılarak ortaya konulması gerektiğini” ifade etmiştir.

⁵³ Özbek, Doğan, Bacaksız, a.g.e., s. 339.

2.4.1.2. Kuvvetli Şüpheden Makul Şüpheyeye Geçiş Süreci

CMK m.116' da arama tedbirinin uygulanması için suçun delillerini ortaya çıkarmak için makul şüphe aranmıştır. 21.12.2014 tarihli 6526 sayılı kanunla CMK'nın 116'ncı maddesine arama kararı verilebilmesi için somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi ibaresi eklenmişti. Ancak daha sonra kanun koyucu bu şartı kaldırarak koruma tedbirinin işlevselliğini etkisiz hale getirdiği gerekçesiyle 21.12.2014 tarihinde 6572 sayılı kanunun 40. maddesi ile kanun metninde değişiklik yaparak ve somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesini bir şart olmaktan çıkararak, makul şüpheyi arama koruma tedbir şartı olarak düzenlemiştir.

Bu düzenlemeye ilişkin değişiklik Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış ve iptali talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 23.12.2015 tarihli 2014/195 esas, 2015/116 karar sayılı kararında davaya konu iptal talebi anayasaya ve hukuka aykırı olmadığı gerekçesiyle kabul görmemiştir.

Anayasa Mahkemesi iptal talebinin gerekçesinde kanun koyucunun gerekçesini makul görmüş ve Anayasa'nın 2'inci maddesinde hukuk devleti ilkesi ,m.20'de özel hayatın gizliliği ve 21'inci maddede konut dokunulmazlığını düzenleyen maddelerine aykırı olmadığını belirtmiştir. Çoğunluk görüşü makul şüphenin yeterli olabileceğini, burada sınırsız bir takdir yetkisinin tanınmadığını, makul şüpheyi takdir edecek olan yetkili mercilerin bunu gerekçeyle ve makul şüpheleri somut olgulara dayandırarak arama kararı verebileceğini, ayrıca CMK madde 116 ve devamı maddelerinde aramaya ilişkin detaylı düzenlemelerin yapıldığını gerekçe göstererek makul şüphenin hukuka aykırı bir düzenleme olmayacağına karar vermiştir. Buradaki temel kıstas arama koruma tedbirinin işlevselliğinin artırılmasıdır.

Ancak karşı oy gerekçesi veren görüşe göre makul şüphenin CMK madde 116'da düzenlenmesi anayasanın 20. ve 21. maddesi ile 2'inci maddesine aykırı olduğunu savunmuştur. Nitekim bizim de katıldığımız görüşe göre arama kararı kişilerin özel hayatına ve konut dokunulmazlığına ciddi müdahaleler gerektiren bir koruma tedbiridir. Burada düşük düzeyli bir şüphe olan makul şüpheyi arama kararı

verilebilmesi ve kişilerin üst ve konutlarının aranması özel hayatın gizliliğine ve konut dokunulmazlığına keyfî müdahaleler doğurabilecektir⁵⁴.

Esasen 5271 sayılı yasa ilk çıktığında “*makul şüphe*” CMK madde 116 düzenlenmişti. Sonrasında ise yasa koyucu 21.02.2014 tarihinde değişikliği giderek makul şüphe yerine aramanın yapılabilmesi için somut delillere dayalı “*kuvveti suç*” şüphesini aramıştır. Ancak her ne hikmetse aradan sekiz ay gibi kısa bir süre geçmesine rağmen yasa koyucu tekrar bir değişikliğe giderek “*somut delillere dayalı kuvvete suç*” şüphesi ibaresini kaldırıp yerine tekrar “*makul şüphe*” şartını getirmiştir.

Gerekçesinde ise somut verilere dayalı kuvvetli suç şüphesi şartının uygulamada “*güçlükler ortaya çıkardığı ve kurumun işlerliğini zayıflatmış*” gerekçesiyle bu değişikliği yaptığını belirtmiştir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki yasa koyucu bu değişikliği yaparken kurumun işlerliğini zayıflatma ve uygulamada güçlükler çıkarması hususlarını makul bir sürede uygulama ile birlikte tespit etmesi gerekirken aradan geçen sekiz aylık kısa bir süre zarfında bu gerekçeyle makul şüphe şartını arama koruma tedbirine getirmesi, gerekçenin uygulamayla uyumlu olmadığını göstermektedir.

Aramanın amacı davaya konu şüpheli ya da sanığı muhakemeye dahil etmek ve hazır etmektir. Aramanın bir diğer amacı ise suç delillerinin ortaya çıkarılmasıdır. Bu her iki işlem de yapılırken kişilerin özel hayatına müdahale ve konut dokunulmazlıklarına da dahil olunmaktadır. Tabi ki burada kamu düzeni gibi anayasanın belirlemiş olduğu kriterler dikkate alınarak bu uygulamalar yapılmalıdır.

6525 sayılı kanunla madde metnine “*makul şüphe*” şartını getirip kuvvetli suç şüphesi şartını ise ilga etmesi temel hak ve hürriyetler anlamında bireylerin hukuki güvenlik ilkelerinin zedelenme ihtimalini artırmıştır. Bu durum temel hak ve hürriyetler ile birlikte değerlendirildiğinde, uygulamada keyfî sonuçlar doğurabilmektedir. Zira makul şüphenin ne olduğunu uygulayıcılar takdir etmekte, çoğu zaman Cumhuriyet Savcısı ya da hakim makul şüpheyi tespit etmekte

⁵⁴ AYM 23.12.2015 T. 2014/195 E .2015/116 K, A. ALTAN, E. TERCAN karşı oy görüşü, erişim tarihi:4.11.2024

zorlanmakta ve idarenin personeli olan kolluk kuvvetlerinin hazırlamış olduğu şablon veya prosedüre göre bir fikir sahibi olabilmektedir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi yetkili mercilerin makul şüpheyi takdir etmesinin, temel hak ve hürriyetleri güvence altına aldığını ifade etse de bu takdir hakkının kullanım şekli, ilgili koruma tedbirinin sağlıklı uygulanması hususunda son derece önem arz etmektedir. Uygulamada çıkan güçlükler, takdir hakkının sağlıklı bir şekilde takdir edilmesini engellediği gibi, makul şüphe takdirinin son derece muğlak olacağı şüphesizdir. Bunun yerine 21.02.2014 tarihli 6525 sayılı kanunla getirilen ve arama tedbiri konusunda değişiklik öngören yasa ile makul şüphe yerine, somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi şartının getirilmesi takdir hakkının muğlak olmasının önüne geçecek ve tedbirin uygulanmasını daha sıkı şartlara bağlayacaktır.

Yani kısaca temel hak ve hürriyetlere daha güçlü bir güvence sağlayacaktır. Kaldı ki arama kararı da tıpkı tutuklama kararı gibi temel hak ve hürriyetler ile birlikte değerlendirilmektedir. Ayrıca diğer koruma tedbirlerinde somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi şartı aranmış ve daha kuvvetli bir güvence sağlanmış iken, kişilerin sürekli yakalanma tedirginliğini yaratan ve temel hak ve hürriyetlere ciddi müdahale gerektiren arama tedbirinin makul şüphe şartına bağlanması kanunun kendi sistematigi ile de çelişmesi anlamına gelir⁵⁵.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde 2014 yılında yapılan değişiklikler öğretide de eleştirilmiştir. Özellikle CMK m. 116'da getirilen “*somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi*” şartının, “*makul şüphe*” olarak değiştirilmesi ve bunun kısa bir süre içerisinde yapılması hususları dikkate alındığında bazı yazarlar tarafından 2014 yılı yapboz yılı olarak nitelendirilmiş⁵⁶ bu nedenle 6526 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin tekrar geri alınması ise yapboz kanunu olarak nitelendirilmiştir⁵⁷.

⁵⁵ AYM 23.12.2015 T. 2014/195 E .2015/116 K, A. ALTAN, E. TERCAN karşı oy görüşü, erişim tarihi:4.11.2024

⁵⁶ Bir tepki hükmü olarak getirilen somut delillere dayalı kuvvetli şüphe şeklindeki ibare doktrinde eleştirilmiştir. İfade tarzının somut delillerin şüpheli ve sanığın suçu işlediğine, mahkumiyetine karar verebilecek yoğunlukta bulunması gerektiği, bu kadar çok delil var ise zaten aramaya ihtiyaç bulunmayacağı, arama tedbirinin amacının delil elde etmek olduğu ve bu nedenle aramanın amacına uygun olmadığı, kendi içerisinde çelişkili olduğu, bu nedenlerle bir an önce değiştirilmesi gerektiğine ilişkin eleştiriler getirilmiştir. Bkz. Özbek ve Diğerleri, s. 358-359.

⁵⁷ Fahri Gökçen Taner, “Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Yapboz’ Yılı 2014”, Güncel Hukuk, S. 133, Ocak 2015, s. 14, 16

2.4.2. Arama Kararı veya Arama Emri

Arama koruma tedbirinin uygulanabilmesi için gerekli olan ikinci şart arama faaliyetine dayanak teşkil eden bir arama kararının veya arama emrinin bulunmasıdır. Bu husus yasa koyucu tarafından CMK 119’uncu maddesinde belirtilmiştir.

Arama kararı kural olarak hakim tarafından verilir. Ancak istisnai durumlarda hakim kararı olmaksızın da arama yapılabilir. Bu durumlar hakime ulaşılamayan haller veya acele hallerdir. Söz konusu hallerin mevcut olduğu durumlarda cumhuriyet savcısının veya yetkili kolluk amirinin yazılı emri üzerine arama yapılabilir. Arama koruma tedbirine başvurulmasına hakim tarafından başvuru olduğu durumlarda “*arama kararı*” gündeme gelirken, arama koruma tedbirine yetkili amirin başvurusu durumunda “*arama emri*” gündeme gelecektir. Ancak CMK uyarınca hem arama kararının hem de arama emrinin yazılı olması gerekmektedir. Buradaki temel gaye, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran bir koruma tedbiri olan arama faaliyetine başvurulurken, yasal dayanağa oturtulması ve keyfiliğin önlenmesi adına karar sürecinin zorlaştırılmasıdır⁵⁸.

Arama kararı veya arama emri soruşturmanın yahut kovuşturmanın her safhasında verilebilmektedir. Hatta temyiz kanun yolu dışında muhakemenin yenilenmesi veya bölge adliye mahkemesi nezdindeki istinaf süreci de dahil olmak üzere bu aşamalarda da arama kararı veya arama emri verilebilmektedir⁵⁹.

Arama kararı veya arama emri verilirken dikkat edilmesi gereken husus, arama işleminin kapsamının mutlaka belirtilmesidir. Arama kararı belirtilen kapsam dahilinde karardan sonra yapılabilir. Diğer bir deyişle arama faaliyeti, arama kararından sonra yapılmalıdır⁶⁰.

Arama kararının yetkili bir merci tarafından verilmesi gerektiği Anayasa’nın 21. maddesinde de kendisine yer edinmiştir. Anayasa’nın 21. maddesi uyarınca; “... *Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın*

⁵⁸ M. Özen, Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s. 2375.

⁵⁹ V. Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013, s. 675.

⁶⁰ B. Öztürk, D. Tezcan, M.R. Erdem, Ö. Sırma Gezer, Y.F. Saygılar Kırıntı, E. Alan Akcan, Ö. Özaydın, E. Erden Tütüncü, D. Altınok Vilemin, M.C. Tok, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 12. Baskı, 2018, s. 520.

koruması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplerle bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyalara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur...” İş bu Anayasa hükmü ve mevzuattaki diğer düzenlemeler kişiler için bir güvence olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu husus hukuk devleti olmanın da bir gereği görülmektedir. Zira, arama kararı ve devamında yapılacak arama faaliyetleri ile kamunun ve bireylerin menfaatleri arasındaki dengeyi korumak oldukça önem arz etmektedir. Aynı zamanda mevzuat ile arama tedbirinin bir karara bağlanması aynı zamanda bireyin de kişi özgürlüğü anlamında benliğinin ihlal edileceği konusunda kişiye verilen bir teminattır⁶¹.

Arama kararını verecek olan hakim CMK’nın 162. maddesine göre sulh ceza hakimidir. Buna göre bir arama faaliyeti yapılabilmesi için hakim kararı, arama işleminin yapılacağı yer sulh ceza hakiminden alınmalıdır. Uygulamada karşılaşılan sorunlardan bir tanesi CMK ‘nın 163’üncü maddesinde belirtilen soruşturmanın sulh ceza hakimliği tarafından yürütüldüğü hallerdir. Madde metnine göre cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ya da iş yükünün büyüklüğü, olayın genişliği itibarı ile yeterli olmadığı durumlarda sulh ceza hakimi bizzat cumhuriyet savcısı gibi bütün işlemleri yani soruşturmaya dair bütün görevleri yerine getirebilmektedir. Böyle bir durumda ortaya çıkan sorun sulh ceza hakiminin , savcı yerine geçerek soruşturma işlemlerini yürütürken yapmış olduğu işlemleri kendi onayına sunup sunamayacağıdır. Pratikte sulh ceza hakiminin doğrudan karar verebilmesi düşünülmektedir. Kovuşturma aşamasında ise arama kararı, davayı yürüten mahkemece bizzat verilmektedir⁶².

Arama kararı verilirken öncelikle arama kararı gerektiğine dair bir talep gereklidir. İş bu talep, makul şüphenin olduğu ve makul şüphenin gerekçelerini, somut dayanaklarını içeren rapor şeklindedir. Hakim onayına sunulan talebi yeterli görürse yani bir arama kararı verilebilmesi için gereken “*makul şüphe ,ölçülülük, orantı,*

⁶¹ H.S. Yıldız, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 49.

⁶² Aldemir, a.g.e., s. 28.

belirlilik” şartlarının mevcut bulunması halinde arama kararı verecektir. Aksi halde arama faaliyetinin yapılabilmesi için gereken şartlar gerçekleşmeyeceğinden arama yapılamayacaktır⁶³.

Hakime ulaşılamayan yahut gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise cumhuriyet savcısının yazılı arama emrinde bu hallerin varlığı yer almalıdır. Ancak “*gecikmesinde sakınca bulunan hal*” sınırları olan net bir kavram olmaktan uzaktır. İş bu sebeple uygulamada pek çok sorunla karşıımıza çıkmaktadır. İş bu durum her somut olayda farklılık gösterebilmektedir.

Öyle ki; Yargıtay da gecikmesinde sakınca bulunan hal durumunu geniş olarak her somut olay nezdinde değerlendirmekte ve ceza daireleri birbirinden farklı kararlar verebilmektedir. YCGK ve doktrin “*gecikmesinde sakınca bulunan halin*” sınırlarını; mevcut makul suç şüphesinin varlığı halinde sıcağı sıcağına arama işlemi yapılmaz ise o suça ilişkin emarelerin ya da izlerin ve bu minvalde delillerin kaybolacağı ihtimalinin yüksek olması veya dosya konusu şüphelinin kaçma ihtimalinin bulunması veya kimlik bilgilerinin tespit edilememesi olasılığının artması hallerinin mevcut olması ve bu hallerde hakimden karar almanın mümkün olmaması şeklinde çizmektedir. Her ne kadar gecikmesinde sakınca bulunan hal mevzu bahis olsa dahi önemli olan husus cumhuriyet savcısının veya yetkili kolluk amirinin vereceği yazılı arama emrinin denetime elverişli olmasıdır⁶⁴.

Belirtilmelidir ki; cumhuriyet savcısının veya yetkili kolluk amirinin hakime ulaşma imkanı var ise verdikleri arama emri geçersiz olacak ve hüküm kurulurken dikkate alınmayacaktır. Hakime ulaşılamama durumu somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bir konudur. Zira, hakime ulaşılsa bile mevcut arama faaliyetinden beklenen faydanın artık bir anlam ifade etmeyeceği yahut arama işleminin fiilen uygulanamaz hale gelmesi durumlarının da hakime ulaşılamama olarak kabul edilebilir olduğu Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından belirtilmiştir. Yani buradaki hedeflenen temel amaç hakime ulaşılsa bile aramanın güç hale gelmesi ya da imkansızlaşmasıdır. Keza yine benzer şekilde AÖAY’nin 4. maddesinde; gecikme halini suç delillerinin, izlerinin kaybolması ve emarelerinin yok olması,

⁶³ Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s. 426.

⁶⁴ M. Arslantürk, Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Temel Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 186.

öğretide ise arama kararı gereken hallerde gecikmesinde sakınca hasıl olan bir durumun mevcudiyeti durumunda hakime başvurulması halinde elde edilmesi beklenen faydanın kısmi ya da umumi bir şekilde bertaraf olacağı hal olarak yorumlanmaktadır⁶⁵.

Her ne kadar doktrinde cumhuriyet savcısının arama emrini sözlü olarak da verebileceği tartışma konusu olsa da söz konusu durum yalnızca acele hallerde mevzu bahis olabilecektir. Ancak acele hallerde cumhuriyet savcısının sözlü emir verebileceği düzenlenmişse de sonrasında bu sözlü emrin yazılı olarak da bildirileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde CMK'nın 119/1'inci maddesi, yönetmeliğin 7. maddesi ve Anayasa'nın 20'inci ve 21'inci maddesi hükümleri bir küll halinde yorumlandığında, cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama emrinin arama işleminden önce mutlaka yazılı bir şekilde verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Kanun ve mevzuatta bu halin aksi yönünde bir düzenleme mevcut değildir. İş bu sebeple sözlü arama emri verildikten sonra bunun yazı ile teyit edilmemesi usule aykırı sonuçlar doğuracaktır⁶⁶.

2.4.2.1. Arama Kararının İçeriği

Arama kararı veya arama emrinin içeriğinde; aramayı gerektiren fiil, araması yapılacak kişi ya da konut veya diğer yerlerin adresleri, eşya, aramayı geçerli kılacak olan süre ve bu sürenin ne kadar olacağı şeffaf bir şekilde belirtilmelidir⁶⁷.

Aramayı gerektiren fiilin ne olduğu konusunda detaylı bir anlatım kanun muhteviyatında yer almamaktadır. Ancak genel olarak makul şüphenin üzerinde yoğunlaştığı fiilin veya TCK'da buna vücut veren suçun genel olarak söylenmesi ya da belirtilmesi yeterli görülmektedir. Zira soruşturmanın başında aramanın neticesini öngörmek ve arama neticesinde meydana gelebilecek durumları tam anlamıyla kestirmek her zaman mümkün olmamaktadır. Örneğin, aramanın konusunu oluşturan suç, soruşturmanın başında kaçak akaryakıt bulundurmak iken, arama neticesinde

⁶⁵ M.B. Eryılmaz, Suçla Mücadele Politikası Açısından Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara Barosu Dergisi, 2003, s.53-55.

⁶⁶ B. Öztürk, M.R. Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 12. Bası, 2008, s. 533-534.

⁶⁷ Öztürk, Erdem, a.g.e., s. 536.

kaçak akaryakıt tank ve düzeneğinin oluşturulması sebebiyle akaryakıt ticareti çıkması durumunda, o fiile ilişkin arama kararı geçersiz olmayacaktır. Yani başka bir deyişle, arama esnasında arama emrinde belirtilen suçun dışında başka bir suçun oluşması mümkündür ve yine burada arama kararı geçerliliğini koruyacaktır. Pek tabii genel nitelikteki arama kararları geçerli kabul edilmemektedir⁶⁸.

AÖAY'nin 7'inci maddesi, CMK'nın 119'uncu maddesinde sayılan şartların dışında arama neticesinde elde edilecek olan eşyalara el koyma hususunun da arama kararında belirtilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. İş bu husus yapılan kanun değişikliği ile birlikte CMK'da da eklenmiş, 119. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen “arama neticesinde elde edilen eşyalara el koyma söz konusu ise 127. Maddenin birinci fıkrası uygulanır” ibaresi kanun metninden çıkartılmıştır. Böylelikle arama kararının bir nevi el koymaya kolaylık kazandırması amaçlanmıştır. Bu durum neticesinde arama emri veya arama kararı dayanağı olan bir arama faaliyeti sonucu elde edilen suç bulgusu eşyalara el koyma işlemi yapılabilecek, bunun için ayrıca bir el koyma kararı ya da yazılı emir düzenlemeye gerek kalmayacaktır⁶⁹.

Bir diğer husus arama kararı veya arama emrinde ilgili kişilerin belirtilmesidir. Uygulamada ise çoğu zaman soruşturmaya konu suçun faili tam olarak bilinmemekte, sadece fiile ilişkin bir ihbar alınmakta ve kolluk görevlileri fiilden faile ulaşmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar arama kararında veya arama emrine kişinin kimliğinin belirtilmesi gerekiyor ise de somut olayın şartlarına göre kimlik bilgisi olmasa da delil toplamak amacıyla yapılan arama faaliyeti yine de geçerliliğini koruyacaktır. Ancak buradan kolluğun, kişinin belirsiz olması olgusundan yola çıkarak olayla yahut fiille ilgisi olmayan herhangi bir kişiyi arayabileceği sonucu çıkarılamamaktadır. Kolluk yalnızca fiille irtibatlı olduğu yani “makul şüphenin” de mevcut olduğu, olayla ilgili mahalde olabilecek kişiyi arayabilecektir⁷⁰.

Arama kararında bulunması gereken bir diğer husus arama yapılacak olan yerin adresidir. Burada özellikle aranacak yerin adresinin mümkün olduğunca kesin ve net olarak belirtilmesi gerekmektedir. Zira uygulamada bu konu özelinde ciddi usuli

⁶⁸ N. Kunter, F. Yenisey, A. Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 15. Bası, 2006, s. 948.

⁶⁹ Aldemir, a.g.e., s. 46-48.

⁷⁰ Özbek, a.g.e., s. 306

hatalar yapılmakta ve arama emriyle olay yeri tamamen farklı olabilmektedir. Nitekim böyle bir durumda kolluk hakkında haksız arama suçu unsurları oluşması halinde ayrıca bir suç işlenmesi durumu gündeme gelmektedir. Bu minvalde aramaya konu yer bir konut ise o konutun açık adresinin arama kararı veya arama emrine mutlaka belirtilmesi gerekmektedir. Genel kapsamlı bir ikame araması yapılamamaktadır. Doktrin ve içtihatlardaki bir görüşe göre adreste yapılan basit hataların arama kararını etkilemeyeceği savunulmakta ise de basit hata da dahi arama emri veya arama kararı geçersiz olacak ve yapılan arama hukuk aykırı bir arama olacaktır⁷¹.

Arama konusu yerin tespiti mümkün değil ise yetkili merci arama kararında veya arama emrine mümkün olduğunca belirlenebilir bir tarif yapmalı ve o tarifi somut olarak bulunması mümkün olması gerekmektedir. Başka bir deyişle önemli olan husus adresin belirlenebilir olmasıdır⁷².

Arama kararı veya arama emrinin içeriğinin bir diğer unsuru aranacak olan eşyadır. Eşyanın birebir tanımlanması mümkün olmasa da failin nezdindeki delillerin eşya olarak kabulü gerekmekte ve genel bir eşya tabirinin kullanılması yeterli görülmektedir⁷³.

Arama kararı veya arama emrinin içeriğinde aramanın yapılacağı ve geçerli olacağı zaman mutlak önem arz etmektedir. Yapılacak olan arama faaliyeti, somut olaya göre makul bir süre olması gerekmektedir. Arama faaliyetinin süre olarak hayatın olağan akışına aykırı olması, ölçülü olmaması ya da dava konusu fiil ile bağlantısız olması söz konusu arama kararını hukuka aykırı hale getirecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; hakime ulaşılamayan hallerde cumhuriyet savcısının vermiş olduğu gecikmesinde sakınca hasil olan hallerde herhangi bir zaman diliminin belirtilmesine gerek yoktur. Zira bu durumlarda derhal uygulama ve fiili bir an önce açığa çıkarma aciliyeti olduğu için verilecek olan yazılı arama emrinde önceden bir süre belirtme hususu mümkün olmayacaktır⁷⁴.

⁷¹ M. Aydın, Arama ve El Koyma, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 40.

⁷² Aydın, a.g.e., s. 40.

⁷³ Özbek, a.g.e., s. 316.

⁷⁴ Keskin-Kızıroğlu, a.g.e., s. 149.

2.4.2.2. Arama Kararı veya Arama Emri Bulunmaksızın Yapılabilecek Aramalar

Arama faaliyetinin icra edilebilmesi için kural olarak arama kararı veya arama emri şarttır. Ancak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde bazı hallerde arama kararı veya arama emri olmadan da arama yapılabilecek durumlar düzenlenmiştir. Bu durumlar ilgili yönetmeliğin 8. maddesinde şu şekilde sayılmıştır;

“A) Hakkında herhangi bir tutuklama kararı bulunan ya da bir yakalama emri, zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığı zaman üst araması, yakalanması gayesiyle konutunda, çalıştığı iş yerinde, yaşadığı yerleşim yerinde, buralara ait eklentilerde, ve araçlarında yapılacak aramalarda,

B) Yetkili hakimin kararı veya Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri doğrultusunda, kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, Kendi şahsına ya da başkalarına, kendisine işlem uygulayan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılan kaba üst taramasında,

C) Gözaltı işlemi yapıldıktan sonra gözaltına alınan kişinin nezarete konmadan önceki yapılan üst aramasında,

D) Herhangi bir sebeple hukuka aykırı olmayan bir şekilde yakalandıktan sonra koltuğun hakimiyetinden kaçan ya da işlemekte olan veya henüz işlenmiş, ya da pek az önce işlendiğini gösteren belirtilen olduğu suçun failin yakalanması amacıyla takip sırasında failin girdiği araç, ikamet veya eklentilerinde yakalanması gayesiyle yapılan aramalarda,

E) Özel bir kanun olan 5607 sayılı yasanın dokuzuncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında gümrük kapılarında kaçak bir eşya taşıdığı şüphesi bulunan kişilerin üstü, eşyası ve araçları gümrük kolluğunun kontrol amacıyla yapılan aramalar,

F) 5237 sayılı ceza yasasının 24. maddesinde belirtilen amirin emrine uyma, 25. maddesinde belirtilen meşru müdafaa ve ıztırar hali, 26. maddesinde düzenlenen bir hakkın kullanılması ve ilgili kişinin rızası ile diğer kanunlarda öngörülen hukuka uygunluk sebepleri, suçüstü hallerinde yapılan arama, sosyal toplum için veya bireyler açısından hayati tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla veya konutlardan ve kapalı

yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, işyerleri konut ve ikametlere, eklentilerine girmek için yapılan aramalarda” herhangi bir arama kararına ya da arama emrine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu husus doğrudan yönetmelikte düzenlenmiş bir müessesedir⁷⁵.

Sayılan bu hallerin dışında kolluk, bazı hallerde trafikte ya da karayollarında uygulama yapabilmekte, bu uygulamalar esnasında ya da içtimai hayatta durdurulan kişi üzerinde kıyafetleri çıkarılmadan genel bir yoklama yapabilmektedir. Bu yoklama neticesinde kişide silah yahut suç aleti bulunduğu kanaatine varılacak seviyede bir şüphe vuku bulması halinde ilgili kolluk memuru re’sen silah veya suç eşyası için arama yapabilmektedir⁷⁶.

2.5. Hakkında Arama Yapılabilecek Kişiler

Adli arama faaliyetinin kişi bakımından muhatabı şüpheli veya sanık olabileceği gibi bu kategoriye dahil olmayan başka kişiler de olabilmektedir. Kısaca aramanın muhatabı şüpheli ve onun dışında kalan tüm kişilerdir denilebilir⁷⁷.

CMK ‘daki tek istisna ise 90. Maddede düzenlenen arama şeklidir. Söz konusu maddeye göre; kolluk herhangi bir arama yahut yakalama kararı olmadan, şahsın kaçmasını ya da kendine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek şekilde, kişinin kaba üst aramasını yapabilmektedir. Üzerinde bulunma ihtimali olan zarar verici silah, kesici delici alet veya buna benzer şeylerden arındırmak amacıyla arama yapılması mümkündür. Buradaki arama, aslında delil etme amacıyla yapılan arama değil güvenliği sağlama amacına yönelik yapılan aramadır. Sayılan tüm bu durumlar istisnai durumlar olup asıl olan arama kararı veya arama emrinin varlığıdır⁷⁸.

⁷⁵ Maddenin ilk hali ilgilinin rızası olması durumunda da karar veya emir olmaksızın arama yapma yetkisi vermekteydi. Ancak Danıştay 10. Dairesinin 13/3/2007 tarihli ve E.:2005/6392, K.: 2007/948 sayılı Kararı ile bentte yer alan “ilgilinin rızası ile” ibaresi iptal edilerek bu durumda arama tedbirine başvurulabilmesi imkanı ortadan kaldırılmıştır. Karara yapılan temyiz başvurusu sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 14/9/2012 tarihli ve E.: 2007/2257, K.: 2012/1117 sayılı Kararı ile İptal Kararı onanmıştır.

⁷⁶ R. Gülşen, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Arama, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, 2005, s. 18.

⁷⁷ C. Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994, s. 29.

⁷⁸ Çöpoğlu, a.g.e., s. 94.

Şüpheli, soruşturma aşamasında hakkında işlem yapılan, şüphe altındaki kişidir. Bu anlamda şüpheli, belirli bir suç ile şüphelenilen ve o suça dair bağlantıları kurulabilen kişilerdir. Soruşturma aşamasından sonra iddianamenin düzenlenmesinden hükmün kesinleşmesine kadarki süre zarfı boyunca bu kişi sanık olarak adlandırılmaktadır⁷⁹.

CMK ‘nın 116. Maddesinde belirtildiği gibi yakalanma ihtimali olan veya suçun delillerinin elde edilebileceği konusunda makul şüphe mevcut ise, şüpheli veya sanık olan kişinin üzeri, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilmektedir. Görüleceği üzere kanun hükmünde şüpheli için özel bir şart aranmamıştır. Algılama yeteneği gelişmemiş olanlar dahi şüpheli veya sanık statüsüne dahil olabilmektedir. Bu kişiler hakkında herhangi bir adli kovuşturma başlatılamaması, başlatılsa bile haklarında cezai hüküm tesis edilememesi, sadece güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi bu kişilerin şüpheli veya sanık konumuna girmelerine bir engel teşkil etmemektedir⁸⁰.

Şüpheli veya sanık haricinde diğer kişilerin de aranması mümkündür. Ancak kanun “aranılan kişinin veya suç delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığını” aramıştır. Madde metninde bahsedilen olay terimini, delil manasında algılamalı ve suç delillerinin varlığına işaret eden şeylerin varlığının olması olarak anlamak gerekmektedir⁸¹.

2.6. Arama Yapılabilecek Yerler

Ceza mahkemesinde aramanın yapılacağı yerlere göre uygulanacak usul ve esaslar farklı düzenlenmiştir. Bu hususları bu bölümde inceleyeceğiz.

2.6.1. Konut, İşyeri ve Eklentilerinde Arama

Arama faaliyeti, ceza muhakemesi anlamında farklı bir şekilde kategorize edilmiştir. Nasıl ki aramanın zamanı önemli ise arama yapılacak yer de arama faaliyeti için kritik önemi haizdir. Bu kategorizasyonun başında ise konutta arama gelmektedir.

⁷⁹ Şahin, a.g.e., s. 29-30.

⁸⁰ C. Şahin, N. Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 14. Bası, 2023, s. 343.

⁸¹ N. Toroslu, M. Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 2006, s. 284.

Konut, kişinin sürekli olarak ya da geçici bir süreliğine içinde yaşadığı, hayatını idame ettirdiği taşınır ya da taşınmaz bir yerdir⁸². Konut ile kişi birbiriyle özdeşleşmiş şekilde olup kişinin kendisini güvende hissettiği, şahsiyetini gerçekleştirip geliştirdiği yer olarak da tanımlanmaktadır. Bu minvalde apartman dairesi, hane, kulübe, çadır, otel, yurt odaları, gemilerde bulunan personel kabinler, tren vagonları, karavan vb. yerler ile; konutun tamamlayıcısı olan bodrum bölümü, kömürlük, kiler, garaj gibi yerlerde konut kapsamına içine girmektedir⁸³.

İşyeri ise kişinin hayatını idame ettirebilmek amacı ile çalıştığı ya da sanatını icra ettiği yerlerdir. Şayet kişi işyerini konut olarak da kullanıyorsa burada konuta ilişkin arama kuralları uygulanmaktadır⁸⁴.

CMK ‘nın 119. Maddesinin birinci fıkrasında; “konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda kolluk amirinin izniyle arama yapamayacağını, bu tür yerlerde sadece hakim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılabileceği” hüküm altına alınmıştır. Buradaki en temel husus, kolluk amirinin bu tür yerlerde arama emri veremeyeceğidir. Aksi takdirde hukuka aykırı bir arama söz konusu olur⁸⁵.

2.6.2. Üst ve Eşyada Arama

Üst araması kişi üzerinde genel manada yapılan aramadır. Bu arama, dıştan bakıldığında beden üzerinde kişinin giydiği elbisenin, taktığı takı ve aksesuarların, bu eşyaların içinde veya altında bulunan kısımların veya bedenin boşluklarında beş duyu organı ile inceleme yapılarak kişinin üstünün aranması olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda üst aramasını beden muayenesi ile karıştırmamak gerekir; zira her ne kadar

⁸² Özen, a.g.e., s. 395.

⁸³ Z. Hafızogulları, M. Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayınları, Ankara, 3. Baskı, 2021, s. 206.

Özen, a.g.e., s. 396. Ayrıca bkz. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. Maddesine göre “iş yeri: işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birimdir. İşverenin iş yerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (iş yerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da iş yerinden sayılır.

⁸⁵ G. Okuyucu Ergün, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010, s. 55.

kolluk üst araması yapabilme yetkisi ve kararı ile hareket etse de bu yetki onun beden muayenesi yapması anlamına gelmemektedir⁸⁶.

Üst araması yapılırken kolluk görevlisi mümkün olduğunca kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmemeli, üst aranırken bedene dokunmamaya gayret etmeli, bedene dokunulması gerekiyorsa bu durumda arama tedbirinden ziyade beden muayenesi işlemine başvurması gerekmektedir. Ayrıca kişinin üstü aranırken mahrem bölgeleri asla aranmamalıdır. Her ne kadar kolluk üst araması yaparken giysiler ve eşyalar üzerinde arama yapsa da bazen mahrem bölgelere de sirayet etmesi uygulamada söz konusu olabilmektedir. Bu husus aramanın doğasına aykırı olacak ve ortada bir üst araması değil beden muayenesi tedbiri uygulanmış olacaktır⁸⁷.

Üst araması yapılırken mümkün olduğunca kişinin şeref ve saygınlığına ağır gelecek şekilde davranılmamalıdır. Öyle ki; aramaya yapan yetkilinin aranılan kişi ile aynı cinsiyette olması da bir gereklilik olarak görülmektedir⁸⁸.

Üst araması detaylı bir şekilde Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 28. maddesinde düzenlenmiştir. Üst aramasında daha çok tıbbi bir müdahale olmaksızın ve özel araç ve cihaz kullanmadan kişinin vücut yüzeyinde ve genel vücut kapsamında özel bölgeler haricinde kalan tıbbi boşlukları aranmakta olup, x-ray cihazı var ise cihazla yoksa klasik elle ve gözle arama yöntemi kullanılmaktadır⁸⁹.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 28. maddesi, üst aramasının nasıl yapılacağını, cinsiyet olarak hangi görevli tarafından yapılacağını, üst araması yapılırken hangi konuda arama yapıldığının ilgiliye bildirileceğini, üst araması esnasında şahsın yanında bulunan eşyaların da elektromanyetik aletlerle aranabileceğini, bu aletler mevcut değilse elle ya da gözle yapılabilceğini düzenlemektedir. Maddenin altıncı fıkrasında ise direnme hali yer almaktadır. Zira üst araması yapılırken kişi direnirse kolluk orantılı güç kullanarak aramayı yapabilme yetkisine sahiptir⁹⁰.

⁸⁶ Özbek, a.g.e. s. 324.

⁸⁷ M. Kahraman, Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama, Yargıtay Dergisi, Cilt 33, Sayı 3, Temmuz 2007, s. 368.

⁸⁸ Kahraman, a.g.e., s. 368-369.

⁸⁹ P.A. İpekçioğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXX, 2012, s. 25. ⁷⁶ Keskin-Kızıroğlu, a.g.e., s. 146.

⁹⁰ Keskin-Kızıroğlu, a.g.e., s. 146.

Üst araması yapılış şekli olarak da amacına göre değişebilmektedir. Aranılan şey veya delil kişinin üzerinde rahatça bulunabilecek bir şey ise kaba üst ile yetinilebilir. Ancak daha detaylı bir arama gerekiyorsa kişinin üzerindeki giysi ya da eşyalar çıkartılarak çıplak arama da yapılabilmesi mümkündür. Çıplak arama deyiminden kasıt, kaba üst aramasıyla veya başka bir şekilde yapılan üst aramasıyla delil elde edilmesinin mümkün olmadığı durumda yapılan aramadır. Diğer bir deyişle çıplak üst araması, kaba üst araması yapılsa bile bir netice elde edileceği inancının olmaması ve bu inançla birlikte giysiler olmadan bir delile ulaşılması ihtimali için yeterli, makul şüphesinin bulunduğu inancının var olması halinde yapılan arama olarak karşımıza çıkmaktadır; ancak kişinin çıplak aramanın ötesinde bir şey yuttuğu ihtimali düşünülüyorsa ,bu durumda beden muayenesini düzenleyen CMK'nın 75'inci maddesinde düzenlenen şartlar düşünülmelidir⁹¹.

Üst araması sınırlı bir arama kararına dayanılarak yapılabilse de aynı zamanda konutta, işyerinde ve buna benzer yerlerde yapılan arama kararları kapsamında da uygulanabilmektedir. Nitekim, konutta arama kararı üst araması kararını da kapsamaktadır⁹².

Eşya araması ise sadece şüpheli ve sanık hakimiyetinde olan eşyalar için değil diğer kişilere ait eşya için de yapılabilir. Eşya kavramından kasıt, maddi bir değere sahip olan ya da cismani özellik taşıyan, taşınabilen ve ceza muhakemesi anlamında delil olma niteliklerini haiz olan her türlü şeydir. Örneğin, şüphelinin çantası, cüzdan, kitapları, kıyafetleri, evrakları, mobilyaları veya aracı bu kapsama dahildir⁹³.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise aramaya konu eşyanın mutlaka aranılan kişinin mülkiyetinde olma zorunluluğunun bulunmamasıdır. Arama yapılırken söz konusu eşyanın muhatabın zilyetliğinde veya fiili hakimiyetinde olması, eşya araması için kafi⁹⁴. Buradan yola çıkarak eşyayı emanet alan ya da refakatçi konumunda bulunan kişinin yanında bulunan eşyanın da aranabileceği sonucuna

⁹¹ Özbek, a.g.e., s. 315.

⁹² Kahraman, a.g.e., s. 369.

⁹³ Çöpoğlu, a.g.e., s. 79.

⁹⁴ Ş. Aksoy, Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 64.

ulaşılmaktadır. Hatta lüzum olması halinde bu eşyaların içinde bulunan mahfuz durumdaki kutu ve kilitli eşyalar da açılmak suretiyle aranabilmektedir⁹⁵.

Üst ve eşyada yapılan arama her ne kadar bazı durumlarda hakim kararı olmadan yapılabilse de bu tür bir arama yapılırken kişinin onur ve şahsiyetini rencide edici davranışlardan uzak durmak, keyfiliğe kaçmamak son derece önemlidir⁹⁶.

2.6.3. Avukat Bürolarında Arama

Avukatların adi suçlardan dolayı üstleri ve konutlar aranabilir ve bunun için özel bir koşul da bulunmamaktadır. Bu anlamda yapılacak aramalarda genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Ancak savunmaya ilişkin belgeleri taşıması muhtemel olan avukat bürolarında arama usulü Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 130. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Madde metnin lafzi yorumu yapıldığında avukat bürolarında arama yapılabilmesinin koşulu mahkeme kararı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak kovuşturma öncesi evrede yani soruşturma evresinde avukat bürolarının aranması için cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda sulh ceza hakimliğince bir arama kararı alınması gerekliliği muteber olacaktır⁹⁷.

Keza avukatlarının konutunun aranması da farklı bir düzenlemeye tabidir. Avukatın konutu görevi ile ilgili olmayan bir suç bakımından aranması gerekiyorsa genel hükümler uygulanacaktır. Ancak avukatın konutu görevi sebebiyle oluşan bir suç sebebiyle aranacak ise Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca arama yapılabilir. Madde muhteviyatına göre; avukatın karıştığı suç icra ettiği avukatlık ya da dahil olduğu Türkiye Barolar Birliği ya da baro organlarındaki görevlerinden dolayı oluşan bir suç ise avukat hakkında yapılacak soruşturmalar öncelikle Adalet Bakanlığı tarafından verilecek bir izne tabi olup, suçun işlendiği konumda bulunan cumhuriyet savcısı tarafından yapılması gerekir. Avukatların büroları ve avukatların konutları sadece mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla sınırlı olarak baro başkanı veya baro başkanının temsilcisi huzurunda aranabilmektedir⁹⁸.

⁹⁵ Çöpoğlu, a.g.e., s. 79-81.

⁹⁶ Özbek, a.g.e., s. 315.

⁹⁷ N. Centel, H. Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 15. Baskı, 2018, s. 416.

⁹⁸ Centel, Zafer, a.g.e., s. 416.

Bunun dışındaki hallerde ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlar dışında ve bu suçların da suçüstü olması dışında avukatın üstü aranmamaktadır. Nitekim yargının üç saç ayağından birisi olan avukatlık mesleği için arama prensipleri titizlikle incelenmesi gereken bir konu olarak düzenlenmiştir. Öncelikle arama işlemi tesis edilirken koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden olan ölçülülük ilkesinin tam anlamıyla uygulanıp uygulanmadığına dikkat edilmesi, kanunda belirtilen şartların tam anlamıyla var olması, isnat edilen eylemin ağırlığı, somut delillere dayalı suç şüphesinin varlığı, tedbire başvurulmadığı takdirde elde edilmesi düşünülen verilen kaybolacağı ihtimalinin yüksek olması gerekmektedir. Avukatların savunma hakkını temsil ettikleri düşüncesiyle savunma hakkının gizliliğinin ihlal edilmesine neden olabilecek bu husus makul gösterecek demokratik toplumun gereklilikleri de avukatlık bürolarındaki ya da avukatın konutunda yapılan aramalarda dikkat edilmesi gereken hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁹.

2.6.4. Askeri Mahalde Arama

Askeri mahal; askeri anlamda hizmetlerin yürütüldüğü, ülkenin güvenliği ile ilgili Genelkurmay Başkanlığı bünyesinde bulunan, askeri hizmetlere tahsis edilen bina ve tesisler, muharip savaş gemileri, askeri bölgeler ve her türlü araç teçhizatıdır. Askeri lojmanların ise askeri mahal sayılıp sayılamayacağı niteliğine göre değişmektedir. Lojmanlar kışla içerisinde ise askeri mahal, ancak etrafı beton bloklarla çevrili ve girişleri inzibatlarca kontrol edilen, şehir merkezlerinde bulunan lojman ise askeri mahal olarak sayılmayacaktır¹⁰⁰.

Askeri mahallerde arama faaliyeti CMK'nın 119'uncu maddesinin beşinci fıkrasında düzenlemiştir. Buna göre bir askeri mahalde arama yapılması gerekiyorsa öncelikle hakim kararı gerekmektedir. Ancak gecikmesinde sakınca hasıl olan bir halin bulunması halinde cumhuriyet savcısı da yazılı bir emirle arama kararı verebilmektedir. Cumhuriyet savcısı aramada bizzat bulunmakta ancak arama

⁹⁹ Y. Ünver, H. Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 14. Baskı, 2018, s. 424.

¹⁰⁰ Uyuşmazlık Mahkemesinin Ceza Bölümünün 9.3.1987 T., 1987/30 E. ve 1987/34 K. sayılı kararına göre kışla dışı askeri lojmanlar askeri mahal niteliğinde değildir. Bu nedenle buralarda işlenen suçlar adli yargının görevine girer.

işlemleri askeri makamlar tarafından yapılmaktadır. Bu özel husus dışında genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır¹⁰¹.

2.6.5. Ceza İnfaz Kurumlarında Arama

Ceza infaz kurumlarında yapılan arama CMK'ya göre değil Ceza ve Güvenlik Tedbirleri İnfazı Kanunu'na göre yapılmaktadır. Burada yapılan aramalar kanunun kendi sistematığına göre farklı şekilde tezahür etmektedir. İş bu husus Ceza ve Güvenlik Tedbirleri İnfazı Kanunu'nun 30. 33. ve 36. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 36'ncı maddesi uyarınca; kurumun içinde, odalarında veya eklentilerinde hükümlülerin üstünde veya eşyasında haber vermeden her an arama yapılabilir. Ayrıca her ay bir defa mutlaka arama yapılacağı hususu da madde metninde yer almaktadır. Kastedilen aramalar rutin aramalardır. Ancak kurum dışından gelen hükümlü yakınları ya da ziyaretçilerin üstünün aranması rutin aramanın dışında olan ve hakim kararına gerek duyulmadan yapılan bir tür önleme araması niteliğindedir¹⁰².

2.7. Aramanın Yapılacağı Zaman

Aramanın yapılması konusunda belli birtakım süreler öngörülmüştür. CMK'nın 119/1-c maddesine göre; arama kararı ya da arama emrinde belirlenen makul süreler içinde arama işleminin yapılarak sonlandırılması gerekmektedir. Bu kapsamda arama kararı ya da emrinde arama süresinin mutlaka belirlenmesi gerekmektedir. Somut olayın özelliğine göre arama süresi farklılık taşımaktadır. CMK'nın 118'inci maddesine göre; arama faaliyeti, kural olarak gündüz vaktinde yapılmalıdır. Bu kural konut, işyeri ve diğer kapalı mekanlar açısından geçerlidir¹⁰³.

İstisnai durumlarda ise gece vaktinde de arama yapılabilmesi mümkündür. Türk Ceza Kanunu'na göre; gece vaktinden kasıt, güneşin batmasından bir saat sonrası ile güneşin doğmasına 1 saat kala arasındaki zaman dilimidir. Şüphelinin aramanın gece yapılmasına rızası varsa gece vakti de arama yapılması mümkündür¹⁰⁴.

¹⁰¹ Kahraman, a.g.e., s. 371.

¹⁰² Yenisey, a.g.e., s. 56.

¹⁰³ A. Parlar, Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt 1, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 439.

¹⁰⁴ Parlar, a.g.e. s. 439-441.

Gündüz başlanan bir arama faaliyetinin detaylı olması nedeniyle geceye sarkması halinde de hukuka aykırı bir aramadan söz edilmesi mümkün değildir. Yine suçüstü hali, gecikmesinde sakınca bulunan hal, firarilerin yakalanması için yapılan aramalar ve geceleri herkes tarafından girilebilen umuma açık eğlence mekanlar ve işyerinde gece vakti arama faaliyeti yapılabilir¹⁰⁵.

2.8. Aramanın İcrası

Arama işlemini yetkili birimlerin emri ve kararı doğrultusunda kolluk görevleri yerine getirecektir. Burada kolluk yetki alanlarına göre polis ya da jandarma olabilmektedir. Ayrıca özel bazı durumlarda kolluk dışında arama tanıkları ya da ilgili soruşturmanın tarafları da orada bulundurulabilmektedir. Bu konuyu aşağıda açıklayacağız.

2.8.1. Aramada Hazır Bulunabilecek Kişiler

Arama faaliyeti icra edilirken iş bu tedbire maruz kalacak kişiler de olmaktadır. Arama faaliyeti sırasında hazır bulunabilecek kişilerin başında eşyanın sahibi ya da zilyedi gelmektedir. Bu kişiler yoksa onların yerine bakmak üzere temsilcileri, ayırt etme gücüne sahip akrabalarından biri veya kendisi ile birlikte oturan aile fertlerinden birisi ya da komşusu arama esnasında hazır bulunabilir. Arama faaliyeti sırasında bazı kişilerin hazır bulunabiliyor olması, yapılan arama faaliyetinin denetlenebilir olması açısından önem arz etmektedir. Eşyanın sahibi ya da zilyedinin hazır bulunması bir zorunluluk olarak öngörülmemişken kendisi dışında bir kişi mutlaka bulundurulmalıdır. Aksi takdirde arama faaliyetine devam edilemeyecektir¹⁰⁶.

Kanun koyucu, arama faaliyeti sırasında hazır bulunabilecek kişileri sınırlı sayıda belirlemiştir¹⁰⁷. Bu kişiler dışındaki kişiler arama faaliyetine katılamazlar. Özellikle şüpheli ya da sanığın aranmasını kendisiyle husumeti bulunan kişilerin, mağdur ya da şikayetçinin, bu kişilerin avukatlarının bulunması mümkün değildir.

¹⁰⁵ Parlar, a.g.e., s. 439-441.

¹⁰⁶ Yenisey, a.g.e., s. 161.

¹⁰⁷ A.C. Yenidünya, Z. İçer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 399.

Fail, şüpheli yahut sanık bu kişilerin bulunmalarına rıza göstermiş olsa dahi bu durum değişmeyecektir¹⁰⁸.

Cumhuriyet savcısının hazır bulunmadığı konut, işyeri veya diğer kapalı yerler içinde yapılan aramalarda o yerin ihtiyar meclisinden veya komşulardan iki kişinin bulunması CMK 'nın 119/4 maddesi uyarınca zorunludur. Ancak kural olarak cumhuriyet savcısının hazır bulunması gerekmektedir. İstisnai olarak cumhuriyet savcısının bulunamadığı durumlarda iki tanığın mutlaka hazır bulunması kanun koyucu tarafından şart koşulmuştur¹⁰⁹. Kanun koyucu burada cumhuriyet savcısının bulunmadığı durumlarda arama yapılabilmesi için iki işlem tanıdığını hazır bulundurulmasını istemiştir. Madde metninde ise “*bulundurulur*” ibaresini kullanmıştır. “*Bulundurulur*” ibaresinin anlamı, iki işlem tanığının hazır bulundurulmasının zorunlu olmasıdır. Kanunda maddesinde geçen “*Arama yapabilmek için*” ibaresi ise işlem tanıklarının aramanın hem başında hem de sonunda bulunmaları gerektiğini ifade etmek içindir.

Kısaca belirtmek gerekirse işlem tanıkları aramanın hem başında hem sonunda hem de ortasında bulunmalıdır. Aksi takdirde kişilerin özel hayatının gizliliği ilkesi ihlal edilmiş olacak ve bu haksız arama neticesinde elde edilmiş olan deliller hukuka aykırı delil olarak nitelendirilecektir. Ancak aramaya başlamak için zor kullanma ya da baskın yapma gibi zorunlu durumların mevcut olması halinde, her ne kadar işlem tanıkları bu eylemler esnasında hazır bulundurulmasa da güvenlik sağlandıktan sonra işlem tanıklarının hazır edilmesi sağlanıp, aramaya o şekilde başlanması gereklidir. Bu durumda dahi işlem tanıklarının arama yapılacak yere ne zaman getirildiği ve getirilmeden önceki zaruri durumlar tutanağa yazılmalıdır. Burada iki işlem tanığının hazır bulundurulması şartı cumhuriyet savcısı ya da hakimnin hazır bulunmadığı durumlar için söz konusudur.

Kanunun korumaya çalıştığı amaç ise, kişilerin konut dokunulmazlığı ve özel hayatıdır. Kaldı ki kanunda konut iş yeri ve diğer kapalı yerlerden bahsedilmiş olup, kişilerin daha çok mahrem kalmasını istediği ya da hayatlarını sürdürdüğü özel alanlar

¹⁰⁸ Özbek, Bacaksız, a.g.e., s. 333-334.

¹⁰⁹ A. Parlar, M. Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara, 2008, s. 496.

söz konusudur¹¹⁰. Ancak bu konuda Yargıtay anlattığımız hususların aksine kararları da mevcuttur. Yargıtay Ceza Genel kurulu 26.07.2007 gün ve 147-159 sayılı, kararlarında arama esnasında işlem tanıklarının hazır bulunmamasını şekilsel bir eksiklik olarak kabul etmiş ve salt bu şekilsel eksikliği hukuka aykırı olabilecek bir neden olarak görmemiş ve elde edilen delillerin hukuka aykırı olamayacağını belirtmiştir. Ceza Genel Kurulunun bu kararları elbette ki öğretideki baskın görüşün aksine olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹¹¹. Öğretideki hakim görüş ise CMK 119/1’de sayılan iki işlem tanıdığından sadece birinin bile olması durumunda ,yapılan arama işleminin hukuka aykırı olacağıdır¹¹². Dolayısıyla YCGK’nun yukarıda bahsettiğimiz kararlarında savunulan görüş doğrultusunda uygulama yapıldığında, ciddi anlamda hukuka aykırı aramaların vücut bulacağı, kişilerin özel hayatının ve konu dokunulmazlığının ihlale açık hale geleceği tartışmasızdır. Yine Anayasa Mahkemesinin birinci bölümünün vermiş olduğu bir kararında *“işlem tanıkları hazır bulundurulmadan yapılan arama işleminin hukuka aykırı olacağı ve bu arama neticesinde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı”* hususu oybirliği ile kabul görmüştü¹¹³. CMK’nın 120’inci maddesinde aramada hazır edilebilecekler de ayrıca düzenlenmiştir. İlgili maddede;

“(1) Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur.

(2) 117’nci Maddenin birinci fıkrasında gösterilen hâllerde zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir.

(3) Kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz.” Şeklinde düzenlenmiştir.

Bu maddeyle ilgili olarak meclis tartışmalarında birtakım eleştiriler getirilmiştir. Meclis Adalet Komisyonu’ndaki yapılan görüşmelerden birinde, arama

¹¹⁰ <https://barandogan.av.tr/blog/mevzuat/aramada-iki-islem-taniginin-hazir-olmamas.html>

¹¹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2007/7-147 E., 2007/159 K., 26.6.2007 T. sayılı kararında

¹¹² Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özyayın, Esra Alan Akçan, Efser Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara, 2013, s. 511

¹¹³ AYM. 19.11.2014 tarihli ve 2013/6183 numaralı bireysel başvuru

kararı alındıktan sonra bazı ücra mecraların, mecraların ve köylerin boş olduğu, kış aylarında kimsenin bulunmadığı, bu durumda ne yapılacağı hususunda sorular yönetilmiştir. Mecliste yapılan tartışmalar neticesinde her halükarda maddenin CMK'nın 98'inci maddesi nasıl kabul edildiyse, bu maddenin de bu şekilde kabul görmesi gerektiği ve yönetilen soruların aksine madde metni kabul edilmiştir¹¹⁴.

2.8.2. Arama Yapılacak Kişiy e Bilgi ve Belge Verilmesi

CMK'nın 121'inci maddesinde arama sonunda kişiy e verilecek belgeler düzenlenmiştir. Madde metni uyarınca; arama neticesinde aramaya maruz kalan kişinin sistemi üzerinde kolluk aramanın CMK m. 116 ve 117'ye göre yapıldığını ve 116. maddede belirtilen durumda dosya konusu failin niteliğini belirten belge ve şahsın istemi üzerine el konulmuş olan eşyaların listesini gösteren bir belgeyi ilgili aramaya maruz kalan kişiy e verilmektedir. Ayrıca bilgi verme anlamında kolluğun ilgili aramaya maruz kalan kişiy e aramanın konusunu ve hangi suçtan kime karşı yapıldığını bilgisi vermelidir. Kolluk aynı zamanda kolluk kimliğini de bildirmekle de yükümlüdür¹¹⁵.

2.8.3. Aramada Zor Kullanma

Arama faaliyetinin icrası sırasında asıl olan zor kullanılmamasıdır. Ancak bazı durumlarda kolluk zor kullanmak zorunda kalabilmektedir. Zor kullanma yetkisi kullanırken özellikle aşırıya kaçmadan ölçülü bir şekilde ve dürüst bir tarzda kullanılmalıdır. Arama faaliyetinin icrası sırasında, muhatap kolluğa bu konuda yardımcı olmakla yükümlüdür. Ancak ilgili kişi kolluğun kimlik gösterip arama kararı olduğunu söylemesine rağmen mukavemet gösterir ise bu durumda kolluğun zor kullanma yetkili mevzu bahis olacaktır. Kolluğun burada özellikle dikkat etmesi gereken husus, şahsa mahkeme kararını veya mevcut arama belgelerini göstermesidir. Ayrıca kolluk görevini yaparken yani arama işlemlerine başladıktan sonra olay yerinde

¹¹⁴ Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, T.C Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2005, s. 525.

¹¹⁵ Yargıtay 6.Ceza Dairesi'nin, 9.11.2023 T. 2023/385 E. 2023/14247 K. Sayılı kararı.

işlemin yapılmasına mani olan ya da direnen kişileri, arama tedbiri nihayete erene kadar gerekirse zor kullanarak bu mukavemeti men edebilme yetkisine sahiptir¹¹⁶.

2.8.4. Tesadüfen Ele Geçen Deliller veya Soruşturma İlgisi Olmayan Eşyalar

Arama faaliyeti icra edilirken bazen soruşturma konusu ve şüphe konusu olgu dışında farklı bir suça vücut vereceği düşüncesi uyandıran deliller tesadüfen elde edilebilir. İş bu konuda CMK'nın 138'inci maddesinde bir düzenleme de yer almaktadır. Düzenlemeye göre arama esnasında arama konusu fiil ve şüphe dışında bir delil elde edilirse, tesadüfen elde edilen bu delil kolluk tarafından muhafaza altına alınır ve durum en kısa sürede cumhuriyet savıcına bildirilir. Buradaki uygulama hem arama hem de el koyma tedbiri için geçerlidir. Aynı durum bir başka ceza muhakemesi kurumu olan iletişimin tespit yapılırken de kıyasen uygulanmaktadır¹¹⁷.

Arama faaliyeti icra edilirken CMK m.138/2 kapsamında bir delil elde edilirse, tesadüfen ele geçen delilin hukuka uygun olduğunu belirten görüş doktrinde varlığını korumaktadır. Ancak her ne kadar öğreti ve Yargıtay kararlarında bu şekilde bir yaklaşım kabul görmüş ise de arama kararının ya da koruma tedbirinin hangi fiil ve amaç için alındığı belirli olduğuna göre sadece bu fiil ve amaca yönelik delil elde edilebilecektir. Tesadüf elde edilen ve başka bir suçu oluşturduğu iddia edilen deliller için ayrıca yeni bir hakim ya da mahkeme kararı alınması, kişilerin anayasadaki özel hayatın gizliliği, kişi dokunulmazlığı ve temel hak ve hürriyetler anlamındaki haklarının teminatı için gerekliliktir¹¹⁸.

2.9. Arama Esnasında Ortaya Çıkabilecek Hukuka Aykırı Durumlar

Arama esnasında ulaşılmaya çalışılan amaç bir suça konu delillerin bulunmasıdır. Ancak bu delillerin hukuka uygun bir şekilde elde edilmesi ve muhakeme de kullanılabilmesi gerekir aksi takdirde delil kıymetini haiz olmayacak ve

¹¹⁶ P. Ökten, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 47.

¹¹⁷ Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 394.

¹¹⁸ Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 394-395.

hükümde dikkate anlamayacaktır. Bu hususu aşağıdaki şekilde değerlendirmeye çalışacağız.

2.9.1. Hukuka Aykırı Delil

Delil ancak ispat ile mümkündür. İspat ise bir fiilin belirli bir bölümünü açığa çıkarmak o fiilin fail tarafından gerçekleştirdiği olgular tek tek aydınlatmaktır. İspatın konusunu maddi vakıalar oluşturur. Hukuki meseleler ispatın konusu olamazlar. Jura novit curia prensibi gereği davayı yöneten hakim hukuku bilmek ve tatbik etmek zorundadır. Ancak hakim hukuku uygularken ve bir delili değerlendirirken bu delilin hukuka uygun olup olmadığını tespit etmekle yükümlüdür. Anayasa'nın 38/6 maddesinde yer alan düzenlemeye göre kanuna aykırı şekilde elde edilmiş bulguların delil kabiliyetini haiz olmadığı yine Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206. Maddesinde kanuna aykırı olarak delil elde etmenin mümkün olmayacağı ve yine CMK'nın 217'inci maddesinde de hakim ancak hukuka uygun şekilde elde edilmiş delillerle ispat hukukunu uygulayabileceği düzenlenmiştir¹¹⁹.

Bir delilin hukuka aykırı olup olmadığı, o delilin hangi yöntemlerle elde edildiğine ilişkindir. Önemli olan delilin gerçekliğinden ziyade elde edilmiş yöntemidir. Örneğin tehditle elde edilmiş ya da haksız bir arama neticesinde elde edilmiş deliller hukuk aykırı delil niteliğini haiz olacaktır.

Hukuka aykırı delil, ceza muhakemesinde değerlendirme dışı bırakılır. Buradaki temel amaç hukukun üstünlüğünün tanınmasıdır. Zira hukuk devletinde kaim olan öncelikle hukukun uygulanmasıdır. Sonrasında ise geçerli olan hukuki yöntemlerle elde edilen deliller ile kişilerin yargılanması ve delillerin kesinlik kanaati oluşturması neticesinde hüküm kurulmasıdır. Anayasa'nın 38. maddesinde göre hiç kimse kanuna muhalif şekilde elde edilmiş bulgularla yargılanamayacağı ve bu bulguların delil olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir¹²⁰.

CMK 'nın 116'ıncı ve devam maddelerinde gereğince arama faaliyetlerinin icrası sırasında gerekli şartlara uyulmaması durumunda elde edilen deliller hukuka

¹¹⁹ Y. Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 7. Bası, 2007, s. 258-259.

¹²⁰ Y. Yılmaz, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin İspat Değeri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 45. ¹⁰⁴ Yılmaz, a.g.e., 45-46.

aykırı olacak ve bu deliller hükme esas alınamayacaktır. İş bu sebeple arama faaliyeti icra edilirken kanunun aradığı şartların sağlanması son derece önem arz etmektedir. Zira aksi takdirde arama faaliyeti amacını yitirecek ve anlamsız kalacaktır¹²¹.

2.9.2. Devlet Sırrı İçeren Belgelerin Aranması

Hukuka uygun bir arama kararı neticesinde arama işlemi yapılırken devlet sırrına haiz belgelere ulaşılabilmesi mümkündür. Belirtilmelidir ki; devlet sırrı olan belgeler sadece mahkeme heyeti veya mahkeme hakimi tarafından tetkik edilebilir. Bu belgeler hakim ya da mahkeme tarafından incelenirken sadece atfolunan suça dair emare var ise bu husus tespit edilip bir tutanakla dosyaya konur. Ayrıca cezası beş yıl ve üzeri suçlar için bu tür belgeler mahkemece incelenebilir. Aksi takdirde incelenmesi mümkün değildir¹²².

2.10. Aramanın Sona Ermesi

Arama faaliyeti bu koruma tedbirinden beklenen faydanın ve amacın gerçekleşmesi ile ya da elde olmayan imkanlardan dolayı gerçekleşmemesi ile sona erer. Arama sona erdikten sonra aramada hazır bulunan kişilerin isimleri ve aramanın tüm sonuçları yazılmalıdır. Aramanın esas iki amacı, şüpheli ya da sanığa ulaşmak ya da suç delili elde etmektir. Şahıs aramasında ilgili kişi yakalandığında arama işlemi sona ermiş olacaktır. Ayrıca bir yakalama kararı almaya ya da yakalamaya ilişkin hükümleri uygulamaya gerek bulunmamaktadır. Burada yakalama hükümleri re'sen uygulama alanı bulacaktır¹²³.

Bir diğer durum ise arama faaliyeti neticesinde bir bulguya ulaşılmış olmasıdır. Ancak burada arama henüz sona ermiş olmaz. Artık burada aramayla birlikte tamamlayıcı tedbir olan el koyma tedbirine başvurmak gerekir. El koyma ile birlikte deliller adli kolluk uhdesinde olacaktır. Elde edilen bu delillerin, hakim tarafından incelemesi ve onaylanması ile birlikte arama işlemi sona ermiş olur. Arama neticesinde

¹²¹ Yılmaz, a.g.e., 45-46.

¹²² E. Kızılkaya, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 89, 2010, s. 522.

¹²³ Toroslu, Feyzioğlu, a.g.e., s. 248.

herhangi bir delil ya da şahıs bulunamamışsa arama tedbiri amacına ulaşamamış ve sona ermiş olacaktır¹²⁴.



¹²⁴ Toroslu, Feyzioğlu, a.g.e., s. 240-243.

3. EL KOYMA

El koyma koruma tedbirinin öğretide ya da kanunlarda tam anlamıyla bir tanımı olmasa da kısaca suç konusu olabilecek bir delilin, müsadere konusu eşyanın saklanması veya kaçırılmasını engellemek suretiyle onu muhafaza altına almayı sağlayan bir koruma tedbiri olarak tanımlanmaktadır. El koyma tedbiri, Anayasada güvence altına alınan mülkiyet hakkı, özel hayatın gizliliği gibi temel haklara müdahale ettiği için hem anayasada hem de CMK'da yazılı şekilde düzenlenmiştir¹²⁵. Bununla birlikte özel kanunlarda da ayrıca düzenlendiği durumlar da mevcuttur¹²⁶. Özel kanunlarda CMK'ya atıf yapılarak da el koyma tedbirinden bahsedildiği durumlar olabilmektedir.

El koyma kavramı ceza hukuku anlamında yorumlanır ise, suça onu eşyanın ya da müsadere konusu maddi değerlerin üzerindeki tasarruf ehliyetinin zilyetten iradesi dışında alınmasıdır denebilir¹²⁷. El koymada asıl olan tasarruf yetkisini ortadan kaldırılması olsa da bazı özel el koyma hallerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığı da söylenebilir. Her ne kadar tasarruf yetkisi tamamen ortadan kaldırılması temel alınsa da bazı özel el koyma mahallerinde sınırlayıcı bir şekilde tasarruf yetkisi zilyede bırakılabilmektedir. Yani el koyma daha çok mal varlığı değerleri ile ilgili bir kavramdır. Malvarlığından kasıt maddi anlamda bir değer ifade eden aktif ölçülebilen hakların ve borçların yekün halidir¹²⁸.

3.1. El Koymanın Amacı

El koymanın asıl amacı ispata dair faydalı bulunan veya müsadere konu malvarlığı değerlerinin teminat altına alınarak, hem soruşturma ve kovuşturmanı sağlıklı yürütmesini sağlamak hem de nihai yargılamada verilecek olan hükmün sadece yazı üzerinde kalmasının önüne geçilmesidir. Zira soruşturma neticesinde makul bir şüphe oluştuğundan sonra ilgili kişi hakkında iddianame düzenlenerek dava açılmakta,

¹²⁵ Çöpoğlu, a.g.e., s. 179.

¹²⁶ Bkz. 2935 sayılı OHAL Kanunu m. 11, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu m. 3, 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun m. 5, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 166, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu m. 20, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m. 18/3, 5187 sayılı Basın Kanunu m. 25.

¹²⁷ Yenisey, Nuhoglu, a.g.e., s. 410.

¹²⁸ M. Taşkın, E. Çetintürk, Uluslararası Elkoyma Kararlarının Doğrudan Tanınması ve Yerine Getirilmesine Yönelik Yeni AB Sistemi ve Türkiye'ye Etkileri, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 30, 2009, s.

dava açıldıktan sonra kovuşturma aşamasına geçilmektedir. Kovuşturma aşamasında hakim dosyadaki bulunan mevcut delillerle bağlı olarak bağımsız vicdani kanaatini de harmanlayarak ilgili sanık hakkında bir kanaate varmaktadır. Tüm bu yargılama süreci içerisinde Hâkimin kanaatini dayandırdığı delillerin yok olmasının engellenmesi, değiştirilmesini önüne geçilmesi ya da delillerin bozulmasının engellenmesi el koyma koruma tedbiri sayesinde olacaktır. Ayrıca el konulan eşya müsadere tabi ise müsadere imkanı da mevcuttur¹²⁹.

Ceza yargılamasında hükmün isabetli bir şekilde verilememesi tehlikesi karşısında delile el konulması tutucu mahiyette, müsadere konu bir şeye el konulması ise önleyici mahiyette bir el koymadır¹³⁰.

3.2. El Koymanın Hukuki Niteliği

El koymanın hukuki niteliği bir ceza muhakemesi müessesesidir. Koruma tedbiri olarak geçici özelliğe sahiptir. Yargılama sonunda suçun sabit görülmesi halinde müsadere konu olur; aksi takdirde ilgisine iadesiyle son bulur. Dolayısıyla diğer kanunlarda tasarruf yetkisinin kısıtlanması halinde başka hukuki nitelendirmeler yapılsa da ceza muhakemesinde el koyma terimi kullanılmıştır. Medeni hukukta ihtiyati tedbir terimi kullanılmış, icra iflas hukukundaysa ihtiyati haciz gibi terimler kullanılmıştır¹³¹.

Aslında tüm bu terimler kişinin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasını ifade etmektedir. İş bu kavramlar arasındaki temel fark; ihtiyati tedbirin amacı belli bir hakkın zayi olması ihtimalinin önüne geçilmesi, ihtiyati haczin amacı ise bir borç ilişkisinin sonucu olan edimlerin güvence altına alınmasıdır. Bu her iki tedbire de mahkeme karar verir. Ancak el koyma kararında hakim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yetkili merciin yazılı emri ile de el koyma tedbirine başvurulabilmektedir¹³².

¹²⁹ N.B. Özgenç, Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Elkoyma Koruma Tedbiri, Yargı Dünyası Dergisi, Sayı 223, 2014, s. 23.

¹³⁰ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s.1114.

¹³¹ E. Yurtcan, CMK Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 5. Bası, 2008, s. 321.

¹³² Centel, Zafer, a.g.e., 374.

Kanunun mantık ve sistematığıne göre el koyma işlemi kişinin uhdesinde bulunan, yeterli şüphe oluşturan eşyayı rızası ile teslim etmemesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Anayasanın özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı kişi hürriyeti gibi temel haklar dikkate alındığında ancak suçun önlenmesi milli güvenlik ve kamu düzeni gibi belli başlı sebepler çerçevesinde el koyma işlemi yapılabilir¹³³. Burada amaç keyfilik olgusunun önüne geçmektir.

El koyma işlemi yapılırken özellikle bir arama işlemi yapılmasına gerek yoktur. Yeterli ve gerekli şüphe varsa arama işlemi yapılmadan da el koyma yapılabilir. Örneğin suçun işlendiği anlaşılıyorsa ve şüphelinin üzerinde bir suç aleti varsa bu durumda el koyma işlemi müstakil olarak yapılabilir yani ayrıca bir arama kararı gerekmez; aynı şey park edilen bir aracın el konulması durumunda da mümkündür. Yani burada bir arama kararı olmadan doğrudan el koyma kararı verilmesi icap etmektedir¹³⁴. Yine aynı şekilde Anayasanın 20. ve 21'inci maddelerinde el koyma işleminin hakim kararıyla gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yetkili merci yazılı emriyle yapılabileceği düzenlenmiştir.

3.3. El Koymanın Çeşitleri

El koymayı en temel anlamda ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan biri basit el koyma diğeri ise özel el koyma türüdür. Basit el koyma CMK madde 123'üncü ve devamında düzenlenen ve yeterli şüpheyle yapılabilen el koyma türüdür. Özel el koyma türü ise kanunda kendi iç usul ve esasları doğrultusunda yapılabilen özel usullere bağlı el koyma türüdür. Aşağıda bu hususları düzenlemeye çalışacağız.

3.3.1. Basit El Koyma

Basit el koyma hali CMK 123. maddesinde tanzim edilmiştir. Buna göre bir suçun aydınlatılması için ispat aracı olarak faydalı görülen ya da bir eşya ya da kazanç müsaderesi konusunu oluşturan maddi değerler muhafaza altına alınır. Bu mal varlığı değerlerini kişi kendi rızasıyla teslim etmek istemediği durumlarda bu tür eşyalara el

¹³³ Ökten, a.g.e., s. 59.

¹³⁴ Centel, Zafer, s. 374.

konulabilmektedir. Basit el koyma CMK 123. maddesindeki anlatımıyla yeterli şüphe bulunduğu müddetçe yapılabilen el koymadır. Olay yerindeki silaha el konulması ya da dolandırıcılık suçunda banka hesaplarına ait evraklara el konulması basit el koymaya örnek olarak verilebilir. Buradaki temel amaç ileride hüküm altına alınacak olan şahsın mahkumiyetinin kağıt üzerinde kalmamasıdır¹³⁵. Basit el koyma işlemi icra edilirken Cumhuriyet savcısının ya da hâkimin bizzat bulunması gerekli değildir. Burada kolun bulunması işlemin tamamlaması için kâfidir¹³⁶.

3.3.2. Özel El Koyma

CMK'da 123. maddesinde düzenlenen basit el koymanın yanı sıra ayrıca müdahale ettikleri hakkın özü ve kendine özgü yapıları gereği daha sıkı korunmaları için özel el koyma türleri düzenlenmiştir. Ayrıca bazı kanunlarda da özel olarak el koymaya yönelik düzenlemeler mevcuttur. Özel el koyma hallerinde özel norm genel norm ilişkisi dikkate alınacak öncelikle özel norm uygulanacak sonrasında özel normda düzenleme yoksa genel norm olan CMK'daki el koyma hükümleri uygulanacaktır¹³⁷.

3.3.2.1. Basılmış Eserlere ve Basın Araçlarına El Koyma

Buradaki el koyma hususunun özel olarak düzenlenmesinin sebebi, basın araçlarına ya da eserlerine el koymanın basın özgürlüğünü ilgilendirmesidir. Anayasanın 28. ve 30. maddeleri bu hususları düzenlemektedir. Anayasanın 28. maddesine göre; “basın özgürdür ve hiçbir şekilde sansürlemez” amir hükmü düzenlenmiştir. Anayasanın bu maddedeki temel gayesi kişilerin haber alma özgürlüğünün kısıtlanmamasıdır. Ancak bazı durumlarda basın hürriyetinin sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Bu durumlarda Anayasanın 26. ve 27. maddeleri dikkate alınır. Ayrıca maddenin devamında devletin güvenliğini tehdit eden ve vatanın bölünmez bütünlüğünü tehlikeye atan durumlarda veyahut isyan, kalkışma gibi eylemlerde, devletin mahrem bilgilerinin haber şeklinde basılması ya da dağıtılması

¹³⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, a.g.e., s. 349

¹³⁶ M.S. Seyyidoğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul,

¹³⁷ Çöpoğlu, a.g.e., s.209.

durumlarında basın araçlarının ya da eserlerin dağıtımını tedbiren hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emriyle önlenebileceği belirtilmiştir. Ancak burada yine madde metninden anlaşıldığı gibi hakim kararıyla yapılmayan dağıtım önleme kararlarının yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması gerektiği, hakim de 48 saat içinde bu kararı onaylaması gerektiği belirtilmiştir¹³⁸.

Görüldüğü üzere anayasa basın özgürlüğünü sıkı şartlar altında korumuş ve ancak sınırlı hallerde basın yayın organlarına müdahalenin mümkün olabileceğini düzenlemiştir. Aynı şekilde Basın Kanunu'nun 25'inci maddesinde basılmış eserlerin üç adetle sınırlı olacak şekilde el koymaya konu olabileceğini aksi takdirde tüm nüshaların el koymaya konu olamayacağını düzenlemiştir. Zira tüm nüshaların toplanması durumunda el koyma değil toplatma olacağı öğretide tartışılmıştır. Ancak söz konusu nüshaların müsadere amacıyla el konulması durumunda tüm nüshalara el koyma işlemi yapılabileceği düzenlenmiştir. Yine Basın Kanunu'nun 25'inci maddesine göre toplatma işlemi yapılabilmesi için bu işlemin belirli suçlara yönelik olması ve hakim kararının bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısının kararı da yeterli olmakla birlikte hakim onayına sunulması gerekmektedir. Hakim onayına sunulmayan kararlar geçerli değildir ve hükümsüz olacaktır¹³⁹. Ayrıca Basın Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasına göre basılmış eserlerin en fazla üç adedine el konulabileceği ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının yanı sıra kolluğun da el koyabileceği düzenlenmiştir¹⁴⁰. Görüldüğü üzere basın araçlarına ve eserlerine CMK 123'üncü maddesindeki basit el koyma tedbirinin uygulanamayacağı, anayasa ve özel kanunlarla el konulabileceği, demokratik bir hukuk devleti olmanın gereği olarak basının özel şartlarla korunması gerektiği anlayışı Türk hukukunda kabul görmüştür.

¹³⁸ Yenidünya, İçer, a.g.e., 419.

¹³⁹ Soyaslan, a.g.e., s. 286

¹⁴⁰ Çöpoğlu, a.g.e., s.209.

3.3.2.2. Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara El Koyma

Taşınmazlara ya da hak ve alacaklara yönelik olan bu el koyma tedbiri, özellikle örgütlü ve organize suçların ortaya çıkarılması ve bu suçtan elde edilen mal varlığı değerlerinin müsadere edilmesine imkan sağlamaktır¹⁴¹. Bu el koymanın basit el koymadan farkı, söz konusu tedbiri uygulamak için somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesinin bulunmasının gerekli olmasıdır¹⁴². Tedbire başvurma şartı somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi olduğu gibi tedbirin konusu da her türlü taşınmaz, kara ulaşım araçları, deniz ulaşım araçları, hava ulaşım araçları, kıymetli evrak, gerçek ve tüzel kişilere ait her türlü alacak hakkı şirket hisse payları, kiralık kasalar, banka hesapları ve buna benzer mal varlığı değerleri olabilir. Somut anlamda belirli olan ve yukarıda saydığımız taşınmaz hak ve alacaklar şüpheli ya da sanığın zilyetliğinde olmasa bile yine de el koyma işlemi yapılabilir¹⁴³.

Genel anlamda her ne kadar madde metninde el koyma tedbirine konu taşınmaz hak ve alacaklar sayılmış ise de en son kısımda diğer malvarlığı tabiri bu tedbirin alanını oldukça genişletmiştir. Ancak bütün koruma tedbirlerinde olduğu gibi bu tedbirde de belirlilik ilkesi uygulanmak zorundadır. Diğer mal varlıkları denilmek suretiyle belirlilik ilkesinin ihlal edildiğini doktrinde tartışılmaktadır¹⁴⁴. Zira madde metninin bu hali ile mülkiyet hakkı da keyfi bir müdahaleye açık hale gelmektedir.

Bir başka fark ise, taşınmaz hak ve alacaklara el koyma tedbiri basit el koymadan farklı olarak sadece katalog bir şekilde belirtilen suçlar hakkında uygulanabilmektedir. Buradaki temel amaç mülkiyet hakkını koruyan anayasal güvencenin ihlal edilmemesidir. Zira bireyin en temel hakkı mülkiyet hakkıdır ve bu hakkın herhangi bir adli soruşturma sebebiyle müdahaleye uğraması keyfilik doğuracaktır. Nitekim üçüncü dünya ülkeleri dediğimiz ülkelerde kişilerin mülkiyet hakları çok basit bir şekilde ihlal edilebilmektedir. Ancak kıta Avrupası ülkeleri ve Anglosakson hukuk sistemini kullanan ülkelerde mülkiyet hakkının sınırları oldukça sıkı bir şekilde korunmuştur. Aynı şekilde Türk hukukunda da başta Anayasa olmak üzere diğer kanunlarda da mülkiyet hakkı sıkı şartlar altında korunmaya alınmıştır.

¹⁴¹ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s.1271.

¹⁴² Öztürk, Eker, Kazancı, Soyer, Güleç, a.g.e., s.195.

¹⁴³ Soyaslan, a.g.e., s. 286.

¹⁴⁴ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s. 1271-1273.

Dolayısıyla CMK'da taşınmaz hak ve alacaklara el konulabilmesi için, el koymaya sebep olan suçun CMK'nın 128'inci maddesinde belirtilen suçlardan olması gereklidir. Bu suçlar kanunda teker teker sayılmıştır. Bu suçlara örnek olarak soykırım, insanlığa karşı suçlar, hırsızlık, dolandırıcılık ve buna benzer mal varlığına ilişkin suçları sayılabilir.

Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus, CMK'nın 128'inci maddesinde düzenlenen tedbirin uygulanabilmesi için el konulan değerlerin madde metninde sayılı suçlardan birinin işlenmesi sonucu elde edilmesi gerekliliğidir. Bununla birlikte suçun işlediğine dair somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesinin bulunması, bu kuvvetli suç şüphesinin neredeyse kesin gibi olması gereklidir¹⁴⁵. Kısaca tedbire konu mal varlığı ile suç arasında bir irtibat bulunmalı, suç işlenmemesi durumunda bu mal varlığı değerlerinin olamayacağının tespit edilmesi ya da bu sonuca ulaşılması icap etmektedir¹⁴⁶.

Yani suçla ilgisi olmayan, suç işlense de işlenmese de zaten var olan malvarlığı değerlerine el konulması mümkün değildir. Kanun maddesinin birinci fıkrasının son paragrafında bu tedbirin uygulanması amacıyla ilgisine göre ilgili kamu kuruluşlarından rapor alınması gereklidir. Kendisinden rapor istenen kurum bunu üç ay içinde hazırlamak zorundadır; ancak özel sebeplerin varlığı halinde bu süre iki ay daha uzatılabilir. Bu kurumlara örnek olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu gibi kurumlar örnek verilebilir¹⁴⁷.

Ancak öğretilerde bu kurumların rapor hazırlaması eleştirilmektedir;¹⁴⁸ zira bazı durumlarda raporlar gecik bilmekte ve el koymadan beklenen fayda artık imkânsız hale gelebilmektedir. Ayrıca kuvvetler ayrılığının bir gereği olarak yürütme organına ait bir kurumun raporuna istinaden adli mercilerin bir işlem tesis etmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı olduğu düşünülmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Soyaslan, a.g.e., s.304.

¹⁴⁶ Yenidünya, İçer, a.g.e., s. 420.

¹⁴⁷ S. Donay, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2015, s. 229.

¹⁴⁸ Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, s. 424.

¹⁴⁹ İ. Dursun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 21, Sayı 2, 2015, s. 547.

3.3.2.3. Zorlama Amaçlı El Koyma

Bir diğer el koyma türümüz ise zorlama amaçlı el koymadır. Aslında burada zorlama amaçlı denilmesinin nedeni kaçağın ya da şüphelinin adli mercilere gelmesini sağlamaktır. Bu şekilde kişinin malvarlığına el konulduğu için ilgili kişi Cumhuriyet savcısına ya da yargılandığı mahkemeye gelmek zorunda kalabileceği düşünülmektedir¹⁵⁰.

Buradaki asıl gaye kaçağın dava ve duruşmalara gelmesidir. Nitekim CMK'nın 248'inci maddesinde bu husus özel olarak düzenlenmiştir. Buradaki düzenlemenin asıl gayesi sanığın ya da şüphelinin günlük hayatına devam etmesinde maddi zorluklar sebebiyle aksamalar yaşanması ve ilgili kişinin yargılamaya katılmaya zorlanmasıdır¹⁵¹.

Amaç sanığın duruşmaya katılmasını sağlamak olduğu için mantık olarak soruşturma aşamasında bu tedbire başvurma olanağı yoktur. Bu tedbire başvurmak için ancak kanunda sayılan suçların mevcudiyeti gerekmektedir. Kanun koyucu böylesine ağır bir tedbiri koyarken orantılılık ilkesini benimsemiş, kamu düzenini ihlal eden ağır suçlar açısından bu tedbirin uygulanmasını öngörmüştür. Dolayısıyla her suç için zorlama amaçlı el koyma kararı verilmesi mümkün değildir. Burada ayrıca suçun işlendiğine dair yeterli şüphenin bulunması şart olup kanundaki diğer tüm şartların da mevcut olması gereklidir¹⁵².

Zorlama amaçlı el koyma tedbiri uygulanırken, hakim el konulan mallar için kayyum atanması kararı da verebilir. Bu karar kaçağın müdafisine bildirilir. El koyma neticesinde sanığın bakmakla yükümlü olduğu kişiler zor duruma düşer ya da geçinmekte zorluk hali yaşarlarsa hakim bu konuda kayyuma el konulan eşyaların bir miktarını çözmesine izin verebilir.

3.3.2.4. Postada El Koyma

Postada el koyma CMK'nın 129. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede, suç delili olduğu düşünülen verilerde maddi gerçeğin tespit edilmesi amacıyla adliyenin

¹⁵⁰ Aydın, a.g.e., s.184

¹⁵¹ Karakehya, a.g.e., s. 343.

¹⁵² Kızılkaya, a.g.e., s. 520-522.

ya da soruşturma makamını uhdesinde bulunması gereken her türlü postaya ve bu postalara ait gönderilere, evraklara hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının yazılı emriyle el konulabileceği düzenlenmiştir¹⁵³.

Buradaki el koyma işlemini her ne kadar kolluk yapsa da kolluğun gönderileri ya da paketleri açma yetkisi yoktur. Kolluk ilgili posta memuruyla birlikte gönderiyi mühürler ve el koyma kararını veren hakime ya da Cumhuriyet Savcısı'na teslim eder. Ancak bazı suçlar açısından Cumhuriyet Savcısı'nın talimatıyla da postada el konulan gönderi ve paketler açılabilir. Postada el koyma işlemi haberleşme özgürlüğünü ve gizliliğini ilgilendirdiği için kanun koyucu bunu özel olarak düzenlemiştir¹⁵⁴.

Soruşturma veya kovuşturma aşamasında suç delili olduğu düşünülen ve posta hizmeti veren her türlü resmi ya da özel kurumda bulunan varlıklara el konulabilmektedir¹⁵⁵. Posta el koyma tedbiri belirli bir suç delilini elde etmek üzere ihdas edilmiştir; yani burada müsadereye konu bir el koymadan bahsedilmemiştir. Dolayısıyla ancak postadaki gönderilere el konulması mümkündür. Örneğin hırsızlıktan elde edilen bir mücevherin ya da paranın kargoyla başka birine gönderilmesi halinde bu durumda posta değer koyma yapılamayacak, ancak gönderi alıcısına ulaştıktan sonra el koyma işlemi yapılabilecektir. Kısaca anlatılmak istenen şey nakit paraya da maddi değerlere postada konulması kanunda düzenlenmemiştir¹⁵⁶.

Postada el koyma işlemi her ne kadar Cumhuriyet Savcısı'nın talimatıyla da yapılabilirse de burada hakim onayına sunulması bir gerekliliktir. Ayrıca postada el koyma işlemi soruşturmaya da kovuşturmaya zarar vermediği müddetçe ilgisine bildirilir. Avukatların posta el konulabilmesi için avukatın bürosunda arama şartlarını tatbik edilmesi gereklidir. Bu koruma tedbirinin belli başlı şartlara bağlanmasının sebebi uluslararası hukukta koruma altına alınmış olmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sekizinci maddesinde özel hayata ve aile hayatına saygı düzenlemesi başlığı altında haberleşme özgürlüğünü de sayabiliriz; nitekim herkes göndermiş olduğu özel gönderilerine ve ileride anı olabilecek mektuplarına his ve duygularına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Aslında burada kişinin iç dünyasına ve

¹⁵³ Şahin, a.g.e., s. 342.

¹⁵⁴ Şahin, a.g.e., s. 342-344.

¹⁵⁵ Toroslu, Feyzioğlu, a.g.e., s. 253.

¹⁵⁶ Aydın, a.g.e., s. 188, 189.

kişilik haklarına saygı söz konusudur. Haberleşme özgürlüğü daha geniş kapsamda yorumlandığında özel hayatın gizliliğini de kapsamaktadır. Ayrıca Anaya'nın 22. maddesinde de haberleşme özgürlüğü düzenlemesi mevcut olup bu konuda haberleşmenin mahremiyeti korunmuştur. Dolayısıyla posta koymanın alelade bir el koyma şeklinde yapılmaması, CMK'da düzenlenen şartlara göre tatbik edilmesi son derece önemlidir. Uygulamada bu yönde bazı eksiklikler görülebilmektedir. Örneğin bir suçun delili olduğu düşünülen ve posta hizmeti veren bir kuruluştaki el konulmasına karar verilen bir gönderiyi inceleyen polisin gönderiyi açtığı görülmekte ve içeriğine de vakıf olabilmektedir. Böyle bir durumda el koyma işleminin hukuken geçersiz olacağı zira kanundaki tahdidi sayılan hususların ihlal edildiği bir gerçektir. Usul esastan önce gelir kuralı gereğince her ne kadar uygulamada usuli kurallar tam olarak uygulanmayıp el koyma kararları hakim huzuruna getirilse de, hakim kanundaki usullerin tam uygulanıp uygulanmadığı hususlarını irdeleyip, eksik usulle yapılan el koyma kararlarını hükmüne esas almaması hukuki bir gerekliliktir¹⁵⁷.

3.3.2.5. Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerinde El Koyma

Bu koruma tedbirinin amacı bir suçun delili olduğu düşünülen ve başka suretle delil elde etme imkanı bulunmayan durumlarda hakim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde savcı tarafından ilgili kişinin kullandığı bilgisayarlar ve buna dair programlar ile ilgili kütüklerinde arama yapılmasına dairdir. Arama kararı neticesinde elbette ki ele geçirilen suç unsurlarına el koymak da gerekeceği için el koyma da burada bir koruma tedbiri olarak uygulanacaktır. Genel kural olarak hakim tarafından verilen bu karar Cumhuriyet savcısı tarafından verildiği durumlarda 24 saat içinde hakim onayına sunulması gerekir. Yetkili sulh ceza hakimi ise 24 saat içinde kararını açıklar; 24 saat içinde hakim kararı onaylamazsa ya da ret kararı verirse arama ve el koyma işlemi hükümsüz kalır. Bu neticede elde edilen bütün deliller kopyalar ve çözümleri derhal iması gerekir¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 403-405.

¹⁵⁸ CMK m. 134 (1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine (...) ⁽²⁾ karar verilir. (Ek üç cümle:

Bilgisayarlarda ve program ya da kütüklerde arama işlemi yapılırken bu programların şifreli olması ya da gizli bilgilere ulaşılamaması durumunda işlem normal bir arama süresinden daha çok uzun sürecektir ise ya da arama esnasında kopyalar alınamayacak ise veyahut çözümlen metinler elde edilemeyecek ise üzerinde arama işlemi yapılan cihazların yani elektronik cihazların, bilgisayarların buna bağlı olan yazıcı, kasa gibi donanımlara el konulabilmesi mümkündür. Alınan bu cihazlar incelendikten sonra beklenen menfaat elde edildikten sonra yani kopyaları alınıp şifreler çözüldükten sonra cihazlar gecikmeden sahibine iade edilir. El koyma işlemi yapıldıktan sonra sistemdeki bütün bilgiler yedeklemesi yapılarak muhafaza altına alınır; muhafaza altına alınan bu kopyaların bir örneği ilgisine verilerek bu durum tutanakla imza altına alınmaktadır. Ancak el koyma işlemi gerekmeden arama faaliyeti kapsamında kopyalar alınabiliyorsa bu kopyalar alınarak buna dair bütün veriler bir kağıda yazılıp ilgililer huzurunda tutanakla imza altına alınarak işlem bitirilmiş olur. Yani burada bir el koyma işlemine gerek duyulmayabilir¹⁵⁹.

Zaten el koyma kararı arama kararının bir tekemmülü olduğu için gerektiği ölçüde uygulanır. Kanunun buradaki asıl amacı suç konusu olan ve somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu durumlarda ilgili delillere ulaşarak maddi hakikate hizmet etmektir. Burada üzerinde durulması gereken husus kanun koyucunun özel bazı şartları aramış olmasıdır. Nitekim kanun koyucu basit arama kararı ya da basit el koymadan farklı olarak burada somut delillere dayalı güçlü şüpheyi aramış ve buna dair başka bir delil elde etme gücünün ya da ihtimalinin bulunmamasını aramıştır¹⁶⁰.

25/7/2018-7145/16 md.) Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler derhâl imha edilir.

¹⁵⁹ (2) Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecektir olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir. (3) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. (4) Üçüncü fıkraya göre alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır. (5) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır.

¹⁶⁰ Y. Başlar, Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 3, Ankara, 2014, s. 89

Bu tedbire başvurmak için kanunun lafzından da anlaşılacağı gibi soruşturma evresi safhasında olmak gerekir. Zira kovuşturma evresinde bu tedbire başvurulması mümkün değildir; kaldı ki kovuşturma aşaması açık yargılama olduğu için ilgililerin bundan haberdar olabileceği, buna dair her türlü delili yok edebileceği, bu hususun da pek mümkün olduğu düşünüldüğünden kanun koyucunun sadece soruşturma evresinde bu tedbire başvurulmasını düzenlemesini öğretilerdeki bir çok kişi isabetli bulmuştur. Bilgisayarlara ve kütüklerine ya da programlarına el koyma işlemi yapılırken dikkat edilmesi gereken diğer bir husus kanun koyucunun burada bizzat şüpheliye ait cihazları kastetmediği hususudur. Zira madde metninden de anlaşıldığı üzere “şüphelinin kullandığı” tabiri kullanılarak zilyetliğinde bulunan cihazların yeterli olduğu düzenlenmiştir. Burada kastedilen şey şüphelinin suçunun açığa çıkmaması için başkaları adına fatura düzenleyip cihaz alabileceği ve suçu gizleyebileceği düşüncesidir¹⁶¹.

Uygulamada genellikle şüpheliler kendi adlarına cihaz almamakta başkaları adına kayıtlı olan cihazları kullanmaktadır. Hatta daha ilerisi komşusu adına olan cihaz ve Wi-Fileri kullanabilmektedir. Dolayısıyla buradaki düzenleme son derece isabetlidir. Kısaca anlatılmak istenen şey el konulacak olan cihazlar şüpheliye ya da üçüncü kimselere ait olabilir. Kanunun düzenlemesi gereği CMK’nın 134. maddesindeki şartlar sağlandıktan sonra yani kuvvetli suç şüphesi ve somut deliller mevcut bulunduğu durumda arama faaliyeti yapılacak ve bu arama neticesinde bu cihazlara el konulabilecektir. El koyma işlemi yapılmasına gerek yoksa sadece kopyalar alınacak ancak gerekiyorsa cihazlar da alınıp gerekli örnekler alındıktan sonra ilgisine iade edilecektir. Son olarak kopyası alınan ve yedeklemesi yapılan cihazlar başka bir işlem yapılması gerekmediği müddetçe en kısa süre içerisinde ilgili kişiye ya da şüpheliye bunlar hazır değil ise müdafiiye teslim edilir¹⁶².

¹⁶¹ A. Ölmez, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyalama ve Bunlara Elkoyma, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 30, Yıl 4, Ankara, 2009, s. 48.

¹⁶² Ölmez, a.g.e., s. 50.

3.3.2.6. Şirket Yönetimine Kayyım Atanması

Şirket için kayyım tayini de bir nevi koruma tedbiridir. CMK'nın 133'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin anlatımından anlaşılacağı üzere burada suç bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmektedir. Şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenen bu suç ile ilgili olarak kuvvetli şüphe bulunması halinde hakim ya da mahkeme tarafından ilgili şirket için yönetim babında kayyum atanması yapılabilir. Ancak burada gereken husus hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında kararı verecek olan merci hakim ya da mahkemedir. Kararda şirketin yönetim ile ilgili bütün işlemlerinin geçerliliğini atanmış olan kayyımın onayına bağlı olduğu veya idari organının ya da yönetimle ilgili organların sahip oldukları yetkiler, ortaklık hisseleri ya da menkul değerler ile ilgili bütün yetkilerin kayyuma devredildiği açıkça belirtilir¹⁶³.

Atamaya ilişkin kararlar Ticaret Sicil Gazetesinde yayınlanır ve bu minvaldeki diğer yayın organlarında da duyurusu yapılır. Şirket yönetimi için gerekli olan maarif raporu ve buna benzer giderler şirketin kendi finansmanından sağlanır. Ancak şu var ki ileride ilgili suç hakkında sübut bulunmadığı yönünde bir karar çıkarsa tüm masraflar devletten faiziyle birlikte karşılanır. Koruma tedbirinin ağır sonuçlar doğurması sebebiyle kanunda sadece belli suç tipleri açısından bu tedbire başvurulabileceği düzenlenmiştir¹⁶⁴.

Soruşturma aşamasında bu kararı verecek olan yetkili merci sulh ceza hakimliğidir. Sulh ceza hakimliği kararlarına karşı bilindiği üzere itiraz yolu açıktır. Ancak kovuşturma aşamasında her ne kadar mahkeme tarafından başlıkta anlatılan koruma tedbiri kararı verilse de bu hususta itiraz kanun yolunun nasıl olacağı yönünde bir düzenleme mevcut değildir. Yorum mantığıyla gidilecek olursa bunu bir ara karar olarak görmeli ve itiraz yolu olmadığını kabul etmeliyiz. Kısaca celse arasında verilen bir karar özelliğini taşır denilebilir¹⁶⁵.

Ayrıca uygulamada tartışılan ve eleştirilen bir diğer husus ise atanmış olan kayyumumun delilleri muhafaza altına alma ya da yeni delil toplama gibi yetkilerin olmaması büyük bir eksikliktir. Kayyumun atandığı zamanın kestirilmesi, doğru

¹⁶³ Kunter, Yenisey, a.g.e., 175-180.

¹⁶⁴ Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 408

¹⁶⁵ Centel, Zafer, a.g.e., s. 440.

zaman ve yerde kayyum atanması tedbirin işe yarar olmasında önemli bir ölçüt olduğu kabul edilmelidir. Zira kayyum atandığında şirketteki tüm bireylerin haberi olacağından zamanlama bu anlamda önemlidir¹⁶⁶.

3.4. El Koymanın Şartları

Öncelikle belirtmek gerekir ki; el koymanın temel şartları, ortada el konulacak bir eşyanın bulunması ve bu eşya yönelik bir yasak bulunmaması, yetkili hakimın kararı veya hakime ulaşamayan durumlarda yetkili amirlerin yazılı emirleri bulunmasıdır. El koymanın somut şartları ise kanıtlamaya yarar bir eşyanın olması ve bu eşyanın bir yasağa tabi olmaması ile orantılık ilkesine uygun olmasıdır¹⁶⁷.

3.4.1. Yeterli Şüphe

El koyma koruma tedbirine başvurulabilmesi için arama koruma tedbirinden farklı olarak makul şüphe yeterli görülmemiştir. Cumhuriyet Savcısı için bir soruşturma başlatmak için basit şüphe yeterliyken, arama yapabilmek için makul şüphenin olması gereklidir. Zira el koyma, kişinin mülkiyet hakkına ve özel hayatına müdahale ettiği için basit şüphe yeterli görülmemiştir¹⁶⁸.

Sadece bir ihbar veya soruşturma başladığının bilinmesi gibi nedenlerle el koyma kararı verilememektedir. El koyma için gereken şüphe, somut duruma göre belirlenmelidir. Genellikle el koymadan önce arama yapılır ve arama sırasında ele geçirilen eşyanın suçla ilişkilendirilmesi için yeterli şüphe bulunmalıdır. Zaten aramada bulunan şüphe, el koyma için gerekli şüphe seviyesinin üzerine çıkacaktır¹⁶⁹.

El koyma kararı, suç işlenmesi veya arama tedbirine başvurulmuş olmasından bağımsız olarak düşünülmelidir. Örneğin, bir suç işlendiğine dair basit veya güçlü bir şüphe olabilir, ancak el koyma için gereken şüphe seviyesi, ele geçirilecek eşyanın suçla ilişkilendirilmesine dayanmalıdır. Örneğin, bir şüphelinin tabanca ile düşmanını öldürdüğü durumda, elde edilen mermi ve kovanlardan suçta kullanılan silahın 9 mm

¹⁶⁶ Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 408-410.

¹⁶⁷ Öztürk, Eker, Kazancı, Soyer, Güleç, a.g.e., s. 177.

¹⁶⁸ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s. 1119.

¹⁶⁹ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s. 1119.

çapında olduğu tespit edilse bile, şüphelinin evinde bulunan ruhsatlı 7.65 mm çapındaki silaha el koymak için yeterli şüphe bulunmamaktadır¹⁷⁰.

3.4.2. El Koyma Kararı

Bir eşyaya ya da müsadereye tabi bir mal varlığına el koyabilmek için gerekli olan bir diğer şart ise el koymaya dayanak oluşturan bir el koyma kararının bulunmasıdır. Bu el koyma kararını öncelikle anayasa ve diğer kanunlardaki temel düzenlemeye göre hakim vermektedir. Ancak hakime ulaşılamayan durumlarda Cumhuriyet Savcısı da yazılı bir kararla el koymaya ilişkin bir karar verebilir. Cumhuriyet savcısına ulaşmak epey bir güç ya da zorluk gerektiriyorsa ve durumun aciliyet gerektiriyorsa kolluk amiri de yazılı emirle el koyma kararı verebilmektedir. Ancak her halükarda el koymaya ilişkin emirlerin yetkili hakimın onayına sunulması şarttır. Yetkili hakim ise el koyma kararı Hakkında el koymadan itibaren 48 saat içinde buna ilişkin kararını açıklar. 48 saat geçtikten sonra herhangi bir onay işlemi yapılmazsa el koyma kararı geçersiz olur. Kovuşturma aşamasında ise el koyma kararını mahkeme vermektedir¹⁷¹.

El koyma emri için ise yetkili merci olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'na ve Anayasa'ya göre Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amiri belirlenmiştir. Dolayısıyla, hakim tarafından hükmedilmesi durumunda el koyma kararı, Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amiri tarafından verilmesi durumunda ise el koyma emri olarak adlandırılır. Anayasa'nın bu hükümleri doğrultusunda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 127. maddesi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde, Anayasal hükümlere paralel düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı ile kolluk amirini el koyma konusunda yetkilendirmektedir¹⁷².

El koyma tedbirin uygulanabilmesi için kural olarak hakim kararı gerekmektedir. İş bu karar, el koyma işleminin gerçekleştiği yerdeki Sulh Ceza Hâkimi

¹⁷⁰ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Vıllemin, Tok, a.g.e., s. 445.

¹⁷¹ D. Gedik, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Basit El Koyma, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 2, Sayı 6, 2007, s. 74.

¹⁷² Aldemir, a.g.e., s. 202.

tarafından verilir. Ancak, bazı özel durumlarda farklı merciler tarafından da karar verilebilir. Örneğin, 4483 sayılı yasanın 12/2. maddesine göre, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler hakkındaki el koyma kararı, Yargıtay'ın ilgili ceza dairesince ilk derece mahkemesi olarak, kaymakamlar hakkındaki el koyma kararı ise işlemin yapılacağı yer Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilmektedir¹⁷³.

Kovuşturma aşamasında ise el koyma kararı, yargılamayı yürüten yetkili Mahkeme tarafından verilir. CMK'nın 163/1'inci. maddesine göre, suçüstü hali veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, Sulh Ceza Hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir ve bu durumda el koyma kararı da Sulh Ceza Hâkimi tarafından verilebilir. Bu karar, hâkim sıfatıyla verildiğinden yeniden onaylanması gerekmez; ancak kural olarak el koyma kararını hakim verir¹⁷⁴.

CMK'da el koyma kararının nasıl olacağı ve içeriği belirtilmiştir. El koyma kararının, Anayasa'nın 141/3 ve CMK'nın 230/4'üncü maddelerine göre mutlaka gerekçeli olması gerekmektedir. Bu husus hukuk devletinin bir gereğidir. Nitekim Anayasanın 20. ve 21'inci maddelerinde bu hususların düzenlendiği açıktır. Kararda, kararı veren hâkimin ve kararı yazan kâtipin isimleri ve sicil numaraları, el koyulan eşyanın türü ve özellikleri, el koyma amaçları, kararın gerekçesi ve tarihi bulunmalı ve karar, hâkim ve kâtip tarafından imzalanmalıdır. El koyma kararında yer alması gerekenler, CMK'nın ilgili hükümlerinde açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, arama kararıyla ilgili olan CMK'nın 119'uncu maddesi hükümleri kıyasen el koyma kararları için de uygulanmaktadır. Bu sebeple, el koyma kararında, el koyma nedeni, el konulan eşya ve şey, kararın geçerli olacağı zaman açıkça belirtilmeli yorumu yapılabilmektedir¹⁷⁵.

El koyma genellikle arama ile bağlantılı olarak uygulanan bir koruma tedbiridir. Bu nedenle, arama kararı verilirken el koyma işlemi yapılması da bekleniyorsa, bu durum kararda ayrıca gösterilmelidir. Yalnızca arama kararına

¹⁷³ Aydın, a.g.e., s. 167

¹⁷⁴ Özbek, , Doğan, Bacaksız, , a.g.e., s. 353.

¹⁷⁵ Aydın, a.g.e., s. 166.

dayanılarak el koyma yapılamaz. Dolayısıyla, arama ve el koyma kararları, somut olayların özelliğine göre birlikte verilebilmektedir¹⁷⁶.

Bazı durumlarda el konulacak şey müstakil bir eşya olmamakta, toplu bir mal varlığı olabilmektedir. Bu durumda kolluktan tek tek tüm mal varlığına el koymasını beklemek olağan hayatın akışına ters düşecektir. İlgili kolluk personeli olayın akışına ve kapsamına göre mal varlığı hakkında bir değerlendirme yapması gerekmektedir. Böylesine bir durumda toplu olan bütün mal varlığının tek tek sayılmaması hukuka aykırı bir durum oluşturmayacaktır¹⁷⁷.

Bazı durumlarda el koyma kararı içerik olarak doğru olmakla birlikte, bir takım tahriri hatalar olabilmektedir. Burada kastedilen şey harf ya da yazım eksikliğidir. Bazen tarih anlamında da yanlış yazımlar olabilmektedir. Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu muhtelif kararlar da mevcuttur. Yargıtay tarih olarak sehven yanlış yazılmış bir el koyma kararının bulunduğu hükümde bunu bozma sebebi yapmıştır.¹⁷⁸ Aynı şekilde Yargıtay'ın farklı bir içtihadında kararda tarih ve sayı numarasını sehven farklı yazılmasını sonrasında düzeltilebilir bir hata olduğu gerekçesiyle hukuka aykırı olmadığını söylemiştir.¹⁷⁹ Öğretide ise yazım ve tarih hatalarının sehven olabileceği, bunun işin aciliyeti gereği pek mümkün olabileceği, hiçbir personelden müstacel durumlarda titiz ve düzgün manada mükemmel bir performans beklenemeyeceği, yapılan sehven hatanın, kararın esasına etki etmeyeceği müddetçe hukuka aykırı olmayacağı görüşü savunulmuştur¹⁸⁰.

CMK'nın 127/1. maddesine göre, cumhuriyet Savcısı veya kolluk amiri tarafından verilecek el koyma emri yazılı olmalıdır. İlginin rızasıyla muhafaza altına alma Cumhuriyet Savcısının sözlü emriyle olabiliyorken, el koyma için mutlaka yazılı emir gereklidir. El koyma emri genellikle arama emriyle birlikte verileceğinden, emirde açıkça ve ayrıca belirtilmelidir¹⁸¹.

¹⁷⁶ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar Kırıt, Alan Akcan, Özaydın, Erden Tütüncü, Altınok Villemın, Tok, a.g.e., s. 445.

¹⁷⁷ Mustafa Arslantürk, a.g.e., s. 236.

¹⁷⁸ Yargıtay 6. CD, E. 2008/15444, K. 2009/15089, T. 03.06.2010,

¹⁷⁹ Yargıtay 8. CD, E. 2009/13844, K. 2010/7980, T. 03.06.2010,

¹⁸⁰ Ünver, Hakeri, a.g.e., s. 398.

¹⁸¹ Aldemir, a.g.e., s. 214.

3.4.3. El Koymaya Konu Olabilecek Bir Eşyanın Bulunması

El koyma işleminin yapılabilmesi için CMK'nın 1232üncü maddesinde belirtildiği üzere suça ışık olabilecek bir delilin ya da müsadere konu olabilecek bir mal varlığının bulunması gereklidir. Kısaca fiili anlamda bir mümkün durumun olması şarttır. Olmayan bir eşya üzerinde el koyma fiilen mümkün değildir. El koyma işlemi yapılırken müsadere tabi bir eşya söz konusu ise bu eşyanın üçüncü iyiniyetli kişilere ait olmaması gerekmektedir. Ancak suçun işlenmesinden mütevellit elde edilen değerlere el koyma tedbiri uygulanması mümkündür. Örneğin bir hırsızlık vakasında elde edilen hırsızlık malının satılarak yerine altın küpe alınması halinde altın küpeye el koymak mümkündür¹⁸².

Aynı zamanda el koyma işlemi yapılacak olan şeyin hukuken geçerli bir eşya olması gerekmektedir. İnsan vücudu, bedeni el koymaya uygun bir varlık değildir. Ancak maddi hakikate ulaşmak amacıyla insan vücudundan moleküler parça alınması “saç, tırnak,vb.” alınması mümkündür. Tabii burada fiili anlamda bir el koymadan bahsedilemese de vücuttan örnek alma tedbiri uygulanabilir¹⁸³.

El koyma işlemi yapılırken el konulacak eşya tedbirin amacına uygun bir eşya olmalıdır. Aksi takdirde amaca aykırı olan ve suçla bir ilgisi bulunmayan eşyaların el konulması işlemi hukuken geçerli değildir. Bu tür eşyalara ya da mal varlığı değerlerine el koyma işlemi yapılması mümkün değildir¹⁸⁴.

El koyma konusu eşya taşınır ya da taşınmaz bir mal varlığı olabilir. Burada önemli olan üçüncü iyiniyetli kişilere ait olmamasıdır. Örneğin uygulamada 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda düzenlenen 3/1, 3/5 maddelerinde yurt dışından yurda kaçak eşya sokma suçun da kullanılan bir kamyonetin sicile şer vermek suretiyle el konulması mümkündür. Yargılama sonrasında ilgili kamyonete müsadere şartları oluşmuşsa müsadere tedbiri uygulanır; ancak bu kamyonet üçüncü iyiniyetli kişiye aitse ve bu kişinin sanıkla bir iştirak iradesi yoksa artık burada bir el koymaya da müsadere işlemi uygulanmayacaktır. Ancak uygulamada kolluk el koyma işlemini yaparken üçüncü iyiniyetli kişi değerlendirmesini yapamadığı için el koyma işlemi

¹⁸² Özbek, Doğan, Bacaksız, a.g.e., s. 350.

¹⁸³ Aldemir, a.g.e., s. 334.

¹⁸⁴ Parlar, Hatipoğlu, a.g.e., s.502.

yapılmakta ve sonrasında mahkeme tahkikat aşamasında üçüncü iyiniyetli kişi olduğu hususunu tespit ederek aracın müsaadesine yer olmadığı yönünde karar vererek sahibine iade etmektedir¹⁸⁵.

3.4.4. El Konulması Yasak Olan Eşyanın Söz konusu Olmaması

El koyma işlemini yapılabilmesinin bir diğer bir şartı ise, el koyma işlemi yaparken el konulması yasak olan bir eşyanın bulunmamasıdır. Şayet böyle bir durum söz konusu ise el koyma işlemi yapılamayacaktır. CMK'da bu hususta tam anlamıyla bir düzenleme olmasa da el konulamayacak bazı eşyaların bulunabileceği yönünde birkaç düzenleme mevcuttur. Bunlara örnek olarak devlet sırrı içeren belgeler verilebilir¹⁸⁶. Bilinmelidir ki devlet sırrı içeren belgeler mahkemeden saklanamaz. Ancak bunlara el konulması pek mümkün olmayıp bu belgeleri sadece inceleme anlamında hakim ya da mahkeme heyetinin incelemesi mümkündür. Hakim bu belgeleri inceledikten sonra suçun sübutuna etki edebilecek hususları tespit edip bunları bir tutanağa kaydettirir¹⁸⁷. Bu belgeler suç konusuyla ilgili belgeler değilse hiçbir işlem yapılmayıp sahibine iade edilmektedir.

Bir diğer el konulamayacak olan belgeler ise mektup ve buna benzer gönderilerdir. CMK'nın 126'ncı maddesinde şüpheli ya da sanık ile 45'inci ile 46'ncı maddelerde düzenlenen tanıklıktan içtinap edebilecek kişiler arasındaki mektup ya da belgelere bu kişilerin yanında bulunduğu müddetçe el konulamayacağı düzenlenmiştir¹⁸⁸. Zira burada zaten tanıklıktan çekinme hakkı bulunan birinin şüpheli ya da sanıkla arasındaki sırlarının bilinmesi hukuka aykırı olacaktır. Kanunen yasaklanmış bir delil mevzu bahistir¹⁸⁹.

Yine CMK'nın 154'üncü maddesine göre, gözaltında veya tutuklu olan şüpheli veya sanığın avukatıyla yapacağı yazışmalar denetime tabi tutulamaz; bu nedenle bu

¹⁸⁵ Parlar, Hatipoğlu, a.g.e., s. 502-504.

¹⁸⁶ CMK m. 125 (1) Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz.

¹⁸⁷ İ. Malkoç, M. Yüksektepe, Açıklamalar ve Yorumlarla Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara, 1. Cilt, 2008, s. 608.

¹⁸⁸ CMK m. 126 (1) Şüpheli veya sanık ile 45 ve 46 ncı Maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz.

¹⁸⁹ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s.66.

yazışmalara el konulamaz. Çünkü el koyma işlemi, yazışmaların incelenmesine neden olabilir ve bu da denetim anlamına gelir. Bu bağlamda, bu durumu bir el koyma yasağı olarak değerlendirilebilmektedir¹⁹⁰.

3.4.5. El Koyma Yapılabilecek Kişiler

Kural olarak el koyma işleminin muhatabı sanık veya şüpheli olan kişidir. Ancak bazı durumlarda suçun delili olabilecek eşyalar üçüncü kişilerin elinde olabilir. Bu durumda bu kişilerden de suç eşyası rıza ile teslim edilmezse el koyma işlemi yapılabilmektedir¹⁹¹. Ancak el koyma işlemi yapılırken üçüncü kişinin nezdinde bulunan eşya kazanç konusu müsadere tabi malvarlığının suçun ispatına yarayacağından emin olunması gerekmektedir. Bu hususta daha titiz ve hassas davranmak gerekir. Zira daha sonra el koymanın haksız yapıldığı ortaya çıkarsa CMK'nın 141'inci maddesi gereği devletin tazmin yükümlülüğü ortaya çıkabilecektir¹⁹².

3.5. El Koymanın İcrası

El koyma işlemini yetkili amirlerin vermiş olduğu emir doğrultusunda kolu görevleri yerine getirmektedir. Kolluk kimi yerlerde polis, kırsal alanlarda ise jandarma olabilmektedir.

3.5.1. El Konulan Eşyanın Muhafazası

Suçun ispatına yarayacak bir delilin bulunması ya da müsadereye konu bir malvarlığının bulunması hallerinde el koyma işlemi yapılması gerektiğini ve bu el koyma işlemi yapılırken hangi eşyalar için ve hangi mercilerden izin alınarak tatbik edileceğini yukarıda başlıklar halinde detaylıca izah edilmiş idi. Bu doğrultuda el koyma işlemini yetkili mercilerin kararı doğrultusunda kolluk kuvvetleri yapacaktır.

¹⁹⁰ Aldemir, a.g.e., s. 233.

¹⁹¹ CMK m. 123 (1) İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır.

¹⁹² Öztürk, Erdem, Sırma, Saygılar, a.g.e., s. 428.

Burada kastedilen kolluk polis ya da jandarmadır. Özel teşekküllere ait personeller ya da kanunda kolluk olduğu belirtilen sıfatları taşımayan kişiler tarafından el koyma işlemi icra edilememektedir¹⁹³.

El koymanın ne zaman yapılacağı hususunda mevzuatta açık bir hüküm yoktur. Genelde el koyma işlemi arama kararına istinaden tamamlayıcı bir tedbir olarak uygulanır. Dolayısıyla burada el koymanı zamanı ve doğrudan yapılması durumlarında arama tedbirini kıyasen yapılması daha uygun olacaktır. Tabi doğrudan el koyma işlemi yapılırken hukuk devleti olmanın bir gereği olarak ilgililere haber vermek savunma hakkının ve üzerine atılı suçu öğrenme hakkının bir gereğidir¹⁹⁴.

El koyma işlemi icra edilirken öncelikle ilgiliye bu eşyaya dair el koyma kararı olduğu bilgisi verilir ve gerektiğinde zor kullanarak zilyedin eşya üzerindeki hakimiyeti sonlandırılır. Gayrimenkuller için ise tasarruf yetkisinin kısıtlanması yönünde ilgili sicillere şerh verilir. Böylelikle zilyedin ya da malikin hakimiyeti sona erdirilerek el koyma sona erer. Tüm bu işlemler bittikten sonra buna dair bir tutanak tutulur.

El koyma tutanağıyla ilgili SEY’de ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Buna göre *“El koyma tutanağına; el konulan eşyanın cinsi, miktarı, üzerindeki işaret, yazı ve numaraları, tür, marka, model ve ölçü gibi benzerlerinden ayırt etmeye elverişli bütün nitelikleri, takdir ettirilen değeri, hangi suçtan dolayı kimden, nerden ve ne suretle alınmış olduğu, soruşturma evrakı numarası, hazır olan mağdur, suçtan zarar gören, şüpheli veya sanık ile bunların vekil ya da müdafinin, bilirkişi ve tanıklar ile huzurda bulunan diğer kişilerin ve el koyma işlemi yapan kolluk görevlilerinin açık kimlikleri, işlemin yeri, tarihi ve saati yazılır; ilgililerin imzası, imza bilmeyenlerin parmak izi alınır; okuma ve yazma bilen şahısların ad, soyadı ve adresleri kendi el yazıları ile yazdırılır ve bu şekilde düzenlenen tutanak soruşturma evrakına eklenir”* şeklinde düzenlenmiştir .

¹⁹³ Centel, Zafer, a.g.e., s. 478.

¹⁹⁴ Özbek, Bacaksız, a.g.e., s. 355.

3.5.2. İstenilen Eşyanın Verilmemesi Durumunda Uygulanacak Tedbirler

El koyma işlemi yapılırken bazen kişiler buna karşı koymak isteyebilirler. El koyma işleminin gerçekleştirilmesini zorlaştıracı faaliyetlerde bulunabilirler. CMK'nın 124'üncü maddesinde el koymaya konu eşyayı elinde bulunduran kişilerin zorluk ya da güçlük çıkarmaları durumunda bu kişiler hakkında disiplin hapsi uygulanabileceğini düzenlemiştir. Burada kastedilen kişiler üçüncü kişilerdir. Zira şüpheli ya da sanık için böyle bir zorlama hapsi mümkün değildir. Aynı şey tanıklıktan kaçınma hali bulunan kişiler için de geçerlidir. Zira kimse kendisini ya da yakını suçlamasını ikrar etmeye zorlanamaz¹⁹⁵.

Buradaki temel şart zilyedin elindeki eşyayı vermemekte ısrar etmesidir. Buradaki vermeme olgusu görünen bir eşya değil kolluğun araştırmasına rağmen bulamadığı bir eşyadır; zaten gözle görülür bir yerde bulunan eşya kolluk tarafından zorla zapt olunur. Gözle görülemeyen eşyanın yanında, arama sonucunda ulaşılamayan eşya için de aynı şey geçerlidir¹⁹⁶.

Bu yükümlülüklerle aykırı davranan kişiler hakkında CMK'nın 60'ıncı maddesi gereğince disiplin hapsi uygulanır. Uygulanacak olan bu disiplin hapsi üç aydan fazla olamaz. Disiplin hapsinin uygulanma kriteri suçun büyüklüğü ya da küçüklüğü ile ilişkili değildir. Her türlü suç için bu disiplin hapsi uygulanabilir. Ancak burada suçun büyüklüğü ve somut delillerin varlığı kriterleri dikkate alınarak hapsin ölçülü bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Söz konusu eşyanın ilgili kişi tarafından yerinin bildirilmesi ya da söylenmesi halinde disiplin hapsi son bulur. Kişinin rızası ve bilgisi dışında da eşyanın bulunmasında yine aynı şey söz konusudur.

Disiplin hapsine kovuşturma öncesinde yetkili sulh ceza hakimi, mahkeme aşamasında ise davaya bakan hakim tarafından karar verilmektedir. Yine son olarak disiplin hapsi nemo tenatur ilkesi gereğince şüpheli ya da sanık ve tanık olmaktan kaçınma hali bulunanlar hakkında uygulanmaz¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Keskin-Kızıroğlu, a.g.e., s. 152.

¹⁹⁶ Şahin, Göktürk, a.g.e., s. 357.

¹⁹⁷ Şahin, Göktürk, a.g.e., s. 357-359.

3.5.3. El Konulan Eşyanın Elden Çıkarılması

CMK ve SEY gereği el konulan eşyanın elden çıkarılması mümkündür¹⁹⁸. Zira el konulan her eşyanın muhafazası bazı durumlarda fiziken pek mümkün olmayabilir. El konulan şey bir gıda maddesi ya da çabuk bozulmaya meyilli bir eşya olması halinde bunun bozulmadan muhafazası çok güç ya da maliyetli olabilir. Bu durumlarda CMK'nın 132'inci maddesi ve SEY'in 9'uncu maddesi gereğince el konulan eşyanın elden çıkarılması müessesesi devreye girmektedir. CMK'nın 132'inci maddesi gereğince el koyma tedbirine tabi tutulan eşya önemli bir surette kaybolmaya da bozulma ihtimali varsa hükmün kesinleşme anına kadar bu eşyanın elden çıkarılması imkanlar ölçüsünde mümkündür¹⁹⁹.

Eşyanın elden çıkarılması kararını kovuşturma öncesinde ilgili hakimlik yargılama aşamasında ise davaya bakan mahkeme verir. Düzenlemelere bakıldığında Cumhuriyet Savcısına böylesine bir yetki verilmemiştir. Ancak öğretide bazı görüşler gecikmesi halinde eşyanın tehlike arz etmesi durumunda yani bozulabilmesi, kaybolması gibi durumların mevcut bulunması halinde Cumhuriyet Savcısı'nın da böyle bir karar verebilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir²⁰⁰.

Elden çıkarmaya yönelik kararlar ilgili kişilere haber verilerek mümkünse beyanları alınarak alınmaktadır. Karar verildikten sonra da bu kararın bir şekilde bildirilmesi gerekir. İlgili kişiler elden çıkarma kararından önce davet edilmelerine rağmen gelip de beyan vermezlerse yokluklarında bu kararın verilebilmesi mümkündür. Zira soruşturmanın ve yargılamanın gecikmemesi açısından bu şekilde işleme devam edilmesi makul bir uygulamadır²⁰¹.

Elden çıkarmaya yönelik yapılan bütün işlemler ve masraflar yargılama giderinden sayılır. Elden çıkarma işlemi yapılmadan önce elden çıkarılacak olan eşyanın resimlerinin çekilmesi, tanık bulundurulması ya da video kayda alınması gereklidir²⁰².

¹⁹⁸ Şahin, a.g.e., s. 367.

¹⁹⁹ Özen, a.g.e., s. 415.

²⁰⁰ Özen, a.g.e., s. 415.

²⁰¹ Aydın, a.g.e., s. 211.

²⁰² Hakeri, Ünver, a.g.e., s. 406

Elden çıkarma işlemi bazı durumlarda ilgilinin söz konusu eşyanın bedelini ödemesi halinde ertelenmesi mümkündür. Bu durumda hüküm aşamasında bir müsadere kararı verilecek ise artık el koymaya tabi eşya değil onun rayiç bedelini karşılayan ve ilgiliden alınan değer üzerinden değerlendirilecektir²⁰³. Elden çıkarmanın sonrasında ilgili kişi bu satış ya da devirden dolayı bir zarara uğrarsa bunu her zaman hukuk mahkemelerinden talep etme hakkı bakidir.

3.6. El Koymanın Sona Ermesi

El koyma işlemi bir koruma tedbiri olduğu için sonsuza kadar sürmesi beklenemez; bu yüzden el koymanın amacına ulaştıktan sonra sona erecek durumlar mevcuttur. El koyma kısaca eşyanın iadesi veya müsadere edilmesi şeklinde sona ermektedir. Eşyanın iadesi CMK'nın 131'inci maddesinde düzenlenmiştir²⁰⁴.

Buna göre ilgili kişilere ait olan ve el konulmuş eşyalar, el koymaktan beklenen faydanın gerçekleşmiş olması ya da artık muhafaza edilmesine gerek kalmaması hallerinde kendiliğinden ya da talep üzerine soruşturma aşamasında savcı, sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında ise mahkeme hakimi tarafından iadesine karar verilir. Burada üzerinde durulması gereken husus, soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısının herhangi bir merciden talep etmeden re'sen eşyanın iadesini kararı verebilmesi hususudur. Doktrindeki yaygın görüşe göre; kanunun buradaki gayesi mülkiyet hakkının ihlali durumunun oluşmaması için bireylerin hızlıca eşyalarına kavuşmasını arzulamasıdır. Zira bazı hallerde mülkiyet hakkının ihlali durumları oluşabilmektedir. Örneğin haksız yere el konulan bir eşyanın iadesi talep ediliyor ise ve Cumhuriyet Savcısı hakimden bunu talep etme mecburiyeti olduğu varsayılsa, hâkimin de karar vermesi için epeyce uzun bir süre geçmesi iktiza ettiği bir durum hasil olsa bu durumda birey mülkiyet hakkından kaynaklı bir mağduriyet yaşayacaktır²⁰⁵.

²⁰³ H. Hakeri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre El Koyma Koruma Tedbiri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 60, 2005, s. 101.

²⁰⁴ CMK m.131 (1) Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılmaması halinde, re'sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir.

²⁰⁵ Şahin, Göktürk, a.g.e. s. 359.

Eşyanın iadesine yönelik kararlara itiraz edilebilmektedir. CMK'nın 267'inci maddesinde itiraz kanun yolu düzenlenmektedir. Ancak Cumhuriyet savcısının kararına karşı bir itiraz olup olmadığı yönünde bir düzenleme mevcut değildir. Öğretide bu yönde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre Cumhuriyet Savcısının vermiş olduğu karar sulh ceza hakimliği kararı gibi algılanmalı ve CMK'nın 267'inci maddesine göre itiraz kanun yoluna açık olmalıdır²⁰⁶. Bir başka görüşe göre ise burada kastedilen şey, savcının kararına itirazın bir nevi sulh ceza hakimliğinden talep etme şeklinde anlaşılması gerektiğidir²⁰⁷.

Aynı zamanda üzerinde durulması gereken bir başka husus iade taleplerinin yalnızca red kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilmesi ve kabulü kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilememesidir²⁰⁸.

Ayrıca el konulan eşyanın kime iade edileceği konusuna gelince tedbir uygulanma anında eşya kimin zilyetliğindeyse iade de aynı kişiye yapılmakta eşyanın asıl maliki kim diye bir araştırmaya gidilmemektedir²⁰⁹.

Ancak üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı iddiaları var ise ve bu kişilerin bu konuda hukuk mahkemelerinde dava açma durumları varsa hukuk davasının sonucu beklenmektedir²¹⁰.

Uygulamada özellikle ciddi sorunlar oluşturan ve tam anlamıyla bir uygulama birliği olmayan şu hususa değinmek gerekir ki; el konulan eşya muhafazası birtakım masraflar ve külfetler gerektirebilmektedir. Bu masraf ve külfetlerin malik ya da zilyetten talep edilmesi durumunda malik veya zilyet burada bir kusur oluşturma kastı olmadığı için masrafları ödemek mecburiyetinde olmayacaktır. Ayrıca CMK'nın 256'ıncı maddesinin ikinci fıkrasına göre kovuşturma aşamasında karar verilmiş olup da el koyma hakkında bir karar verilmemiş ise mahkeme her zaman re'sen bu konuda bir iade kararı verebilmektedir.

Ayrıca suç eşyası yönetmeliğinde de iade ile ilgili düzenlemeler mevcuttur. SEY'in 16'ıncı maddesi gereğince eşyanın iadesine karar verilmesi durumunda bu

²⁰⁶ Özen, a.g.e., s. 719.

²⁰⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız a.g.e., s. 357.

²⁰⁸ Şahin, Göktürk, a.g.e., s. 359.

²⁰⁹ Yener, Ünver, a.g.e., s. 931.

²¹⁰ Özen, a.g.e., s. 415.

karar emanet makbuzuyla birlikte ve iki günü geçmemek üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Yine SEY'in 18'inci maddesine göre eşya kişinin kendisine, yasal temsilcisine veya avukatı varsa avukatına teslim ve tesellüm tutanağı ile teslim edilir. Suç Eşyası Yönetmeliğinin 21'inci maddesinde de iade kararı olmasına rağmen eşyanın alınmaması durumları düzenlenmiştir. Bu durumlarda eşya en geç iki ay içinde satılmaktadır. Yine Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 24. madde hükmü uyarınca herhangi bir değer ifade etmeyen eşyalar imha edilmektedir.

El koymanın sona ermesinin diğer bir türü ise müsadere kararıdır. TCK'nın 54'üncü maddesine göre müsaadesine karar verilen bir eşya artık devletin zilyetliğinde ve mülkiyetinde bir eşya olarak tamamen mahiyet değiştirir²¹¹.

Burada ilgilinin artık bir zilyetliğinden ya da mülkiyet hakkından bahsetmek mümkün değildir. Müsadere edilen eşyalar tasfiye edilir. Tasfiye ise iki şekilde olur bunlardan birisi imha diğeri ise satıştır. Örneğin 5607 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nda düzenlenen kaçakçılık suçları bağlamında işlenen suçlarda el konulan sigaralar kaçak olduğu için ve satışı mümkün olmadığı için imha yoluyla müsadere edilir. Ancak elde edilen kaçak eşya piyasaya sürülebilen bir eşya ise, örneğin çakmak ya da akaryakıt ise satış yoluyla tasfiyesi yapılabilmektedir²¹².

²¹¹ A. Dalkılıç, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 37.

²¹² Aldemir, a.g.e., s. 407-409.

4. HUKUKA AYKIRI ARAMA VE EL KOYMAYA YÖNELİK YAPTIRIMLAR

Arama ve el koyma koruma tedbirleri, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini sınırlandıran, özel hayatlarına müdahaleyi biriktiren önemli bir tedbir olduğu için, bu tedbiri son derece hassas ve usullere uygun yapılması önem arz etmektedir. Yetkili birimlerin usule aykırı ya da kanuna aykırı bir şekilde bu tedbirleri uygulaması halinde kişilerin tazminat hakkı doğacaktır.

4.1. Arama ve Elkoyma İşleminin Denetlenmesi

Arama kararı genellikle hâkim tarafından verilir ve bu karara yönelik yargısal denetim mümkündür. Soruşturma aşamasında, CMK'nın 268. maddesine göre hâkim tarafından verilen arama kararına yedi gün içinde itiraz edilebilir. Hâkim, itirazı yerinde bulursa kararı kaldırır, aksi takdirde evrakları ilgili mercilere gönderir. Kovuşturma aşamasında ise arama kararlarına yönelik itiraz yolu bulunmamaktadır²¹³.

Arama işlemi, delil elde etmeye veya şüpheli veya sanığı yakalamaya yönelik olduğundan gizli yapılan bir işlemdir. Bu nedenle arama işlemi sırasında ya da sonrasında aramaya maruz kalan kişilere önceden haber verilmez. İlgili kişiler, arama işleminden sonra arama kararını öğrenirler ve bu noktadan sonra karara itiraz edebilirler. İtiraz mercii, arama kararının ve icrasının hukuka uygunluğunu denetler ve karar verir²¹⁴.

Arama emri, genellikle Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilir ve hâkim onayına sunulması gereklidir. Hâkim, emrin hukuka uygunluğunu değerlendirir. Aramaya maruz kalan kişiler de arama emri veya icrasının hukuka aykırılığını iddia ederek hâkime başvurabilirler. El koyma kararı da arama kararı gibi hâkim tarafından verilir ve buna karşı da itiraz hakkı bulunmaktadır. Bu itiraz üzerine verilen karar kesindir ve olağan kanun yollarına başvurulamaz. Ancak, olağanüstü kanun yolu olan "kanun yararına bozma" talebinde bulunulabilir. El koyma işlemi sırasında veya sonrasında yapılan işlemlerin hukuka aykırılığı durumunda, işlemi

²¹³ Kızıroğlu, a.g.e., s. 167.

²¹⁴ Aydın, a.g.e., s. 141.

gerçekleştiren kolluk görevlileri hakkında cezai sorumluluk veya tazminat sorumluluğu doğabilir. Bu şekilde el koyma işleminin icrasına yönelik işlemler de denetlenebilmektedir²¹⁵.

4.2. Arama ve El Koymanın Hukuka Aykırılığı

Arama ve el koyma tedbirleri, bireylerin özgürlük ve güvenliği gibi haklarına, aynı zamanda mülkiyet hakkı gibi temel özgürlüklere müdahale eder. Anayasa ve yasalar, bu hakların sınırlandırılmasına ilişkin belirli koşullar öngörmektedir. Bu koşullara uyulmadığında yapılan arama ve el koyma işlemleri hukuka aykırı kabul edilir. Bu hukuka aykırılığın hem görevliler hem de elde edilen deliller açısından ciddi sonuçları vardır²¹⁶.

Türk Ceza Kanunu, hukuka aykırı arama ve el koyma işlemlerine ilişkin cezai sorumluluğu düzenler. Kamu görevlileri, kişilerin eşyalarını veya üstünü hukuka aykırı şekilde aradıklarında, görevi kötüye kullanma suçunu işlemiş olurlar ve hapis cezası ile cezalandırılabilirler. Bu suç, arama işlemine özel bir hal olarak kabul edilir ve haksız aramadan dolayı mağdurlar için cezai yaptırım öngörülür.

Kamu görevlileri, arama veya el koyma işlemi sırasında birden fazla suç işleyebilirler. Bu durumda içtima kuralları devreye girer ve görevli, her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılabilir. Örneğin, hukuka aykırı arama yapılırken aynı zamanda konut dokunulmazlığının ihlali gerçekleşirse, görevli hem dokunulmazlık ihlalinin hem de diğer suçlardan cezalandırılabilir.

Arama ve el koyma işlemlerinde, kamu görevlileriyle kolluk amir ve memurları ile ilgili olarak ,Cumhuriyet savcıları doğrudan soruşturma yapabilir. Ancak en üst kolluk amirleri ve hâkimler, görevleri nedeniyle yargılanma usulüne tabidir. Bu şekilde, hukuka aykırı arama ve el koyma işlemleri yargısal denetime tabi tutulur ve gerektiğinde cezai sorumlulukları belirlenir²¹⁷.

²¹⁵ Toroslu, Feyzioğlu, a.g.e., s. 253.

²¹⁶ Aydın, a.g.e., s. 142. ²⁰⁰ A. Yıldırım, Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 19, 2014, s. 611-612.

²¹⁷ A. Yıldırım, Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 19, 2014, s. 611-612.

4.3. Delil Sorunu

Türk Hukukuna göre suç isnat edilen suç, yasalara uygun bir şekilde toplanan delillerle kanıtlanabilir. CMK'nın 217. maddesi bu konuyu düzenlemektedir. Ancak, yasalara aykırı şekilde elde edilen deliller, CMK'nın 206'ncı maddesi ve Anayasa'nın 382inci maddesi kapsamında reddedilir. Bu, hukuka aykırılığın derecesine bakılmaksızın geçerlidir. Dolayısıyla, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller yargılama sürecinde kullanılamazlar²¹⁸.

Pratikte, Yargıtayın zaman zaman hukuka aykırı kabul edilebilecek delilleri nasıl ele aldığına dair örnekler görülmektedir. Örneğin, bir durumda, arama kararı olmadan yapılan bir aramada bulunan kaçak parfümler, sanığın topluma verdiği zararın miktarıyla ilişkilendirilerek değerlendirilmiştir. Başka bir örnek ise, emniyet amir vekilinin sözlü olarak verdiği arama emrinin uygulanabilir olduğuna dair kararlar bulunmaktadır. Ancak, son dönemde Yargıtay'ın verdiği kararlarda, hukuka aykırı arama ve el koyma sonucu elde edilen delillerin mutlak değerlendirme yasağına uygun olarak dikkate alındığı gözlenmektedir. Örneğin, mahkumiyet kararı için gerekli olan usulüne uygun arama kararı veya izni olmadığı durumlarda, hukuka aykırı arama sonucu elde edilen delillerin mahkumiyet için kullanılamayacağı açıkça belirtilmiştir²¹⁹.

Yargıtay'ın kararları incelendiğinde, hukuka aykırı delillerin nasıl ele alındığına dair dönemsel bir yaklaşım olduğu görülmektedir. Ancak, son zamanlarda verilen kararlarda yüksek mahkemenin Anayasa ve CMK'da yer alan kurallara uyduğu belirtilmektedir. Hukuka aykırı arama sonucu yakalanan şüpheli veya sanığın serbest bırakılması mümkün değildir. Bu nedenle, hukuka aykırı delillerin dikkate alınması konusunda dikkatli olunması gerekmektedir²²⁰.

²¹⁸ Ş. Aksoy, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 158.

²¹⁹ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 03.07.2013 tarih ve 2013/5127 E. 2013/17549 K. sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2020))

²²⁰ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 13.10.2020 tarih ve 2017/15623 E. 2020/14435 K. sayılı kararı (<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>) (Erişim Tarihi: 03.02.2021))

4.4. Hukuka Aykırı Arama Ve El Koymada Tazminat Sorumluluğu

Anayasa'nın 125'inci maddesi, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararı karşılamakla yükümlü olduğunu belirtmektedir. CMK'nın 141'inci maddesine göre ise arama veya el koyma kararlarının keyfi bir şekilde uygulanması durumunda, bireylerin Devletten maddi veya manevi tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır²²¹. Keyfi uygulama, kolluk görevlilerinin yasalara uygun olmayan davranışlarını ifade eder. Örneğin, insanların bulunma ihtimali olmayan dolapların aranması keyfi bir uygulamadır. Ayrıca, arama veya el koyma sırasında eşyalara zarar verilmesi gibi durumlar da keyfi uygulama olarak kabul edilebilir²²².

Ayrıca, el koyma şartları olmadığı halde eşyaların el konulması, eşyaların korunması için gerekli önlemlerin alınmaması veya el konulan değerlerin amaç dışı kullanılması durumlarında, CMK'nın 141'inci maddesi kapsamında Devlet'ten tazminat talep edilebilmektedir. Özellikle el konulan eşyaların iadesi konusunda dikkatli olunmaması, tazminat sorumluluğunu doğurabilmektedir. Bu nedenle, ilgililerin mahkemeden iade talep etmeleri beklenir.

Ancak, bu süreçte yaşanan gecikmeler ve el konulan eşyaların iade edilmemesi durumunda tazminat talep edilebilir. CMK'nın 141/1-i bendi, arama kararının yasalara uygun olmasından ziyade, alınan arama kararının keyfi bir şekilde uygulanması durumunu tazminat sebebi olarak belirlemektedir. CMK'nın 141'inci maddesi, tazminat talebi için belirli koruma tedbirlerini açıkça belirtmektedir. Ancak, yasalara uygun olmayan arama veya el koyma işlemleri, tanıkların bulunmaması veya tutanakların düzenlenmemesi gibi durumlar bu madde kapsamında yer almamaktadır.

CMK'nın 142'inci Maddesi, tazminat talebi için belirli bir süre belirlemiştir. Buna göre, kararın tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içinde talepte bulunulmalıdır. Tazminat talebi, zarara uğrayan kişinin ikamet ettiği yerdeki ağır ceza mahkemesinde yapılır. Mahkeme, talebin belirli bir süre içinde eksiksiz olarak sunulmasını bekler. Eksikliklerin giderilmemesi durumunda, dilekçe reddedilebilir. Mahkeme, duruşma yapar ve tarafları çağırır. Ancak, taraflar çağrıya uymazsa, mahkeme tarafların

²²¹ Aldemir, a.g.e., s. 319.

²²² E. Güney, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 8.

yokluğunda karar verebilir. Karara itiraz edilebilir. Tazminat davası sonucunda Devlet'in tazminat ödemesi halinde, Devlet, tazminat ödemesine neden olan kamu görevlilerine karşı bir yıl içinde dava açabilir²²³.



²²³ Güney, a.g.e., s. 100.

SONUÇ

Yukarıda detaylı bir şekilde öncelikle arama konusunu sonrasında el koyma konusunu ele aldık. Çalışmamızda baştan sona kadar doktrin ve akademiye taramaya çalıştık. Ancak kanun düzenlemelerini , doktrindeki farklı görüşleri ve Yargıtay’ın da vermiş olduğu kararların analizini yapmaya çalıştık. Arama konusunda her ne kadar öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay’ın görüşleri ya da kanunun kendi sistematığı olsa da bazı konularda bizim de katkı olarak belirtmek istediğimiz durumlar olabilir. Özellikle arama konusunda önleme araması ile yapılan aramaların anayasa temel hak ve hürriyetler bağlamında bazı uyumsuzlukların olduğunu söyleyebiliriz. Önleme araması denilen arama daha çok idari kökenli bir arama olup idari kolluk tarafından yerine getirilen bir arama türüdür.

Arama konusunda şekli ve teknik konuların öncesinde 21.02.2014 tarihinde yapılan yasa değişikliği ile CMK m. 116’ya 21/02/2014 tarihli 6526 sayılı yasa ile, “*Somut delillere dayalı kuvvetli şüphe*” şartının getirildiği, sonrasında 21.12.2014 tarihli 6572 sayılı kanunla bu şartın geri alındığını görmekteyiz. Kanun koyucu gerekçesinde kurumun işlerliğini zayıflatması ve uygulamada güçlükler ortaya çıkması gibi bir gerekçeyle, “*somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi*” ibaresini kaldırmış ve yerine “*makul şüphe*” şartını getirmiştir. Yapılan bu değişikliğin öncelikle Anayasanın 2’inci maddesinde düzenlenen hukuk devleti, 20’inci maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesi ve 21’inci maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığına aykırı olduğunu, zira insanların özel hayatına ve konutuna müdahaleyi gerektiren böylesine ciddi bir tedbirin makul şüphe ile uygulanmasının, kişilerin temel hak ve hürriyetlerine keyfi bir müdahale getireceği şüphesizdir.

Kanun koyucu her ne kadar *maddi gerçeğe ulaşma* gayesini öncelik tutmuş olsa bile bunun anayasadaki temel kriterlere ve uluslararası insan hakları sözleşmelerine uygun bir şekilde yapılması, yani kanuni bir güvenceyle uygulanması elzemdir. Kaldı ki anayasamızın 2’inci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu düzenlemesi mevcuttur. Hukuk devleti kavramından hukuki güvenlik ilkesi yani bireylerin eylemlerinin sonucunda kendilerine uygulanacak yasal yaptırımları öngörebilmeleri ve devlete güven kriterini anlamamız gerekir.

Diğer koruma tedbirlerinde, daha esnek ve daha az müdahaleyi gerektiren durumlarda bile “*somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesi*” aranırken, hayatın her anında ve her yerinde karşılaşılabilecek muhtemel olan arama tedbirinin muğlak bir ifade olan makul şüphe ile uygulanması hem hukuk sistematige hem de kanunun kendi sistematige zıt düşmektedir.

2014 yılında kanun koyucunun çok kısa bir süre içerisinde ciddi bir temel hak ve hürriyeti “*makul şüphelerle*” sınırlandırması, öncelikle hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmaz. Kaldı ki uygulamada arama tedbiri makul bile olmayacak düzeyde kolluk kuvvetleri tarafından uygulanmakta ve çoğu zaman bildirmekle yükümlü olduğu amirine, somut olgulara dayanmadan yazılı bir şekilde bildirilmektedir. Sulh ceza hakiminin ise “*makul şüpheleri*” dosya üzerinden değerlendirmesi, bunu kısa bir süre içerisinde takdir etmesi son derece güçtür. Zira uygulamada genellikle sulh ceza hakimliğine yapılan taleplerde ya bir ihbar olduğu ya da suç şüphesinin bulunduğu şeklinde şablon ve matbu talepler sunulmakta, sulh ceza hakimi ise etkin bir denetim yapamayarak, genellikle arama kararına izin verebilmektedir.

Oysaki öğretilerde tartışıldığı üzere ihbarın bile tek başına makul bir şüphe olarak kabul edilemeyeceği, zira asılsız ihbarların hiçbir hukuki şüphe barındırmadığı, toplum içerisinde ve uygulamada karşılaşılan ihbarların büyük bir çoğunluğunun asılsız olduğu ve genellikle takipsizlik ile sonuçlandığı dikkate alındığında, makul şüphe gerekçesiyle bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale edildiği şüphesizdir.

Yeri gelmişken el koyma ile ilgili de CMK’ da şüphe ile ilgili hiçbir düzenlemenin bulunmadığı, bunun da tekrar arama tedbirine kıyasen makul şüphe ile uygulandığı görülmektedir. Ancak aşağıda da açıklayacağımız gibi el koyma tedbirinin ,kendine has bir özelliğinin olması ve doğrudan mülkiyet ile birlikte eşyanın aynından doğan zilyetlik haklarını ilgilendirdikleri için ,somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesinin aranmasının gerektiğini düşünmekteyiz.

El koyma işlemi de bireylerin özel hayatına müdahale ve konutuna müdahale gibi özel haklarını etkilediğinden yine sıkı güvencelere bağlanması gereken hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Yine yapılacak bir yasal düzenlemeyle el koyma işleminin de somut delillere dayalı kuvvetli suç şüphesiyle yapılabileceği

düzenlenmelidir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında arama tedbirinde “*makul şüphenin*” hukuki güvenlik ilkesi ve temel hak ve hürriyetler babında yeterli olmadığı, keyfi sonuçlar doğurduğu, bireylerin temel haklarına müdahale ettiği hususları dikkate alındığında, yeterli olmadığı sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla kuvvetli suç şüphesinin, somut delillere dayanarak, arama tedbirinin bir şartı olarak düzenlenmesi hukuk devleti ilkesi ile uyumlu bir düzenleme olacaktır.

Çalışmamızda üzerinde durmamız gereken bir diğer husus arama ve el koyma gibi önemli iki koruma tedbirinin de kişinin temel hak ve hürriyetlerine müdahale edici özelliğın olmasıdır. Özellikle de anayasada düzenlenen özel hayatın gizliliğı, haberleşmenin gizliliğı kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı ve tabii ki de mülkiyet hakkı gibi önemli düzenlemeler Arama ve el koyma tedbirleri ile sınırlandırılabilir. Dolayısıyla bu tedbirlerinin uygulanırken hem anayasaya hem kanuna ve hem de AİHM içtihatlarıyla uyumlu olması elzemdir. Çalışmamız da bu minvalde yapılmıştır.

Üzerinde durmamız gereken ve yukarıda bahsettiğimiz bir diğer önemli husus arama ve el koymanın anayasal haklara müdahale edici özelliğı olduğu için kanunilik esasla düzenlenmesinin önem arz ettiğidir. Zira anayasada madde altında belirtildiğı gibi yaşama yetkisinin devredilemez oluşunun bir gereğidir. Ancak Türk hukukunda AÖAY, SEY gibi düzenlemeler kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Arama ve el koyma gibi ya da diğer koruma tedbirlerinin yönetmelikle değil kanunla düzenlenmesi ve yetkisinin kanundan alması hem anayasa hem evrensel hukuka daha uygun düşecektir. Ayrıca bu husus anayasanın 142’inci maddesine de aykırıdır.

Üzerinde durmamız gereken bir diğer husus ise çalışmamızda anlattığımız koruma tedbirlerinin amacının maddi gerçeğe ulaşmada araç olduğudur. Ancak uygulamada bazen koruma tedbirleri amaç olmaktan çıkıp bir cezalandırma aracına dönüşebilmektedir. Özellikle mülkiyet hakkını ciddi etkileyen el koyma kararları, koruma tedbirlerinin geçici özelliğının ihmal edildiğı bir alan olabilmektedir.

Çalışmamızda değinmemiz gereken bir diğer husus özellikle el koyma tedbiri açısından bazı suçların aşırılığa kaçma durumunun meydana gelmesidir tedbir açısından. Fikrimizce mal varlığı değeri elde edilmeyen suçlarda el koyma tedbirinin

uygulanması ya da şirket yönetimleri için kayyum atanması el koymadan beklenen faydanın ötesinde bir keyfilik yaratacaktır.

El koyma tedbiri genelde aramanın tamamlayıcı bir unsuru gibi görüldüğü için, kanunda arama koruma tedbiri için “makul şüphe” aranmış iken el koyma tedbiri için ise böyle bir şarttan bahsedilmemiştir. Dolayısıyla el koyma tedbiri için de arama tedbirine ilişkin “makul şüphe” şartının aranması gerektiğini düşünmekteyiz. Makul şüphe kavramını da ayrıca değerlendirmek gerekir. Zira makul şüpheden kastedilen şeyin tam tam olarak ne olduğunu bilmek mümkün değildir. Kanunda ve ilgili yönetmeliklerde daha çok makul şüpheyi değerlendiren kolluk amiri ya da Cumhuriyet Savcısı olabilmektedir. Tabii ki hakim kararını verirken de makul şüpheyi değerlendirmek durumundadır. Ancak düşüncemize göre makul şüpheyi değerlendiren makamların bunu nasıl değerlendireceği hususunda bir kriterin olmadığı, kanundaki soyut ifadelerin yeterli olmadığı, daha çok subjektif kriterle neticenin ortaya çıktığı değerlendirildiğinde, tüm bu soru işaretlerini giderecek objektif kriterlerin koruma tedbirleri için uygulanmasının daha uygun düşeceği kanaatindeyiz. Öncelikle makul şüphe değerlendirmesi yapılırken, kolluğa daha sınırlı bir yetki verilmeli kolluğun bu kararı verebilmesi için tamamen somut olayların varlığını tespit etmesi gereklidir. Yani soyut ihbarlar ya da yorum gerektiren durumlarda arama kararı verilmemeli her arama kararında illiyet bağı kurulabilecek somut bir delilin de aranması gereklidir. Hatta temel hakların teminatı amacıyla kolluğun arama kararını tek başına verme yetkisi kısıtlanabilir ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde soruşturmanın amirali olan cumhuriyet savcısının tek yetki verebilen mercii olması gereklidir, zira kolluk özünde idarenin bir ajanı olduğu için ve adli kolluk kurumu ülkemizde bulunmadığından dolayı, keyfi uygulamaların ortaya çıkma ihtimali her zaman vardır. Temel hak ve hürriyetleri kısıtlayan her türlü tedbir içinde aynı yolun izlenmesi gerektiği şüphesizdir.

Çalışmamızda daha önce de üzerinde durduğumuz gibi yetkili mercilerin yazılı emriyle yapılan arama ya da elkoyma kararlarının ya da işlemlerinin anayasada belirtilen yetkinin devredilmezliği ilkesine aykırı düştüğü düşünülebilir. Zira kolluk dediğimiz kişiler idarenin yani yürütmenin idare hukuku ifadesiyle ajanıdır, çalışanıdır. Temel hak ve hürriyetlere kısıtlayıcı işlem merciler ise yargı organlarıdır. Dolayısıyla burada yürütme ve yargının iç içe girdiği, sentezlendiği düşünülebilir. Biz

burada tüm koruma tedbirlerinde, arama ve el koyma dahil, yetkili makamın, sadece yetkisini Türk milletinden alan bağımsız, teminatı olan mahkeme ya da hakimlerden alınması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Uygulamada kolluk ile Cumhuriyet Savcısı daha çok içe ve mesai arkadaşlığı düzeyinde olduğu için, bu hususta yargı makamından karar alınması temel hak ve hürriyetlerin teminatı açısından daha yerinde olacaktır.

Ayrıca üzerinde durmamız gereken bir diğer husus tesadüfen ele geçen deliller konusudur. Arama kararı neticesinde yapılan aramalarda tesadüfen ele geçen deliller suçla ilgisi olmadığı anlaşıldığı anda muhafaza altına alınır ifadesi kullanılmıştır. Buradaki muhafaza altına alma işleminin de mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmektedir. Hatta uygulamada rızaen muhafaza altına alma kurumunun da iptal edilmesi gerektiğini, zira daha önce rızaen arama müessesesi nasıl ki kişi dokunulmazlığı ihlali anayasaya aykırı olduğu şüphesiz kabul edildi ise, rızaen muhafaza altına alma kurumunun da aynı şekilde anayasaya aykırı olduğu açıktır. Kişi suç şüphesi altında ve kamu gücü karşısında, elindeki eşyaya da varlıkları rızasıyla verebileceği düşüncesi insan psikolojisi ile örtüşmemektedir. Rıza kavramı daha çok özgür iradeye dayalı, kişinin tamamen baskı altında olmadan hür iradesiyle yapmış olduğu tüm eylem ve davranışları ifade eder. Danıştay daha önce rızaen aramayı iptal etmiştir. Aynı şekilde rızaen muhafaza altına kurumunun da iptal edilmesi gerekir.

Anlatmakta fayda gördüğümüz bir diğer husus arama kararlarının icrası esnasında işlem tanıklarının kanundaki belirtilen şekilde arama esnasında hazır bulundurulmamasıdır. Öyle ki konut ya da eklentilerde yapılan aramalarda iki işlem tanığının bulunması gerekli iken uygulamadaki tabirle hazır bulunması gerekliyken, bazı mahkeme kararlarında ve Yargıtay kararlarında (Yargıtay 6. Ceza dairesi yeni tarihli bir kararında bu eksikliğin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir.2023/3857 E,2023/14247 K) maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla bu eksikliğin hukuka aykırı olmadığı belirtilerek göz ardı edildiği görülmektedir. Ancak hakim yada soruşturma makamları sadece kanunu uygulamakla yükümlüdür. Kanunun lafzını ve amacını değiştirebilecek genişletici yorumda bulunamazlar. Her ne kadar amaç maddi gerçeğe ulaşmak ise de zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir düsturuyla, maddi gerçeğe doğru yoldan ulaşmak en doğru yoldur.

KAYNAKÇA

- AKSOY, Şemsettin. Avrupa insan hakları mahkemesi, uluslararası yargı ve yargıtay kararları ışığında önleme ve koruma tedbiri olarak arama. Seçkin Yayınları, Ankara, 2007
- ALDEMİR, Hüsnü. Adli-önleme arama ve el koyma. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019
- ARSLANTÜRK, Mustafa. Cumhuriyet savcısının soruşturma temel kitabı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- AYDIN, Murat. Arama ve el koyma. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012
- BAŞLAR, Yusuf. "Ceza yargılamasında elektronik delillerin elde edilmesine ve korunmasına ilişkin usul hükümleri." Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 1, Sayı 3 2014
- BIÇAK, Vahit. Suç muhakemesi hukuku. Ankara: Polis Akademisi Yayınları, 2013
- BODUR, Harun. "Şüphe, makul şüphe ve arama hukuku." Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5, 1 (2006): 19-45
- CENTEL, Nur, ve Hamide ZAFER. Ceza muhakemesi hukuku el kitabı. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2020
- CİHAN, Erol, ve Feridun YENİSEY. Ceza muhakemesi hukuku. 2. Baskı. İstanbul, 1997
- ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç. Uygulamada arama ve elkoyma. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012
- ÇOKMUTLU, Metin. "Ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbir olarak arama ve elkoyma." Yüksek Lisans Tezi. Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007
- ÇOLAK, Haluk, ve Mustafa TAŞKIN. Açıklamalı - karşılaştırmalı - uygulamalı ceza muhakemesi kanunu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005

- ÇÖPOĞLU, Hakan Serdar. "Ceza muhakemesi hukukunda arama koruma tedbirinde belirlilik ilkesi." Ankara Barosu Dergisi, 1 (2019)
- ÇÖPOĞLU, Hakan Serdar. "Ceza muhakemesinde hukukunda arama koruma tedbirinde belirlilik ilkesi." Ankara Barosu Dergisi 77, 1 (2019)
- DALKILIÇ, Aysun. Türk ceza hukukunda müsadere. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013
- DONAY, Süheyl. Güncelleştirilmiş ceza yargılaması hukuku. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2015
- DURSUN, İsmail. "Ceza muhakemesi hukukunda taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma." Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 21, Sayı 2, 2015
- ERDENER, Yurtcan. Ceza yargılaması hukuku. 7. Bası. İstanbul: Beta Yayınları, 2007
- ERYILMAZ, Mesut Bedri. Türk ve ingiliz hukukunda durdurma ve arama. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003
- ERYILMAZ, Mesut Bedri. "Suçla mücadele politikası açısından yeni ceza muhakemesi kanunu." Ankara Barosu Dergisi, 2003
- FEYZİOĞLU, Metin. Ceza muhakemesinde vicdani kanaat. Ankara, Yetkin Yayınları, 2002
- GEDİK, Doğan. "Yeni ceza muhakemesi kanunu'na göre basit el koyma." Terazi Hukuk Dergisi 2, Sayı 6, 2007
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, "Cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirme yetkisi ve yargıtay uygulaması." Ankara Barosu Dergisi, Cilt 70, Sayı 1, 2012
- GÖKÇEN, Taner Fahri, "Ceza muhakemesi hukukunda "Yapboz" Yılı 2014", Güncek Hukuk, Ocak 2013
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, Feyyaz GÖLCÜKLÜ ve Abdurrahman SAYGILI. Avrupa insan haklar sözleşmesi ve uygulanması. 8. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- GÜLŞEN, Recep. "Yeni ceza muhakemesi kanununda arama." Hukuki Perspektifler Dergisi, 3 (2005)

- GÜNEY, Erhan. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat, hakimlerin hukuki sorumluluğu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, ve Muharrem ÖZEN. Türk ceza hukuku özel hükümler kişilere karşı suçlar. 3. Baskı. Ankara: US-A Yayınları, 2021
- HAKERİ, Hakan, ve Yener ÜNVER. Ceza muhakemesi hukuku temel bilgiler. Cilt 21. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024
- İNCİ, Z. Özen. "Şüpheli ve sanığa rağmen bir ceza muhakemesi hukuku mu? şüpheli ve sanığın ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün sınırları hakkında düşünceler." Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 7, 2 (2017): 119-168
- İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy. "Ceza muhakemesi hukukunda beden muayenesi ve vücuttan örnek alma." İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası LXX (2012)
- KAHRAMAN, Mehmet. "Koruma tedbiri olarak adli arama." Yargıtay Dergisi 33, 3 (Temmuz 2007)
- KARAKAYA, Naim. "Ceza kanunu kapsamında yürürlüğe konulan yönetmeliklerin değerlendirilmesi." Hukuk ve Adalet Dergisi 2, 6-7, 2005
- KESKİN-KİZİROĞLU, Serap. "5271 sayılı ceza muhakemesi kanunu'nda basit arama (adli arama)." Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 58, 1, 2009
- KIZILKAYA, Ezgi. "Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta arama, elkoyma ve gözaltı." Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 89, 2010
- KUNTER, Nurullah. Ceza muhakemesi hukuku. yenileştirilmiş ve geliştirilmiş 9. Baskı. İstanbul, Yayıncılık Matbaası, 1989
- KUNTER, Nurullah, Feridun YENİSEY, ve Ayşe NUHOĞLU. Muhakeme hukuku dalı olarak ceza muhakemesi hukuku. 15. Bası. İstanbul, Beta Yayınevi, 2006
- KUNTER, Nurullah, ve Feridun YENİSEY. Arama, el koyma ve iletişimin denetlenmesi. İstanbul, Beta Basım Yayın, 2000
- MALKOÇ, İsmail, ve Mert YÜKSEKTEPE. Açıklamalar ve yorumlarla yeni ceza muhakemesi kanunu. Cilt 1. Ankara, Malkoç Kitabevi, 2008

- OKUYUCU ERGÜN, Güneş. 5237 Sayılı Türk ceza kanunu'nda konut dokunulmazlığını ihlal suçu. Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010
- ÖKTEN Pınar, "Ceza muhakemesi hukukunda arama ve elkoyma." Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010
- ÖLMEZ, Aslan. "Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde kopyalama ve bunlara elkoyma." Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 4, Sayı 30, 2009
- ÖZBEK, Veli Özer. Ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbiri olarak arama. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999
- ÖZBEK, Veli Özer, Koray DOĞAN, ve Pınar BACAKSIZ. Ceza muhakemesi hukuku. 16. Bası. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023
- ÖZBUDUN, Ergun. Türk anayasa hukuku. 10. Baskı. Ankara, Yetkin Yayınları, 2009
- ÖZEN, Muharrem. "Türk ceza muhakemesinde istinaf." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65, 4, 2016
- ÖZEN, Mustafa. Öğreti ve uygulama ışığında ceza muhakemesi hukuku. Ankara: Adalet, 2019
- ÖZGENÇ, Nuri Berkay. "Ceza muhakemesi hukukumuzda elkoyma koruma tedbiri." Yargı Dünyası Dergisi, Sayı 223, 2014
- ÖZTÜRK, Bahri, Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Özge SİRMA, Yasemin F. Saygılar KIRIT, Özdem ÖZAYDIN, Esra Alan AKÇAN, Efser ERDEM. Nazai ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, 2013
- ÖZTÜRK , Bahri, ve diğerleri. Ceza muhakemesi hukuku. 12. Ankara:,Seçkin Yayıncılık, 2018
- ÖZTÜRK, Bahri, Behiye Eker KAZANCI, ve Sesim Soyer GÜLEÇ. Ceza Muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022
- ÖZTÜRK, Bahri, ve Mustafa Ruhan ERDEM. Uygulamalı ceza muhakemesi hukuku. 12. Bası. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008
- PARLAR, Ali. Türk ceza kanunu şerhi Cilt 1. Ankara, Bilge Yayınevi, 2015

- PARLAR, Ali, ve Muzaffer HATİPOĞLU. 5271 sayılı ceza muhakemesi kanunu yorumu. Ankara, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2008
- RIFAT, Murat. Adli-idari arama ve uygulamadaki sorunlar ile ceza muhakemesi hukukunda güncel konular. İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2015
- SAYGILAR, Yasemin F. Arama "Uğur Alacakaptan'a armağan." İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008
- SEYYİDOĞLU, Muhammed Sıddık. "Ceza muhakemesi hukukunda arama ve elkoyma." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul, 2021
- SOYASLAN, Doğan. Ceza muhakemesi hukuku. Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020
- ŞAHİN, Cumhuriyet. Ceza muhakemesi hukuku I. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007
- ŞAHİN, Cumhuriyet. "Ceza muhakemesinde bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma." Yaşar Hukuk Dergisi 1, 2 (2019): 271-286
- ŞAHİN, Cumhuriyet, ve Neslihan GÖKTÜRK. Ceza muhakemesi hukuku. 14. Bası. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- TOROSLU, Nevzat, ve Metin FEYZİOĞLU. Ceza muhakemesi hukuku. Ankara, Savaş Yayınları, 2006
- TURHAN, Faruk. Ceza muhakemesi hukuku. Ankara, Asil Yayınevi, 2006
- Tutanaklarla Ceza muhakemesi kanunu, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2005
- ÜNVER, Yener, ve Hakan HAKERİ. Ceza muhakemesi hukuku. 14. Baskı Ankara, Adalet Yayınevi, 2018
- YENİDÜNYA, A. Caner, ve Zafer İÇER. Ceza muhakemesi hukuku. Ankara, Adalet Yayınevi, 2016
- YENİSEY, Feridun. İnsan hakları açısından arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma. Ankara, İmaj Yayıncılık, 1995
- YENİSEY, Feridun, ve Ayşe NUHOĞLU. Ceza muhakemesi hukuku. Cilt 11. Baskı. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022

- YILDIRIM, Akif. "Türk ceza hukukunda haksız arama suçu." Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 19 (2014)
- YILDIZ, Hüseyin Serkan. "Ceza muhakemesi hukukunda arama ve elkoyma." Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010
- YILMAZ, Yeşim. "Bir ceza muhakemesi hukuku işlemi olarak adli arama." Türkiye Barolar Birliği Dergisi Mayıs-Haziran, 124 (2016): 247-304
- YILMAZ, Yeşim. "Ceza muhakemesinde hukuka aykırı delillerin ispat değeri." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013
- YURTCAN, Erdener. CMK Şerhi. 5. Bası. İstanbul, Beta Yayınları, 2008