

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

CEZA MUHAKEMESİNDE ARAMA VE ELKOYMA

Yüksek Lisans Tezi

Pınar ÖKTEN

Ankara - 2010

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

CEZA MUHAKEMESİNDE ARAMA VE ELKOYMA

Yüksek Lisans Tezi

Pınar ÖKTEN

Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Ankara - 2010

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

CEZA MUHAKEMESİNDE ARAMA VE ELKOYMA

Yüksek Lisans Tezi

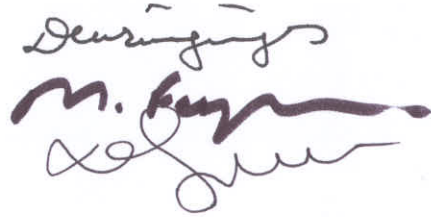
Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Yrd. Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR
Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN



Tez Sınav Tarihi: 01.02.2011

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (28/05/2010)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

PINAR ÖKTEN

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR CETVELİ	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİNDE ARAMA

I. Arama Kavramı ve Aramanın Hukuki Niteliği	3
II. Aramanın Amaçları	7
A. Genel Olarak	7
B. Yakalama Amaçlı Arama	7
C. Elkoyma Amaçlı Arama	8
1. Delil Araştırması Amacıyla Arama	8
2. Müsadereye Tabi Eşyanın Ele Geçirilmesi Amacıyla Arama	9
III. Aramanın Şartları	10
A. Makul Şüphe	10
B. Yetkili Makamca Verilen Arama Kararı Veya Emri	13
1. Hakim Kararıyla Arama	13
2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emriyle Arama	13
3. Kolluk Amirinin Yazılı Emriyle Arama	14
4. Kolluğun Resen Arama Yapması	19
a. Durdurma ve Kontrol Araması ve Araçta Arama	19
b. Yakalanan Kişinin Üstünün Aranması	21
c. Gıyabi Tutuklama Kararı, Yakalama Emri, Zorla Getirme Kararı ve Aranılan Kişinin Yakalanması Amacıyla Arama	21
d. Kaçak Kişinin Takibi Sonucunda Girdiği Yerde Arama	22

e. Kapalı Yerlerden Gelen Yardım Çağrılarına Cevap Verme.....	22
5. Diğer Yasalardaki Düzenlemeler	23
a. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu.....	23
b. Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal Kanunları	23
c. Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun	24
d. Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu.....	25
e. Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanun	25
f. Türk Ticaret Kanunu	25
g. Vergi Usul Kanunu	25
h. İl İdaresi Kanunu.....	26
C. Aramaya Maruz Kalacak Kişiler.....	26
1. Şüpheli veya Sanık.....	26
2. Şüpheli ve Sanık Dışındaki Kişiler	27
3. Belirli Sıfattaki Kişilerin Aranması	28
a. Cumhurbaşkanı	28
b. Diplomatlar	28
c. Milletvekilleri.....	28
d. Hakim ve Savcılar	29
e. Yüksek Yargı Organ Başkan ve Üyeleri.....	29
f. Avukatlar ve Noterler.....	29
4. Tüzel kişiler.....	30
D. Aramanın Yapılacağı Zaman	30
1. Aramanın Gündüz Vakti Yapılması Kuralı.....	30
2. Gece Vakti Arama.....	30
E. Aramanın Yapılacağı Yer	32
1. Konut, İş yeri ve Eklentilerinin Aranması	32
2. Üst ve Eşyada Yapılan Arama	33
3. Çıplak Olarak ve Beden Çukurlarında Arama	35
4. Askeri Mahallerde ve Özel Kişiler Tarafından Kendilerine Ait Yerlerde Arama.....	35
5. Ceza İnfaz Kurumlarında Arama	36

6. Nezarethanelerde Yapılan Arama	37
7. Özel Güvenlik Görevlilerinin Arama Yapması.....	38
8. Avukat Bürolarında Arama ve Elkoyma.....	38
IV. Arama Kararının Yerine Getirilmesi.....	40
A. Hakim - Savcı Tarafından Yapılan Arama	40
B. Kolluk Tarafından Yapılan Arama.....	41
C. Aramada Hazır Bulunabilecek Kişiler	43
D. Aramaya Maruz Kalacak Kişiyile İletişime Geçilmesi ve Kişiyile Bilgi Verilmesi.....	46
E. Aramada Zor Kullanma Yetkisi.....	47
F. Aramanın İnzibatı ve Aramaya Maruz Kalan Kişiyile Verilecek Belge	48
V. Devlet Sırrı İçeren Belgelerin İncelenmesi	49
VI. Aramanın Sona Ermesi	52
VII. Aramanın İşleminin Denetimi.....	54
VIII. Uluslararası Belgelerde ve AIHM Kararları Çerçevesinde Arama ..	55

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHALEMESİNDE ELKOYMA

I. Elkoyma Kavramı ve Elkoymanın Hukuki Niteliği	58
II. Koruma Altına Alma, Müsadere ve Elkoyma İlişkisi.....	60
III. Elkoymanın Amacı	64
IV. Elkoymanın Şartları	65
A. Şüphe	65
B. Elkoyma Kararının Bulunması	65
C. Elkoymaya Konu Olabilecek Eşyanın Bulunması.....	66
D. Elkoymaya Yasak Eşyanın Söz Konusu Olmaması	67
E. Elkoyma Kararını Vermeye Yetkili Merciler.....	69
F. Elkoymaya Maruz Kalabilecekler	70
G. Elkoyma Kararının Şekli ve İçeriği	71
V. Elkoymanın Çeşitleri.....	71
A. Basit Elkoyma.....	71

B. Özel Elkoyma	72
1. Basılmış Eserlere Elkoyma	72
a. Süreli ya da Süresiz Yayınların Toplatılması	74
b. Yabancı Ülkelerde Yayımlanmış Basılı Eserlerin Türkiye’de Dağıtılmasının ve Satışa Sunulmasının Yasaklanması.....	75
c. Türkiye’de Basılmış Eserlerin Dağıtımının Engellenmesi	76
2. Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara El Koyma.....	76
3. Zorlama Amaçlı Elkoyma	80
4. Postada Elkoyma	81
5. Avukat Postasına Elkoyma.....	84
6. Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini	85
7. Özel Kanunlarda Elkoymaya İlişkin Düzenlemeler	88
VI. Elkoymanın Yerine Getirilmesi	91
VII. Elkonulan Eşyanın İadesi veya Müsaderesi.....	95
A. Genel Olarak	95
B. Hükmün Kesinleşmesinden Önce	96
C. Hükmün Kesinleşmesinden Sonra	97
VIII. Elkoyma ve Muhafaza Altına Almanın Denetimi.....	99
A. Genel Olarak.....	99
B. Hakim Tarafından Verilen Elkoyma Kararının Denetimi	100
C. Hakim Kararıyla Olmayan Elkoymanın Denetimi	100
IX. Elkoymaya Karşı Kanun Yolları.....	100

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİLGİSAYAR VE BİLGİSAYAR KÜTÜKLERİNDE ARAMA VE ELKOYMA

I. Genel Olarak	102
------------------------------	------------

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI ARAMA VE ELKOYMANIN YAPTIRIMLARI

I. Hukuka Aykırı Arama	116
A. Genel Olarak.....	116
B. Ceza Hukuku Yapıtlımları.....	117
C. Delil Hukuku Yapıtlımları.....	118
II. Hukuka Aykırı Elkoyma	121
A. Elde Edilen Eşyanın Delil Değerini Kaybetmesi	121
B. Ceza Sorumluluğu	121
III. Hukuka Aykırı Arama ve Elkoymada Tazminat Sorumluluğu	121
DEğERLENDİRME VE SONUÇ	125
KAYNAKÇA	127
ÖZET	139
ABSTRACT	140

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	: Avukatlık Kanunu
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BM	: Birleşmiş Milletler
Bkz.	: Bakınız
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Dan.	: Danıştay
E.	: Esas
EGM	: Emniyet Genel Müdürlüğü
K.	: Karar
KMK	: Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu
m.	: Madde
MMK	: Memurin Muhakematı Kanunu
no	: Numara
ÖGHK	: Özel Güvenlik Görevlileri Hakkında Kanun
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
s.	: Sayfa
StPO	: Strafprozessordnung
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği

TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve saire
YCD	: Yargıtay Ceza Dairesi
YCGK.	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Bu çalışmada, konuyla alakalı yayınlanmış eserler değerlendirilmiş, mevzuatta meydana gelen değişiklikler takip edilerek 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemeler esas alınmıştır. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile, eski Kanundaki düzenlemelere paralel düzenlemeler yapılmış ancak daha açık ifadelerle ve kişi hürriyetini daha da koruyacak biçimde arama ve elkoyma konusu düzenlenmiş bulunmaktadır. Arama konusu sadece bir koruma tedbiri olarak CMK’da düzenlenmiş olmayıp, aynı zamanda önleme tedbiri olarak çeşitli kanunlarda da yer bulmuştur. Ancak tez çalışmamızın konusu “Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma” olup, suç işlendiği iddiasının ortada olmadığı durumda yapılan önleme aramaları bir kenara bırakılarak, adli arama konusu üzerinde detaylı olarak durulacaktır. Bütün koruma tedbirleri gibi arama ve elkoyma da kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahaleyi gerektirir, nitekim bunun sebebi devletin menfaatinin üstün gelmesidir. Ancak, bu müdahale olacaksa bile Anayasa (madde 20, 21 ve 22) ve ilgili kanunlarda sıkı şartlara bağlandığını ve hukuka aykırılığının ciddi yaptırımlara tabi tutulduğunu görmekteyiz.

Bu çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır:

Birinci bölümde adli aramanın anlamı, hukuki niteliği, amacı, şartları, yerine getirilmesi ve sona ermesi anlatılmaktadır¹.

İkinci bölüm, el koyma kavramı, hukuki niteliği, amacı, şartları, çeşitleri, icrası ve sona ermesi konularını içermektedir.

¹ Metin içerisinde geçecek salt ”arama” kavramından “adli arama” kavramı anlaşılmalıdır.

Üçüncü bölüm, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun getirdiği önemli bir yenilik olan bilgisayar, bilgisayar program ve kütüklerinde arama ve elkoyma konusunun işlendiği bir bölüm olacaktır.

Son bölümde ise, diğer bölümde ayrıntılarıyla işlenen arama ve elkoyma konusunun hukuka aykırı olması durumunda maruz kalınacak yaptırımlar ve sorumluluğun kapsamı üzerinde durulacak ve konu Yargıtay kararlarıyla örneklendirilmeye çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİNDE ARAMA

I. ARAMA KAVRAMI VE ARAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Koruma tedbirlerinden arama, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Arama ve Elkoyma" başlıklı dördüncü bölümünde yer almaktadır.

Arama sözlük anlamı itibariyle, ceza yargılamasında yararlı olacak delillerin veya sanığın, istem üzerine, adli mercilere tesliminden kaçınılması durumunda zorla ele geçirilmesi için, saklandıkları yerlerde yapılan arama işlemidir².

Arama, kural olarak hakim, gecikmede sakınca bulunması halinde savcı veya kolluk tarafından yakalama ve/veya delil elde etme amacına yönelik olarak sanık, şüpheli veya üçüncü kişinin mesken ve sair yerlerinde, üstünde veya eşyasında yapılan bir araştırma işlemidir³.

Diğer bir anlatımla arama, ceza yargılamasını amacına ulaştırmak için, suç şüphesi altındaki kişilerin, suç delillerini ve müsadereye tabi nesnelerin elde edilmesi amacıyla, konutta, başka kapalı yerlerde ve kişilerin üzerlerinde yapılan bir işlemdir⁴.

Koruma tedbiri olarak arama, saklanan kişinin veya gizli tutulan eşyanın, önleme ya da adli amaçla çıkarılması için yapılan kamusal bir işlemdir⁵.

5271 sayılı CMK, aramanın tanımını yapmamıştır ancak uygulamayı göstermek ve bütünlüğü sağlamak adına 2003 yılında çıkarılan, 01.06.2005 tarihinde yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte yenilenerek 25832 sayılı Resmi Gazete

² YILMAZ, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 60.

³ ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınları, Ankara 1999, s. 17.

⁴ YURTCAN, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, 12. Bası, s. 350.

⁵ ÖZTÜRK, Bahri; Yeni Ceza Adalet Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, "Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinden Koruma Tedbiri Olarak Arama İşlemi", İsa Döner, s. 431.

ile yürürlüğe giren söz konusu Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin⁶ 5. maddesinde aramanın tanımı yapılmıştır:

*“Adli arama; bir suç işlemek veya buna iştirak etmek veyahut yataklık etmek makul şüphesi altındaki kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kağıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.”*⁷

Beş duyu ile açıkça tespit edilebilen şeylere ulaşılması arama kapsamına girmez. Örneğin bir otomobilde şoför koltuğu yanında açıkça duran tabancayı alarak ruhsatlı olup olmadığını kontrol etmek arama sayılmaz. Çünkü söz konusu silah herkes tarafından açıkça görülebilir⁸. Terk edilmiş evlere girmek ve şahsın terk ettiği çöp vs. üzerinde delil aranması da arama sayılmaz⁹.

Arama, diğer koruma tedbirleri¹⁰ gibi temel haklara müdahaleyi gerektirir ve özellikle konut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığını ihlaline varan sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle arama işleminin amacıyla, özgürlüklere müdahalenin sınırı hususlarının belirlenmesi zorunluluğu doğmuştur.

Son dönemde Anayasamız ve diğer mevzuatta bir dizi değişiklik gerçekleştirilmiş ve aramaya ilişkin ayrıntılı bir düzenleme Anayasaya girmiştir.

03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi

⁶ Metinde “Arama Yönetmeliği” olarak geçecektir.

⁷ BAKICI, Sedat; Kolluk Mevzuatı, Ankara 2007, 5. Bası, s. 518

⁸ ŞAFAK, Ali/BIÇAK, Vahit; Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Roma Yayınları, 2005, s. 159.

⁹ KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe; Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 15. Bası, İstanbul 2006, s. 900.

¹⁰ Bkz. Tanım için; SOYASLAN, Doğan; Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

Hakkında Kanunun 5 ve 6. maddeleri Anayasa'nın aramaya ilişkin 20 ve 21. maddelerini deęiřtirmiřtir¹¹.

Anayasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrası, ancak milli güvenlik, kamu dzeneni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebebiyle özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulabileceğini belirtmiştir. Ayrıca hakim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyasının aranamayacağı ve bunlara elkonulamayacağı kanun maddesinde ifade edilmiştir. Anayasa 21. maddede de konutta yapılan aramadan bahsedilmektedir. Ne tür sebeplerle, nasıl bir şekle uyularak yapılacağı madde kapsamında belirtilmiřtir¹².

Adil yargılamanın gereği, yargılamanın mümkün olduğunca kısa bir sürede sonuçlandırılmasıdır. Ceza muhakemesi sırasında başvuru tutuklama, arama ve elkoyma gibi koruma tedbirleri bu amacı sağlamaya yönelik en işlevsel araçlardır. Kişinin özel hayatına müdahalenin sınırı da hukuk devleti ilkesi ile belirlenecektir.

Aramanın yapılmadığı ya da arama sonucunda ya da başka hallerde nesnelere elkonulmadığı takdirde, suç eşyası dolayısıyla delillerin yok edilmesi ve sanıkların

¹¹ YILDIZ, Ali Kemal; "Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulaması", Polis Dergisi, Sayı 36, 2003.

¹² "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu dzeneni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. "

kaçmaları muhtemeldir. Bu nedenle de yargılama amacına ulaşmayacak; en azından gecikme durumuyla karşı karşıya kalınacaktır¹³.

Arama tedbirinin koruma tedbiri olarak özellikleri şunlardır:

- Henüz hüküm verilmeden temel bir hakkı sınırlar.
- Arama koruma tedbiri geçicidir, yani bir yaptırım değildir. Amaca ulaşıldığında kendiliğinden sona erer.
- Arama, hüküm vermenin bir aracıdır¹⁴.

Ancak arama işleminin yapılabilmesi için, suç şüphesinin belirli yoğunlukta olması, görünüşte haklılık ve oranlılığın bulunması, yasayla düzenlenmiş ve gecikmede tehlike olması halinin bulunması gerekmektedir.

Arama menkul mallar için söz konusu olup, gayrimenkul için arama tedbiri uygulanamaz. Denetim, kimlik sorma, oturulmayan boş bir evin içinin araştırılması, bavulun köpeğe koklatılması teknik anlamda bir arama işlemi değildir. Teknik olarak aramadan bahsedilebilmesi için, gizli bir eşya ya da kişinin meydana çıkarılması amacıyla devletin araştırma yapmış olması gerekir. Anayasamız, Amerikan Anayasasında olduğu gibi, katı bir arama düzenlemesi yapmıştır. Ancak zaman içinde zorunlu istisnalar getirilmiştir. PYSK m. 20 ve Arama Yönetmeliği m. 8/h gereği ızdırar halinde arama için hakim kararı aranmaz. Yakalama sonrasında ve de hakimin önceden vermiş olduğu bir kararının da arama yetkisi içeriyor olması durumunda arama kararı aranmaz (Arama Yönetmeliği m. 8). Ayrıca hukuka uygunluk sebeplerinden kanunun hükmünü icra sebebinin olduğu durumlarda arama kararı veya emri aranmamaktadır. Hakimin vereceği adli arama kararı açısından

¹³ http://www.hukuki.net/topic.asp?TOPIC_ID=4583, Erişim tarihi 19.12.2009.

¹⁴ ÖZBEK, s. 20 vd.

”bellilik” , “adil yargılanma ilkesi” (Anayasa m. 38) ve “ölçülülük” ilkeleri (Anayasa m. 13) geçerli olup, arama kararı somut bir tehlikeye dayanmalıdır¹⁵.

Konumuz kapsamında olmayan önleme aramaları ise, milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin tehlikelere karşı korunması amacıyla başvurulmuş bir tedbirdir. PYSK m. 9 ve ayrıca Arama Yönetmeliği 19. maddede yer alan önleme aramaları konusuna bu çalışmamızda yer verilmeyecek olup, ceza muhakemesinde geçen adli arama konusu ele alınacaktır.

II. ARAMANIN AMAÇLARI

A. Genel olarak

Arama, şüpheli veya sanığın yakalanması ve/veya delil olarak elkonulabilecek şeylerin ele geçirilmesine yönelik olduğuna göre, aramanın iki amacından söz edilebilir: Yakalama ve elkoyma. Arama koruma tedbiri bu amaçlardan sadece birine yönelik olabileceği gibi her iki amacı da taşıyabilir. Başka bir dolaylı amacı ise, diğer bir koruma tedbirinin uygulanmasını sağlamasıdır¹⁶. Şayet şüpheli veya sanık arama sonucu yakalanmışsa, yakalama koruma tedbirine, delil elde edilmişse elkoyma tedbirine dönüşür. Arama başarısız sonuçlanırsa, kişi beraat edebilir ya da hakkında takipsizlik kararı verilebilir.

B. Yakalama Amaçlı Arama

Yakalama, hakim kararı bulunmaksızın şüphelinin özgürlüğünün kısıtlanmasını ifade eder¹⁷. Yakalama işleminin yapılabilmesi için kişinin;

- o Bir suç işlediği sırada suçüstü tespiti (CMK m. 90)

¹⁵ YENİSEY, Feridun; “Yeni Arama Hukukumuz”, Polis Dergisi, Sayı 37, Aralık 2003, s. 8.

¹⁶ ÖZBEK, s. 54.

¹⁷ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 6.Bası, İstanbul 2008, s. 303.

- Hakkında yetkili mercilerce yakalama emri çıkartılmış olması (CMK m. 98, 5275 sayılı Yasa m.19)
- Hakkında tutuklama kararı bulunması (CMK m. 101) ve
- Hakkında zorla getirme emri olması lazımdır (CMK m. 43, 44, 146).

CMK yakalamayı suçüstü ve suçüstü halinde olmayan yakalama olarak ayırmıştır. Suçüstü yakalamasında bir karar veya emre gerek yoktur. Bu nedenle kaba üst araması ve takip edildiği sırada gittiği yerlerde “tekrar yakalama amaçlı arama” için karar alınmasına gerek yoktur. Çünkü bu işlemler ”arama” tedbiri kapsamında değil, ”yakalama” tedbiri kapsamındadır. Suçüstü halinde olmayan yakalamalarda ise yetkili makamca verilmiş bir müzekkereye ihtiyaç vardır¹⁸.

Basit suçlarda yakalama amacıyla arama yapılmamalı, arama sadece delil bulma amacına yönelik olmalıdır. Çünkü suçun hafifliği arama gibi ağır bir koruma tedbirini gereksiz kılarak, oranlılık ilkesini zedeler¹⁹.

C. Elkoyma Amaçlı Arama

1. Delil Araştırması Amacıyla Yapılan Arama

Deliller, hakimin muhakeme neticesinde maddi olayı çözmesine hizmet eden araçlardır²⁰. Yazılı belge, görüntü veya ses kaydeden araçlar delil olabilir. Bunların özel ya da ticari içerikli olması önemli değildir. Belirti ise, ispata dolaylı olarak yardımcı olan vakıalardır. Fren izi, parmak izi, kan izi, saç kılı gibi²¹ ...

Cumhuriyet savcısı ihbar veya başka suretle suç işlendiği izlenimini veren hali öğrendikten sonra kamu davası açıp açmamaya karar vermek üzere, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri

¹⁸ AKSOY, Şemsettin; Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 52.

¹⁹ ÖZBEK, Veli Özer; Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 303.

²⁰ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 168.

²¹ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 303.

toplayarak muhafaza altına almakla yükümlüdür. Kovuşturma aşamasında da yeni ortaya çıkan deliller toplanabileceğinden, bu aşamada da delil araştırması amacıyla arama yapılmasına karar verilebilir. Hatta yargılamanın yenilenmesi durumunda da delil araştırması amacıyla arama yapılabilir²².

Ceza muhakemesinde maddi gerçek araştırılır ve muhakemede her şey delildir. Hakim ancak delilleri serbestçe değerlendirerek maddi gerçeğe ulaşabilir. CMUK m. 94 “sübut delillerin meydana çıkarılması”ndan söz ederken, madde 95 “muayyen bazı eşyaların zabtı”ndan bahsetmekteydi. Buradaki zapt kelimesinden el koyma anlaşılmalıdır²³. Elkoyma konusu tezin ikinci bölümünde ayrıntılarıyla işlenecektir.

2. Müsadereye Tabi Eşyanın Ele Geçirilmesi Amacıyla Arama

Müsadere, mahkumiyetin sonucu olarak veya yasada gösterilen hallerde mahkumiyet bulunmasa bile, bir eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesidir. Eşya ve kazanç müsadere olarak ikili bir ayırım söz konusudur²⁴.

İyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya müsadere edilir. Eski TCK'dan farklı olarak yeni TCK m. 54/1' de suçta kullanılmamış olsa bile, suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeliyse müsadere edilir. Örneğin para basma makinesi, kimyasal malzemeler gibi. Yine TCK 55. maddeye göre kazanç müsadere kavramı hukukumuza girmiş olup suçun işlenmesiyle elde edilen, suç konusu ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ve ekonomik

²² AKSOY, s. 56.

²³ ÖZBEK, s. 55

²⁴ CENTEL/ZAFER, s. 805.

kazançların müsaderesine karar verilebilir. Bu değerlerin ele geçirilmesi amacıyla arama tedbirine başvurulabilir²⁵.

III. ARAMANIN ŞARTLARI

A. Makul Şüphe

Şüphe, sözlük anlamıyla, zihnin bir konuda kesin bir sonuca varamayıp duraksamasıdır²⁶.

Hazırlık soruşturmasının başlamasının amacı, kamu davasının açılmasına gerek olup olmadığının tespitidir. Bu tespitin yapılabilmesi için de yetkili makamlar koruma tedbirlerine başvurur. Ancak koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için gereken şüphe, hazırlık soruşturmasının başlaması için makul şüpheyile asla aynı olamaz²⁷.

Makul şüphe kavramı Yönetmeliğin 6. maddesinde ayrıntılı olarak açıklanmış ve hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphenin makul şüphe olduğu belirtilmiştir. Örneğin; arama ihbar veya şikayete dayanılarak gerçekleştirilecekse makul bir şüpheden söz edebilmek için bu ihbar ya da şikayeti destekleyen belirtilerin bulunması gerekir. Burada aranan kuvvetli olmayıp basit bir şüphedir²⁸.

Yönetmeliğin 6. maddesinin getirdiği en önemli yenilik, makul şüphe nedenlerinin somut olaylara dayanması gerektiğinin açıkça belirtilmesi ve arama neticesinde belirli bir şeyin bulunacağını veya belli bir kişinin yakalanacağını öngörülmesi gerektiğidir. Yani soyut olarak suçluların yakalanma ihtimaline binaen

²⁵ AKSOY, s. 58.

²⁶ YILMAZ, s. 649

²⁷ ÖZBEK, s. 62.

²⁸ YILDIZ, Sayı 36.

arama kararı verilemez. Örneğin; hırsızlık olayı soruşturmasında, olay öncesi benzer şekilde hırsızlık yaptığı söylenen kişilerin evlerinde çalıntı mal aranması için arama kararı verilemez. Ancak burada aranan şüphe, tutuklama için aranan kuvvetli şüpheden daha düşük dereceli bir şüphedir²⁹.

1412 sayılı CMUK m. 94'teki "umulan haller" kavramı yerine yeni CMK'da "makul şüphe" ifadesi tercih edilmiştir.

Makul şüphe suç olayına bağlıdır. Makul sebep ve şüphe, olayı dışardan izleyen kişileri de inandırması gerektiğinden objektif olsa da kolluk görevlisi açısından sübjektiftir. Kolluğun kendisinin aranacak yerde eşya veya kişi bulunduğuna inanması gerekir³⁰.

Burada kuvvetli ya da yeterli şüphe değil de makul şüphenin aranması yararlı olmuştur. Bu ekleme TBMM Adalet Alt Komisyonunda yapılmıştır. Örneğin; bir organize suç soruşturmasında şüphe, kuvvetli veya yeterli şüphe değil, fakat basit şüphe olabilir, ancak bu basit şüphe somut olayda makul şüphe niteliğindeyse buna dayanılarak arama yapılabilir³¹.

Etnik bir kökenden gelen kişilerin daha fazla suç işledikleri istatistiksel bir veri olsa bile, kişinin söz konusu etnik kökene mensubiyeti makul şüphe için yeterli değildir. Giyim tarzı, saç tipi, sabıka kaydı gibi hususlar da makul şüphe için yeterli olmaz. Ancak zaman, mekan, kişinin tavırları gibi faktörler makul şüphenin oluşumuna katkıda bulunabilir³².

²⁹ AYDIN, Murat; Arama ve Elkoyma, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 26.

³⁰ ATAYÜN, Anadolu; Örgütlü Suç Soruşturmaları Yöntemleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 466.

³¹ ÖZTÜRK Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, s. 590.

³² ŞAFAK/BIÇAK, s. 162.

Bu nedenle makul şüphenin tanımının yapılmasında AİHM içtihatlarından yararlanılabilir. Burada makul şüphenin varlığı için aranan kriterler şunlardır³³:

- Bir olayın varlığı ya da bir şahsın bir olayın faili olduğu yönünde bazı basit bilgi, belge, bulgu ve emarelerin olması gerekir.
- Bu bilgi, belge, bulgu ve emarelerin doğruluğunun ön yargıdan arınmış orta zekada bir insanın akıl, mantık kuralları, gözlem ve tecrübeleriyle yakalamanın yapıldığı andaki şartlar nazara alınarak değerlendirilmesi gerekir.
- Bu özelliklere sahip bir şahıs tarafından bilgi bulgu ve emarelerin doğruluğu hususunda birtakım ön araştırmalar yapılması gerekir.
- Elde edilen somut sonuçlar söz konusu şahsın söz konusu suçu işlediği yolunda, gerçekçi, mantıklı, ortalama bir tahmini veya ihtimali ortaya koyacak kadar kuvvetli olmalıdır. Fakat bu tahminin şüphelinin tutuklanmasına ve mahkum edilmesine yetecek ve suçun bütün özelliklerini ortaya koyacak kadar net ve açık olması gerekmez.
- Terör olaylarının özel niteliği ve demokratik toplum için oluşturduğu tehlike makul şüphe kriterinin yorumlanmasında daha düşük standartların benimsenmesini gerektirmez.

Makul şüpheyeye dayanmayan hallerde yapılan aramada elde edilen deliller, hukuka aykırı delil statüsündedir.

³³ ERYILMAZ, Bedri; “Yeni CMUK Tasarısı”, Ankara Barosu Dergisi, 2000/1, s. 74.

B. Yetkili Makamca Verilen Arama Kararı Veya Emri

1. Hakim Kararıyla Arama

Aramaya karar verme yetkisi, Anayasa m. 20, 21, eski CMUK m. 97 ve yeni CMK m. 119/1 gereği kural olarak hakime aittir. Hakim kararları Anayasa uyarınca yazılı ve gerekçeli olmalıdır.

Anayasa'nın 20 ve 21. maddelerinde aramanın yapılması kural olarak hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emrine bağlı tutulduğuna göre, artık bu şartlar dışında arama yapılabileceği şeklindeki düzenlemeler (Arama Yönetmeliği 8. madde) Anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır. Bu hallerde gerçekleştirilen arama işlemine karşı denetim mekanizması öngörülmemiş olması bir eksiklik³⁴.

Karşılaştırma açısından, Alman Federal Yüksek Mahkemesine göre de, aramaya karar vermeye yetkili olan makam, soruşturma makamının yetki alanındaki veya talepte bulunan kimsenin oturduğu yerdeki sulh ceza hakimidir³⁵.

2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emriyle Arama

CMK m. 119/1 gereğince de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir. CMUK 97/2 m. "tehirinde mazarrat umulan hallerde" savcı ve hatta kolluğa arama yapma yetkisini tanımıştı.

"Gecikmesinde sakınca bulunan hal" kavramı, Arama Yönetmeliği madde 4'te; derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için zaman bulunmaması demektir.

³⁴ YILDIZ, Sayı 36.

³⁵ ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 386.

Gerek Anayasa gerek Kanun, aramayı hakim kararına veya kanunen yetkili kılınmış merciin yazılı emrine tabi kılmış ve istisna öngörmemişse de, Yönetmelikle bu duruma istisnalar getirilmiştir (Arama Yönetmeliği m. 8 ve 30).

Anayasa ve CMK' da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının ve Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı durumlarda da, kolluk amirinin yazılı emrinin aranmış olmasının çelişkili olduğu düşünülebilir. Zira yazılı emir almak, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının niteliğine aykırıdır. Bu şekilde bir düzenleme, savcı dışında kolluk amirine de yetki tanıyarak bir genişletmeye giderken, diğer yandan yazılı emir koşulunu getirip, bu yetkinin genişlemesini bloke etmektedir³⁶.

3. Kolluk Amirinin Yazılı Emriyle Arama

CMK m. 119 gereğince gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı takdirde, kolluk amirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, kolluk amirinin yazılı emriyle yapılamaz. Kanunun açık hükmü gereği mutlaka hakim kararı ya da gecikmesi tehlikeli durumlarda Cumhuriyet savcısının emriyle arama yapılır.

Cumhuriyet savcısına ulaşamaması nedeniyle kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleştirilen arama ve elkoyma işlemlerinde, Cumhuriyet savcısının hangi vasıtalarla arandığı ve neden ulaşamadığı bir tutanakla açıklanıp, evraka eklenmelidir³⁷.

³⁶ YILDIZ, Ali Kemal; "TCK, CMK, Kabahatler Kanunu ile İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri, Adli Aramalarla Getirilen Yenilikler, Hakim Savcı Kolluk İlişkisi, EGM Yayın Kataloğu, s. 223.

³⁷ AKSOY, s. 74.

İçişleri Bakanlığı'nın 06.07.2005 tarih ve 2005-69 no'lu Genelgesinde “il merkezlerinde ağırlıklı olarak görevlerini ifa eden şube müdürlüklerinde kolluk amir ve memurlarının CMK m. 165 uyarınca bu görevlerinin ifası süresince adli kolluk amir ve memurları oldukları, bu şube müdürlerinin de adli kolluk sorumlusu olarak kabul edilecekleri” belirtilmektedir³⁸.

Yeni CMK'nın en çok eleştirilen düzenlemelerinin başında, kolluğa yetki vermediği gerekçesiyle arama ve elkoyma gelmektedir.

Arama ve elkoyma yapmak için gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin aranması, uygulamada bir hukuk devletinde asla kabul edilemeyecek sonuçların doğmasına yol açacaktır. Örneğin; canlı bombanın polis tarafından fark edilmesi halinde üstünde arama yapılamayacak; derhal etkisiz hale getirilmesi için yakalama yapılabilecek; ancak arama için yazılı emir alınması gerekecektir³⁹.

Gerçekten de, aynı apartmanda oturan bir şahsın yan dairede Hizbullah militanlarınca bir kişinin domuz bağına bağlanmış bulunduğunu görüp de devriye gezen polisi acilen yardıma çağırması halinde, ekibin derhal konuta girerek arama yapması ve suç aletlerine elkoyması mümkün olmayacaktır. Zira bunun için önceden yazılı emir alınması gerekecektir⁴⁰.

Ancak, diğer yandan tüm arama yapılması gereken olayların içinde kolluk amirince arama yapılmasını gerektirecek olay sayısı zaten az olup, Cumhuriyet savcılarını nöbetçilik sistemi içinde her zaman ulaşılabilecek şekilde görev

³⁸ PARLAR, Ali/HATIPOĞLU, Muzaffer; Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, 1. Cilt, Ankara 2008, s. 482.

³⁹ SAYGILAR, Yasemin; “Arama”, Uğur Alacakaplan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt 1, s. 632.

⁴⁰ ÖZTÜRK, Bahri; “2001 Anayasa Değişikliğinin Ceza Muhakemesine Etkileri, <http://www.caginpolisi.com.tr/13/10-11-12-13-14.htm>, erişim tarihi: 19.12.2009.

yapmaktadırlar. Kaldı ki, kolluk amirinden yazılı emir almak için geçecek sürede savcıdan da emir alınabilir. Yazılı emrin ulaşmasında faks ya da elektronik posta da kullanılabilir⁴¹.

Mobil telefon mesajıyla yazılı emri verilemez. Her ne kadar çıktısı alınabilirse de yazılılık konusunda şekil şartı yönünden yasal bir zemin bulunmamaktadır. Ama örneğin; UYAP kapsamında böyle bir yasal zemin oluşturulursa mümkün hale gelebilir⁴².

5237 sayılı Kanundaki arama hükümleri, kolluğun yetkilerini kısıtlamamış, sadece denetim altına almıştır. Denetim altındaki bu güç, demokratik ve laik hukuk devletimizin ihtiyaç duyduğu bir güçtür⁴³.

Arama Yönetmeliği ile Kanun'da öngörülmeleyen bazı yetkilerin Yönetmelikle tanınmaya çalışılması eleştirileri de beraberinde getirmektedir.

Önleme ve Adli Aramalar Yönetmeliği 8/a maddesine göre “ *Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılan aramada*” ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmaz.

Yönetmeliğin 30. maddesinin ilk fıkrasında ise “*Haklarında gıyabi tutuklama veya tutuklama kararı ile yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişilerin yakalanması için yapılacak aramalarda ayrıca arama kararı verilmesi gerekli değildir. Bu gibi hallerde sadece yakalanacak kişiyle ilgili işlemler yapılabilir. O*

⁴¹ ÇOLAK, Haluk, TAŞKIN, Mustafa; Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 537.

⁴² YİĞİT, Nuri; “Arama Elkoyma ve Gizli Koruma Tedbirleri, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/155.doc.

⁴³ YENİSEY, Feridun; “Yeni Arama Hukukumuz”, http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/37/web/makaleler/Feridun_%20YENISEY.htm

yerde bulunan diğer kişiler hakkında, ayrıca karar verilmemişse, arama yapılamaz.”
denmektedir.

Anayasanın 20. ve 21. maddesi kişi üzerinde ve konutta yapılacak aramayı düzenlemektedir. Anayasa madde 12 ve 13’te ise temel haklar, bu hakların niteliği ve sınırlandırılma şekli bahsetmektedir. Bu maddeler göz önüne alındığında, Arama Yönetmeliğinin 8/a ve 30. maddeleri Anayasa ve Kanunlarda öngörülmemiş ve izin verilmeyen düzenleme niteliğindedir. Kaldı ki, Anayasanın 124. maddesi gereği yönetmelikle bu tarz bir düzenleme yapılması imkanı bulunmamaktadır.

Diğer bir açıdan, bir kişinin yakalanması ile ilgili bir kararın ifası ile bu amaçla kararsız ve emirsiz olarak o kişiye ait mahallerde arama yapmak anayasal normları ihlal niteliğinde olup, hürriyeti kısıtlayıcı işlem ve o kişiye ait yerler için arama kararı alma zarureti ortadan kaldırmamalıdır.

Yönetmelikteki arama yakalama anında kolluğun gerçekleştirdiği acil durum araması dışında bir aramadır. CMK m. 90/4 ve PVSK m. 13/G-4’te bahsedilen aramalardan değildir. Bu nedenle zorunlu arama gözüyle bakmamak gerekir.

Arama Yönetmeliğinin 8. maddesinin f bendinde, ilgilinin rızasıyla yapılacak aramalarda arama kararının aranmayacağı belirtilmişse de TCK m. 26’daki hukuka uygunluk sebebi olan “ilgilinin rızası”nı arama işlemi için de uygulamak hukuka aykırılık teşkil eder. Kaldı ki, Danıştay 10. Dairesi bir kararında “Rıza ile arama” müessesini iptal etmiş, ancak, bu karardan sonra hukukumuzda Anayasa’nın konuyla ilgili hiçbir maddesinde değişiklik meydana gelmemiştir⁴⁴.

Kolluğun bir diğer yetkisi arama-tarama yetkisidir. Bu yetki önleme araması niteliğindedir ve kaynağını PVSK’dan alır. Anayasada 2001’deki değişikliğe paralel

⁴⁴ KARAKAYA, Naim; Hukuk ve Adalet, Sayı 6-7, Ekim 2005, s. 57. (Dan. 10.D. 2003/3396 E.)

olarak PVSK' nın 9. maddesi değiştirilmiş, ilk olarak yargıç kararına bağlanmıştır. Bu yetki, kamu düzenini ve anayasal hak ve özgürlükleri korumak bakımından zorunlu ve gecikemez durumlarda kullanılır. Yasada yetkinin kullanılacağı yerler ayrıntılı olarak listelenmiştir. Bu yerler, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerler, meslek kuruluşları ve sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerler, seyahat ve başka amaçlarla kişilerin toplu olarak bulunduğu yerler, eğitim ve öğretim yerleri, ulaşım araçlarının kalkış ve varış yerleri ile diğer halka açık yerlerdir⁴⁵.

Arama kararı veya arama emrinin neleri içermesi gerektiği CMK madde 119/2' de düzenlenmiştir:

- ✚ Aramanın nedenini oluşturan fiil: İşlenmiş bir suçla ilgili olarak yapılan soruşturma veya kovuşturma kapsamında arama kararı veya emri verildiğinden, bu fiilin ne olduğu kararda gösterilmelidir. Ancak suçla ilgili nitelemenin kesin ve isabetli olarak yapılması beklenemez. Aramanın nedenini oluşturan fiilin dışında bulguların elde edilmiş olması veya suçun vasfının arama sırasında değişmesi aramayı geçersiz kılmaz⁴⁶.
- ✚ Aranılacak kişinin kimliği: Verilen arama kararı veya emri bir kişinin yakalanması amacını taşıyorsa, yakalanması umulan kişinin kim olduğu kararda yazılmalıdır. Kimliği bilinmiyor ise, bilindiği kadarıyla kimlik bilgileri ve eşkali yazılmalıdır.
- ✚ Aramanın yapılacağı yerin adresi ve eşyanın ne olduğu: Arama ancak kararda belirtilen yerde yapılacağından, arama talep edilmeden önce düzenlenecek rapora aranacak yerin adresi yazılmalıdır. Şöyle ki, aranması istenen adresin

⁴⁵ YURTCAN, s. 354.

⁴⁶ AYDIN, s. 34.

daire numarasının bile yanlış yazılmış olması yeni bir arama kararı verilmesini gerektirir.

- ✚ Karar veya emrin geçerli olacağı süre: Arama kararı veya emri süreli bir yetki sağlar. Bu süre işin niteliği gereği kısa ve amaca uygun olmalıdır. Geniş, kapsayıcı bir zaman dilimini içeren bir arama kararı verilemez, çünkü bu hakime ait olan yetkinin kolluğa devri anlamını taşır⁴⁷.

Uygulamada arama kararı, Cumhuriyet savcısının talep yazısı, varsa soruşturma dosyası yoksa kolluğun aramaya ilişkin raporunun incelenmesi üzerine evrak üzerinden verilir. Sulh ceza mahkemesinin değişik iş defterine kaydı yapılarak, arama kararına sıra numarası verilecektir (Kalem Hizmetleri Yönetmeliği m. 53).

4. Kolluğun Resen Arama Yapması

a. Durdurma ve Kontrol Araması ve Araçta Arama: Arama Yönetmeliği

27. maddeye göre;

- ❖ Bir kişiyi geçici olarak durdurmak yakalama sayılmaz, yakalama sayılması için kişinin fiilen denetim altına alınması gerekir.
- ❖ Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için, “umma” derecesinde makul şüphe bulunmalıdır.
- ❖ Sebebin oluşmasına yol açan davranışları hakkında, durdurulan kişiye sorular yöneltilebilir. Kişi bu sorulara cevap vermekle yükümlü değildir.
- ❖ Durdurulan kişi üzerinde önce giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın yoklama biçiminde inceleme yapılır. Bu kontrol kişinin kendi cinsinden görevlilerce yapılır.
- ❖ Yoklama suretiyle inceleme, kişiye en az sıkıntı verici şekilde yapılır.

⁴⁷ AYDIN, s. 39.

- ❖ Bir kişinin veya aracın durdurulma süresinin, şartlara göre makul olması ve kontrol için ayrılan süreyi aşmaması gerekir.
- ❖ Yapılan arama sonucu suça ilişkin delil elde edilirse kişi yakalanır.
- ❖ Uyuşturucu gibi belirli bir şeyin, kişinin herhangi bir yerinde gizlendiği düşünülüyorsa, daha geniş çaplı kontrol yapılabilir.
- ❖ Yoklama suretiyle kontrol, kişinin veya aracın ilk durduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğunca başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır.
- ❖ Makul sebep olduğu takdirde, daha geniş kapsamlı kontrol için, kolluk aracından veya yakınındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.
- ❖ Kontrolden sonra derhal tutanak düzenlenir.
- ❖ Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir.

Son üç uygulamanın CMK ve PYSK' ya aykırı olduğu düşünülebilir. Kanun koyucu durdurma ve kimlik sorma yetkisini düzenlediği 4/A maddesinde bu hususlara yer vermemiştir. Bu yüzden kanaatimizce de Kanuna aykırı bir yönetmelik hükmü olmuştur.

Hakkında yakalama, zorla getirme veya tutuklama kararı bulunan şüpheli, sanık veya hükümlünün yakalanması amacıyla araçta da arama yapılabilir. Bir evin garajında bulunan araç hakkında yapılan arama işlemi konutta yapılan arama kapsamında kalacağından "konutta arama"nın şartlarına göre aranmalıdır⁴⁸.

Araçta arama konusunda Yönetmeliğin 4. maddesi "araç" kavramını tanımlamaktadır. 29. maddede ise araçta aramanın nasıl yapılacağı açıklanmış olup, dayanağının ne olduğu açıklanmamıştır. Ancak arama bir adli arama ise, mutlaka hakim kararına ya da yazılı emre dayanmalıdır. Kolluk amiri de yazılı emir verebilir.

⁴⁸ AKSOY, s. 65.

Boş araç aramasında, arama yapıldığını belirten bir not bırakılır. Bu nota, arama tutanağının bir kopyasının alınacağı yer belirtilir. Araçta arama gece vakti de yapılabilir⁴⁹.

Araçta suç unsurlarının saklanabileceği boşluklar; kapılar, torpido gözleri, lastikler, motor bölmesi, koltuklar, bagaj, tamponlar ve arabanın altı olabilir⁵⁰.

b. Yakalanan Kişinin Üstünün Aranması: Arama Yönetmeliği 8/b bendinde, kaba üst araması için arama kararına veya emrine ihtiyaç olmadığı ifade olunur. Yine Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 6. maddesinin 2. fıkrasında, yakalanan kişinin kaçmasını ve zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst aramasının yapılabileceği hükümlenmiştir. CMK 90. madde gereğince de kişinin kaçmasının önlenmesi ve kimliğinin belirlenmesi amacıyla herkesin yakalama yetkisi vardır. Yakalama, niteliği gereği üst aramasına göre kapsamlı bir yetkidir. Kişinin yakalanmasına yasanın imkan verdiği hallerde arama için ayrıca bir karar almaya gerek yoktur. Ama burada aramadan maksat, sadece yakalanan kişinin silah vb. eşyalarından arındırılmasıdır⁵¹.

c. Gıyabi Tutuklama Kararı, Yakalama Emri, Zorla Getirme Kararı ve Aranılan Kişinin Yakalanması Amacıyla Yakalama: CMK kural olarak gıyabi tutuklamayı kaldırmıştır. Ancak 248. madde ve 5320 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca yurtdışında bulunan kaçaklar hakkında gıyabi tutuklama verilebilir. Hakkında yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan bir kişinin bulunduğu konut veya işyerinde yakalanması için yapılacak aramada arama kararı veya yazılı emrin bulunması gerekir.

⁴⁹ AYDIN, s. 67.

⁵⁰ ATAYÜN, s. 478.

⁵¹ AYDIN, s. 40.

d. Kaçak Kişinin Takibi Sonucunda Girdiği Yerde Arama: Arama Yönetmeliği 8/1-d maddesinde düzenlenen ilk durum, yakalanan kişi kolluğun elinden kaçmışsa bu kişinin takip edilerek yakalanması gerektiğinde, zaten bir hakim kararı veya arama emri almaya vakit ve imkan yoktur. Diğer durumda ise, suçüstü halinde kolluk kuvvetleri failin girdiği araç, bina ve eklentilerine arama kararı veya emri olmadan ve kime ait olduğuna bakmadan girebilir⁵².

e. Kapalı Yerlerden Gelen Yardım Çağrılarına Cevap Verme ve Rızayla Arama: Arama Yönetmeliği madde 8/1-f gereği arama kararı veya emrine gerek yoktur. Ancak bu hüküm Anayasa ve CMK hükümlerine aykırı unsurlar taşımaktadır, şöyle ki, kanun hükmünü icra ve amirin emrini yerine getirme hali veya meşru müdafaa hali varsa, arama kararının alınmasına gerek olmadığına ilişkin hükmün bir anlamı yoktur. Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası durumlarında arama yapılabileceğine ilişkin düzenleme de Anayasa ve CMK' ya aykırıdır (CMK'da rızayla arama düzenlemesi yoktur. İlgili yönetmelik hükmünün yürürlüğü durdurulmuştur). Ancak maddede geçen toplum veya kişiler için oluşan hayati tehlikeyi ortadan kaldırmak veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için arama kararı veya emrine ihtiyaç olmadığına ilişkin hüküm ise yerinde bir düzenlemedir. Ancak, bu durumda yapılacak işlem arama olmadığından, Arama Yönetmeliğine konulması yerinde olmamıştır⁵³.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu konuya dair bir kararında; somut olayda zanlının evinin damında hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, narkotik şube görevlilerince Mayıs 2001 Perşembe günü 11.00 sıralarında, eşinin

⁵² AYDIN, s. 42.

⁵³ AYDIN, s. 47.

rızasıyla, sanığın konutunda, hakim kararı olmadan arama yapılmıştır. Ancak sanığın suçlama ve arama işlemiyle ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hakim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus olmadığını vurgulamıştır⁵⁴.

5. Diğer Yasalardaki Düzenlemeler: Arama müessesesi ulusal düzeyde, Ceza Muhakemesi Kanunu, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal Kanunu ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği ve birçok özel kanunda düzenlenmiştir.

a. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu: Kanunun 2. maddesinin 3. bendi, 09.08.2002 tarihinde 4771 sayılı Kanunla değiştirilen 9. madde ve 20. madde konuya ilişkin düzenlemeleri içerir. Görüldüğü üzere, PVSK sadece henüz bir suç işlenmeden uygulanan önleme aramasına ilişkin değil, aynı zamanda bir suç işlendikten sonra söz konusu olan adli aramaya ilişkin hükümler de getirir⁵⁵.

Bu madde kapsamında arama yapılabilmesi için kural olarak hakim kararı gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği emirle de arama yapılabilir⁵⁶.

b. Sıkıyönetim Kanunu ve Olağanüstü Hal Kanunu: 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 2301 sayılı Kanunla 19.09.1980 de değiştirilen 3. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendiyle sıkıyönetim komutanına geniş yetkiler verilmiştir.

Maddeye göre, sıkıyönetim bölgesi içinde, genel güvenlik ve kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda, sıkıyönetim komutanı, konutlarda, dernek, parti, kulüp gibi

⁵⁴ ÇOLAK / TAŞKIN, s. 518. (YCGK. 2995/144 E. 2005/150 K.)

⁵⁵ ÖZBEK, s. 78.

⁵⁶ ŞAFAK / BIÇAK, s. 176.

kuruluşlara ait binalarda, işyerlerinde ve kişilerin üzerlerinde arama yapmak yetkisine sahiptir (Madde 3).

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 11. maddesinin c bendinde ve 14. maddesinde adı geçen tedbirin İl Valisi veya Bölge Valisinin emriyle gerçekleşeceği öngörülmüştür.

Sıkıyönetim Kanununa ve Olağanüstü Hal Kanununa göre Valiye tanınan bu yetki istisnai olup, önleme araması niteliğindedir. CMK'dan kaynaklanan "adli arama" yetkisi ise sıkıyönetim komutanına ait değildir⁵⁷.

Olağanüstü halin gerekli kıldığı durumlarda, yakalama, tutuklama, arama, elkoyma gibi koruma tedbirlerinin uygulama sınırlarının genişletilebileceği, Anayasa 13 ve 15. maddelerde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 15/1 maddesinde öngörülmektedir. Ancak, Olağanüstü Hal Kanunu ve Sıkıyönetim Kanununda, olağanüstü tedbirlerin uygulanmasını gerektirecek hallerin ve şartların nitelikleri hakkında yeterli açıklık yoktur⁵⁸.

c. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu: 21.03.2007 tarihli ve 5607 sayılı Kanunun 9 vd. maddelerinde arama ve elkoyma konusu düzenlenmiş bulunmaktadır. Kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüpheli edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve elkoymalar, Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca yerine getirilir. Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit

⁵⁷ AKSOY, s. 140.

⁵⁸ ŞEN, Ersa; "İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama", Terazi Hukuk Dergisi, Şubat 2009, Sayı 30, s. 29.

edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur. Gümrük bölgesine, Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girmek, çıkmak veya geçmek yasaktır. Bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçları yetkili memurlar tarafından durdurulur ve kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçları aranır. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal elkonulur.

d. Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu: 2803 sayılı Kanunda açık bir hüküm yok ise de, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Yönetmelik 31 vd. ve 113 vd. maddelerinde jandarmaya arama yapma yetkisi tanınmıştır.

e. Memurin Muhakematı Hakkındaki Kanun: Soruşturmacı 4483 sayılı MMK çerçevesinde yapmakta olduğu bir soruşturmada arama yapılmasına gerek gördüğünde hakimden bir arama kararı almak durumundadır. Çünkü bu kanunda açık bir hüküm yoktur.

f. Türk Ticaret Kanunu: 6762 sayılı Kanununun 1467/2 maddesi gereğince kaptan aramaya yetkili kılınmıştır.

g. Vergi Usul Kanunu: 213 sayılı Kanununun 142-147 maddeleri arasında aramaya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Arama yapabilmek için hakim kararı aranır.

İhbar veya yapılan incelemeler dolayısıyla bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunursa, bu mükellef veya kaçakçılıkla ilgisi görülen şahıslar nezdinde ve bunların üzerinde arama yapılabilir. Bunun için vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların buna lüzum göstermesi ve gerekçeli bir yazıyla arama

kararı vermeye yetkili sulh ceza hakiminden bunu istemesi ve hakim in bu yönde karar vermesi gerekir⁵⁹.

h. İl İdaresi Kanunu: 5442 sayılı Kanuna göre Vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk ve teşkilatının amiridir. Kamu düzen ve güvenliği için vali, arama işlemi dahil gereken tedbirleri alır (İl İdare Kanunu m. 11 ve ek m. 1).

C. Aramaya Maruz Kalacak Kişiler

1. Şüpheli veya Sanık

CMK 116. madde gereğince, şüpheli ve sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa aranabilir. Gerekçeye baktığımızda, suç işlediği sanılan, şerik oldukları veya yataklık ettiği düşünülen kişilerin konutlarında ve adı geçen diğer yerlerde, üstlerinde veya eşyalarında ve suç işlediği sanılan kişinin yakalanması, delil, iz ve emarelerin bulunması ve suçla ilgili eşyanın elde edilmesi için arama yapılabilir denmektedir.

116. maddeye göre arama yapabilmek için CMK 117. maddedeki yoğunluk ve derecedeki şüpheye gerek yoktur⁶⁰. “Makul şüphe” hususu aramanın şartları kısmında incelenmektedir.

116. maddede yakalanma olasılığı veya kanıtları elde edilmesinin umulması yeterli olmasına rağmen 117. maddede aramayı haklı kılacak olayların varlığı gerekmektedir. Örneğin, suçüstü söz konusu olduğunda şüphelinin başka konuta

⁵⁹ ŞAFK/BİÇAK, s. 176.

⁶⁰ MALKOÇ, İsmail, YÜKSEKTEPE, Mert; Ceza Muhakemesi Hukuku, Malkoç Kitapevi, 1. Cilt, Ankara 2008, s. 524.

girmesi veya suç aletini veya başkaca delili başka bir kişinin konutuna atması durumunda, başka bir şart aranmaksızın arama yapılabilir⁶¹.

CMK'nın getirdiği, aranılacak kişinin arama kararında açıkça belirtilmesi zorunluluğu karşısında artık şüphelinin kişi olarak biliniyor olması şarttır. Burada kastedilen isim olarak değil, eşkal olarak bilinmesidir⁶².

Kişinin kusur yeteneğinin olmaması veya dava veya yargılama engelinin bulunması arama işlemine engel değildir⁶³.

2. Şüpheli ve Sanık Dışındaki Kişiler

Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (CMK m. 117/1). Belirtilen hallerde aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. İkinci fıkrada belirtilen “olay” tabiri, delil olarak anlaşılmalı ve arama işleminin yapılabilmesi için, en azından şüpheli veya sanığın ya da suç delillerinin buralarda bulunduğunu gösteren belirtilerin varlığı aranmalıdır. Anılan maddenin 3. fıkrası, “*Bu sınırlama şüpheli veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir.*” hükmünü içermektedir. Söz konusu düzenleme yersizdir. Çünkü şüpheli veya sanığın bir yerde bulunduğu kabul edilebilmesi için yine delil lazımdır. Şüpheli veya sanığın izlendiği sırada bir yere girmesi durumunda ise zaten bu kişinin aranılacak yerde olduğuna dair delil vardır⁶⁴.

⁶¹ ÇİÇEK, İbrahim; Arama, Kazancı Yayınları, İstanbul 2009, s. 57.

⁶² ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 315.

⁶³ ŞAFAK / BIÇAK, s. 165.

⁶⁴ TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin; Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s. 239.

Aramaya maruz kalan kişinin avukatının hazır bulunmasına engel olunamaz. Hatta aramanın amacı tehlikeye düşmeyecekse, kişinin avukatının gelmesi beklenmelidir. Katılabilecek avukat sayısı Kanunda açıkça gösterilmemiştir ama CMK 149/2. maddesindeki "Soruşturma aşamasında, ifade almada en çok üç avukat hazır bulundurulabilir" kuralı buraya da uyarlanabilir. Aramada bulunması gerekenlerin katılması sıhhat şartıdır⁶⁵.

Geceleyin herkesin girip çıkabileceği lokanta, bar, pavyon gibi yerlerle kıraathane ve oyun oynatılan yerlerin aranmasında tanık bulundurulması gerekmez (Arama Yönetmeliği m.30/son-d).

3. Belirli Sıfattaki Kişilerin Aranması

a- Cumhurbaşkanı: Cumhurbaşkanı devletin başı olması nedeniyle sahip olduğu manevi kişiliğin yüceliği, onun arama işlemine konu olmasına engel oluşturacaktır.

b- Diplomatlar: 1961 tarihli "Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi"nin 29. maddesiyle diplomatların aranması engellenmiş bulunmaktadır. Ancak elçiyle çalışan mürebbiye, hizmetçi, garson, kapıcı, uşak, aşçı gibi kişilerin diplomatik dokunulmazlıkları bulunmamaktadır.

c- Milletvekilleri: Milletvekili dokunulmazlığının kapsamı Anayasa 83. maddesinde belirlenmiştir. Milletvekilleri "tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanmaz ve yargılanamaz". Yani milletvekilleri hakkında arama işlemi yapılması mümkündür. Milletvekilinin evi, işyeri, ulaşım aracı aranabilir ancak üstü aranamaz. Bunun sebebi milletvekilinin üstünün aranması için kısa süreli de olsa hürriyetinin sınırlanması gerekeceğidir. Bu da Anayasa m. 83/2'deki "tutma" yasağının ihlali anlamına gelir⁶⁶.

⁶⁵ AKSOY, s. 103.

⁶⁶ FEYZİOĞLU, Metin; "Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler", Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>).

d- Hakim ve Savcılar: Adli arama yapılamayacağı Hakim ve Savcılar Kanununun 88. maddesinde hükme bağlanmıştır. 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesine göre, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hali dışında bu kimselerin üstü veya konutu aranmaz. Aksi uygulamayı yapan memurlar görevi kötüye kullanmış sayılırlar ve haklarında soruşturma 4483 sayılı Kanun'a göre değil, 2802 sayılı Kanun uyarınca genel hükümlere göre yapılır⁶⁷. Ancak, bu düzenleme idari nitelikli önleyici arama işlemi yapılmasına engel değildir.

Danıştay bir kararında, Yüksek Hakimler Kurulundan izin alınmadan evi aranan hakimin açtığı tazminat davasını kabul etmiş ve idareyi, hakimi hakimlik yaptığı ilçede yasalara aykırı muameleye maruz bıraktığı gerekçesiyle manevi tazminat ödemeye mahkum etmiştir⁶⁸.

e- Yüksek Yargı Organlarının Başkan ve Üyeleri: Bu kişiler için adli arama işlemi yapılması Yargıtay Kanunu, Danıştay Kanunu ve Anayasa Mahkemesi Kanunu hükümleri ile engellenmiştir. Ancak önleyici arama yapılabilir.

f- Avukatlar ve Noterler: 2001 yılında Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinde avukatların gerek konutlarının gerek yazıhanelerinin aranmasına ilişkin hüküm konulmuşken, CMK madde 130'da sadece avukatların bürolarından bahsetmektedir. Bu konu avukat bürolarının aranması kısmında detaylandırılacaktır.

Noterler için ise, 1512 sayılı Noterlik Kanunu 153. madde gereği, noterler hakkında soruşturma yapmak Adalet Bakanının iznine tabidir. Soruşturmanın özel bir usule tabi olması arama için de izin alınmasını gerektirip gerektirmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır.

⁶⁷ GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa; Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 411.

⁶⁸ ERCAN, İsmail; "Türk Hukukunda Hakimlerin Aranması", Hakimler- Savcılar Kanunu ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 1050

4. Tüzel Kişiler

Siyasi Partiler Kanunu ve Sendikalar Kanununda aramaya ilişkin özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Sendikalar Kanunu 63. maddesinde, “*Bu kanunda hüküm olmayan hallerde Dernekler Kanunu uygulanır.*” dediği için arama Dernekler Kanunundaki hükümlere göre yapılmalıdır. Dernekler Kanununda kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi sebeplerinden birine bağlı olarak, yetkili kılınan merci tarafından verilmiş karar ya da emir olmadıkça kolluk kuvvetleri dernek ve eklentilerine giremez, arama yapamaz ve eşyalara elkoyamaz⁶⁹. Ancak Dernekler Kanununda adli aramaya ilişkin bir hüküm olmadığından CMK’nın ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir⁷⁰.

D. Aramanın Yapılacağı Zaman

1. Aramanın Gündüz Vakti Yapılması Kuralı

Aramanın gündüz yapılması, aramaya gündüz başlanması ve gündüz bitirilmesi demektir. Ancak gündüz başlayan aramaya gece de devam edilebilir⁷¹.

Arama Yönetmeliği 31. maddeye göre de aramanın amacını tehlikeye sokan acil bir durum yoksa arama gündüz yapılır.

2. Gece Vakti Arama

“Gece vakti” deyimini TCK m. 6/1-e bendi gereğince, güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat önceye kadar devam eden süreyi belirtmektedir.

CMK m. 118/1 gereğince konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamaz. Maddenin 2. fıkrasında ise, birinci fıkranın uygulanmayacağı haller düzenlenmiştir:

⁶⁹ BAL, Ramazan; Soruşturma ve Yazışma Kuralları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 257.

⁷⁰ AYDIN, s. 87.

⁷¹ ŞAHİN, Cumhuriyet; Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 245.

- Suçüstü hali⁷² ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde,
- Yakalandıktan veya gözaltına alındıktan sonra firar eden şüpheli veya sanığın tekrar yakalanması için,
- Firar eden tutuklu veya hükümlünün ele geçirilmesi amacıyla gece vakti arama yapılabilir (CMK m. 108/2).

Yeni CMK gıyabi tutuklamayı kaldırdığından, ancak yüze karşı verilmiş tutuklama kararından sonra firar eden kişi gece aramaya maruz kalabilecektir⁷³.

Eski CMK m. 96/2, yukarıda sayılan üç istisnaya ek olarak gece arama olanakları göstermişti. Ama yeni CMK’da bu düzenlemeler yer almamıştır. Ancak, şimdiki düzenleme kolluğun zaman zaman herkesin girip çıktığı yerlere gece vakti düzenlediği huzur operasyonlarına mani değildir. Çünkü huzur operasyonları, PVSİK hükümleri çerçevesinde⁷⁴ suç işlenmesinin önlenmesi için yapılan genel mahiyetteki bir aramadır, oysa CMK düzenlemeleri ancak bir suç işlendikten sonra uygulanacaktır⁷⁵.

Yargıtay bir kararında sanığın “olay gecesi saat 24.00’ten sonra işçi olarak çalıştığı lokantanın kapılarını kilitlemesi” nedeniyle, lokantanın artık ”genel yer” olmaktan çıktığı sonucuna ulaşmıştır⁷⁶.

Arama konusunda gece-gündüz ayrımı yapılmış olmasına rağmen bayram ve tatil günleri hakkında bir düzenleme getirilmemiştir.

⁷² Tanım için bkz. CMK m. 2/j ve Arama Yönetmeliği 4.

⁷³ ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa/ SIRMA, Özge/ SAYGILAR, Yasemin/ ALAN, Esra; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 439.

⁷⁴ Bkz. PVSİK m. 7 gereğince, gece vakti herkesin girip çıkabileceği umuma açık ve eğlence yerlerinde gece de arama yapılabilir.

⁷⁵ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 594.

⁷⁶ Y. 5. CD. 13.02.1997, 60/393 E., YKD. Nisan 1998, s. 611.

E. Aramanın Yapılacağı Yer

1. Konut, İş Yeri ve Eklentilerinde Yapılan Arama

Konut, etrafı çevrili, üstü örtülü olan ve barınma, gece dinlenmesi ve oturmak amacıyla kullanılan yerlerdir. Geçici veya devamlı olmasının konut sayılmasında bir önemi yoktur. Taşınmaz olma zorunluluğu da yoktur. Apartman katı, bahçeli ev, kulübe, çadır, otel odası, karavan vs. konut kavramı içindedir. Kiler, bodrum, garaj, kömürlük binanın eklentilerinden olmaları durumunda konut kavramı kapsamındadır. İşyeri ise bir kimsenin sanatını icra ettiği yerdir. Firmanın yönetim yeri, deposu, doktor muayenehanesi işyeri örneğidir. Derneklerin yönetim yerleri, müesseseleri, tesisleri ve her çeşit eklentilerinde en büyük mülki amirin emriyle arama yapılabilir. Siyasi parti binaları, sendika ve vakıf binalarında da arama yapılabilir. Avlu, bahçe, ahır, mezarlık, cami gibi diğer sair yerlerde de (konut, işyeri dışında kalan özel mülkiyete ait tüm yerler) arama yapılabilir⁷⁷.

Konut dokunulmazlığı, Anayasanın 21. maddesinde de güvence altına alınmıştır. Federal Almanya Anayasasının 13. maddesinde de konut dokunulmazlığı düzenlenmiş olup, aramaların yargıcın ve gecikmesinde sakınca olan durumlarda yasaların yetkili kıldığı organların kararı üzerine yazılı olarak yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da konut kavramını” devamlı veya geçici olarak, kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerler” olarak tanımlamıştır⁷⁸.

Resmi daireler konut kavramına dahil olmamakla birlikte bunların yanında ya da bitişiğindeki lojmanlar konut niteliğindedir⁷⁹.

⁷⁷ ŞAFAK / BIÇAK, s. 169.

⁷⁸ YCGK. 21.06.1993, 155 E. 184.K.

Bir evin bahçesinde veya bahçesinde bulunan araçta yapılacak aramalarda, kamuya açık olmayan alanlara ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Yola park edilmiş araçların altında yapılan aramalarda kamuya açık, bu aracın içinde ise kamuya kapalı alanlarda yapılan aramalara ilişkin kuralların uygulanması gerekir⁸⁰.

Aranacak yerde bulunan kişilerin özel hayatlarına ve mallarına gereken özen gösterilir. Kasa gibi açılması özellik isteyen eşyalar kolluk tarafından veya masrafları kollukça karşılanmak üzere meslek erbabına açtırılır⁸¹.

2. Üst ve Eşyada Yapılan Arama

Üstte yapılan arama insan onuru ve kişi özgürlüğüne yapılan önemli bir müdahale olduğu için, özellikle polisin bir hakim kararı olmaksızın arama yapabildiği durumlarda mümkün olduğunca keyfilikten uzak ve aramaya hakim olan ilkeleri göz önünde tutarak arama yapılmalıdır⁸².

Üst araması, kıyafetlerin üzerinde yoklama suretiyle yapılır. Ancak, kişinin kanunların izin vermediği bir şeyi taşıdığına dair makul şüphe varsa ve aramanın amacına başka türlü ulaşamıyorsa üst araması, giysiler çıkartılmak suretiyle de yapılabilir (Arama Yönetmeliği m. 28).

Bir konutta arama için hakim kararı varsa, girilen konutta bulunan bütün bireylerin üstlerinin aranması yetkisi doğmaz. Ancak kolaylıkla saklanabilecek veya cebe atılabilecek bir eşya aranıyorsa, konutta bulunan herkesin orayı terk etmemesi gerekir ve üstleri de aranabilir.

⁷⁹ MALKOÇ / YÜKSEKTEPE, s. 524.

⁸⁰ CENTEL/ZAFER, s. 364.

⁸¹ AKSOY, s. 125.

⁸² ÖZBEK, s. 117.

Kişilerin üzerini aramada temel ilke, suç şüphesi altında olanların aranmasının daha esnek ve suç şüphesi altında olmayanların daha katı koşullara bağlanmış oluşudur⁸³.

Üst ve eşya araması, kişinin veya aracın ilk durduğu yerde veya yakınında mümkün olduğunca başkalarının göremeyeceği şekilde yapılır. Başka yere götürülerek arama yapılamaz. Kişi direnirse üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir. Üst aramasında kişinin üstünde veya eşyasında rastlanan kağıt ve zarflar, içinde müsadereye tabi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz, açıksa da okunamaz⁸⁴

Kişinin tükürük, saç-sakal, idrar, mide röntgeninin çekilmesi, kanın alınması ve tahlili gibi işlemler arama işlemi değil vücut muayenesi işlemidir. Üst araması ile vücut muayenesi arasında farklılıklar söz konusudur. Üst aramasında herhangi bir tıbbi müdahale ve araç kullanılmadığı halde, vücut muayenesinde tıbbi müdahale ve bu araçların kullanımı söz konusudur. Üst araması yasayla görevli memurlarca yapılabildiği halde, vücut muayenesi kural olarak doktor ve sağlık memuru tarafından yapılabilir⁸⁵. Bu ihtiyaca cevap verebilmek için” şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması” CMK m. 75’te ayrıca düzenlenmiştir.

Eşya, maddi varlığa sahip olan, delil olabilecek, taşınabilen ve mülkiyete konu olabilen her şeydir. Defter, kaset, evrak, para, banka cüzdanı, CD, DVD eşya kavramı içinde aramanın konusunu oluşturur⁸⁶.

⁸³ YURTCAN, s. 354.

⁸⁴ AKSOY, s. 122.

⁸⁵ ŞAFAK / BIÇAK, s. 165.

⁸⁶ AKSOY, s.63.

3. Çıplak Olarak ve Beden ukurlarında Arama:

Arama Yönetmeliği 22. madde gereğince;

- Kanunların üst aranması yapılmasına olanak verdiği hallerde, çıplak olarak veya beden çukurlarında arama yapılmadan önce, mahrem yerlerde arama yapmanın neden gerekli görüldüğu ve nasıl yapılacağı, o birimde görevli en üst kolluk amiri tarafından ilgiliye bildirilir.
- Çıplak olarak arama, kişinin kanunen izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığından makul ve ciddi şekilde şüpheleniyorsa ve aynı cinsten görevliler tarafından yapılır.

Bu şekilde arama yapmak için, ilgili önce bilgilendirilmeli, ar ve haya duyguları rencide edilmeden, bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilmeli ve kısa bir sürede yapılma hususu gözetilmelidir⁸⁷.

4. Askeri Mahallerde ve Özel Kişiler Tarafından Kendilerine Ait Yerlerde Arama

1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 66 vd. maddelerinde arama koruma tedbir düzenlenmiştir⁸⁸. CMK m. 119/5 gereği askeri mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yerine getirilir.

⁸⁷ AYDIN, s. 66.

⁸⁸ “Madde 67 - Arama esnasında soruşturulan olay ile ilgili olmyan ve fakat kovuşturmayı gerektiren diğer bir eylemin bulunduğunu gösteren maddeler de zaptedilir. Bunlar nezdinde askeri mahkeme bulunan kıta komutanı veya askeri kurum amirine veyahut yetkili Cumhuriyet savcısına evrakı ile birlikte gönderilir. Bu takdirde 95 inci madde hükmü uygulanır. Madde 68 - Bu kanunda aksi yazılı olmadıkça, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun arama ve zapt hakkındaki hükümleri askeri mahkemelerde de uygulanır.”

04.11.1961 tarih ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu madde 12' de tarif edilen, kışla, taktik birlik, idari birlik, karargah ve askeri kurumlar ile aynı Kanununun 51. maddesindeki kışla ve benzeri yerler bu nitelikleri bakımından askeri mahallerdir. Ayrıca “orduevi, askeri gazino ve kışla gazinoları” da askeri mahallerdir⁸⁹.

Askeri Yargıtay içtihatlarına göre; askerlerin eğitim ve barınma amacıyla kullandıkları ve etrafı çevrilerek sınırlandırılmış alanlar askeri mahaldir. Buna göre askeri lojmanlar, kışla içindeyse askeri mahaldir ama kışla dışındaysa askeri mahal sayılmaz⁹⁰.

Askeri bölgeler, askeri hizmete tahsis edilen bina ve tesisler, savaş gemileri ve askeri araçlar askeri mahal olarak kabul edilmektedir. Arama faaliyeti askeri personel tarafından, Cumhuriyet savcısının denetiminde yapılır⁹¹.

Askeri mahalde arama yapılacaksa, Cumhuriyet savcısı o askeri yerin yetkilisinden arama ve olay yeri incelemesi talep eder ve de aramada bizzat hazır bulunur. Talebin yapıldığı makam cevap vermez ya da talebi haksız olarak geri çevirirse haklarında soruşturma yapılması icap eder⁹².

5. Ceza İnfaz Kurumlarında Arama

Ceza infaz kurumlarında tutuklu ve hükümlülerin hak ve özgürlükleri kısıtlanmıştır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanununun 33, 35, 36. maddelerinde aramanın yapılacağı ifade edilmiştir. Ancak, mahpusların üzerlerinde ve kaldıkları odalarda yapılacak aramalar dışında, kuruma alınırken

⁸⁹ MALKOÇ/YÜKSEKTEPE, s. 596.

⁹⁰ ÇİÇEK, s. 66.

⁹¹ AKSOY, s. 137.

⁹² AYDIN, s. 76.

yapılan aramalar, kuruma giren tüm görevli ve ziyaretçilerin üstünün aranması hakim kararına gerek olmayan önleme aramalarıdır⁹³.

6. Nezarethanelerde Yapılan Arama

Nezarethanelerde yapılacak aramalar için, 01.10.1999 tarih ve 23480 sayılı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği hükümleri saklıdır. Bu Yönetmeliğin 8. maddesi kişinin nezarethaneye konulmadan önce çok iyi bir şekilde aranacağını, kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelere arındırılacağını ve üzerlerinden çıkan eşya ve paraların muhafaza altına alınacağını hükme bağlamıştır.

Bu arama türü, ”yakalama” tedbiri kapsamında gerçekleştirilen bir işlem olduğundan, herhangi bir karar veya emre gerek olmaksızın kolluk memurlarınca resen yapılır.

Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği m. 8/c “Gözaltına alınan kişinin nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında” arama emri veya kararına gerek olmadığını öngörmektedir. Yakalama ve Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği 10/a maddesi de “ *Nezarethaneye veya zorunlu hallerde bu amaca tahsis edilen yerlere konulmadan önce usulince aranır. Kadının üst ve vücudunun aranması bir kadın görevli veya bu amaçla görevlendirilecek diğer bir kadın tarafından yapılır*” demekle, Kanunla öngörölmüş teminatları ortadan kaldırmaktadır. Aslında burada vücudun aranması derken bir dış beden muayenesi de kastedilmektedir. Dolayısıyla aramanın ölçülölülüğü bir arama kararı veya emriyle mümkün olabilir. Bir kişinin yakalama anındaki kaba üst araması CMK m. 90/4 gereği kollukça karar ve emir almadan yapılmaktadır. Aynı kişinin gözaltına

⁹³ AKSOY, s. 135.

alınmasına karar verildiğinde nezarethaneye konması esnasındaki arama da 8/c bendine göre emirsiz ve kararsız olacağından aramayla ilgili hiçbir hüküm kanuni ve anayasal düzenlemeler uygulanmadan yakalama ve gözaltı sürecinin sona ermesi hukuk güvenliğini ihlal eder niteliktedir⁹⁴.

7. Özel Güvenlik Görevlilerinin Araması

ÖGHK m. 7 gereği özel güvenlik görevlilerinin bazı yetkileri vardır. Kişileri duyarlı kapıdan geçirme, üstlerini dedektörle kontrol etme, eşyaları x-ray cihazından geçirmek, bazı yerlere girerken kimlik sorma ve tabii afet gibi durumlarda işyeri ve konutlara girmek gibi. Toplu ulaşım tesislerinde de özel güvenlik görevlileri benzer güvenlik kontrolü yapma yetkileri haizdir⁹⁵. Buradaki arama işlemi de genel olarak önleme araması niteliğindedir.

8. Avukat Bürolarında Arama ve Elkoyma

130. madde yeni yasanın özel olarak düzenlediği bir konudur.

Avukat büroları ancak mahkeme kararıyla ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı ve onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. Arama sonucu elkonmasına karar verilen şeyler için, bunların avukat ve müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu söylendiğinde mühürlenir. Bu konuda gerekli kararı verecek merci soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde hakim veya mahkemedir. Elkonulan şeyin mesleki ilişkiye ait olduğu saptanırsa derhal avukata iade edilir. Bu fıkroda öngörülen kararlar yirmidört saat içinde verilir⁹⁶.

⁹⁴ KARAKAYA, s. 56.

⁹⁵ ŞAFAK/BIÇAK, s. 183.

⁹⁶ YURTCAN, s. 353.

Avukat bürolarının aranmasında bulunması gereken Baro başkanı, kanunda belirtilmemekle birlikte, avukatın levhasına kayıtlı olduğu Baro başkanı olmayıp, arama işleminin yapılacağı yerin bağlı bulunduğu Baronun başkanıdır⁹⁷.

Avukatların adi suçlarından dolayı şüpheli olarak ya da üçüncü şahıs olarak konutlarının ve üstlerinin aranması özel kurallara bağlanmamıştır⁹⁸.

Aramaya konu olacak yer, avukatın konutu ise AK. 58. madde uygulanır ve 58. madde, avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan bahsetmekteyken CMK 130. madde de böyle bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre, avukatın görevinden doğan bir suçtan dolayı konutunda arama yapılacaksa AK. m. 58, bürosu aranacaksa CMK m. 130 uygulanacaktır. Eğer avukatın suçu kişisel bir suçsa, bürosunun aranması için CMK 130, konutunun aranması ise genel hükümlere tabi tutulacaktır⁹⁹.

2004/3869 E, 2005/554 K. sayılı davada, avukat olan davacının üzerinin ve çantasının aranmasından dolayı manevi tazminat istemli davada tazminat ödemeye mahkum edilen idarenin Ankara Bölge İdare Mahkemesine itirazı incelenmiştir. Olayda izinli yürüyüş alanı olarak belirlenen alan içinde geçmek isteyen davacının üzerinin aranmasının önleme araması olduğunu, davacının olay esnasında adli bir görev yapmadığını ve kendisine avukatlık veya diğer bir görevden dolayı bir suç isnat edilmediğini ve 1136 sayılı Yasanın 58. maddesine aykırılığın söz konusu olmadığını ve idarenin de hizmet kusurunun olmaması sebebiyle manevi tazminat isteminin reddi gerektiğini Bölge İdare Mahkemesi karara bağlamıştır¹⁰⁰.

⁹⁷ AYDIN, Murat; "Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 3, Sayı 8, Aralık 2008, s. 118.

⁹⁸ CENTEL/ZAFER, s. 368.

⁹⁹ AYDIN, s. 81.

¹⁰⁰ ÇİÇEK, s. 102.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Roemen-Schmit / Lüksemburg* davasında, gazetecinin bir bakanın yolsuzluk iddiasını gazetesinde yayınlaması sonrası, gazeteci, avukatının bürosunda arama yapıldığı ve “Bilgi için gizli olarak iletildi.” notunu taşıyan mektubuna elkonduğu için iptal başvurusunda bulunmuştur. Avukat, bürosunda arama yapılarak konutuna saygı gösterilmesi hakkına el atıldığını, mektuba elkoyma işleminin ise avukat ile müvekkili arasındaki haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının çiğnediğini öne sürmüştür. Mahkeme de kararında, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹⁰¹.

IV. ARAMA KARARININ YERİNE GETİRİLMESİ

A. Hakim-Savcı Tarafından Yapılan Arama

119. maddenin başlığı “Arama Kararı ve İcrası” olmalıydı. Çünkü maddede aramanın yerine getirilmesine dair de düzenlemeler bulunmaktadır¹⁰².

Hakim kararında ve savcı tarafından verilen arama emrinde CMK m.119/2 gereği;

- Aramanın nedenini oluşturan fiil,
- Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,
- Karar ve emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilir.

Arama Yönetmeliği bunlara ek olarak “Aranılacak eşyanın elde edilmesi halinde elkonulup konulamayacağını” da açıkça gösterileceğine ifade eder. Ancak

¹⁰¹ ÇİÇEK, s. 71.

¹⁰² ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 330.

Yönetmeliğin bu hükmü Anayasa ve yasaya aykırıdır. Şöyle ki bu şekilde olursa arama kararı elkoyma kararını da içerir hale gelmiş olur¹⁰³.

Yakalama veya ihzar müzekkeresi ya da elkoyma kararı varsa, artık arama kararına gerek olmadığını ifade eden görüşler mevcuttur. Gerekçeleri ise, yakalama ve tutuklamanın daha yoğun bir şüpheyi gerektirmesidir.

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama emrinin sonradan hakim onayına sunulmasına gerek yoktur. Çünkü kanunda buna ilişkin bir düzenleme yoktur. Ama elkoyma emri savcı tarafından verilmişse Cumhuriyet savcısının yazılı emri yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar, aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar. Yani arama bir elkoyma ile sonuçlanmamışsa artık hakim tarafından denetlenmesi mümkün olmayacaktır. Bu yüzden bu düzenlemenin Anayasaya aykırılığının gözden geçirilmesi gerekir¹⁰⁴.

Arama kararı üç nüsha olarak düzenlenmelidir. Bir nüsha arama işlemine maruz kalan kişiye verilmeli, asıl nüsha arama işlemi icra edildikten sonra kararı veren makama gitmeli ve bir nüsha da poliste kalmalıdır¹⁰⁵.

B. Kolluk Tarafından Yapılan Arama

Kolluk, Arama Yönetmeliğinde “jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlileri” olarak tanımlanmıştır.

Kolluk, arama kararı almaya ihtiyaç duyduğu durumlarda bir rapor hazırlamalı, bu raporda makul şüpheyi açıklayan bilgi ve şüphe sebebi açıklanmalıdır. Aranılan şey bildirilmeli ve müsadere tabi bir eşya aranıyorsa ayrıca açıklanmalıdır. Kolluk, arama talep etmek için kendiliğinden hakime başvurmamalı,

¹⁰³ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 332.

¹⁰⁴ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 337.

¹⁰⁵ ŞAFAK/BIÇAK, s. 170.

önce Cumhuriyet savcılığına başvurmalıdır. Savcı ise durumu takdir ettikten sonra, gecikmede tehlike varsa kendi arama kararı verir, yoksa hakimden karar almak için sulh ceza hakimine başvurur¹⁰⁶.

Savcı hazır olmaksızın kolluk tarafından konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde yapılan aramada o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur (CMK m. 119/4).

Arama sırasında birden fazla memur hazır buluyorsa, memurlardan birinin arama kararının bulunduğunu söyleyerek eve girdikten sonra diğer memurların da içeri girmek için arama kararı bulunduğunu ifade etmelerine gerek yoktur. Kolluk memurları aramanın icrası sırasında kendilerini korumak amacıyla silah taşıyabilir ve eşyanın konuttan uzaklaştırılmaması için her türlü tedbiri de alabilir.

Nitekim, Amerikan Yüksek Mahkemesi, yeterli bilgi vermeme veya hile yoluna başvurarak kapının arkasından alçak sesle polis olduğunu bildirdikten sonra eve zorla girme durumlarının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir¹⁰⁷.

Arama kamusal bir faaliyet olduğu için kural olarak vatandaşın arama ve elkoyma yetkisi bulunmamaktadır.

Jandarma tarafından aramayı gerektiren nedenler ortaya çıkmışsa, karar alınması için Cumhuriyet savcılığına başvurulur. İlgili mahkeme ya da yargıçlık makamının bir defaya mahsus olmak üzere vereceği arama kararı üzerine kişilerin üstünde, konut ve işyerleriyle kapalı yerlerde yapılacak aramalara gündüz başlanması gerekir¹⁰⁸.

¹⁰⁶ YENİSEY, “Yeni Arama Hukukumuz”, s. 8.

¹⁰⁷ GÜLŞEN, Recep; “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/139.doc

¹⁰⁸ MALKOÇ/YÜKSEKTEPE, s. 534.

Arama kararı ile aranan bir yerin yeniden aranması gerektiğinde ikinci defa arama kararı alınması ya da diğer yasal şartların oluşması gerekir (Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 114).

Yargıtay Ceza Dairesi bir kararında, bir şahsın evinin altında kaçak orman emvali bulunduğu dair ihbar üzerine, orman işletme şefliğince sulh ceza mahkemesinden arama kararı talep edilmiş, ancak mahkeme orman suçlarında mahkemeden izin almaksızın arama yapılabileceğini söyleyerek talebi reddetmiştir. Arama Yönetmeliğine göre orman muhafaza memurları kolluk sayılmamakta, amiri de kolluk amiri sayılmamaktadır. Bu durumda orman muhafaza memurunun emriyle arama yapılamayacağından bahisle ağır ceza mahkemesine yapılan itirazın reddi kararının bozulmasına karar verilmiştir¹⁰⁹.

C. Aramada Hazır Bulunabilecek Kişiler

Arama kararını veren hakim veya Cumhuriyet savcısının hazır bulunmaları kural olarak şart değildir. CMK madde 130 uyarınca avukat bürolarının aranmasında Cumhuriyet savcısının hazır bulunması zorunludur. CMK'nın konuyla ilgili 120. maddesinin 1. fıkrasında, arama yapılacak yerin sahibinin veya eşyanın zilyedinin hazır bulunmaması durumunda arama tanıklarının hazır bulundurulmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. CMK madde 119/4 gereği, konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için savcının hazır bulunması bir zorunluluk olarak düzenlenmemiştir, savcı hazır bulunmazsa arama yapabilmek için ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulunması gereklidir. Aramada hakim veya savcı hazır bulunuyorsa, CMK madde 169/1 gereği, zabıt katibinin de hazır bulunması zorunludur¹¹⁰.

¹⁰⁹ Y. 3. CD. 25.09.2006, 9884/6845, MALKOÇ/YÜKSEKTEPE, s. 585.

¹¹⁰ AYDIN, s. 53.

“Arama tanığı” ifadesi 120/1 maddede aranılacak yerin veya eşyanın zilyedinin temsilcisi, ayırt etme gücüne sahip hısımlardan biri, birlikte oturmakta olan kişi, komşusu şeklinde ifade edilir. Arama tanıklarının bulundurulması, kişiler için güvence olduğu gibi kolluk için de iddialara karşı güvence oluşturur. Bu nedenle arama tanığı, kolluk görevlilerinden seçilemez. Arama tanığı olabilecek kişiler hazır bulunmak istemezse kolluğun bu kişileri aramada hazır bulunmaları konusunda zor kullanma yetkisi vardır. Hiç kimse arama tanığı olmak istemezse, kolluk görevlileri bir kişiyi isteğine bakılmaksızın arama yerinde hazır bulundurabilir.

Arama yapılırken 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 (CMK m. 120/1). 3. fıkraya göre arama sırasında kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz. Ancak aramaya başlanması için avukatın gelmesinin beklenmesi şart değildir¹¹¹.

Yerin sahibi veya eşyanın zilyedi orada bulunmakla birlikte aramaya katılamazlar ya da çıkıp giderlerse diğer kişilerin onların yerine hazır bulundurulmalarına gerek yoktur¹¹².

CMK madde 119/4 ile CMK madde 120/1 maddesi farklı iki durumu düzenlemektedirler. Buna göre arama amacıyla bir eve gidildiğinde¹¹³;

- Arama sırasında Cumhuriyet savcısı ve arama yapılacak evin sahibi hazır ise, arama tanığı bulundurmaya gerek yoktur. Evin sahibi isterse avukatını hazır bulundurabilir.

¹¹¹ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 240.

¹¹² ÇİÇEK, s. 65.

¹¹³ AYDIN, s. 56.

- Arama sırasında savcı hazır ama evin sahibi hazır değilse, CMK m. 120/1 gereği arama tanıklarından birinin hazır bulunması gerekli ve yeterlidir.
- Arama sırasında savcı hazır değil, evin sahibi hazırsa CMK m. 119/4 gereği o yerin ihtiyar heyetinden veya arama yapılacak yerin komşularından iki kişinin hazır bulundurulması gerekir.
- Arama sırasında hem savcı hem ev sahibi hazır değilse, o yerin ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulunması CMK m. 120/4'teki koşulu da sağlamış olacağından yerinde olur.

CMK m. 119 ve 120'de bahsedilen kişiler arasında müşteki, temsilcisi veya vekili olmadığından, bu kişilerin şüpheliye ait kapalı yerlerde yapılan aramalara fiilen iştiraki mümkün olmamaktadır. Müşteki ve vekilinin katılımına şüphelinin rızası olsa dahi, bu aramalar sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır. Şüphelinin rızası haricinde eve veya işyerine giren müşteki ve temsilcisi ise konut dokunulmazlığını ihlal suçuyla karşı karşıya kalacaktır¹¹⁴.

Uygulamada şöyle bir sıkıntı ortaya çıkabilmektedir: Arama işlemi gerçekleştirilmeye gelen görevliler eş zamanlı olarak örneğin bir konutun farklı odalarında arama yaptıklarından dolayı, aramaya maruz kalan şahsın, yapılan işlemlerin tümünü takip etmesi imkan dahilinde olmamaktadır. Bunun çözümü ya arama işleminin aramaya maruz kalanın takip edebileceği şekilde yapılması ya da varsa aramada bulunabilen avukat sayısının artırılmasıdır.

¹¹⁴ ŞEN, Ersan, “ Mağdur, Müşteki Hakları ile Bu Kişiler Ve Vekillerinin Aramalara Katılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2010, Sayı 44, s. 97.

Ayrıca aramaya maruz kalan kişi hakkında aynı zamanda yakalama tedbirinin uygulanmasına yönelik karar varsa arama işlemi tamamlandıktan sonra yakalamasının yapılarak götürülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

D. Aramaya Maruz Kalacak Kişiyile İletişime Geçilmesi ve Kişiyile Bilgi Verilmesi

Bilgi verme aramanın hangi suçtan, kime karşı başvurulduğu gibi konularda ilgiliyi aydınlatma amacını taşır. Ancak öncelikle kolluk, kimliğine ilişkin bilgi vermelidir (PVSK. 17/2). Yine CMK m. 120/2 gereği şüpheli veya sanık dışındaki kişilere ait yerlerin aranmasında, bu kişiyile aramanın amacı hakkında bilgi verilir.

Kural olarak aramaya başlanmadan aramaya maruz kalacak kişiyile iletişime geçilmelidir. Ancak bu durum tehlike oluşturacaksa, doğrudan zor kullanarak arama yapılacak yere girip arama başlatılabilir. İlerde müsaderesi gereken veya delil olabilecek bir eşyanın alınması söz konusuysa, eşyaya elkonulabileceği anlatılıp, bu işlemlerin yapıldığı tutanağa geçmelidir¹¹⁵.

Şu hallerde iletişim kurmadan arama kararı amacıyla kapalı yerlere ve eklentilerine girilir¹¹⁶:

- Arama yapılacak yerin konut veya yerleşim yeri olarak kullanılmadığının bilinmesi
- Arama esnasında bu yerlerde kimsenin olmadığını anlaşılması
- Bu yerlerde oturma veya izin vermeye yetkili kişinin önceden bilgilendirilmesinin, delil karartılmasına yol açacak olması durumlarıdır.

¹¹⁵ AYDIN, s. 64.

¹¹⁶ MALKOÇ/YÜKSEKTEPE, s. 540.

E. Aramada Zor Kullanma Yetkisi

Zor kullanma yetkisi, hukuk devleti ilkesi, oranlilik ilkesi, aşırılık yasağı ve dürüst işlem ilkesi göz önüne alınarak uygulanmalıdır.

Arama için gelinen konutta kapı çalınınca, kapı açılmazsa veya içerden sesler geldiği halde cevap verilmezse, kolluk memurları kendilerinin kolluk olduğunu bildirecek ve arama kararı bulunduğunu söyleyeceklerdir. Kolluk kendini tanıttıktan ve arama amacını bildirdikten sonra içeriye kabul edilmemesi durumunda zor kullanma yetkisi doğar. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, arama öncesinde hakimın verdiği arama kararının gösterilmesi, okunması veya bir suretinin verilmesinin gerekmediğidir, mevcut bulunduğunun söylenmesi yeterlidir¹¹⁷.

Olay yerinde¹¹⁸ görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisi, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı olarak davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder (CMK m. 168). Söz konusu zor kullanma, adli kolluk görevlilerinin gerektirdiği ölçünün ötesinde kuvvet kullanma şekline dönüşürse, bu halde kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir (TCK m. 256). TCK m. 265'e göre de, kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır¹¹⁹.

¹¹⁷ YENİSEY; "Yeni Arama Hukukumuz", s. 8.

¹¹⁸ Olay yeri inceleme ile arama tedbiri arasındaki ilişki: Arama Yönetmeliği m. 9/1 e göre olay yeri inceleme, suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemidir. Olay yeri incelemenin arama hükümlerine tabi olup olmayacağı olayın geçtiği yere bağlıdır. Yönetmelik olay yeri incelemesi bakımından kamuya açık alanlarla bu yerler dışındaki olay yeri inceleme işlemleri arasında fark yaratmış, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılması için bir karar ya da emir gerekmediğini ifade etmiştir. Bu yerler dışındaki olay yeri incelemeleri için CMK'daki arama hükümleri geçerlidir.

¹¹⁹ SAYGILAR, s. 641.

Arama işleminin kamera ile kayıt altına alınması olası iftiralara karşı görevlilerin kendini savunması açısından yararlı bir yöntemdir. Ancak kayıt altına alma, arama tutanağı ya da belgesinde belirtilmek zorundadır.

F. Aramanın İnzibatı ve Aramaya Maruz Kalacak Kişiyeye Verilecek Belge

Aranan belge ve eşyaların arama sırasında belli bir sistem ve düzenle aranması lüzumu, arama tekniğindeki karmaşanın önlenmesinin yolu olacağından ve kargaşada aranan delillerin gözden kaçırılabilme riski bulunduğundan belli bir düzende aramanın yapılması şartı bulunmaktadır.

Arama sonunda aramaya maruz kalan kişiyeye, aramanın CMK 116 ve 117. maddelere uygun arama yapıldığını, arama şüpheli veya sanıkla ilgiliyse soruşturma ve kovuşturma konusu fiilin mahiyetini gösteren bir belge verilir. Aynı şekilde 121. madde gereği elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheliyi haklı kılan bir şey elde edilememişse bunu belirten belge verilir. Bu belgede, elkonulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialara da yer verilir. Söz konusu eşyanın tam bir defteri yapılarak, resmi mühürle mühürlenir.

Arama işlemi sonunda, hakim kararının adliyeye geri dönmesi gereklidir. Hakime iade edilen karara, arama tutanağı ve elkonmuş olan eşyanın listesi eklenir. Anayasa 21. maddedeki sürelerle uyularak işlem sonlandırılır.

Aramaya maruz kalan kişinin belge ve kağıtlarını inceleme yetkisi hakim veya Cumhuriyet savcısına aittir. Diğer kimseler ancak zilyedinin rızasıyla kağıtları inceleyebilir¹²⁰. 2. fıkraya göre belgelerin zilyedi veya temsilcisi de kendi mührünü koyabilir. İlerde mührün kaldırılmasına ve incelemeye geçilmesine karar verildiğinde

¹²⁰ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 241.

hazır bulunmak üzere, zilyet veya temsilcisi ya da avukatı çağrılır. Çağrıya uyulmazsa bu kişiler beklenmeksizin inceleme yapılır.

İnceleme, belge ve mektupların delil olma ya da müsadere edilebilme özelliğine sahip olup olmadıklarını anlamak için içeriğinin belirlenmesidir. Bunların mutlaka suçla ilgisi olması gerekmez, örneğin imza incelemesi için suçla ilgisi olmayan belgelere de elkonulabilir. Kişiyeye ait mektup, fotoğraf, CD, DVD kişiyeye özel yazılı belgelerdir. Gazete ve kitap, resmi makamlardan alınan belgeler bu kapsama girmez¹²¹.

CMK m. 130 gereğince arama yapılan yer avukat bürosu ise, buradaki belge ve kayıtları inceleme yetkisi sadece hakime tanınmıştır. Ele alınan belge ve kağıtları inceleme yetkisi hakim ve savcıya tanındığına göre kolluk görevlilerinin bu belgeleri önemli-önemsiz olarak ayırmak için bile inceleme yetkisi yoktur. Bunun kanunda hiçbir istisnası bulunmamaktadır. Ancak Yönetmeliğin 16/2 maddesinde kolluğun belgelere, suçla ilgisi olup olmadığını tespit amacıyla incelemeksizin bakabileceğinden bahsedilmesi hukuka aykırıdır.

Bu inceleme neticesinde, soruşturma ve kovuşturma konusu suçla ilişkin olmadığı anlaşılan belgeler ilgisine geri verilir (CMK m. 122/3).

V. DEVLET SIRRI İÇEREN BELGELERİN İNCELENMESİ

Bir diğer konu Devlet sırrı içeren belgelerin mahkemece incelenmesidir. Devlet sırrının tanımı CMK m. 47'de yapılmıştır: *"...Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal*

¹²¹ AKSOY, s. 130.

düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır.”

Güvenlik kuvvetleri tarafından kullanılan, teknik donanımlara ya da askeri bakımdan önem arz eden üretim tesislerine ilişkin bilgiler de devlet sırrı niteliği taşır¹²².

1412 sayılı CMUK'ta belgenin devlet sırrı olup olmadığına karar veren kişi belgenin bulunduğu dairenin amiriydi, eğer beyanı yeterli görülmezse o dairenin bağlı olduğu bakanlık konuyla ilgili karar vermekteydi. Devlet sırrı olmasının ölçütü ise “memleket selameti” idi. 5271 sayılı CMK ile daha sağlıklı bir çözüm getirilmiştir.

CMK 125. madde uyarınca bu tür belgeler mahkemeye karşı gizli tutulamaz ve ancak mahkeme hakimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan bilgilerden ancak yüklenen suçta açıklığa kavuşturabilecek nitelikteki bilgiler hakim tarafından tutanağa kaydettirilir. Bu madde hükümlerinin uygulanabilmesi için kovuşturma konusu suçun hapis cezasının alt sınırının beş yıl ve daha fazla olması gereklidir.

İddianameyle açılan kamu davasına karşı eylem için öngörülen hapis cezasının alt sınırı 5 yıldan az olmakla beraber sanığa duruşmada ön savunma hakkı verilerek suçun vasfının değiştirilmesi neticesinde belirlenen eylemin alt sınırının 5 yıl veya daha fazla olması halinde de mahkemeye karşı belgelerin gizli tutulması mümkün olmayacaktır. Çünkü yapılan yargılama sonucunda ek savunmaya konu eylem nedeniyle de hüküm kurulması olasılığı vardır ve devlet sırrı niteliğindeki belgenin incelenmesi gerekli olacaktır¹²³.

¹²² YERDELEN, Erdal; Soruşturma ve Koruma Tedbirleri, Adil Yayınevi, 2006, s. 107.

¹²³ MALKOÇ/YÜKSEKTEPE, s. 606.

Mahkeme tarafından kovuşturma konusu suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte görülen belgelerin içeriğiyle ilgili olarak, hükümde açıklamaya yer verilmesi gerekir. Ancak bu şekilde savunma hakkının kullanılabilmesine kanun yoluna başvurma evresinde imkan sağlanmış olacaktır¹²⁴.

Kanun koyucu, Devlet sırrı içeren belgelerin mahkemede nasıl delil olarak tartışılacağını, diğer delillerinin tartışma yönteminden farklı düzenlemiştir. Bu belgeler açık duruşmada okunarak iddia ve savunmanın tartışmasına açılmaz. Hakim tarafından tutanağa geçirilen bilgiler taraflara okunarak tartışılabilir¹²⁵.

Soruşturma aşamasında savcının veya kolluğun bu tür belgeleri inceleme yetkisi yoktur ancak, yargılama aşamasında hakimle beraber savcının da bu belgeleri incelemesi söz konusu olabilir mi? Mevcut düzenlemede sadece mahkeme heyetindeki hakimler ve tek hakimli mahkemede o mahkeme hakimi incelemeye yetkilidir¹²⁶.

Mahkeme heyeti Devlet sırrı içeren belgelerde takdirine göre bazı kısımları delil değeri olmadığı gerekçesiyle çıkarabilmekteyken, bunların delil değerinin olup olmadığı üst mahkemede nasıl denetlenecektir, tutanağa geçirmede eksikliklerin olup olmadığının denetimi nasıl yapılacaktır?

Taraflara kapalı bir yargılamaya müsaade eden ve bu sebeple savunma hakkının ihlaline yol açan bu düzenleme, Anayasa ve AİHS m. 6 kapsamında adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eder¹²⁷.

¹²⁴ YILMAZ, Zekeriya; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 75.

¹²⁵ CENTEL/ZAFER, s. 374.

¹²⁶ MALKOÇ/YÜKSEKTEPE, s. 607.

¹²⁷ FEYZİOĞLU, Metin; "Ceza Muhakemesi Kanunu Uyarınca Devlet Sırrı İçeren Beyanların ve Belgelerin Mahkemeye Sunulması", Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, İstanbul 2010, s. 890.

Kanun, mahkeme başkan veya heyetinin incelemesinden söz ettiğine göre, davanın tarafları, savcı, sanık, müdafii, duruşmayı izleyenler ve basın belgelerin içeriğinin tümüne vakıf olamayacaktır¹²⁸.

Belgelerin içeriğinin mahkeme huzurunda tartışılmaması insan hakları sözleşmesine aykırı olarak savunma hakkının sınırlandırılması sayılabilir¹²⁹

Bu düzenleme, bir hukuk devletinde devletin suçla ilgili bir sırrının olamayacağını öngörmektedir. Sadece belli ağırlıktaki suçlarda bu düzenleme kabul edilerek oranlılık ilkesi de sağlanmak istenmiş olabilir.

VI. ARAMANIN SONA ERMESİ

Arama, amaçlarının gerçekleşmesiyle sona erer. Arama sonunda bir tutanak tutulur ve tutanakta işlemi yapanların açık kimliği yazılır (CMK m. 119/3). Ayrıca aramada hazır bulunanların isimleri ve aramanın sonuçları da yazılmalıdır¹³⁰. Durumu çeşitli ihtimallere göre değerlendirmemiz gerekir;

- ❖ Arama sonucu hiçbir delil bulunamamışsa arama doğal olarak sona erer.
- ❖ Başka suça ilişkin tesadüfi deliller bulunabilir. İnceleme neticesinde delillerin soruşturma ve kovuşturma konusu suça ilişkin olmadığı anlaşılırsa ilgisine iade edilir (CMK m. 122/3). Ancak arama ve elkoyma sonrasında bulunan bir delil başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek nitelikte bir delilse kolluk görevlilerince muhafaza altına alınır ya da elkonulur ve durum Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilir (138/1). Yönetmeliğin 10. maddesinde de kapsam dışı elde edilen bulgulara dair hüküm bulunmaktadır.

¹²⁸ YENİSEY; Feridun; "Arama ve Elkoyma, Önleme Aramaları ve Uygulamadaki Sorunlar", TCK, CMK, Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliği, Ankara 2006, s. 24.

¹²⁹ SOYASLAN, Doğan; Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 282.

¹³⁰ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 240.

Usulüne uygun yapılan aramada, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya emirde konu edilmeyen ya da soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu delil koruma altına alınarak savcılığında elkoymak için yazılı emir istenir.

- ❖ Arama sonucu o suça ilişkin deliller bulunursa delillere elkonur. Elkoyma safhası ikinci bölümde detaylandırılacaktır.

Arama sonucunda bir tutanak düzenlenir ve katılanlarca imzalanır. İmza atmak istemeyen olursa bu husus da tutanağa yazılır. Yönetmeliğin 11. maddesi gereği tutanakta; arama kararının tarihi, sırası, yetki veren merci, yer, zaman, aramanın konusu, arananın kimlik bilgileri, aramanın sonuçları, araçta yapılmışsa araç bilgileri, elkonulan eşyaya ilişkin bilgiler, yakalanan kişi varsa kimlik bilgileri, arama sonucu zarar meydana gelip gelmediği, arama işlemi yapanların ad, soyad, sicil ve unvanı yazılır. Kaçakçılık suçlarına ilişkin tutanaklar Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa, orman suçlarıyla ilgili tutanak ise Orman Kanunu hükümlerine göre düzenlenir. Aramaya konu olacak yer, avukatın konutu ise Avukatlık Kanunu 58. madde uygulanır ve 58. maddede avukatların görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan bahsetmekteyken CMK 130. maddede böyle bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre, avukatın görevinden doğan bir suçtan dolayı konutunda arama yapılacaksa AK. m. 58, bürosu aranacaksa CMK m. 130 uygulanacaktır. Eğer avukatın suçu kişisel bir suçsa, bürosunun aranması için CMK m. 130, konutunun aranması için genel hükümlere tabi tutulacaktır¹³¹.

¹³¹ AYDIN, s. 88.

Her kolluk biriminde Arama Yönetmeliği hükümleri uyarınca bir defter tutulur. Bu defter, adli ve idari soruşturmalar, ilgilinin taleplerinin karşılanması ve istatistiki çalışmalar dışında kullanılamaz. Yedeklemek suretiyle bilgisayar ortamında da tutulabilir¹³².

VII. ARAMA İŞLEMİNİN DENETİMİ

Denetlemeler, bir arama işlemi değildir ama uygulanışı aramaya benzediğinden Arama Yönetmeliğinde düzenlenirler. Denetleme yapılan işlemin kurallara uygunluğunun tespiti amacıyla yapılır. Denetleme yapılacağı zaman ayrıca bir arama kararı veya emrine gerek yoktur. Yönetmeliğin 18. maddesinde denetleme yapılacak yerler sayılmaktadır. Denetleme yapılacak yerde suç şüphesiyle hareket ediliyorsa yapılan işlem adli arama koşullarına tabidir. Konut, yerleşim yeri ve eklentilerinde denetleme yapılamaz. Ancak işyerinin denetimi mümkündür¹³³.

Arama işleminin denetimi konusunda ise, hakim tarafından verilen arama kararının hukuka uygun olup olmadığını tespiti bu karara karşı yapılacak itirazla tespit edilir. CMK m. 268 gereği, ilgili bu kararı öğrenmesinden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie yapacağı yazılı veya tutanağa geçirmek şartıyla sözlü başvuru ile itirazda bulunabilir. Hakim itirazı yerinde görürse kabul edip verilen kararı kaldırır. Yerinde görmezse m. 268/3 gereği evrakı belirtilen mercie gönderir ve aramanın yargısal denetimi yapılmış olur. Ancak uygulamada buna pek rastlanmaz, çünkü arama kararı niteliği gereği gizli bir karardır. Arama sonucu elkoyma işlemi yapıldığında arama emri hakim onayına sunulur, ancak elkoyma işlemi yapılmamışsa hakim onayına sunulmaz. Arama emri ve elkoymaya ilişkin

¹³² ÇOLAK/TAŞKIN, s. 514.

¹³³ AYDIN, s. 127.

işlemin onaylanmasına ilişkin talep reddedilmişse, arama emrini savcı vermişse, karara itiraz hakkı vardır. Kolluk amiri vermişse onun itiraz hakkı yoktur. Arama kararı veya emri hukuka aykırı ise, bu karara dayalı arama hukuka uygun yerine getirilse dahi arama hukuka aykırı kabul edilir¹³⁴.

Hukuka aykırı uygulanan yakalama sonucunda üst araması yapılması ve delile ulaşılması halinde, yakalamaya bağlı olarak devam eden bu tedbir ve elde edilen delil hukuka aykırıdır. Çünkü hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilen deliller de lekelendiğinden, toplanan sonraki deliller de hukuka aykırı nitelik taşımaktan kurtulamayacaklardır¹³⁵. Aramanın hukuka aykırılığı konusu ayrı bir bölümde işlenecektir.

VIII. ULUSLARARASI BELGELERDE VE AİHM KARARLARI ÇERÇEVESİNDE ARAMA

- 1) *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*: 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 12. maddesiyle konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğine evrensel bir boyut kazandırmıştır. Kimsenin özel yaşamı, ailesi, konutu ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmayacağı, bu tür karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkının bulunduğu belirtilmiştir.
- 2) *Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslar Arası Sözleşme*: 1966 tarihli bu sözleşmenin 17. maddesi bildirim 12. maddesinin tekrarı niteliğindedir. Herkes özel yaşamı, ailesi, konutu ya da haberleşme hakkına saldırı niteliğindeki karışmalara karşı yasa tarafından korunma hakkına sahiptir.

¹³⁴ AYDIN, s. 129.

¹³⁵ ŞEN, s. 23.

3) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*: Sözleşmenin 8. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes özel yaşamıyla aile yaşamına, konut ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yapılan bir aramada bazı özelliklerin bulunmasına dikkat etmektedir. Aramanın iç hukuka uygun olması, meşru bir amaç gütmesi, demokratik bir toplum için gerekli olması ve elde edilmek istenen amaçla orantılı olmasıdır. Mahkemenin verdiği karardan bazı örnekler aşağıda sunulacaktır:

Funke/Fransa davası ve *Ernst/Belçika* davalarında AİHM, aramada keyfiligi önleyecek yeterli güvencelerin olmadığı ve özel yaşamın ihlal edildiği sonucuna varmıştır. *Smirnov/Rusya* davasında, avukatın aranmasında mesleki gizliliğe tecavüz edilmesinin adaletin sağlanmasını olumsuz etkileyeceğinden Sözleşmenin 6. maddesine de aykırı olabileceğine karar vermiştir. *Camenzind/İsviçre* davasında mahkeme, aramanın konut dokunulmazlığını ihlal etmemesi için asgari yasal şartların varlığını aramıştır ve aramanın iki buçuk saat sürmüş olmasına rağmen, arama yetkilisinin sadece telefon ve televizyonları kontrol edip, herhangi bir belgeyi incelememiş ve elkoymamış olması bakımından 8. maddeye aykırılık tespit etmemiştir. *Niemietz/Almanya* davasında mahkeme, avukat olan başvurucuya ait işyerinin suçla ilgili belgeleri bulmak için mahkeme kararıyla arama yapmasını, aramanın usulüne ilişkin teminatları içermemesi nedeniyle orantısız bulmuştur. *Murray/Birleşik Krallık* davasında ise başvurucu, ordunun evlerine girip arama yapmasını ve ailesinden beş kişiyi odada tutmasını 8. maddeye aykırı olduğunu iddia etmiş ancak başvurucunun terörizmle ilgili suç işlediği şüphesi makul olduğundan mahkeme bu iddiayı doğru bulmamıştır. Mahkeme *Miailhe/Fransa* davasında devletin özellikle yurt dışına sermaye kaçışını ve vergi kaçırılmasını önlemek için de

konut arama ve elkoyma gibi önlemlerin alınacağı konusunda bahsetmiştir. Mahkeme *Elçi ve diğeri/Türkiye* kararında ise, arama işleminde hakim ve savcı kararı olmadığından bahisle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir¹³⁶.

Özgür Gündem/Türkiye davasında, Gazete, ifade özgürlüğüne karşı kasıtlı bir saldırının mevcut olduğu iddialarıyla sözleşmenin 10, 14 ve 1 nolu protokolün 1. maddesine aykırılık oluştuğunu öne sürmüştür. Büroda arama yapılarak bazı belgelere elkonulmuştur. Mahkeme gazetenin ifade özgürlüğünün korunması için yeterli tedbirlerin alınmadığını, 10 Aralık 1993 günündeki arama ve tutuklama operasyonunun meşru amaca uygun olmayan haksız ve orantısız birçok tedbiri kapsadığını belirtmiş ve 10. maddeye aykırılığına karar vermiştir. *Kılıç/Türkiye* davasında ise, bir derneğin yönetim kurulu üyesi ve aynı zamanda avukat olan başvurucunun evi ve hukuk bürosu dahil tüm yerlere arama düzenlenmiş ve bazı kasetlere elkonulmuştur. Başvurucu arama yapan yetkililerin görevlerini kötüye kullandıklarını iddia etmiş, 1999'da elkonulan kasetler 2004'te iade edilmiştir. Mahkeme başvuranın haklarına müdahalenin yasalara uygun yapılmadığından bahisle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir¹³⁷.

¹³⁶ ÇİÇEK, s. 16 vd.

¹³⁷ Kararlar için bkz. UYAP Mevzuat Programı.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİNDE ELKOYMA

I. ELKOYMA KAVRAMI VE ELKOYMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Elkoyma, arama tedbiri gibi adli elkoyma ve önleyici elkoyma olarak iki türlü olup, önleyici elkoyma; toplumsal barış ve huzuru ve kamu düzenini korumak için kolluk birimlerince yerine getirilen idari bir işlemdir¹³⁸. Ancak çalışmamızda ceza muhakemesi faaliyeti olan adli elkoyma konusu üzerinde durulacaktır.

Elkoyma, müsadere edilebilecek ya da delil olabilecek bir malvarlığı değeri üzerinde zilyedin sahip olduğu tasarruf yetkisinin kaldırılmasıdır¹³⁹. Tasarruf yetkisi, malvarlığı değeri bazen zilyetten fiilen alınarak bazense zilyette bırakılarak sadece fiilen tasarrufta bulunması engellenmek suretiyle gerçekleştirilir. Elkoyma çoğunlukla arama koruma tedbiriyle birlikte uygulanır yani arama sonucu elkonulacak eşya ortaya çıkar bu nedenle arama ve elkoyma kararının birlikte verilmesi tercih edilir¹⁴⁰. Arama Yönetmeliği 4. maddeye göre elkoyma; “*Suçun veya tehlikenin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tabi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılabilme işlemi*”dir.

1988 Viyana Sözleşmesi’ne göre “elkoyma” ise, mahkeme ya da yetkili makam kararıyla, bir malın devri ve başka bir mala dönüştürülmesi işlemlerinin

¹³⁸ GÖKÇEN, Ahmet; Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994, s. 6.

¹³⁹ Diğer tanımlar için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 551. CENTEL/ZAFER, s. 299. ÖZBEK, CMK İzmir Şerhi, s. 449.

¹⁴⁰ ŞAHİN, s. 249.

geçici olarak men edilmesi veya malın geçici olarak kontrol altında bulundurulması demektir¹⁴¹.

Elkoyma da koruma tedbiri olması sebebiyle geçici niteliktedir ve mülkiyetinin kime ait olduğunun çoğu zaman bir önemi yoktur. Bu koruma tedbiri ”zapt”, ”zabıt” bazen de “haciz” olarak adlandırılır ancak yeni CMK çoğunlukla elkoyma terimine yer vermiştir.

Elkoyma, yargılama hukukunun öteki dallarında da ortaya çıkan bir kavram olup, bunlar nitelikleri ve sonuçları bakımından başka isimlerle de olsa elkoymadır. Medeni yargılamada “ihtiyati tedbir”, icra-iflas hukukunda ”ihtiyati haciz” olarak isimlendirilmektedir¹⁴².

İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz ile elkoymanın farkına değinecek olursak, elkoyma bir ceza hukuku kurumudur ve suçlulukla mücadeleyi amaçlar, ancak diğerleri özel hukuk kurumlarıdır. İhtiyati tedbir dava konusu hakkı, ihtiyati haciz ise alacak borç ilişkisinden kaynaklanan takipleri güvenceye alır. Bunlara mahkeme karar verirken, elkoymaya hakim, gecikmesinde sakınca olan hallerde savcı ve ona ulaşamıyorsa kolluk amiri karar verecektir¹⁴³. Hakimin yazılı kararı “elkoyma kararı” olarak adlandırılırken, savcı ve kolluk amirinin yazılı kararı “elkoyma emri” olarak ifade olunur.

Yasaya göre elkoyma eşyanın veya malvarlığı değerlerinin rızayla teslim edilmemesi halinde söz konusudur. Anayasaya göre özel yaşam dokunulmaz olduğundan elkoymaya ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin

¹⁴¹ ERDOĞAN, Oktay; İnfaz Hukuku, İstanbul 2008, Acar Basım, s. 489.

¹⁴² YURTCAN, Erdener; CMK Şerhi, Beta Yayınlar, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 321.

¹⁴³ ÖZBEK Veli / KANBUR, Nihat / BACAKSIZ, Pınar / DOĞAN, Koray; Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 247.

korunması amacıyla başvurulabilir. Elkoyma kararı başlı başına kişinin üzerinin, eşyasının veya konutunun aranmasına olanak vermez. Arama yapılmadan da elkoyma söz konusu olabilir. Örneğin ilgili kişiden öncelikle eşyanın teslimi istenir. Eşyayı teslim etmeyen kişiye disiplin hapsi uygulanabilir. Ayrıca bir kişinin park ettiği aracı elkonması için de arama kararı verilmesi gerekli değildir, doğrudan elkoyma kararı verilmesi gerekir¹⁴⁴.

Elkoyma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından da güvenceye alınmış mülkiyet hakkıyla yakından ilgili bir tedbir olup, Anayasa 35. maddede de “*Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir...*” şeklinde geçmektedir. Elkoyma bireylerin mülklerinde tasarruf etmesini sınırlayan bir özelliğe sahip olduğundan AİHM içtihatlarına da uygun olmak zorundadır¹⁴⁵.

II. KORUMA ALTINA ALMA, MÜSADERE VE ELKOYMA İLİŞKİSİ

CMK m. 124/1’e göre kişi ispat aracı olabilecek bir şeyi veya kazanç müsaderesine konu olacak malvarlığı değerlerini istem üzerine göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür. Kaçınma halinde disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. CMK m. 123 gereğince, yanında bulunduran kişi bu değerleri rızasıyla teslim ederse muhafaza altına alınır, ancak rızayla teslim etmezse, bunlara elkonulur.

¹⁴⁴ CENTEL/ZAFER, s. 374.

¹⁴⁵ TAŞKIN, Mustafa / ÇETİNTÜRK, Ekrem; “Uluslararası Elkoyma Kararlarının Tanınması ve Yerine Getirilmesine Yönelik Yeni AB Sistemi ve Türkiye’ye Etkileri”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 4, Sayı 30, Şubat 2009, s. 78.

Bu maddede geçen “yanında bulundurma” kavramından “açıkta görünür şekilde taşımak” algılanmamalıdır. “Yanında bulunduran kişi”, “zilyet veya muhafazası altında bulunduran kişi” kavramı yerine kullanılmıştır¹⁴⁶.

Muhafaza altına alma, delil niteliği olan ya da müsadereye tabi eşyanın zilyedi tarafından onun rızasıyla adli makamlara teslim edilmesidir. Nasıl yapılacağı CMK’da yazmamaktadır. Muhafaza altına alınan eşya mutlaka teslimi gereken bir eşya olmayabilir. Örneğin yoldaki fren izi, kan lekesi gibi¹⁴⁷...

Muhafaza altına alma ile elkoyma arasındaki fark, alınmak istenen eşyanın zilyedinin bu eşyanın alınmasına rıza gösterip göstermediğidir. CMK m. 123’te muhafaza altına alma ile elkoyma birlikte düzenlenmiş, muhafaza altına alma işleminin kural, elkoymanın ise istisna olduğu belirtilmiştir¹⁴⁸.

Muhafaza altına alma işlemi şekli anlamda karar veya izne ihtiyaç göstermemektedir. Muhafaza altına alma, öncelikle, hiç kimsenin zilyetliğinde olmayan sahipsiz eşya hakkında mümkündür¹⁴⁹.

Müsadere; kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen veya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması koşuluyla suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan veya üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım satımı suç oluşturan eşyanın mülkiyeti ile suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile

¹⁴⁶ CENTEL/ZAFER, s. 378.

¹⁴⁷ TAŞKIN/ÇOLAK, s. 554.

¹⁴⁸ AYDIN, s. 145.

¹⁴⁹ ŞAHİN, s. 253.

bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların devlete geçirilmesini ifade eder¹⁵⁰.

Müsadere ile elkoymanın farklarına baktığımızda öncelikle müsaderenin TCK'daki düzenlenişinden bahsetmek gerekir.

TCK'ya göre eşya müsaderesine karar verilebilmesi için:

- ❖ Bir eşya bulunmalı,
- ❖ Bu eşya kasıtlı bir suçta kullanılmalı veya suçta kullanılmak üzere tahsis edilmeli veya suçtan meydana gelmelidir.
- ❖ Eşya faile ait olmalı,
- ❖ Failden başkasına aitse, bu kimse iyi niyetli olmamalı,
- ❖ Bu eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olmalıdır (TCK m. 54).

TCK'ya göre kazanç müsaderesine karar verilebilmesi için ise:

- ✚ Bir ekonomik kazanç olmalı,
- ✚ Bu kazanç suçun işlenmesiyle elde edilmiş olmalı veya suçun konusunu oluşturmalı veya suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerle bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkmış olmalıdır (TCK m. 55).

Müsadere bir yaptırımken, elkoyma bir koruma tedbiridir. Müsaderede eşya veya kazanç devlete geçerken, elkoymada eşya sadece adliyenin eli altına alınır. Kanunun lafzından çıkan sonuç itibariyle müsadere mecburi iken, elkoyma ihtiyari bir tedbirdir. Müsadere TCK m. 54 ve 55 ile CMK m. 256-259'da yer alırken, elkoyma CMK 123 vd. maddelerinde düzenlenmiştir ve birbirlerinden farklı usuller

¹⁵⁰ GEDİK, Doğan; Müsadere, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 9.

öngörülmüştür. Müsadere ancak kasıtlı suçlarda mümkünken, elkoyma hem kasıtlı hem taksirli suçlarda mümkündür. Elkoyma işlemiyle eşyanın maliki mülkiyet hakkını kaybetmez ama müsadere kararıyla eşyanın mülkiyeti devlete geçer¹⁵¹.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, suç aleti bıçağın olay yerinde ele geçirilmesi üzerine kanıt olacağı ve ileride müsadere gerekeceğinden emanete alınması elkoymadır, ancak yargılama sonunda bıçağın suçta kullanıldığı anlaşıldığı takdirde müsadere karar verilmesi gerekir¹⁵².

Söz konusu eşya, üçüncü kişiye ait ve işlenen suça katılmamış ise, eşyalar fail tarafından kullanılsa bile müsadere edilmez. A, B'nin ruhsatlı silahını çalarak C'yi öldürmüşse silah muhafaza altına alınabilir. Sahibi rıza göstermiyorsa silaha elkonulabilir. Ama müsadere olunamaz, çünkü hırsızlık sonucu elde edilmiştir¹⁵³.

Yargıtay 11. Ceza Dairesi bir kararında, *“Suça konu sahte sürücü belgesinin delil olarak dosyada saklanması yerine zorunlu karar verilmesi, yasaya aykırı ise de, yeniden yargılamanın yapılmasını gerektirmeyen bu hususun 5320 sayılı yasanın 8/1 maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK 332. maddenin uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hüküm fıkrasından “emanetin A adına düzenlenmiş sahte B sınıfı sürücü belgesinin 5237 sayılı yasanın 54/1 maddesi uyarınca müsadere” cümlesi çıkartılarak , “suçta kullanılan emanette kayıtlı sahte sürücü belgesinin dosyada delil olarak saklanmasına” ibaresi yazılarak diğer yönleri usul ve yasaya aykırı bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına...”* karar vermiştir¹⁵⁴.

¹⁵¹ ÖZTÜRK/ERDEM/SAYGILAR/SIRMA, s. 425.

¹⁵² YAŞAR, Osman; Ceza Muhakemesi Kanunu, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, s. 513.

¹⁵³ SOYASLAN, Doğan; “Muhafaza Altına Alma ve Elkoyma“, TCK, CMK, Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri, s. 231.

¹⁵⁴ TAŞDEMİR, Kubilay/ ÖZKEPİR, Ramazan; Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Turhan Kitapevi, Cilt I, 3. Bası, Ankara 2007, s. 462. (Y. 11. CD. 17.04.2007, 2161/2610)

Konuya ilişkin başka bir kararında da “suçta kullanılmak üzere hazır bulundurulan jelatin ve sigara kağıtlarının müsadereesine karar verilmesi gerektiğine” hükmetmiştir¹⁵⁵.

Yargıtay, eski kararlarında¹⁵⁶ TCK’da düzenlenen müsadereyi ceza olarak kabul ederken, yeni kararlarında bu müesseseyi tedbir olarak kabul etmiştir¹⁵⁷.

Müsadere kararı verilebilmesi için eşyaya elkonulmuş olması gerekir, ancak bu yasal bir zorunluluk değil, bir gerekliliktir. Ancak elkonulmamış olmakla beraber eşyanın müsadereyi somut olayın özelliklerine göre mümkün olmalıdır¹⁵⁸.

III. ELKOYMANIN AMACI

Elkoymanın temelde iki amacı vardır: Muhakemenin yapılmasını sağlamak ve verilecek kararın kağıt üzerinde kalmasını önlemektir.

Bu tedbir bir yandan delil olabilecek eşyaya elkonularak yok edilmesinin, bozulmasının, değiştirilmesinin önlenmesi ve hızlı ve doğru bir yargılamanın yapılmasını amaçlarken, diğer yandan yargılama sonunda verilebilecek müsadere yaptırımının uygulanabilmesini sağlar¹⁵⁹.

Elkoyma işlemi müsadereesine karar verilecek eşya hakkında yapılıyorsa müsadere amaçlı elkoyma söz konusudur. Şirket yönetimine elkonulması kararı, yeni delil elde etmek ve muhakemenin yürütülmesini sağlamak amacıyla yapılır, kaçaklara ilişkin elkoymada amaç ise kaçağın duruşmaya gelmesini sağlamaktır. Yani amacın belirlenmesi ve elkoymanın amaca uygun ve orantılı olarak yapılması son derece önem arz eder.

¹⁵⁵ GÖKÇEN, s. 96. (Y. 5. CD. 30.04.1980, 876/1476)

¹⁵⁶ GÖKÇEN, s. 90. (YCGK. 20.11.1939, 305/320)

¹⁵⁷ YCGK. 14.06.1982, 129/279.

¹⁵⁸ GEDİK, Doğan; Müsadere, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 57.

¹⁵⁹ TAŞKIN/ÇETİNTÜRK, s. 78.

IV. ELKOYMANIN ŞARTLARI

A. Şüphe

Elkoyma için basit şüphenin yeterli olduğu söylenemez, çünkü elkoyma olayın durumuna göre, konut dokunulmazlığından basın hürriyetine, özel hayatın gizliliğinden mülkiyet hakkına kadar birçok temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirebilmektedir. Elde yeterli deliller olmadan temel haklara müdahale "hukuk devletinde" söz konusu olamaz¹⁶⁰. Bu nedenle elkoymanın yapılabilmesi için, elkoyma işlemine konu edilecek eşyanın alınması ile elkoymanın amacına ulaşacağı yolunda yeterli şüphe sebebinin bulunması gerekir. Örneğin, bir hırsızlık suçunun işlendiğine ve bu suçun şüpheli tarafından işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunabilir, ancak şüphelinin suçta kullandığı düşünülen otomobiline elkonulması için, aracın suçta kullanıldığına dair yeterli şüphe bulunmalıdır¹⁶¹.

Amerika Birleşik Devletlerinde Türk hukukundan farklı olarak, ceza hukuku mahkeme kararlarından biri, makul şüpheye dayanmadan elde edilen delillerin eyalet suçlarının yargılanmasında kullanıldığı ancak federal suçlarda delil değerinin olmadığı yönündedir (Wolf v. Colorado). Bir başka kararında mahkeme, "polis eğer arama kararının hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa ve iyi niyetle hareket ediyorsa elde edilen deliller hukuka uygundur" şeklinde karar vermiştir¹⁶² (United States v. Leon). Oysa ki Türk hukukunda hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin geçerliliğinden söz edilemez.

B. Elkoyma Kararının Bulunması

Kural olarak elkoyma hakim kararıyla olur. (Anayasa m. 20/2, 21/1, 22/2, CMK m. 127/1) Kovuşturma aşamasında verilecek elkoyma kararı, davaya bakan

¹⁶⁰ GÖKÇEN, s. 72.

¹⁶¹ AYDIN, s. 150.

¹⁶² http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/american_karar.htm, Erişim Tarihi: 12.03.2010.

mahkemeye aittir, soruşturma aşamasında ise elkoyma işleminin yapılacağı yerde bulunan sulh ceza hakimi tarafından karar verilir. Hakim kararı yazılı ve Anayasa m. 141/3 ve CMK m. 230/4 gereği gerekçeli olmalıdır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde¹⁶³ Cumhuriyet savcısının emriyle de elkoyma yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emriyle elkoyma yapılabilmesi için ise gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olması ve savcıya ulaşamaması gerekmektedir. Kolluk görevlisinin açık kimliği tutanağa geçirilir. Elkoyma işlemi hakim kararına dayanmıyorsa yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur ve hakim de kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklamazsa elkoyma kendiliğinden kalkar. Bu durumda elkonulan eşyanın zilyedine iadesi gerekir. Hakimin ayrıca iade kararı vermesine gerek yoktur. Elkoyma suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir. Askeri mahallerde yapılacak elkoyma işlemi savcının istem ve katılımıyla askeri makamlarca ifa edilir (CMK m. 127).

C. Elkoymaya Konu Eşyanın Bulunması

Elkoymanın konusu CMK m. 123/1’de belirtildiği üzere, deliller ve eşya ve kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleridir. Müsadereye konu olan eşyadan kasıt ise, iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan eşya veya suçun işlenmesine tahsis edilen eşya ya da suçtan meydana gelen veya suçun işlenmesinde kullanılmak için hazırlanan eşyadır (TCK m. 54/1).

1412 sayılı CMUK’a göre elkoymaya sadece maddi varlığa sahip eşya konu olabilirken, CMK eşya müsaderesinin yanı sıra kazanç müsaderesine konu olan malvarlığı değerlerine de elkonulma imkanı getirmiştir.

¹⁶³ “Gecikmesinde sakınca bulunan hal” tanımı için bkz. Arama Yönetmeliği m. 4.

Bir eşyanın elkoymaya konu olabilmesi için o eşyanın alınması ile amaçlanan hususun gerçekleşme ihtimalinin bulunması gerekir. Elkonulması hukuka aykırılık teşkil ediyorsa elkoyma işlemi yapılmaz. İnsan vücudu eşya niteliğinde olmadığından elkoymaya konu olamaz ama insan vücudundan delil elde edilmesi mümkündür. Kan, tırnak, saç, idrar vs. delil elde etmek için vücuttan alınır ve inceleme yapmak için bunlara elkonulur¹⁶⁴.

D. Elkoymaya Yasak Eşyanın Söz Konusu Olmaması

Yasa ceza yargılamasında gerçeğe ulaşmak için elkoyma önlemine başvurulmasını kabul etmiş olmasına rağmen, bazı kişilere ait eşyalara ve devlete ait eşyalara elkoymanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu maddede kişisel çıkarlarla toplumsal çıkarları tartmış ve kişisel çıkarların korunması gerektiği sonucuna varmıştır.

Elkoyma işlemiyle meydana gelen zarar, bu amaçların gerçekleşmesiyle elde edilen yarardan açıkça oransız ise elkoyma yasağı söz konusu olur. Yasağın konusu mektup ve belgelerdir. Mülga CMUK 89. madde sadece mektuplardan bahsetmekteyken yeni CMK m. 126 ise “diğer belgeler” diyerek, bu konuda bir genişletme yapmıştır. Yazılmış ancak gönderilmemiş mektuplar, plan, kroki ve notlar da bu kapsamdadır. Elektronik posta yoluyla haberleşme ise CMK m. 135 kapsamında kalır.

Bazı kişiler arasındaki yazışma ve basın araçlarına elkonulamaz. CMK m. 126 gereğince, CMK 45 ve 46. maddeleri uyarınca tanıklıktan çekinebilecek kişilerle şüpheli veya sanık arasında gönderilen mektup ve belgelere bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz.

¹⁶⁴ AYDIN, s. 154.

CMK m. 45'te geçen; nişanlı, evlilik birliği kalmasa da karı veya koca, kan hısımları veya kayın hısımlarından üstsoy ve altsoyu, 3. dereceye kadar (bu derece dahil) kan hısımları ile ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) kayın hısımları, evlatlığı ve evlat edineni ile CMK 46. maddede geçen, avukat, avukat stajyeri ve yardımcısı, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcısı ve diğer tıp meslek ve sanat mensupları, mali müşavirler, noterler ile sanık veya şüpheli arasındaki mektup ve belgelere elkonulamaz.

Nasıl ki, tanıklıktan çekinmeye hakkı olanlar, isterlerse tanıklık edebilirlerse, mektuplarına elkonulmama dokunulmazlıkları bulunanlar da, söz konusu mektuplara elkonulmasına izin verebilirler¹⁶⁵.

Mülga CMUK gereği sanığın babasına gönderdiği ve babasının elinde olan mektuba, ancak babasının suça iştirak etmiş olduğu ya da oğlunu sakladığı şüphesi varsa elkonulabiliyordu ama yeni CMK'ya göre tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişi şüpheli durumunda olsa dahi belge ve mektuplara elkonulamayacaktır¹⁶⁶.

Terörle Mücadele Yasası kapsamındaki suçlardan dolayı yapılan soruşturmada müdafinin savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve tutuklu bulunan şüpheliyle yaptığı konuşmaların kayıtları incelemeye tabi tutulamaz (TMK m. 10/e).

Elkonulması yasak eşyalar üç başlıkta ele alınabilir:

- 1) *Tanıklıktan Çekinme İmkanını Güvenceye Almak Amacıyla Elkoyma Yasağı*: CMK 126. maddeye göre sanık veya şüpheli ile 45 ve 46. maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere, bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz. Nezdinde bulunmaktan maksat, kişinin üzerinde, mektup ve belgelerin yerleşim

¹⁶⁵ AÇIKGÖZ, Nevzat; "Arama Denetim Kontroller ve Elkoyma", Van 2005.

¹⁶⁶ AYDIN, s. 157.

yerinde veya işyerinde bulunmasıdır. Ancak tanıklıktan çekinebilecek kişilerin suçla ilgili olarak, suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme şüphesi varsa, söz konusu eşyalara elkonabilir. Paralel bir düzenleme Almanya Anayasasında da yer almaktadır. İlgili 47. maddede tanıklıktan çekinmenin sınırları çevresinde elkoymanın da yasak olduğu ifade edilir.

- 2) *Savunma Hakkının Korunması Bağlamında Elkoyma Yasağı*: CMK 154. maddeye göre tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın müdafii ile yazışmaları denetime tabi değildir.
- 3) *Malvarlığı Değerleri ve Basın Araçları*: Anayasa madde 30'a göre yasaya uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçlarına, suç aleti olduğu gerekçesiyle elkonulamaz, müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz¹⁶⁷.

Pasaport elkoyma işlemine konu olmamalıdır. İlgili devletin onayı olmadan bir yabancı makamın, veren devletin mülkiyetinde olan pasaporta süresiz olarak elkoyması veya müsaderesi mümkün değildir¹⁶⁸.

E. Elkoyma Kararını Vermeye Yetkili Merciler

Elkoyma kural olarak, hakim kararıyla olur. Soruşturmada sulh hakimi, duruşma hazırlığı devresinde başkan, duruşma ve son karar devresinde ise mahkeme yetkilidir. Ancak, bu kuralın istisnaları olarak gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısı, ona ulaşamayan hallerde de kolluk amirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir. Hakim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur.

¹⁶⁷ ŞAHİN, s. 250.

¹⁶⁸ ŞAFAK/BIÇAK, s. 188.

Hakim kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklamazsa elkoyma kendiliğinden kalkar. Zilyetliğinde bulunan eşya ve değerlerine elkonan kimse, hakimden her zaman bu konuda karar verilmesini isteyebilir (CMK m. 127, AY m. 20/2, 21).

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 111e/3 maddesinde “Elkoyma işlemi suçtan zarar görene, bilinmesi veya muhakeme sürecinde tanınması durumunda gecikmeksizin bildirilir” denmektedir¹⁶⁹. Bu hüküm 127. maddenin 5. fıkrasında şu şekilde ifadesini bulmuştur: “*Elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir*”.

Gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya saklandığından kuşkulanan kişinin üzeri, eşyası, yükleri, araçları, gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir ve tespit edilen kaçak eşyaya elkonulur¹⁷⁰.

Yargıtay 1940 tarihinde “*Köy ihtiyar heyetinde jandarmanın zabıtai adliye vazifesiyle de mükellef olmalarına göre CMUK'taki hükümler dairesinde meskende arama yapma yetkileri vardır.*” şeklinde karar vermiştir¹⁷¹.

F. Elkoymaya Maruz Kalabilecekler

Sadece sanıklar değil, üçüncü kişiler de elkoyma işlemine maruz kalabilir. Delil niteliğinde olan veya müsadereye tabi bulunan bir eşyayı elinde bulunduranlar CMK m. 123'e göre elkoymaya maruz kalırlar.

Oranlılık ilkesi gereği elkoyma işlemiyle ilgili olayla bir alakası olmayan ve eşyaya tesadüfen zilyet olan üçüncü kişiye, elkoymanın şartları konusunda daha titiz

¹⁶⁹ HAKERİ, Hakan, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Elkoyma Koruma Tedbiri, http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/44/web/makaleler/Doc_Dr_Hakan_HAKERI.htm

¹⁷⁰ MALKOÇ/YÜKSEKTEPE, s. 614.

¹⁷¹ BARDAK, Cengiz; Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 428.

davranmak gerekir. Aksi halde durum, CMK m. 141 kapsamında tazminat gerektirir¹⁷².

G. Elkoyma Kararının Şekli ve İçeriği

Anayasamıza göre elkoyma işlemi yazılı bir karar veya emre dayanmak zorundadır (Anayasa m. 20, 21).

Kolluk amirinin emriyle icra edilen elkoymanın sonuçları savcılığa bildirilir. Ancak bu bildirim yükümlülüğü arama bakımından kanunda açıkça yer aldığı halde elkoyma bakımından yer almamaktadır. Ama bu bir eksiklik olmayıp, aramanın sonucu her durumda savcıya bildirileceğine göre suç delillerinin elde edilmesi amacıyla yapılan aramada elkoymanın konusunu oluşturan delillerin bulunup bulunmadığı ve bunlara elkonulup konulmadığı da bildirilmiş olacaktır¹⁷³.

Bir diğer yandan Kanun, Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin yazılı emriyle yapılan elkoyma işleminde hakim onayına sunulmayı şart koştuğu halde, arama kararı bakımından bu koşul öngörülmemiştir. Şahin'e göre elkoyma amaçlı olarak yapılan aramada suç delili elde edilememişse elkoyma işleminin yapılmadığının bildirilmesine gerek yoktur.

V. ELKOYMANIN ÇEŞİTLERİ

A. Basit Elkoyma

"1-Delil Elde Etmek İçin Elkoyma: Soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili delil elde etmek için yapılan elkoymadır.

¹⁷² ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR, s. 428.

¹⁷³ ŞAHİN, s. 251.

2-Müsadereye Tabi Eşyaya Elkoyma: TCK m. 54 eşya müsaderesi ve m. 55 kazanç müsaderesine konu olan eşya hakkında verilen elkoyma kararı, ilerde verilecek müsadere kararının kağıt üstünde kalmasını önler.

B. Özel Elkoyma Türleri

1. Basılmış Eserlere Elkoyma

Basılmış eserlerden delil olabilecek birkaç nüshaya elkonulması işlemine basılmış eserlere basit elkoyma denir. Basın Kanununun 25. maddesine göre basılmış eserin en çok üç adedine Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca olan hallerde ise kolluk kuvvetleri elkoyabilir. Basılmış eserlerin tümüne elkonulması anlamına gelen toplatma ise başta basın hürriyetiyle ilgili olmak üzere birçok hürriyetle doğrudan ilişkilidir.

Anayasanın 28. maddesinde haber veya yazıların yayınlanması halinde tedbir yoluyla dağıtımını, hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca olan hallerde yetkili merciin emriyle önlenebilir (Anayasa m. 28/1). Yine Anayasanın 5170 sayılı Kanun ile değişik 30. maddesi uyarınca: *“Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.”*

Dağıtımın önlenmesi toplatmadan farksız olup, merci kararını yirmidört saat içinde yetkili hakime bildirir ve hakim bu kararı kırksekiz saat içinde onaylamazsa dağıtımını önleme kararı hükümsüz kalır (Anayasa m. 28/5). Süreli veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır (Anayasa m. 28/8). Türkiye’de yayımlanan süreli yayınların, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan olması halinde, mahkeme

kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır (Anayasa m. 28/9).

Basın Kanunu 13. madde gereğince basılmış eser yoluyla işlenen fiillerden doğan zarardan dolayı süreli yayınlarda, eser sahibi, yayın sahibi veya temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi ve yayıncı, yayıncının belli olmaması halinde basımcı müteselsilen ve müştereken sorumludur.

Basın Kanunu m. 25 uyarınca, delil değeri olan bir basılmış eser söz konusuysa, bu eserin en çok üç nüshasına elkonulabilir. İkinci fıkra uyarınca ise basılmış eserin tümüne elkoymak için;

- Suçla ilgili olarak soruşturma veya kovuşturma başlatılmış olmalı.
- Söz konusu suç Basın Kanunu m. 25/2 de yer alan suçlardan olmalıdır¹⁷⁴.
- Bu toplatma kararı bir hakim tarafından verilmelidir.

Yeni Basın Kanunu atıflarını eski TCK'ya yapmıştır ancak atıfların yürürlükteki TCK'nın maddelerine yapılmış sayılacağı açıktır. Basın Kanununa göre, hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli ya da süresiz yayınların ikinci fıkradaki suçları içerdiğine dair kuvvetli delil bulunursa, başsavcılığın talebiyle sulh ceza hakiminin kararıyla yasaklanabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet başsavcılığının kararı yeterlidir. Bu karar yirmidört saat içinde hakim onayına sunulur ve kırksekiz saat içinde onaylanmazsa karar hükümsüz kalır.

¹⁷⁴ 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda, Anayasa 174. maddede yer alan İnkılap Kanunlarında, 765 sayılı TCK 146/2, 153/1, 153/4, 155, 311/1-2, 312/2,4, 312/a maddelerinde ve 3173 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m. 7/2 ve 7/5'te düzenlenen suçlardan olmalıdır.

Yasaklanmış gazete ve yayınları bilerek dağıtanlar veya satışa sunanlar eser sahibi gibi sorumludur¹⁷⁵.

a) Süreli - Süresiz Yayınların Toplatılması:

Süreli veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hâkim kararıyla; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlâkın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hâkime bildirir; hâkim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır (Anayasa m. 28/7).

Hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin ikinci fıkrada belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli delil bulunması halinde, bunların Türkiye'de dağıtılması veya satışa sunulması, Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine sulh ceza hakiminin kararı ile yasaklanabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı yeterlidir. Bu karar en geç yirmidört saat içinde hakim onayına sunulur. Kırksekiz saat içinde hakim tarafından onaylanmaması halinde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı hükümsüz kalır (Basın Kanunu m. 25).

Yeni yasada toplatma ancak hakim kararıyla mümkün olup istisnası yoktur. “Soruşturma veya kovuşturulmasına başlatılmış olması şartıyla” hakim kararıyla toplatma mümkündür.

¹⁷⁵ ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR, s. 449.

Toplatma kararına itiraz olanağı vardır. Yargılama yapılma olanağı yoksa, toplatma işlemi yapılamaz, başlanmışsa son verilir. Toplatmaya ilerde verilecek zorallm kararının kağıt üzerinde kalmaması için başvurulur¹⁷⁶.

Yargıtay “toplatma” konusunda basılmış eserin bir nüshasının elde edilmiş olmasını yeterli saymamış, suç konusu basılmış eserin toplatılmasına karar vermiştir¹⁷⁷.

Bir başka kararında Yargıtay, bir kitabın komünizm propagandası yaptığı ve eski TCK m. 142/1’i ihlal ettiği bilirkişi raporunda da belirtilmesine karşın, toplatılması talebinin reddine dair itirazı kabul edeceğine reddeden Asliye Ceza Mahkemesinin kararını, toplatmanın Anayasa 22. maddeye uygun olacağı görüşüyle bozmuştur¹⁷⁸.

b) Yabancı Ülkede Yayımlanmış Basılı Eserlerin Türkiye’de Dağıtım ve Satışa Sunulmasının Yasaklanması:

Basın Kanunu 25. maddeye göre;

- Türkiye dışında basılan süreli ve süresiz yayınlarla gazetelerin Türkiye’de dağıtım ve satışa sunulması yasaklanabilir.
- Bunun için 25. maddede sayılan suçlar işlenmiş olmalı,
- Kuvvetli delil bulunmalı,
- Savcının istemiyle sulh ceza hakim kararı olmalı,
- Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı da karar verebilir ancak yirmidört saat içinde hakim onayına sunulmalıdır.

¹⁷⁶ Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 99/3, Yıl 12, s. 773.

¹⁷⁷ YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, 12. Bası, 2007, s. 365. (Y. 9. CD. 03.11.1978, 4085/4202)

¹⁷⁸ YAŞAR, s. 515. (Y. 9.CD. 05.10.1979, 3975/4043).

c) Türkiye’de Basılmış Eserlerin Dağıtımının Engellenmesi:

Bu konuda 5187 sayılı Yasada hüküm yoktur. Yasa koyucu toplatmayı yeterli saymış ve yeni yasaya koymamıştır. Anayasada yer alan “dağıtımın engellenmesi” konusunun Anayasa değişikliği ile yürürlükten kaldırılması gerekir çünkü yasal norm eksikliği vardır¹⁷⁹.

AİHM *Zarakolu ve Diğerleri/Türkiye* davasında yerel mahkeme tarafından elkonulmasına karar verilen kitapta devlet ve orduya yönelik katı eleştiriler yapıldığını ama kinci bir söylemin bulunmadığını, bu nedenle elkoymanın demokratik toplum ve ifade özgürlüğünün gereklerine uygun olmadığını belirten bir karar vermiştir¹⁸⁰.

2. Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma

Bu tedbire başvurulması için CMK m. 128/1’deki koşullara uyulması gerekir; sayılı suçlardan birinin işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunması ve elkonulacak taşınmaz, hak ve alacakların bu suçtan elde edildiğine dair delillerin bulunması lazımdır.

Maddenin 1. fıkrasındaki elkoymanın temelini koyan hüküm, elkoymanın amacına uygun değildir. Önceki yasanın 86. maddesi amacı çok daha iyi biçimde açıklamaktaydı. Maddede elkonulan değerler yönünden “sayma” yönteminin tercih edilmesi, yasama tekniğinde eskiye dönüş olup, kazuistik yöntemin bir uygulamasıdır. Uygulanabilecek suçlar yönünden ayırım yapılması doğru bir yaklaşım olmamıştır¹⁸¹.

¹⁷⁹ YURTCAN, Erdener; Uygulamacı İçin Ceza Yargılaması, Beta Yayınları, 2007, s. 191.

¹⁸⁰ YAŞAR, s. 521. (13.07.2004. Strazburg, 26971/95 ve 37933/97).

¹⁸¹ YURTCAN, Erdener; CMK Şerhi, Beta Yayınlar, 5. Bası, 2008, s. 336.

Basit elkoyma için makul şüphe yeterliyken, bu özel elkoyma için kuvvetli şüphe gereklidir. Bu şekilde Anayasa 38. madde ile yasaklanan genel müsadere cezası verilmesini engellemek amaçlanmıştır.

Bu tür elkoymaya sadece hakim karar verebilir. Ancak aklama ve terörün finansmanı suçlarında, soruşturma aşamasında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da elkoyma kararı verebilir. Yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulan karar onaylanmazsa savcının kararı hükümsüz kalır (Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun m. 17/2). Elkoyma kararının bir örneği, kararı izleyen ayın sonuna kadar ilgili mahkeme ve Cumhuriyet savcılığınca Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı'na gönderilir (Suç Gelirlerinin Aklanmasının ÖHK m. 18).

Bu taşınmaz, hak ve alacakların şüpheli veya sanıktan başkasının zilyetliğinde bulunması halinde de elkoyma işlemi yapılabilir.

Bu tedbirin uygulanabileceği suçlar CMK 128/2 maddesinde sayılmıştır:

TCK kapsamında; *“Soykırım ve insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti, hırsızlık, yağma, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, uyuşturucu ticareti ve parada sahtecilik, örgüt kurma, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, zimmet, irtikap, rüşveti devletin güvenliğine karşı suçlar, silahlı örgüt, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk”* yer alır.

Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda Tanımlanan Silah Kaçakçılığı ve Bankalar Kanununda yer alan zimmet suçu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda yer alan ve hapis cezasını gerektiren suçlar ve kültür ve tabiat varlıklarını koruma kanununun bazı maddelerindeki suçlar hakkında da uygulanır.

Elkoymanın konusu olabilecek malvarlığı değerleri m. 128/1 de tek tek sayılmakla beraber “diğer” malvarlığı değerlerine de yer verilerek kapsamı genişletilmiştir ve 3-7. fıkralarda bu değerlere ne suretle elkonabileceği ayrı ayrı düzenlenmiştir:

- 1) Taşınmaza elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilerek icra edilir. TMK 1008. maddede “Taşınmaza ilişkin... haklar, tapu kütüğüne tescil edilir. “, 101. maddede ise “1. Çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararları...tapu kütüğüne şerh verilebilir.” hükmü yer alır. Tapu siciline şerh edilerek alım, satım, hibe ve başka haklar tesisi önlenmiş olur.
- 2) Kara, deniz, hava ulaşım araçlarına elkonulması, kayıtlı buldukları sicile şerh verilerek gerçekleştirilir. Kara taşıtlarının 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 19. ve 20. maddesi uyarınca tescili zorunludur. Hava taşıtları “uçak sicili”ne kaydedilir. Deniz taşıtları da tutulan gemi siciline kaydedilmektedir.
- 3) Banka veya diğer mali kurumlardaki hesaplara elkoyma, teknik iletişim araçlarıyla banka ve kurumlara derhal bildirilerek icra olunur. Bunun amacı yabancı bankalara aktarılmasının önlenmesidir.
- 4) Şirketteki ortaklık payına elkoyma, şirketin kayıtlı olduğu ticaret sicili müdürlüğüne derhal bildirilerek,
- 5) Hak ve alacaklara elkoyma ise ilgili kişilere derhal bildirilerek icra olunur¹⁸².

¹⁸² ŞAHİN, s. 257.

Söz konusu değerler Türkiye’de ise sorun yoktur ancak yabancı ülkedeki bir bankadaysa ya da yabancı ülkedeki şirket ortaklık payı ve hak ve alacaklara elkoyma konusunda 30.01.2003 tarih ve 4800 sayılı Kanun ile kabul edilen sınırı aşan örgütlü suçlara karşı BM Sözleşmesine taraf ülkelerde bulunan değerlere elkonulabilir. Elkoyma kararının yasal olarak geçerli bir kopyası, hangi ölçütlere göre yerine getirilmesinin istenildiğine dair belge eklenerek gönderilir ve taraf devlet gerekli önlemleri alır¹⁸³. Eğer talebe konu suç sözleşme kapsamında değilse taraf devletçe reddedilir. Ayrıca suç gelirlerinin aklanması, aranması, zapt edilmesi, müsadere edilmesine ilişkin sözleşmenin 8. maddesinde mümkün olan en geniş yardımın yapılacağı belirtilmiştir.

5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanması Hakkındaki Kanununun 17. maddesinde elkoyma konusu yer almaktadır.

“(1) Aklama ve terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesindeki usûle göre malvarlığı değerlerine elkonulabilir.

(2) Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da el koyma kararı verebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim en geç yirmidört saat içinde onaylanıp onaylanmamasına karar verir. Onaylanmama halinde Cumhuriyet savcılığının kararı hükümsüz kalır.”

Bunlara ek olarak, kıymetli evraka, kiralık kasa mevcutlarına da elkonulabilmektedir. Ancak bu maddeye göre elkoymaya karar verme yetkisi sadece

¹⁸³ MALKOÇ/YÜKSEKTEPE, s. 620.

hakimdedir. Elkoymanın gereklerine aykırı hareket edilirse "muhafaza görevini kötüye kullanma" suçu meydana gelir.

1939 sayılı Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi 94. maddede de delil olarak kullanılan maddeler başlığında "*Bir sübut vasıtası olmak suretiyle tahkikat noktai nazarından ehemmiyeti haiz olabilen veya müsadereye tabi bulunan maddeler ve eşyalar muhafaza edilir veya diğer suretlerle emniyet altına alınır*" denmektedir¹⁸⁴.

3. Zorlama Amaçlı Elkoyma

Zorlama amaçlı elkoymanın ön şartı sanığın kaçaklığına karar verilmesidir. Bu amacı yönünden diğer elkoymalardan ayrılır. Kaçağın tanımı CMK m. 247/1'de yapılmaktadır. Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak için yurt içinde saklanan ya da yabancı ülkede bulunan ve mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kimseye "kaçak" denir. Kaçaklığına karar verilen şüpheli veya sanığa barodan avukat görevlendirilmesi mahkemece istenir (CMK m. 247).

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

¹⁸⁴ Çeviren TAŞKIN, Fırat, yazan SCHWANZ, Otto; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 1939, s. 193.

- Şartları:
- 1- Kanunda sayılan katalog suçların işlenmiş olması
 - 2- Suça ilişkin kovuşturma aşamasının başlamış olması
 - 3- Sanığın kaçak durumunda bulunması
 - 4- Mahkeme kararının bulunması
 - 5- Kararın oranlılık ilkesine uygun olması gerekir.

4. Postada Elkoyma

Haberleşmenin gizliliği anayasanın korunması altındadır. Haberleşme gizliliği kural olduğundan, kanunun açıkça gösterdiği haller dışında haberleşme ihlal edilemez¹⁸⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi ve Anayasanın 22. maddesi haberleşme özgürlüğünü düzenlemektedir. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası 10. ve 44. maddesinde de mektup gizliliği ile posta ve telefon haberleşmelerinin gizliliğine dokunulamayacağı düzenlenmiştir.

Ayrıca 5584 sayılı Posta Kanununun 16. maddesinde de posta gizliliği düzenlenmektedir. *“Kendilerine posta servisinde bir iş verilmiş olanların, belli kişilerin posta münasebetlerini açığa vurmaları, kapalı mektupları açmaları, içlerinde ne olduğunu araştırmaları veya haberleşme kağıtlarındaki yazılar hakkında üçüncü kişilere bilgi vermeleri veyahut herhangi birinin bunları yapmasına meydan bırakmaları yasaktır.”*

Postada elkoyma kapsamına mektup, koli, posta çeki, paket, posta havalesi, faks, telgraf gibi işlemler dahildir. Ancak telsizle haberleşmeler telsiz kanunu hükümlerine göre yapıldığından postada elkoyma kapsamına girmez¹⁸⁶.

¹⁸⁵ EROL, Haydar; Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması, 2006, s. 251. (YCD. 16.04.2007, 6376/2551)

¹⁸⁶ ÇOLAK/TAŞKIN, s. 587.

Postada elkoymanın koşulları, gönderinin suçun delilini oluşturduğu yönünde şüphe bulunması, bu tedbirin zorunlu görülmesi ve kural olarak hakim kararının olmasıdır¹⁸⁷.

CMK m. 129/2'ye göre kolluk memurları gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açamaz, mühürlenip hakim veya emri veren Cumhuriyet savcısına teslim edilir.

Genel elkoymadan farklı olarak, gecikmede tehlike bulunduğu gerekçesiyle kolluk amirine postada elkoyma yetkisi tanınmamıştır. Kanunda Cumhuriyet savcısının elkoyma yetkisi verdiği hallerde emrin sulh ceza hakiminin onayına sunulması öngörülmemiştir.

Eski CMUK'ta savcı tarafından emredilen postada elkoyma işlemi üç gün içinde hakim tarafından tasdik olunuyordu. Yeni CMK'da böyle bir mecburiyet yoktur. Sıkıyönetim halinde postada elkoyma kararını sıkıyönetim komutanı verir (SYK m. 3/C). Olağanüstü Hal Kanununda bu yolda bir düzenleme yoktur. Ayrıca 1412 sayılı CMUK 91. maddede iki ayrı fıkrada düzenlenen sanığa veya sanık tarafından gönderilen mektuplara ait hükümler birleştirilerek tek maddede toplanmıştır.

Suçun delili olduğu düşünülen gönderilere postada elkonur. Ancak gönderinin gerçeğin ortaya çıkması için adliyenin eli altında olması zorunlu görülmelidir. Postada elkoymanın kapsamına özel şirketler dahil olmak üzere, posta hizmeti veren bütün resmi ve özel kuruluşlardaki her türlü gönderi girer¹⁸⁸.

¹⁸⁷ TURHAN, Faruk; Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınları, 2006, s. 260.

¹⁸⁸ ŞAHİN, s. 258.

Gönderi ilgisine teslim edilmişse, artık postada elkoyma değil, genel elkoyma prosedürü işler. Kargo hizmeti veren özel kuruluşlarda da postada elkoyma hükümleri uygulanabilir¹⁸⁹.

Hırsızlık yapan fail, elde ettiği nakit parayla değerli bir yüzük alır ve bunu kargoyla gönderirken kolluk kuvvetleri kargoda iken mala elkoyamaz, çünkü yüzüğün delil olma vasfı bulunmamaktadır ancak TCK m. 55/2 gereği müsaderesi gerekir¹⁹⁰.

Postada elkoyma işlemine ilgililerce karşı çıkılabilmesi için, ilgililerin bu konudan haberdar edilmeleri lazımdır. Avukatın postasına elkonulmuşsa CMK m. 129/3'te geçen” soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar verme olasılığı”na bakılmaksızın yapılan elkoyma işlemi avukata bildirilmelidir¹⁹¹.

Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı ya da temsil eden avukatın karşı koyması durumunda mühürlenerek mahkemeden bu konuda karar vermesi istenir (CMK m. 130).

Açılmamasına ya da açılıp da adliyenin eli altında bulunmasına gerek olmadığına karar verilen gönderiler ilgililere teslim olunur.

Postada elkoyma ile iletişimin denetlenmesi tedbiri karşılaştırıldığında şu sonuçlara ulaşılır:

- İki tedbirin de ortak noktası koruma tedbiri olmalarıdır. Ancak iletişimin denetlenmesine maruz kalan kişi bundan haberdar olmayacağından gizli bir soruşturma tedbiridir.

¹⁸⁹ ÇOLAK/TAŞKIN, s. 589.

¹⁹⁰ AYDIN, s. 171.

¹⁹¹ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 247.

- Postada elkoyma posta hizmeti veren kuruluşlardaki maddi varlığa sahip gönderilere ilişkindir, iletişimin denetlenmesinin konusu ise telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimidir.
- İletişimin denetlenmesi sadece katalog suçlar için mümkünken, postada elkoyma her suç için uygulanabilir¹⁹².

5. Avukat Postasına Elkoyma

Avukat bürolarında arama ve elkoyma konusuna tez çalışmamızın arama konusunu incelediğimiz ilk bölümünde değindiğimizden burada avukat postasına elkoyma konusu üzerinde duracağız.

Avukatlara ilişkin postada elkoyma işlemi ayrı ve genel hükümlerden farklı düzenlenmiştir. Bunun nedeni avukatla müvekkil arasındaki ilişkinin gizlilik içinde yürütülmesini sağlamak, savunma hakkını sağlam tutmak ve avukatın meslek sırlarının korunmasını sağlamaktır¹⁹³.

Hakim postadaki gönderinin avukatın mesleki ilişkisine ait olup olmadığını inceler. Avukat bakımından sadece bürosunda arama yapılan avukat denilmiştir. Büroda arama yapılmayan ama sadece postasına elkonulan avukatı koruma dışı tutar görünümündedir. Ancak genel hükümler avukatları da koruduğundan ve bir hak kaybı söz konusu olmadığından CMK m. 132/3'ün getirdiği hüküm yersizdir¹⁹⁴.

Mesleki ilişkiye ait belge olduğunu arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat ileri sürebilir.

132. madde açısından önceki yasa döneminde geçerli olan ve Suç Eşyası Yönetmeliği olarak adlandırılan yönetmelik hükümleri yasaya aktarılmıştır.

¹⁹² ÖZBEK, Veli; Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 395.

¹⁹³ SEVÜK, Handan Yokuş; "Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 69, 2007, s. 117.

¹⁹⁴ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 942.

6. Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini

Geçmiş yıllarda görülen bazı şirketlerin yönetimine elkonulması, saygın iş adamı olarak bilinen çok sayıda kişinin şirketinin sermaye piyasasında değer kaybetmesine neden olmuş ve uzun vadede Türk sermaye birikimi olumsuz etkilenmiştir. Soruşturma ile başlayan kamu zararı, yönetimine elkonulan şirketin geç paraya çevrilmesi ile daha büyük bir kamu zararına yol açmaktadır. İşte tüm bu olumsuzlukları önlemek adına CMK 133. madde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu tedbir hukukumuzda 5271 sayılı CMK ile girmiş olup, bu tedbirle şirketin malvarlığının kontrol altında tutulması amaçlanmaktadır. Bu yönüyle elkoymanın sonuçlarını doğurmaktadır. Bu elkoyma, tüzel kişinin mallarının müsaderesine ilişkin kararın yerine getirilebilmesine aracılık eder.

Kayyım, bir malın idaresi veya belirli bir işin görülmesi için tayin olunan kimsedir. TMK 403. maddede kayyımın belirli işleri görmek veya malvarlığını yönetmek için atanacağı belirtilmiştir.

CMK iki tür kayyım öngörmektedir: Şirket yönetim organının karar ve işleminin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılınması veya yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyıma verilmesidir.

CMK 133/4. fıkrada uygulanacağı suç tipleri yer almaktadır: TCK kapsamında; “Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti, uyuşturucu madde ticareti, parada sahtecilik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama, zimmet, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, silahlı örgüt, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk” bulunurken, ayrıca Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda Tanımlanan Silah Kaçakçılığı ve Bankalar Kanununda yer alan zimmet suçu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda yer alan ve hapis cezasını

gerektiren suçlar ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun bazı maddelerindeki suçlar hakkında da uygulanır.

Sayılan suçlar şirket faaliyeti kapsamında işlenmiş veya işlenmekte olmalıdır. Şirket bu sayılan suçları işlemek için paravan olarak kullanılabilir. Örneğin bir turizm şirketi faaliyeti çerçevesinde uyuşturucu madde ticareti, göçmen kaçakçılığı gibi 133/4-a, e de geçen suçlardan birinin işlendiği kurulan şirketin gerçekte ticari faaliyet icrası için değil, başka kaynaklarının zimmete geçirilmesi için bir araç olarak kullanıldığı hususunda kuvvetli şüphe varsa bu tedbire başvurulabilir¹⁹⁵.

Koşulları, sayılı suçlardan birinin zincirleme veya kesintisiz olarak şirket faaliyeti çerçevesinde işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için bu tedbire başvurma'nın gerekli olması, hakim kararı ve katalog suçlardan birinin işlenmesidir¹⁹⁶ (CMK m. 133/1).

Suçun aydınlatılması için gerekli ise kayyım tayin edilmelidir. Örneğin şirket vergi kaçırmışsa, soruşturma için kayyım tayinine gerek yoktur. Ama kara para aklama suçu işleniyorsa veya usulsüz kredilerle bankaların boşaltılması söz konusuysa ve devamlılık gösteriyorsa kayyım tayini gerekli olabilecektir¹⁹⁷.

Soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimi karar verir. Sulh ceza hakimi zorunlu savcılık yaptığı hallerde savcının talebi olmadan da resen tedbire karar verebilir. Kovuşturma aşamasında da yargılamayı yapan mahkeme resen veya tarafların talebi üzerine tedbire karar verebilir. Atanan kayyımın şirketi temsil hakkı bulunmamaktadır. Çünkü kayyımın görevi sui generis

¹⁹⁵ YERDELEN, s. 112.

¹⁹⁶ ERCAN, İsmail; Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Sayfa Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 262.

¹⁹⁷ ÇOLAK/TAŞKIN, s. 603.

olup, şirket yönetimiyle sınırlıdır. Temsil yetkisinin kendisine ayrıca kanunla tanınması gerekirdi¹⁹⁸.

Kayım hakkında takdir edilen ücret, şirket bütçesinden karşılanır. Ancak suçtan dolayı kovuşturmayaya yer olmadığı veya beraat kararı verilirse, bu paranın tamamı yasal faiziyle birlikte devlet hazinesinden karşılanır (CMK m. 133/2).

Atanan kayyımın delil toplama, mevcut delili muhafaza altına alma ve işlenmekte olan suça belli şekilde müdahale yetkisinin verilmeyişi önemli bir eksikliktir. Ayrıca atandığında şirketteki herkes soruşturma ve kovuşturmadan haberdar olacağından doğru zamanda uygulamaya geçilmelidir¹⁹⁹.

Kayımın iddia ve savunma makamıyla ilişkisinin olmaması yani tarafsız olması gerekir. Örneğin TMSF ve BDDK'nın müdahil olduğu bir şirketle ilgili soruşturmada bu kurumlar kayyım olarak atanamaz. Kaldı ki bir tüzel kişinin kayyım olarak atanması mümkün olmayıp, ancak gerçek kişiler kayyım olabilir. Tedbir için uygulanma süresi açıklanmamıştır. Hükümün kesinleşmesine kadar uygulanabilir²⁰⁰.

Bir atama kararıyla yönetim organının yetkileri tümüyle kayyımın verilebilir. Ancak kayyım tayininin üçüncü kişilerle yapılan işlemler bakımından sonuç doğurabilmesi için hakim veya mahkeme kararının ticaret sicil gazetesinde ilanı gerekir. İlgililer kayyımın işlemlerine karşı TMK ve TTK hükümlerine göre mahkemeye başvurabilirler (CMK m. 133/1).

Genişletilmiş elkoyma ile yani m. 128 ile şirket paylarına da elkonulması mümkündür. Ancak genişletilmiş elkoymayla şirket payına elkonulması için katalogta yer alan suçların payın sahibi tarafından işlenmesi gereklidir. Bu tedbirden

¹⁹⁸ CENTEL/ZAFER, s. 389.

¹⁹⁹ HAKERİ, Hakan/ ÜNVER, Yener; Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2008, s. 215.

²⁰⁰ ŞAHİN, s. 261.

etkilenenler şirketin tamamı değil, sadece hissedarlardır. Oysa şirket yönetimi için kayyım tayininde şirketin tamamı tedbirden etkilenir. Tek bir ortağın katalog suçlardan birini işlemesi şirket yönetimi için kayyım tayini gerektirmez. Şartlar oluşmuşsa genişletilmiş elkoyma uygulanır ama söz konusu suç şirket faaliyeti çevresinde işlenmişse kayyım tayini mümkündür²⁰¹.

İcrası tamamlanmış suçla ilgili olarak şirket yönetimine kayyım tayin edilemez²⁰².

7. Özel Kanunlarda Elkoymaya İlişkin Düzenlemeler

CMK bu konuda ayrıntılı düzenlemeler yapmasına karşın 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı yeni Bankacılık Kanunu aynı konuya ilişkin başka bir düzenleme yapmıştır. Kanununun 166. maddesinin (f) fıkrasına göre:

Soruşturmanın sonuçlanmasına kadar Bankacılık Kanununda düzenlenen suçların faillerinin her türlü mal, alacak, para ve sair eşyalarına hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle elkonulur. Bu suçlara iştirak edenler ile suç faillerinin bu suçlar nedeniyle elde ettiği her türlü haksız kazanımın transferi sonucu elde edilen, kan ve kayın hısımları ile üçüncü şahıslar nezdindeki mal, alacak veya sair her türlü şeylere de Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle elkonulur (Bankacılık Kanunu m. 166/f).

166. maddenin (g) bendine göre; “ *Elkoyma kararı yirmidört saat içinde yetkili ve görevli sulh ceza hakiminin onayına sunulur. Hakim kırksekiz saat içinde kararını açıklar. Aksi halde elkoyma hükümsüz kalır.*”

Bu maddeyi kaleme alanlar CMK m. 128’de yer alan güvenceleri ortadan kaldırmışlardır. Şöyle ki hakim kararı aranması mutlak olmaktan çıkmıştır. Maddede

²⁰¹ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 396, 397.

²⁰² ARSLAN, Sadettin; Soruşturma Evresi, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 209.

kuvvetli şüphe aranmamaktadır ve ne tür bir şüphe arandığı da belirtilmemiştir. Anayasaya aykırı olan ve Bankacılık Kanunu ile kaldırılan 5020 sayılı Kanundan tanıdığımız ”kan ve kayın hısımlar ile üçüncü şahıslar nezdindeki mal, alacak veya sair her türlü şeylere de elkonulur” ibaresine burada da yer verilmiştir²⁰³.

31.03.2007 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 21.03.2007 gün ve 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu önemli yenilikler getirmiştir. Kaçakçılık suçlarıyla ilgili elkoyma da delil elde etmek veya müsadere kararının uygulanmasını temin amacıyla yapılır. 9. madde uyarınca arama ve elkoyma işlemi CMK hükümlerine göre yapılacaktır. Kaçakçılık suçlarında kullanılan araçlar için “elkoyma” ve “alıkoyma” şeklinde iki değişik uygulama söz konusudur. Kaçakçılık suçunda kullanılan araca CMK m. 128 uyarınca elkonulur. KMK m. 10/1 hükmü karşısında, kaçakçılıkta kullanılan taşıt, trafik veya ilgili sicile şerh verilerek araç sahibine iade edilir. Araç Türkiye’de sicile kayıtlı değilse ve aynı aracın başka kaçakçılık olayına karıştığı tespit edilmişse, sicile şerh verilerek elkonulan araç ”alıkonulur”. Yani hem kayden hem fiilen elkonulmuş olur²⁰⁴.

İlgili kanunla kaçak eşyaların dışında, bu eşyaların taşınmasında bilerek kullanılan veya kullanılmaya teşebbüs edilen taşıma aracı, kaçak eşyanın taşınmasını kolaylaştıracak veya onu gizleyecek biçimde hazırlanması, eşyanın taşıma aracı yüküne göre miktar ve hacimce tamamını veya ağırlıklı bölümünü oluşturması veya eşyanın Türkiye’ye girmesi Türkiye’den çıkması yasak ya da toplum veya çevre sağlığı açısından zararlı maddelerin olması durumlarından birinin gerçekleşmesi halinde bu eşyalara da elkonulacaktır (m.20).

²⁰³ ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR, s. 439.

²⁰⁴ AYDIN, s. 176.

Deniz taşıtları için KMK m. 11/3 gereğince deniz taşıtları, teminatla teslim alınmaması halinde, muhafaza ve zorunlu bakım giderleri sahiplerince ya da donatanlarınca karşılanmak üzere gümrük idaresince belirlenen liman işletme müdürlüğüne teslim edilir. Masraflar, sahiplerince ya da donatanlarınca karşılandığı sürece, taşıtın tasfiyesi yoluna gidilmez.

KMK eşya ve değer müsaderesi konusunda TCK m. 54 ve Kabahatler Kanununa atıf yapmakla birlikte, kaçakçılıkta kullanılan taşıtın failin dışındaki bir kişiye ait olması halinde de müsaderesine hükmetmiştir.

4926 Sayılı Kaçakçılık Kanunu, 17/2. maddesinde;

”Kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda arama yapılır.” ; ” Ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde arama yapılması ve buralardaki eşyaya el konulması bu Kanunda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş hakim kararı; bu sebebe bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise o yerin en büyük mülki amirinin veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılır. Mülki amirin veya Cumhuriyet savcısının verdiği yazılı emir yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını en geç kırksekiz saat içinde açıklar, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkar...” ;

19/ 1. maddesi ; *” Bu Kanunda zorunlu öngörülen kaçak eşyaya derhal el konulur...”* demektedir.

6831 sayılı Orman Kanununda yapılan değişikliklerle birlikte 79. maddenin 1. fıkrası uyarınca orman suçlarına ilişkin delillere, suçta kullanılan eşyalara, kaçak orman emvaline, orman emvalinin naklinde kullanılan canlı ve cansız nakil

vasıtalara elkoyma işlemi CMK hükümlerine göre yapılmalıdır. Orman Kanunu istisnai olarak savcıya ulaşılamama halinde kolluk amirine tanınan yetkiyi orman işletme şefine vermiştir.

4915 Sayılı Kara Avcılığı Kanununun, Suçların Takibi başlıklı 20.maddesinde;

“..... Suçların takibi ile görevli olan av koruma memurları ve saha bekçileri bu Kanunda belirtilen yasaklara aykırı hareket edenleri avlanmadan men etmeye, haklarında suç zaptı düzenlemeye ve silah, alet ve ekipmanlar ile canlı, cansız av hayvanlarını, av hayvanlarının bizatihi avında kullanılan suç vasıtalarını kime ait olursa olsun zapt etmeye ve bu amaçla yakalamaya görevli ve yetkilidir... Kır ve köy bekçileri ile köy muhtarları aynı yetkiyi haizdir...”

VI. ELKOYMA KARARININ YERİNE GETİRİLMESİ

Kanunda elkoyma kararının içeriği ortaya konulmamıştır. Aramada olduğu gibi elkoyma kararında da eşyanın özellikleri belirtilmelidir. Eşyanın ilgili kişide olduğu yönünde şüphe varsa arama kararı verilmelidir. Arama kararının sonucu olarak, arama hükümleri çerçevesinde elkoyma yapılabilir.

CMK m. 124/2 gereği elkoyma kararı kapsamında bu eşya ve değerlerin zilyedi hakkında disiplin hapsine karar verilir. Tanıklıktan çekinme hakkını haiz olanlar için disiplin hapsi uygulanmaz. Disiplin hapsi üç ayı geçemez ve hüküm verilinceye kadar devam edebilir.

Disiplin hapsi ancak, eşyanın nerede olduğunun, muhafaza altına alma ya da elkoyma işlemini gerçekleştirecek görevliler tarafından bilinmemesi halinde uygulanır. Buna karşılık, görevlilerce görülen, yeri bilinen bir eşyayı zilyedin sadece

teslimden kaçınması halinde CMK m. 123/2 gereğince, disiplin hapsine gerek kalmaksızın, elkoymaya yetecek ölçüde zor kullanmak suretiyle elkonulabilir²⁰⁵.

Suç Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaysa, kolluk görevlisinin açık kimliği yerine sicil numarasının yazılmasıyla yetinilir (TMK m. 10/1-ç).

Aynı yargı çevresinde elkoyma kararının yerine getirilmesi, aynı yargı çevresinde görevli savcılık aracılığıyla, kolluk tarafından gerçekleştirilir. Uygulama açısından bu kararın hakim, gecikmesinde sakınca olan durumlarda savcı, savcıya ulaşılamaması halinde kolluk amirinin yazılı emriyle gerçekleşmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Bazen delil olabilecek veya müsadere edilecek eşya farklı yerde olabilir. Örneğin bir şehirde yürütülen soruşturmaya ilgili olarak başka şehirde bulunan bir eşya için elkoyma kararı verilebilir. Bu karar, eşyanın bulunduğu yer savcılığına gönderilmekte ve bu şehrin kolluk görevlilerince yerine getirilmektedir. Uygulamada bu işleme istinabe ya da talimat adı verilmektedir²⁰⁶.

Bünyesinde potansiyel zorlama barındıran bu koruma tedbirinin mutlaka kuvvet kullanılarak icrası gerekmez. Somut olayın özelliklerine göre, tedbirin amacının gerçekleşmesine yetecek derecede bir kuvvet kullanılacaktır.

Soruşturma evresinde gerçekleştirilen tüm işlemlerin belgelendirilmesi ilkesi gereğince, elkoyma için bir tutanak düzenlenecektir ve tutanağa elkoymayı gerçekleştiren kolluk görevlilerinin bilgileri kaydedilecektir. Buradaki amaç, işlemin yasallığı sağlamak ve gerektiğinde tutanak tanığı olarak bu kişilerin bilgisine başvurmaktır. Kolluk görevlilerince de suç eşyasına elkonulduğuna ilişkin bir tutanak düzenlenir ve tutanağa; elkonulan eşyanın türü, miktarı, işaret, yazı ve numaraları, markası, modeli, takdir edilen değeri, hangi suçtan ötürü kimden, nerden,

²⁰⁵ ŞAHİN, s. 254.

²⁰⁶ TAŞKIN/ÇETİNTÜRK, s. 81.

ne suretle alındığı, soruşturma evrak numarası, mağdur, şüpheli, sanık, vekil, bilirkişi, tanıklar ile huzurdaki kişilerin ve görevlilerin açık kimliği, işlemin yeri, tarihi, saati, ilgililerin imzası yazılır ve soruşturma evrakına eklenir²⁰⁷.

Suçun işlenmesini müteakip olay yerinde suçta kullanılan, müsaderesi gereken veya bulundurulması suç teşkil eden eşyalar²⁰⁸ muhafaza altına alınır. Muhafaza işlemleri her Cumhuriyet başsavcılığı bünyesindeki emanet dairelerinde yapılır. Her başsavcılık nezdinde bir adet emanet dairesi bulunur. Adalet dairelerinin bulunduğu binalarda suç eşyasının muhafazası için, mümkünse penceresiz, değilse demir parmaklı pencereli, çift kilitli ya da demir kapılı, rutubetsiz bir yer tahsis edilir. Emanet dairesinde suç eşyası defteri, kasa defteri gibi defterler ve yazılı kartonlar tutulur. Adalet müfettişleri ve Sayıştay tarafından denetimi yapılır²⁰⁹.

Elkonulan eşya, uygun şekilde ambalajlandıktan sonra, ambalajın ebadına, delillerin niteliğine göre, tel, ip vb. ile bağlanıp, açıldığı zaman tekrar kullanılmayacak şekilde bozulan ve açıldığı belli olan mühür bandı, yapışkanlı güvenlik poşeti, seri numarası bulunan tek kullanımlık hazır mühür, kurşun veya mum ile mühürlenir. Suç eşyasının üzerindeki etikete eşyanın cinsi, miktarı, soruşturma evrak numarası ve kimden alındığı yazılarak Cumhuriyet başsavcılığına tevdi edilir²¹⁰.

Teslime dair işlemler savcının talimatı doğrultusunda emanet memurunca erine getirilir. Memur, usulüne göre ambalajlanmamış veya mühürlenmemiş suç eşyasını teslim alamaz. Teslim alınan suç eşyası, suç eşyası esas defterine kaydedilir.

²⁰⁷ ÇOLAK/TAŞKIN, s. 576.

²⁰⁸ Yönetmeliğe göre suç eşyası, ispat aracı olarak görülen veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçun işlenmesi için hazırlanan, suçtan meydana gelen, üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım satımı suç oluşturan eşyadır.

²⁰⁹ ÇOLAK/TAŞKIN, s. 567.

²¹⁰ ŞAFAK/BIÇAK, s. 189.

Makbuz dört nüsha düzenlenir. Emanet memuru mahkeme ve diğer resmi dairelerden istenen eşyayı, esas defterindeki yere görevlinin imzasını alarak teslim eder. Zorunluluk olmadıkça eşyanın mührü sökülmez. İnceleme sırasında eşya değişikliğe uğrarsa bu husus tutanakla tespit olunur. Emanet memuru teslim almaya engel bir durumu yoksa iade edilen suç eşyasını kabul eder. Üç ay içinde iade edilmeyen emanet suç eşyasının iade edilmeme sebebi ilgili merciden yazıyla sorulur. Suç eşyasının başka yere nakli de mümkündür²¹¹.

Değerli maden veya taşlar, antika eşyalar, bilgisayar ve diğer elektronik eşyalar, bozulacak ve değer kaybedecek eşyalar ve emanete alınan paralar daha özel düzenlemelere tabi olarak emanete alınır.

Elkoymaya konu edilen suç eşyalarının çoğu bir itiraz olmamasının yanında maddi olarak da değeri hiçbir önem taşımamaktadır. Zaten maddi değeri olan eşya söz konusu olduğunda zilyedi hem baştan rıza göstermemekte, hem de eşyasını kurtarmak için CMK m. 127/4 uygulamasıyla elkoymanın kaldırılması talebini sürekli yenileyerek ya da eşyanın iadesini talep ederek adliyenin kapısını aşındırmaktadır²¹².

Askeri mahallerde yapılacak elkoyma işlemi Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yerine getirilir (CMK m. 127/6).

Elkoyma tedbirinin uygulanması sırasında yapılan soruşturma ya da kovuşturmayla bağlantısı bulunmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, “tesadüfen elde edilen deliller” başlıklı CMK m. 138/1 uygulanacaktır.

²¹¹ ÇOLAK/TAŞKIN, s. 568,569.

²¹² AKPINAR, Gürsel; “Suç Eşyasının Korunması”, Adalet Dergisi, Yıl 99, Eylül 2007, Sayı 29.

VII. ELKONULAN EŞYANIN İADESİ VE MÜSADERESİ

A. Genel Olarak

CMK m. 131 gereğince, müsaderesine veya muhafaza altına alınmasına gerek kalmayan eşyanın iadesine karar verilir. Elkonulan eşya ve diğer malvarlığı değerleri suçtan zarar gören mağdura aitse ve delil olarak ihtiyaç kalmamışsa sahibine iade edilir. Eski CMUK'ta eşyanın iadesine ilişkin, tüm halleri kapsayan açık bir düzenleme yoktu; sadece 103. maddede “mağdurdan alınan eşyanın iadesi” düzenlenmişti. Yeni CMK m. 131'de ise, şüpheliye, sanığa hatta üçüncü kişiye ait eşyanın iadesi düzenlenmiştir.

CMK m. 131'e göre elkonulan eşyanın muhafazasına gerek kalmaz veya müsadereye tabi tutulmayacağı anlaşılırsa, resen ve istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından karar verilir ve istemin reddi kararlarına itiraz edilebilir.

Bu düzenleme, eski CMUK'taki düzenlemenin yetersizliğine son vermiştir. Şöyle ki CMUK 103. madde de sadece mağdura yer verilmiş, sanık ve üçüncü kişiden söz edilmemişken, yeni kanun bu kişileri de iadeyi de kanun kapsamına almıştır.²¹³

İade işleminin nasıl yapılacağı da Suç Eşyası Yönetmeliği'ne göre müsaderesine veya iadesine ilişkin karar örneklerinden biri, dosyadaki emanet makbuzuyla beraber bir hafta içinde Cumhuriyet başsavcılığına tevdi edilir (m. 15).

²¹³ DÜZGÜN, Nuri/ ELMACI, Şerafettin; Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 77.

Madde incelendiğinde 1. fıkrada mağdura iadeden söz etmediği görülür. 2. fıkrada 128. maddeye giren daha ağır suçlara ilişkin olarak yapılan elkoymada mağdura iade mümkün olduğuna göre basit elkoymada da bu mümkündür²¹⁴.

Eşyanın iadesine soruşturma aşamasında savcı ya da sulh ceza hakimi, kovuşturma aşamasında mahkeme karar verir. İade kararı kesindir ve olağan bir denetim yolu yoktur. Ancak istemin reddi kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir (CMK m. 267 vd.). Fakat soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının iade istemini reddi halinde hakimden talepte bulunulmalı ve bu talep reddedilirse itiraz edilmelidir²¹⁵.

Uygulamada, silah kaçakçılığı şüphesiyle bir gemiye veya gemideki kargoya bir yılı aşan süre boyunca keyfi olarak elkonulması AHİS'e aykırı kabul edilmiştir²¹⁶.

B. Hükümün Kesinleşmesinden Önce Suç Eşyasının İadesi ve Elden Çıkarılması

Emanet eşyasının iadesine veya elden çıkarılmasına ilişkin kararlar en geç iki gün içinde Cumhuriyet başsavcılığına tevdi edilir. Başsavcılık bu kararı emanet memurluğuna gönderir. Suç eşyasının iadesine veya elden çıkarılmasına, teminat ya da rayiç değerinin ödenmesi karşılığında karar verilmişse makbuz da eklenir.

²¹⁴ GEDİK, Doğan, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Basit Elkoyma", Terazi Hukuk Dergisi, Şubat 2007, Yıl 2, Sayı 6, s. 81.

²¹⁵ ŞAHİN, s. 254.

²¹⁶ ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 408. (ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN SHIPPING LINES/ TÜRKİYE, 40998/98, NO: 103)

C. Hükümün Kesinleşmesinden Sonra Suç Eşyasının Sahibine İadesi ve Müsaderesi

1. Genel Olarak

Mahkemelerce eşyanın müsaderesine ya da iadesine ilişkin karar örneklerinden biri dosyadaki emanet makbuzuyla bir hafta içinde Cumhuriyet başsavcılığına tevdi edilir ve oradan da emanet memurluğuna gönderilir.

2. Tedavül Etmeyen Paralarla Suç Eşyası ve Kazanç Müsaderesinin Konusunu Oluşturan Malvarlığı Değerleri Hakkında Verilen Müsadere ve İade Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair İşlemler

Sahibine iadesine karar verilen eşya, imzası alınmak suretiyle sahibine, yasal temsilcisi veya vekiline teslim olunur. Bu işlemler savcı huzurunda yapılır. Suç eşyası yabancı uyruklu kimseye aitse konsolosluga gönderilir. Müsadereye konu edilmeyen eşyalar yargılama sonunda delil olarak muhafaza edilmek üzere mahkemesine gönderilir. Müsaderesine karar verilen uyuşturucu ile ilgili işlemler ve ateşli silah, mermi ve diğer patlayıcı belgelerle ilgili işlemler konuya dair yönetmelik hükümlerine göre yapılır.

3. Bankaya Yatırılmış Paraların Müsadere ve İadesine İlişkin İşlemler

Paranın sahibine iadesi, ilgilinin müracaatı halinde başsavcılığın bu hususta bankaya yazacağı yazıyla yapılır. Müsadere halinde de reddiyat makbuzu düzenlenerek para, imza karşılığında mahallin en büyük mal memurluğuna yatırılır²¹⁷.

Uygulamada her adliyede emanet memurlukları bulunmaktadır. Emanet memurluğu Cumhuriyet başsavcılıklarına bağlı olarak görev yapar. Yargılama

²¹⁷ ÇOLAK/TAŞKIN, s. 574.

sonunda kesin hükümle birlikte ya da önceden ilgili hüküm, mahkeme ya da Cumhuriyet savcısının kararıyla geri verilmesi istenen eşya için ilgisine tebligat çıkarılır, teslim edilir. Elkonulan eşyanın geri verilmesinin istenmesi üzerine verilen ret kararları itiraza tabidir, hakim veya mahkemece verilmesi arasında fark yoktur. Geri verilmesine karar verilip de meşruhatlı davetiyeye rağmen sahipleri tarafından bir ay içinde alınmayan veya tebligat yapılamayan kişilere ait eşya iki ay içinde satılarak bedeli faizli bir hesaba yatırılır. İadesine karar verilmiş olup da sahibi ölmüş ya da gaip olmuş kimselere ait eşya, tereke yönetiminde değerlendirilmek üzere yetkili sulh hukuk hakimliğine tevdi olunur. İadesine karar verilip de bir ay içinde alınmayan ve ekonomik değeri bulunmayan eşyanın imhasına savcı başkanlığında emanet memuru ve iki zabıt katibinden oluşan komisyon karar verir²¹⁸.

Yargıtay, suçta kullanılan kasap bıçağının sanığa aidiyeti saptanmadan zorralımına karar verilmesinin yasaya aykırı olduğu yönünde karar vermiştir²¹⁹. Başka bir kararında “*Sanık annesinin bulundurma ruhsatlı tabancasını, onayı ve izni olmadan taşıdığına göre zorralımına karar verilmesi yasaya aykırıdır*” demiştir²²⁰.

Elkonulan suç unsurlarının teslimi konusu hukuki süreç ve güvenlik açısından önemli olup, suç unsurları; adli emanete, kaçak eşya ise Gümrük Müdürlüğüne, nükleer madde ise Atom Enerjisi Kurumuna, patlayıcı madde ise imha edildikten sonra imha dosyasına, sigara vs ise Tekel müdürlüklerine teslim edilir²²¹.

²¹⁸ ÇOLAK/TAŞKIN, s. 575, 597.

²¹⁹ Y.7.CD. 06.04.1976, 3109/3169

²²⁰ ŞAFAK/BIÇAK, s. 193. (Y.8.CD. 10.11.1977, 4199/8188)

²²¹ ATAYÜN, s. 488.

VIII. ELKOYMA VE MUHAFAZA ALTINA ALMANIN DENETİMİ

A. Genel Olarak

“Elkonulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınır.” (CMK m. 132/4).

CMK 132. madde gereğince, elkonulan eşya şu sebeplerin varlığı halinde hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir:

- Eşyanın zarara uğraması söz konusuysa,
- Değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesi varsa.

Ancak elden çıkarılmadan önce fotoğrafını çekme, tanıklara gösterme, bilirkişi incelemesi yaptırma gibi delil değerini muhafazaya yönelik tedbirlerin alınması gerekir²²².

Bu karara soruşturma aşamasında hakim, kovuşturma aşamasında mahkeme karar verir. Ancak karar verilmeden önce eşyanın sahibi ve ilgili kişiler dinlenir ve elden çıkarma kararı kendilerine bildirilir. Eşyanın muhafazası ve zarar görmemesi için gereken tedbirler alınır. Şüpheliye bakım ve gözetim için teslim edilebilir. Bu bırakma teminat koşuluna da bağlanabilir. Elkonulan eşyanın delil olarak saklanmasına gerek kalmaması halinde ise, rayiç değerinin derhal ödenmesi karşılığında ilgiliye teslim edilebilir. Müsaderenin konusunu işte bu rayiç değer oluşturmaktadır.

İtiraz yolu açık olup, hakim kararı olmadan elkoyma yapılmışsa elkoymaya maruz kalan kişi her zaman hakimden bu konuda karar vermesini isteyebilir²²³.

²²² GEDİK, s. 79.

²²³ ÖZBEK, Veli/ BACAKSIZ, Pınar/ DOĞAN, Koray; Açıklamalı Şematik Çalışma Kitabı II, Ceza muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 2007, s. 139.

B. Hakim Tarafından Verilen Elkoyma Kararının Denetimi

Elkoymaya hakim karar vermişse, buna karşı itiraz yolu açıktır (CMK m. 267 vd.). Mahkeme kararları aleyhine itiraz edilemez ama bu kanunun özel olarak getirdiği hallerde mümkündür. Bu itiraz m. 268/1'e göre itiraz ilgililerin kararı öğrenmesinden itibaren yedi gün içinde yapılır.

Hükümden önce verilip de hükme esas teşkil eden ya da başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları da (ara kararlar) hükümle birlikte temyiz olunabilir (CMK m. 287).

Hakim tarafından ve mahkemelerden verilen ve Yargıtay'a tetkik edilmeksizin kesinleşen kararlara karşı kanun yararına bozma yoluna gidilebilir (CMK m. 309).

C. Hakim Kararıyla Olmayan Elkoyma İşleminin Denetimi

Yasa Cumhuriyet savcısına, onun olmaması durumunda da kolluk amirine yazılı emirle elkoyma kararı verme yetkisi tanımıştır. Bu istisnai durumlarda yazılı emrin derhal hakim onayına sunulmasını denetim mekanizması olarak öngörmüştür. Elkoyma işlemi yirmidört saat içinde hakime sunulur ve hakim elkoymanın gerçekleşmesinden itibaren kırksekiz saat içinde kararını açıklar. Onaylamazsa elkoyma kendiliğinden ortadan kalkar²²⁴.

IX. ELKOYMA İŞLEMİNE KARŞI KANUN YOLLARI

Elkoyma işlemi hakim kararına göre yapılmış ya da kolluk amiri ya da Cumhuriyet savcısınca yazılı emre dayanarak yapıp hakim onayına sunularak hakimce onaylandıktan sonra işlem hakim kararına dayalı sayılacağından bu karara

²²⁴ SIRMA, Özge; "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma", Uğur Alacakaplan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt I, s. 656.

karşı kararı veren hakimliğe CMK m. 267 gereğince itiraz edilebilir. İlgili kişi elkoyma işlemini öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde sözlü ya da yazılı olarak itirazını yapabilir. 2. fıkra gereği itiraz yerinde görülürse karar değiştirir ya da kaldırır, itiraz yerinde görülmezse üç gün içinde yetkili mercie gönderilir. 3. fıkrada yetkili merciin bir üst derece mahkeme olduğu ifade edilir. CMK 127. maddenin 4. fıkrası uyarınca elkoymanın kaldırılması ve eşyanın iadesi ya da eşyanın korunması talebinde bulunulabilir. Bu taleplerin reddine dair kararlar CMK m. 267 - 268 uyarınca itiraza tabidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİLGİSAYAR, BİLGİSAYAR KÜTÜKLERİ VE PROGRAMLARINDA ARAMA VE ELKOYMA

I. Genel Olarak

Bu tedbir, arama ve elkoymanın özel bir şekli olup, gelişen teknoloji ve bilgisayar kullanımının yaygınlığı sonucu düzenleme yapılması zorunlu hale gelmiştir.

Mevzuatımızın Bilişim Suçları alanındaki eksikliği 5237 sayılı TCK ile giderilmeye çalışılmış ve bilgisayarlarda arama konusu 5271 sayılı CMK'nın 134. maddesinde yer bulmuştur²²⁵.

MADDE 134

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

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

²²⁵ DEMİRKİR, Müge; “ Bilgisayarlarda, Bilgisayar Kütüklerinde ve Programlarında Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, Şükrü Alparslan Armağanı, Mayıs 2007, s. 335.

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

(4) İstemesi halinde, bu 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. “

Gerekçesinde ise, bilgisayar program ve kütüklerinde arama yapılması belli koşullara tabi tutulmuş bulunmaktadır:

1. “İki yıl daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler hakkında yapılan soruşturmalarda arama, kopyalama, aygıt geçici olarak elkoyma yapılabilir.
2. Bunun için söz konusu işleme başvurulmasının zorunlu olması yani “ultima ratio” çare olması gerekir
3. Kararın mutlaka hakim tarafından ve gizli olarak verilmesi lazımdır.
4. Arama sonucu suçla ilgili bilgi metin haline getirilecektir.
5. Çözüm için aygıt geçici olarak elkonabilir ama çözümden hemen sonra aygıt ilgiliye geri verilmelidir. “

Benzer bir tedbir Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinde düzenlenmiştir.

16. maddesinde “Depolanmış Bilgisayar Verilerinin Hızlı Bir Biçimde Korunması Tedbiri” ve 19. maddede²²⁶ ise “Saklanan Bilgisayar Verilerinin Aranması ve

²²⁶ 19. Madde: - Saklanan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması

1. Taraflardan her biri, yetkili mercilerinin kendi ulusal sınırları içinde aşağıdakileri arama ya da bunlara benzer şekilde erişim sağlama konusunda yetkili olabilmeleri için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır:

a. Bir bilgisayar sistemi ya da bu sistemin parçası ve bunlarda saklanan bilgisayar verileri,

b. Bilgisayar verilerinin saklandığı cihazları.

Bunlara El Konulması” başlıklı tedbir yer almaktadır²²⁷. Bu yönüyle CMK 134. madde sözleşme hükmünün iç hukuka uyarlanmış biçimidir denilebilir. Bu bağlamda kişi özgürlüklerinin temel, kısıtlamalarının ise istisna olması gerektiği konusunda duyarlılık gösterilerek düzenlemeler yapılmalıdır.

Yine 25832 numaralı, 01.06.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Suç Eşyası Yönetmeliği’nin “Teslim alınmayacak suç eşyası” başlıklı 9. maddesi konuyla ilişkilidir:

“Madde 9 - Bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve bu sisteme ilişkin verilerin asıl ya da kopyaları, ses ve görüntü kayıtlarının bulunduğu depolama aygıtları gibi eşya, bozulmalarını engelleyecek, nem, ısı, manyetik alan ve darbelerden korunmalarını sağlayacak uygun ortamda muhafaza edilir. ”

25832 numaralı, 01.06.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 17. maddesi “Bilgisayarlarda, Bilgisayar

2. Tarafların her biri, yetkili mercilerinin paragraf 1 (a) uyarınca belirli bir bilgisayar sisteminde ya da bu sistemin bir parçasında arama yapması ya da bunlara erişim sağlaması söz konusu olduğunda, ayrıca aranan verilerin kendi ulusal sınırları içindeki başka bir bilgisayar sisteminde ya da bu sistemin bir parçasında saklandığına dair gerekçeleri bulunduğu, söz konusu mercilerin arama ya da erişim işlemlerini bu sistemi kapsayacak şekilde genişletebilmelerini sağlamak üzere gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır.

3. Taraflardan her biri, yetkili mercilerinin kendi ulusal sınırları içinde paragraf 1 veya 2 uyarınca erişilen bilgisayar verilerine el koyma ya da bunları başka şekillerde koruma altına alınması konusunda yetkili olabilmeleri için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır. Bu işlemler arasında, aşağıdakilerin yapılabilmesine yönelik yetkilerin sağlanması bulunacaktır:

a. Herhangi bir bilgisayar sistemine ya da bu sistemin bir parçasına veya bilgisayar verilerinin saklandığı cihazlara el konulması ya da bunların benzer şekilde koruma altına alınması;

b. Bu bilgisayar verilerinin kopyalanıp alıkonulması;

c. Söz konusu saklı bilgisayar verilerinin doğruluğunun muhafaza edilmesi;

d. Erişilen bilgisayar sistemindeki söz konusu verilerin erişilemez kullanılamaz hale getirilmesi ya da silinmesi.

4. Taraflardan her biri, yetkili mercilerinin ilgili bilgisayar sisteminin işleyişi hakkında ya da bu sistem içindeki bilgisayar verilerinin korunması için kullanılan önlemler hakkında bilgi sahibi olan herhangi bir kişiye, paragraf 1 ve 2’de belirtilen işlemlerin yapılabilmesi için gerekli bilgileri makul şekilde vermesi yönünde talimat vermesi için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır.

5. İşbu maddede sözü geçen yetki ve usuller Madde 14 ve 15’e tabi olacaktır.”

²²⁷ DÜLGER, Murat Volkan; Bilişim Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 339.

Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma” başlığını taşımakta olup, şu şekildedir:

“Madde 17 - Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir. Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması hâlinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması hâlinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir. Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Bu işlem, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanır. İstemesi hâlinde, bu yedekten elektronik ortamda bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır. Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan verilerin mahiyeti hakkında tutanak tanzim edilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır. Bu tutanağın bir sureti de ilgiliye verilir.”

Bu madde, 5271 sayılı CMK madde 134 ile paralellik taşımakla birlikte, “bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları” da kapsamıştır. Böylece kanunda kullanılan “şüphelinin kullandığı bilgisayar ve

bilgisayar programları ile bilgisayar kütükleri” ibaresi genişletilmiştir. Fakat yeterli olmayan, eksik kalan düzenlemenin hafıza kartları, el bilgisayarları, cep telefonları, taşınır bellekler, yazıcı ve faksler, modemler ve sair elektronik veri barındırıcılarını da kapsamı gerekirdi²²⁸.

Bir şahsi bilgisayarı incelediğimizde, o bilgisayarı kullanan kişinin özel verilerine ulaşmamız kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla şahsi bilgisayar, özel hayatın önemli bir unsuru niteliğindedir. Kullanıcının günlüğü, düşünceleri, fotoğrafları ve birçok özel verisinin depolandığı bu bilgisayar, işlenen bir suç ile ilgili önemli delilleri de tarafımıza sunabilir. Bilgisayarlar programları ve kütüklerinde arama, gizli verilerin ortaya çıkarılması saikıyla, kişinin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahalede bulunularak yapılacaktır.

Kişisel mahremiyete daha az müdahale yapmak için, bu maddede ilk önce şüphelinin bilgisayarında arama yapılması öngörülmektedir. Örneğin, bir bilgisayarda sadece lisanssız yazılım yüklenmiş olup olmadığına bakmak için, bir bilgisayarda sadece bir kullanıcının tanımlanmış olup olmadığına bakmak için veya bir bilgisayarda sadece mevcut dosyalar içerisinde çocuk pornografisi içerikli birkaç adet resim dosyası bulunup bulunmadığına bakmak için bilgisayara elkoymadan olay yerinde çok hızlı bir şekilde arama yapılabilir. Bu durumda yapılan aramaların, bilgisayarın orijinal verilerini değiştirmeden adli bilişim yöntemleri ile yapılması gerekmektedir²²⁹.

Bilgisayarda arama yapılabilmesi için, her şeyden önce, başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması gerekir. Arama kararı hakim tarafından verilir. Gecikmede sakınca olsa bile Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılamaz.

²²⁸ YAVUZCAN, Emrah; “Bilgisayarlarda, Bilgisayar kütüklerinde ve Programlarında Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3242>, 16.10.2009

²²⁹ <http://www.ekesif.com/2008/07/bilgisayarlardaaramaelkoyma.html>, Erişim Tarihi 19.12.2009

Genel aramadan farklı olarak suç şüphesi altında olmayan kişilere ait bilgisayarlarda arama yapılması kabul edilmemiştir. Maddede sadece “soruşturma”,”hakim”,”şüpheli” denerek sadece soruşturma evresinde başvurulabileceği izlenimi yaratılmış olması kovuşturma evresinde bu tedbire başvurulamayacağı anlamına gelmemelidir²³⁰. Ancak bu görüş azınlıkta olup, esas olan kanunun açık hükmü gereği bu tedbire yalnızca soruşturma evresinde başvurulabileceğidir.

Bu koruma tedbirinin bilgisayarın ticari, siyasi, ekonomik, bilimsel tüm hayatımıza girmesi nedeniyle bu kadar sıkı şartlara bağlanması doğaldır²³¹.

Tedbirin kapsamı, bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri üzerine arama yapılması, kopya çıkarılması ve bu kayıtların çözülerek metin haline getirilmesidir.

CMK’da getirilen bu yeni koruma tedbirine soruşturma evresinde ve ancak Cumhuriyet savcısının istemiyle başvurulabilir. Bazı yazarlar bu durumu eleştirmektedir. Ancak yeni sistemde tüm delillerin soruşturma aşamasında toplanıp mahkemeye tam olarak sunulması istenmektedir. Eğer eksiklik olursa mahkeme bilgisayar üzerinde arama ve elkoyma tedbirine başvurulmasını gerekli görüyorsa, iddianameyi iade ederek bu eksikliğin giderilmesini isteyebilecektir²³².

Bilgisayar: Hafızasında yer alan bilgileri belli komutlar çerçevesinde işleme tabi tutabilen bilişim sistemlerini çalıştırmaya yarayan araçlardır.

Bilgisayar programı: Verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik olarak işleme tabi tutma olanağı veren manyetik sistemlerdir.

²³⁰ ŞAHİN, s. 245.

²³¹ ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa, SIRMA Özge, SAYGILAR Yasemin,; Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 4. Bası, Ankara 2006, s. 411.

²³² AKSOY, s. 69.

Bilgisayar kütükleri: Harddisk olmayıp, İngilizce karşılığı "log" olan, IP no'larını ve diğer erişim bilgilerinin depolandığı veri tabanlarıdır²³³.

Bilgisayarlar, yapısı itibarıyla kolayca değiştirilebilen ve eklenebilen bir yapıdadır. Bu özelliğinden dolayı bazı durumlarda bilgisayar, bilgisayar programları, bilgisayar ağları, uzak bilgisayarlar ile veri saklama ünitelerine hemen elkoymak gerekebilir. Üzerinde inceleme yapılan bilgisayar, bilgisayar programları, bilgisayar ağları, uzak bilgisayarlar ile veri saklama üniteleri büyük bir şirkete ait ise ve cihazlara elkonduğunda şirket faaliyetlerini devam ettiremeyecek durumda kalırsa veya elkonacak veriler bütün sistemdeki verilerin bir kısmı ise bütün sistemlere elkoymaksızın, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilmelidir. Bu husus da tutanağa kaydedilip ve ilgililer tarafından imza altına alınmalıdır²³⁴.

Adalet Bakanlığının ulusal yargı ağı projesi çerçevesinde elektronik delillerin mahkemeye ibrazının da yine elektronik olarak yapılması gereklidir²³⁵.

Belirli bir yer için arama kararı veya emri verilmişse bu yerde bulunan bilgisayarlarda arama yapmak için ayrıca bir karar vermeye gerek yoktur. Burada yer alan düzenlemeler bilgisayarda yapılacak arama, kopyalama, bilgisayar kayıtlarının çözülerek metin haline getirilmesine ilişkin olup, bilgisayara fiziksel olarak elkonması genel hükümlere tabidir²³⁶.

Ana bölüm, ekran, klavye, Mouse, bağlantı uçları, kablolar, güç kaynağı ünitesi, hard disk, makinenin arkasına bağlanmış konektörler, modem, harici sürücü ve aygıtlar, kablosuz ağ kartları, dijital kameralar, disketler, yedekleme diskleri,

²³³ Aktaran: ÖZBEK; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 363.

²³⁴ <http://www.ekesif.com/2008/07/bilgisayarlardaaramaelkoyma.html>, 19.12.1009

²³⁵ ÇİÇEK, s.74.

²³⁶ AYDIN, s. 77.

JAZ/ZİP kartuşları, CD'ler, DVD'ler, PCMCIA kartlar, bellek çubukları ve bellek kartları ve incelemeyi kolaylaştırabilecek ekipman ve belgelere elkonulabilecektir²³⁷.

Buradaki önemli nokta bilgisayar ve bilgisayar kütüklerinin “dış müdahaleye açık” ürünler olmasıdır. Dış müdahaleye açık olmalarından kastedilen üzerinde oynama yapılmaya ve değişiklikler eklenebilmesine müsait olmalarıdır. En önemli nokta da bu oynama ve değişikliklerin nasıl, ne zaman, ne şekilde yapıldığının sonradan tespit edilememesi veya çok zor tespit edilebilmesidir. Bu açıdan bu ürünler, hukuka aykırı delil olmaya son derece müsaittirler²³⁸.

Tedbirin uygulanması sonucu ele geçen veriler ve materyaller üzerinde gerek soruşturma aşamasında gerek yargılama aşamasında uzman bilirkişi vasıtasıyla hükme esas teşkil edecek tespitler yapılabilir²³⁹.

134. maddenin 135. maddeden farkı gerekçede şöyle açıklanmıştır:

“Dikkat edilmelidir ki bu maddenin amacı 135. maddeden farklıdır. CMK m. 135'te bilgisayar işlemekteyken içeri girilmekle ve ilgilinin bundan haber olmamaktadır. Bu madde de ise durağan haldeki aygıtta araştırma, arama yapılmaktadır.

Bilgisayar, bilgisayar programları ve kütüklerinde arama ve elkoyma için verilecek kararda²⁴⁰;

- Bilgisayar, bilgisayar programları ve kütüklerinde arama yapılacak ve bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılacak kişinin açık kimliği,

²³⁷ DEMİRKİR, s. 339.

²³⁸ SEVİMLİ, Güçlü; “Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerine Elkonulması ve Uygulamadaki Sorunlar”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, sayı 3, 2007, s. 993.

²³⁹ ÖLMEZ, Aslan; “Bilgisayar ve Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyalama ve Bunlara Elkoyma”, Terazi Hukuk Dergisi, Şubat 2009, sayı 30, s.51,

²⁴⁰ MALKOÇ/YÜKSEKTEPE, s. 640

- Kararın hangi suçun soruşturması için istendiği,
- Suça ilişkin mevcut kuvvetli belirtilerin neler olduğu,
- İstenen inceleme süresi,
- Başka tedbirle sanığın belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesinin mümkün olmadığı hususlarının belirtilmesi gerekir.

Arama sonucu suçla ilgili bilgiler metin haline getirilir. Elkoyma ise şu hallerde mümkündür:

- Şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya
- Gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde bu araç ve gereçlere elkonabilir. Geçici elkoyma işlemine karşı CMK m. 271 uyarınca itiraz edilebilir.

Arama ve elkoymanın özel şekli olan bilgisayar program ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirinin uygulanması sırasında arama ve elkoymanın genel hükümleri de geçerli olacaktır. Örneğin arama kararında bulunması gereken bilgiler, tutanağa bağlanması, aramada bulunması gereken kişiler gibi konularda genel hükümler bu tedbire aykırı olmadığı sürece göz önünde bulundurulur²⁴¹.

Elkoyma işlemine gidildiğinde sistemdeki bütün verilerin bir kopyalaması veya yedeklemesi yapılır. Şüpheli veya vekilinin talebiyle bir kopya kendilerine verilir. Ancak talep edilmiş olmasa da kopyasını vermenin zorunlu olması gerektiği görüşü vardır²⁴².

Buradaki “vekil” kavramı yanlıştır. Zira 1. maddeye göre ceza yargılamasında sanığın veya şüphelinin savunmasını üstlenen kişi vekil değil müdafidir. Burada

²⁴¹ ÇOLAK/TAŞKIN, s. 609.

²⁴² Bkz. DONAY, Süheyl; Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

vekil denmekle avukat dışındaki bir vekilin de kopyayı alabileceği söylenmek istenmiş olabilir. Ancak bu da yerinde olmayacaktır çünkü ceza yargılamasında kişinin savunmasını ancak bir avukat üstlenebilir ve avukat olmayan bir genel vekilin davaya müdafî sıfatı ile girmesi mümkün değildir. Bu nedenle maddedeki vekil kavramını müdafî olarak anlamak gerekir²⁴³.

Ancak m. 134/4 gereği hackera bu kopyaların verilmesi suçu işlemeye devam etmesini sağlayabileceğinden bu hususların göz önünde bulundurulması gerekir²⁴⁴.

Bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve verilerin asıl veya kopyaları, ses ve görüntü kayıtlarının bulunduğu depolama aygıtları gibi eşyalar, uygun nem, ısı, manyetik alan ve darbelerden uzak ortamda korunmalıdır²⁴⁵.

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin CMK 134. maddeyle ilişkisi konusunda ise şunlar söylenebilir:

- i. 134. madde maddi varlığa yöneliktir. 135. madde ise suçun işlendiği bilgisayar üzerinde uygulanmak zorunda değildir, diğer bilgisayarlardan da yararlanılabilir.
- ii. 135. madde için iletişimin varlığı gerekir. 134. madde için ise bilgisayarın iletişimde kullanılması gerekmez.
- iii. 135. maddede bilgisayar dışındaki telefon, faks gibi araçlar da kullanılabilir. 134. madde için ise bilgisayar ortamındaki veriler üzerinde uygulanır.
- iv. 135. maddede iletişimin kayda alınması sürelidir, 134. madde ise uzun bir süre gerektirmez.

²⁴³ YİĞİT, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/155.doc

²⁴⁴ HAKERİ/ÜNVER, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2008

²⁴⁵ ŞAFAK/BIÇAK, s. 191.

v. 135. madde sadece belli suçlar için uygulanabilirken, 134. madde de sınırlama yoktur²⁴⁶.

CMK 141. madde hukuka aykırı olarak başvuru arama ve elkoyma tedbirlerinin de tazmin edileceğini öngörmektedir. Bu maddenin bilgisayarlar üzerindeki arama ve elkoymayı kapsadığına dair bir hüküm olmamakla birlikte, 141. maddeye göre tazminat istenebilmesi olanak dahilindedir.

Konuyla ilgili Yargıtay 11.Ceza Dairesi'nin 16.04.2007 tarihli, E. 2005/6376, K. 2007/2551 no'lu bir kararı bulunmaktadır²⁴⁷.

²⁴⁶ ÖZBEK; Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 366.

²⁴⁷ Bilgisayar sistemine zarar vermek suçundan sanık M.Ü'nün suç tarihinde kendi adına kayıtlı bilgisayar adresinden virüs göndererek katılan M.E.'in, yetkilisi olduğu E. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limitet Şirketi'ndeki bilgisayarların sistemine zarar verdiğinin iddia olunması, sanığın ise savunması, katılanın, belirtmesi, tanık Ş. K.'ın, diğer tanık S. U.'ın, arkadaşı olan sanığın, üç kardeşin ortak olduğu E. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde pazarlama müdürü olarak görev yaptığı sırada, kriz nedeniyle ortaklardan ikisi tarafından işten çıkarıldığını, diğer ortak katılanın işe tekrar dönmesini istemesine rağmen, onun kabul etmediğini, bu nedenle iftira etmiş olabileceklerini, bilgisayara zarar verdiğini görmediğini beyan etmesi, Bilirkişinin raporunda, ancak alanına yazılan bu isim, adres defteri veri tabanından otomatik olarak alınarak buraya yazıldığını ve bu veri tabanını bilgisayar kullanıcılarının el ile değiştirebilmelerinin mümkün olduğunu, kaynak kodu içinde yaptığı aramada, bilirkişi İ.Ç.'nin raporunda ve dava dosyasında muhtelif yerlerde sanığa ait olduğu söylenen mcde@y.de, mcde70@y.de, mcde71@y.de e-posta adreslerinin hiçbirine rastlayamadığını, kişilere ücretsiz e-posta adresi veren sitelerden biri olan Y. internet sitesinin people.y.com arama sayfasında, M.Ç. kelimelerini aratarak mcde70@y.de e-posta adresinin olduğunu tespit ettiğini, bu e-posta adresinin adı ve soyadı alanlarına M.Ç. girilerek Almanya Y. ücretsiz e-posta adresi sağlayan servis sağlayıcısından alındığını, bu adresin kendisine ait olup olmadığını sanıktan, aynı adresle ilgili daha detaylı kimlik bilgisi için de, ancak y.de internet sitesi yöneticilerinden sorularak öğrenilebileceğini, ancak bu adresin izine virüslü SZSCS.HTM dosyasında rastlanılmadığını, bunun yerine sadece bir yerde alanına veri tabanından otomatik olarak alınarak yazılan bilgisine rastlanıldığını, söz konusu e-postada bulunan VBS/Haptime.gen@MM virüsü ile ilgili antivirüs firmalarından olan M. şirketinin sitesinden elde ettiği bilgilere göre bu virüsün, kendisini web sayfası dosyalarına ekleme, .DLL ve .EXE uzantılı sistem dosyalarını silme, web sayfaları halinde hazırlanmış e-postaların içinde kendisini otomatik olarak yayarak bulaştırma özelliklerine sahip bir virüs olduğu, Microsoft Outlook Express isimli e-posta programı kullanılarak gönderilen e-postalar aracılığıyla gizlice kendisini yaymaya çalıştığı, ayrıca, bulaştığı bilgisayarın çalıştığı tarihteki günün ve ayın toplamı 13 ise aktifleşerek sistemde bulunan, .DLL ve .EXE uzantılı sistem dosyalarını silerek sisteme zarar verdiğini, buna göre, e-posta ile gönderilen virüsün özelliğinden dolayı, hiçbir ekli dosyayı çalıştırmaya gerek kalmadan okunur okunmaz 03.01.2002 tarihinde bilgisayar sistemine bulaşmış olması gerektiğini, şirketinin ilk keşif istediği tarih olan 20.03.2002 tarihine kadar, 12.01.2002 Cumartesi, 11.02.2002 Pazartesi ve 10.03.2002 Pazar günleri virüsün çalışarak sistem dosyalarını sileceğini, sisteme ait olan dosyalar silindikçe de sistemin açılmasının zorlaşacağını ve bir süre sonra da hiç açılmaz hale geleceğini, virüs içeren bir e-posta veya e-postaların E. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limitet Şirketi'nin bilgisayarlarına virüs bulaştırması sonucu doğacak zararın, şirketin gönderdiği e-postalar aracılığıyla başka adreslere virüs göndererek başka bilgisayarlara zarar vermesi ve kendi bilgisayarlarının sistem dosyalarını silerek çalışamaz duruma getirip iş ve zaman kaybına neden

Yargıtay bir kararında “Katılanın cep telefonuna internet üzerinden gönderilen mesajlar hangi bilgisayardan kim ve hangi kullanıcı bilgileriyle atıldığıının saptanabilmesi bakımından, servis sağlayıcı firmanın LOG kayıtlarının Emniyet Genel Müdürlüğü Bilgi İşlem Dairesi uzmanlarınca incelettilmesi suretiyle

olması olduğunu, virüslü veya virüssüz bir e-postayı gönderen bilgisayarın bulmanın mümkün olduğunu, e-postayı gönderen bilgisayarın IP numarası, e-postayı gönderen sunucu bilgisayarın IP numarası, gönderici ve alıcı adreslerinin, e-posta almayı ve göndermeyi sağlayan e-postanın sunucu bilgisayarlarının tuttuğu günlük kayıtlarında saklandığını, servis sağlayıcı firmaların bir süre sonra bu kayıtların olduğu dosyaları silebileceğini, bu bilgilerin servis sağlayıcı firmalardan resmi yollarla istenilerek öğrenilebileceğini, bu davada 03.01.2002 tarihinde saat 16.19'da E. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limitet Şirketi'nin aedltd@m.com e-posta adresine virüslü e-posta gönderilerek bilgisayar sistemlerine zarar verilmesinin söz konusu olduğunu, M. şirketinin günlük kayıtları mevcutsa gönderici e-posta adresini, e-postanın yazılıp yola çıkarıldığı ilk bilgisayarın IP numarasını ve IP numarasının sahibi servis sağlayıcı firmanın isminin bulunabileceğini, servis sağlayıcı firmadan da, günlük kayıtları mevcutsa verilen tarih ve saat için bu IP numarasının kullanıcısinin öğrenilebileceğini, şayet e-postanın yola çıkarıldığı sistemin IP numarası M. şirketten öğrenilemezse ve e-postayı gönderen adres mcde70@y.de olarak bulunursa Y. şirketten, başka bir adres çıkarsa o e-posta adresini sağlayan servis sağlayıcıdan, bu adresi kullanan kişinin sistemde kayıtlı kimlik bilgileriyle, mevcutsa günlük kayıtlarından bu adres aracılığıyla e-posta gönderip almak için sisteme erişildiğindeki tarih ve saatler ile erişilen IP numaralarının öğrenilebileceğini ve bu kullanıcı telefonla bağlanan bir ev kullanıcısı ise bağlanılan telefon numarasından kimliğinin kolaylıkla bulunabileceğini, sonuç olarak, sanığın E. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin bilgisayarlarına virüs gönderdiğinin kesin olmadığını, ancak virüs bulaştıran e-postanın gönderildiği kaynağın araştırılması gerektiğini, e-posta nedeniyle bulaşan virüsün bilgisayar sistemi bozarak iş ve zaman kaybına neden olduğunu, virüslü e-postayı gönderen bilgisayarın tespit edilmesinin, e-postanın yola çıkarıldığı bilgisayarın IP numarasının bulunmasıyla mümkün olabileceğini açıklamayı karşısında, gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi açısından; öncelikle e-posta yolu ile virüs göndererek sistemine zarar verilmiş bir bilgisayarda incelemenin, olayın hemen akabinde yapılması ya da inceleme yapılacak bilgisayarın veya bilgisayara ait veri içeren ünitelerin, olaydan sonra inceleme yapılana kadar hiç kullanılmaması gerektiği, incelenecek bilgisayarın diskine bazı bilgilerin yazılması, değişmesi veya silinebilmesini önlemek ve söz konusu diskin bütünlüğünü sağlamak için bilgisayarda virüslü dosya üzerinde inceleme yaparken ilk işlem olarak, söz konusu dosyanın birebir (sector-by-sector) yedeğinin alınması (yani incelemenin orijinal dosya üzerinde yapılmaması), daha sonra ikinci olarak alınan birebir yedeğin değiştirilip değiştirilmediğini tespiti yarayacak zaman ve bütünlük kontrolü imkanı sağlayan değer (hash) belirlenmesi, bir e-postanın kimden geldiğinin tespiti için de, ilk olarak e-postayı gönderen IP adresinin bulunması (örneğin; şikayetçiye gelen e-postanın seçeneklerinden e-posta üst bilgisinin belirlenmesi ve bu üst bilginin uzman kişiler tarafından incelenmesi veya şikayetçiye gelen e-postanın göndericisinin ya da alıcısının e-posta sunucusunun sahibi şirkete belirtilen tarih ve saatte bahse konu e-postanın hangi IP adresinden gönderildiğinin sorulması ile), daha sonra da bulunan IP adresinin belirtilen tarih ve saatte hangi abone tarafından kullanıldığının ve o abonenin açık adres ve kimlik bilgilerinin talep edilmesi, bulunan IP adresini kullanan abonenin sanıkla bağlantısının araştırılması gerektiği hususları da göz önüne alınarak, bilgisayardaki virüslü dosya veya dosyaların orijinallerinin korunup korunmadığı, birebir yedeklerinin alınıp alınmadığı hususlarının araştırılması, e-posta veya e-postaları gönderenin IP adresinin bilirkişi raporları doğrultusunda tespiti, bulunacak adresin sanıkla ilgisinin belirlenmesi, olay tarihinde katılan dışındaki diğer şirket ortakları ile Y.Ç.'nin tanık sıfatı ile dinlenmeleri ve toplanan deliller bir bütün halinde değerlendirildikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde beraatine hükümlenmesi, yasaya aykırı kabul edilmiştir. (<http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3242>)

IP adres bilgilerini de içerir biçimde rapor alınması sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma ile yazılı biçimde hüküm kurulması kanuna aykırıdır. “ demektedir²⁴⁸.

2009’da yaşanan başka bir olayda, polis şüphelinin evinde yaptığı aramada çalışma odasının altını üstüne getirmiş, evdeki üç adet bilgisayar ve çok sayıda dosya ve belgelere mühürlenerek elkonulmuş olup, yapılan işlemlerin CMK 134. maddeye uygun olup olmadığı sorunu doğmuştur. 134. maddeye göre bilgisayara elkonulması için öncelikle bilgisayarın şifresinin çözülememiş olması gereklidir. Olayımızda sadece bir bilgisayar şifreli olup, diğerlerindeki bilgilere doğrudan ulaşılabilmektedir. Bu bakımdan sadece şifreli bilgisayara elkonulması yasaya uygun olurdu. Diğer husus elkonulan eşyaların iadesi hususunda olup, iade süresiyle ilgilidir. Aradan otuzsekiz gün geçip iade edilen eşyalar açısından, ikinci fıkradaki “gecikme olmaksızın iade edilir” hükmüne aykırılık göze çarpar. Ayrıca polis elkoyduğu tüm harddisklerin biri hariç kopyalarını vermiştir. Oysa yasa polise kopya alıp orijinal harddiski iade etmelerini buyuruyor. Arama sırasında bir kopyanın avukatlara verilmesi talebi de reddedilmiş olup, bu da sonradan eklemeler yapılabileceği riskini beraberinde getiriyor²⁴⁹.

Bu tedbirle birçok kişisel veriye ulaşılması mümkün olup, ihlal edilecek kişilik hakları düşünülerek belirli tipteki suça uygulanması uygun olurdu. Ayrıca bu tedbire başvurabilme koşuluna, aranan bilgileri bilgisayarında sakladığına dair somut veri bulunması koşulunun da getirilmeyişi bir diğer eksikliktir²⁵⁰.

²⁴⁸ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 534. (Yargıtay 4. CD. 09.05.2006 tarih, 16417/10607)

²⁴⁹MİLLİYETGazetesi,

<http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=YazarDetay&ArticleID=1101885>, 02.06.2009.

²⁵⁰ DEMİRKİR, s. 340

İnternet kütüklerinin ve iletişim olmaksızın internette arama yapılmasının kanunda düzenlenmeyişi bir eksiklik olarak kabul edilebilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI ARAMA VE ELKOYMANIN YAPTIRIMLARI

I. HUKUKA AYKIRI ARAMA

A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yönünden arama işleminin hukuka aykırılığının tespitinde kullanılan kriterler şu şekildedir:

- Sözleşme kapsamında bir hak mıdır?
- Arama ile hakka müdahale yapılmakta mıdır?
- Müdahale meşru mudur? (Yani kanuni mi, meşru bir amaca hizmet ediyor mu, demokratik bir toplumda gereklilik arz ediyor mu?)
- Müdahale oranlılık ilkesine uygun mudur?

Bu kriterlere baktığımızda arama, temel hak ve özgürlüklerden konut dokunulmazlığı, özel hayatın dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve güvenliği haklarına müdahale eder. Ancak bu haklar sınırlandırılabilir haklardan olduğundan müdahale mümkündür. Meşru sayılması için ise amacının meşru olması ve kurallarının kanunla konulması gerekir. Arama işlemi orantılı olarak da uygulandığı takdirde hukuka uygun bir arama işlemi gerçekleştirilebilir²⁵¹.

İç hukukta yönünden hukuka aykırılığın yaptırımları ise ceza hukuku, delil hukuku ve tazminat sorumluluğu açısından incelenebilir.

²⁵¹ AYDIN, s. 136.

B. Ceza Hukuku Yaptırımları

TCK'da bu konuda iki hüküm bulunmaktadır. Bunlardan madde 120 hukuka aykırı üst aramasına, madde 116 ise hukuka aykırı konut aramasına ilişkindir. TCK 120. maddesi hukuka aykırı²⁵² bir kimsenin üstünün veya eşyasının kamu görevlisince aranmasını üç aydan bir yıla kadar hapis cezası yaptırıma bağlamıştır.

Bu maddelerin dışında, aramanın icrasına ilişkin olarak, kamu görevlisinin ölçüsüz şekilde zor kullanılması da ayrı bir suç olarak TCK m. 256'da yer alır. Adli arama sırasında görevlerini kötüye kullanan veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile kolluk amir ve memurları hakkında, Cumhuriyet savcıları tarafından doğrudan soruşturma yapılır. En üst kolluk amirleri için ise, hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usulü uygulanır²⁵³(CMK m. 161/5).

Konuyla ilgili Yargıtay Ceza Kurulunun 26.06.1979 tarihli bir kararı şu şekildedir: “...Polis memuru olan sanık MG...polis memuru olan sanık B.A ve S.K. , gece bekçisi olan H.Ç, olay akşamı lokantada içtikten sonra bir taksiye binerek B.A ve H.Ç nin görevli oldukları karakol yetkililerinden izin aldıkları, aynı taksiyle saat 02.00 sıralarında gençlik parkına gelerek, olay yerinde görevli olmadıkları halde, müşteki Ö.D nin çalıştığı kiraathaneye giderek bazı şahısların üzerini aradıkları ve bir kişiyi de dışarı çıkardıkları anlaşılmaktadır. Olay yerinde görevli olmadıkları halde, memuriyet görevlerini ve sıfatlarını kötüye kullanan kişiler TCK 183. maddesindeki suçu işlemiş olmaktadır...” konut dokunulmazlığının ihlali suretiyle arama yapılması da ayrı bir suçu oluşturmaktadır²⁵⁴.

²⁵² Hukuka aykırı hal; yürürlükteki mevzuatın izin vermediği hal demektir.

²⁵³ AKSOY, s. 158.

²⁵⁴ ŞAFAK/BIÇAK, s. 174.

Yargıtay Ceza Dairesi bir kararında da, sanığın yetkisini kötüye kullanarak katılanın geceleyin konut dokunulmazlığını bozduğuna, genel kastla işlenebilecek suçta özel kasta ağırlık vererek beraat kararı verilmesini yasaya aykırı bulmuştur²⁵⁵.

Bir partinin genel merkezinde bir soruşturma nedeniyle yapılan aramaya katılan polisler hakkında yasalara aykırı davranıldığı ve delillerin usulsüz elde edildiği gerekçesiyle dava açıldı. Aramalara ilişkin bilirkişi raporunda; arama ve elkoyma kararında bilgisayarda, bilgisayar kütüklerinde arame yapıp elkoyma yapılabileceği belirtilmediği halde bu şekilde uygulama olduğu, aramanın gece vakti yapılmasını gerektiren bir durum olmadığı halde gece araması yapıldığı, aramanın yapıldığı beş katlı binanın her katında parti yetkililerinin avukatlarıyla birlikte hazır bulunmalarının engellendiği, genel başkanın aramaya başlanırken gözaltına alınmasıyla aramanın kendi huzurunda yapılamadığı, elkonulan eşyalara parti yetkililerinin imzalarının alınmaması ya da mühürlerinin basılmamış olması, arama yapılan yerin mahkemenin yargı çevresi dışında kalması nedenleriyle yasaya aykırı arama ve elkoymanın gerçekleştiği yönünde kanaate varılmıştır²⁵⁶.

C. Delil Hukuku Yaptırımları

Hukuka aykırı aramadan bulunan deliller CMK m. 206/2-a gereği mahkemede delil olarak kullanılabilme özelliğini kaybedecektir. Aramanın sonunda bulgu veya iz, eser, emare, delil elde edilmiş olması, yakalama yapılmış olması, yapılmış olan hukuka aykırı aramayı meşrulaştırmaz. Hukuka aykırı aramadan elde edilen deliller yasak aykırı delil kategorisine girer.

²⁵⁵ ŞENTUNA, Tarık, POLAT, Gültekin; "Ceza Yargılaması Hukukunda Arama", Adalet Dergisi, Yıl 94, Sayı 14, Ocak 2003, s. 223. (Y.4.CD. 25.11.1992, 6314/7316)

²⁵⁶ HÜRRİYET Gazetesi, "10 Polise Dava", 05.03.2010, s. 19.

Arama bakımından konunun iki boyutu vardır. Delil elde etme yasağı ve delil değerlendirme yasağıdır. Delillerin elde edilmesinde araç konumunda olan hususlardaki hukuka aykırılıklar delil yasaklarını doğmasına sebep olur²⁵⁷.

Anayasanın m. 38/6 ve CMK 206/2-a maddelerinde genel kural konularak, kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin davaya bakan mahkemece reddedileceği ifade edilmiştir.

Amerikan Hukukunda mutlak değerlendirme yasağının benimsendiğini ve hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak değerlendirme dışında tutulduğunu belirtmek gerekir. İngiliz Hukukunda hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda esnek yaklaşım benimsenmektedir. Hukuka aykırı elde edilen delili değerlendirme dışında tutmada hakimnin takdirinin varlığı kabul edilir. Alman Hukukunda ise prensip olarak mutlak değerlendirme yasağının benimsendiğini söylemek mümkündür. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen ifadeler bakımından mutlak değerlendirme yasağı öngörmektedir (StPO §136a)²⁵⁸.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi kararında, aramanın CMK. m. 194/4 hükmüne aykırı olduğu ve elde edilen delilin de hükme esas alınamayacağına oyçokluğu ile karar vermiştir. Muhalif üye, aramanın şekil noksanlığının ihlali durumunda, kamu yararı ile bu ihlalin orantısına bakılması gerektiğini belirtse de hukukun üstünlüğünü hiçe sayan böyle bir fikre katılmak mümkün olmamaktadır. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.11.2005 tarih, E. 2005/7- 144, K. 2005/150 sayılı kararında, hukuka aykırı aramadan bir gün sonra şüpheliden alınan ifadenin hukuka uygun kabul edilmesi

²⁵⁷ ÖZBEK, Veli, BACAŞIZ, Pınar; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Ekim 2006, s. 209.

²⁵⁸ KOCA, Mahmut; “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/MKoca.html>

gerektiğini ve suçunu ikrarını geçerli sayarak, “zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” anlayışına ters bir karar vermiştir²⁵⁹.

Yargıtay Ceza Kurulu başka bir kararında, somut olayda usulüne uygun verilmiş bir arama kararı olup, sanığın da arama sonucu ele geçen bornozların kendi işyerinden çıktığı hususunda açık ikrarı olup, aramanın haklarını ihlal ettiğine dair sanığın yakınmasının olmadığı, hal böyleyken sırf şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye (arama sırasında ihtiyar heyeti azaları veya komşularından iki kişi bulundurulmaması), ele geçen delillerin hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır²⁶⁰.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir diğer kararında, bir kişinin uyuşturucu madde getirip satacağı yolunda gelen ihbar üzerine arama kararı alınmış, ancak diğer akrabalarının kimlikleri belirli olmadığından onlar hakkında arama kararı olmaksızın arama yapılmıştır. Olayın pazar yeri gibi kalabalık bir ortamda gerçekleşmesi ve suç delillerini karartmanın olası olması durumunda gecikmesinde sakınca olan bir halin varlığı söz konusu olup, sanığın da ikrarı gözetilerek, üstünde bulunan uyuşturucu maddenin suç delili niteliğinin hukuka uygun olarak gözetileceği mahkemece karar bağlanmıştır²⁶¹.

Tazminat hukuku yaptırımları, konu bütünlüğü açısından hukuka aykırı elkoyma ile ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

²⁵⁹ ŞEN, s. 28. (Y.8.CD. 16.01.2008, E. 2006/10268, K. 2008/192.)

²⁶⁰ 2007/7- 147 E. 2007/159 K. sayılı karar. (UYAP)

²⁶¹ 2005/10- 15 E. 2005/29 K.

II. HUKUKA AYKIRI ELKOYMA

A. Elde Edilen Eşyanın Delil Değerini Kaybetmesi

Anayasa m. 38/6 uyarınca “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez.” CMK 206/2-A gereğince delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur ve hükme esas alınmaz.

B. Ceza Sorumluluğu

Hukuka aykırı elkoyma işlemini yapan kamu görevlisi hakkında TCK m. 257/1’de yer alan görevi kötüye kullanma ya da 2. fıkradaki görevi ihmal suçu oluşabilir.

III. HUKUKA AYKIRI ARAMA VE ELKOYMADA TAZMİNAT SORUMLULUĞU

Koruma tedbirleri uygulanırken kişilere maddi ve manevi zarara uğramaları halinde devletten bu zararlarını karşılama imkanı öngörülmüştür. İncelemekte olduğumuz arama ve elkoyma tedbirlerinden doğan zararlar için tazminat istenebilme koşulları Kanununun 141. maddesinde açıkça yer bulmuştur. 1. fıkranın (i) bendi gereği, hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen ve (j) bendi gereği eşyasına ve diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişilere maddi ve manevi zararlarını devletten talep etme imkanı tanınmaktadır. Tazminat isteyemeyecek kişiler ise CMK 144. madde de sayılanlardan ibarettir.

Usulüne uygun elkoyma kararı veya onayı olmaması, eşyanın korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması, eşyanın elkoymanın amacı dışında kullanılması ve

eşyanın zamanında geri verilmemesi tazminat sorumluluğunu doğurmaktadır. Tazminat miktarı eşyanın uğradığı gerçek zarar ile ilgilinin eşyayı kullanamaması nedeniyle uğradığı zarar veya gelir kaybının toplamı olarak belirlenip, elkoyma tarihinden itibaren faiz işletilmelidir²⁶².

142. madde uyarınca tazminat istemi çeşitli koşullara ve şekil şartlarına bağlanmıştır. Tazminat istemi, karar ve hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde ileri sürülebilir (CMK m. 142/1). Zarara uğrayan kişi bu istemi, oturduğu yer ağır ceza mahkemesine, o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkiliyse ve aynı yerde başka bir ağır ceza mahkemesi yoksa, en yakın ağır ceza mahkemesine yapmalıdır (142/2). İstemde bulunan kişi dilekçesine açık kimlik ve adresini, mağdur olduğu işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini gösterir belgeleri de eklemelidir (142/3). Nitekim bu belge ve bilgilerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi halde istemin reddedileceğini duyurur. İlgili tarafından tamamlanmayan eksik dilekçe, mahkemece itiraz yolu açık olmak üzere reddedilir (142/4). Mahkeme incelediği dosyayı, bayan ve itirazlarını belirtmesi için devlet hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ eder (142/5). Mahkeme dosyanın değerlendirilmesi ve tazminat miktarı konusunda her türlü araştırmayı bizzat yapmaya ya da hakimlerinden birini görevlendirmeye yetkilidir (142/6).

2005 değişikliği ile mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. Ancak taraflar açıklamalı çağrı kağıdı tebliğine rağmen gelmezlerse yokluklarında karar verilebilir

²⁶² AYDIN, s. 204.

(142/7). Karara karşı taraflar ya da Cumhuriyet savcısı istinaf yoluna başvurabilir. İnceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır (142/8).

İstinafa gidecek olanlar, tazminat talebinde bulunan, savcı veya hazine temsilcisidir. 466 sayılı yasada bulunmayıp da uygulamada hazineye tanınan bu yetki, yasa hükmü haline gelmiş bulunmaktadır. İstinafa başvurma süresi, kararın tebliğinden itibaren yedi gündür²⁶³.

Tazminat miktarının tespiti için bilirkişi de görevlendirilebilir. Naip üye davacının tazminat istemi hakkında incelemeyi tamamladıktan sonra dosyayı savcılığa gönderir. Savcılık yazılı görüşünü bildirir. Bu görüş ağır ceza mahkemesi bakımından mütalaa niteliğindedir, bağlayıcılığı yoktur. Sonrasında mahkeme istemin reddine ya da kabulüne ya da yetkisizliğine karar verebilir²⁶⁴.

Arama nedeniyle tazminat, sadece arama kararının ölçüsüz olarak yerine getirilmesinde istenebilir yani arama kararının haksız olması CMK bağlamında devletin sorumluluğunu doğurmayacaktır. Haksız arama TCK'da suç olduğundan zararın tazmini idare hukuku ilkelerince giderilebilir. Ama örneğin arama esnasında tüm eşyaların dağıtılması, eve zarar verilmesi, etrafın kirletilmesi gibi ölçüsüz davranışlar CMK kapsamında tazminatın istenebilmesi sonucunu doğurur²⁶⁵.

Tazminatın geri alınması başlığı altında 143. maddenin 2. fıkrasına istinaden devlet zarara uğrayanlara ödediği tazminat sebebiyle, görevinin gereklerine aykırı hareket ederek görevini kötüye kullanan ve tazminat ödemesine neden olan kamu görevlilerine rücu eder. Madde gerekçesinde bu konuda kamu görevlisinin görevi kötüye kullanma suçunda CMK 141/1-i maddesinde belirtilen durum dışında kalan

²⁶³ CENTEL/ZAFER, s. 364.

²⁶⁴ YURTCAN, Erdener; Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 101.

²⁶⁵ YIRTIMCI, Kaan; "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", Hukuk Gündemi, Sayı 3, Aralık 2005, s. 35

haksız arama işlemleri nedeniyle, genel hükümlere göre tazminat isteminde bulunulabilir. Bunun için kamu görevlisinin haksız davranışının kişisel kusurundan mı hizmet kusurundan mı olduğuna bakmak gerekir. Kamu görevlileri tarafından yapılan yönetime ve yürüttüğü hizmetlere ilişkin kusurlu davranışlarından idare sorumludur. Bu durum hizmet kavramı ile ifade edilir. İdareye karşı idare mahkemesinde tazminat davası açılabilir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine de başvurulabilir.

İster adli arama ister önleme araması olsun, şartları oluşmadan arama veya elkoyma işlemine girişilmesi halinde idare aleyhine idari yargıda “tam yargı davası” açılabilir²⁶⁶.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası harca tabi olmayıp, Yargıtay bir mahkemenin, harca tabi bir dava olmadığı halde davacı taraftan harç alınmasına dair verdiği kararını bozmuştur²⁶⁷.

²⁶⁶ AKSOY; s. 157.

²⁶⁷ DÜZGÜN / ELMACI, Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 145. (Y.7.CD.28.04.2009 T, E. 2006/17028, K. 2009/5666.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması insan haklarını doğrudan ilgilendirdiğinden CMK ile değişiklikler yapılmışsa da bu konuda hala arama ve elkoymaya dair uyumsuz düzenlemeler dikkati çekmektedir. Örneğin kapalı alanlarda arama yapılırken kolluğun acele hallerde dahi arama kararı verme yetkisi yoktur. Ancak gecikmesinde sakınca olan hallerde savcıya ulaşamadığı durumlarda kolluk amirinin emriyle elkoyma yapılabilecektir ki bu durumda arama yapılmadan elkoyma yapılması durumu ortaya çıkar. Ancak diğer yandan arama ve elkoymaya dair düzenlemeler sıkı şekil şartlarına bağlanmış olup, keyfiyet ve hukuksuzluğun giderilmesi adına yararlı hükümler kanunda yer bulmuştur. Özellikle Devlet sırrına ilişkin düzenlemeler, bilgisayarlarda arama, elkoyma ve taşınmaz hak ve alacaklarına elkoyma öngörülen özel şartlarıyla arama hukukunun önemli bir parçasını teşkil eder. Ayrıca CMUK'ta öngörülmemişken, CMK'da arama ve elkoymadan kaynaklı tazminat sorumluluğu getirilmiştir. Ayrıca eski Kanunda tüm kolluk memurlarının sahip olduğu elkoyma yetkisi yeni Kanun ile sadece kolluk amirine verilmiştir. Avukat bürolarında arama yapma ve elkoyma yetkisi de getirilen önemli düzenlemelerin başında gelmektedir.

Tez çalışmamız esnasında eski ve yeni Ceza Muhakemeleri Kanunlarındaki hükümler, yönetmelik ve diğer ilgili mevzuatlardaki hükümler ile araştırma konumuzla uzak yakın ilişkisi olan tedbirler ya da müesseseler incelenip, gelinen noktada hukuka uygun olan ve olmayan ceza hukuku işlemleri arasındaki ince sınırlar kaynaklarda ve çalışmamızda belirtilmeye çalışılmışsa da somut çözümler konusunda eksiklikler mevcut sistemimizde de söz konusudur.

Hem arama ve elkoyma hem de diğer ceza hukuku işlemleri açısından yargı faaliyeti içerisindeki herkesin değişimleri doğru algılayarak, keyfi uygulamalar yerine hukuki ve insan haklarına saygılı bir anlayışı benimsemelerinin tek başına çözüm olmaya yetmese de çözüme giden yolda temel nokta olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

AKSOY, Şemsettin, *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

ARSLAN, Sadettin, *Soruşturma Evresi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

ATAYÜN, Anadolu, *Örgütlü Suç Soruşturmaları Yöntemleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

AYDIN, Murat, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

BAKICI, Sedat, *Kolluk Mevzuatı*, 5. Bası, Ankara 2007.

BAL, Ramazan, *Soruşturma ve Yazışma Kuralları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

BARDAK, Cengiz, *Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

CENTEL, Nur ve ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 6.Bası, İstanbul 2008.

ÇİÇEK, İbrahim, *Arama*, Kazancı Yayınları, İstanbul 2009.

ÇOLAK, Haluk ve TAŞKIN, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

DÜZGÜN, Nuri ve ELMACI, Şerafettin; *Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

DONAY, Süheyl, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

DÜLGER, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

ERCAN, İsmail, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İkinci Sayfa Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2009.

ERDOĞAN, Oktay, *İnfaz Hukuku*, Acar Basım, İstanbul 2008.

EROL, Haydar, *Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması*, 2006.

GEDİK, Doğan, *Müsadere*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

GÖKCAN, Hasan ve ARTUÇ, Mustafa, *Ceza ve Usul Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

GÖKÇEN, Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, 9 Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1994.

HAKERİ, Hakan ve ÜNVER, Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara 2008.

KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun ve NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 15. Bası, İstanbul 2006.

MALKOÇ, İsmail ve YÜKSEKTEPE, Mert, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Malkoç Kitapevi, 1. Cilt, Ankara 2008.

NOYAN, Erdal, *Ceza Muhakemesi*, Adil Yayınevi, Ankara 2005.

ÖZBEK, Veli, BACAKSIZ, Pınar ve DOĞAN, Koray, *Açıklamalı Şematik Çalışma Kitabı II, Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2007.

ÖZBEK Veli, KANBUR, Nihat, BACAKSIZ, Pınar ve DOĞAN, Koray, *Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

ÖZBEK, Veli, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınları, Ankara 1999.

ÖZBEK, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

ÖZTÜRK Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

ÖZTÜRK, Bahri; *Yeni Ceza Adalet Sistemi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM Mustafa, SIRMA Özge ve SAYGILAR Yasemin, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, 4. Bası, Ankara 2006.

ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa, SIRMA, Özge, SAYGILAR, Yasemin ve ALAN, Esra, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

PARLAR, Ali ve HATİPOĞLU, Muzaffer, *Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu*, 1. Cilt, Ankara 2008.

SOYASLAN, Doğan, *Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

SOYASLAN, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2007.

ŞAFAK, Ali ve BIÇAK, Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, Roma Yayınları, 2005.

ŞAHİN, Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

TAŞDEMİR, Kubilay ve ÖZKEPİR, Ramazan, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Turhan Kitapevi, Cilt I, 3. Bası, Ankara 2007.

TAŞKIN, Fırat, Yazan SCHWANZ, Otto, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Ankara 1939.

TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2006.

TOSUN, Kerim ve AKKAYA, Çetin, *Ceza Muhakemesi Kanunu ve CGİK*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

TURHAN, Faruk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayınları, 2006.

ÜNVER, Yener ve HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

YAŞAR, Osman, *Ceza Muhakemesi Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2009.

YERDELEN, Erdal, *Soruşturma ve Koruma Tedbirleri*, Adil Yayınevi, 2006.

YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

YILMAZ, Zekeriya, *Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayınları, 12. Bası, 2007.

YURTCAN, E., *CMK Şerhi*, Beta Yayınlar, 5. Bası, İstanbul 2008.

YURTCAN, E., *Uygulamacı İçin Ceza Yargılaması*, Beta Yayınları, 2007.

YURTCAN, E., *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu*, Vedat Kitapçılık, 2005.

MAKALELER

AÇIKGÖZ, Nevzat, “*Arama Denetim Kontroller ve Elkoyma*”, Van 2005.

AYDIN, Murat, “*Adli Aramada Hazır Bulunacak Kişiler ve Arama Tanıkları*”, Ceza Hukuku Dergisi, yıl 3, Sayı 8, Aralık 2008.

AKPINAR, Gürsel, “*Suç Eşyasının Korunması*”, Adalet Dergisi, Yıl 99, Eylül 2007, Sayı 29.

DEMİRKİR, Müge, “*Bilgisayarlarda, Bilgisayar Kütüklerinde ve Programlarında Arama, Kopyalama ve Elkoyma*”, Şükrü Alparslan Armağanı, Mayıs 2007.

DÖNER, İsa, “*Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinden Koruma Tedbiri Olarak Arama İşlemi*”, Yeni Ceza Adalet Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.

ERCAN, İsmail, “*Türk Hukukunda Hakimlerin Aranması*”, Hakimler- Savcılar Kanunu ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

ERYILMAZ, Bedri, “*Yeni CMUK Tasarısı*”, Ankara Barosu Dergisi, 2000/1.

FEYZİOĞLU, Metin, “*Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler*”, (<http://www.turkhukuksitesi.com>).

FEYZİOĞLU, Metin; “*Ceza Muhakemesi Kanunu Uyarınca Devlet Sırrı İçeren Beyanların ve Belgelerin Mahkemeye Sunulması*”, Alman – Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, İstanbul 2010.

GEDİK, Doğan, “*Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Basit Elkoyma*”, Terazi Hukuk Dergisi, Şubat 2007, Yıl 2, Sayı 6.

GÜLŞEN, Recep, “*Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Arama*”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/139.doc

HAKERİ, Hakan, "*Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Elkoyma Koruma Tedbiri*",http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/44/web/makaleler/Doc_Dr_Hakan_HAKERI.htm.

HÜRRİYET Gazetesi, "*10 Polise Dava*", 05.03.2010.

KAHRAMAN, Mehmet, "*Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama*", Yargıtay Dergisi, Temmuz 2007, Cilt 33, Sayı 3.

KARAKAYA, Naim, Hukuk ve Adalet, Sayı 6-7, Ekim 2005.

KOCA, Mahmut, "*Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı*", <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/MKoca.html>.

ÖZBEK, Veli ve BACAKSIZ, Pınar, "*Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Ekim 2006.

ÖZTÜRK, Bahri, "*2001 Anayasa Değişikliğinin Ceza Muhakemesine Etkileri*", <http://www.caginpolisi.com.tr/13/10-11-12-13-14.htm>, erişim tarihi: 19.12.2009.

ÖLMEZ, Aslan, "*Bilgisayar ve Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyalama ve Bunlara Elkoyma*", Terazi Hukuk Dergisi, Şubat 2009, Sayı 30.

SAYGILAR, Yasemin, “Arama”, Uğur Alacakaplan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt 1.

SEVİMLİ, Güçlü, “Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerine Elkonulması ve Uygulamadaki Sorunlar”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, sayı 3, 2007.

SEVÜK, Handan Yokuş, “Postada Elkoyma ve Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 69, 2007.

SIRMA, Özge, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma”, Uğur Alacakaplan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Cilt I.

SOYASLAN, Doğan, “Muhafaza Altına Alma ve Elkoyma“, TCK, CMK, Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri.

ŞEN, Ersan, “İnsan Hakları ve Terör Bağlamında Yakalama, Gözaltına Alma, Arama, Elkoyma ve Tutuklama”, Terazi Hukuk Dergisi, Şubat 2009, Sayı 30.

ŞEN, Ersan, “ Mağdur, Müşteki Hakları ile Bu Kişiler Ve Vekillerinin Aramalara Katılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Nisan 2010, Sayı 44.

ŞENTUNA, Tarık ve POLAT, Gültekin, “Ceza Yargılaması Hukukunda Arama”, Adalet Dergisi, Yıl 94, Sayı 14, Ocak 2003.

TAŞKIN, Mustafa ve ÇETİNTÜRK, Ekrem, “*Uluslararası Elkoyma Kararlarının Tanınması ve Yerine Getirilmesine Yönelik Yeni AB Sistemi ve Türkiye’ye Etkileri*”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 4, Sayı 30, Şubat 2009.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 99/3, Yıl 12.

YAVUZCAN, Emrah, “*Bilgisayarlarda, Bilgisayar Kütüklerinde ve Programlarında Arama, Kopyalama ve Elkoyma*”, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=3242>.

YENİSEY, Feridun, “*Yeni Arama Hukukumuz*”, Polis Dergisi, Sayı 37, Aralık 2003, http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/37/web/makaleler/Feridun_%20YENISEY.ht

YENİSEY; Feridun, “*Arama ve Elkoyma, Önleme Aramaları ve Uygulamadaki Sorunlar*”, TCK, CMK, Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliği, Ankara 2006.

YILDIZ, Ali Kemal, “*Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulaması*”, Polis Dergisi, Sayı 36, 2003.

YILDIZ, Ali Kemal, “TCK, CMK, Kabahatler Kanunu ile İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliği, Adli Aramalarla Getirilen Yenilikler”, Hakim Savcı Kolluk İlişkisi, EGM Yayın Kataloğu.

YIRTIMCI, Kaan, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat”, Hukuk Gündemi, Sayı 3, Aralık 2005.

YİĞİT, Nuri, “Arama Elkoyma ve Gizli Koruma Tedbirleri”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/155.doc

İNTERNET KAYNAKLARI

www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/155.doc

www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/139.doc.

<http://www.ekesif.com/2008/07/bilgisayarlardaaramaelkoyma.html>.

<http://www.ekesif.com/2008/07/bilgisayarlardaaramaelkoyma.html>

http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/american_karar.htm

http://www.hukuki.net/topic.asp?TOPIC_ID=4583.

MİLLİYETGazetesi.<http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=YazarDetay&ArticleID=1101885>

http://books.google.com.tr/books?id=aMsHhlcKsIUC&pg=PA302&lpg=PA302&dq=arama+elkoyma&source=bl&ots=rrRKaJo6d&sig=Vnli6VPxidxgnakWvXjBDbVpAY&hl=tr&ei=-vjbS6-rJpKbOPmfuJ8H&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=10&ved=0CCQQ6AEwCTigAQ#v=onepage&q&f=false

<http://hakanevcin.blogspot.com/2007/11/elkoyma.html>

ÖZET

Arama ve elkoyma konusu ceza usul hukuku alanındaki gelişmeler de dikkate alınarak tezimizde dört bölüm halinde incelenmiştir. İlk bölümde arama hukukunun mahiyeti, şartları, uygulaması ve sonuçları açıklanmış olup, ikinci bölümde de aynı şekilde elkoyma tedbiri üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölüm Ceza Muhakemesi Kanunu'nun getirdiği değişikliğe paralel olarak bilgisayar, bilgisayar programları ve kütüklerinde arama ve elkoyma konusunu içermektedir. Son bölümde ise arama ve elkoyma işlemlerinin hukuka aykırı yerine getirilmesinin yaptırımları ve tazminat konuları, karar örnekleri ile anlatılmaya çalışılmaktadır.

Bu araştırmanın amacı Türk Ceza Usul Hukukundaki koruma tedbirlerinden arama ve elkoymanın mevcut yasal düzenlemelerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından da değerlendirmek ve uygulamada ortaya çıkan yanlışlık veya eksikliklerin görülmesine katkıda bulunabilmektir.

Anahtar Kelimeler: Koruma tedbirleri, arama, elkoyma, insan hakları

ABSTRACT

Considering the developments in law criminal procedure, the subjects of search and seizure has been analysed under four parts in our thesis. In the first part, the nature, conditions, implementation and the results of search law have been explained, whilst action of seizure has been emphasized in the second part in the same manner. Third part includes the subject of the search and seizure on computers, computer programs and computer files in parallel with the changes brought by Code of Criminal Procedure. In last part, the subject of sanctions and damages of unlawful search and seizure, have been tried to explain by decision examples.

This research aims to evaluate current legal regulations on search and seizure those are of the protection measures in the Turkish Criminal Procedure Law in scope of also the European Convention on Human Rights and to make a contribution to the awareness of the errors and negations that occur in the implementation.

Key Words: Protection measures, search, seizure, human rights.