

TÜRK HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ARAMA, ELKOYMA VE GÖZALTI

Ezgi KIZILKAYA*

1. GİRİŞ

Avrupa Birliği içerisinde hukukun birleştirilmesi konusunda somut hukuki çalışmalar, çeşitli uluslararası organizasyonların çalışmaları ile desteklenmekte ve hayata geçirilmektedir.¹ Bunun sonucu olarak temel stratejik hedef olarak belirlenen AB üyeliği için Türkiye, katılım müzakerelerinin başlaması için ön şart niteliğinde olan “*Kopenhag Siyasi Kriterleri’ni*” yerine getirmek amacıyla kapsamlı anayasal ve yasal değişiklikler reformuna başlamıştır. Bu amaçla 2001 yılının ekim ayında anayasal değişiklikle başlayan uyum çalışmaları Şubat 2002 ve Temmuz 2003 döneminde çıkarılan yedi uyum paketiyle temel hak ve özgürlük, demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları, azınlıkların korunması ve saygı görmesi alanlarında düzenlemeler yapılmıştır ve hala yapılmaya devam edilmektedir. Hukukun birleştirilmesi yolunda adımlar atan AB’ye üye olma yolundaki ülkemizde hukuk alanında yapılan bu uyum çalışmaları ve diğer ülkelerin hukuk sistemleriyle kıyas, şüphesiz *karşılaştırmalı hukukun* önemini ortaya koymaktadır.

Evrensel bir kavram olan insan hayatı sosyal bir yapılanmayı gerektirir. Bu sosyal yapılanmada insanın en temel gereksinimlerinden

* Stj. Av., Muğla Barosu.

¹ Oğuz Arzu, “Hukuk Eğitiminde Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü”, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-04/AUHF-2003-52-04-Oguz.pdf> B.T. 14.02.2009

biri de güvenlidir. Sosyal yapılanma yani modern anlamda devlet, insanların bu güven ihtiyacı nedeniyle kamu düzenini sağlamak amacıyla suç ve suçlulukla mücadele eder. Devlet, egemenliği kullanan organları eliyle; milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlakın korunması ve suç islenmesinin önlenmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu “önleyici” tedbirlere rağmen suç işlenmiş ise bu kez; oluşan zarar ve tahribatın giderilmesi, suçun delil ve faillerinin belirlenmesi ve ceza yargılamasının yapılarak, sonuçta verilecek yaptırımların infazını sağlamak amacıyla “koruma” tedbirlerine başvurulacaktır.²

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek ve sonuçta verilen kararların uygulanabilmesini sağlamak amacıyla başvurulması gereken tedbirlerdir. Koruma tedbirleri başlı başına bir amaç olmayıp, birer araçtır. Araç olmasının doğal sonucu olarak koruma tedbirleri geçicidir, ihtiyaç olduğu sürece bunlara başvurulur ve sonrasında sona erdirilir. Koruma tedbirlerinin mutlaka bir kanun hükmü ile düzenlenmesi gerekir. Koruma tedbirlerine başvurabilmek için bir suç şüphesinin bulunması gerekir. Koruma tedbirlerine başvurma, ancak bu tedbirlere başvurmanın gerçekten de zorunlu olduğu hallerle sınırlı olmalıdır.

Koruma tedbirlerinin her birinin uygulanmasında bir temel hak ve hürriyet tehdit altındadır. Bu noktada olumsuz sonuçları önlemek bakımından, bu tedbirlerin en azından başvurulduğu anda haklı görülmesi gerekir. Bu haklılık özde değil, görünüşte haklılık olacaktır. Koruma tedbirlerine başvurulurken orantılılık ilkesinin de gözetilmesi, yani bu tedbirlere başvurmak suretiyle elde edilecek yarar ile bu tedbirlerin kişi üzerindeki sonuçları arasında bir denge, oran bulunması gerekir.³

Bu çalışma, AB’ye girme yolundaki Türkiye’nin hukuk sisteminin uyum sürecinde faydalı olması adına, Türk ceza muhakemesi hukuku içerisinde koruma tedbirleri kapsamında yer alan arama, el koyma, gö-

² Aksoy Şemsettin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama”, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 5.

³ Hakeri Hakan / Ünver Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 151-156

zaltı konularının Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta incelenmesi için hazırlanmıştır.

2. TÜRK HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ARAMA, ARAMANIN TÜRLERİ VE ŞARTLARI

1.1. KAVRAM

Teknik olarak, gözle görülemeyen, kulakla işitilemeyen, koklamayla hissedilemeyen bir nesnenin veya gizlenmiş olan kişinin araştırılması şeklinde ifade edilen “*arama*”;⁴ kamu emniyetini veya kamu düzenini tehlikeye sokan kişi veya eşyaları bulmak ve onları muhafaza altına almak için (*önleme araması*) veya suç islendikten sonra, suç ve suçlunun ortaya çıkarılması için (*adli arama*) başvurulmuş bir tedbirdir.⁵

Aramanın konusu ise; aranan araç, gereç ve maddeler ile bir çalınmış mal veya uyuşturucu olabileceği gibi; suç işlemek için kullanılacak veya bir suçta kullanılmış olan, bıçak, silah gibi her türlü tehlikeli, zarar verici madde veya delil niteliği taşıyan bilgi, belge veya kâğıt olabilir.⁶

Arama gizli ve saklı olan şeylerin bulunmasını hedef alan bir faaliyettir. Bu nedenle gizli tutulmamış ve kişi tarafından isteği ile alenileştirilen şeyler arama kapsamında değildir. Ayrıca gözle görülen, burnla koklanan ve kulakla duyulan şeyler de gizli tutulmuş sayılmaz. Dolayısıyla bu tür şeylerin bulunmaya çalışılması teknik anlamda arama sayılmaz. Örneğin uyuşturucu madde olup olmadığının tespiti için çantanın köpeğe koklatılması teknik anlamda arama değildir.⁷

Her somut olayı kendi koşulları içinde değerlendirip, özel hayatın gizliliğine müdahale olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Buna

⁴ Özbek Özer Veli, CMK İzmir Şerhi: *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 394.

⁵ Kunter Nurullah, Yenisey Feridun, Nuhoğlu Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Arıkan Yayınları, 14. baskı, İstanbul 2006, s. 914.

⁶ Aksoy, a. g. e., s. 19-20.

⁷ Yenisey Feridun, *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade alma*, Ankara, 1995, s.7

göre; özel hayatın gizliliği beklentisinin ihlali halinde, yapılan araştırma işleminin “arama” olduğu söylenebilir.⁸

1.2. ARAMANIN TÜRLERİ

Türkiye’deki mevzuatta ve uygulamalarda iki çeşit aramadan söz edilebilmektedir. Bunlar *Adli ve Önleme Aramasıdır*. Belçika’da bu aramalara ek olarak nezaret öncesi arama ve uzman polislerce yapılan arama olmak üzere iki çeşit arama eklemiştir. Nezaret öncesi arama, aynı cinsten polis tarafından ve bir amir nezaretinde yapılmalıdır. Kendisine ve başkalarına zarar verebilecek objelerden arındırılmasıdır. Makul sürede yapılmalıdır. Uzman polislerce yapılan arama ise tren garları ve havaalanlarında sistematik olarak yapılan aramalardır.⁹

I. ADLİ ARAMA

Ceza muhakemesi hukukunun ve bunun ifadesini oluşturan ana kanunun temel amacı, insan hakları ihlallerine yol açmadan gerçeğe ulaşmaktır.¹⁰ Temel hak ve özgürlüklere müdahale sonucu doğuran koruma tedbirlerinden birisi de; bir suçun ortaya çıkması üzerine, saklanan şüpheli veya sanığın yakalanması, suçun delillerinin tespiti ve müsadereye tabi eşyaların ele geçirilmesi amacıyla, kişilerin konutlarında, etrafı çevrili sair mahallerinde, üstlerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemini ifade eden “adli arama” tedbiridir.¹¹

Belçika hukukuna göre adli arama mutlaka bir polis tarafından ve bir amir gözetiminde yapılmalıdır. Cüzdan çalmış bir kişi üstünde cüzdanı bulmak için aranmaktadır. Bu tür aramalar 6 saati geçemez.

⁸ Scoot Optican, “Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar,”

“Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller”, Çev. Feridun Yenisey, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 43.

⁹ Özdemir Erol, “Belçika Gezisi Ardından”, *Polis Dergisi*, Sayı 42, <http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/index.htm> B.T. 26.02.2009

¹⁰ Öztürk Bahri, “Ceza Muhakemesi Kanunu”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>

¹¹ Kunter, Yenisey, Nuhoglu a. g. e., s. 926.

Aranan obje ilk on dakika içinde bulunmuşsa zaman var diye aramaya devam edilmez.¹²

A. KONUSU İTİBARIYLA ADLİ ARAMA ÇEŞİTLERİ

a. Üst Araması

Kişilerin üzerlerinin aranmasına “üst araması” denir. Çoğu zaman suça ait deliller sanığın veya şüpheli veya üçüncü bir kişinin üzerinde bulunur. Üzeri aranan kişi çoğu zaman bir suç işlediğinden şüphe edilen biri, bazen de suç işlememiş de olsa suç delillerini üzerinde bulduran üçüncü bir kişidir.¹³ Aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmalarını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır. Kolluk görevlileri, kolluk görevlisi olduğunu ispatlayan kimliğini gösterir. Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır. Üst ve eşya araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır. Üst araması sırasında, kişinin beraberinde olan eşya da, mümkünse elektromanyetik cihazlarla, değilse beş duyu organı aracılığıyla aranır. Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir. Üst ve eşya araması, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Gerektiğinde kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir. Üst araması sırasında, kişinin üstünde veya eşyasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açıksa dahi yazılı bilgiler okunamaz. Üst araması, kıyafetlerin üzerinde yoklama suretiyle yapılır. Ancak, kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşamaması halinde, üst araması giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir. Arama, kişinin utanma duygusunu en az ihlâl edecek bir şekilde

¹² Özdemir, “Belçika...” <http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/index.htm> B.T. 26.02.2009.

¹³ Soyaslan Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 2. bs., Ankara 2006, s. 292ç

de yapılır. Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir.¹⁴

Federal Almanya Polis Kanunu'nun 9. maddesine göre, polis bu maddede belirtilen hallerde kişinin kimliğini tespit etme yetkisine sahiptir. Ayrıca, polisin kişinin kimliğinin tespiti için gerekli görülen hallerde yakalama, üstünü ve eşyalarını arama yetkisi de bulunmaktadır.¹⁵ Alman Polis Kanunu'nun 17. maddesine göre; kişi bu kanun veya diğer kanunlara göre nezaret altına alınabiliyorsa, üzerinde muhafaza altına alınabilecek olan eşyalar taşıdığını kabul etmeyi haklı gösteren olaylar varsa kişinin irade serbestisini ortadan kaldıran bir vaziyette veya yardıma muhtaç bir durumda bulunduğu açık bir şekilde belliyse, hâkim kararı gerek olmaksızın polisin arama yetkisi bulunmaktadır.¹⁶

Amerika'da New York metro istasyonunun bombalanmasından sonra, polisin metroya binmek isteyen sırt çantalı kişileri rastgele herhangi bir şüphe olmadan izinsiz, terörizmi önlemek amacıyla aramasını Amerikan Yüksek Mahkemesi doğru bulmuştur. Çok az sayıda teröristi engelliyor olabilmek bu aramayı haklı kılmıştır.¹⁷

b. Eşyada Yapılan Adli Arama

Maddi bir varlığa sahip olan ve delil olabilecek, taşınabilen ve mülkiyete konu olabilen her şey eşyadır. Eşyaya sahip olma bir hakka dayanmak zorunda olmakla birlikte, bu hakkın niteliğinin önemi yoktur. Bu bakımdan eşyanın mutlaka aranan kişinin mülkiyetinde olması gerekmez; fiili bir kullanım yeterlidir.¹⁸

Kanada, Yeni Zelanda ve Amerikan hukukunda arabalar arama izni olmadan aranabilmektedir. Bunun nedeni ise arabaların ha-

¹⁴ Yerdelen Erdal, Soruşturma ve Koruma Tedbirleri, Adil Yayınevi, 2006, s. 98-99.

¹⁵ İçel Kayıhan / Yenisey Feridun, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, 4. Baskı, İstanbul 1994, s. 126.

¹⁶ İçel, Yenisey a. g. e., s. 525.

¹⁷ Yenisey Feridun, *Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul 2007 s. 59, 60.

¹⁸ Özbek, a. g. e., s. 118.

reket edebilirliği sebebiyle özel hayat gizliliği beklentisinin düşük olmasıdır.¹⁹

İngiliz hukukunda arama yetkisinin kullanılabilmesi için aranılacak olan eşyanın çalınmış veya yasaklanmış olması, aramanın konusunu oluşturan, çalınmış veya yasaklanmış eşyanın durdurulacak olan bir kişinin üzerinde veya bir araçta olduğuna dair makul şüphe olması gerekir.²⁰

c. Konut, İşyeri ve Diğer Kapalı Yerlerde Adli Arama

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, konut kavramını, “devamlı veya geçici olarak, kişilerin yerleşmek ve barınmak amacıyla oturmalarına elverişli yerler” şeklinde tanımlamıştır.²¹ Konut dokunulmazlığı insanın temel haklarındanır.²²

Konut dokunulmazlığı ihlal suçu açısından kanun koyucunun korumayı amaçladığı hak maddi bir şey olan konutun bizatihi kendisi değil, özel hayatın gizliliği ve kişi özgürlüğü haklarıdır.²³ Bu yüzden konutta, işyerinde ve diğer kapalı yerlerde gece arama yapılamaz (CMK m.118). Suç delillerinin, müsadereye tabi eşyaların ve/veya şüpheli/sanığın yakalanması amacıyla işyerinde de arama yapılabilir (CMK m.116). İşyeri, bir kimsenin mutad sanatını icra ettiği yerdir.

Arama kararı bakımından, işyerine de konut gibi özel bir önem verilmiş ve buralarda kural olarak hâkim kararıyla, gecikmesinde sakınca olan hallerde ise Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabileceği belirtilmiş, kolluk amirine işyerinde arama yapılması konusunda yetki verilmemiştir (CMK m. 119/1). Diğer kapalı yerleri ise konut ve işyeri niteliğinde olmayan, özel mülkiyete ait, taşınmaz nitelikte

¹⁹ Yenisey, “Mukayeseli Hukukta...” s. 57.

²⁰ Eryılmaz M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Ankara 2003, s. 106.

²¹ YCGK'nın 21.06.1993 tarih ve 155 E.-184 K. sayılı kararı.

²² Şimşek Oğuz, Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı (Anayasa Hukuku Açısından Bir Yaklaşım), *İz. BD*, Nisan 1998, s. 88-89.

²³ Özbek a. g. e., s. 106.

ve etrafı özel mülkiyete tahsis iradesini ortaya koyacak surette duvar, parmaklık çit gibi engellerle kapatılmış yerler olarak tanımlayabiliriz.²⁴

CMK m. 130 avukat bürolarının aranmasına ilişkin özel hükümler getirmiştir. Bu düzenlemeye göre avukat büroları ancak mahkeme kararıyla ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde ve baro başkanı veya belirleyeceği bir avukatın huzuruy-la aranabilecektir. Bunun temel nedeni savunma hakkını korumaktır. Avukat ile müvekkil arasındaki ilişkilerin tam bir gizlilik içinde yürütülmesi, savunma hakkını korumanın ve avukatın mesleki sırlarını korumanın temel koşuludur.²⁵ Madde kaleme alınırken, avukatların konutlarını da bazen büro olarak kullanabildikleri göz önüne alınmadığı görülmektedir. Bu durumda CMK m. 136 kıyasen uygulanmalı müdafide olduğu gibi madde avukatların konutlarını da kapsar duruma getirilmelidir.²⁶

Avusturya CMUK'nın 140-141. maddelerinde "kamu güvenlik hizmeti ifa eden organlar hâkim kararı olmaksızın; şayet umumi ilk yardım yükümlülüğünü yerine getirmek için veya tehlikeli bir saldırıyı önlemek için gerekli olursa, gayrimenkullere, evlere, binalara ve de hava, kara ve deniz taşıtlarına girme yetkisine haizdir. Ayrıca gayrimenkullere, evlere, binalara ve taşıtlara, silah kullanılmasına mahal bırakılmayacak şekilde girme yetkisine haizdir."²⁷

d. Bilgisayar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama

Bir suça ilişkin *soruşturma sırasında* başka surette delil elde edilmesi imkânı yok ise, *Cumhuriyet savcısının istemi üzerine* şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, kayıtlardan kopya çıkarılmasına, kayıtların çözümlenip metin haline getirilmesine *hâkim* tarafından karar verilir (CMK m. 134/1).

²⁴ Özbek, *a. g. e.*, s. 111.

²⁵ Yerdelen, *a. g. e.*, s. 111.

²⁶ Saygılar, F. Yasemin, "Arama", *Uğur Alacakaptan' a Armağan*, C. 1, s. 63 5, 636.

²⁷ İçel, Kayıhan, Ünver Yener, *Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları*, İstanbul, Eylül-2004, s. 402.

Bireye ait bilgisayar kayıtlarındaki kişisel bilgiler, temel insan hakları arasında yer almaktadır.

Bu yüzden bu tür aramada kolluk amirine ve Cumhuriyet savcısına yetki verilmediği söylenebilir. Bu tedbire sadece soruşturma aşamasında ve ancak C. savcısının istemi halinde başvurulabilir.

II. ÖNLEME ARAMASI

Önleme araması, makul ve kabul edilebilir bir sebebe bağlı olarak, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti toplum açısından tehlike yaratacak kişilere ulaşmak amacıyla yapılabilir (AÖAY m. 19). PYSK'nın 9/2. maddesinde, suçun önlenmesi amacıyla "kişilerin üstlerinin, araçlarının, özel kâğıtları ve eşyalarının" aranabileceği sınırlı olarak sıralanmış, "önleme amacıyla konutta arama yapılmasına imkân tanınmamıştır". PYSK'nın 20. maddesinde ise, konutta önleme araması yapılamayacağına dair bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre, toplum için veya kişiler bakımından mevcut bulunan hayati bir tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine kolluk görevlileri eve girebilir. Kanada, Yeni Zelanda ve Amerika hukuku da aynı istisnayı içermektedir.²⁸

Belçika hukukunda önleme aramasına güvenlik araması da denilebilmektedir. Elbisenin dışından yapılan aramadır. Ya da çanta aramasıdır. Kişinin şüpheli hareket etmesi üzerine yapılmaktadır. Terli yorsa, telaşlanıyorsa arama yapılabilir. Kelepçe takılması öncesinde, herhangi bir madde veya silah taşıyıp taşımadığının tespiti için arama yapılabilmektedir. Gösteri sırasında toplum düzenini tehlikeye sokmaması için, maçlar için yapılabilmektedir. Terörizm kapsamı içerisinde, örneğin tren garı veya büyükelçilik etrafındaki kişilerin araması yapılabilmektedir. Toplumsal olaylarda veya tehdit amacıyla aramalarda, kendi cinsi arama yapılmalıdır.

²⁸ Yenisey, "Mukayeseli Hukukta Arama...", s. 55.

Bu tür aramalar için mahkeme kararına gerek yoktur. Polis, kendi kanunlarının verdiği yetkiye dayanarak ya da kendi inisiyatifiyle bu aramaları yapabilmektedirler.²⁹

İngiltere’de kolluk, terörle mücadele amacı ile Terörü Önleme Kanununa dayanarak, yayaları, araçları ve içindekileri, belirli bir bölgede, belirli bir süre için, rutin olarak, tamamını ve bazılarını seçerek önleme araması yapabilir. IRA’nın Londra’da araçların içine bomba yerleştirerek terör eylemleri gerçekleştirmesi üzerine kolluğa bu tip bir yetki verilme ihtiyacı hissedilmiştir.³⁰

1.3. ARAMANIN ŞARTLARI

I. MAKUL ŞÜPHE, MAKUL SEBEP

i. Makul Şüph

Aramanın olmazsa olmaz şartıdır. CMK’nın 116. maddesi arama koruma tedbiri açısından makul şüph gerektiğini açıkça düzenlemiştir. Makul şüph eldeki delillere göre yapılacak yargılama sonrasında sanığın mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha yüksek olduğu anda var olan şüphedir. Sayısal bir değerle ifade etmek gerekirse, sanığın mahkûm olma ihtimalinin % 51 e ulaştığı anda söz konusu olan şüphedir.³¹ Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması ve belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.³²

Diğer kişilerle ilgili aramanın düzenlendiği CMK’nın 117. maddesinde, aramanın yapılmasının makul şüpheye ek olarak, aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı tutulmuş olması, kanun koyucunun bu kişiler açısından makul şüphenin daha yo-

²⁹ Özdemir, “Belçika...” <http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/index.htm> B.T. 26.02.2009.

³⁰ Eryılmaz, a. g. e., s. 131.

³¹ Eryılmaz, a. g. e., s. 48.

³² Koparan Reşat, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> B.T. 18.02.2009.

ğün gerçekleşmesi şartını aradığı anlaşılmaktadır.³³ Çünkü suçla ilgisi olmayan kişilerin sadece şüphe nedeniyle arama tedbirine tabi tutulması, kişinin özel hayatının ihlali niteliğindedir. Bu sınırlama, şüphelinin bulunduğu kesin olarak bilinen yerler ile şüpheli veya sanığın takip edilirken girdiği yerlerin aranması halinde geçerli değildir (CMK m. 117/3). Bu halde, arama yapılabilmesi için şüphe aranmayacak, kesinlik aranacaktır. Söz konusu kesinlik, şüpheli veya sanığın yere girmiş olması ve orda bulunmasıdır.³⁴

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

Eğer kişinin özel hayatının gizliliği beklentisi olayda daha üstün değerse, makul şüphe yoktur kararına varılır. Toplum menfaati ön plandaysa makul şüphenin olduğu ve anayasal hak ihlalinin olmadığı kararına ulaşılmaktadır.³⁵

ii. Makul Sebep

Önleme araması suç işlenmeden önce söz konusu olan bir arama olduğundan, şüphe söz konusu değildir. Bu nedenle, önleme araması için ön şart aramanın makul ve kabul edilebilir bir sebebinin varlığıdır.

Makul sebep, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir.³⁶

³³ Şahin Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 331.

³⁴ Soyaslan *a. g. e.*, s. 294.

³⁵ Yenisey, "Mukayeseli Hukukta Arama...", s. 52, 54.

³⁶ Eski Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 15/2.

II. HAKİM KARARI

Almanya'da olduğu gibi Türk hukukunda da kolluk kuvvetlerine re' sen arama yetkisi tanınmamıştır. Türk hukukunda "hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile" kolluk kuvvetlerine arama yetkisi verilmiştir. Böylece kolluk kuvvetlerinin keyfi bir şekilde arama yapmaları engellenmiştir.³⁷ (AÖAY m. 7/1, CMK m. 119/1) Ancak burada 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, bir canlı bombanın polis tarafından fark edilmesi halinde üstünde arama yapılamayacak; ancak derhal etkisiz hale getirilmesi için yakalama yapılabilecek; arama için yazılı emir alınması gerekecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri olmadan arama ve elkoyma yapılması halinde, bu suretle elde edilen deliller, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacaktır (CMK m. 217/2).³⁸

Aramaya hangi hâkimin karar vereceği konusunda yasada açık bir düzenleme yoktur. Bu bakımdan genel görev kuralları uygulanmalıdır. Buna göre aramaya soruşturma sırasında sulh hâkimi, kovuşturma sırasında ise işin esasına bakan mahkeme arama kararı verir.³⁹ Hâkimin vereceği arama kararında; aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya ve kararın geçerli olacağı zaman süresi, aranılacak eşyanın ele geçirilmesi halinde el koyulup koyulmayacağı gösterilir (AÖAY m. 7/7, CMK m. 119/2).

Önleme aramalarında arama yapılabilmesi kural olarak hâkim kararıyla mümkündür. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı arama emri üzerine arama yapmak mümkündür (PVSK m. 9/1, AÖAY m. 20/2).

³⁷ Şafak Ali / Şafak Ahmet Şükrü, *Güvenlik Kuvvetleri ve Polis Mevzuatı*, 9. Baskı, Ankara Mart 2005, s. 253.

³⁸ Saygılar, *a. g. e.*, s. 632.

³⁹ Özbek, *a. g. e.*, s. 69.

İtalyan CMUK'nın 251. maddesinde, "Suçu önleme ve suçüstü durumlarında üst ve yer araması için herhangi bir izne gerek olmaksızın kolluk tarafından arama yapılmakta ve aramadan sonra 48 saat içinde adli makamdan gerekli onay alınmalıdır." ifadesine karşılık gelen kanun metni yer almaktadır.

III. ARAMANIN YAPILACAĞI ZAMAN

Adli aramalar kural olarak gündüz yapılır. Konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde, kural olarak gece arama yapılması yasaklanmıştır (CMK m. 118/1). Bunun nedeni, kişinin gece vakti konut ve işyerinde veya diğer kapalı yerlerde rahatsız edilmek istenmemesi ve bu bakımdan kişinin konutunda özgürce yasama hakkına saygıdır. Esasen bu Anayasaca koruma altına alınmış konut dokunulmazlığı hakkının bir yansımasıdır.⁴⁰ Ancak, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla gece arama yapılmasına olanak tanınmıştır (CMK m. 118/2). Önleme aramaları ile idari denetim ve kontroller her zaman yapılabilir (AÖAY m. 31/son). Önleme aramaları ve idari denetimlerin gündüz yapılması şart değildir. Tam tersine, gerçekleştirilme sebepleri nedeniyle, önleme aramaları ve denetimler daha çok gece vakti gerçekleştirilen tedbirlerdir.

IV. ARAMADA BULUNABİLECEKLER VE ADLİ TANIKLAR

Adli aramada, arama yapılacak yerin sahibi veya aranan eşyanın zilyedi hazır bulunabilir.

Kendisi bulunmazsa, temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hı-sımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya bir komşusu hazır bulundurulur (CMK m. 120). Aramaya maruz kalan kişinin avukatının hazır bulunmasına engel olunamaz (CMK m. 120/3).

⁴⁰ Özbek, a. g. e., s. 97.

Cumhuriyet savcısı olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için, aramanın yapıldığı yerdeki ihtiyar heyetinden veya komsularından iki kişi hazır bulundurulmalıdır (CMK m. 119/4). Bu kişilere *adli tanık* adı verilir.

Aramanın hâkim veya savcı katılımıyla gerçekleştirilmesi halinde ise, bu adli tanıkların bulunmasına gerek yoktur.⁴¹

4. TÜRK HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK'TA ELKOYMA

3.1. KAVRAM

Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması demektir.⁴²

Elkoyma, muhafaza altına almaktan farklı bir kavramdır. Sahipsiz veya zilyedin rızasıyla elinden alınarak tasarruf yetkisinin kaldırılması hallerinde ortada bir elkoyma yoktur, bu halde yapılan işlem muhafaza altına almadır.⁴³

3.2. ELKOYMANIN ŞARTLARI

I. MADDE BAKIMINDAN

A. Suç Şüphesinin Bulunması

Elkoyma konusunu içeren CMK m. 123'e bakıldığında, hükümde şüpheye ilişkin herhangi bir düzenleme olmadığı görülür.

Burada aranan şüphe, kural olarak, kuvvetli şüphe ise de, somut olayın durumuna göre yeterli şüphe hatta bazen ispatı son derece zor, istisnai durumlarda, örneğin organize suçluluğun söz konusu olduğu durumlarda basit şüphe ile yetinilebilmelidir. Böyle bir düşünce kaynağını oranlılık ilkesinde bulur.⁴⁴

⁴¹ Saygılar, *a. g. e.*, s. 638.

⁴² Centel Nur / Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2003, s. 260.

⁴³ Yerdelen, *a. g. e.*, s. 104.

⁴⁴ Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, Özer Veli Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakeme-*

Kanada, Amerika ve Yeni Zelanda anayasalarında makul sebeple arama yapılabilir ve elkoyma gerçekleştirilebilir, makul sebebin olmaması anayasal hakların ihlali demektir.⁴⁵

B. Elkonulacak Bir Eşyanın Bulunması

a. Eşyanın Delil Niteliğinde Olması

CMK m. 123'e göre ispat aracı olarak yararlı görülen eşyaya el konulabilir. Bir fiilin fail tarafından işlenmiş olup olmadığı konusunda, muhakeme yetkililerinin tam bir kanaate ulaşabilmesini mümkün kılmak için hukuk düzeni tarafından kabul edilmiş bulunan, beş duyumuzla öğrenilebilen, akılcı olan, olayı temsil eden veya aksettiren, ispat bakımından faydası olan araçlara delil denir. Bu nitelikleri taşımayan araçlar delil niteliğini haiz sayılmazlar ve bu durumda olan eşyaya da el konulamaz.⁴⁶

b. Eşyanın Müsadereye Tabi Olması

TCK m. 54' de eşya müsaderesinin şartları belirtilmiştir. Buna göre, "Bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen bir eşya" olmalıdır. İşlenen suç kasıtlı olmalıdır. Bu eşya iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamalıdır. Buradaki iyi niyetten kasıt söz konusu suçta kişinin iştirak etmemesi, suçtan haberi olmamasıdır. Müsaderenin suça nazaran daha ağır sonuç doğurmaması gerekir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketlerine henüz başlanmamışsa, sadece bu nedenle müsadere edilemeyecektir.

Ancak bu eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir. Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere edilmesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanak-

si Hukuku, Ankara, 2000, s. 673.

⁴⁵ Yenisey, "Mukayeseli Hukukta Arama...", s. 45.

⁴⁶ Öztürk, Erdem, Özer, a. g. e., s. 673.

lı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir. Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur.

Müsadere kavramı, elkoyma kavramından farklıdır. Müsadere güvenlik tedbiri niteliğini taşıırken, elkoyma koruma tedbiri niteliği taşır. Elkoymada delil olacak veya müsadere edilecek olan eşya sadece adliyenin eli altına alınırken, müsadere için el konulan eşyanın mülkiyeti, el konulma anında değil daha sonra yapılan müsadere işlemi ile devlete geçmesidir.⁴⁷

c. Elkonulması Yasak Eşyalar

i. Sanıkla Tanıklıktan Çekinme Hakkı Olan Kişiler Arasında Gönderilmiş Mektuplar

CMK m. 126'ya göre, şüpheli veya sanık ile 45. ve 46. maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz. Nezdinde bulunmaktan maksat yalnız kişinin üzeri olmayıp, mektup ve belgelerin yerleşim yerinde veya işyerinde bulunması da, kavramın kapsamı içindedir. Tanıklıktan çekinebilecek olanların soruşturulan veya kovuşturulan suça iştirak veya yataklık etmiş olmaları şüphesi varsa, söz konusu mektup veya belgelere elkonulabilecektir.⁴⁸

ii. İçeriği Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgeler

CMK m. 125 ile "devlet sırrının yargıdan gizlenememesi ilkesi" benimsenmiştir. Bu nedenle bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz.

Açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler devlet sırrı sayılır (CMK m. 47).⁴⁹

⁴⁷ Öztürk, Erdem, Özberk, a. g. e., s. 670.

⁴⁸ Yaşar Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara 2005 s. 517.

⁴⁹ Sırma, Özge, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Elkoyma", *Uğur*

Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir (CMK m. 125/2).

Devlet sırrına ilişkin belgelerin incelenebilmesi ve önemli hususların tutanağa geçirilebilmesi için, yargılaması yapılan suçun cezasının alt sınırının beş yıl veya daha fazla olması gerekir (CMK m. 125/3).

II. KİŞİ BAKIMINDAN

A. Elkoyma Kararı Vermeye Yetkili Merciler

Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir (CMK m. 127). Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.

Amerikan hukukunda hâkim kararı olmadan bir elkoyma yapıldığı durumlarda, mahkeme yapılmış olan aramanın makul olup olmadığını denetlemek mecburiyetindedir.⁵⁰

B. Elkoyma Kararının Şekli ve Muhtevası

Elkoyma işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta işlemi gerçekleştiren kolluk görevlisinin açık kimliği yazılır (CMK m. 127/2). Elkonusulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve mühürlenir veya bir işaret konulur (CMK m. 121/3).

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 111e/3 maddesinde, "*elkoyma işlemi suçtan zarar görene, bilinmesi veya muhakeme sürecinde tanınması durumunda gecikmeksizin bildirilir*" denmektedir. Bu hüküm Türk hukukunda CMK m. 127/5'de ifadesini bulmuştur: "*Elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir*". Böylece mağdurun kendisine ait olabilecek eşyaların akıbeti hakkında bilgi sahibi olması istenmiştir.

Alacakaptan'a Armağan, C. 1, 2008, s. 647.

⁵⁰ Yenisey, "*Mukayeseli Hukukta Arama...*", s. 90.

Alman hukukunda, Türk hukukunda Suç Eşyası Yönetmeliğin'de olduğu gibi bildirim daima savcılıkça yapılması gerektiğini ileri süren yazarlar olduğu gibi (Löwe-Rosenberg/Schäfer), davanın açılmasından sonra bildirim mahkeme tarafından yapılması gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bildirim, el koyma kararının infazından sonra yapılacaktır. Zira kanun el koyma kararının değil, el koyma işleminin bildirilmesinden bahsetmektedir.⁵¹

III. ZAMAN BAKIMINDAN

Elkoyma kural olarak günün her saatinde yapılabilir. Ancak gece vakti arama yapılamayacak durumlarda, arama neticesinde ortaya çıkabilecek delil niteliğinde olan ya da müsadereye tabi eşyaya da el konulamaz.⁵²

IV. YER BAKIMINDAN

Kural olarak usulüne uygun arama yapılabilen yerlerde, el koyma da mümkündür. Avukat büroları açısından ise bir sınırlama söz konusudur.

Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur (CMK m. 130) Ancak avukat bürosunda bulunan eşyaya el koyma konusunda, avukatın ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde yakalandığı durumlarda şahsi suçlarıyla ilgili olarak genel hükümleri uygulanacaktır. Avukatın görev suçu işlemesi halinde ise, Adalet Bakanlığı'ndan izin alınacaktır.⁵³

Amerikan hukukuna göre, yapılan arama sırasında açıkça ortada olan ve gözle görülen (in plain view) eşyaya el konulabilir; bu tür bir

⁵¹ Hakeri Hakan, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanuna Göre Elkoyma Tedbiri", s. 3 http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/44/web/makaleler/Doc_Dr_Hakan_HAKERI.htm B.T.:27.02.2009

⁵² Gökçen Ahmet, *Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, Ankara 1994, s. 249.

⁵³ Gökçen, a. g. e., s. 239.

elkoymanın hukuka uygun olmasının ön şartı, kolluk memurunun o eve hukuka uygun bir şekilde girmiş olmasıdır.⁵⁴

3.3. ELKOYMANIN YERİNE GETİRİLMESİ USULÜ VE ZOR KULLANMA

Muhafaza altına almaya tabi eşya ve diğer mal varlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür (CMK m. 124). Rıza ile teslim edilmediği takdirde, zor kullanılarak elkonulabilir (CMK m. 123/2). Kişi eşyayı göstermekten kaçınırsa, bu şeyin zilyedi hakkında CMK m. 60' da yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. Tanıklıktan çekinme yetkisi bulunan kişilerle şüpheli veya sanık hakkında disiplin hapsi hükümleri uygulanmaz (CMK m. 124/2).⁵⁵

Alman hukukçu Freyberg elkoymanın mahiyeti itibariyle zor kullanmayı mecburi kılmadığını, zor kullanmanın ancak elkoymaya hazırlık olarak nitelenebilecek arama ve tutuklamada söz konusu olduğunu ileri sürer.⁵⁶

3.4. ÖZEL ELKOYMA TÜRLERİ

I. TAŞINMAZ HAK VE ALACAKLARA ELKOYMA

CMK m. 128/2' deki katalog suçlar kapsamında, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait; taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına, diğer malvarlığı değerlerine, elkonulabilir. Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir (CMK m. 128/1).

⁵⁴ Yenisey, "Mukayeseli Hukukta Arama...", s. 92.

⁵⁵ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a. g. e., s. 939.

⁵⁶ Gökçen, a. g. e., s. 257.

Taşınmazlara elkoyma tapu kütüğüne, ulaşım araçlarına elkoyma kayıtlı buldukları sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur. (CMK m. 128/3 ve 4) Bu hükmün 3 ve 4. fıkralarının şekillendirilmesinde de Alman CMK m. 111c hükmünden yararlanılmıştır.⁵⁷

Banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması banka veya mali kuruma, şirketteki ortaklık paylarına elkoyma ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicil müdürlüğüne, hak ve alacaklara elkoymayla ilgili gerçek ve tüzel kişiye, teknik iletişim araçlarıyla elkoyma kararının bildirilmesi suretiyle icra olunur ve elkoyma kararı daha sonra bunlara tebliğ edilir. Bu tebliğden sonra bu kararı etkisiz kılmak için hesaplar üzerinde yapılan işlemler gersizdir.

Elkoyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde “*muhafaza görevini kötüye kullanma suçu*” oluşur, TCK m. 289 uygulanır.⁵⁸

II. BASILMIŞ ESERLERE ELKOYMA

A. Süreli ya da Süresiz Yayınların Toplatılması

Müsadereyi gerçekleştirmek için yapılan ve tüm nüshalara elkoymaya “*toplatma*” denir.⁵⁹ Ana. m. 27/8’de süreli veya süresiz yayınların, Basın Kanunu’nun gösterdiği suçların soruşturma ve kovuşturulmasına geçilmiş olması hallerinde hâkim kararı ile devletin ülkesi ve bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi bakımlarından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet başsavcılığının kararı yeterlidir. Bu karar en geç yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Kırk sekiz saat içinde hâkim tarafından onaylanmaması halinde Cumhuriyet başsavcılığının kararı hükümsüz kalır.⁶⁰ Maddede dikkati çeken bir ibarenin belirtilmesi şarttır. Bu ibare “*soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla*” olarak belirtilmiştir. Bu şart gerçekleşti-

⁵⁷ Hakeri Hakan, “*Yeni Ceza Muhakemesi...*”, s. 2 http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/44/web/makaleler/Doc_Dr_Hakan_HAKERI.htm B.T.:27.02.2009

⁵⁸ Yerdelen, *a. g. e.*, s. 110.

⁵⁹ Yurtca, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul, 2005, s. 349.

⁶⁰ Sırma, *a. g. e.*, s. 653.

ğinde, yargıç kararıyla, maddede söz konusu olan suçlar için toplatma mümkün olabilecektir.⁶¹ 5187 sayılı Basın Kanunu m. 25/3: *“Hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetele- rin ikinci fıkrada belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli delil bulunması halinde, bunların Türkiye’de dağıtılması veya satışa sunulması, Cumhuriyet başsavcılığının talebi üzerine sulh ceza hâkiminin kararı ile yasaklanabilir.”* Buna göre yabancı ülkelerde yayınlanmış basılı eserlerin Türkiye’de dağıtılmasının ve satışa sunulmasının yasaklanması mümkündür.

III. POSTADA ELKOYMA

Anayasa ile güvence altına alınmış haberleşmenin gizliliği ilkesi ve bu ilkenin demokratik hayat biçimindeki çok önemli üstün değeri dolayısıyla postada el koyma CMK m. 129’da ayrıca düzenlemiş bulunmaktadır.

Postada bulunan mektup, telgraf veya elektromanyetik araçlarla gönderilmiş bilgileri içeren yazı, belge veya diğer gönderilere el konulabilmesi için; bunların suçun delil, iz, eser ve emarelerini oluşturduğundan şüphe edilmesi temel koşuldur. Ancak bu yeterli olmayıp ayrıca adliyenin eli altında olması zorunlu sayılmalıdır. Cumhuriyet savcısı ve kolluk memurları elkoydukları şeyleri açmadan hemen yetkili hâkime teslim edecektir. Böylece kendisine teslim edilen mühür altındaki şeyleri açıp açmamaktaki karar hâkim tarafından verilecektir.⁶² Soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilmesi gerekir (CMK m. 129/3). Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur (CMK m. 129/4).

IV. AVUKAT POSTASINA ELKOYMA

CMK m. 30/2’ye göre bürosunda arama yapılan avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olan şeylere el konulamaz. Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosun-

⁶¹ Yurtcan, *a. g. e.*, s. 349.

⁶² Yaşar, *a. g. e.*, s. 129.

da arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir.⁶³

V. BİLGİSAYARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE BİLGİSAYAR KÜTÜKLERİNDE ELKOYMA

CMK m. 134'e göre 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. Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır. CMK m. 134'ün gerekçesinde bu tedbire iki yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren durumlarda başvurabileceği belirtilmiştir.

Anılan bu koruma tedbiri son derece ağır sonuçlar doğurduğundan sıkı koşullara bağlanmıştır. Gerçekten sadece bilgisayarla iş yapan bir şirketin bilgisayarlarına el konulması demek; o şirketi iş yapamaz hale sokmak demektir.⁶⁴ Bu yüzden öngörülen şartlara sıkı sıkıya uyulmalıdır.

VI. ŞİRKET YÖNETİMİ İÇİN KAYYIM TAYİNİ

CMK m. 133/4' de sayılan katalog suçlar hakkında suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için

⁶³ Yaşar, *a. g. e.*, s. 130.

⁶⁴ Ölmez Aslan, "Bilgisayarlarında, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyala ve Bunlara Elkoyma", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 30, Şubat 2009.

gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir. Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiği açıkça belirtilir.

Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur (CMK m. 133/1). Bir şirket, olağan yönetiminden alınarak, kayyımın yönetimine verildiğine göre, bu işlem de niteliği bakımından bir elkoymadır.

VII. BİLGİSAYARLARA ELKOYMA

Bilgisayarda arama ve elkoyma işleminin yapılabilmesi için başka şekilde delil elde etme imkânı bulunmamalıdır. Asıl olan bilgisayarlarla elkonulmadan sistemde arama yapıp gerekli verilere elkoymaktır. CMK m. 134/2'ye göre bilgisayarlara elkoyma ancak, bilgisayar programlarına ve kütüklere şifre nedeniyle girilememesi ya da gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde mümkün olabilir. Gerekli bilgilere ulaşıldıktan sonra ve gerekli kopyalar alındıktan sonra bilgisayar gecikmeden iade edilecektir.⁶⁵

3.5. ELKOYMA İŞLEMİNİN SONA ERMESİ VE EŞYANIN İADESİ

Elkoyma işlemi gerçekleştirildikten sonra elde edilen bilgi, belge ve bulgular adli makamlar tarafından incelenir. Yapılan değerlendirme sonucunda elkoyma işlemine tabi tutulanlar delil niteliği kazanabilir, müsadere edilebilir veya iade edilmesine karar verilebilir.

Genel olarak elkoyma işleminin süreci şu şekilde belirtilebilir; itiraz veya istem üzerine elkoymanın kaldırılması (CMK m. 127/4), süresinde hâkim onayına sunulmama nedeniyle elkoymanın kalkması (CMK m. 127/3), süresinde incelememe nedeniyle elkoymanın kalkması (CMK m. 127/3), açılmamasına ya da açıldıktan sonra el konulmasına gerek bulunmaması sebebiyle ilgiliye teslim (CMK m. 129/4),

⁶⁵ Sırma, *a. g. e.*, s.651.

Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkeme tarafından sanığa iade ile elkoymanın kalkması (CMK m. 131/1), mağdura veya sahibine iade (CMK m. 131/2), Elden çıkarma (CMK m. 132/1), muhafaza amacıyla geçici iade (CMK m. 132/5), rayiç değer karşılığı iade (CMK m. 132/6), elkonulan eşya eğer müsadere edilirse mülkiyeti devlete geçer.⁶⁶

3.6. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE ARAMA VE ELKOYMA

AİHS'nin 8. maddesine göre; herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Mahkeme, taraf devletlerin bazı suçlar hakkında fiziksel kanıt elde etmek için konutların aranması ve mallara el konması gibi önlemlere başvurması gerekebileceğini kabul etmektedir. Bu tür önlemler normalde bireyin özel hayatına ve aile hayatına müdahale anlamına gelmesine rağmen, bu önlemleri açıklamak için kullanılan nedenler ilgili ve yeterli olmalıdır ve hedeflenen amaca göre orantısız olmamalıdır. Ayrıca Mahkeme, ilgili kanunların ve uygulamaların istismara karşı bireylere yeterli ve etkin koruma mekanizmaları sağladığı konusunda tatmin olmalıdır.⁶⁷

Arama, sadece sınırlı sayıda üst düzey devlet memuru tarafından hazırlanmış yazılı bir emir ile ve bu amaç için özel eğitim görmüş yetkililer tarafından gerçekleştirilebilir. Evlerde ve başka yerlerde, ancak bir şüphelinin orada saklanma olasılığı varsa veya bir suçun işlendiğini göstermek için el konulabilecek veya kanıt olabilecek eşya veya değerli şeylerin bulunma olasılığı varsa, arama yapılabilir. Önemli durumlar veya yakın bir tehlike olan durumlar haricinde, aramalar pazar günü ve tatil günlerinde veya gece yapılamaz.⁶⁸

⁶⁶ Kaygusuz Ziyaettin, "Hukukumuzda Göre Polisin; Olay Yeri İnceleme ve Diğer Görevlerinde Elkoyma İşlemleri", *Polis Dergisi*, Sayı 48, 2006, s. 167.

⁶⁷ Kil Kelly Ursula, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, s. 68.

⁶⁸ Kil Kelly, *a. g. e.*, s. 69.

4. TÜRK HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA GÖZALTI

4.1. KAVRAM

Kanunun verdiği yetkiye göre yakalanan kişinin, hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, adli mercilere teslimine veya serbest bırakılmasına kadar kanuni süre içerisinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonulmasıdır (YGAİ-AY m. 4).

4.2. GÖZALTINA ALMAYA KARAR VERECEK OLAN MAKAM

Kişinin özgürlüğünün belirli bir sürede olsa gözaltına alma tedbi-riyle kısıtlanması söz konusu olduğu için, gözaltına alma kanun koyu-cu tarafından sıkı koşullara bağlanarak, Cumhuriyet savcılığının tak-dir yetkisi sınırlandırılarak keyfilik önlenmiştir. Cumhuriyet savcılı-ğı ancak soruşturmanın tamamlanması amacıyla, soruşturma yönün-den zorunlu ise ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emare-lerin varlığı söz konusuysa yakalanan kişinin gözaltına alınmasına kar-rar verebilir (CMK m. 91/1, 2).

4.3. GÖZALTI SÜRESİ

Türk hukukunda gözaltı süresi, yakalama anından itibaren 24 saa-ti geçemez. Ancak toplu olarak işlenen suçlarda, yani aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından islenen suç-larda delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çoklu-ğu göz önünde bulundurularak bu sürenin, Cumhuriyet savcısı tara-fından her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatıl-masına yazılı olarak emir verilebileceği ve bu yazılı emrinde gözaltına alınana derhal tebliğ edileceği öngörülmüştür (CMK m. 91/3).

Gözaltına alma konusundaki bu süreler olağanüstü hal, sıkı-yönetim veya savaş hallerinde uzatılabilir (An. m. 19/5). 5271 sayılı TCK'nın 250. maddesi kapsamına giren suçlarda, yakalananlar ve gö-zaltına alınanlar için yirmi dört saatlik süre kırk sekiz saat olarak uy-gulanır. Anayasa'nın 120. maddesi gereğince olağanüstü hâl ilân edi-

len bölgelerde bu suçlardan yakalanan kişiler hakkında CMK m. 91/3 maddesinde dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir. Hâkim, karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler (CMK m. 251/5).

Gözaltı süreleri azami süreler olup, gözaltına alınan kişilerin işlemlerinin en kısa sürede bitirilmesi esastır. (YGAİAY m. 17/3)

Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir (CMK m. 95/1).

Alman hukukunda polis bir kimseyi hâkim kararı olmaksızın yakalandığı günden ertesi günün sonuna kadar tutabilir. Pratikte bu süre en fazla 47 saate kadar sürebilir. Bu sürede kişi polis tarafından yasal hakları kısıtlanmaksızın sorguya çekilir. Kişi gözaltı bitimi olan ertesi günün sonuna kadar sorgulanmamış ise buna son verilir. Gözaltı süresi bakımından ferdi suç toplu suç ayrımı yapılmamıştır.⁶⁹

İngiltere’de, bir kimse suçlama olmaksızın yakalanmasından itibaren 24 saatten fazla gözaltında tutulamaz. Adli bir olay nedeni ile gözaltı süresi 24 saat olup delillerin toplanabilmesi için bu süre yetmeyecekse, özellikle ağır suçlarda üst düzey bir emniyet amirinin yetkisi ile bu sürenin daha fazla uzatılması mümkündür.⁷⁰ Üst düzey bir polis yetkilisinin emri ile gözaltı süresinin 24 saatten 36 saate çıkarılabileceği haller şunlardır: kişinin gözaltında tutulmasına sebep olan suça ilişkin delillerin korunması, delillerin karartılmasının önlenmesi yahut ifade alma için bir süre daha gözaltında tutulması gerekiyorsa, kişinin gözaltında tutulmasına neden olan suç, tutuklanabilir ağır nitelikli bir suçsa, soruşturma hızlı bir şekilde, çabuk ve gayretlilik içinde sürdürülüyorsa.⁷¹ Polis kişiyi 36 saatten fazla gözaltında tutmak isterse, gözaltı süresi hâkim tarafından 36 saatlik bir süre daha uzatılabilir. Fakat toplam gözaltı süresi hiçbir halde 96 saati geçemez.⁷²

⁶⁹ Şahin, Cumhur, “Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi”, *SÜHFD, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı*, 1994, C. 4, S. 1-2, s. 60.

⁷⁰ Şahin, *a. g. e.*, s. 67.

⁷¹ İçel, Kayıhan / Yenisey, Feridun, *Ceza Kanunları TCK, CİK, CMUK*, 7. B., İstanbul 1995, s. 144.

⁷² Şahin, *a. g. e.*, s. 69.

1989 tarihli Terörizmi Önleme Kanunu'nun IV. bölümünde polis yetkileri düzenlenmektedir. Buna göre polis, terör suçu işleyen veya işleme hazırlığında olduğundan şüphe edilen bir kişiyi tutuklama olmadan gözaltına alarak 48 saat gözaltında tutabilir.

Bu sürenin İçişleri Bakanının emri ile 5 gün daha uzatılması ve 7 güne çıkartılması mümkündür.⁷³

Fransa'da adli polis kural olarak 24 saat gözaltında tutabilir. Eğer bu süreden fazla gözaltında tutmak isterse, ilgiliyi dinledikten sonra, Cumhuriyet savcısının önüne götürmek zorundadır. Çünkü bu uzatma, Cumhuriyet savcısının bu konuda aksine yazılı ve gerekçeli bir kararı yoksa kişinin önceden Cumhuriyet savcısının önüne çıkarılmasını gerektirir. Cumhuriyet savcısı, 24 saatten fazla olmamak üzere gözaltı süresinin yeni bir süre uzatılmasına yazılı olarak izin verebilir. İstisnai durumlarda, ilgilinin yokluğunda sadece yazılı gerekçeli bir kararla gözaltı süresinin uzatılmasına karar verebilir.⁷⁴

İtalyan CMUK'a göre, poliste gözaltı süresi 24 saattir (m. 386/3). Polis bu süre içinde sanığı savcı önüne çıkarmak zorundadır. Savcının sanığı 48 saat gözaltında tutma yetkisi bulunmaktadır (m. 390/1). Bu sürenin bitiminde savcı sanığı serbest bırakmak istemiyorsa, derhal hâkim önüne sevk etmek zorundadır. Hâkim ise sanığı 48 saat gözaltında tutma hakkına sahiptir. Bu süre sonunda hâkim ya sanığın tutuklanmasına ya da serbest bırakılmasına karar verecektir.⁷⁵

4.4. GÖZALTINA ALINAN KİŞİNİN HAKİM ÖNÜNE ÇIKARILMASI

Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç gözaltı sürelerinin sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur (CMK m. 91/6). Gözaltına alınan kişinin yakalandığı yere en yakın hâkim önüne çıkarılması için gerekli olan süre,

⁷³ Vural Savaş / Mollamahmutoğlu Sadık, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu*, C. II, Ankara 1995, s. 2763.

⁷⁴ Şahin, *a. g. e.*, s. 76.

⁷⁵ İçel, Ünver, *a. g. e.*, s. 282.

Anayasa ve kanunlarda belirlenen gözaltı sürelerinin dışında tutulmuştur. Bu süreye “*yol süresi*” denilir.

Uygulamada, hâkime veya Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması gibi gerekçelerle, sürenin aşılması durumu ile karşılaşılmaktadır.

Gözaltı süresi bitiminde veya gözaltı sebeplerinin ortadan kalkmış olması halinde, kişi kolluk tarafından ya Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek serbest bırakılır veya adli makamlara sevk edilir. Kolluk tarafından araç bulunamaması, teknik imkânların yetersiz olması, hâkime ya da Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması gibi gerekçelerle gözaltı süresi aşılamaz. Aksi uygulama, “*kişi özgürlüğünün haksız olarak kısıtlanması*” sonucunu doğurur. Gözaltına alınan kişi, hâkim önüne çıkarıldıktan sonra, sorgusunu müteakip ya tutuklanacak ya da serbest bırakılacağından, tekrar nezarethaneye götürülmesi düşünülemez.⁷⁶

4.5. YAKALAMA VE GÖZALTINA ALMA YASAĞI

Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamaz (CMK m. 91/5). Bu düzenlemeyle aynı olay sebebiyle kişilerin birden fazla gözaltına alınmaları suretiyle gözaltı süresi konusundaki sınırlamaların dolaylı olarak aşılması önlenmek istenmiştir. Bu düzenleme, insan hakları ihlallerinin önlenmesi açısından önemli bir durumdur.

4.6. GÖZALTINA ALMA KARARI ÜZERİNE YAPILACAK İŞLEMLER

Yakalanan kişinin gözaltına alınmasına karar verilmesi durumunda nezarethane işlemi yapmadan önce mutlaka sağlık kontrolünden geçirilmesi, yakalama anındaki sağlık durumunun tespit edilmesi gereklidir. Aynı şekilde, gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılma-

⁷⁶ Gölcüklü, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, *AÜSBFD*, C. 49, Haziran-Aralık 1994, s. 82.

sı veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumunun hekim raporu ile belirlenmesi esası getirilmiştir.

Gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi sağlık kontrolüne götüreren kolluk görevlisinin farklı olması zorunludur. Ancak personel yetersizliği nedeniyle farklı kolluk görevlisinin görevlendirilememesi hâlinde bu durum belgelendirilmelidir. Sağlık kontrolünü yapan doktor, muayene esnasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesinde belirtilen işkence, 95. maddesinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve 96. maddesinde belirtilen eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlarsa, durumu zaman kaybetmeksizin Cumhuriyet savcısına bildirir (YGAİAY m. 9). Esasen gözaltındaki kişinin, kolluğun sorumluluk alanına her giriş çıkışında sağlık kontrolünden geçirilmesinin nedeni ileride ortaya çıkabilecek işkence iddialarının önüne geçmektir.

Gözaltı işlemlerinin denetimi Cumhuriyet başsavcıları veya görevlendirecekleri Cumhuriyet savcıları tarafından yapılacaktır. Cumhuriyet başsavcıları veya görevlendirecekleri Cumhuriyet savcıları, adli görevlerinin gereği olarak, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma neden ve sürelerini, gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetler; sonucunu "*Nezarethaneye Alınanlar Defteri*"ne kaydederler (CMK m. 92/1).

Gözaltına almaya ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı hemen serbest bırakılmayı sağlamak için kanun Sulh ceza hâkimine başvurulabileceğini öngörmüştür. Bu başvuruyu, yakalanan kişi bizzat yapabileceği gibi onun müdafisi veya kanuni temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımları da yapabilir. Sulh ceza hâkimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhal ve nihayet yirmi dört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Hâkim, gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına varılırsa başvuru reddeder, aksi halde yakalananın derhâl soruşturma evrakı ile Cumhuriyet savcılığında hazır bulundurulmasına karar verilir (CMK m. 91/4).

İngiltere'de 24 saat olarak sınırlandırılmış olan gözaltında bulundurulma süresinin yalnızca 6 saati belli edilmemiş karakollarda geçi-

rilebilir. Normal olarak 6 saatten az tutulacak kişinin herhangi bir polis merkezine; 6 saatten fazla tutulacak kişinin bu iş için tahsis edilmiş bir merkeze götürülmesi gerekmektedir. Aynı şekilde kendisine veya üçüncü kişiye zarar veren kişiler tahsisli merkezlere götürülürler. Kuzey İrlanda'da ise fiziki bir tehlike söz konusu olduğu takdirde kişiler herhangi bir polis merkezine götürülebilirler.⁷⁷ Her polis teşkilatı, 24 saatten fazla gözaltında tutulan kişilerin sayısını, uzatma başvurularını ve sonuçlarını, uzama süresini, kişinin geçirdiği süreyi ve son olarak bu kişinin suçlandırılıp suçlandırılmadığını veya serbest bırakılıp bırakılmadığını gösterir kayıtları tutar.⁷⁸

4.7. HUKUKA AYKIRI YAPILAN GÖZALTILAR

I. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMEMESİ

Aydınlatma yükümlülüğü; gözaltına alınan kişiye isnat edilen suçun ne olduğunun anlatılmasını, isnat konusunda susma ve müdafiden yararlanma haklarının bulunduğunu, yakalandığını yakınlarına duyurabileceği ve şüpheden kurtulması için lehine olan somut delilleri ileri sürebileceğini bildirmeyi kapsar.

Şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde CMK m. 147/1 b-c-e-f fıkraları gereğince aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesi, tazminat ödenmesine konu olabilir.

II. KİŞİYE SAHİP OLDUĞU HAKLARIN KULLANDIRILMASI

Türk hukukunda müdafiden yararlanma hakkının kullandırılması, görevlilerin hileli davranışları ile engellenmemelidir. Yapılan işlemin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, ilgili kişinin tamamen kendi ihmali ve kusurlu hareketi ile bu tür durumlara neden olmaması gerekir.

⁷⁷ Şahin, *a. g. e.*, s. 69.

⁷⁸ İçel, Yenisey, *a. g. e.*, s. 144.

Gözaltına alınan kişi haklarını bildirdikten sonra kişinin hiç cevap vermemesi, olumlu veya olumsuz hiçbir şey söylememesi, haklarını öğrenmiş ve bundan vazgeçmiş olduğunu göstermez.⁷⁹ Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlar için gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla 24 saat süre ile kısıtlanabilir; ancak bu süre içinde ifade alınamaz (Terörle Mücadele Kanunu m. 10).

İngiliz hukukunda gözaltına alınan kişi, bu aşamada hem müdafie danışabilme ve hem de gözaltında iken yapılan sorgusunda yanında avukat bulundurabilme hakkına sahiptir.⁸⁰ Ancak 1989 tarihli Terörizmi Önleme Kanunu'na göre gözaltına alınanlar ile avukat arasında ilk 48 saatlik sürede hiç temas yapılamamaktadır.

48 saatten sonra da İngiltere ve Galler'de Adalet Bakanının izni ile görüşme sağlanabilir. Gözaltında bulunan kişinin avukatını görüp göremeyeceği polisin rızasına bağlıdır. Polis bunu kabul etmek zorunda değildir. Ancak kişi suçlandığı andan itibaren avukatla görüşebilecektir.⁸¹ İngiltere'nin terörle mücadele çerçevesinde Kuzey İrlanda'da yaptığı uygulamalar, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi kararlarına konu olmuş ve hem Komisyon hem de Mahkeme aldığı kararlarda, İngiliz hukuk sistemi ve uygulamasının Sözleşme'de öngörülen asgari standartlara aykırı olduğu sonucuna varmıştır.⁸²

Fransa'da gözaltına alınan kişi, gözaltına alınmasını takiben 20 saat sonra bir avukat ile görüşmeyi talep edebilir. İlgili, avukatı kendisi seçebilir veya baro başkanının resen bir avukat görevlendirmesini talep edebilir. Avukat ile görüşme 30 dakika ile sınırlıdır. Terör ve uyuşturucu suçlarında, gözaltı süresinin uzatılması durumunda bu hak 72 saat sonra kullanılabilir.⁸³

⁷⁹ Yenisey, *a. g. e.*, s. 156.

⁸⁰ Şahin, *a. g. e.*, s. 77.

⁸¹ Savaş, Vural, "Terörizmin Yaygınlaştığı Demokratik Ülkelerde Alınan Tedbirler ve CMUK'umuzun Bu Açından Değerlendirilmesi", *SÜHFD*, C. 4, 1994, S. 1-2, s. 93.

⁸² Bkz. Başvuru No:5310/71 18.01.1978 tarihli İrlanda Cumhuriyeti-İngiltere Kararı ve Başvuru No: 14553/89 26.05.1993 tarihli BRANNIGAN ve McBRIDE-İngiltere Kararı.

⁸³ Şahin, *a. g. e.*, s. 78.

Belçika’da ne polis ne de sorgu hâkiminin şüpheliye susma hakkını hatırlatmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Yine polis aşamasındaki sorgu esnasında veya sorgu hâkiminin önünde kişinin avukat bulundurma hakkı yoktur. Ancak sorgu hâkimi önündeki sorgulama sürecinin sonunda şüpheli, avukat bulundurma ve susma hakkı olduğu konusunda bilgilendirilir.⁸⁴

Hollanda’da yakalanan polisteki ilk 6 saatlik gözaltı süresinde avukat yardımına başvurma hakkına sahip değildir. Ancak, üst düzey polis yetkilisi veya savcı tarafından gözaltı süresinin 48 saat daha uzatılmasına karar verilmesi halinde bu aşamada avukatı ile görüşebilir.⁸⁵

4.9. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NE GÖRE GÖZALTI

AİHS’nin 5. maddesiyle bir karine öngörülmüş ve herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı olduğunu ifade edilmiştir. Bu açıdan cezai süreç için özgürlükten mahrumiyet söz konusu olduğunda, işlediği suç nedeniyle AHİS m. 5/1-c’de öngörülen koşullara dayanarak yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır. Mahkeme olağan hallerde gözaltında tutma süresini azami 4 günle sınırlamış ve bu sürenin üzerindeki tutmaları Sözleşme’nin ihlali olarak yorumlamıştır.⁸⁶ Olağanüstü hallerde ise, Hükümetin Sözleşmenin 15. maddesi gereğince yükümlülüklerinde azaltma yaptığı yönündeki bilgiyi Avrupa Konseyi’ne bildirmiş olması halinde, Mahkeme, gözaltı sürelerinin “durumun gerektirdiği zorlukları karşılayacak nitelikte olması” kistasına göre derhal hâkim önüne çıkarma ilkesinin ihlal edilip edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme, Taş⁸⁷ başvurusuna ilişkin kararında 4 günden fazla süren gözaltının da, olağanüstü durumlarda Sözleşme’ye uygun düşebileceğini belirtmiştir.

⁸⁴ Şahin, a. g. e., s. 90.

⁸⁵ Şahin, a. g. e., s. 92.

⁸⁶ Bkz. Dejong, Baljet ve Van Den Brink / Hollanda başvurusu, 22.05.1984 tarihli karar (7, 11,16 günlük süreler), Duinhof ve Duijf / Hollanda başvurusu, 22.05.1984 tarihli karar (11 ve 12 günlük süreler).

⁸⁷ Bkz. Taş /Türkiye Başvurusu, 14.11.2000 tarihli karar, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr> (B.T. 13.03.2009).

Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, maddenin 1. fıkrasında istisna edilen haller nedeniyle kişi özgürlüğü kısıtlanan, yani yakalanan, tutulan (gözaltına alınan veya tutuklanan) her kişiye, bu işleme maruz tutulmasının nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilmelidir.

5. KORUMA TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNAT

Kişiler, koruma tedbirleri nedeniyle tazminatı düzenleyen CMK m. 141 gereği koruma tedbirlerinin uygulanmasından doğan haksız sonuçlardan dolayı maddi ve manevi her türlü zararlarını, devletten isteyebilirler. Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir. Ayrıca iç hukuk yollarını tükettikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne de başvurabilirler.

6. SONUÇ

Arama, elkoyma kişinin özel hayatını ve haberleşme özgürlüğünü sınırlandıran koruma tedbirleridir. Gözaltı ise kişi özgürlüğünü sınırlandıran bir koruma tedbidir. Bu yüzden arama, elkoyma ve gözaltı koruma tedbirlerine maruz kalanlar Anayasalarla ve kanunlarla koruma altına alınmışlardır. AB'ye üye olma yolundaki ülkemizde insan hakları odaklı olarak yapılan kanun değişikliklerinden biri 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesidir. 5271 sayılı CMK, eski dönemdeki yanlış, insan hakları ile barışık olmayan, tutum ve davranışlara karşı bir tepki yasasıdır. Bu tepki uygulayıcılara duyulan güvensizliğin bir sonucudur. Ancak Avrupa'da polisin yetkilerinin daha kapsamlı olduğu göz önüne getirilirse Türk polisinin de suç ve suçlu ile mücadelesini sekteye uğratacak yasal boşluklar en kısa sürede doldurulmalıdır.

Suçlu olarak kaçan bir kişinin kaçarken bir eve sığınması esnasında hâkim ve savcıdan eve girmek için izin isteme zorunluluğunun olması veya daha önceden uygulamada olan (bu olay için) ev sahibinin rızası dâhilinde yapılan arama konusunun artık uygulama alanı bulmaması, bir canlı bombanın polis tarafından fark edilmesi halinde üstünde arama yapılamayacak; ancak derhal etkisiz hale getirilmesi için

yakalama yapılabilecek; arama için yazılı emir alınması gerekmesi karşımıza önemli yasal boşluklar olarak çıkmaktadır.

Günümüzde bir devlet düzeninin veya bir rejimin değerlendirilmesinde, insan hakları karşısında takınılan tavır belirleyici rol oynar. Bireye düşen haklarının farkına varmaktır, insan hakları konusunda asgari bilgiye ve bilince ulaşmak ve çevresini aydınlatmaktır. Görev yapılan toplumu korumada hizmette etkinlik ve saygınlık, soruşturma yetkililerinin, kolluk kuvvetlerinin her seviyede bu kurallara uyabilme yeteneği ile doğru orantılıdır. Bu ise diğer unsurlar yanında, etkin bir öğretim ve eğitime, bunlardan da önce, insan hakları kavramının işlevinin iyi anlaşılabilmesine bağlıdır.

KAYNAKLAR

KİTAPLAR

- Aksoy Şemsettin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2003.
- Eryılmaz, M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Ankara 2003.
- Gökçen, Ahmet, *Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, Dokuz Eylül Üni. Hukuk Fak. Yayınları, Ankara 1994.
- Gölcüklü, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği", AUSBFD, C.49, Haziran-Aralık 1994
- Hakeri Hakan / Ünver Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara Adalet Yayınevi, 2007.
- İçel, Kayıhan / Yenisey, Feridun, *Ceza Kanunları TCK, CİK, CMUK*, 7. B, İstanbul 1995.
- İçel, Kayıhan / Ünver Yener, *Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları*, İstanbul Eylül 2004.
- İnceoğlu Mehmet Murat, *Uğur Alacakaptan' a Armağan*, C. 1, İstanbul, 2008.
- Kilkelly, Ursula, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*.

- Kunteri Nurullah / Yenisey Feridun / Nuhoğlu Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. b., İstanbul Arıkan Yayınları, 2006.
- Özbek Özer Veli, *CMK İzmir Şerhi: Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Öztürk Bahri / Erdem Mustafa Ruhan / Özer Veli Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2000.
- Soyaslan Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş 2.b., Ankara, Yetkin Yayınları.
- Şafak, Ali / Şafak Ahmet Şükrü, *Güvenlik Kuvoetleri ve Polis Mevzuatı*, 9. B., Ankara Mart 2005.
- Şahin Cumhuri, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005.
- Şimşek Oğuz, *Konut Dokunulmazlığı Temel Hakkı (Anayasa Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)*, İz. BD, Nisan 1998.
- Vural Savaş / Mollamahmutoğlu Sadık, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu*, C. II, Ankara 1995.
- Yaşar Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara, 2005.
- Yenisey Feridun, *İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade alma*, Ankara 1995.
- Yenisey Feridun, *Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul 2007.
- Yerdelen Erdal, *Soruşturma ve Koruma Tedbirleri*, Adil Yayınevi, 2006.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 2005.

MAKALELER

- Hakeri Hakan, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanuna Göre Elkoyma Tedbiri*.
- Kaygusuz Ziyaettin, *Hukukumuzda Göre Polisin; Olay Yeri İnceleme ve Diğer Görevlerinde Elkoyma İşlemleri*.
- Koparan Reşat, *Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama*.
- Oğuz Arzu, *Hukuk Eğitiminde Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimindeki Rolü*.
- Ölmez Aslan, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyala ve Bunlara Elkoyma*.
- Özdemir Erol, *Belçika Gezisi Ardından*.
- Savaş, Vural; "Terörizmin Yaygınlaştığı Demokratik Ülkelerde Alınan Tedbirler ve CMUK'umuzun Bu Açından Değerlendirilmesi".

Saygılar, F. Yasemin, Arama.

Sırma, Özge, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Elkoyma.

Şahin, Cumhur; "Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi".

İNTERNET SAYFALARI

<http://auhf.ankara.edu.tr>

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>

<http://www.egm.gov.tr>

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>