

“TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNİN ETKİNLİĞİNİN GELİŞTİRİLMESİ”

Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi
Ortak Projesi

ARAMA VE EL KOYMA TEDBİRLERİ MODÜLÜ

Hazırlayanlar

Juan Carlos Da SILVA

(Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri)



Albrecht STANGE

(AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler)



Doç. Dr. Ali Kemal YILDIZ

(Arama ve El Koyma Tedbirleri)

Bu eğitim modülü, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi başlıklı, Avrupa Birliği/ Avrupa Konseyi/ Türkiye Cumhuriyeti devleti tarafından finanse edilen ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülen Avrupa Birliği/ Avrupa Konseyi Ortak Programı kapsamında yayımlanmıştır. T.C. Adalet Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi ve Türkiye Barolar Birliği bu projenin yararlanıcısıdır. Merkezi Finans ve İhale Birimi bu projenin ihale makamıdır. Modülün içeriği hiçbir şekilde Avrupa Birliği'nin resmi görüşlerini yansıtmamaktadır.

Bu eğitim modülünün hazırlanmasına katkıda bulunan ulusal ve uluslararası danışmanlar, hakim ve Cumhuriyet savcılar ile, Adalet Bakanlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi, Türkiye Barolar Birliği, İçişleri Bakanlığı, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Adli Tıp Kurumu temsilci ve uzmanlarına teşekkür ederiz.

Arama ve El Koyma Tedbirleri Modülü Zaman Çizelgesi

	09:30 - 12:00	12:00 - 13:30	13:30 - 17:00
1. Gün Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri	Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri		AlHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler: Şüphe Kavramı Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasında Orantılılık İlkesi
2. Gün Arama/ El Koyma Yakalama/ Gözaltına Alma	Arama ve El Koymada Özel Durumlar: Kanun Yolu ve Yasa Dışı Aramanın Sonuçları	Arama ve El Koyma Tedbirlerinin Uygulanması	Yakalanan ve Gözaltına Alınan Kişinin Hakları Yakalama ve Gözaltı İşlemlerinin Hukukî Dayanakları Yakalama ve Gözaltına Alınmaya Karşı Kanun Yolu
3. Gün Tutuklama Adli Kontrol İletişimin Denetlenmesi	Tutuklamanın Gerekçeleri	Tutuklama Kararı Verilebilmesinin Maddî ve Şekî Koşulları	İletişimin Denetlenmesi Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Kurallar: "Kişi" ve "Suç Tipi" Bakımından Tedbirin Uygulanması İletişimin Denetlenmesi Adlı Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Delillerin Değerlendirilmesi
4. Gün Gizli Soruşturmacı Teknik Araçlarla İzleme	Gizli Soruşturmacı Tedbirinin Koşulları ve Uygulanması	Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Koşulları ve Uygulanması	Tutuklu Kalan Kişinin Hakları ve Tutukluluğa Karşı Kanun Yolu Tedbirlerin Sona Ermesi ve Denetlenmesi: Kanun Yolu Kurs Sonu / Değerlendirme

1. KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ.....	7
Ders Planı - Koruma Tedbiri Kavramı ve Özellikleri.....	9
1.1. Ceza Mevzuatında ve Mevzuatın Uygulanmasında Koruma Tedbirleri: Kanun Koyucular ve Uygulayıcılar İçin Ortak Bir Görev.....	11
1.2. Koruma Tedbiri Kavramı.....	13
2. KORUMA TEDBİRİ TÜRLERİ VE UYGULAMA GEREKÇELERİ.....	17
2.1. Koruma Tedbiri Türleri.....	19
2.2. Koruma Tedbirlerinin Uygulanma Gerekçeleri.....	24
2.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.....	39
3. AİHM KARARLARINDA ORTAYA KONULAN TEMEL İLKELER: ŞÜPHE KAVRAMI.....	67
Ders Planı - AİHM Kararlarında Ortaya Konulan.....	69
Temel İlkeler: Şüphe Kavramı.....	69
3.1. Giriş.....	71
3.2. Alıştırma.....	73
3.3. Alıştırmanın Değerlendirilmesi.....	74
3.4. PP Sunumu.....	74
3.5. Tartışma.....	80
3.6. Vaka Çalışmaları.....	80
3.7. Değerlendirme ve Geribildirim.....	80
4. KORUMA TEDBİRLERİNİN UYGULAMASINDA ORANTILILIK İLKESİ.....	85
Ders Planı - Koruma Tedbirlerinin Uygulamasında Orantılılık İlkesi.....	87
4.1. Giriş.....	89
4.2. Alıştırmalar.....	92
4.3. Değerlendirme ve Geribildirim.....	102
5. ARAMA VE EL KOYMA TEDBİRLERİ.....	105
Ders Planı - Arama ve El Koyma Tedbirleri.....	107
Ders Planı - Arama türleri.....	109
Önleme (İdarî) Araması-Önleme Aramasının Koşulları.....	109
5.1. Çalışmanın Amacı ve Niteliği.....	127
5.2. Arama ve Elkoyma Koruma Tedbirlerinin Uluslararası Belgeler ve Ulusal Mevzuattaki Temelleri.....	127
5.3. Arama.....	128
5.4. Elkoyma.....	158
Yargıtay Kararlarından Örnekler.....	177

KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

Ders Planı

1.1. Ceza Mevzuatında ve Mevzuatın Uygulanmasında Koruma Tedbirleri:
Kanun Koyucular ve Uygulayıcılar İçin Ortak Bir Görev

1.2. Koruma Tedbiri Kavramı

Ders Planı - Koruma Tedbiri Kavramı ve Özellikleri

Gerekli Kaynaklar:

- (Seçmeli) İnternet bağlantılı internet
- Projektör ve perde
- Yazı tahtası ve kalemleri
- (Alternatif olarak) Flipchart ve flipchart kalemleri
- Not kâğıdı ve kalemleri

Dersin Amacı

- Ders sonunda öğrenci:
- Koruma tedbirlerinin alınması gereken bağlamı anlar.
- Farklı türdeki koruma tedbirleri arasındaki farkları anlar ve her bir tedbirin uygulanabileceği koşulları tespit eder.
- Bir koruma tedbirinin mutlaka uygulanması gerekip gerekmediğini veya uzatılması gerekip gerekmediğini değerlendirir.

Dersin Kapsamı

- Ders eğitimin ikinci gününde verilecektir; ders süresi 45 dakikadır.
- Materyaller uyarlanabilir niteliktedir ve konuyla ilgili sadece genel bilgi sahibi olan bir grubun veya Avrupa standartları hakkında daha ayrıntılı bilgi edinmek isteyen deneyimli bir grubun eğitiminde kullanılabilir.

Yöntem

- Açıklama / anlatma
- Soru - cevap
- Tartışma
- Bireysel ve grup alıştırmaları

Eğitim Araçları

- Ders Materyalleri: Materyallerde, eğitimcilerin bazı konuları işlemesi veya yeni örnekler bulmaları için diğer kaynaklara yapılan atıflara da yer verilmektedir (çalışmanın kolaylaşması için özellikle uzaktan erişilebilir materyaller).
- Ders Materyallerine Göre Uyarlanmış İçtihatlar: Önemli sayıda AİHM davasına yer verilmiştir; dolayısıyla eğitici, öğrencilere hangilerinin anlatılacağını ve tartışılan ilkelere örnek oluşturması amacıyla hangilerinin kapsamda tutulacağına karar verebilir.

Dersin İşleniş Süreci

- Eğitici bilgileri sunar. Bu bilgilerin ders araçları ve internet kaynakları ile nasıl tamamlanacağını açıklar.
- Vaka çalışması.
- Eğitilecek grubun özelliklerine göre uyarlanabilir, etkileşimli öğretim araçlarının kullanılması.

1. KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

1.1. Ceza Mevzuatında ve Mevzuatın Uygulanmasında Koruma Tedbirleri: Kanun Koyucular ve Uygulayıcılar İçin Ortak Bir Görev

a. Minimum Müdâhale İlkesi

Minimum müdâhale, bireylerin kişisel özerkliğine ve özgürlüğüne liberal devletin gösterdiği genel saygının bir uzantısı olarak modern Ceza Hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilir. Devletin insanların tercihlerine, iyi yönetim ve kamu huzurunun gerektirdiğinden daha fazla karışmaması gerekir.

“Ultima Ratio” olarak da bilinmekle beraber bu, yargıdan ziyade, her şeyden önce ve en önemlisi olarak yasama organına hitap eden anayasal ve kurucu bir ilkedir. Ne var ki bazı düşünürlere göre, bu ilkedен normatif yorumlar veya sonuçlar çıkarabilecek veya çıkarması gereken, sadece yasama organı değil, ilkenin yasaların bekçiliğini yapanlar üzerinde doğrudan bir etkisi varmış gibi aynı zamanda yargı organı da olmaktadır. Eğer ultima ratio, normatif olarak daha yüksek bir alandan -Anayasa veya uluslararası düzeyde bir insan hakları belgesi gibi- yasama organına hitap eden genel bir ilke olarak düşünülürse veya ilkenin kendisi, yasal veya siyasî - ahlakî bir karakterinin olması fark etmeksizin yasama organı tarafından kendisine rehber olarak benimsenirse ancak o zaman yasama organının bu kısıtlamaya saygı mı gösterdiği yoksa kısıtlamayı istismar mı ettiği bakımından bir kontrol mümkün olabilir. Anayasa Mahkemeleri, Ulusalüstü İnsan Hakları Mahkemeleriyle birlikte böyle bir kontrol görevini yerine getirebilirler. Ancak hukukçular ve diğer siyasî organlar da bu kontrolü sağlayabilir.¹

Liberal demokrasinin bu genel ilkesi, Ceza Hukuku alanında yoğun bir şekilde bulunmaktadır. Burada devletin gücünün zorlayıcılığı en çıplak hâliyle görülmektedir ve bunun bir an unutulmasının sonuçları, kişisel yaşamlar üzerinde derin etkilere yol açabilir.

Kendisini ceza hukukunda her yönüyle göstermektedir. Aslî ceza hukukuyla bağlantılı olarak, “en az suçlulaştırma ilkesi” olarak da tasvir edilmiştir. Usûl bakımından görünüşünde ise ilke, yasalarda yazılı olarak şüphelilere verilen güvenceleri pekiştirebilmektedir. Sürecin geri kalanında ise, yargılanma sürecine ulaşmadan önce zayıf davaları ayıklayabilmek adına savcılık tarafından yapılan “gerçekçi mahkûmiyet ihtimâli” testi ve “bakılacak dava olmayan” yerlerde yargı makamının herhangi bir savunma almadan aklanmaya hükmetmesi bulunmaktadır. Daha dar bir anlamda deliller bakımından, minimum müdâhale ilkesi masumiyet karinesi ve kendi aleyhine tanıklık etmeme ayrıcalığıyla yakın bir bağ içerisinde. Daha az somut olmak üzere, minimum müdâhale davalarda delillerin kabul edilebilirliğini yöneten kuralların formüle edilmesinde ve uygulanmasında “mahremiyet” üzerinde ne gibi bir güce sahip olabileceğini açıklamaktadır.²

Koruma tedbirleri alanında bu ilke, orantılılık ilkesinin anlaşılmasının ve daha geniş çapta ise herhangi bir suçtan dolayı suçlu bulunmamış kişilerin haklarının kısıtlanması bakımından, özgürlük yanlısı bir yorumun zemininde yer almaktadır.

1 Bakınız: Uluslararası Çalıştay “ULTIMA RATIO, Genel İlke Avrupa Bağlamında Risk Altında mı?” 2-4 Şubat 2012 tarihinde Oñati Enstitüsü’nde yapılmıştır [IISL International Institute for the Sociology of Law (Uluslararası Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü), Oñati, Bask Ülkesi, <http://www.iisj.es>].

2 Bk.: Paul ROBERT ve Adrian ZUCKERMAN, Ceza Delili, Oxford Üniversitesi Yayınları, Oxford, 2010 (2. Baskı), s. 20.

Yazarlar tarafından da belirtildiği gibi AİHM, kendisinin ve ulusal yargı organlarının görevini, keyfî güç ve anlamsız takdir yetkilerinin kullanımına karşı uygun bir koruma sağlanması itibarıyla hukukun üstünlüğünün güvence altına alınması olarak görmektedir. Özgürlük yanlısı yaklaşım, daima mümkün olan daha az müdâhaleci koruma tedbirlerinin tercih edilmesine imkân sağlar ve belli bir koruma tedbirinin benimsenmesi veya kullanımına izin verilmesi ve izin verilmesi kaçınılmaz olan müdâhalenin kapsamı konularında hâkimlere kolaylık sağlar. Bu anlamda, belli bir koruma tedbirinin alınması için herhangi bir nedenin var olması, yargı aşamasına kadar sürdürülebilmesi için yeterli değildir. Zira aşağıda da tartışılacağı gibi işlemlerin bu aşamasının, sağlam gerekçelere dayanmaksızın geciktiremeyecek olan soruşturma makamlarının göstereceği titizlikle bir arada yürütülmesi gerekmektedir.

b. Ceza Hukukunun Hedefleri: Cezalandırma, Önleme ve Telafi Etme

Ceza yasalarının hayata geçirilmesi, toplumun bu amaçla geliştirdiği hedeflerle bağlantılı olmalıdır. Devletin kendi ellerine teslim ettiği hayatî görevi yerine getirmek istiyorlarsa, hâkim ve savcıların yasa metinlerini yorumlarken veya uygularken bu hedefleri akıllarında bulundurmaları gerekmektedir.

Her ne kadar bütün düzenli toplumlarda Ceza Hukuku var olmuş olsa da, kendisiyle birlikte tanımlanan hedefler zaman içinde gelişim göstermiştir. En ilkel toplumlarda, hukukî ceza ile neden olunan zararın karşılığı olması fikri arasında ayrılmaz bir bağ kurulmuştur. Suçlu, yaptıklarının bedelini ya aynı biçimde ya da kıyaslanabilir bir şekilde ödemek zorundadır. Daha sonra, başarılması önemli olan sonucun işlenen suçu ele almak olmadığı, daha ziyade suçlunun (spesifik tedbir) veya aynı suçu veya bir benzerini işleyebilecek diğer kişilerin (genel tedbir) herhangi bir suç faaliyetinde bulunma konusunda cesaretini kırarak etkin caydırıcı mekanizmalar kurmak olduğu düşüncesiyle koruma tedbiri fikri ortaya çıkmıştır. Bugünlerde bu hedeflere sırt çevrilmeksizin, telafi edici adalet fikri de ceza politikası tasarılarının yanı sıra cezai yaptırım gücü bünyesine katılmıştır. Buradaki amaç, suç faaliyetiyle toplumsal huzur bozulmadan önce mevcut olan duruma eşdeğer bir duruma ulaşabilmektir. Bu da mahkûm bakımından sadece verilen cezayı çekmek sûretiyle pasif bir davranış biçimi ortaya koymayı değil, aynı zamanda özellikle mağdurların ve toplumun geri kalanının belli bir şekilde tazmin edilmesi sûretiyle bozulmuş olan düzenin yeniden sağlanmasında aktif bir rolün üstlenilmesini de gerektirmektedir.

Her ne kadar tedbir ve telafi fikirlerinin, soruşturulmakta / suçlanmakta olan kişinin haklarının geçici olarak kısıtlanmasına ilişkin kararlar üzerinde belli bir etkisi olabilirse de, duruşmalar başlamadan önceki hukukî işlemler sırasında cezalandırma fikrinden uzak durulması gerektiğini akılda bulundurmak önemlidir. Koruma tedbirlerinin hiçbir zaman ön bir ceza veya cezanın beklentisi biçiminde kullanılmaması gerekir.

c. Ceza Muhâkemesinde Uygulanan Koruma Tedbirleri ile Suçun İşlenmesine Karşı Alınan Yasal Önleyici Tedbirler Arasındaki Fark

Geleneksel olarak "zor kullanıcı" yasa uygulama birimlerinin (polis, savcılıklar, mahkemeler) suçla mücadelede tam bir tekele sahip olması gerektiği fikri yaygın bir şekilde yeniden değerlendirilmektedir. Zira tek başlarına suç işleme düzeyleri üzerinde yeterli bir etki sahibi olmalarının pek de muhtemel olmadığı açıktır. Bundan dolayı, suçun önlenmesi (özellikle organize suçların önlenmesi) ulusal ve

uluslararası makamların gündeminde yüksek bir sıraya yerleşmiştir: “Organize suçun oluşabilmesinin şartlarını zayıflatıldığı ölçüde, organize suç bakımından herhangi bir bütünsel yaklaşımda önleyicilik bastıracılıktan daha az bir öneme sahip değildir. Birlik, önleyicilik ve bastıracılık ve yargılama süreci içerisinde, organize suça karşı verilen mücadelenin her aşamasında ihtiyaç duyulan araçlara sahip olmalıdır.” (AB-Organize Suça Karşı Mücadele Eylem Planı, 1997). “Yasa yapıcılar, meslek sahipleri ve akademisyenler arasında gittikçe büyüyen bir düşünce vardır ki, organize suçla mücadele için benimsenen geleneksel yaptırım yaklaşımları umulduğu gibi bu faaliyetlerin azalmasının sağlanması için tek başına yeterli olmayacaktır.” [“Organize Suçun Önlenmesine Yönelik Avrupa Stratejisi”, Avrupa Komisyonu ve Avrupa Polis Teşkilatı (Europol) Ortak Raporu, 2001.].

Ne var ki bu eylemler, (örneğin iç işlerinde hükümetler yozlaşmayı önlemek için kendi kamu yetkililerinin ahlakî bütünlüğünü güçlendirerek organize suça karşı bir tepki geliştirebilirler; dış işlerinde ise bazı organize suç örgütlerinin, bazı yasal faaliyetlerden yararlanmasını veya hükümetle ortak bir iş yapmalarını engelleyebilirler vb.) burada ele alınan konudan farklıdır. Zira işlenecek olan suçtan genel itibarıyla kaçınmayı hedeflediklerinden belli cezai işlemlerin kapsamından uyarlanmışlardır.³

1.2. Koruma Tedbiri Kavramı

a. Temel Özellikleri

Koruma tedbirlerinin gerekçesi, yargı sürecinin olması gerektiği gibi işlemesi için zamana duyulan ihtiyaçtır. Cezai işlemlerde zamanın geçmesiyle ilişkili gecikmeler, beraberinde belli riskleri de getirir. Bu riskin üç boyutu bulunmaktadır: a. Suçun tekrar işlenmesinden kaçınılması; b. Delillerin bulunması ve korunması; c. Ne olursa olsun nihai kararlar verilen hükmün yerine getirilmesinin sağlanması.

Bu nedenle, koruma tedbirleri genel olarak şu özelliklere sahiptir:

aa. Araçlık: Gerekçesi yalnızca daha önce sözü edilen risklerin güvence altına alınmasında bulunmaktadır (dolayısıyla düzgün bir risk değerlendirmesi yapılmaksızın var olamazlar).

bb. Geçicilik: Zaman içerisinde mevcudiyetlerini sürdürmeleri mümkün değildir ve risk ortadan kalktığı an kendileri de kaybolurlar.

cc. Zamana Bağlılık: Yaptırım belli bir zamanla sınırlıdır ve temel haklara müdahale edilirken herhangi bir risk değerlendirmesine bakılmaksızın olabilecek en uzun süresi normalde yasa ile belirlenmektedir.

dd. Değişkenlik: Gerçeklere dayalı şartlar değiştiği zaman, değiştirilebilirler ve hatta bastırılabilirler.

ee. Orantılılık: Haklara yapılan müdahalelerin aşırı olmaması gerekir. AİHM içtihatlarına göre temel hakların nasıl kısıtlanacağıyla ilgili karar alınırken başvurulacak orantılılığın meşru biçimi, şu anda “Huang testi” olarak bilinen yöntemle belirlenmiştir: a. Ulaşılmak istenen amacın yeterli bir öneme sahip olması gerekmektedir; b.

³ Bu alanda yapılmış kapsamlı bir özet için bk.: Avrupa Konseyi/Organize Suçlarda Yasal Koruma Tedbirleri, İyi Uygulama Örnekleri Araştırması n°9.

Ulaşılmak istenen amaçla getirilen kısıtlama arasında rasyonel bir bağın bulunması gerekmektedir; c. Başvurulan yöntemin ulaşılmak istenen amacın gerektirdiğinden kesinlikle daha fazla olmaması gerekmektedir; d. Söz konusu kamu çıkarlarıyla kişisel çıkarlar arasında adil bir dengenin sağlanması gerekir [Bakınız: Huang v. İngiltere İç İşleri Bakanlığı (2005) EWCA Civ (İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi Hukuk Birimi), 105.]; e. Kişinin suçlu olup olmadığının belirlenmesi bakımından verilecek cezayla homojen bir yapı içindedir (Bu da örneğin, soruşturulmakta olan suçla ilgili Ceza Kanunu'nda herhangi bir hapis cezası öngörülmemişse tutuklamaya tedbir amaçlı olarak niçin başvurulamayacağını açıklamaktadır.).

En müdâhaleci koruma tedbiri düşünüldüğünde bunun en iyi örneğine ulaşılabılır. Yalnızca herhangi bir suç işlemiş olduklarına dair makul bir şüphenin olması ve serbest bırakıldıkları takdirde kaçabileceklerine veya ciddi bir suç işleyebileceklerine veya adaletin seyrini etkileyebileceklerine dair önemli nedenlerin bulunması hâlinde kişilerin mahkeme önüne çıkmadan önce tutuklanmaları gerekmektedir.

Dolayısıyla duruşma öncesinde tutuklamaya, yalnızca böyle bir tedbirin gerekçesi olan sorunların ele alınabilmesi için başka alternatif bir yönteme başvurmanın mümkün olmaması hâlinde başvurmak gerekir. Duruşma öncesinde tutuklamaya erken bir cezalandırma biçimi olarak başvurmak asla kabul edilemez. Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi madde 9.3 bu ilkeyi açıkça ifade etmektedir: *"Mahkeme önüne çıkmayı bekleyen kişilerin tutuklanması genel bir kural olmayacaktır ancak salıverme, mahkeme sürecindeki herhangi bir aşamada ve mümkün olması hâlinde, hükmün açıklanmasında mahkeme önüne çıkma güvencesinin verilmesine tabi olabilir."* (Ayrıca bakınız: Tokyo Kuralları, Kural 6.1.).

Bu, hangi koruma tedbirine başvurulması ve bunun ne ölçüde, ne kadar süreyle ve aşırılıkta olması gerektiği kararının alınması ile yukarıda konu edilen Ceza Hukukunda minimum müdâhale ilkesi arasındaki bağlantıyı göstermektedir.

b. Koruma Tedbiri Nedir?

Bu mekanizmanın temel özelliklerini akılda bulundurarak, Avrupa İnsan Hakları Mevzuatı perspektifinden yapılacak bir tanım aşağıdaki gibi olacaktır:

aa. Temel haklara bir "müdâhale"dir. Dolayısıyla da, Anayasa ve diğer yasalarda ifade edildiği üzere her vatandaşın sahip olduğu hakları kullanmakta özgür olduğuna dair genel kuralın bir istisnâsıdır. Bu hâliyle, katı bir yoruma tabi olmalıdır (odiosa sunt restringenda).

bb. Yasalarda yazılıdır. "Yasa" sözcüğü sadece yasama organının çıkardıklarını değil, aynı zamanda bu yasalara ek olarak çıkarılan kuralları ve yargı içtihatını da kapsamaktadır. Temel haklara müdâhale edilebilmesini öngören tüm iç hukuk kurallarını bünyesinde bulundurmaktadır. Ancak bu sözcük iç yasalara, yerel yasa yapıcılarına (mahkemeler de dahil olmak üzere) kuralları tamamen kendi uygun gördükleri şekilde düzenleyebilme imkânının verilmesi anlamıyla değinmemektedir. AİHM, daha ziyade "yasanın kalitesini" incelemeye almaktadır: Belli bir kalitesi bulunmayan yasal kurallar, meşru bir amaca hizmet etseler bile Sözleşme bakımından yasa değildirler. Daha kesin olarak Sözleşme, temel insan haklarına müdâhale edilmesine izin veren (veya gerekçe oluşturan) yasaların "hukukun üstünlüğüyle uyumlu" ve özellikle erişilebilir (genellikle yayınlanmış olması anlamında) ve uygulanışında açıkça ve kesinlikle

“öngörülebilir” olmasını gerektirmektedir. Mahkeme, yasaların (ve ek kuralların) her zaman belli bir yoruma veya takdir yetkisine müsaade etmeyecek kadar kesin bir dille yazılmış olamayacağını ve hukukun sürekli gelişmekte olduğunu kabul etmektedir. Sonuç olarak yasalar, “kamu yetkililerinin keyfî müdâhalelerine” karşı belli bir koruma sağlamalıdır. Yasaların belli makamlara, belli bir takdir yetkisini bıraktığı ölçüde, o takdir yetkisinin keyfî olarak kullanımına karşı da usûl bakımından belli bir koruma sağlaması gerekmektedir. Nispeten zayıf bir şekilde ifade edilmiş hukukî bir kural bile, kuralın keyfî olarak kullanımına karşı önlemlerin mevcut olması hâlinde “kurtarılabilir” veya Sözleşme ile uyumlu bulunabilir.

Eğer bir kısıtlamanın dayanağı “yasa” değilse -yani mahkeme tarafından geliştirilmiş olan “kalite” zorunlulukları bakımından yeterli bir hukukî kural değilse- Sözleşme ihlal edilmiş olur. Müdâhalenin veya konu edilen kuralın “meşru bir amaca” hizmet etmiş olması önemli değildir (bir sonraki kısımda tartışılacağı gibi). Hatta tek başına ele alındığında, müdâhale “gerekli” olarak bile değerlendirilebilir. Buna rağmen sistem gene de Sözleşme ile uyumlu değildir. Aslında mahkeme, genellikle diğer meseleleri incelemeyi bile reddedecektir.⁴

cc. “Meşru bir amaca” hizmet eden bir müdâhalelerdir. Devlet, herhangi bir sözleşme hakkına müdâhaleyi meşru gösterebilmek için herhangi bir amacı öne süremez. Tam aksine Sözleşme, bu hakların sınırlandırılabilmesi için gereken olan meşru amaçları da tek tek ifade etmektedir. Ancak bunu son derece genel kavramlarla yapmaktadır (ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlakî kurallar, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi) ve müdâhaleyi haklı gösterebilecek “meşru bir amacın” belirtilmesi devlet için pek de zor olmamaktadır. Şunu belirtmek yeterlidir ki, Sözleşmede farklı maddelerde ilgili amaçlar değişkenlik gösteren terimlerle ifade edilmiştir ve herhangi bir sözleşme hakkına müdâhaleyi haklı gösterebilmek için, devletin ilgili maddede (ikinci paragrafta) yer alan meşru amaçlardan birini göstermesi gerekmektedir. Örneğin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü korumakta olan 9. maddede ulusal güvenlik meşru amaçların arasında sayılmamıştır. Dolayısıyla devlet o gerekçeyle bu hakka müdâhale edemez. Aynı şekilde belirtilebilir ki, belli bir (meşru) amaca hizmet ettiğini iddia ederek devletin herhangi bir hakkı kısıtlaması gerçekten de o amaç doğrultusunda gerçekleştirilmiş olmalıdır ve farklı bir amaca ulaşmak adına öne sürülmüş bir bahane olmamalıdır. Bu, Sözleşmenin 18. maddesine aykırı olur.⁵

dd. Cezai işlemlerin seyri bakımından uygulanan bir müdâhalelerdir.

4 Douwe KORFF, AlHS madde 8-11 ve AlHS madde 2 kapsamında standart yaklaşımlar. http://ec.europa.eu/justice/news/events/conference_dp_2009/presentations_speeches/KORFF_Douwe_a.pdf.

5 Aynı yerde.

2 KORUMA TEDBİRİ TÜRLERİ VE UYGULAMA GEREKÇELERİ

- 2.1. Koruma Tedbiri Türleri
- 2.2. Koruma Tedbirlerinin Uygulanma Gerekçeleri
- 2.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

2. Koruma Tedbiri Türleri ve Uygulanma Gerekçeleri

2.1. Koruma Tedbiri Türleri

a. Giriş

Kısıtlanmakta olan hakka bağlı olarak, koruma tedbirlerinin birkaç türü belirlenebilir:

aa. Kişisel özgürlükleri etkileyen zorlayıcı tedbirler (tutuklama, gözaltı, kefaletle salıverme)

bb. Diğer kişisel hakları etkileyen zorlayıcı tedbirler (araç kullanma, belli bir meslek faaliyetini yürütme veya herhangi bir kamu görevinde bulunma hakkından yoksun bırakma, oturulan meskenden zorla çıkarılma ...)

cc. Kişisel bütünlüğü etkileyen zorlayıcı tedbirler (vücut üzerinde yapılan kan veya DNA testleri, bir sağlık kuruluşuna yatırılma ...)

dd. Mülkiyeti etkileyen zorlayıcı tedbirler (mülke el konulması ...)

ee. Mahremiyeti etkileyen zorlayıcı tedbirler (özel mülke girilmesi, kişisel kayıtların incelenmesi, kişisel iletişimin dinlenmesi ...)

Geçici kısıtlamaların başka çeşitleri de bulunmaktadır ve bunlar, idarî işlemlerin aksine, cezai işlemlerden bağımsız olarak uygulanmaktadır (sınırdışı edilmeyi bekleyen kaçak göçmenlerin hareket özgürlüğünden yoksun bırakılmaları gibi). Onları burada ele almayacağız.

b. İçtihat Örnekleri

AİHM’de koruma tedbirlerini ele alan davaların çoğu, mahkeme önüne çıkmak için beklenirken tutuklanmak veya gözaltına alınmak sûretiyle özgürlükten yoksun bırakılmayla ilgilidir. Bu konular başka derslerde ayrıntılarıyla incelendiğinden burada yalnızca diğer koruma tedbirleriyle ilgili örnek içtihat kararlarını ele alacağız.

• Kefaletle Serbest Bırakılma

Letellier v. Fransa, 12369/86, 26 Haziran 1991:

46. Tutukluluğun devam edebilmesi için tek neden şüphelinin kaçmasına ve dolayısıyla da mahkeme önüne çıkmamasına yönelik bir korku olduğunda, örneğin bir depozito ödeyerek mahkeme önüne çıkacağına dair yeterli bir güvence verebilecek bir durumda olması hâlinde kişinin serbest bırakılması gerekmektedir. (...) Mahkeme dikkate almaktadır (...) ki iddia makamı mevcut davada durumun bu şekilde olmadığını belirlememiştir.

Mamedova v. Rusya, 7064/05, 1 Haziran 2006:

78. mevcut davada, başvuru sahibinin gözaltında bulunduğu süre boyunca yetkililer kendisinin mahkeme önüne çıkmasını sağlayabilmek adına daha hafif bir

koruma tedbirine başvurmayı değerlendirmemişlerdir, hâlbuki başvuru sahibinin avukatları birçok defa kendisinin kefaletle veya şehri terk etmemek kaydıyla serbest bırakılmasını -ceza davalarının düzgün bir şekilde işleyişini sağlamak adına Rus yasaları tarafından sağlanan "koruma tedbirlerini"- talep etmişlerdir. Aynı şekilde, yerel mahkemeler de niçin özgürlükten yoksun bırakmanın alternatiflerine başvurulduğunda davanın düzgün bir şekilde ilerlemesinin sağlanamayacağını kendi kararlarında açıklamamışlardır. Özellikle Yeni Ceza Muhâkemesi Kanunu'nda açık bir şekilde mahkemelerden tutuklamaya alternatif olarak daha az kısıtlayıcı tedbirleri değerlendirmeleri istenmiş olduğu gerçeği düşünüldüğünde bu hata, daha açıklanamaz bir hâl almaktadır.

Bonnechaux v. İsviçre, 8224/78, 5 Aralık 1979, DR18, 100 [DH (80) 1]:

74. Kefalet miktarının öncelikle şüphe altındaki kişinin serveti dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğinden (...) başvuru sahibi miktarın belirlenmesi için gereken en temel bilgiyi vermeyi reddettiği için aşırı miktarda bir kefalet talep edilerek gözaltı süresinin uzatılmış olduğundan şikâyetçi olamaz. Başka bir ifadeyle, yargı yetkililerinin kendisini kefaletle serbest bırakmaya hazır olduğunu duyurduğu bir şüphelinin iyi niyetli bir şekilde, gerekirse kontrol edilebilecek bir biçimde, sahip olduğu servetiyle ilgili yeterli bilgiyi sağlaması gerekir ki yetkililer kefalet için gerekecek miktarı saptayabilsinler.

W. v. İsviçre, 14379/88, 26 Ocak 1993:

33. (...) Davanın şartları ve başvuru sahibinin karakteri, ilgili mahkemelere 18 Mayıs 1988 tarihinde başvuru sahibinin yaptığı kefaletle serbest bırakılması teklifini (bu aynı zamanda kısa bir süre önce, 1 Şubat itibarıyla kendisinin de yapmayı reddetmiş olduğu bir şeydir) reddetme hakkını vermiştir: Hem ödenecek olan paranın miktarı (30.000 CHF) hem de kaynağının ne olduğunun bilinmiyor oluşu, başvuru sahibinin bu parayı kaybetmemek adına kaçmamaya karar vermesi için yeterli bir güvencenin sağlanması bakımından uygun düşmeyeceği anlamına gelmiştir. (...) Son olarak, mahkûm edilmesinin ardından başvuru sahibinin her seferinde cezaevine dönmüş olması mahkemelerin bu yönde benimsediği görüşleri geriye dönük bir şekilde geçersiz kılamaz.

Punzelt v. Çek Cumhuriyeti, 31315/96, 25 Nisan 2000:

85. Mahkeme, Çek mahkemelerinin esasa ilişkin zamanda başvuru sahibinin 15,000,000 Çek Korunası (CZK) kadar bir depozito ile serbest bırakılması teklifini, bu miktarın başvuru sahibinin mahkeme önüne çıkması adına yeterli bir güvence sağlamadığı gerekçesiyle reddetmiş olduğunu dikkate almaktadır. Bir seferinde Şehir Mahkemesi, başvuru sahibinin sağlık durumunu da göz önüne alarak, 30.000.000 CZK kadar bir depozito yatırması hâlinde kendisini serbest bırakmayı değerlendirmeye hazır olduğunu ifade etmiştir. Şehir Mahkemesi kararını alırken, başvuru sahibinin 28.400.000 CZK tutarında iki karşılıksız çek sunmuş olduğunu, tutuklanmasının öncesinde 338.856.000 ve 236.000.000 CZK değerinde iki iş yeri satın almaya niyet etmiş olduğunu ve bunları 150.000.000 CZK tutarında taksitler hâlinde ödemeyi taahhüt etmiş olduğunu belirtmiştir.

86. Davanın kendine özel şartlarını değerlendirmiş olarak Mahkeme, ne

başvuru sahibinin kefaletle serbest bırakılma talebinin ısrarla reddedilmiş olmasının, ne de son olarak kendisine 30.000.000 CZK kadar bir kefalet biçilmiş olmasının, Mahkeme öncesindeki finansal işlemlerinin büyüklüğü göz önüne alındığında başvuru sahibinin 5. madde §3 kapsamındaki haklarını ihlal etmemiş olduğunu tespit etmektedir...

Iwańczuk v. Polonya, 25196/94, 15 Kasım 2001:

69. Mahkeme, başvuru sahibinin sahip olduğu servetiyle ilgili bilgi verme yükümlülüğünü derhâl yerine getirmiş olduğunu dikkate almaktadır. Ancak mahkemeler depozito olarak yatırılması istenen toplam kefalet miktarının hesaplanmasının ardından belirlenen tutarı sürekli bir şekilde değiştirmişlerdir. Asıl zorluk ise kefaletin ne şekilde yatırılacağına yani nakit olarak mı devlet bonosu olarak mı yoksa başvuru sahibinin özel mülkiyetine konacak bir ipotek şeklinde mi yatırılacağına belirlenmesi olmuştur. Şu gerçek göz önünde bulundurulmalıdır ki, yetkililer belli bir noktada başvuru sahibinin ilgili mülk üzerindeki hakkını dikkate almaksızın kefaletin ipotek olarak yatırılmasını reddetmişlerdir. Bu, Mahkemenin görüşüne göre, yetkililerin kefalet konusunda son derece ağız sıkı bir tutum sergilemiş olduğu anlamına gelmektedir ki, başvuru sahibi mahkeme önüne çıkmayacak olursa, belli birtakım resmî el koyma işlemleriyle uğraşmak zorunda kalmalarını gerektirecekti. Mahkemenin kanaatine göre bu, tek başına zaten yetkili yargı makamı tarafından gereksiz olduğuna karar verilmiş olan tutukluluk hâlinin dört ay boyunca sürdürülmesi için yeterli bir gerekçe değildir.

70. Kefaletin miktarı ve yatırılma şekliyle ilgili işlemlerin dört ay on dört gün sürmüş olması gerçeğini, buna karşılık bu süre zarfında başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devam etmiş olmasını, karar alındıktan sonra kendisinin tutuklu kalmasına gerek duyulmamış olmasını ve kefaletin ödenme biçimiyle ilgili kararın yetkililer tarafından niçin sürekli değiştirilmiş olduğuna dair tatmin edici nedenlerin öne sürülmemiş olmasını dikkate alarak Mahkeme başvuru sahibinin Sözleşmenin 5. maddesi §3 kapsamındaki haklarının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmaktadır.

Mangouras v. İspanya, 12050/04, 8 Ocak 2009:

38. Mahkeme, başvuru sahibinin seksen üç gün boyunca özgürlüğünden yoksun bırakılmış olduğunun ve ancak yatırılması istenen 3.000.000 Avro teminat tutarına karşılık gelen bir banka kefalet mektubunun verilmesi neticesinde serbest bırakılmış olduğunun altını çizmektedir. (...)

39. Mahkeme, bu teminat tutarının çok yüksek olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte bu teminatın, Prestige adlı geminin armatörünün yani bu davadaki başvuru sahibinin işvereni konumunda bulunan şirketin (Universe Maritime Ltd ticaret unvanlı Yunan şirketinin) sigortacısı olan ve taraflar arasında düzenlenmiş olan mevcut sigorta poliçesi uyarınca, çevre kirliliği nedeniyle meydana gelen zararlarla ilgili olarak bu gemiye ilişkin hukukî sorumluluk riskini üstlenmiş olan London Steamship Owners Mutual Insurance Association (Londra'da vapur sahiplerine yönelik sigorta kurumu) kuruluşu tarafından sağlanmış olduğunu da gözlemlemektedir. Dolayısıyla ilgili teminatın yatırılması, söz konusu armatör ile onun sigortacısı arasında mevcut sigorta poliçesine dayalı bir hukukî ilişki kapsamında gerçekleştirilmiş bulunmaktadır.

40. Bu bağlamda başvuru sahibi, söz konusu teminat yatırıldıktan sonra,

memleketi olan Yunanistan'a dönmüş olup, orada usûlüne uygun olarak ilgili karakola giderek bulunduğu yeri gösteren şekilde imza atmıştır. Davayla ilgili kovuşturma süreci hâlen İspanya'da Corcubion (La Corogne) 1. Soruşturma Mahkemesinde devam etmekte olduğu için, bu sistem İspanyol adlî makamlarına, davalının nerede bulunduğunu sürekli olarak izleme imkânı sağlamaktadır. Bu meyanda Mahkeme, yukarıda belirtilen teminat tutarının o miktarda belirlenmiş olmasının ana amacının, davalının her halükarda duruşmalara katılmasını sağlamaya yönelik olduğunu, nitekim bugüne kadar da bunun sağlanmış olduğunu dikkate almaktadır. (...)

42. Mahkeme, bu davayla ilgili özel konuların yani Uluslararası Deniz Hukukuna özgü ve özellikle de denizlere verilen zararlarla ilgili bir yığın "sorumluluklar manzumesi" çerçevesinde yapılmış olan ihlallerin ve kendisini geçici tutukluluk süresini farklı bir şekilde değerlendirmeye yönlendiren bu davaya özgü özel koşulların dikkate alınması gerektiği kanaatindedir. Bu konuda Mahkemenin görüşü, bu davanın konusu olan eylemlerin, bu yüzden meydana gelen doğal afetle ilgili sorumlulukların belirlenmesi açısından yerel adlî makamların duyduğu endişeyi doğrular nitelikte olduğudur ve dolayısıyla da bu adlî makamların yüksek tutarda bir kefalet belirleyerek davalının duruşmalarda hazır bulunmasını sağlamayı istemesinin makul olduğu yönündedir.

43. Bu arada Mahkeme, başvuru sahibinin tutuklu kaldığı sürenin, söz konusu davalar (Bakınız, Bojilov v. Bulgaristan, 45114/98, paragraf 38 ve devamı, Hristova v. Bulgaristan, 60859/00, paragraf 111), bu dava konusundan farklı olarak denizlere zarar veren bir suç konusunda karar vermekle ilgili olmasa bile, AİHM tarafından görüşülen diğer davalardakine nazaran daha kısa olduğunu ve ayrıca da başvuru sahibinin tutukluluk hâline, kefalet yatırmak sûretiyle son verilebilme imkânının bulunduğunu gözlemlemiştir.

44. Yukarıda belirtilenlerin ışığında Mahkeme, yerel adlî makamların başvuru sahibi tarafından yatırılması gereken kefalet tutarı miktarının orantılı olmasına yeterince özen gösterdikleri ve başvuru sahibinin bizzat kendisinin de bu tip olası risklere karşı sigorta yaptırmış olan armatör işverenin ücretli çalışanı olmak sıfatıyla bu sigorta kapsamında bulunması (Bakınız, yukarıdaki 39 numaralı paragraf) nedeniyle, başvuru sahibinin özel konumunu yeterince dikkate aldıkları kanaatine varmıştır. Bu sebeple Mahkeme, bu davanın konusu olan teminat miktarının tutarı çok yüksek olmakla birlikte, korunması amaçlanan hukukî çıkar, dava konusu suçun vahameti ve söz konusu yükün denize dökülmüş olmasından kaynaklanan hem çevre kirliliğiyle ilgili hem de ekonomik açıdan doğurduğu sonuçlar bakımından, orantısız olmadığı görüşüne varmıştır.

• Zorunlu İkamet Emri

Ciancimino v. İtalya, 12541/86, 27 Mayıs 1991, DR 70, 103:

2. (...) Komisyon'un düşüncesine göre, özellikle suç örgütlerinin kamu düzenine karşı oluşturduğu ciddi tehdidin niteliği ve mafyayla ilişkisi olduğundan şüphelenilen kişilerle ilgili olarak suçun önlenmesinin önemi dikkate alındığında, zorunlu ikamet tedbirlerinin yukarıda bahsi geçen meşru amaçlara ulaşmak anlamında bir ilke olarak demokratik bir toplum için gerekli olduğu kabul edilebilir. (...) Komisyon, başvuru sahibinin "tehlikeliliğinin" hâlâ devam etmekte olan yargı süreci içerisinde değerlendirilmiş (...) ve bu süreç içerisinde savunmanın haklarına tam bir

saygı gösterilmiş olduğunu dikkate almaktadır. Ayrıca şunu da dikkate almaktadır ki, değerlendirilmekte olan davada ayrı bir sürece tabi olan tedbirlerin uygulanışı da her şeye rağmen başvuru sahibinin aleyhindeki ceza davasıyla bağlantılıdır ki kendisi üç ayrı ceza davasında çeşitli suçlamalarla yargılanmaktadır (...) mevcut durum böyleyken, Komisyonun düşüncesine göre başvuru sahibinin durumunda ulaşılmak istenen meşru amaç ve başvurulanan tedbir arasında herhangi bir orantısızlık bulunmamaktadır. Bundan da anlaşılacağı gibi, Sözleşmeye ek protokol no. 4 madde 2 açısından incelendiğinde başvuru sahibinin şikâyeti asılsızdır.

- **Ev Hapsi**

Mancini v. İtalya, 44955/98, 2 Ağustos 2001:

17. (...) Sonuçları ve hayata geçirilme biçimi göz önüne alındığında hem cezaevi hapsi hem de ev hapsi Sözleşme'nin 5. maddesi §1 (c) ile sağlanan maksatlar doğrultusunda başvuru sahibinin özgürlüğünden yoksun bırakılması anlamına gelmiştir. Bu yüzden, mevcut dava cezaevinde tutuklu olarak bulundurulmanın daha hafif bir güvenlik tedbiriyle değiştirilmesindeki gecikmeyle ilgilidir. (...)

19. (...) Her ne kadar bazı şartlar altında belli bir psikiyatri hastanesinden başka birine aktarılmanın bazı hastaların genel sağlık durumunda ciddi bir iyileşme sağlayabileceği doğru olsa da böyle bir aktarmanın başvuru sahibinin maruz kaldığı özgürlüğünden yoksun bırakılma biçimini hiçbir şekilde değiştirmedeği gerçeği sabittir. Aynı şey, cezaevinde tutuklu kalmanın ev hapsiyle değiştirilmesi için söylenemez. Zira bu, bir kamu kurumundan özel bir eve alınması sûretiyle, tutukluluk yerinin doğasında bir değişiklik yapılması anlamına gelmektedir. Ev hapsinin aksine, bir cezaevinde tutuklu olarak bulunmak kişinin bir kuruluşun geneline entegre olmasını, diğer tutuklularla birlikte belli faaliyetleri ve kaynakları paylaşmasını ve günlük yaşantısının her yönüyle denetim altında tutulmasını gerektirmektedir.

- **Polis Denetimi**

Raimondo v. İtalya, 12954/87, 22 Şubat 1994:

39. Mafyanın "demokratik bir toplum" için oluşturduğu tehdit göz önüne alındığında, (özel polis denetimi) tedbiri "kamu düzeninin sağlanması için" ve "suçun önlenmesi için" ayrıca gerekli olmuştur. Özellikle 4 Temmuz 1986 tarihinde Catanzaro Temyiz Mahkemesinin iptal kararı almasına kadar, ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olmuştur. (...) gizli oturumla alınan bu kararın kayıtlara geçirilene kadar hukukî olarak yürürlüğe girmemiş olduğu kabul edilse bile Mahkeme, hemen uygulanabilir olan ve temel haklarda birini yani başvuru sahibinin istediği gibi hareket edebilme özgürlüğünü ilgilendiren bir kararın gerekçe taslağının hazırlanması için niçin beş ay beklenmiş olması gerektiğini anlamakta güçlük çekmektedir; üstelik kendisi, bu iptal kararından on sekiz gün boyunca da haberdâr edilmemiştir.

40. Mahkeme, en azından 2-20 Aralık 1986 tarihleri arasında konu edilen müdâhalenin yasalarla öngörülmemiş veya gerekmemiş olduğu sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla protokol no. 4'ün 2. maddesi ile ilgili bir ihlal mevcuttur. (...)

- **Pasaportun Teslim Edilmesi**

Scmid v. Avusturya, 10670/83, 9 Temmuz 1985, DR44, 195:

2. Başvuru sahibi, 12 Haziran 1984 tarihli kararın alınması ve tutukluluk hâlinde serbest bırakılması sonrasında bile uygulanmasına devam edilen kefalet şartlarının, ülkeyi terk etmesini ve bu durum seyahat belgelerinin reddedilmesini de kapsadığından, ülke içinde de seyahat edebilmesini engellemiş olması nedeniyle Sözleşmeye ek protokol No. 4'ün 2. maddesinin ihlal edilmiş olduğunu iddia etmektedir. (...) Komisyon'un düşüncesine göre, mevcut davada protokol No. 4'ün 2. maddesinin 3. paragrafında izin verilen kısıtlamaların, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. paragrafının son cümlesiyle bir arada okunması gerekmektedir. Başvuru sahibi mahkeme önüne çıkmayı beklerken serbest bırakılmış ve "mahkeme önüne çıkma güvenceleri" uygulanmıştır. Komisyonun düşüncesine göre bu güvencelerin maddî güvencelerle sınırlı olması için herhangi bir neden yoktur. Ayrıca mevcut şartlarda kefalet şartlarının, başvuru sahibinin ikamet yeri tercihini ve yurt içinde ve yurt dışında seyahat etme özgürlüğünü kısıtlamış olduğu biçimiyle, "suçun önlenmesi için (...) demokratik bir toplumda gerekli ve (...) yasalarda yazılı" olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla protokol No. 4'ün 2. maddesinin 3. paragrafının kapsamına girmektedir.

2.2. Koruma Tedbirlerinin Uygulanma Gerekçeleri

a. Suç Türünün Değerlendirilmesi

Soruşturma sırasında henüz yasadışı faaliyette bulunduğu kesinleşmemiş birinin temel haklarının kısıtlanması imkânı, masumiyet karinesi ilkesinin istisnâlarından biridir ve dolayısıyla da uygulandığı durumlar sınırlı sayıda kalmalıdır. En temel hakları daha doğrudan etkileyen kısıtlamalar en ciddi ihlallerle bağlantılıdır ve Ceza Hukukunun bir gereği olarak katı bir resmîyetle ve belli bir takım güvencelerle ele alınırlar. Bu güvenlik mekanizmalarının en başında ise AİHS 6. madde yer almaktadır. Hem Sözleşmede yer alan ve AİHM tarafından yorumlanan ilkeler ve kurallar bütünü olarak hem de adlî koruma arayabilmeleri için bireylere son çarenin kapısını açan anahtar olarak.

Buyüzden, yargı sürecinin Ceza Kanunu'na göre yürütülüp yürütülmeyeceğinin netleştirilmesi belirleyici bir öneme sahiptir. Zira bu mekanizmaların işlevsellik kazanıp kazanmayacağını da belirleyen odur. AİHM, yargı sürecinin bu maddenin ve Sözleşmenin sağladığı güvencelerin kapsamına girip girmediğini belirleyebilmek için bazı kriterler geliştirmiştir. Her şeyden önce suçlaması yapılan suçu tanımlayan hükümlerin, söz konusu devletin hukukî sistemine bağlı olarak ceza hukukuna mı disiplin kurallarına mı yoksa her ikisine birden mi ait olduğunun belirlenmesi gerekir. İkincisi ise, bu son derece resmî kritere bir ek olarak, Avrupa'nın genel hukuk kültürünün dışında kalan sınıflandırmaları gözardı edebilmek için, Mahkeme ilgili hükümleri çeşitli Sözleşme Devletlerinin kendi hukuk sistemlerindeki sınıflandırmaların ışığında inceler. Üçüncüsü ve en önemlisi olarak, Ceza Kanunu'nda bulunanlarla tutarlı olan veya benzer ağırlıkta olan cezaların tamamının AİHS 6. madde altına düşmesi gerektiğini hesaba katmak sûretiyle Mahkeme, kesilecek cezanın niteliğini ve ağırlığını inceler.

Ezeh ve Connors v. Birleşik Krallık (BD), 39665/98 ve 40086/98, 9 Ekim 2003:

82. Mahkeme şunu belirtmektedir ki, Sözleşmenin 6. maddesinin Ceza Hukuku yönünden mevcut davaya uygulanabilirliği için başlangıç noktasının, Engel ve diğerleri (yukarıda bahsi geçen, s. 34-35, s. 82-83) davasında özetlenen kriterler olduğu ihtilaf hâlinde değildir:

"82. (...) (H)er şeyden önce, suçlaması yapılan suçu tanımlayan hükümlerin, söz konusu devletin hukukî sistemine bağlı olarak, ceza hukukuna mı disiplin kurallarına mı yoksa her ikisine birden mi ait olduğunun belirlenmesi gerekir. Ancak bu, bir başlangıç noktasından fazlası değildir. Bu şekilde sağlanan göstergelerin yalnızca resmî ve nispi bir değeri vardır ve çeşitli Sözleşme Devletlerinin kendi hukuk sistemlerinin yasamalarındaki genel sınıflandırmanın ışığında incelenmeleri gerekmektedir. Suçun kendi niteliği daha büyük öneme sahip bir unsurdur. (...)

Ancak Mahkemenin denetimi bu kadarla sınırlı değildir. İlgili kişinin maruz bırakılmayı göze aldığı cezanın ağırlık derecesini de hesaba katmadığı takdirde, böyle bir denetimin herhangi bir aslı kalmamış olur. Hukukun üstünlüğünü kabul eden bir toplumda, niteliği, süresi veya infaz biçimi dolayısıyla zarar verici olarak kabul edilemeyecek olanlar haricinde ceza olarak uygulanabilecek olan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması "ceza hukuku" alanına dahildir. (...)

83. Bu kriterlere dayanarak Mahkeme, başvuru sahiplerinin bazılarının veya tamamının 6. madde §1 kapsamına giren bir 'cezai suçlama'ya maruz kalıp kalmadıklarını belirleyecektir. (...)"

86. Buna ek olarak, Engel davasında ortaya konan ikinci ve üçüncü kriterin kapsayıcı olmaktan ziyade birer alternatif olduğu, Mahkemenin kendi belirlediği içtihatıdır: 6. maddenin uygulanabilmesi için, suçun kendi niteliği gereğince Sözleşme kapsamında bir "Ceza Hukuku" konusu olarak kabul edilmesi veya suçun kişiyi niteliği veya ağırlığı bakımından genel olarak "Ceza Hukuku" alanına giren bir yaptırıma maruz bırakmış olması yeterlidir.

(...) Bir Ceza Hukuku suçlamasının mevcut olup olmadığı açısından bu kriterlerin her birinin ayrı ayrı çözümlenmesi açık bir sonuca varmayı mümkün kılmadığı takdirde, bu kriterlere kapsayıcı bir şekilde de başvurulabileceği ihtimâli gözardı edilmemiştir.

90. Yerel kanunlar, başvuru sahiplerinin suçlanmakta olduğu suçları disiplin suçu olarak sınıflandırmaktadır: Cezaevi Yönetmeliği'ndeki 47 numaralı Kuralda yer alan (1) ve (17) numaralı paragrafların belirttiği üzere, bir mahkûm tarafından söz konusu davranışın sergilenmesi "disiplin suçu" teşkil edecektir.

Bu yüzden ulusal yasalara göre bu gibi suçların muhâkemesi disiplin konusu olarak ele alınmaktadır ve cezaevi sınırları dahilinde düzenin sürdürülebilmesi maksadıyla tasarlanmışlardır. Bir yöneticinin bulgularının başvuru sahiplerinin adlî sicilinde yer almayacağı gerçeği, basitçe suçun disiplin suçu olarak sınıflandırılmış olmasının doğal sonuçlarından biridir.

91. Ancak ulusal yasalar tarafından bu şekilde sağlanan göstergelerin yalnızca resmî ve nispi bir değeri bulunmaktadır; "suçun kendi niteliği daha büyük

öneme sahip bir unsurdur.” (Bakınız: Engel ve Diğerleri)

100. Sözleşmenin 6. maddesinde “Ceza Hukuku konusu” kavramının özerk niteliğini açıklarken Mahkeme, Sözleşme Devletlerinin kendi takdir yetkilerini kullanarak bir suç ceza hukukuna göre suç olmaktan ziyade disiplin suçu olarak sınıflandırmayacaklarına veya “karma” bir suçun işleyenini Ceza Mahkemesinde yargılamak yerine disiplin suçuyla yargılayamayacaklarına, zira bunu yapmaları hâlinde kendi egemen iradelerini 6. maddedeki temel şartların işleyişinin üstünde tutmuş olacaklarına vurgu yapmıştır. Dolayısıyla Mahkemenin o madde kapsamındaki görevi, disiplin hukukunun Ceza Hukuku karşısında uygunsuz bir üstünlük elde etmemesini sağlamaktır.

101. (...) Bir mahkûmun kötü davranış biçimi birçok şekil alabilir, her ne kadar bazı eylemlerin sadece birer dâhilî disiplin meselelerinden fazlası olmadığı açıksa da diğerlerine aynı gözle bakılamaz. Konuyla ilgisi bulunan göstergeler ise “bazı konuların diğerlerinden daha ciddi olması”, konuya ilişkin eylemin yasadışılığının cezaevinde gerçekleşmiş olduğu gerçeğinden baskın olabileceği ve Yönetmelik’te disiplin suçu olarak tanımlanan bir davranışın aynı zamanda Ceza Kanunu’na göre de suç teşkil ederek, en azından teorik olarak, hem disiplin hem de Ceza Muhâkemesini gerektirmesidir.

102. Üstelik cezai yaptırımların geleneksel olarak hem cezalandırma hem de caydırma olarak ikili bir amaca hizmet ettiği kabul edilmiştir.

103. (...) Söz konusu suçlar, tüm vatandaşların aksine özel bir statüsü olan kişilere yani mahkûmlara yöneliktir.

Ne var ki, bu gerçek nitelikleri bakımından suçların ilk bakışta disiplin suçu gibi görülmesini sağlamaktadır. Bu, suçun niteliğinin değerlendirilmesinde “konuyla ilgili göstergelerden” yalnızca biridir.

104. İkincisi birinci başvuru sahibine yönelik suçlama, genel ceza hukukuna göre bir suç karşılık gelmektedir ve aynı şekilde ikinci başvuru sahibine yönelik saldırı suçlamasının da genel Ceza Hukukunun yanı sıra Disiplin Yönetmeliği’nin kapsamında bir suç olduğu açıktır.

105. Üçüncüsü ise, Hükümet cezaevindeki disiplin kurallarının ve disiplin yaptırımlarının öncelikli olarak erken bir salıverme sisteminin başarılı bir şekilde işleyişini sağlamak için tasarlandığını, böylece suçun “cezalandırma” unsurunun öncelikli unsur olan “düzensizliğin önlenmesi” yanında ikincil derecede bir öneme sahip olmasının amaçlandığını arz etmiştir. Mahkemenin düşüncesine göre, ne olursa olsun cezalarına ek birkaç günün eklenmesi belli bir suçluluğun tespitinden sonra, başvuru sahiplerini işledikleri suçlardan dolayı cezalandırmak ve kendileri ve diğer mahkûmlar tarafından suç işlenmesini önlemek amacıyla uygulanmıştır. Bu hedeflerin birbirinin haricinde olmadığı ve cezai yaptırımların karakteristik özellikleri olarak kabul edildikleri için, Hükümet’in söz konusu suçla ilgili cezalandırma ve caydırma amaçları arasında ayırım yapan savunmasını ikna edici bulmamıştır. (...)

106. Buna bağlı olarak Mahkemenin düşüncesine göre, her ne kadar Sözleşmenin maksatları doğrultusunda başvuru sahiplerinin suçlanmakta oldukları suçların “ceza hukukunun” konusunu oluşturduklarının kabul edilebileceği bir

sonuca varmak için yeterli olmasalar da bu unsurlar tamamen bir disiplin konusunu oluşturabilecek bir konunun renginde olmamalarını sağlamaktadır.

107. Mahkeme, dolayısıyla üçüncü kritere bakmayı gerekli görmektedir: Başvuru sahiplerinin maruz bırakılmayı göze aldıkları cezanın niteliği ve ağırlık derecesi.

120. Başvuru sahiplerini “uygulanması muhtemel” olmuş cezaların niteliği ve ağırlık derecesi ilgili Kanun maddesinin potansiyel olarak sağladığı en ağır cezaya bakılarak belirlenecektir.

Gerçekte verilen cezanın bu belirlemeyle ilgisi vardır ancak başlangıçta neyin tehlikeye atılmış olduğunun önemini azaltamaz.

124. Mahkeme, cezaevi müdürü tarafından cezaya birkaç günün daha eklenmesinin, suçluluğun tespitinden sonra cezalandırma maksadıyla özgürlükten yoksun bırakılmanın uygulanmasına yeni bir dönemi eklediğini tespit etmektedir.

125. Durum böyleyken de cezaevi müdürünün bu kararı aldığı sırada başvuru sahiplerinin kendilerine yasal olarak uygulanmakta olan hapis cezasını dolduran mahkûmlar olmaları gerçeği, Mahkemenin görüşüne göre, kendi durumlarının serbest olan vatandaşlardan veya askerî personelden ayrımının yapılmasına hizmet etmez. Ayrıca tam da bu nedenden dolayı cezaevi muhâkeme işlemlerine sağlanacak olan usûlen koruma sorunu Hükümet’in önerdiği gibi 5. madde hükümleri altında değil, 6. madde altında düzgün bir şekilde düşünülmüştür.

126. Mahkemenin gözlemine göre Engel ve diğerleri davasında şunlar tespit edilmiştir:

“Hukukun üstünlüğünü kabul eden bir toplumda, niteliği, süresi veya infaz biçimi dolayısıyla zarar verici olarak kabul edilemeyecek olanlar haricinde yaptırım olarak uygulanabilecek olan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması ‘Ceza Hukuku’ alanına dâhildir. Tehlikeye atılmış olanın ciddiyeti, Sözleşme Devletlerinin gelenekleri ve Sözleşme tarafından kişinin fiziksel özgürlüğüne saygı gösterilmesine atfedilen önem, bunun böyle olmasını gerektirmektedir.”

Buna bağlı olarak, mevcut başvuru sahiplerine uygulanması muhtemel olmuş ve gerçekleşmiş olan özgürlüklerinden yoksun bırakılma cezaları düşünüldüğünde, kendilerine yöneltilen suçlamaların 6. madde kapsamında Ceza Hukukunun konusu olduğuna yönelik bir varsayım mevcuttur ve sadece bu özgürlükten yoksun bırakma cezalarının niteliklerine, sürelerine ve infaz biçimlerine bakıldığında “zararlı olarak kabul edilebilir” olmadıklarının düşünülebilmesi durumunda, istisnâi olarak bu varsayımın aksi tamamıyla ispat edilebilir.

128. Mevcut davada, başvuru sahiplerinin her birine cezaevi müdürü tarafından verilebilecek en çok ek gün sayısı her suç için 42 gündür (Cezaevi Yönetmeliği Kural 50). Birinci başvuru sahibine 40 gün verilmiştir ve bu kendisinin disipline karşı işlediği yirmi ikinci suçu olup şiddet tehditi içeren yedinci suçudur. İkinci başvuru sahibinin tutukluluğuna 7 gün eklenmiştir ve bu kendisinin disipline karşı otuz yedinci suçudur. 1991 tarihli Kanun’daki madde 33 (1) ile sağlanan hükümlere bakıldığında, 40 ve 7 günlük cezalar, yerel bir mahkeme tarafından verilebilecek

sırasıyla 11 ve 2 haftalık hapis cezalarına süreleri bakımından denk gelmektedir.

Ayrıca Mahkemenin gözlemine göre, (...) Büyük Daireye herhangi bir şey sunulmamıştır; bu da verilen ek cezaların cezaevi dışında ve aynı cezaevi rejimine bağlı olarak doldurulacağını göstermektedir.

Konuyla ilgili olarak akılda bulundurulması gereken başka bir nokta ise, bir önceki derste de açıklandığı gibi, koruma tedbiri kavramının unsurlarından birisi de soruşturulmakta olan suç için yasalarda belirlenmiş olan cezayla belli bir homojenlik içinde olmasıdır. Bu örneğin, yasalarda cezası hapis olarak öngörülmemiş bir suç soruşturulurken ihtiyati bir tedbir olarak özgürlüğün kısıtlanmasına niçin başvurulmaması gerektiğini ve idarî ihlaller veya daha küçük suçlar soruşturulurken en temel haklara en çok müdâhaleyi içeren tedbirlerin niçin uygulanmaması gerektiğini açıklamaktadır. Bu ilkenin yerine getirilmesini sağlamak için, suçlaması yapılacak suçun türünün doğru bir şekilde değerlendirilmesi ve bu değerlendirmenin nasıl yasalara ve eldeki verilere dayanılarak yapıldığının mantıklı bir şekilde açıklanması önemlidir. Bunun, sadece koruma tedbirleriyle ilgili kararların alınması sırasında değil, aynı zamanda soruşturma süreci içerisinde ortaya çıkan yeni gerçeklerin ışığında suçun türündeki değişimlere bağlı olarak uygulanmakta olan koruma tedbirlerinin yeniden incelenmesi sırasında da yapılması gereklidir.

Tüm ihtiyati tedbirlerin durumunda olduğu gibi, duruşmaya hazırlık aşamasında hakların geçici olarak kısıtlanmasını haklı çıkaran nedenler iki başlık altında toplanabilir: “fumus boni iuris” (yeterince iyi nedenlerin görülmesi) ve “periculum in mora” (mahkemeye hazırlanmak için gerekli olan gecikmeyle ilgili riskler).

b. Fumus Boni İuris (Yeterince İyi Nedenlerin Görülmesi)

Bir ceza hukuku kavramı olarak “fumus boni iuris”, bir kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul bir şüphe bulunmasına denktir. Bir örnek olarak, en belirgin koruma tedbiri ele alınırken AİHS, madde article 5 (1) (c) özgürlüğünden yoksun bırakılmakta olan kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul bir şüphenin bulunması gerektiğini belirtmektedir. Bu, böyle bir mahrûmiyetin yalnızca güçlü bir nedeninin olmasını ve dolayısıyla da keyfî olmamasını sağlamaktadır (Bakınız: Bir terörist şüphesini ele alan aşağıdaki Murray v. Birleşik Krallık). Bir şüpheye her zaman samimi olarak sahip olunması ve şüphenin nesnel bir biçimde şüphelenilen kişiyi işlenildiği düşünülen suça bağlayan delile veya bilgiye dayalı olması gerekir.

K.- F. v. Almanya, 25629/94, 27 Kasım 1997:

58. Ev sahibi Bayan S., Bay ve Bayan K.-F'nin dairesini kiraladığını ancak kiracı yükümlülüklerini yerine getirmemekle kalmayıp, borçlarını ödemediğinden ortadan kaybolmayı amaçladıklarını polise bildirmiştir (...) yapılan ilk araştırmalarla, Bay ve Bayan K.-F'nin adresinin bir posta kutusundan başka bir şey olmadığı ve daha önce sahtekârlık nedeniyle Bay K. F'nin hakkında yürütülmüş bir soruşturma olduğu ortaya çıktıktan sonra polis, çifti 4 Temmuz 1991 günü akşam 9:45 itibarıyla gözaltına almış ve kimlik kontrollerinin yapılabilmesi için kendilerini polis karakoluna götürmüştür. Saat 11:30 civarında düzenlenen bir raporda polis, Bay ve Bayan K.-F'nin kira sahtekârlığına karıştığına dair güçlü bir şüpheye sahip olduklarını ve çiftin kaçma riskinin bulunduğunu ifade etmiştir.

59. Bu şartları dikkate alarak Mahkeme, polis memurlarının kira sahtekârlığından ve Bay ve Bayan K.-F.'nin kaçma tehlikesinin bulunduğu şüphelenmelerinin meşru kabul edilebileceği görüşünü benimseyen Koblenz Temyiz Mahkemesinin verdiği sonucu baştan kabul edebilmektedir. Sonuç olarak başvuru sahibi, 5. madde §1 (c) uyarınca suç işlemiş olduklarına dair güçlü bir şüphenin bulunması nedeniyle gözaltına alınmıştır.

Wloch v. Polonya, 27785/95, 19 Ekim 2000:

109. Ancak gerçekliğinin olmasıyla birlikte, 5. madde §1 (c) kapsamında "makul bir şüphe" bulunması, istinad edilen gerçeklerin Ceza Kanunu'nda ceza gerektiren davranışı tanımlayan bölümlerden birinin altına düştüğünün makul bir şekilde düşünülebilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, gözaltında bulunan kişi aleyhine kullanılmakta olan gerçekler ve eylemler gerçekleştikleri zamanda bir suç teşkil etmemişse, "makul bir şüphe" bulunamayacağı da açıktır.

115. Başvuru sahibinin gözaltına alınışı yalnızca suçlanmakta olduğu çocuk tacirliğine karışma suçuyla ilgili şüpheye dayanmış olsa, yerel yasaların yorumlanmasındaki çelişkiler de göz önüne alındığında, böyle bir gözaltının ne kadar yasal olduğu kuşku uyandırmaya yeterli olurdu. Ne var ki suçlama, mahkemeyi yanıltmak amacıyla evlatlık edinme işlemlerinde yer alan kişilerin sahte delil sağlamaları için teşvik edilmesi şüphesine de dayandırılmıştır.

Stepuleac v. Moldova, 8207/06, 6 Kasım 2007:

70. Başvuru sahibinin gözaltına alınması ve duruşma öncesinde mahkemeden kendisinin tutuklanmasının talep edilmesi için savcılık makamı tarafından değinilen tek gerekçe, mağdurun (G.N.) kendisini bir suçu işleyen kişi olarak doğrudan teşhis etmiş olmasıdır. Ne var ki, G.N. tarafından verilen şikâyet dilekçesinde, ne başvuru sahibinin ismi doğrudan belirtilmiştir ne de başvuru sahibinin şirketindeki tüm çalışanların olayla ilgisi olduğu ima edilmiştir. Ceza soruşturması açılmasına yönelik savcılık makamı tarafından alınan karara başvuru sahibinin ismi de eklenmiştir. İsmi niçin soruşturmanın en başında ve daha fazla delil elde edilmeden önce o karara eklenmiş olduğu belirsizdir. Dikkate alınması gereken başka bir nokta ise, başvuru sahibinin hiçbir zaman şirket binası içerisindeyken herhangi bir yasadışı faaliyette bulunmakla suçlanmamış olmasıdır ki o şekilde olsa, Tantal Müdürü olarak gözaltına alınması açıklanmış olabilirdi; ancak kişisel olarak şantajla suçlanmıştır.

72. Yerel mahkeme tutuklama emri için yapılan talebi incelerken, G.N. tarafından yapılan şikâyetin en az bir yönüyle fesat taşıdığını belirlemiştir. Bunun, en azından G.N.'nin güvenilirliğine şüphe düşürmüş olması gerekirdi. Şirket yönetimiyle yaşadığı anlaşmazlık güttüğü amacın kuşku uyandırması adına yeterli olan başka bir nedendir. Ne var ki, davada çok sayıda savcının görevlendirilmiş olduğu dikkate alındığında emniyet birimi yetkililerinden kolayca elde edilebilecek olan bu bilgiyi doğrulamak yerine, savcılık makamı kısmen G.N.'yi kaçırmış olduğu suçlamasına da dayanarak başvuru sahibini gözaltına almıştır. Bu başvuru sahibinin, herhangi bir suç işlediğine dair makul bir şüphenin var olup olmadığını belirleyebilmek için soruşturmayı yürüten makamların gerçekleri samimi bir şekilde doğrulamak yerine kendi iddiasına göre kişisel çıkarlara dayanarak kendisini gözaltına aldıkları yönündeki iddiasına destek sağlamaktadır.

73. Yukarıdakilerin ışığında ve özellikle savcılık makamının başvuru sahibinin ismini mağdurun bu yönde bir ifadesi veya kendisine işaret eden herhangi bir delil olmamasına rağmen şüpheliler listesine ekleme kararı ile birlikte, şikâyetin herhangi bir şekilde aslının olup olmadığının belirlenebilmesi için savcılık makamının temel gerçekleri bile araştırmamış olması nedeniyle Mahkeme, sahip olduğu bilginin "ilgili kişinin herhangi bir suç işlemiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin etmeye yetmediği" sonucuna varmaktadır.

74. Bununla, başvuru sahibinin ilk gözüaltına alınışı bakımından Sözleşmenin 5. maddesi §1 ile ilgili bir ihlal mevcuttur.

76. Başvuru sahibi gerçekten de bu suçu işlemiş olsa ve mağduru veya şahitleri baskı altına almayı veya delilleri yok etmeyi istemiş olsa, bunu yapmak için 2005 yılının Aralık ayından önce yeterince zamana sahip olacaktı ve başvuru sahibinin bu yönde bir davranışta bulunduğu dair herhangi bir delil de mahkemeye sunulmamıştır. Dolayısıyla, devam etmekte olan herhangi bir suç faaliyetinin durdurulabilmesi için kişiyi gözüaltına almak adına herhangi bir aciliyet söz konusu olmamıştır ve dava için görevlendirilen 24 soruşturma yetkilisi ilk bakışta şikâyetlerin aslının olup olmadığını doğrulamak için ek bir zaman harcayabilirlerdi. Böyle bir doğrulama yerine, başvuru sahibi soruşturmanın başladığı gün gözüaltına alınmıştır.

77. Daha da rahatsız edici olan ise, mağdur olan iki kişinin ifadelerinden anlaşılmaktadır ki şikâyetlerden biri uydurmadır ve soruşturmayı yürüten yetkililer gerçekten o şikâyeti kendisinin yapıp yapmadığını doğrulamamıştır; öte yandan şikâyetlerden diğeri ise başvuru sahibi aleyhine ilk şikâyetin kaydını alanla aynı kişi olarak memur O'nun doğrudan etkisinin bir sonucudur. Bu, başvuru sahibinin herhangi bir suç işlemiş olup olmadığına dair makul bir şüphenin varlığının belirlenmesinde her iki şikâyeti de anlamsız kılmaktadır; öte yandan başvuru sahibinin gözüaltına alınabilmesi için başka herhangi bir gerekçenin bahsi geçmemektedir.

78. Mahkeme, fikrini değiştirmek veya baskı altında kalmak sûretiyle herhangi bir mağdurun ifadesini geri almasının mümkün olduğu gerçeğinin farkındadır. Ancak bir mağdurun şikâyetini kendi imzalamış olup olmadığı tarafsız bir adlî tıp araştırmasıyla doğrulanabilir ve dosyada şikâyeti kendi imzalamamış olduğuna dair kişinin mahkemeye yalan söylediğini gösteren hiçbir şey yoktur. Gerçekten de mağdurun şikâyeti aslında kendisinin imzalamış olduğu ve daha sonra baskı altında kalarak geri çektiği gösterilebilmiş olsa, yerel mahkeme başvuru sahibinin serbest bırakılma talebini reddetmek için ciddi bir nedene sahip olurdu. Mahkeme tarafından böyle bir sorun ifade edilmemiştir.

79. Başvuru sahibinin isminin şüpheliler listesine nedensiz bir şekilde eklenmiş olmasıyla birlikte yukarıdakilerin hepsi, kendisinin ilk gözüaltına alınışıyla bağlantılı olarak anlaşıldığı üzere, başvuru sahibinin kasıtlı olarak hedef alınmış olduğuna dair sorunlu bir izlenim yaratmaktadır.

80. Başvuru sahibinin kasıtlı olarak veya davanın gerçeklerinin düzgün bir şekilde değerlendirilmemiş olmasından dolayı veya iyi niyetli bir hata sonucu gözüaltına alınmış olup olmadığı fark etmeksizin, kendisinin ilk defa gözüaltına alındığı durumdakine benzer şekilde Mahkeme, dosyada başvuru sahibinin herhangi bir suç işlemiş olduğuna dair makul bir şüphenin olduğunu destekleyebilecek herhangi bir delil bulamamıştır.

81. Bu nedenle, başvuru sahibinin ikinci defa gözaltına alınışı bakımından da Sözleşmenin 5. maddesi Ş1 uyarınca bir ihlal mevcuttur.

Kandzhov v. Bulgaristan, 68294/01, 6 Kasım 2008:

60. Mahkemenin gözlemine göre, başvuru sahiplerinin eylemleri Adalet Bakanı'nın istifa etmesi çağrısında bulunmak adına imza toplamaktan ve kendisinden "tam bir budala" olarak bahseden iki pankartı göstermekten ibaret olmuştur. Başvuru sahipleri aleyhindeki suçlamaları incelemeye aldığı Yüksek Temyiz Mahkemesi, tam olarak bu eylemlerin barışçıl olduğunu, yoldan geçenlere herhangi bir engel teşkil etmediğini ve herhangi bir kişiyi şiddet kullanmaya tahrik etmesinin pek de muhtemel olmadığını tespit etmiştir. Buna dayanarak, bu eylemlerin holiganlık suçunun herhangi bir parçasını teşkil etmediği ve başvuru sahiplerini mahkûm ederken Plevne Bölge Mahkemesinin bu bakımdan "herhangi bir sav geliştirememiş", sadece genel ifadeler kullanmış olduğu sonucuna varmıştır. Aynı şekilde, başvuru sahibinin 1997 tarihli İç İşleri Bakanlığı Kararnamesi madde 70 (1) uyarınca gözaltına alınması ve 1974 tarihli Ceza Muhâkemesi Kanunu madde 152a Ş3 uyarınca tutuklanması emirleri - ki bunlar herhangi bir mahkeme tarafından incelemeye alınmamıştır - sergilediği davranış biçiminin, unsurları Yüksek Mahkemenin bağlayıcılığı bulunan 1974 tarihli yoruma dayalı kararında kapsamlı bir şekilde saptanmış olan holiganlık suçunu teşkil ettiğine yetkililerin makul bir şekilde inanmış olabileceğini gösterdiği düşünülebilecek herhangi bir şey içermemektedir.

Fumus boni iuris için gerekçe bulunması, delilin mahkûmiyet kararı alınabilmesine ve hatta suçlama yapılabilmesine bile yetmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Örnek teşkil eden Brogan v. Birleşik Krallık ve Murray v. Birleşik Krallık davalarında (her iki dava da Kuzey İrlanda çatışmaları esnasında İngiliz yetkililer tarafından yapılan tutuklamaları ele almaktadır) kabul edilmiştir ki, sorgulamanın amacı var olan bir şüpheyi desteklemek veya çürütmek sûretiyle muhtemel bir suçun soruşturmasının ilerlemesini sağlamaktır. Buna karşın, istinat olunan şüphe için belli bir dayanağın olması gerekmektedir.

Kişinin geçmişte suç işlemiş olması gerçeği - hatta benzer bir suç olsa bile - bu nedenle tek başına makul bir şüphe için yeterli bir dayanak olmayacaktır. Mahkeme tarafından belirtildiği üzere "makul bir şüphe" ilgili kişinin herhangi bir suçu işlemiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin etmeye yetecek gerçeklerin veya bilginin var olması şartına bağlıdır [Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, paragraf 32: Bu dava (başka meselelerin yanı sıra) her ikisi de daha önce terör suçlarından mahkûm edilmiş evli bir çiftin gözaltına alınmasını ele alır.].

Murray v. Birleşik Krallık, 28 Ekim 1994:

58. Mahkeme öncelikle şunu kabul etmekte olduğunu tekrar belirtir ki, özel bilgilerin kullanımı, teröre dayalı şiddetle ve örgütlü terörizmin vatandaşların hayatlarına ve bir bütün olarak demokratik topluma karşı oluşturduğu tehditle mücadele etmek için gereklidir. Ancak bu, her ne zaman belli bir terörizm faaliyetinin meydana gelmiş olduğunu düşünseler (...) soruşturmaları yürüten yetkililerin 5. madde uyarınca istedikleri şüpheliyi sorgulamak için gözaltına almaya sınırsız bir yetkilerinin bulunduğu anlamına gelmemektedir.

Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 29 Kasım 1988:

53. Başvuru sahiplerinin ne suçlanmış ne de bir mahkeme önüne çıkarılmış olmaları gerçeği, tutuklanmalarının maksadının 5. madde paragraf 1 (c) ile uyumlu olmadığı anlamına gelmemektedir. (...B)öyle bir maksadın varlığı, başarılabilecek olandan bağımsız bir şekilde değerlendirilmelidir ve 5. madde paragraf 1'in (c) alt paragrafı, gözaltına alma anında veya başvuru sahipleri gözaltındayken polisin kendilerine karşı bir suçlama yapılabilmesine yetecek olan delili elde etmiş olması şartına bağlı değildir. Böyle bir delil elde edilemeyecek olabilir veya (...) ortaya çıkarılması mümkün olmayabilir (...). Bu davadaki polis soruşturmasının iyi niyetle yürütülmemiş olduğuna veya Mahkemenin de tespit ettiği gibi, gözaltına alınmalarına dayanak oluşturan somut şüpheleri desteklemek veya dağıtmak sûretiyle başvuru sahiplerinin tutuklanmasının bu soruşturmayı ilerletme amacını taşımadığına inanmak için herhangi bir neden yoktur.

Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, 30 Ağustos 1990:

35. Mahkeme, mevcut başvuru sahiplerinin her birinin gözaltına alınmasının veya tutuklanmasının kendilerinin birer terörist olduklarına dair gerçek bir şüpheye dayandığını ve Bay Hartley dâhil her birinin gözaltında bulundukları süre içerisinde sadece gerçekleştirmiş olmalarından şüphelenilen terör eylemleri hakkında sorgulanmış olduklarını kabul etmektedir.

Hem Bay Fox hem de Bayan Campbell, IRA ile bağlantılı olarak gerçekleştirilen terör eylemlerinden dolayı daha önce mahkûm edilmişlerdir ve her ne kadar bu gerçek kendilerini terör türünden bir suçun işlenmesine bağlayan bir şüpheyi pekiştirebilirse de yedi yıl kadar sonra, 1986 yılında, kendilerinin gözaltına alınmasının tek dayanağını oluşturamaz. Başvuru sahiplerinin bu eylemleri gerçekleştirmiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin etmeye yetemez. Yukarıda bahsi geçen unsurlar, tek başlarına "makul bir şüphe" olduğu şeklinde varılan sonucu desteklemekte yetersiz kalmaktadır.

Ulusal yetkililerin öncelikle şüphenin değerlendirmesini yapma sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak hukukî bir varsayıma dayandırmak sûretiyle bir şüpheyi haklı göstermek yeterli değildir:

Ilijkov v. Bulgaristan, 26 Temmuz 2001:

84. Mahkeme tekrar belirtmektedir ki, tutukluluğun devam etmesi, herhangi bir davada yalnızca masumiyet karinesine rağmen kişisel özgürlüğe saygı gösterilmesi kuralı karşısında ağır basan kesinlikte bir kamu çıkarının bulunduğu dair göstergelerin mevcut olması hâlinde haklı gösterilebilir. Zorunlu olarak tutukluluk halinin devam ettiği herhangi bir sistem, kendi başına Sözleşmenin 5. maddesi § 3 ile uyumsuzdur (...).

Tutukluluk hâlinin devam etmesinin dayanaklarına ilişkin unsurlar bakımından yasanın belli şartları öngördüğü yerlerde (...), somut gerçeklerin kişisel özgürlüklere saygı gösterilmesi kuralı karşısında ağır bastığının gene de ikna edici bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir.

85. Üstelik Mahkemenin düşüncesine göre, konuyla ilişkisi olan gerçekleri

tespit etme sorumluluğu da yetkililerin üzerine düşmektedir. Bu gibi meselelerde ispat yükümlülüğünü gözaltına alan kişiye devretmek, özgürlük hakkının tek istisnâsını oluşturan ve çok sayıda katı bir şekilde tanımlanmış durumlar arasında izin verilmiş tek durumun hükmü olan Sözleşmenin 5. maddesindeki kuralı tersine çevirmekle birdir.

c. Periculum in Mora (Mahkemeye Hazırlanmak İçin Gerekli Olan Gecikmeyle İlgili Riskler)

Periculum in mora bakımından, yukarıda bahsi geçen risklerden herhangi biri koruma tedbirlerinin alınabilmesi için sağlam bir gerekçe teşkil edebilir. Şimdi bunlardan bazılarını inceleyeceğiz.

• Yeni Bir Suçun İşlenmesi Riski

Bir suçun işlenmesini önleme ihtiyacı, belli bir kişi tarafından veya genel olarak belli bir suçun işlenmesini sağlayacak şartların veya imkânların ortadan kaldırılmasını amaçlayan herhangi bir koruma tedbirinin uygulanabilmesi için meşru bir zemin oluşturabilir. Bunun gerektirebilecekleri arasında, örneğin kişinin belli bir konumda herhangi bir faaliyeti gerçekleştirmesinin yasaklanması, elinden belli bir aracın veya silahın alınması, belli bir yerde yaşamasının veya belli bir kişiye (mağdur veya mağdurun ailesi gibi) veya belli türden kişilere (çocuklar gibi) yaklaşmasının yasaklanması vb. olabilir.

Ancak işlenebilecek başka suçlarla ilgili duyulan endişenin mantıklı ve uygulanan tedbirin amaca uygun olduğunun gösterilebilmesi gerekmektedir. Bu yüzden, kişinin daha önce soruşturulmakta olan suça benzer ve hatta o suçla tamamen aynı bir suçu işlemiş ve mahkûmiyet almış olması bile, ancak diğer şartların tamamı karşılanmışsa belli bir anlam ifade edebilir (Bakınız: Clooth v. Belçika. Bakınız: Assenov v. Bulgaristan, 28 Ekim 1998).

Clooth v. Belçika, 12 Aralık 1991:

40. Mahkemenin düşüncesine göre, bir suçlamanın ciddiyeti başka bir suçun işlenmesinin önlenebilmesi için yargı makamları tarafından şüphelinin tutuklanmasını veya tutukluluk hâlinin devam etmesinin sağlanmasını gerektirebilmektedir. Ancak başka şartlar da bulunmakla beraber göz önüne alınması gereken konulardan biri de davanın kendi şartlarının ve ilgili kişinin geçmiş ve kişiliği hesaba katıldığında tehlikenin mantıklı ve uygulanan tedbirin amaca uygun olup olmadığının belirlenmesidir. Mevcut davada ise, başvuru sahibinin önceki mahkûmiyetlerine neden olan suçlar, ne nitelikleri ne de ciddiyet dereceleri bakımından, konu edilen yargılama sürecinde kendisine yöneltilen suçlamalarla karşılaştırılmazlar.

Ancak daha önce suç veya suçların işlenmiş olduğu önermesinin somutlaştırılması gerekmektedir; örneğin ekonomik zorlukların kişiyi başka bir suç işlemeye meyilli hâle getireceği yönündeki bir savunma ikna edici olmayacaktır (Bakınız: Stögmüller v. Avusturya, 10 Kasım 1969, aşağıda geçmektedir.).

Buna ek olarak, zaten doğası gereği tek bir olay olan bir suçun tekrar işlenmesi endişesiyle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması süresinin uzatılmasını haklı göstermeye çalışmak uygun değildir, Mahkeme'nin I.A. v. Fransa davasında tespit

ettiği gibi (Bu dava, karısını öldürmekle suçlanmış bir şüpheliyi ele almaktadır.).

I.A. v. Fransa, 23 Eylül 1998, paragraf 102:

"Kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul şüphenin varlığını ısrarla sürdürmesi - mevcut davada söz konusu olan bir durum değildir-kişinin tutukluluk hâlinin devam etmesinin geçerli olması için en gerekli şarttır ancak belli bir süre geçtikten sonra bunun için hâlâ yeterli bulunamaz."

• Kaçma Riski

Kişinin yetkili yargı makamı önüne çıkarılabilmesi maksadıyla tutuklanması (veya tutukluluk hâlinin devam etmesi), gerçekten de serbest bırakılması hâlinde kaçma riskinin bulunduğu dair makul bir şüphe mevcutsa yasal olmaktadır. Ancak kişinin kaçma imkânına sahip olması şeklinde genel bir ihtimâle istinad edilmesi yeterli değildir (örneğin aşağıdaki Stögmüller davasına bakınız; bu davada, kaçış riskinin bir kişi için sınırı geçmenin kolay veya mümkün olmasıyla oluşmadığı görüşü benimsenmiştir). Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının devam edebilmesi için söz konusu davaya özel olan tüm ilgili unsurların incelenmesi, her zaman gerekli olacaktır (bu unsurlara ilgili kişinin karakteri, ahlak yapısı, ailesi, mesleği, serveti, aile bağları vb. dâhildir, bakınız aşağıda bahsi geçen Neumeister). Beklenen ceza miktarının da belli bir rolü bulunmaktadır ancak kaçma riski yalnızca böyle bir değerlendirmeye dayandırılmaz. Ayrıca, zamanın geçmesiyle birlikte kaçma riski de konuyla ilgisini kaybeder (Bakınız: Aşağıda bahsi geçen Kozik v. Polonya davası ve Imre v. Macaristan, 2 Aralık 2003, paragraf 45.).

Stögmüller v. Avusturya, 10 Kasım 1969:

15. Bu bakımdan dikkate alınmalıdır ki, olası bir kaçma tehlikesi sırf kişi için sınırı geçmek kolay veya mümkün olduğu için oluşmamaktadır (Ne olursa olsun, bu maksada uygun düşecek şekilde Stögmüller'in pasaportunu teslim etmesi istenebilirdi.); Şartların bir bütün hâlinde bulunması gerekir, özellikle beklenen cezanın ağır olması veya şüphelinin tutuklu bulunmaya yönelik ciddi bir nefretinin olması veya alacağı ceza ile karşılaştığında şüpheliye kaçmanın sonuçlarını ve tehlikelerini kötünün iyisi olarak gösterecek şartların bulunması gerekmektedir. Ancak Stögmüller tarafından sergilenen davranış, kendisinin açıkça öyle bir durumda olmadığını göstermektedir.

Neumeister v. Avusturya, 27 Haziran 1968:

10. Ancak kaçma riski yalnızca (ortaya çıkan yeni deliller dolayısıyla Bay Neumeister'in gelebilecek yeni cezalardan korkmasına ilişkin) böyle bir düşünceye dayanılarak değerlendirilemez. Özellikle ilgili kişinin karakterine, ahlak yapısına, ailesine, mesleğine, servetine, aile bağlarına ilişkin diğer unsurlar ve yargılanmakta olduğu ülkeye olan her türlü bağı ya gerçekten bir kaçma tehlikesinin bulunduğunu onaylayabilir ya da duruşma öncesinde tutuklanmasını haklı gösteremeyecek kadar küçük görünmesini sağlayabilir. Ayrıca akılda bulundurulması gereken başka bir nokta ise, tutuklu olarak geçirilen zamana bağlı olarak ilgili kişinin tutuklu olarak geçirdiği sürenin mahkûm edilmesi hâlinde kendisine kesilecek olan ceza süresinden düşülmesiyle beraber toplam ceza süresi kendisi için ne kadar az korkutucu görünürse, kaçma tehlikesi de aynı oranda düşecektir.

Kozik v. Polonya, 18 Temmuz 2006:

38. Üstelik yargı yetkilileri serbest bırakılması hâlinde başvuru sahibinin kaçma tehlikesinin bulunduğu görüşünü benimsemişlerdir. Başvuru sahibinin gözaltına alınmadan önce kaçma girişiminde bulunmuş olduğu gerçeğine değinmişlerdir. Mahkeme, başvuru sahibinin adalete engel olma girişiminde bulunmuş olmasının yargı işlemlerinin ilk aşamalarında tutuklu kalmasını haklı gösterdiğine katılmaktadır. Ancak yargı süreci ilerledikçe bu gerekçenin konuyla ilgisini yitirdiği düşüncesindedir. Ayrıca başvuru sahibi tarafından yargıyı engellemeye yönelik olarak başka herhangi bir girişimin olmadığı da hesaba katıldığında, gözaltına alınmadan önce yaşanmış tek bir olayın kendisini dört yıl boyunca tutuklu bırakmayı haklı gösterdiğini kabul etmek zordur.

- **Adaletin Seyrine Müdâhale Edilmesi Riski**

Adaletin yerine getirilmesinde görevi olan herkes için adaletin seyrine müdâhale edilmesi riski, meşru bir endişedir. Bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının devam edebilmesi için gereken muhtemel nedenlerden biri olarak kabul edilmektedir. Suçlanmakta olan bir kişi, tanıklara ifade vermemeleri için baskı uygulamak, aynı soruşturmada inceleme altında olabilecek başkalarını uyarmak, yargı sürecinde belli sorulara nasıl cevap vereceklerine dair başkalarıyla ağız birliğinde bulunmaya çabalamak ve delilleri yok etmek sûretiyle serbest bırakılmasından doğan fırsatı kendi aleyhindeki dava hazırlığını baltalamak için kullanabilir. Ne var ki çoğu durumda, soruşturma sürecinin çeşitli aşamaları tamamlandıkça, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına dair bu gerekçe gittikçe daha az mecburi bir hâl alacaktır. Bazı istisnâi durumlarda ise kovuşturma süreci başlayıncaya kadar bile kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması haklı bulunabilir (Bakınız: Aşağıda bahsi geçen W. v. İsviçre.).

W. v. İsviçre, 26 Ocak 1993

35. Mahkeme şunu kabul etmeye hazırdır ki, özellikle bu gibi birçok araştırmanın yapılmasını gerektiren karmaşık davalarda, yetkililer bir karışıklığa neden olmaması için bir şüphelinin en azından soruşturmanın başlangıcında cezaevinde tutuklu kalmasının gerekli olduğunu düşünebilir. Ancak uzun vadede, böyle bir tutukluluğun haklı gösterilebilmesi için soruşturma şartları - böyle bir davada bile-yeterli olmayacaktır: Olayların normal seyrinde, araştırmalar yapıldıkça, ifadeler alındıkça ve doğrulamalar gerçekleştirildikçe, iddia edilen riskler zamanla ortadan kaybolacaktır [Bakınız: Clooth v. Belçika hükmü (...), paragraf 43.].

36. Önemli bir muvazaa riskinin bulunmuş olduğunu ve dava başlayıncaya kadar da bulunmaya devam ettiğini gösterebilmek adına iddia makamı, temel olarak davanın istisnâi derecedeki kapsamına, el konulan belgelerin olağanüstü büyüklükteki miktarına ve kasıtlı bir şekilde oluşturulmuş karışıklığına ve yurt dışındakiler de dâhil olmak üzere dinlenmesi gereken tanıkların çokluğuna değinmişlerdir. Özellikle gözaltına alınması öncesinde ve sonrasındaki davranışlarıyla, örneğin hesapları karıştırmak ve yok etmek sûretiyle delilleri sistemli bir şekilde yok etmeye yönelik bir amaç taşıdığını göstermiş olan başvuru sahibinin kişiliği üzerine de ikincil bir savunma dayandırılmıştır. İddia makamına göre, özellikle kontrolü altında bulunan altmıştan fazla şirket arasındaki karmaşık bağlarla ve çalışanları üzerindeki etkisiyle de kolaylaşacağı üzere, henüz saklı olan fakat var oldukları başka belgelerden

anlaşılan delilleri yok etmek, ortaya sahte delil çıkarmak ve tanıklarla işbirliği yapmak sûretiyle kazandığı özgürlüğünü kötüye kullanabileceği endişesini haklı çıkaracak kesin göstergeler de mevcut olmuştur. (...M)ahkeme buna katılmamak için bir neden görememektedir (...). Sonuç olarak, söz konusu tutukluluğa dayanak olması bakımından muvazaa riskinin bulunmasını öne sürerken, yetkililerin gerekçe olarak dava şartlarını dikkate alma hakkı mevcuttur.

d. “Takdir Sınırı” Doktrini

AIHS, “demokratik bir toplumda gerekli” olan ve belli bir durumda söz konusu meşru amaca ulaşmak adına, o amaçla “orantılı” olacak şekilde ve söz konusu devlete o alanda bırakılan “takdir sınırı” çerçevesinde müdâhalelere izin vermektedir. Bu da, Sözleşme’nin kendisinin otomatik bir şekilde ihlal edilmiş olmasını gerektirmeyecek ölçüde belli haklara belli şartlar altında müdâhale edilmesi için devletlere belli bir takdir yetkisi tanıması anlamında, genellikle bilindiği şekliyle “takdir sınırı” doktrininin geliştirilmesini sağlamıştır.

Dikkate alınmalıdır ki, bunun bahsi yalnızca 8 ila 11’inci maddeler arasında geçmektedir; dolayısıyla ceza yargılamalarıyla ilgili hükümler ilke olarak bu istisnânın dışında kalmaktadır. Zira 5. maddedeki “özgürlük ve güvenlik hakkı” ve 6. maddedeki “adilce yargılanma hakkı” hükümlerinin kapsamında yer almaktadırlar. Ancak 8. madde, aile ve özel yaşamın korunmasını; 9. madde, dinî inancın veya düşüncenin açıklanmasını; 9. madde, ifade özgürlüğünü ve 11. madde toplanma ve gösteri özgürlüğünü ele aldığı ve ceza yargılamalarında bu hakların tamamı koruma tedbirleri vasıtasıyla kısıtlanabildiği için bu doktrinle ilgili bazı noktaların netleştirilmesi gereklidir.

Her şeyden önce Sözleşme metni, yalnızca herhangi bir müdâhale veya kısıtlamanın “demokratik bir toplumda gerekli” olması şartına doğrudan değinmektedir (Örneğin bakınız, Raimondo v. İtalya, 12954/87, 22 Şubat 1994 ve Schmid v. Avusturya, 10670/83, 9 Temmuz 1985, DR44, 195; her ikisinin de yukarıda bahsi geçmektedir.); orantılılığın bahsi doğrudan geçmemektedir. “Gerekli” kelimesinin kendisi ise, daha hafif bir yöntemin mevcut olmamasını ve müdâhaleyle ulaşılmak istenen meşru amacın daha az kısıtlayıcı tedbirlerle sağlanamamasını ima etmektedir. Uygulamada ise Mahkeme, öncelikle müdâhalenin “toplumdaki acil bir ihtiyacı” karşılayıp karşılamadığını ve öyle olması hâlinde de bu ihtiyacın karşılanabilmesi için gereken müdâhalenin makul bir orantılılığa sahip olup olmadığını incelemektedir. Son olarak da “demokratik bir toplumda” ifadesi, Mahkemenin belli bir ülkedeki müdâhaleyi, böyle bir toplumun ihtiyacı doğrultusunda incelemesini sağlar. Mahkeme Avrupa Konseyi ve üye devletleri tarafından belirlenmiş standartları temel ölçek olarak almaktadır. Uygulamada, bu Mahkemenin AIHS dışındaki AK Sözleşmelerine (Oviedo Bio-etik Sözleşmesi gibi), AKPM ve Komisyon tavsiyelerine ve üye devletlerdeki hukuk uygulamalarına bakabileceği anlamına gelmektedir. Başka sözleşmelere, tavsiyelere ve/veya devlet uygulamalarına yansıdığı şekliyle bir konu üzerinde büyük bir anlaşma söz konusuysa bu, “demokratik bir toplumda” neyin gerekli olduğuna dair güçlü bir gösterge olacaktır.

Bu konu da bir sonraki meseleye bağlanmaktadır: Bilindiği şekliyle devletlere bırakılmış olan “takdir sınırı”. Bu, Mahkemenin 1979 tarihli Sunday Times hükmünde şu şekilde tanımlanmıştır (daha önceki Handyside hükmüne değinmekle beraber): “Mahkeme, Sözleşmede yüceltilen hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması

sorumluluğunun öncelikle Sözleşme Devletlerinin her birine düştüğünün altını çizmektedir. Buna bağlı olarak, 'Madde 10 (2) Sözleşme Devletlerine belli bir takdir sınırı bırakmaktadır. Bu sınır hem yerel yasama organına (...) hem de yargı başta olmak üzere yürürlükte olan yasaları yorumlamakla ve uygulamakla görevli tüm organlara tanınmıştır.'"

"Buna karşın, madde 10 (2) Sözleşme Devletlerine sınırsız bir takdir yetkisi tanımamaktadır.": "Mahkeme, herhangi bir 'kısıtlamanın' (...) 10. madde ile korunmakta olan ifade özgürlüğü ile uyuşup uyuşmadığı (...) konusunda nihai bir hüküm verme yetkisine sahiptir. Bu nedenle, yerel takdir sınırı belli bir Avrupa denetimiyle birlikte ele alınır ki bu denetim sadece temel yasamayı değil, aynı zamanda bağımsız bir mahkeme tarafından alınmış olsa bile uygulamada olan kararları da kapsamaktadır."

(Sunday Times v. Birleşik Krallık, 26 Nisan 1979 tarihli hüküm, 59 numaralı paragraf, ve bu kararda alıntı yapılan Handyside v. Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976 tarihli hüküm, 48 ve 49 numaralı paragraflar.).

Yukarıda bahsi geçen türde bir konu üzerinde geniş bir anlaşma söz konusuysa, Devletlerin dar bir takdir sınırı olacaktır ve Mahkeme, söz konusu müdâhalenin gerekip gerekmediğini derinlemesine inceleyecektir. Bilakis, konu üzerinde özel bir Sözleşme veya Tavsiye bulunmuyorsa ve farklı devletlerdeki hukuk uygulamaları da aralarında çeşitlilik arz etmekteyse takdir sınırı geniş olacaktır ve Mahkeme, söz konusu meselenin düzenlenmesini temel olarak her devletin kendisine bırakacaktır. Üstelik örneğin, ahlakî sorunlar gibi bazı meselelerde, Mahkeme, devletlere daha geniş bir takdir sınırının bırakılması gerektiğini tespit etme eğilimindedir.¹

e. Koruma Tedbiri Biçimindeki Bir Kısıtlamanın Sürdürülmesinin Gerekçelendirilmesinde Etkililik Şartı

Bir koruma tedbirine başvurma gerekçeleri zaman içerisinde varlığını sürdürse bile bu gerçek, tek başına temel haklara müdâhalenin otomatik bir şekilde yenilenmesini gerektirmemektedir. Tutuklu bulunan kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul şüphenin varlığını sürdürmesi, uygulanan tedbirin geçerliliği için olmazsa olmaz bir şarttır ancak belli bir zaman geçtikten sonra (özellikle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı durumlarda) artık yeterli olmamaktadır; koruma tedbirini uygulamaya devam eden adlî makamlar bu devamı da gerekçelendirmek zorunda olacaktır. İşlemlerin gerçekleştirilmesinde "özel bir titizlik" göstermek ve "konuyla ilgili" ve "yeterli" gerekçeler sunmak zorunda olacaklardır. Makul şüpheyne ve göze alınmakta olan cezanın ağırlığına değinilmesi, kendi başlarına tutukluluğun devamı için yeterli nedenler değildir (Bakınız: Aşağıda bahsi geçen Mansur v. Türkiye.).

Toth v. Avusturya, 12 Aralık 1991, paragraf 67:

"Herhangi bir davada suçlanmakta olan kişinin mahkeme önüne çıkmadan önceki tutukluluğunun belli bir süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle adlî makamların üzerine düşmektedir. Bu amaç doğrultusunda, masumiyet karinesini gerektiği gibi dikkate almakla beraber kişi özgürlüğüne saygı gösterilmesi kuralına oluşan istisnâyı haklı gösterebilecek gerçek bir kamu çıkarının varlığının lehine ve aleyhine olan şartları incelemeleri ve karar alırken bunları serbest bırakma uygulamaları karşısında değerlendirmeleri gerekmektedir."

¹ Aynı yerde.

Mansur v. Türkiye, 8 Haziran 1995, paragraf 55:

"Mahkeme şunu belirtmektedir ki, bir şüphelinin kaçma tehlikesinin bulunması, yalnızca göze alınmakta olan cezanın ağırlığına dayanılarak ölçülemez. Kaçma tehlikesinin varlığını onaylayabilecek veya bu ihtimâli mahkeme öncesinde tutuklu bulunmayı gereksizleştirecek kadar zayıflatabilecek başka birçok unsurla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir."

Görülebileceği gibi, AİHM içtihatının bu ilkeyi özellikle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması alanında belirleme fırsatı olmuştur ancak bu ilkenin diğer koruma tedbirlerine de uygulanamaması için hiçbir neden yoktur.

De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, 29 Mayıs 1984, paragraf 52:

"Çabukluk meselesi, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir (...). Mevcut şartlar altında, askerî yaşamın ve askerî adaletin çabukluğu gerektiği gibi hesaba katıldığında bile (...), Mahkemenin düşüncesine göre söz konusu dava aralıkları (tutuklanma sonrasında sırasıyla yedi, on bir ve altı gün) 'çabukluk' şartıyla tutarlı olarak kabul edilemez."

O'Hara v Birleşik Krallık, 16 Ekim 2001, paragraf 46:

"Mahkeme, başvuru sahibinin serbest bırakılmadan önce altı gün on üç saat gözaltında kaldığına ve bunun kişiyi mümkün olduğunca çabuk bir süre içerisinde yetkili bir adlî makam karşısına çıkarma şartıyla uyuşmadığına Hükümet tarafından karşı çıkılmadığını dikkate almaktadır. Kendi içtihatını dikkate alarak [özellikle terör şüphelilerinin dört günden fazla gözaltında kalmalarının hızlı adlî kontrol şartıyla uyuşmadığının tespit edildiği Brogan ve diğerleri (...) davası] Mahkeme, bu bakımdan Sözleşmenin 5. maddesi § 3 kapsamında bir ihlalin mevcut olduğunu tespit etmektedir."

Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 29 Kasım 1988, paragraf 62:

"(D)ört gözaltı süresinden en kısası yani polis gözetiminde geçirilen dört gün altı saat bile (...), 5. maddenin 3. paragrafının ilk kısmıyla izin verilen süre bakımından katı zaman kısıtlamalarının dışında yer almaktadır. bu davanın kendine has özelliklerine herhangi bir hâkim veya adlî makam önüne çıkarılmaksızın bu kadar uzun bir gözaltı süresini gerekçelendirecek kadar önem atfetmek, en sade anlamıyla düşünüldüğünde "en kısa sürede" ifadesinin kabul edilemez genişlikteki bir yorumu olurdu. Bu anlama gelebilecek bir yorumda bulunmak, usûlle ilgili olarak 5. maddenin 3. paragrafıyla bireye verilmekte olan güvenceyi sarsabilecek derecede ciddi bir hasara yol açardı ve bu hükümle korunmakta olan hakkın özünü zedeleyecek sonuçları beraberinde getirirdi. Dolayısıyla Mahkeme, hiçbir başvuru sahibinin gözaltına alındıktan sonra "en kısa sürede" adlî bir makam önüne çıkarılmamış veya "en kısa sürede" serbest bırakılmamış olduğu sonucuna varmak zorundadır. Kuşkusuz başvuru sahiplerinin gözaltına alınmalarına ve tutuklanmalarına neden oluşturan toplumu bir bütün olarak herhangi bir terör faaliyetinden korumaya yönelik meşru bir amacın olduğu gerçeği, tek başına 5. maddenin 3. paragrafında belirtilen kesin şartların yerine getirilmesini sağlamak için yeterli değildir."

Söz konusu davanın kendine has özelliklerini de hesaba katarak, bu ilkenin 6. maddedeki adillik ilkesinin en önemli güvencelerinden birine yani makul bir sürede yargılanma ve usûlen gerçekleşen aşırı gecikmelere karşı korunmaya bağlı olduğu ve bunun da AİHS tarafından belirlenmiş kriterler doğrultusunda incelenmesi gerektiği dikkate alınmalıdır: a. Davanın karmaşıklığı; b. Başvuru sahibinin davranış biçimi; c. İlgili makamların davranış biçimi; d. Başvuru sahibi açısından atfolunan önem (örneğin Abdoella v. Hollanda, 25 Kasım 1992, paragraf 24 ve Jablonska v. Polonya, 9 Mart 2004, paragraf 39).

İngilizce Özgün Metinden Çeviren: Av. Serkan CENGİZ²

Translated by Serkan Cengiz / Advocate, www.serkancengiz.av.tr. All rights reserved. No part of this translation may be reproduced without the prior permission in writing of the translator.

2.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Kalashnikov/RUSYA (Başvuru No: 47095/99) KARAR/15 Temmuz 2002

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ikinci Bölüm), 19 Mart 2001 tarihinde daire olarak aşağıdaki üyelerin katılımıyla toplandı:

Bay	J.P. COSTA, <i>Başkan</i>	}	<i>Hâkimler</i>
Bay	W. FUHRMANN		
Bay	W. LOUCAİDES		
Sir	Nicolas BRATZA		
Bayan	H.S. GREVE		
Bay	K. TRAJA		
Bay	A. KOVLER		
Bayan S. DOLLE, <i>Bölüm Sekreteri</i>			

18 Eylül 2001 ve 24 Haziran 2002 tarihlerinde gereği görüşülerek, 24 Haziran 2002 tarihinde aşağıdaki karar verildi:

Usûl

1. *Dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına yönelik Sözleşmenin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, Rus vatandaşı Valery Yermilovich Kalashnikov ("başvurucu") tarafından, Rusya Federasyonu aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan 1 Aralık 1998 tarihli başvurudan (No. 47095/99) kaynaklanmıştır.*

2. *Başvurucu özellikle gözaltı koşullarından, gözaltı süresinin uzunluğundan ve aleyhinde yürütülen ceza yargılamasının uzunluğundan yakınmıştır.*

3. *Başvuru, Mahkemenin önceki 3. bölümüne tahsis edilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü m.52/1). Kısım içinde davayı ele alacak olan (Sözleşme madde 27) Daire, Mahkeme İç Tüzüğü madde 26/1'de belirtildiği şekilde oluşturulmuştur.*

4. *Başvurucu ve Hükümet, kabul edilebilirlik ve esas üzerine görüşlerini sunmuşlardır*

² İzmir Barosu Üyesi, www.serkancengiz.av.tr.

(Mahkeme İç Tüzüğü 54/3-b).

5. Başvurunun kabul edilebilirliği ve esası üzerine, Strasbourg'da bulunan İnsan Hakları Binası'nda, 18 Eylül 2001 (İç Tüzük m.e 54/4) tarihinde halka açık bir duruşma yapılmıştır.

Mahkemede Hazır Bulunanlar:

(a) Hükümet İçin

Bay P.Laptev, Rusya Federasyonu'nun AIHM huzurundaki temsilcisi
Bay Y.Berestnev
Bay S.Volkovsky
Bay S. Razumov

Danışmanlar

Bay Y. Kalinin
Bay K. Bahtiarov
Bay O. Ankudinov

Uzmanlar

Bay V.Vlasihin

(b) Başvurucu İçin

Bayan K. Moskalkenko, Moskova Uluslararası Koruma Merkezi
Bay N. Sonkin, Moskova Bölge Barosu, Avukat
Bay V. Kalashnikov, Başvurucu

6. Mahkeme; Bay P.Laptev, Bayan K. Moskalkenko ve Bay N. Sonkin'in sunumlarını ve Bay V. Vlasihin, Bay P. Laptev ve Bayan K. Moskalkenko'nun hâkimlerin sorularına vermiş oldukları cevapları dinlemiştir.

Mahkemenin ricası üzerine Hükümet, başvurunun tutulduğu hücrenin fotoğraflarını göndermiştir. Hükümet ayrıca başvurunun saliverilmesinden sonra hücrenin yenilenmiş ve yenilenme işlemi süren buraya yakın bir yerin yenilenmiş durumunu gösteren bir video kaydını sunmuştur.

7. Mahkeme, 18 Eylül 2001 tarihli kararı ile başvuruyu kısmen kabul edilebilir bulmuştur.

Mahkeme, sonuca ulaşabilmek için dava dosyasında yeterli materyalin olduğu gerekçesiyle, olay yeri incelemesi veya "gerçekleri bulgulama çalışmasının" gerekli olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, video kaydında görüldüğü gibi, hücrenin şu andaki koşullarıyla başvurunun tutulu bulunduğu zamandaki koşulların benzerlik taşımadığının fotoğraflar ile doğrulanması nedeniyle böylesi bir çalışmanın yararlı bir amaca hizmet etmeyeceği düşüncesindedir.

8. Mahkeme, 1 Kasım 2001 tarihinde Bölümlerinin yapılanmasını değiştirmiştir

(İç Tüzük 25/1) fakat dava, eski 3. bölüm içerisinde oluşturulan daire tarafından sürdürülmüştür.

9. Taraflar başvurunun esası üzerine ek görüş sunmamışlardır.

10. Başvurucu, 28 Aralık 2001 tarihinde Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca "hakkaniyete uygun tatmin" için istemlerini; Hükümet, yorumlarını sunmuştur.

Olaylar

I. Davanın Özel Koşulları

11. 1955 yılında doğan ve Moskova'da yaşayan başvuru, şikâyetinin konusunu oluşturan olaylar zamanında, Kuzey Doğu Ticaret Bankası'nın başkanıdır.

12. 8 Şubat 1995 tarihinde başvuru aleyhine cezai kovuşturma başlatılmıştır. Kovuşturma ayrıntıları "B" alt başlığı altında aşağıda verilmiştir. 29 Haziran 1995 tarihinde başvuru, göz altına alınmış ve Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli kararı ile zimmet suçundan hüküm giymiş ve hapis cezasına çarptırılmıştır.

a. Tutukluluk Koşulları

13. Başvuru 29 Haziran 1995'ten, 20 Ekim 1999 tarihine kadar Magadan şehrindeki IZ-47/1 tutulma merkezinde tutulmuştur (Soruşturma Tecrit Koşuşu No. 1). 20 Ekim 1999 tarihinde, Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli kararını takiben, cezasının infazı için Talaya köyünde bulunan AV-261/3 Hapishanesine gönderilmiştir. 9 Aralık 1999 tarihinde Magadan'da bulunan tutukluluk merkezine geri gönderilmiş ve serbest bırakıldığı 26 Haziran 2000'e kadar burada kalmıştır.

1. Olgular Üzerine Başvurucunun Sunumları

14. Başvuru, Magadan tutukluluk merkezindeki tutukluluğunun ilk dönemine ilişkin olarak, 8 adet ranza yatağın bulunduğu 17 m²lik bir hücrede tutulduğunu iddia etmiştir. Buna karşın hücrede neredeyse her zaman 24 kişi barındırılmış, bu sayı nadiren 18'e düşmüştür. Yatak başına 3 kişi olması nedeniyle, tutuklular sırayla uyumuştur. Sırasını bekleyen diğerleri zeminde veya karton kutuların üzerine yatmıştır. Televizyonun gün boyunca açık olması ve hücrede fazla kargaşa olması nedeniyle doğru dürüst uyumak olanaksızlaşmıştır. Odadaki ışıklar hiçbir zaman kapatılmamıştır.

15. Hücrenin köşesinde bulunan tuvalet, mahremiyete uygun olarak düzenlenmemiştir. Tahta bir bölüm ile sadece duş bölümünden ayrılmış fakat yemek masası ve ortak yaşama alanından ayrılmamıştır. Tahta bölümün yüksekliği 1.1 metre olmasına karşın, tuvaletin yerden yüksekliği yarım metreydi. Bu nedenle tuvaleti kullanan kişi, hem hücre arkadaşları, hem de kapıdaki gözetleme deliği sayesinde orada bulunan gardiyan tarafından görülebilmekteydi.

Hücredekiler tuvaletten yalnızca yarım metre uzakta bulunan yemek masasında yemek yemek zorundaydı. Yemekler kötü kaliteydi.

16. Havalandırma sistemi olmayan hücre yazları bunaltıcı bir biçimde sıcak, kışları ise soğuktu. Odanın içindeki havanın yetersiz olması nedeniyle, pencerenin

sürekli açık kalması gerekiyordu. Sigara tiryakileriyle çevrelenmiş olması nedeniyle başvuru pasif içiciliğe zorlanmıştı. Başvuru, idare tarafından hiçbir zaman doğru düzgün yatak takımı, çatal kaşık ve mutfak aletleri verilmediğini iddia etmektedir. Yönetim tarafından sadece ince bir yatak ve ince bir battaniye verilmiş ve mutfak malzemelerini hücre arkadaşlarından ödünç almak zorunda kalmıştır, ki, onlar da bu eşyaları akrabalarından almıştır.

17. Tutuklama merkezindeki hücreler, hamam böcekleri ve karıncalar tarafından istila edilmesine rağmen imha edilmelerine yönelik hiçbir çaba olmamıştır. Sağlıkla ilgili olarak alınan tek önlem, haftada bir defa gardiyanlar tarafından verilen 1 litre klor dezenfektanıydı.

18. Başvuru, pek çok deri hastalığına ve mantara yakalanmış; ayak tırnakları ile bazı el tırnaklarını kaybetmiştir. 11 Kasım 1996'dan 23 Nisan 1997'ye ve 15 Nisan 1997'den 3 Ağustos'a kadar yapılan yargılama sırasında başvuru uyuz tedavisi görebilmesi için ara verilmiştir.

Başvurunun hücresine 6 kez verem ve frengi hastası olan tutuklular yerleştirilmiş, başvuruya koruyucu antibiyotik iğne yapılmıştır.

19. Başvuru, günde sadece 1 saat hücresinin dışında yürüyüş yapabildiğini ve genellikle ayda 2 defa sıcak duş alabilme olanağının olduğunu iddia etmiştir.

20. Sonuç olarak başvuru, 9 Aralık 1999 tarihinde eski tutulma merkezine gönderilmesinden sonra tutuklama koşulları temel olarak değişmemiştir. Uygun yatak takımı, mutfak araçları ve havlular edinemediği. Doğru düzgün bir tıbbî servisin olmaması nedeniyle deri hastalıkları için uygun bir tedavi yapılmamıştır. Hücresi hâlâ hamam böcekleri tarafından işgal edilmiş durumdaydı ve istilaya karşı yaklaşık 5 yıldır bir ilaçlama yapılmamıştı. Buna karşın Mart-Nisan 2000 tarihinde 8 yataklı hücredeki tutuklu sayısı 11'e indirilmiştir.

2. Olgular Üzerine Hükümet Sunumları

21. Hükümet, başvurunun hücresinin 20,8 m² olduğunu, başvurunun ayrı bir ranza, yatak takımı ve mutfak aletleri ile sağlık kontrolünden yararlanma hakkına sahip olduğunu, hücrenin 8 tutuklu için düzenlenmiş olduğunu, tutukluluk merkezlerinin aşırı kalabalık olmasıyla bağlantılı olarak hücrelerdeki her yatağın 2 veya 3 kişi tarafından kullanıldığını verili süre içinde başvurunun hücresinde 11 veya daha fazla kişi bulunduğunu normal olarak kişi sayısının 14 olduğunu ileri sürmüştür. Yataklar birçok mahkûm tarafından dönüşümlü olarak ve her mahkûmun nöbetleşe 8 saat uyuması için kullanılmıştır. Tüm tutuklulara içi doldurulmuş yatak, pamuk battaniye ve çarşaf temin edilmiştir.

22. Başvurunun hücresinde bir klozet ve duş yeri de dâhil olmak üzere bir sağlık ünitesi bulunmaktaydı. Klozet, hücrenin köşesine yerleştirilmiş ve bir ayraç ile (1,1 m yüksekliğinde) yaşama yerinden ayrılmış olarak mahremiyet sağlanmıştı. Bu tür standartlar, 25 Ocak 1971 tarihinde onaylanan "SSCB İçişleri Bakanlığı Yargılama Öncesi Tutuklama Merkezlerinin Plan ve İnşaat Yönetmeliği"ne uygun olarak tesis edilmiştir.

Hükümet, başvurunun tutukluluğunun başından bu yana küçük bir gelişme

olduğunu iddia ettiği hücreye dair fotoğrafları mahkemeye sunmuştur. Hükümet ayrıca merkezlerin başvurucunun saliverilmesinden sonraki durumunu ve önemli gelişmelere dair video kayıtlarını sunmuştur.

23. Hücre, temiz hava ve gün ışığı sağlayan pencerelere sahiptir. Bir havalandırma sistemiyle donatılması olanağı yoktur. Sıcak havalarda daha iyi bir havalandırma için pencere açılabilir durumdadır. Ayrıca tutuklular akrabaları tarafından gönderilmiş küçük fanları edinme olanağına da sahiptir.

24. Hücrede, başvurucuya ait dilediği zaman açıp kapayabileceği bir televizyon tespit edilmiştir. Bölgede günün belirli bir bölümünde televizyon yayını yapılmıştır.

25. 11 Şubat 1998 tarihinde başvurucunun hücresinde bulunan ve frengiye yakalanan bir tutuklunun, hastalığın tam olarak tedavisine ilişkin süreyi geçirmesi için derhâl yeri değiştirilmiştir. Başvurucu da dâhil olmak üzere, bu tutukluyla aynı hücreyi paylaşan diğer tutuklular, 26 Şubat 1998 tarihinde hastalığa uygun önleyici tedaviye ve serolojik kontrol önlemlerine tabi tutulmuşlardır. Bu işlem, 17 Kasım 1989 tarihinde onaylanan, "SSCB İçişleri Bakanlığı Yargılama Öncesi Tutuklama Merkezlerinde ve Islahevlerinde Tutulan Kişiler için Sağlık Bakım Rehberi"ne uygun olarak yapılmıştır.

Tutuklama Merkezindeki bloklardan bir tanesi Ocak 1999 tarihinde tâmirat amacıyla kapatılmış ve tutuklular diğer hücrelerde bulunan boş yerlere gönderilmiştir. Başvurucunun hücresinde gönderilen ve bazısı verem hastası olan tutuklular, bir hafta orada kalmışlardır. Bununla birlikte, tıbbî personelin düşüncesine göre, bu kişiler tedavi görüyor olmaları nedeniyle, diğer tutukluları riske sokmamıştır.

2 Haziran 1999 tarihinde, başvurucunun hücresinde yerleştirilen bir tutuklunun hastalığında ilerleme gözlenmiştir. Tutuklu, hastalığın nüksetmesinin önlenmesi için iki aylık bir tedavi görmüştür. Bu kişi açık bir şekilde verem hastalığı belirtilerini taşımadığından, hastalığın diğer tutuklulara bulaştırılma tehlikesi yoktu.

Yinelenen fluografik çalışmalarda, başvurucunun boğazında bir anormallik görülmemiştir.

15 Haziran 1999 tarihinde frengi tedavisi gören bir tutuklu başvurucunun hücresinde yerleştirilmiştir. Yapılan muayeneler sonrasında olumsuz sonuçlar alınmamıştır. Bununla bağlantılı olarak başvurucuya yapılan kan testlerinde olumsuz bir sonuç bulgulanmamıştır.

26. Başvurucu, sistematik olarak tıbbî personel tarafından muayene edilmiş ve dermatolojist, terapist ve stomatolojistten tıbbî yardım almıştır. Başvurucu farklı hastalıklara (nörosirkülatik bozukluk ve uyuz) yakalandığında derhâl tedavi görmüştür. Başvurucunun tedavi edilmesi amacıyla yargılamalara zaman zaman ara verilmiştir.

27. Başvurucu, haftanın 7 günü duş alabiliyor ve günde 2 saate kadar hücresinin dışında yürüyüş yapabiliyordu.

28. Sonuç olarak Hükümet, yargılama öncesi tutuklama merkezlerinde bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkmasının engellenmesi için yukarıda belirtilen 1989 tarihli bakanlık rehberi uyarınca patojenik mikro organizmalar, kemirgenlerin zamanında

imha edilmesi amacıyla salgın dezenfeksiyonu önlemlerinin alındığını ileri sürmüştür. Bununla birlikte Hükümet tarafından tutuklama merkezlerinin böcekler tarafından istila edilmesinin bir sorun olduğu kabul edilmiştir.

3. Tıbbî Kayıtlar ve Uzman Raporu

29. Başvurucunun tıbbî kayıtlarına göre başvurucu, Aralık 1996'da uyuza, Temmuz 1997 ve Ağustos 1997'de alerjik deri yangısına, Haziran 1999 tarihinde ayağında mantar enfeksiyonuna, Ağustos 1999 tarihinde elinde mantar enfeksiyonuna, Eylül 1999'da mantara (mycosis: mantar hastalığının ağır bir türü-ç.n), Ekim 1999'da el, ayak ve kasıklarında mantar enfeksiyonuna yakalanmıştır. Kayıtlar ayrıca başvurucunun bu hastalıklara ilişkin tedavi gördüğünü de belirtmektedir.

30. Temmuz 1999 tarihinde yayınlanan tıbbî uzmanların raporu, başvurucunun nörosirkülatik distoni; istemsiz sinir ileti bozukluğu sendromu; kronik on iki parmak bağırsağı ülseri; ayak, el ve kasıklarında mantar enfeksiyonu ve mantar hastalıklarına yakalanmış olduğunu ifade etmiştir.

b. Yargılama Öncesi Tutuklamaya Karşı Ceza Yargılaması ve Temyiz

31. Başvurucunun kendi bankasının fonlarını zimmetine geçirmesinden şüphelenilmiş olması nedeniyle belirlenmiş yerden ayrılması türünde yasaklayıcı bir önleyici tedbire bağlı tutulmuştur. Ceza davası dosyasına 48529 numarası verilmiştir.

32. 17 Şubat 1995 tarihinde başka bir şirketin 2.050.000 adet hisse senedini kötüye kullanmak ile resmen suçlanmıştır.

33. 29 Haziran 1995 tarihinde savcı tarafından onaylanan bir müfettişin emriyle gözaltına alınmış ve ceza soruşturması sırasında gerçeğin ortaya çıkmasının engellendiği gerekçesiyle tutuklanmıştır. Özellikle somut olaylara atıflarda bulunularak, başvurucunun soruşturma için gerekli banka belgelerini vermeyi reddettiği, tanıkları baskı altına aldığı ve belgelerle oynadığı ifade edilmiştir. Emir ayrıca başvurucuya atılı suçun ciddiyetine de göndermede bulunmuştur.

Başvurucunun tutukluluk süresi, yetkili savcı tarafından belirsiz tarihlerde uzatılmıştır.

34. Avukatları 4 Temmuz 1995, 31 Ağustos 1995 ve 26 Eylül 1995 tarihlerinde başvurucunun saliverilmesi amacıyla Magadan Şehir Mahkemesine başvurmuşlardır. Bu başvurular sırasıyla 14 Temmuz 1995, 9 Eylül 1995 ve 4 Kasım 1995 tarihlerinde reddedilmiştir.

35. Başvurucu, Ağustos 1995'ten Kasım 1995'e kadar dosyayla görevli iki soruşturmacının tatilde olması nedeniyle hiçbir soruşturma faaliyetinin gerçekleşmediğine ve dosyayla geçici olarak görevlendirilen kişinin hiçbir işlem yapmamış olmasına itiraz etmiştir.

36. 14 Aralık 1995 tarihinde, bankasının fonlarını zimmetine geçirdiği gerekçesiyle başvurucu ek olarak 8 ayrı suçtan daha suçlanmıştır.

37. 6 Şubat 1996 tarihinde başvurucuya yöneltilen suçlamalara dair hazırlık soruşturması sona ermiş ve dava Magadan Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

38. Başvurucu, 1 Mart 1996 tarihinde Magadan Şehir Mahkemesine bir dilekçe göndererek tahliyesini istemiş, istem 27 Mart 1996 tarihinde reddedilmiştir.

39. Aynı gün Magadan Şehir Mahkemesi, dilekçeyi daha fazla araştırma için Magadan Bölge Savcılığına havale etmiştir. Mahkemenin bu kararına karşı Magadan Bölge Mahkemesine temyiz başvurusu yapılmış, başvuru 29 Nisan 1996 tarihinde reddedilmiştir.

40. 15 Mayıs 1996 tarihine kadar süren ek soruşturma sonrasında, Bölge Savcılığı dosyayı Şehir Mahkemesine geri göndermiştir.

41. Bu arada başvurucu, 16 Mayıs 1996 tarihinde tahliye istemiyle Şehir Mahkemesine başvurmuştur. Dilekçesinde kötü koşullar altında tutulduğunu ve bu nedenle sağlığının kötüleştiğini ifade etmiştir. Tahliye istemi, 26 Mayıs 1996 tarihinde reddedilmiştir.

26 Mayıs 1996 tarihinde başvurucu, yeniden tahliyesini talep etmiştir.

42. 11 Kasım 1996 tarihinde Şehir Mahkemesi, başvurunun davasını görmeye başlamış ve başvurucu tarafından 23 Haziran 1996 tarihinde yapılmış olan tahliye istemini de reddetmiştir.

43. Başvurucu 27 Aralık 1996 tarihinde Şehir Mahkemesinde yapılan duruşmada sağlık nedenleri ile saliverilmesini talep etmiştir. Başvurucu 8 yatağa rağmen toplam 21 kişinin hücrede tutulduğunu, herkesin sigara içmesine rağmen hiçbir havalandırma sisteminin olmadığını, televizyonun sürekli açık olduğunu ve uyuza yakalandığını ifade etmiştir. Hastalığı doğrulayan tıbbî belgelerin sunulması üzerine Şehir Mahkemesi, duruşmayı 14 Ocak 1997 tarihine ertelemiştir. Mahkeme, atılı suçun ciddiyeti ve başvurunun serbest olduğu takdirde maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleme riski gerekçeleriyle tahliye istemini reddetmiştir.

44. Dava dosyasının Şehir Mahkemesi tarafından incelenmesi 23 Nisan 1997 tarihine kadar devam etmiştir.

Şehir Mahkemesi Başkanı, başvurunun davasıyla ilgisi olmayan başka bir davada uygunsuz hareket etmesi nedeniyle görevden alınmış ve bu nedenle 7 Mayıs 1997 tarihinde başvurunun davası ertelenmiştir.

45. Başvurucu, içinde bulunduğu kötü koşulları gerekçe göstererek 15 Haziran 1997 tarihinde yeniden tahliyesini istemiştir.

46. Temmuz 1997 tarihinde başvurunun davası için başka bir yargıç görevlendirilmiş ve yeni yargıç, duruşma günü olarak 8 Ağustos 1997 tarihini belirlemiştir. Savunma avukatının sağlık nedenlerinden dolayı duruşmaya katılamaması nedeniyle duruşma ertelenmiştir. Mahkeme, atılı suçun ciddiyeti ve başvurunun serbest olduğu takdirde maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleme riski gerekçelerine dayanarak tahliye istemini reddetmiştir.

Başvurucunun 21 Eylül 1997 tarihinde cezaevinden gönderdiği tahliye istemi 21 Ekim 1997 tarihinde reddedilmiştir.

47. Başvurucu 22 Ekim 1997 tarihinde davasıyla ilgili olarak Magadan Bölge Mahkemesine şikâyetle bulunmuş, davasının Şehir Mahkemesinden Bölge Mahkemesine gönderilmesini istemiştir. Başvurucu ayrıca Rusya Yüksek Mahkemesine, incelenmesi amacıyla Magadan Bölge Mahkemesine iletilen bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. Bölge Mahkemesi, başvurucuya gönderdiği 31 Ekim 1997 ve 25 Kasım 1997 tarihli mektuplarında, bu şikâyetler konusunda yetkili ve görevli olmadığını belirtmiş ve başvurucuya davasıyla ilgili tüm sorularını Şehir Mahkemesine yöneltmesi tavsiyesinde bulunmuştur. Bölge Mahkemesi ayrıca başvurucunun davasının incelenmesini Şehir Mahkemesine rica etmiştir.

48. 21 Kasım 1997 tarihlerinde başvurucu, başta Rusya Federasyonu Başkanlık Makamı, Magadan Şehir Mahkemesi, Yüksek Hâkimler Kurulu -meslekî yetkinlik sorunlarıyla ilgilenen bir birim- ve Genel Savcılık Makamı olmak üzere eşitli yetkililere şikâyetlerde bulunmuştur. Şikâyetlerinde suçlamaların esasına dair hiçbir karar olmaksızın korkunç koşullar altında tutulduğunu, çeşitli deri hastalıklarına yakalandığını, ayak tırnaklarının düştüğünü ve kalbinden rahatsız olduğunu ileri sürmüştür.

49. Magadan Şehir Mahkemesi Başkanı, davanın karmaşıklığına ve hâkimlerin iş yükünün ağırlığına gönderme yaparak, davanın 1 Temmuz 1998 tarihinden önce yeniden görülmeye başlanacağı hususunda, 5 Şubat 1998 tarihli mektubuyla başvurucuyu bilgilendirmiştir.

50. 11 Şubat 1998 tarihinde başvurucu tarafından Genel Savcılık Makamına, Yüksek Mahkemeye ve diğer yetkililere sunulmuş 11 adet şikâyet dilekçesi Bölge Mahkemesi tarafından Magadan Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

51. Başvurucu, tutukluluk süresinin uzunluğuna ve mahkeme duruşmalarının yokluğuna dikkat çekmek için 23 Şubat 1998 tarihinde başlattığı açlık grevini 17 Mart 1998 tarihine kadar sürdürmüştür.

52. Başvurucu, 1 Mart 1998 tarihinde davasının Magadan Bölge Mahkemesine gönderilmesi için Rusya Federasyonu Başkanı'na ve Duma Hükümetinin parlamenter komitesinin yardımını rica eden şikâyet dilekçesi sunmuştur.

53. 3 Mart 1998 tarihinde Magadan Bölge Adalet Dairesi, başvurucunun Rusya Adalet Bakanlığına sunmuş olduğu şikâyet dilekçesine yanıt olarak, Mahkemenin 1998 yılının ancak ikinci yarısında davasını ele alabileceğini bildirmiştir.

54. Bu arada başvurucu, yargılamaya başlama sürelerini içeren Ceza Usûl Yasasının 223/1 ve 239. maddelerinin anayasallığının incelenmesi istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, 10 Mart 1998 tarihli yanıtıyla; tersi iddia edilen hükümlerin, mahkemelerce görülmekte olan bir davadaki uzun tutukluğa ilişkin herhangi bir zaman sınırlaması içermediğini, bu nedenle başvurucunun konuyla ilgili istemlerinin değerlendirmeye alınamayacağı konusunda başvurucuyu bilgilendirmiştir.

55. Başvurucu, davasının görülmesindeki gecikme nedeniyle Yüksek Hâkimler Kuruluna şikâyetle bulunmuş; Kurul, 30 Mart 1998 tarihli yazısıyla Magadan Bölge Mahkemesinden konuyu incelemesini talep etmiştir.

56. Başvurucu, 2 Nisan 1998 tarihinde yargılanma tarihinin tespitindeki gecikme nedeniyle Yüksek Mahkemeye şikâyetinde bulunmuş, şikâyetinde kötü tutukluluk koşullarına da atıfta bulunmuştur. Şikâyetinin bir örneği diğer yetkililere de gönderilmiştir. Başvurucunun çeşitli kurumlara yaptığı tüm şikâyetler, incelenmek üzere bu kurumlar tarafından Magadan Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

57. Magadan Bölge Mahkemesi, 13 Nisan 1998 tarihinde Şehir Mahkemesinden başvurunun davasının görülmesiyle ilgili ricada bulunulduğuna ilişkin başvurucuyu bilgilendirmiştir. Magadan Bölge Mahkemesi ayrıca davanın Şehir Mahkemesi tarafından görüleceğini, Magadan Bölge Mahkemesinin yalnızca temyiz mahkemesi sıfatıyla görev yapacağını belirtmiştir.

58. Başvurucu, 25 Mayıs 1998 tarihinde Şehir Mahkemesine bir dilekçe göndermiş ve yargılamanın yapılması amacıyla davasının Bölge Mahkemesine gönderilmesini istemiştir.

Başvurucunun davasına ilişkin yargılamanın hızlandırılması amacıyla ve Bölge Mahkemesi Başkanı'nın 28 Mayıs 1998 tarihli kararıyla dosya, Khasynskiy İlçe Mahkemesine gönderilmiştir.

59. Başvurucu, duruşmaların başlamasındaki gecikmeler nedeniyle 11 Haziran 1998 tarihinde Yüksek Hâkimler Kuruluna şikâyet dilekçesi sunmuştur.

60. Başvurucu, tahliyesine karar verilmesi istemiyle 16 Haziran 1998 tarihinde Khasynskiy İlçe Mahkemesine başvurmuş ve başvurusunda hücreindeki kötü koşullar ve aşırı kalabalık nedeniyle sağlık durumunun kötüleştiğini ifade etmiştir.

Aynı gün dosyasının Magadan Bölge Mahkemesine gönderilmesi istemiyle Khasynskiy İlçe Mahkemesine başvurmuş ve dosyasının Khasynskiy İlçe Mahkemesine gönderilmesi işleminin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir.

61. Başvurucu, Khasynskiy İlçe Mahkemesinin hâlâ bir duruşma günü tayin etmemesi nedeniyle, 1 Temmuz 1998 tarihinde Bölge Mahkemesi önünde şikâyetinde bulunmuş ve yargılamanın hızlandırılmasını talep etmiştir.

62. Başvurucunun dosyanın Khasynskiy İlçe Mahkemesine gönderilmesine itiraz etmesi üzerine dosya, 3 Temmuz 1998 tarihinde Magadan Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

63. Bölge Mahkemesi, başvurucuya gönderdiği 8 Temmuz 1998 tarihli yazıyla dava açısından ilk derece mahkemesi olarak hareket etmesini gerektirecek herhangi bir gerekçe bulunmadığını ifade etmiştir.

Başvurucu, ertesi gün, içinde bulunduğu kötü tutulma koşullarını gerekçe göstererek salıverilmesi istemiyle Şehir Mahkemesine başvurmuştur.

64. Başvurucu Şehir Mahkemesinin davasını ele almamasının süreklilik gösterdiği gerekçesiyle 31 Temmuz 1998 Yüksek Hâkimler Kuruluna başvurmuştur. Kurul, şikâyet konusunda ve davanın akıbeti hakkında bilgi verilmesi istemiyle, başvurunun dilekçesini Magadan Bölge Mahkemesine göndermiştir. Bölge Mahkemesi ise, 27

Ağustos 1998 tarihinde başvurunun şikâyetini Şehir Mahkemesine göndermiştir.

Başvurucunun ayrıca yargılamaya ilişkin duruşma tarihlerinin belirlenmesindeki gecikme nedeniyle Magadan Bölge Mahkemesine sunduğu şikâyet dilekçesi, 11 Ağustos tarihinde Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

65. Başvurucu, 7 Eylül 1998 tarihinde Yüksek Hâkimler Kuruluna başka bir şikâyet dilekçesi sunmuş ve dilekçesinde tüm şikâyetlerinin herhangi bir tedbir alınmaksızın Magadan Şehir Mahkemesi tarafından Şehir Mahkemesine gönderildiğini ifade etmiştir. Başvurucunun şikâyet dilekçesi, dosyasının incelemeye alınmasındaki sürekli gecikme hâline ilişkin bilgi verilmesi notuyla birlikte 23 Eylül 1998 tarihinde Magadan Bölge Mahkemesine havale edilmiştir. Başvurucu, 7 Eylül 1998 tarihinde yargılamasındaki gecikmelere ilişkin olarak Yüksek Mahkemeye şikâyetinde bulunmuştur.

Başvurucu, 5 Ekim 1998 tarihinde Yüksek Hâkimler Kurulu ve Bölgesel Yüksek Hâkimler Kurulu önünde başkaca şikâyetlerini de dile getirmiştir.

66. Şehir Mahkemesi, 13 Ekim 1998 tarihinde duruşma günü olarak 28 Ocak 1999 tarihini belirlemiştir.

67. Başvurucu, 25 Ekim 1998 tarihinde Şehir Mahkemesi Başkanı'nın eylemleri nedeniyle Yüksek Hâkimler Kuruluna şikâyetinde bulunmuş ve görünüşe göre hakkında ceza kovuşturması açılmasını talep etmiştir. Dilekçe, 22 Kasım 1998 tarihinde, başvurunun şikâyeti ve iddialarının sabit olabileceği ihtimâline binaen yetkili Meslekî Kurulun hazırlayacağı raporun gönderilmesi istemiyle, incelenmek üzere Magadan Bölge Mahkemesine gönderilmiştir.

16 Kasım 1998 tarihinde Magadan Bölge Mahkemesi tarafından başvuru tarafından verilmiş bir başka şikâyet dilekçesi, Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

68. Başvurucu, tahliye istemiyle 16 Kasım 1998 tarihinde Magadan Bölge Mahkemesine başvurmuştur.

69. Magadan Şehir Mahkemesi, başvurunun dosyasının soruşturma yetkililerinin usûl kurallarını ihlal etmeleri nedeniyle, ek bir inceleme yapılması amacıyla 28 Haziran 1999 tarihinde savcılık bürosuna geri gönderilmesine karar vermiştir. Sözü edilen usûl ihlaller, hazırlık soruşturması sonunda davayla ilgili materyallerin sanığa eksik sunulmasından ve dosya içindeki belgelere ait kesin bir kaydın tutulmamasından oluşmaktadır. Mahkeme, başvurucuya atılı suçun ciddiyeti ve serbest kalması hâlinde gerçeklerin ortaya çıkarılmasını engellemesi risklerini gerekçe göstererek tahliye istemini reddetmiştir. Başvurucu, bu karara karşı Magadan Bölge Mahkemesi önünde itiraz etmiş; Mahkeme, 15 Mart 1999 tarihinde itirazın reddine karar vermiştir. Bölge Mahkemesi, dosyanın soruşturma yetkilerine gönderilmesi kararını temelsiz bularak iptal etmiş ve Şehir Mahkemesine yargılamaya devam edilmesi talimatını vermiştir. Aynı gün verdiği dosyayla ilgili ayrı kararında gerçekte davanın karmaşık bir yapıya sahip olmadığı düşüncesiyle davaya ilişkin gecikmenin haklı görülemeyeceğine dikkat çekmiştir. Mahkeme, Şehir Mahkemesinden bir ay içersinde davayla ilgili önlemler hakkında kendisine bilgi verilmesini istemiştir.

70. Başvurucu, 17 Mart 1999 tarihinde tahliye istemiyle Şehir Mahkemesine başvurmuştur.

Aynı gün, herhangi bir nihai mahkeme kararı olmaksızın uzun süre tutulu olduğu gerekçesiyle Yüksek Hâkimler Kurulu'na şikâyetle bulunmuştur. Başvurucu 5 gün sonra, yargılanmasındaki sürekli gecikme hâli nedeniyle Bölge Yüksek Hâkimler Kuruluna başka bir şikâyet dilekçesi sunmuştur.

71. Şehir Mahkemesi, 15 Nisan 1999 tarihinde başvurucunun davasını yeniden görmeye başlamıştır.

Savcı, 20 Nisan 1999 tarihli duruşmada başvurucunun tutulu bulunduğu sürenin uzunluğunu göz önüne alarak akıl sağlığının tespiti amacıyla psikolojik bir muayeneden geçirilmesini istemiş; Şehir Mahkemesi, bu istemi kabul ederek duruşmayı 30 Nisan 1999 tarihine ertelemiştir.

72. Başvurucu, 30 Nisan 1999 tarihli duruşmada göz altından serbest bırakılmasını içeren başarısız bir başvuruda bulunmuştur. Uykusuzluk nedeniyle acı çektiğini, hücrelerinde bulunan 18 kişinin nöbetleşe uyumak zorunda olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca dosyasına ilişkin tüm tahkikat işlemlerinin tamamlanmış olması nedeniyle maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleme ihtimâlinin olmadığını ileri sürmüştür.

Duruşmalara katılan savcı, tutukluluk merkezi yönetiminden duruşmalara boyunca başvurucunun normal koşullarda uyuması ve dinlenmesine izin verilerek duruşmalarda bulunmasının sağlanmasının istenmesini Şehir Mahkemesinden talep etmiştir. Ayrıca tutukluluk merkezlerini denetlemekle görevli savcıdan da benzer bir istemde bulunmuştur.

Başvurucu, sonrasında yetkili savcının hücrelerine geldiğini, koşulların kötü olduğunu kabul ettiğini, fakat tutuklama merkezindeki diğer hücrelerin durumunun daha iyi olmadığını ve koşulları iyileştirmek için para olmadığını söylediğini ileri sürmüştür.

73. Başvurucu, 8 Haziran 1999 tarihli duruşmada tahliyesini istemiştir. Hücrelerinde 18 kişinin bulunduğunu, bu nedenle mahkeme önüne çıkarılmadan önce kendisini gerektiği gibi hazırlayamadığını ifade etmiştir. Ayrıca 2 defa uyuza yakalanmış olmasına rağmen çarşaflarının değiştirilmediğini dile getirmiştir. Başvurucunun istemi reddedilmiştir.

74. Başvurucu, 16 Haziran 1999 tarihli duruşmada tutukluluk koşullarına gönderme yaparak tahliye istemini içeren bir başka dilekçe daha sunmuştur. Yatağını istila eden böceklerin ısırtıkları nedeniyle bütün vücudunun yaralarla kaplandığını ve mantar enfeksiyonu olduğunu, yatağını iki tutuklu ile paylaştığını, tutukluların iki haftada bir duş alabildiğini, herkesin sigara içmesi nedeniyle içerdeki hava boğucu olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu kendini iyi hissetmemektedir ve kalbinden rahatsızdır. 96 kilodan 67 kiloya düşmüştür. Başvurucu ayrıca tahliyesi hâlinde davasının incelenmesini engelleme olasılığının olmadığını iddia etmiştir.

Şehir Mahkemesi, başvurucunun taleplerinin duruşma konseptinin dışında olması nedeniyle bu istemleri incelemeyi reddetmiştir.

75. Yüksek Hâkimler Kurulu, Magadan Şehir Mahkemesi Başkanı'nı, Bölge Mahkemesi Başkanı ve beraberinde iki yardımcısını başvurucunun yargılanmasındaki gecikme

nedeniyle 22 Haziran 1999 tarihinde görevden almıştır.

76. 23 Haziran 1999 tarihinde Şehir Mahkemesinde yapılacak duruşma öncesinde başvuru kendisini iyi hissetmediğini ve duruşmaya katılamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme başvuru kişinin sağlık durumunun duruşmalara katılmasına izin verecek durumda olup olmadığı ve hastaneye kaldırılmasının gerekli olup olmadığına ilişkin inceleme yapılması amacıyla uzmanlardan oluşan bir komisyonu görevlendirmiştir.

Uzmanlar, Temmuz 1999 (gün belli değil) tarihli sonuç raporunda başvuru kişinin çok sayıda rahatsızlığı bulunduğunu tespit etmiş (Bakınız: Paragraf 30) ve ayrıca başvuru kişinin sağlık durumunun duruşmalara katılmasına ve ifade vermesine engel oluşturmayacağına karar vermiştir.

77. 15 Temmuz 1999 tarihli duruşmada tahliyesini talep eden başvuru, Mahkemenin delillerin değerlendirmesini hemen hemen sonuçlandırdığını, kendisinin maddî gerçeklerin ortaya çıkarılmasını engellemesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Başvuru kişinin istemi reddedilmiştir.

78. Şehir Mahkemesi, aynı tarihli başka bir kararda, 15 Nisan-15 Temmuz 1999 tarihleri arasında, başvuru tarafından sunulmuş, önceden reddedilen yinelenmiş dilekçeleri içeren 30 dilekçenin incelendiğini not etmektedir. Mahkeme, başvuru kişinin sadece kendi istemleri kabul edilirse ifade vereceğini söylediğini not etmiş ve böylece bir koşulun yargılamayı geciktirdiğine karar vermiştir.

79. Şehir Mahkemesi, davetiye gönderilen 29 tanıktan 9'unu dinlemiştir. Mahkeme huzurunda dinlenmeyen 12 tanığın hazırlık soruşturmasında verdikleri ifadeler mahkemede okunmuştur.

80. Şehir Mahkemesi, 3 Ağustos 1999 tarihli kararıyla başvuru kişiyi iddianamede üzerine atılı suçlardan yalnızca birisinden suçlu bulmuş, kendi içinde 9 ayrı suçta göndermede bulunan diğer iki suçtan beraatine karar vermiştir. Mahkeme, başvuru kişiyi 5 yıl 6 ay çalışma kampı cezasına mahkûm etmiş ve cezanın başlangıç tarihini 29 Haziran 1995 olarak belirlemiştir. Şehir Mahkemesi, hazırlık soruşturmasının kötü kalitede hazırlandığını, savcılarının mazur görülemeyecek şekilde iddianamedeki atılı suçları artırma çabası içinde olduklarını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca ilgili ve gerekli belgelerin mahkemeye sunulmasında bir dizi usûl kuralı ihlalinin varlığını saptamıştır. Gecikmelere neden olan bu kusurlar yargılama sırasında düzeltilmek zorundaydı. Mahkeme, hazırlık soruşturmasının Magadan Bölgesi Savcılık Bürosu ve soruşturma görevlileri tarafından yapılan uygun bir usûl denetiminden yoksun olduğunu not etmiştir.

Mahkeme, aynı günlü ayrı bir hükmüyle iddianamenin bir bölümünü ek soruşturma için savcılık bürosuna geri gönderilmesine karar vermiştir. Başvuru hükmü, Yüksek Mahkeme önünde temyiz etmiş; karar, 30 Eylül 1999'da hukuka uygun bulunmuştur.

81. Şehir Mahkemesi'nin 3 Ağustos 1999 tarihli ilamına karşı, yayımlandıktan itibaren 7 gün içinde Bölge Mahkemesi önünde temyiz yolu açıktır. Başvuru cezalandırılmasında Bölge Mahkemesinin katkısı olduğu, bundan dolayı temyiz incelemesinin muhtemel bir başarı şansı sunmayacağı düşüncesiyle temyiz başvurusunda bulunmamıştır. Bu nedenle mahkeme kararı 11 Ağustos 1999 tarihinde kesinleşmiştir.

82. Başvurucu, cezasının kalan kısmını geçirmek için, yine aynı cezaevinde bulunan lojistik hizmet takımına gönderilmesi istemiyle tutulu bulunduğu cezaevi müdürüne başvurmuştur.

83. 25 Ekim 1999 tarihinde başvurucu, ilk derece mahkemesi kararının incelenmesi amacıyla, Rusya Yüksek Mahkeme Başkanı önünde olağanüstü bir temyiz başvurusunda bulunmuştur. Başvuru, 11 Kasım 1999'da kabul edilmiştir.

Başvurucu, 30 Kasım 1999 tarihinde Yüksek Mahkeme önünde bir başka olağanüstü temyiz başvurusunda bulunmuş; başvuru, 9 Haziran 1999 tarihinde reddedilmiştir.

84. Devam eden ceza yargılamasında, 24 Eylül 1999 tarihinde, başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbiri, belirli bir mahallin dışına çıkılmaması tedbiri ile değiştirilmiştir. Buna rağmen başvurucu, ilk cezanın infazı nedeniyle cezaevinde kalmaya devam etmiştir.

85. 29 Eylül 1999 tarihinde, başvurucuya atılı olan diğer suçlara ilişkin ceza yargılamasına, başvurucu tarafından işlenen bu eylemlerin bir suç oluşturmadığı gerekçesiyle son verilmiştir.

Ancak 30 Eylül 1999 tarihinde, bankanın başkanı olarak kontrolü altında bulunan ekonomik değerlerin kötüye kullanmış olması iddiasıyla yeni bir dava açılmıştır.

86. Hazırlık soruşturmasının 19 Ekim 1999 tarihinde bitirilmesi üzerine, yetkili savcı iddianameyi onaylamış ve davayı Magadan Şehir Mahkemesine göndermiştir. İddianame ilk dava dosyasının numarasını taşıyor ve davayla ilgili yargılamanın 8 Şubat 1995 tarihinde başladığını ifade ediyordu. Başvurucunun yargılanmasına 20 Aralık 1999 tarihinde başlanmış, Şehir Mahkemesinin 31 Mart 2000 tarihli kararıyla atılı yeni suçlamadan beraat etmiştir.

87. Başvurucu 26 Mayıs 2000 tarihinde af ilanını takiben 26 Haziran 1996 tarihinde salıverilmiştir.

II. Ulusal Hukuk

88. (Paragraf 90'a kadar olan bölüm ilgili devletin ulusal yasalarına ait maddeler olduğu için çevrilmemiştir. ç.n)

89.

90. ...

III. Rusya Federasyonunun Çekincesi

91. Sözleşmenin onay enstrümanına, Rusya Federasyonu tarafından 5 Mayıs 1998 tarihinde, aşağıda içeriği yazılı çekince konulmuştur:

"Sözleşmenin 64. maddesine göre Rusya Federasyonu, son değişiklikler ve eklerle birlikte 27 Ekim 1960 tarihli SSCB Ceza Yargılama Yasasının, bir suç işlediğinden şüpheleneni kişinin tutulması, gözaltına alınması ve yakalanmasına ilişkin prosedürü düzenleyen 11/1, 89/1, 90, 92, 96, 96/1, 96/2, 97, 101 ve 122 maddelerinin Rusya Federasyonu Anayasasının 2. bölüm, 6. başlık, 2. paragraf tarafından onaylandığını,

(...) Sözleşmenin 5. maddesinin 3. ve 4. paragraflarında yer alan koşulların bunu engellemeyeceğini deklare eder.”

Hukuk

I. Sözleşmenin 3. Maddesinin İhlali İddiası

92. Başvurucu Magadan, IZ-47/1 no.lu tutukluluk merkezindeki koşullardan yakınmaktadır. Başvurucu Sözleşmenin 3. maddesini dayanak göstermektedir.

Maddeye göre;

“Hiç kimse, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.”

Başvurucu, fiziksel sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olan, onu aşışıl原因 ve acı çekmesine neden olan hücreesindeki kalabalık ve sağlıksız koşulların yanı sıra, bu koşullardaki uzun tutukluluğuna göndermede bulunmuştur.

93. Hükümet, başvurucunun tutulma koşullarının işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı olarak değerlendirilemeyeceğini, koşulların Rusya’daki pek çok tutuklunun durumundan farklı olmadığı gibi, daha kötü de olmadığını, aşırı kalabalığın yargılama öncesi tutukluluk merkezlerindeki genel bir sorun olduğunu, yetkililerin başvurucuya fiziksel bir acı veya onun sağlığına zarar verme niyetinde olmadıklarını iddia etmiştir. Ayrıca tutuklama merkezi yönetiminin hastalıktan şikâyetçi olanlara tedavi sağlanması ve hastalığın diğerlerine yayılmasını önlemek amacıyla gereken tüm önlemleri aldığını belirtmiştir.

94. Rusya’daki tutukluluk koşullarının, ekonomik nedenlerden dolayı çok yetersiz olduğu ve Avrupa Konseyine üye diğer devletlerdeki gibi cezaevi kurumları oluşturmak için koşulların çok alt düzeyde olduğu bilinmektedir. Bununla birlikte Hükümet, Rusya’daki tutukluluk koşullarını düzeltmek için yapabileceğinin en iyisini yapmıştır. Hükümet, yeni yargılama öncesi tutukluluk merkezlerinin yapılmasını, var olan merkezlerden birinin yeniden yapılandırılmasını, tutukevlerindeki verem ve diğer hastalıklarının ortadan kaldırılmasını hedef alan iş programlarından birisini kabul etmiştir. Yargılama öncesi tutukluluk merkezlerindeki sağlık koşullarının düzeltilmesi ve tutuklulara ayrılan alanın iki kat daha artırılması için bu programların yürütülmesine onay verilmiştir.

95. Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin, demokratik bir toplumun en temel değerlerinden birisini kutsal olarak kabul ettiğini hatırlatmaktadır: Üçüncü madde, mağdurun davranışına ve içinde bulunduğu koşullara bakılmaksızın işkence, insanlık dışı ya da küçültücü ceza ve davranışı kesin bir dille yasaklamıştır [Bakınız: Örneğin, Labita/İtalya (GC), no. 26772/95, 119, AİHM 2000-IV].

Mahkeme, ayrıca kendi içtihatlarını göz önüne alarak, eğer bu dava 3. maddenin alanı içinde yer alıyorsa, kötü muamelenin mutlaka en az şiddet derecesine ulaşması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bu en az ölçütü görecelidir. Davanın tüm koşullarına, muamelenin süresine, fiziksel ve ruhsal etkilerine ve bazı davalarda cinsiyet, yaş ve mağdurun sağlık durumuna bağlıdır (Bakınız: 18 Ocak 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararı, Seri A, no. 25, p. 65-162 arası).

Mahkeme, muamelenin "insanlık dışı" olduğu düşüncesindedir; çünkü, muamele önceden tasarlanmıştır, aralıksız olarak saatlerce uygulanmıştır ve hem gerçek bir bedensel zarara hem de fiziksel ve ruhsal acıya neden olmuştur. Bu davranış, "küçültücü" sayılabilir; çünkü, böylesi bir davranış mağdurda korku, küçültülme ve alçaltma kapasitesine sahip derin ıstırap ve aşağılanma duygusu uyandırmıştır [Bakınız: Kudla/Polonya (GC), no. 30210/96, 92, AİHM 2000-XI]. 3. madde anlamında özel bir davranış şeklinin "küçültücü" olup olmadığı konusunda Mahkeme, ilgili kişinin alçaltma ve küçültmeye hedef olup olmadığını ve kadın ya da erkeğin kişiliğini ters şekilde etkileyip etkilemediğini yani bir anlamda muamelenin 3. maddeyle çelişip çelişmediğini dikkate alacaktır (Bakınız: 16 Aralık 1997 tarihli Raninen/Finlandiya kararı, Hükümler ve Kararlar Raporu, 1997-VIII, pp 2821-22, 55). Bununla birlikte, böylesi herhangi bir niyetin yokluğu, 3. maddenin ihlalinin tespiti sonucunu doğurmaz (Bakınız: Peers/Yunanistan, no. 28524/95, 74, AİHM 2001-III). Derin ıstırap ve aşağılama esasında bunlardan daha öte şeyleri kapsamak zorundadır: Derin ıstırap ya da aşağılamanın kaçınılmaz ögesi ile kişiye verilen meşru ceza ya da muamele şekliyle arasında bir bağlantı bulunmalıdır.

Kişiye özgürlüğünden yoksun bırakan önlemler sıklıkla böylesi bir ögeyi içerebilir. Yargılama süresindeki tutukluluğun, kendi içinde 3. madde anlamında birtakım sorunlar ortaya çıkardığı söylenemez. Ya da söz konusu madde hükmü, bir tutuklunun sağlık gerekçeleriyle salıverilmesi, sivil bir hastaneye yerleştirilmesi, özel bir tıbbî tedaviden yararlanmasına olanak sağlayan genel bir yükümlülük olarak yorumlanamaz.

Buna karşın bu koşul uyarınca Devlet, bir kişinin insanlık onuruna uygun koşullarda tutulmasını sağlamalı; muamele ve önlemin yerine getiriliş biçimi, kişiyi tutukluluktan doğasından gelen ıstırapın kaçınılmaz derecesini aşan yoğunlukta bir sıkıntının ya da üzüntünün öznesi hâline getirmemeli; verilen cezanın gerektirdiği uygulama, kişinin sağlığını ve refahını uygun şekilde güvence altına almalıdır (Bakınız: Kudla/Polonya, p. 92-94).

Tutukluluk koşulları ele alındığı zaman, başvurucunun ileri sürdüğü belirli iddialar gibi, bu koşulların toplu etkilerinin de hesaba katılması zorunludur.

96. Görülmekte olan davada Mahkeme, başvurucunun 29 Haziran 1995'den 20 Ekim 1999 tarihine ve 9 Aralık 1999'dan 26 Haziran 2000 tarihine kadar Magadan IZ- 47-1 no.lu merkezde tutulduğunu belirtmektedir. Mahkeme, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkelerine uygun olarak, üye devletler açısından Sözleşme'nin, sadece yürürlüğe girme tarihinden sonra gerçekleşen olaylar açısından bağlayıcı olduğunu hatırlatmaktadır. Sözleşme, Rusya açısından 5 Mayıs 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna karşın, başvurucunun dava sırasında ve hüküm sonrasındaki tutulma koşullarının yarattığı etki, değerlendirilirkenki bu etki, başvurucunun tutukluluk süresinin her aşamasında aynıdır; Mahkeme, 5 Mayıs 1998 öncesi süreci de kapsayacak şekilde, başvurucunun tutulduğu tüm süreci değerlendirmeye alabilir.

97. Mahkeme, ilk olarak başvurucunun tutulduğu hücrenin boyutlarının 17 m² (başvurucuya göre) ile 20,8 m² (Hükümete göre) arasında olduğunu belirtmektedir. Hücre, ranzalarla donatılmış ve 8 kişi için dizayn edilmiştir. Bu barınma yerinin kabul edilebilir standartlara ulaşmış olup olmadığı sorgulanabilir. Mahkeme, bu konuyla bağlantılı olarak bir tutulma hücresinin "Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışları Önleme Komitesi"nin (CPT) her hükümlü ya da tutuklu için yaklaşık 7 m² olmasını arzu edilir bulduğunu hatırlatmaktadır (Bakınız: 2. Genel

Rapor – CPT/Bilgi (92) 3, p. 43). Örneğin bir koğuşu/hücreyi paylaşan 8 kişi için m². Hücresinin 8 kişi için düzenlendiği bulgusuna rağmen, başvurunun Mahkemeye yaptığı sunumlara göre, tüm tutukluluk süresi boyunca hücresindeki kişi sayısı genel olarak 18 ile 24 arasındadır. Başvurucu, 27 Aralık 1996 tarihli tahliye istemli başvurusunda, 8 yataklı hücresindeki kişi sayısını 21 olarak ifade etmiştir. 8 Haziran 1999 tarihli benzer bir başvurusunda ise, kişi sayısını 18 olarak ifade etmiştir (Bakınız: Yukarıda 43. ve 74. paragraflar).

Mahkeme, Hükümetin tutukluluk merkezlerindeki genel aşırı kalabalık nedeniyle, hücredeki her yatağın 2 ya da 3 kişi tarafından kullanıldığını kabul ettiğini not etmektedir. Bu arada Hükümet, hücredeki kişilerin sayısı konusunda başvuruyla aynı fikirde değildir. Hükümet sunumlarında, belirtilen tarihlerde başvurunun hücresinde 11 ya da biraz daha fazla kişi bulunduğunu ve normal koşullarda bu sayının 14 olduğunu belirtmektedir. Ancak Hükümet, kendi itirazını destekleyecek herhangi bir kanıt sunmamıştır. Başvurucuya göre, sadece Mart-Nisan 2000 tarihinde hücresindeki kişi sayısı 11'e inmiştir.

Mahkeme bu noktada Hükümetle başvuru arasındaki uyumsuzluğu çözmeyi gerekli görmemektedir. İleri sürülen rakamlar, belirtilen tarihlerde başvurunun hücresinde 1 kişi için mevcut alanın 0,9 ile 1,9 m² arasında olduğunu göstermektedir. Bundan dolayı, Mahkemenin görüşü hücrelerin sürekli ve aşırı şekilde kalabalık olduğudur. Olayların bu durumu, kendi içinde Sözleşmenin 3. maddesi anlamında bir sorunu ortaya çıkarmaktadır.

Vahim boyuttaki aşırı kalabalık nedeniyle başvurunun hücresinde bulunan kişiler, 8'er saatlik dilimlerle nöbetleşe uyumak zorunda kalmışlardır. Başvurunun 16 Haziran 1998 tarihli tahliye isteminden, onun o tarihlerde yatağını diğer 2 kişiyle paylaştığı anlaşılmaktadır (Bakınız: Yukarıda p. 74). Hücredeki sürekli aydınlatma ve hücrede bulunan çok sayıda kişilerin yarattığı genel karışıklık ve gürültü nedeniyle uyuma koşulları daha da kötüleşmiştir. Sonuç olarak ortaya çıkan uyuyamama halinin başvuru üzerinde ağır bir fiziksel ve psikolojik yük oluşturduğu kuvvetle muhtemeldir.

Mahkeme ayrıca, aşırı sayıda kişiyi barındıran ve görünüşe göre sigara içmenin yasak olmadığı başvurunun hücresinde yeterli bir havalandırmanın olmadığını gözlemlemiştir. Gün içinde 1 ya da 2 saat için açık hava aktivitelerine izin verilmiş olmasına rağmen, başvuru bu saatler dışındaki zamanda çok sınırlı bir alan ve boğucu bir atmosfer içeren hücreye kapatılmıştır.

98. Mahkeme, başvurunun hücresinin haşaratlarca (bit, pire ve fare gibi-ç.n) istila edildiğini ve tutukluluğu boyunca bu durumun giderilmediğini not etmektedir. Hükümet, haşaratın bir sorun olduğunu ve tutulma merkezlerinde böylesi bir istila olduğunu kabul etmiş ve bakanlığa ait 1989 tarihli tutulma merkezleri için dezenfeksiyon önlemleri alma rehberine gönderme yapmıştır. Ancak başvurunun hücresinde bu rehberin uygulandığı görülmemektedir.

Başvurucu, tutukluluğu süresince çeşitli deri hastalıklarına ve mantar enfeksiyonlarına yakalanmış; bu durum özellikle 1996, 1997 ve 1999 yılları boyunca yargılamadan geri çekilmesini (duruşmalara katılamama gibi-ç.n) zorunlu kılmıştır. Başvurucu bu hastalıklar için tedavi görürken, hücredeki kötü koşullar nedeniyle haşaratın üremeyi sürdürmesi değiştirilemediğinden, hastalıkların nüksettiği doğrudur.

Mahkeme, Hükümetin salgının önlendiğini ileri sürmesine rağmen, başvurunun birçok kere frengili ve tüberkülozlu kişilerle birlikte tutulduğunu ciddi bir endişeyle not etmektedir.

99. Yukarıda açıklanan sağlıksız ve aşırı kalabalık koşulların yanına tuvaletleri de eklemek gerekmektedir. Hücrenin köşesindeki klozet ile duşu, 1,1 m yüksekliğindeki bölme ayırmaktadır fakat bu bölüm yaşam alanından ayrılmış değildir. Tuvalet girişinde paravan yoktur. Bu nedenle başvuru hücredeki kişilerin önünde tuvaleti kullanmak ve hücre arkadaşları kullanırken de orada olmak zorunda kalmıştır. Hükümetçe gönderilen fotoğraflar, gerçek bir mahremiyeti olmayan pis ve bakımsız bir hücre ile tuvaleti göstermektedir.

Mahkeme, başvurunun hücresinin de bulunduğu Magadan tutukluluk merkezlerinde gözle görülür şekilde gerçekleştirilmiş temel gelişmelerden (Hükümet tarafından Mahkemeye sunulan video kayıtlarında gösterildiği üzere) büyük bir memnuniyet duymakla birlikte, bu durumun başvurunun gösterilen zamanda katlanmak zorunda kaldığı tümüyle kabul edilemez koşulları azaltmadığına dikkat çekmektedir.

100. Başvurucunun tutukluluk koşulları, davasına bakan Mahkeme için de bir sorundur. Nisan ve Haziran 1999 tarihlerinde Mahkeme, başvurunun yargılanma ehliyetinin olup olmadığını ve hastaneye kaldırılmasının gerekip gerekmediğini tespit etmek üzere, yaklaşık 4 yıldan sonra tutukluluk koşullarının fiziksel ve ruhsal sağlığı üzerindeki etkileri için tıbbi uzman görüşleri istemiştir (Bakınız: Yukarıda p. 71 ve 76). Bilirkişilerin her 2 soruya da olumsuz yanıt vermesine rağmen Mahkeme, başvurucuda sinir ileti bozukluğu kaynaklı distoni, istemsiz sinir ileti bozukluğu sendromu, kronik 12 parmak bağırsağı ülseri, ayak, el ve kasıklarında mantar enfeksiyonu ve mikoz hastalıklarını listeleyen Temmuz 1999 tarihli rapora dikkat çekmektedir (Bakınız: Yukarıda p. 30).

101. Mahkeme, bu davada başvurunun aşağılanması ve alçaltılmasını amaçlayan bir muameleye dair herhangi bir belirtinin olmadığını kabul etmektedir. Muamelenin amacının mağduru küçültmek ya da alçaltmak olup olmadığı sorunu değerlendirmeye alınacak bir faktör olmasına rağmen böyle bir amacın yokluğu, 3. maddenin ihlal edildiği tespitini engelleyemez (Bakınız: Yukarıda sözü edilen Peers/Yunanistan). Mahkeme, başvurunun yaklaşık olarak 4 yıl, 10 ay katlanmak zorunda kaldığı tutukluluk koşullarının, hatırı sayılır biçimde ruhsal rahatsızlık ve acıya neden olabileceğini, insanlık onurunu azaltabileceğini, aşağılanma ve alçaltılmaya neden olan böylesi duyguları ortaya çıkartabileceğini dikkate almaktadır.

102. Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkeme, başvurunun tutukluluk koşullarının, özellikle aşırı kalabalığın, sağlıksız çevrenin ve bunların başvurunun sağlığı ve refahı üzerindeki zararlı etkilerinin tutukluluk süresiyle birleştirildiğinde, alçaltıcı muamele oluşacağını bululamaktadır.

103. Dolayısıyla, Sözleşmenin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

II. Sözleşmenin 5/3 Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

104. Başvurucu, uzun süren tutukluluğunun, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasını ihlal ettiğinden yakınmıştır. Maddeye göre;

“Bu maddenin 1 (c) fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkesin (...) adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya veya makul süre içinde yargılanmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.”

a. Hükümetin İlk İtirazları

105. *Hükümet itirazında, başvurunun şikâyetinin, Rusya’nın çekincesi ışığında değerlendirilmesi gerektiğini tartışmış; çekincenin, başvurunun hem hazırlık soruşturması ve hem de mahkeme süreci boyunca tutulu bulunduğu dönemi kapsadığını ileri sürmüştür. Hükümet, yukarıda sözü edilen Ceza Usûl Yasası maddelerinin içeriğine ve çekince metnine gönderme yapmıştır. Yasanın özellikle 11, 89, 92 ve 101 (Bakınız: Yukarıda 89. paragraf) maddeleri; mahkemeleri, yargılama aşamasında bir karar verinceye kadar önleyici gözaltı tedbirlerini uygulamak üzere yetkilendirmiştir.*

106. *Başvurucu, süre giden uzun tutukluluk hâlinin çekinceyle ilgisi olmadığını, Rusya’nın çekincesinin somut davada uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Çekincenin amacı, tutukluluğun devamına karar vermek ve gerektiğinde böylesi bir tutuklamanın uzatılmasını onaylamak yetkisine sahip savcının hakkını korumaktır.*

107. *Mahkeme yakalama prosedürü, gözaltına alma ve suç işlediğinden şüphelenilen kişilerin tutulmasıyla ilgili olarak, çekince metninde anılan Ceza Usûl Yasasının özel hükümlerinin geçici uygulamasının, Sözleşmenin 5/3 maddesinin alanının dışında şekillendirilmiş olduğunu gözlemiştir. Bu hükümler, her biri kendi kararlarını almaya ehil yetkililerin listesini ve gözaltı birimlerini de içeren önleyici tedbirlerin uygulanması için yöntem ve koşulları planlamaktadır.*

Mahkeme, bir kişinin suçun kovuşturulması boyunca yetkili savcının emriyle 18 ay’a kadar gözaltında tutulabileceğini hükme bağlayan Ceza Usûl Yasasının 97. maddesine gönderme yapan çekinceye dikkat çekmektedir.

Hazırlık aşamasındaki tutukluluk sürelerine yapılan göndermeye rağmen Mahkeme, çekincenin önleyici gözaltı tedbirinin uygulanması usûlüyle ilgili olduğunu; oysa ki başvurunun şikâyetinin tutukluluğun hukukîliği hakkında değil, uzunluğu hakkında olduğunu gözlemektedir.

108. *Bunedenle Mahkeme, söz konusu çekincenin somut davada uygulanamayacağını tespit etmiştir.*

b. Şikâyetin Esasları

1. Değerlendirmeye Alınan Süre

109. *Başvurunun tutukluluk süresinin başladığı 29 Haziran 1995 tarihi hakkında herhangi bir uyuşmazlık yoktur.*

Başvurucu tutukluluk süresinin Magadan Şehir Mahkemesinin davadaki ikinci nihai kararını verdiği 31 Mart 2000 tarihinde bittiğini ileri sürmüştür. Hükümet, buna itiraz etmiş ve sürenin Şehir Mahkemesi tarafından 3 Ağustos 1999 tarihinde verilen ilk nihai kararla sona erdiğini iddia etmiştir. Ayrıca Mahkemenin başvurunun tutukluluk

süresinin uzunluğuna ilişkin incelemesini, Sözleşmenin Rusya için yürürlüğe girdiği 5 Mayıs 1998'den 3 Ağustos 1999 tarihine kadar olan süreyle sınırlı tutması gerektiğine ilişkin itirazını sürdürmüştür.

110. Mahkeme öncelikle, Sözleşmenin m. 5/3 hükmüne göre yargılama sırasındaki uzun tutukluluğun karara bağlanması için, sürenin saniğin gözaltına alındığı günden başladığını ve sadece ilk derece mahkemesi tarafından karar verilse bile suçlamanın sonuçlandırılmasıyla bittiğini hatırlatmaktadır (Bakınız: Diğerleri arasında, 27 Temmuz 1968 tarihli Wemhoff/Almanya kararı, Seri A no. 7, p. 23, p. 9 ve yukarıda söz edilen Labita/İtalya kararı, p. 147). Bu nedenle 29 Temmuz 1995'te başvurunun yakalanmasıyla başlayan ve yargılama sürecinde devam eden tutukluluk, başvurunun Magadan Şehir Mahkemesi tarafından cezalandırıldığı ve hüküm giydiği tarih olan 3 Ağustos 1999 tarihinde sona ermiştir. Daha sonraki suçlamalardan kaynaklanan tutukluluk hâli, başvurunun 3 Ağustos 1999 tarihinden itibaren Sözleşmenin 5. maddesinin 1 (a) fıkrası anlamında yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyetini çektiği olgusunu değiştirmez.

Bu nedenle, başvurunun yargılama sırasındaki toplam tutukluluk süresi 4 yıl, 1 ay, 4 gündür.

111. 5 Mayıs 1998'ten önceki sürenin Mahkemenin yargılama yetkisinin dışında kalmasından dolayı Mahkeme, sadece bu tarihle Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli kararı arasında geçen 1 yıl, 2 ay, 29 günlük süreyi değerlendirmeye alabilir. Buna karşın başvurunun 29 Haziran 1995 tarihinde alıkonulmuş olması nedeniyle 5 Mayıs 1998'e kadar olan süre içinde başvurunun 2 yıl, 10 ay, 6 gündür tutuklu olduğu gerçeği göz önüne alınmak zorundadır (Bakınız: 8 Temmuz 1995 tarihli Mansur/Türkiye kararı, Seri A, no. 319-B, p. 49- 51).

2. Tutukluluk Süresinin Makullüğü

(a) Tarafların Sunumları

112. Başvurucu, maddî gerçeğin bulunmasını engellemeye çalıştığına dair herhangi bir kanıt olmadığını, dolayısıyla gözaltına alınmasının ve tutukluluk süresinin uzatılmasının gerekli olmadığı iddiasını sürdürmüştür. Yetkililerin tutukluluğunu haklı çıkarmak amacıyla gösterdiği gerekçeler yeterli ya da konuyla ilgili değildir.

Başvurucu, Magadan Bölge Mahkemesi tarafından 15 Mart 1999 tarihinde de tespit edildiği gibi, davasının özel bir karmaşıklık içermediğini ileri sürmüştür. Dokuz bölümlük dava dosyasının üç bölümü başvurunun yetkililere gönderdiği şikâyet dilekçelerinden oluşmaktadır. Soruşturma, 29 tanığın sorgulanmasını içermektedir ve iki şahsî davacı bulunmaktadır.

Sonuç olarak başvuru, yargılamanın yetkililerin gerekli çabasıyla yürütülmediğini iddia etmiştir. Soruşturmasının kötü yürütülmüş olmasının uzun tutukluluğa, iddianamede yer alan çok sayıda suçlamaların haksızca artırılması eğilimine ve denetleme birimlerinin bu çalışmalar üzerinde kontrol yoksunluğuna neden olduğunu ileri sürmüştür. Bu açıdan başvuru, Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli tespitlerine gönderme yapmıştır (Yukarıda p. 80).

113. Hükümet, başvurunun gerçeğin soruşturulmasına engel olduğu gerekçesiyle

yakalandığına işaret etmektedir. Ayrıca başvurusunun yargılama öncesindeki tutukluluk süresini, davasının karmaşıklığı nedeniyle makul olarak değerlendirmektedir. Dava dosyası hatırı sayılır bir büyüklüğe sahip olup (9 bölüm), çok sayıda tanığı ve mağduru içermektedir.

(b) Mahkemenin Değerlendirmesi

(i) Mahkemenin İçtihatlarınca Oluşturulan İlkeler

114. Mahkeme, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı sorusunun soyut olarak değerlendirilemeyeceğini hatırlatmaktadır. Bir sanığın tutuklu kalmasının makul olup olmadığı, her davanın özel koşullarına göre incelenmelidir. Masumiyet karinesine rağmen yalnızca kamu yararı olduğuna ilişkin gerçek/samimi kanıtların varlığı, Sözleşmenin 5. maddesinde hüküm altına alınan kişi özgürlüğüne saygı kuralından ağır basar ve belirli bir davada süre giden tutukluluk haklılık kazanabilir (Bakınız: Yukarıda anılan, Kudla/Polonya davası).

Yargılama öncesi tutukluluğun makul bir süreyi aşmamasını sağlamak öncelikle ulusal yargı makamlarının görevidir. Ulusal yetkililer bu sonuca ulaşmak amacıyla masumiyet karinesi prensibine gereken özeni göstererek, yukarıda belirtilen ve 5. madde hükmünden ayrılmayı haklılaştıran kamu yararı gereğini tartışan tüm olguları incelemek ve salıverme istemleri için verdikleri kararlarda bu olgulara yer vermek zorundadırlar. Mahkeme, bu kararlarda belirtilen gerekçeler ve başvurusunun savunmalarında iyi belgelendirilmiş her olgu, temelinde 5. maddenin 3. fıkrasının ihlalinin söz konusu olup olmadığı konusunda karar vermeye davet edilmektedir (Bakınız: Yukarıda Labita/İtalya kararının 152. p.).

Yakalanan kişinin bir suç işlediğine dair makul şüphenin varlığı, tutukluluğun sürdürülmesi için bir koşuldur. Fakat belirli bir süreden sonra, tutukluğun sürdürülmesi için tek başına makul şüphe yeterli değildir. Mahkeme, böyle bir durumda yetkililerin özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin gerekçelerinin haklılığını tespit etmek zorundadır. Mahkeme, bu tür gerekçelerin "konuyla ilgili" ve "yeterli" olduğu durumlarda, yargılama sırasında ulusal makamların "özel bir çaba" gösterdiğine ikna edilmelidir. Davanın karmaşıklığı ve soruşturmanın özel karakteristiği bu açıdan göz önüne alınması gereken etmenlerdir (Örneğin 18 Aralık 1996 tarihli Scott/İspanya kararı, Raporlar 1996-VI, pp 2399-2400, başlık 74 ve 23 Eylül 1998 tarihli I.A./Fransa kararı, Raporlar, 1998-VII, p. 2978, başlık 102).

(ii) Görülmekte Olan Davada Yukarıda Belirtilen İlkelerin Uygulanışı

(a) Tutukluluk Gerekçeleri

115. Magadan Şehir Mahkemesi, Mahkemenin yargı yetkisi kapsamında yer alan süre boyunca başvurusunun salıverilme istemlerini reddederken, yöneltilen suçlamaların ciddiliğine ve serbestken maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleme tehlikesine dayanmıştır (Bakınız: p. 69). Mahkeme benzer gerekçelerin, Magadan Şehir Mahkemesinin başvurusunun tutukluluğunun sürdürülmesine ilişkin 27 Aralık 1996 ve 8 Ağustos 1997 tarihli kararlarında da dile getirdiğini gözlemektedir (Bakınız: p. 43 ve 46).

Mahkeme ayrıca yargılama sırasında başvurusunun tutukluluğunun sürdürülmesine

ilişkin 29 Haziran 1995 tarihli kararın temel gerekçesinin, soruşturma için gerekli olan belirli banka belgelerinin tesliminin başvuru tarafından reddedilerek soruşturmanın engellendiği, başvuru tanıklar üzerinde baskı kurduğu ve kanıtların değiştirildiği iddiası olduğunu not etmektedir. Bu karar, aynı zamanda yöneltilen suçlamaların ciddiyetini de değerlendirmeye almıştır.

116. Mahkeme, bir kişinin ciddi suçlara karıştığı konusunda kuvvetli şüphenin varlığının, yargılama öncesi uzun tutukluluk için tek başına haklı görülemeyeceğini hatırlatmaktadır. Magadan Şehir Mahkemesinin, davanın incelenmesinin engellenmesi tehlikesi gerekçesiyle başvuru tutukluluğunun devamına karar verdiğini dikkate alan Mahkeme, 29 Haziran 1995 tarihli soruşturmacı emrine rağmen Şehir Mahkemesinin 1996, 1997 ve 1999 tarihli benzer kararlarında belirttiği sonuçları destekleyen hiçbir gerçek koşuldan söz etmediğini belirtmektedir. Şehir Mahkemesinin kararlarında gerekçe gösterilen tehlikenin, konuyla ilgili sürede mevcut olduğunu gösteren hiçbir faktöre atıfta bulunulmamıştır.

117. Mahkeme, atılı suçlamalara ilişkin şüphe ve soruşturma ile ilgili müdâhalenin başvuru başlangıçtaki tutukluluğunu gerektirebileceğini kabul etmektedir. Buna karşın, yargılamanın ilerlemesi ve delil toplamanın sonuçlanması nedeniyle bu gerekçe kaçınılmaz olarak temelsizleşmiştir.

118. Kısaca Mahkeme, başvuru tutukluluğunun haklılığı için yetkililerce temel alınan gerekçelerin konuyla ilgili ve başlangıçta yeterli bulunmasına rağmen, geçen süre içinde bu karakterini kaybettiğini tespit etmiştir.

• Yargılamanın Yürütümü

119. Ceza soruşturmasının süresiyle ilgili olarak Mahkeme, davanın özel bir karmaşıklığı olmadığına ve hazırlık soruşturmasının yargılamada gecikmeye neden olacak şekilde kötü olduğuna dikkat çekmektedir (Bakınız: p. 69 ve 80). Mahkeme, farklı bir sonuca ulaşmak için bir gerekçe bulamamıştır. Mahkeme, yerel mahkemelere göre, savcıların haksız bir şekilde iddianamede belirtilen suçlamaların sayısını artırmalarının (Bakınız: p. 80) bir kusur olduğunu ve başvuru Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli kararıyla üzerine atılı dokuz suçtan yalnızca birinden suçlu olduğunun kanıtlandığını gözlemektedir.

120. Mahkeme, sonraki yargısal süreçte Magadan Şehir Mahkemesinde görülen davada önemli gecikmeler olduğunu gözlemektedir. 11 Kasım 1996 tarihinde başlayan yargılamaya mahkeme başkanı olan yargıç'ın görevden alınması nedeniyle 7 Mayıs 1999 tarihinde ara verilmiş ve yargılama, Temmuz-Ağustos 1997 (yeni bir yargıcın atanması ve duruşma günü belirlenmesi), Mayıs-Temmuz 1998 (davanın başka bir mahkemeye gönderilmesi), Kasım 1998 (duruşma günü verilmesi), Ocak ve Mart 1998 (soruşturmanın genişletilmesi kararları) tarihlerinde belirli usûlü adımların atılmış olmasına rağmen, 15 Nisan 1999 tarihine kadar başlamamıştır.

8 Ağustos 1997 tarihli duruşmanın, başvuru avukatının yokluğu nedeniyle ertelenmiş olması ve başvuru davasının başka bir mahkemeye gönderilmesine itiraz etmesi nedeniyle -yargılamayı hızlandırmak amacıyla yapılan bir harekettir- Mahkeme, başvuru iki duruşma arasındaki sürenin uzunluğuna esaslı bir katkısının olmadığını tespit etmiştir. Bu süre içinde davada herhangi bir gelişme olmamıştır.

Bundan dolayı, yargılamanın uzamasının ne davanın karmaşıklığı ne de başvurunun tutumun atfedilemeyeceği açıktır. Soruşturmanın karakteristik özelliklerini ve mahkeme sürecindeki esaslı gecikmeleri dikkate alarak Mahkeme, yetkililerin gereken hızda hareket etmedikleri düşüncesindedir..

- Sonuç

121. Yukarıda belirtilen arka plan ışığında Mahkeme, başvurunun yargılama sırasında cezaevinde geçirdiği sürenin "makul süre"yi aştığını tespit etmiştir. Bu nedenle 5. maddenin 3. fıkrası ihlal edilmiştir.

III. Sözleşmenin 6/1 Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

122. Başvurucu, kendisine yöneltilen suçlamaların Sözleşmenin 6/1 maddesinin gerektirdiği şekilde makul bir süre içinde sonuçlandırılmaması nedeniyle yakınmada bulunmuştur. Konuyla ilgili hüküm aşağıdadır;

"Herkes, kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda (...) yasayla kurulmuş bir mahkeme tarafından makul süre içerisinde görülmesini (...) karar verilmesini istemek hakkına sahiptir."

a. Değerlendirmeye Alınacak Süre

123. Başvurucu, hesaplamada göz önüne alınması gereken sürenin, kendisine suç atfında bulunan 8 Şubat 1995 tarihinde başladığını ve 31 Mart 2000 tarihinde Magadan Şehir Mahkemesinin davadaki 2. hükmünü vermesiyle sona erdiğini ileri sürmüştür.

Hükümet, hesaplamada göz önüne alınacak sürenin, Magadan Şehir Mahkemesinin başvurunun davasının gönderilmesine ilişkin 6 Şubat 1996 tarihli kararından, Şehir Mahkemesinin ilk hükmünü açıkladığı 3 Ağustos 1999 tarihine kadar devam ettiğini ileri sürmüştür.

124. Mahkeme, ceza yargılamasının uzunluğunun saptanmasında göz önüne alınması gereken sürenin, özerk ve tözel anlamıyla, terimsel olarak kişinin "suçlandığı" günden başladığını hatırlatır. (Bakınız: 10 Aralık 1982 tarihli Corigliano/İtalya kararı, Seri A no. 57, p. 13, 34. başlık ve 24 Kasım 1993 tarihli İmbriosca/İsviçre kararı, Seri A no. 275, p.13, 36. başlık). Bu süre, suçlamaya ilişkin nihai kararın verildiği ya da yargılamanın kesildiği tarihte sona erer.

Bu nedenle görülmekte olan davada göz önüne alınacak süre başvurunun görevi kötüye kullanma suçlaması nedeniyle şüpheli sıfatını edindiği 8 Şubat 1995 tarihinde başlamıştır. Söz konusu sürenin bitimiyle ilgili olarak Mahkeme, diğer suçlamaların sürdürülmemesine ilişkin 29 Eylül 1999 tarihli kararını takiben, Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli nihai kararından sonra ve aynı olaylar temelinde 30 Eylül 1999 tarihinde, yeni bir suçlamayla başvurucuya dava açıldığına dikkat çekmektedir. Mahkeme, yeni suçlamanın 8 Eylül 1995 tarihinde başlatılan 48529 no.lu ilk davanın bir parçası olduğunu gözlemlemektedir. Bu koşullar altında ve yeni suçlamanın zamanlamasını da dikkate alan Mahkeme, göz önüne alınacak sürenin son suçlamayı sonuçlandırın 31 Mart 2000 tarihli Şehir Mahkemesi kararıyla sona erdiğini tespit etmektedir.

Sayırsız yargılamaya rağmen yürürlükte bulunan tek dereceli yargılamada, değerlendirmeye alınan süre, 8 Şubat 1995'ten 31 Mart 2000'e kadar toplam 5 yıl, 1 ay, 23 gündür. Mahkemenin yargılama yetkisi, Sözleşmenin Rusya açısından yürürlüğe girdiği 5 Mayıs 1998'den sonraki süreyi kapsadığından, Mahkeme, bu tarihteki mevcut yargılamanın durumunu değerlendirmeye alabilir (Bakınız: Mutatis mutandis, 8 Temmuz 1995 tarihli Yağcı ve Sargın/Türkiye kararı, seri A no. 319-A, p. 16-40).

b. Yargılama Süresinin Makullüğü

125. Mahkeme, yargılama süresinin makullüğünün, mahkeme içtihatlarında belirtilen kriter dikkate alınarak davanın özel koşulları, özellikle davanın karmaşıklığı, başvuru ve yetkili makamların yargılamadaki tutumu ışığında değerlendirileceğini hatırlatmaktadır. Bu son noktada, başvuru açısından riskli olan olgular değerlendirmeye alınmak zorundadır (Bakınız: Yukarıda söz edilen Kulda/Polonya kararı, p. 124).

1. Tarafların Sunumları

126. Başvurucu, davanın özel bir karmaşıklık içermediği ve bunun meydana gelen gecikmeleri haklı gösteremeyeceğine ilişkin Magadan Bölge Mahkemesinin 15 Mart 1999 tarihli tespitine gönderme yapmıştır.

Başvurucu, kendi tutumu hakkında ise, şikâyetlerinin yargılamayı hızlandırmayı amaçladığını ileri sürmüştür. Ayrıca Sözleşmenin 6. maddesinin, ne kendisinin yargıyla aktif bir işbirliğini ne de yasal yolları takip etme girişiminin kendisine karşı kullanılmasını gerektirmediğini ileri sürmüştür. Yetkililerin tutumu konusunda ise Magadan Şehir Mahkemesinin, 3 Ağustos 1999 tarihli kararıyla saptanan hazırlık soruşturmasının kötü kalitesine ve soruşturmada yapılan hatalara gönderme yapmıştır. Ek olarak Şehir Mahkemesi, Ceza Usûl Yasasının 223/1 ve 239. maddelerinde belirtilen yargılamanın başlatılma sürelerine uymayarak iç hukuku bizzat ihlal etmiştir. Yargılama sırasında sadece 9 tanığın dinlenmiş olduğuna dikkat çekilmiştir. Başvurucu ayrıca kendisiyle hiçbir şekilde ilgisi olmayan mahkeme yargıcının davadan alınmasına ve davasının hızlandırılmasında etkin olmadığı kanıtlanan dava dosyasının Khasynskiy İlçe Mahkemesine gönderilmesine atıfta bulunmaktadır.

127. Hükümet, başvuru ve davasının incelenmesinin uzun sürdüğünü kabul etmiş fakat sürenin makul olduğunu ileri sürmüştür. Davanın karmaşıklığı ve dosyanın kapsamlılığı yanında davanın eksiksiz ve ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesinin davanın uzun sürmesine neden olduğu iddiasını sürdürmüştür.

Ayrıca başvuru, daha önceden reddedilmiş istemlerine rağmen yinelenen istemleri de dâhil olmak üzere çok sayıda dilekçe göndererek yargılamanın uzun sürmesine katkıda bulunmuştur. Hükümet, başvuru ve yargılama sırasında sunduğu çok sayıda dilekçeyi, yargılamayı geciktirmek için kasıtlı girişim olarak tespit eden Magadan Şehir Mahkemesinin 15 Temmuz 1999 ve 22 Temmuz 1999 tarihli kararlarına bu açıdan gönderme yapmaktadır. Başvuru ve davasının başka bir mahkemeye gönderilmesi için duruşmalar arasında sunduğu dilekçeler ayrıca gecikmeye neden olmuştur. Dava dosyasının %30'unun başvuru ve şikâyetlerinden ve istemlerinden oluştuğuna işaret edilmiştir.

Hükümet ayrıca başvurunun tutukluluk süresinin, cezasından indirildiğine işaret etmektedir. Bu nedenle başvurunun yargılamalar sırasındaki tutukluluk süresinin, hapsedildiği toplam süre üzerinde herhangi bir etkisi yoktur.

Sonuç olarak Hükümet, bankaya ve banka müşterilerine verdiği zararları tazmin etmeden, cezasının tamamlanmasından önce, af yoluyla yetkililerin başvurucaı tahlıye ederek ona karşı insancıl bir tavır gösterdiklerini ifade etmiştir.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

(a) Davanın Karmaşıklığı

128. Mahkeme, başvurunun tek sanık olduğu yargılamaların, sorgulanan tanıkları da kapsayan çok sayıda kanıtla birlikte finansal suçlarla ilgili olduğuna dikkat etmektedir. Yanı sıra Mahkeme, yargılamanın ertelendiği 7 Mayıs 1997 tarihinden, yeniden başladığı 15 Nisan 1999 tarihine kadar soruşturmasal önlemlerin alınmadığını da gözlemlemektedir.

Mahkeme, davanın yargılamalardaki gecikmeyi haklı kılacak biçimde karmaşık olmadığına ilişkin yerel mahkemenin saptamasını dikkate almaktadır (Bakınız: Yukarıda p. 69).

Bu nedenle yargılama süresinin uzunluğundan soruşturmanın gerekleri ya da davanın karmaşıklığı sorumlu değildir.

(b) Başvurucunun Tutumu

129. Mahkeme, yerel mahkemedeki yargılama süreçlerinin tamamında başvurunun hem yargılama boyunca ve hem de duruşma aralarında davasıyla bağlantılı sayısız dilekçe sunduğuna dikkat çekmektedir. Mahkeme, 6. maddenin cezai alanda kendisine suç atfedilen kişinin, yargı makamlarıyla işbirliği yapmasını gerektirmediğini hatırlatmaktadır (Bakınız: 25 Şubat 1993 tarihli Dobbartin/Fransa kararı, Seri A, no. 256-D, p. 117-43).

Mahkeme, başvurunun yargılama boyunca sunduğu dilekçelerinin, 15 Nisan 1999 tarihinde yargılama mahkemesince davanın incelenmesini engelleyici bulunduğunu gözlemektedir. Bununla birlikte, 11 Kasım 1996'dan 7 Mayıs 1997'ye ve 20 Aralık 1999'dan 31 Mart 2000'e kadar süren diğer yargılama dönemleri boyunca başvurunun davranışının herhangi bir şekilde yargılamayı yavaşlatıcı olduğunun söylendiğine ilişkin bir kanıt yoktur.

Mahkeme, duruşmalar arasında başvuru tarafından sunulan dilekçelerin temel olarak davasını inceleyen yargılama mahkemesinin ihmalini sürdürmesiyle ilgili olduğunu not etmektedir. Mahkeme, bu dilekçelerin, -özellikle büyük bir kısmı etkisiz bırakılmıştır- yargılamaları yavaşlatmaya katkıda bulunduğunu saptayamamıştır. Davanın yargılamaların hızlandırılması için başka bir mahkemeye gönderildiği doğruyken, başvuru, göndermeden sonra davasında ilerleme olmadığı sonucuna itiraz etmek için mahkemeyi eleştirememelidir.

Mahkeme ayrıca, 8 Ağustos 1997 tarihinde, başvurunun avukatının katılamaması nedeniyle duruşmanın bir kez ertelendiğini not etmektedir.

130. Mahkeme, başvurunun belirli gecikmeler için sorumlu tutulabilecek olmasına rağmen, özünde onun tutumunun yargılamaların uzamasına katkıda bulunmadığı düşüncesindedir.

(c) Ulusal Yetkililerin Tutumu

131. Yukarıda söz edildiği üzere, iç hukuktaki yargılamalarda başvurunun tutumu ya da davanın karmaşıklığı ile açıklanamayacak önemli gecikmeler yaşanmıştır. Dava, özellikle yargılama mahkemesi önünde 7 Mayıs 1997'den 15 Nisan 1999'a kadar yaklaşık 2 yıl beklemiştir.

132. Başvurucu yargılamalar boyunca alıkonulmuştur. Mahkeme, davayla ilgilenen mahkemeler açısından bu durumun adaletin süratle yerine getirilmesi için bir çabayı gerektirdiğini gözlemlemektedir.

133. Mahkeme, Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli hükmünü ve 29 Eylül 1999 tarihli suçlamaların sürdürülmesini kesen kararını takiben yetkililerin aynı olaylar temelinde başvurucuya karşı yeni bir suçlamayla dava açtıklarını, bunun ilk derece mahkemesi önünde 4,5 yılda sonuçlanan yargılamanın uzamasına katkıda bulunduğunu not etmektedir.

134. Mahkeme, özellikle Sözleşmenin yürürlüğe girdiği 5 Mayıs 1998 tarihinden sonra yetkililerin görevlerini özel bir çabayla yerine getirmekte başarısız oldukları düşüncesindedir.

3. Sonuç

135. Aktarılan arka plan dikkate alındığında Mahkeme, yargılamanın uzunluğunun "makul süre" koşulunun gereklerini yerine getirmediği düşüncesindedir.

IV. Sözleşmenin 41. Maddesine İlişkin Başvuru

136. Sözleşmenin 41. Maddesi:

"Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa Mahkeme, gerektiği takdirde hakkaniyete uygun bir sûrette zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

a. Maddî Zarar

137. Başvurucu aşağıdaki aktarılan kalemler ışığında zararların giderilmesini istemiştir:

(1) Kuzeydoğu Ticaret Bankasının Başkanı olmasından dolayı maaş kaybı için 130.599 ABD Doları, Temmuz 1995'ten 20 Nisan 2000'e kadar tutuklu olarak geçen süre nedeniyle;

(2) Yakalanmasından dolayı diğer şirketlerden çıkarılması nedeniyle uğradığı maaş kaybı için 203.000 ABD Doları;

(3) Yakalanmasını takiben şirketindeki mülkiyet haklarının kaybı için 500.000 ABD Doları;

- (4) Otomobilinin kaybı için 8.600 ABD Doları;
(5) Sahip olduğu hisse senetlerini, 1995 yılı değerlerinde piyasada satamamasından doğan kâr kaybı için 11.734.376 ABD Doları;
(6) 1997 yılında iflası açıklanan fabrikada çoğunluk hisselerinden doğan kaybı için 436.226 ABD Doları.
Başvurucunun tüm istemi, toplam olarak 13.012.702 ABD Dolarıdır.

138. Hükümet, bu isteklere itiraz etmiştir.

139. Mahkeme, yalnızca bulgularan ihlalin gerçekten şikâyet edilen zarar ya da kayıplara neden olduğuna ikna olduğunda, 41. madde hükmüne göre maddî tazminata karar verebileceğini hatırlatmaktadır.

(1) numaralı istek kalemi dikkate alındığında Mahkeme, bulguladığı ihlaller ile ileri sürülen zarar arasında bir nedensellik bağı kurulamadığı düşüncesindedir.

Bundan dolayı Mahkeme, başvurucunun bu başlık altındaki istemini reddetmektedir.

b. Manevi Zarar

140. Başvurucu, manevi zararı için 9.636.000 Fransız Frangı istemiştir.

141. Hükümet, isteğin aşırı olduğunu ve ihlal bulgularının yeterli bir tatmin oluşturabileceğini ileri sürmüştür.

142. Mahkeme, başvurucunun yargılama sırasındaki böylesi cezaevi koşullarında süren uzun tutukluluğunda olduğu gibi, ceza yargılamasının uzunluğunun tek başına ihlal bulgularıyla tazmin edilemeyecek endişe, belirsizlik ve hüsrân duygularına neden olacağı düşüncesindedir.

143. Mahkeme, eşit temelde karar vererek başvuru lehine 5.000 Euro, manevi tazminata hükmeder.

c. Ücretler ve Masraflar

144. Başvurucu, iç hukuk yargılamaları sırasında avukatı tarafından verilen hizmetin yaklaşık olarak 40.000 ABD Doları tutarında olduğunu ileri sürmüştür.

145. Hükümet, ilgili sürede Magadan bölgesindeki avukat ücretlerinin düzeyine rağmen, bu istemin aşırı ve desteklenmemiş olduğuna işaret etmiştir.

146. Mahkeme, Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca tazminatın ücret ve masrafları içermesi için Sözleşme ihlali oluşturduğu bulgularan sorunun önlenmesi veya tazmin edilmesinin sağlanması için, bunların gerçekten ve zorunlu olarak meydana geldiğinin ve miktar olarak makul olduğunun kanıtlanmak zorunda olduğunu hatırlatır (Bakınız: Örneğin Nielsen ve Johnson/Norveç [GC] no. 23118/93, p. 43, AİHM 1999-VIII). Sunulan belgelerden başvurucunun kefaletle tahliyesini sağlaması girişimleriyle bağlantılı olarak, başvuru açısından yasal ücret ve masraflarının meydana geldiği açıktır. Bununla birlikte, başvuru istediği miktara ilişkin sadece kısmî destekleyici belge sunmuştur. Ayrıca, bu ücretler Sözleşmenin 3., 5/3. ve 6/1. maddelerinin ihlaliyle ilgili değildir.

Mahkeme, eşit temelde bir değerlendirme yaparak bu başlık altında, başvurunun 3.000 Euro ile tazmin edilmesini makul olduğuna karar verir.

d. Temerrüt Faizi

147. *Mahkeme, temerrüt faizinin Avrupa Merkez Bankasının yıllık borç verme faizlerine artı %3 eklenerek tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir.*

Bu Nedenlerle Mahkeme Oybirliğiyle,

- 1.** Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine;
- 2.** Sözleşmenin 5/3. maddesinin ihlal edildiğine;
- 3.** Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine;
- 4.**

(a) Sorumlu Devletin, Mahkeme kararının Sözleşmenin 44/2. maddesi uyarınca kesinleşeceği tarihten itibaren 3 ay içinde aşağıda yazılı miktarları ödemenin yapılacağı tarihteki Rus Rublesine çevirerek başvurucuya ödemesine;

- a.** Manevi tazminat için 5.000 Euro;
- b.** Ücret ve masraflar için 3.000 Euro;
- c.** Yukarıda belirtilen miktarlar herhangi bir vergiden muaf olmak üzere;

(b) Yukarıda söz edilen 3 aylık sürenin dolmasından itibaren ödeme tarihine kadarki süre için, Avrupa Merkez Bankasının borç verme faizlerine eşitlenecek yıllık basit faize 3 puan eklenmesine;

5. Başvurucunun hakkaniyeti uygun tatminine ilişkin diğer istemlerinin reddine karar vermiştir.

İngilizce olarak hazırlanan bu metin, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77-2 ve 3. maddelerine uygun olarak, 15 Temmuz 2002 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

S. DOLLE

Yazı İşleri Müdürü

J-P. COSTA

Başkan

Not: Sözleşmenin 45/2.i ve İç Tüzük'ün 74/2 maddeleri uyarınca, Yargıç Bay Kovler'in ayırık görüşü, özgün karara ekli olmasına rağmen tarafımızdan çevrilmemiştir (-ç.n).

AİHM KARARLARINDA ORTAYA KONULAN TEMEL İLKELER: ŞÜPHE KAVRAMI

Ders Planı

- 3.1. Giriş
- 3.2. Ağırtırma
- 3.3. Ağırtırmanın Değerlendirilmesi
- 3.4. PP Sunumu
- 3.5. Tartırma
- 3.6. Vaka alışmaları
- 3.7. Değerlendirme ve Geribildirim

Ders Planı - AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler: Şüphe Kavramı

Gerekli Kaynaklar

- Windows 7-8.1 ve MS Office/PowerPoint donanımlı masaüstü veya dizüstü bilgisayar
- Projektör ve ekran
- (Tercihen) Yazı tahtası
- Çeşitli renklerde kalem
- 2 flipchart
- Flipchart kalemi, yeterli miktarda kâğıt
- Öğrenci not defteri ve kalem

Dersin Amacı

Dersin sonunda öğrenci aşağıdakileri yapabilecektir:

- Ceza Muhâkemesinde şüphenin asli önemini kavramak
- Hem AİHS hem iç hukukta şüphenin değerlendirilmesinde farklı yaklaşımları öğrenmek
- Münferit şüphe düzeylerini tanımak ve bunların değerlendirilmesi
- Uygulamada münferit şüphe düzeylerinden uygun şekilde faydalanmak

Dersin Kapsamı

Bu ders meslek içi eğitim modülünün 2. gün programının bir bölümüdür ve 100 dakika sürecektir.

Yöntem

- Anlatım/açıklama
- Alıştırma
- Sorular ve cevaplar
- Tartışma

Araçlar

- Power Point Sunum
- Kurs Materyali
- Vaka çalışmaları

Dersin İşleniş Süreci

- Giriş Sözlü Ders: Ceza Muhâkemesinde Suç Kavramının Esası
- Alıştırma: İlgili Türk Mevzuatının Kontrol Edilmesi
- Alıştırmanın Değerlendirilmesi
- Power-Point Sunumu: Şüphe Dereceleri
- Çalışma Grupları Hâlinde Vaka Çalışmaları
- Tartışma
- Değerlendirme

3. AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler: Şüphe Kavramı

3.1. Giriş

- Bu bölümde eğitici, şüphe kavramını genel anlamıyla çeşitli yoğunluktaki farklı izlenimlere göre açıklayacaktır.
- Bu izlenimlerden her birinin ceza usûlünde hukukî bir anlamı olmak zorunda değildir ve ilgili şüphe dereceleriyle ilgili özelliklerin açıklanmasına ilişkin dilbilimsel tartışmalar olduğunun açıklanması önemlidir.

Toplumsal sistemler, toplumsal huzuru korumak için kurallara itaatsizliği kovuşturmayı görev addettiklerinden çok farklı gereklilikler ve varsayımları karşılamaları gereklidir.

Cezai tepkileri elbette yalnız gerçek faili hedef alır ve hem uygun hem kabul edilebilir olmaları gereklidir.

Kabulü, hâkimin kişiliğine güvene dayandıran hukuk sistemleri vardır. Hâkimin otoritesi sorgulanmamalıdır. Güven, soruşturmanın seyri ile ilgili resmî kuralların katı olmasıyla da tesis edilir. Hukukun meslekten olmayanların da kuvvetli katılımıyla örfî hukuk ailelerindeki gibi hukuk sistemleri sık sık bu modeli takip eder. Bu, bazen bırakın yazılı gerekçeyi açık gerekçelendirmeden kaçınmak veya hatta her türlü (yazılı) gerekçeyi yasaklamak kadar ileri gider.

Oysa Kıta Avrupa'sı geleneğindeki çoğu hukuk sistemi ve Türk hukuk sistemi bir kararın gerekçelerinin ilgili şahıs, halk ve duruma göre daha sonraki temyiz aşaması için anlaşılabilir ve doğrulanabilir olmasını şart kılar.

Aslında AİHS, kendi mahkemesinin kararları ile ilgili olarak AİHS'nin 45. maddesindeki yolu eşit derecede izlemektedir.

Gerekçe bildirme yükümlülüğü elbette önce doğru kararın tesis edilmesi gerçeğini değiştirmez -insanın hata yapmaya meyilli insanlar tarafından-. Orta Çağ hukuk sistemleri bu problemi mahkûmiyetin ancak itirafa dayanılarak verilmesiyle çözmeyi denediler. Bu yöntemin değerini kanıtladığı söylenemez. İşkencenin önünü aşmıştır. Böylece azar azar diğer delil vasıtaları hukuk sistemlerine girdiler ve işkencenin kaldırılmasını sağladılar. Bu delil vasıtaları başlangıçta tanıklar, daha sonra diğer delillerdi. Tanıklarla ilgili olarak gelişme belirli tanıklardan ve salt resmî ifadelerin alınmasından bugünün tanıkların ifadelerinin değerlendirilmesi ve takdirine ilerlemiştir.

Gerçeği bulmanın sübjektif riskleri bakımından hukuk sistemleri kısmen riskleri delille ilgili katı kurallara sahip olarak telafi etmeye çalışırlar. Ayrıca, soruşturmanın kati sûrette kurallara bağlanmış seyrinin de gerçeğin bulunmasının şeffaf olmasını ve hâkimin nihai olarak belirleyici inancının keyfî ve tesadüfi olmamasını temin etmesi amaçlanmaktadır.

Belirli ilkeler yardımcıdır, 2300 yıldır şüphe halinde davalının daha lehinde hüküm vermek ("in dubio pro reo") ve 14. yüzyılın başlangıcı itibarıyla masumiyet karinesi ilkesi gibi. Bunun anlamı mahkemenin nihai kararı yürürlüğe girene kadar sanığın masum addedilmesi gerektiğidir.

Bu ilke 1948'de BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 1. kısmının 11. maddesinde ve AİHS'nin 2. kısmının 6. maddesinde yerini almıştır.

Böylelikle mahkemenin davalının suçluluğuna kanaat getirmiş olması mahkemenin kararının bir ön koşuludur. Oysa çoğu hukuk sistemi bu kişisel inancın sübjektif olduğunu ve olası şüphelerin üstesinden gelmesi gerektiğini, öte yandan giderilen şüphe ile yalnız teorik olasılık olan şüpheler arasındaki sınırın kesin olmadığını hesaba katmaktadır. Bu sebeple, mahkemenin suçlulukla ilgili makul hiçbir şüphesinin olmamasının ve bilimsel olarak tamamen imkânsız olmasalar bile abartılı ve saçma durumlara dayanmış olmamasının kabul edilebilir bir mahkûmiyet için yeterli olduğunu düşünürler.

Bu ilkeleri uygulayarak ve gerekli tespitlerin iyi düzenlenmiş yargılama yapılmış olmasından yola çıkarak hukuk sistemleri failin- insan olarak suçlu olduğu söylenebildiği sürece cezalandırılmış olmasını, ama aynı zamanda masum insanların mahkûm edilmemesini temin ederler.

Bu durum kural olarak yalnız mahkûmiyet zamanı için geçerlidir. Ancak bir suçun işlenmesinden gerçekten suçlu olan kişi sırf mahkûmiyet için gereklilikler henüz tam olarak karşılanmadığı için asla cezalandırılamaması toplumda huzur için kabul edilemez olacaktır.

Bu sebeple hukuk sistemleri mahkûmiyet için gerekli olguların ve diğer delilin hangi koşullar altında tesis edilebileceği sorusu ile ilgilenmelidir.

Masumiyet karinesi başlangıçtan beri bir engel olmak zorunda değildir. Herkesin masumiyet karinesinin çürütülüp çürütülmeyeceği bakımından soruşturmaya tabi olması gerektiği oybirliği ile kabul edilmektedir.

Yargılama öncesi safhada ceza soruşturmasının amacı tam da budur. AİHS ciddiye alındığında soru, fail olduğu iddia edilen şahsı aleyhinde materyal derleyerek dava edip kovuşturmak değil mevcut delile veya saptanacak delillere göre masumiyet karinesinin çürütülüp çürütülemeyeceğini kontrol etmektir. Bu sırf bir konuşma şekli değildir, polisin ve kovuşturmanın öz imgesini ve sonuçta muhtemelen masum bir şahısla ilişkileri belirler. Çeşitli dillerde bu makamların, kovuşturma makamları veya soruşturma makamları olarak adlandırılmış olmaları çok fazla önemli değildir. Bunlar dillerdeki dilsel farklılıklardır.

Bu usûlün nihai varış yerini bilmeliyiz. Sanığın suçlu olduğu mahkemenin inancıdır (Bir dakikalığına mahkemenin böyle bir inanca sahip olmadığı ve bu sebeple yargılamanın sona erdirilmesi gerektiği durumu bir kenara bırakalım.).

Bu işlemlerin başlangıç noktası tam olarak neresidir?

Olası cevap olan dosyanın esasa alındığı ve soruşturmaların başlaması ancak şeklen doğrudur. Ne de olsa bu faaliyetler için görünür bir sebep olmalıdır.

Aslında ceza soruşturmasından bahsettiğimizde başlangıç noktası belirli bir şahsın suçu işlemiş olabileceği şüphesidir. Bu sebeple "şüphe" yargılama öncesi ceza soruşturmasının temelindeki kavramdır.

Bu kavramın, Türk Ceza Usûl Kanunu'nda olduğu gibi birçok ceza, Usûl Kanunu'nda tanımlanmamış olması ama en iyi durumda farklı terimlerle ifa edilmesi ilginçtir. Türk CMUK'nun 160. maddesinde durum böyledir. Genellikle ve açıkça "şüphe" bilinen bir olgu olarak kabul edilir. Bu, düşüncenin konusunun henüz kesin addedilmemesi ile kanaat getirmekten farklı bir entelektüel zihin durumu olarak açıklanabilir. Bu düşüncenin ilk ortaya çıkışından başlayarak nihai inanca kadar dinamik bir soruşturma ve delil toplama süreci devam eder, burada şüphe unsurları duruma göre sonuçta bir mahkûmiyet haline gelene kadar gittikçe kuvvetlenir, CMUK 170. maddede bahsedilen yeterli şüphe anını geçer.

Oysa bu seyrin çeşitli yönleri gidebileceği de doğrudur. Son nokta şüphelinin bir suç işlemiş olduğuna kanaat olabilir veya tersine bir suç işlememiş olduğuna. Bu sebeple "şüphe" kavramının her zaman iki ucu açıktır.

Profesyonel olmayan bir şekilde yürütülen birçok soruşturma bu belirsizliğe yeterince dikkat edilmemesinin eksikliğini gösterir. Ancak masumiyet karinesi ve "in dubio pro reo" ilkesi ile birlikte bu, Ceza Muhâkemesi alanında hukukun üstünlüğü bakımından merkezî husustur.

Şüphenin ilk ortaya çıkışından inanca ulaşana kadar dinamik bir süreç devam ediyorsa ceza soruşturma usûlünün tüm skalayı kullanıp kullanamayacağı sorulmalıdır. Aslına bakarsanız, aşağıdaki derste tartışılacak olan masumiyet karinesi ve orantılılık ilkesi bir kısıtlamaya yol açar.

İşaret edildiği gibi masumiyet karinesi olayları netleştirmeye mutlak bir engel değilse de sınırlar vardır. Hukukun üstünlüğüne bağlı olan tüm hukuk sistemleri başlangıç noktası olarak veya soruşturmaya esas olarak şüpheye ancak somut göstergeler, olgular mevcutsa itibar eder. Böylesi olgulara dayanmayan hiçbir karine hukukun üstünlüğüne göre soruşturmalar için başlangıç noktası olarak kabul edilemez. Sonuç olarak CMUK'un 160. maddesine göre savcı, ister suç ihbârı ile ister başka şekilde olsun, bir suç işlendiğine dair izlenim yaratan bir olgudan haberdar olduğunda harekete geçmelidir. Diğer taraftan bunun anlamı yalnız böylesi olguların harekete geçmeyi zorunlu kılmasıdır. Bu nedenle böylesi elverişli, doğrulanabilir olgular olmadan soruşturma kabul edilemez olacaktır.

Bu, kısıtlamalardan biridir. Diğer soruşturma işlemlerinin masumiyet karinesine göre masum olduğu varsayılan bir şahsın özgürlük alanına farklı şekillerde tecavüz etmesi olgusundan doğar. Hukukun üstünlüğü gereğince tüm Ceza Usûl Kanunları bu sebeple usûle ait hangi durumda özgürlük alanına tecavüzlerin olabileceğine dair açıklamalar veya netleştirmeler getirirler ve bunu yaparken şüphenin gücüne göre ayırım yaparlar.

3.2. Alıştırma

- Müteakip iki bölümde, şüphe nosyonunun Türk Ceza Mevzuatında kullanıldığı bağlamın gösterilmesi ve değerlendirilmesi yapılacaktır.
- İşbirliği ve fikir alışverişini desteklemek amacıyla vaka çalışmaları 3-5 kişilik küçük gruplar hâlinde çalışılmalıdır.

- a. CMK'nın "şüphe" kavramını nerede kullandığını öğrenin.
- b. Bu bağlamda başka hangi kavramlar kullanılır?

c. Bu açıklayıcı ifadelerin kullanımında bir sistem görüyor musunuz?
(Bakınız: Ekli tablolar)

3.3. Alıştırmanın Değerlendirilmesi

- Özellikle yukarıda yer alan alıştırmanın c. bölümü, aşağıdaki sunumun başlangıç noktasını oluşturacaktır.

3.4. PP Sunumu

- Bütün slaytlarla ilgili yorum yapılabilir. Aşağıdaki metinler eğiticinin kendisi tarafından yapılacak sunumlara temel teşkil edecektir.
- İlgili nosyon veya tanımın açıklanmasında sadece ilgili metinlerin gösterilmesi amacıyla slaytlar hareketli olarak hazırlanmıştır. Hareketli slaytların değiştirilmesinde SPACE (Boşluk), RETURN (geri), PAGE DOWN (sayfa aşağı), ARROW DOWN (aşağı ok) veya ARROW RIGHT (yukarı ok) kullanılabilir.

Slayt 1 AlHS Kapsamında “Şüphe” Kavramı

AlHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi “makul şüphe”den yakalama veya yargılama öncesi tutuklama için ön şart olarak bahsetmektedir. AlHM, birçok durumda 5/1-c maddesi bakımından iç hukuk ve AlHS gereğince ilgili ön koşullar hakkında karar vermiştir. Bu hususta konuyla en ilgili kararlar şunlar olmuştur:

Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, 30.8.1990
Murray/ Birleşik Krallık, 28.10.1994
Wloch/Polonya, 19.10.2000
Lisse/Fransa, 16.1.2001 (D)
O'Hara/ Birleşik Krallık, 16.10.2001.

Ancak sözleşmenin, sözleşmeci devletlerin her birinin kabulü ve üyeliğini karşılamak için çeşitli ulusal düzenlemeler ve fikirler arasında bir kesişme bulmasını gerektiği unutulmamalıdır. Böylesi farklı düzenlemelerin birleştirilmesinin sonucu minimum kesişmedir. Böylece örneğin Birleşik Krallık bakımından (bk. O'Hara/ Birleşik Krallık, 16.10.2001) kararlar, Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda'da yürürlükte olan ve orada yakalama emri verilmesi için gereken “gerçek makul şüphe” lafzını değerlendirmelidir. Doğrusu, çoğu sözleşmeci devlette ifade tarzı, kısmen dil yüzünden farklıdır. Sözleşmeci, devletlerin her hukuk sistemi mahkûm olmamış/henüz mahkûm olmamış kişilerin özellikle yakalama ve tutuklamalarda özgürlüğüne önemli tecavüz hâlinde yüksek şüphe düzeyleri aramaz.

	Ancak çoğu hukuk sistemi yapar ise Türk CMUK 100. madde de yapar mı? Bir başka örnek ise Alman CMUK olabilir mi? Bu yüzden yapı nedeniyle AIHS ile başlamamak ve yalnız AIHS'ye dayanmamak, şüphenin olası nüansları hakkında ayrıntılı bir açıklamayı daha sofistike bir şekilde yapmak uygun görünmektedir.
Slayt 2 Ceza Soruşturmasında Şüphenin Ortaya Çıkışı ve Daha Sonraki Gelişimi	(üst başlık)
Slayt 3 • İlk Bakışta Bir Şeyin Görünmesi Gerektiğinden Farklı Olduğunun Varsayılması/ Şüphelenilmesi • Objektif ve Sübjektif Nitelikte Göstergelere Dayanma • Olayın Niteliği • Şeylerin Hâli • Şahısların Davranışı veya İfadeleri • Normalden Görünür Sapma	Gerçek durumları, sınıflandırmalar ve tanımlarla hukuk dilinde sınıflandırmaya çalışmak tipik bir hukukî tekniktir. Ekte sunulan slaytlar bu amaçla tartışılacaktır. Farklı hukuk sistemleri ve hukuk dili ne olursa olsun, her hukuk sisteminin şüphe kavramını açıklamak zorunda olduğu ve soruşturmaların temelini tam olarak ne olacağı ve ne olmayacağını ortaya koymak eğiticinin sorumluluğundadır. Dolayısıyla genel anlamda "şüphenin" artmasına neden olarak açıklanabilecek çeşitli durumların birbirinden ayırt edilmesi ve bu türden bir "şüphenin" hangi derecesinin hukukî sonuçları olabileceği ve neden bazı durumlarda kritik çizgiye (henüz) ulaşmadığının tespit edilebilmesi büyük önem arz etmektedir.
Slayt 4 • Şüphenin Ortaya Çıkışı • Sezgi ("Arkada Daha Çok Şey Var Gibi Görünüyor") • Sübjektif Değerlendirme ("Bir Şeyler Yanlış") • Net İşaretler • Strateji (Olguların Analizi ve Değerlendirme)	Şüphe bilginin kavranması (algılanması) ve değerlendirilmesinden kaynaklanır.

Slayt 5 • Şüphenin Farklı Biçimleri • Güvensizlik • Bir Şeyin Yanlış Olduğuna Dair Kesin İzlenim, Örneğin Bir Şahsın İfadeleri Hakkında Şüphe	Gerekli olduğunda yorum yapılacaktır.
Slayt 6 Şüphenin Farklı Biçimleri Karine • Deneyime Dayanan, Spesifik Olgular Olmadan Varsayım • Durumların Algılanması ve Değerlendirilmesinden Kaynaklanır • Henüz Mevcut Olmayan/Mevcut Olması Zorunlu Olmayan Olgular	Gerekli olduğunda yorum yapılacaktır.
Slayt 7 Şüphenin Farklı Biçimleri Müphem Şüphe • Algılarla Desteklenen Karine • Meslekten Olmayanların Algılayamayacağı Ama Meslekî Deneyime Uyan Şüphe	
Slayt 8 Şüphenin Farklı Biçimleri Haklı Nedenlere Dayanan, Makul Şüphe • Bir Suç İşlenmiş Olduğun İzlenimi Yaratan Genellikle Algılanabilir Mevcut Olgular (CMUK 160. madde) • Mantıklı Bir Şekilde ve Gerçeklere Dayanarak Açıklanabilen Olgular • Karinenin Sınırının Aşılması	Makul şüphe, AlHS'ne bağlı herhangi bir hukuk sisteminde resmî soruşturmalar için asgari gerekliliktir. Bu anlamlıdır. Çünkü ancak o zaman olguları kontrol etme ve onlardan çıkarılan sonuçları kontrol etme olasılığı vardır. Türk CMK'un 160. maddesi 8. slaytta gösterilen tanımı kullanmaktadır. Hukuk uygulaması ve yargılama bazı hukuk sistemlerinde "makul" kavramının ötesinde gerekli şartları tanımlamak için başkaca açıklamalar önermişlerdir. Örnek verecek olursak Alman yargı sisteminde ve teorisinde soruşturmaya başlamanın temeli için spesifik bir tanım bulursunuz. Buna

“başlangıç şüphesi” adı verilir ve bir suçun işlenmiş olduğunu veya şüphelinin suçun işlenmesine karışmış olduğunun mümkün görünmesi için yalnız başına veya diğer olgularla birlikte netleştirilmesi gereken bir veya daha fazla olgunun mevcudiyetini gerektirir.

Bu, keyfî soruşturmalar için kesin bir kısıtlamadır. Zaten bilinen olgu, bir suçun hukukî ön koşullarını karşılamak için gereken vakanın olgularının tamamı ile bir ilişki ve bağlantıya sahip olmalıdır. Zaten bilinen olgu, suçun oluşması için lüzumlu olan olgular zincirinin bir parçası değilse “bir suçun işlenmiş olduğu izlenimi” için esas olmayacaktır. Ama gerekli olgularla ilgili vargılara izin verdiği müddetçe olgu, zincirinin doğrudan bir parçası olmak zorunda değildir.

Fox, Campbell ve Hartley – Birleşik Krallık kararı, 12244/86, 12245/86 ve 12383/86, 30 Ağustos 1990.

(...) “makul bir şüphe” olması, ilgili kişinin suç işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi tatmin edecek gerçeklikler veya bilgilerin var olduğunu önceden varsayar. “Makul” olarak nitelendirilebilecek hususlar yine de koşulların tamamına bağlı olacaktır...

Ferrari-Bravo – İtalya kararı, 9627/81, 14 Mart 1984, DR37, 15.

(...) Komisyon, yakalama veya tutuklamayla ilgili herhangi bir sorunun söz konusu olamayacağını, çünkü bu fiillerin ancak isnat edilen suçla ilgi gerçekler ve olaylar kanıtlandığında gerekçelendirilebileceğini vurgulamıştır. Çünkü tutuklama ile kolaylaştırılması amaçlanan hazırlık soruşturmasının amacı budur.

Slayt 9
Şüphenin Farklı Biçimleri
Kuvvetli Şüphe

- **Başka Hiçbir Sonucun Çıkarılamayacağı Şekilde Net ve Aşikâr Suçla ve İşlenmesiyle İlgili Göstergeler**
- **Bir Şahsın Fail veya Müşterek Fail Olduğu**

İşaret edildiği gibi masumiyet karinesi vakanın netleştirilmesine yönelik soruşturmalara karşı bir engel değildir. Ancak bu soruşturmalar ve sonuçları davalının kişisel özgürlüklerine ne kadar çok tecavüz ederse masumiyet karinesi de de facto baltalanmış ve dışlamış olur. Bu nedenle orantılılık ilkesi, olası etkilerin dikkate alınmasını ve bir tarafta soruşturma yapma ihtiyacı diğer yanda davalının kişisel özgürlüğü arasında bir denge bulunmasını talep eder. Böylece CMUK 100. madde, diğer birçok mevzuat gibi

- **Olgular Göz Önünde Bulundurulduğunda Mahkûmiyetin Beklenebileceği Hususunda Hatırı Sayılır Olasılık**

yakalama talep edildiğinde ve yakalamaya karar verildiğinde daha kuvvetli bir şüphe biçimini gerekli kılar.

Yukarıda AlHS'nin bu ayrımı yapmadığı ve neden yapmadığı açıklanmıştır.

Baars- Hollanda kararı, 44320/98, 28 Ekim 2003.

Mahkeme, Alman mahkemelerinin, karar verilebilmesi için yapmaları gerektiği gibi, başvurularla ilgili hala kuvvetli şüphelerin olduğunu göstermek istediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, kullanılan kavramların belirsiz ve yetersiz görünmesi hâlinde bile, ulusal mahkemelerin kendilerini "makul şüphenin" var olması ve sanığın "suç işlemiş olması" esaslarıyla sınırlamış olduğunu eklemiştir. Özellikle Sn Lutz'un önceki ifadeleri başta olmak üzere deliller temel alındığında, kararların "şüphe durumunu" açıkladığı ve bir suç bulgusu içermediği görülmektedir. Bu bakımdan Mahkeme, bir önce bahsedilen Minelli davasında değerlendirilen ayrıntılı kararlarla bir tezat oluştuğunu tespit etmiştir.

29. Ancak mevcut davada Temyiz Mahkemesi, sahtecilikle suçlanan başvurucu hakkında herhangi bir hükümde bulunmamak için kararını "faturanın başvurucu tarafından sahte olarak düzenlendiği" görüşüne dayandırmış ve bu görüşe ilişkin unsurları ayrıntılı olarak açıklamıştır.

30. Bu koşullar altında Temyiz Mahkemesinin sadece başvurucuyla ilgili hala kuvvetli şüphe olduğunu belirtmiş olduğu söylenemez.

31. Temyiz Mahkemesinin gerekçesi, "başvurucu kanuna göre suçlu bulunmadan" başvurucunun suçunun esastan tespit edildiği anlamına gelmektedir. Gerekçe soruşturmada Sn. B. aleyhine tespit edilen bulgulara dayandırılmıştır. Başvurucu 6. maddenin savunmaya sağladığı koruma olmaksızın bahsedilen soruşturma sürecine sadece tanık olarak katılmıştır.

Slayt 10
Şüphenin Farklı Biçimleri
Yeterli Şüphe

Soruşturma aşamasının sonunda toplanan delillerin bir suçun işlendiğine dair yeterli şüphe teşkil ettiği durumlarda savcılık CMUK 172. maddeye göre, kural olarak bir iddianame

- **Yargılama Öncesi Soruşturmanın Sonunda İddianamenin Zamanını Belirler**
- **Şimdiye Kadar Saptanan, Bir Mahkûmiyetin Muhtemel Görüldüğüne Dair Delil**

hazırlamalıdır, Aksi takdirde kamu davası açmak için gerekli şüpheyi haklı çıkarmaya yeterli ağırlıkta delil olmadığında veya kovuşturma için yasal hiçbir olasılık olmadığında 172. maddeye göre "kovuşturmaya yer olmadığına" karar vermelidir.

Her iki alternatif de sırasıyla yeterli şüphe ve yeterli ağırlıktan bahseder ki bu yargılamada yeterli kabul edilen şüphenin nihayet yargısal bir inanç haline gelmek üzere daha kuvvetlenmeyeceği olasılığına biraz yer bırakır. Aslında terim, neyin yeterli kabul edileceğine dair münferit değerlendirmeye tabidir ve bu sebeple bazı vakalarda tartışmaya yer bırakır.

Birincisi, neyin yeterli olduğuna karar vermek savcılığın takdirine kalmıştır. Diğer yandan iddianame hazırlanmadığında savcılık, mağdurun CMUK 173'e göre itiraz dilekçesi vermesi riski altındadır. İddianamenin hazırlanması hâlinde savcılık iddianamenin iddia edilen eksiklikler nedeniyle CMUK 174'e göre iadesi riskiyle karşı karşıyadır. Böylece CMUK 170 anlamında şüphenin yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi üzerinde düşünülmelidir.

Slayt 11 Şüphenin Farklı Biçimleri Yargısal İnanç

Sanığın itham edilen suçu işlediğinin kanıtlandığı hallerde mahkûmiyet kararı CMUK 223(5)'e göre verilir.

Suçlunun mahkûmiyetine karar vermek için kişisel kanaat kesinlikle gereklidir. Ancak yukarıda bahsedildiği gibi kişisel inanç makul şüpheyi aşmalıdır, doğru. Ama mutlak kesinlik ve makul şüphe olmadan kişisel inanç arasındaki boşluk her davada doldurulamaz ve bu nedenle göz ardı edilebilir.

CMUK 217 (1) bu gerçeği dikkate alır:

Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir.
Bu deliller, hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

Sonuç olarak yargısal inanç da en kuvvetli biçimi olarak şüphenin çeşitli biçimleri arasında sayılmalıdır.

3.5. Tartışma

- Eğitici, sunulan çeşitli şüphe derecelerine göre farklı durumları birbirinden ayırt edebilmeli ve hangi aşamada hukuk yoluna başvurulacağına dair yeterli ve doğru sonuçlara ulaşabilmelidirler.
- 6. bölümde yer alan vaka çalışmalarından önce öğrenciler bu tip durumlarla ilgili kendi örneklerini vereceklerdir.

3.6. Vaka Çalışmaları

- İşbirliği ve fikir alışverişini desteklemek amacıyla vaka çalışmaları, 3-5 kişilik küçük gruplar hâlinde çalışılmalıdır.

1. Polis memuru A, yakındaki köyde genç erkeklerin bir toplantı yapacağını öğrenir. Daha önceki benzer olaylardan kısmen uyuşturucu ve alkol kullanılmasıyla birlikte araba yarışlarının yapıldığını bilmektedir. A, bu sefer de bu tip olayların olabileceğini tahmin eder.

2. Söz konusu toplantı gecesi içinde birkaç gençle komşu köy yönünden bir araba gelmektedir. A, alkol veya uyuşturucu ile ilgili bir suçun işlenmiş olabileceğinden şüphe eder.

3. Araba A'nın yanından geçtiğinde zikzaklar çizerek hatırı sayılır hız yapmaktadır.

4. Daha sonra araba, diğer polisler tarafından durdurulur. Sürücü alkol kokmaktadır ve göz bebekleri büyümüştür. Polis önleyici tedbirler alınmasını gerekli görür.

5. Tıbbî muayene sürücünün %0.1,7 g'a ulaşan alkol zehirlenmesini kanıtlar. Tanıkların ifadeleri alınır.

İlgili vakaları karşılaştırın.

Hangi durumda harekete geçmek mümkündür?

Neden? Hangi hareket?

3.7. Değerlendirme ve Geribildirim

Ceza İşlemlerini Yönlendiren Şüphe Kavramı Türk CMK İle İlgili Anahtar Sözcükler

Şüphe

Madde No 2 Bölüm 1

Suç şüphesi altında bulunan kişi (...)

Madde No 74 Bölüm 1

Şüpheli veya sanığın fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunuyorsa (...)

Madde No 89 Bölüm 1

(Zehirlenmeden, ...) şüphelenmeyi gerektirecek sebepler varsa (...)

Madde No 100 Bölüm 1

Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir "tutuklama nedeninin" bulunması hâlinde (...)

Madde No 100 Bölüm 2 a Bendi

(...) kaçacağı şüphesini uyandıran olgular (...)

Madde No 100 Bölüm 2 b Bendi

Şüpheli veya sanığın davranışları (...) girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturunca (...)

Madde No 100 Bölüm 3

Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hâlinde "müzekkere ile tutuklama nedeni" var sayılabilir.

Madde No 121 Bölüm 1

(...) şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemişse...

Madde No 128 Bölüm 1

(...) soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hâllerde (...) el konabilir.

Madde No 133 Bölüm 1

Suçun (...) işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hâlinde (...)

Madde No 135 Bölüm 1

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturmada suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka sûrette delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda (...)

Madde No 138 Bölüm 1

Arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında (...) ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse (...)

Madde No 138 Bölüm 2

(...) yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmaya ilgili olmayan ve ancak 135.

maddenin 6. fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse (...)

Madde No 139 Bölüm 1

Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması hâlinde (...)

Madde No 140 Bölüm 1

Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması hâlinde (...)

Madde No 147 Bölüm 1 f Bendi

(...) ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak (...) olanağı tanınır.

Madde No 159 Bölüm 1

Bir kişinin doğal olmayan nedenlerle öldüğüne dair şüpheyi destekleyen belirtilerin olması hâlinde (...)

Madde No 170 Bölüm 2

Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa (...)

Madde No 171 Bölüm 2

Yeterli şüphe olmasına rağmen, Cumhuriyet Savcısı (...)

Madde No 172 Bölüm 1

(...) soruşturma evresinin sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi (...)

Yeterli

Madde No 91 Bölüm 5

(...) ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe (...)

Madde No 146 Bölüm 1

Hakkında (...) yakalama emir düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan (...)

Madde No 170 Bölüm 2

(...) suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet Savcısı...

Madde No 171 Bölüm 2

(...) Cumhuriyet Savcısı (...) yeterli şüphenin varlığına rağmen (...)

Madde No 172 Bölüm 1

(...) kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmemesi (...)

Madde No 173 Bölüm 3

(...) soruşturma sonunda kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa (...)

İzlenim

Madde No 160 Bölüm 1

Cumhuriyet Savcısı (...) bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez (...)

Makul

Madde No 138 Bölüm 1

(...) bir başka suçun işlendiğinden şüphe etmek için makul nedenler varsa (...)

Muhtemel

Madde No 129 Bölüm 1

(...) bu eşyaların suçun delilini oluşturduğuna inanmak için muhtemel sebep varsa (...)

Belirtmek-Bulgu

Madde No 2 Bölüm 1 j Bendi No. 3

(...) bir suçun kısa bir süre önce işlendiğini gösteren delil (...)

Madde No 74 Bölüm 1

Şüphelinin veya sanığın suç fiilini işlediğini gösteren kuvvetli şüphe belirtilerinin olması hâlinde (...)

Madde No 91 Bölüm 2

(...) ve kişinin suç işlemiş olduğu inancına delalet eden delil mevcut ise (...)

Madde No 135 Bölüm 1

(...) suçun işlenmiş olduğuna delalet eden kuvvetli şüphe sebepleri varsa (...)

Madde No 139 Bölüm 1

Soruşturma konusu suçun işlenmiş olduğunu hususunda kuvvetli şüphe belirtileri olması hâlinde (...)

Madde No 140 Bölüm 1

Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe belirtileri bulunması hâlinde (...)

Madde No 159 Bölüm 1

Bir kişinin doğal olmayan nedenlerle öldüğüne dair şüpheyi destekleyen belirtilerin olması hâlinde (...)

Olay

Madde No 100 Bölüm 1

Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir "tutuklama nedeninin" bulunması hâlinde, (...)

Madde No 100 Bölüm 2

(...) şüphesini haklı çıkaran olgular (...)

Madde No 117 Bölüm 2

(...) kabul edilmesine olanak sağlayan olaylar (...)

Madde No 160 Bölüm 1

(...) bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli (...)

4 KORUMA TEDBİRLERİNİN UYGULANMASINDA ORANTILILIK İLKESİ

Ders Planı

4.1. Giriş

4.2. Ağırtırmalar

4.3. Değerlendirme ve Geribildirim

Ders Planı - Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasında Orantılılık İlkesi

Gerekli Kaynaklar

- Windows 7-8.1 ve MS Office/PowerPoint donanımlı masaüstü veya dizüstü bilgisayar
- Projektör ve ekran
- (Tercihen) Yazı tahtası
- Çeşitli renklerde kalem
- 2 flipchart
- Flipchart kalemi, yeterli miktarda kâğıt
- Öğrenci not defteri ve kalem

Dersin Amacı

- Dersin sonunda öğrenci aşağıdakileri yapabilecektir:
- Orantılılık ilkesinin tarihi gelişimini kavrayabilmek
- Yeteri kadar güç uygulama yöntemi olarak orantılılık ilkesinin temel önemini anlayabilmek
- Tek bir duruma orantılılık ilkesi uygulanırken dengelenmesi gereken farklı öğeleri değerlendirebilmek

Dersin Kapsamı

Bu ders, hizmet içi eğitim modülünün 2. gününde yer alan bir bölümdür ve 50 dakikada işlenecektir.

Yöntem

- Anlatım/açıklama
- Soru cevap
- Tartışma
- Alıştırmalar

Araçlar

- Ders materyali
- Olay incelemesi

Dersin İşleniş Süreci

- Orantılılık ilkesinin hukukî ve tarihî geçmişine ilişkin bilgi alınması *15 dakika*
- Vaka çalışmaları (yukarı bk.) *20 dakika*
- Değerlendirme ve geribildirim *15 dakika*

4. Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasında Orantılılık İlkesi

Giriş Notu

Sürenin sınırlı olması nedeniyle bu ders, çeşitli öğretim yöntemlerinin uygulanması için uygun değildir. Öğrenciler yine de orantılılık ilkesine ilişkin temel hususlar konusunda çalışma fırsatı bulacaklardır. Özellikle 1. vaka çalışması ile (orantılılıkla ilgili olarak algıların nasıl farklılaştığını gösteren üç hâkimin muhalif oy verdiği vaka) sadece bir tek özel sonuca ulaşılması konusunda herhangi bir zorlamaya neden olmadan orantılılık ilkesinin ölçülmesindeki hukukî hassasiyetin öğrenilmesi ve ortaya konulması mümkün olabilecektir.

Öğrencilerin vasıflarına bağlı olarak ve ele alınacak metinler bütünüyle dikkate alındığında, bazı öğrenciler için belirlenen süre içinde sonuç elde edilmesi zor olabilir. Dolayısıyla 2. vaka çalışmasını yedekte tutarak sadece 1. vaka çalışması üzerinde odaklanılması bir seçenek olabilir.

4.1. Giriş

Bu bölümde eğitici, anayasa hukukunun bir ürünü ve göstergesi olarak orantılılık ilkesinin tarihi bağlamını sunacaktır. Vurgulanması gereken diğer bir konu ise, ilgili hukuk sistemlerinde farklı gelişmeler olması nedeniyle ulaşılabilecek hedef ile bu amaçla kullanılacak araçlar arasındaki ilişkiye yönelik çeşitli dilsel ve fikrî yaklaşımlar söz konusudur. AİHM, sözleşme taraflarının tümü tarafından kabul edilebilir ortak bir payda bulmak zorunda kalmıştır.

Her ne kadar kökeni anayasa hukukuna dayansa da, orantılılık ilkesinin hükümlerin verilmesi de dâhil olmak üzere Ceza Muhâkemesinde hayatî bir önemi bulunmaktadır. Bugün, hukukun üstünlüğüne dayanan herhangi bir hukuk sisteminin temel kurumlarından biri olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, uluslararası ilişkiler bakımından da önemli bir konu hâline gelmiştir. Böylece Avrupa Birliğine üye devletler, AB Lizbon Antlaşması'na 2 numaralı Ek Protokol'de, Anlaşma'nın 5. maddesinde bahsedildiği gibi tamamlama ve orantılılık ilkelerinin tüm AB kurumlarında uygulanması üzerinde anlaşmışlardır.

Benzer biçimde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı da orantılılık ilkesiyle belirlenmektedir. Kavramın kendisine Sözleşmede yer verilmemiştir.

Aslında, "orantılılık ilkesi" kavramı, Sözleşme hazırlandığında henüz açıkça bilinmemekteydi. Avrupa kurumları alanı içerisinde ilk kez 1970 yılında hukukî bir düzeyde Avrupa Adalet Divanı tarafından kullanılmıştır. Buna paralel olarak, kendisine çeşitli hukuk sistemlerinde yer bulmuştur.

Ancak sahip olunan her güç konumunun istismara dayalı bir şekilde kullanılamayacağı daha önceki bir zamana kadar uzanır. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre Sözleşme ile korunan haklar yalnızca "demokratik bir toplumda gerekli" ise kısıtlanabilir ve bu doğrultuda hakların meşru bir şekilde kısıtlanmasına imkân veren amaçlar belirlenmektedir. Örneğin adil yargılanma hakkıyla ilgili 6. madde; aile ve özel yaşamın mahremiyetiyle ilgili 8. madde; din, vicdan ve kanaat özgürlüğüyle ilgili 9. madde; ifade özgürlüğüyle ilgili 10. madde; toplanma ve örgütlenme özgürlüğüyle ilgili 11. madde ve hareket özgürlüğüyle ilgili 4 numaralı

Ek Protokol'ün 2. maddesi, Avrupa Adalet Divanı, AİHM ve özellikle üye devletlerdeki genel anayasa geleneğine bu anlamda önyak olmuştur.

1980'lerden itibaren özellikle Güney Avrupa ülkeleri kendi doktrinlerinde ve içtihatlarında orantılılık ilkesini anayasal bir ilke olarak benimsemiş ve onları Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin Anayasa Mahkemeleri takip etmiştir. Adli kontrole ilişkin yasalarının anayasallığı bakımından buna hukuk geleneklerinde yer vermeyen devletler bu modele karşı daha fazla ilgi göstermiş ve idarî eylemlerin kontrolünde daha yeterli dayanaklar olarak İngiltere'de olduğu gibi "makuliyet" veya Fransa'da olduğu gibi "erreur manifest" (hata duyurusu) yöntemlerine başvurmuşlardır. Oralarda bile teori, orantılılık ilkesinin yanında olmuştur.

Yargı işlemleri bakımından "orantılılık" kavramının 19. yüzyılın sonlarında, Prusya Yüksek İdari Mahkemesi tarafından geliştirilmiş olması da ilginçtir. Mahkeme içtihadında polisin veya diğer hükümet kurumlarının vatandaşlarla olan ilişkilerinde keyfiyet uygulayabilmelerine karşı bir dengenin kurulabilmesinin gerekli olduğunu düşünmüştür. Mahkeme, dava için gerekli olduğu durumlar haricinde, hükümet birimlerinin kendilerine verilmiş yetkiyi suiistimal etmemeleri ve ilkesiz bir şekilde kullanmamaları için kendilerine böyle bir yükümlülük getirmek istemiştir.

Almanya açısından, orantılılık ilkesine bugüne kadar bile bazı federal eyaletlerin polis yasaları dışında yasa metinlerinde yer verilmemiştir. Bununla birlikte bu ilke, anayasa tarafından ortaya konulduğu üzere hukukun üstünlüğüne dayanan bir devlet olarak kendisine yönelik değerlendirmesinin bir ifadesi ve anayasa düzeyinde bir ilke olarak düşünülmektedir. Aslında örfî hukuk olarak da kabul edilmektedir. Yurt dışında ise "savaş sonrası anayasal paradigmanın" bir parçası ve örneği olarak olumlu bir şekilde karşılanmıştır.

Bu arada, orantılılık ilkesi hem birincil Avrupa Birliği yasamasının hem de Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin somut bir parametresidir. Buna bağlı olarak, orantılılık ilkesinden açıkça söz eden kısıtlamalara ilişkin genel hükümler son yıllarda birçok ulusal anayasada yerini almıştır. Buna örnek olarak 2001 yılından itibaren Türk Anayasasının 13. maddesi verilebilir.

Anayasa hukuku bakımından ise orantılılık ilkesi, Avrupa dışındaki ülkelerin anayasalarına da girmiştir ve bunlara örnek olarak Brezilya, Kore ve Japonya verilebilir. Avrupa'dan esinlenen bu orantılılık ilkesinin dışında farklı bir yapıya sahip olsa da Kanada Hukuku da uluslararası bir hukuk kaynağı olarak mevcuttur. 1982 tarihli Kanada Temel Haklar Rehberi, yalnızca "özgür ve demokratik bir toplumda meşru olduğu gösterilebilecek olan yasalarda yazılı makul sınırlamalara" izin vermektedir.

Amerika Birleşik Devletleri yasaları bakımından ise, Yüksek Mahkeme yargıçları orantılılık ilkesini açıkça kabul etmeyi ve entegre etmeyi ABD doktrininden çok daha fazla reddetmektedirler. Bunun yerine, Kanada modelinden çok daha fazla bir şekilde durumların her birindeki şartların kendi içerisinde dengelenmesi söz konusudur. Böyle bir dengeleme, Avrupa'da çok daha açık bir şekilde tanımlanmış ve uygulanmakta olan orantılılık ilkesinden farklıdır. Öte yandan, günlük yaşamda cezai işlemlerdeki farklılıklar o kadar da büyük değildir ve elbette dengeleme süreci Avrupa modelinde açıkça kontrol konusu olan bireysel durumların hesaba katılabilmesi için de herhangi bir engel teşkil etmemektedir.

Öyleyse Avrupa modeli tam olarak nasıl görünmektedir? Ve orantılılık ilkesi soruşturma ve kovuşturma yetkililerinin günlük uygulamalarını nasıl ve nerede etkilemektedir? Sonuçta bu eğitim anayasa hukuku uzmanlarına değil, uygulayıcılara yöneliktir.

Öte yandan, gündelik uygulamalarda bazen yürürlükte olan yasanın uygulanışında belli bir durumun değerlendirilmesi sorunu, orantılılık ilkesinin uygulanışı bakımından ulusal yasaların kendilerinin birer engel teşkil edip etmediği sorunuyla kesişmektedir.

Birçok durumda, özellikle eylemlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından değerlendirilmesinde, bu iki mesele birbirinden tamamen ayrı tutulamazlar. Herhangi bir durum değerlendirilirken veya hakkında belli bir hükme varılırken, sadece temel haklara getirilecek olan kısıtlamaya orantılılık ilkesi bakımından ulusal yasalar tarafından izin verilip verilmediğine değil, aynı zamanda duruma göre değişiklik göstermekle beraber ulusal yasaların böyle bir müdâhaleye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi aleyhinde izin verip vermediğine ve bu konuda ne yapılabileceğine de odaklanılmalıdır. Örneğin ifade özgürlüğünün ihtilaf altında bulunduğu bir yerde, sorun sadece belli şartlar altında herhangi bir ifade veya duyuru yasaklanırken böyle bir kısıtlamaya ulusal yasalar tarafından izin verilip verilmemesi değil, aynı zamanda böyle bir kısıtlamanın AİHS 10. madde ile uyuşup uyuşmamasıdır. Sözleşmeye taraf olan bütün üye devletler öyle ya da böyle yürürlükte olan ulusal yasalarının Sözleşmeyle çelişmesi ve hatta durumuna göre orantısız olması nedeniyle suçlanmıştır.

Sözleşmeye taraf olan devletlerin sayısı hesaba katıldığında, kültürlerin ve hukuk geleneklerinin arasında bulunabilecek farklardan dolayı daima saygı gösterilmesi gereken bazı yasama ve uygulama farkları ortaya çıkabilir.

Bu nedenle Sözleşme, en küçük ortak payda olarak öngörülmüştür. Sözleşmeyle oluşturulan koruma mekanizması, bazı açılardan insan haklarını güvenceye alan ulusal sistemlerin tamamlayıcısıdır. Bu bağlamda "gereklilik" kavramıyla ima edilen toplumun acil bir ihtiyacının gerçekliği bakımından ilk değerlendirmesini yapmak ulusal yetkililere düşmektedir.

Buna bağlı olarak, 10. maddenin 2. paragrafı Sözleşme Devletlerine belli bir takdir sınırı bırakmaktadır. Bu sınır hem yerel yasama organına ("yasalarda yazılı olma") hem de yargı başta olmak üzere yürürlükte olan yasaları yorumlamakla ve uygulamakla görevli tüm organlara tanınmıştır. Takdir sınırı, Mahkeme ile üye devletlerarasında çıkabilecek zarar verici bir çatışmadan kaçınabilmek için gerekli olan esnekliği sağlar ve devletlerin egemenlikleriyle Sözleşme altındaki yükümlülüklerinin dengelenmesini mümkün kılar.

Mahkemenin takdir sınırını ilk kez tartıştığı dava (Handyside v. Birleşik Krallık, 7.12.1976 tarihli hüküm, § 4849).

Takdir sınırı doktrininin gelişimi, bir tarafta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve içtihatlarıyla diğer tarafta ulusal yasaların arasındaki ilişki için önem arz etmiş olabilir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ele alınan ve uygulamada karşılaşılan davaların çoğunun AİHS ilkeleriyle yasalar arasındaki uyumsuzluklarla ilgili olmadığı da ayrıca doğrudur; bunlar daha ziyade, belli bir davada yetkililerin veya resmî görevlilerin orantılılık ilkesini uygulamış olması veya bunun tam tersi bir şekilde

söz konusu kişinin haklarını ihlal etmiş olması sorunuyla ilgilidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, normalde temel haklara yapılan müdâhaleleri böyle bir müdâhalenin meşru olup olmadığı sorusuna dayanarak incelemektedir. Müdâhalenin meşru olup olmadığının belirlenmesinde yardımcı olması için normal şartlar altında 3 soruyu cevaplandırmaktadır: 1. Yasalara uygun muydu? 2. Kamu çıkarına hizmet etmiş miydi? 3. Ölçülü müydü?

Orantılılık ilkesinin ortaya çıkmasına yardımcı olan kaynaklarından biri olarak Alman Doktrini, bu bakımdan biraz daha yakın bir ayırım yapmaktadır ki bu da söz konusu olayı değerlendirirken belli bir kolaylık sağlayabilir.

- Söz konusu eylem uygun mu veya uygun muydu?

En azından istenen sonucun teşvik edilebilir olması hâlinde eylem uygun demektir. Sonuca gerçekten ulaşılmış olması gerekli değildir.

- Söz konusu eylem gerekli mi veya gerekli miydi?

Daha az zarar veren bir yöntem veya eylem aynı sonuca yol açabilecekse söz konusu eylem gereklidir.

Yalnızca tek bir yöntemin uygun olması hâlinde eylem alternatifsizlikten dolayı gerekli olacaktır.

- Yeterliliğe (daha dar anlamıyla orantılılığa) uyulmakta mı veya uyuldu mu?

Söz konusu kişinin dezavantajıyla ulaşılmak istenen amaç arasında sağlıklı bir ilişki varsa eylem yeterli demektir.

Kişinin uğradığı zarar ve kamu çıkarı arasında herhangi bir orantısızlık olmamalıdır. Daha ziyade, hukuken korunmakta olan haklar mümkün olduğunca dengelenmelidir yani ortaya çıkan yarar ve oluşan zarar arasında meşru bir ilişki olması gerekir. Sonuç itibarıyla ulaşılmak istenen hedefle Ölçülü olmamaları hâlinde kaçınmak istedikleri zarardan daha büyük bir zarara neden olacakları için kamu kurumları tarafından bu şekilde gerçekleştirilen eylemler orantısız olacaktır.

Kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen herhangi bir eylemin orantılılığının değerlendirilebilmesi için eylemin maksadının önceden belirlenmiş olması zorunludur. Bu Orantılılığın ilk kriteridir. Ayırım yapmaksızın sağa sola ateş eden bir teröristin, bir polis tarafından vurularak öldürülmesi ölçülü olabilir. Bunun tam tersi bir durumda, sadece bir sakız çalarken yakalanmış bir çocuğun kasten vurularak öldürülmesi kesinlikle ölçülü olmaz.

4.2. Alıştırmalar

- Öğrenci sayısına bağlı olarak oluşturulacak küçük çalışma grupları, paralel olarak bir vaka üzerinde çalışmalıdır.
- Yukarıda belirtildiği gibi, sürenin sınırlı olması nedeniyle öğrencilerin tamamının her 2 vaka üzerinde çalışmasını muhtemelen mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla 1. vaka çalışması üzerinde odaklanılmasına veya 2 vaka çalışmasını farklı çalışma

gruplarına verilmesi konusu eğiticiye kalmıştır.

Dersin verilmesine ilişkin ilk deneyimlerden sonra metinlerin önceden dağıtılması düşünülebilir (en azından 2. vaka çalışmasına ait hacimli metinlerin dağıtılması düşünülebilir).

Alıştırma

AlHM'ye sunulmuş olan aşağıdaki davaları inceleyiniz.

Ne gibi sonuçlar çıkarılmalıdır (çıkarılmıştır)?

Burada Mahkemenin kararı (veya daha öncesinde ulusal mahkemenin kararı) ne olmalıdır?

Dava 1. (Buck-Almanya 28.04.2005)

Dettingen belediye yetkilileri, 1996 yılının Ağustos ayında başvuru sahibinin oğlu V.B.'ye, 21 Mayıs 1996 akşamı başvuru sahibinin şirketi olan Trincomat özel limitet şirketine ait bir araçta seyahat ederken saatte 50 km olan hız limitini saatte 28 km kadar aştığı için 120 Alman Markı (DEM) tutarında bir ceza kesmiş ve 36 DEM tutarında masraf çıkarmıştır [Yol Trafik Yönetmeliklerinde, Yönetmelik 3 § 3 (1) ve 49 § 1 (3) ve Yol Trafik Kanunu'nun 24. maddesi]. Başvuru sahibi adı geçen şirketin sahibi ve yöneticisidir.

V.B., 4 Eylül'de cezayı kesen idari karara karşı bir itiraz dilekçesi sunmuştur.

Davanın ilk duruşması, 12 Mart 1997 günü Bad Urach Bölge Mahkemesi huzurunda gerçekleşmiştir. V.B., suçsuz olduğunu savunmuş ve o gün söz konusu şirket aracını kendisinden başka 15 kişinin daha kullanmış olabileceğini ifade etmiştir. Tanık olarak çağrılan başvuru sahibi ifade vermeyi reddetmiştir ve bir aile ferdi olarak bunu yapmaya hakkı vardır. Duruşma 19 Mart 1997 gününe ertelenmiştir.

Başvuru sahibi, 13 Mart 1997 günü sabah saat 10'da bir polis memuru tarafından oğlu aleyhine yürütülen dava süreciyle ilgili olarak çalışanları hakkında ifade vermesinin istenmesi üzerine, tekrar bunu yapmak istemediğini ve hiçbir çalışanın o an itibarıyla iş yerinde bulunmadığını belirtmiştir. Aynı gün içerisinde bir polis memuru, Bad Urach Bölge Mahkemesi hâkiminin emriyle Dettingen şehrinden başvuru sahibinin oğlunun bir resmîni vermesini istemiştir. Başvuru sahibinin ilgili zamandaki çalışanları hakkında Dettingen ticaret makamında (Gewerbeamt) yapılan polis araştırmasından hiçbir şey çıkmamıştır.

Bad Urach Bölge Mahkemesi, V.B. aleyhinde yürütülen yargı sürecinin bağlamında 13 Mart 1997 günü başvuru sahibinin iş yerinin ve evinin aranabilmesi için bir izin çıkarmıştır.

Yaklaşık 10.000 sakini olan Dettingen kasabasındaki ev ve iş yerinin araması aynı gün saat 2'de yerel polis karakolundan gelen 4 polis tarafından yapılmıştır. Personel dosyaları ve çalışma saati beyannameleri gibi bazı belgelere el konulmuş ve kopyaları çıkarıldıktan sonra ertesi gün başvuru sahibine iade edilmiştir. Belgelerde 4 kadın ve 2'si erkek olmak üzere söz konusu zamanda başvuru sahibinin şirketinde

çalışmakta olan 6 kişinin daha ismi açığa çıkmış ve ayrıca başvuru sahibinin başka bir akrabasının daha hız sınırı aşıldığında şirket aracını kullanıyor olabileceği saptanmıştır. Başvuru sahibi aramaya itiraz etmiş ve avukatının da yardımıyla, arama izninin çıkarıldığı 13 Mart 1997 günü arama ve el koyma iznine karşı bir itiraz dilekçesi sunmuştur.

Başvuru sahibi, Bad Urach Bölge Mahkemesinin emriyle iş yerinin ve evinin aranmasının, aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkını ihlal etmesinden şikâyetçi olmuştur. Özellikle, üçüncü bir kişi tarafından belli bir yönetmeliğin ihlali sonucu yürütülen bir soruşturma kapsamında yapılan aramanın orantısız olduğunu savunmuştur. Sözleşmenin 8. maddesine istinat etmiştir.

- a. AİHS kapsamındaki temel haklara herhangi bir müdâhale söz konusu mudur?
- b. Öyle olması hâlinde mevcut durum için meşru mudur?

İlgili Ulusal Kanun

Şikâyet konusu olan arama, Karayolu Trafik Kanunu'nu (Straßenverkehrsgesetz) ihlal eden bir suçla ilgili soruşturma bağlamında yapılmıştır. Karayolu Trafik Yönetmeliklerinden 3. Yönetmelik (Straßenverkehrsordnung) hız sınırlarıyla ilgilidir. Yönetmeliğin 3(1) nolu alt bölümüne göre şehir içi hız sınırı saatte 50 km olarak belirlenmiştir. Yönetmeliğin 49 § 1 (3) sayılı maddesi uyarınca 3 nolu yönetmeliğin ihlal edilmesi hafif/adi suç (Ordnungswidrigkeit) sayılmaktadır; Karayolu Trafik Kanunu'nun 24. maddesine göre böyle bir suç para cezası ile cezalandırılabilir.

Hafif/adi suçlar konusu yönetmeliklerin ihlal edilmesine dair Kanun (Ordnungswidrigkeitengesetz) çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu tip suçların önem derecesi düşüktür ve dolayısıyla Alman Hukukuna göre cezai suçlar kategorisinden çıkarılmıştır. Bu suçlar, cezai suçlara uygulanan kurallardan ziyade kısmî olarak özel kurallara tabidir. Yönetmeliklerin ihlal edilmesine dair Kanun'un 46(1) no.lu maddesine göre, ceza usûlünü düzenleyen genel hukuk hükümleri –özellikle Ceza Muhâkemesi Kanunu– yönetmelik ihlalleriyle ilgili usûle benzer şekilde uygulanabilir ancak bahse konu, kanundaki istisnâlar geçerlidir.

Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun (Straf-prozessordnung) 103. maddesine göre, cezai bir suç işlediğine dair hakkında herhangi bir şüphe bulunmayan bir kişinin evinin veya o kişiye ait başka yerlerin aranması ancak hakkında suç isnat edilen bir kişinin yakalanması, suç delillerinin araştırılması veya belirli eşyalara el konulması amacıyla gerçekleştirilebilir; böyle bir aramada ilgili kişi, delili veya nesnelerin aranacak yerde bulunduğunu gösteren bilgilerin olması şarttır. Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun 105. maddesi uyarınca arama emri ancak hâkim tarafından verilebilir; ivedilik arz eden durumlarda (Gefahr im Verzug) ise bu emir savcı veya savcılık yetkilileri tarafından da verilebilir. Bir konut veya işyerinin hâkim veya savcı olmaksızın aranması için aramaya bir belediye görevlisi veya aramanın yapılacağı belediyeliğe kayıtlı iki mukimin katılması talep edilecektir.

Dava 2. (Kucera v. Slovakya 17.07.2007)

Başvuru sahibi, Považská Bystrica Bölgesindeki polis biriminin müdürüdür. Başvurusu kendisi aleyhinde açılan ceza davasıyla ilgilidir ve bu davanın şartları aşağıda açıklanmaktadır.

a. Polis Tarafından Başvuru Sahibinin Apartman Dairesine Girilmesi

{ } Başvuru sahibine göre, 17 Aralık 1997 sabahı saat 6'da, maskeli ve silahlı birkaç polis bir baskın yapmış ve kendi izni olmaksızın evine girmiştir. Polisler, başvuru sahibi ve karısına bir polis müfettişinin kararını göstermişlerdir. Karar 17 Aralık 1997 tarihli ve başka birkaç kişiyle birlikte kendisini para sızdırmakla suçlamaktadır. Müfettiş, şüphelinin bir limitet şirket sahibini, şirketteki hisselerini ve arabasını üçüncü bir şahsa aktarmaya zorladığından şüphelenmiştir.

Hükümete göre polis, başvuru sahibinin kapısına gelmiş ve başvuru sahibinin izniyle içeri girmiştir. Ziyaretlerinin maksadı ise müfettişin kararını başvuru sahibi ve karısına bildirmek olmuştur.

Başvuru sahibi, Žilina Bölgesel Soruşturma Bürosu'na getirilmiştir. Başvuru sahibinin karısına çocuğunu kreşe götürmesi için izin verilmiştir ve daha sonra kendisi de Bölgesel Soruşturma Bürosuna götürüldükten sonra Başvuru sahibiyle birlikte sorgulamaları yapılmıştır. Başvuru sahibi 18 Aralık 1997 sabahı saat 5'e kadar bir hücrede tutulmuş ve bir savcının emriyle serbest bırakılmıştır.

19 Aralık 1997 günü Žilina Polis Müdâhale Birimi'nde görevli bir memur tarafından 17 Aralık 1997 günü başvuru sahibinin evine yapılan ziyaret hakkında bir rapor düzenlenmiştir. Raporda ziyaretin maksadına ulaştığı ve başvuru sahibinin Bölgesel Soruşturma Bürosu'na götürüldüğü belirtilmiştir. Herhangi bir zorlayıcı tedbire başvurulması gerekmemiş, kimse yaralanmamış veya zarar görmemiştir.

Başvuru sahibi, 4 Şubat 1998 günü 17 Aralık 1997 günü gerçekleşen olayla ilgili bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. Şikâyet, İçişleri Bakanlığına bağlı Polis Teşkilatı Denetim Birimine aktarılmıştır.

Başvuru sahibi, 5 Mart 1998 günü soruşturmayı yürüten müfettişe, kapıyı açtıktan sonra polisin evine herhangi bir arama izni olmadan girdiğini ifade etmiştir. Kendisine bir zarf vermişler ve kendi izni olmadan evde çevrelerine bakmışlardır.

Başvuru sahibinin karısı, 22 Nisan 1998 günü sorgulanmıştır Polis geldiğinde kendisinin uyumakta olduğunu belirtmiştir. Kocası kapıyı açtıktan sonra polisler ne olduğunu ve ne istediklerini sorduğunu duymuştur. Kendisi de kapıya gitmiş ve ikisi maske takmış olan dört polisin koridorda olduğunu görmüştür. Kendisinden bir belgeyi imzalaması istenmiştir. Sonrasında ise maskeli polisler kocasıyla birlikte ayrılmış ve sivil kıyafetleri bulunan diğer iki polis ise kreşe giderken kendisiyle gelmeden önce apartmanda kalmışlardır. Memurlar daha sonra kendisini Bölgesel Soruşturma Bürosuna götürmüşlerdir. Herhangi bir güç kullanılmamıştır. Kocasının polisler eve girme izni verdiğini duymadığını söylemiştir.

Müfettiş, 17 Aralık 1997 günü başvuru sahibinin evine giden polislerden üçünün ifadesini almıştır. Polis Müdâhale Biriminden Memur B., başvuru sahibinin suçlamayı okumak ve üstünü giyinmek için izin istediğini belirtmiştir. Ceza takibini yürüten polisler de bunun üzerine içeri girip giremeyeceklerini sormuşlardır. Memur B.'ye göre başvuru sahibi buna olumlu yönde cevap vermiştir. Ceza takibinden iki polis ve müdâhale biriminden de iki polis apartmana girmiştir. Memur M., 24 Nisan 1998 günü başvuru sahibinin kendilerini evinin koridoruna davet ettiğini zira kendileriyle ön kapıda ilgilenmek istemediğini belirtmiştir. Polisler hem başvuru sahibine hem de

karısına suçlamayı tebliğ etmiştir. Güç kullanmamışlar ve apartmanı aramamışlardır. Son olarak da 26 Mayıs 1998 günü Baş Komiser B., bütün meselenin bir yanlışlıktan ibaret olduğunu düşündüğü için başvuru sahibinin kendilerini içeri davet ettiğini ifade etmiştir. Herhangi bir arama yapılmamıştır.

Polis Teşkilatı Denetim Birimi, 28 Mayıs 1998 günü başvuru sahibinin 17 Aralık 1997 günü evine polislerin girmesiyle ilgili şikâyetini geri çevirmiştir. Karar başvuru sahibi, karısı ve olayda yer alan polislerden üçünün açıklamalarına dayandırılmıştır. Denetim Birimi, herhangi bir suçun işlenmiş olduğuna dair delil olmadığı sonucuna varmıştır.

b. Cezai İşlemler ve Başvuru Sahibinin Tutukluluk Hâlinin Devamı

Polis, 19 Aralık 1997 günü başvuru sahibini bir kez daha gözaltına almıştır. Trenčín İlçe Mahkemesinden bir hâkim, 20 Aralık 1997 günü 19 Aralık 1997 gününden itibaren başlamak üzere tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir. Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun 67. maddesi § 1(b) referans gösterilmiştir.

Hâkimin tespitine göre mağdur Bay R., fiziksel tasfiye tehditleri de dâhil olmak üzere şüphelinin işlediğini iddia ettiği suçları ayrıntılarıyla anlatmıştır. Bu ifadelerin tümüyle asılsız olduğunu gösteren herhangi bir şey yoktur. Dolayısıyla Hâkim, mağdur olduğu iddia edilen kişi üzerinde daha fazla baskı kurmalarını önlemek adına şüphelilerin tutuklu kalmalarının gerekli olduğunu düşünmüştür.

Trenčín Bölge Mahkemesi, 27 Ocak 1998 günü başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devamı kararına karşı yaptığı şikâyeti geri çevirmiştir. Tespit edilene göre, başvuru sahibinin ve kendisiyle birlikte suçlanmakta olan şüphelilerin iddia edilen eylemleri mağdur olduğu iddia edilen kişi ve birkaç tanık tarafından ayrıntılarıyla anlatılmıştır. Hem bu suçlamaların ciddi niteliği hem de daha fazla delil gerekmesi soruşturmanın tehlikeye düşmemesi adına şüphelilerin serbest bırakılmaması kararını haklı çıkarmıştır.

Başvuru sahibi, 25 Şubat 1998 tarihli bir mektupla serbest kalmayı istemiştir. Mevcut delillerin mağdur olduğu iddia edilen kişi tarafından başvuru sahibine yöneltilen suçlamaların asılsız olduğunu gösterdiğini savunmuştur.

Serbest bırakılma talebi, 5 Mart 1998 tarihli olarak Trenčín Bölge Savcılığı tarafından kayda geçirilmiştir. Savcı, başvuru sahibini serbest bırakmayı reddetmiş ve talebi aynı gün içerisinde Trenčín İlçe Mahkemesine göndermiştir.

Trenčín İlçe Mahkemesi, 12 Mart 1998 günü mevcut delillerin mağdur olduğu iddia edilen kişinin suçlamalarının asılsız olduğunu göstermemesi ve Ceza Muhâkemesi Kanunu 67. madde § 1(b) kapsamında başvuru sahibinin tutukluluğunun hala gerekli olması nedeniyle talebi reddetmiştir. Karar, başvuru sahibi ve avukatına sırasıyla 18 ve 19 Mart 1998 tarihlerinde tebliğ edilmiştir.

Başvuru sahibi, 23 ve 26 Mart 1998 tarihlerinde bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. İddiasına göre, soruşturma uzun süredir devam etmesine rağmen kendisine karşı doğrudan bir delil elde edilmemiştir. Başvuru sahibi, kendisine herhangi bir baskı yapmamış olduğunu doğrudan belirtmiş olan mağdur olduğu iddia edilen kişinin önünde çapraz sorguya alınmıştır.

Dosya, 2 Nisan 1998 günü Trenčín Bölge Mahkemesine gönderilmiştir. Trenčín Bölge Mahkemesi, 12 Mayıs 1998 günü başvuru sahibinin talebini geri çevirirken, gerekçe olarak İlçe Mahkemesinin kararını göstermiştir. Ayrıca başvuru sahibinin 19 Ocak 1998 günü cezaevinden karısına gizlice bir mektup yollama girişiminde bulunmuş olması gerekçesiyle tutukluluğunun gerekli olduğunu da eklemiştir. Karar başvuru sahibine 28 Mayıs 1998 günü tebliğ edilmiştir.

Trenčín İlçe Mahkemesinde ceza davalarına bakan iki hâkimden biri olan Hâkim, T. 8 Haziran 1998 günü Mahkeme başkanına daha önce mağdur olduğu iddia edilen kişinin avukatlığını yapmış olduğu ve başvuru sahibinin kendisi ve karısıyla temasını sürdürdüğü için çıkar çatışması içerisinde olduğunu bildirmiştir.

Hâkim, Ceza Muhâkemesi Kanunu 30. madde § 4 gereğince başka bir hâkimle değiştirilmesini kabul ettiğini belirtmiştir. Hâkim T., 18 Haziran 1998 günü Trenčín Bölge Mahkemesinden resmî olarak affını istemiştir. Bölge Mahkemesi, 7 Temmuz 1998 günü talebi kabul etmiştir. Kararda Hâkim T.'nin başvuru sahibinin serbest bırakılma talebinin bir karar vermesi için kendisine gönderilmesinden sonra affını istediği belirtilmiştir.

Bu arada 13 Haziran 1998 günü İlçe Mahkemesinde ceza davalarına bakan başka bir hâkim olan Hâkim S., başvuru sahibi ve kendisiyle birlikte suçlanmakta olan diğer dört şüphelinin tutukluluk süresini 19 Aralık 1998 tarihine kadar uzatmıştır. Başvuru sahibi bakımından, kararda cezaevinden karısına gizlice mektup göndermeye çalıştığı belirtilmiştir. Karısı ise savcının veya soruşturmayı yürüten yetkilinin önceden izni olmaksızın ve davaya bakan hâkimin yokluğunda Trenčín Bölge Mahkemesine giderek dosya hakkında bilgi almıştır. Şüphelinin tanıklara veya kendisiyle birlikte suçlanmakta olan şüphelilere karışma ve davayla ilgili soruşturmaya engel çıkarma riski bulunmuştur.

Başvuru sahibi, 13 Haziran 1998 günü tutukluluk süresini uzatan hâkimin, o an itibarıyla diğer hâkimin henüz davadan çekilme talebinin işleme konmamış olması sebebiyle davayla ilgilenme yetkisinin bulunmamasından şikâyetçi olmuştur.

Başsavcılık, 22 Eylül 1998 günü başvuru sahibinin tutukluluğunun uzatılmasına ilişkin olarak 13 Haziran 1998 tarihinde alınan kararın Ceza Muhâkemesi Kanunu 71. madde § 1 uyarınca alınmış olduğunu tespit etmiştir. Bu meyanda, mektupta Trenčín İlçe Mahkemesi başkanının Ceza Muhâkemesi Kanunu 30. madde § 4 uyarınca dosya üzerinde işlem yapmak için herhangi bir neden göremediği ve bu nedenle 18 Haziran 1998 günü hâkimin davadan çekilmesine izin verilmesini istediği belirtilmiştir. Başvuru sahibinin tutukluluk halinin uzatılması kararı ve hâkimin davadan çekilme talebiyle ilgili karar birbirlerinden tamamen bağımsız bir şekilde alınmış kararlardır ve davayı herhangi bir şekilde etkilememiştir.

Hükümet ise 16 Ocak 2004 tarihinde Trenčín İlçe Mahkemesi Başkanı tarafından verilen bir ifadeyi sunmuş ve esasa ilişkin zamanda Trenčín İlçe Mahkemesinde ceza davalarına yalnızca Hâkim T. ve S.'nin bakmakta olduğunu belirtmiştir. Savcının başvuru sahibi ve kendisi dışındaki şüphelilerin tutukluluk sürelerinin uzatılması önerisi, İlçe Mahkemesi Başkanı tarafından 1998 yılı için çıkarılan çalışma programı doğrultusunda Hâkim S.'nin kısmında yeni bir kayıt olarak alınmıştır.

Dosyaya 4Tp 41/98 numarası verilmiştir. Hâkim S., öneri üzerindeki hükmünü 13 Haziran 1998 tarihinde vermiştir.

Hâkim T. bakımından ise, başvuru sahibinin serbest bırakılma talebinin incelenmesi yalnızca kendisine düşmüştür. Dosyanın kaydı 3Tp 42/98 numarasıyla yapılmıştır. Başvuru sahibi aleyhindeki ceza davasından Hâkim T.'nin tamamen çekilmesinin ardından, başvuru sahibinin serbest bırakılma talebi Hâkim S.'ye gönderilmiştir.

Bu konudaki uygulama, başvuru sahibi ve kendisi dışındaki şüpheliler aleyhindeki ceza kovuşturması başlamadan önce İlçe Mahkemesinin üzerinde karar almasını gerektiren her yeni talebin ayrı ayrı kaydedilmesidir. Bunun sonucu olarak da farklı hâkimler aynı şüpheliyle ilgili çeşitli meseleler hakkında karar almışlardır.

Trenčín İlçe Mahkemesi, 26 Temmuz 1998 günü başvuru sahibinin serbest bırakılma talebini 20 Aralık 1997 ve 13 Haziran 1998 tarihli kararlarında açıklanan nedenlerden dolayı geri çevirmiştir. Karar, başvuru sahibinin tutukluluğu hakkında 26 Nisan 1998 günü Başsavcılığa yaptığı şikâyetle ilgili olarak alınmıştır. Şikâyet, bir serbest bırakılma başvurusu olarak görülmüş ve 5 Haziran 1998 günü karara bağlanması için Trenčín İlçe Mahkemesine gönderilmiştir.

Başvuru sahibi, 11 Ağustos 1998 günü yeni bir serbest bırakılma talebinde bulunmuştur. Davanın şartlarına ve bazı tanıkların ifadelerine değinerek, kendisine karşı herhangi bir delilin bulunmadığını iddia etmiştir. Mağdur olduğu iddia edilen kişiyi tehdit etmiş olduğunu gösteren herhangi bir şey yoktur. Cezaevinden karısına yollamaya çalıştığı mektubun içeriği tamamen kişiseldir ve ceza kovuşturmasının üzerinde herhangi bir dayanağı yoktur. Karısı ise Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca Bölge Mahkemesinin iki çalışanın huzurunda dava dosyası hakkında bilgi edinmiştir.

Savcı talebi 28 Ağustos 1998 günü Trenčín İlçe Mahkemesine göndermiş ve talep 10 Eylül 1998 günü geri çevrilmiştir. Karar, 21 Eylül 1998 günü tebliğ edilmiştir. Kararda davanın karışık olduğu ve mevcut delillerin mağdur olduğu iddia edilen kişinin, başvuru sahibinin serbest kalması hâlinde tanıklara müdâhale edebileceğine dair korkusunun hak verilebilir olduğunu gösterdiği belirtilmiştir.

Başvuru sahibi, 25 ve 29 Eylül 1998 günü sunduğu şikâyetinde, kendisi aleyhindeki suçlamalarla ilgili yürütülen soruşturmanın sona erdiğini, tanıkların dinlenmiş olduğunu ve kendisinin tanıklara müdâhale etmeye çalışmış olduğunu gösteren hiçbir şeyin olmadığını iddia etmiştir.

Trenčín Bölge Mahkemesi, 5 Kasım 1998 günü başvuru sahibinin talebini reddetmiştir. Bölge Mahkemesinin görüşüne göre, toplanan deliller başvuru sahibinin suçlanmakta olduğu suçları işlemiş olduğuna dair şüpheleri zayıflatmamıştır. Söz konusu suçun ciddi niteliği ve suçun organize bir grup tarafından işlenmiş olabileceği ihtimâli, Ceza Muhâkemesi Kanunu 67. madde § 1(b) kapsamında başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devamının gerekli olduğuna dair alınan kararı meşru kılmıştır. Dosya 22 Aralık 1998 günü İlçe Mahkemesine geri gönderilmiştir. Bölge Mahkemesinin 5 Kasım 1998 tarihli kararı başvuru sahibine 15 Şubat 1999 günü tebliğ edilmiştir.

Başvuru sahibi 16 Kasım 1998 günü, Trenčín Bölge Savcılığından Ceza

Muhâkemesi Kanunu 23. madde § 1 gereğince kendisi ve karısı aleyhindeki suçlamaların ayrı bir dava dosyasında görülmesi talebinde bulunmuştur. Dava sürecinde diğerleriyle ilgili başka birkaç suçlamanın inceleme altında olduğunu açıklamıştır. Bunun sonucu olarak da, birkaç aydır başvuru sahibinin aleyhindeki suçlamaların soruşturulmasıyla ilgili herhangi bir ilerleme kaydedilmemiştir. Kendisine yönelik suçlamaların soruşturulması Ekim 1998'de sona erdiğinden, tutukluluk hâlinin devamı için hiçbir neden yoktur.

Trenčín İlçe Mahkemesi, 4 Aralık 1998 günü başvuru sahibinin 23 Kasım 1998 günü yaptığı serbest bırakılma talebini reddetmiştir. Hâkimin tespitine göre, başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devamı için yukarıdaki kararlarda açıklanan nedenler hâlâ geçerlidir. Söz konusu suçlar ciddi olmakla beraber organize bir suç kapsamında işlenmiş olduğu şüphesi mevcuttur. Karar 15 Aralık 1998 günü tebliğ edilmiştir.

Trenčín Bölge Mahkemesi, 9 Şubat 1999 günü başvuru sahibinin İlçe Mahkemesinin kararına 18 Aralık 1998 günü yaptığı itirazı reddetmiştir. Bölge Mahkemesinin kararı başvuru sahibine 25 Şubat 1999 günü tebliğ edilmiştir.

Bu arada, Trenčín İlçe Mahkemesi, 7 Aralık 1998 günü başvuru sahibi ve kendisiyle birlikte şüpheli olarak bulunan dört kişinin tutukluluk süresini 9 Haziran 1999 tarihine kadar uzatmıştır. Kararda, davanın karışık olduğu ve olaya karışanların başka suçlardan dolayı da şüpheli bulundukları belirtilmiştir. Konuyla ilgili gerçeklerin belirlenebilmesi için Alman yetkililerle işbirliğine gidilmesi gerekli olmuştur. Şüphelinin tanıklara müdâhale etme veya davayla ilgili soruşturmaya engel çıkarma riski bulunmaktadır. Karar şüphelilerin tutukluluğuyla ilgili önceki kararlara değinmiştir. Başvuru sahibinin tutukluluğunun devamıyla ilgili kesin bir gerekçe sunmamıştır.

Başvuru sahibi, 16 Şubat 1999 günü yeni bir serbest bırakılma talebinde bulunmuştur. Savcı talebi 3 Mart 1999 günü Trenčín İlçe Mahkemesine göndermiştir. İlçe Mahkemesi talebi, 16 Mart 1999 günü geri çevirmiştir. Kararda şüphelilerden birinin Çek Cumhuriyeti'nde gözaltına alındığı ve Slovakya'ya iadesinin yapılacağı belirtilmiştir. Başvuru sahibinin şüpheli olarak bulunduğu suç faaliyetinin soruşturulması da dahil olmak üzere daha fazla soruşturma yürütülmesi gerekmektedir. Nihai karar 26 Mart 1999 günü alınmıştır.

Bu arada, 25 Mart 1999 günü başvuru sahibi bir kez daha serbest bırakılma başvurusunda bulunmuştur. Bölge Savcılığı 6 Nisan 1999 günü, en son başvurusuyla ilgili nihai kararın alınmasından sonra on dört gün geçene kadar Ceza Muhâkemesi Kanunu 72. madde § 2 gereğince yeniden başvuru yapamayacağını kendisine bildirmiştir.

Başvuru sahibi 15 Nisan 1999 günü yeni bir serbest bırakılma talebinde bulunmuştur. İncelenmekte olan suçlara karıştığını gösteren herhangi bir şeyin olmadığını savunmuştur.

Savcı serbest bırakılma başvurusuyla birlikte dosyayı 16 Nisan 1999 günü Trenčín İlçe Mahkemesine göndermiştir. İlçe Mahkemesi, 20 Nisan 1999 günü talebi geri çevirirken, başvuru sahibinin tutukluluk halinin devamının Ceza Muhâkemesi Kanunu 67. madde § 1(b) uyarınca gerekli olduğu görüşünü benimsemiştir. Başvuru sahibi, 26 Nisan 1999 tarihinde bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. Davayla ilgili

soruşturmanın sona erdiğini savunmuştur. Dosya 20 Mayıs 1999 günü Trenčín Bölge Mahkemesine gönderilmiştir. Bölge Mahkemesi 10 Haziran 1999 günü şikâyeti geri çevirmiştir.

Bu arada, 11 Mayıs 1999 günü başvuru sahibi ve avukatı dosyayı incelemişlerdir. Savcı 9 Haziran 1999 günü Banská Bystrica Bölge Mahkemesi huzurunda başvuru sahibi, karısı ve başka yedi kişinin hakkındaki iddianameyi okumuştur. Başvuru sahibi ve karısı, organize bir grubun üyeleri olarak para sızdırmakla suçlanmışlardır. İddianamede başvuru sahibi veya karısını ilgilendirmeyen 9 başka suça daha yer verilmiştir.

Banská Bystrica Bölge Mahkemesi, 23 Haziran 1999 tarihinde başvuru sahibinin serbest bırakılma talebini reddetmiştir. Başvuru sahibi, 30 Haziran 1999 tarihinde bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. Sonuçta yurt dışında bulunan mağdur taraf Bay R.'yi tehdit etmediğini iddia etmiştir. Tutukluluk halinin devamı için geçerli bir neden yoktur.

Banská Bystrica Bölge Mahkemesi, 16 Eylül 1999 tarihinde başvuru sahibinin serbest bırakılma talebini bir kez daha reddetmiştir. Karar, başvuru sahibinin kendisini 4 Mart 1997 tarihinde tehdit ettiğine dair Bay R. tarafından verilmiş bir ifadeye değinmiştir.

Başvuru sahibi, 19 Aralık 1999 günü tutukluluğundan serbest bırakılmıştır. Tutuklu bulunduğu süre boyunca, 29 Ocak 1999 tarihine kadar karısı tarafından ziyaret edilmesine izin verilmemiştir. Bunun öncesinde de başvuru sahibi ve karısının avukatı, 6 Mayıs 1999 günü gerekmesi hâlinde soruşturma yetkililerinden birinin eşliğinde müvekkillerinin görüşebilmesine izin verilmesi talebinde bulunmuştur. Başvuru sahibinin karısıyla uzun süredir görüşmemesinden doğan mağduriyete ve söz konusu suçlara yönelik yürütülen soruşturmanın fiilen sona ermiş olmasına değinilmiştir.

Başvuru sahibinin karısı, 11 Şubat 1999 günü başvuru sahibini 24 Şubat 1999 tarihinde ziyaret edebilmek için yaptığı izin talebinin reddedilmesine itiraz etmiştir. Soruşturmayı yürüten yetkili tarafından başvuru sahibini ve karısını daha fazla sorgulamayı düşünmediği yönünde 15 Ocak 1999 tarihinde verilen ifadeye değinmiştir.

Banská Bystrica Bölge Mahkemesi, 28 Ocak 2000 tarihinde para sızdırma suçunu işlediklerinin gösterilememiş olmasından dolayı Ceza Muhâkemesi Kanunu 226. madde (c) gereğince başvuru sahibi ve karısının beraatına karar vermiştir. Mahkeme diğer sanıklardan yedisini mahkûm etmiştir.

Yüksek Mahkeme, 7 Şubat 2001 günü Banská Bystrica Bölge Mahkemesinin 28 Ocak 2000 tarihli hükmünün ilgili kısmını bozmuştur. Yüksek Mahkeme başvuru sahibi ve karısının eylemlerinin suç teşkil etmediği görüşünü benimseyerek, Ceza Muhâkemesi Kanunu 226. madde (b) gereğince beraat etmelerine karar vermiştir.

a. Başvuru sahibi, polisin evine yasaya aykırı bir şekilde girmesinden ve tutukluluk hâlinin devamı süresince karısıyla görüşmesine müsaade edilmemesinden şikâyetçi olmuştur.

Haklı mıdır ve haklıysa bunun bir sonucu olması gerekir midir?

b. Başvuru sahibi, tutukluluk halinin fazla uzun sürmüş olduğundan şikâyet etmektedir. Sözleşmenin 5. maddesi § 3 kapsamında bir ihlalin mevcut olduğunu iddia etmektedir.
Haklı mıdır?

c. Başvuru sahibi aynı zamanda 25 Şubat 1998, 11 Ağustos 1998 ve 23 Kasım 1998 tarihlerinde tutukluluk hâlinde serbest bırakılmasına dair yaptığı taleplerin hızlı bir şekilde karara bağlanmamış olduğundan şikâyetçidir.

Haklı mıdır ve haklıysa bunun bir sonucu olması gerekir mi?

Konuyla İlgili Yerel Yasa Ve Uygulamalar (Dava 2)

Ceza Muhâkemesi Kanunu

Madde 23 § 1 tarafından verilene göre, belli bir kovuşturmayı hızlandırmak maksadıyla veya başka önemli herhangi bir nedenle, belli bir suç veya şüpheli için yürütülen kovuşturma ayrı bir dava olarak yürütülebilir.

Madde 67 § 1(b) gereğince bir şüpheli, yalnızca serbest bırakılması hâlinde tanıklara veya diğer şüphelilere müdâhale edebilmesi veya davayla ilgili gerçeklerin soruşturulmasına engel çıkarabilmesi için somut gerekçelerin mevcut olması hâlinde tutuklu bulundurulabilir.

Madde 71, yargılama öncesinde ve yargılama sürecindeki tutukluluk süresine sınırlama getirmektedir. Eğer yargılama öncesi tutukluluk hali altı aydan uzun sürerse ve eğer sanığın serbest bırakılması ceza soruşturmasının amacına engel teşkil eder veya zarar verirse, hâkim, savcının başvurusu üzerine, tutukluluk süresini bir yıla kadar uzatabilir; iki yıldan uzun olmamak üzere bu sürenin daha fazla uzatılmasına ancak bir mahkeme kararıyla karar verilebilir.

Madde 72 § 2 başvuru sahibine serbest bırakılması için herhangi bir zamanda başvuru yapabilme hakkını vermektedir. Savcı, böyle bir başvuruyu dava başlamadan önce geri çevirirse, onu doğruca mahkemeye göndermelidir. Serbest bırakılmakla ilgili bir talebin kararı gecikmeksizin alınmalıdır. Serbest bırakılmasını haklı gösteren yeni bir gerekçe sunmadıkça, bir şüpheli başvurusunun reddedilmesiyle ilgili nihai kararın alınmasının ardından ancak 14 gün sonra yeni bir başvuru yapabilmektedir.

Medeni Kanun

Bir kişinin saygınlığının, şerefine, itibarının ve iyi isminin korunması hakkı Medeni Kanun'un 11. maddesi ve sonrasındaki hükümlerle güvence altındadır.

11. maddeye göre tüm gerçek kişiler, kişiliğinin, özellikle yaşamının ve sağlığının, medeni ve insan saygınlığının, mahremiyetinin, isminin ve kişisel özelliklerinin korunması hakkına sahiptir.

Madde 13 § 1 gereğince tüm gerçek kişiler, kendi haklarının haksız yere ihlal edilmesinin önlenmesini talep etme, böyle bir ihlalden doğan zararlarını karşılatma ve

uygun bir şekilde tazmin edilme hakkına sahiptir.

1993 Tarihli Polis Teşkilatı Kanunu

Madde 8(1) gereğince, polis memurları kendi görevlerini yerine getirirken başkalarının şerefine ve saygınlığına saygı göstermekle yükümlüdür. Eylemlerinin maksadını gerçekleştirmek isterken, zarar vermekten ve kişilerin hakkına gereğinden fazla bir şekilde müdâhale etmekten kaçınmaları gerekmektedir. 8. maddenin 2. paragrafı gereğince, bir polisin eylemi kişinin herhangi bir hakkına müdâhale içeriyorsa, kişiye haklarının mümkün olduğunca çabuk bir şekilde bildirilmesi gerekmektedir.

Madde 29(1), başka durumlarla birlikte bir kişinin hayatının risk altında olduğu veya ciddi bir suçun failinin herhangi bir mekanda bulunduğu fakat dışarı çıkması emrine uymadığı yerlerde, polise bir tehlikeyi önleme maksadıyla tedbir almak adına evlere girme izni vermektedir. 29. maddenin 3. paragrafı, söz konusu kişinin yaşamı veya sağlığı tehlike altında bulunmadıkça veya durumun şartları gecikmeye izin vermedikçe, böyle bir eylemin tarafsız üçüncü bir şahsın eşliğinde gerçekleştirilmesini gerektirmektedir.

1993 Tarihli Tutukluluk Hâlinin Devamı Yasası

Esasa ilişkin zamanda yürürlükte olan 1993 tarihli Tutukluluk Hâlinin Devamı Yasası (Zákon o výkone vázby) Madde 10 gereğince, başka nedenler de bulunmakla beraber Ceza Muhâkemesi Kanunu 67. madde § 1(b) kapsamındaki nedenlerden dolayı tutuklu bulunan bir kişi, yalnızca söz konusu davayla ilgilenen yetkili bir makamın önceden sağladığı yazılı bir izinle ziyaret edilebilmektedir.

4.3. Değerlendirme ve Geribildirim

Orantılılık İlkesi ile İlgili AİHM Kararları Listesi (2009 Yılına Kadar)

Murray v. the United Kingdom, 14310/88, 28 October 1994.

Dalan v. Turkey, 38585/97, 7 June 2005.

Fahriye Caliskan v. Turkey, 40516/98, 2 October 2007.

Ploski v. Poland, 26761/95, 12 November 2002.

Labita v. Italy [GC], 26772/95, 6 April 2000.

Roemen and Schmit v. Luxembourg, 51772/99, 25 February 2003.

Buck v. Germany, 41604/98, 28 April 2005.

Smirnov v. Russia, 71362/01, 7 June 2007.

Kucera v. Slovakia, 48666/99, 17 July 2007.

Andre and others v. France, 18603/03, 24 July 2008.

Keegan v. the United Kingdom, 28867/03, 18 July 2006.

Z v. Finland, 22009/93, 25 February 1997.

S. and Marper v. the United Kingdom [GC], 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008.

Craxi v. Italy (No. 2), 25337/94, 17 July 2003.

Worm v. Austria, 22714/93, 29 August 1997.

News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 31457/96, 11 January 2000.

Dabrowski v. Poland, 18235/02, 19 December 2006.

Dupuis and others v. France, 1914/02, 7 June 2007.

Falk v. the Netherlands (dec.) 66273/01, 19 October 2004.

Kyprianou v. Cyprus [GC], 73797/01, 15 December 2005.

Saday v. Turkey, 32458/96, 30 March 2006.

Panovits v. Cyprus, 4268/04, 11 December 2008.

Cordova v. Italy (No. 1), 40877/98, 30 January 2003.

Krombach v. France, 29731/96, 13 February 2001.

Poitrimol v. France, 14032/88, 23 November 1993.

July and Sarl Liberation v. France, 20893/03, 14 February 2007.

ARAMA VE EL KOYMA TEDBİRLERİ

Ders Planı

- 5.1. Çalışmanın Amacı ve Niteliği
 - 5.2. Arama ve Elkoyma Koruma Tedbirlerinin Uluslararası Belgeler ve Ulusal Mevzuattaki Temelleri
 - 5.3. Arama
 - 5.3.1. Kavram
 - 5.3.2. Aramanın Amaçları
 - 5.3.3. Arama Türleri
 - 5.4. El Koyma
 - 5.4.1. Kavram
 - 5.4.2. Türleri
 - 5.4.3. Hukuka Aykırı Elkoyma Nedeniyle Tazminat
- Yargıtay Kararlarından Örnekler**

Ders Planı - Arama ve El Koyma Tedbirleri

Ders Konusu: Genel olarak arama-tanımı-niteliği-amacı-iç hukukta ve uluslararası belgelerde aramaya ilişkin düzenlemeler.

Derste Kullanılacak Araçlar:

- Power-Point sunumu
- Hazırlanmış ders materyali

Dersin Amacı:

Dersin sonunda kursiyer;

- Genel olarak arama koruma tedbirinin tanımını, niteliğini ve amacını saptar. Bu şekilde diğer koruma tedbirlerinden farkını ortaya koyar.
- Arama koruma tedbirinin amacına uygun bir biçimde kullanılabilmesinin önemini açıklar.
- Arama koruma tedbirinin ulusal mevzuat ve uluslararası belgelerdeki temellerini dikkate alır.

Derste Kullanılacak Yöntem:

- Konunun power-point eşliğinde sunulması
- Her konuya ilişkin örnekler verilmesi
- Katılımcıların değerlendirme, sorularının alınması sûretiyle konuların tartışmaya sunulması

Dersin İşleniş Süreci:

- Giriş olarak arama koruma tedbirinin kavramsal açıklaması yapılır. Bu şekilde benzer kavramlardan farkları ortaya konulur.
- Arama koruma tedbirinin amacı ve niteliği açıklanır. Bu amaç ve niteliğe bağlı sonuçlar üzerinde durulur.
- İç hukukta ve uluslararası belgelerde aramaya ilişkin düzenlemeler açıklanır ve düzenlemelerin tutuklamayı ele alış biçimi hakkında bilgi verilir.

Ders Planı - Arama türleri**Önleme (İdarî) Araması-Önleme Aramasının Koşulları****Derste Kullanılacak Araçlar:**

- Power-Point sunumu
- Hazırlanmış ders materyali

Dersin Amacı:

Dersin sonunda kursiyer;

- Aramanın türleri hakkında bilgi sahibi olur.
- Önleme aramasının koşullarını değerlendirir.
- Önleme aramasının adlî aramadan farklarını ve buna bağlı olarak uygulanabilme koşullarını ortaya koyar.

Derste Kullanılacak Yöntem:

- Konunun power point eşliğinde sunulması
- Her konuya ilişkin örnekler verilmesi
- Katılımcıların değerlendirme, sorularının alınması sûretiyle konuların tartışmaya sunulması

Dersin İşleniş Süreci:

- Genel olarak aramanın türleri açıklanır.
- Adlî ve önleme araması arasındaki farklar ortaya konulur.
- Önleme aramasının koşulları, gerçekleştiriliş şekli ve özellikleri açıklanır.

Ders Konusu: Adlî arama-adlî aramanın koşulları.

Derste Kullanılacak Araçlar:

- Power-Point sunumu
- Hazırlanmış ders materyali

Dersin Amacı:

Dersin sonunda kursiyer;

- Adlî aramanın koşulları hakkında bilgi sahibi olur.
- Adlî aramaya karar verebilecek makam ve merciler hakkında bilgi sahibi olur.
- Adlî arama kararının içeriği ve özelliklerine ilişkin değerlendirmeler yapar.
- Adlî aramanın yapılacağı süje veya yere göre özelliklerini ayırt eder.

Derste Kullanılacak Yöntem:

- Konunun power-point eşliğinde sunulması
- Her konuya ilişkin örnekler verilmesi
- Katılımcıların değerlendirme, sorularının alınması sûretiyle konuların tartışmaya sunulması

Dersin İşleniş Süreci:

- Adlî aramanın koşulları ele alınıp incelenir.
- Adlî arama kararını verecek makam ve mercilere ilişkin özellikler ortaya konulur.
- Adlî arama kararının içeriği tartışılır.

Ders Konusu: Aramanın gerçekleştirilmesi, arama sonunda yapılacak işlemler.

Derste Kullanılacak Araçlar:

- Power-Point sunumu
- Hazırlanmış ders materyali

Dersin Amacı:

- Dersin sonunda kursiyer;
- Adlî aramanın yerine getirilmesi hakkında bilgi sahibi olur.
- Adlî arama kararının, aramanın gerçekleştirileceği yere göre özellikleri konusunda değerlendirmeler yapar.
- Adlî arama sonunda yapılacak işlemlerin neler olduğunu öğrenir.

Derste Kullanılacak Yöntem:

- Konunun power-point eşliğinde sunulması
- Her konuya ilişkin örnekler verilmesi
- Katılımcıların değerlendirme, sorularının alınması sûretiyle konuların tartışmaya sunulması

Dersin İşleniş Süreci:

- Adlî arama kararının yerine getirilmesi açıklanır.
- Adlî arama kararının yerine getirilmesi sırasında hazır bulunacak süjeler incelenir.
- Bu süjelerin bulunmamasının sonuçları değerlendirilir.

Ders Konusu: Aramada elde edilen belgelerin incelenmesi–tesadüfen elde edilen deliller– hukuka aykırı aramanın sonuçları.

Dersin Amacı:

Dersin sonunda kursiyer;

- Arama sırasında elde edilen belgelerin incelenmesindeki özellikleri ayırt eder.
- Arama sırasında aramaya konu delil veya kişi dışında elde edilen “tesadüfi” delillerin hukuksal özelliklerini değerlendirir.
- Aramadaki hukuka aykırılıkların sonuçlarını açıklar.

Derste Kullanılacak Yöntem:

- Konunun power-point eşliğinde sunulması
- Her konuya ilişkin örnekler verilmesi
- Katılımcıların değerlendirme, sorularının alınması sûretiyle konuların tartışmaya sunulması

Dersin İşleniş Süreci:

- Arama sırasında elde edilen belgelerin incelenmesinin nasıl gerçekleştirileceği açıklanır.
- Arama sırasındaki tesadüfi delillerin nitelikleri, hukuksal durumları tartışılır.
- Aramadaki hukuka aykırılıklara bağlanacak sonuçlar ortaya konulur. Bu bağlamda elde edilen delillerin durumu ve hukuka aykırı delil elde eden sùjelerin sorumluluğu ele alınır.

Ders Konusu: Elkoyma ve Muhafaza Altına Alma Kavramları–Amacı–Benzer Koruma Tedbirlerinden Farkları

Derste Kullanılacak Araçlar:

- Power-Point sunumu
- Hazırlanmış ders materyali

Dersin Amacı:

- Dersin sonunda kursiyer;
- Elkoyma ve muhafaza altına alma kavramlarına ilişkin genel bilgi edinir.
- Elkoyma ve muhafaza altına almanın amacını değerlendirir.
- Benzer koruma tedbirlerinden farklarını ortaya koyar.

Derste Kullanılacak Yöntem:

- Konunun power-point eşliğinde sunulması
- Her konuya ilişkin örnekler verilmesi
- Katılımcıların değerlendirme, sorularının alınması sûretiyle konuların tartışmaya sunulması

Dersin İşleniş Süreci:

- Genel olarak elkoyma ve muhafaza altına alma kavramları açıklanır.
- Elkoyma ve muhafaza altına almanın amaçları ortaya konularak bu amaçların ortaya çıkardığı özellikler incelenir.
- Elkoyma ve muhafaza altına almanın benzer koruma tedbirlerinden ayırt edilmesine ilişkin kriterler tartışılır.

Ders Konusu: Elkoymaya Karar Verecek Merciler-Elkoymanın Konusu-Elkonulamayacak Belgeler-Elkoymanın Uygulanması.

Derste Kullanılacak Araçlar:

- Power-Point sunumu
 - Hazırlanmış ders materyali
-

Dersin Amacı:

- Dersin sonunda kursiyer;
 - Elkoyma koruma tedbirine karar verecek merciler hakkında bilgi sahibi olur.
 - Elkoymanın konusunu oluşturan objelerin değerlendirmesini yapar.
 - Elkoymanın mümkün olmadığı belgelerin neler olduğuna ilişkin değerlendirme yapar.
 - Elkoyma koruma tedbirinin uygulanmasına ilişkin özellikleri öğrenir.
-

Derste Kullanılacak Yöntem:

- Konunun power-point eşliğinde sunulması
 - Her konuya ilişkin örnekler verilmesi
 - Katılımcıların değerlendirme, sorularının alınması sûretiyle konuların tartışmaya sunulması
-

Dersin İşleniş Süreci:

- Elkoyma koruma tedbirine karar verecek merciler açıklanır.
- Elkoymanın konusunu oluşturan objeler hakkında bilgi verilir.
- Elkoymanın mümkün olmadığı belgelere ilişkin özellikler incelenir.
- Elkoyma kararının uygulanmasına ilişkin özellikler anlatılır.

Ders Konusu: Elkoymanın Sona Ermesi, Elkonulan Eşyanın İadesi-Muhafazası Veya Elden Çıkarılması

Derste Kullanılacak Araçlar:

- Power-Point sunumu
- Hazırlanmış ders materyali

Dersin Amacı:

- Dersin sonunda kursiyer;
- Elkoyma koruma tedbirinin sona ermesinin koşullarını öğrenir.
- Elkonulan eşyanın muhafazası veya elden çıkarılmasının koşullarını belirler.
- Elkonulan eşyanın iadesi veya müsadere edilmesinin koşullarını ortaya koyar.
- Elkoymadan kaynaklanan zararların tazmini konusunda bilgi sahibi olur.

Derste Kullanılacak Yöntem:

- Konunun power-point eşliğinde sunulması
- Her konuya ilişkin örnekler verilmesi
- Katılımcıların değerlendirme, sorularının alınması sûretiyle konuların tartışmaya sunulması

Dersin İşleniş Süreci:

- Elkoyma koruma tedbirinin sona ermesi açıklanır.
- Elkonulan eşyanın muhafazası veya elden çıkarılmasına ilişkin özellikler anlatılır.
- Elkonulan eşyanın iadesi veya müsaderesine ilişkin koşullar tartışılır.
- Elkoymadan kaynaklanan zararların tazmini incelenir.

Ders Konusu: Özel Elkoyma Türleri, Postada Elkoyma-Taşınmaz Hak ve Alacaklara El Konulması –Şirket Yönetimine Kayyım Tayini-Kaçığın Mallarına Zorlama Amaçlı Elkoyma-Basılmış Eserlere Elkoyma

Derste Kullanılacak Araçlar:

- Power-Point sunumu
 - Hazırlanmış ders materyali
-

Dersin Amacı:

Dersin sonunda kursiyer;

- Basit elkoyma ile özel elkoyma türleri arasındaki farkları ortaya koyar
 - CMK'da düzenlenen özel elkoyma türleri ve bunlara başvurulabilmesinin koşullarının neler olduğu konusunda bilgi sahibi olur
 - Her bir özel elkoyma türünün özelliklerini açıklar
-

Derste Kullanılacak Yöntem:

- Konunun power-point eşliğinde sunulması
 - Her konuya ilişkin örnekler verilmesi
 - Katılımcıların değerlendirme, sorularının alınması sûretiyle konuların tartışmaya sunulması
-

Dersin İşleniş Süreci:

- Basit elkoymanın özel elkoyma koruma tedbirlerinden farkları açıklanır.
- CMK'da düzenlenen özel elkoyma türleriyle ilgili genel bilgiler verilir.
- Bu koruma tedbirlerine özel koşullar tek tek ele alınır.

Ders Konusu: Elkoyma Kararına Karşı Kanun Yoluna Başvurma-Hukuka Aykırı Elkoymanın Sonuçları

Derste Kullanılacak Araçlar:

- Power-Point sunumu
- Hazırlanmış ders materyali

Dersin Amacı:

- Dersin sonunda kursiyer;
- Elkoyma koruma tedbirine karşı başvurulabilecek kanun yollarının neler olduğu konusunda bilgi sahibi olur
- Hukuka aykırı elkoymanın sonuçlarını ortaya koyar

Derste Kullanılacak Yöntem:

- Konunun power-point eşliğinde sunulması
- Her konuya ilişkin örnekler verilmesi
- Katılımcıların değerlendirme, sorularının alınması sûretiyle konuların tartışmaya sunulması

Dersin İşleniş Süreci:

- Elkoyma koruma tedbirine karşı başvurulabilecek kanun yolları açıklanır
- Hukuka aykırı elkoymanın sonuçları ele alınır

5. Arama ve El Koyma Tedbirleri

5.1. Çalışmanın Amacı ve Niteliği

Bu çalışma, Türk Ceza Adalet Sistemi Etkinliğinin Geliştirilmesi Projesi çerçevesinde hazırlanmıştır.

Projenin temel bileşenlerinden birisi, proje kapsamında belirlenen konu başlıklarında meslek öncesi ve meslek içi eğitim materyallerinin hazırlanmasıdır. Buradaki temel amaç, eğitim materyallerinin hazırlanmasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (=AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (=AİHM) içtihadının da özellikle dikkate alınmasıdır. Arama ve elkoyma tedbirine ilişkin bu çalışma, bu ihtiyacı karşılamak amacıyla hazırlanmıştır.

Arama ve elkoyma koruma tedbirine ilişkin bu eğitim materyalinin hazırlanmasında, proje kapsamında 04-07 Haziran 2013 tarihinde gerçekleştirilen Afyonkarahisar Çalıştayı öncesinde belirlenen ilkeler dikkate alınmıştır. Bu çerçevede uzun, ayrıntılı teorik açıklamalar ve doktriner tartışmalar yerine, uygulama rehberi niteliğinde, uygulamada ortaya çıkan veya çıkabilecek olan sorunlara ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

5.2. Arama ve Elkoyma Koruma Tedbirlerinin Uluslararası Belgeler ve Ulusal Mevzuattaki Temelleri

Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde arama ve elkoyma koruma tedbirlerine başvurulabilmesinin temel koşulları düzenlenmiştir. Anayasanın **“özel hayatın gizliliği” başlığını taşıyan 20. maddesinin ikinci fıkrası** *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, el koyma kendiliğinden kalkar.”* hükmüne yer verdiği gibi; **Anayasanın “konut dokunulmazlığı”nı düzenleyen 21. maddesi de** *“Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, el koyma kendiliğinden kalkar.”* hükmüne yer vermiştir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin¹ 12. maddesinde *“Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfî olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı*

1 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, BM Genel Kurulu tarafından 10.12.1948 tarih ve 217 A(III) sayılı kararla kabul edilmiştir.

yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.” hükmüne yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin² “özel hayatın ve aile hayatının korunması”nı düzenleyen 8. maddesinin ilk fıkrasında “Her şahıs husûsî ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına maliktir.” düzenlemesine yer verildikten sonra, ikinci fıkrasında “Bu hakların kullanılmasına resmî bir makamın müdâhalesi demokratik bir cemiyette ancak millî güvenlik, âmme emniyeti, memleketin iktisâdî refahı, nizâmın muhafazası, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkasının hak ve hürriyetlerinin korunması için zarurî bulunduğu derecede ve kanunla derpiş edilmesi şartıyla vuku bulabilir.” hükmü yer almıştır.

Ceza Muhâkemesi Kanunu, arama ve elkoyma koruma tedbirlerini genel hükümlere ilişkin 1. kitabının, koruma tedbirleri başlıklı 4. kısmının 4. bölümünde, 116-134. maddeleri arasında düzenlemiştir. Bu bölümde genel arama ve elkoyma dışında taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma (m. 128), postada elkoyma (m. 129), avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoyma (m. 130), şirket yönetimi için kayyım tayini (m. 133), bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma (m. 134) özel olarak düzenlenmiştir.

5.3. Arama

5.3.1. Kavram

Arama, aramak eylemidir. Aramak ise, bir şeyi bulmaya çalışmak, araştırmak, yoklamak anlamına gelir.³

Arama koruma tedbiri, kural olarak hâkim, gecikmede sakınca bulunması hâlinde kanunla yetkili kılınmış merciin emriyle yakalama ve/veya delil elde etme amacına yönelik olarak şüpheli, sanık veya üçüncü kişinin üstü, özel kâğıtları, eşyasında, konutunda veya işyerinde yapılan bir araştırma işlemidir.⁴

Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, aramayı adlî ve önleme araması olmasına göre tanımlamıştır. Aşağıda adlî ve önleme niteliğindeki aramalar ayrı ayrı ele alınırken, bu tanımlara da yer verilecektir.

Arama gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkartılması için yapılır. Bu nedenle gözle görülen, koklanarak algılanan veya işitilerek varlığı anlaşılan delil veya emarelerin arama kavramı içine girmediği kabul edilmektedir. O hâlde polisin mesela, otomobilin arka koltuğunda duran tabancayı görerek aracı durdurup tabancaya elkoyması, dürbün kullanılması, gözlem ya da gözetleme yapılması, bahçede bulunan kişilerin oldukça uzak mesafeden özel teknik yöntemlerle fotoğraflarının çekilmesi ya da



Arama koruma tedbiri, kural olarak hâkim, gecikmede sakınca bulunması hâlinde kanunla yetkili kılınmış merciin emriyle yakalama ve/veya delil elde etme amacına yönelik olarak şüpheli, sanık veya üçüncü kişinin üstü, özel kâğıtları, eşyasında, konutunda veya işyerinde yapılan bir araştırma işlemidir.



Arama gizli, saklı olan bir şeyin ortaya çıkartılması için yapılır.

² Türkiye bu Sözleşmeyi, 04.11.1950 tarihinde imzalamış, 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun’la (RG: 19.03.1954-8662) onaylanarak yürürlüğe girmiştir.

³ <http://www.tdk.gov.tr>.

⁴ Arama konusundaki benzer ve farklı tanımlar için bk.: Aksoy, Şemsettin; Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 2007, s. 19; Centel, Nur / Zafer, Hamide; Ceza Muhâkemesi Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2013, s. 375; Eryılmaz, Mesut Bedri; Ceza Muhâkemesi Hukuku Dersleri, Ankara 2012, s. 488; Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoglu, Ayşe; Muhâkeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhâkemesi Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2010, s. 1050; Özbek, Veli Özer; Ceza Muhâkemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s. 17; Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker; Ceza Muhâkemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 317; Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sırma, Özge / Saygılar Kırıt, Yasemin F. / Özyayın, Özdem / Alan Akcan, Esra / Erden, Efser; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhâkemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2013, s. 500; Soyaslan, Doğan; Ceza Muhâkemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2010, s. 298; Şahin, Cumhur; Ceza Muhâkemesi Hukuku I, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 261; Toroslu, Nevzat / Feyzioğlu, Metin; Ceza Muhâkemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2006, s. 237; Turhan, Faruk; Ceza Muhâkemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 238; Ünver, Yener / Hakeri, Hakan; Ceza Muhâkemesi Hukuku, 1. Cilt, 8. Baskı, Ankara 2013, s. 535; Yurtcan, Erdener; Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2007, s. 350.

dinleme arama olarak kabul edilemez.

CMK, **bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde aramayı** ayrıca düzenlemiştir (CMK m. 134). Bu düzenlemeye göre bilgisayar, bilgisayar program ve kütüklerinde arama yapılabilmesinin koşul, usûl ve esaslarının önemli farklılıklar bulunmaktadır. Dolayısıyla bilgisayar, bilgisayar program ve kütüklerinde arama yapılabilmesi genel arama kurallarına göre değil, CMK 134'de düzenlenen özel koşullara göre gerçekleştirilmelidir.

Yine **olay yeri inceleme** ile arama arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. Aslında olay yeri inceleme de aramadan başka bir şey değildir. Gerçekten *“olay yeri inceleme, suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemleri”* şeklinde tanımlanabilir.⁵ Olay yeri incelemenin arama hükümlerine tabi olup olmayacağı, olayın geçtiği yere bağlıdır. Nitekim Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, olay yeri inceleme bakımından herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarla bu yerler dışındaki olay yeri inceleme işlemleri arasında fark yaratmış, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılması için bir emir veya karar gerekmediğini ifade etmiştir (m. 9/1). Buna karşılık bu yerler dışındaki olay yeri inceleme işlemleri için, adlî aramalara ilişkin hükme atıfla hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hâllerde ise konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar dışındaki yerlerde kolluk âmirinin yazılı emri üzerine gerçekleştirileceği düzenlemesini getirmiştir (m. 9/2). Belirtmek gerekir ki, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlar dışında kalan yerlerde olay yeri inceleme sadece karar verecek makam bakımından değil, tüm koşul ve icrası bakımından CMK'daki aramaya ilişkin hükümlere tabi olmalı, Yönetmelik m. 9/2 bu şekilde anlaşılmıştır.⁶

Arama kavramına yakın bir başka kavram **beden (vücutun) muayenesi**dir. CMK ve yönetmelik hükümleri birlikte değerlendirildiğinde hukukumuzda artık vücutun dış yüzeyinde yapılan incelemenin arama değil, dış beden muayenesi olarak kabul edildiği söylenmelidir (Ceza Muhâkemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3). Bu durumda kişide yapılacak aramanın kişinin o an üzerinde bulunan elbiselerinin aranması ile sınırlı olarak anlaşılması gerekir.⁷

Arama koruma tedbiri Ceza Muhâkemesinde başvurulacak yakalama, tutuklama gibi diğer temel haklara müdahaleyi gerektiren koruma tedbirlerinden ayrı bir özellik gösterir. Bu özellik, aramanın amacında gizlidir. Gerçekten aramanın amacı şüpheli veya sanığın ele geçirilmesi yanında, özellikle delillerin bulunmasıdır. Görüldüğü üzere arama koruma tedbiri amacı bakımından ikili bir özellik taşır: *yakalama ve delil elde etme*. Her iki özelliği de bünyesinde taşıması onu diğer koruma tedbirlerinden ayırır.



CMK, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde aramayı ayrıca düzenlemiştir (CMK m.134).



Aramanın kişinin o an üzerinde bulunan elbiselerinin aranması ile sınırlı olarak anlaşılması gerekir.

5 Bk. ve krş.: Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 9/1.

6 Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 318.

7 Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 318. Alman hukukunda, kişinin aranması kişinin o an üzerinde taşıdığı elbiselerin ve vücut sathında yapılan arama olarak kabul edilmektedir. Buna, tıbbî bir araç kullanılmadığı sürece (Schaefer, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., Berlin 2004, § 102, No. 36) vücut sathında yer alan doğal açıklıklar da dahildir (Beulke Werner, Strafprozessrecht, 8. Aufl., Heidelberg 2005, § 12, No. 256; Meyer-Gossner Lutz, Strafprozessordnung, 49. Aufl., München 2006, § 102, No. 9; Schaefer, in: Löwe-Rosenberg, § 102, No. 36). Örneğin, kulak boşluğunda yapılan arama gibi (OLG CelleNStZ 1998, 87). Alman hukukunda sadece vücut içinde arama ya da inceleme işleminin beden muayenesi kapsamına girdiği ve Al. CMUK'un ilgili hükmünün uygulanacağı ifade edilmektedir.



Adlî aramanın iki amacından söz edilebilir: Yakalama ve elkoyma.

5.3.2. Aramanın Amaçları

Adlî arama şüpheli veya sanığın yakalanması ve/veya delil olarak elkonabilecek şeylerin ele geçirilmesine yönelik olduğuna göre, **adlî aramanın iki amacından söz edilebilir: Yakalama ve elkoyma.**⁸ Adlî arama koruma tedbiri bu amaçlardan sadece birine yönelik olabileceği gibi, her iki amacı da taşıyabilir. **Önleme araması ise, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacına yöneliktir** (PVSK m. 9/1).



Önleme araması ise, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacına yöneliktir.

Öte yandan, aramanın diğer bir koruma tedbirini uygulamak amacını da taşıdığı gözden uzak tutulmamalıdır. Aramanın amaçları yakalama ve delil elde edip elkoyma olarak belirlendiğinde, aramanın hemen her zaman yakalama ve/veya elkoyma koruma tedbirine aracılık ettiği, bu koruma tedbirlerinin bir ön basamağı olduğu söylenmelidir. O hâlde, arama bir araç koruma tedbidir. Gerçekten arama hiçbir zaman doğrudan doğruya arama amacıyla yapılmaz. Koruma tedbirlerinin araç olma özelliğinin diğer bazı koruma tedbirleri bakımından da geçerli olduğu kabul edilse de bu özelliğin arama koruma tedbiri bakımından daha belirgin olduğu vurgulanmalıdır. Ancak arama yine de kendine özgü bağımsız bir koruma tedbidir.⁹

CMK'nın 90. maddesi belirli koşulların gerçekleşmesi hâlinde herkese yakalama yetkisi tanımıştır. Suçu işlerken görülen veya suçüstü hâlinde izlenen bir şüphelinin bir konuta veya kamuya açık olmayan bir işyerine girdiği hâllerde arama işlemi, CMK'da öngörülen koşullara göre yetkili kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilebilmeli, özel kişilerin böyle bir hakkının varlığı kabul edilmemelidir. Zira "herkes"e belirli koşullarla yakalama hakkı tanınmışsa da arama hakkı tanınmamıştır.¹⁰

Yakalama amacıyla arama yapılabilmesi için en azından sanığın orada bulunacağı konusunda bir duyum örneğin, bir ihbâr mevcut olmalıdır. Diğer bir deyimle, suç şüphesi mümkün olduğunca somutlaşmış olmalıdır.

Basit suçlarda yakalama amacıyla arama yapılmamalı, arama sadece delil bulma amacına yönelik olmalıdır. Zira suçun hafifliği arama gibi ağır bir koruma tedbirini gereksiz kılar. Aksi durum oranlılık ilkesini zedeler.

5.3.3. Arama Türleri

5.3.3.1. Genel Olarak

Aramayı çeşitli açılardan sınıflandırmaya tabi tutmak mümkündür.

- **Aramanın Amacına Göre:** 1. Önleme araması 2. Adlî arama
- **Aramanın Konusuna Göre:** 1. Konut, işyeri vb. yerlerde arama, 2. Üstte arama 3. Eşyada arama
- **Aramanın Zamanına Göre:** 1. Gece yapılan arama 2. Gündüz yapılan arama
- **Aramaya Maruz Kalan Kişiye Göre:** 1. Şüpheli-Sanık üzerinde arama 2. Diğer kişiler üzerinde arama

Bu çalışmada arama, önleme araması-adlî arama ayrımı esas alınarak

⁸ Bu yönüyle aramayı bazı yazarlar yakalama araması ve araştırma araması şeklinde ikiye ayırmaktadır (Beulke, § 12, No.256.).

⁹ Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 320.

¹⁰ Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 320-321.

incelenecektir.

5.3.3.2. Önleme Araması

Önleme aramasını ve koşullarını düzenleyen Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 9/1. maddesine göre önleme araması, *tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin¹¹ kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerinin, araçlarının, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranması* şeklinde tanımlanabilir.

a. Konusu

Önleme aramasının konusunu kişilerin üstleri, araçları, özel kâğıtları ve eşyası oluşturmaktadır.

b. Önleme Aramasının Yapılabileceği Yerler

PVSK'nın 9/3. maddesi önleme aramasının yapılabileceği yerleri saymak sûretiyle göstermiştir. Bu düzenlemeye göre önleme araması aşağıdaki yerlerde yapılabilir:

- 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde.
- Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde.
- Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde.
- Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve 20'nci maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek yükseköğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında.
- Umûmî veya umuma açık yerlerde.



Önleme araması, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerinin, araçlarının, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmasıdır.



Önleme aramasının konusunu kişilerin üstleri, araçları, özel kâğıtları ve eşyası oluşturmaktadır.

11. Önleme araması bakımından hâkim kararının aranmasının Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüşse de Anayasa Mahkemesi söz konusu iddiayı yerinde görmemiştir. Buna göre "başvuru kararında, Anayasanın 20. maddesindeki düzenlemenin adli aramalara ilişkin olduğu; 2559 sayılı Yasanın 9. maddesindeki aramanın ise, suçun işlenmesi üzerine yargılama önlemlerinden adli aramadan farklı nitelikteki önleme araması olduğu, bu açıdan idari işlem niteliği taşıdığı belirtilerek, bu aramalarda hâkim kararı aranmasına ilişkin kuralın Anayasanın Başlangıcı ile 6., 8., 9., 20. ve 125. maddelerine aykırı olduğu" ileri sürülmüştür.

Anayasanın 20. maddesi gereğince özel hayatın gizliliği esastır. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça dokunulamaz.

Özel yaşamın dokunulmazlığı temel haklardır ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnâlar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesinde özel yaşamın dokunulmazlığı sağlanmıştır.

3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasayla Anayasanın 20. maddesindeki "Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnâlar saklıdır." tümcesi madde metninden çıkarılmış, değişiklik gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu hak ve özgürlüklerle ilgili özel sınırlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen esaslar çerçevesinde açık olarak belirlenmiştir.

Anayasanın 20. maddesine göre, bir kişinin üstünün ve özel eşyasının aranması için hâkim kararının ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emrinin yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulması zorunluluğu ve özel sınırlama nedenlerinin varlığının şart kılınmasıyla, özel yaşam alanının korunması güçlendirilmiştir.

Anayasanın 20. maddesi, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik çerçevesinde sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahâle oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahiptir. Bu nedenle de madde ile öngörülen hâkim kararı güvencesinden önleme aramalarının istisnâ tutulduğu düşünülemez. Kaldı ki, iptali istenilen kuralın 3.8.2002 gün ve 4771 sayılı Yasa ile Anayasanın 20. maddesindeki değişikliğe koşut olarak maddeye eklendiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasanın 20. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenen kuralın Anayasanın Başlangıcında yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesi ve 6., 8., 9. ve 125. maddeleri ile ilgili görülmemiştir.

4.7.1934 günlü, 2559 sayılı "Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu'nun 4771 sayılı Yasa ile değiştirilen 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "(...) usûlüne göre verilmiş hâkim kararı (...)" ibaresinin, Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 22.2.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi". (Anayasa Mahkemesi 22.2.2006, 2003/29, 2006/24; RG.27.7.2006-26241) (Bk.: Özbek/Kanbur/Doğan /Bacaklız/Tepe, s.325, dn.: 231).



Polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini, sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar. Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır (PVSK m. 9/6).



PVSK konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılmasını kesin olarak yasaklamıştır (m. 9/4).

- Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlarda.

Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 19. maddesi önleme araması yapılacak yerleri daha geniş olarak düzenlemiştir. PVSK sınırlayıcı bir sayım yaptığına ve temel hak ve özgürlükleri sınırlayan hükümlerde kıyas yasak olduğuna göre Yönetmeliğin bu düzenlemesi kanuna aykırı görünmektedir.¹² Dolayısıyla önleme aramasının yapılacağı bakımından PVSK'nın düzenlemesi ve eğer varsa diğer kanunların düzenlemesi dikkate alınmalıdır. Buna karşı kanunî düzenlemenin mevcut olmadığı durumlarda Yönetmeliğe dayanılarak herhangi bir yerde önleme araması yapılması hukuka aykırı olacaktır.

Diğer taraftan polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla *güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir.* Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini, sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar. Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır (PVSK m. 9/6).

PVSK konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılmasını kesin olarak yasaklamıştır (m. 9/4). Dolayısıyla bu tür yerlerde gerçekleştirilecek arama işlemlerinde "adlî arama"nın koşullarının mevcut olması gereklidir.

c. Kararı Verecek Makam

Önleme araması, **aramanın yapılacağı yer mülki âmirine** yapılacak başvuru üzerine yapılır. Buna göre, önceden yapılan belirlemeler çerçevesinde kolluk, talebini aramanın yapılması önerilen yer ve zaman ile birlikte o yer mülki âmirine, gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak iletir (Yön. m. 20/1). Yetkili merci, kolluğun talebini uygun bulursa, **hâkimden** arama kararı talep eder. Ancak **gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde YAZILI** arama emri verir (Yön. m. 20/2). Derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlinde gecikmede sakınca vardır (Yön. m. 4). Yine spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hâllerde gecikmesinde sakınca bulunan hâl var sayılır (PVSK m. 9/6).

4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla yapılacak aramalar için bu talep, **o yer Cumhuriyet Savcısına** da yapılabilir. Bu durumda kararı Cumhuriyet Savcısı verir (Yönetmelik m. 20/1).

Belirli durumlarda arama emri veya kararı aranmaksızın aramanın yapılabilmesi kabul edilmiştir.

Bu hâllerden ilki PVSK'nın 9/7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, *"Polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol*

¹² Özbeke / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 326.

etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar. Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır.”

İkinci olarak da Yönetmelik m. 25’te sayılan hâllerde ayrıca bir arama emri ya da kararı gerekmez:

- Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tabi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,
- 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun Ek 1’inci maddesi kapsamında bulunan, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında,
- 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu’nun 11’inci maddesi kapsamında, kişilerin üstünün, eşyalarının Olağanüstü Hâl Valisi’nin emriyle aranmasında,
- 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nun 3’üncü maddesi kapsamında, konutların ve her türlü dernek, siyasî parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaların, işyerlerinin, özel ve tüzel kişiliklere sahip müesseseler ve bunlara ait eklentilerin ve her türlü kapalı ve açık yerlerin, mektup, telgraf ve sair gönderilerin ve kişilerin üzerlerinin sıkıyönetim komutanının emriyle aranmasında,
- Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranmasında,
- 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanun’un 79’uncu maddesindeki silah taşıma yasağı kapsamında, silah taşıdığından şüphelendiği kişilerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasında.

Umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontroller, buralara girmek isteyen kimselerin rızasına bağlıdır. Kontrol edilmeyi kabul etmeyenler, bu gibi yerlere giremezler. Bu gibi yerlerde kontrol, esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilir. Ancak bu yerlerin ve katılanların taşıyabilecekleri özel niteliklere göre, önleme aramaları kolluk güçleri tarafından da yapılabilir.

d. Emir ve Kararların Yerine Getirilmesi

Usûlüne uygun olarak verilmiş arama kararı veya emri üzerine, yetkili âmirin, aramanın yapılması için kolluk memurlarına vereceği sözlü emirler derhâl yerine getirilir. **Bu konudaki emirlerin yazılı olarak verilmesi istenemez.**

Unutulmamalıdır ki, **konusu suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilemez.** Bu durumda hem emri veren hem de emri yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz (TCK m. 24/3).

e. Derneklerde Arama ve Spor Karşılaşmaları ile İlgili Aramalar

Yönetmelik derneklerde arama yapılması ile spor karşılaşmaları sırasında yapılacak aramaları ayrıca düzenlemiş ve ayrı usûller belirlemiştir.



Önleme aramasına karar verme yetkisi hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde aramanın yapılacağı yer mülkî amirine aittir.

Buna göre kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden birine bağlı olarak usûlüne göre verilmiş **hâkim kararı olmadıkça**, yine bu nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âminin yazılı emri bulunmadıkça, kolluk kuvvetleri, **dernek ve eklentilerine giremez**, arama yapamaz ve buradaki eşyaya el koyamaz (Yönetmelik m. 22/1).

Öte yandan spor müsabakalarının yapılacağı spor alanına, güvenlik güçlerince gerçekleştirilecek kontrolden sonra seyirci alınır. Spor alanlarının çevresinde, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde, müsabakayla ilgili olarak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hâllerde mülki âminin yazılı izni ile kolluk tarafından veya kolluğun denetiminde, özel güvenlik görevlilerince üst araması yapılır ve 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un amacına aykırı madde ve cisimler geçici olarak koruma altına alınır (Yönetmelik m.23).

f. Önleme Aramalarında Elde Edilen Bilgi ve Bulgular ile Yakalanan Şüpheliler Hakkında Yapılacak İşlemler

Önleme aramalarında elde edilen ve adlî soruşturmalarda kullanılabilecek bilgi, bulgu ve şüpheliler hakkında **aramada emir ya da karar kapsamı dışında elde edilen bulgular ve ele geçirilen kişilere ilişkin hüküm uygulanır**. Buna göre;

"Usûlüne uygun yapılan aramada;

a) Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen;

b) Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek, bir delil elde edilirse; bu delil koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığına derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için Cumhuriyet Savcısından yeni bir yazılı emir istenir. Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmininin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir.

Hâkim kararı olmaksızın elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.

Bu tür aramada, aramanın amacı ve konusu dışında ele geçirilen ve haklarında tutuklama veya yakalama kararı bulunan kişiler, evrakıyla birlikte Cumhuriyet Başsavcılığına sevk edilir." (Yönetmelik m. 10).

Aramanın konusu ve kapsamı içinde olan ancak suç unsuru oluşturmayan eşya, geçici olarak koruma altına alınır ve aramaya sebep teşkil eden husus sona erdiğinde ilgiliye teslim edilir.

g. Önleme Araması Sonrası Yapılacak İşlemler

Arama sonrası bir arama tutanağı düzenlenir (Yönetmelik m. 26). Burada 2 olasılık karşımıza çıkar: **Arama sırasında suç unsuruna rastlandığında**, önleme araması tutanağa bağlanır. Bu hâlde, tutanak 11'inci maddede yazılı unsurları içerir.

Tutanak arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Tutanağın bir sûreti ilgiliye verilir.

Suç unsuruna rastlanmadığı durumlarda, aranan kişinin talebi hâlinde, kendisine arama kararı veya emrinin tarih ve sayısı, aramanın tarih ve saati, yeri, aranan şahsın ve arayan görevlinin kimlik bilgilerinin yer aldığı bir belge verilir.

5.3.3.3. Adlî Arama

Yönetmeliğe göre adlî arama, *“Bir suç işlemek veya buna iştirâk veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.”*

Ancak belirtmek gerekir ki 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun’la CMK’nın 116. maddesinde yapılan değişiklikle, şüpheli veya sanık hakkında arama kararı verilebilmesi için “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe”nin varlığı aranmıştır. Buna göre, yönetmelikte yer alan “makul şüphe” koşulu artık adlî arama kararı verilebilmesi için yeterli olmayıp, somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin varlığı aranacaktır.

Adlî arama bir suç işlendikten sonra söz konusu olan ve CMK’da düzenlenmiş bulunan arama şeklidir.

a. Aramanın Koşulları

aa. Şüpheli veya Sanık Açısından Somut Delillere Dayalı Kuvvetli Şüphenin Varlığı

CMK’nın 116/1. maddesinde sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabilmesi için, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda *somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin varlığını* aramıştır.¹³

Kuvvetli şüpheden maksat, şüphe duyulan konu bakımından çok güçlü olması ve kesine yakın olmasıdır.¹⁴ Kanun koyucu, burada yeterli veya makul şüpheyile yetinmemiş kuvvetli şüphenin varlığını aramıştır.

Kuvvetli şüphenin de somut delillere dayalı olması gereklidir. Somut deliller, şüpheli veya sanığın yahut da suç delillerinin aranan yerde ele geçirilebileceğine ilişkin olmalıdır. Hâkim kararında bu somut delilleri göstermek zorundadır.



Sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabilmesi için, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin varlığı gereklidir.

13 Esasen şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabilmesi için “makul şüphe”nin varlığı aranırken, 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun’un 9. maddesiyle yapılan değişiklikle makul şüphe, kuvvetli şüphe olarak değiştirilmiştir.

14 Kuvvetli şüphe konusunda krş.: Centel/Zafer, s. 79, 336; Şahin, s. 240; Turhan, s. 198; Ünver/Hakeri, s. 501.

bb. Diğer Kişiler Açısından, Aranılan Şey veya Suçun Delillerinin Aranılan Yerlerde Bulunduğunun Kabul Edilebilmesine Olanak Sağlayan Olayların Varlığı



Şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin üstleriyle onlara ait yerlerin aranabilmesi, aranılan kişinin veya suçun delillerinin aranılacak yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı kılınmıştır.

CMK'nın 117. maddesi şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin üstleri, eşyaları, konutları, işyeri veya onlara ait diğer yerlerin de aranabilmesini kabul etmiştir. Ancak şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin üstleriyle onlara ait yerlerin aranabilmesi, *aranılan kişinin veya suçun delillerinin aranılacak yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına* bağlı kılınmıştır. Bu düzenlemesiyle kanun koyucu, şüpheden ziyade "belirlilik" aramıştır.¹⁵ Maddede belirtilen anlamda "olayların varlığı" belirli, somut bir delilin bulunacağı şeklinde anlaşılmalıdır.¹⁶ Bu nedenle bir delilin bulunacağı şüphesi, bu konudaki genel bir şans, ümit ya da ihtimâl diğer kişilerde arama yapmak için yeterli olmamalıdır.¹⁷

Diğer kişiler, CMK m. 117 anlamında, şüpheli ve sanık dışındaki kişilerdir. Diğer bir deyişle, fail ile ilişkisi bulunmayan kişilerdir. "Diğer kişiler" kavramı, oldukça geniş bir kapsama sahip olup, örneğin, banka gibi tüzel kişiler ve resmî makamları da kapsar. Bir kimsenin tanıklıktan çekinebilecek olması da aramaya engel değildir.¹⁸

Üçüncü kişiler olarak adlandırılacak diğer kişilere karşı arama, o kişiler hakkında şüphe sebeplerinin, diğer bir deyişle delil bulunması amacıyla değil, bu kişilerin çevresinde bulunan herhangi bir sanık veya şüphelinin durumunu aydınlatmak için yapılabilir. Diğer kişiler, genellikle aranan şeyi elinde bulunduran ya da aranan kişi yanında bulunan kişilerdir. Öte yandan bir yer ya da eşyanın birden fazla kullanıcısı varsa bunlardan bir kısmının şüpheli olması durumunda artık arama m. 117'ye göre değil, m. 116'ya göre yapılmalıdır.¹⁹

Belirtmek gerekir ki kanun koyucunun 21.02.2014 tarih ve 65256 sayılı Kanun'la CMK'nın 116/1. maddesinde yaptığı değişiklik sonucunda şüpheli veya sanığın aranması ile üçüncü kişinin aranması arasında bir çelişki ortaya çıkmıştır. Gerçekten de üçüncü kişilerin aramaya katılma yükümü şüpheli veya sanığa göre daha azdır. Dolayısıyla üçüncü kişilerin aranması, şüpheli veya sanığın aranmasına göre daha sıkı koşullara bağlanması gereklidir. Maddenin ilk düzenlemesi esasen bu mantığa uygun olmakla birlikte, yapılan değişiklik sonrasında şüpheli veya sanığın aranması üçüncü kişinin aranmasına göre daha sıkı koşullara bağlanmış gibi bir sonuç ortaya çıkmıştır.

Yine CMK m. 117, aranılan kişinin veya suçun delillerinin o yerde bulunduğunun kabul edilebilmesinden söz etmekte ve böylece aranılan şeyin ne olduğunun "belirli" olması gerektiğini ifade etmektedir. Böyle bir arama, yalnızca, o şeyin arama kararında münferiden, ayrıntılı bir şekilde belirtilmese de somut olarak gösterilmesi hâlinde geçerli olabilir. Buna göre, mesela, sanığın ticari işletmesine ilişkin faaliyetlerini kaydettiği ve gizli olarak tuttuğu günlük, farklı sigara ambalajları, belirli türdeki gazete nüshaları, uyuşturucu madde, ateşli silahlar, belirli insanların mektupları, belirli

¹⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 333; Ünver/Hakeri, s. 542. Ayrıca krş.: Şahin, s. 262; Toroslu/Feyzioğlu, s. 238; Turhan, s. 241.

¹⁶ Volk/Klaus, GrundkursStPO, 4. Aufl., München 2005, § 10, No.55. Aynı yönde bk. Beulke, § 12, No.257; Meyer-Gossner, § 103, No. 5.

¹⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 333.

¹⁸ Şahin, s. 263; Turhan, 239.

¹⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 334.

bir firmanın işletmesiyle bağlantılı ticari dokümanlar biçimindeki ibareler aramanın yapılması için yeterlidir.²⁰

Ancak maddenin 3. fıkrası bu maddeye göre yapılacak aramanın olayların varlığına bağlı olduğu sınırlamasını kaldırmıştır. Buna göre *şüpheli veya sanığın bulunduğu veya izlendiği sırada girdiği yerler* bakımından "olayların varlığı" aranmamaktadır. Dikkat edilirse burada konut ya da işyerinden değil, "yerler"den söz edilmektedir. Bu yerler konut, işyeri ya da sair bir yer olabilir. Bu düzenlemedeki özellik, bu yerler diğer kişilere aitse artık bu yerlerin aranması için "olayların varlığı" aranmayacaktır. Bu durumda arama, şüphelide yapılan arama hükümlerine tabi olacaktır. Fakat bunun için o yerin "şüpheli ya da sanığın bulunduğu ya da izlendiği sırada girdiği" bir yer olması gerekir. Şüpheli ya da sanığın izlendiği sırada girdiği yeri açıklamak kolaydır. Örneğin, sıcak takip sırasında polis takibinden kaçan şüphelinin yakındaki bir apartmana girmesi gibi. Ancak şüpheli ya da sanığın bulunduğu yer kavramına bir anlam yüklemek gerekir. Aksi hâlde f. 3'ün, f. 1 ve f. 2 ile telif edilebilmesi mümkün olmayacaktır. Zira bu hükümler bakımından da şüpheli ya da sanığın bulunduğu bir yer söz konusudur. Kanımızca f. 3 anlamında bulunulan yerler "kısa süreli" olarak bulunulan yer şeklinde anlaşılmalıdır. Diğer bir deyişle, bu yerler şüpheli ya da sanığın yerleşmek ya da kalmak amacını taşımadığı yerlerdir. Bu yerlerden biri de şüpheli ya da sanığın takip edilirken girdiği yerdir. Dolayısıyla f. 3'te yer alan *izlendiği sırada girdiği yerler* bu yerlerden birini ifade eder şekilde kabul edilmelidir. Buna bir başka örnek, failin suçu işlerken görüldüğü bir mağaza ya da ev verilebilir. Ancak f. 3'ün uygulanması için mutlaka bir suçüstü hâlinin olması gerekmez. Sanığın bu yerlerde yakalanmış olması yeterlidir.²¹



Şüpheli veya sanığın bulunduğu veya izlendiği sırada girdiği yerler bakımından, CMK m. 117/2'de yer alan sınırlama geçerli değildir.

cc. Arama Kararının Varlığı

aaa. Kural: Arama Kararı Vermek Yetkisi Hâkime Aittir

Aramaya karar vermek yetkisi kural olarak hâkime aittir (CMK m. 119/1; AY. m. 20, 21; Yönetmelik m. 7/1). Aramaya hâkim tarafından karar verilebilmesi kuralının getirilmesindeki düşünce, aramanın önemli temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek olmasıdır. Bu, hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Aramaya hangi hâkimin karar vereceği konusunda yasada açık bir düzenleme yoktur. Bu bakımdan burada, genel görev kuralları uygulanmalıdır. Buna göre, aramaya soruşturma evresinde sulh hâkimi, kovuşturma evresinde ise davaya bakan mahkeme ve acele hâllerde başkan karar verir.

Arama kararı, yazılı olmalıdır.

Hâkim arama kararı verirken neyin²², kimin arandığını²³, aramanın hangi suçla ilgili olduğunu, aramanın geçerli olduğu süre ve nihayet mesken, işyeri veya diğer yerler aranıyorsa bu yeri kararında açıkça belirtmelidir. Böylece, arama yetkisinin sınırları tam olarak ortaya konmuş olur. Aksi hâlde, yani aramanın çerçevesi suç iddiası dışında belirlenirse, ilgilinin özel hayatının korunması ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Esasen bu, aramaya hâkim olan bütün ilkeleri ihlal eder. Bu bağlamda genel, götürü



Aramaya karar vermek yetkisi kural olarak hâkime aittir (CMK m.119/1; AY. m.20, 21; Yön. m.7/1).



Hâkim arama kararı verirken neyin, kimin arandığını, aramanın hangi suçla ilgili olduğunu, aramanın geçerli olduğu süre ve nihayet mesken, işyeri veya diğer yerler aranıyorsa bu yeri kararında açıkça belirtmelidir.

²⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 335.

²¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 333-334.

²² Arama kararında, elkonulmak üzere aranan eşyanın ne olduğu tam olarak belirlenmeli, hatta bu eşya tanımlanmalıdır.

²³ Bu kişinin adı ve kişisel özellikleri açıkça belirtilmelidir.

bir arama kararı hukuka aykırıdır.

Arama kararı savcının dinlenmesinden, yasanın deyimiyle “yazılı veya sözlü görüşü alındıktan” sonra verilir (CMK m. 33).

Acaba yakalama ya da zorla getirme emri veya elkoyma kararı aynı zamanda bir arama kararını da içerir mi? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Çünkü arama kararı kendine özgü bir takım özellikler arz eder. Örneğin arama kararında aramanın yapılacağı yerin belirtilmesi gerekir. Bunun anlamı aramayla hukukî menfaati zedeleneyecek olan kişinin belirli olmasıdır. Yakalama kararının aynı zamanda arama kararı yerine de geçeceğinin kabulü bu konuda kolluğa sınırsız bir yetki verilmesi anlamına gelir.



“Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde” Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler (CMK m.119/1; Yönetmelik m.7/2).

Arama kararı bir defa için geçerlidir.²⁴ Ancak tek bir arama kararının birden fazla ve fakat birbirinden farklı aramayı içermesi de mümkündür. Önemli olan kararda bunların gösterilmiş olmasıdır.

Burada değinilmesi gereken bir diğer sorun, temyiz incelemesi sırasında arama kararı verilebilip verilemeyeceğidir. Buna olumsuz yanıt verilmelidir. Zira, son soruşturmada işe bakan mahkemenin yetkisi hüküm kesinleşene dek sürer. Dolayısıyla Yargıtay’ın arama kararı vermesinin mümkün olmaması gerekir. Bununla birlikte istinaf aşamasında arama kararı verilebilir kanısındayız.

bbb. İstisna: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hâl

“Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde” **Cumhuriyet Savcısının**, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hâllerde ise **kolluk âmirinin** yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler (CMK m. 119/1; Yönetmelik m. 7/2). Söz konusu kolluk, jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini; kolluk âmiri ise konuyla ilgili yetkili ve görevli olan kolluk biriminin âmirini ifade etmektedir (Yönetmelik m. 4).



Gecikmeden maksat, hâkime gidilmekle meydana gelecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi, hatta olanaksız kılmasıdır.

Buradaki *gecikmeden maksat*, hâkime gidilmekle meydana gelecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi, hatta olanaksız kılmasıdır.²⁵ Yani gecikildiğinde aramanın yapılamaz duruma düşmesi önlenmek istenmiştir. Diğer bir deyişle “*kolluğun ya da savcının hâkimden karar almasının beklenemeyeceği*” bir durum olmalıdır.²⁶ Aramanın amaçları bakımından bir zarar doğması beklenmiyorsa yani delillerin karartılması veya şüpheli veya sanığın kaçma tehlikesi bulunmuyorsa

²⁴ JTGY, bu konuda açık bir düzenleme getirmiştir: “Arama kararı ile aranan bir yer, yeniden aranmak gerektiğinde ikinci defa arama kararı alınması ya da diğer kanunî şartların oluşması gerekir.” (m. 114/1).

²⁵ Yönetmelik, adli aramalar bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hâli, “Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli” şeklinde tanımlanmaktadır (m. 4).

Yargıtay’a göre “Gecikmede sakınca bulunduğu söz edebilmek için de, ilgilinin hâkime başvuru karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi hâlinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması hâlinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır.” CGK. 17.11.2009, 2009/7-160, 2009/264, www.kazanci.com.tr.

²⁶ Yönetmelik ise, gecikmede tehlike kavramını şu şekilde tanımlamıştır: “Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli.” (Yönetmelik m. 4).

gecikmede tehlike de yok demektir.²⁷ Ancak böyle bir zarar mümkün ve muhtemel ise gecikmede tehlike vardır. Buna göre açık spekülasyonlar, varsayıma dayalı düşünceler, günlük meslekî tecrübe, duruma bağlı ummalar gecikmede tehlikenin var olduğunun gerekçesini oluşturamaz. Verilmiş olan arama emrinden hâkime ulaşmak konusunda soruşturmacının (savcı, kolluk) girişimlerde bulunulup bulunulmadığının da anlaşılabilir olması gerekir.²⁸ Şayet savcılık ya da kolluk arama emri düzenlemeden önce, bu teorik olarak mümkün olmasına rağmen, yetkili hâkime telefonla ulaşmayı denememişlerse gecikmede tehlikenin bulunduğu savı reddedilmelidir.²⁹ Gecikmede tehlike olduğu gerekçesiyle hareket eden memur, hangi sebeplerle bunu kabul etmiş olduğunun gerekçelerini oluşturmalı ve bunu belgelemelidir.

Kolluk âmirinin arama kararı verebilmesi için iki koşul aranmaktadır:

1. Gecikmede sakıncanın varlığı 2. Cumhuriyet Savcısına ulaşamaması.

"Cumhuriyet Savcısına ulaşamayan hâllerde kolluk âmirinin yazılı emriyle gerçekleştirilen arama ve elkoyma işlemi üzerine; ilgili kolluk görevlilerince neden Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı, Cumhuriyet Savcısının hangi vasıtalarla arandığını belirten ayrıntılı tutanak düzenlenerek ilgili soruşturma evrakına eklenir." (Yönetmelik m. 7/3).

Bununla birlikte konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılabilir (CMK m. 119; Yönetmelik m. 7/4). **Diğer deyişle kolluk âmirlerince konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama kararı verilemez.** Sayılan bu yerlerde arama ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle yapılabilir. Ancak 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda öngörülen suçlar bakımından, özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadıkça arama yapılamaz (Yönetmelik m. 7/4).

Kolluk âmirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhâl bildirilir.

Gecikmede sakınca bulunması hâlinde savcı tarafından arama emri verilmesi hâlinde de CMK m. 116 vd.daki koşulların geçerli olacağı açıktır. Savcı tarafından verilen arama emrinin sonradan hâkimin onayına sunulmasına gerek yoktur. CMK'da buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

ccc. Arama Kararının veya Emrinin İçeriği

Arama karar veya emrinde, açıkça gösterilmesi gereken hususlar CMK'nın 119/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre arama karar veya içeriğinde,

27 (...) Somut olayda şüphelinin işyeri olduğu iddia edilen yerde, sahte rakı imal edildiğinin ihbarı üzerine, hâkim kararı alınmaksızın, yapılan aramada birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik varil içinde saf alkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş ise de, düzenlenen tutanakta gecikmede sakınca bulunduğu ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içeriğinde de, gerçekleştirilen arama için hâkim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnâi yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirildiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır. (...) (CGK., 17.11.2009, 7-160/264; www.kazanci.com.tr).

28 Beulke, Strapprozessrecht, § 12, No. 258.

29 BranderburgischesVerfG, StV 2003, 207; LG Cottbus, StV 2002, 535. Beulke, Strapprozessrecht, § 12, No. 258.



Kolluk amirinin arama kararı verebilmesi için iki koşul aranmaktadır:

1. Gecikmede sakıncanın varlığı
2. Cumhuriyet Savcısına ulaşamaması.



Kolluk âmirlerince konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama kararı verilemez.



Arama karar veya içeriğinde, (1) Aramanın nedenini oluşturan fiil; (2) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya; (3) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilecektir.

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

açıkça gösterilecektir. Bunun dışında Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 7/7-d. maddesine göre, bu hususlar yanında "Aranılacak eşyanın elde edilmesi hâlinde el konulup konulmayacağı"nın da arama karar veya emrinde gösterilmesi gereklidir (Yönetmelik m. 7/7).

Arama kararında yer alması gereken bu hususlar hem hâkim tarafından verilen arama kararı, hem de savcı veya kolluk âmiri tarafından verilen arama emri için geçerlidir (CMK m. 119/2).



Arama
Yönetmeliği'nin 8.
maddesinde karar
alınmadan arama
yapılabilecek haller
gösterilmiştir.

ddd. Karar Alınmadan Yapılacak Arama

Arama Yönetmeliği bazı hâllerde, önleme aramasında olduğu gibi, karar alınmadan da arama yapılabilmesine olanak vermektedir. Buna göre:

aaaa. Yönetmelik Madde 8'de Sayılan Hâller

- Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde³⁰,
- Hâkim kararı veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında,
- Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında,
- Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda,
- 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun³¹ 17'nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüphe edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda hemen yapılan aramalarda,
- 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17'nci maddesinin altıncı fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında,
- 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 18'inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek ve bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurulmasında ve bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile

30 Bu düzenleme bakımından Danıştay 10. Dairesinin 13/03/2007 tarihli ve 2005/6392 E., 2007/948 K. sayılı Kararı ile: "(...) yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada" ibaresi iptal edilmiştir.

31 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (RG: 31.03.2007-26579) ile yürürlükten kaldırılmıştır. Her ne kadar 5607 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinde 4926 sayılı Kanun'a yapılan atıfların 5607 sayılı Kanun'a yapılmış sayılacağı düzenlenmişse de Yönetmelik'te yer alan hükümlerin 5607 sayılı Kanun'un 9 ve devamı maddelerindeki arama ve elkoyma koruma tedbirini düzenleyen usûl hükümlerine tam uyduğu söylenemez. Dolayısıyla Yönetmelik'in 5607 sayılı Kanun'a uygun olmayan hükümleri açısından Kanun'un kendisinin esas alınması gereklidir.

- varsa taşıma araçlarının aranmasında,
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 24'üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25'inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26'ncı maddesindeki hakkın kullanılması (...) ³² ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için



İlgilinin rızası ile arama yapılması mümkün değildir.

karar alınmasına gerek yoktur.

Belirtmek gerekir ki Yönetmelik'in 8. maddesinde sayılan hâller, arama yapılması bakımından sadece "arama kararı" zorunluluğunu kaldırmakta, yoksa yapılacak aramalar bakımından CMK ve ilgili Yönetmelik'teki diğer tüm kurum ve kuralların geçerliğini korumaktadır. Örneğin, gece vakti arama yapılması düzenlemesini getiren m. 118 gibi.

bbbb. Olay Yeri İnceleme (Yönetmelik m. 9)

Suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemlerinin, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılması için bir emir veya karar gerekmez.

Bununla birlikte yukarıda belirtilen yerler dışındaki olay yeri inceleme işlemleri, Yönetmelik m. 7 uyarınca hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hâllerde ise konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar dışındaki yerlerde kolluk âmirinin yazılı emri üzerine gerçekleştirilir.



Suç işlenen yerlerde, sebep ve sonuç ilişkisini ortaya koyacak delillerin aranması, bulunması ve el koyulması için geliştirilmiş bilimsel ve teknik araştırma işlemlerinin, herkesin girip çıkabileceği kamuya açık alanlarda yapılması için bir emir veya karar gerekmez.

b. Aramanın Yapılacağı Yer

aa. Konut, İşyeri ve Diğer Yerler

aaa. Konut

CMK adlî aramanın gerçekleştirileceği bir mekan yer olarak "konut"u belirtmiştir. Konut, kişinin fiilen oturduğu yeri ifade eder. O hâlde, konut teriminin kabulü, dokunulmazlığının etki alanını mümkün olduğunca genişletmektedir. Dolayısıyla burada kabul edilen konut kavramı, ev veya ikametgâhtan daha geniş bir anlama sahiptir. Burada amaç, özel hayatın geçtiği ve bu özelliği nedeniyle izin istenmeksizin ya da zorla ihlal edilmenin önlenmesi için ona ilişkin her mekânı güvence altına almaktır. ³³



Konut, kişinin fiilen oturduğu yeri ifade eder.

Konutun devamlı veya geçici olarak kullanılmasının önemi yoktur. Bu anlamda konutun gece yatisına tahsis edilmiş olması gerekmez. Konutun mutlaka taşınmaz olması da zorunlu değildir. O hâlde apartman katı, ev, kulübe, çadır, otel odası, bir yurttaki oda, mobilyalı bir oda, kaptan ve tayfaların oturdukları kabinler,

³² Bu bentte yer alan "ve ilgilinin rızası" ibaresi, Danıştay 10. Dairesinin 13/3/2007 tarih ve E. 2005/6392, K. 2007/948 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

³³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 336.

kayıklar, mavnalar, tren kompartımanları, treyler, karavan vb. konut sayılmak gerekir.³⁴ Bununla birlikte terk edilmiş bir eve girmek teknik anlamda arama sayılamayacağı gibi, sokaktaki araba da konut değildir.³⁵



Konutun eklentisi de konut kavramı içerisinde.

Öte yandan **müştemilât da konut kavramına girer.** Ancak bunun için konut ve müştemilât arasında bağlantı bulunmalı veya bunların müşterek olarak inşa edilmiş olmaları gerekir. Mesela, kiler, bodrum, garaj, kömürlük, bahçe gibi. Ancak, müştemilâtın etrafının mutlaka çevrili olması gerekmez. O hâlde müştemilât, *“konuta bitişik veya yakın olması şart olmayıp, dış dünyadan belirli işaretlerle ayrılan ve rıza hilafına girildiğinde konuttakilerin huzur ve sükûnunun bozulduğu yerler”*dir.

Bir yerin konut olarak kabul edilebilmesi için bu yönde bir özgüleme (tahsis) iradesi bulunmalıdır. Ancak bu irade anlaşılabilir, yani dış dünyadan ayrı tutulduğu açıkça ortaya konmalı ve sürekli olmalıdır. Bunun gibi bu irade hakka dayanmalı, yani meşru olmalıdır. Fakat bu hakkın türü önemli değildir. Bu hak mülkiyet hakkı olabileceği gibi, zilyetlik hakkı da olabilir. Mesela, kiracı veya otel müşterisinde olduğu gibi.

Bir kimsenin birden fazla konutu varsa, bu yerler fiilen yaşanmaya tahsis edilmiş ve sürekli bir nitelik göstermesi hâlinde her biri de konut sayılır.



CMK, arama yapılacak yerlere işyerlerini de dâhil etmiştir.

bbb. İşyeri

CMK, arama yapılacak yerlere işyerlerini de dâhil etmiştir. İşyeri, bir kimsenin içinde mutlak sanatını icra ettiği yer olarak tanımlanabilir. Buna eklentileri de dâhil olmalıdır. Mesela, bir otel ve buna bağlı olan yemek salonu veya gazino gibi. Yine tâmirhane, fabrikalar, dükkân, mağaza, büro, doktor muayenehanesi, yabancı konsoloslukların hizmete ayrılmış odaları, pazar yerlerinde her bir esnaf için ayrılmış bölümler işyeridir. Ancak tamamıyla taşıma aracı olarak kullanılan kamyon bir işyeri olarak kabul edilemez. Bununla birlikte bir taşıt aracı aynı zamanda örneğin, yiyecek-icecek satmak amacıyla kullanılıyor ise işyeri sayılmalıdır.

İşyerinin faaliyeti devamlılık arz etmek zorunda olmakla birlikte, geçimin sağlanması amacıyla kazanç elde edilmesi şart değildir. Bir firmanın deposu, bir doktorun muayenehanesi veya bir avukatın bürosu işyeri sayılmalıdır.

ccc. Diğer Yerler

CMK'nın 116/1. maddesinde konut ve işyeri dışında “diğer yer”lerde de arama yapılabileceği düzenlenmiştir.



Diğer yerler terimini konut veya işyeri kavramı içine girmeyen, kural olarak özel mülkiyete ait tüm yerler olarak kabul edilebilir.

Diğer yerler terimini konut veya işyeri kavramı içine girmeyen, kural olarak özel mülkiyete ait tüm yerler olarak kabul edilebilir. Diğer yerler ancak bir taşınmaz olabilir. Bir bina ile fiziksel veya idari bir bağlantısı olması gerekmez. Ancak bu tür yerlerin başkalarının istek dışı girişlerini engelleyecek koruma tertibatı vasıtasıyla emniyet altına alınmış olması gerekir. Yani, o yerin özel mülkiyete ait olduğu yolunda bir tahsis iradesi var olmalıdır. Mesela, çit, duvar, çalı, parmaklıkla çevrili olması gibi. Ancak bu iradenin açığa çıkarılması için mutlaka bu tür engellerin bulunması şart değildir. Mesela, çukur açılması veya taş dizilmesi de mümkündür. Bu bakımdan içine kimsenin girmemesi için etrafının görünür engellerle çevrilmiş olması yeterlidir. Fakat

34 Şahin, s. 263.

35 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 336.

sadece yasak belirten bir levhanın bulunması yeterli değildir. Bununla birlikte, o yerin bir ev ya da işyerine ait olduğu herkes tarafından bilinebiliyorsa artık herhangi bir engele de gerek bulunmaz. Yine bu yerlerin üstünün kapalı olması da gerekmez.³⁶

Meskenin ayrılmaz parçası olmamakla birlikte, müşterek olarak sürekli veya geçici bir şekilde kullanılan yerler de diğer yerler kapsamına girer. Mesela, müşterek kullanılan banyo, mutfak gibi.

Diğer yerlere örnek olarak ardiye, samanlık veya zahire ambarı, cami, henüz taşınılmamış yeni inşa edilmiş ev verilebilir.

Nihayet infaz kurumları ile bu kurumlarda yer alan odalar da diğer yer sayılır. Ancak buralarda arama yapılması CMK değil, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yapılır. Söz konusu Kanun m. 36/1'e göre, *"Kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Her ay bir kez mutlaka arama yapılır."*

bb. Avukat Bürolarında Arama

Avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoyma özellik gösterdiği için CMK m. 130'da ayrı bir madde altında düzenlenmiştir. Böylece arama ve elkoyma koruma tedbirinin uygulanmasına kişi bakımından istisnâ getirildiği söylenebilir. Ancak söz konusu düzenlemenin avukatın müvekkiline ilişkin olarak yapılacak arama ve elkoymaya ilişkin olduğu söylenmelidir. Gerçekten hükmün getiriliş amacı avukata meslekî olarak daha güvenli bir ortam sağlamaktır. Dolayısıyla avukatın şüpheli ya da sanık olması durumunda aramaya ilişkin genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı söylenmelidir. Ancak hangi hükmün uygulanacağı, koşullarının bulunup bulunmadığı hususunda dürüst işlem ilkesine uygun hareket edilmelidir.³⁷

Avukat bürolarında aramaAvrupa İnsan Hakları Adalet Divanı kararlarına da konu olmuştur.³⁸



Diğer yerlere örnek olarak ardiye, samanlık veya zahire ambarı, cami, henüz taşınılmamış yeni inşa edilmiş ev verilebilir.

36 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 337-338.

37 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.338.

38 Avrupa İnsan Hakları Adalet Divanı, 16 Aralık 1992 yılında avukat bürolarının Sözleşmenin 8. m.nin koruması altına girip girmediğine ilişkin olarak vermiş olduğu kararında avukat bürolarının aranabilip aranamayacağı ve/veya hangi koşullarda aranabileceği sorununa açıklık getirmiştir (Adalet Divanı'nın 16 Aralık 1992 tarih ve 72/1991/324/396 No.lu Almanya'ya Karşı Niemietz Kararı). Karara konu olan olay şudur: Alman vatandaşları Niemietz "Bunte Liste" adlı politik bir organizasyonun başkanlığını yapmış, bu organizasyonun kiliseye karşı etkinlik gösteren bir biriminde de çalışmış bir avukattır. İşçilerinden kestiği kilise vergisini ödemek istemeyen bir işverenin ceza davasının görüldüğü mahkemenin (Amtsgericht Freiburg) başkanı 9 Aralık 1986 tarihinde tehdit ve hakaret içeren bir mektup alır. Mektuba gönderici olarak uydurma olduğu belirlenen KlausWegener ismi ve davacı avukatın üye olduğu organizasyonun posta kutusu numarası yazılmıştır. 13 Ocak 1986 tarihinde Münih Savcılığı Münih I. No.lu Eyalet Mahkemesi Başkanlığından hakaretten dolayı kamu davası açılması talebinde bulunur. Münih Amtsgericht 8 Ağustos 1986 tarihinde söz konusu kişinin kimliğini tespit etmek amacıyla ev araması kararı vermiştir. Bunun üzerine mahkeme (AmtsgerichtMünchen) asıl göndericiyi tespit amacıyla avukat Niemietz adlı avukat da dahil dört kişinin ev ve işyerlerinde arama kararı çıkarır. Davacı avukatın bürosu ve Freiburg savcılığı ve polisi tarafından 13 Kasım 1986 tarihinde aranmış, bu arama sırasında dosya dolapları, bazı dosyalar ve müvekkillerin isim ve adreslerinin bulunduğu çekmece incelenmiştir. Ancak şüpheli herhangi bir şeye rastlanmamıştır. Davacı avukat iç hukuk yollarından bir sonuç alamayınca Avrupa Adalet Divanına başvurmuş ve bürosunda yapılan aramanın sözleşmenin 8, 13 ve Ek Protokol'ün 1. m.ye aykırı olduğunu ileri sürmüştür.Divan Sözleşmenin 8. m.ye aykırı bulduğu kararında iki önemli sonuca ulaşmıştır: "1. Sözleşmenin 8. m.s'i meslek ve buna yönelik ilişkilerin de yürütüldüğü mekânlardaki aramalarda da uygulanabilir. Bu tür aramalarda haberleşme niteliği taşıyan yazılı belgeler incelenemez. İncelense bu yasal değildir. 2. Bir avukat bürosunda aramayasal bir amaçla yapılmış olsa dahi arama emri genel ifadelerle geçirilmiş, özel bir arama yöntemi öngörülmemiş ve meslek sırrına ağır bir saldırı oluşturuyorsa yasa dışı kabul edilmelidir."Divan bu sonuçlara ulaşırken şu gerekçelere dayanmıştır:• Özel hayat kişiyi dış dünyasından soyutlayacak şekilde dar yorumlanmamalıdır. Özel hayata saygı belli ölçüde kişinin diğer insanlarla ilişki kurması ve bu ilişkileri geliştirmesi hakkını da kapsamalıdır. Bu yönüyle meslek hayatı özellikle serbest meslek niteliğindeki uğraşlar içerisinde özel hayatın ne zaman başlayıp ne zaman bittiğini saptamak her zaman olanaklı değildir. Avukat ile müvekkilleri arasındaki güven ilişkisi de avukat bürosunda yapılan aramanın özel hayata ve meskene saldırı olarak kabul edilmesini gerektirir.• Sözleşmenin 8. m'de yer alan İngilizce "home" (mesken) kelimesi Almanya'nın da aralarında bulunduğu pek çok ülke tarafından işyerlerini de kapsayacak şekilde kabul edilmiştir. Mesken ve özel hayat terimleri dar yorumlanmamalıdır. Bu terimlerin ilişkilerini ve iş lokallerini kapsayacak şekilde yorumlanması, 8. m.nin kişiyi resmi makamların keyfi saldırılarına karşı koruma amacına da uygundur.• Olaya ilişkin arama kararının aramanın nasıl yapılacağına ilişkin daha açık belirleme ve sınırlamalara yer vermeksizin sadece "mektupta gönderici olarak gözüken uydurma ismi açıklığa kavuşturacak belgelere el konulması" biçimindeki bir formül 8. m.de öngörülen muhaberat niteliğindeki belgeleri de kapsayan bir aramaya neden olmuştur. Bir avukat bürosunun aramasının özel bir prosedüre bağlı olmadığı bir ülkede gerçekleşmesi durumun önemini artırmaktadır Avukat bürolarının "muhaberatı" 8. m.nin korunması altında olup, söz konusu arama sözleşmenin 8. m.de öngörülen haklarına saldırı niteliğindedir.• Resmî makamların müdahâlesi demokratik toplum kurallarına aykırı olamaz. Bu bağlamda meslek sırrına saldırı ölçüsüne varan avukat bürosunun aranması savunma görevinin yerine getirilmesi ve 6. m.de öngörülen haklara etki edebilir. Bu tür müdahâle avukatların meslek onurunu, müvekkilleri ve kamuoyu önündeki durumunu olumsuz yönde etkiler.("DurchsuchungeinerAnwaltskanzleialsVerletzungvon Art.8 EMRK"; EuGRZ 1993, s. 65 vd. Aynı karar için bk. "DurchsuchungeinerAnwaltskanzlei", NJW 1993, s.718 vd.)

Gerçekten avukatların meslekleri gereği edindikleri sırlar ve bunları saklama yükümlülüğü sanığın savunma hakkıyla da birleşince tanıklık gibi elkoyma ve arama konusunda da avukatlara ilişkin farklı bir düzenleme kabul edilmiş olması son derece yerinde olmuştur.



Buna göre avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir.

Öte yandan avukat büroları ve konutlarında aramaya ilişkin olarak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 58’de de düzenleme bulunduğu dikkat çekilmelidir. Buna göre avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Bununla birlikte, ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında avukatın üzeri aranamaz. CMK m. 130, büyük ölçüde benzerlik içinde bulunan Avukatlık Kanunu m.58 ile birlikte değerlendirilmelidir.

CMK m. 130’a göre:

- Avukat büroları ancak **mahkeme kararı** ile aranabilir ve arama için Cumhuriyet Savcısının denetimi gereklidir. Böylece yasa daha güvenceli bir sistem yaratmıştır. Bunun yanında yine kendine özgü bir işlem tanığı öngörülmüştür. Buna göre baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.
- Arama sonucu elkoyma kararı verilmesi hâlinde avukata, baro başkanı ve temsilcisine karşı koyma hakkı tanınmıştır. Buna göre avukat elkonan şeylerin müvekkili ile arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu iddia edebilir. Bu durumda elkonan şeyler ayrı bir zarfa veya pakete konur mühürlenir. Bu durumda soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme 24 saat içinde bir karar vermelidir. Hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu usûl, postada elkoyma için de geçerlidir.



Meslek sırrının bir gereği olarak avukat kaçak sanığın adresini bildirmek zorunda olmadığı için sanığın adresinin öğrenilmesi amacıyla büroda arama yapılamaz.

Öte yandan, meslek sırrının bir gereği olarak avukat kaçak sanığın adresini bildirmek zorunda olmadığı için sanığın adresinin öğrenilmesi amacıyla büroda arama yapılamaz.³⁹ Avukat ihbâr etmezse, TCK’ya göre suçlu mu olacaktır? Böyle bir durumda avukatı suç işlemiş kabul etmek savunma hakkı ile bağdaşmadığı gibi avukata olan güveni de sarsacaktır. Öte yandan, böyle bir kabul AIHS m. 6’ya da aykırı olacaktır.⁴⁰

Avukat bürolarının aranmasına ilişkin bir diğer sorun, hakkında yakalama kararı bulunan şahsın avukatın bürosunda yakalanması amacıyla büroda arama yapılabilip yapılamayacağına ilişkindir. Bu mümkün olmakla birlikte, uygulanmamalıdır.⁴¹ Savunma özgürlüğü ve avukata olan güven düşünceleri buna engel olmalıdır.

cc. Üst ve Eşyada Yapılan Arama



Bir kimsenin üstünün aranması, giydiği elbise içinde veya altında delil aranmasıdır.

• Üstte Yapılan Arama

Bir kimsenin üstünün aranması, giydiği elbise içinde veya altında delil aranmasıdır. Bu anlamıyla vücudun muayenesi ile üstte yapılan arama birbirinden farklıdır. Bir kimsenin üstünü aramak onun bedenine müdâhale yetkisi vermez. Mesela,

³⁹ Erem, Faruk; Avukatlık Bürolarında Arama, YARGI, Şubat 1977, S. 11, s. 3.

⁴⁰ Donay, Süheyl; Kamu Özgürlüklerinin Korunmasında Avukatın Rolü, İHFM 1977, C. XLIII, S. 1-4, s. 410.

⁴¹ Erem, s. 3.

şüpheli bir kişinin midesinin bir şey yutup yutmadığının tespiti için boşaltılması gerekiyorsa bu CMK 75 vd. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Kişinin üstü aranırken vücut tamlığına saygı gösterilmelidir. Bu nedenle, bir üst aramasında kişinin rızası dışında saç-sakal kestirmek, ilaç şırınga etmek mümkün değildir. Bu ancak bir başka tedbir olan vücudun muayenesi yoluyla gerçekleştirilebilir.

Yine bir üst araması esnasında aranan kişinin ar ve hayâ duygularına saygı duyulmalıdır.⁴² Mesela, bir kadın ancak bir kadın polisçe aranmalıdır.⁴³

Üstte yapılan arama insan onuru ve kişi özgürlüğüne yapılan önemli bir müdahale olduğu için, özellikle polisin bir hâkim kararı olmaksızın arama yapabildiği durumlarda mümkün olduğunca keyiflikten uzak ve aramaya hâkim olan ilkeleri gözönünde tutarak yapılmalıdır.

Bir üst araması, doğrudan buna yönelik bir kararın sonucu olabileceği gibi, böyle bir karar olmadan da konutta yapılan veya bir tutuklama ve yakalamayı izleyen bir arama sırasında da mümkündür. Gerçekten bir konutta veya işyerinde yapılacak bir arama sırasında polisin güvenlik ihtiyacı yanında delil bulunabileceği şüphesi ile orada bulunanların üstü aranabilir. Ancak böyle bir aramanın 116 ve 117'nci maddedeki şüpheyi ilişkin koşulları taşıması gerekir. Yine, böyle bir arama esnasında kişi üstünde saklanması mümkün olmayan şeyin aranması da hukuka aykırı olmalıdır. Zira aksi davranışlar dürüst işlem ilkesinin de açık ihlalini oluşturur. Öte yandan, bir yakalama veya tutuklamayı izleyen bir üst araması da mümkün olup, ayrı bir arama kararına gerek olmamalıdır.

• Eşyada Yapılan Arama

Maddî bir varlığa sahip, taşınabilir ve delil olabilir nitelikteki her şey "eşya" olarak aramanın konusunu oluşturabilir.

Eşyaya sahip olma bir hakka dayanmak zorunda olmakla birlikte, bu hakkın niteliğinin önemi yoktur. Hatta mesela, bir hırsızın dahi eşyası aranabilir. Bu bakımdan eşyanın mutlaka aranan kişinin mülkiyetinde olması gerekmez; fiili bir kullanım yeterlidir. Şüpheli veya sanığın zilyetliğinde ve himayesinde bulunan eşya olması yeterlidir. Bu bakımdan emanetçi veya refakatçideki eşya aranabilir. Eğer gerekirse, eşyanın içinde korunduğu kilitli şeyler açılabilir.

Eşyaya örnek olarak -o sırada giymiş olmadığı- elbiseler, defterler, mobilyalar, sandıklar, bavullar, çantalar, kutular, kasetler, her türlü nakil aracı, bankaya tevdi edilmiş bir evrak verilebilir.⁴⁴ Para da eşya sayılmak gerekir. Bilgisayar ve bilgisayar verisi içeren maddeler bakımından ise CMK m. 134 hükmü düşünülmelidir.

dd. Askerî Mahallerde Yapılan Arama

Askerî mahallerde yapılacak arama, hâkim veya Cumhuriyet Savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir (CMK m. 119/5; Yönetmelik m. 14). Askerî mahaller münhasıran askerlik hizmetine sunulmuş yerlerdir. Mesela,



Kişinin üstü aranırken vücut tamlığına saygı gösterilmelidir.



Maddî bir varlığa sahip, taşınabilir ve delil olabilir nitelikteki her şey "eşya" olarak aramanın konusunu oluşturabilir.



Askerî mahallerde yapılacak arama, hâkim veya Cumhuriyet Savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir (CMK m.119/5; Yönetmelik m.14).

42 Toroslu/Feyzioğlu, s. 238.

43 Özbek, Veli Özer; Yeni Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun Anlamı – CMK İzmir Şerhi, Ankara 2005, s. 263; Şahin, 263.

44 Şahin, s. 263; Turhan, s. 240; Özbek, İzmir Şerhi, s. 417.

karargâh, askerlik şubesi, askerî araçlar gibi.

Asker kişi, askerî mahaller dışında yapılacak arama bakımından genel hükümlere tabi olacaktır.

c. Aramanın Zamanı

aa. Arama Kararının Süresi



Arama karar veya emrinde karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi açıkça gösterilir (CMK m. 119/2-c)

Arama kararı, verilmesinden itibaren ne kadar süre içinde uygulanacaktır? CMUK'tan farklı olarak CMK "Arama karar veya emrinde karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, açıkça gösterilir." hükmünü getirmektedir (CMK m. 119/2-c). Yasada arama karar veya emrinin yerine getirileceği sürenin açıkça belirtilmemesi yerinde olmuştur. Bu her somut olay bakımından ayrıca belirlenmelidir. Ancak belirlenecek süre aramanın **makul bir süre içinde** yerine getirilmesini sağlayacak şekilde olmalıdır. Buna göre 24 saat makul süreye örnek olarak verilebilir. Arama kararının uzun bir süre içermesi aramaya hâkim olan ilkelerden özellikle hukuk devleti ve dürüst işlem ilkesine aykırı olacaktır.

bb. Aramanın Gündüz Yapılması Kuralı

aaa. Genel Olarak



Belli istisnalar dışında mesken veya işyerleri ile sair kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamaz (CMK m.118/1).

Belli istisnalar dışında mesken veya işyerleri ile sair kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamaz (CMK m. 118/1). O hâlde kural, aramanın gündüz yapılmasıdır. Böylece yasa geceleyin konutlarında dinlenmeye çekilmiş kişilerin, mutlak zorunluluk dışında, rahatsız edilmelerini önlemek istemiştir. Esasen bu, Anayasaca koruma altına alınmış konut dokunulmazlığı hakkının bir yansımasıdır. Gerçekten kişi üstünün ve eşyasının aranması bakımından zaman unsurunun önemli olmaması bunu ispatlar. Ancak bunun için kişilerin üstünün ve onlara ait şeylerin aranması konut aramasına bağlı olmamalıdır.⁴⁵

Kural, aramanın gündüz yapılması olduğuna göre gündüzün ne olduğu ortaya konulmalıdır. Gündüzün ne olduğu sorununun gece kavramını açıklamakla çözümleyebiliriz. TCK'ya göre "Gece vakti deyiminden; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi" anlaşılır (TCK m. 6/1 e). Gece kavramının belirlenmesinde ölçüt bu olunca gündüz bu iki zaman dilimi arasında kalan süredir. Bununla birlikte gecenin saptanmasında ölçütün bu olduğu kabul edildiğinde, gündüzün ne zaman başlayıp biteceği mevsimlere göre farklılık gösterecektir.



Gündüz başlayan arama gece devam edebilir.

Kural aramanın gündüz yapılması olmakla birlikte, gündüz başlayan arama gece devam edebilir. Zira gündüz başlamış olmakla birlikte tamamlanamayan arama, gece devam edebilir.⁴⁶ Ancak, burada dikkat edilmesi gereken yetkili makamların dürüst işlem ilkesine aykırı olarak aramayı gereksiz uzatıp geceye taşıması hâlinde aramanın hukuka aykırı bir niteliğe bürüneceğidir.

⁴⁵ Özbeke/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 343.

⁴⁶ JTGY'ye "Aramanın gündüz yapılması, aramaya gündüz başlanmış olması demektir. Gündüz başlanan aramalar gece de sürdürülebilir." hükmüyle konuya açıklık getirmiştir (m. 113/5).

bbb. Aramanın Gündüz Yapılması Kuralının İstisnaları

CMK konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılmasını yasakladıktan sonra, *"suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar"*ın bu yasağın istisnâsı olduğunu kabul etmiştir.

aaaa. Suçüstü Hâli

CMK m. 2 j bendi suçüstü hâlini tanımlamaktadır.⁴⁷ Buna göre suçüstü hâlleri şunlardır:

1. İşlenmekte olan suç,
2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç,
3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç.

O hâlde, yukarıdaki şartları taşıyan suçlarda, yani suçüstü hâllerinde gece arama yapılabilir. Böyle bir arama, aramanın her iki amacını da taşıyabilir. Mesela, geceleyin bir adam yaralama suçunun işlendiği ihbârını alan polis olay yerine geldiğinde elinde silah olan bir kişinin koşarak yakındaki bir eve girdiğini görür. İşte bu durumda polisin sıcak takipte bulunarak şüpheliyi yakalamak amacıyla eve girip arama yapılabilmesi mümkündür.

bbbb. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hâller

Yasada bu konuda bir tanım yoktur.⁴⁸ Aramanın gündüze bırakılması durumunda başarısızlıkla sonuçlanacağı ihtimâlinin bulunması hâlinde gecikmede sakınca vardır denilebilir. Diğer bir deyimle, gecenin sona ermesinin beklenmesi hâlinde aramanın başarısı tehlikeye düşecek, yani o yerin aranması ancak geceleyin mümkün, arama yalnız geceleyin yapılırsa başarılı olacak, aksi takdirde şüpheli veya sanık kaçacak veya deliller ortadan kaldırılacak ise artık gecikmede tehlike vardır. Ancak, böyle bir hâlin varlığı talepte belirtilmeli, karar veya emirde de ayrıca gösterilmelidir.

cccc. Yakalanmış veya Gözaltına Alınmış Olup da Firar Eden Kişi veya Tutuklu veya Hükümlünün Tekrar Yakalanması

CMK, yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi, tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanabilmesi için konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılabilmesini kabul etmiştir. Düzenleme özgürlüğü sınırlandırılmış her kişiyi kapsamamaktadır. Örneğin, zorla getirilen kişi madde kapsamına dahil değildir. Yine herkesin yakalama yapabildiği durumlarda yakalanan kişi yetkili mercie teslim edilene ve yine sanığın şuurunun tetkiki için resmî bir müessesede gözlem altına alınana dek bu terimin dışında kalmaktadır.



Konut, işyeri veya kamuya açık olmayan işyerlerinde suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla gece arama yapılabilir.

⁴⁷ Aynı tanım, Yönetmelik'te de yer almaktadır.

⁴⁸ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 4 e göre, "Gecikmesinde sakınca bulunan hâl, derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimâlinin ortaya çıkması hâlini" ifade eder.

d. Aramanın İcrası

aa. Savcı Tarafından Yapılan Arama

Aramanın savcı tarafından yapılacağına ilişkin yasada açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, CMK m. 119/4'ün savcı hazır bulunmaksızın yapılan aramada merasim tanıklarının bulunması zorunluluğundan bahsetmiş olması, esasen aramanın savcı tarafından da yapılacağına örtülü olarak kabul edilmiş bulunduğunu gösterir.

Hükümden çıkan diğer bir sonuç ise, savcı huzurunda yapılacak aramada arama tanıklarının bulunma zorunluluğunun olmamasıdır. O hâlde böyle bir aramada savcının hazır bulunması yeterli olup, dışarıdan kimse gerekmez. Bu hâllerde savcının varlığı güvence sayılmıştır. Ancak savcı huzurunda yapılan aramada zabıt katibi hazır bulunmalıdır. Bu, CMK m. 169'un getirmiş olduğu düzenlemenin bir sonucudur.

bb. Kolluk Tarafından Yapılan Arama

aaa. Genel Olarak

CMK m. 119/1'in getirdiği düzenlemeden aramanın kural olarak kolluk tarafından yapılacağı anlaşılmaktadır. Gerçekten *hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler*. Bugün aramanın, genel olarak, kolluk tarafından yapıldığı görülmektedir.

Hazırlık soruşturmasında asıl yetkili makam savcılık olmakla birlikte (CMK m. 160), savcı hazırlık soruşturmasıyla ilgili işlemleri kolluğa da yaptırabilir (CMK m. 161). CMK adlî kolluk terimi altında yeni bir kolluk türü getirmiştir (m. 164). *Buna göre soruşturma işlemleri, Cumhuriyet Savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adlî kolluğa yaptırılır. Adlî kolluk görevlileri, Cumhuriyet Savcısının adlî görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir* (CMK m. 164/2).

Yasa, kolluk tarafından yapılan aramada kural olarak arama tanıklarının bulunması zorunluluğunu getirmiştir. Bu yönüyle konuyu ikiye ayırarak incelemenin faydalı olacaktır.

bbb. Arama Tanıkları: Aramada Komşu veya İhtiyar Heyetinden Birisinin Bulunması

Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın kolluk tarafından konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur (m. 119/4). Bu kişilere *arama tanıkları* denebilir.⁴⁹ Kanun, belirtilen yerlerdeki aramalar bakımından arama tanıklarının varlığını zorunlu görmüş ve bu konuyu arama konusunda karar veren makam veya aramayı gerçekleştiren görevlilerin takdirine bırakmamıştır. Bununla birlikte *Yargıtay "(...) sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı, bir başka deyişle; sadece bu nedenle, ele geçen delilleri 'hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil' olarak nitelenemeyeceğine (...)"* karar vermiştir.⁵⁰



Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın kolluk tarafından konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur (m.119/4).

49 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 358.

50 Y. CGK 26.06.2007, E. 2007/7-147, K. 2007/159.

Arama tanıkları, ancak yasada sayılan kişiler olabilir. Bununla birlikte, bu kişilerin kolluk mensubu olmamasına dikkat edilmelidir.

ccc. Aramada Hazır Bulunabilecekler

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 "sahip" veya "zilyet"ten bahsederek kavramı geniş tutmuştur. Buna göre, mesela, kiracı da aramada hazır bulunma hakkına sahiptir. Bu bağlamda hukuka aykırı olmamak koşuluyla fiili kullanıcı sahip veya zilyet olarak kabul edilmelidir.

Sahip veya zilyet birden fazla ise, her birinin aramada bulunma hakkı vardır.

Hüküm aramada hazır bulunacak kişileri öncelik sırasına göre saymıştır. Buna göre, mesela, ev sahibi varken, temsilci çağrılmaz. Yasa burada rastgele değil, ilgiliye yakınlık sırasını gözeterek bir sıralama yapmıştır.

Maddenin ilk cümlesinde aramaya tabi olan yerin sahibi veya eşyanın zilyedinin hazır **bulunabileceğinden** söz edilmektedir. Aramayı gerçekleştirecek olan memurun bu kişi/kişileri beklemek zorunluluğu yoktur. Nitekim yasa koyucu, bu kişilerin o sırada hazır bulunamayabileceği endişesiyle bir zorunluluk ifade etmekten kaçınmıştır. Ancak, bu kişilere ulaşılamazsa, artık o zaman ikinci cümlede sayılı kişilerden birisi hazır **bulundurulmalıdır**.

aaaa. Aramaya Tabi Olan Yerin Sahibi veya Eşyanın Zilyedi

Aramada öncelikle, aramaya tabi olan yerin sahibi veya eşyanın zilyedi hazır bulundurulmaya çalışılır.

Düzenlemenin ilk yarısı "yerin sahibi"nden söz etmektedir. O hâlde, hüküm taşınmazlara ilişkindir. Buradaki "sahip" kelimesi de malik olarak değil, "fiilî kullanım şekli" olarak anlaşılmalıdır. Yani, sahip kelimesi hukukî değil, maddî bir anlam ifade eder.⁵¹

Düzenlemenin ikinci yarısının "eşyanın zilyedi"nden bahsetmesi üst ve eşya aramasına yönelik bir düzenleme getirmesinden değildir. Yasa burada, aramaya tabi olan yerdeki eşyadan bahsetmektedir. Buradaki zilyet kelimesi de hukuken hiçbir yetkisi olmasa dahi, o şeyi fiilen elinde bulunduran kimse olarak anlaşılmalıdır.⁵²

Öte yandan, sahip veya zilyet şüpheli ya da sanık olabilir.

Yasa "hazır bulunabilir" dediğine göre, gerektiğinde bu kişiler hazır bulunmaktan çekinebilir veya kendilerine ulaşamayabilir. O hâlde sahibinin veya zilyedin huzurunda yapılmamış bir arama hukuka aykırı değildir. Bununla birlikte, böyle bir aramanın hukuka aykırı olmaması ancak, hemen aşağıda üzerinde durulacak olan aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunmazsa



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.

51 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 361.

52 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 361.

temsilcisinin veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından birinin veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişinin veya komşusunun hazır bulundurulması hâlinde söz konusu olabilir.

bbbb. Temsilcinin veya Ayırt Etme Gücüne Sahip Hısımlarından Birinin veya Kendisiyle Birlikte Oturmakta Olan Bir Kişinin veya Komşusunun Hazır Bulundurulması

Aramada bulunabilecek kişilerden temsilci, ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri, kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşu, arama tanıklarından farklı bir işleve sahiptir. Bunlar sahip veya zilyedin bulunmaması hâlinde onun yerine aramada hazır bulunarak sahip veya zilyedin menfaatlerini korumaktadır.

Temsilci, o yer veya şeyin sahibi veya zilyedini genel bir vekaletname ile veya mutat olduğu üzere tam bir yetkiyle temsil eden kişi anlamına gelmektedir. Mesela, o kişinin karısı veya kocası gibi. Avukat temsilci olarak kabul edilemez. Nitekim kanun, avukatın aramada hazır bulunabileceğini ayrıca düzenlemiş bulunmaktadır.

Hısımlık, sözlük anlamı itibariyle soyca veya evlilik sonucu aralarında bağ bulunanlardan her biri, akraba demektir. 4721 sayılı Medeni Kanun ise, hısımlığı kan hısımlığı ve kayın hısımlığı olarak ikiye ayırmaktadır. Buna göre kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile belli olur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır (m. 17). Buna karşılık eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz (m. 18). Ayırt etme gücü ise iyiyi kötüden doğruyu yanlıştan ayırma yeteneği olarak tanımlanabilir. O hâlde, **ayırt etme gücüne sahip hısımdan** aralarında bu şekilde yakınlık olanlardan yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlardan biriyle akli başında davranış yeteneğinden yoksun olmayan kimse (MK m. 13) anlaşılmalıdır.

Birlikte oturmakta olan kişi, aynı evin paylaşıldığı kişi/kişilerdir. Mesela, aynı evde kalan arkadaşlar gibi.

Komşu da yine hazır bulundurulabilecek kişilerden birisi olarak sayılmıştır.

CMK m. 120 bu kişileri saymış ve arama sırasında hazır **“bulundurulur”** demiştir. O hâlde, sayılan bu kişilerin aramada hazır bulundurulması zorunludur. Bu bakımdan bu kişilerin aramada hazır bulundurulmaması aramayı hukuka aykırı hâle getirebilir.

Buradaki sayımın öncelik sırasına göre olduğu yinelenmelidir.

Zilyedin bulunmaması hâlinde onun yerine çağrılacak kişinin sözlü bir şekilde davet edilmesi yeterlidir; yazılı olması gerekmez.

e. Aramada Avukat Yardımından Yararlanabilme

CMK m. 120/3'e göre *“Kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz.”* Buna göre, avukat arama sırasında mevcutsa aramada da hazır bulunabilir; buna engel olunamaz. Bununla birlikte aramanın başladığı sırada orada bulunmayan



Avukat arama sırasında mevcutsa aramada da hazır bulunabilir; buna engel olunamaz. Bununla birlikte aramanın başladığı sırada orada bulunmayan avukatın beklenmesi zorunlu değildir.

avukatın beklenmesi zorunlu değildir.⁵³ Bir avukat çağırılması ve beklenilmesinin aramayı sonuçsuz bırakacağı hâllerde, diğer bir ifadeyle, gecikmede tehlikenin bulunması hâlinde, artık bu haktan yararlanılamaması gerekir. Hangi hâllerin aramayı sonuçsuz bırakacağı her olaya göre aramayı yapan makamca belirlenir. Bu durumda çağrılan avukat geldiği sırada arama hâlâ devam ediyorsa avukatın aramaya katılabilmesi mümkün olmalıdır.

f. Arama Öncesi Aramaya Maruz Kalacak Kişiyi Bilgi Verilmesi

CMK'nın 120/2. maddesinde şüpheli veya sanık dışındaki kişinin üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya diğer yerlerin aranması hâlinde zilyet veya zilyedin bulunmaması hâlinde yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramamanın amacı konusunda bilgi verileceği hükmü getirilmiştir. Bu durumda aramaya tabi olan yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi veya o bulunmazsa yerine 120/1. maddeye göre tayin olunacak kimseye aramaya başlanmazdan önce aramanın amacı konusunda bilgi verilmelidir.

Her ne kadar 120/2. maddede bu zorunluluğu şüpheli veya sanık dışındaki kişilere yönelik aramalar bakımından öngörmüşse de başta hukuk devleti olmak üzere aramaya hâkim olan ilkeler aramaya maruz kalan herkese aramanın amacı hakkında bilgi verilmesini gerekli kılmaktadır. Kaldı ki, aynı sonuca sanığın suçlamaları öğrenme hakkının bir sonucu olarak da ulaşmak mümkündür. Suçlamaları öğrenme hakkının, yapılan Ceza Muhâkemesi işlemine veya başvurulmuş koruma tedbirine hangi amaçla, hangi suçlamayla başvurulduğunu bildirme amacı taşımakta olduğu, bunun arama hakkında bilgi vermeyi de kapsadığı açıktır. Öte yandan, "Adil Yargılanma Hakkı"nı düzenleyen AİHS m. 6/3, her sanığın en azından sahip olacağı haklar arasında "Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek" hakkından da söz etmiştir (b. 3). AİHS Türkiye tarafından kabul edildiğine ve Anayasanın 90. maddesi gereği bir iç hukuk kuralı hâline geldiğine göre bu hüküm gereği de aramaya maruz kalan kim olursa olsun aramanın amacı hakkında bilgi verilmek gerektiği kabul edilmelidir. Böyle kabul edildiğinde sanığın yabancı olması hâlinde de aramanın amacının sanığa anladığı dille bildirilmesi gerekmektedir.⁵⁴

Bilgi verme aramanın hangi suçtan, kime karşı başvurulduğu vb. konularda ilgiliyi aydınlatma amacı taşır. Ancak, öncelikle kolluk, kimliğine ilişkin bilgi vermelidir (PVSK m. 17/2). Bilgi verme sözlü veya yazılı olabilir.

Arama hususunda bilgi verilmemesi gibi, eksik veya yanlış bilgi verilmesi de aramayı hukuka aykırı kılabilir.

g. Arama Sonunda Verilecek Belge

Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın 116 ve 117. maddelere göre yapıldığını ve 116. maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine el konulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheliyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir (CMK m. 121/1).



117. maddenin birinci fıkrasında gösterilen hâllerde zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir.



Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın 116 ve 117. maddelere göre yapıldığını ve 116. maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine el konulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheliyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir (CMK m. 121/1).

⁵³ Toroslu/Feyzioğlu, s. 240.

⁵⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 364.



Koruma altına alınan veya elkonulan eşyanın tam bir defteri yapılır. Karışmasının veya değişmesinin önüne geçmek için bu eşya resmî mühürle mühürlenir veya işaretlenir (CMK m. 121/3).

Bu şekilde düzenlenen belgelerde, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, elkonulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarına da yer verilecektir (CMK m. 121/2).

h. Aramada Ele Geçen Eşya Hakkında Yapılacak İşlem

Koruma altına alınan veya elkonulan eşyanın tam bir defteri yapılır. Karışmasının veya değişmesinin önüne geçmek için bu eşya resmî mühürle mühürlenir veya işaretlenir (CMK m. 121/3).

Defterin nasıl yapılacağı ve mühür ve işaretlemenin nasıl gerçekleştirileceği hususunda CMK'da bir açıklık yoktur. Ancak, en azından tutulan defterde elkonulan şey, nerede bulunduğu, sahibi veya zilyedi vb. gösterilmesi gerektiği söylenmelidir. Bununla birlikte, bu konuda Suç Eşyası Yönetmeliği'nden yararlanılabilir.⁵⁵ Buna göre suç eşyası, kural olarak, Adalet Emanet Dairesinde saklanır (Yönetmelik m. 4). Soruşturmayı yapan görevlilerce suç eşyasına elkonulduğuna dair bir tutanak düzenlenir (Yönetmelik m. 5). Elkoyma tutanağına; elkonulan eşyanın cinsi, miktarı, üzerindeki işaret, yazı ve numaraları, tür, marka, model ve ölçü gibi benzerlerinden ayırt etmeye elverişli bütün nitelikleri, takdir ettirilen değeri, hangi suçtan dolayı kimden, nereden ve ne sûretle alınmış olduğu, soruşturma evrakı numarası, hazır olan mağdur, suçtan zarar gören, şüpheli veya sanık ile bunların vekil ya da müdafinin, bilirkişi ve tanıklar ile huzurda bulunan diğer kişilerin ve elkoyma işlemi yapan kolluk görevlilerinin açık kimlikleri, işlemin yeri, tarihi ve saati yazılır; ilgililerin imzası, imza bilmeyenlerin parmak izi alınır; okuma ve yazma bilen şahısların ad, soyad ve adresleri kendi el yazıları ile yazdırılır, bu şekilde düzenlenen tutanak, soruşturma evrakına eklenir (m. 5/2). Elkonulan eşya, uygun şekilde ambalajlandıktan sonra, ambalajın ebadına, delillerin mahiyetine göre, tel, sicim, ip veya uygun görülen benzerleri ile bağlanıp, açıldığında yeniden kullanılamayacak derecede bozulan ve açıldığı belli olan mühür bandı, kendinden yapışkanlı güvenlik poşeti, üzerinde seri numarası bulunan tek kullanımlık hazır mühür, kurşun veya mum ile mühürlenir; ayrıca, suç eşyasına bağlanan etiket üzerine eşyanın cinsi, miktarı, kimden alındığı ve soruşturma evrakının numarası yazılmak sûretiyle Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi edilir (Yönetmelik m. 5/3). Elkonulan eşyanın teslim alınmasına dair işlemler Cumhuriyet Savcısının talimatı doğrultusunda emanet memurunca yerine getirilir. Bulunmadığı takdirde Cumhuriyet Başsavcılığınca görevlendirilecek personel tarafından tutanakla teslim alınarak en kısa zamanda emanet memurluğuna teslim edilir (Yönetmelik m. 5/6).

i. Adlî Arama Tutanağı

Arama sonunda bir tutanak düzenlenir. Buna **adlî arama tutanağı** denir (Yönetmelik m. 11). Tutanakta:

- Arama kararının tarih ve sayısı, hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren merci,
- Aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat,
- Aramanın konusu,
- Aranan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri,
- Araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve eklentilerinin açık adresi, su üstü aracının

⁵⁵ RG. 01 Haziran 2005-25832.

aranmasında su üstü aracının cinsi, ismi, sahibi ve kullananı, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatısı, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevkiî,

f. Aramanın sonuçları, el konulan suç eşyasına ilişkin belirleyici bilgiler,

g. Aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri,

h. Arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği,

i. Arama işlemini yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı, hususları yer alır.

Tutanak arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanır. Tutanağın bir sûreti ilgiliye verilir.

Kaçakçılık suçlarıyla ilgili tutanaklar, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun⁵⁶ 21'inci maddesine göre tanzim edilir.

j. Belge veya Kâğıtları İnceleme Yetkisi

CMK, kâğıtları inceleme yetkisini hem Cumhuriyet Savcısına, hem de hâkime vermiştir (CMK m. 122/1; Yönetmelik m. 16/1). Bunun dışında kolluğa belge ve kâğıtları inceleme yetkisi tanınmamıştır.

Hüküm, özel hayatın gizliliğini korumaya çalıştığına göre belge ve kâğıt terimi geniş olarak anlaşılmalıdır. CMK'nın sadece kâğıt değil, belgeden de söz etmesi kapsamın genişletilmesini sağlamaya yöneliktir. Bu durumda kişisel, toplumsal veya meslekî olup olmadığına, gizli, kapalı veya açık bulunup bulunmadığına bakılmaksızın düşünsel bir içeriğe sahip yazılı ya da basılı her kâğıt CMK m. 122'nin kapsamına girer. Buna göre mektup, günlük, notlar, muhasebe ve bilanço kayıtlarını içeren defterler, defter, ticari defterler, basılı verilmeden önceki prova basılar, bir hastanın hastalığının akışı hakkında tutulmuş notlar, şehir planı, harita, otobüs bileti, benzin veya otel faturası vb. kâğıt anlamını taşır. Hatta hükmün düzenleniş amacı ve günümüzdeki teknik gelişmeler de göz önünde tutulduğunda film, mikrofilm, fotoğraf veya fotoğraf albümü, kaset vb. gibi fikri içerik taşıyan maddeler kâğıt olarak kabul edilmelidir. Buna karşılık piyasadan temin edilebilen, diğer bir deyimle artık aleniyete geçmiş, kitaplar ve diğer basılı şeyler ve sanat eseri niteliği taşıyan tüm eserler (resim, grafik gibi), nihayet resmî makamlardan alınan nüfus cüzdanı, ehliyet gibi belgeler bu hükmün kapsamı dışında kalmaktadır. Öte yandan bilgisayar verileri taşıyan CD, disket vb. ise ayrıca düzenlendiğinden konu m.134 çerçevesinde düşünülmelidir.⁵⁷

Aramaya maruz kalan kişinin kâğıtlarının incelenmesi yetkisi savcı ve hâkime ait ve yasanın bu düzenlemesinin amacının zilyedin gizli alanının ve sırlarının korunması olduğuna göre, kolluğun soruşturma bakımından önemsiz olanları ayıklamak amacıyla kâğıtları dışarıdan kabaca incelemesi amacıyla yüzeysel olarak okunması dahi mümkün değildir. Zira yazının içeriği hakkında bilgi sahibi olunmaksızın böyle bir inceleme yapmak mümkün olmadığı gibi, bunun esaslı bir incelemeden farkını ortaya koyacak sınırı çizilebilmek de mümkün değildir. Bununla birlikte, kolluk yalnızca dış belirtilere göre ayıklama yapabilir (mesela, yazı stili, gönderenin ismi gibi).



CMK, kâğıtları inceleme yetkisini hem Cumhuriyet Savcısına, hem de hâkime vermiştir (CMK m.122/1; Yön. m.16/1). Bunun dışında kolluğa belge ve kâğıtları inceleme yetkisi tanınmamıştır.



Aramaya maruz kalan kişinin kâğıtlarının incelenmesi yetkisi savcı ve hâkime ait ve yasanın bu düzenlemesinin amacının zilyedin gizli alanının ve sırlarının korunması olduğuna göre, kolluğun soruşturma bakımından önemsiz olanları ayıklamak amacıyla kâğıtları dışarıdan kabaca incelemesi amacıyla yüzeysel olarak okunması dahi mümkün değildir.

56 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5607 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesine göre 4926 sayılı Kanun'a yapılan atıflar 5607 sayılı Kanun'a yapılmış sayılacaktır.

57 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 369.



Aramayı yapan memurun kâğıtları yanına alması elkoyma değil, geçici olarak emniyet altına almaktır.

Aksi hâlde, kâğıtların hâkimce incelenmesini lüzumlu görecektir bilgiyi edinmek olanaklı değildir. Bununla birlikte, incelemenin sadece gerekli bilgiyi edinmekle sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Yönetmeliğe göre de *“Kolluk, arama sırasında ele geçen belge veya kâğıtlara, suçla ilgisi olup olmadığını tespit amacıyla, **incelemeksizin bakabilir.**”* Kolluk suçla ilgisi olabileceğinden şüphelendiği anda incelenecek belge ve kâğıtları kanun ya da yönetmeliklerin öngördüğü şekilde ambalajlayarak mühürler.⁵⁸

Hâkimin ve savcının yapacağı inceleme, kâğıdın delil olma veya müsadere edilebilme özelliğine sahip olup olmadığını anlamak için içeriğinin incelenmesidir. Hâkim, bunun için gerekli görürse bilirkişi veya tercümana başvurabilir.

Aramayı yapan memurun kâğıtları yanına alması elkoyma değil, geçici olarak emniyet altına almaktır. Zira elkonulup konulmaması savcı veya hâkimin tetkiki sonucu belirlenecektir.



Belge ve kâğıtların zilyedi veya temsilcisi kendi mührünü de koyabilir veya imzasını atabilir. İleride mührün kaldırılmasına ve kâğıtların incelenmesine karar verildiğinde bu işlemin yapılmasında hazır bulunmak üzere, zilyedi veya temsilcisi ya da müdafî veya vekili çağrılır; çağrıya uyulmadığında gerekli işlem yapılır (CMK m. 122/2).

Yasa koyucu, memurun incelenmesini gerekli gördüğü kâğıtların zarfa konulup mühürlenmesi esnasında mümkünse zilyedin ya da temsilcisinin de varlığını aramıştır. Bu durumda kâğıtların zilyedi veya bunun yerine temsilcisi kendi mührünü dahi kullanmaya yetkilidir (CMK m. 122/2; Yönetmelik m. 16/3). Böylece emniyet altına alınan kâğıtların aramada elde edilmiş kâğıtlardan olduğunun belgelenmesinin sağlanmasını istenmiştir.

Memurun incelenmesini gerekli görerek bu şekilde emniyet altına aldığı kâğıtların içine konulan zarf ve benzeri koruyucunun mührünün açılıp, incelenmesine karar verilmesi durumunda bu işlemlerin yapılması sırasında hazır bulunmak üzere zilyedi veya temsilcisi ya da müdafî veya vekili çağrılır ancak çağrıya uyulmadığında artık gerekli işlem yapılır (CMK 122/2).

Mührün sökülüp kâğıtların incelenmesine karar verecek merci savcı veya yetkili hâkimdir. Yetkili hâkim ise, soruşturma aşamasında sulh hâkimi; kovuşturma aşamasında ise, davaya bakan mahkemedir.

Hâkim veya savcı, inceleme sonunda herhangi bir suç ile ilgisini saptayamazsa belge ve kâğıtları sahibine iade eder (CMK m. 122/3).

k. Tesadüfen Elde Edilen Deliller: Aramada, Yapılan Soruşturma ile İlgisi Olmayan Eşyanın Bulunması

Arama sırasında, yapılan aramayla ilgisi bulunmayan ve fakat başka bir suçla ilişkili olan bir delil elde edilirse muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet savcılığına bildirilir (CMK m. 138/1). Arama Yönetmeliği konuyu daha ayrıntılı düzenlemektedir (m. 10). Buna göre;

“Usûlüne uygun yapılan aramada;

a. Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen,

b. Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek,

bir delil elde edilirse; bu delil koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığı'na derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için Cumhuriyet Savcısından yeni bir yazılı emir istenir. Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir."

Görüldüğü üzere Yönetmelik, "tesadüfen elde edilen delil" kavramını biraz daha genişletmiştir. Gerçekten CMK'da sadece "yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla **ilgisi olmayan** ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil" den söz edilmekte iken Yönetmelik buna ilaveten "yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla **ilgisi olmakla birlikte**, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen" delillerden de söz etmektedir.

Öte yandan Yönetmelik, durumun savcılığa bildirilmesinden sonra ne şekilde hareket edileceğine açıklık getirmek istemiştir. Buna göre böyle bir delil elde edilirse; bu delil koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığı'na derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için **Cumhuriyet Savcısından yeni bir yazılı emir istenir**. Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hâllerde ise, kolluk âmirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir. Hâkim kararı olmaksızın elkoyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.

Muhafaza altına alma bakımından dikkat edilmesi gereken şudur: Bu şekilde elkonulabilecek eşyanın *tesadüfen* bulunması gerekir.⁵⁹ Deyim yerindeyse, aramanın başlangıcında öngörülmesi mümkün olmayan, sürpriz bir bulma söz konusudur. Bu tesadüf ise arama emrinin içerdiği sınırlar içinde yani aramanın konusu olan şeyin aranması esnasında bulunması ile gerçekleşir. Yani o şey "çıplak gözle görülebilir" olmalıdır. Burada öyle bir durum vardır ki, tesadüfen bulunan şeyin arama kararının verilmesine neden olan fiil ile bağlantısı bulunmamakta ve fakat bu şey diğer bir suçun işlendiğini göstermektedir. Bu konuda, bilinen bir suçla bağlantı bulunması olasılığı ya da belirsiz, soyut bir şüphenin varlığı yeterlidir. Bunun başlangıç şüphesi olması dahi gerekli değildir. Tesadüfen bulunan bu şeyin, açıkça delil olarak kabul edilebiliyor olması da gerekmez. Konuya örnek olarak cinayet suçundan evi aranan bir kişinin evinde tesadüfen esrar ya da kaçak sigara bulunması verilebilir.⁶⁰

Şayet arama kararının ya da emrinin konusu dışında kalan bir şey aranır ve bulunursa, artık o eşya CMK m. 138 anlamında tesadüfen bulunan bir eşya değildir. Soruşturma makamları burada aslında dürüst işlem ilkesine aykırı davranmakta, bir suça ilişkin arama kararını bir başka suça ilişkin delil elde etmek amacıyla kullanmaktadır. Diğer bir deyişle aslında bu durumda ortada bir arama kararı ya da emri bulunmamaktadır. Böyle bir arama muhâkeme, hukukunun dürüst işlem, adil yargılanma, oranlılık ilkelerine aykırı olacağından hukuka aykırı sayılmalı elde edilen deliller muhâkemede kullanılamamalıdır.⁶¹

Bu şekilde tesadüfen bulunan şeylerin muhafaza altına alınabilmesi için, yukarıda da belirtildiği gibi, bunların elkonulamayacak şeylerden olmaması gerekir. Mesela, elkonulması mümkün olmayan mektuplar hakkında CMK m. 138 hükmü uygulanamaz.



Muhafaza altına alınacak eşyanın tesadüfen bulunması gereklidir.



Bu şekilde tesadüfen bulunan şeylerin muhafaza altına alınabilmesi için, yukarıda da belirtildiği gibi, bunların elkonulamayacak şeylerden olmaması gerekir.

59 Kleinknecht/Meyer-Gossner, § 102 17; Krş. KarlsruherKommentar, § 108 1; Löwe/Rosenberg, § 108 1.

60 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 372.

61 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 372.

Öte yandan savcı ya da hakim, bir mektup kontrolü sırasında başka bir Ceza Muhâkemesi bakımından önemli olabilecek bir delil elde etmişse bu durumda da tesadüfen elde edilen delil söz konusu olacağından yine m. 138/1 hükmü devreye girecektir.

Muhafaza altına alma kolluk tarafından gerçekleştirilmişse, bu durum derhâl savcılığa bildirilmelidir. Bu durumda savcı bu şeylerin yapılacak olan muhâkemede delil olarak kullanılabilip kullanılamayacağı ya da bu muhâkemede bunlara elkonulabilip elkonulamayacağı hususlarını incelemelidir. Savcı, yeni bir soruşturma başlatmaz veya delil olarak gerekli görmezse alınan bu şeyi iade edebilir. Bu şekilde muhafaza altına alınan şey derhâl iade edilmezse, bu şeye makul bir süre içinde elkonulmalıdır.

Özetlenecek olursa, tesadüfen bulunan eşyaya elkonulmasının koşulları şunlar olmalıdır:

- Hukuka uygun bir aramanın varlığı.
- Elkoymanın mümkün olması.
- Diğer suç bakımından basit suç şüphesinin varlığı.



CMK m. 116 vd. hükümlerine aykırı olarak uygulanmış bir arama sonucu elde edilen deliller muhakemede kullanılamaz

I. Delil Yasakları

Arama bakımından konunun iki boyutu bulunmaktadır: delil elde etme yasağı ve delil değerlendirme yasağı. Delillerin elde edilmesinde araç konumunda olan hususlardaki hukuka aykırılıklar da delil yasaklarının doğmasına sebep olur. Her koruma tedbiri gibi aramanın da mutlaka kanunda belirtilen usûllere uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu usûle uyulmadan yapılan tüm işlemler, hukuka aykırı olarak elde edilmiş kabul edilecektir. Örneğin, gecikmede sakınca bulunmamasına rağmen hâkim kararı mevcut olmadan ya da gündüz yapılması gerekirken gece arama yapılmışsa delil elde etme yasağına aykırılık söz konusudur.

Delil değerlendirme yasağı ile ilgili olarak ise CMK, “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*” şeklinde bir düzenleme getirmiştir (CMK m. 217/2). Hükümde hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delilden söz edilmektedir. O hâlde hükmün karşıt anlamından hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olan delil ile yüklenen suçun ispatlanması yasaktır. Bu durumda CMK m. 217/2’nin CMUK m. 254/2 gibi mutlak delil yasağı getirdiği söylenmelidir. Buna göre CMK m. 116 vd. hükümlerine aykırı olarak uygulanmış bir arama sonucu elde edilen deliller Muhâkemede kullanılamaz.⁶² Madde “ispat edilebilir”likten söz ettiğine göre bu sadece hâkimi değil, fezleke düzenleyecek kolluk ile iddianame düzenleyecek savcıyı da ilgilendirir.

m. Denetimi

aa. İdari Denetim

Kolluk bir suç işlendikten sonra faili ve suç delillerini arayıp bulmak ve böylece failin cezalandırılmasını sağlamakla görevli olan adlî kolluk hâline geldiği için (CMK m. 164) amacı artık idari olmaktan çok adlî bir amaçtır. Bu andan itibaren kolluğun

⁶² Yargıtay da verdiği kararlarda hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen delillerin kullanılmasını kabul etmemiştir (Y. CGK, 29.11.2005, E. 2005/7-144, K. 2005/150).

en yüksek âmiri savcılardır. Bu bakımdan kolluk, idarenin işlev ve kudreti dışında kaldığı için kolluğun bu faaliyetlerinin denetlenmesi de idare hukuku dışındadır. İşte bu nedenlerle ülkemizde kolluğun adlîyeye ilişkin eylem ve işlemleri ile ilgili olarak idari yönden denetlenmesi bakımından idare mahkemesinde dava açılması yolu benimsenmemiştir.

Bununla birlikte hukukumuzda adlî kolluğun eylem ve işlemlerinin idari açıdan denetlenebilmesi mümkündür. Bilindiği üzere **“Adlî kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet Savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet Savcısının adlîyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.”** (CMK m.161/2). **“Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adlîye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk âmirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları yargılama usûlü uygulanır.”** (CMK m. 161/5).

Nihayet, Cumhuriyet başsavcıları her yılın sonunda, o yerdeki adlî kolluğun sorumluları hakkında değerlendirme raporları düzenleyerek, mülki idare âmirlerine gönderir (CMK m. 166).

bb. Yargısal Denetim

Arama koruma tedbirini düzenleyen CMK hükümleri içinde, arama kararlarının denetlenmesine ilişkin herhangi bir özel kanun yolu düzenlenmiş değildir. O hâlde hukuka aykırı arama kararlarına karşı ancak genel hükümler çerçevesinde denetim mümkün olabilir.

Bu anlamda öncelikle arama koruma tedbirinin son kararla (hüküm) birlikte istinaf ve temyiz kanunyolu ile denetlenmesinin mümkün olduğu söylenmelidir. Öte yandan yazılı emir yoluna da başvurulabilir (CMK m. 309).

Henüz son karar verilmeden de tedbirin denetlenmesi mümkündür. Bu anlamda arama koruma tedbiri bakımından hangi yargısal denetim yoluna başvurulacağı aramaya karar veren mercie göre belirlenir:

- **Aramaya Hâkim Tarafından Karar Verilmesi**

Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir (CMK m.267). Hâkim veya mahkeme kararına karşı **itiraz**, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35'inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak sûretiyle yapılır (CMK m. 268/1).



Aramaya hâkim tarafından başvurulduğu durumlarda genel hükümlere göre itiraz kanun yoluna başvurulabilir.



Hâkim kararı olmaksızın yapılan arama işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur.

• Aramaya Savcı Ya Da Kolluğun Karar Vermesi

Arama bakımından hâkim kararı yoksa nasıl bir yol izleneceği açık değildir. Bu hâlde, kural olarak Ceza Muhâkemesi hukukunda kıyas yasak olmadığından, elkoymaya ilişkin CMK m. 127/3-4 kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre hâkim kararı olmaksızın yapılan **arama** işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu şekilde arama işlemine maruz kalan kimse hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir.

n. Aramadan Kaynaklanan Zararların Tazmini Sorunu

Koruma tedbirlerinden kaynaklanan zararların tazmini CMK'nın yürürlüğe girmesinden önce sadece yakalama ve tutuklama tedbirleri için söz konusu idi. Ancak CMK m. 141 vd. gizli soruşturma tedbirleri dışındaki tüm koruma tedbirlerinden kaynaklanan zararların tazminine imkân sağlamaktadır.



Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kimse her türlü zararını maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler (CMK m. 141/1).

CMK m. 141'e göre aramadan kaynaklanan zararlardan dolayı tazminat talebinde bulunabilmek için aramanın ölçüsüz biçimde icra edilmesi gerekir. Yasa koyucunun neden böyle bir düzenleme getirdiği anlaşılamadığı gibi aramanın *ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi* ibaresi de belirsizdir. Kanımızca ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirmek oranlılık ilkesine aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Buna göre arama faydalı, gerekli ve amaca uygun değilse ölçüsüzdür. Bu ise aramanın koşullarının bulunmamasına rağmen gerçekleştirilmesini de kapsamına alır düşüncesindeyiz. Örneğin, gece vakti arama yapılmasının koşulları gerçekleşmemiş ise, arama ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmiştir. Yine gecikmede sakınca bulunmadığı hâlde böyle bir hâlin bulunduğu bahisle hâkim kararı olmaksızın arama yapılması da ölçüsüz bir arama olarak kabul edilmelidir.

Maddî ve manevî her türlü zararın tazminini talep etmek mümkündür.

Tazminat istemi karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren **üç ay** ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen **bir yıl** içinde tazminat isteminde bulunulabilir.

İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer **Ağır Ceza Mahkemesinde** ve eğer o yer, Ağır Ceza Mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir Ağır Ceza Dairesi yoksa, en yakın yer Ağır Ceza Mahkemesinde karara bağlanır.

o. Haksız Arama Suçu

TCK m. 120 haksız üst ve eşya aramasını suç olarak düzenlemiştir. Buna göre, *"Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir."*⁶³

5.4. Elkoyma

5.4.1. Kavram

Elkoyma, müsadereye tabi olan veya ispata yarayacak eşyanın adlîyenin

⁶³ Konuyla ilgili olarak bk.: Özbek, TCK İzmir Şerhi, C. 2, s. 813 vd.

eli altına alınması olarak tanımlanabilir.⁶⁴ Elkoyma, eşyanın malikinin rızasıyla gerçekleştirildiğinde muhafaza altına alma olarak isimlendirilir.⁶⁵ Elkoyma bir koruma tedbiridir. Yani Ceza Muhâkemesinin işleyişini garanti altına almayı sağlar ve geçicidir. CMK, m. 123'te yer alan bu düzenleme için kanun koyucu eşya ve kazancın muhafaza altına alınması ve bunlara elkonması terimini benimsemiştir.

CMK, her türlü malvarlığı değerini elkoymaya tabihâle getirmiştir.

5.4.2. Türleri

5.4.2.1. Basit Elkoyma

a. Kapsamı

CMK, m. 123 anlamında elkoymanın kapsamı kanunda iki başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar, ispat aracı olarak yararlı görülen malvarlığı değeri ve eşya veya kazanç müsadereisinin konusu olan malvarlığı değeridir.

aa. İspat Aracı Olarak Yararlı Görülen Malvarlığı Değeri

İspat vasıtalarının adliye eli altına alınması, elkoymanın belki de en temel amacıdır. Buna göre olay yerinde bulunan bir silaha elkonabileceği gibi karapara aklama suçuna ilişkin bir soruşturmada şüphelilerin banka hesaplarındaki hareketleri gösteren evraka da elkonabilir.

bb. Eşya veya Kazanç Müsadereisinin Konusu Olan Malvarlığı Değeri

Elkoymanın bir diğer amacı da, müsadereenin imkânsız hâle gelmesini engellemektir. Bu anlamda müsadereye tabimalvarlığı değerleri de tedbire konu olacaktır. Elkoymanın konusu, sadece eşya değildir. Eşya yanında kazanç da elkoymaya konu olabilecektir.

Kazanç kavramından ne anlaşılması gerektiği 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren Suç Eşyası Yönetmeliği'nde tanımlanmıştır. Buna göre kazanç, suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan, suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan yahut bunların karşılığı olan ekonomik malvarlığı değerlerini ifade eder.

Bu anlamda örneğin, hırsızlık suçundan elde edilen eşyanın satılması sonucu elde edilen para elkoymaya konu olacaktır.



Elkoyma, eşyanın malikinin rızasıyla gerçekleştirildiğinde muhafaza altına alma olarak isimlendirilir.



Basit elkoymanın kapsamı, ispat aracı olarak yararlı görülen malvarlığı değeri ve eşya veya kazanç müsadereisinin konusu olan malvarlığı değeridir.

64 Benzer ve farklı tanımlar için bk.: Centel/Zafer, s. 386; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1114; Toroslu/Feyzioğlu, s. 242; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/T epe, s. 384; Şahin, s. 268; Turhan, s. 253; Ünver/Hakeri, s. 564.

65 "Sanığın yasak silah taşıma eylemine ilişkin; trafik kazası nedeniyle şüpheli sıfatıyla karakola getirilip üst araması sonucu C. savcısının yazılı izniyle el konulan sustalı bıçağın, el koyma kararının hâkim onayına sunulmaması nedeniyle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıt" kabul edilmiş ise de, 09.02.2006 tarihli tutanakta sanığın üzerinden çıkan bıçağı teslim etmekten kaçındığından söz edilmemesi karşısında, CYY'nın 123/1. maddesi uyarınca muhafaza altına alma işlemi ile yetinilmesi gerekirken yasaya aykırı olarak el koyma işlemi yapılmasının hukuki sonuç doğurmayacağı ve öte yandan sanığın sustalı bıçak taşıdığını sorgusunda kabul etmesi ve kanıtların sadece el koyma kararından ibaret olmadığı gözetilmeden yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi (...)" (4.CD., 2011, 2009/10672, 2011/8117; www.adalet.org).



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

b. Elkoyma Yasağı

aa. Elkonulamayacak Mektuplar, Belgeler (CMK m. 126)

Ceza Muhâkemesinin temel ilkelerinden birisi de kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması (nemotenetur) ilkesidir. Adından da anlaşılacağı üzere bu ilke uyarınca kişiler kendilerini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı gibi yakınlarını da suçlayıcı beyanda bulunmak zorunda değildirler. Anayasamız da 38/5. maddesinde *"hiç kimsenin kendisi ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı"*nı düzenlemiştir.

Bu ilkenin akla ilk gelen uzantıları susma hakkı ve tanıklıktan çekinmedir. Ancak ilkenin sonuçları bunlarla sınırlı değildir. İlkenin gerektiği gibi hayata geçmesi için devlet bazen maddî gerçeğin araştırılmasından sarfı nazar etmekte ve bazı Ceza Muhâkemesi tedbirlerinin uygulanmasına da istisnâlar getirmektedir. Bu istisnâlardan birisi de elkoyma için düzenlenmiştir.

CMK m. 126'ya göre şüpheli, sanık ve tanıklıktan çekinme hakkı olanlar arasındaki mektup ve belgelere bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonamayacaktır.

Bu düzenlemeden çıkan sonuçlar şunlardır:

- Elkoyma yasağı sadece şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı olanlar bakımından geçerlidir.
- Elkoyma yasağının kapsamı sadece belge ve mektuplarla sınırlıdır. Mektup kavramı konusunda bir sıkıntı olmamakla birlikte, belgenin ne olduğunu açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Burada belgenin sözü edilen kişiler arasındaki mektup dışındaki her türlü yazışma olması mümkündür. Bu kapsamda örneğin, sanık ve annesi arasındaki yazışmalar elkoymaya konu olamayacaktır.
- Mektup ve belgeler dışındaki diğer eşya ve malvarlığı değerlerine ilişkin düzenleme m.124'te yer almaktadır.
- CMK m. 126'da mektup yanında "belge"den de söz edilmektedir. O hâlde burada belge kavramı açıklanmalıdır. Zira belge kavramı yazı parçasını ifade eder. Bu nedenle belge kavramı içine CD, taşınabilir bellek gibi hususların dâhil olup olmadığı tartışmalıdır. CMK'daki düzenlemeye elektronik ortamda bulunan yazılar da dâhil edilmelidir.⁶⁶ Konuya ilişkin olarak bilgisayarda arama ve elkoymanın düzenlendiği m. 134'te de düzenleme yoktur.
- Elkoyma yasağı, sadece söz konusu mektup veya belgeler yukarıda sayılan kişiler nezdinde iken mümkündür. Yani bu mektup veya evrakın şüpheli, sanık veya tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin eli altında olması hâlinde elkoyma yasağı işleyecektir. Bunun dışında söz konusu mektup veya belgelere elkonabilir. Örneğin, bu mektuplar için postada elkoyma uygulanabilecektir.

bb. İçeriği Devlet Sırrı Niteliğindeki Belgeler (CMK m. 125)

Devlet sırrına ilişkin CMK'da farklı hükümler yer almakla birlikte devlet sırrının tanımı CMK m.47'de yer almaktadır. Buna göre, *"açıklanması, devletin dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler"* devlet sırrı sayılır.



Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir (CMK m. 125/2).

⁶⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 389.

CMK m. 125'e göre suç olgusu içeren belgelerin devlet sırrı gerekçesiyle mahkemeye karşı gizli tutulması mümkün değildir. Devlet sırrı içeren belgeleri mahkeme hâkimi veya heyeti inceleyebilir. Bu belgelerde sadece suçla ilgili hususlar hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydedilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki, yukarıda sözünü ettiğimiz düzenlemenin her suç için uygulanması mümkün değildir. Bu düzenleme sadece alt sınırı 5 yıl ve daha fazla hapis cezası olan suçlar açısından uygulanacaktır.

c. Koşulları

aa. Suç Bakımından

Koruma tedbirlerine başvurulması için bir suç işleme şüphesinin mevcut olması gereklidir. Bu koşul CMK m. 123 için de geçerlidir. Buna göre, suç işleme şüphesi olmadan elkoymaya başvurulamaz.

Suç işleme şüphesi bütün koruma tedbirleri için ortak olmakla birlikte her koruma tedbiri her suç için uygulanabilir nitelikte değildir. Kanun koyucu bazı koruma tedbirlerinin uygulanmasını sadece belli suçlara hasretmiş ve ilgili hükümlerde buna ilişkin kataloglar düzenlemiştir. Ancak CMK m. 123'te bu konuda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla CMK m. 123 anlamında basit elkoymanın her suç tipi için uygulanması mümkündür.

bb. Şüphe Bakımından

CMK m. 123'e bakıldığında hükümde şüpheyeye ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer almadığı görülür. Kanun koyucu, arama koruma tedbiri bakımından "somut delillere dayalı kuvvetli şüphe" aradığını göre, bu şüphe derecesinin elkoyma koruma tedbirine başvurulabilmesi için de aranması gereklidir.

cc. Kişi Bakımından

Tedbirin kişi bakımından gösterdiği özellik tüzel kişiler noktasında ortaya çıkar. Bilindiği üzere hukukumuzda tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmemiştir. Buradan yola çıkarak tüzel kişiler için koruma tedbirlerine başvurulamayacağı sonucuna varılabilir. Ancak TCK, bu konuda farklı bir esas benimsemiştir. Kanun, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmemekle birlikte tüzel kişiler hakkında da bazı güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını öngörmüştür. Bu tedbirler iznin iptali ve müsadereidir.

CMK m. 123'ün başlığı eşya veya kazancın muhafaza altına alınması ve bunlara elkonulmasıdır. Hükümde eşya veya kazanç müsadereesine tabimalvarlığı değerlerine de elkonabileceği düzenlenmektedir. Eşya ve kazanç müsadereesi tüzel kişiler hakkında da uygulanabilen bir güvenlik tedbiri olduğuna göre tüzel kişiler hakkında da elkoyma kararı verilmesi mümkündür.

dd. Kararı Verecek Merci ve Kararın İçeriği

Elkoyma kararını kural olarak hâkim verecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı, savcıya ulaşamaması hâlinde ise kolluk âmirinin yazılı



Suç işleme şüphesi olmadan elkoymaya başvurulamaz.



Aramada olduğu gibi elkoymada da somut delillere dayalı kuvvetli şüphe aranmalıdır.



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. 127/1)

izni gerekmektedir.

5353 sayılı Kanun ile CMK'da yapılan değişiklik sonucu Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hâllerde kolluk âmirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri elkoyma işlemini yapabileceklerdir.

Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar.

Askerî mahallerde yapılacak elkoyma işlemi ise Cumhuriyet Savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir.

CMK "elkoyma kararını verme yetkisi"nin düzenlendiği m. 123'de "arama kararı"nı düzenleyen m. 119'da olduğu gibi elkoyma kararında bulunması gereken hususları ayrıca ve açıkça belirtmiş değildir. Ceza Muhâkemesi hukukunda kural olarak kıyas serbest olduğuna ve m. 119 kıyas yasağının söz konusu olduğu istisnâi ve sınırlayıcı hüküm niteliğinde bulunmadığına göre m. 119 hükmü kıyasen elkoyma kararı için de uygulanabilir. Bu durumda arama kararında bulunması gereken hususların elkoyma kararında da bulunması gerekmektedir.⁶⁷ O hâlde elkoyma karar veya emrinde;

- Elkoymanın nedenini oluşturan fiil,
- Elkonulacak eşya veya şey,
- Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi

açıkça gösterilmelidir.

d. Tedbirin Uygulanması

aa. Genel Olarak

Basit elkoymanın uygulanması açısından biz burada 01.06.2005 tarihli Suç Eşyası Yönetmeliği'ne değinmek faydalı olacaktır.

Yönetmelik'in kapsamı mevzuatımızdaki gelişime paralel olarak kazancı da içine alacak şekilde genişletilmiştir. Yönetmelik'te suç eşyası şu şekilde tanımlanmıştır:

'Suç Eşyası: *İspat aracı olarak yararlı görülen, suçta kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan, suçtan meydana gelen, üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyayı ifade eder.'*

Yönetmelik kapsamına giren eşyayla ilgili işlemler için Adalet Emanet Daireleri yetkilidir. Her Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde bir adalet emanet dairesi bulunur. Emanet memurunun atanmasına lüzum görülmeyen hâllerde bu görev, ilgili yer Cumhuriyet başsavcısının teklifi üzerine adalet komisyonunca, adalet komisyonu bulunmayan yerlerde bu yer Cumhuriyet başsavcısınca belirlenecek yazı işleri

⁶⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 392.

müdürü veya zabıt kâtiplerinden birine geçici olarak verilir. Bu dairelerin özellikleri de yönetmelikte belirtilmiştir. Buna göre emanet daireleri penceresiz, değil ise dışarıdan sökülemeyecek biçimde demir parmaklıklı pencere, çift kilitli çelik ya da demir kapılı, rutubetsiz olmalıdır.

Suç eşyasına elkonulmasına ilişkin usûl, Yönetmelik'te düzenlenmiştir.⁶⁸ Bu esaslara uyulmaması hâlinde eşya teslim alınmaz.

Kıymetli evraka ilişkin işlemler de yine Yönetmelik'te düzenlenmektedir.⁶⁹

Elkonan malvarlığı değerinin para olması durumunda ise söz konusu paralar bankaya yatırılacaktır. Hesaptan para çekilmesi, Cumhuriyet Savcısının havalesini içeren onaylanmış bir yazı ile mümkündür. Bankaya yatırılan paraların faizleri, anapara ile birlikte bu Yönetmeliğin iade veya müsadereye ilişkin hükümlerine tâbidir.

İadesine karar verilmiş olup da sahibi ölmüş veya hakkında gaiplik kararı alınmış bulunanlara ait eşya, yetkili sulh hukuk hâkimliğine tevdi olunur.

68 "Suç Eşyasına Elkonulması"

Madde 5 — Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşılmadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile elkoyma işlemini yapan kolluk görevlilerince, suç eşyasına elkonulduğuna dair bir tutanak düzenlenir.

Elkoyma tutanağına; elkonulan eşyanın cinsi, miktarı, üzerindeki işaret, yazı ve numaraları, tür, marka, model ve ölçü gibi benzerlerinden ayırt etmeye elverişli bütün nitelikleri, takdir ettirilen değeri, hangi suçtan dolayı kimden, nereden ve ne suretle alınmış olduğu, soruşturma evrakı numarası, hazır olan mağdur, suçtan zarar gören, şüpheli veya sanık ile bunların vekil ya da müdafinin, bilirkişi ve tanıklar ile huzurda bulunan diğer kişilerin ve elkoyma işlemini yapan kolluk görevlilerinin açık kimlikleri, işlemin yeri, tarihi ve saati yazılır; ilgililerin imzası, imza bilmeyenlerin parmak izi alınır; okuma ve yazma bilen şahısların ad, soyad ve adresleri kendi el yazıları ile yazdırılır, bu şekilde düzenlenen tutanak, soruşturma evrakına eklenir.

Elkonulan eşya, uygun şekilde ambalajlandıktan sonra, ambalajın ebadına, delillerin mahiyetine göre, tel, sicim, ip veya uygun görülen benzerleri ile bağlanıp, açıldığında yeniden kullanılamayacak derecede bozulan ve açıldığı belli olan mühür bandı, kendinden yapışkanlı güvenlik poşeti, üzerinde seri numarası bulunan tek kullanımlık hazır mühür, kurşun veya mum ile mühürlenir; ayrıca, suç eşyasına bağlanan etiket üzerine eşyanın cinsi, miktarı, kimden alındığı ve soruşturma evrakının numarası yazılmak suretiyle Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi edilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar. Elkonulan eşyanın bu süre içerisinde muhafazası için gerekli tedbirler, Cumhuriyet Başsavcılığına alınır.

Elkoyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura Cumhuriyet Başsavcılığına gecikmeksizin bildirilir.

Elkonulan eşyanın teslim alınmasına dair işlemler Cumhuriyet Savcısının talimatı doğrultusunda emanet memurunca yerine getirilir. Bulunmadığı takdirde Cumhuriyet Başsavcılığına görevlendirilecek personel tarafından tutanakla teslim alınarak en kısa zamanda emanet memurluğuna teslim edilir.

Elkoyma tutanağındaki bilgilerin doğruluğundan tereddüt edilir ise, teslim alan görevli veya emanet memuru eşyayı getiren ile birlikte suç eşyasına ve delil özelliğine zarar vermeyecek şekilde mühür sökerek veya ambalajı açarak eşyayı inceleyip, bu hususu tutanakla tespit edip, mutabakat sağlandıktan sonra yeniden mühürlenir.

Zilyetliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman elkoymanın kaldırılması konusunda bir karar verilmesini isteyebilir.

Cumhuriyet savcıları tarafından bizzat yapılan soruşturma kapsamında elkoyma işlemi gerçekleştirildiğinde de yukarıdaki işlemler aynen yerine getirilir."

69 "Kıymetli Eşya ve Evrak ile Bozulacak, Değerini Kaybedecek veya Muhafazası Zor Olan Suç Eşyası Hakkında Yapılacak İşlemler
Madde 9 — Cumhuriyet Başsavcılığı, adalet emanet dairesine tevdi edilen eşyadan, kıymetli maden veya taşlardan mamul, antika vesair vasıfları dolayısıyla fazla değerde bulunanların, memleket dahilinde tedavül etmeyen paralar ile emre veya hâmile yazılı kambiyo senetleri, emtialı temsil eden belgeler, hisse senetleri, tahviller ve aynen muhafazası gerekmeyen mütedavil paralara ait tutanakların, emanet dairesinde mevcut kasada iyi bir şekilde muhafazası için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla bankada kasa kiralamak zorunluluğu doğarsa, durum Adalet Bakanlığına bildirilir ve alınacak talimat dairesinde hareket edilir. Her iki hâlde de emanet memurluğuna kasaya giren ve çıkan eşya için giriş ve çıkış tarihlerini ve çıkış sebeplerini gösterir bir defter tutulur. Bu defter kasa içerisinde durur, kasa en az iki kişi tarafından açılır, kapanır. Bu göreve emanet memurundan başka kimin katılacağı Cumhuriyet Başsavcılığına tayin edilir.

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.

Diğer eşya, bu iş için tahsis olunan yerlerde türlerine ve yıllarına göre tasnif edilmiş şekilde muhafaza edilir.

Emanet dairesinde, soruşturma ve kovuşturma sonuna kadar saklanması sırasında bozulacak veya değerlerini açık bir şekilde kaybedecek olan yahut muhafazaları zor olması itibarıyla, emanet dairesinde saklanması mümkün olmayan eşya hakkında; özel düzenleme bulunmayan hâllerde, soruşturma evresinde sulh hâkiminden ve kovuşturma evresinde yargılamayı yapan mahkemenin; soruşturma veya kovuşturma sonu beklenmeksizin satılmalarına veya 16'ncı maddede yazılı mercilerden birine yahut uygun görülen başka bir mercie teslim edilmelerine karar verilmesi istenir. Bu kabilden eşya, verilecek karar doğrultusunda ve kararda gösterilen mercilere teslim edilir veya satılır. Satış ve tevdi için yapılan masraflar cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilen sanıktan alınmak üzere kovuşturma giderlerinden karşılanır. Eşyanın satılması hâlinde, satış bedeli, bu Yönetmeliğin tedavül eden paralar hakkındaki 12'nci maddesi hükümleri doğrultusunda emanet memurluğuna saklanır."



Elkoymanın doğal sonucu tedbire konu malvarlığı değeri ya da eşyanın zilyedinin elinden alınmasıdır. Bu nedenle zilyedin yedinde bulundurduğu eşya veya malvarlığı değerini gösterme ve teslim etme yükümlülüğü vardır (CMK m. 124/1).

bb. İstenen Eşyayı Vermeyenler Hakkında Yapılacak İşlem

Yukarıda da belirtildiği üzere elkoymanın doğal sonucu tedbire konu malvarlığı değeri ya da eşyanın zilyedinin elinden alınmasıdır. Bu nedenle zilyedin yedinde bulundurduğu eşya veya malvarlığı değerini gösterme ve teslim etme yükümlülüğü vardır. Bu husus CMK m. 124/1'de düzenlenmiştir. Ancak zilyet bu yükümlülüğü her zaman yerine getirmeyebilir. Bu durumda kanun eşya ya da malvarlığı değerini zilyedin elinden almak için zorlayıcı yöntemler düzenler. Bu yöntem CMK m. 124/2'de yer almaktadır.

CMK m. 124/2'ye göre zilyedin bu yükümlülüğü yerine getirmekten kaçınması hâlinde hakkında CMK m. 60'ta tanıklara ilişkin olarak yer alan disiplin hapsi uygulanacaktır.

CMK m. 60'a göre uygulanacak yaptırımın özellikleri şunlardır:

- Baştan beri belirtildiği üzere yaptırımın uygulanması için zilyedin elkoymaya tabi eşya veya malvarlığı değerini gösterme veya teslim yükümlülüğünü yerine getirmemesi gerekir.
- Yaptırım hüküm verilinceye kadar ve en fazla üç ay için uygulanabilir. CMUK m. 63'te ise bu süre en fazla 6 ay olarak düzenlenmiştir.
- Yaptırıma naip hâkim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi karar verebilir.
- Disiplin hapsi kararlarına karşı itiraz yolu açıktır.
- Disiplin hapsinin yedinde elkoymaya tabi eşya veya malvarlığı değeri bulunduran her zilyede uygulanması mümkün değildir. CMK'da sanık, şüpheli ve tanıklıktan çekinebilecek kişiler hakkında disiplin hapsinin uygulanamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme nemotenetur (kimse kendini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz) ilkesinin doğal bir sonucudur.
- Disiplin hapsiyle ilgili olarak değinilmesi gereken yaptırımın niteliğidir. Buradaki hapis teknik manada hapis cezası yani ceza değil, sadece idari yaptırımdır. Bu nokta CMK m. 1'de de ifade edilmiştir CMK m.1'e göre:
- Disiplin hapsi, kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilir.

- * Seçenek yaptırımlara çevrilemez.
- * Önödeme uygulanamaz.
- * Tekerrüre esas olmaz.
- * Şartla salıverilme hükümleri uygulanamaz
- * Ertelenemez.
- * Adlî sicil kayıtlarına geçirilmez.

cc. Elkoymanın Mağdura Bildirilmesi

Elkoyma işlemi mağdura bildirilmelidir (CMK m. 127/5). Bildirim özellikle tazminat talebi açısından önem taşımaktadır. Bildirim gecikmeksizin yapılacaktır. Mağdurun bilinmemesi hâlinde bildirim mümkün değildir. Bildirim elkoymanın infazından sonra yapılacaktır. Eğer bildirim başarısız olacak ya da elkonulan eşyanın değerinden fazlaya mal olacaksa bildirimden vazgeçilebilir.

Elkoymanın usûlüyle ilgili olarak da kanun koyucu bu maddede kolluk

görevlisinin açık kimliğinin tutanağa geçirilmesini ve elkoyma işleminin mağdura gecikmeksizin bildirilmesini düzenlemiştir.

dd. Elkonulan Eşyanın Muhafazası veya Elden Çıkarılması

Elkoyma, uygulandığı malvarlığının değerinde önemli ölçüde kayba neden olabilecektir. Bu değer kaybı önlenmek durumundadır. Bunun için çeşitli tedbirler alınabileceği gibi bazen de malvarlığı değerini hüküm kesinleşmeden elden çıkarmak gerekecektir. Bu esas CMK m. 132'de düzenlenmiştir. Buna göre elkonan eşyanın elden çıkarılmasının iki koşulu vardır. Bunlar:

- Eşyanın zarara uğraması tehlikesi: Eşyanın zarar uğrama tehlikesinden anlaşılması gereken eşyanın vasıflarını tamamen veya kısmen yitirmesine neden olabilecek bir hâlin ortaya çıkmasıdır. Örneğin, elkonan yiyeceklerin aşırı sıcak nedeniyle bozulması tehlikesinin ortaya çıkması.
- Değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesi: Burada da anlaşılması gereken eşyanın vasıflarındaki gerileme sebebiyle ederinin azalmasıdır. Örneğin, uzun sürebilecek bir yargılamada elkonan elektronik eşyanın elden çıkarılmaması hâlinde piyasa değerini yitirmesi.
- Elden çıkarma kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir. Karar verilmeden önce eşyanın sahibi olan şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişiler dinlenir; elden çıkarma kararı, kendilerine bildirilir.
- Kanunda elden çıkarmanın bir diğer şekli olarak da eşyanın muhafaza edilmek üzere teslimi düzenlenmiştir. Buna göre elkonan eşyanın bakımı için gerekli tedbirlerin alınması amacıyla gerektiğinde iade edilmek şartıyla şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu kararı soruşturma evresinde savcı, kovuşturma evresinde mahkeme verecektir. Gerekirse bu hükmün uygulanması teminat koşuluna da bağlanabilir. Eğer elkonulan eşyaya gerek kalmaması hâlinde eşya rayiç değeri karşılığında ilgiliye teslim edilebilir. Bu durumda rayiç değer müsadere edilir.



Elkonulan eşya, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir (CMK m. 132/1).



Hâkim tarafından verilmiş elkoyma kararlarına karşı genel hükümlere göre itiraz kanun yoluna başvurulabilir.



Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma bakımından CMK m. 127/4'e göre elkoymaya maruz kalan kişinin de hâkime başvurması mümkündür.

e. Denetimi

CMK m. 267 uyarınca hâkim kararlarına karşı itiraz yol açıktır. Buna göre elkoyma kararlarına karşı da itiraz yoluna gidilebilir. İtiraz talepleri kararın öğrenildiği tarihten itibaren 7 gün içinde kararı veren mercie yapılacaktır (CMK m. 268).

Öte yandan hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma bakımından CMK m. 127/4'e göre elkoymaya maruz kalan kişinin de hâkime başvurması mümkündür. Bunun için kanunda bir süre sınırlaması da öngörülmemiştir. Elkoymaya maruz kalan kişi her zaman hâkimden bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir. Burada hakkında elkoymaya maruz kalan kişi ile kastettiğimiz eşyanın maliki değildir. Hükümden de anlaşılacağı üzere eşyanın sadece zilyedi olmak hâkimden karar verilmesini istemek için yeterlidir.

f. Sona Ermesi

aa. İade

Elkoyma koruma tedbirinin sona erme şekillerinden ilki iadedir. Buna göre "şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve



Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılmaması halinde, resen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir (CMK m. 131/1).

kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılmaması hâlinde” geri verilmesine karar verilir (CMK m.131). Gerçekten elkonulan eşya elkoymanın amaçlarını gerçekleştiremeyecekse yani ispata faydalı olmayacaksa yahut müsadereye tabi tutulamayacaksa geri verilecektir.

Geri verme resen olabileceği gibi talep üzerine de olabilir. Kararı verecek merci savcı, hâkim yahut mahkemedir. Hüküm şüpheliye ait eşya hakkında uygulanabileceği gibi sanığa ve üçüncü kişilere ait eşya için de uygulanabilir.

Eğer iade talebi reddedilirse bu karara karşı itiraz yolu açıktır. Red kararını savcının da veriyor olması ve bu karara karşı itiraz yolunun açık bulunması savcı kararına da itirazı mümkün kılmaktadır. Bilindiği üzere itiraz sadece hâkim veya mahkeme kararına karşı gidilebilen bir kanun yoludur (CMK m. 267 vd.). Hukukumuzda savcı kararlarına karşı bu anlamda gidilebilen genel bir itiraz kanun yolu öngörülmemiştir. Bu durumda hükmün öngördüğü itirazın ne şekilde anlaşılmaması gerektiği hususuna açıklık getirilmelidir. Buradaki itiraz CMK m. 91/4 ya da m. 127/4 anlamında hâkime başvurulması ya da hâkimden bir karar istenmesi şeklinde anlaşılmalıdır.⁷⁰

Taşınmaz, hak ve alacaklara elkonulmuş (CMK m. 128) ise bunların da iadesi mümkündür. Buna göre söz konusu malvarlığı değerleri ancak suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması hâlinde, sahibine iade edilir (CMK m. 131/2).

bb. Müsadere

Müsadere, esas itibarıyla, TCK'da düzenlenmiştir. Müsadere suç nedeniyle mülkiyetin devlete geçmesi şeklinde ifade edilmektedir.

- TCK'daki hükümlerin içeriğinden yola çıkarak müsadere şu şekilde sınıflandırılabilir:
- Eşya müsaderesi (TCK m. 54/1, 3 ve 4). Örneğin, suçun işlenmesinde kullanılan silahın müsaderesi.
- Eşdeğer müsadere (TCK m. 54/2). Örneğin, çalınan kimyasalların tüketilmesi hâlinde bunların değeri kadar paranın failden alınması.
- Kazanç müsaderesi (TCK m. 55/1. Örneğin, çalınan paraların hisse senedi olarak saklanması hâlinde bunların müsadere edilmesi.
- Kaim değerlerin müsaderesi (TCK m. 55/2). Örneğin, çalınan arabanın satılması neticesi elde edilen paranın müsadere edilmesi.

Görüldüğü üzere TCK, müsadereye tabi malvarlığının kapsamını genişletmiştir. Kural olarak müsadere kararı açılmış olan kamu davasının mahkûmiyetle sonuçlanması hâlinde verilir.

Bununla birlikte, CMK m. 256'ya göre:

“(1) Müsadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet Savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir.

(2) Kamu davası açılmış olup da iade edilmesi gereken eşya veya malvarlığı değerleri ile ilgili olarak esasla birlikte bir karar verilmemiş olması durumunda,

⁷⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 397.

mahkemece resen veya ilgililerin istemi üzerine bunların iadesine karar verilir.”

CMK'nın müsadereye ilişkin olarak düzenlediği bir diğer husus da müsadere kararların duruşmalı olarak verileceğidir. CMK m. 257'ye göre:

*“(1) 256'ncı maddeye göre verilmesi gereken kararlar, duruşmalı olarak verilir.
(2) Müsadere veya iade olunacak eşya veya diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kimseler de duruşmaya çağrılır. Bu kişiler, sanığın sahip olduğu hakları kullanabilirler.*

(3) Çağrıya uymamaları, işlemin ertelenmesine neden olmaz ve hükmün verilmesini engellemez.”

Ancak suç konusu olmayıp sadece müsadereye tabi bulunan eşyanın müsadereye sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilmesi mümkündür.

Müsadere usûlüyle ilgili olarak kanunda kısmî müsadere de düzenlenmiştir. Buna göre kısmen müsadere edilebilecek eşyanın tamamı müsadere edilmeyecektir. Ayrıca kanun paylı mülkiyetin söz konusu olması hâlinde sadece failin payının müsadere edileceğini düzenlemiştir. Ancak elbirliği mülkiyeti durumunda ne olacağı belli değildir. Burada İcra İflas Kanunu'nun iştirâk hâlinde haciz hükümlerinin uygulanması gereklidir.⁷¹

Müsadere kararına bir mahkûmiyet hükmünün sonucu olarak karar verilmişse hükümle birlikte müsadere kararı da istinafa tabidir.

CMK m. 258'e göre, 256. maddeye göre verilen müsadere kararlarına karşı da istinaf yolu açıktır. İlk derece mahkemesinin kararlarını değiştirmeyen Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının temyiz edilmesi mümkün değildir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta istinaf mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar kanunda sözü edilen istinafin temyiz olarak anlaşılması gerektiği hususudur (5235 s. K. geçici m. 2).

g. Elkoymadan Kaynaklanan Zararların Tazmini

CMK m. 141'de hangi koruma tedbiri için hangi koşullarda tazminat isteneceği bentler hâlinde düzenlenmiştir. CMK m. 141/1-j'de elkoymaya ilişkin olarak şu düzenleme yer almaktadır:

“j. Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı hâlde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen (...)”

Buna göre elkoymadan kaynaklanan zararların tazmini şu hâllerde istenebilir:

- **Eşyaya veya Malvarlığı Değerlerine Koşulları Oluşmadan Elkonması:** Elkoymaya başvurulması için gerekli koşullar yukarıda incelenmiştir. Yukarıda sayılan koşullardan herhangi birisine uyulmadan tedbirin uygulanması hâlinde tazminat istenebilecektir. Örneğin, suç şüphesi olmadan tedbirin uygulanması,



Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı hâlde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını Devletten isteyebilirler (CMK m. 141/1-j).

71 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/T epe, s. 399.

ispata yaramayan ya da müsadereye tabiolmayan malvarlığı değerlerine elkonması gibi.

- **Eşya veya Malvarlığı Değerlerinin Korunması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmaması:** Elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin değer kaybetmemesi ya da zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirlerin alınmamasından doğan zararlar da tazminat talebine esas olur. Örneğin, suçta kullanıldığı gerekçesiyle elkonan bir arabanın gerekli önlemler alınmadan açıkta bırakıldığı için çürümesi gibi.
- **Eşya veya Malvarlığı Değerlerinin Amaç Dışı Kullanılması:** Elkonan eşyanın veya malvarlığı değerinin amacı dışında kullanılması tazminata esas olacak bir diğer hâldir. Örneğin, elkonan arabanın muhafazayla yükümlü kişiler tarafından kişisel amaçlarla kullanılması. Bu durumda TCK m. 289'da yer alan muhafaza görevini kötüye kullanma suçu da oluşabilecektir.
- **Eşya veya Malvarlığı Değerlerinin Zamanında Geri Verilmemesi:** CMK'nın elkoymayla ilgili düzenlemeleri içinde elkonan malvarlığı değerlerinin muhafazasına gerek kalmaması hâlinde bunlar geri verilecektir. Aksi hâlde tazminat talep edilebilecektir.



Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait taşınmaz, hak ve alacaklara el konulabilir (CMK m. 128/1).

5.4.2.2. Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma

a. Genel Olarak

CMK m. 128'de taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymayı düzenleniştir. Burada tedbire konu olabilecek nitelikteki hak ve alacakların doğrudan müsadere edilmesi söz konusu değildir. Öncelikle hak ve alacaklar üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılacaktır. Sınırlamanın mülkiyeti ortadan kaldırmaması ve geçici oluşu düzenlemedeki elkoyma niteliğini ortaya koymaktadır.⁷²

b. Hukukî Nitelik

Elkoymaya ilişkin olarak yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma da suç şüphesi üzerine karar verilen ve kişiyi geçici yoksunluklara tabi kılan niteliğe sahip koruma tedbiridir.

c. Amaç ve Kapsam

aa. Amaç

Elkoymanın başlıca iki amacının olduğu yukarıda da ifade edilmiştir. Bunlardan ilki, ispata yarayacak eşyayı veya müsadereye tabi eşyayı adlîyenin eli altına almaktır. Temelde bu da Ceza Muhâkemesinin gerektiği gibi yapılmasını ve verilecek kararın gerçekleştirilebilmesini sağlar.

Konuyutaşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma açısından değerlendirildiğimizde bu kurumun da Ceza Muhâkemesinin gereği gibi yapılmasına hizmet etme amacı taşıdığı görülür. Bunun dışında, taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymada suçla mücadele amacı da öne çıkmaktadır. Suçluluk çok zaman maddî kazanç amacı taşısa da günümüzde bu amaç çok daha belirgin bir nitelik göstermektedir. Özellikle

⁷² Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhâkemesi, No. 702; Gökçen Ahmet, Ceza Muhâkemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, İzmir 1994, 5; Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 2002, 547; Centel/Zafer, s. 388; Centel Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2002, 72; Soyaslan Doğan, Ceza Muhâkemeleri Usûlü Hukuku, Ankara 2000, 209.

organize suçluluk tamamen maddî çıkar amacı taşımakta ve giderek toplumlar için daha tehlikeli bir hâl almaktadır. Bu örgütlerin çökertilmesi de mali kaynaklarına müdâhale edilmeden mümkün olmamaktadır. CMK'daki düzenleme de belli suçlar için uygulanabilir olmakla birlikte sadece organize suçluluk görünümündeki fiilleri kapsamamaktadır.

Tüm bunlardan yola çıkarak taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymanın amacının suçlulukla mali mücadele ve Ceza Muhâkemesinin gereği gibi yapılması olduğu söylenebilir.

bb. Kapsam

CMK m. 128'e bakıldığında taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymanın kapsamının şu değerlerden oluştuğu görülür:

- Taşınmazlar
- Kara, deniz veya hava ulaşım araçları
- Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesap
- Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklar
- Kıymetli evrak
- Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık payları
- Kiralık kasa mevcutları
- Diğer malvarlığı değerleri

Görüldüğü üzere kanun koyucu, hiçbir malvarlığı değerini dışarıda bırakmamak için her türlü olasılığı düzenlemeye almaya çalışmış bunun için de diğer malvarlığı değerleri şeklinde bir torba düzenleme getirerek hükmün uygulama alanını genişletilmiştir.

e. Uygulama Koşulları

aa. Suç Bakımından

Ceza Muhâkemesinde klasik koruma tedbirleri her suç için uygulanabilir olmakla birlikte kanun koyucu bazı tedbirlerin sadece belli suç tipleri bakımından uygulanmasını mümkün kılmıştır. CMK m. 128'de düzenlenen Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma da böyledir. Kanun koyucu 128. maddede katalog hâlinde saydığı belirli suçla hakkında uygulanır:

"a. Türk Ceza Kanunu'nda Tanımlanan:

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),
2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
3. Hırsızlık (madde 141, 142),
4. Yağma (madde 148, 149),
5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),
6. Dolandırıcılık (madde 157, 158),
7. Hileli iflas (madde 161),
8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
9. Parada sahtecilik (madde 197),
10. (Mülga: 21/2/2014 - 6526/10 md.) (Suç işlemek amacıyla örgüt

kurma)



Taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbirine başvurulabilmesi için, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve el konulacak taşınmaz, hak veya alacağın ikinci fıkrada sayılan suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin bulunması gerekir (CMK m. 128/1)

11. İhâleye fesat karıştırma (madde 235),
 12. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),
 13. Zimmet (madde 247),
 14. İrtikap (madde 250)
 15. Rüşvet (madde 252),
 16. Devletin güvenliğine karşı suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),
 17. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315) suçları,
 18. Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.
- b. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda Tanımlanan Silah Kaçakçılığı (madde 12) Suçları
- c. Bankalar Kanunu'nun 22. Maddesinin (3) ve (4) Numaralı Fıkralarında Tanımlanan Zimmet Suçu
- d. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda Tanımlanan ve Hapis Cezasını Gerektiren Suçlar
- e. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. ve 74. Maddelerinde Tanımlanan Suçlar"

bb. Şüphe Bakımından

Taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbirine başvurulabilmesi için, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve el konulacak taşınmaz, hak veya alacağın ikinci fıkrada sayılan suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebinin bulunması gerekir.

cc. Kişi Bakımından

Tedbirin uygulamasına maruz kalabilecek kişi öncelikle hükümde sayılan suçları işlediği ve söz konusu malvarlığı değerlerini bu suçlardan elde ettiği hakkında kuvvetli şüphe bulunan kişi yani şüpheli veya sanıktır. Yargılama sırasında tedbire konu olacak malvarlığı değerlerinin düzenlemenin kapsamındaki suçlardan birisinin işlenerek elde edildiğinin anlaşılması ya da suç vasfının değişerek tedbir kapsamındaki suçlardan birisine dönüşmesi hâlinde sanık hakkında da tedbire hükmedilebilecektir.⁷³

Tedbirin kişi bakımından uygulamasına ilişkin bir diğer konu da üçüncü kişilerin durumudur. Üçüncü kişilerin tedbire maruz kalıp kalmayacağı konusu kanunda açıkça düzenlenmiştir. Buna göre taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması hâlinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir. Buna göre üçüncü kişilerin tedbire maruz kalmaları için tedbire konu olacak malvarlığı değerinin zilyetliklerinde olması gerekir.

Tedbirin kişi bakımından uygulanmasında tüzel kişilerin durumuna da değinilmelidir. Yeni ceza kanunları tüzel kişiler hakkında da yargılama yapılabileceğini ve bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine -müsadere ve iznin iptaliyle sınırlı olmak üzere- hükmedilebileceğini kabul ettiğine göre tüzel kişiler de tedbire maruz kalabilecektir.



Tedbirin uygulamasına maruz kalabilecek kişi öncelikle hükümde sayılan suçları işlediği ve söz konusu malvarlığı değerlerini bu suçlardan elde ettiği hakkında kuvvetli şüphe bulunan kişi yani şüpheli veya sanıktır.

73 Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 405.

f. Kararı Verecek Mercî

Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkonulmasına ancak Ağır Ceza Mahkemesi tarafından ve oybirliğiyle karar verilir. Bu karara itiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği koşulu aranmıştır (CMK m. 128/9).

Bu madde kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır (CMK m. 128/1, son cümle).

Bu düzenlemeye göre rapor, en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir.

g. Tedbirin Uygulanması

Tedbirin uygulanması açısından CMK'da benimsenen esaslar şunlardır:

- Taşınmaza elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek sûretiyle uygulanır (m. 128/3).
- Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek sûretiyle gerçekleştirilir (m. 128/4).
- Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması kararı, teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya malî kuruma derhâl bildirilerek icra olunur (m. 128/5).
- Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması kararı banka veya malî kuruma ayrıca tebliğ edilir. Elkoyma kararı alındıktan sonra, hesaplar üzerinde yapılan bu kararı etkisiz kılmaya yönelik işlemler geçersizdir.
- Şirketteki ortaklık paylarına elkoyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili şirkete ve ticaret sicili müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilir (m. 128/6).
- Hak ve alacaklara elkoyma kararı, ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ayrıca tebliğ edilir (128/7).

h. Denetim

Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbirine genel hükümlere göre itiraz edilebilir. Ancak itiraz üzerine karar veren merci kararını oybirliğiyle vermek zorundadır (CMK m. 128/9).

i. Tedbire Aykırı Hareketin Yaptırımı

Taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi hâlinde, TCK'nın 289. maddesinde düzenlenmiş olan "muhafaza görevini kötüye kullanma" suçu hükümleri uygulanacaktır (CMK m. 128/8).



Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkonulmasına ancak Ağır Ceza Mahkemesi tarafından ve oybirliğiyle karar verilir (CMK m. 128/9).



Bu madde kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır (CMK m. 128/1).



Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbirine genel hükümlere göre itiraz edilebilir. Ancak itiraz üzerine karar veren merci kararını oybirliğiyle vermek zorundadır (CMK m. 128/9).



Postada elkoyma, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilmesi ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adlîyenin eli altında olması zorunlu sayılması halinde hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararı ile elkonulmasıdır (CMK m. 129/1).



Postada elkoyma için de somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin varlığı gereklidir.



Postada elkoymaya kural olarak hâkim karar verebilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı da postada elkoymaya karar verebilecektir (CMK m. 129/1).

5.4.2.3. Postada Elkoyma

a. Kavram

Postada elkoyma, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderilere, suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilmesi ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adlîyenin eli altında olması zorunlu sayılması hâlinde hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının kararı ile elkonulmasıdır.

b. Hukukî Nitelik

Elkoymanın özel bir türü olan postada elkoyma da bir koruma tedbidir.

c. Amaç ve Kapsam

aa. Amaç

Hükümde de açıkça belirtildiği üzere postada elkoymanın esas amacı delil elde etmektir.

bb. Kapsam

Posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderiler bu tedbirin konusunu oluşturmaktadır. CMK, özel kuruluşlardaki gönderileri de tedbirin kapsamına almıştır.

Kanunun gönderi terimini seçmiş olması karşısında gönderinin ne anlama geldiği tartışılmalıdır. Gönderiden resmî ya da özel posta hizmeti gören kurumlardaki maddî varlığa sahip her şey anlaşılmalıdır. Bu anlamda mektup, telgraf tedbire konu olabileceği gibi; örneğin bir kargo şirketi tarafından bir yerden diğerine gönderilen planlar artık postada elkoymaya konu olabilecektir.⁷⁴

d. Uygulama Koşulları

aa. Suç Bakımından

Postada elkoyma için kanunda herhangi bir suç kataloğu yer almamaktadır. Dolayısıyla bu tedbir her suç için uygulanabilecektir.

bb. Şüphe Bakımından

CMK'da postada elkoymaya başvurmak için aranan şüphenin derecesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak elkoymanın bir türü olduğuna göre genel elkoymaya ilişkin şüphe derecesinin burada da geçerli olması gerekir. Buna göre, somut delillere dayalı kuvvetle şüphenin burada da aranması gereklidir.

cc. Kararı Verecek Mercî

Postada elkoymaya kural olarak hâkim karar verebilir. Ancak gecikmesinde

⁷⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 407; Turhan, s. 260.

sakinca bulunan hâllerde savcı da postada elkoymaya karar verebilecektir.

Maddede, Cumhuriyet Savcısının kararının hâkim onayına sunulması özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Cumhuriyet Savcısının kararının hâkim onayına sunulmaması Anayasaya (m. 20, 21, 22) aykırıdır. Düzenlemenin anayasaya uygun yorumlanması ve genel elkoymadaki kuralın burada da uygulanması, Cumhuriyet Savcısının kararının hâkim onayına sunulması gereklidir.

e. Tedbirin Uygulanması

Tedbirin uygulanmasına ilişkin esaslar şunlardır:

- Tedbir söz konusu gönderinin ilgili kurumdan görevli kolluk memuru tarafından alınması sûretiyle gerçekleştirilecektir. Ancak bu memurlar gönderileri inceleyemezler. Elkonulan gönderi derhâl hâkim veya savcıya teslim edilir (CMK m. 129/2).
- Tedbir kural olarak ilgililere bildirilir. Ancak CMK buna bir istisnâ getirmiştir. Buna göre soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı söz konusu ise tedbir ilgililere bildirilmez (CMK m. 129/3).
- Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adlîyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur (CMK m. 129/4).

5.4.2.4. Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini

a. Kavram

Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddî gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma sürecinde hâkim veya mahkeme kararıyla şirketin işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak şirketin işlerini yürütecek veya alınan kararları denetleyerek onayacak bir kayyım atanmasıdır.

b. Benzer Kavramlarla Mukayese

Şirket yönetimi için kayyım tayini kavramının daha iyi ortaya konması için onu yukarıda sözü edilen taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymayla karşılaştırmak gerekmektedir. Zira taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma yoluyla da şirket paylarına elkonması mümkündür. Ancak taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma yoluyla şirket payına elkonması için katalogda yer alan suçların payın sahibi tarafından işlenmesi gereklidir. Bu durumda da tedbirden etkilenen şirketin tamamı değil sadece hissedarıdır. Oysa şirket yönetimi için kayyım tayininde suç şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmektedir ve şirketin tamamı tedbirden etkilenir. Zira şirket hisselerinin belli bir kısmının değil tamamının yönetimi kayyıma geçer veya tüm kararlar onun denetimine sunulur.

c. Hukukî Nitelik

Elkoymanın özel bir türü olan bu tedbir de bir koruma tedbidir.



Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddî gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde soruşturma ve kovuşturma sürecinde hakim veya mahkeme kararıyla şirketin işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak şirketin işlerini yürütecek veya alınan kararları denetleyerek onayacak bir kayyım atanmasıdır (CMK m. 133/1).

d. Amaç

Şirket yönetimi için kayyım tayininin amacı hükümde maddî gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi şeklinde ifade edilmiştir. Burada amaç, şirket faaliyetlerini içeriden denetleyerek bu konuda bilgi edinmektir.⁷⁵ Bu tedbirin kayyım vasıtasıyla uygulanması şirketin işlerini de aksatmayacağı için ticari hayatın gereklerine daha uygundur.

e. Uygulama Koşulları

aa. Suç Bakımından

Şirket yönetimi için kayyım tayini istisnâî bir tedbir olduğundan her suç için uygulanamaz. Kanunda bu konuda bir katalog getirilmiştir:

"a. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan,

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),

2. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

3. Parada sahtecilik (madde 197),

4. Fuhuş (madde 227),

5. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

6. Zimmet (madde 247),

7. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

8. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),

9. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337),

suçları.

b. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda Tanımlanan Silah Kaçakçılığı (madde 12) Suçları

c. Bankalar Kanunu'nun 22. Maddesinin (3) ve (4) Numaralı Fıkralarında Tanımlanan Zimmet Suçu,

d. Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Tanımlanan ve Hapis Cezasını Gerektiren Suçlar

e. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. ve 74. Maddelerinde Tanımlanan Suçlar"

Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki, yukarıda sayılan suçlardan birisini şirket ortaklarından birisinin işlemiş olması şirket yönetimi için kayyım tayinini gerektirmez. Burada şartları oluşmuş ise olsa söz konusu ortağın payı bakımından Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymanın uygulanması gündeme gelebilir. Şirket yönetimi için kayyım tayini için söz konusu suçların şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması gerekir.⁷⁶

bb. Şüphe Bakımından

Kanun koyucu, bu tedbir bakımından kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını aramıştır.



Şirket yönetimi için kayyım tayini ancak Kanunda özel olarak düzenlenmiş suç tipleri açısından uygulanabilir.



Şirket için kayyım tayini kararı verilebilmesi için, suçun şirketin faaliyeti çerçevesinde işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı gereklidir.

⁷⁵ Özbe /Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 409.

⁷⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 410.

cc. Kararı Verecek Merci

Şirket için kayyım atama kararını ancak hâkim veya mahkeme verebilecektir. Buna bir istisnâ getirilmemiştir.

f. Tedbirin Uygulanması

CMK m. 133'e göre şirket yönetimi için kayyım tayininin uygulanmasında şu noktalar dikkate alınacaktır:

- Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur. Kararda, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyımın verildiği açıkça belirtilir.
- Kayyımın bir ücret hakkı vardır. Bu ücreti hâkim veya mahkeme tayin eder ve ücret şirket bütçesinden karşılanır. Ancak, kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi hâlinde; ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı, kanunî faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden karşılanır.
- Kayyımın işlemleri ve kararları denetimden muaf değildir. Bunlar hakkında Medeni Kanun ve Türk Ticaret Kanunu'na başvurulabilir.

5.4.2.5. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma

a. Kavram

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka sûrette 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 verilmesidir (CMK m. 134/1).

b. Hukukî Nitelik

Arama ve elkoymanın özel bir türü olan bu tedbir de bir koruma tedbidir.

c. Amaç

Tedbirin amacı delil elde etmektir.⁷⁷

d. Kapsam

CMK, bu koruma tedbirinin kapsamını bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri olarak belirlenmiştir.



Şirket için kayyım atama kararını ancak hâkim veya mahkeme verebilecektir.



Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve 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 çözülerek metin hâline getirilmesine karar verilebilir.

e. Uygulama Koşulları

aa. Suç Bakımından

Kanun koyucu, bu koruma tedbirine başvurulabilmesi için suç sınırlamasına gitmemiştir. Her suçla ilgili olarak bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerinde arama ve elkoyma işlemi gerçekleştirilebilir.

bb. Şüphe Bakımından

Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerinde arama ve elkoyma kararı verilebilmesi için bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka sûrette delil elde etme imkânının bulunmaması gereklidir (CMK m. 134/1).

cc. Kararı Verecek Mercî

Tedbire soruşturma evresinde karar verileceğinden, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine hâkim tarafından karar verilecektir (CMK m. 134/1).

f. Tedbirin Uygulanması

Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerinde arama ve elkoyma kararının uygulanmasında şu noktalar dikkate alınacaktır:

- 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 (CMK m. 134/2).
- Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır (CMK m. 134/3).
- Alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır (CMK m. 134/4).
- 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 (CMK m. 134/5).

5.4.3. Hukuka Aykırı Elkoyma Nedeniyle Tazminat

CMK, koruma tedbirleri nedeniyle tazminatı düzenlediği 141/1-j maddesinde *"eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı hâlde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını Devlettten isteyebilirler (CMK m. 141/1-j).*



Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerinde arama ve elkoyma kararı, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine hakim tarafından verilir.



Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı hâlde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını Devlettten isteyebilirler (CMK m. 141/1-j).

Yargıtay Kararlarından Örnekler

T.C.
YARGITAY
CEZA GENEL KURULU
E. 2005/7-144
K. 2005/150
T. 29.11.2005

- İZİNSİZ HİNT KENEVİRİ EKME SUÇU (Evinde Hint Keneviri Ektiği İhbarı Sonucu Yapılan Arama Sonucunda Evin Damında Kenevir Ektiği İddiası Nedeniyle)
- HUKUKA AYKIRI ELDE EDİLEN DELİL (Hukuka Aykırı Olarak Sanıktan Alınan İfadeden veya Hukuka Aykırı Yapılmış Bir Ev Araması Sonucunda Elde Edilen Delilden Yola Çıkılarak Başka Delillere Ulaşılsa da Bu Delillerin Yargılamada Kullanılamaması)
- KONUT DOKUNULMAZLIĞI (Rıza ile Arama Şekli Özel Hayatın Gizliliği ve Konut Dokunulmazlığı Haklarının Anayasa'ya Göre Vazgeçilmez Haklardan Olduğundan Kanun ile de Düzenlenememesi-Böyle Bir Düzenleme Yapılsa da Anayasaya Aykırı Olması)
- HUKUKUN GENEL İLKELERİ (Bu İlkelerin Uygar Dünyanın Tüm Medeni Ülkelerinde Uygulanan Kuralları da Hukuk Kuralı Olarak Kabul Edilmesi ve Hukukî Bağlayıcılığı Olması-Hatta Yasa Koyucu Tarafından Dahi Yok Edilememesi)
- ARAMA KARARI OLMADAN KİŞİNİN İZİNİYLE ARAMA (Arama Kararı Verme ve Arama Şekli Düzenleyen 1412 sayılı CMUK'nun 97 inci Maddesinde ve Konu ile İlgili Diğer Maddelerinde Muvafakatlı Arama Diye Bir Düzenlemenin Bulunmaması)
- VİCDANİ DELİL SİSTEMİ (Bu Sistemin Geçerli Bulunduğu Ceza Yargılaması Hukukumuzda Özgür İradeye Dayalı Olan İkrarın da Diğer Tüm Deliller Gibi Yargıç Tarafından Serbestçe Takdir Edilip Değerlendirilmesinin Gerekmesi)
- HUKUKA AYKIRILIK (En Başta Millî Hukuk Sistemimiz İçinde Yürürlükteki Tüm Hukuk Kurallarına Aykırılık Anlamına Gelmesi- Anayasa-Uluslararası Sözleşmelere-Kanunlara-KHK-Tüzüklere-Yönetmeliklere İBK-Teamül Hukukuna Aykırı Uygulamaların Tümü)

2313/m. 3,23

765/m. 59,81

647/m. 4,5

1412/m. 97

2709/m. 38

2559/m. 9

2797/m 1

Özet

Hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir.

Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukukî bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasa koyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükmü bağlamıştır (Örneğin bk. E. 1985/31. K. 1986/1, KT. 17.3.1986, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, S. 22. s. 115). “Anayasa Mahkemesinin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasa’nın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir.” denilmektedir.

Vicdani delil sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda, özgür iradeye dayalı olan ikrarın da, diğer tüm deliller gibi yargıç tarafından serbestçe takdir edilip değerlendirilmesi gerekir.

Gerçekten de, bir kimsenin suçlu olmadığı hâlde kendisini suçlu sayması veya bir başkasının suçunu kabullenmesi mümkündür. O hâlde, ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, kuşkudan arınmışlığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da gözönünde bulundurulmak sûretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir.

Bize göre de isabetli olan Danıştay 10. Dairesinin anılan yürütmeyi durdurma kararı gerekçesinde de belirtildiği gibi arama konusunda -rıza ile arama- şekli, -özel hayatın gizliliği- ve -konut dokunulmazlığı hakkı- Anayasaya göre -vazgeçilmez-haklardan olduğundan kanun ile de düzenlenemez. Böyle bir düzenleme yapılsa da Anayasaya aykırı olacaktır.

Hukuka aykırı olarak sanıktan alınan ifadeden veya hukuka aykırı yapılmış bir ev araması sonucunda elde edilen delilden yola çıkılarak başka delillere ulaşılabilir. İşte bu durumda ortada hukuka aykırı delil niteliği taşıyan bir ifade veya arama sonucunda elde edilen bir delil vardır ki bu deliller de yargılamada kullanılamaz. Hukuka aykırı yapılan arama sonucu elde edilen delili yargılamada kullanmamak yeterli değildir. Bu deliller vasıtasıyla elde edilen deliller de hukuka aykırı olduğundan yargılamada kullanılmamalıdır.

Dava

İzinsiz hint keneviri ekme suçundan sanık Yakup İntizam’ın 2313 sayılı Yasanın 3. maddesi aracılığı ile 23/4 madde ve fıkrasının son cümlesi, 765 sayılı TCK.nun 59/2 ve 81/1, 647 sayılı Yasanın 4 ve 5. maddeleri uyarınca sonuç olarak 1.566.021.600 lira ağır para cezasıyla cezalandırılmasına, cezasının taksitlendirilmesine, uyuşturucu maddenin müsaderesine ilişkin Adana 1.Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 31.01.2002 gün ve 913-57 sayılı hüküm sanık tarafından temyiz edilmekle dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesince 22.06.2005 gün ve 17151-8610 sayı ile;

“(...) Saniğin ikametgahında kenevir bitkisi olduğu ihbârı alınması üzerine il merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu belirtilmeden, hâkim kararı ve yetkili âmir tarafından verilen sözlü emir de alınmadan ve saniğin aramaya muvafakat ettiği de belirtilmeden yapılan aramada, evin damında 50 kök kenevir bitkisi tespit edilmiş,

bu şekilde arama sonucu elde edilen delille mahkûmiyetine karar verilmiştir.

Anayasanın 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la değişik konut dokunulmazlığı başlıklı 21. maddesine göre 'Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde 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 hâlde, el koyma kendiliğinden kalkar.'

Yine Anayasanın 38. maddesine 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la eklenen 5. fıkrası 'Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.' hükmünü içermektedir.

Olay tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 97. maddesinde 'Aramaya karar vermek yetkisi hâkimindir. Ancak tehirinde mazarrat umulan hâllerde Cumhuriyet savcıları ve savcılarının muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler.

Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın süknada veya iş görmeğe mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.

Yukarıdaki fıkra gösterilen takayyüt 96. maddenin ikinci fıkrasında yazılı mahallere şamil değildir.' hükmü, anılan yasanın 254. maddesine 3842 sayılı kanunla eklenen 2. fıkrasında ise 'Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.' âmir hükmü mevcuttur.

Yine suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasının VIII. Bendinde 'Ceza Muhâkemeleri Usûlû Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için, (...) Yetkili âmir tarafından verilecek sözlü emirler derhâl yerine getirilir;', anılan Yasanın 9. maddesinin 2. fıkrasında ise 'Polis, kamu düzenini ve anayasal hak ve özgürlükleri korumak bakımından zorunlu ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, il sınırları içinde valinin, ilçe sınırları içinde kaymakamın, somut olay ve gereksinimleri için her seferinde yeniden vereceği emirle: (...) sayılan eylemlerle ilgili kişileri ele geçirmek amacıyla, kişilerin üstlerini, araçlarını ve eşyasını arar, suç unsuru gördüklerine el koyar, evrakıyla birlikte adalete teslim eder.

Vali ve kaymakamın arama ve elkoymaya ilişkin emri yazıyla verilir. İvedi durumlarda sözlü olarak verilen emir en kısa zamanda yazı ile doğrulanacağı' hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi 2559 sayılı PVSK'nın anılan 9. maddesinin henüz 3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliğine paralel olarak 4771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki hâliyle bile 'suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için, maddede tek tek sayılan yer ve şartlarda, vali veya

kaymakamın yazılı emri ile; ivedi durumlarda sözlü olarak verilen emrin en kısa zamanda yazı ile doğrulanması şartıyla polisin ancak kişilerin üstlerini, araçlarını ve eşyasını arayabileceği" düzenlenmiştir.

Kaldı ki 2559 sayılı PVSK'nun anılan 9. maddesi de 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun'la değiştirilerek Anayasanın 21 ve CMUK'nun 97. maddeleriyle uyumlu hâle getirilmiştir.

Hukuk devleti, Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurguladığı gibi bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu bağlamda devleti vatandaşına her an gözaltına alınabileceği, sorgulanabileceği, evinde arama yapılabileceği endişesini yaşatmamalıdır. Aksine, güvenlik içerisinde özgür ve onurlu bir yaşam sunmayı amaçlamalıdır. (7. C.D. 20.6.2005 gün ve 2003/3539 E-2005/8098 sayılı kararı)

Buna göre somut olay değerlendirildiğinde; alınan ihbâr üzerine hâkimden arama kararı alınarak, gecikmesinde sakınca varsa yetkili merciin yazılı veya sözlü arama emri ile sanığın ikametgahında arama yapılması gerekirken, il merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu belirtilmeden, hâkim kararı olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen delile dayanılarak, başkaca delille desteklenmeyen mücerret ikrarın da mahkûmiyete esas teşkil edemeyeceği gözetilmeden sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi (...)” isabetsizliğinden bozulmuştur.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise bu karara karşı 31.10.2005 gün ve 172366 sayı ile;

“Somut olayda, istihbâri çalışmalar sonunda, sanığın evde bulunmadığı esnada, ‘eşinin muvafakati ile’ arama yapılması üzerine, olaydan haberdar olunca teslim olan sanığın, 25.5.2001 tarihinde kollukta alınan ifadesinde suçunu ikrar ettiği, 25.5.2001 tarihinde Sulh Ceza Mahkemesindeki sorgusunda suçunu kabul ettiği ve yine yargılama safhasında 13.11.2001 tarihinde ki sorgusunda da suçunu ikrar ettiği, mahkemece ‘iddia, olayla ilgili düzenlenen tutanaklar, sanığın ikrarı, ekspertiz raporu, emanet makbuzu, yapılan yargılama ve diğer delillerden sanığın uyuşturucu esrar maddesi elde edebilmek maksadı ile evinin damında 50 kök Hint keneviri dikip yetiştirdiği’ gerekçesi ile sanığın mahkûmiyetine karar verildiği anlaşılmıştır.

Yargılama yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 3842 sayılı Yasayla değişik CYUY’nin 135/a maddesinde; ‘ifade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedenî veya ruhi müdâhaleler yapılamaz.

Kanuna aykırı bir menfaat vaad edilemez.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.’ hükmü yer almakta, 254. maddenin 2. fıkrasında ise, ‘Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.’ kuralına yer verilmektedir.

Bu düzenlemelere göre, yasak sorgu yöntemleriyle toplanan kanıtlara

dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulamayacağı açıktır.

Ancak somut olayda sanığın hâkim önündeki tüm aşamalarda ikrarı vardır. Sanığın, hâkim ve mahkeme önünde suçu kabulünün, başkasının suçunu yüklenme ya da başka bir nedene dayandığı yolunda iddia, savunma ve kanıt yoktur.

İkrarın kabule değer olabilmesi için özgür ve iradi olması koşul olup, bu koşul, sanığın hâkim karşısında özgür ortamda, kendi iradesini özgürce açıklaması ile gerçekleşmiştir.

Açıklanan nedenlerle sanığın suçunun sübuta erdiği, dosyada mevcut delillerin mahkûmiyet için yeterli olduğu düşünülmektedir.

Arz edilen nedenlerle, Yüksek Daire bozma kararının kaldırılması,

Anayasanın 154. maddesinin 1. fıkrasına göre 'Yargıtay, Adlîye Mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adlî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.'; 2797 sayılı Yargıtay Yasanın 1. maddesine göre ise 'Yargıtay Adlîye Mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adlî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olup T.C. Anayasası ile bu kanun ve diğer kanunların hükümlerine göre görev yapan bağımsız bir yüksek mahkemedir.' Görülüyor ki, Yargıtay kural olarak Adlîye mahkemelerince verilen 'karar ve hükümlerin son inceleme mercii'dir. Temyiz incelemesinin yapılabilmesi adlîye mahkemelerinin önceden bir karar vermesi koşuluna bağlıdır. Adlîye mahkemelerince verilmiş bir karar olmaksızın temyiz incelemesi yapılması mümkün değildir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yürürlükten kalkan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki tüm genel ve özel hükümler yeniden düzenlenmiş, bu düzenlemelerde büyük oranda yeni kavram ve kurumlar oluşturulmuş, cezai sorumluluk ilkelerinde yenilikler getirilmiş, indirim ve artırım nedenleri ve oranlarında farklılıklar öngörülmüş, suçların unsurları ile ceza tür ve miktarlarında önemli sayılabilecek değişik düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca birçok suçta cezasızlık nedenleriyle etkin pişmanlık hâlleri oluşturulmuş, yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler eskisinden farklı şekilde numaralandırılmıştır. Diğer yandan genel hükümlerdeki önemli değişiklikler, aksine düzenleme olmadığı takdirde tüm özel yasalardaki suçlara da uygulanacağından bu yönden de mahkemesince yeniden bir değerlendirme yapılması gerekli olacaktır.

5252 sayılı Kanun'un 'lehe olan hükümlerin uygulanmasında usûl' başlıklı 9. maddesinin 3. fıkrasındaki 'Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması sûretiyle belirlenir.' hükmü karşısında, sanık lehine olan cezanın belirlenebilmesi ancak mahkemesince her iki kanun hükümlerinin olaya uygulanmasıyla mümkün olacaktır. Mahkeme, lehe kanun uygulaması yönünden bir değerlendirme yapacak, temyizi hâlinde ise diğer nedenler yanında Yargıtay da bu uygulamayı denetleyecektir.

Tüm bu nedenlerle mahkemesince yeniden bir taktir ve değerlendirme yapılabilmesine olanak sağlanması bakımından hükmün CMUK.nun 321. maddesi uyarınca bozulması" istemi ile itiraz yasa yoluna başvurmuştur.

Dosya Yargıtay 1. Başkanlığına gönderilmekle Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar

Yerel Mahkeme, iddia ve sanığın ikrarı dışında, olayla ilgili olarak düzenlenen tutanaklar, ekspertiz raporu ve emanette bulunan uyuşturucu madde gibi diğer kanıtlara da dayanmak sûretiyle, sanığın uyuşturucu niteliğindeki esrar maddesi elde edebilmek amacıyla evinin damında 50 kök Hint keneviri dikip yetiştirdiğini kabul ederek bu suçtan cezalandırılmasına karar vermiş; Yargıtay Özel Dairesi, hukuka aykırı gerçekleştirilen arama sonucunda elde edilen delilin hükümde esas alınamayacağını, başkaca delille desteklenmeyen soyut ikrarın da mahkûmiyet için yeterli bulunmadığını belirterek hükmü bozmuştur.

Yargıtay C.Başsavcılığı ise, somut olayda sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinde hâkim önündeki ikrarının özgür iradesine dayanması ve bu ikrarın başkasının suçunu üstlenmeye yönelik olduğunun ileri sürülmemesi karşısında kabule değer bir delil niteliğinde bulunduğunu, dolayısıyla sanığın suçunun sabit olduğunu belirterek itiraz yasa yoluna başvurmuştur.

İnceleme konusu olayda, Adana Emniyet Müdürlüğü Narkotik Şube Müdürlüğü'nün istihbârî çalışmaları sonucunda sanık Yakup İntizam'ın evinin damında hint keneviri yetiştirdiğinin öğrenilmesi üzerine 24 Mayıs 2001 günü 11.00 sıralarında evine gidildiği, sanığın evinde olmadığının belirlendiği, eşi Zeynep İntizam'ın onayı ile sanığın evinde yapılan aramada damda 50-70 cm boylarında 50 kök hint keneviri bitkisinin ekili olduğu görülüp zaptedildiği, o tarihte İstanbul'da bulunan sanık Yakup'un arandığını öğrenmesi üzerine ertesi günü kendiliğinden gelip kolluk görevlilerine teslim olduğu dosyadaki tutanaklardan anlaşılmaktadır.

Sanık Yakup İntizam kollukta verdiği ifadede, 25 yıldır esrar kullandığını, daha önce bu suçtan yakalanıp hapiste yattığını, içeceği esrarı temin için evinin damına iki ay önce kenevir ektiğini, bunların olgunlaşan dallarından kopararak esrarlı sigara yapıp içtiğini belirtmiş, sulh ceza hâkimi tarafından gerçekleştirilen sorgusunda: kolluk ifadesini tekrar ederek suçu kabul ettiğini ifade etmiş; kovuşturma aşamasında mahkemece sorguya çekildiğinde de benzer beyanda bulunduğu gibi, ihbâr üzerine polislerin durumu tespit ettiğini ve hint kenevirlerini söküp imha ettiklerini öğrenince teslim olup, uyuşturucu kullandığını söylediğini belirterek suçunu ikrar etmiş; temyiz dilekçesinde dahi: ektiği kenevirin cüzi miktarda olduğunu ileri sürmüştür.

Esas itibarıyla, soruşturma ve kovuşturma işlemleri, gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan usûl kurallarına uygun olmalıdır. Bu bakımdan, somut olaydaki aramanın hukuka uygun olup olmadığı, işlemin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan pozitif normlar incelenmek sûretiyle saptanmalıdır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte bulunan ikinci fıkrasında; *"Kanunun açıkça gösterdiği hâllerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz."* denilmektedir.

Somut olaydaki arama işleminden sonra 4709 sayılı Yasa ile değişiklik

yapılmış ve Anayasa'nın 20. maddesi:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, el koyma kendiliğinden kalkar."

biçiminde düzenlenmiştir.

Yine arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu'nun 97. maddesinde, *"Aramaya karar vermek salahiyeti hâkimindir. Ancak tehirinde mazarrat umulan hâllerde Cumhuriyet Müddei Umûmîleri ve Müddei Umûmîlerin muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler."* hükmü yer almaktadır.

Keza, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu'nun arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 2. maddesinde, Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için, yetkili âmir tarafından verilecek sözlü emirlerin derhâl yerine getirileceği belirtilmektedir. Ancak, gecikmede sakınca bulunması nedeniyle kolluğun arama yetkisinin doğması hâlinde yapılacak uygulamaya ilişkin olan bu hükmün, 1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu'nun, aramanın koşulları ile yöntemini düzenleyen ve arama kararı veya emri vermeye yetkili mercileri belirleyen hükümlerini ortadan kaldırdığı veya değiştirdiğinden söz edilemez.

Görüldüğü gibi, arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemeye göre, arama ancak hâkim kararıyla mümkündür. C. Savcılar ile onun yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnâî olup, bu yetkinin doğması için bir ön şart olarak, gecikmesinde sakınca umulan hâlin gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca, başka bir deyişle gecikmede tehlikenin varlığından söz edebilmek için de, ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi hâlinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması hâlinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır.

Somut olayda, evinin damında hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, Narkotik Şube görevlilerince 24 Mayıs 2001 Perşembe günü 11.00 sıralarında, eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hâkim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir. Ancak sanığın suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hâkim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukukî geçerlilik kazandıracak bir husus değildir. Öte yandan, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmede sakınca bulunduğu belirtilmemiştir. Ayrıca dosya içeriğinde, şehir merkezindeki bir konutta çalışma gün ve saatleri içerisinde gerçekleştirilen arama için hâkim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnâi yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Somut olaydaki hukuka aykırılığı bu sûretle saptadıktan sonra, hukuka aykırı biçimde elde edilen delilin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılamayacağı sorununun inceleyecek olursak;

Ceza yargılaması hukukumuzda delillerle ilgili geçerli ilke, “delil serbestisi” prensibidir. Bu nedenle, ceza yargılaması hukukunda, medeni yargılama hukukundan farklı olarak, her şey delil olarak kabul edilebilir. Öte yandan, 1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu’nun 254. maddesinin birinci fıkrasında; *“Mahkeme irat ve ikame edilen delilleri, duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder.”* denilmekle, yargılama sürecinde sunulan ve toplanan kanıtlardan çıkarım yapılması yargıçların takdirine bırakılmıştır. Ancak hem “delil serbestisi” hem de “delillerin yargıçların kanaatine göre takdir edilmesi” ilkelerinin belli sınırları bulunmaktadır. Bunlardan biri de, mahkemenin, ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabilecek olmasıdır. Başka bir deyişle, hukuk düzeninin yasakladığı yöntemlerle toplanan deliller mahkemece dikkate alınamazlar. Temel hak ve hürriyetlere yasadışı müdâhale sûretiyle elde edilen delillerin davalarda hükme esas alınmasının hukuka aykırı sayılması ise, çağdaş hukuk sistemlerinin bazılarında içtihadi ilkeler, kimilerinde de pozitif hukuk normları sayesinde mümkün olabilmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, 1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu ile getirilen yargılama sisteminde eskiden bu yana pozitif hukuk normu olarak bazı delil yasakları da mevcuttur. Tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkını kullanmış bulunanların önceden verdikleri ifadelerin duruşmada okunamayacağı (CMUK md. 47 vd., 245), dolayısıyla bu açıklamaların yapılmamış varsayılması gerektiği ve kararda bunlara dayanılamayacağı yolundaki ilke bunlardan biridir. Yine bu sistemde, sanığın iyi hâline ilişkin belgelerin duruşmada okunması kabul edilmemiştir. (CMUK m. 249/1) Ancak bu münferit hükümlere karşın, 1992 yılına kadar delil yasakları konusu anılan Yasada genel bir ilke biçiminde düzenlenmemiştir. Konuyu düzenleyen açık bir pozitif hukuk normu mevcut olmadığından, bu tarihten önceki süreçte mahkemeler, içtihadi ilkeler geliştirmişlerdir. Örneğin; Askerî Yargıtay 2. Dairesi 26.04.1973 tarihli bir kararında “(...) kanuna, ahlaka ve genel adaba aykırı sûrette toplanan delilleri, hâkim, telakki etmekten kaçınmak zorundadır.” görüşüne yer vermiştir.

Ancak 1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu’nda 18.11.1992 gün ve 3842 sayılı Yasa ile değişiklik yapılarak Yasaya iki önemli hüküm eklenmiştir. Bunlardan ilki, Yasanın 135/a maddesidir. Yasanın 135. maddesinde ifade alma ve sorguya çekmenin yöntemi düzenlenmiş olup, 135/a maddesinde ise, ifade ve açıklamaların özgür iradeye dayanması gerektiği belirtildikten sonra, bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedenî veya ruhi müdâhalelerin yapılamayacağı, yasaya aykırı menfaat vaat edilemeyeceği belirtilerek, bu ve benzeri uygulamalar yasak sorgu yöntemleri olarak sayılmış, ayrıca “bu yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği” hükme bağlanmıştır. Konumuzu ilgilendiren asıl değişiklik ise CMUK’un 254. maddesine eklenen ikinci fıkradaki; “Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz.” emredici kuralıdır. Delil yasakları ile ilgili genel ve kapsayıcı nitelikteki bu ilke uyarınca, hükme esas alınması

mümkün bulunmayan deliller, "hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller"dir. Nitekim, Ceza Genel Kurulunun 8.4.2003 gün ve 30-98 sayılı kararında; suç örgütü ile ilgili soruşturmada telefon konuşmalarının hâkim kararı olmaksızın dinlendiği ve kayda alındığına işaret edilmek sûretiyle, "(...) 1412 sayılı CMUK.nun 254. maddesinin açık hükmü uyarınca, hukuka uygun olarak elde edildiği saptanamayan bu ses kayıtlarının kanıt olarak hükme esas alınamayacağı" belirtilmiştir.

Öte yandan, Yerel Mahkeme hükmünden sonra 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun 148. maddesinde de ifade alma ve sorgudaki yasak usûller örnekseme yoluyla ve sayılanlarla sınırlı olmayacak biçimde gösterilmiş, ayrıca önceki yasal düzenlemeye benzer biçimde, "yasak usûllerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği" hükmüne bağlanmıştır. Keza 217. maddenin ikinci fıkrasında, "yüklenen suçun, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği" belirtilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, hukuka uygun olarak elde edilmeyen deliller, yeni ceza yargılama sistemimizde de ispat aracı olarak kabul edilmemiştir. Kaldı ki, 230. maddenin birinci fıkrası uyarınca, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi de zorunludur.

"Yasadışılıktan" daha geniş bir içeriğe sahip olan "hukuka aykırılık kavramı" ise, gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Bu kavram, Anayasa Mahkememizin 22.06.2001 gün ve 2-2 sayılı kararında da benzer biçimde tanımlanmıştır.

Sözö edilen kararda,

"Hukuka aykırılık en başta millî hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçeve içinde, anayasaya, usûlüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır. Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukukî bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasa koyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (örneğin bkz. E. 1985/31. K. 1986/1, KT. 17.3.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 22. s. 115). Anayasa Mahkemesinin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasa'nın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir."

denilmektedir.

Açıklanan pozitif hukuk normları ve uygulamayı yansıtan yargısal kararlar karşısında belirtmek gerekir ki, "hukuka aykırı biçimde" elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamaz. Bu bakımdan, sanığın konutunda

hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddî delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının Yerel Mahkemece hükme esas alınması isabetsiz bulunmuştur.

Esasen somut olayda; aramanın hukuka aykırı olduğu ve sonucunda elde edilen delilin hükme esas alınamayacağı hususunda Yargıtay Özel Dairesi ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasında bir görüş farklılığı bulunmamaktadır. Çözümü gereken uyuşmazlık, hukuka aykırı aramada elde edilen maddî delil dışındaki diğer delillerin, bu bağlamda hakkındaki ihbâr ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkûmiyet için yeterli olup olmadığı hususunda toplanmaktadır.

Amacı isnada konu maddî gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza yargılamasında, somut olaya münhasır delillerden biri de "beyan" delilidir. Beyan, tanığa, sanığa veya sanığın dışındaki taraflardan birine ait olabilir. Sanığın isnat bakımından önemli görülen olayları beyanıyla kabul etmesi şekline tanımlanabilecek olan ikrar: eylem hakkında en çok bilgisi bulunanın beyanı olması, soruşturmayı esaslı sûrette kolaylaştırması, özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun bulunması hâlinde yargıcın vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması ve inkarın zıddı olarak sanığın eylemi ile ilgili tutumunun yansıma şekillerinden birini oluşturması itibariyle önemli bir beyandır.

1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu'nda öngörülen sistemde, ikrarın delil oluşturması bakımından, hâkim önündeki ikrar ile hâkim önünde olmayan ikrar arasında fark öngörülmüş ve bunlardan ikincisine delil kıymeti verilmiştir (CMUK. m. 247).

Hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun 213. maddesinde ise, sanığın hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcıları tarafından alınan ifadelerin duruşmada okunabilmesi kabul edilerek, savcı tarafından alınan ifadelere de delil olma değeri tanınmıştır. Buna karşılık, şüphelinin kollukça alınan ifadesine ilişkin tutanağın duruşmada okunabilmesi için, kollukta ifade alındığı sırada müdafin hazır bulunması koşulu aranmıştır. Görüldüğü gibi, her iki yasal düzenlemede de, hâkim önündeki ikrarın delil niteliği bulunduğu kabul edilmiştir.

Ancak, vicdani delil sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda, özgür iradeye dayalı olan ikrarın da diğer tüm deliller gibi yargıç tarafından serbestçe takdir edilip değerlendirilmesi gerekir.

Gerçekten de bir kimsenin suçlu olmadığı hâlde kendisini suçlu sayması veya bir başkasının suçunu kabullenmesi mümkündür. O hâlde, ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, kuşkudan arınmışlığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da gözönünde bulundurulmak sûretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir.

Bu açıklamalar ışığında somut olayı değerlendirdiğimizde;

Soruşturmaya, sanığın evinde hint keneviri bitkisi yetiştirdiği yolundaki bir ihbâr üzerine başlanmıştır. Sanık ise, gerek sulh ceza hâkimince gerekse mahkemece

tüm yasal hakları hatırlatılarak sorguya çekildiğinde: 25 yıldır uyuşturucu kullandığını, esrar elde etmek için olaydan iki ay önce evinin damına hint keneviri bitkisi ekip yetiştirdiğini, bunların yapraklarını kurutarak esrar elde edip içtiğini, bilahare hakkında ihbâr vaki olduğunu ikrar etmiş; temyiz dilekçesinde dahi hint keneviri bitkisi yetiştirdiğini, ancak bunların cüz'î miktarda olduğunu belirtmiştir. Sanığın eskiden beri uyuşturucu kullandığı ve hint keneviri bitkisi yetiştirdiği yolundaki bu anlatımları, celbedilen adlî sicil kaydıyla da doğrulanmıştır. Öte yandan, başkası adına suç üstlendiği iddia edilmediği gibi, dosya içeriğine göre böyle davranmasını gerektirecek bir neden de bulunmamaktadır. Çok uzun yıllar uyuşturucu kullanması ve uyuşturucuyu yetiştirdiği hint kenevirlerinden elde etmesi karşısında, ektiği bitkinin cinsi ile ilgili muhtemel yanlışlıktan da söz edilemez. Sanık başlangıçtaki ikrarını aşamalarda istikrarlı biçimde sürdürmüştür. Kaldı ki, ikrardan dönülmüş olsa dahi, bu durum ancak ikrarın gücünü zayıflatacak bir husus olarak görülebilir; ikrarın delil olma özelliğini ortadan kaldırmaz.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, hakkındaki ihbâr üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanığın ihbârıyla uyumlu olup hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde elde etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekme suçu sübuta ermiştir.

Ancak hükümden sonra 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu yürürlükten kaldırmış olup, içerisinde yeni kavram ve kurumları barındıran bu Yasada, genel ve özel hükümler öncekinden farklı biçimde düzenlenmiştir. Ayrıca Yasanın 191. maddesinde, kendisi tarafından kullanılmak üzere uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran bitkileri yetiştirenler yönünden yeni bir suç ihdas edilmiştir. Bu suçun, anılan maddede yaptırıma bağlanan, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçu ile birlikte seçimlik hareketli tek bir suç oluşturup oluşturmadığının tartışılması, ayrıca sanık hakkında evvelce bu dava ile birlikte açılıp sonradan tefrikinde karar verilen uyuşturucu madde kullanma suçuna ilişkin davanın akıbetinin de araştırılarak, Yerel Mahkemece ulaşılabilecek sonuca göre sanığın hukukî durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, Yerel Mahkeme hükmünün açıklanan nedenle bozulmasına karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyeleri S. Çilesiz ve S. Saka;

"Karşı görüşümüzü temellendirmek için öncelikle, hukuk devleti, kişinin temel hak ve özgürlükleri, bu hak ve özgürlüklerin koruma altına alınması ve sınırlandırılmaları (müdâhale sınırları), ceza yargılaması bakımından delil elde etme kurallarına uyulmamadan elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılması, hukuka aykırı delillerden yola çıkılarak elde edilen delillerin de hukuka aykırı delil olması, hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılması yasağı ile ilgili kurallara, öğretideki bazı görüşler ile uygulamadaki bazı kararlara başlıklar hâlinde değinme ihtiyacı duymaktayız. Bundan sonra da somut olayla ilgili karşı görüşümüz açıklanacaktır."

Bilindiği gibi Anayasamızın;

2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti; insan haklarına saygılı, demokratik,

laik ve sosyal bir HUKUK DEVLETİ'dir.

12. maddesine göre, her Türk vatandaşı, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

13. maddesine göre, bu temel hak ve hürriyetler madde de sayılan sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, (4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce), özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak (4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra) ve ancak kanunla sınırlanabilir.

Yine 20. maddesi ile, "özel hayatın gizliliği" ve 21. maddesi ile "konut dokunulmazlığı hakkı" temel hak ve ödevler arasında sayılan ve güvence altına alınan, nitelikleri 12. maddede belirtilen temel hak ve özgürlüklerdendir. 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile bu hakların hangi nedenlerle nasıl sınırlanacağı ilgili maddelerinde ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

Ayrıca AİHS'nin 8. maddesi ile de herkesin özel ve aile hayatı konutu ve haberleşmesi koruma altına alınmış, bunlara getirilecek sınırlamaların sebep ve ölçülerinin de kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Ceza yargılaması da bu noktada müdâhaleyi haklı kılan bir amaç olarak kabul görmektedir.

Hiç kuşkusuz ceza yargılamasında da maddî gerçek araştırılırken Sözleşme ve Anayasadaki bu ilkeler ışığında öngörülmüş hukuk kurallarına uygun davranılacaktır. Dolayısıyla ceza yargılamasında kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan kuralların en başında gelen delil toplama yöntemlerini düzenleyen kurallara uyulmadan yapılan müdâhale de hukuka aykırı sayılacak ve bu şekilde elde edilen deliller de hukuka aykırı elde edilmiş deliller olacaktır.

Hukuk kurallarına aykırılık kavramı bir bütündür. Hukukun bir dalına veya bir kanuna aykırı sayılan bir husus diğer bir kanuna veya hukuka uygun sayılamaz (Prof. Doğan Soyaslan, "Hukuka Aykırı Deliller", *A.Ü. Erzincan H.F. Dergisi*, C. VII, S. 3-4, Erzincan 2003). Bir delil ceza yargılaması normlarında düzenlenmemiş ve yasaklanmamış olmasına rağmen, herhangi bir hukuk kuralına aykırı şekilde elde edilmiş ise o delil de hukuka aykırı delil olarak kabul edilecektir (Doç. Ersen Şen, *Prof. Sahir Erman Armağanı*, İst. 1999).

Hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerden yola çıkılarak ulaşılan delillerin hukuka aykırı olup olmadığı konusuna gelince:

Hukukun uygulamasında meşru ve hukuka uygun olmayan bir şeyin üzerine meşru ve hukuka uygun bir şey bina edilemeyeceğinden, son delilinde değerlendirme dışı bir delil olarak kabul edilmesi gerekmektedir (Prof. Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 1996 S. 403).

Bu şekilde ulaşılan delil, elde edilirken kanunî düzenlemeye uygun hareket edilse dahi hukuka aykırıdır. Örneğin işkence yapılarak elde edilen bir adreste hukuka uygun bir arama yapılsa, dahi burada elde edilen deliller hukuka aykırı delil olacaktır (Doç. Dr. Veli Özer Özbek, *Yeni Ceza Muhâkemesi Kanununun Anlamı*, s. 849).

Aynı şekilde, sanığın zorla alınan ifadesinde suç aletinin yerini söylemesi üzerine hâkimden alınan bir arama kararı ile yapılacak ev aramasında suç aleti ele geçirilse bile bu delil hukuka aykırıdır (Yurtcan, Ceza Yargılama Hukuku, age. s.403 - Dr. Ersan Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, s. 152-153).

Bu konuda özet olarak şu sonuca varmaktayız. Hukuka aykırı şekilde elde edilen delil dolayısı ile ulaşılan deliller ister hukuka aykırı, isterse hukuka uygun yolla elde edilsin, hukuka aykırı deliller olacaktır. Öğretide baskın görüşün bu yönde olduğunu görüyoruz. Bu duruma "hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisi, uzak etkisi" ya da "Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir." denilmektedir.

Bilindiği gibi bu hukuka aykırı delilleri kullanma yasağı bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde, temel hak ve özgürlükleri korumayı, Anglo-Amerikan sisteminde ise kolluğu disiplin altına almayı amaçlamaktadır. Kuşkusuz insan haklarıyla temel hak ve özgürlükleri koruma amacının içerisinde, doğal olarak bu konudaki kurallara en başta uyması gereken kolluğun disiplin altına alınması amacı da bulunmaktadır.

Doğrudan ya da dolaylı olarak hukuka aykırı elde edilen delillerin ceza yargılamasında değerlendirilmesi konusuna gelince:

"Maddî gerçeğin araştırılması için insan haklarını, dolayısıyla sanık haklarını ihlal etmemeye özen gösteren bir ceza yargılaması sistemi oluşturmak amacıyla 1412 sayılı CMUK'nda 18.11.1992 gün ve 3842 sayılı Kanun ile bazı değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır.

Bu cümleden olarak;

3842 sayılı Kanun ile değiştirilen 1412 sayılı CMUK'un 135. maddesi ile ifade alma ve sorgu yöntemi yeniden belirlenmiş, sanığa aydınlanma hakkı, soruşturmacı ya da kovuşturmacıya aydınlatma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu haklar ve yükümlülüklerin usûl ve şekilleri maddede açıkça ve ayrı ayrı belirtilmiş olup bu usûl ve şekillere şu ya da bu şekilde uyulmamışsa sanığın alınan ifadesi hukuka aykırı alınmış kabul edilerek, böyle alınmış bir ifade sonunda elde edilen deliller de hukuka aykırı olacaktır. Bu aykırılıklar da kesin bozma sebebi sayılacaktır.

Yine 3842 sayılı Kanun ile CMUK'un 135. maddesine eklenen 135/a maddesi ile yasak sorgu yöntemleri getirilmiştir. Bu maddeye göre, sanığın özgür irade ile ifade vermesini engelleyecek baskı, işkence, kötü muamele, aldatmak kanuna aykırı menfaat vaat etme, cebir ve şiddet gibi yasak sorgu yöntemleri ile sanığın ifadesinin ya da sorgusunun tespiti hukuka aykırı delil olarak kabul edilmiş ve bunların rıza ile olsa dahi delil olarak kullanılamayacağı açıkça belirtilmiştir.

1412 sayılı CMUK'un 254. maddesine 3842 sayılı Kanunla eklenen 2. fıkra ile de, hukuka aykırı delillere dayanma yasağı getirilmiştir. CMUK 254/2 maddesine göre de soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamayacaktır.

Bu düzenleme, CMUK'un tüm hukuka aykırılıkları içine alan genel ve geniş bir düzenlemedir.

5271 sayılı yeni CMK'un 206/2 ve 217 maddelerinde varlığını devam ettiren bu düzenlemenin bugün dahi batı ülkelerinin çoğunun hukuk sisteminde olmadığını görüyoruz. Bu çağdaş hukuk normu, insan haklarını, temel hak ve özgürlüklerini koruma anlamında AİHS hükümlerinden de daha çağdaş ve ileri bir düzenlemedir. Yasanın bu açık ve kesin ifadesine karşın öğretide, madde ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden bazılarını başlıklar hâlinde şöyle sıralayabiliriz;

Bir görüşe göre hukuka aykırılık haklara aykırılıktır. Bu aykırılıklar da mutlak veya nispi olarak ikiye ayrılır. Nispi aykırılıklar sonucu elde edilen deliller yargılamada kullanılmalıdır.

Bir başka görüşe göre, delil toplarken yapılan hak ihlalleri ile kamu yararı karşılaştırılmalı ve sonuca göre hukuka aykırı delil kullanılmalı veya kullanılmamalıdır (oranlılık-Orantılılık ya da değerler tartımı ilkesi).

Bir diğer görüşe göre, hükme tesir etmeyen önemsiz aykırılıkların sanık aleyhine veya lehine bozma nedeni olmaması gerekir.

Görüşlerden bir başkasına göre ise bir kural 'yargılama ya da delil toplama' kuralı ise buna aykırılık mutlak bir hukuka aykırılıktır. Bu aykırılığın sonuca etkili olup olmadığı tartışılmaz ve yargılamada da kullanılamaz. Bu durum kesin bozma sebebidir. Bizim de katıldığımız bu görüş yoruma dahi ihtiyaç duyulmayan CMUK'un

254/2 maddesinin amacına uygun bir yorumdur."

Konu ile ilgili Yargıtay kararlarına gelince:

"Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 4.10.1994 günlü E.1994/7351, K.1994/7693 sayılı kararı ile sanığın 1412 Sayılı Kanunun 135. maddesine göre hakları hatırlatılmadan alınan ifadesini aşamalarda reddettiği, yerel mahkemenin de ikrar ve kabulü içermeyen savunmaya dayanmaksızın öbür kanıtlara dayanarak hüküm kurduğundan CMUK 135. maddeye aykırılık nedeni ile hukuka aykırı ifadesinin kurulan hüküm açısından nedensel değeri ve gücü yoktur gerekçesi ile bu husus bozma nedeni yapılmamıştır."

Bu kararı inceleyen Ceza Genel Kurulu ise, "bu hususun savunma haklarının kısıtlanmasına yol açacağı ve esasa girilmeden sair yönler incelenmeksizin bu noktadan kararın bozulması gerektiğine" karar vermiştir.

Ceza Genel Kurulunun bu kararına karşı yazılan muhâlefet şerhinde ise aynen "(...) Ne var ki ceza yargılamasının bir başka temel dayanağı da kamu yararı ve birey yararı arasındaki duyarlı dengeyi kollayan Orantılılık ilkesidir. Bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey yararına işletilirse, haklar ve değerler örselenir, birey yararı toplum zararına kayırılsa, yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşer." denilmektedir. Gerek 4. Ceza Dairesinin kararındaki hukuka aykırı delilin hüküm açısından nedensel değeri ve gücü kriteri, gerekse muhâlefet şerhindeki birey yararı ve kamu yararı arasındaki Orantılılık (oranlılık veya değerler tartımı) ilkesi Ceza Genel Kurulunca kabul görmemiştir. Yüksek Kurulun

24.10.1995 günlü ve E.1995/7-165, K.1995/302, 24.10.1995 günlü E.1995/6-238, K.1995/305, 19.12.1994 günlü ve E.1994/6-322, K.1994/343 sayılı kararları da aynı doğrultudadır.

Yukarıda aynen aldığımız muhâlefet şerhine karşı Prof. Erdener Yurtcan yaptığı değerlendirmede aynen *"Bu düşünceler bazı doğruları içerse de, karara konu olan kavramlar dikkate alındığında yanlış değerlendirmelerdir. Türk Ceza Yargılaması sistemi bu gün tercihinin belirlemiştir. Yargılamada maddî gerçek aranacaktır. Fakat bu sonuca ulaşılırken bireye tanınan yargılama hakları ve güvencelerine mutlak uyulacaktır. Delil toplama, savunma hakkından yararlanma kurallarına uyulacak, bunlara aykırılık hâlinde yargılama hukuka aykırı sayılacaktır. Yasanın 254/2. maddesinin anlattığı ve hukukumuzda getirdiği sonuç budur. Bu hüküm bu gün batının yasalarında olmayan bir ilkedir. Bu nedenle bu konuda değerlendirme yaparken yasanın 254/2. maddesi olmayan ülkelerin doktrinlerinin değerlendirilmesinin örnek alınması yanlıştır. SULAR TERSİNE AKITILAMAZ."* demektedir (Prof. Nurullah Kuntere Armağan, İÜHF Eğ. Öğr. ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No.716 İst.: 1998-Yargıtay Kararlarının Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı). Sayın Yurtcan'ın bu değerlendirmelerine aynen katılıyoruz.

Yasanın açık hükmüne rağmen bir yandan yukarıda başlıkları ile belirtmeye çalıştığımız öğretilerdeki tartışmalar sürerken, diğer yandan uygulamada Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında istikrar oluşturmaya çalışırken yasa koyucu bize göre bu görüş ayrılıklarına ve tartışmaya son noktayı koymak için batı dünyası ülkelerinin anayasalarında yer almayan bir hükmü Anayasa'mızın 38. maddesine eklemiştir. Anayasamızın 38. maddesine eklenen 3.10.2001 günlü 4709 sayılı Kanun ile 7. fıkra ile *"Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez."* hükmü getirilmiştir.

Hukuka aykırı deliller ve bu delillerin değerlendirilmesi yasağı konularında yasa koyucu, Anayasanın 38/7, 1412 SK. CMUK'un 254/2. maddesi ile tercihinin delilin üstünlüğünden yana değil, hukukun üstünlüğünden yana kullanmıştır. Nitekim 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMUK'un 147, 148, 206, 217, 230/1 ve 302/2 maddeleri ile bu tercihinin daha da açık ve kesin bir şekilde devam ettirmiştir. İlgisi nedeni ile hukuka aykırı elde edilen delillere dayanma yasağı konularında AİHM'nin değerlendirmelerine de kısaca değinmenin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

AİHS'de delillerin sunulması, reddi ya da değerlendirilmesi konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. AİHM'si ulusal mahkemeye sunulan delilleri değerlendirmemektedir. Delilin kabul edilip edilmemesi hukuka aykırı elde edilip edilmediği, yargılamada kullanılıp kullanılamayacağı hususlarındaki karar iç hukuk kuralları çerçevesinde ulusal mahkemelere aittir. AİHM'si bu konuda kendisini yetkili görmemektedir. Ancak konuyu sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil Yargılama Hakkı ile 8. maddede düzenlenen Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması kapsamında değerlendirmektedir (Van Mechelen ve diğerleri-Hollanda kararı 23.4.1997, 50 - 6.12.1998 günlü Beerbero Messeg ve Jabardo-İspanya kararı-Doç.Dr.Ali Rıza Çınar-Hukuka Aykırı Kanıtlar, TBB Dergisi, S. 55, Kasım-Aralık 2004.). Ayrıntılarına girmeden başlıklar hâlinde belirtmeye çalıştığımız bu tespit ve açıklamalardan sonra somut olayımızla ilgili Ceza Genel Kurulunda yapılan müzakere sonucu verilen karara karşı görüşlerimize gelince:

Yerel kolluk, yaptığı istihbâri çalışmalar sonucu sanığın evinin damında hint

keneviri bitkisinin yetiştirildiğinin öğrenildiğini ileri sürerek hâkim kararı olmadan 24.5.2001 günü arama yapmış, arama sonunda 50 kök hint keneviri bulunmuştur. Arama sırasında sanık evde yoktur. Arama zaptına evde bulunan sanığın eşinin muvafakatının alındığı yazılmıştır.

Aramadan bir gün sonra kendiliğinden geldiği belirtilen sanık kolluktaki ifadesinde hint kenevirlerini kendisinin ektiğini söylemiştir. Sanık Yakup, tutuklanması için gönderildiği hâkim önünde de kolluktaki ifadesinin doğru olduğunu söylemiştir. Hakkında açılan kamu davası üzerine yapılan yargılamada da sanık savunmasında yine kolluktaki ifadesini doğrulamıştır.

Yerel mahkeme yaptığı yargılama sonunda "sanığın uyuşturucu esrar maddesi elde edebilmek maksadı ile evinin damında 50 kök hint keneviri dikip yetiştirdiği iddia, olayla ilgili düzenlenen tutanaklar, sanığın ikrarı, ekspertiz raporu, emanet makbuzu, yapılan yargılama ve diğer delillerden anlaşılmış olmakla (...)” şeklindeki sözlerle belirttiği gerekçelere dayanarak sanığın suçunu sabit görüp mahkûmiyetine karar vermiştir.

Sanık tarafından temyiz edilen karar dairemizce özet olarak, aramanın suç tarihinde yürürlükte bulunan kurallara aykırı olarak yapıldığı, bu şekilde elde edilen delilin hukuka aykırı olduğu, bu sebeple 1412 S. CMUK'un 254/2. maddesine göre mahkûmiyete esas alınamayacağı, sanığın itirafının da bu durumda mahkûmiyeti için geçerli ve yeterli olamayacağı gerekçeleri ile bozulmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, sanığın tüm aşamalarda suçunu itiraf ettiğini, bu itirafın mahkûmiyet için yeterli olduğunu ileri sürerek dairemiz kararına karşı itirazda bulunmuştur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, dairemizin bozma kararındaki aramanın yasaya aykırı olduğunu bu nedenle arama sonucu elde edilen delillerin yargılamada değerlendirilemeyeceğine dair bozma gerekçesine itiraz etmemiş, Başsavcılık itirazını sadece sanığın bozma kararındaki "mücerret ikrarın mahkûmiyete yetmeyeceğine" dair gerekçeye yöneltmiştir.

İtiraz sebepleri ile bağlı bulunmayan Yargıtay Ceza Genel Kurulu itiraz sebebinin yanında arama ile ilgili kurallara uyulmamasına rağmen muvafakat edilmesi (rıza ile arama) hâlinde aramanın hukuka uygun olup olmadığı, aramanın hukuka aykırı olması hâlinde bile elde edilen delilin, ihlal edilen hak ile kamu yararı gözetildiğinde (oranlılık-Orantılılık kriteri) kamu yararının üstün olması hâlinde yargılamada kullanılıp kullanılamayacağı hususlarını da tartışmıştır.

Bu bağlamda Yüksek Kurulun bazı sayın üyeleri muvafakat olması hâlinde, aramanın hukuka uygun olduğunu somut olayda da sanığın eşinin muvafakatı bulunduğu dolayısıyla aramanın hukuka uygun olduğunu, bazı sayın üyeler ise, arama hukuka aykırı olsa bile kamu yararının üstünlüğü hâlinde hukuka aykırı delilin kullanılabileceği somut olayda da sanığın ihtiyaç fazlası hint keneviri dikip yetiştirerek buradan elde edeceği esrarla topluma zarar verebileceği, bu nedenle kamu yararı bulunduğundan hukuka aykırı olmakla birlikte delilin kullanılabileceği yolunda görüş belirtmişlerdir.

Arama, gizli olan bir şeyi ortaya çıkarabilme faaliyeti olduğuna göre bu

durum, özel hayatın gizli alanına girmek demektir. AİHS'nin 8., Anayasanın 20. ve 21. maddeleri ile koruma altına alınan kişinin temel hak ve özgürlükleri olan özel hayatın gizli alanı ve konut dokunulmazlığı hakkına arama yoluyla yapılacak müdâhalenin de usûl ve esaslarının Sözleşme ve Anayasanın ilgili maddelerine göre kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Nitekim suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı Kanun'un 86.-103. maddelerinde zapt ve aramanın usûl ve esasları düzenlenmiştir. 97. maddesinde de arama kararı verme yetkisi ve aramanın nasıl yapılacağına dair kurallar belirlenmiştir.

Olayımızda arama işlemi 97. maddede belirtilen kurallara aykırı yapılmıştır. Şöyle ki;

Arama yapmak için makul şüphe yoktur. Kolluk, eski sabıkalı olan ve kendilerince tanınan bir kişi olan sanık hakkında yaptıkları istihbâri çalışmalardan evinde hint keneviri ektiğini öğrendiğini iddia etmiş, buna dair hiçbir bilgi ve belge evraka eklenmemiş, sadece kendisinin ileri sürdüğü bir sebebe dayanarak arama yapmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunmadığı hâlde hâkim kararı alınmamıştır. Bu konuda itiraz bulunmadığı gibi Yüksek Kurulda da farklı görüş ileri sürülmemiştir.

Rıza ile aramada ise, rıza olsa dahi (ki olayımızda sanığın eşinin muvafakatının alındığı zapta yazılmıştır) arama yine de hukuka aykırıdır. Çünkü konut dokunulmazlığı hakkının, koruma altında bulunan temel hak ve özgürlüklerden bulunduğu, bu hakka müdâhalenin ya da sınırlandırılmasının usûl ve esasları belirtilerek ancak kanunla düzenlenmesi gerektiğini yukarıda açıkladık.

Arama kararı verme ve arama şeklini düzenleyen 1412 sayılı CMUK'un 97. maddesinde ve konu ile ilgili diğer maddelerinde muvafakatlı arama diye bir düzenleme yoktur. Kaldı ki kanunla getirilecek böyle bir düzenlemenin de Anayasa'ya aykırı olması söz konusudur. Nitekim olayımızdan sonra 24.5.2003 günlü Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 9. maddesi ile rıza ile arama hükmü getirilmiş, yönetmeliğin bu ve başka bazı hükümlerinin iptali ve yürütmenin durdurulması talebi ile İzmir Barosu tarafından Danıştay'a başvurulmuştur. Danıştay 10. Dairesi 2003/3396 E sayılı ve 21.11.2003 günlü oybirliği ile, "(...) Anayasanın-Temel Haklar ve Ödevleri kısmında yer verilen özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı hakkı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, kişiliğe bağlı temel haklardanır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hâllerde ve nasıl sınırlandırabileceği belirtilirken anılan hakların -VAZGEÇİLMEZ-niteliği nedeni ile sınırlama usûlleri içinde kişinin rızasına yer verilmemiştir.

Diğer taraftan Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlandırabileceği, temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacağı belirtilmiştir. Anayasanın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçülerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan -özel hayatın gizliliği- ve -konut dokunulmazlığı- hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen -rıza ile arama- müessesesinin bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabilceği açıktır. Bu durumda dava konusu yönetmeliğin 9. maddesinde ve anılan madde ile bağlantılı 20. maddesinin (2) numaralı bendinde hukuka uyarak bulunmamaktadır.

(...)” şekliindeki gerekçe ile yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.

Anılan daire 28.6.2005 gün ve 2003/3396 E, 2005/3802 K. sayılı kararı ile dava konusu Yönetmelik 1.6.2005 günlü Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 34. maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından dava konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Hemen belirtelim ki yeni arama yönetmeliğinde -rıza ile arama- hükmü bulunmamaktadır.

Bize göre de isabetli olan Danıştay 10. Dairesinin anılan yürütmeyi durdurma kararı gerekçesinde de belirtildiği gibi arama konusunda -rıza ile arama- şekli, -özel hayatın gizliliği- ve -konut dokunulmazlığı hakkı- Anayasaya göre -vazgeçilmez- haklardan olduğundan kanun ile de düzenlenemez. Böyle bir düzenleme yapılsa da Anayasaya aykırı olacaktır.

Kanun koyucu, “özel hayatın gizliliğinin” ve “konut dokunulmazlığı hakkının” korunmasına verdiği önemi 19.7.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile bir kez daha göstermiştir. Kanunun 17. maddesi ile “özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadan arama yapılamaz” hükmü getirilmiştir. Bu hüküm ile anılan kanun kapsamındaki suçların soruşturulması ya da kovuşturulması sırasında konutta yapılacak aramada hiçbir nedenle gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlin varlığını kabul etmemiş ve mutlaka hâkim kararı istemiştir. Doğrudan ya da dolaylı olarak hukuka aykırı elde edilen delillerin, kamu yararının üstünlüğü hâlinde kullanılabileceğine, hükme dayanak yapılabileceğine dair görüşe gelince:

Suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’un 254/2. maddesinin açık ve kesin hükmü karşısında bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yukarıda tarih ve sayılarını verdiğimiz kararları ile de bu görüş benimsenmemiştir. Konu ile ilgili hukukî düzenlemeleri, öğretideki görüşleri ve Yargıtay uygulamalarını daha önce açıkladığımızdan tekrardan kaçınmak için bu görüş ve tespitlerimize atıf yapmakla yetiniyoruz.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, Yüksek Kurul tarafından da benimsenen somut olayda mahkûmiyet için yeterli görülen sanığın ikrarlarına gelince:

Bize göre bu itiraflar mahkûmiyet için hem geçerli değildir. Hem de yeterli değildir.

Sanığın ikrarı, geçerli değildir.

Çünkü;

- * Sanığın ifadesi, hukuka aykırı yapılan aramadan bir gün sonra kollukta alınmıştır. Sanık, kendisine arama ve sonuçları anlatıldıktan sonra hint kenevirlerini kendisinin ettiğini söylemiştir.
- * Sanık, tutuklanması için sorgu hâkimliğine gönderildiğinde, yine kendisine arama ve sonuçları açıklandıktan sonra kolluktaki ifadesini tekrar ettiğini söylemiştir.
- * Sanık son olarak yargılama sırasında kendisine iddianame okunduktan sonra ikrarda bulunmuştur. İddianame aynen “Emniyet Kuvvetlerince yapılan istihbâri

çalışmalar sonucunda sanığın evinin damında hint keneviri ektiği ve bundan elde ettiği esrarı kullandığı belirlenmiş ve 50 kök hint keneviri zapt edilerek imhası gerçekleştirilmiş olup sanığın müsnet suçları işlediği yolunda deliller elde edilmiş olmakla (...)” denilmektedir.

Görülmektedir ki sanığın ifade, sorgu ve savunmasının alındığı her üç aşamada da hukuk kurallarına uyulmadan yapılan arama sonucu hint kenevirlerinin bulunduğu dair arama zabıtları önüne konulmuştur. Köşeye sıkıştırıldığını hisseden sanık bu baskı altında itirafıta bulunmak zorunda kalmıştır.

Sanığın hissettiği bu baskı ve köşeye sıkışmışlık, CMUK’un 135/a maddesinde sayılan yasak yöntemler arasında bulunmamakla birlikte hukuka aykırı arama ile elde edilen delilden yani arama sonucu bulunan hint kenevirlerinin bulunduğu dair tutanağın kendisine her ifade alınışında gösterilmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece sanıktan, hukuka aykırı elde edilmiş delil sayesinde itiraf delili elde edilmiş, sanığın kendisini suçlaması sağlanmıştır. İtiraf dolaylı yoldan hukuka aykırı olarak elde edilmiştir. CMUK 254/2. maddesi hükmüne göre bu itiraf hükme esas alınmamalıdır. Hukuka uygun olmayan bir şeyin üzerine hukuken uygun bir şey inşa edilemeyeceğini bu durumda son delillerin de değerlendirme dışı kabul edilmesi gerektiğini Prof. Erdener Yurtcan`dan alıntı yaparak belirtmiştik.

Hukuka aykırı olarak sanıktan alınan ifadede veya hukuka aykırı yapılmış bir ev araması sonucunda elde edilen delilden yola çıkılarak başka delillere ulaşılabilir. İşte bu durumda ortada hukuka aykırı delil niteliği taşıyan bir ifade veya arama sonucunda elde edilen bir delil vardır ki bu deliller de yargılamada kullanılamaz. Hukuka aykırı yapılan arama sonucu elde edilen delili yargılamada kullanmamak yeterli değildir. Bu deliller vasıtasıyla elde edilen deliller de hukuka aykırı olduğundan yargılamada kullanılmamalıdır (Dr. Ersan Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, s. 145, 152.).

Bu değerlendirmelerle birlikte olayımıza tekrar döndüğümüzde, sanığın ikrarının hukuka aykırı arama ile elde edilen delile dayanılarak alındığını, dolayısıyla bu ikrarın da hukuka aykırı delil olduğunun ve yargılamada kullanılamayacağını son kez vurgulamak istiyoruz: “Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir.”

Öte yandan bir an için sanığın ikrarının dolaylı yoldan hukuka aykırı olarak elde edilmediğini ve geçerli olduğunu varsaysak bile bu ikrar sanığın mahkûmiyetine yeterli değildir.

Arama ve arama sonucu elde edilen deliller ve buna bağlı tutanaklar hukuka aykırı olarak yapıldığından yok hükmündedir. Olayımızda değerlendirme dışıdır. Sanığın mahkûmiyeti için delil olarak geriye koluğun yaptığı istihbârat ve ikrar kalmaktadır.

Kolluk, sanık hakkında ihbâr geldiğini söylememiş, kendileri tarafından önceden tanınan sanık hakkında istihbârat yaptıklarını bunun sonucu olarak sanığın hint keneviri ektiğini, öğrendiklerini belirtmişlerdir. Bu kolluğun bir iddiasıdır ve bu iddia ile ilgili hiçbir bilgi ve belge evraka eklenmemiştir. Yani sanık hakkında olayın başında mücerret ikrarı destekleyen makul şüphe yoktur. Bu durumda delil olarak değerlendirilebilecek sadece soyut bir ikrar kalmaktadır. İkrarın delil olabilmesi için hâkim huzurunda yapılması şart olmakla birlikte duruşma sırasındaki bu ikrar dahi tek başına delil değeri taşımayabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10.12.1990

gün ve 1990/6-25 E. 335 K, 16.2.1987 gün 6-721 E, 50 K; 2.2.1987 gün ve 314 E.18.K. sayılı kararlarında da belirtildiği gibi bir insanın kendisini suçlu kabul etmesi veya bir başkasının suçunu kabullenmesi olanaklıdır. Bu itibarla duruşmadaki ikrarın başkaca yan delillerle desteklenmesi gereklidir (Dr. Ersan Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, s. 44.).

Hukuka aykırı yolla yapılan arama sonucu elde edilen delil yok sayıldığından maddî konusu (hint kenevirleri) ele geçmeyen olayımızda makul şüphe ile de desteklenmeyen mücerret ikrar sanığın mahkûmiyetine yeterli değildir.

Kaldı ki esrar elde etmek amacı ile hint keneviri ekme suçunda, hint keneviri suçun maddî konusudur. Olayda hukuka aykırılık nedeni ile hint keneviri ele geçmediği gözetildiğinde suçun oluşmadığı sonucuna varılmalıdır. Zira söz konusu bitki elde edilmeden, elde edilse dahi bitkinin hint keneviri olduğu uzman bilirkişi raporu ile saptanmadan suç oluşmamaktadır. Nitekim 2313 sayılı Kanunun 23/2. maddesine göre ele geçirilen hint kenevirlerinin imhası öngörülmekte, ancak bu imhanın Tarım ve Köyşleri Bakanlığı görevlilerinin raporundan sonra yapılabileceği belirtilmektedir.

Dairemiz de geçmişten bu yana uygulamalarında, hint kenevirinin ele geçmesini ve bu konuda uzmanı tarafından bitkinin hint keneviri olduğuna dair raporunu, suçun oluşumu için aramıştır. Olayımızda hukuken geçerli böyle bir rapor da bulunmadığına göre suç oluşmamıştır.

Açıklanan tüm bu nedenlerle Yüksek Kurulun itirazın kabulüne dair kararına katılamamaktayız görüşü ile,

Bir kısım Kurul üyeleri ise; arama kararının hukuka aykırı bulunması nedeniyle arama sonucunda elde edilen maddî delilin hükme esas alınamayacak olması ve sanığın ikrarının da başkaca maddî delille desteklenmemesi karşısında, sanığa yüklenen suçun sabit olmadığı düşüncesiyle, itirazın reddi gerektiği yolunda karşı oy kullanmışlardır.

Sonuç

Açıklanan nedenlerle;

1. Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının KABULÜNE,
2. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 22.06.2005 gün ve 17151-8610 sayılı kararının KALDIRILMASINA,
3. Yerel Mahkeme hükmünün yukarıda açıklanan nedenden dolayı BOZULMASINA,
4. Dosyanın yerine gönderilmek üzere Yargıtay C. Başsavcılığına tevdiine, 29.11.2005 günü oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.
YARGITAY
CEZA GENEL KURULU
E. 2009/7-160
K. 2009/264
T. 17.11.2009

- HUKUKA AYKIRI ARAMA (Elde Edilen Delillerin Türk Ceza Yargılaması Hukuku Sisteminde Dikkate Alınamayacağı - Elde Edilen Maddî Kanıt İle Buna İlişkin Düzenlenen Tutanağın Hükme Esas Alınamayacağı)
- GECİKMEDE SAKINCA BULUNMA HÂLİ (Söz Edebilmek İçin İlgilinin Hâkime Başvurup Karar Aldıktan Sonra Tedbiri Uygulamak İstemesi Hâlinde O Tedbirin Uygulanamaz Duruma Düşmesi ya da Uygulanması Hâlinde Dahı Beklenen Faydayı Vermemesi Söz Konusu Olması Gerektiği)
- HUKUKA AYKIRI BİÇİMDE ELDE EDİLEN KANITLAR (Türk Ceza Yargılaması Hukuku Sisteminde Dikkate Alınamayacağı - Elde Edilen Maddî Kanıt İle Buna İlişkin Düzenlenen Tutanağın Hükme Esas Alınamayacağı)
- ARAMA İŞLEMİ (Yapıldığı Tarihteki Yasal Düzenlemelere Göre Arama Ancak Hâkim Kararıyla Mümkün Olduğu - C. Savcılar İle Onun Yardımcısı Sıfatıyla Emirlerini Yerine Getirmekle Görevli Kolluğun Arama Emri Yetkisi İstisnai Olup Bu Yetkinin Doğması İçin Bir Ön Koşul Olarak Gecikmesinde Sakınca Umulan Hâlin Gerçekleşmesi Gerektiği)

1412/m.97, 254/2

5271/m.119, 217/2

Özet

Soruşturma ve kovuşturma işlemleri, gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan usûl kurallarına uygun olmalıdır. Arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemelere göre, arama ancak hâkim kararıyla mümkündür. Cumhuriyet Savcılar ile onun yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnâi olup, bu yetkinin doğması için bir ön koşul olarak, gecikmesinde sakınca umulan hâlin gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de ilgilinin, hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi hâlinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması hâlinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır.

Hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamayacağından, sanığın işyerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddî kanıt ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, hükme esas alınması olanaksızdır.

Dava

Sanığın 4733 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince 3 yıl hapis ve 459.708.000 TL ağır para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Kadıköy Dördüncü Asliye Ceza Mahkemesince verilen 07.09.2004 gün ve 131-796 sayılı hüküm, sanık müdafî tarafından temyiz edilmekle, Yargıtay C. Başsavcılığının 06.06.2005 günlü yazısıyla 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca iade edilmiş,

Kadıköy Dördüncü Asliye Ceza Mahkemesince 25.10.2005 gün ve 636-932 sayılı ile; yeni yasaların sanık lehine hükümler getirmediği kabul edilerek, hükümdeki ağır para cezasının adli para cezasına dönüştürülmesi ve miktarının da 458 TL olarak belirlenmesi sùretiyle, sanığın yine aynı şekilde cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Sanık müdafî tarafından temyiz edilen bu hüküm ise, dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesince 19.03.2009 gün ve 8913-4357 sayılı ile;

"...K... Y... Caddesi G... Sokak içerisinde 12 sayılı yerin giriş katında sahte rakı imalatı yapan bir şahıs bulunduğuun ihbâr edilmesi üzerine belirtilen adreste yapılan aramada, birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik varil içinde saf alkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş, bunun üzerine sanık hakkında kamu davası açılmış olup, yapılan yargılama sonunda mahkûmiyet hükmü kurulmuştur."

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 gün 2005/7-144 esas 2005/150 sayılı kararında da belirtildiği gibi, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında: 'Kanunun açıkça gösterdiği hâllerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınan merdin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.' denilmektedir."

Yine Anayasanın 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la değişik konut dokunulmazlığı başlıklı 21. maddesine göre "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde 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 hâlde, el koyma kendiliğinden kalkar."

Anayasa'nın 38. maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la eklenen 5. fıkrası da "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez." hükmünü içermektedir.

Olay tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 97. maddesine göre "Aramaya karar vermek salahiyeti hâkimindir. Ancak tehirinde mazarrat umulan hâllerde Cumhuriyet savcıları ve savcılarının muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler.

Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın süknada veya iş görmeğe mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur.

Yukarıdaki fıkrada gösterilen takayyüt 96. maddenin ikinci fıkrasında yazılı "Mahallere şamil değildir." hükmü, anılan Yasanın 254. maddesine 3842 sayılı

Kanun'la eklenen 2. fıkrasında ise *"Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz."* âmir hükmü mevcuttur.

Yine bu konuda arama işlemi sırasında yürürlükte bulunan Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde *"Adlî arama, bir suç işlemek veya buna iştirâk veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin, özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, etrafı çevrili diğer mahallerinde, üzerinde, özel kağıtlarında, eşyasında, aracında Ceza Muhâkemeleri Usûlû Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir."* kuralı, aynı Yönetmeliğin 7. maddesinde ise *"Adlî aramaya karar vermek yetkisi hâkimindir. Kolluk, arama kararı alınması için makul şüphe sebeplerini belirten ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet Savcısına başvurur. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri veya bu emrin alınamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları, eşyası ve aracı aranamaz, konutuna girilemez ve buradaki eşyaya el konulamaz. Cumhuriyet Başsavcılıklarınca, arama ile ilgili kararları vermek üzere, yirmidört saat süreyle bir nöbetçi Cumhuriyet Savcısı görevlendirilir. Yetkili merciin yazılı emri yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, el koyma kendiliğinden kalkar."* hükümleri yer almaktadır.

Yine suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasının VIII. bendinde *"Ceza Muhâkemeleri Usûlû Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tespiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için, (...) yetkili âmir tarafından verilecek sözlü emirler derhâl yerine getirilir;"* anılan Yasa'nın 9. maddesinin 2. fıkrasında ise *"Polis, kamu düzenini ve anayasal hak ve özgürlükleri korumak bakımından zorunlu ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, il sınırları içinde valinin, ilçe sınırları içinde kaymakamın, somut olay ve gereksinimler için her seferinde yeniden vereceği emirle: (...) sayılan eylemlerle ilgili kişileri ele geçirmek amacıyla, kişilerin üstlerini, araçlarını ve eşyasını arar, suç unsuru gördüklerine el koyar, evrakıyla birlikte adalete teslim eder."*

Vali ve kaymakamın arama ve el koymaya ilişkin emri yazıyla verilir. İvedi durumlarda sözlü olarak verilen emrin en kısa zamanda yazı ile doğrulanacağı" hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi 2559 sayılı PVSK'nın anılan 9. maddesinin henüz 03.10.2001 tarihli Anayasa değişikliğine paralel olarak 4771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki hâliyle bile *"suç delillerinin tespiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için, maddede tek tek sayılan yer ve şartlarda, vali veya kaymakamın yazılı emri ile ivedi durumlarda sözlü olarak verilen emrin en kısa zamanda yazı ile doğrulanması şartıyla polisin, ancak kişilerin üstlerini, araçlarını ve eşyasını arayabileceği"* düzenlenmiştir.

Kaldı ki 2559 sayılı PVSK'nın anılan 9. maddesi de 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun'la değiştirilerek Anayasa'nın 21 ve CMUK'nın 97. maddeleriyle uyumlu hâle getirilmiştir.

Hukuk devleti, Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurguladığı gibi

bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu bağlamda devlet; vatandaşına her an gözetimine alınabileceği, sorgulanabileceği, evinde, işyerinde arama yapılabileceği endişesini yaşatmamalıdır. Aksine, güvenlik içerisinde özgür ve onurlu bir yaşam sunmayı amaçlamalıdır (7. C.D. 20.06.2005 gün /e 2003/3539 E-2005/8098 sayılı kararı).

Buna göre somut olay değerlendirildiğinde; alınan ihbâr üzerine suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 97. maddesi uyarınca hâkimden alınacak arama kararı ile ya da gecikmesinde sakınca varsa bu husus belirtilerek yetkili merciin yazılı veya sözlü arama emri He sanığın işyerinde (deposunda) arama yapılması gerekirken, üçe merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu da belirtilmeden, hâkim kararı da olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen delile dayanılarak sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi,

Kabule göre de;

Ele geçirilen maddelerin sahte rakı olup olmadığı kimyasal yönden araştırılıp bilirkişi raporu alınmadan sadece zabıt mümzilerinin beyanına dayanılarak eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi (...) isabetsizliklerinden oyçokluğuyla bozulmuştur.

Daire Üyesi Orhan Koçak:

"Sanığın haklarının ihlal edilmesi hâlinde, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılarak sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada delil olarak kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır.

İnsan haklarını korumak amacıyla yasaya konulan kanuna aykırı elde edilen delillerin, delil olarak kabul edilemeyeceği hükmü hukuk devleti ilkesinin diğer iki unsuru olan adaleti ve hukukî güvenliği gerçekleştirmeyi engellememelidir. Doktrin (Bahri Öztürk, Yenisey, Delil Yasakları, sh. 44-45) ve Yargıtay Genel Kurul Kararları (15.03.2005 gün ve 2005/10-15/29, 26.06.2007 gün ve 2007/7-147/159 sayılı kararları) ve İnsan Hakları Mahkemesi kararları da bu doğrultuda görüş belirtiyor. İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uyma zorunluluğu milletlerarası anlaşmalarla kabul edildiğinden Anayasanın 90/son fıkrası uyarınca da bu kurallar en üstün kural olduğundan İnsan Hakları Mahkemesinin kabul ettiği Orantılılık ilkesini gözetmek zorundayız.

Somut olayımızda da güvenlik görevlilerinin depoda yaptığı arama sonucu sahte rakı imalatı ile ilgili aletler ve alkol ele geçmiştir. Yapılan aramalardaki usûlsüzlük He sanığın hakları mı daha çok ihlal ediliyor, yoksa ürettiği sahte rakılarla birçok insanın ölmesine sebebiyet vererek toplumsal zarar mı daha çok ihlal edilmiş oluyor? Yaşam hakkı, konut dokunulmazlığından daha üstün bir hak olduğundan, o hak lehine karar verilerek ele geçen deliller delil olarak değerlendirilmelidir. Kaldı ki sanığın arama yapılırken birtakım haklarının ihlal edildiğine ilişkin bir yakınması da olmamıştır.

Kabule göre yapılan bozma da yerinde değildir. Zira işyerinde aletler, boş rakı şişeleri ve bol miktarda alkol yakalanmıştır.

İzah edilen nedenlerle sayın çoğunluğun bozma düşüncelerine katılmıyorum. Sanığın ifadesinde depo sahibi olarak belirtildiği Cengiz dinlenilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiği”

görüşüyle karşı oy kullanmıştır.

Yargıtay C.Başsavcılığı’nca 29.06.2009 gün ve 221255 sayı ile; “(...) İstanbul K... K... Y... 12 sayılı yerin giriş katında sahte rakı imal eden bir şahsın bulunduğu” ihbarı üzerine “bu yerin polis tarafından gözetlendiği, bu sırada içeriye giren şahsın bir saat kadar kaldığı ve çıkmadığı anlaşıncı kapı ziline polis tarafından çalındığı ve kapıyı sanığın açtığına içeriden kuvvetli bir şekilde alkol kokusunun geldiği, aramada sahte rakı imalatına yarayan eşyalar, imalde kullanılan alkol, boş rakı şişeleri bulunması sonucunda tutanak tanzim edildiği, ay m gün poliste alınan ifadesinde kendisinin nakliye işi yaptığını, daha önceleri bir defa sahte rakı pazarlamak, üç defa sahte rakı imal etmek ve piyasaya sürmek suçlarından yakalandığını, bulunduğu yerin şu anda cezaevinde olan Cengiz isimli şahsa ait olduğunu, bu şahsın burada sahte rakı imal ettiği, kendisinin de talebi hâlinde birahaneler önünden toplamış olduğu boş şişeleri buraya aracıyla taşımaması yaptığını, olay günü de daha önceden bu şahsa bırakmış olduğu bidonları almaya geldiğini, bu esnada görevlilerce yakalandığını”; savcılık ifadesinde ise “Su pazarladığını, olay yerine su bıraktığını, o sırada polislerin geldiğini”; duruşmada ise “Su pazarlamacılığı yaptığını, Cengiz’e su verdiğini, boş su bidonlarını almaya geldiğinde tesadüfen polislerin geldiğini” ifade etmiştir.

Yapılan araştırmada Cengiz diye bir kişinin, sanığın belirttiği cezaevinde tutuklu bulunmadığı anlaşılmıştır.

Adli sicil kayıtlarının incelemesinde sanığın sahte rakı bulundurmak suçundan ceza kararnamesi ile cezalandırıldığı, polis kayıtlarında ise, sahte rakı pazarlamak, sahte rakı imal edip piyasaya sürmek suçlarından giriş kayıtları olduğu tespit edilmiştir.

Sanık beyanları ve olay tutanakları incelendiğinde; sanığın bir anahtar olmadan depoya girmesinin mümkün olmadığı düşünüldüğünde, maddî olaya göre olay tutanağı ve olay yerine gelindiğinde şahsın içeriye girdiği, bir saat çıkmayınca kapı ziline polis tarafından çalınması sonucu kapıyı açtığı ve ilk ifadesinde boş şişeleri taşıdığını da belirtmesi, ifadesinde bahsi geçen Cengiz isimli şahsın bulunmadığı da dikkate alındığında sanığın tevilli ikrarının bulunduğu kabul edilmelidir.

Bu itibarla olay yerinde bulunan depoda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonunda ele geçirilen delilin hükme esas alınmayacağı konusunda Yargıtay Özel Dairesi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında görüş farklılığı bulunmadığı, ancak hukuka aykırı aramada elde edilen maddî delil dışındaki diğer delillerin, yani telefon ihbârı ile sanığın tevilli ikrarının somut olayda mahkûmiyet için yeterli olup olmadığının Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 144-150 esas karar sayılı ilamı ışığında tartışılması gerekmektedir.

Sanığın tevilli ikrarı özgür idaresine dayalıdır. Beyanının ciddiyetini ve doğacak sonuçlarını bilmektedir, tevilli ikrarı diğer delillerle ve emarelerle desteklenmektedir.

Sanığın tevilli ikrarının delil değeri evvelce sahte rakı imalinden mahkûmiyetinin ve yakalanmasının bulunması ve depoya kendinde mevcut bulunan anahtarla girmesi, zili çalan polisleri kapıyı kendisinin açması, içerideki rakı imalinde kullanılan aletlere,

şiddetli alkol kokusunu görmemesi ve bilmemesinin mümkün olmaması nedenleri ile delil değeri taşımaktadır.

Bu tespitler birlikte değerlendirildiğinde, ihbâr üzerine başlatılan soruşturma sürecinde sanığın ihbârla uyumlu tevilli ikrarı karşısında sanığın "sahte rakı imal etmek suçunun sübuta erdiği anlaşılmıştır" gerekçeleriyle itiraz yasa yoluna başvurulmuş, Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 19.03.2009 tarih ve 8913-4357 sayılı kararının kaldırılarak yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmesi talep olunmuştur.

Dosya, Yargıtay 1. Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Karar

Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, hukuka aykırı aramada elde edilen maddî kanıtlar dışındaki diğer kanıtların mahkûmiyet için yeterli olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

Yerel mahkemece, sanığın sahte rakı imal etmek suçunun sabit olduğu kabul edilerek, cezalandırılmasına karar verilmiş, Özel Dairece "hüküm hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen kanıta dayanılarak sanığın mahkûmiyetine karar verilmesinin isabetsiz olduğu, kabule göre de ele geçirilen maddelerin sahte rakı olup olmadığının kimyasal yönden araştırılıp bilirkişi raporu alınmadan sadece zabıt müzmizlerinin beyanına dayanılarak eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi" isabetsizliklerinden oyçokluğuyla bozulmuştur.

Yargıtay C. Başsavcılığınca arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonunda ele geçirilen kanıtın hükme esas alınmayacağı kabul edilmekle birlikte, ihbâr üzerine başlatılan soruşturma sürecinde sanığın ihbârla uyumlu tevilli ikrarı karşısında sanığın sahte rakı imal etmek suçunun sübuta erdiği, gerekçeleriyle itiraz yasa yoluna başvurulmuştur.

Esas itibarıyla, soruşturma ve kovuşturma işlemleri, gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan usûl kurallarına uygun olmalıdır. Bu bakımdan, somut olaydaki aramanın hukuka uygun olup olmadığı hususu, işlemin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümler gözetilmek sûretiyle saptanmalıdır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte bulunan ikinci fıkrasında, *"Kanunun açıkça gösterdiği hâllerde, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz."* denilmektedir.

Yine arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu'nun 97. maddesinde, *"Aramaya karar vermek salâhiyeti hâkimindir. Ancak tehirinde mazarrat umulan hâllerde Cumhuriyet savcıları ve savcılarının muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler."* hükmü yer almaktadır.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyetleri Kanunu'nun arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 2. maddesinde ise; Ceza Muhâkemeleri Usûlü

Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tespiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için, yetkili âmir tarafından verilecek sözlü emirlerin derhâl yerine getirileceği belirtilmektedir. Ancak gecikmede sakınca bulunması nedeniyle kolluğun arama yetkisinin doğması hâlinde yapılacak uygulamaya ilişkin olan bu hüküm, 1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu'nun, aramanın koşulları ile yöntemini düzenleyen ve arama kararı veya emri vermeye yetkili mercileri belirleyen hükümlerini ortadan kaldıran veya değiştiren bir düzenleme niteliğinde kabul edilemez.

Arama işlemi sırasında yürürlükte bulunan Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde, *"Adlî arama, bir suç işlemek veya buna iştirâk veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin, özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, etrafı çevrili diğer mahallerinde, üzerinde, özel kağıtlarında, eşyasında, aracında Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir."* şeklinde tanımlanmış, adlî aramalara karar ve emir verme yetkisi başlıklı Yönetmeliğin 7. maddesinde ise, *"Adlî aramaya karar vermek yetkisi hâkimindir. Kolluk, arama kararı alınması için makul şüphe sebeplerini belirten ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet Savcısına başvurur. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri veya bu emrin alınamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları, eşyası ve aracı aranamaz, konutuna girilemez ve buradaki eşyaya el konulamaz. Cumhuriyet Başsavcılıklarınca, arama ile ilgili kararları vermek üzere, yirmi dört saat süreyle bir nöbetçi Cumhuriyet Savcısı görevlendirilir. Yetkili merciin yazılı emri yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, el koyma kendiliğinden kalkar."* hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi, arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemelere göre, arama ancak hâkim kararıyla mümkündür. C. savcıları ile onun yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnâî olup, bu yetkinin doğması için bir ön koşul olarak, gecikmesinde sakınca umulan hâlin gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de, ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi hâlinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması hâlinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır.

Somut olayda şüphelinin işyeri olduğu iddia edilen yerde, sahte rakı imal edildiğinin ihbârı üzerine, hâkim kararı alınmaksızın, yapılan aramada birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik varil içinde saf alkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş ise de, düzenlenen tutanakta gecikmede sakınca olduğuna ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içeriğinde de, gerçekleştirilen arama için hâkim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnâî yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Somut olaydaki hukuka aykırılığı bu şekilde saptadıktan sonra, hukuka aykırı biçimde elde edilen kanıtın ceza yargılamasında kullanılıp kullanılamayacağı sorununı inceleyecek olursak;

Ceza yargılaması hukukumuzda delillerle ilgili geçerli ilke, "delil serbestisi" prensibidir. Bu nedenle, ceza yargılaması hukukunda, medeni yargılama hukukundan farklı olarak, her şey kanıt olarak kabul edilebilmektedir. Öte yandan, 1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu'nun 254. maddesinin birinci fıkrasında, *"Mahkeme irat ve ikame edilen delilleri, duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder."* denilmekle, yargılama sürecinde sunulan ve toplanan kanıtlardan çıkarım yapılması yargıçların takdirine bırakılmıştır. Ancak hem "delil serbestisi" hem de "delillerin yargıçların kanaatine göre takdir edilmesi" ilkelerinin belli sınırları bulunmaktadır. Bunlardan biri de, mahkemenin, ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabilecek olmasıdır. Başka bir deyişle, hukuk düzeninin yasakladığı yöntemlerle toplanan kanıtlar mahkemece dikkate alınamazlar. Temel hak ve hürriyetlere yasadışı müdâhale sûretiyle elde edilen delillerin davalarda hükme esas alınmasının hukuka aykırı sayılması ise, çağdaş hukuk sistemlerinin bazılarında yargısal ilkeler, kimilerinde de pozitif hukuk normları sayesinde mümkün olabilmektedir.

Bu konuda mukayeseli hukuk incelendiğinde ana hatlarıyla iki eğilim veya sistem göze çarpmaktadır.

Bunlardan ilki, Anglo-Amerikan ceza adalet sistemi olup, bu sistemde, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtlar, hukuka aykırılığın boyutuna bakılmaksızın değerlendirme yasağı kapsamındadır. Mutlak değerlendirme yasağının benimsendiği bu sistemde, hukuka aykırılığın boyutu ile herhangi bir temel hak veya özgürlüğü zedeleyip zedelediği önemli olmadığı gibi, delil elde edilirken, yapılan hukuka aykırılık nedeniyle sanığın hangi hakkının ihlal edildiği ile de ilgilenilmez. Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş bir kanıt varsa, artık o kanıt kullanılamaz. Bu sisteme yöneltilen en büyük eleştiri, kolluğu disipline etmeyi amaçlayan bu uygulamanın, adalet sistemini kilitleyebileceği ve toplumun adalet duygusunu inciten sonuçların ortaya çıkmasına yol açabileceğidir.

İkinci sistem ise, nisbi değerlendirme yasağını öngören ve Kara Avrupasında egemen olan sistemdir. Bu sistemde, ihlal edilen kuralın koruduğu hukukî değerden yola çıkılmak sûretiyle, yalnızca temel haklar ihlal edilerek elde edilen kanıtların değerlendirilemeyeceği, yasanın mutlak aykırılık olarak öngördüğü ihlaller dışındaki aykırılıkların ise yasak kapsamında bulunup bulunmadığının, her somut olayda hâkim tarafından değerlendirileceği kabul edilmektedir.

Bu konuda birçok teori ileri sürülmüş, bu teorik yaklaşımlar, hakların dengelenmesi, hakların karşılaştırılması, değerlerin tartımı şeklinde adlandırılmıştır. Kara Avrupası sisteminde, korunan değerler ile ihlal edilen değerlerin birbiriyle kıyaslanması sûretiyle gerçeği bulmadaki toplumsal çıkar ile ihlal edilen yargılama kuralının etkilediği hak veya yarar karşılaştırılarak, bu kanıtın hükme esas alınıp alınamayacağı belirlenmesi gerektiği yaklaşımı baskın görüş olarak kabul edilmiştir." (Centel/Zafer, Ceza Muhâkemesi, 6. Baskı, Sh. 654 vd.)

Bu konuyla ilgili olarak ülkemizdeki duruma gelince;

Duraksamadan belirtmek gerekir ki, 1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü

Kanunu ile getirilen yargılama sisteminde eskiden bu yana pozitif hukuk normu olarak bazı kanıt yasakları da mevcuttur. Tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkını kullanmış bulunanların önceden verdikleri ifadelerin duruşmada okunamayacağı (CYUY m. 47 vd., 245), dolayısıyla bu açıklamaların yapılmamış varsayılması gerektiği ve kararda bunlara dayanılamayacağı yolundaki ilke bunlardan biridir. Ancak bu münferit hükümlere karşın, 1992 yılına kadar kanıt yasakları konusu CYUY’de genel bir ilke biçiminde düzenlenmemiştir. Konuyu düzenleyen açık bir pozitif hukuk normu mevcut olmadığından, bu tarihten önceki süreçte mahkemeler, içtihadı ilkelerle hukuka aykırı kanıtlar konusunda çözüm geliştirmişlerdir. Örneğin; Askerî Yargıtay 2. Dairesi 26.04.1973 tarihli bir kararında “(...) Kanuna, ahlaka ve genel adaba aykırı sûrette toplanan delilleri, hâkim, telakki etmekten kaçınmak zorundadır.” görüşüne yer vermiştir.

Ancak, 1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Yasasında 18.11.1992 gün ve 3842 sayılı Yasa ile değişiklik yapılarak Yasaya iki önemli hüküm eklenmiştir. Bunlardan ilki, Yasanın 135/a maddesidir. Yasanın 135. maddesinde ifade alma ve sorguya çekmenin yöntemi düzenlenmiş, 135/a maddesinde ise, ifade ve açıklamaların özgür iradeye dayanması gerektiği belirtildikten sonra, bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedenî veya ruhi müdâhalelerin yapılamayacağı, yasaya aykırı menfaat vaat edilemeyeceği belirtilerek, bu ve benzeri uygulamalar yasak sorgu yöntemleri olarak sayılmış, ayrıca ‘bu yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği’ hükme bağlanmıştır. Konumuzu ilgilendiren asıl değişiklik ise CYUY’nin 254. maddesine eklenen ikinci fıkradaki; ‘Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz.’ emredici kuralıdır. Delil yasakları ile ilgili genel ve kapsayıcı nitelikteki bu ilke uyarınca, hükme esas alınması mümkün bulunmayan deliller, ‘hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller’dir. Nitekim, Ceza Genel Kurulunun 08.04.2003 gün ve 30-98 sayılı kararında; suç örgütü ile ilgili soruşturmada telefon konuşmalarının hâkim kararı olmaksızın dinlendiği ve kayda alındığına işaret edilmek sûretiyle, “(...) 1412 sayılı CYUY’nin 254. maddesinin açık hükmü uyarınca, hukuka uygun olarak elde edildiği saptanamayan bu ses kayıtlarının kanıt olarak hükme esas alınamayacağı” belirtilmiştir.

Öğretide de,

Centel/Zafer; “1412 sayılı Yasa’da, delil ayrımı yapılmaksızın ve hukuka aykırılığın boyutuna bakılmaksızın, tüm hukuka aykırı delillerin, değerlendirme dışı bırakılması emredilmiştir. O hâlde yasa koyucu Anglo-Amerikan sistemini benimseyerek, tüm hukuka aykırı deliller için mutlak bir değerlendirme yasağı kabul etmeyi tercih etmiştir.” şeklindeki açıklamalarla, 1412 sayılı CYUY’nin 254/2. maddesinde mutlak değerlendirme yasağının öngörüldüğünü belirtmişlerdir (CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide; Ceza Muhâkemesi Hukuku, 6. Basi, sh. 697 vd.).

Aynı şekilde Çınar; “(...) bunun anlamı hiçbir biçimde hukuka aykırı kanıtın hükme etki edemeyeceği, yok sayılacağıdır. Hukuka aykırı kanıtların dolaylı ya da bir başka deyişle uzak etkisi de kabul edilemez. Yani zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur, çünkü CYUY’nin 254/2. maddesi, hukuka aykırı kanıtlar ve bu kanıtlar aracılığıyla elde edilen diğer kanıtlar ayrımı yapmadan hepsini hukuka aykırı kanıtlar kapsamına alarak bunların yargılamada değerlendirilemeyeceğini öngörmüştür.” (ÇINAR/A.Rıza; “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, TBB Dergisi, S. 55, sh. 41 vd.)

Konuyla ilgili açıklamalarda bulunan Öztürk ise; “Anglo-Amerikan Hukukunda zehirli ağacın meyveleri olarak anılan delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi tartışmalı bir konudur, konu Almanya’da da tartışmalıdır. Eski CMK 254’e 3842 sayılı Kanun’la ithâl edilen ve ‘hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağını’ mutlak bir şekilde öngören düzenleme karşısında delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi meselesi Türk Ceza Muhâkemesi Hukuku bakımından da hâll edilmiş, yeni CMK m. 277/2 de bu kanaati büsbütün pekiştirmektedir.” şeklindeki açıklamalarla, delil yasaklarının kapsamını belirtmişler (ÖZTÜRK, Bahri; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhâkemesi Hukuku, sh. 373.).

İçel-Yenisay de, 3842 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle hukuka aykırı delil kavramının getirildiğini, yasa koyucunun bu hükümle, Kıta Avrupası hukuk sisteminin içine Anglo-Amerikan hukuk sistemine ait bazı öğeleri yerleştirdiğini ifade etmişlerdir (İÇEL, Kayılan/YENİSEY, Feridun; Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Baskı, sh. 1133.).

Öte yandan, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu’nun 148. maddesinde de ifade alma ve sorgudaki yasak usûller örnekseme yoluyla ve sayılanlarla sınırlı olmayacak biçimde gösterilmiş, ayrıca önceki yasal düzenlemeye benzer biçimde, “yasak usûllerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği” hükme bağlanmıştır. Keza 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde; “ortaya konulmak istenen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması hâlinde reddolunacağı” ifade edilmiş; 217. maddenin ikinci fıkrasında ise, “yüklenen suçun, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği” belirtilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, hukuka uygun olarak elde edilmeyen deliller, yeni ceza yargılama sistemimizde de ispat aracı olarak kabul edilmemiştir. Kaldı ki, 230. maddenin birinci fıkrası uyarınca, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi de zorunludur.

“Yasa dışılıktan” daha geniş bir içeriğe sahip olan “hukuka aykırılık kavramı”nın çerçevesi ve kapsamı saptanırken, gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığı gözetilmeli ve aykırılığın varlığı hâlinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir. Bu kavram, Anayasa Mahkemesinin 22.06.2001 gün ve 2-2 sayılı kararında da benzer biçimde tanımlanmıştır.

Sözü edilen kararda, “Hukuka aykırılık en başta millî hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde Anayasaya, usûlüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır.”

Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukukî bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa

Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasa koyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (Örneğin bk.: E 1985/31 K. 1986/1, KT 17.03.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 22, s. 115.). Anayasa Mahkemesinin bu görüşleri çerçevesinde, *“Hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasanın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir.”* denilmektedir.

Açıklanan pozitif hukuk normları ve uygulamayı yansıtan yargısal kararlar karşısında belirtmek gerekir ki; “hukuka aykırı biçimde” elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamaz.

Bu itibarla, sanığın işyerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddî kanıt ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmasında isabet bulunmamaktadır.

Esasen somut olayda, aramanın hukuka aykırı olduğu ve arama sonucunda elde edilen kanıtın hükme esas alınamayacağı hususunda Yargıtay Özel Dairesi ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasında da bir görüş farklılığı söz konusu değildir. Çözümü gereken uyumsuzluk, hukuka aykırı aramada elde edilen maddî kanıt dışındaki diğer kanıtların, bu bağlamda hakkındaki ihbâr ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkûmiyet için yeterli olup olmadığı hususunda toplanmaktadır.

Amacı isnada konu maddî gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza yargılamasında, somut olaya münhasır delillerden biri de “beyan” delilidir. Beyan, tanığa, sanığa veya sanığın dışındaki taraflardan birine ait olabilir. Sanığın isnat bakımından önemli görülen olayları beyanıyla kabul etmesi şeklinde tanımlanabilecek olan ikrar; eylem hakkında en çok bilgisi bulunanın beyanı olması, soruşturmayı esaslı sûrette kolaylaştırması, özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun olduğunun saptanması hâlinde yargıcın vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması itibarıyla önemli bir sübut vasıtasıdır.

“1412 sayılı Ceza Muhâkemeleri Usûlü Kanunu’nda öngörülen sistemde, ikrarın delil oluşturmaları bakımından, hâkim huzurunda olup olmaması arasında fark öngörülüş ve bunlardan sadece hâkim huzurunda yapılanına kanıt değeri tanınmıştır (CYUY’nin m. 247).

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu’nun 213. maddesinde ise; sanığın hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcıları tarafından alınan ifadelerin duruşmada okunabilmesi kabul edilerek, savcı tarafından alınan ifadelere de delil olma değeri tanınmıştır. Buna karşılık, şüphelinin kollukça alınan ifadesine ilişkin tutanağın duruşmada okunabilmesi için, kollukta ifade alındığı sırada müdafin hazır bulunması koşulu aranmıştır. Görüldüğü gibi, her iki yasal düzenlemede de, hâkim önündeki ikrarın kanıt değeri kabul edilmiştir.

Ancak vicdani kanıt sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda, özgür iradeye dayalı olan ikrarın da, dosyada varlığını koruyan diğer tüm kanıtlar gibi yargıç tarafından serbestçe takdir edilip değerlendirilmesi gerekecektir.

Gerçekten de, bir kimsenin suçlu olmadığı hâlde kendisini suçlu sayması

veya bir başkasının suçunu kabullenmesi mümkündür. O hâlde, ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, kuşkudan arınmışlığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da gözönünde bulundurulmak sûretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir.

İncelenen dosyada;

Polis memuru H.Hâluk tarafından 07.02.2004 günü saat 10.00'da düzenlenen ihbâr tutanağına göre; "İstanbul K... K... Y... 12 sayılı yerin giriş katında sahte rakı imal eden bir şahsın bulunduğu"nın ismini vermeyen bir şahıs tarafından ihbâr edilmesi üzerine; bu yerin polis tarafından gözetlendiği, içeriye giren şahsın bir saat kadar içeride kalıp, dışarı çıkmaması üzerine, kapı zili polis tarafından çalındığı, sanık tarafından kapı açıldığında içeriden kuvvetli bir şekilde alkol kokusunun gelmesi nedeniyle, yapılan aramada, çok sayıda paket hâline gelmiş boş rakı ve votka şişeleri, rakı kapakları, içinde alkol bulunan yüksek bir yere monte edilmiş iki adet varil, şişe kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş, 07.02.2004 günü saat 18.15'de düzenlenen olay yakalama ve zaptetme tutanağı, polis memurları ve yakalanan sanık Eyyüp tarafından imzalanmıştır.

Sanık Eyyüp 08.02.2004 tarihinde kollukta alınan beyanında; nakliye işi yaptığını, daha önceleri, bir defa kaçak sigara, iki defa ruhsatsız tabanca bulundurmak, bir defa sahte rakı pazarlamak, üç defa sahte rakı imal etmek ve piyasaya sürmekten yakalandığını, bulunduğu yerin şu anda cezaevinde olan Cengiz isimli şahsa ait olduğunu, bu şahsın burada sahte rakı imal ettiğini, kendisinin de talebi hâlinde birahaneler önünden toplamış olduğu boş şişeleri buraya aracıyla taşımaması yaptığını, rakı imal edip satmadığını, olay günü de daha önceden bu şahsa bırakmış olduğu bidonları almaya geldiğini, bu esnada görevlilerce yakalandığını, Cengiz'in iki ay kadar önce Kayışdağı'nda oturduğunu, Bayrampaşa'da bilmediği bir yere taşındığını, bu şahsın Bayrampaşa cezaevinde yattığını duyduğunu söylemiş,

Yapılan araştırmada Cengiz isimli bir kişinin, sanığın belirttiği cezaevinde tutuklu bulunmadığı, ayrıca cezaevine giriş-çıkış kaydının da olmadığı anlaşılmıştır.

Sanık, C. Savcılığın da müdafisi hazır olduğu hâlde 08.02.2004 tarihli savunmasında; su pazarladığını, Cengiz'in evine beş bidon su götürdüğünü, kendisinin evde olmadığını bilmediğini, olay yerine beş bidon su bıraktığını, o sırada polislerin geldiğini, rakı imalatı ile ilgisinin olmadığını savunmuş,

Duruşmada ise; su pazarlamacılığı yaptığını, Cengiz'e su verdiğini, boş su bidonlarını almaya geldiğinde tesadüfen polislerin geldiğini, olayla ilgisinin olmadığını beyan etmiştir.

Tanık Vedat, duruşmada alınan beyanında; "Olay tarihinde bahse konu yerde rakı imalatı yapıldığını ihbâr etmişlerdi. Zaman zaman buraya gelip baktığımızda, binanın birinci kat olduğu, demir parmaklıkları bulunduğu, camlarının boyanması

nedeniyle içerisinde görünmediği ancak rakı kokusunun geldiği tarafımızdan saptanmıştı. Bu nedenle olay günü tekrar baskın yaptık, içeriden sesler geliyordu, kapının zilini çaldık, içeriden sanık çıktı, boş şişeleri biraraya istiflemiş, alkol, su karışımını büyük bir varile biriktirmiş, depolamış, doluma hazır şekilde yakaladık, tek başına idi. Sorduğumuzda söylemedi ancak kendisi aynı suçtan sabıkalı idi. İşyeri adı geçen kişi tarafından kiralanmış, rakı imal yeridir. Su satmak için gelmesi söz konusu olamaz, içeriden çıktı.” demiştir.

Sanığın, kaçak sigara bulundurmaktan 1918 sayılı Yasaya muhâlefet iddiasıyla, sahte rakı pazarlamak, yasak tabanca taşımak, iki kez sahte rakı imal edip piyasaya sürmek sûretiyle dolandırıcılık yaptığı iddiasıyla emniyete geliş kaydının olduğu ayrıca sahte rakı satışa sunmaktan, İzmir Üçüncü Sulh Ceza Mahkemesince 06.06.2002 gün ve 827-734 sayılı ceza kararnamesi ile 4128 sayılı Yasanın 18/A-k maddesi uyarınca 436.208.198 TL ağır para cezasına mahkûm edildiği, 1918 sayılı Yasaya aykırılık suçundan hakkında açılmış bulunan kamu davasının ise 4616 sayılı Yasa hükümleri gereğince Kadıköy İkinci Ağır Ceza Mahkemesince ertelenmesine karar verildiği saptanmıştır.

Görüldüğü gibi, dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların değerlendirme dışı tutulması hâlinde, sanığın cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar C. Başsavcılığı’nca, ihbâr tutanağı ve sanığın ikrarı ile suçun sabit olduğu ileri sürülmüş ise de, ihbâr sonucu elde edilen kanıtlara itibar edilemeyeceğinden, ihbârın da bu anlamda bir kanıt değeri bulunmayacaktır. Diğer yönden, dosyada sanığa ait bir ikrar bulunmadığı gibi, bir an için sanığın ikrarının olduğu kabul edilse dahi maddî kanıtlarla desteklenmeyen ve özgür irade ürünü olmayan bu ikrara da dayanılması mümkün değildir.

Bu itibarla Yargıtay, C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyesi Orhan Koçak;

“Usûlüne uygun olmayan bir arama ite kaçak rakı imaline ait depo aranmış, rakı imal aletleri, şişeler ve bol miktarda alkol bulunmuş, sanık usûlüne uygun olarak alınan karakol ifadesinde suçu ikrar etmiş ancak daha sonraki aşamalarda inkar yolunu seçmiştir.”

Çoğunluk ile muhâlefet arasındaki uyuşmazlık, bu delillerle sanığın mahkûmiyetine karar verilip verilemeyeceğine ilişkindir.

Arama kararının usûlüne uygun olmadığı tarafımızdan da kabul edilmektedir.

Ancak;

Anayasa’nın 90 /son fıkrası *“Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Antlaşmalarda kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Antlaşma hükümleri esas alınır.”* hükmünü içermesi karşısında yasalarda hukuka aykırı delillerin nazara alınmayacağı öngörülmüş olsa da İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararında görüleceği üzere Orantılılık kriteri nazara alınmalıdır.

Orantılılık (denge) kriterine göre hukuka aykırı delilin dikkate alınması hâlinde sanığın kişisel hakkı mı, yoksa toplum mu daha çok zarar görecektir, karşılaştırılması yapılmalı, hukuka aykırı delilin dikkate alınması hâlinde sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise yargılamada kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışında tutulmalıdır. Kaçak rakıdan dolayı kaç kişinin öldüğü, gözünün kör olduğu hepimizin malumudur. *"CEZASIZ KALAN SUÇLARIN YENİ SUÇLULAR YARATACAĞI HUSUSU, HUKUKUN TEMEL İLKELERİNDENDİR."* İnsan haklarının korunması amacıyla konulan yasa hükümleri *"HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN DİĞER İKİ UNSURU OLAN ADALETİ VE HUKUKİ GÜVENLİĞİ GERÇEKLEŞTİRMEYİ ENGELLEMELİDİR."* Düşünün ki usûlsüz arama sonucu sanığın evinde ceset bulunup bunu delil değerlendirmesinde dikkate almayarak sanığın beraatine karar verildiğinde nasıl adalet sağlanacaktır? Bu tür uygulamalar *"TAŞLARIN BAĞLANIP KÖPEKLERİN SOKAĞA SALINMASINA"* sebebiyet verecek ve yeni suçlular yaratacaktır. Bu durumda toplumda düzen nasıl sağlanacak? İzah edilen sakıncaların giderilmesinin çözümü için hukuka aykırı delilin kullanılmasında İnsan Hakları Mahkemesi'nin benimsediği Orantılılık kriterini benimsemek ve yasa koyucuları tarafından da hukuka aykırı işlem yapanlar için ağır cezalar getirmek gerektiği düşüncesindeyim.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 15.03.2005 tarih ve 2005/10-15-29 sayılı oybirliğiyle alınan kararında açıkça *"Kanunlarımızda yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen deliller dışında kalan diğer hukuka aykırı deliller için genel bir değerlendirme yasağı getirilmiştir. Ancak bu hüküm, delilin elde edilmesindeki her türlü hukuka aykırılığın, o delilin değerlendirme kapsamı dışında tutulmasını gerektireceği biçimde yorumlanmamalıdır. Nitekim doktrinde de, elde edilen delillerin basit hukuka aykırılıklar nedeniyle değerlendirme dışında tutulmasının, haksız beraat kararlarının verilmesine ve yargılamanın kilitlenmesine neden olabileceği ifade edilmiştir (Bahri Öztürk, Yenisey, Delil Yasakları, Ankara, 1995, s. 44-45). O hâlde, anılan hükmün uygulanmasında yargıcın takdir yetkisini kullanabilmesi mümkündür. Yargıç, yasaklanmış deliller dışında, takdir yetkisini kullanıp değerlendirme yaparken, delil elde edilmesi faaliyeti sırasında ihlal edilen kurallar nedeniyle sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğine bakmalı, sanığın haklarının ihlal edilmediği hâllerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilleri yargılamada kullanabilmelidir. Sanığın haklarının ihlal edilmesi ise, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılmalıdır. Sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır, denmesine; sanığın ikrarına havi ifadede de; usûle aykırı bir durum olmamasına, olayın sıcaklığı ile alınmış, oluğa uygun bir ifade olmasına, ayrıca sanık hakkında daha önce iki kez kaçak rakı imalinden dolayı işlem yapılması, depoyu sanığın gelip açması ve arama sonucu önemli ölçüde alet, şişe ve alkol yakalanması, gibi delillere, yine Yargıtay CGK'nın 29.11.2006 gün ve 150 sayılı iki kişinin muhâlefeti ile verilen kararında 'Usûlsüz arama sonucu evinde hint keneviri ele geçen ve hakkında ihbâr üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde ihbârla uyumlu ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrar karşısında sanığın izinsiz hint keneviri ekme suçu sübut etmiştir.' denmesine rağmen çoğunluk tarafından benzer olan olayımızda sanığın beraati gerektiği sonucuna varılmıştır."* görüşüme,

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyesi M.Nihat Ömeroğlu;

Sanığın sahte rakı imalathanesi kurduğu, burada imal ettiği rakıları piyasadan topladığı rakı şişelerine doldurduğu, şişe ağzlarını da orjinallerine yakın bir şekilde

kapatıp piyasaya sürdüğünü ihbâr edilmesi üzerine, suç tarihinde polisin bildirilen adrese gitmesi üzerine sahte rakı imalathanesinin tespit edildiği ve içeride variller içinde alkol, imal edilen sahte rakılar, imalatı kullanılan elektrikli makineler, rakı ve votka şişeleri, şişe kapakları, variller bulunduğu, eşyaların zapt edildiği, sanığın bu imalathanedesuçüstüyakalandığını, 4733 sayılı Kanun'un 8 ve TCK 36. maddelerinden cezalandırılmasının istendiği, Kadıköy Dördüncü Asliye Ceza Mahkemesince takdiren teşdiden 4733 sayılı Kanun'un 8/1, TCK maddeleri uyarınca 3 yıl hapis ve 458.000 TL adlî para cezasına hükümlendirildiği, Yedinci Ceza Dairesinin de kararın hukuka aykırı elde edilen delillerle mahkûmiyet kararı verilmesi ve eksik tahkikatla kararı bozmuş, Yargıtay C. Başsavcılığı karardaki gerekçelerle itirazı üzerine dosya Ceza Genel Kurulunda görüşülmüş ve çoğunluk görüşü doğrultusunda sanığın beraati gerektiği kabul edilmiştir.

I.

1. Günümüzde temel hak ve özgürlüklerin öne çıktığı (özellikle özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığının ihlali vb. gibi) bilinmektedir. O nedenle 5271 sayılı CMK'da bu doğrultuda önemli hükümler getirilmiş ve Avrupa devletleri yasalarıyla uyumluluğa özen gösterilmiştir.

Bu konuda Anayasa ve yasalarımızdaki temel metinlerde düzenlenen hükümler yazıya alınacağı için bunların tekrarından kaçınılmıştır.

2. CMK delil serbestisi yöntemi benimsenmiştir. Saçma olmamak kaydıyla her şey delil olabilir. Bunun değerlendirilmesi için mutlaka duruşmaya getirilmeli ve taraflarca değerlendirilmelidir. Hâkim kanuna, hukuka ve vicdani kanaatine göre delilleri takdir eder. Hâkime verilen delilleri takdir yetkisi tartışmasızdır. Bunun sınırı delillerin hukuka, maddî gerçeğe, mantığa aykırı olmaması gerekir (Bk.: Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Nuhoğlu, Ceza Muhâkemesi Hukuku, Beta, 16. Baskı, sh. 1080 ve devam. Yine bk.: V.Ö. Özbek, Ceza Muhâkemesi Hukuku, Seçkin, 2006, sh. 689 ve devam).

Anayasa m. 20-21, 38 paralel olarak CMK 206/2-a "delil, kanuna aykırı elde edilmişse", 217/2 "Yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir", 230/1-b "(...) Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi", 289/1-i "Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanması"ndan bahsetmektedir. Görüldüğü gibi, terminoloji birlikteliği yoktur. Bu durumun teoride de görülmekte, bazı akademisyenler "ispat yasakları", "delil yasakları", Kunter, Yenisey, Nuhoğlu ve "hukuka aykırı delil" ve "delil elde etmenin sınırları" terimleri tercih etmektedirler (Bk.: Ege Kunter, Yenisey, Nuhoğlu sh. 1081.).

II.

1. Hukuka aykırı delillerin, hükme esas alınmayacağında pozitif hukukumuz gözönüne alındığında aksini savunmak durumunda değiliz. Buna biz de katılıyoruz. Ancak bu hükümlere kategorik olarak ve dar yorumlanarak benimsenmesine karşıyız. Bu hükümlerin de istisnâlarının olabileceğini somut olay gözönüne alınarak her zaman mümkün olduğunu savunuyor ve iddia ediyoruz.

AİHM kararlarında da, mahkeme kendini bağlamamak ve içtihat birliği sağlamak adına, hükümleri öncelikle somut olayı esas olarak değerlendirmekte ve

yorumlamaktadır. AİHM Medet Kömürcü - Türkiye (No. 2) Başvuru No. 40160/051 kararında, "(...) haddinden fazla şekilcilik olmaksızın, belirli bir esneklikle uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Ayrıca iç hukuk yollarını tüketme kuralı ne kesin ne de otomatik olarak uygulanabilir bir kuraldır; bu kurala riayetinin denetlenmesinde münferit davanın koşulları dikkate alınması esastır. (...)” görüşünü benimsedikten sonra, deliller konusunda da şu kıstası getirmektedir. “Olayın tespit edilmesi için AİHM her türlü makul şüphenin ötesinde delil kıstasına başvurur (Bk.: İrlanda-İngiltere 18 Ocak 1978 paragraf A-serisi No. 25). Böylesi bir delil itirazı kabil olmayan, yeterince ciddi, belirgin ve tutarlı birtakım emare ya da karinelerden doğabilir. (...)”

2. Bizim de benimsediğimiz görüşe göre Kunter, Yenisey, Nuhoğlu hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller konusunda, “Hukuka aykırı yöntemle elde edilen deliller, kovuşturma organları tarafından yapılan işleme ve bu işlemin kanunla düzenlenmesi ile korunmak istenen hukukî menfaate göre tasnif edilmelidir. (...)” demektedirler. Hukuka uygunluk belirlenirken, şekil hukuka aykırılıkla nazara alınmamalı, hukuka aykırılığın öze ilişkisi olup olmadığı denetlenmelidir.

Bundan sonra hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olduğu belirlenen bu delil hüküm verirken kullanıp kullanmamak mahkemenin takdirine bırakılmalıdır. Sonuçta verilen karar sanığın “adil yargılama hakkını” ihlal etmeyecekse, hukuka aykırı olan delilin dahi, hükümde kullanılması ilkesini benimsiyoruz. Ancak kanunda “*Delilin kullanılmasını tümünden yasaklayan bir norm varsa bu delilleri hiçbir şekilde kullanılmaması gerektiğini kabul ediyoruz.*” görüşündedirler (Bk. age sh. 1085). Adil yargılama hakkı Anayasamızın 36. maddesinde açıkça belirtilmiştir.

Yine aynı görüşe göre; Hukuka aykırı bir yöntem kullanılarak veya Yasanın kabul etmemesine rağmen elde edilen delillerin istisnâsız bir şekilde değerlendirme dışında bırakılması doğru değildir. Zira delil elde edilirken ihlal edilen kural bazen çok önemlidir, bazen ise basittir. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsa dahi, bu şüphe sebeplerinin mahkemeye sunulması gerekir. Zira bizim sistemimizde delillerin dosyadan çıkarılması diye bir kurum yoktur.

Alman doktrini (...) hukuka aykırı delilleri, duruşmada değerlendirme sorununu “sanık hakları teorisi” çerçevesinde çözümlenmektedir. Alman mahkemeleri “delilleri elde edilmesi ile gerçekleşen hukuka aykırılığın sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakarlar. Sanığın hakları önemli derecede ihlal edilmişse, hukuka aykırı delil kullanılamaz.” Buna karşılık, yapılan ihlal ikinci derecede kalmakta veya sanığın hakları açısından bir önem taşımamakta ise, hukuka aykırı olmasına rağmen; delil hüküm verilirken kullanılır. (Bk. Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, age. sh. 1088-1094).

Son olarak hukuka aykırı elde edilen delillerle ilgili orantılılık ilkesine değineceğiz.

III.

Savunduğumuz bu ilkeye göre Alman hukukundaki gelişme sonucunda, “sanık hakları teorisi”, “orantılılık ilkesi” tamamlanmıştır. Şöyle ki;

Her somut olayda, mahkeme bir değerlendirme yapacaktır. Buna göre delil elde etmeyi kısıtlayan hükmün korumak isteği hukukî menfaat He, fiilin aydınlatılmasındaki toplum menfaatini karşılayacaktır (Bk. Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, age. sh. 1095.).

"Delillerin hukuka aykırılığı" ile "hüküm verilirken kullanılma" arasındaki ilişkinin niteliği önemlidir. Her hukuka aykırı delil değerlendirme kapsamı dışında kalmaz. Yasaklanmış deliller (CMK 148) bunun istisnâsıdır. Ancak 148 dışında kalan hukuka aykırılıklar "otomatik geçerlilik" de düşünülemez; somut olaydaki şartlar gözönünde tutularak, mahkemece o delil ya kabul edilir veya edilmez.

Hâkim takdir hakkını kullanırken, "sanığın temel haklarının" yapılan işlem ile ihlal edilip edilmediğine bakmalı ve anayasal hak ihlal edilmiş olduğunu saptadığında da sanığın işlediği suçun, topluma vermiş olduğu zarar iie, delil toplanırken devlet güçlerinin sanığa ait anayasal hakkı ihlal etmiş olmalarından doğan toplumsal zarar karşılaştırılmıştır.

Sanığın topluma verdiği zarar daha büyük ise ve 148. maddede olduğu gibi açıkça yasaklanmış bir delil de söz konusu değil ise, hukuka aykırı nitelik taşıyan delili, hâkim hüküm verirken kullanabilir...

Bu bakış açısı AİHM kararlarına da yansımıştır. Davanın bütünlüğü içinde başta yapılan hata giderilmiş ve sonuçta "adil yargılama hakkı" sağlanmışsa, hukuka aykırı delilleri hüküm verilirken kullanılması gerekir (Kunter, Yenisey, Nuhoglu, age. sh. 1108-1109).

IV.

1. Bu açıklamaların ışığında devamıza gelecek olursak, polis kaçak rakı imal eden sanıkla ilgili ihbâr almıştır. Polis, bu ihbârı art niyeti olmadan makul şüphe sebebi görerek olay yerine gitmiştir. Burada ihbâr edenin polisçe güvenilir biri olması, şüphe sebeplerinin kuvvetli olması aranabilirse de sonuçta ihbâr doğru çıkmıştır. Aksi hâlde adlî yönden sorumluluğu gündeme gelecekti. Sonuçta polis, görevi gereği suçu önleme, delilleri toplamakla görevlidir. Sanığı izlemeye alır ve bekler. İstanbul gibi metropolde yasa hükümlerini yerine getirmek için yeterli zaman her zaman mümkün değildir. Sanık kaçabilir ve suç delillerini karartabilir.

Suçüstü hâllerini bu anlamda geniş yorumlamak mümkündür. Gizli işlenen suçlarda kaçma şüphesi yoğundur. Suçüstü hâlleri bu gibi durumlarda geniş yorumlanabilir (Bk. Kunter, Yenisey, Nuhoglu, age. sh. 780).

Nitekim hâkim kararı veya yetkili âminin emri olmadan yapılan aramada (kanuna aykırı) sanık ve suç delilleri ele geçmiştir. Yani şüpheli bir nevi suçüstü yakalanmıştır. CGK 15.03.2005/15-29 sayılı kararında "(...) somut olaydaki arama işleminin esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili mercii tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarının ihlal ettiğinden bahsedilmez." derken değerlendirmeyi somut olaya göre yapmaktadır. Olayımızda sanık bir nevi suçüstü hâlinde yakalandığından arama kararının sonra alınmaması sanığın haklarını ihlal anlamına gelmez. CGK 29.11.2005 gün 144/150 sayılı kararında da "Özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun olduğunun saptanması hâlinde yargıcın vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması itibarıyla önemli bir subut vasıtasıdır." demektedir (O. Şirin, H. Aşaner, Ö. Güven, G. Yalvaç, M. Özdemir, K. Erel, Yargıtay CGK Kararları, Kasım 2008, sh. 820 ve devamı He 833 ve devamı).

Burada gözden kaçan bir husus da aramadan daha önemli olan yakalamadır.

Bunun üzerinde hiç durulmamıştır. Diyelim ki yakalanan şahıs arandı, üzerinde uyuşturucu, silah vb. gibi suç teşkil edebilecek nesneler bulundu. Tesadüfen elde edilen bu deliller, arama ve yakalama hâkim ve C. Savcısı kararı olmadan ele geçtiği için hükümde delil olarak hâkimce takdir edilmeyecek mi? Çoğunluk bu görüşleri gözardı etmiş ve cevap vermemiştir. Yeni CMK rıza ile arama ilkesi benimsenmemişse de, sanık bu aramaya genel kurulda izah edildiği kadarı ile itiraz da etmemiştir. AİHM bazı kararlarında buna vurgu yapmıştır. Fiziki olarak orada elde edilen tesadüfi deliller başka suçla ilgili olmayıp, isnatla ilgilidir. İhbar delil olarak kabul edilebilir ve olayımızda kanuna uygun bir delildir.

2. Şüpheli konumunda iken polise verdiği ifadeye gelince; polis adlî olaylarda C. Savcısına niyabeten yani onun adına görev yapar. CMK'ya göre polisin ifadeye başvurabileceği tartışmasızdır. Şüpheli suç tarihinde yürürlükte olan CMUK'ya göre ifadesini yasaya uygun almıştır. Şüpheli sanık konumuna geçtikten sonra hiçbir zaman polisteki beyanının cebir, tehdit veya hile ile alındığını öne sürmemiştir. CMK 148/4'e göre delil olarak kullanılması mahkemedeki tekrarına ve kabulüne bağlı olduğundan delil olarak kullanılmazsa da, bu konuda somut olay gözönüne alınarak diğer delillerle birlikte tali veya yan delil olarak hâkimin takdir etmesi mümkündür. Zira yukarıda açıklandığı üzere hâkimin takdiri tartışmasızdır.

Polisin müdafî olmadan aldığı ifadenin hiçbir değeri olmayacaksa, o hâlde bu yetki ve görev polise neden verildi? Polisin aldığı beyan ve diğer delillere göre CMK, dar yorumlanırsa C. Savcısı davayı neden açmıştır ve neye göre açacaktır?

Bu nedenle polisin cebir, tehdit veya hile olmaksızın aldığı ifadenin davada diğer delillerle birlikte her zaman değerlendirilebileceği hâkimin takdirindedir. Olayımızda da hâkim bunu takdir etmiştir.

Poliste müdafisiz alınan ifade ile ilgili Yener Ünver şu görüşleri öne sürmektedir: Kolluk tarafından tutulan ifade tutanağının m. 213 gereğince okunamayacağını anlamsız bulduğunu ve maddenin müdafî bulunmaksızın dahi kollukta alınan ifadenin okunabileceği şekilde değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Müdafî bulunmaksızın alınan ifadelerin içeriğinin, sanık tarafından onaylanması hâlinde delil olarak hükme esas alınacağını düzenlenmesiyle, kanunun kendi içinde çeliştiğini, m. 148/4 ile m. 213'ün birbirleriyle ters düştüğünü ileri sürmektedir (Üner, Yener, Delilleri ve Değerlendirilmesi Utp.Y.3.5.32. Ağustos 2005, 29.03.2004; Ünver, Ceza Muhâkemesinde İspat, s. 186) (Dr. Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri" başlıklı İncelemeden naklen. Sh. 73). Bize göre de bu ifadenin davanın seyri ve içeriğine göre hâkim tarafından takdir edilerek okunabileceği ve sanığa hatırlatabileceği yönündedir. Aradan uzun zaman geçtiğinde sanık eski beyanlarını hatırlamayabilir. Bu uygulamada sık görülen durumdur. Hâkim, polis ifadesini okur, sanık hatırlar dürüstlük kuralı gereği o ifadeyi kabul edebilir.

3. Sanık olayımızda aranan yerin hâlen cezaevinde olan Cengiz'e ait olduğunu öne sürmüştür. Oysa depoyu anahtarla kendisi açmıştır ve böyle bir kişinin cezaevinde olmadığı anlaşılmıştır.

Bu olayda şöyle bir durumla karşılaşabilirdi. Polis bir saat bekledikten sonra depoya girdiğinde sanık elinde suç aleti ve ortada Cengiz'e ait cesetle karşılaşabilirdi! Bu durumda arama kanuna (hukuka) aykırı olduğundan ceset ve suç aleti ortada mı kalacaktı? Örneğin, sanık çok sayıda bomba ile veya herhangi birine tecavüz ederken

de yakalanabilirdi. Çoğunluk görüşünün hükümleri dar ve katı yorumu ülkeyi suç işleme cermetine dönüştürür. Sonuç olarak, olayda kaçak rakıda kullanılan makina, kaçak rakı, rakı şişesi, rakı şişesi kapaklar değerlendirilmeyecek mi? Hukuka aykırı arama olduğu sabittir. Ancak yukarıda I. 2. 'deki delil serbestisi, somut olaya göre de yorumlama ve değerlendirme, korunan hukukî yarar, adil yargılama hakkı ihlal edilmeden, III'te "sanık hakları teorisi" "orantılılık" ilkesi gözönüne alınarak somut olay değerlendirilmeli, bu ölçütlere göre hâkim hukuka (kanuna aykırı delilleri, yasak delilleri hariç) hükümde takdir edip kullanılabilirdir. Nitekim mahkeme bu şekilde değerlendirme yaparak ceza vermiştir. Günümüz güncel davasına gönderme yapan bir çoğunluk görüşü konuşmacısının, davamızla onu karıştırmayı, somut olaya göre değerlendirme cezaların sahteciliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Her yönüyle hukuk devleti olmamız bizim de özlemimizdir. Ancak bu, suçluları bir şekilde kayırma ve toplumsal yararı gözardı etmemizi gerektirmez gerekçeleriyle; bir Kurul üyesi de, bu görüşlere iştirâk etmek sûretiyle, itirazın kabulü yönünde karşı oy kullanmışlardır.

Sonuç

Açıklanan nedenlerle,

1. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

2. Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 17.11.2009 tarihinde yapılan müzakerede oyçokluğu ile karar verildi.

T.C.

YARGITAY

CEZA GENEL KURULU

E. 2007/7-147

K. 2007/159

T. 26.6.2007

- HUKUKA AYKIRI ELDE EDİLEN DELİL (Sanığın İkrarı Ürünlerin Raflarda Satışa Hazır Yakalanması ve Bilirkişi Raporu İle Desteklenmesi Gerektiği)
- ARAMA KARARI YETKİSİ (CMUK'nun 97/2. Maddesine Aykırı Davranılması Sonucu Elde Edilen Hukuka Aykırı Kanıtın Ceza Yargılamasında Kullanılamayacağı)
- İHTİYAR HEYETİNDEN VEYA KOMŞULardan İKİ KİŞİ (Arama Sırasında Bulunması Hâlinde de Delillerin Takdirinde Herhangi Bir Farklılık Meydana Çıkmayacağı - Hukuka Aykırı Elde Edilen Delil)
- DELİLLERİ TAKDİR SALAHİYETİ (Arama Sırasında İhtiyar Heyetinden veya Komşulardan İki Kişi Bulunması Hâlinde de Delillerin Takdirinde Herhangi Bir Farklılık Meydana Çıkmayacağı - Hukuka Aykırı Elde Edilen Delil)
- BAŞKA DELİLLERLE DESTEKLENEN DELİL (Hukuka Aykırı Elde Edilen Delil - Sanığın İkrarı ve Bu İkrarın Rafta Ürünlerin Bulunması ve Bilirkişi Raporuyla Desteklenmesi Hâlinde Mahkûmiyete Yeterli Olduğu)

1412/m.97,254

Özet

Hukuka aykırı elde edilen delil, sanığın ikrarı, ürünlerin raflarda satışa hazır yakalanması ve bilirkişi raporu ile desteklenmektedir. Arama sırasında ihtiyar

heyetinden veya komşulardan iki kişi bulunması hâlinde de delillerin takdirinde herhangi bir farklılık meydana çıkmayacaktır.

CMUK.nun 97/2. maddesine aykırı davranılması sonucu elde edilen hukuka aykırı kanıt, ceza yargılamasında kullanılamayacaktır. Ancak 29.11.2005 gün, 144/150 sayılı CGK kararında da belirtilen biçimde sanığın ikrarı ve bu ikrarın rafta ürünlerin bulunması ve bilirkişi raporuyla desteklenmesi hâlinde mahkûmiyete yeterlidir.

Dava

İstanbul'da tekstil ürünleri satıcılığı yapmakta olan sanığın katılan firmaya ait tescilli desenleri taşıyan taklit bornozları satışa arz ettiği iddiasıyla yapılan yargılama sonunda; İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi Hâkimliğince 01.05.2003 gün ve 2351-627 sayılı ile; "(...) Tekstil sektöründe imalatçı düzeyinde uzman bir sektör elemanı sayılmayacak sanığın sadece satıcı konumunda olması ciheti ile suça konu ürünler üzerindeki desenlerin tescilli olup olmadıklarını kavrayabilecek ehliyete sahip olmadığı, bu itibarla suç kastının oluşmadığı (...)" gerekçesi ile beraat kararı verilmiş; yerel Cumhuriyet Savcısı ve katılan vekili tarafından temyiz edilen bu hüküm, Yargıtay 7. Ceza Dairesince 17.04.2007 gün ve 10476-2703 sayılı ile;

"(...) Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulunun 29.11.2005 gün ve 2005/7-144 E, 150 K. sayılı kararında da belirtildiği gibi soruşturma ve kovuşturma işlemleri gerçekleştirildikleri tarihte yürürlükte bulunan usûl kurallarına uygun olmalıdır.

Dosyada hâkim tarafından verilmiş bir arama kararı mevcut ise de; arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun arama ile ilgili 97/2. maddesinde 'Hâkim veya C.Savcısı hazır bulunmaksızın' konut veya işyerlerinden ya da kapalı alanlarda arama yapabilmek için ihtiyar heyeti azalarından veya komşularından iki kişinin bulundurulacağı düzenlendiğinden somut olayımızda bu hususa riayet edilmeden hukuka aykırı olarak yapılmış bir arama sonucu elde edilen deliller de, suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 254. maddesindeki 'Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.' hükmü gereğince mahkemece geçerli bir delil olarak gözetilmeyeceğinden ve sanık aleyhine mahkûmiyeti gerektirecek başkaca da yasal delil bulunmadığından bu nedenlerle beraat kararı verilmesi gerekirken, sanığın aramada ele geçen ürünler üzerindeki desenlerin tescilli olup olmadığını kavrayabilecek ehliyete sahip olmadığı gerekçesi ile beraat kararı verilmesi doğru değilse de açıklanan gerekçelerle müdahil vekilinin ve yerel Cumhuriyet Savcısının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibarıyla doğru olan beraat kararının onanmasına"

karar verilmiştir.

Bu karara Yargıtay C.Başsavcılığınca 07.06.2007 gün ve 115067 sayılı ile;

"Sanığın sattığı ürünlerin taklit olup olmadığını anlayıp anlamayacağı hususu, Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesinin yerleşmiş içtihatları ile çözüme kavuşmuştur. Uzun süredir suça konu alanda ticaret yapan kimselerin dava konusu malların tescile konu orijinal ürünlerin taklidi olduğunu bilebilecek durumda olduğunu kabul etmektedir.

Nitekim dosyamızda, 'saniğin aramada ele geçen ürünler üzerindeki desenlerin tescilli olup olmadığını kavrayabilecek ehliyete sahip olmadığı gerekçesi ile beraat kararı verilmesi doğru değilse de' denilmek sûretiyle bu husus açıkça vurgulanmaktadır.

Sanık hakkında isnat edilen suçun oluştuğu yönünde tereddüt bulunmamaktadır. Çözülmesi gereken hukukî sorun ise, CMK 97/2. maddesine aykırı elde edilen delillerin mahkûmiyete esas alınıp alınmayacağıdır.

Yargıtay Yüksek Ceza Genel Kurulu 29.11.2005 gün ve 2005/7-144 E. 150 K. sayılı kararında da benzer bir problem tartışılmıştır. Bu kararda 'Hakkında ihbâr üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanığın ihbârla uyumlu ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, suçu sübuta ermiştir.' denilerek, hâkim kararı olmamasına rağmen sanığın tüm aşamalarda suçunu ikrar etmesi nedeniyle suçunun sabit olduğunu kabul etmiştir.

Dosyamızda sanık hakkında yapılan ihbâr sonucu raflardan elde edilmiş taklit ürünler ve bu ürünlerin taklit olduğunu belgeleyen bilirkişi raporu bulunmaktadır. Sanık yargılamanın hiç bir aşamasında işyerinde yakalanan ürünlerin başkasına ait olduğunu veya emaneten konulduğunu iddia etmemiştir. Bilakis hazırlık aşamasında ve hâkim huzurunda suça konu ürünleri satmak amacıyla aldığını ancak taklit ürün olduğunu bilmediğini iddia etmektedir. Dolayısıyla sanığın, ihbârla uyumlu hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ancak Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesi tarafından da kabul edilmeyen savunmaya dayalı ikrarı bulunmaktadır.

Dolayısıyla hukuka aykırı olarak elde edilen delil sanığın ikrarı, ürünlerin raflarda satışa hazır yakalanması ve bilirkişi raporu ile desteklenmelidir. Arama sırasında ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulunsaydı da delillerin takdirinde herhangi bir farklılık meydana çıkmayacaktı.

Yukarıda arz ve izah edilen nedenlerle itirazın kabulü ile Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 17.04.2007 gün ve 2004-2007/2703 sayılı onama kararının kaldırılarak, Yerel Mahkeme hükmünün esastan bozulmasına karar verilmesi"

açıklaması ile itiraz edilmiştir.

Dosya, Yargıtay 1. Başkanlığına gönderilmekle Yargıtay Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

Karar

A. Yargılama konusu maddî olayın;

"Tekstil ürünleri satan bir işyerine sahip olan sanığın, Ç ... Dokuma Mamülleri ve Ev Gereçleri Paz. İth. İhr. Dahili Tic. Ltd. Şti. adına tescilli desenleri taşıyan, fakat bu firma tarafından üretilmemiş olan taklit bornozları satışa arz etmiş vaziyette yakalanması" tarzında gerçekleştiği,

B. Yargıtay 7. Ceza Dairesi ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında ortaya çıkan ve Ceza Genel Kurulu'nca çözümlenmesi gereken hukukî ihtilafın;

Suçun sübutuna ilişkin olduğu, bu anlamda; yerel Mahkemece, sanığın bornozlardaki desenlerin taklit olduğunu bilemeyeceği gerekçesi ile beraat kararı verilirken; Özel Dairece bu gerekçenin kabul edilmediği, buna karşılık, yapılan aramanın usûle aykırı olması nedeniyle arama sonucunda elde edilen bulguların “delil” olarak kullanılamayacağından bahisle, verilen beraat kararının onandığı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca ise gerek yerel mahkemenin, gerekse Özel Daire beraat gerekçelerinin yerinde olmadığı vurgulandıktan sonra, mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği yönünde itirazda bulunulduğu,

Ön mesele;

Esasa ilişkin meselesinin çözümüne geçilmeden önce; sanığın işyerinde yapılan aramanın usûle uygun olup olmadığı, dolayısıyla bu arama sonunda elde edilen delillerin “hukuka aykırı delil” olarak değerlendirilip, değerlendirilmeyecekleri konusunun ön mesele olarak ileri sürüldüğü,

C. Genel Kurulca yapılan değerlendirmede;

1. Somut olayın açıklanması;

Somut olayda; Ç... Dokuma Mamülleri ve Ev Gereçleri Paz. İth. İhr. Dahili Tic. Ltd. Şti. vekilinin 20.08.2002 tarihli dilekçe ile M ... Tekstil isimli işyerinde kendileri adına 9152, 2001 00117, 2001 01318 numara ile tescilli bornozların kaçak olarak üretilip satıldığı şeklinde şikâyetle bulunduğu, bu şikâyet üzerine Cumhuriyet Başsavcılığının talebiyle İstanbul 4. Sulh Ceza Mahkemesince 22.08.2002/428 sayı ile; M... Tekstil isimli işyerinin gösterilen adresinde gündüzleyin bir defaya mahsus ürünler doğrultusunda arama yapılmasına karar verildiği,

Bu karara istinaden belirtilen işyerinde 22.08.2002 tarihinde iki adet polis memuru, müşteki vekili ve sanığın katılımıyla arama yapıldıktan sonra, elde edilen 6 adet bornozun yed'emin olarak müşteki vekiline teslim edildiği, bunlardan 1 tanesinin numune olarak emanete alındığı,

Numune olarak alınan bornozun ense etiketinde “T... Tekstil ve bir telefon numarasının” yazılı olduğu,

Bornozların üzerindeki desenin; Ç... Dokuma Mamülleri ve Ev Gereçleri Paz. İth. İhr. Dahili Tic. Ltd. Şti. üzerine tescilli olduğunun, Türk Patent Enstitüsünden temin edilen yazı ile birlikte dosyaya eklenmiş bulunan “Endüstriyel Tasarım Tescil Belgesi'nden” açıkça anlaşıldığı,

Buna göre; işyerinde ele geçen bornozlarda kullanılan desenin, 03.10.2000 tarihinden geçerli olmak üzere 5 yıl süre ile Ç... Dokuma Mamülleri ve Ev Gereçleri Paz. İth. İhr. Dahili Tic. Ltd. Şti. üzerine tescil edildiği,

22.04.2003 tarihinde mahkemeye sunulmuş olan bilirkişi raporunda; 9152 numaralı desenin tescilli bir tasarım olduğu, bornozlardaki desen ile 9152 nolu desenin aynı olduğu, çok küçük farkların bulunduğu, bu desenin izinsiz kullanıldığı belirtildikten sonra; sonuç olarak, ele geçen bornozlardaki desenin, tescilli desenin belirgin şekilde benzeri olduğu ve bornoz satıcısı olan sanığın bu desenlerin tescilli olup olmadıklarını anlayacak ehliyeteye sahip olmayabileceği kanaatinin belirtildiği,

Dosya kapsamından, bu bornozların sanık tarafından "faturasız" olarak alındığının tespit edildiği,

Yargılama sırasında savunmasına başvurulmuş sanığın kolluktaki 23.08.2002 tarihli yöntemine uygun savunmasında "(...) Hakkımda İstanbul C. Başsavcılığınca 2002/43865 hazırlık sayısı ile yapılan soruşturma nedeniyle, işyerinde müşterki firma olan Ç... Ltd. Şti. nin tescilli tasarımı olduğu iddia edilen 6 adet bornoz zaptedilmiştir. Ben bu gibi tekstil ürünlerinin imalatçısı olmadığım gibi böyle bir tasarımın olduğundan da haberim yoktur. Bu 6 bornoz bana Denizli'den numune olarak gönderilmiştir. Gönderildiği tarihten bu yana da, tasarımın müşterki firmaya ait olduğu konusunda hiçbir uyarı veya tebligat yapılmamıştır. Ayrıca benden zapt edilen bornozların üzerinde müşterki firma ismi bulunmadığından taklit olup olmadığının tarafımdan bilinmesi mümkün olmadığı gibi, bu bornozların üzerindeki motiflerin taklit olup olmadığını da bilemem. Benim bu konuda kusurum veya art niyetim yoktur." derken; mahkemede yaptığı 29.01.2003 tarihli savunmada (yöntemine uygun ancak avukat istememiş); "(...) Suça konu ürünleri Denizli'den gelen birisinden aldım, üzerlerinde değişik yabancı etiketler vardır, sonradan yapılan aramada müşterki firmanın marka taklidi iddiasıyla zaptedildiler." şeklinde beyanda bulunduğu, soruşturma ve kovuşturma sırasında başkaca da bir ifade alınmadığı,

2. Ön meselenin değerlendirilmesi;

Katılan vekilinin şikâyeti üzerine, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca talep edildiğinden İstanbul 4. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 22.08.2002 gün ve 428 sayılı ile verilen arama kararının usûle uygun olduğu, bu karara göre; sanığa ait olduğu anlaşılan M... Tekstil isimli işyerinde ürünler doğrultusunda, bir defaya mahsus ve gündüzleyin arama yapılmasına izin verildiği,

Arama kararının ne şekilde infaz edileceğinin; aramanın yapıldığı 22.08.2002 tarihinde yürürlükte olan 1412 sayılı Yasanın 97. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği, 97. maddenin 2. fıkrasında; "Hâkim veya Cumhuriyet MüddeiUmûmî si hazır olmaksızın sükûnada veya iş görmeğe mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur." hükmünün yer aldığı,

Buna göre; somut olaydaki arama işlemi de işyerinde yapıldığına göre; arama sırasında;

- * Hâkimin,
- * (veya) Cumhuriyet Savcısının,
- * (veya) İhtiyar heyetinden iki kişinin,
- * (veya) iki komşunun,

hazır bulundurulmasının şart olduğu,

Oysa, dosyadaki uygulamaya bakıldığında; aramaya, iki adet polis memurunun, müşterki vekilinin ve sanığın katıldığı, bununla birlikte; Yasanın bulunmalarını emrettiği yukarıdaki kişilerden hiçbirisinin katılmadığının görüldüğü,

Öyleyse; varabileceğimiz ilk sonucun aramanın şeklen hukuka aykırı olduğu yönünde ortaya çıktığı,

Bu durumda; arama hukuka aykırı ise; arama sonucunda elde edilen delillerin kullanılabilmesi mümkün müdür, sorusuna yanıt bulmak gerektiği,

Bu konuda yol gösterici yasal düzenlemenin 1412 sayılı CYUY. nın 254. maddesinin 2. fıkrasında yer aldığı, 242. maddesinin 2. fıkrasında; "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükmüne esas alınamaz." şeklindeki düzenlemenin bulunduğu,

Metne ilk bakıldığında oluşan kanaatin, usûle aykırı yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılamayacağı yönünde olduğu,

Nitekim aynı konunun; Genel Kurulumuzun 29.11.2005 gün ve 144-150 sayılı kararında da tartışıldığı ve netice olarak "arama kararı alınmadan hukuka aykırı biçimde yapılan arama sonunda elde edilen delillerin Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamayacağına" karar verildiği,

Ancak, olayımızın daha farklı olduğu, zira; somut olayda, usûlüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın da vaki olmadığı, hatta, sanığın "arama sonucunda ele geçen bormozların, kendi işyerinden ele geçirildiğine ilişkin" açık ikrarının mevcut olduğu, daha da önemlisi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın bulunmadığı,

Hâl böyle iken; sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı, bir başka deyişle; sadece bu nedenle, ele geçen delilleri "hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil" olarak nitelenemeyeceği,

Öğretide de; Prof. Bahri Öztürk, Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem ve Doç. Dr. Veli Özer Özbek tarafından hazırlanan Uygulamalı Ceza Muhâkemesi isimli eserde bu konudan bahsedilirken; ikili bir ayırım yapıldığı, bu tasnifte; hak ihlalinin niteliği üzerinde durularak, bir hukuk devletinde bazı hakların mutlak, diğer bazı hakların ise nisbi koruma altında bulundurulduğu belirtildikten sonra; buna bağlı olarak "mutlak delil yasakları" ve "nisbi delil yasakları" kavramlarının ortaya çıktığının ifade edildiği, buna göre; mutlak delil yasakları;

1. Sanığın kendisini suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması,
2. Bir kimsenin yakınlarını suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması,
3. Sanığa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının hatırlatılmaması (susma hakkı, müdafii tayini isteme hakkı gibi)
4. Hayatın gizli alanına (özel hayata değil) yapılan müdâhaleler,

olarak sayıldığı, bunların dışında kalan durumlarda ise hâkim tarafından oranlılık (Orantılılık) ilkesi göz önünde tutularak "kamu yararı" bakımından bir değerlendirme yapılması gerekliliğinden bahsedildiği,

Bu bağlamda; illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeden yapılan bir değerlendirmenin; "herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını" gerektireceği için, böyle bir

yaklaşımın uzun vadede son derece ağır sonuçları da birlikte getireceği,

Prof. Dr. Öztürk'ün de ifade ettiği gibi; her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabulün doğru olmadığı, bu anlamda, olayımızda olduğu gibi "hâkim, savcı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu" bulunmadan yapılan bir aramada, CYUY. nın 97. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de; herhangi bir hakkın ihlal edildiğini söylemenin son derece güç olduğu,

Bu nedenlerle, yapılan arama sonunda elde edilen bornozların CYUY'nın 254. maddesi kapsamında "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" olarak mütala edilmemesi gerektiği,

Görüş ve kanaati benimsenmekle,

Usûlüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması sûretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez.

Tekstil ticareti ile uğraşan bir kişinin söz konusu bornozlar üzerindeki desenlerin taklit olduğunun bilip bilemeyeceği sorunu ise Genel Kurul'da tartışılmamıştır.

Bu nedenle, Özel Dairenin beraat gerekçesi yerinde değildir. İtirazın değişik gerekçe ile kabulüyle, ön meselenin çözümü sırasında kabul edilen hukuka uygunluk doğrultusunda diğer delillerin değerlendirilmesi için Özel Daire kararının kaldırılması ile dosyanın yeniden Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

Değişik gerekçe;

Çoğunluk görüşüne katılan Genel Kurul Üyelerinden Ş. İste gerekçesini;

Konu : Yüksek Ceza Genel Kurulu'nun 26.06.2007 günlü gündeminin (5) sıra nolu 2007/147 esas nolu dosya ile ilgili olarak, (itiraz-kabul) şeklinde oy kullandım. Benim görüşüm doğrultusunda karar çıkmıştır.

Ancak gerekçe yönünden farklılıklar dolayısıyla, (itiraz-kabul) şeklindeki gerekçemi aşağıda takdim ediyorum.

Olay : "Ç... Dokuma" marka ürünlerin taklitlerinin sanığın iş yerinde satıldığı yönündeki şikâyeti üzerine, Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesinden alınan arama ve el koymaya ilişkin kararın infazı için sanığın iş yerinde ve sanığın huzurunda ihtiyar heyeti üyelerinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmadan arama yaptırılmış, şikâyeteye konu toplam 6 adet bornoz bulunmuştur.

Sanık, tüm aşamalarda "Ben sadece satıcıyım, suça konu malları Denizli'den aldım, bornozlardaki desenlerin (tescilli 9152 nolu deseni) benzeri olduğunu bilmiyordum." şeklinde kendisini savunmuştur.

İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi "suç kastı olmadığından" sanığın beraatine karar vermiştir.

İş bu karar sanık aleyhine olarak, yerel Cumhuriyet Savcısı ve katılan vekili tarafından temyiz edildiğinden bozma istekli tebliğname ile Yargıtay 7. Ceza Dairesine gönderilmiştir.

DAİRE KARARI: Yargıtay 7. Ceza Dairesi işin esasına girmeden arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun 97/2. maddesinde "hâkim veya Cumhuriyet Savcısı hazır bulunmaksızın konut veya işyerinde yada kapalı alanlarda arama yapabilmek için ihtiyar heyeti azalarından veya komşularından iki kişinin bulundurulacağı" düzenlendiğinden, somut olayımızda bu hususa riayet edilmeden hukuka aykırı olarak yapılmış bir arama sonucu elde edilen delillerde suç tarihinde yürürlükte bulunun 1412 sayılı CMUK.nun 254. maddesindeki "(...) soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz, hükmü gereğince mahkemece geçerli bir delil olarak gözetilemeyeceğinden ve sanık aleyhine mahkûmiyeti gerektirecek başkaca da yasal delil bulunmadığından bu nedenlerle beraat kararı verilmesi gerekirken, sanığın aramada ele geçen ürünler üzerindeki desenlerin tescilli olup olmadığını kavrayabilecek ehliyetle sahip olmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesi doğru değilse de; açıklanan gerekçelerle müdahil vekilinin ve yerel Cumhuriyet Savcısının yerinde görülmeeyen temyiz itirazlarının reddi ile sonucu itibarıyla doğru olan beraat kararının onanmasına" karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının "Hukuka aykırı elde edilen delil, sanığın ikrarı, ürünlerin raflarda satışa hazır yakalanması ve bilirkişi raporu ile desteklenmektedir. Arama sırasında ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulunsaydı da delillerin takdirinde herhangi bir farklılık meydana çıkmayacaktı." gerekçesiyle itirazda bulunmuştur.

Somut olayda suç tarihi, 22.08.2002 olduğu için o tarihteki mevzuata göre konuyu ele alalım.

1412 sayılı CMUK'nun 97. maddesi:

1. Fıkra: Aramaya karar vermek yetkisi hâkimindir. Ancak tehirinde mazarat umulan hâllerde Cumhuriyet Savcıları ve savcılarının muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler.

2. Fıkra: Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın süknada veya iş görmeye mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden ve komşulardan iki kişi bulundurulur.

1412 sayılı CMUK.nun 135/a maddesi:

1.Fıkra: İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan, bedenî veya ruhi müdâhaleler yapılamaz.

2. Fıkra: Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.

3. Fıkra: Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.

Madde 254:

1. Fıkra: Mahkeme, irat ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder.

2. Fıkra: (18.11.1992 gün 3842 sayılı Yasanın 24. maddesi ile eklendi.)
Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.

Anayasa Madde 38:

(03.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasanın 15. maddesi ile ek 6. fıkra)

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8:

1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdâhalesi ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesini önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde veya sayıda öngörülmüş olmak koşuluyla sözkonusu olabilir.

17.12.2004 günlü Resmî Gazetede yayınlanarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren (5320 sayılı Yasa ile 305-326. maddeler arasındaki CMUK'nun maddeleri hâlen yürürlükte) 5271 sayılı Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun Yürürlüğünden önceki konuyla ilgili mevzuat yukarıda sayılanlardan ibarettir. Hukuka aykırı elde edilen her delil, yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen (işkence yada pek fena muamele sonucu alınan ikrar) gibi, mutlak değerlendirme yasağına girer mi?

Bunun için hukuka aykırı delilleri değerlendirme yasağı ile neyin amaçlandığı araştırılmalıdır. Bu gibi delilleri kullanma yasağı ile, ya kişisel haklar güvence altına alınmaya çalışılmıştır, ya da kolluğu hukuka uygun çalışmaya yöneltme amaçlanmıştır. Bu konuda iki türlü değerlendirme yasağı vardır: Biri Anglo Amerikan Ceza Sisteminde olduğu gibi mutlak değerlendirme yasağı, ikincisi ise Kara Avrupası sistemindeki nispi değerlendirme yasağıdır.

Mutlak değerlendirme yasağının uygulandığı sistemlerde "(...) önceden tespit edilmiş kurallara uymama hâlinde, hiçbir değerlendirme yapmadan, hukuka aykırı delillerin kullanılmaması (...)" ilkesi benimsenmiştir;

Nispi değerlendirme yasağının uygulandığı sistemlerde ise "(...) hukuka aykırı delillerin varlığı hâlinde daha çok ihlal edilen normun koruduğu hak ve menfaat ile maddî gerçeği bulma arzusu arasında her somut olaya göre, bireyin çıkarları ile toplumun çıkarları arasında bir denge kurulmaya" çalışılmıştır.

Delil hukuka aykırı yolla elde edilmişse, acaba bu aykırılık sanığın haklarını

korumayan şekil kurallarına aykırılık mıdır, yoksa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkını zedeleyen bir hukuka aykırılık mıdır. Bu konuda bazı teoriler varsa da Alman Federal Mahkemesi; hakların dengelenmesi (hakların karşılaştırılması) teorisini benimsemiştir. Bu görüşe göre "(...) her somut olayda ayrı değerlendirme yapılmalıdır, bu değerlendirme de bir tarafta gerçeği bulmadaki toplumsal çıkar ve etkili bir adlî teşkilata duyulan ihtiyaç diğer tarafta ise dava konusu suç ve isnadın ağırlığı gözönünde bulundurulmalıdır. Diğer bir deyişle bir tarafa sanığın ihlal ettiği çıkar ve diğer tarafa ise mahkeme kuralının ihlal edilmesinin etkilediği çıkar konulmalıdır. (...)” (Bk. Centel, Zafer, Ceza Muhâkemesi Hukuku, 4. Baskı). Örneğin, öldürme eyleminin sanığı olan kişinin evi suç geceleyin veya tek kişinin bulunması ile aranmış, sonuçta olayda kullanılan silah ele geçmişse, arama koşullarına uyulmadığı için silah hukuka aykırı yollardan ele geçirilmiştir. Sanığın özel yaşamına, hukuka aykırı bir müdâhalede bulunulmuştur. Buna karşılıkta sanık da bir başkasının yaşama hakkına zarar vermiştir. Yaşam hakkı, konut dokunulmazlığından daha üstün bir hak olduğu için, o hak lehine karar verilmeli ve bu hukuka aykırı yollarla elde edilen silah ve silah üzerinde bulunan parmak izleri delil olarak değerlendirme kapsamına alınmalı, sonuçta hâkim hükmünde bu delillere dayanılabilmelidir (Bk. aynı eser).

Prof. Dr. Feridun Yenisey de Muhâkeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhâkemesi Hukuku-Özet Kitap isimli eserinde *“Anayasalar, intihar paktı değildir.’ özleyişi doğrultusunda Anayasamızdaki kuralların bir bütün olarak uygulanması, delil yasaklarının adil yargılanma hakkı ile birlikte mütalaa edilmesini gerekli görüyoruz. Bu nedenle, basit hukuka aykırılıklarda, yani temel hakları ihlal etmeyen hukuka aykırılıklarda delilin etkilenmemesini, temel hakları ihlal eden hukuka aykırılıklarda ise, ilke olarak bu delilin hüküm verilirken kullanılmamasını fakat ağır suçlarda istisnâi olarak bunların da, sanık hakları teorisi çerçevesinde değerlendirme kapsamına alınmasını benimsiyoruz. Ancak yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen ikrar delilinin hiçbir koşul altında delil olarak kullanılmaması gerektiği kanaatindeyim.”* diyerek benzer görüşleri ileri sürmüştür.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.11.2005 gün ve 2005/150 sayılı kararında; hâkim tarafından verilmiş bir arama kararı olmadığı gibi, gecikmesinde sakıncalı hâllerde, Cumhuriyet Savcısının, hattı kolluk âmirinin izni dahi olmadan, evde olmayan sanığın, eşinin rızası alınarak konutunda polisler tarafından arama yapılarak 50 kök hint keneviri bulunması olayında yargılamanın tüm aşamalarında sanığın samimi ikrarı bulunduğu gerekçesiyle, mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği içtihadında bulunmuştur.

Olayımızda ise, yetkili Sulh Ceza hâkimi tarafından verilmiş yöntemine uygun bir arama kararı bulunmaktadır. İş yerinde arama sırasında sanık hazırdir. Aramaya itiraz etmemiştir. Sadece ihtiyar heyetinden veya komşularından iki kişi hazır edilmemiştir. Bu usûlü eksiklik karşısında, artık işin esasına girmeden, hukuka aykırı delil vardır diyerek beraat kararı verilmek gerekir denilemez.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesindeki hak da sözleşmenin 3. maddesindeki (işkence yasağı) gibi mutlak haklardan değil nisbi haklardandır.

Yukarıda açıkladığım gerekçelerle, Yüksek Yargıtay 7. Ceza Dairesinin onama kararının kaldırılarak, esas yönünden inceleme yapılması için dosyanın 7. Ceza

Dairesine gönderilmesi gerektiğini düşündüğü şekilde izah ederken;

Çoğunluk görüşüne katılan Genel Kurul Üyelerinden bir diğeri; "İşyeri herkesin girip çıkabileceği bir yer olduğu için, yapılan arama hukuka uygundur." şeklinde çoğunluk görüşüne değişik gerekçe ile katıldığını beyan etmiştir.

Karşı oy;

Buna karşılık; çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyelerinden; M.Tatar ve S.Saka:

Müşteki vekilinin sanığın işyerinde müvekkili adına tescilli bornoz desenlerini izinsiz olarak taklit edip satışa sunduğu savıyla Cumhuriyet Savcılığına verdiği şikâyet dilekçesi üzerine Sulh Ceza Mahkemesinden alınan karar gereği işyerinde yapılan aramada 6 adet müşteki firmanın bulut, yıldız ve ay tasarım desenleri bulunun bornozlar ele geçmiş, yapılan yargılama sonunda suça konu ürünler üzerindeki desenlerin tescilli olup olmadığını kavrayabilecek ehliyeteye sahip olmadığı gerekçesiyle sanığın beraatine karar verilmiştir.

Dairemiz kararında özet olarak; olay tarihinde yürürlükte bulunun 1412 sayılı CMUK.nun 97/2. maddesindeki "Hâkim veya Cumhuriyet Savcısı hazır bulunmaksızın yapılan aramada ihtiyar heyeti azalarından veya komşulardan iki kişinin imzası alınmadan yapılan aramanın hukuka aykırı" olduğu ve bu işlem sonucu elde edilen kanıtın da hukuka aykırı olarak elde edilen kanıt olması nedeniyle yargılamada kullanılamayacağı ve başkaca da mahkûmiyete yeter kanıt olmadığından bu gerekçeyle beraat kararı verilmesi gerektiği belirtilerek sonucu itibarıyla doğru olan beraat kararı isteğe aykırı olarak onanmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise, 7.6.2007 tarihli itirazında özetle, dairenin CMUK.nun 97/2. maddesine aykırı davranılması sonucu elde edilen hukuka aykırı kanıtın ceza yargılamasında kullanılamayacağı görüşünü kabul etmekte, ancak 29.11.2005 gün, 144/150 sayılı CGK kararında da belirtilen biçimde sanığın ikrarı ve bu ikrarın rafta ürünlerin bulunması ve bilirkişi raporuyla desteklenmesi nedeniyle mahkûmiyete yeterli olduğu düşüncesiyle, daire kararının bozulmasını istemektedir.

Yüksek Ceza Genel Kurulu, ön sorun olarak olay tarihinde yürürlükte bulunan CMUK 97/2. maddesine uyulmadan yapılan arama sonucunda elde edilen kanıtın hukuka aykırı kanıt olup olmadığı, başka bir anlatımla CMUK madde 97/2'de yazılı "Hâkim veya Cumhuriyet Müddei Umûmîsi hazır olmaksızın süknada veya iş görmeye mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunula bilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur." biçimindeki koşula uymamanın o aramayı ve elde edilen kanıtı hukuka aykırı hâle getirip getirmeyeceğini tartışmış ve anılan maddede sözü edilen iki kişi bulundurulmadan yapılan aramanın yasaya "nisbi aykırılık" oluşturduğu ve bu aykırılığın aramayı sakatlamayacağı ve dolayısıyla bu şekilde elde edilen kanıtın ceza yargılamasında kullanılabileceği sonucuna vararak itirazı değişik gerekçeyle kabul edip Yedinci Ceza Dairesi kararını bozmuş ve dosyanın esastan incelenmek üzere dairemize gönderilmesine karar verilmiştir.

Kanımızca, bu karar; CMUK.nun 97/2. maddesinde yazılı koşulları taşımayan bir arama işleminin hukuka uygunluğunu kabul sonucunu doğurması yönüyle yasaya aykırı ve itirazın asıl konusunu oluşturan yasaya aykırı kanıtın uzak etkisini ve sanık

ifadelerinin ikrar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartışmadığı için de eksiktir.

Karşı oyumuzun gerekçelerine gelince;

Somut olaydaki yasaya aykırılığın arama işlemini sakatlayıp sakatlamayacağı ve elde edilen kanıtın yargılamada kullanılıp kullanılamayacağı sorununun çözümüne geçmeden önce genel olarak “hukuka aykırı kanıtların ceza yargılamasındaki yeri” konusundaki düşüncelerimizin açıklanmasında yarar görülmektedir.

Soruna bakış açımız kıymetli hocamız Prof. Dr. Nevzat TOROSLU’nun şu veciz ifadeleriyle aynen örtüşmektedir. Sayın Toroslu, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 498, Ankara 1995) Prof. Dr. Hamide TOPÇUOĞLU’na Armağan’da yayımlanan “Hukuka Aykırı Deliller Sorunu” başlıklı makalesinde şöyle demektedir:

“Hukuka aykırı veya yasak deliller konusunda sorulması gereken ilk soru, nasıl bir Ceza Muhâkemesi istediğimiz sorusudur. Ne pahasına olursa olsun bütün suçluları cezalandırmayı amaçlayan bir Ceza Muhâkemesi mi, yoksa hukukî yollarla elde edilen delillerle suçlu bulunanları cezalandırmayı amaçlayan bir Ceza Muhâkemesi mi istiyoruz? Bir başka deyişle de, eski mutlakiyetçi rejimlere özgü olan ve günümüzde de daha az mutlakiyetçi olmayan baskıcı rejimlerde benimsenen ve sanığı peşinen suçlu kabul eden, Ceza Muhâkemesinin amacını sadece mahkûmiyeti haklı gösterecek delilleri elde etmek olarak anlayan, bunun için de, işkence de dahil, her yolu meşru gören baskıcı bir Ceza Muhâkemesi mi, yoksa özgürlükçü toplumlarda benimsenen ve suçlulukla mücadele konusunda çatışır gibi gözükken toplumsal menfaat ile bireysel menfaat arasında bir paralellik bulunduğunu kabul eden, böylece suçluların ortaya çıkarılmasını ve cezalandırılmasını olduğu kadar suçlu olmayanların cezalandırılmamasını da amaçlayan bir Ceza Muhâkemesi mi istiyoruz?

Günümüz özgürlükçü toplumlarında suçluların cezalandırılması amacı mutlak bir değer taşımamaktadır. Zira bu amaca ulaşmak için ola bile aşılması kabul edilmeyen bazı sınırlar öngörülmüştür. Bunlar a. İnsan onuruna ve haklarına saygı gösterilmesi ve b. Masumların cezalandırılmamasıdır.”

Gerçekten de düşüncemize göre, çağımızda artık geçerliliğini yitirmiş “neye mal olursa olsun gerçeği bulup suçluyu cezalandırma” amacı yerine, “suç ve suçluyu bulmada hukuk içinde kalarak ve kişi hak ve özgürlüklerini ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak ve hakların özüne de dokunmadan ölçülü ve amaca uygun biçimde ve mutlaka yasayla sınırlayarak (Anayasa m. 13) elde edilebilecek kanıtların kullanılması koşuluna bağlı bir ceza yargılaması sisteminden yana olmak”, çağdaş hukukçunun amacı olmalıdır. Böyle bir ceza yargılama hukuku, birey haklarını öne çıkarır ve onlara öncelik verir gibi görünse de, toplum bireylerden oluştuğuna göre birey haklarının zedelenmesini önlemek, aslında toplumun çıkarlarını korumak anlamını taşıyacaktır. Yasaya uygunluğun öne çıkarıldığı bir Ceza Muhâkemesi Hukuku suçludan değil yasaya aykırı kanıtlarla olası haksız mahkûmiyetleri önlemekle aslında masumlardan yana bir hukuk dalı olarak işlevini yerine getirebilecektir.

Türk ceza siyaseti de tercihini sözünü ettiğimiz çağdaş sistemden yana kullanmış ve 18.11.1992 gün ve 3842 sayılı yasa ile CMUK.umuzun 135/A ve 254/2.maddelerine getirdiği düzenlemeler ile yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen kanıtların kullanılamayacağını belirttikten sonra konumuzu doğrudan ilgilendiren

CMUK. 254/2.maddesi ile getirdiği "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz." hükmüyle, kimilerince eleştirilse de kanımızca ceza yargılamasında bir çığır açmıştır. Amacı, kolluk gücünü disipline etmek, onların olası keyfî davranışlarını önleyerek hukuk içerisine çekmek ve böylece bireylerin hak ve özgürlüklerinin zedelenmesini önlemek olan bu hüküm, yürürlüğe girdiği 1992 yılından itibaren hiçbir istisnâ tanımadan, hukuka aykırılık varsa -ki hukuka aykırılık, Anayasa Mahkemesinin 22.06.2001 gün ve 2-2 sayılı kararında da vurgulandığı gibi en başta millî hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde anayasaya, usûlüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümünü ve ayrıca hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kurallara da aykırılık olarak tanımlanmaktadır.- yasak delil vardır ve bu yasak delil hükme hiçbir şekilde esas alınamaz demektir, emredicidir.

Hukuk sistemimiz bununla da yetinmemiş, aynı nitelikteki kuralı dünya devletlerinin anayasalarında rastlamadığımız şekilde anayasamızın 38.maddesine de monte etmiştir. 4709 sayılı kanunla getirilen düzenleme aynen şöyledir:

(Ek: 3.10.2001-4709/15 md.) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Bilindiği gibi bu ilkeler 5271 sayılı yeni CMK'nun 206/2 ve 217.maddelerinde de aynı anlama gelecek biçimde yinelenmektedir.

Tüm bu yasal düzenlemeler kanımızca Türk yargısı tarafından tam anlamıyla oldukça geç algılanmış, yasak yöntemlerle elde edilmiş kanıtların yargılamada kullanılamayacağı ilkesi birkaç bozma kararında destek norm olarak kullanılmış, ancak gerçek yerini Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.11.2005 gün ve esas 2005/7-144, karar 2005/150 sayılı kararında bulabilmiştir.

Anılan kararda, yasak delilin kullanılamayacağı açık ve kesin bir dille anlatılarak ilkenin anlam, kapsam ve önemi vurgulanmıştır. Bu yapılırken de haklı olarak yasaya aykırılığın "mutlak" ya da "nispi" olabileceği biçiminde bir ayırımı yer verilmemiştir.

Gerçekten de CMUK'muzun getirdiği sistem, yasaya aykırılığın nispi olması hâlini, gerektiğinde gözetilmeyecek bir aykırılık olarak düzenlenmemiştir. Yasamızın kesin ve emredici kurallarının böyle bir yoruma açık olmadığı da görülmektedir. Yasa koyucu böyle bir hâli öngörseydi, hâkimin taktirine göre, nispi aykırılıkta, elde edilen kanıtın kullanılabileceğini açıkça belirtirdi. Oysa yasa tam aksine ve kesin bir biçimde yasak delil kullanılamaz, hükme esas alınamaz demektedir ve 3842 sayılı yasadaki önce yapılabilecek bu şekildeki yorumların önünü kesmektedir.

"Mutlak aykırılık", "nispi aykırılık" ayırımını, başka bir anlatımla "değerlerin tartımı" ilkesini, giderek "birey ve toplum çıkarlarının dengelenmesi" amacını da gözetmemiz, ceza yargılaması kanunumuz karşısında olanaklı değildir. Tekrar vurgulayalım ki, sistemimiz delile değil hukuka üstünlük tanımakta, neye mal olursa olsun suçluyu bulma ve cezalandırma sisteminden vazgeçmiş bulunmaktadır.

Bilindiği gibi CMUK.nun 254/2.maddesindeki kural kıta avrupalı devletlerinin

çoğunun yasalarında yer almamaktadır. Tam aksine “değerlerin tartımı” ilkesinin uygulanmasını engellemeyen yargılama yasalarına sahip ülkeler vardır ve bunların uygulamalarının örnek gösterilmesinin ve benzer biçimde Anglo Amerikan hukukundan örnekler vermenin de ceza yargılaması yasamız karşısında doğru olmayacağı düşünülmektedir.

Özetle; yasaya aykırılık varsa, bu aykırılığın “mutlak” ya da “nispi” olmasına bakılamaz ve bu şekilde elde edilen kanıtlar Türk ceza yargılaması sisteminde kullanılamaz. Prof. Dr. Erdener Yurtcan bu konuda aynen katıldığımız şu değerlendirmeleri yapmaktadır:

“Türk ceza yargılaması sistemi bugün tercihini belirlemiştir. Yargılamada maddî gerçek aranacaktır. Fakat bu sonuca ulaşılırken bireye tanınan yargılama hakları ve güvencelerine mutlak uyulacaktır. Delil toplama, savunma hakkından yararlanma kuralına uyulacak, bunlara aykırılık hâlinde yargılama hukuka aykırı sayılacaktır. Yasanın 254/2.maddesinin anlattığı ve hukukumuzda getirdiği sonuç budur. Bu hüküm bugün batının yasalarında olmayan bir ilkedir.

Bu nedenle bu konuda değerlendirme yaparken yasasında 254/2.maddesi olmayan ülkelerin doktrinlerinin değerlendirilmesinin örnek alınması yanlıştır. Sular tersine akıtılamaz.”(Bk.: Prof Nurullah Kunter’e Armağan, İÜHF Eğ. Öğr. ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No. 716 İst.1998-“Yargıtay Kararlarının Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı”).

Bu düşüncelerle somut olaya baktığımızda:

1. Hâkim kararına dayalı olarak ancak hâkim veya savcı katılmaksızın CMUK’nun 97/2.maddesinde belirtilen kişiler de bulundurulmadan yapılan arama yasaya aykırıdır ve bu şekilde yapılan arama sonucu elde edilen ürünler ve bunlarla ilgili bilirkişi raporu yargılamada kanıt olarak kullanılamaz.

2. Yasaya aykırılık nispi de olsa kullanılamaz. Kaldı ki, yasaya mutlak aykırılık vardır. Çünkü, yasanın aramada ihtiyar heyeti veya komşulardan iki kişinin bulundurulması zorunluluğunu araması aslında kişinin özel hayatının dokunulmazlığına yasa ile getirilmiş bir sınırlama olan “arama” işleminin yapılması sırasındaki yöntemi belirtmesi ve bu hâliyle getirilen sınırlamanın sınırını çizmesi açısından çok önemli amaçlar taşımaktadır. Bu amaçlar iki şekilde ortaya çıkmaktadır:

a. Kolluğun olası keyfî davranışlarını önleyici etkisi ile hak ihlallerini ortadan kaldırmak,

b. Arama sonrasında, aramanın yönetime aykırı olarak yapıldığı savıyla bireyler tarafından kolluğa yöneltilebilecek haksız suçlamaları önlemek.
Böyle olunca da kurala uyulmaması kanımızca yasaya mutlak aykırılık olarak değerlendirilmelidir.

3. Anılan düzenlemeye aykırılığı “nispi aykırılık” kabul edip bu şekildeki arama sonucu elde edilen kanıtları değerlendirilebilir olarak gören karar, örnek oluşturacak ve kolluğun disipline edilmesi amacının aracı olan bu kuralın bir daha hiç gözetilmemesi sonucunu doğuracaktır.

4. Hâlbuki bu eksikliğin hukuka aykırılığının vurgulanması kolluğun kendisini de güvence altına alabilecek ve uygulanması büyük bir külfet ve zorluk oluşturmayacak bu kuralın her zaman ve her koşulda gözetilmesi zorunluluğunu getirecekti.

5. Şüphelinin yapılan aramaya ve arama sırasında gerçekleşen bu yasaya aykırılığa itiraz etmemesi, karşı çıkmaması da yasaya aykırılığın giderildiği ve gözetilmemesi sonucunu doğurmayacaktır. Çünkü değil icazetin, başlangıçta aramaya gösterilen muvafakatin bile yasaya aykırı aramayı hukuka uygun hâle getirmeyeceği düşünülmektedir. Kanımızca, arama işlemi kişinin özel hayatının dokunulmazlığına getirilmiş bir sınırlamadır ve bunun koşullarının ve sınırlarının yasada açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Türk özgürlükler hukukunda özgürlüklerin sınırlanması ancak ve ancak yasayla olanaklıdır. Anayasamızın 13. maddesinin buyruğu budur. Yasada muvafakat, aramanın yapılabilmesinin koşulu olarak belirtilmediği için aynı anlama gelen "icazet"de yasaya aykırılığı giderici bir olgu olarak görülemez.

Açıkladığımız gerekçelerle itirazın reddi görüşünde olduğumuzdan aksine oluşan sayın çoğunluğun düşüncelerine katılmadığımızı belirtirken sayın Toroslu'nun sözü ile başladığımız karşı oyumuzu yine onun yukarıda belirttiğimiz makalesindeki şu sözleriyle bitirmek istiyoruz:

"Çok yaygın bir özdeyişimiz vardır: 'Ateş düştüğü yeri yakar'. 'Eli yanmadıkça ateşin yakıcı olduğunu anlayamayanlara' ve hukuka katkı amacıyla oluşturduğumuz dairemiz kararını "ayakları üzerinde değil de elleri üzerinde yürümek" olarak niteleyenlere söyleyecek sözümüz bulunmamaktadır."

şeklînde itirazın reddi yönünde karşıoy kullanmışlardır.

Bu itibarla; itirazın değişik gerekçe ile kabulüne, Özel Dairece değerlendirilmeyen bir hususun ilk kez Genel Kurul'da ele alınması mümkün görülmediğinden, Genel Kurulun kabulüne ve diğer kanıtlara göre değerlendirme yapılması için dosyanın Özel Daireye gönderilmesine karar verilmelidir.

Sonuç

Açıklanan nedenlerle;

1. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile KABULÜNE,
2. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 17.04.2007 gün ve 10476-2703 sayılı kararının KALDIRILMASINA,
3. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun "yapılan arama sırasında ele geçirilen delillerin hukuka uygunluğu" yönündeki kabulüne ve diğer kanıtlara göre inceleme ve değerlendirme yapılması için dosyanın Yargıtay 7. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine,

26.06.2007 günü yapılan müzakerede oyçokluğu ile karar verildi.