

Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Ekseninde Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı

Mert KARAKOYUNLU*

* *İstanbul Barosu, T.C. İstanbul Aydın Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı,*
mertkarakoyunlu@stu.aydin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4234-7323

Geliş Tarihi/Received: 18.09.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 21.09.2021

e-Yayım/e-Printed: 26.09.2021

ÖZET

Temel hak ve özgürlüklere koruma tedbirleri ile getirilen sınırlamaların hukuka uygun kabul edilebilmesi için belirli esaslar vardır. Yasal düzenleme zorunluluğu, belirli yoğunluktaki suç şüphesi, geçicilik, görünüşte haklılık, ölçülülük ve hükümden önce temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma şeklindeki ortak özelliklere sahip koruma tedbirlerine ancak gecikmede tehlike bulunan hallerde ve yetkili mercii kararına dayanarak başvurulabilir. Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu sistematığına göre asıl olan temel hak ve özgürlüklerin hâkim veya mahkeme kararına dayanarak sınırlandırılmasıdır. Ancak bazı hallerde bu güvencenin adeta yumuşatılmasına cevaz verilerek Cumhuriyet savcısı ve hatta adli kolluk da koruma tedbirlerine karar veya emir vermeye yetkili kılınmıştır. İstisnai yetki devrini mümkün kılan bu husus gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak ifade edilmiştir. Masumiyet karinesinin koruması altındaki bir kişinin temel hak ve özgürlüklerine sınırlama getirme yetkisinin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bağlı olarak, hâkim yerine Cumhuriyet savcısı veya adli kolluğa kadar devri, güvencelerden ilave fedakârlıkları beraberinde getirerek adeta istisnanın içinde istisnai bir alan daha yaratmaktadır. Dolayısıyla suçun aydınlatılması ile temel hak ve özgürlüklerin korunması arasındaki hassas dengeye riayet gecikmesinde sakınca bulunan halin gündeme geldiği durumlarda özellikle önem kazanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal, Masumiyet Karinesi, Yetki Devri, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

The Concept Of Non-Delayable Case in Criminal Procedure Law in The Axis of Protection Measures

ABSTRACT

There are certain principles in order for the restrictions imposed on fundamental rights and freedoms to be considered lawful. Protection measures with common features such as legal regulation obligation, suspicion of crime of certain intensity, temporality, justification in appearance, proportionality and limiting fundamental rights and freedoms before the verdict can only be applied in non-delayable cases and based on the decision of the competent authority. According to the systematic of the Constitution and the Criminal Procedure Law, the main thing is to limit the fundamental rights and freedoms based on a judge or court decision. However, in some cases, this guarantee is allowed to be softened, and the public prosecutor and even the judicial police are authorized to decide or order protection measures. This issue, which makes the transfer of exceptional authority possible, has been expressed as non-delayable case. The transfer of the authority to limit the fundamental rights and freedoms of a person under the protection of the presumption of innocence to the public prosecutor or the judicial police instead of the judge, depending on the non-delayable case, brings with it additional sacrifices from the assurances, creating an exceptional area within the exception. Therefore, maintaining the delicate balance between the clarification of the crime and the protection of fundamental rights and freedoms gains particular importance in especially in non-delayable cases.

Keywords: Non-Delayable Case, Presumption of Innocence, Delegation of Authority, Limitation of Fundamental Rights and Freedoms

Giriş

Ceza muhakemesi hukuku, muhakeme sürecinin nasıl yönetileceğini düzenleyen bir disiplin olup, kanunların suç olarak tanımladığı fiilleri işleyenler ve bu sürece dahil olan diğer kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini içerir.¹ Bir suç işlendiği yönünde şüphe ortaya çıktığında devreye giren ceza muhakemesi hukuku², şüpheye konu suçun işlenip işlenmediği, işlendiyse kim tarafından ve ne şekilde işlendiği, yargılamanın nasıl başlatılıp yürütüleceği, yaptırımın tespiti ve uygulanabilirliğinin sağlanması hakkındaki bir dizi faaliyet olarak tanımlanabilir.³

Devletin kişisel öç alma ve düşmanlıkları engelleyecek şekilde kalıcı bir hukuki barış⁴ ve adalet tesis etmek için giriştiği ceza muhakemesi faaliyetinde, medeni muhakeme hukukunda olduğu gibi şekli gerçeğe yetinilmeyerek, olayın gerçek yüzünün açığa kavuşturulması amaçlanır.⁵ Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için süreci yönetenlerin hizmetine koruma tedbirleri olarak adlandırılan çok geniş ve etkili araçlar verilmiştir. Delillerin gereken zamanda tespit ve muhafazasının sağlanması⁶, muhakemenin gerektiği gibi yürütülüp⁷ makul sürede tamamlanması, hükmün infazının sağlanması⁸ ve muhakeme masraflarının da karşılanabilmesi⁹ için yetkili merciler tarafından gecikmede tehlike bulunan hallerde geçici olarak başvuru ve hükümden önce temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren araçlara koruma tedbirleri adı verilir.¹⁰

Koruma tedbirleri temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren istisnai araçlar¹¹ olduğundan en başta anayasal hükümlerde karşılığını bulmaktadır.¹² Bunun esas sebebi, koruma tedbirlerinin kişiler üzerindeki muhtemel yıkıcı etkilerini engellemek amacıyla temel hak ve özgürlükler ekseninde koruyucu sınırlar çizmektir. Çünkü, koruma tedbirleri kişi hürriyeti ve güvenliği, kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, seyahat hürriyeti ve haberleşme hürriyeti şeklindeki altı anayasal temel hak ve özgürlüğü sınırlandırmakta, hatta kimi durumlarda bunların kullanımını durdurmaktadır.¹³

Hem Anayasa hem de Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin esasen hâkim veya mahkeme kararına dayanması gerektiği kabul edildiğinden koruma tedbirlerine de kural olarak hâkim veya mahkeme tarafından karar verilmesi gerekir.¹⁴ Bu bakımdan hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkeleri önemli birer güvence görevi üstlenmektedir.¹⁵ Ancak bu genel kural bazı koruma tedbirleri için gecikmesinde sakınca bulunan hallerin varlığına özgü olarak¹⁶ şüpheli aleyhine olacak şekilde “*yumuşatılmış*”¹⁷ ve Cumhuriyet savcısı hatta adli kolluk da karar/emir vermeye yetkili kılınmıştır.

Çalışmamızda istisnai bir kavram olan gecikmesinde sakınca bulunan hal, koruma tedbirleri ekseninde incelemeye alınmış ve ilk kısımda bununla karşılanan olgunun ve hizmet edilen amaçların

¹ Ceza Muhakemesi Kanunu, 2004: 1 “*Bu Kanun, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenler.*”

² CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, B.19, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, Kasım 2020, s.4.

³ CENTEL/ZAFER, s.7-8; YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, B.7, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.71.

⁴ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, B.3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.43.

⁵ YENİSEY/NUHOĞLU, s.70.

⁶ ÖZBEK vd., s.261.

⁷ YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, B.16, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.361.

⁸ CENTEL/ZAFER, s.380.

⁹ ÖZTÜRK, Bahri/EKER KAZANCI, Behiye/GÜLEÇ, S.Sesim: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.25.

¹⁰ ÖZTÜRK, B. vd.: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, B.10, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.433; KONTACI, Burcu Baytemir vd., Ceza Muhakemesi Hukuku: Temel Hukuk Dizisi, (Editör: ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.111.

¹¹ ARISOY/Uygur Kaan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2014, s.1.

¹² YURTCAN, s.362.

¹³ BARIN/Taylan: Yeni Anayasa Önerilerinde Koruma Tedbirleri, 11.Ceza Hukuku Günleri: Koruma Tedbirleri ve Türk Anayasaları ile Yeni Anayasa Önerilerinde Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenlemeler (Editör: SÖZÜER, Adem), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss.469-498, s.470.

¹⁴ YURTCAN, s.362.

¹⁵ İNCİ, Zekiye Özen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 65 (4): ss.1997-2046, s.2022; YURTCAN, s.362.

¹⁶ KONTACI vd., s.114.

¹⁷ TAŞKIN, Şaban Cankat: 31 Temmuz 2018 Tarihli CMK 134 (Bilgisayarların Aranması) Değişikliğine İlişkin Değerlendirme, (<http://cankattaskin.av.tr/?p=1701>, Erişim tarihi: 14.07.2021).

ortaya konulmasına gayret gösterilmiştir. Bununla beraber yine ilk kısımda koruma tedbirlerinin de içerisinde konumlandığı tehlike tedbirlerinin diğer bir türü olarak karşımıza çıkan önleyici tedbirlerde söz konusu kavrama yer verilen düzenlemelere örnekler verilerek amaç unsuru bağlamında bir karşılaştırmaya gidilmiş ve iki kurum arasındaki geçişin ne surette gerçekleştiğine değinilmiştir. İkinci kısımda ise söz konusu kavramın genel özellikleri ve buna bağlı istisnai yetki devrini doğuran koşulların neler olduğu irdelenmeye çalışılmıştır. Üçüncü kısımda gündeme gelen yetki devri ile verilen karar veya emirlerin denetiminin nasıl gerçekleştirileceği ve son kısımda ise hukuka aykırılığın doğurabileceği sonuçlar üzerinde durulmuştur. Bu anlamda ceza sorumluluğu bakımından yapılacak değerlendirmenin kapsamı oldukça genişleteceği düşünülerek sadece delillerin hukuka aykırılığı ve tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler inceleme konusu yapılmıştır. Ayrıca çalışma sırasında yeri geldikçe Yargıtay'ın ilgili hükümlerine de atıfta bulunulmuştur.

1. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Amaçları

1.1. Tanım ve Kavram

CMK'da açık bir tanımı bulunmayan gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin (YGAİAY) 4/4 maddesinde, "*Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli*"; Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin (AÖAY) 4-a maddesinde adli aramalar bakımından, "*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*" ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 3.maddesinde de "*derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali*" olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda kanun koyucunun kavram tercihine yönelik öğretide bazı eleştiriler getirilerek seçimin isabetsizliğine vurgu yapıldığını belirtmemiz gerekir.¹⁸

Sözlük içerisinde sakınca kavramı "*Çekinilmesi, dikkatli olunması gereken, sakınmayı gerektiren durum, mahzur*"; tehlike kavramı ise "*Büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum, muhatara*" olarak tanımlanmıştır.¹⁹

Koruma tedbirleri tehlike tedbiri içerisinde konumlanmış müessesedir. Buna göre gecikmedeki tehlike tüm koruma tedbirlerine başvurunun her halde ön koşullarından biri olup tedbire derhal başvurulmamasında bir tehlike yoksa tedbire başvurmak zorunlu olmadığı gibi gerekli de değildir.²⁰ Aynı zamanda bu tehlikenin yakın olması da şarttır. Derhal müdahalede bulunulmadığı takdirde korkulan sonucu meydana getirmeye elverişli olduğu fiili ve somut olgularla tespit edilebilen bir tehlikenin, muhtemel ve yakın olarak kabulü mümkündür.²¹ Daha açık bir ifadeyle, koruma tedbirlerine hiç başvurulmadığında ya da geç başvurulduğunda delillerin elde edilip muhafaza altına alınamaması, şüphe altındaki kişinin kaçabilecek olması nedeniyle hükmün infaz edilememesi ve muhakeme masraflarının da karşılanamaması gibi sonuçların doğma tehlikesinin yakın ve muhtemel olduğu ortaya konulabiliyor ise tedbire gecikmeden başvurmanın da zorunlu olduğu kabul edilebilir.²²

Kanun koyucunun gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak ortaya koyduğu kavrama koruma tedbirleri ekseninde bağladığı önemli bir sonuç bulunmaktadır. Buna göre koruma tedbirlerine başvurmak için her halde bulunması gereken yakın ve muhtemel tehlikeden farklı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, soruşturma aşamasında istisnai bir yetki devrini beraberinde getirmektedir.²³ Şöyle ki, eğer tedbire başvuru için hâkim kararının beklenilmesi durumunda yaşanacak gecikme umulan faydanın tam anlamıyla gerçekleşmesini engelleyecek ya da bir

¹⁸ Sakınca kavramının tehlikeye göre çok daha geniş olduğu, koruma tedbirlerini devreye sokacak olanın ise ancak yakın ve ağır tehlikeler olduğu bu nedenle, "Gecikmede tehlike" (periculum in mora) olarak ifade edilen bu kavramın gecikmede sakınca olarak Türkleştirilmesinin isabetsiz olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s.308; Bu durumu karşılamak için gecikmezlik tabirinin tercih edilmesinin yerinde olacağı yönündeki görüş için bkz. YURTCAN, s.363; Aynı kavram tercihi yönünde bkz. ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, B.13, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.306.

¹⁹ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 11.05.2021).

²⁰ ÖZTÜRK/EKER KAZANCI/GÜLEÇ, s.33; Serdar Talas, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Notları Dördüncü Bölüm, Koruma Tedbirleri Giriş ve Ortak Özellikler, (<https://cdn.istanbul.edu.tr/statics/cezahukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2016/12/Koruma-Tedbirleri.pdf>, Erişim tarihi: 22.07.2021), s.3.

²¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s.308.

²² ÖZBEK vd., s.264; KONTACI vd., s.112; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s.24; ÖZTÜRK vd., s.436.

²³ YURTCAN, s.363.

imkânsızlık yaratacaksa gecikmesinde sakınca bulunan hal²⁴ kavramı devreye girerek karar/emir yetkisinin istisnai şekilde Cumhuriyet savcısı ya da kolluğa devrini sağlamaktadır.²⁵

1.2. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramının Amaçları

1.2.1. Genel Anlamda

Ceza Muhakemesi hukuku itibarıyla gecikmesinde sakınca bulunan hal esas olarak koruma tedbirleri ekseninde düzenlenen bir kavramdır.²⁶ Böylece bir muhakeme işleminin ya da hakkın yakın tehlike²⁷ altında bulunması²⁸ nedeniyle gecikmeye müsaade edilemeyecek istisnai hallerde koruma tedbirine dair hâkime ait karar yetkisi Cumhuriyet savcısı veya emrindeki adli kolluğa devredilmektedir.²⁹ Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı bu yönüyle temel hak ve özgürlükler için öngörülen güvencelerin esnetilmesine neden olarak zorunlu bir geriye gidişe işaret etmektedir. Buna göre tedbire başvuru için hâkim kararının beklenilmesi durumunda yaşanacak gecikmeden muhakemenin zarar görmesini engellemek için “*sıralı yetki devri*” suretiyle koruma tedbirlerine başvurunun önünü açan gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının kapsayıcı amaçları ise koruma tedbirlerinin amaçlarından başkası değildir.

1.2.2. Delillerin Zamanında Tespit ve Muhafazasının Sağlanması

Gecikmesinde sakınca bulunan halin, acil gereklilik karşısında istisnai yetki devri suretiyle koruma tedbirlerinin uygulanmasını sağlamadaki bir amacı delillerin zamanında tespit ve muhafazasının sağlanması olup, bu husus hem ceza muhakemesinin gereği gibi devamı hem de esas amacı olan gerçek hakikate erişebilmesi için önem teşkil eder. Çünkü, suç olarak kabul edilen bir fiilin işlendiği şüphesi ile başlayan ceza muhakemesinde, söz konusu suçun işlenip işlenmediği, eğer işlendiyse kimin tarafından işlendiği yönündeki vicdani kanaate ele geçirilen deliller vasıtasıyla ulaşılır.³⁰ Geçmişte yaşanan vakianın birer parçasını teşkil ederek ceza hâkimi önünde yeniden canlandırılmasını sağlayan deliller,³¹ değişikliğe uğrar veya yok edilir ve bu halde başka delil de elde edilemezse muhakemesinin başarısızlıkla sonuçlanacağı açıktır. Bu bakımdan acil gereklilik karşısında yetki devri ile koruma tedbirlerinin uygulanmasını mümkün kılan gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, olaydan hemen sonra delillerin bozulmaksızın elde edilmesini ve muhafazasını sağlayarak suçun aydınlatılmasında önemli bir görev üstlenmektedir.³²

1.2.3. Muhakemenin Makul Sürede Sonuçlandırılması

Gecikmesinde sakınca bulunan hale dayalı olarak Cumhuriyet Savcısı ya da kolluk tarafından koruma tedbirlerine karar/emir verilmesinin mümkün kılınmasındaki diğer bir amaç ise suç şüphesi altındaki kişinin zamanında yetkili merciler önünde hazır edilerek³³ muhakemenin makul sürede sonuçlandırılmasını sağlamaktır. Muhakemenin makul sürede sonuçlandırılmasına yönelik bu hizmet

²⁴ GÜLŞEN, Recep: Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 3 (2), 2015, s.234.

²⁵ CENTEL/ZAFER, s.381-382, İNCİ, s.2004.

²⁶ Bununla beraber “Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yapılan işlemler” başlıklı CMK md.21’deki; “Bir hâkim veya mahkeme, yetkili olmasa bile, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, yargı çevresi içerisinde gerekli işlemleri yapar.”; “Reddi istenen hâkimin yapabileceği işlemler” başlıklı CMK m.29/1’deki; “Reddi istenen hâkim, ret hakkında bir karar verinceye kadar yalnız gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapar.” ve aynı maddenin 3.fıkrasındaki; “Ret isteminin kabulüne karar verildiğinde, gecikmesinde sakınca bulunan hâl nedeniyle yapılmış işlemler dışında, duruşma tekrarlanır.”; “Hâkimin çekilmesi ve inceleme mercii” başlıklı CMK m.30’daki; “Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yapılan işler hakkında 29 uncu madde hükmü uygulanır.”; “Tanıkların dinlenmesi” başlıklı CMK m.52/2’deki; “Tanıklar, kovuşturma evresine kadar ancak gecikmesinde sakınca bulunan veya kimliğin belirlenmesine ilişkin hâllerde birbirleri ile ve şüpheli ile yüzleştirilebilir.” ve “Keşif” başlıklı CMK m.83/1’deki; “Keşif, hâkim veya mahkeme veya naip hâkim yada istinabe olunan hâkim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.” şeklindeki düzenlemeler ile birer koruma tedbiri niteliğinde olmayan bazı muhakeme işlemlerinde de gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına delillerin toplanmasına ve yargılamanın yürütülmesine yönelik çeşitli sonuçlar bağlandığı hakkında bkz. ÇALIŞKAN, Suat: Ceza Muhakemesinde Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hâl Kavramı ve Uygulaması (<https://www.hukukihaber.net/ceza-muhakemesinde-gecikmesinde-sakınca-bulunan-hl-kavrami-ve-uygulamasi-makale,7499.html>, Erişim tarihi: 02.06.2021).

²⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s.286-309.

²⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s.309.

²⁹ KONTACI vd., s.114.

³⁰ BİRTEK, Fatih: AİHM Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, B.2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.11.

³¹ ŞAHİN, Ragıp: Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ocak 2020, s.24.

³² ERDAGÖZ, Özcan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2008, s.4.

³³ YURTCAN, s.363.

doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleşebilir. Dolaylı olarak hizmet tedbirlerin birbirlerine araçlık etmeleri suretiyle gerçekleşir.³⁴ Yakalamanın gözaltı bakımından araç olması hali bu durumun bir örneğini teşkil etmektedir.³⁵

Nitekim işlev ve görevi ne olursa olsun “*herkes tarafından geçici olarak yakalama*”nın yapılabileceği halleri düzenleyen CMK m.90/1’e göre “*Kişiyi suçu işlerken rastlanması, Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması*” hallerinin açıkça zikredilmemiş olsa da bir nevi gecikmesinde sakınca bulunan hal oluşturduğu kabul edilerek en geniş yetki devrine olanak tanınmıştır. Öte yandan maddenin 2.fıkrasına göre “*tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde*” ise açıkça gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına bağlı bir yetki devri ile “*Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde*” kolluk görevlilerine yakalama yetkisi verilmiştir. Buna göre düzenleme ile bütünsel olarak amaçlanan hususun kişinin adli merciler huzuruna çıkarılmasını temin etmek olduğu ifade edilebilir.³⁶ Bunun için bir anlamda kamu görevi aktarımı yapılarak suç faillerinin kaçması yakın tehlikesinden muhakemenin uğrayabileceği zararlar önlenmek istenmiştir.

1.2.4. Hükümün İnfazının Sağlanması ve Masrafların Karşılması

Koruma tedbirlerine başvurulmasındaki gecikmeden muhakemeyi yetki devri suretiyle koruyan gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının bir diğer amacı da muhakeme sonucunda verilecek hükümün infazının sağlanması ve masrafların karşılanmasıdır. Gerçekten ceza muhakemesi için maddi gerçeğin tek başına ortaya çıkarılması yeterli olmayıp, suç ile bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi³⁷ ancak hükümün infazı ile sağlanabilir.³⁸ Diğer bir deyişle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının yanında hükümün yerine getirilememesi yakın tehlikesinin bertaraf edilmesi de muhakemenin önemli bir amacıdır.³⁹ Bu noktada devreye girecek olan ise önceleyici⁴⁰ koruma tedbirlerinden başkası değildir.

1.2.5. Önleyici Tedbirler Bakımından Karşılaştırmalı Bakış

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına koruma tedbirleri yanında tehlike tedbirinin diğer bir türü olan önleyici tedbir kurumlarındaki düzenlemelerde de rastlanmaktadır. 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilâtı Kanunu’nun 6, 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 56/A, 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun Ek-5, 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 9 ve Ek-7 maddelerinde yer alan önleme tedbiri mahiyetindeki çeşitli kurumlar bunun bir örneğidir. İnceleme eksenimiz gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının koruma tedbirleri çerçevesinde değerlendirilmesi olsa da amaç unsuru yönünden önleyici tedbirler ile karşılaştırmalı tespitlerde bulunmak fayda sağlayacaktır.

Gerçekten bir tedbire başvurulabilmesi için her zaman işlenen bir suçun varlığı zorunlu olmayıp, tehlike hali de yeterli olabilir.⁴¹ Tehlike tedbiri, kavram itibarıyla zarar ihtimaline karşı alınan tedbirler olarak tanımlanabilir. Bu noktada söz konusu tehlikenin uzak ya da yakın olmasına göre tehlike tedbiri kendi içerisinde önleme tedbiri ve koruma tedbiri olarak iki türe ayrılmaktadır.⁴² Tehlikenin yakın olması nedeniyle önlenmesi mümkün değilse tek yapılabilecek koruma tedbirleri ile tehlikeli sonuçtan korunmak olacaktır. Önleme tedbirlerinde ise söz konusu tehlike koruma tedbirlerine nazaran daha uzak bir noktada olduğundan esas itibarıyla o tehlikeyi engellemek amaçlanır.⁴³ Öte yandan koruma tedbirlerini suç şüphesi harekete geçirmekte iken önleme tedbirlerini sadece tehlike hali de gündeme getirebilecektir.⁴⁴ Nitekim önleme tedbirlerindeki şüphe bakımından

³⁴ CENTEL/ZAFER, s.381.

³⁵ YENİSEY/NUHOĞLU, s.307.

³⁶ AYCI, Emrullah: Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, 2012, s.40.

³⁷ GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ ÇAKIR, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.1.

³⁸ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B.3, Ankara, 2007, s.832.

³⁹ YURTCAN, s.363.

⁴⁰ Koruma tedbirlerinin tutucu ve önceleyici şeklinde iki türe ayrılarak incelenmesinin mümkün olduğu ve buna göre önceleyici koruma tedbirlerinin ilerde meydana gelecek durumun daha önce gerçekleşmesini sağlayarak uygulamadan beklenen faydaların elde edilmesine hizmet ettiği hakkında bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s.306.

⁴¹ ÖZBEK, Veli Özer: Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (2), 2002, s.65.

⁴² YENİSEY/NUHOĞLU, s.267.

⁴³ YENİSEY/NUHOĞLU, s.267-268.

⁴⁴ ÜNVER/HAKERİ, s.302.

tahmin ancak gelecekte işlenebilecek suçlara ilişkin iken, koruma tedbirlerinde geçmişte işlenmiş bir suça yöneliktir.⁴⁵ Bu anlamda önleme tedbirlerinde hareket alanı, diğer bir deyişle zaman unsuru daha fazla olduğundan hakkın gerçekten var olup olmadığı değerlendirme konusu yapıp sonucuna göre tedbire başvuru yapıp yapılmayacağına karar verilirken, koruma tedbirlerine gecikmeksizin başvurmak gerektiğinden hakkın var olup olmadığı tartışma konusu yapılmayarak haklı görünüş ile yetinilir.⁴⁶

Bu kapsamda önleme tedbirleri başlangıç şüphesi henüz belirmeden diğer bir deyişle, suç işlendiğine ilişkin somut olguların mevcut olmadığı ancak suç işlenebileceğine dair tehlikenin bulunduğu hallerde, bu tehlikeleri önleme ya da bastırma suretiyle bertaraf edebilmek için geleceğe yönelik olarak başvuru yapılan bir kurum olarak tanımlanabilir.⁴⁷ Ortak özelliklere sahip olsa da tâbi oldukları yasal rejim ve kapsamaları farklı olan önleme tedbirleri ve koruma tedbirleri arasındaki geçişte köprü unsurunu ise gecikmede tehlikenin yakınlık ya da uzaklığı ve suçun işlendiğine ilişkin şüphe hali görmektedir.⁴⁸ Koruma tedbirlerine hukuki niteliği itibarıyla idari mahiyette olan önleyici tedbirler karşısında adli mahiyet kazandıran da bu unsurlardır. Nitekim, mevcut durumda somut olgulara dayanan bir başlangıç şüphesi ve buna bağlı gecikmesinde sakınca bulunan hal bulunması halinde artık amaçlanan doğal olarak suç işlenmesi yakın tehlikesinden korunmak değil, ceza muhakemesi sürecinin gereği gibi yürütülerek maddi gerçeğe ulaşılabilmesinin sağlanması olacak ve uygulanacak kurumun niteliği de kural olarak önleyici tedbirler sınıfında değerlendirilemeyecektir.⁴⁹

Dolayısıyla önleme tedbirlerinde yetki devrindeki esas amaç suç işlenmesi tehlikesini önlemek iken koruma tedbirlerinde işlenmiş bir suç delillerin toplanması ve muhakemenin gereği gibi yapıp sonuçlandırılmasını sağlamaktır.⁵⁰ Bu bakımdan henüz bir suç şüphesinin mevcut olmadığı andan öncesinde uygulama alanı bulabilecek önleyici tedbirlerdeki gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına bağlı yetki devrinin önünü açan düzenlemelerdeki amaç suçu önlemek olduğundan, tedbir sürecinde bir suç ile karşılaşıldığında delillerin hukuka uygun şekilde tespit ve muhafazasının sağlanması için koruma tedbirlerine ilişkin prosedürün uygulamaya alınması zorunludur.⁵¹

2. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramının Genel Özellikleri ve Yetki Devrini Doğuran Koşullar

2.1. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramının Genel Özellikleri

2.1.1. Yasal Bir Düzenlemeye Dayanma Koşulu

Ceza Muhakemesinde çözümlenmeye çalışılan uyuşmazlığa ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmasa dahi, bu boşluğun doldurularak muhakemeye devam edilmesi zorunludur. Bu bakımdan ceza muhakemesinde kural olarak kıyas yasağı geçerli olmadığı gibi mutlak bir kanunilik ilkesi de mevcut değildir.⁵² Ancak zorunluluktan kaynaklı bu serbestlik bir sınırsızlığı ifade etmemekte olup, koruma tedbirlerinin de dahil olduğu istisnai hükümler ve sınırlayıcı hükümler söz konusu olduğunda tekrar kıyas yasağı ve dolayısıyla da sıkı bir kanunilik rejiminin sınırları içine dönülmektedir. Bunun temeli suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin de kaynağı olan temel hak ve özgürlüklerin, diğer şartların da gerçekleşmesine bağlı olarak ancak kanun ile sınırlanabileceğinin emredildiği Anayasa'nın 13.maddesine dayanmaktadır.⁵³

⁴⁵ ÖZBEK, s.60.

⁴⁶ ÜNVER/HAKERİ, s.305.

⁴⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s.268; ÖZBEK, s.65.

⁴⁸ Nitekim Yargıtay bir kararında "Önleme aramasına karar verilebilmesi için belirtilen konulara ilişkin somut ve öngörülebilir bir tehlike olması gerekir. 2559 Sayılı PVSK bu nitelikteki tehlike hâlini "makul sebep" olarak ifade etmektedir. Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut olgulara dayalı "makul şüphe" ile önleme aramasındaki "makul sebep" farklı kavramlardır. "Makul sebep" konunun uzmanları tarafından ortak görüşle anlaşıldığı değerlendirilen bir olgu iken "makul şüphe" çok sayıdaki sıradan insanın somut bir olguyu aynı yönde değerlendirmeleri hâlidir." şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 3.12.2019 tarih ve 2016/8-427 Esas ve 2019/688 Karar sayısı ile verdiği kararı (Kazancı). Benzer yönde bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 5.11.2019 tarih ve 2016/20-610 Esas ve 2019/634 Karar sayısı ile verdiği kararı (Kazancı).

⁴⁹ ÖZBEK, s.63 vd.

⁵⁰ ÖZBEK, s.63.

⁵¹ YAŞAR, Yusuf/ALŞAHİN, Mehmet Emin: Arama, içinde: 11.Ceza Hukuku Günleri, (Editör: SÖZÜER, Adem), s.391.

⁵² BAYTAZ, Abdullah Batuhan: Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.373.

⁵³ TURİNAY, Faruk: Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.12.

Temel hak ve özgürlüklere müdahalenin araçları olan koruma tedbirlerinin mutlak surette bir kanun hükmü ile düzenlenme zorunluluğu vardır.⁵⁴ Kanun koyucu, koruma tedbirlerinde kıyas faaliyetini açıkça yasakladığı gibi dar bir yorumlama ilkesi⁵⁵ de benimsemiştir.⁵⁶ Bu bakımdan koruma tedbirlerine kanunda düzenlenen ölçütler dışında yorum ya da kıyas yoluyla kapsam genişletmesi yaparak başvurmak mümkün değildir.⁵⁷ Örneğin; CMK m.133'te “*Şirket yönetimi için kayyım tayini*” ve CMK m. 135'te “*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*” tedbirlerine başvurulabilecek katalog suçlar açıkça belirlenmiş olup, kapsam dâhilinde olmayan bir suç için tedbire başvuru olanağı yoktur.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı ile yasal düzenleme zorunluluğu arasındaki ilişki ise daha da hassas temellere dayanmaktadır. Çünkü gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı devreye girdiğinde, hâkim kararının getirdiği güvenceden istisnai olarak⁵⁸ yetki devri suretiyle vazgeçilmesini ya da bu güvencenin bir nebze sınırlandırılmasını da beraberinde getirdiğinden temel hak ve özgürlüklerden koruma tedbirleri ile haklı görünüşe dayanarak yapılan fedakârlığın⁵⁹ ölçüsü de artmaktadır. Bu bakımdan yetki devri ancak açıkça müsaade edilen “*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması*” (CMK m.75), “*Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*” (CMK m.76), “*arama*” (CMK m.119/1), “*elkoyma*” (CMK m.127/1), “*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” (CMK m.134), “*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*” (CMK m.135) ve “*Teknik araçlarla izleme*” (CMK m.140) gibi tedbirler yönünden gündeme gelecektir.

2.1.2. Soruşturma Aşamasında Yetki Devri Sağlama Koşulu

Koruma tedbirlerine kovuşturma aşamasında başvurmak gerektiğinde karar verme yetkisi münhasıran yargılama yapan hâkim veya mahkemeye ait olacaktır. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunan halin, soruşturmaya özgü ve soruşturmada sonuç doğuran bir kavram olduğu belirtilebilir.⁶⁰

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına bağlı yetki devrinin gündeme gelmesi için her şeyden önce suç şüphesine dayalı haklı bir görünüşün sağlanması gerekir.⁶¹ Bu bağlamda aranan şüphe halinin yoğunluğu koruma tedbirinin sınırlama getirdiği temel hak ve özgürlüğe göre farklılık göstermektedir.⁶² Ancak koruma tedbirleri ile henüz haklılık ya da haksızlık konusunda kesin kanaate sahip olunamadan temel hak ve özgürlüklerden baştan fedakârlıklar yapıldığından, hassas değerlendirmede bulunmak özel bir öneme sahiptir.⁶³ Hükme kadar masumiyet karinesi ile de bağını devam ettiren şüphe kavramını olasılıklara dayanan soyut ve teorik ihtimallerle güçlendirmek mümkün değildir. Buna göre, somut bir dayanağı bulunmayan yalnızca birtakım spekülasyonlar ya da hipoteze dayalı kabuller⁶⁴ gibi olgular gecikmesinde sakınca bulunan bir hale bağlı olarak koruma tedbirlerine başvurmaya ilişkin de bir gerekçe oluşturamayacaktır.⁶⁵

Şüphe kavramının soyut ve sübjektif yapısı nedeniyle net bir tanımını yapmak ve her olaya uygulanabilecek bir ilkeler demeti oluşturmak gerçekten zordur. Bu bakımdan şüphe yoğunluklarını birbirinden ayırt etmede genel bir çerçeve ışığında ortak ölçütler belirlenerek kapsamlarının buna uygun biçimde içtihatlar ile doldurulmasını sağlamak gereklidir.⁶⁶ Ancak kanun koyucunun şüphe yoğunluğunun sınırlarını özenle çizmesi beklenirken kapsamı tam da belirlenememiş makul şüphe,

⁵⁴ ÖZTÜRK vd., s.434; KONTACI vd., s.111; ÜNVER/HAKERİ, s.305, YURTCAN, s.362.; Ayrıca ifade etmek gerekir ki, Anayasa'nın 90.maddesi ile usulünce onaylandıktan sonra yürürlüğe alınan uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde oldukları hatta temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir konuda kanunlarla uluslararası antlaşmaların farklı hükümler içermesi nedeniyle bir uyumsuzluk çıkması halinde uluslararası antlaşma hükümlerinin üstün kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda koruma tedbirlerine ilişkin de hükümler içeren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası anlaşmalar kanunun da önüne geçebilecek birer temel kaynak hükmündedir. Bu yönde bkz. ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s.28.

⁵⁵HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B.12, US-A Yayıncılık, Ankara, 2019, s.20.

⁵⁶ BAYTAZ, s.130.

⁵⁷ KONTACI vd., s.30.

⁵⁸ KONTACI vd., s.114.

⁵⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, s.307.

⁶⁰ İNCİ, s.2007-2008.

⁶¹ ŞEN, Ersan/ERYILDIZ, Hüsnü Sefa: Elkoyma, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.49; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s.28-29.; YURTCAN, s.363-364.

⁶² ŞEN/ERYILMAZ, s.49.

⁶³ CENTEL/ZAFER, s.382.

⁶⁴ CENTEL/ZAFER, s.381.

⁶⁵ ÜNVER/HAKERİ, s.304.

⁶⁶ ŞAHİN, İlyas: Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri Bakımından Esas Alınan Şüphe Kavramının İncelenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20 (3) 2014, s.106.

somut delillere dayanan kuvvetli şüphe ve kuvvetli şüphe sebepleri gibi kavramlar itibariyle yeknesaklığı sağlamada başarılı olamadığı ifade edilebilir.⁶⁷

Makul şüphe, adli arama (CMK m.116) bakımından aranan bir şüphe yoğunluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Adli aramaya gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında Cumhuriyet savcısı ya da adli kolluk tarafından verilen yazılı emir ile başvurmak mümkündür. Kanunda açık bir tanımı yapılmayan makul şüphe AÖAY m.6'da tanımlanmıştır. Buna göre makul şüphe akla yatkın⁶⁸, kaynağını gerçeklik ve somut delillerden alan, tarafsız bir gözlemciyi ikna edebilecek objektif bir anlam çerçevesinde kişinin suç işlemiş olduğuna işaret eden şüphe halidir.⁶⁹ Bu noktada kolluğun önceki tecrübelerine dayalı kazanımları somut vakıaların okunmasında değer taşımaktadır. Adli arama bakımından makul şüphenin mevcut olması ve tedbirin uygulanması boyunca da devam etmesi gerekir. Aksi durumda, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığından da söz edilemeyeceğinden tedbir ve buna dayalı elde edilen deliller de hukuka aykırı olacaktır.⁷⁰

Tıpkı aramada olduğu gibi elkoyma (CMK m.123 vd.) tedbirine de gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına bağlı olarak Cumhuriyet savcısı ya da adli kolluğun yazılı emri ile başvurmak mümkündür. Ancak elkoyma bakımından açıkça aranan herhangi bir şüphe derecesi bulunmadığını vurgulamak gerekir. Bu bağlamda kanun metninde “*ispat aracı olarak yararlı görülen*” ve AÖAY m.123'te de “*Suçun ve tehlikelerin önlenmesi*” olarak ortaya konulan ifadelerin somut olay karşısında iyi tahlil edilerek, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin oluşup oluşmadığı belirlenmelidir.

Bununla beraber gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında hâkim kararının yanında istisnai olarak Cumhuriyet savcısının da yetkili kılındığı “*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” (CMK m.134), “*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*” (CMK m.135), “*Teknik araçlarla izleme*” (CMK m.140) gibi pek çok koruma tedbiri bakımından ise şüphenin kuvvetli olma şartı aranmıştır. Kuvvetli şüphe, şüphe altındaki kişinin yargılanması halinde mahkûm olması ihtimalinin kuvvetle muhtemel olarak görülmesidir.⁷¹ Kuvvetli şüphenin varlığından söz edebilmek için mahkûmiyete yetecek derecede kesin bir kanıya henüz ulaşılamamış olsa da mevcut delil birikimine göre suçun işlendiği noktasında ciddi bir haklılık düzeyine erişilmiş olmalıdır.

Kanun koyucunun gecikmesinde sakınca bulunan hallerin varlığına bağlı istisnai yetki devrine tüm koruma tedbirleri bakımından cevaz vermediği belirtilmelidir. Bir örnek olarak, tedbire hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebilmesi, en temel kişilik haklarından özgürlüğü sınırlayan tutuklama bakımından mutlak, bunun hiçbir şart ve koşul altında istisnası bulunmamaktadır.⁷²

Ancak bu bağlamda bir koruma tedbirine hâkim, mahkeme veya diğer yetkili merciiler tarafından karar verilmiş olmasının onu her halükârda hukuka uygun hale getirmeyeceğini, bu durumun sadece görünüşte hukuka uygunluk açısından bir karine oluşturduğunu, gerçek anlamda hukuka uygunluktan söz edebilmenin ise koruma tedbirlerinin öngörülen diğer şartlarına da uygun olup olmadığının yanında kararın içeriğini ve uygulanışını da değerlendirmeyi gerektirdiğini özellikle vurgulamak gerekir.⁷³

2.1.3. Geniş Bir Takdir Alanı Yaratma Koşulu

Her olaya uygulanabilecek objektif kriterleri mevcut olmayan gecikmesinde sakınca bulunan hal, olaylar karşısında ve kişiden kişiye değişen, geniş bir takdir alanı yaratan ve dolayısıyla hukuken belirsiz bir kavramdır.⁷⁴ Somut olay karşısında gecikmesinde sakınca bulunan bir halin bulunup bulunmadığı Cumhuriyet savcısı ya da adli kolluk tarafından yapılacak değerlendirme neticesinde belirlenecektir.⁷⁵ Öte yandan koruma tedbirinin hukuka uygun teşekkül etmesi için suç şüphesi, haklı görünüş ve ölçülülük unsurlarının da doğal olarak sağlanması gerekir.

⁶⁷ ÖZBEK vd., s.263; Böylelikle şüphe ve şüphe sebebinin aynı anlama gelip gelmediği hakkında bir tartışma yaratıldığı gibi, somut delil ifadesinin kullanılması da benimsediğimiz görüşlere göre mantığa aykırı bulunmuştur. Çünkü, delillerin niteliği gereği zaten somut olgulardan oluşması gerekmektedir. Bir diğer deyişle soyut kabullere dayalı bir şüphenin ceza muhakemesi bakımından koruma tedbirlerine herhangi bir şekilde zemin oluşturması mümkün bulunmamaktadır. Kanun koyucunun tercih ettiği somut delil kavramı ile ulaşılabilir ve gerçekçi delilleri kastettiğini kabul etmek en doğru yaklaşım olarak görülmektedir. Bu yönde bkz. DÜLGER, Murat Volkan: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, B.8, Ankara 2020, s.583.

⁶⁸ ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s.30.

⁶⁹ ÖZBEK vd., s.264.

⁷⁰ ŞAHİN, s.115.

⁷¹ ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s.31.

⁷² ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s.34.

⁷³ ÜNVER/HAKERİ, s.307.

⁷⁴ İNCİ, s.2010.

⁷⁵ YURTCAN, s.363.

Gerçekten muhakemeyi tehdit eden bir yakın tehlikenin⁷⁶ bertaraf edilebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olduğunda koruma tedbirlerine başvurabilmek için görünüşte bir haklılığın sağlanması gerekli ve yeterlidir.⁷⁷ Eldeki suçluluk şüphesi sebepleri üzerinden en başta bir ön kabul olarak tespit edilen bu haklılık öze dair bir değerlendirme içermez.⁷⁸ Ancak burada, tedbirin gerek suç şüphesi altındaki kişinin gerekse üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerine yönelik hukuka aykırı bir müdahaleye dönüşebilme ihtimaline⁷⁹ karşı korunmak istenilen durumun ileride gerçekleşebileceğinin mümkün olmasının yanında somut ve inandırıcı sebeplere dayanan şekilde muhtemel de görünmesi gerekir. Bununla beraber, hukuka uygunluk için gecikmesinde sakınca bulunan bir halin takdir edilmesi aşamasında ölçülülük değerlendirmesi de yapılması gerekir.⁸⁰ Ölçülülük ilkesi, sınırlamaların ancak amacına ulaşması için gerekli olduğu ölçüde yapılmasını sağlayarak, gereksiz ve keyfi uygulamaların önlenmesinde önemli bir güvencedir.⁸¹ Bunun için gecikmesinde sakınca bulunan hal karşısında amaca ulaşmaya elverişli olan en yumuşak aracın seçilmesi gerekir.⁸²

Hakkında koruma tedbirlerine başvuru yapılan kişinin henüz kesinleşmiş bir hüküm ile suçluluğu sabit olmadığından masumiyet karinesinin gecikmesinde sakınca bulunan hale ilişkin değerlendirme sırasında geçerliliğini koruduğu da unutulmamalıdır.⁸³ Hatalı hükümler ile oluşabilecek adaletsizliğe karşı bir perde görevi üstlenen masumiyet karinesi⁸⁴ şüpheli ya da sanığın hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşene kadar suçlu olarak kabul edilemeyerek lekelenememesini⁸⁵ sağlar.⁸⁶ Ancak suç şüphesi altındaki kişinin henüz suçlu ya da masum olduğu belirlenememiş olsa da ikisi arasında bir çizgide olması nedeniyle muhakemenin yakın tehlikelerden korunması için belirli yükümlülükler tabi tutulması kimi durumlarda zorunlu olabilir. Bu durum, gecikmesinde sakınca bulunan hal ile masumiyet karinesi arasındaki ilişkinin de başlangıç noktasıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan halin subjektif yapısı⁸⁷, kötü uygulayıcıların elinde amacını aşar şekilde kullanılarak ilkenin getirdiği temel güvencelerden bireyleri mahrum edecek bir görünüme kavuşabilir. Bunu engelleyebilmek için değerlendirmeyi yapacak mercie önemli sorumluluklar düşmektedir. Yanlış bir değerlendirme, tedbir ile elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getireceği gibi daha da önemlisi temel hak ve özgürlüklere haksız bir müdahale oluşturacaktır.⁸⁸

2.2. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramına Bağlı Yetki Devrini Doğuran Koşullar

2.2.1. Hâkim veya Cumhuriyet Savcısına Ulaşılamamış Olması

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde koruma tedbiri kararı/emri verme yetkisinin Cumhuriyet savcısı ya da adli kolluğa devrini gündeme getiren şartlardan biri, hâkim veya Cumhuriyet savcısına ulaşılammış olmasıdır.⁸⁹ Gerekli tüm çabanın sarf edilmesine rağmen tedbirin amacına ulaşması için gereken zamanda Hâkim veya Cumhuriyet savcısına ulaşmak mümkün olmamışsa söz konusu şartın gerçekleştiği kabul edilebilir.⁹⁰ Öncelikle, mesai saatleri içerisinde hâkim ya da Cumhuriyet savcısına ulaşamama gibi bir durum ile karşılaşılması mümkün olmadığından yetki devrinin gündeme gelmesi de olanaklı değildir.⁹¹ O halde burada esas önemi, mesai saatleri dışındaki

⁷⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s.309.

⁷⁷ CENTEL/ZAFER, s.382.

⁷⁸ ÜNVER/HAKERİ, s.307.

⁷⁹ TALAS, s.3.

⁸⁰ KONTACI vd., s.113.

⁸¹ METİN, Yüksel: Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir? Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (1), 2017, s.4.

⁸² GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, B.19, 2012, s.144; YENİSEY/NUHOĞLU, s.309.

⁸³ AKSÜNGER, Duygu: Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2017, s.4.

⁸⁴ BİRTEK, s.596.

⁸⁵ GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.133.

⁸⁶ ÜNVER/HAKERİ, s.30.

⁸⁷ YILMAZ, Yeşim: Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 124, 2016, s.263.

⁸⁸ CENTEL/ZAFER, s.382.

⁸⁹ YURTCAN, s.363.

⁹⁰ İNCİ, s.2015.

⁹¹ Nitekim Yargıtay bir kararında; “Cumhuriyet Savcısı tarafından verilmiş yazılı bir arama izni bulunmasına rağmen dosya içerisinde bulunan arama tutanağının tarih ve saati incelendiğinde aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmış olması gecikmesinde sakınca bulunma sebebinin belirtilmediği bu nedenle arama kararının savcılık tarafından verilemeyeceği, bu itibarla yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı olduğu, sanık aşamalarındaki

zaman dilimi arz etmektedir. Bu bağlamda 24.02.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun "çalışma saatleri" başlıklı 54'üncü maddesi ve HSK'nın 30.04.2014 tarih ve (3) numaralı Yönergesi incelendiğinde hâkim ve Cumhuriyet savcılarının "hafta sonu, resmî tatil ve mesai saatleri dışındaki" zaman diliminde nöbet tutacaklarının düzenlendiği görülmektedir. Buna göre mesai saatleri dışında da nöbetçi hâkim ve Cumhuriyet savcısına ulaşılabilir olmalıdır.⁹² Ancak uygulamada mesai saatleri dışında hâkim veya savcılara genellikle ulaşılamamakta, telefonla ulaşılsa dahi, hâkim veya savcılar adliyeye gelmediği için soruşturma işlemlerinin geciktiği görülmektedir.

Bununla beraber günümüzde en azından teknik imkanlar ile nöbetçi hâkim veya Cumhuriyet savcısına ulaşmanın önünde bir engelin doğma ihtimali pek mümkün değildir. Bu doğrultuda gecikmesinde sakınca bulunan hal karşısında örneğin, arama tedbiri bakımından adli kolluğun Cumhuriyet savcısına teknik imkânlarla ulaşması ancak emri yalnızca sözlü olarak almasının yeterli olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Anayasa'nın 20. ve 21.maddelerinde arama için hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunla yetkili kılınmış mercii yazılı emri aranmıştır.⁹³ CMK m.119'da da arama tedbirine karar vermeye yetkili merciler ve kararda bulunması gerekli unsurlar ayrıntılı şekilde gösterilmiştir. Buna göre arama kararı ya da emrinin yazılı olması şarttır.⁹⁴ Öte yandan CMK m. 161/3'deki Cumhuriyet savcısının acele hâllerde sözlü olarak emir verebilmesine imkân tanıyan torba hükmün, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bağlı yetki devrini öngören birkaç sayılı istisna⁹⁵ hariç bütün koruma tedbirlerinde bir karar veya yazılı emrin şart koşulduğu gözetildiğinde uygulanma yeri olmadığını belirtmek gerekir.⁹⁶ Buna göre kolluğun Cumhuriyet savcısına teknik imkânlarla örneğin, telefonla ulaşarak yazıya dökülmemiş şekilde sadece sözlü olarak aldığı emrin hukuken geçerliliği bulunmamaktadır.⁹⁷

Gecikmesinde sakınca bulunan hal karşısında hâkim ya da Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması nedeniyle yetkinin adli kolluğa kadar devri son çare olmalıdır. Bu bakımdan hak ihlallerinin engellenebilmesi için Cumhuriyet savcısının ya da adli kolluğun yetkili mercie ulaşamama nedenini açık ve ayrıntılı şekilde yazılı olarak gerekçelendirmesi şarttır.⁹⁸

2.2.2. Tedbire Başvuruda Aciliyet Bulunması Koşulu

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetki devrine başvurulabilmesi için yetkili mercie ulaşamıyor olmasının yanında soruşturmanın selameti açısından bir aciliyetin de bulunması gerekir.⁹⁹

savunmalarında ticari amacının olmadığını beyan ettiği, hukuka aykırı arama sonucu ele geçen eşyanın yasak delil niteliğinde olduğu, Anayasa'nın 38/2., 5271 Sayılı CMK'nun 206/2-a, 217/2, 230/1. madde ve fıkralarına göre, hukuka aykırı surette elde edilen delillere dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağı”na hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 18.11.2020 tarih ve 2016/20507 Esas ve 2020/16931 Karar sayısı ile verdiği kararı (Kazancı).

⁹² Cumhuriyet Savcısı ve kolluğun gece saatleri de dahil olmak üzere günün her saatinde ulaşabileceği yeterli sayıda hâkimin bulundurulması gerektiği hakkında detaylı bilgi için bkz. CENTEL/ZAFER, s. 382.

⁹³ Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanun gereği yetkili hale gelen mercii yazılı emrinin aranmasının kurumun amacına ulaşmasına engel olabileceği yönünde bkz. SAYGILAR KIRIT, Yasemin Filiz: Arama, Uğur Alacakaptan'a Armağan, cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, ss.629-642, s.632; Benzer yönde bkz. POLATER, Yusuf Ziya: Adli Kolluk-Savcı İlişkisi ve Soruşturmalara Etkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 120, 2015, s.318.

⁹⁴ YAŞAR, Yusuf/ALŞAHİN, Mehmet Emin, s.391, Nitekim Yargıtay'ın bir kararında bu husus "Gecikmesinde sakınca olduğu kabul edilse bile CGK'nın 25.11.2014 gün ve 2013/610, 2014/512 Sayılı kararında belirtildiği gibi arama yazılı bir karara veya emre dayanmak zorundadır. Sonradan yazıya çevrilmiş olsa bile sözlü emir ile arama yapılması mümkün olmayıp yazılılık şartı Anayasa'nın 20, 21 ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddelerinin amir hükmü gereğidir. Sonradan belgelendirilen sözlü talimat ile arama emri verilemez. Hukuka aykırı arama ile gerçekleştirilen aramadaki el koyma işleminin hâkime onaylatılması da işlemi hukuka uygun hâle getirmez." şeklinde hükme bağlanmıştır. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.02.2020 Tarih ve 2017/8-899 Esas ve 2020/70 Karar sayısı ile verdiği kararı (Kazancı); Yargıtay yine bu yönde bir başka kararında "Dosyada mevcut ev arama tutanağında belirtilen ve sanığa ait evin aranmasına dayanak yapılan C. Savcısının yazılı arama emrinin denetime olanak sağlayacak şekilde dosya arasında bulundurulması gerektiğinin gözetilmemesi," hususunu bozma nedeni kabul etmiştir. Bkz. [Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 31.3.2009 Tarih ve 2007/8242 Esas ve 2009/5028 Karar sayısı ile verdiği kararı](#) (Kazancı).

⁹⁵ Belirtmek gerekir ki, "Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler" başlıklı CMK.m.90'ın "herkes tarafından geçici olarak yakalama"nın yapılabileceği halleri düzenleyen 1.fikrası ile "tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde" kolluk görevlilerine tanınan yakalama yetkisini düzenleyen 2.fikrasının tatbiki herhangi bir karar veya yazılı emre bağlı değildir.

⁹⁶ KESKİN KIZIROĞLU, Serap: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Basit Arama (Adli Arama), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 58 (1), 2009, ss.139-168, s.153.

⁹⁷ Arama bakımından gecikmesinde sakınca bulunan halin özelliği göz önüne alınarak, kayda geçen telsiz aracılığıyla verilen sözlü emir ile de yazılılık koşulunun yerine getirilmiş sayılması gerektiğine dair bir görüş için bkz. KESKİN KIZIROĞLU, s.153.

⁹⁸ İNCİ, s.2014.

⁹⁹ İNCİ, s.2015.

Tedbire başvurmanın aciliyeti ile yetkili mercie ulaşılamaması nedeniyle tedbire başvurulmaz ise arada geçen zamanda tedbirle elde edilmek istenen sonuca bir daha ulaşılamayacak ya da tedbirin uygulanamayacak hale düşecek olması ifade edilmektedir.¹⁰⁰ Bu yöndeki kanıyı oluşturacak olan objektif ve yakın tehlikelerin varlığıdır. Keyfilige varan ölçsüz uygulamalarla temel hak ve özgürlüklerin hukuka aykırı sınırlandırılmasının engellenebilmesi için yetki devrini zorunlu kılan aciliyetin karar veya emirde dayanakları ile somutlaştırılarak gösterilmesi şarttır.¹⁰¹ Aksi durum, denetimi mümkün olmayan bir tedbir neticesinde kişilerin yıkıcı sonuçlara maruz kalmasına yol açacağı gibi elde edilen delilleri de hukuka aykırı kılacaktır.¹⁰²

3. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kapsamında Verilen Kararın/Emrin Denetimi

3.1. Genel Olarak

Kanun koyucu, fiziki kimliğin tespiti (CMK m.81), yakalama (CMK m.90) ve gözaltı (CMK m.91) gibi bazı tedbirler ile özel kanunlardaki belirli istisnalar¹⁰³ hariç tüm koruma tedbirleri bakımından kural olarak hâkim ya da mahkeme kararının varlığını aramıştır. Bu kabulün hareket noktası, temel hak ve özgürlükleri, tüm etki ve baskılardan uzak, ön yargılı olmayan ve nesnel mantıkla hareket edebilen¹⁰⁴ hâkim kararının yarattığı güvencenin içerisine alma ihtiyacıdır.¹⁰⁵ Bununla beraber gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığına bağlı olarak Cumhuriyet savcısı ve adli kolluk da bazı koruma tedbirlerine karar veya emir vermeye yetkili kılınmıştır.¹⁰⁶ Elbette Cumhuriyet savcısına ve en son çare olarak da kolluk amirine devredilen bu yetkinin denetime tabi tutulması

¹⁰⁰ CENTEL/ZAFER, s.382.; YILMAZ, s.263; YURTCAN, s.363; Nitekim Yargıtay'ın bir kararında "Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır" şeklinde tespitlerde bulunulmuştur. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 7.3.2017 tarih ve 2016/21-1067 Esas ve 2017/131 Karar sayısı ile verdiği kararı (Kazancı). Aynı yönde bir başka Yargıtay kararında da bu husus "Gecikmede sakınca bulunmasından, delillerin karartılması endişesi, şüpheli ya da sanığın kaçma tehlikesi veya aramanın amaçları açısından bir zarar doğması riskinin bulunması nedeniyle, hâkime gidilmekle meydana gelebilecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi ya da imkânsız hale getirmesi anlaşılmalıdır. Başka bir ifadeyle, bu halde hâkimden karar alınmasının beklenemeyeceği acele bir durum söz konusu olmalıdır." şeklinde ortaya konulmuştur. Bkz. [Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 2.5.2019 Tarih ve 2019/23971 Esas ve 2019/7747 Karar sayısı ile verdiği kararı](#) (Kazancı); Bu yönde bir başka karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.1.2019 Tarih ve 2016/19-75 Esas ve 2019/18 Karar sayısı ile verdiği kararı (Kazancı).

¹⁰¹ YILMAZ, s.263-264; İNCİ, s.2010-2011, CENTEL/ZAFER, s.382; Ayrıca Yargıtay bu yöndeki bir kararında; "gecikmesinde sakınca bulunan halin nedeni belirtilmeksizin savcı tarafından verilmiş arama kararının usulüne uygun olmaması karşısında, hukuka aykırı arama sonucu ele geçen eşyanın yasak delil niteliğinde olduğu, eşyanın kaçak olmasının durumu değiştirmeyeceği, Anayasa'nın 38/2, 5271 Sayılı CMK. 'nun 206/2-a, 217/2, 230/1. madde ve fıkralarına göre, hukuka aykırı surette elde edilen delillere dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağı"na hükmetmiştir. Bkz. [Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 23.10.2017 Tarih ve 2017/8901 Esas ve 2017/8135 Karar sayısı ile verdiği kararı](#) (Kazancı).

¹⁰² KESKİN KIZIROĞLU, s.152; CENTEL/ZAFER, s.382; Nitekim buna ilişkin bir Yargıtay kararında "sanığın esrar bulundurduğu yönünde gelen ihbar üzerine Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama emrinde uyuşturucu madde imal ve ticareti suçlaması sebebiyle gecikmesinde sakınca bulunduğu belirtilmiş ise de; ihbar içeriği ya da araştırma tutanağına göre, şüphelinin kısa bir süre içinde ikametinden ayrılacağı, bulundurduğu iddia edilen esrarı elinden çıkaracağı ya da yok edeceği yönünde ek bilgi edinilmediği gibi, gecikmesinde sakınca bulunan halin kabulü için hakime başvurulup arama kararı talep edilmesi halinde delillerin kaybolacağı veya bu tedbirin uygulanamaz hale geleceği hususunda başkaca somut olgular da ortaya konulmamış ve ilçe merkezindeki hakimden karar alınması halinde ne gibi telafisi mümkün olmayan sonuçların ortaya çıkacağını gösteren ve aciliyeti haklı kılan herhangi bir halden söz edilmemiştir. Esrar bulundurduğu yönünde gelen ihbar üzerine, hakim kararı alınmaksızın yapılan aramada ele geçen suça konu kurusıkıdan çevrilme tabancaya elkonulmuş ise de, arama emrinin verilmesinden bir gün önce arama kararı verilmesi talebinin sulh ceza hakimi tarafından reddedildiği ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulmadığı gibi, gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının ya da hakim tarafından verilen ret kararına karşı kanun yoluna başvurulmasının gecikmeye neden olacağı ve bunun da telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de dosyada mevcut değildir. Dolayısıyla, Cumhuriyet savcısının arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken kanuni şartlar oluşmadan, verilen arama emriyle buna dayalı olarak gerçekleştirilen arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonucu elde edilen suça konu tabanca ve eklerinin de hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delil olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır." şeklinde tespitlerde bulunulmuştur. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.11.2014 Tarih ve 2014/8-166 Esas ve 2014/514 Karar sayısı ile verdiği kararı (Kazancı).

¹⁰³ 31.03.2011 tarih ve 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18. maddesi ile bir koruma tedbiri olarak düzenlenen seyirden yasaklanma için soruşturma ve kovuşturma aşamalarında bir ayırım yapılarak soruşturma aşamasında bu koruma tedbirine sadece Cumhuriyet savcısının karar verebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Cumhuriyet savcısının bu koruma tedbirine karar verebilmesinin gecikmesinde sakınca bulunan bir halin var olması ön şartına bağlanmamış olduğunu da belirtmek gerekir. Buna ilişkin bkz. ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s.345.

¹⁰⁴ YÜKSEL, Saadet: Türk Anayasa Hukukunda Hâkimlerin Bağımsızlığına Genel Bir Bakış, Journal of İstanbul University Law Faculty, 70 (2), 2012, ss.71-97, s.78.

¹⁰⁵ YURTCAN, s.362.

¹⁰⁶ ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s.33-34.

şarttır.¹⁰⁷ Bu bağlamda karar veya emrin yazılı olma zorunluluğu denetimi sağlamaya yönelik önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁸ Söz konusu denetimin Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın kanunda gösterilen müddet içinde hâkim onayı sunulması ya da adli kolluk tarafından verilen yazılı emrin ve sonuçlarının derhal Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmesi şeklinde kendiliğinden gerçekleşen (zorunlu) denetim ve kanun yollarındaki denetim şeklinde iki başlıkta ele alınması mümkündür.

3.2. Kendiliğinden Gerçekleşen (Zorunlu) Denetim

Kanun koyucu, Cumhuriyet savcısını gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması*” (CMK m.75), “*Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*” (CMK m.76), “*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” (CMK m.134), “*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*” (CMK m.135), “*Teknik araçlarla izleme*” (CMK m.140) tedbirleri bakımından karar vermeye yetkili kılarsa da hakim denetimindeki gecikmeye müsaade etmemiştir. Buna göre “*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*” (CMK m.135) tedbirinde gecikmesinde sakınca bulunan hal karşısında Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın derhal, sayılan diğer tedbirler bakımından ise yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması ve hâkimin de kararını yirmi dört saat içerisinde vermesi zorunludur.

Söz konusu denetim, dosya üzerinden yapılacağından Cumhuriyet savcısı, somut olay karşısında kendisinin yetkili hale gelmesine yol açan hukuki ve özellikle fiili sebepleri titizlikle somutlaştırarak ortaya koymalıdır.¹⁰⁹ Buna göre denetim sonucunda, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin var olmadığının anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı kararı hukuka aykırı sayılacaktır. Dolayısıyla hukuka aykırı bir karara dayanarak elde edilen deliller de yasak delil kabul edileceğinden hükme esas alınmaları mümkün olmayacaktır.¹¹⁰

Arama (CMK m.119) bakımından ise özel olarak belirtmek gerekir ki, bu tedbire “*Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile*” başvurulabilir. “*Kolluk amirinin yazılı emri ile*” yapılan “*arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.*” Buna göre arama tedbirine Cumhuriyet savcısının ya da kolluk amirinin yazılı emri ile başvurulması halinde kendiliğinden gerçekleşecek bir hâkim denetimi yolunun bulunmadığı görülmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının subjektifliği ve geniş bir takdir alanı yarattığı gözetildiğinde, kendiliğinden gerçekleştirilecek hâkim denetiminin sağladığı güvenceden temel hak ve özgürlükleri kapsam dışı bırakmak doğru olmamıştır. Bu nedenle gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amiri tarafından verilen arama emrinin de en geç yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması açıkça zorunlu kılınmalıdır.¹¹¹

3.3. Kanun Yolu Denetimi

Gecikmesinde sakınca bulunan haller karşısında gerçekleşen yetki devrinin itiraz, istinaf ve temyiz gibi kanun yollarında denetlenmesi de mümkündür.¹¹² Ancak bu denetimin gerçekleştirilebilmesi, kural olarak ilgisi tarafından yapılan başvuruya bağlıdır.

İtiraz (CMK m.267 vd.) yoluna ancak “*Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı*” gidilebilir. Buna göre Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amirinin yazılı emrine karşı doğrudan itiraz yoluna başvurma olanağı yoktur. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile bir tedbire başvurulması halinde bu karar üzerinde gerçekleştirilecek sulh ceza hâkimliği denetimi sonrası söz konusu hâkimlik kararlarına karşı itiraz yolunun işletilmesi mümkündür. Bununla beraber arama bakımından ise Cumhuriyet savcısı ya da adli kolluğun karar/emirlerine karşı herhangi bir hâkim denetimi yolu öngörülmediğinden itiraz imkânı da bulunmamaktadır. Görüleceği üzere arama gibi pek çok temel hak ve özgürlüğe müdahaleyi içeren ve

¹⁰⁷ İNCİ, s.2017.

¹⁰⁸ YAŞAR/ALŞAHİN, s.383.

¹⁰⁹ ŞEN, Ersan/ŞEN, İrem: “Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal” Kavramı, (<https://sen.av.tr/tr/makale/gecikmesinde-sakinca-bulunan-hal-kavrami>, Erişim tarihi: 21.05.2021).

¹¹⁰ CENTEL/ZAFER, s.382

¹¹¹ Nitekim Anayasa m.20 ve 21’e göre “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri*” ile arama yapılmış olması halinde bu kararın “*yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına*” sunulması zorunludur. O halde Anayasa’nın doğrudan uygulanabilir niteliği karşısında Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amiri tarafından verilen yazılı emrin de en geç yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmasının mevcut durum itibarıyla de zorunlu olduğu yönünde bkz. ÖZTÜRK vd., s.497; GÖKCEN, Ahmet vd., Ceza Muhakemesi Hukuku 2, B.2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.110 vd.

¹¹² İNCİ, s.2019.

delillerin elde edilebilmesi için taşıdığı temel niteliğe binaen uygulamada sıkça başvuru bir tedbir bakımından diğer tedbirler gibi kendiliğinden gerçekleştirilecek bir hâkim denetiminin açıkça zorunlu kılınmamış olması kişilerin itiraz hakkını kullanabilmelerinin önüne de engel olarak çıkmaktadır. Bir an için hakkın sahibine iadesinin istinaf ve temyiz aşamalarında sağlanabileceği düşünülse bile kişilerin temel hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlamalara katlanma yükümlülüğünün böylesine uzun süreler için devam ettirilmesi bir hukuk devletinde kabul edilebilir olmayacağı gibi, kişilerin adaletle olan inancını da ciddi şekilde zedeleyecektir. Bu önemli sorunun yegâne çözüm yolu, Cumhuriyet savcısı ya da kolluk amiri tarafından verilen arama emirlerinin de en geç yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmasına ilişkin açık bir zorunluluk öngörmekten geçmektedir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı yetki devrinin denetlenebileceği diğer kanun yolları, istinaf ve temyizdir. Buradaki denetimler, hükme esas teşkil eden tüm soruşturma ve kovuşturma işlemlerini kapsayacak olduklarından itiraz yoluna nazaran daha geniştir.

4. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kapsamında Yetki Devrinin Hukuka Aykırılığının Sonuçları

Gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde istisnai yetki devri yoluyla koruma tedbirlerine başvurulmasının da hukuka aykırı olduğu ifade edilebilir. Böylece elde edilen deliller, yasak delil mahiyetinde olacağı gibi ceza ve tazminat sorumluluğu da doğabilecektir.

Hukuka aykırı delillere ilişkin olarak Anayasa m.38/6; “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” şeklinde açık bir düzenlemeyi içermektedir. Ayrıca CMK’nın 206/2-a, 217/2, ve 230/1. maddelerinde de hukuka aykırı delillere suçun ispatı bakımından herhangi bir değer atfedilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir.¹¹³ Buna göre gecikmesinde sakınca bulunan halin koşulları oluşmadan yetki devrine başvurulması, elde edilen delillerin hukuka aykırılığını doğurarak mahkûmiyet hükmüne esas alınmalarını engelleyecektir. Gerçekten, ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak ise de kişi hak ve özgürlüklerini feda ederek, ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmaya çalışmak günümüz ceza muhakemesi kurallarına yabancıdır.¹¹⁴ Bu doğrultuda bir delilin suçun ispatında kullanılabilmesi için her şeyden önce hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması zorunludur.¹¹⁵ Aksi durumda yasak bir delilin varlığından söz edilecektir.

Delil yasakları, delil elde etme ve delil değerlendirme yasakları şeklinde iki başlık altında ele alınabilir.¹¹⁶ Delil elde etme yasağı ile delilin elde edilme metoduna ilişkin yasaklar ifade edilirken, delil değerlendirme yasakları ile ise ispat vasıtası olarak yararlanılması yasak olan bir delilin maddi vakianın aydınlatılmasında ve vicdani kanaatin oluşmasında kullanılmasının yasak olması kastedilmektedir. Belirtilmelidir ki, yasak metodlarla elde edilmiş bir delilin değerlendirilmesi de mümkün olmayacaktır.¹¹⁷ Buna göre, delilin hukuka uygun olma zorunluluğu, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini ve dolayısıyla da maddi gerçeğin aydınlatılması yönündeki çabayı sınırlandırıcı bir etki göstermektedir.¹¹⁸

Delillerin hukuka uygunluğunun sağlanabilmesi, evrensel ilke, kural ve pozitif hukuk metinlerinde belirlenen sınırların tümüne riayet edilmesini gerektirmektedir. Nitekim Yargıtay’ın bir kararında bu husus; “*Ceza muhakemesinde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kurallar ihlal edilerek toplanan delillerin hukuka aykırı sayılması, kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olan hukuka aykırılık kavramının kapsam ve çerçevesi belirlenirken, gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığının gözetilmesi ve aykırılığın varlığı*

¹¹³ Nitekim bir Yargıtay kararında “...Cumhuriyet Savcısından arama kararı talep edilmesini gerektirir nitelikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerin neler olduğu açıkça gösterilmeden, Cumhuriyet Savcısı tarafından da gecikmesinde sakınca bulunan ve aciliyeti haklı kılan halin ne olduğu belirtilmeden gündüz vaktinde saat aralığı da belirtilmeksizin CMK’nun 119. maddesine ve hukuka aykırı şekilde arama kararı verilmesi, hukuka aykırı arama sonucu ele geçen eşyanın yasak delil niteliğinde olduğu, bu eşyanın kaçak olmasının durumu değiştirmeyeceği, sanığın eşyayı ticari amaçla aldığına dair herhangi bir ikrarı da bulunmadığı nazara alındığında Anayasa’nın 38/2, 5271 Sayılı CMK’nun 206/2-a, 217/2, 230/1 maddesi ve fıkralarına göre hukuka aykırı surette elde edilen delillere dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması...”nın bozma nedeni oluşturacağına hükmedilmiştir. Bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin 16.11.2020 Tarih ve 2018/2349 Esas ve 2020/16781 Karar sayısı ile verdiği kararı (Kazancı).

¹¹⁴ DÜLGER, Murat Volkan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi: Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.63.

¹¹⁵ DÜLGER, Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi, s.56.

¹¹⁶ ÖZBEK vd., s.69.

¹¹⁷ AYDIN, Devrim: Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.54.

¹¹⁸ ŞENOL, Cem: Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, B.12, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s.63.

durumunda hukuka aykırılığın mevcudiyetinin kabul edilmesinin zorunlu olduğu¹¹⁹ şeklinde ortaya konulmuştur.

Hukuka aykırı olduğu sonucuna varılan bir delilin, dosyadan çıkarılıp çıkarılamayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorun, gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında tedbire başvurulmasından sonra kanuni müddet içerisinde gerçekleştirilecek hâkim denetimi ile onaylanmayan Cumhuriyet savcısı kararları neticesinde elde edilen delillerin imhasına yönelik özel bir düzenleme bulunmayan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması (CMK m.75-76) gibi tedbirler bakımından gündeme gelecektir. Gerçekten bu durumda CMK'nın 230/1-b düzenlemesi ile hükmün gerekçesinde “dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça” gösterilmesi emredildiğinden hukuka aykırı bulgular hükme kadar dosyada kalmaya devam edecektir. Hukuka aykırılığı ortaya koyulan bulgulara, hükme kadar muhakeme makamlarının ve dosya içeriğini öğrenmeye yetkili kişilerin erişimine böylelikle imkân tanınması, adil yargılanma hakkını ihlal eden sonuçlara yol açabilecektir.¹²⁰

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına bağlı yetkilerin hukuka aykırı kullanılması neticesinde ceza ve tazminat sorumluluğu doğabilmesi için buna yönelik düzenlemelerde aranan şartların oluşması gerekir. Ancak ceza sorumluluğu bakımından yapılacak değerlendirmenin kapsamı oldukça genişleteceğini düşünerek bu çalışmada tazminat sorumluluğunu ele almakla yetineceğiz. Koruma tedbirlerinden kaynaklanan zararların tazminine yönelik hükümler CMK m.141 vd.'da bulunmaktadır. Buna göre her hukuka aykırılık için değil, yalnızca belirlenen sebeplere bağlı olarak tazminat talebi yoluna gidilebilecektir.¹²¹ Bu bakımdan gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında yetki devrine müsaade edilen tedbirlerden “Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması” (CMK m.75), “Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” (CMK m.76), “İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” (CMK m.135) ve “Teknik araçlarla izleme” (CMK m.140) için CMK m.141'de karşılığını bulan herhangi bir hüküm bulunmadığından tazminat sonucunun doğması mümkün değildir. “Arama” (CMK m.119) ve “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama” (CMK m.134)¹²² içinse CMK m.141/1-i hükmü ile sadece “Hakemdeki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen” kişilere tazminat talebinde bulunma hakkı tanındığı, diğer bir deyişle arama kararının alınması, koşulları gibi unsurlarındaki ölçsüzlüklerin kapsam dışı bırakıldığı görülmektedir.¹²³ Kanun koyucunun bu tercihi haklı olarak eleştiriye uğramış ve tazminat nedeninin aramanın tamamına teşmil edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹²⁴ Buna ilişkin Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin E. 2015/12815 K. 2015/19162 T. 10.12.2015 künyeli kararında isabetli olarak “Aramanın dayandığı kararın hukuka aykırı olması halinde, buna dayanılarak yapılan aramanın” da tazminat sorumluluğunu gerektirdiği kabul edilmiş ise de; aynı daire tarafından verilen daha yeni tarihli ve E. 2015/17220 K. 2017/6120 T. 11.9.2017 künyeli kararda ise “...**Dairemizce gidilen içtihat değişikliği gereğince**, 5271 Sayılı CMK'nın 141/1-i maddesinde düzenlenen arama koruma tedbiri sebebiyle tazminata hükmolunabilmesi için arama kararının ölçsüz şekilde gerçekleştirilmiş olması gerektiği, arama kararı ve arama tutanağındaki usuli aykırılıkların madde metninde tazminat nedeni olarak sayılmadığı dikkate alınarak...” şeklindeki gerekçelerle arama kararındaki hukuka aykırılıkların tazminat sonucu doğurmayacağına hükmedilmiştir. Bu durum hukuk devleti ilkesine uygun düşmemekte ve temel hak ve özgürlükler aleyhine güvencesiz bir alan yaratmaktadır.

¹¹⁹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 18.12.2019 tarih ve 2014/7813 Esas ve 2019/11912 Karar sayısı ile verdiği kararı (Kazancı).

¹²⁰ ÖZBEK vd., s.464; DÜLGER, İbrahim/AKBULUT, Berrin/CİN, M.Onursal/AKSAN, Murat: Beden Muayenesi, Genetik-Moleküler İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti, 11.Ceza Hukuku Günleri, 2019, ss.437-466, s.455.

¹²¹ ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s.354.

¹²² CMK m.134 tedbirinin aramanın nitelikli bir görünümünü oluşturması nedeniyle CMK m.141/1-i hükmünün bu tedbir için de uygulanmasında herhangi bir engel bulunmadığı yönünde bkz. ÖZBEK vd., s.384; TANRIKULU, Cengiz: Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.465.

¹²³ Kanun koyucunun kullandığı ifadenin belirsiz olduğu, ancak aramanın koşulları oluşmadan gerçekleştirilmesi ya da gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde varmış gibi kabul edilerek arama yapılmasının da ölçsüzlük olarak değerlendirilerek tazminat talebine konu edilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. ÖZBEK vd., s.482; Benzer yönde bkz. CANOĞLU, Veysel Candan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.108; İnci, s.2037; EPÖZDEMİR, Rezan: Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Terazi Hukuk Dergisi, 12 (135), 2017, ss.14-28, s.22.

¹²⁴ ÜNVER/HAKERİ, s.475; ÖZTÜRK/KAZANCI/GÜLEÇ, s.365.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında istisnai yetki devri ile başvurulabilecek elkoyma (CMK m.127) ile bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde elkoyma (CMK m.134/2) tedbirleri bakımından ise birden fazla tazminat nedenini birlikte düzenleyen CMK m.141/1-j uyarınca tazminat istemine gidilebilmesi mümkündür. Burada düzenlenen şartlardan birinin oluşması tazminat hükmü için yeterli olacaktır.¹²⁵ Öte yandan kolluk görevlilerine herhangi bir karar veya yazılı emre bağlı olmaksızın CMK m.90/2 ile tanınan yakalama yetkisinin hukuka aykırı kullanımını da CMK m.141/1-a uyarınca tazminat sonucu doğurabilecek bir diğer sebep olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak burada belirtmek gerekir ki; CMK m.90/1 uyarınca, bir karar veya emre gerek olmaksızın herkes tarafından başvurulabilecek yakalama tedbirinin uygulanmasından doğan zararların devlete atfı mümkün olmayacağından CMK m. 141 uyarınca devlet aleyhine tazminat hükümleri de işletilemeyecektir. Ancak bu, yakalayan kişinin genel hükümler dâhilinde kişisel sorumluluğuna gidilemeyeceği anlamına gelmemektedir.¹²⁶

5. Sonuç

Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile asıl olarak temel hak ve özgürlüklerin hâkim veya mahkeme kararına dayanarak sınırlandırılabilirliği kabul edilmiştir. Buna göre koruma tedbirlerine de kural olarak hâkim veya mahkeme tarafından karar verilmesi gerekir. Çünkü, koruma tedbirlerinin tamamı temel hak ve özgürlüklere yönelik birer sınırlamayı içerir. Bunun yanında bazı hallerde ise Cumhuriyet savcısı ve hatta adli kolluk da koruma tedbirlerine karar veya emir vermeye yetkili kılınmıştır. İstisnai ve sıralı yetki devrini gündeme getiren bu husus gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak ifade edilmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, henüz masumiyet karinesinin korumasındaki bir kişinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından bağımsız ve tarafsız bir hâkim kararının yarattığı güvenceyi sınırlandırmaktadır. Bu bakımdan temel hak ve özgürlüklerin korunması kurallarına getirilen ilave fedakârlıkların yıkıcı sonuçlara yol açmaması için hassas bir yaklaşım geliştirilmesi ve belirli esaslara riayet edilmesi oldukça önem taşımaktadır.

Ceza muhakemesi hukukunda gecikmesinde sakınca bulunan hal esas itibariyle koruma tedbirleri ekseninde düzenlenen ve yetki devrini beraberinde getiren bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, koruma tedbirlerine başvurmak için hâkim kararının beklenilmesi durumunda yaşanan gecikmeden ötürü tedbirden umulan faydanın tam anlamıyla elde edilememesi ya da ortadan kalkmasına yönelik yakın ve muhtemel tehlikelerin bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır. Bununla beraber tehlike tedbirinin bir diğer türü olan önleyici tedbir kurumlarında da gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına çeşitli sonuçlar bağlandığı görülmektedir. Önleyici tedbirler ile amaçlanan da yine muhakemeyi tehlikeli sonuçlardan korumak olsa da buradaki tehlike hali koruma tedbirlerine nazaran daha uzak bir noktada bulunmaktadır. Buna göre, iki kurum arasındaki geçişte köprü unsurunu tehlikenin yakınlık ya da uzaklığı ve suç şüphesi hali üstlenmektedir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına bağlı yetki devrinin gündeme gelmesi için yasada buna açıkça izin verilmiş olmalıdır. Bu, koruma tedbirlerinin yasal bir düzenlemeye dayanması zorunluluğunun bir sonucudur. Hatta burada, hâkim kararının yarattığı güvencenin bir nevi yumuşatılması söz konusu olduğundan gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı ile yasal düzenleme zorunluluğu arasındaki ilişki daha hassas temellere dayanmaktadır. Kovuşturmada koruma tedbirlerine başvurmak gerektiğinde buna ilişkin yetki sadece yargılamayı yapan hâkim veya mahkemeye ait olacağından gecikmesinde sakınca bulunan hal gerekçesiyle yetkinin başka makamlarca kullanımına olanak bulunmamaktadır.

Gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığından söz edebilmek için hâkim veya Cumhuriyet savcısına ulaşamamış olması ve tedbire başvuru hususunda soruşturmanın selameti açısından bir aciliyetin bulunması zorunludur. Şüphesiz ki, bu değerlendirmeyi yapacak olan Cumhuriyet savcısı ya da son çare olarak adli kolluktur. Buna göre, hâkim veya Cumhuriyet savcısına ulaşamama nedeninin ve tedbire başvuruyu zorunlu kılan aciliyetin ne olduğu açık ve ayrıntılı olarak yazılı şekilde ortaya konulmalıdır. Çünkü söz konusu kavram, sübjektifliği ve geniş bir takdir alanını barındırmaktadır. Bu noktada, karar veya emrin yazılı olma zorunluluğu amacı aşan uygulamaları dizginleyecek önemli bir güvence unsurudur. Burada yazılılık kuralına şekli anlamda uyulmasının yeterli olmadığı, karar veya emirde yetki devrini zorunlu kılan hukuki ve özellikle de fiili sebeplerin somutlaştırılarak gösterilmesinin şart olduğu bilhassa vurgulanmalıdır. Ancak hemen hemen her

¹²⁵ ÖZTÜRK vd., s.571.

¹²⁶ ÖZTÜRK vd., s.566.

uygulamada, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığını doğuran gerekçeler ortaya konulmaksızın hâkim kararının aşıldığı gözlemlenmektedir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramından kaynaklanabilecek hukuka aykırılıkların engellenbilmesinin iki ayağı vardır. Bunlardan ilki kanun koyucunun yetki ve sorumluluğundadır. Buna göre koruma tedbirleri ile sınırlandırılan temel hak ve özgürlükler gözetilerek, hangileri bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hale dayalı olarak yetki devrine imkân tanınacağı özenle belirlenmeli ve karar veya emirlerin en geç yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmasına ilişkin zorunluluk tüm tedbirler için kabul edilmelidir. Öte yandan, denetim neticesinde tedbire hukuka aykırı olarak başvurulduğunun anlaşılması halinde tedbir ile elde edilen delillerin yasak delil olarak kabulü gerekeceğinden, adil yargılanma hakkının korunması için bunların hükme kadar dosyada kalmaya devam etmesi de engellenmelidir. Bunun için yasak bulguların imhasına yönelik getirilen özel düzenlemeler, tüm koruma tedbirlerine teşmil edilmeli ve mevcut düzenlemelerdeki eksiklikler giderilmelidir. İkinci ve daha önemli görev ve sorumluluk ise uygulayıcılardadır. Çünkü, kanuni düzenlemeler hiçbir eksiklik içermese dahi bu durum kötü uygulayıcıların elinde bir anlam ifade etmeyecektir. Bunun için gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına ilişkin söz edilen tüm şartlar titizlikle değerlendirilmeli ve uygulamada temel hak ve özgürlüklerin korunmasını merkez kabul eden bir yaklaşım içerisinde hareket edilmelidir.

Kaynakça

[1] AKSÜNGER, Duygu: Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.

[2] ARISOY, Uygur Kaan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, 2014.

[3] ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B.3, Ankara, 2007.

[4] AYCI, Emrullah: Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (Doktora Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, 2012.

[5] AYDIN, Devrim: Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

[6] BAYTAZ, Abdullah Batuhan: Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

[7] BİRTEK, Fatih: AİHM Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, B.2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

[8] CANOĞLU, Veysel Candan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

[9] CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, B.19, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2020.

[10] ÇALIŞKAN, Suat: Ceza Muhakemesinde Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hâl Kavramı ve Uygulaması (<https://www.hukukihaber.net/ceza-muhakemesinde-gecikmesinde-sakinca-bulunan-hl-kavrami-ve-uygulamasi-makale,7499.html>, Erişim tarihi: 02.06.2021).

[11] DÜLGER, Murat Volkan: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, B.8, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

[12] DÜLGER, Murat Volkan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi: Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

[13] EPÖZDEMİR, Rezan: Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Terazi Hukuk Dergisi, 12(5), Kasım 2017, ss.14-28.

[14] ERDAGÖZ, Özcan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, 2008.

[15] GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

[16] GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ÇAKIR, Kerim/ALŞAHİN, Mehmet Emin: Ceza Muhakemesi Hukuku 2, B.2, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

[17] GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, B.19, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2012.

- [18] GÜLŞEN, Recep: Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 3(2), 2015, ss.165-189.
- [19] HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B.12, US-A Yayıncılık, Ankara, 2019.
- [20] <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi:11.05.2021).
- [21] İNCİ, Zekiye Özen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016, ss.1997-2046.
- [22] KESKİN KIZIROĞLU, Serap: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Basit Arama (Adli Arama), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 58(1), 2009, ss.139-168.
- [23] KONTACI BAYTEMİR, Burcu/ KILIÇ, Ali Şahin/ÖLMEZ, Gökhan/PANCAROĞLU, Başar: Ceza Muhakemesi Hukuku: Temel Hukuk Dizisi, Editörler: Cumhuriyet ŞAHİN ve Neslihan GÖKTÜRK, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- [24] METİN, Yüksel: Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2017, ss.1-74.
- [25] ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/BACAĞSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, B.3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- [26] ÖZBEK, Veli Özer: Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 2002, ss.57-88.
- [27] ÖZTÜRK, Bahri/EKER KAZANCI, Behiye/SOYER GÜLEÇ, Sesim: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, B.3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- [28] ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin/ÖZAYDIN, Özdem/ALAN AKCAN, Esra/ERDEN
- [29] TÜTÜNCÜ, Efser: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, B.10, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- [30] POLATER, Yusuf Ziya: Adli Kolluk-Savcı İlişkisi ve Soruşturmalara Etkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 120, 2015, ss.289-324.
- [31] SAYGILAR KIRIT, Yasemin Filiz: Arama, Uğur Alacakaptan'a Armağan, cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, ss.629-642.
- [32] SÖZÜER, Adem (Editör): 11.Ceza Hukuku Günleri: Koruma Tedbirleri ve Türk Anayasaları ile Yeni Anayasa Önerilerinde Koruma Tedbirlerine İlişkin Düzenlemeler, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- [33] ŞAHİN, İlyas: Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri Bakımından Esas Alınan Şüphe Kavramının İncelenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(3), ss.97-144.
- [34] ŞAHİN, Ragıp: Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- [35] ŞEN, Ersan/ERYILDIZ, Hüsnü Sefa: Elkoyma, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- [36] ŞEN, Ersan/ŞEN, İrem: “Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal” Kavramı, (<https://sen.av.tr/tr/makale/gecikmesinde-sakınca-bulunan-hal-kavrami>, Erişim tarihi: 21.05.2021).
- [37] ŞENOL, Cem: Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, B.12, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- [38] TALAS, Serdar: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Notları Dördüncü Bölüm, Koruma Tedbirleri Giriş ve Ortak Özellikler, (<http://cdn.istanbul.edu.tr/statics/hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2016/12/Koruma-Tedbirleri.pdf>, (Erişim tarihi: 22.07.2021).
- [39] TANRIKULU, Cengiz: Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- [40] TAŞKIN, Şaban Cankat: 31 Temmuz 2018 Tarihli Cmk 134 (Bilgisayarların Aranması) Değişikliğine İlişkin Değerlendirme, (<https://www.academia.edu/37169383/CMK134-31.72018de%C4%9Fimakalesi.pdf>, Erişim tarihi: 14.07.2021).

[41] TURİNAY, Faruk: Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

[42] ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, B.13, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

[43] YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, B.7, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

[44] YILMAZ, Yeşim: Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 124, 2016, ss.247-304.

[45] YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, B.16, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

[46] YÜKSEL, Saadet: Türk Anayasa Hukukunda Hakimlerin Bağımsızlığına Genel Bir Bakış, Journal of Istanbul University Law Faculty, 70(2), 2012, ss.71-97.