

**CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA CUMHURİYET
SAVCISI VE SULH CEZA HÂKİMİ (SORUŞTURMA
MAKAMLARI) ARASINDAKİ GRİ ALAN:
GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL KAVRAMI VE
SORUŞTURMA EVRESİNDE TEMEL HAKLARA
MÜDAHALE SORUNU**

*Gray Zone between the Public Prosecutor and the Judge in Criminal Courts
of Peace (Investigative Authorities) in the Law of Criminal Procedure:
Concept of Drawback in Non-Delayable Case and Problem of Interference
to Fundamental Rights in Investigative Phase*

Z. Özen İNCİ*

ÖZET

Gerek Anayasamız ve gerekse Ceza Muhakemesi Kanunu'nda soruşturma evresinde kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden bir takım tedbirlere esasen hâkim/mahkeme kararıyla karar verilebileceği düzenlenmiştir. Buna karşın, istisnai bazı hallerde kişiye tanınan hâkim güvencesinden vazgeçilerek veya hâkim güvencesi sınırlandırılarak Cumhuriyet savcısı ve hatta hukukçu sıfatına sahip olmayan kolluğa da bu hak ve özgürlükleri sınırlandırabilme yetkisi tanınmıştır. Nitekim söz konusu karar verme yetkisinin devri ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde münhasır olarak kabul edilmiştir. Ancak uygulamada, istisnai bir yetki devrini sağlamaya yönelik olarak tanımlanmış bu hal, adeta kural haline gelmiştir.

* Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Soruşturma evresinde temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan bazı tedbirlere gecikmede sakınca bulunduğu gerekçesiyle yetkili hâkim tarafından değil, Cumhuriyet savcısı ve hatta onun emrindeki kolluk tarafından karar verilir olmuştur. Başka bir deyişle, *gecikmesinde sakınca bulunan hal* kavramı, soruşturma aşamasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından sulh ceza hâkimi ile Cumhuriyet savcısı ve emrindeki adli kolluk arasında adeta gri bir alan oluşturmuştur. Gecikmesinde sakınca bulunan hal, soruşturma makamları arasında yetki devrine yol açan ve hukuken belirsiz bir durumdur; bu sebeple istisnai hallerle sınırlı olarak uygulanmalıdır.

ANAHTAR KELİMELER: Gecikmesinde sakınca bulunan hal, soruşturma evresi, temel hak ve özgürlüklere müdahale, karar verme yetkisi, hâkim güvencesi.

SUMMARY

During the investigation phase, a number of measures which interferes with the freedom and fundamental rights of a human, are decided by the judge / court as stated in our Constitution and Criminal Procedure Code .However, under some exceptional conditions, authority of limiting the rights and freedom of a human is given to Public Prosecutor or police –who is not a legal expert –by giving up legal judicial process.Indeed, the transfer of decision making authority is considered as exclusive under non-delayable cases. But in practice of law, this defined state to ensure exclusive transfer of decision making authority became a general rule. During the investigation phase, some human rights and freedom limitations are decided by Public Prosecutor or police not by competent judge on the account of non delayable case fact. In other words, a non delayable case concept became gray area between the judicial police under his command and public prosecutors with criminal judge in terms of limiting the freedom and fundamental rights during investigation.A non-delayable case, which causes delegation of authority, is legally ambiguous situation for investigation authorities. Due to this reason, it must be applicable under exclusive conditions.

Key words: Non delayable case, investigation phase, intervention of fundamental rights and freedom, decision making authority, legal judicial process.

GİRİŞ

Singularia non sunt extenda! Tarihsel kökenlerini Roma hukukunda bulan ve Türkçeye *istisnalar dar yorumlanır* olarak çevirebileceğimiz bu kural, özellikle temel hak ve özgürlükleri sınırlayan ceza ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bazı düzenlemeler bakımından ayrı bir önem taşır. Çalışma konumuzu oluşturan, *gecikmesinde sakınca bulunan hal* kavramı da işte bahsini ettiğimiz kuralın ceza muhakemesi hukukundaki en önemli yansımalarından birisidir. Gerçekten de, ceza muhakemesi hukukunda, suçluluğu henüz sabit değilken, kişinin bir takım temel hak ve özgürlüklerine kanunda düzenlenen yakalama, arama-el koyma, beden muayenesi gibi koruma tedbirleriyle müdahale edilmesi mümkündür. Buna karşın, gerek Anayasa ve gerekse 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), bu aşamada kişinin temel hak ve özgürlüklerinin esasen bir hâkim kararıyla sınırlandırılabilceğini kural olarak kabul etmiş; buna karşın, istisnai bazı hallerde kişiye tanıdığı bu hâkim güvencesinden vazgeçmek veya onu sınırlandırmak suretiyle Cumhuriyet savcısı ve hatta hukukçu sıfatına sahip olmayan kolluğa da bu hak ve özgürlükleri sınırlandırabilme yetkisini tanımıştır. Nitekim söz konusu karar verme yetkisinin devri ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallere münhasır olarak kabul edilmiştir. Ancak uygulamada, istisnai bir yetki devrini sağlamaya yönelik olarak tanımlanmış bu hal, adeta kural haline gelmiş ve soruşturma evresinde temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan pek çok koruma tedbirine *gecikmesinde sakınca bulunan hal vardır* gerekçesiyle yetkili sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından değil, Cumhuriyet savcısı ve hatta onun emrindeki kolluk tarafından karar verilir olmuştur. Başka bir deyişle, *gecikmesinde sakınca bulunan hal* kavramı, soruşturma aşamasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından sulh ceza hâkimi ile Cumhuriyet savcısı ve emrindeki adli kolluk arasında adeta gri bir alan oluşturmuştur.

Çalışmamızın temel gayesi ise bu gri alana bir nebze olsun ışık tutmaktır. Bu çerçevede, çalışmamızın ilk kısmında gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, bu kavramın amaç ve özellikleri üzerinde durulmuştur. İkinci kısımda ise gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığından bahsedilebilmesi için gereken şartların neler olduğu, bunların uygulamada ne suretle gerçekleştirilebileceğine ilişkin değerlendirmeler yapılarak gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak soruşturma evresinde yapılan yetki devirlerinin denetlenmesi açıklanmaya çalışılmıştır. Son kısımda ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak karar verme

yetkisinin sulh ceza hâkiminden veya mahkemeden Cumhuriyet savcısına veya kolluğa devredildiği bir takım koruma tedbirlerinden bahsedilerek bu hallerin ilgili tedbirler bakımından uygulamada ne şekilde gerçekleşebileceği veya gerçekleşmeyeceği hususu irdelenmiştir. Hemen ifade edelim ki, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına Ceza Muhakemesi Kanunu'nun sadece temel haklara müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerinde değil, delillerin toplanmasına ve yargılamanın yürütülmesine ilişkin diğer bazı hükümlerinde de yer verilmiştir. Örneğin, hâkimin reddine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 29'uncu, tanıkların dinlenmesine ilişkin 52'nci, keşfe ilişkin 83'üncü maddeler gibi. Ancak çalışmamızda, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının soruşturma evresinde temel haklara müdahale bakımından ne anlama geldiği ve ne gibi sorunlara yol açtığı üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu manada, konuyu daha fazla dağıtmamak ve genişletmemek için Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nda söz konusu kavrama yer verilen haller ile ilgili bir irdelemede bulunulmamıştır. Ancak şüphesiz ki kavrama ilişkin yapılan genel açıklamalar, ilgili kanunda gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak yapılan yetki devirleri bakımından da geçerlidir¹. Çalışmamızda, Yargıtay'ın gecikmesinde sakınca bulunan hale ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu kararlarına da yeri geldikçe atıfta bulunulmuştur. Son olarak, 20.02.2001 yılında Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir karardan² sonra konunun Alman

¹ Örneğin, önleme aramasının düzenlendiği PYSK m.9/1 veya önleme dinlemesinin düzenlendiği Ek Madde 7/2'de; yer alan ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde karar verme yetkisinin devrine imkân sağlayan düzenlemeler bakımından da yetki devrinin koşullarına ilişkin yaptığımız açıklamalar geçerlidir.

² Çalışmanın devamında söz konusu karara pek çok yerde atıf yapılacak olması sebebiyle burada Federal Alman Mahkemesi'nin kararına konu olan olayı kısaca özetlemekte fayda görüyoruz. Karara konu olayda; uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu sebebiyle hakkında soruşturma yürütülen bir şüpheli, soruşturmayı yürüten polis memurunun kendisine telefonlarının dinlendiği yönünde bilgi verdiğini söylemiş ve ilgili polis memuru hakkında rüşvet ve memurluk sırrını ifşa etmekten ötürü soruşturma başlatılmıştır. Bu soruşturmada, ilk soruşturmanın şüphelisinin de tanık sıfatıyla ifadesine başvurulmuştur. Şüpheli polis memurunun soruşturma hâkimi tarafından 12.04.2000 günü saat 13.05 ile 13.15 arası ifadesi alınmış ve ertesi gün de saat 09.20 ile 10.30 arasında şüpheli polis memurunun sevgilisinin ifadesine başvurulmuştur. Hemen akabinde, nöbetçi savcılık tarafından gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı gerekçesiyle şüpheli polis memurunun iş yerinde, konutunda, aracında ve üstünde arama yapılmasına karar verilmiş ve yapılan arama neticesinde bir takım eşyalara el konulmuştur. Şüpheli polis memuru tarafından bu tedbire karşı itiraz edilmiş ve 30.05.2000 günü itirazı inceleyen asliye mahkemesince, delillerin güvenliğini sağlamak için tedbire derhal başvurulmasının zorunlu olduğu, dolayısıyla aramanın hukuka aykırı olmadığı ifade edilerek itirazın reddine karar

öğretisinde ayrıca yoğun bir şekilde tartışılmış olması sebebiyle, elimizden geldiğince konuyla ilgili Alman ceza hukuku öğretisindeki tartışmalara ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına da yer verilmiştir.

I. GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL KAVRAMI VE GENEL ÖZELLİKLERİ

A. Kavram

Ceza muhakemesi hukukunda sıklıkla başvuru alan ve mahkeme kararlarında da sıklıkla yer alan gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının tanımına 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) yer verilmiş değildir. Buna karşın, 2000 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) Tasarısı'nın 2/7 maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hal, "*derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun delil, iz ve emarelerinin ortadan kaybolması olasılığının ortaya çıkması hali*" şeklinde tanımlanmıştır.

Yine, ceza muhakemesi hukukunda bazı kurumların uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan bir takım yönetmeliklerde söz konusu kavram tanımlanmıştır.

Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin (YGAİAY) 4/4 maddesinde gecikmesinde sakınca bulunan hal, "*Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali*" olarak tanımlanmıştır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin (AÖAY) 4'üncü maddesinde ise adli arama ve önleme araması bakımından iki çeşit tanımlama yapılmıştır. Buna göre, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı; adli aramalar bakımından, *derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar*

verilmiştir. Şüpheli polis memuru, asliye mahkemesinin kararının yeterli gerekçeyi ihtiva etmediğini, kendisine dosyanın incelettilmediğini ve bilgi verilmediğini, dosyadaki hangi somut gerekçeler sebebiyle gecikmesinde sakınca bulunduğu belirtilmediğini ileri sürerek eyalet mahkemesine itiraz etmiştir. Ancak eyalet mahkemesi de 19.07.2000 tarihli kararıyla asliye mahkemesinin kararının hukuka uygun olduğunu, şüphelinin polis memuru olduğunu ve arama tedbirinin derhal uygulanmaması halinde şüphelinin delilleri karartabileceğini ifade ederek itirazı reddetmiş ve konu Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. Bkz. BVerfGE 103, s.142 vd.

almak için vakit bulunmaması halini; önleme aramaları bakımından ise; derhal işlem yapılmadığı takdirde, milli 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 ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması halini ifade eder.

Benzer yönde bir tanım Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in (Beden Muayenesi Yönetmeliği) 3'üncü maddesinde de kaleme alınmıştır. Maddeye göre, gecikmesinde sakınca bulunan hal, *derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması halini ifade eder.*

Gecikmede sakınca, soruşturma evresinde ilgilinin (kural olarak Cumhuriyet savcısının) tedbire karar verdiği hallerde, yargı makamına (sulh ceza hâkimliğine) başvurulup karar alınmasının o tedbiri uygulanamaz hale getirmesini veya tedbirden beklenen yararın sağlanamayacak olmasını ifade eder³. Başka bir tanıma göre, tedbirlere başvurulmadığında veya geç başvurulduğunda, muhakeme yapılamaz, hüküm infaz edilemez ve/veya muhakeme masrafları karşılanamaz duruma girecekse gecikmede sakınca vardır⁴.

CMK'da terim olarak *gecikmesinde sakınca* kavramı kullanılmış olmasına karşın, öğretilerde bu kavram için gecikmede tehlike⁵, gecikmezlik⁶

³ **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2013, s.311. Benzer yönde bkz. **Bittmann**, Folker, "Gefahr im Verzug-Anmerkung zum Urteil des BVerfG", Wistra 2001, s.452.

⁴ Bkz. **Öztürk**, Bahri/**Kazancı**, Behiye Eker/**Güleç**, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Ankara 2013, s.24; **Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma**, Özge/**Kırıt**, Yasemin F.Saygılar/**Özaydın**, Özdem/**Akcan**, Esra Alan/**Erdem**, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2013, s.450; **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M.Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2013, s.269; **Şahin**, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007, s.201.

⁵ Bu yönde bkz. **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010, s.838; **Centel/Zafer**, s.311.

⁶ **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku 1. Cilt, 8. Baskı, Ankara 2013, s.451.

veya tehirinde mazarrat umulan hal⁷ kavramlarının kullanıldığı da görülmektedir. Esasen *sakinca* ve *tehlike* kavramları farklı anlam ihtiva etmektedir. *Tehlike* (*Gefahr, danger*), büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum; *sakinca* (*Vorbehalt/Nachteil, inconvenience*) ise çekinilmesi, dikkatli olunması gereken, sakınmayı gerektiren durum, mahzur olarak tanımlanmaktadır⁸. Latince *periculum in mora*⁹ olarak ifade edilen bu kavram, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (Al.CMK) ise *Gefahr im Verzug* olarak ifade edilmektedir. Bu kavramların tam karşılığı ise gecikmede tehlike olarak çevrilebilir. Gerçekten de bu kavramla bir *sakinca* hali değil, daha çok tehlike, yani delillerin kaybolması ve bazı ceza muhakemesi işlemlerinin tam ve sağlıklı yapılamaması tehlikesi anlatılmak istenmektedir¹⁰. Dolayısıyla kavramın CMK'ya *gecikmede sakınca* olarak geçmiş olması ve bu şekilde Türkçeleştirilmiş olması isabetsizdir¹¹. Açıklanan sebeplerle kavramın gecikmede tehlike olarak anlaşılması gerektiğini düşünmekle birlikte, biz kanun metnine uygun olması ve terim birliğini sağlamak bakımından çalışmanın devamında *gecikmede sakınca* kavramını kullanacağız.

Bu bilgiler ve yukarıda dile getirdiğimiz tanım denemelerinden yola çıkarak gecikmesinde *sakinca* bulunan hal *kavramını*, soruşturma evresinde kural olarak sulh ceza hâkimine ve bazı koruma tedbirleri bakımından da

⁷ Bkz. **Erem**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, 2. Bası, Ankara 1968, s.351, 373. Kaldı ki, mülga 1412 sayılı CMUK'ta da pek çok yerde *tehirinde mazarrat umulan hal* kavramına yer verilmiştir. Örneğin şahitlerin dinlenmesi başlıklı 54/2, keşif başlıklı 78/1, ölü muayenesi ve otopsi başlıklı 79/2, zabıt kararı vermek salahiyeti başlıklı 90/1, mektup, telgraf vesair mersulelerin zaptı kararı başlıklı 92/2, gece yapılacak arama, gecenin tayini başlıklı 96/1, sulh hâkiminin tevkif müzekkeresi kesmesi başlıklı 125/1, meşhud cürümde yakalama, meşhud suç başlıklı 127/1 maddelerinde tehirinde mazarrat umulan hal kavramına yer verilmiştir.

⁸ www.tdk.gov.tr (Erişim: 02.06.2015).

⁹ Latince *periculum* kavramı *hasar, riziko; mora* kavramı ise *borcun ifasının taraflardan birinin kusuru yüzünden gecikmesi* olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Umur**, Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975, s.136, 153.

¹⁰ Tehlike, tedbirden beklenen faydanın elde edilemeyecek; ceza muhakemesinin gerektiği gibi ve amacına uygun biçimde yapılamayacak olmasıdır. Bkz. **Centel/Zafer**, s.311.

¹¹ Öğretide bazı yazarlara göre *sakinca*, mahzur karşılığıdır ve tehlikeye nazaran çok geniştir. Nezaket kaidelerine aykırılıklar dahi *sakinca* kavramına girer. Koruma tedbirleri için ön şart olan *periculum* ise daha dar olup, ancak ağır *sakinca*, yani tehlikedir. Bu sebeple, terminolojiye ve mevzuata yerleşmiş olan *sakinca* kavramı yerine *tehlike* kavramı kullanılmalıdır. Bu yönde bkz. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s.838. Açıklanan sebeplerle kavramın gecikmede tehlike olarak anlaşılması gerektiğini düşünmekle birlikte, biz kanun metnine uygun olması ve terim birliğini sağlamak bakımından çalışmanın devamında *gecikmede sakınca* kavramını kullanacağız.

mahkemeye tanınmış olan karar verme yetkisinin bu makamlara ulaşamıyor olması veya ulaşmak için harcanan zamanda söz konusu delillere sağlıklı bir şekilde ulaşmak ve bu delilleri korumak bakımından objektif ve yakın bir tehlikenin mevcut olması halinde, ilgili karar verme yetkisinin Cumhuriyet savcısına veya kolluk amirine devri olarak ifade edebiliriz.

B. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramının Amacı

CMK'da gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına daha çok temel haklara müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerde yer verilmiştir¹². Gerçekten de gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı halinde, aslında sulh ceza hâkimi veya bazı tedbirler bakımından mahkeme tarafından verilmesi gereken ve temel haklara müdahale teşkil eden bir kararın Cumhuriyet savcısı veya emrindeki adli kolluğa devredilmesi söz konusudur. Gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı halinde söz konusu yetki devrinin yapılmasındaki temel amaç ise delillere güvenilir, sağlıklı ve süratli biçimde ulaşabilmek ve şüphelinin kaçmasını engelleyerek kimliğinin derhal saptanabilmesini sağlamaktır. Bu açıdan bakıldığında, yukarıda gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına ilişkin olarak bazı tanım denemelerinde yer verilen "*hüküm infaz edilemez ve/veya muhakeme masrafları karşılanamaz duruma girecekse gecikmede tehlike vardır*" şeklindeki ibareye katılmadığımızı ifade etmek gerekir. Zira kesin hükümden önce temel haklara müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerine infazın sağlanması gibi bir amaç yüklemek masumiyet karinesine aykırı olup henüz soruşturma aşamasında *muhtemel* infazı garantilemeye çalışmaktan ibarettir¹³.

Öte yandan, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına sadece CMK'da düzenlenen koruma tedbirleri bakımından değil, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda (PVSK) yer alan bir takım önleyici tedbirler bakımından da yer verilmiştir. Gerçekten de örneğin önleme aramasının

¹² Bunun yanı sıra, *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılan işlemler* başlıklı 21/1, *reddi istenen hâkimin yapabileceği işlemler* başlıklı 29/1 ve 29/3, *hâkimin çekinmesi ve inceleme mercii* başlıklı 30/3, *tanıkların dinlenmesi* başlıklı 52/2, *keşif* başlıklı 83/1 ve *soruşturmanın sulh ceza hâkimi tarafından yapılması* başlıklı 163/1 maddelerinde de gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına yer verilmiştir. Al.CMK'da da gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına yirmiden fazla düzenlemede yer verildiğini söylemek gerekir. Bkz. **Krehl**, Christoph, "Gefahr im Verzug-Konsequenzen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20.2.2001", JR 2001, Heft 12, s.491.

¹³ Bu yönde bkz. **İnci**, Z.Özen, "Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar", CHD, Y:9, S:25, Ağustos 2014, s.105-106.

düzenlendiği PVSK m.9'a göre polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin engellenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak CMK hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar. Yine önleme dinlemesinin düzenlendiği PVSK Ek m.7/1 ve 2 fıkraları uyarınca polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar. Bu görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mülga 250'nci maddesinin birinci fıkrasının a, b ve c bentlerinde yazılı suçların önlenmesini engellemek amacıyla hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanı'nın yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir ya da kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim kararını en geç kırk sekiz saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibra edilmek üzere muhafaza edilir.

Görüldüğü üzere, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına bağlı olarak yetki devrinin gerçekleşmesi CMK'da temel olarak delilleri korumak, PVSK'da ise suç işlenmesini engellemek bakımından gündeme gelmektedir. CMK'nın suçun işlenmesinden sonra devreye giren ve ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenleyen; buna karşın PVSK'nın ise polisin görevlerini, hak ve yetkilerini düzenleyen bir kanun olduğu ve temel amacının ise suçun işlenmesinin engellenmesi olduğu gözetildiğinde, her iki kanunda yer alan gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının farklı amaçlar güttüğünü söylemek olağandır.

C. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramının Özellikleri

1. Soruşturma Makamları Arasında Yetki Devrine Yol Açar.

Bilindiği üzere, soruşturma evresinin en üst ve tek yetkilisi Cumhuriyet savcısıdır. Cumhuriyet savcısı soruşturmayı bizzat ve/veya emrindeki adli kolluk marifetiyle yürütür. Gerçekten de Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar (CMK m.160/1). Bu çerçevede Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir (CMK m.161/1). Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, ceza muhakemesinde soruşturma evresinde temel ve asıl yetkili süje, Cumhuriyet savcısıdır. Buna karşın, kanun koyucu soruşturma evresinde bazı işlemlerin ancak hâkim kararıyla yapılabileceğine hükmetmiş ve bu gibi hallerde Cumhuriyet savcısının ancak hâkim kararıyla bu işlemleri yapabileceğini belirtmiştir. Nitekim Cumhuriyet savcısı ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir. Sulh ceza hâkimi, istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir (CMK m.162).

Soruşturma evresinde hâkim kararını gerektiren bu işlemler genel itibariyle temel haklara müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerinde kendini gösterir. Gerçekten de örneğin, şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerde arama yapılabilmesi ve ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerine el konulması kural olarak hâkim kararına tabi kılınmıştır. Benzer şekilde, şüpheli veya sanığın beden muayenesine ve/veya vücudundan örnek alınması da kural olarak hâkim kararını gerektirir.

Koruma tedbirlerinin uygulanmasının temelinde, Anayasa'da (AY) ve uluslararası sözleşmelerde garanti altına alınmış bazı temel haklara müdahale söz konusudur. Şüpheli/sanığın suçluluğu henüz kesin hükümle sabit değilken; başka bir deyişle, masumiyet karinesi gereği kişi henüz suçsuz kabul edilmesine rağmen, en temel haklarına müdahale edilmektedir. İşte en temel kişi haklarına yapılan bu müdahalelerin gerekip gerekmediği yahut ne kadar süreyle gerektiği konusunda şüpheli/sanığa hâkim güvencesi sağlanmıştır. Nitekim kesin hükümden önce bu haklara müdahalenin kural olarak hâkim kararına tabi olduğu Anayasal düzenlemelerde de güvence altına alınmıştır. Örneğin, konut dokunulmazlığını düzenleyen AY m.21'de; "*Kimsenin*

konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz.” denilmiştir. Benzer şekilde haberleşme hürriyetinin düzenlendiği AY m.22’de de; *“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz.”* hükmü yer almaktadır.

Görüleceği üzere, temel hakların dokunulmazlığı yani temel haklara müdahale edilmemesi esas; Anayasa ve kanunlarda belirtilen bazı hallerde ise hâkim kararıyla müdahale edilebilmesi ise istisnadır. Hatta kanun koyucu, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi (CMK m.135) ve teknik araçlarla izleme (CMK m.140) gibi tedbirler bakımından tek bir hâkim kararını bile yeterli görmemekte, ağır ceza mahkemesinin heyet halinde ve oybirliği ile karar vermesi şartını aramaktadır.

Söz konusu tedbirlerin neredeyse tamamı bakımından gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı halinde esasen hâkimde olan bu yetkinin Cumhuriyet savcısına veya emrindeki adli kolluğa devri söz konusudur. O halde, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı ile soruşturma makamları arasında bir yetki devri gerçekleşmektedir¹⁴.

2. Soruşturma Evresine Ait Bir Kavramdır.

Temel haklara müdahale edilmesine yol açan koruma tedbirlerine gecikmesinde sakınca bulunan hal gerekçesi ile Cumhuriyet savcısı veya emrindeki adli kolluk marifetiyle müdahale edilebilmesi esasen soruşturma evresinde söz konusu olabilir. Şüphesiz ki, koruma tedbirlerine kovuşturma evresinde de başvurmak mümkündür. Ancak kovuşturma evresinde bu

¹⁴ Nelles, Ursula, Kompetenzen und Ausnahme-kompetenzen in der Strafprozeßordnung- Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs “Gefahr im Verzug” im Strafverfahrensrecht, Berlin 1980, s. 61 vd.

tedbirlere başvurulması konusunda karar verme yetkisi münhasıran yargılamayı yürüten mahkemeye aittir. Örneğin, şüphelinin evinde yapılacak arama bakımından sulh ceza hâkimi kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri gerekirken, söz konusu tedbire kovuşturma aşamasında karar verilmesi gerektiğinde bu kararı verme yetkisi münhasıran yargılamayı yürüten mahkemeye aittir. O halde, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı soruşturma evresine ait, soruşturma evresinde başvurulmuş ve sonuç doğuran bir kavramdır. Dolayısıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hal adı altında yetki devri ancak soruşturma evresinde mümkündür.

3. Yedek (İstisnai) Karar Verme Yetkisi Yaratan Bir Kavramdır.

Soruşturma evresinde aslen sulh ceza hâkimine ait olan bir karar verme yetkisinin Cumhuriyet savcısına veya emrindeki adli kolluğa devri istisnai bazı hallerde mümkündür. Bu istisnai haller ancak gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığına bağlı olarak ortaya çıkabilir. Başka bir deyişle, kesin hükümden önce temel haklara Cumhuriyet savcısı veya emrindeki adli kolluk tarafından müdahale edilebilmesi ancak istisnai bir karar verme yetkisinin kullanılmasıyla mümkündür. Bu haliyle, gecikmesinde sakınca bulunan hal, *yedek* yani *istisnai* bir kavramdır (*Ermessensbegriff*)¹⁵.

¹⁵ Nelles, s.99. Benzer yönde bkz. Amelung, Knut, "Die Entscheidung des BVerfG zur Gefahr im Verzug i.S. des Art. 13 II GG", NSTZ 2001, s.337; Brüning, Janique, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, Nomos, Baden-Baden 2005, s.180; Beichel, Stephan/Kieninger, Jörg, Gefahr im Verzug auf Grund Selbstausschaltung des erreichbaren, jedoch unwilligen Bereitschaftsrichter?, NSTZ, 2003, s.11; Yih-Wu, Juan, "Die bei Gefahr im Verzug angeordneten Zwangsmaßnahmen in Taiwan", Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrecht- Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag (Hrsg. Martib Böse/Detlev Sternberg-Lieben), Berlin 2009, s.710; Krehl, s.493. "...Soruşturma ve kovuşturma işlemleri, gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan usul kurallarına uygun olmalıdır. Arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemelere göre, arama ancak hâkim kararıyla mümkündür. Cumhuriyet Savcıları ile onun yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için bir ön koşul olarak, gecikmesinde sakınca umulan halin gerçekleşmesi gerekir..." yönündeki YCGK, 17.11.2009 tarih, 2009/7-160 E. ve 2009/264 K. ve benzer yönde YCGK, 17.11.2009 tarih, 2009/7-160 E. ve 2009/264 K. sayılı ilamları için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası. Ayrıca bkz. Kızıllarlan, Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara 2007, s.227; Atladı, Barış, "Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın ya da Şüphelinin Beden Muayenesine İlişkin Tedbir Bakımından Savcılık ve Savcılık Yardımcı Personelinin Karar Alma Yetkisi", Güncel Hukuk, Temmuz 2009/7-67, s.59. Ayrıca bkz. YCGK. Gecikmesinde sakınca

Ancak hemen belirtelim ki; bazı koruma tedbirleri bakımından kanun koyucu bu istisnai karar verme yetkisini dahi kabul etmiş değildir. Örneğin, en temel kişilik haklarından olan ve kişinin fiziksel özgürlüğüne müdahale teşkil eden tutuklama bakımından kanun koyucu karar verme yetkisini münhasıran sulh ceza hâkimine tanımıştır (CMK m.101/1). Gerçekten de, soruşturma evresinde tutuklama kararı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine ancak sulh ceza hâkiminin kararı ile verilebilir. Hâkim dışında soruşturma makamlarına tutuklama yetkisi gecikmesinde sakınca bulunan hal koşulu veya sair başkaca bir nedene dayalı olarak dahi tanınmış değildir.

Benzer şekilde, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma tedbirinin uygulanabilmesi için de mutlak olarak sulh ceza hâkimi kararı aranmaktadır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal adı altında ve pratikte böyle bir ihtimal mevcut olsa bile, hâkim kararı olmaksızın söz konusu tedbirin uygulanabilmesi mümkün değildir.

Kaldı ki kanun koyucu, CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yaptığı bazı kanun değişiklikleri ile temel haklara müdahale niteliği taşıyan bir takım koruma tedbirleri bakımından bu istisnai yetkiyi de ortadan kaldırmıştır. Burada özellikle CMK'da 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin zikredilmesi gerekir. Söz konusu değişikliklerle teknik araçlarla izleme ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirleri bakımından istisnai karar verme yetkisi, başka bir deyişle gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı halinde bu tedbirlere Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebileceğine ilişkin düzenlemeler kaldırılmıştır¹⁶. Bu değişiklikler ile

bulunan hal kavramının istisnai ve dar anlaşılması gerektiği yönünde bkz. BVerfGE 103, s.142 vd.

¹⁶ 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesiyle CMK'nın 139'uncu maddesi değiştirilmiştir. Değişiklik öncesinde; "Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir." şeklinde olan madde değişiklik sonrasında "Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır." halini almıştır. Yine 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesiyle CMK'nın 140'ıncı maddesi de değiştirilmiştir. Değişiklik öncesinde; "Teknik araçlarla izlemeye hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur." şeklinde olan madde değişiklik sonrasında "Teknik araçlarla izlemeye ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliğiyle karar

kanun koyucunun temel haklara müdahale konusunda, gecikmesinde sakınca bulunan halde Cumhuriyet savcısına, emrindeki adli kolluğa istisnai bir karar verme yetkisi tanıma eğiliminden de uzaklaştığını söylemek mümkündür.

4. Hukuken Belirsiz Bir Kavramdır.

Temel haklara müdahale konusunda Cumhuriyet savcısına veya adli kolluğa karar verme yetkisinin ne zaman ve hangi hallerde tanınacağı ise, “*Ne zaman gecikmede sakınca vardır?*” sorusuna verilecek cevapla doğrudan ilintilidir. Yukarıda, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına ilişkin çeşitli tanımları ortaya koymuştuk. Buna göre, derhal işlem yapılmadığı takdirde, suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali söz konusu ise gecikmede sakınca var demektir. Görüleceği üzere, gecikmede sakınca bulunan hale ilişkin olarak objektif bir kriter söz konusu değildir. Başka bir deyişle, her tedbir bakımından gecikmede sakınca bulunan hal değişebilir ve her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi ve takdir edilmesi gerekir¹⁷. Buradan hareketle, gecikmesinde sakınca bulunan halin aynı zamanda *takdiri* de bir kavram olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Somut olayda böyle bir halin var olup olmadığının değerlendirmesi ise Cumhuriyet savcısı veya adli kolluğa aittir. Bu durum da gecikmesinde sakınca bulunan halin sübjektif niteliğini ortaya koymaktadır. Yani, belirli bir somut olayda belirli bir Cumhuriyet savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hal vardır denirken, aynı veya benzer bir başka olayla ilgili olarak bir başka Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan halin mevcut olmadığı düşüncesiyle doğrudan tedbire karar vermeyerek hâkimden bir karar isteme yoluna gidebileceği söylenebilir. Özetle, gecikmesinde sakınca bulunan hal aynı zamanda hukuken belirsiz bir kavramdır (*unbestimmter*

verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.” halini almıştır. Bu değişikliklerin de açıkça gösterdiği üzere, kanun koyucu en azından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri bakımından istisnai karar verme yetkisinden vazgeçmiş ve bu tedbirlerle ilgili temel haklara müdahale edilebilmesi bakımından hâkim güvencesini zorunlu kılmıştır. Kaldı ki; kanun koyucu söz konusu tedbirler bakımından istisnai karar yetkisini kaldırmakla kalmamış, bu tedbirlere ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliği ile karar verileceğini düzenleyerek hâkim güvencesini güçlendirmiştir.

¹⁷ **Centel/Zafer**, s.311. Yargıtay’ın gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramını somut olayın özelliklerine göre değerlendirmesine ilişkin olarak bkz. YCGK, 15.03.2005 tarih, 2005/10-15 E. ve 2005/29 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

Rechtsbegriff)¹⁸. Durumun vahameti de burada kendisini göstermektedir. Cumhuriyet savcısı, hatta hukukçu sıfatına dahi sahip olmayan kolluk amiri, hukuken belirsiz ve sübjektif nitelikte bir kavramı kullanarak en temel kişilik haklarına müdahale edebilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, gecikmesinde sakınca bulunan halin hukuken belirsiz ve sübjektif değerlendirmelere açık bir kavram oluşu keyfi uygulamalarla ve ölçüsüz bir şekilde temel haklara müdahalenin önünü açabilecek niteliktedir. Nitekim uygulamada da ne yazık ki bunun pek çok örneğine rastlanmaktadır.

II. GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HALİN VARLIĞI İÇİN GEREKLİ KOŞULLAR VE DENETİM YOLLARI

A. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Halin Varlığı İçin Gerekli Koşullar

1. Yetkili Hâkime veya Cumhuriyet Savcısına Ulaşılabilmesi

Temel haklara müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerinde hâkime ait olan karar verme yetkisinin Cumhuriyet savcısına veya bazı müdahaleler bakımından ise Cumhuriyet savcısına ait olan karar verme yetkisinin kolluk amirine devri için yetkili hâkime veya Cumhuriyet savcısına ulaşılabilir olması gerekmektedir.

Örneğin, arama ve/veya el koyma tedbirine başvurulabilmesi için kural olarak hâkim kararı gerekmele birlikte gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının veya Cumhuriyet savcısına ulaşılabilen hallerde de kolluk amirinin yazılı emri ile arama ve el koyma kararı verilebilmesi mümkündür. Bu *sıralı yetki devrinin* hukuka uygun olabilmesi için karar verme yetkisine esasen sahip olan mercie ulaşılabilir olması gerekir. Burada, yetkili hâkim veya Cumhuriyet savcısına ulaşılabilmesinden anlaşılması gereken, alışılmış bir şekilde vaktinde veya ulaşılması gereken zaman dilimi içerisinde ulaşılabilmesidir¹⁹. Vaktinde yetkili hâkime veya Cumhuriyet savcısına ulaşılabilmesi neticesinde delillerin kaybolması ve/veya şüpheliye ulaşılabilmesi söz konusu olmalıdır. O halde, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına bağlı olarak temel haklara

¹⁸ Nelles, s. 100; Benfer, Jost/Bialon, Jörg, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, 4. Auflage, München 2010, s.115; Ostendorf, Heribert/Brüning, Janique, "Die gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen von Gefahr im Verzug, JuS 2001, s.1066; Beichel/Kieninger, s.11.

¹⁹ Talaska, Claudia Elisabeth, Der Richtervorbehalt-Ein sinnvolles Element des Grundrechtsschutzes?, Hamburg 2007, s.116.

müdahale bakımından karar verme yetkisinin devri için, ilgili soruşturma makamlarının öncelikle yetkili mercie ulaşmayı denemeleri gerekmektedir. Ancak yetkili mercie ulaşma konusunda başarısız bir denemenin ardından gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak yetki devri söz konusu olmalıdır²⁰. Uygulamada sıklıkla yaşandığı şekilde, bu yönde bir çabaya girilmeksizin yapılacak işlemler istisnai olarak getirilmiş bir kuralın kötüye kullanılmasından başka anlama gelmeyecektir.

Yeri gelmişken üzerinde durulması gereken asıl önemli konu ise yetkili hâkime ve/veya Cumhuriyet savcısına ulaşamamanın uygulamada ne şekilde olabileceğidir. Başka bir deyişle, hâkim veya Cumhuriyet savcısının ne zaman ulaşamaz olduğunun tespit edilmesi gerekir. Mesai saatleri içerisinde hâkim ve Cumhuriyet savcılarında ulaşma konusunda bir sorun yoktur. Zira mesai saatleri içerisinde hâkim ve Cumhuriyet savcıları görev yaptıkları adliye binası içerisinde dirler²¹. Mesai saatleri dışında ise nöbetçi hâkim ve nöbetçi Cumhuriyet savcılarında ulaşılması mümkündür. Nitekim 24.02.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun "çalışma saatleri" kenar başlıklı 54'üncü maddesinde;

"Hâkim ve savcılar, haftalık çalışma süresi ve günlük çalışma saatleri yönünden Devlet Memurları Kanunundaki hükümlere tabidirler. Ancak, hizmetin gerekleri ile görevin özelliklerinden doğan hallerde mesai saatleri dışında ve tatil günlerinde nöbet tutarlar.

Nöbet gün ve saatleri ile nöbet tutanların dinlenme hakları, iş ve kadro durumlarına göre Cumhuriyet savcıları için Cumhuriyet başsavcıları, hâkimler için adli yargı adalet komisyonu başkanları tarafından, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek esaslara göre tespit edilir.

Özel kanunlardaki hükümler saklıdır." hükmü yer almaktadır. Anılan maddeden, haftalık çalışma süresi ve günlük çalışma saatleri yönünden Devlet

²⁰ **Talaska**, s.116; **Krehl**, s.492. Yetkili hâkime ulaşılması için girişilen çaba tedbirin uygulanmasını tehlikeye uğratacak ise gecikmesinde sakınca bulunan halin var olduğunun kabul edilebileceği yönündeki görüş için bkz. **Rabe von Kühlewein**, "Anmerkung zum Urteil des BVerfG von 20.2.2001", StraFo 2001, s.195; **Asbrock**, Bernd, "Gefahr im Verzug bei Durchsuchungen; Begründungsanforderungen an Durchsuchungsbeschluß- Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 20.2.2001, StV 6/2001, s.323; **Lepsius**, Oliver, "Die Unverletzlichkeit der Wohnung bei Gefahr im Verzug", Jura 2002, s.265.

²¹ Özellikle mesai saatleri içerisinde yetkili hâkime/mahkemeye ulaşamamasının söz konusu olmayacağı ve bu saatlerde gecikmesinde sakınca bulunan hal gerekçesi ile koruma tedbirlerine yetkili hâkim/mahkeme dışında Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından karar verilemeyeceği yönünde bkz. **Bittmann**, s.453.

Memurları Kanunu hükümlerine tabi tutulan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının, nöbet hizmetleri yönünden bu Kanun'a tabi tutulmadığı, nöbet hizmetlerine ilişkin esasların, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirleneceği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yayımlanan 30.04.2014 tarih ve (3) numaralı Yönerge ile hâkim ve Cumhuriyet savcılarının nöbet hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Buna göre, nöbet hizmetlerine ilişkin düzenlemelerin, hafta sonu, resmi tatil ve mesai saatleri dışındaki çalışmaları kapsayacağı, nöbet hizmetlerinin yerine getirilmesinde şikâyetçi, mağdur, sanık, tanık ve ilgili diğer kişilerin bekletilmemesi, muhtemel yakınmaların önüne geçilmesi amacıyla ilgili makamlarca gerekli tedbirlerin alınması gerektiği açıkça belirtilmiştir²². O halde mesai saatleri dışında da nöbetçi

²² Anılan yönergeye göre;

5) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulunun 04/09/2013 tarihli ve 606 sayılı kararı ile saat 20:00 dan 07:00 a kadar devam eden zaman süresinin gece kavramı olarak belirlendiğinin bilinmesi,

6) Adli hizmetlerin devamlılığı gereği nöbet tutan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının, olay yeri veya adliyeye gitmelerini gerektiren adli nitelikteki iş ya da olay meydana gelmediği sürece, nöbetlerini görev mahallerinde geçirme zorunluluğunun bulunmadığı dikkate alınmak suretiyle;

a) Büyükşehir belediyesi bulunan mahallerde görev yapan hâkim ve Cumhuriyet savcılarında bizzat adliyede mesai sonrası nöbet tutanlara,

b) (a) bendinde sayılan mahallerden bizzat adliyede nöbet tutulmayan yerler ile (a) bendi dışındaki mahallerde görev yapan hâkim ve Cumhuriyet savcılarında, saat 20.00'den sonra adliye, olay yeri, hastane gibi yerlerde soruşturma veya kovuşturma işlemlerini yerine getirmesi, bu iş ve işlemlerin en az dört saat sürmesi kaydıyla, nöbet sonrası ilk mesai günü istirahat verilmesi, iş ve kadro durumunun müsait olmaması hâlinde istirahat hakkının iş ve kadro durumunun uygun olduğu ilk gün kullanılması,

7) Dinlenme hakkının kullanılmasına ilişkin izin ilgisine göre ağır ceza Cumhuriyet başsavcısı veya adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanı tarafından verilmesi ve bu izinlerin kayıt altına alınması,

8) Bu hakkın kullanılması sırasında görev mahallinin terk edilmemesi ve zorunlu hâllerde ağır ceza Cumhuriyet başsavcısı veya adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanının çağrısı üzerine göreve gelmesi gerektiğinin bilinmesi,

9) Belirlenen ilkeler doğrultusunda, mahallin şartları da gözetilerek nöbet hizmetlerinin hangi esaslara göre yürütüleceğinin (nöbet süresi, nöbetçiye ulaşılamadığı hâllerde yapılacak işlemler, dinlenme hakkı gibi), nöbete ilişkin olarak düzenlenecek kararda açıkça belirtilmesi,

10) Nöbet hizmetlerinin yerine getirilmesinde şikâyetçi, mağdur, sanık, tanık ve ilgili diğer kişilerin bekletilmemesi, muhtemel yakınmaların önüne geçilmesi amacıyla ilgili makamlarca gerekli tedbirlerin alınması,

Konularında gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi hususunun, Genel Kurulun 30/04/ 2014 tarihli ve 215 sayılı kararı ile tüm teşkilata duyurulmasına karar verilmiştir.

hâkim/Cumhuriyet savcısına ulaşılması mümkündür²³. Kaldı ki, yetkili hâkim ve/veya Cumhuriyet savcısına ulaşılması sadece fiziki anlamda değil, teknik olanakların elverdiği başkaca yöntemlerle de söz konusu olabilir. Yani yetkili hâkim veya Cumhuriyet savcısına telefon, faks gibi teknik araçlarla da ulaşılması mümkündür²⁴. Tüm bu açıklamalar ışığında, yetkili hâkim veya Cumhuriyet savcısına ulaşılmasının çok ender ve istisnai hallerde karşılaşılabilecek bir durum olduğu ifade edilmelidir²⁵. Başka bir deyişle, gecikmede sakınca bulunan hal sebebiyle karar verme yetkisinin bu surette devri çok ender uygulanması gereken bir haldir. Bu sebeplerle, gerek Cumhuriyet savcısının yetkili sulh ceza hâkimine, gerekse adli kolluğun yetkili Cumhuriyet savcısına neden ulaşamadığını objektif kriterleri dikkate alarak kararında açıkça ve yazılı olarak belirtmesi ve gerekçelendirmesi şarttır²⁶.

²³ Nöbetçi hâkime ulaşmanın mümkün olduğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan halden bahsedilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. **Krehl**, Christoph, “Richtervorbehalt und Durchsuchungen außerhalb gewöhnlicher Dienstzeiten”, NStZ 2003, s.462; **Metz**, Jochen, “Rangverhältnis der Staatsanwaltschaft zu ihren Ermittlungspersonen bei Gefahr im Verzug”, NStZ 2012, s.243.

²⁴ VfG des Landes Brandenburg, Beschluss von 21.11.2002-VfGB 94/02, StV 2003, s.207. Yetkili hâkime sözlü olarak da ulaşılacağı yönünde görüş için bkz. **Höfling**, Barbara, “Fernmündliche Durchsuchungsanordnungen durch den Richter gem. §§ 102 ff. StPO”, JR 2003, s.409; **Mosbacher**, Andreas, “Aktuelles Strafprozessrecht”, JuS 2/2009, s.125; **Hofmann**, Manfred, “Der unwillige Bereitschaftsrichter und Durchsuchungsanordnungen wegen Gefahr im Verzug”, NStZ 2003, s.231; **Asbrock**, s.323; **Metz**, s.244; **Einmahl**, Matthias, “Gefahr im Verzug und Erreichbarkeit des Ermittlungsrichter bei Durchsuchungen und Beslagnahmen”, NJW 2001, s.1395. Ancak yazara göre, böyle bir durumda hâkim tarafından karar ilgili kolluk görevlisine dikte ettirilmeli ve kolluk görevlisi tarafından yazılan karar da hâkime tekrar okunmalıdır. Bkz. **Einmahl**, s.1395. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili hâkime sözlü olarak ulaşmanın hâkime dosyayı inceleme olanağı tanımadığı ve hâkimi kolluğun verdiği bilgilerle yetinerek ve bunlara güvenerek karar vermek zorunda bırakacağı yönündeki eleştiri için bkz. **Bittmann**, s.454. Benzer yönde bkz. **Beichel/Kieninger**, s.12.

²⁵ **Einmahl**, s.1393. Cumhuriyet savcısının ulaşılabilir olamayacağına ilişkin görüş için bkz. **Nelles**, s.124-125. Gelişen teknolojik imkânlar karşısında yetkili hâkime ulaşamama ihtimalinin düşüklüğüne ilişkin bkz. **Rabe von Kühlewein**, s.196; **Asbrock**, s.324.

²⁶ **Nelles**, s.133; **Ostendorf/Brüning**, s.1067; **Roxin**, Claus, “Zum Beweisverwertungsverbot bei bewusster Missachtung des Richtervorbehalts nach § 105 II StPO”, NStZ 2007, s.616; **Amelung**, s.339; **Krehl**, s.492; **Möllers**, Christoph, “Gefahr im Verzug- Die Unverletzlichkeit der Wohnung vor vermeintlichen Sachzwängen der Strafverfolgung”, NJW 2001, s.1397. Bu koşul sayesinde gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından verilen kararların azalacağı yönündeki görüş için bkz. **Park**, Tido, “Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 20.2.2001, StraFo 2001, s.160; **Rabe von Kühlewein**, s.193. “...Somut olayda evinin damunda hint keneviri yetiştirildiği

2. Tedbire Başvurmada Acil Gereklilik Bulunması

Temel haklara müdahale konusunda karar vermeye yetkili makamlara ulaşılamaması halinde karar verme konusunda yetki devrinin söz konusu olabilmesi için ayrıca bu tedbire başvurma da soruşturmanın selameti bakımından lüzumlu ve zorunlu olması gerekir. Tedbire başvuruda zorunluluktan anlaşılması gereken ise, karar vermeye yetkili hâkim veya Cumhuriyet savcısına ulaşılamamasından kaynaklı olarak karar alınamaması ve tedbirin uygulanamaması halinde geçen süre içerisinde bu tedbirle ulaşılmak istenen delillere bir daha ulaşılamayacak olmasıdır²⁷. Aksi takdirde, o an için yetkili hâkim veya Cumhuriyet savcısına ulaşılamıyor olması, yetki devrinin yapılması için yeterli olmamalıdır. Nitekim gecikmesinde sakınca bulunan hale ilişkin yukarıda verdiğimiz tanımlardan da benzer yönde bir sonuca ulaşmak mümkündür. Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali olarak tanımlanan gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, tedbire başvurmak konusunda bünyesinde acil bir gerekliliği barındırmaktadır. Zira tanımın içerisinde yer alan *derhal* kavramı bir *aciliyeti (Eilkompetenz)* ifade etmektedir. Bu yönde bir acil gereklilikten bahsetmek mümkün değilse, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığından bahsetmek de söz konusu olamaz. Tam da bu

yönünde 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 hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir. Öte yandan, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmede sakınca bulunduğu belirtilmemiştir. Ayrıca dosya içeriğinde, şehir merkezindeki bir konutta çalışma ve gün ve saatleri içerisinde gerçekleştirilen arama için hâkim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakına doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır...” şeklindeki YCGK, 29.11.2005 tarih, 2005/7-144 E. ve 2005/150 K. sayılı ve benzer yöndeki Yarg.7.CD, 22.02.2007 tarih, 2004/5671 E. ve 2007/1111 K. sayılı; 20.06.2005 tarih, 2003/13539 E. ve 2005/8098 K. sayılı ilamları için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

²⁷ **Bittmann**, s.453; **Brüning**, s.179; **Ostendorf/Brüning**, s.1063; **Beichel/Kieninger**, s.10; **Lepsius**, s.264; **Yih-Wu**, s.708. *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...”* Bkz. YCGK, 17.11.2009 tarih, 2009/7-160 E. ve 2009/264 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

sebeplerdir ki, gecikmesinde sakınca bulunan halin somutlaştırılması gerekir. Tedbire derhal başvurulmaması halinde şüphelinin delilleri karartacağı yönünde soyut tahmin ve varsayımlar yeterli sayılmamalıdır. Bu yönde somut bazı dayanakların olması gerekir²⁸.

Gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı için gerekli olan tedbire başvurmada acil gereklilik bulunması kriteri her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmeli ve gerekçelendirilmelidir²⁹. Şüphesiz ki, söz konusu tedbire başvurmak konusunda acil bir gereklilik bulunup bulunmadığı konusunda karar verme yetkisi Cumhuriyet savcısında veya bazı tedbirler bakımından Cumhuriyet savcısına ulaşamayan hallerde kolluk amirindedir³⁰. Ancak, Cumhuriyet savcısı ve bazı tedbirler bakımından kolluk amiri, gecikmesinde sakınca bulunan hale dayalı olarak verilen kararlarda bu acil gerekliliğin hangi sebeplere dayandığını da açıkça belirtmelidir. Zira Cumhuriyet savcısı veya soruşturma makamlarının bu konuda geniş bir takdir yetkisi, hele ki keyfî karar verme hakkı yoktur. İstisnai olarak yetki devri sağlayan bu kavramın içi, gelişi güzel ve sınırsız bir şekilde doldurulamaz. Başka bir deyişle, bu takdir yetkisinin de yine kanuni sınırlar içerisinde kullanılması gerekir³¹. Ne var ki uygulamada bu yönde bir *acil gereklilik* değerlendirmesi yapılmaksızın ve gecikmede neden tehlike bulunduğu ve tedbire başvurmada acil gerekliliğin hangi nedenden kaynaklandığı açıklanmaksızın söz konusu tedbirlere karar verildiği bilinmektedir.

B. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hale Bağlı Olarak Verilen Kararların Denetimi

1. Genel Olarak

Soruşturma evresinde kural olarak sulh ceza hâkimi tarafından karar verilmesi gereken ve temel haklara müdahale niteliği taşıyan bir tedbire

²⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.838; Krehl, s.492; Park, s.159; Rabe von Kühlewein, s.195; Mosbacher, s.125; Lepsius, s.264; Yih-Wu, s.712.

²⁹ Nelles, s.136; Ostendorf/Brüning, s.1066. Gerçekten de Alman Federal Anayasa Mahkemesi “*gecikmesinde sakınca bulunan hal*” kavramını ayrıntılı olarak irdelediği 20.02.2001 tarihli kararında söz konusu kavramın, her durumun (olayın) özelliğine göre, gerçek olgulara dayandırılması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu kavramı; sadece spekülasyonlara, varsayımsal düşüncelere ya da günlük suç tecrübelerine dayanarak ve olayın dışında kalan tahminlere dayanarak açıklamak yeterli değildir. Bkz. BVerfGE 103, s.142 vd.

³⁰ Nelles, s.134; Brüning, s.180.

³¹ Brüning, s.180; Centel/Zafer, s.311.

Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından karar verilebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal için ise yetkili hâkime (veya Cumhuriyet savcısına) ulaşamıyor olması ve tedbire başvurmak konusunda acil bir gerekliliğin mevcudiyeti aranmalıdır. Şüphesiz ki, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı adı altında temel haklara istisnai bir yetki ile müdahale etmenin de bu şartları ihtiva edip etmediği bakımından denetlenebilir olması şarttır. Bu denetim, soruşturma ve kovuşturma evresinin çeşitli aşamalarında ve çeşitli yollarla mümkündür. Gerçekten de kanun koyucu, şüphelinin iç beden muayenesi veya vücudundan örnek alınmasında olduğu gibi gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına dayalı olarak Cumhuriyet savcısı tarafından verilen bazı kararlar bakımından yirmi dört saatlik bir hâkim onayı koşulu aramakla bu denetimi düzenlemiştir. Hemen belirtelim ki, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına bağlı olarak verilen kararların itiraz veya temyiz gibi olağan kanun yollarıyla da denetiminin sağlanması mümkündür. Zira gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının açıklanması ve uygulanması, kayıtsız şartsız yargısal kontrol altındadır. Nitekim yargısal olmayan organların verdikleri kararların sınırlarını belirlemek ve bu kararları denetlemek mahkemelerin sorumluluğu altındadır³².

2. Onay Suretiyle Denetim

Kanun koyucu, temel haklara müdahale niteliği taşıyan bazı tedbirler bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde karar verme yetkisini Cumhuriyet savcısına tanımış ancak bu kararın da belirli bir süre içinde hâkim onayına tabi tutulması gerektiğini ifade etmiştir. Örneğin, soruşturma aşamasında şüphelinin beden muayenesine veya vücudundan örnek alınmasına kural olarak hâkim tarafından karar verilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu tedbire Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebilmesi mümkündür. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kararını yirmi dört saat içinde yetkili sulh ceza hâkiminin onayına sunmalı; sulh ceza hâkimi tarafından da yirmi dört saat içinde Cumhuriyet savcısının kararının yerindeliği bakımından denetimi yapılmalıdır. Benzer şekilde, soruşturma evresinde şüphelinin iletişiminin dinlenmesi ve kayda alınmasına da kural olarak ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliği ile karar verilir. Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının karar verebilmesi mümkündür. Cumhuriyet savcısı tarafından tedbire karar verilen

³² Bkz. BVerfGE 103, s.142 vd.; BVerfG, Beschl. v. 30.4.1997-2 BvR 817/90, NJW 1997, s.2163 vd.; **Park**, s.159; **Yih-Wu**, s.709.

hallerde, iş bu karar yine yirmi dört saat içinde yetkili ağır ceza mahkemesinin onayına sunulmalı ve ağır ceza mahkemesi tarafından da yirmi dört saat içinde denetimi sağlanmalıdır. İlgili düzenlemelerde yetkili sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından verilen onayın esasen *onay suretiyle (otomatik) denetim yolu* olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Nitekim yetkili mahkeme gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına dayalı olarak verilen kararı incelerken, gecikmede sakıncanın koşullarının oluşup oluşmadığını somut olayın özelliklerine göre değerlendirmeli ve özellikle yazılı olarak vereceği kararında bu hususlara vurgu yaparak gerekçelendirmelidir. Yetkili mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, öncelikle Cumhuriyet savcısı veya yetkili merci tarafından hâkime neden başvurulmadığını incelemeli ve başvurulmayan bu süre içerisinde soruşturma işlemlerinin gerçekten bir daha yapılamaz bir hal alıp almadığını dikkate almalıdır³³. Öğretide, soruşturma makamlarının gecikmesinde neden sakınca bulunduğunu yeterince açıklamamaları, incelemeyi yapan yetkili hâkimin dosyanın tamamını inceleme olanağının bulunmadığı ve kısa süre içerisinde karar vermesi gereken hallerde söz konusu bu denetimin kendisinden beklenen amacı sağlayamayacağı yönünde haklı eleştiriler bulunmaktadır. Gerçekten de uygulamada, bu gibi haller adeta bir bumerang etkisi (*Bumerangeffekt*)³⁴ yaratmakta ve hâkimin otomatik onaylar vermesi suretiyle düzenlemeden beklenen amacın sağlanamamasına yol açmaktadır.

Belirtilen süreler içerisinde onay vermeye yetkili sulh ceza hâkimi/mahkeme tarafından yapılacak değerlendirme sonucunda somut olayda gecikmesinde sakınca bulunan halin oluşmadığı sonucuna varılacak olursa, Cumhuriyet savcısı tarafından alınmış karar ortadan kalkacak ve Cumhuriyet savcısının kararı hukuka aykırı bir hale gelecektir. Bu haliyle, onay vermeye yetkili sulh ceza hâkimi/mahkeme tarafından Cumhuriyet savcısının kararı üzerinde otomatik bir denetim mekanizması işletilmektedir. Buna karşın, onay vermeye yetkili sulh ceza hâkimi/mahkeme tarafından süresi içinde yapılan inceleme sonucunda, gecikmesinde sakınca bulunan halin koşullarının oluştuğu ve dolayısıyla Cumhuriyet savcısının verdiği kararın yerinde olduğu sonucuna ulaşılabilecek olursa, verilen karar onaylanacak ve böylelikle bu karara dayalı olarak elde edilen deliller de gecikmesinde sakınca bulunan hal bakımından hukuka aykırılık taşımayacaktır. Başka bir deyişle, yetkili sulh ceza hâkimi/mahkeme tarafından verilen onayın aynı zamanda

³³ Talaska, s.121-122.

³⁴ Talaska, s.93-94.

Cumhuriyet savcısının kararına dayalı olarak yapılan işlemler sonucu elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılabilmesi bakımından zorunlu olduğunu söylemek gerekir. Bu yönüyle yetkili sulh ceza hâkiminin/mahkemenin onayının aynı zamanda *gecikmiş bir karar* olduğunu da söylemek mümkündür.

Ancak hemen belirtelim ki, temel haklara müdahale niteliği taşıyan tüm tedbirler bakımından gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına bağlı olarak Cumhuriyet savcısı ve/veya kolluk amiri tarafından verilen kararlar bir onaya tabi kılınmış değildir. Gerçekten de örneğin arama kararının düzenlendiği CMK m.119/1 maddesine göre, arama kararı kural olarak hâkim tarafından verilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı takdirde ise kolluk amirinin yazılı emri ile de arama yapılabilmesi mümkündür. Ne var ki, bu kararlar ayrıca hâkim onayına tabi kılınmış değildir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hukuken belirsiz bir kavram olan, istisnai ve yedek bir karar verme yetkisi sağlayan gecikmesinde sakınca bulunan halin denetimi mutlaka bir hâkim/mahkeme denetimine tabi tutulmalı ve böylelikle söz konusu hukuki belirsizlik somut olayın özellikleri de dikkate alınarak giderilmelidir³⁵. Böylelikle hukuk devleti ilkesi ve ceza yargılamasının hukukiliği sağlanacaktır³⁶ ve soruşturma makamlarının keyfi nitelikli kararları da azalacaktır³⁷. Bu sebeple kanımızca gecikmesinde sakınca bulunan hal adı altında temel haklara müdahaleye izin veren her türlü halin ayrıca yetkili sulh ceza hâkiminden/mahkemeden onay alınmak suretiyle denetime tabi tutulması gerekmektedir.

3. Kanun Yolları Aşamasında Denetim

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına dayalı olarak temel haklara müdahale niteliği taşıyan bir takım koruma tedbirlerine başvurulması halinde verilen bu kararların itiraz, istinaf veya temyiz gibi olağan kanun yolları vasıtasıyla denetiminin sağlanması da mümkündür.

³⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi de 20.02.2001 tarihli bir kararında gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı ile ilgili olarak benzer yönde değerlendirme yapmıştır. Bunun için bkz. BVerfGE 103, s.142 vd. Benzer yönde görüş için bkz. **Talaska**, s.96 vd.; **Park**, s.159. Tayvan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da yetkili hakim kararı olmaksızın Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından verilen arama emirleri hakim denetimine tabidir. Bkz. **Yih-Wu**, s.711.

³⁶ **Schäfer**, Christoph, "Kommentar- Die Staatsanwaltschaft im Rechtsschutzsystem", NJW 2001, s.1397.

³⁷ **Brüning**, s.181.

Bilindiği üzere itiraz, hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde, mahkeme kararlarına karşı başvurulabilen bir kanun yoludur (CMK m. 267/1). Gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına bağlı olarak yetki devrinin söz konusu olduğu ve temel haklara müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerine Cumhuriyet savcısı, adli kolluk veya yetkili amir tarafından karar verildiği ve bu kararın da bir sulh ceza hâkimi/mahkeme onayına tabi kılındığı hallerde, sulh ceza hâkimi/mahkemenin onayına karşı da itiraz kanun yoluna başvurmak mümkün olacaktır. Örneğin, gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak şüphelinin beden muayenesine veya vücudundan örnek alınmasına Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi halinde bu kararın yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına tabi tutulması gerekir. İşte bu durumda yetkili sulh ceza hâkimi tarafından verilen onay esasen bir hâkim kararıdır ve itiraza tabidir. Böylelikle, Cumhuriyet savcısının kararının özellikle de yukarıda açıkladığımız *bumerang etkisiyle* onaylandığı durumlar bakımından daha soruşturma evresinde denetim muhakemesi yolu işletilebilecektir.

Gecikmesinde sakınca bulunan halin itiraz kanun yolu ile denetlenmesi daha sınırlı bir alanda mümkün iken, söz konusu denetimin temyiz yoluyla yapılabilmesi her zaman mümkündür. Nitekim hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden kararlar hükümle beraber temyiz edilebilir. Burada söz konusu olan kararlar mahkeme tarafından verilen ara kararlardır ve bu kararların hangi aşamada verildiği de önemli değildir. Muhakeme hukukuna ilişkin temyiz nedenleri, son kararı etkiledikleri ölçüde ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasını gerektirir³⁸. Gerçekten de, gecikmesinde sakınca bulunmadığı halde yetki devri yapılarak Cumhuriyet savcısı ve/veya yetkili amir tarafından temel haklara müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerine başvurulması ve bu tedbirler sonucunda sanık aleyhine delil elde edilmesi halinde bu durum, temyiz aşamasında bir bozma nedeni olarak ileri sürülebilir ve gecikmesinde sakınca bulunan hal ile ilgili olarak denetim muhakemesi bu yolla sağlanabilir. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu hususun tartışıldığını söylemek gerekir. Yargıtay özellikle keşif ile ilgili verdiği pek çok kararında gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramını tartışmıştır³⁹. Örneğin, Yargıtay 7. CD'nin 09.03.2011 tarih, 2007/15405 E. ve 2011/2292 K. sayılı ilamına göre;

³⁸ Çınar, Ali Rıza, Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara 2006, s.90.

³⁹ Bilindiği üzere, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına CMK m.83'te yer alan keşifte de yer verilmiştir. Maddeye göre; keşif, hâkim veya mahkeme veya naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Bu düzenlemeye aykırı olarak gecikmesinde sakınca

“...kural olarak keşfin hâkim tarafından yapılacağı belirtildiği, hangi olayda keşif yapılmasına ihtiyaç duyulacağı hâkim veya Cumhuriyet savcısının farklı değerlendirilebileceği, Cumhuriyet savcısının sadece ‘gecikmesinde sakınca bulunan hallerde’ bu yetkisinin bulunduğu, mümkün olduğunca, gecikme halinde delilin kaybolması ya da değişmesi söz konusu olacaksa ve derhal hâkim tarafından keşif yapılma olanağı bulunmuyorsa, Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması gerektiği, aksi halde bu hükmün geniş yorumlanarak, gecikmesinde sakıncalı hal olup olmadığına bakılmaksızın her olayda Cumhuriyet savcısı tarafından keşif yapılması gerekeceği, somut olayda suçun niteliği de göz önüne alındığında gecikmesinde sakınca bulunan halden söz edilemeyeceği...” denilerek yerel mahkemenin kararı bozulmuştur⁴⁰. Görüldüğü üzere, Yargıtay da gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının sübjektifliği, istisnailiği ve keyfi uygulamalara açık oluşuna dikkat çekmiş ve gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramını, bu kavrama dayalı olarak yapılan muhakeme işlemlerinin yerindeliliğini temyiz yoluyla denetlemiştir.

III. GECİKMESİNDE SAKINCA BULUNAN HAL GEREKÇESİ İLE BAZI TEMEL HAKLARA MÜDAHALELERİN HUKUKİLİĞİ VE YERİNDELİLİĞİ SORUNU

A. Anayasal Bağlamda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması ve Hâkim Güvencesi

Bilindiği üzere; Anayasamız olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını 13’üncü maddede düzenlemiştir. Maddeye göre; “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna,*

bulunmadığı halde keşfin hâkim tarafından değil, Cumhuriyet savcısı tarafından tatbik edilmesi Yargıtay’ın pek çok kararında tartışma konusu yapılarak yerel mahkeme kararları bu noktadan bozulmuştur.

⁴⁰ Benzer yönde Yarg.3.CD, 25.06.2008 tarih, 2008/11399 E. ve 2008/9271 K; Yarg.9.CD, 16.04.2007 tarih, 2007/3775 E. ve 2007/3289 K; Yarg.8. CD, 09.06.2008 tarih, 2008/7782 E. ve 2008/7163 K; Yarg.8.CD, 16.06.2008 tarih, 2008/8503 E. ve 2008/7593 K; Yarg.9.CD, 24.06.2008 tarih, 2008/9466 E. ve 2008/8201 K; Yarg.3. CD, 01.06.2006 tarih, 2006/5835 E. ve 2006/4982 K. sayılı ilamları için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”⁴¹

Görüleceği üzere, Anayasa m.13, temel hakların sınırlandırılması konusunda bu sınırlandırmanın hâkim kararı ile yapılmasını zorunlu kılmamıştır. Buna karşın, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin maddelerde bu sınırlandırmaları hâkim kararı şartına bağlamak suretiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından hâkim güvencesi getirmiş durumdadır. Örneğin kişi hürriyeti ve dokunulmazlığının düzenlendiği 19’uncu maddede yakalamanın, özel hayatın gizliliğinin düzenlendiği 20’nci maddede kişilerin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmasını ve bunlara el konulmasının, konut dokunulmazlığının düzenlendiği 21’inci maddede konutta aramanın, haberleşme hürriyetinin düzenlendiği 22’nci maddede haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesinin kural olarak hâkim kararı ile yapılabileceği ifade edilmiş ve ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bazı temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için yetkili merciin kararının alınmasını ve bu kararın daha sonra hâkim onayına sunulması şartı aranmıştır. O halde, esasen bir takım temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması demek olan ve ceza muhakemesi hukukundaki yansımasını yakalama, arama, el koyma, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi gibi koruma tedbirlerinde bulan temel hak ve özgürlüklerin, Anayasa’nın sözü gereği ancak hâkim kararıyla sınırlandırılması mümkündür⁴². Başka bir deyişle, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan mahiyetteki tedbirler bakımından hâkim kararı esastır. Nitekim hâkimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı temel hakların sınırlandırılmasında önemli bir garanti fonksiyonuna sahiptir⁴³. Bu esasen, hukuki güvenlik

⁴¹ Maddeden hareketle, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda temel teşkil eden şartları 1. Sınırlamanın kanunla yapılması, 2. Sınırlamanın Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere dayanması, 3.Sınırlamanın Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olması, 4. Sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması, 5. Sınırlamanın temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, 6. Sınırlamanın laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmaması ve 7. Sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olması şeklinde tasniflemek mümkündür. Bkz. **Özbudun**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2009, s.108 vd.; **Gözler**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Bursa 2010, s. 124.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 30.4.1997-2 BvR 817/90, NJW 1997, s.2163 vd.; **Lepsius**, s.259 vd.; **Duman**, İlker H., “Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Kanunla Yetkili Kılınan Mercii Emriyle Hak ve Özgürlükleri Sınırlamak”, TBBD, 1999/3, s.768.

⁴³ **Amelung**, s.338; **Lepsius**, s.264; **Ostendorf/Brüning**, s.1063; **Beichel/Kieninger**, s.12; **Metz**, s.244.

ilkesinin de bir gereğidir⁴⁴. Anayasamız, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına bağlı olarak bu temel hak ve özgürlüklere yetkili merciin emri ile müdahale edilmiş olsa bile söz konusu emrin yine belli bir süre içerisinde hâkim denetimine tabi kılınması gerektiğini açıkça belirtmek suretiyle söz konusu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında hâkim kararının esas olduğunu ortaya koymuştur. Özetle, Anayasa'nın özünde bu hakların sınırlandırılması bakımından hâkim güvencesi getirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Üzülerek ifade edelim ki, ceza muhakemesi uygulamasında temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan pek çok koruma tedbirine başvururken Cumhuriyet savcısı veya yetkili amir tarafından “*gecikmesinde sakınca bulunan hal*” adı altında, somut olay bakımından hâkime ulaşmanın ve hâkimden karar almanın neden mümkün olmadığı ve hâkim kararı beklendiğinde hangi delile ulaşmanın imkânsız olacağı açıklanmaksızın gerekçesiz yazılı emirler düzenlenmekte ve keyfi biçimde temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmektedir.

B. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Gereçesi İle Bazı Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasının Yerindeliği

1. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Şüphelinin Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması

Şüphelinin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, esasen en temel hak ve özgürlüklerden olan ve Anayasa'nın 17'nci maddesinde düzenlenen kişi dokunulmazlığına müdahale anlamına gelmektedir. Nitekim Anayasa m.17/2'de, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı olan haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı açıkça ifade edilmiştir.

CMK, Anayasa'nın *kanunla yazılı olan haller* istisnasına dayalı olarak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla şüphelinin beden muayenesinin yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine imkân vermiş ve fakat bunu çeşitli

⁴⁴ Ostendorf/Brüning, s.1063. Nitekim ceza usul hukuku açısından da gözaltı ve tutukluluk gibi bazı tedbirlere yargı organı tarafından karar verilmesi hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir. Bkz. **Köküsarı**, İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara 2015, s.37.

koşullara bağlı tutmuştur. Bu koşullardan birisi de, tedbire karar verme yetkisine ilişkindir. Gerçekten de, CMK m.75 uyarınca, bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla şüphelinin beden muayenesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir⁴⁵. Buna göre, şüphelinin beden muayenesine veya vücudundan örnek alınmasına karar verme yetkisi soruşturma evresinde kural olarak hâkime aittir⁴⁶. Ancak, söz konusu tedbirin uygulanmasına karar verilebilmesi bakımından kanun koyucu, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına bağlı olarak Cumhuriyet savcısına da istisnai bir karar verme yetkisi tanımış⁴⁷ ve fakat Cumhuriyet savcısı tarafından

⁴⁵ Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, koruma tedbirlerine karar verme yetkisi bakımından esasen soruşturma evresine ilişkindir. Buna göre, gecikmesinde sakınca bulunan bir durumda sadece soruşturma evresi bakımından Cumhuriyet savcısının karar verme yetkisi bulunmaktadır. O halde, gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak sanık üzerinde değil, ancak şüpheli üzerinde Cumhuriyet savcısının kararı ile iç beden muayenesi yapılabilmesi ve/veya vücuttan örnek alınabilmesi mümkündür. Bu yönüyle CMK m.75'in metni sıkıntılıdır. Nitekim madde metninden sanki sanık üzerinde de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile iç beden muayenesi yapılabileceği veya vücudundan örnek alınabileceği gibi bir anlam çıkmaktadır ki, bunu kabul etmek mümkün değildir. Bu yönde bkz. **İnci, Z.Özen**, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *İzBD*, Ocak 2007, s.140. Cumhuriyet savcısının kovuşturma aşamasında re'sen muayene ve örnek alma kararı vermesi ve bunu mahkemenin onayına sunması bu evrenin özelliği ile bağdaşmamaktadır. Çünkü kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısı talepte bulunan, mahkeme ise karar veren makamdır. Bu evrede tüm kararlar mahkeme tarafından verilir. Bkz. **Centel/Zafer**, s.276.

⁴⁶ Burada söz konusu edilen hâkim, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise olaya bakan mahkemedir. Bkz. **Öztürk /Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, s.529; **Öztürk/Kazancı/Güleç**, s.160. Hemen belirtelim ki, CMK ilk kabul edildiğinde Cumhuriyet savcısına da doğrudan, gecikmede tehlike aranmaksızın biyolojik örnekler dışındaki örnekleri alma kararı verme yetkisi tanınmıştı. Söz konusu düzenleme ile hangi örneklerin biyolojik olduğu ve hangilerinin biyolojik örnek olmadığı konusunda ortaya çıkan tartışmaları engellemek bakımından 25.05.2005 tarih 5353 sayılı Kanun ile CMK'nın ilgili maddesi değiştirilmiştir.

⁴⁷ Öğretide bazı yazarlar tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına tanınan karar verme yetkisinin, kolluğa da tanınması gerektiği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. **Centel/Zafer**, s. 275; **Turhan**, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)", *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları-V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara)*, Ankara 2008, s.1048; **Kılıç**, Ümmügülüm, *Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler

verilen kararın da mutlaka hâkim tarafından onaylanmasını öngörerek, hâkim onayını Cumhuriyet savcısının kararı bakımından bir geçerlilik şartı olarak kabul etmiştir.

Peki, bu istisnai yetki devriyle şüphelinin beden muayenesinin yapılabilmesi veya vücudundan örnek alınabilmesi ne zaman mümkün olabilir? Başka bir deyişle, şüphelinin beden muayenesi veya vücudundan örnek alınması için ne zaman gecikmede tehlike söz konusudur? Soruşturma evresi devam ederken, şüphelinin bedeni üzerinde bulunan bazı delillerin, vücutta kalma süresi dikkate alındığında, kaybolması riskinin de her zaman mümkün olduğunu söylemek gerekir. Nitekim adli tıp açısından yaraların iyileşme, vücut üzerindeki izlerin, biyolojik şekilde vücut tarafından veya diğer fiziki yollarla kaybolma süreleri bellidir ve bu süreler genellikle çok kısadır. Örneğin, ateşli silahla yaralama veya öldürme olayının hemen sonrasında yakalanan şüpheliden bir an önce el svaplarının (sürüntülerinin) alınması gerekir. Zira atış artığı partiküller (parçacıklar) bu bölgelere yerleşmekte ve çok küçük olmaları sebebiyle yıkama, silme veya diğer çevre etkileriyle kaybolabilmektedir. Bu nedenle, 5-6 saat içinde bu örneklerin şüpheliden alınması gerekir⁴⁸. Yahut bir cinsel saldırı sonrasında yakalanan failin cinsel organında kalan ve mağdura ait olan biyolojik materyalin de derhal alınması gerekebilir. Söz konusu biyolojik kalıntıların kısa zaman içerisinde ele geçirilmesi gerekir. Aksi takdirde bu materyalin kısa süre içerisinde yıkama, silme veya diğer çevresel etkenlerle kaybolabilmesi mümkündür. İşte böyle bir durumda acil bir gereklilik bulunduğu açıktır. Ancak burada kıstas alınması gereken, işlemin gecikmesi durumunda delilin kaybolma tehlikesinin yakın bir tehlike olmasıdır⁴⁹. Buna karşın, suçun işlenmesinin üzerinden belirli bir zaman geçtikten sonra, şüphelinin üzerinde suç delillerine tıbben ve fiziken ulaşmak mümkün değilken, bu yönde yakın bir tehlikeden ve dolayısıyla gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığından bahsedilemez. Hemen ifade edelim ki, tedbire başvurmada acil bir gereklilik bulunması gecikmesinde sakınca bulunan hale dayalı olarak sulh ceza hâkimine ait olan karar verme yetkisinin doğrudan Cumhuriyet savcısına geçmesini gerektirmez. Tedbire başvurmada acil bir gerekliliğin

Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2010, s.135. Nitekim Al.CMK m.81/a/2'de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amiri durumundaki memurlara da karar verme yetkisi tanınmıştır. Aksi yönde görüş için bkz. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, s.529.

⁴⁸ **Kızıllarslan**, s.125 vd.

⁴⁹ Benzer yönde bkz. **Atladı**, s.59.

bulunmasının yanı sıra ayrıca Cumhuriyet savcısı tarafından sulh ceza hâkimine de ulaşılamıyor olması gerekir. Nitekim hâkimin ulaşılabilir olduğu her durumda söz konusu tedbire hâkim tarafından karar verilmelidir.

Öte yandan, karar verme yetkisine sahip hâkime ulaşma bakımından da yirmi dört saatlik sürenin dikkate alınması gerekir. Zira gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına bağlı olarak Cumhuriyet savcısı tarafından tedbirin uygulanmasına karar verilmesi ve tedbirin uygulanması halinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için Cumhuriyet savcısının kararının yirmi dört saat içinde yetkili hâkim tarafından onaylanması gerekir. Başka bir deyişle, Cumhuriyet savcısı zaten yirmi dört saat içinde yetkili hâkime '*en kötü ihtimalle*' onay almak için ulaşmak zorundadır. O halde burada, yirmi dört saatlik bir gecikme içinde söz konusu delillerin kaybolacak olması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin, olay yerinden ele geçirilen DNA izleri ile şüphelinin DNA'sının karşılaştırılması amacıyla şüpheliden DNA örneği alınmasında gecikmede sakınca bulunduğu bahsedilemez. Zira hâkime ulaşamayan süre içerisinde şüphelinin DNA'sının kaybolacağı, yok olacağı veya silineceğinden bahsedilemez⁵⁰. Ancak maalesef ki ülkemizde bunun aksi yönünde uygulamalarla sıklıkla karşılaşıldığı da bir gerçektir.

2. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Şüphelinin Adli Amaçlı Yakalanması

Yakalama, şüphelinin hâkim kararı olmaksızın Cumhuriyet savcısı tarafından gözaltına alınması veya serbest bırakılmasına kadar kişi özgürlüğünün geçici olarak sınırlandırılmasıdır⁵¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.5/1 ve AY m.19'da düzenlenen ve en temel hak ve özgürlüklerden olan kişi özgürlüğü ve güvenliği ile doğrudan ilgili olan yakalamanın yapılabilmesi CMK'da belirli şartlara tabi tutulmuştur. Buna göre, yakalamayı herkes tarafından yakalama yapılabilen haller ve kolluk tarafından yakalama yapılabilen haller olarak tasnif etmek mümkündür.

⁵⁰ Benzer yönde örnek için bkz. **Kızıllıslan**, s.228.

⁵¹ **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, s.451. YGAİAY m.4'e göre yakalama, kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını ifade eder.

CMK m.90/1 uyarınca, kişiye suçu işlerken rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması halinde herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir. Buna karşın, kolluk tarafından yakalama yapılabilmesi için belirli bazı şartların var olması gerekir. Nitekim CMK m.90/2'de kolluk tarafından yakalama yapılmasının şartları; tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan bir halin olması ve Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağının bulunmaması olarak kaleme alınmıştır.

Söz konusu şartları kısaca incelemek gerekirse; şüpheli hakkında yakalama emri veya tutuklama kararı verilmesini gerektiren bir halin bulunup bulunmadığı yakalama yetkisini kullanacak olan kolluk görevlisi tarafından takdir edilecektir⁵². Yakalama emri verilmesini gerektiren haller ise CMK m.98'de belirtilmiştir. Buna göre, soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir (CMK m.98/1). Yine, yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler (CMK m.98/2). Kovuşturma evresinde ise kaçak⁵³ sanık hakkında yakalama emri resen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından düzenlenir (CMK m.98/3).

Tutuklama kararı verilmesini veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren durumlar var olmasına rağmen gecikmede sakınca bulunmuyorsa,

⁵² Centel/Zafer, s.317; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s.457; Şahin, s.205. Esasen hâkim tarafından hukuki bir takım değerlendirmeleri gerektiren tutuklama kararının verilip verilemeyeceği yönündeki değerlendirmenin kolluk görevlisinin takdirine bırakılmasının doğru olmadığını, bunun kolluğa çok geniş ve kötüye kullanılabilir bir takdir hakkı tanıdığını söylemek gerekir.

⁵³ Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir (CMK m.241/1). Hakkında CMK'nın 248'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen suçlardan dolayı kovuşturma başlatılmış olan sanığın, yetkili mahkemece usulüne göre yapılan tebligata uymamasından dolayı verilen zorla getirilme kararı da yerine getirilemez ise mahkeme, çağrının bir gazete ile sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilanına karar verir; yapılacak ilanlarda, onbeş gün içinde gelmediği takdirde 248'inci maddede gösterilen tedbirlere hükmedilebileceğini ayrıca açıklar. Bu işlemlerin yerine getirildiğinin bir tutanak ile saptanmasından itibaren onbeş gün içinde başvurmayan sanığın kaçak olduğuna karar verilir (CMK m.247/2).

yine CMK m.90/2 uyarınca kolluğun yakalama yetkisinden bahsedilmeyecektir. Şayet, kolluğun o anda yakalama yapmaması bunun yerine hâkimden yakalama emri çıkarılmasını istemesi halinde suçun delilleri ortadan kalkacak veya şüpheli kaçacak ve/veya kimliğinin tespit edilmesine olanak bulunmayacaksa gecikmede sakıncadan söz edilir⁵⁴. Burada, yakalamayı yapacak olan kolluk görevlisi gecikmede tehlike bulunup bulunmadığını takdir etmek durumundadır⁵⁵. CMK m.90/2 uyarınca kolluğun yakalama yetkisini kullanabilmesi için bu şartlara ek olarak ayrıca Cumhuriyet savcısına veya amirine ulaşma imkânının da bulunmaması gerekir. Uygulamada bu şartın nasıl gerçekleşeceği merak konusudur. Zira özellikle büyükşehirlerde bir kolluk görevlisinin Cumhuriyet savcısına, hele ki amire ulaşamaması hali çok ender rastlanabilecek bir durumdur. Nitekim yukarıda da açıkladığımız gibi, mesai saatleri içerisinde Cumhuriyet savcıları görev yaptıkları adliye binası içerisindeyler. Mesai saatleri dışında ise nöbetçi Cumhuriyet savcısına ulaşılması yine mümkündür. Kaldı ki düzenleme, Cumhuriyet savcısına sadece fiziksel olarak ulaşmak olarak anlaşılmalıdır; telefon gibi teknik olanaklarla da gerek Cumhuriyet savcısına gerekse kolluk amirine ulaşılabilmesi ve sözlü emir alınabileceği göz ardı edilmemelidir. Tüm bu açıklamalar ışığında, Cumhuriyet savcısına veya kolluk amirine ulaşılabilmesi çok ender ve istisnai bazı hallerde karşılaşılabilecek bir durumdur⁵⁶. Başka bir deyimle, CMK m.90/2’de yer alan kolluğun yakalama yetkisi çok istisnai hallerde başvurulabilecek bir düzenlemedir. Gerçekten de soruşturma evresinde şüpheli önce çağrı yapılarak çağrılmalıdır. Çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında ise yapılacak iş, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenmesi ve şüphelinin iş bu yakalama emrine istinaden yakalanmasıdır. Yani temel bir hak ve özgürlüğün hâkim güvencesi altında sınırlandırılmasıdır. Nitekim CMK’ya göre asıl olan da budur.

Burada yeri gelmişken öğretide *sıcak takip sonrası yakalama yapılması* şeklindeki örneklerin gecikmesinde sakınca bulunan haller kapsamında değil, suçüstü hali kapsamında değerlendirmek gerekeceğini ifade etmek isteriz.

⁵⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s.457.

⁵⁵ Ancak, söz konusu olan belirlenmesi güç objektif bir tehlike değil, kolluk görevlisinin somut olayın durumuna göre kendi takdiriyle yakalamanın sonucunun tehlikeye girdiğini olası kabul edip edemediğidir. Bkz. Centel/Zafer, s.317.

⁵⁶ Bizim de katıldığımız, Cumhuriyet savcısının ulaşılmaz olamayacağına ilişkin görüş için bkz. Nelles, s.124-125.

Gerçekten de, sıcak takip sonrası kolluğun yakalama yapması veya suçüstü halinin varlığı kolluğa CMK m.90/2 gereği değil, m.90/1 uyarınca yakalama yetkisi tanır. Zira suçüstü halinde *herkes* tarafından yakalama yapılabilir. *Herkes* kavramına doğal olarak kolluk görevlisinin de dâhil olduğunu söylemek gerekir. Dolayısıyla, kişiye suçu işlerken rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması halinde CMK m.90/1 uyarınca zaten herkes tarafından yakalama yapılabilmesi mümkün olup ayrıca CMK m.90/2'ye başvurulması gerekmez⁵⁷.

Kısacası, CMK m.90/2'de gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak kolluğa yakalama yetkisi tanıyan düzenleme istisnaidir ve uygulamada koşullarının gerçekleşme olasılığı da oldukça düşüktür. Bu yetkiyi kullanan kolluk tarafından yakalama emri düzenlenmesini veya tutuklama kararı verilmesini gerektiren nedenin nelerden ibaret olduğu, gecikmede sakıncanın hangi yakın tehlike sebebiyle mevcut olduğu ve daha da önemlisi Cumhuriyet savcısına veya kolluk amirine ulaşmak için ne gibi bir çaba içine girildiği ve hangi sebeple ulaşılamadığı somut olayın özelliğine göre ve yazılı olarak açıklanarak dosyaya konmalıdır. Ancak maalesef, uygulamada bu gerekliliklerin hiç birisi yerine getirilmeksizin kolluk tarafından m.90/2 hükmü sıklıkla işletilmekte ve istisnai bir kural genel bir kural haline getirilerek tatbik edilmektedir.

3. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Şüphelinin Üstünün, Eşyasının, Konutunun ve İşyerinin Aranması ile Buradaki Eşyalara El Konulması

Suç konusu delillerin veya müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla konutta veya kişi üzerinde gerçekleştirilen ve gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik araştırmaya *arama*⁵⁸; ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak kullanılacak veya müsadereye tabi olan eşyanın, eşyayı elinde bulunduran kişinin rızası olmaksızın adliyenin eli altına

⁵⁷ Bu gibi hallerin kolluğun yakalama emrine dayanmayan yakalama yetkisi içerisinde olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.275.

⁵⁸ **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırt/Özaydın/Akcan/Erdem**, s.502; **Centel/Zafer**, s.374; **Ünver/Hakeri**, s.535; **Öztürk/Kazancı/Güleç**, s.91; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.330; **Şahin**, s.241; **Özbek**, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s.17.

alınarak, eşyayı elinde bulunduran kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kaldırılmasına ise *el koyma* denir⁵⁹.

Şüphelinin üstünün ve/veya eşyasının aranmasına kural olarak sulh ceza hâkimi tarafından karar verilir. Kanun koyucu bu tedbir bakımından da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı, Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılmasına olanak tanımıştır. Buna karşın, şüphelinin konutunda, işyerinde veya kamuya açık olmayan kapalı alanlar bakımından kolluk amirinin arama kararı verme yetkisi bulunmamaktadır (CMK m.119/1). Yapılan arama sonucunda, bir takım eşyaya el konulması gerekiyorsa bu karar kural olarak yine sulh ceza hâkimi tarafından verilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile el koyma kararı verilebilmesi mümkündür. Hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işleminin yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması ve hâkimin de el koyma kararından itibaren kırk sekiz saat içinde kararını açıklaması gerekir (CMK m.127/1-3).

Dikkat edilirse, kanun koyucu aranacak yerlerin ihtiva ettiği hukuki önemi dikkate almışçasına, kolluk amirine bazı yerlerde arama yapılması yönünde karar verme imkânı tanımamıştır. Buna göre kolluk amiri, şüphelinin üstü ve/veya eşyasının aranmasına karar verebilecekken, şüphelinin konutunun ve işyerinin aranmasına ancak Cumhuriyet savcısı karar verebilecektir⁶⁰. Aramanın yapıldığı yerlere ait korunan hukuksal değerler bakımından bu yönde bir ayırım yapılmasını anlamsız bulduğumuzu söylemek isteriz. Zira arama yapılması öngörülen bu yerlerin hepsi yine en temel hak ve özgürlüklerden olan özel hayatın gizliliği ve kişi dokunulmazlığı ile doğrudan ilgilidir. Korunan temel haklar yönünden bu yönde bir ayırım, kanun koyucunun kişinin üstünün veya eşyasının konutuna veya işyerine daha az bir hukuki önem atfettiği gibi bir izlenim uyandırmanın yanı sıra uygulamacıda

⁵⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s.515; Centel/Zafer, s.386; Ünver/Hakeri, s.564; Öztürk/Kazancı/Güleç, s.124; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.399; Şahin, s.248.

⁶⁰ Bu durumda da Cumhuriyet savcısının karar vermeye asıl olarak yetkili olan sulh ceza hâkimine ulaşamıyor olması ve bundan kaynaklı olarak delillerin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi olasılığının ortaya çıkması, yani gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı gerekir. Nitekim AÖAY m.4'e göre gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı; "Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi olasılığının ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması" olarak tanımlanmıştır.

da bu haklara daha kolay müdahale edebileceği gibi bir algı yaratmaktadır. Nitekim uygulamada suç sebebiyle kişinin üstünün veya eşyasının çoğunlukla kolluk amirinin kararı ile arandığı bilinmektedir⁶¹. Oysa kolluk amirinin bu kararı verebilmesi için de Cumhuriyet savcısına ulaşamıyor, iletişim kuramıyor⁶² ve ondan bu konuda bir emir alamıyor olması gerekir. Maalesef ki, çok istisnai bazı durumlarda söz konusu olması gereken bu uygulama adeta kural haline gelmiştir. Kolluk amirinin emri ile yapılan aramalar bakımından kolluk amiri tarafından Cumhuriyet savcısına ulaşmak için hangi girişimlerde bulunduğu ve bu girişimlerin niçin sonuçsuz kaldığı somut olayın özelliğine göre mutlaka yazılı olarak gerekçelendirilmeli⁶³ ve soruşturma dosyasına eklenmelidir.

Kanun koyucu, arama koruma tedbiri bakımından kolluk amirine kadar devam eden bir karar verme hiyerarşisi yaratmış olmanın yanı sıra, hiyerarşinin en altında bulunan soruşturma makamının vereceği istisnai nitelikteki kararı da hâkim güvencesinin dışında bırakmıştır. Gerçekten de, kanun koyucu Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından arama kararı verilmesi halinde bu karara karşı onay suretiyle denetim olanağı

⁶¹ Burada kolluk amirine bu yetkinin tanınmış olmasını eleştirmekle birlikte, bunun Anayasa'ya aykırı olmadığını da ifade etmek isteriz. Zira özel hayatın gizliliği başlığını taşıyan AY m.20/2 uyarınca; “*Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin 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 kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, elkoyma kendiliğinden kalkar.*” Yine konut dokunulmazlığı başlığını taşıyan AY m.21 uyarınca da; “*Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*” Görüldüğü üzere AY, yetkili merciin yazılı emri ile arama ve el koyma işlemi yapılmasına olanak tanımaktadır. Benzer yönde görüş için bkz. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, s.508.

⁶² **Şahin**, s.244.

⁶³ Benzer yönde bkz. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, s.507.

tanınmamıştır. Nitekim CMK m.119'da bu yönde bir zorunluluk kaleme alınmamıştır.

Buna karşın, gerek AY m.20 gerekse AY m.21'deki düzenleme, gerekse CMK m.127/3 uyarınca, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı veya yerine göre kolluk amiri tarafından verilen arama kararı üzerine el koyma tedbirinin uygulanması halinde bu karar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmalıdır. Anayasa'nın sözü, el koyma tedbiri uygulanmaksızın arama işlemi yapıldığı hallerde yirmi dört saatlik hâkim denetimi yapılması gerekmiyormuş gibi bir anlam taşımaktadır. Belki de Anayasa'nın sözü sebebiyle CMK m.127/3'te hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işleminin yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması zorunluluğu aranmış iken, CMK m.119'da bu yönde bir zorunluluk aranmamıştır. Mevcut düzenlemeden, *kolluk amiri dahi temel haklara müdahale kararı verebilir, hâkimin bu kararı denetlemesi de gerekmez, yeter ki şüphelinin herhangi bir eşyasına el konulmasın!* şeklinde bir sonuç çıkmaktadır. Temel haklara müdahale bakımından yapılan bu yönde bir ayırım, anlamsız ve aynı zamanda keyfi uygulamalara da açıktır. Nitekim uygulamada özellikle arama ve el koyma kararları çoğunlukla hâkim tarafından değil, *gecikmesinde sakınca bulunan hal* adı altında Cumhuriyet savcısı, daha da vahimi kolluk amiri tarafından verilmektedir⁶⁴. Oysa özel hayatın gizliliği veya konut dokunulmazlığı hakları mülkiyet hakkından daha az korunması gereken haklardan değildir. El koyma tedbirine başvurulmayan ve Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından verilen arama kararlarının da onay yoluyla denetimini sağlayacak açık kanuni düzenlemenin CMK'ya eklenmesi gerekir. Başka bir deyişle, gecikmesinde sakınca bulunma hali üzerine verilen kararların hâkim denetimine açık olması gerekir. Bu, hem gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının hukuken belirsiz oluşunun yarattığı sakıncaları azaltmak hem de temel haklara müdahalede hâkim güvencesini arttırmak bakımından önemlidir⁶⁵.

⁶⁴ Türk ceza yargılamasında bu konuda yapılmış bilimsel istatistiklere ulaşmak mümkün olmamakla beraber, 1970'li yıllarda Almanya'nın Bochum, Duisburg ve Köln bölgelerindeki uygulamaları içeren bir istatistiğe göre, üst, eşya ve konut arama ve el koyma tedbirlerinin yaklaşık %70'ine savcılık veya emrindeki kolluk tarafından karar verildiği bilinmektedir. Bu istatistikler için bkz. Nelles, 244.

⁶⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre bu boşluk, Anayasa'nın "kendiliğinden uygulanabilecek nitelikteki" hükmü ile doldurulmalı ve bu tür emirler derhal hâkim onayına sunulmalıdır. Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1066. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem'e göre de Anayasa m.20 hükmü doğrudan uygulanabilir olduğundan, Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından arama emrinin verildiği durumlarda, bu emrin yirmi

4. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Şüphelinin Telekomünikasyon Yoluyla İletişiminin Denetlenmesi

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, şüphelinin suç işlediğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, şüphelinin telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. AY'nın 20'nci maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ve yine 22'nci maddesinde düzenlenen haberleşme hürriyeti ile doğrudan ilgili olan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine kural olarak ağır ceza mahkemesince ve ancak oybirliği ile karar verilebilir⁶⁶. Hemen ifade edelim ki, söz konusu tedbirlere karar verme yetkisi bakımından 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önce tedbire karar verme yetkisi hâkime, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısına ait iken değişiklikle birlikte tedbire ancak ağır ceza mahkemesi tarafından ve oy birliği ile karar verilebileceği düzenlenmiştir. Değişiklik gerekçesinde ise *“iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirine tek hâkimin karar vermesi yerine heyet halinde çalışan ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verilmesi usulü getirilmektedir. Bununla kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti gibi temel insan hak ve özgürlüklerinin daha güvenceli hale getirilmesi amaçlanmaktadır.”* denilerek söz konusu tedbirler bakımından hâkim güvencesinin artırılarak bireye tanınan hukuki güvenliğin genişletilmek istendiği belirtilmiştir.

Kanun koyucu bir taraftan söz konusu tedbirlere karar verme yetkisi bakımından hâkim güvencesini arttırırken, diğer taraftan Cumhuriyet savcısına da istisnai bir karar verme yetkisi tanımış ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısının da söz konusu tedbirlere karar verebileceğini düzenlemiştir. Söz konusu tedbir/tedbirlere karar verme yetkisi bakımından bir taraftan hâkim güvencesi genişletilirken diğer yandan

dört saat içinde hâkim onayına sunulması zorunludur. Bkz. **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem**, s.508. *Centel/Zafer*'e göre de, somut norm niteliğindeki Anayasa hükmünün aramanın el koyma ile sonuçlandığı hallerde doğrudan doğruya uygulanması gerekir. Bkz. **Centel/Zafer**, s.377; **Ünver/Hakeri**, s.554.

⁶⁶ Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için ise kural olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla mobil telefonun yeri, tespit edilebilir (CMK m.135/5).

gecikmesinde sakınca bulunan hal gerekçesi ile Cumhuriyet savcısına yetki devrine imkân tanınması anlaşılabilir değildir⁶⁷.

Kaldı ki, 02.12.2014 tarih ve 6572 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle şüpheli veya sanığın iletişiminin tespiti bu maddeden çıkarılmış ve 135'inci maddeye 6'ncı fıkra olarak eklenmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Görüldüğü üzere, iletişimin tespiti bakımından her halükarda hâkim veya mahkeme karar verecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak bu kararı verme yetkisi Cumhuriyet savcısına tanınmış değildir. Aslında iletişimin tespiti bakımından bu yönde bir düzenleme yapılmamışken, temel hak ve özgürlüklere daha yoğun bir müdahale barındıran telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin dinlenmesinde Cumhuriyet savcısına gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı karar verme yetkisi tanınması ölçülü değildir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu tedbirlere Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi halinde, kararın derhal mahkeme onayına sunulması ve mahkemenin de en geç yirmi dört saat içinde denetimi yapıp kararını vermesi gerekir. Sürenin dolması veya mahkeme tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.

Bu tedbirlere Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilen hallerde de yetkili ağır ceza mahkemesine hangi suretle ulaşılamadığı ve karar alınmadığı açıklanmalı ve gerekçelendirilmelidir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın yirmi dört saat içinde yetkili mahkemenin onayına sunulması, kararın verilmesinden itibaren en geç yirmi dört saat içinde zaten mahkemeye ulaşılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Buradan hareketle, Cumhuriyet savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak tedbire karar verilmesi ancak yirmi dört saat içinde kaybolacak bir

⁶⁷ Nitekim gizli soruşturma tedbirleri olarak adlandırılan ve CMK m.139'da düzenlenen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri ve yine CMK m.140'ta düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbiri bakımından da 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun ile benzer yönde düzenlemeler yapılmış ve bu tedbirlere ağır ceza mahkemesi tarafından ve oy birliği ile karar verilebileceği düzenlenmiş ve **her iki tedbir bakımından da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına karar verme yetkisinin devrini sağlayan düzenlemeler kanun metninden çıkarılmıştır**. Kanımızca, CMK m.135/1 bakımından da benzer yönde bir düzenleme yapılarak gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı gerekçesiyle Cumhuriyet savcısına verilen karar verme yetkisi madde metninden çıkarılmalıdır.

delilin varlığını zorunlu kılar. Örneğin, Cumhuriyet savcısı yürüttüğü soruşturma çerçevesinde bir uyuşturucu sevkiyatı ile ilgili olarak şüpheli veya şüphelilerin izleyen yirmi dört saat içinde bir telefon konuşması yapacağı hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüpheye sahipse ve bu süre içerisinde ağır ceza mahkemesine ulaşip karar alamıyorsa tedbire karar vermeye yetkilidir. Uygulamada ise özellikle büyük şehirlerde bu tip durumların çok çok istisnai hallerde gerçekleşebileceği aşikârdır.

C. Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramına Hukuka Aykırı Olarak Başvurulmasının Sonuçları

1. Elde Edilen Delillerin Akıbeti Yönünden

Şartları oluşmadığı halde, yetkili sulh ceza hâkimine (yahut bazı tedbirler bakımında mahkemeye) ulaşma yönünde herhangi bir çaba gösterilmeksizin, acil bir gereklilik bulunmadığı halde *gecikmesinde sakınca bulunan hal* gerekçesiyle koruma tedbirleri vasıtasıyla temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi ve bu yolla delil elde edilmesi halinde, söz konusu delillerin hukuka aykırı olacağını ve soruşturma ve kovuşturmada kullanılmayacağını söylemek gerekir. Gerçekten de, AY m.38/6 uyarınca; Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez ve CMK m.217/2 uyarınca; yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Bu suretle elde edilen delillerin daha yargılamanın başında reddedilmesi gerekir. Nitekim CMK m.206/1 uyarınca, sanığın sorguya çekilmesinden sonra delillerin ortaya konulmasına başlanır. Şayet delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse CMK m.206/2-a'da yer alan emredici hüküm uyarınca söz konusu delilin reddedilmesi gerekir. Reddedilen bu delillerin CMK m.230/1-b uyarınca hükmün gerekçesinde ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekir. Yine hemen ifade edelim ki, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması CMK m.289/1-i uyarınca hukuka kesin aykırılık hallerindedir ve mutlak bozma nedenidir. Bu düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı üzere, hukuka uygun olarak elde edilmeyen deliller ispat aracı olarak kabul edilemez ve kesin hüküm bu delillere dayandırılmaz.

Yargıtay da aslen şartları gerçekleşmemiş olmasına rağmen gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığına bağlı olarak veya gecikmesinde sakınca bulunan halin hangi nedenlerle var olduğunun gerekçelendirilmeksizin verilen kararlar sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Örneğin, YCGK gecikmesinde sakınca bulunduğu

ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmemesini ve dosya içeriğinde de, gerçekleştirilen arama için hâkim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir bilgi ve belge bulunmadığından bahisle bu yolla elde edilen delillerin de hukuka aykırı olacağını ifade etmiştir⁶⁸.

2. Haksız Koruma Tedbirleri Sebebiyle Tazminat Yönünden

Hemen ifade etmek gerekir ki; haksız koruma tedbirleri nedeniyle tazminat, CMK'da düzenlenen tüm koruma tedbirleri bakımından kabul edilmiş değildir. Gerçekten CMK m.141/1'de hangi hallerde tazminat talebinde bulunulabileceği sınırlayıcı biçimde belirtilmiştir. Bu bağlamda, telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile beden muayenesi tedbirlerine gecikmesinde sakınca bulunan hal olmadığı halde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi halinde tazminat talebi mümkün değildir⁶⁹.

⁶⁸ “...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 zapt edilmiş 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 istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır...” şeklindeki YCGK, 17.11.2009 tarih, 2009/7-160 E. ve 2009/264 K. sayılı ilamı ve benzer yönde Yarg. 7.CD, 22.02.2007 tarih, 2004/5671 E. ve 2007/1111 K; 20.06.2005 tarih, 2003/13539 E. ve 2005/8098 K. sayılı ilamları için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası. Benzer yönde bkz. BGH, Urt.v.18.4.2007- 5 StR 546/06 (LG Berlin), NStZ 2007, s.601 vd.; **Roxin**, s.616 vd.; **Prittowitz**, Cornelius, “Richtervorbehalt, Beweisverwertungsverbot und Widerspruchslösung bei Blutentnahmen gem.§ 81a Abs.2 StPO”, s.486 vd.; **Amelung**, s.340 vd.; **Krehl**, s.494. Kanunu kötüye kullanmak suretiyle yetkili hâkim kararını almaksızın arama yapan soruşturma memurlarının eyleminin diğer unsurların varlığı halinde haksız arama veya konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturacağına yönelik görüş için bkz. **Nelles**, s.151; **Beichel/Kieninger**, s.11. Buna karşın, soruşturma makamlarının keyfi olmadığı sürece bu konudaki basit yanlışlarının doğrudan bir delil yasağına yol açmayacağı yönünde bkz. **Metz**, s.246.

⁶⁹ Bu yönüyle söz konusu düzenlemenin yerinde olmadığı yönünde bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.495. CMK m.141/1'de yer alan hallerin özellikle ‘özgürlüğün

Buna karşın, CMK m.141/1-a uyarınca “*kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen*” kişinin tazminat talebinde bulunma hakkı mevcuttur. Buna göre, CMK m.90/2 uyarınca, yakalama emri düzenlenmesini veya tutuklama kararı verilmesini gerektiren nedenlerin nelerden ibaret olduğunu açıklamaksızın, gecikmede sakıncanın hangi yakın tehlike sebebiyle mevcut olduğunu ve daha da önemlisi Cumhuriyet savcısına veya kolluk amirine ulaşmak için ne gibi bir çaba içine girildiğini ve hangi sebeple ulaşılamadığını somut olayın özelliğine göre ve yazılı olarak ortaya koymaksızın kolluk tarafından yakalama yetkisinin kullanılması halinde “*kamunda belirtilen koşullar dışında*” yakalama yapıldığından bahsedilebilir.

Son olarak gecikmesinde sakınca bulunan hal mevcut olmadığı halde, Cumhuriyet savcısı veya yetkili kolluk amiri tarafından verilen arama kararlarıyla ilgili olarak tazminat talebinde bulunulması hususuna da kısaca değinmek gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal olmadığı halde yahut hangi sebeplerle gecikmesinde sakınca bulunan halin var olduğu açıklanamaksızın, Cumhuriyet savcısı yahut kolluk amiri tarafından arama kararı verilmesi durumunda CMK m.141 uyarınca tazminat istenebilmesi mümkün görünmemektedir. Zira CMK m.141’de arama ile ilgili her türlü zararın tazmini değil, sadece arama kararının yerine getirilmesi suretiyle meydana gelen zararların tazmini kabul edilmiştir. Nitekim CMK m.141/1-h’de ‘*hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen*’ kişilerin tazminat talebinde bulunabileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin yetersiz olduğunu ve hukuka aykırı bir biçimde verilen arama kararları bakımından tazminat talebinde bulunma olanağı veren bir düzenlemenin yerinde olacağını söylemek gerekir⁷⁰. Kaldı ki, koşulları bulunmamasına rağmen yapılan bir arama işleminin de ölçüsüz olduğu kabul edilmelidir. Buna bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunmadığı halde böyle bir halin bulunduğu gerekçesiyle yapılan arama işleminin de ölçüsüz kabul edilerek tazminata konu edilmesi gerekir⁷¹. Nitekim Yargıtay 12. CD’nin 24.12.2013 tarih ve 2013/9105 E. ve 2013/30731 K. sayılı ilamına konu olayda yerel mahkeme “*...arama kararının bizzatı kendisinin ve içeriğinin hukuka uygun*

kısıtlandığı’ hallere odaklı olarak düzenlenmesinin hatalı olduğu ve CMK m.141’de yapılacak bir kanun değişikliği ile CMK 135-140 maddelerindeki tedbirlerin tümünü kapsayacak şekilde düzenlenmesi yönünde görüş için bkz. **Ünver/Hakeri**, s.669.

⁷⁰ **Ünver/Hakeri**, s.679; **Düzgün**, Nuri/**Elmacı**, Şerafettin, Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Ankara 2010, s.112.

⁷¹ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.497.

olup olmadığının tazminat konusu yapılamayacağı, arama kararının şekil şartları yönünden usule uygun olması halinde hukuka da uygun kabul edilmesi gerektiğini, arama kararının kendisinin CMK 141 ve 142. maddeleri uyarınca tazminata konu olamayacağı, ancak bu kararının uygulanması sırasında ölçülülük ilkesine uyulmadığı takdirde bu durumun tazminata konu olabileceğini, arama kararının ölçüsüz olarak gerçekleştirildiğine dair belge ve delil bulunmadığı, olayda ölçüsüz bir şekilde aramanın gerçekleşmediği, davacının bu arama nedeniyle herhangi bir zararının da olmadığı...” gerekçesiyle tazminat talebinin reddine karar vermiştir. 12. CD ise “...fıkra düzenlemesinden genel olarak, tazminat isteminin haksız arama kararı veya hukuka aykırı arama kararına değil, arama kararının ölçüsüz bir şekilde yerine getirilmesine dayanması gerektiği anlaşılacakla ve Dairemiz uygulamaları da bu yönde ise de açıkça hukuka aykırı olarak verilen bir arama kararı için tazminat isteminde bulunulup, bulunulamayacağını da değerlendirilmesi gerekmektedir...” diyerek esas hakkında inceleme yapmıştır. Daire, esasa ilişkin değerlendirmesinde “...hakkında yapılmakta olan bir soruşturma ve kovuşturmanın bulunması veya suç ihbarı üzerine işin esası araştırılıp şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin bulunduğu hususunda makul şüphe değerlendirmesi ve başka suretle delil edilme imkânının bulunup bulunmadığı ve buna ait somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle, yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararındaki ölçütler de nazara alınarak, arama kararı verilmesi gerekirken davacının uyuşturucu ticareti ve silah kaçakçılığı yaptığına ilişkin telefon ihbarı üzerine CMK'nın 160 maddesi gereğince yetkili Cumhuriyet Savcılığınca işin gerçeği araştırmaya başlanmadan, ortada makul şüphe olduğuna dair bir delil ve başka kişi veya olaylar hakkında yapılan bir soruşturma da bulunmadığı ve yapılan aramanın AİHM kararlarındaki ölçütlere ve ilkelere uygun olmadığı dolayısıyla hukuka aykırı olduğu anlaşılacakla davacı lehine makul bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi...” şeklinde gerekçelerle ve oyçokluğu ile bozma kararı vermiştir⁷².

⁷² Bkz. Yarg. 12. CD, 24.12.2013 tarih, 2013/9105 E. ve 2013/30731 K. sayılı ilamı. Söz konusu kararın yerleşmiş bir içtihat olarak kabul edilemeyecek olmakla birlikte ilerisi için umut verici olduğu yönündeki görüş için bkz. **Sürücü**, Sinan/**Algan**, Doğukan, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları”, İzBD, Y:79, S:2, Mayıs 2014, s.51.

SONUÇ

Gerek Anayasamız, gerekse Ceza Muhakemesi Kanunu, soruşturma aşamasında şüphelinin temel hak ve özgürlüklerine kesin hükümden önce müdahale niteliği taşıyan koruma tedbirlerine karar verme yetkisini esasen sulh ceza hâkimine veya bazı tedbirler bakımından mahkemeye tanımıştır. Başka bir deyişle, temel hak ve özgürlüklere müdahale hâkim güvencesine tabi kılınmıştır. Buna karşın, kanun koyucu istisnai bazı hallerde bu müdahalelere Cumhuriyet savcısının veya adli kolluğun da karar verebileceğini belirtmiş ve bu istisnai karar yetkisinin de ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde söz konusu olabileceğini belirtmiştir.

Her şeyden önce kanunda, gecikmesinde *sakınca* değil, *tehlike* ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır. Zira *sakınca* ve *tehlike* kavramları farklı anlamlar ihtiva etmektedir. *Tehlike* (*Gefahr, danger*), büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum; *sakınca* (*Vorbehalt/Nachteil, inconvenience*) ise çekinilmesi, dikkatli olunması gereken, sakınmayı gerektiren durum, mahzur olarak tanımlanmaktadır. Gerçekten de, bu kavramla bir sakınca hali değil, daha çok tehlike, yani delillerin kaybolması ve bazı ceza muhakemesi işlemlerinin tam ve sağlıklı yapılamaması tehlikesi anlatılmak istenmektedir. Dolayısıyla kavramın CMK'da *gecikmede sakınca* olarak ifade edilmesi isabetsizdir. Bunun yerine *gecikmesinde tehlike* kavramı daha doğru bir kullanım olacaktır.

Yukarıdaki tanımdan yola çıkarak, gecikmesinde sakınca bulunan halden bahsedebilmek için öncelikle esasen karar vermeye yetkili olan sulh ceza hâkimine veya mahkemeye ulaşamıyor olması ve bu süre içerisinde de tedbirle ulaşılmak istenen delilin kaybolması yönünde objektif ve yakın bir tehlikenin mevcut olması gerekir. Mesai saatleri içerisinde yetkili hâkime/mahkemeye ulaşmak konusunda bir sıkıntı yoktur. Özellikle nöbetçi hâkim ve nöbetçi Cumhuriyet savcısı sisteminin olduğu bir uygulamada mesai saatleri dışında da hâkime veya savcıya ulaşamamanın neredeyse imkânsız olduğunu ifade etmeliyiz. Sadece bu durum bile gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak yapılan yetki devirlerinin ne denli hukuksuz ve kanuna aykırı olduğunun açık göstergesidir. Bir an için, istisnai hallerden birinin olduğunu kabul ettiğimizde ve yetkili hâkim veya savcıya ulaşamadığını varsaydığımızda bile, her somut olay bakımından bu tedbire istisnaen karar veren soruşturma makamının hangi gerekçe ile tedbire başvurduğunu, tedbiri uygulamaya idi hangi delillin ne şekilde kaybolacağını objektif ve yeterli gerekçe ile ve yazılı olarak açıklayarak dosyaya dâhil

etmesi gerekmektedir. İstatistiki verilere dayanamıyor olmakla birlikte, uygulamada bu yönde kararların çok sayıda olduğu ve fakat gecikmesinde sakınca bulunan halin gerekçelendirilmediği malumdur. Bu da söz konusu yetki devirlerinin hukuka aykırılığını gösteren bir başka gerçektir.

Kısacası, soruşturma makamları arasında temel haklara müdahale bakımından yetki devri sağlayan bu istisnai kural, uygulamamızda neredeyse genel kural haline gelmiştir. Bu durumda artık bir yetki devrinden değil, olsa olsa bir *yetki gaspı*ndan bahsedilebilir.

Bu yetki gaspına karşı ne yapılmalıdır? Burada, ceza yargılamasının üç sacayağını oluşturan hâkim, Cumhuriyet savcısı ve müdafiyeye ayrı ayrı görevler düşüğünü söylemek gerekir. Öncelikle, Cumhuriyet savcısının (ve bazı tedbirler bakımından kolluğun) dosyanın üzerine alınan *derkenar* ile değil, her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirme yaparak yetkili sulh ceza hâkimine veya mahkemeye neden ulaşamadığını mutlaka yazılı olarak gerekçelendirmesi gerekir. Bu gerekçelendirme zorunluluğu sayesinde, soruşturma makamlarının üzerindeki otokontrol artacak ve daha objektif ve hukuki kararlar verilebilecektir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hal sebebiyle temel haklara müdahalenin Cumhuriyet savcısı veya kolluk kararıyla yapıldığı hallerde bu kararların da etkin ve etkili bir şekilde denetlenmesi gerekir. İşte burada onay suretiyle denetimi yapacak olan sulh ceza hâkimine veya mahkemeye büyük görev düşmektedir. *Cumhuriyet savcısı karar vermişse doğrudur* fikri ve tavrı içerisinde yeterli ve hukuki bir denetim yapılmadan verilen kararlar, hem Anayasanın ve hem de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ruhuna aykırıdır. Zira sulh ceza hâkimi/mahkeme burada temel hakların güvencesi olup, mühür basan sıradan bir makam değildir! Sulh ceza hâkimi/mahkeme tarafından yapılacak etkin ve etkili bir denetim, daha soruşturma aşamasında bir takım hak ihlallerinin ve özgürlük kısıtlamalarının önüne geçmek ve kişi özgürlüklerini korumak bakımından büyük önem taşımaktadır.

Söz konusu yetki devrinin yetki gaspı haline gelmemesi için şüphesiz ki müdafilere de büyük görev düşmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak yapılan yetki devriyle verilen kararlar maalesef ki bugün pek çok müdafî bakımından *öğrenilmiş çaresizlik* haline gelmiştir. Oysa hukuka aykırı bir şekilde, örneğin nöbetçi sulh ceza hâkimine ulaşmak mümkün iken Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından temel haklara müdahale kararı verildiği durumlarda, müdafî tarafından gerekli hukuki yollar işletilmeli, Cumhuriyet savcısının veya kolluğun kararını tasdikten ibaret sulh ceza

hâkimi/mahkeme kararlarına itiraz edilmeli, bu yolla elde edilen delillerin hukuka aykırılığı yargılamanın her aşamasında tartışılmalıdır. Müdafiler tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının yargılama makamları huzurunda tartışılması, karar verme sürecinde etkili olacağı gibi, ileride temyiz mercileri tarafından bu yönde verilecek kararların artmasına ve uygulamanın da daha iyi yönde şekillenmesine tesir edecektir.

Hâkimin temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olduğunu ve esasen müdahale bakımından da gerek Anayasa ve gerekse Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hâkim/mahkeme kararının kural olarak kabul edildiği bir sistemde, gecikmesinde sakınca bulunan hale bağlı olarak Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından karar verilen tüm tedbirler bakımından hâkim denetiminin kanuni olarak düzenlenmesi gerekir. Bu sebeple, CMKm.119 vd.'da düzenlenen arama tedbiri bakımından da hâkim denetimine olanak sağlayacak kanuni düzenleme yapılmalıdır. Nitekim temel haklara müdahale bakımından yapılan bu yönde bir ayırım anlamsız ve keyfi uygulamalara açıktır. Nitekim uygulamada özellikle arama kararları çoğunlukla hâkim tarafından değil, gecikmesinde sakınca bulunan hal adı altında Cumhuriyet savcısı, daha da kötüsü kolluk amiri tarafından verilmektedir. Yapılacak düzenleme sayesinde, gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramının hukuken belirsiz oluşunun yarattığı sakıncalar azalacak ve arama tedbiri bakımından da hâkim güvencesi arttırılmış olacaktır.

Yukarıda nöbetçi hâkim ve savcının olduğu bir uygulamada gecikmesinde sakınca bulunan hal için bir gereklilik olan yetkili hâkim veya savcıya ulaşamamanın neredeyse imkânsız olduğunu ifade etmiştik. Bu durum şüphesiz ki nöbetçi hâkim ve savcı mekanizmasının iyi ve sağlıklı işlemesiyle doğrudan ilintilidir. Ancak nöbetçi hâkimin/savcının nöbette olmaması artık uygulamacı tarafından neredeyse kanıksanmış bir haldir. Kişi acil bir sağlık sorunu veya geçirdiği bir trafik kazası sebebiyle gece yarısı hastaneye gittiğinde nasıl ki hastabakıcı tarafından ameliyat edilmiyor, tetkikleri de doktor tarafından yapılıyor ve müdahale konusunda yine doktor tarafından karar veriliyorsa, temel hak ve özgürlükler bakımından da aynı algı geçerli olmalıdır. Kişinin sağlığının elinden alınması konusunda gösterilen hassasiyetin temel hak ve özgürlüklerinin elinden alınması durumunda da gösterilmesi bir hukuk devletinin kaçınılmaz gerekliliğidir.

KAYNAKÇA

- Amelung**, Knut, “Die Entscheidung des BVerfG zur Gefahr im Verzug i.S. des Art. 13 II GG”, NStZ 2001, s.337-343.
- Asbrock**, Bernd, “Gefahr im Verzug bei Durchsuchungen; Begründungsanforderungen an Durchsuchungsbeschluß- Anmerkung zum Urteil des BVerfG v.20.2.2001”, StV 6/2001, s.322-324.
- Atladi**, Barış, “Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın ya da Şüphelinin Beden Muayenesine İlişkin Tedbir Bakımından Savcılık ve Savcılık Yardımcı Personelinin Karar Alma Yetkisi”, Güncel Hukuk, Temmuz 2009/7-67, s.58-61.
- Beichel**, Stephan/**Kieninger**, Jörg, Gefahr im Verzug auf Grund Selbstausschaltung des erreichbaren, jedoch unwilligen Bereitschaftsrichter?, NStZ, 2003, s.10-13.
- Benfer**, Jost/**Bialon**, Jörg, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, 4. Auflage, München 2010.
- Bittmann**, Folker, “Gefahr im Verzug-Anmerkung zum Urteil des BVerfG”, Wistra 2001, s.451-456.
- Brüning**, Janique, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, Nomos, Baden-Baden 2005.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2013.
- Çınar**, Ali Rıza, Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara 2006.
- Duman**, İlker H., “Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Kanunla Yetkili Kılınan Merciiin Emriyle Hak ve Özgürlükleri Sınırlamak”, TBBD, 1999/3, s.767-785.
- Düzgün**, Nuri/**Elmacı**, Şerafettin, Haksız Yakalama, Elkoyma ve Tutuklamadan Kaynaklanan Tazminat Davaları, Ankara 2010.
- Einmahl**, Matthias, “Gefahr im Verzug und Erreichbarkeit des Ermittlungsrichter bei Durchsuchungen und Beslagnahmen”, NJW 2001, s.1393-1396.
- Erem**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, 2. Bası, Ankara 1968.
- Gözler**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 8. Baskı, Bursa 2010.

- Hofmann,** Manfred, “Der unwillige Bereitschaftsrichter und Durchsuchungsanordnungen wegen Gefahr im Verzug”, NStZ 2003, s.230-232.
- Höfling,** Barbara, “Fernmündliche Durchsuchungsanordnungen durch den Richter gem. §§ 102 ff. StPO”, JR 2003, s.408-410.
- İnci,** Z.Özen, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, İzBD, Ocak 2007, s.131-172.
- İnci,** Z.Özen, “Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, CHD, Y:9, S:25, Ağustos 2014, s.103-123.
- Kılıç,** Ümmügülüm, Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2010.
- Kızılarslan,** Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara 2007.
- Köküsarı,** İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Ankara 2015.
- Krehl,** Christoph, “Gefahr im Verzug-Konsequenzen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20.2.2001”, JR 2001, Heft 12, s.491-495.
- Krehl,** Christoph, “Richtervorbehalt und Durchsuchungen außerhalb gewöhnlicher Dienszeiten”, NStZ 2003, s.461-464.
- Kunter,** Nurullah/**Yenisay,** Feridun/**Nuhoğlu,** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010.
- Lepsius,** Oliver, “Die Unverletzlichkeit der Wohnung bei Gefahr im Verzug”, Jura 2002, s.259-266.
- Metz,** Jochen, “Rangverhältnis der Staatsanwaltschaft zu ihren Ermittlungspersonen bei Gefahr im Verzug”, NStZ 2012, s.242-247.
- Mosbacher,** Andreas, “Aktuelles Strafprozessrecht”, JuS 2/2009, s.124-129.
- Möllers,** Christoph, “Gefahr im Verzug- Die Unverletzlichkeit der Wohnung vor vermeintlichen Sachzwängen der Strafverfolgung”, NJW 2001, s.1397-1398.

- Nelles**, Ursula, Kompetenzen und Ausnahme-kompetenzen in der Strafprozeßordnung- Zur organisationsrechtlichen Funktion des Begriffs "Gefahr im Verzug" im Strafverfahrensrecht, Berlin 1980.
- Ostendorf**, Heribert/**Brüning**, Janique, "Die gerichtliche Überprüfbarkeit der Voraussetzungen von Gefahr im Verzug, JuS 2001, s.1063-1067.
- Özbek**, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M.Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2013.
- Özbudun**, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2009.
- Öztürk**, Bahri/**Kazancı**, Behiye Eker/**Güleç**, Sesim Soyer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Ankara 2013.
- Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma**, Özge/**Kırıt**, Yasemin F.Saygılar/**Özaydın**, Özdem/**Akcan**, Esra Alan/**Erdem**, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2013.
- Park**, Tido, "Anmerkung zum Urteil des BVerfG v.20.2.2001", StraFo 2001, s.159-161.
- Prittwitz**, Cornelius, "Richtervorbehalt, Beweisverwertungsverbot und Widerspruchslösung bei Blutentnahmen gem.§ 81a Abs.2 StPO", s.486-494.
- Rabe von Kühlewein**, "Anmerkung zum Urteil des BVerfG von 20.2.2001", StraFo 2001, s.193-196.
- Roxin**, Claus, "Zum Beweisverwertungsverbot bei bewusster Missachtung des Richtervorbehalts nach § 105 I 1 StPO", s.616-618.
- Schäfer**, Christoph, "Kommentar- Die Staatsanwaltschaft im Rechtsschutzsystem", NJW 2001, s.1396-1397.
- Sürücü**, Sinan/**Algan**, Doğukan, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları", İzBD, Y:79, S:2, Mayıs 2014, s.45-102.
- Şahin**, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2007.
- Talaska**, Claudia Elisabeth, Der Richtervorbehalt-Ein sinnvolles Element des Grundrechtsschutzes?, Hamburg 2007.

Turhan, Faruk, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli veya Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları- V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu (28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara), Ankara 2008, s.1025- 1074.

Umur, Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975.

Ünver, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku 1.Cilt, 8.Baskı, Ankara 2013.

Yih-Wu, Jiuian, “Die bei Gefahr im Verzug angeordneten Zwangsmaßnahmen in Taiwan”, Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrecht- Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag (Hrsg.Martib Böse/Detlev Sternberg-Lieben), Berlin 2009, s.705-715.

KISALTMALAR

AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Al.CMK	Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
AÖAY	Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
AY	Anayasa
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Alman Federal Anayasa Mahkemesi)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
CD	Ceza Dairesi
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
E.	Esas
İzBD	İzmir Barosu Dergisi
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
K.	Karar
m.	madde
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
PVSK	Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
s.	Sayfa
S.	Sayı
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger

TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
VfG	Verfassungsgericht
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Y.	Yıl
Yarg	Yargıtay
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YGAİAY	Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği