

5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ
KANUNU'NDA TAŞINMAZ, HAK VE
ALACAKLARA ELKONULMASI KORUMA
TEDBİRİ (CMK m. 128)
PROTECTION MEASURE ON SEIZURE OF IMMOVABLE
GOODS, RIGHTS AND CREDITS IN CRIMINAL
PROCEDURE CODE N. 5271

Selahattin Samet BİLGE*

Özet: Ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri kişilerin hürriyetlerine yönelik kısıtlamalar olduğundan mutlaka kanunla düzenlenmeli ve ceza yargılaması makamları kararıyla yerine getirilmelidir. Elkoyma, bir koruma tedbiridir. 5271 sayılı Kanun m. 128’de düzenlenen hüküm ise elkoymanın özel bir halidir. Ancak 5271 sk. m. 128’de düzenlenen bu tedbirle ilgili bazı tamamlayıcı hükümlerin eksik olduğu görülmekte, böyle olunca çelişkilerin giderilmesi ve en azından CMK m. 123’de basit hali düzenlenen elkoyma koruma tedbiriyle uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Koruma Tedbirleri, Elkoyma, Taşınmaz Hak ve Alacaklara Elkoyma

Abstract: In Criminal Procedure Law, as measures of protection are limits on the liberty of persons, they shall be regulated by Law and executed by judicial decision of court. Seizure in criminal law, is a protective measure. The provision regulated under the art. 128 of the code n. 5271; is considered a special provision of general seizure. However, some complementary provisions regarding this measure regulated in the art. 128 of the code n. 5271 seems lack in some points, and as such, it is necessary to resolve contradictions and to amend the law for ensuring at least their compliance with the seizure protection measure, the simple form which is regulated under the art. 123 of the Criminal Procedure Code

Keywords: Protection Measures, Seizure, Seizure of Immovable Goods Rights and Credits

¹ Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ssametbilge@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1396-7689, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.06.2021, Kabul Tarihi: 01.06.2021

I. Genel Olarak Koruma Tedbirleri

Ceza muhakemesi hukuku bakımından, yargılamanın yapılabilmesi ve mahkemece ileride verilecek hükmün yerine getirilebilmesi maksadıyla bazı önlemlere başvurulması gerekebilir.¹ Delile ulaşmada bir vasıta da olan koruma tedbirleri², kaynağını Anayasa ve kanundan alan, yetkili mercii kararıyla birlikte icra edilen, temel hak ve hürriyetleri konu alan ve belirli süreliğine bu hak veya hakların kullanımını kısıtlayan müdahalelerdir.³

Anayasa m.6/son cümle hükmünde de ifadesini bulduğu gibi; hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkiyi kullanamaz.⁴ Temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğindeki bu koruma tedbirleriyle ilgili adli konularda yönetmelikle düzenleme getirilemez.⁵

Koruma tedbirleri, cezai uyumsuzluğun çözümü için uygun karar verilebilmesi ve kararın yerine getirilebilmesini sağlayan tedbirlerdir.⁶ Koruma tedbirlerine karar verilmesi, kural olarak ceza yargılaması makamı kararıyla gerçekleştirilir. Yargılama makamı, soruşturma

¹ Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2015, s. 330 vd.

² Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2020, s.256 vd.

³ Öztekin Tosun, *Suç Muhakemesi Hukuku*, C. 1, İstanbul 1984, s. 820.; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin Kırıt/Özdem Özyaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, s. 438; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2014, s. 270; Centel/Zafer, s 331.

⁴ Zeki Hafizoğulları, "24 Mayıs 2003 tarih ve 25117 sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan 'Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği' Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2004 S. 3, s. 13-26.; Bülent Hayri Acar, Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kalkışma Suçuna Konu Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılanmasına İlişkin Esas Hakkında Savunma), Ankara 2014, s. 4; Metin Feyzioğlu, Meclis Soruşturması, s. 14.

⁵ "Anayasa, Başbakanlık, bakanlıklar ve tüzel kişilere kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunlar ve tüzüklerin uygulanabilmesi için yönetmelikler çıkarma yetkisi vermiştir. CMK'nın yürütücüsü ise bağımsız mahkemelerdir. Bu halde, yönetmelikle getirilen düzenlemeler, devlet yetkisi kullanmak olduğundan; CMK'ya ilişkin hususlarda, yönetmeliklerle düzenleme yapılamaz." Hafizoğulları, "24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan 'Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği' Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2004 S. 3, s. 13-26.

⁶ Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2015, s. 216.; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2016, s. 306.

evresinde “hakimlik makamı”, kovuşturma aşamasında “mahkeme makamı”dır.⁷ Koruma tedbirlerine başvurmada yargılama makamı kararının aranmasının nedeni, yargıçların bağımsız yargı gücünü oluşturmaları ve özgürlüğün teminatı sayılmalarıdır.⁸

Bu tedbirler, ceza hukuku anlamında bir “yaptırım”⁹ değildir.¹⁰

Tedbirlerin şartlarına uyulmaması veya şartları ortadan kalkmışsa gereğinin yapılmaması, hukuka aykırıdır.¹¹

Koruma tedbirleri ortak özellikleri itibarıyla birer vasıtadırlar.¹² Bu tedbirlerle delillere ulaşılmakta ve ulaşılan deliller korunmaktadır.¹³ Vasıta olmak, muhakeme açısından bir bütün ifade eder; tedbirlerden birden fazlasına hükmedilebilmesi veya birinden bir diğerine geçiş yapılabilmesi bu bağlamda mümkündür.¹⁴ Koruma tedbirleri yerine getirilirken ör. delillerin toplanması sırasında meydana gelen hak ihlalleri Ceza muhakemesi açısından da AİHS açısından da ayrı öneme sahiptir.¹⁵

Koruma tedbirleri, geçicidir.¹⁶ Geçicilik, tedbiri haklı gösteren sebebin kalmaması nedeniyle sona ermeyi ifade eder.¹⁷ Geçicilik, sürenin

⁷ Toroslu/Feyzioğlu, s. 94.

⁸ Soyaslan, s. 270.

⁹ “Ceza, topluma karşı yapılan zararlı bir fiilin karşılığı olarak ve toplum adına uygulanan bir müeyyidedir”, Sulhi Dönmezer/Sahir Erman: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1979, s. 8.

¹⁰ “Bu tedbirler yaptırım sayılmadığından, yaptırımlarda uygulanan ‘non bis in idem’ kuralı bunlarda uygulanmaz.” Tosun, s. 823.

¹¹ “Mahkeme veya yargıcın, Anayasadan kaynaklanmayan bir kısıtlama nedeni getirmesi, tipik bir yetkisiz işlem veya karardır. Yetkisiz kısıtlama işlemi, Anayasadan kaynaklanan yetki kurucu unsurunun mevcut olmaması nedeniyle, hukuken yok hükmündedir. Bu demektir ki, yetkisiz kararlar tutuklama, hukuki tutuklama değil, fiili tutmadır.” Bülent Hayri Acar: “Birden Çok Tutuklulukta Kişi Özgürlüğünün Kanunsuz, Fiili/Keyfi Kısıtlamaya Dönüşmesi”, (<http://www.turkhu-kukkurumu.org.tr/sitemizde-yazilar/57-birden-cok-suctan-tutuklulukta-kisi.html>)

¹² Toroslu/Feyzioğlu, s. 171; Yenisey/Nuhoğlu, s. 306; Tosun, s. 823

¹³ Centel/Zafer, s. 331.

¹⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 306.

¹⁵ Serkan Cengiz/Fahrettin Demirağ/Teoman Ergül/Jeremy McBride/Durmuş Tezcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Ankara 2008, s. 76.

¹⁶ Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk: Ceza Muhakemesi Hukuku – I, Ankara 2020, s. 287.

¹⁷ Yenisey/Nuhoğlu, s. 306.

açıkça gösterilmesini gerektirmez.¹⁸ Koruma tedbirleriyle ulaşılmak istenen amaç gerçekleşmekle birlikte ilgili karar kendiliğinden sona erer.¹⁹

Koruma tedbirleri şarta bağlı olarak başvuru tedbirleridir. Bu şartlar “gecikmede tehlike”, “görünüşte haklılık” ve “ölçülülük” tür.²⁰ Koruma tedbirlerine başvurulurken, kimin haklı, kimin haksız olduğu belli olmadığından²¹ ortada görünüşte haklılıktan²² bahsetmek mümkündür. Koruma tedbirlerine başvurmak suretiyle derhal müdahale edilmediği takdirde korkulan zararın meydana gelmesi ihtimaline gecikmezlik veya gecikmede tehlike denmektedir.²³ Koruma tedbirleri uyuşmazlığın çözümü amacıyla başvuru ve temel hak ve hürriyetleri kısıtlayan tedbirler olduğu içindir ki, tedbir uygulanmamakla doğacak zarar ile gerçekleşmesi ihtimalinin varlığı arasında bir orantılılık her zaman olmak zorundadır²⁴. Koruma tedbirlerinin orantılı olması, daha hafif bir tedbire başvurmakla ulaşılabilecek bir amacın söz konusu olduğu hallerde artık daha ağır bir tedbirin uygulanmaması²⁵ anlamına gelmektedir.

Hukuk düzenimizde koruma tedbirlerine, CMK'da birinci kitap, dördüncü kısımda “Koruma Tedbirleri” başlığı altında yedi bölüm halinde m. 90 ila m. 144 arasında yer verilmiştir. Konumuzu ilgilendiren “Taşınmaz, Hak ve Alacaklara Elkonulması” koruma tedbiri ise dördüncü bölümde “Arama ve Elkoyma” başlığı altında m. 128'de düzenlenmektedir.

II. Elkoyma Koruma Tedbiri

Bir eşya üzerinde rızası olmaması rağmen zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılmasına, “elkoyma” denmektedir.²⁶ ²⁷ Bir diğer anlatımla,

¹⁸ Kunter, s. 471; Toroslu/Feyzioğlu, s. 217.

¹⁹ Kunter, s. 471.

²⁰ Centel/Zafer, s. 331.

²¹ Tosun, s. 824.

²² Tosun, s. 824.

²³ Kunter, s. 471.

²⁴ Toroslu/Feyzioğlu, s. 216.

²⁵ Toroslu/Feyzioğlu, s. 217.

²⁶ Yurtcan, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 2002, s. 547.; Centel/Zafer, s. 412

²⁷ Yenisey/Nuhoğlu, s. 408.

elkoyma, muhakemede delil olabilecek ya da ileride müsadere edilebilecek eşya üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılmasını ifade etmektedir.²⁸ Elkoyma, ceza muhakemesinin amacına hizmet eder; böyle olunca bu tedbirde “gerçeği ortaya koyma” amacı ağır basmaktadır.²⁹ Bununla birlikte, kaçağın duruşmaya gelmesi amacıyla da elkoyma tedbirine başvurulabilmesine kanunun izin verdiği görülmektedir (CMK m. 248).

“Elkoyma” ile “muhafaza altına alma” kanunda farklı terimler olarak ifade edilmektedir. Mülga 1412 sayılı CMUK’da ise elkoyma ifadesi yerine “zabıt/zabt” ifadesi kullanılmaktaydı. Kanun koyucunun düzenlemesine göre, “ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusu oluşturan malvarlığı değeri” muhafaza altına alınmaktayken, bunları yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmemesi halinde ise bu tür eşyalara “elkonulabileceği” belirtilmektedir. Bu halde, “elkoyma”da zilyetin rızası yokken, “muhafaza altına alma”da zilyetin rızası mevcuttur.³⁰ Zilyetlik, maddi bir şey üzerindeki fiili hakimiyet³¹ olarak tanımlanmaktadır.³² MK m. 973’e göre de zilyet, bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse olarak tanımlanmaktadır.

“Elkoyma”nın tanımı kanunda yapılmamıştır. Bununla birlikte elkoyma kavramından “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” m.4’de bahsedildiği görülmektedir. Buna göre elkoyma “suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi” olarak tanımlanmıştır. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğindeki koruma tedbirleriyle ilgili “adli konularda” yönetmelikle düzenleme getirilemez.³³

²⁸ Centel/Zafer, s. 412

²⁹ Yurtcan, s. 547.

³⁰ Yenisey/Nuhoğlu, s. 408.

³¹ “Zilyet genellikle şeyi elinde bulunduran kimsedir. Fakat zilyetlik için sıkı bir fiziki bağ şart değildir. Zilyedin şey üzerinde fiili hakimiyetini kurabilecek durumda olması zilyetlik için yeterlidir. Ör. kaldırımın kenarına otomobilini bırakmış olan malik evinde otururken de otomobilin zilyedidir. Fakat bir hırsızın o otomobili çalmış olması halinde zilyetlik ortadan kalkar” Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, Ankara 2009, s. 56.

³² Esener/Güven, s. 55.

³³ “Anayasa, Başbakanlık, bakanlıklar ve tüzel kişilere kendi görev alanlarını ilgilendiren”

İstenen eşyayı vermeyenler hakkında yapılacak işlemleri kanun koyucu CMK m. 124'de göstermiştir. Burada kanun koyucunun CMK m. 123'de yazılı olan "eşya veya diğer mal varlığı değerlerini yanında bulunduran kişi"den bahsettiği görülmektedir. Bu halde, "kişi" istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlü kılınmış, bundan kaçınması halinde CMK m. 60'da yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Kaçınma halinde verilecek disiplin hapsi, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecekler hakkında uygulanamaz (CMK m. 124). Dikkat edilirse burada CMK m. 128'den değil CMK m. 123'den bahsedilmektedir.

Bununla birlikte elkoyma, müsadereden farklıdır; müsadere, bir güvenlik tedbiridir.^{34 35} Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da ifade ettiği gibi *"taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbiriyle sadece şüpheli veya sanığın taşınmaz, hak ve alacaklar üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmakta olup mülkiyet el değiştirmemektedir. Dolayısıyla, dava konusu kuralda sayılan suçlar yönünden yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda el koyma tedbiriyle şüpheli veya sanığın taşınmaz, hak ve alacaklarının müsadereye tabi tutulması söz konusu değildir. Bu nedenle dava konusu kuralın, genel müsadere cezası verilemeyeceğini düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesiyle ilgisi görülmemektedir."*³⁶

Kanun koyucunun, "taşınmaz, hak ve alacaklara" ilişkin elkoyma tedbirini basit elkoyma tedbirinden farklı, ayrı ve "özel" olarak düzenlemek arzusunda olduğu görülmektedir.^{37 38} Basit elkoyma tedbirinin

diren kanunlar ve tüzüklerin uygulanabilmesi için yönetmelikler çıkarma yetkisi vermiştir. CMK'nın yürütücüsü ise bağımsız mahkemelerdir. Bu halde, yönetmelikle getirilen düzenlemeler, devlet yetkisi kullanmak olduğundan; CMK'ya ilişkin hususlarda, yönetmeliklerle düzenleme yapılamaz." Hafızoğulları, "24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan 'Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği' Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükümdedir", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2004 S. 3, s. 13-26.

³⁴ Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 483.

³⁵ "Niteliği ne olursa olsun, müsadere, daha önce de belirtildiği üzere, ihlale tepki anlamında müeyyide değildir, ancak suçla ortaya çıkan kriminojen ortamı gidererek, kişilerin ceza hukuku kurallarına uymasını sağlayan bir güvenlik tedbirdir. Zaten, Kanun, kazanç müsaderesini, güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlemiştir." Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 487.

³⁶ AYM T. 23.12.2015 E. 2014/195 K. 2015/116.

³⁷ Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2016, s. 338.

³⁸ "... 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinde, el koyma tedbirinin özel bir hali olan "taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma" tedbirine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir." AYM T. 23.12.2015 E. 2014/195 K. 2015/116

konusunu “ispat aracı olarak yararlı görülen” ya da “müsadere edilebilecek olan eşyalar veya diğer malvarlığı değerleri”nin oluşturacağı ifade edilmektedir. CMK, Mülga CMUK’dan farklı olarak “tahkikat için sübut vasıtalarından olmak üzere faydalı görülen” ifadesi yerine “ispat aracı olarak yararlı görünen” ifadesini kullanmaktadır. Doktrinde, birinci halde “delil olmak üzere bazı eşyalara elkonulmasının anlaşılması gerektiği” ifade edilmektedir.³⁹ İkinci gruptaki yani “eşya veya kazanç müsadere-resinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri” ifadesinden ise TCK m. 54 ve 55’deki normun anlaşılması gerekmektedir; ör. “müsadereye tabi olan ve kasten adam öldürme suçunda kullanılan tabancanın bu hükme göre elkoyulması”nda olduğu gibi.⁴⁰

Basit elkoyma bakımından, elkoyma yasağının söz konusu olduğu hallerden de bahsetmek gerekir. Böyle olunca CMK m. 126’ya göre “şüpheli veya sanık ile 45 ve 46 ncı maddelere göre tanıklıktan çekine-bilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça” elkonulamayacaktır. Başka kimselerin elinde bulunan bu mektup ve belgelere ise elkonulmasını engelleyecek bir hüküm bulunmamaktadır.⁴¹ Bundan başka, Anayasa m. 30’da basın araçlarına el konulamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre “Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.”. Burada zapt, Mülga CMUK’da kullanılan “zapt” ifadesidir. CMK’da “zapt” yerine “elkoyma” ifadesi kullanılmaktadır.

Taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyulması, basit elkoyma tedbirin özel bir halini oluşturmakta⁴²; bu özel elkoyma tedbirinin şartları varsa CMK m. 123’e göre el koyma tedbirinin uygulanamayacağı sonucu doğmaktadır.⁴³ Zira CMK m. 123 ile CMK m. 128 arasındaki ilişki genel norm – özel norm ilişkisidir ve bu halde özel normun önceliği ilkesi geçerli olmaktadır.⁴⁴ Bununla birlikte, doktrinde, CMK m. 123’den farklı olarak, bu koruma tedbirinde, CMK m. 128’in konusunu oluşturan değerlere “fiilen elkonulması şeklinde uygulanmadığı” belirtilmektedir.

³⁹ Yurtcan, s. 548.

⁴⁰ Yurtcan, s. 548.

⁴¹ Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012, s. 446.

⁴² Soyaslan, s. 298.

⁴³ Serdar Talas, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Notları, s. 39. (<http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezahukuku/wp-content/uploads/2016/12/Koruma-Tedbirleri.pdf>)

⁴⁴ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), Ankara 2007, s. 440.

CMK m. 123'de *"eşya veya kazanç müsadere*sinin konusunu oluşturan diğer malvarlığı değerleri..." ifadesi kullanılmaktadır. Kanun koyucunun burada bahsettiği *"müsadere konusunu oluşturan diğer malvarlığı değerleri"* ifadesi için 5237 sayılı TCK m. 54 ve m. 55'e bakmak gerekmektedir. TCK m. 55'e göre "suçun işlenmesi ile elde edilen" veya "suçun konusunu oluşturan" ya da "suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler" ile "bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi" ortaya çıkan "ekonomik kazançlar" müsadere edilebilir. Ancak "iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla" bunun şartı, maddi menfaatin mağduruna iade edilememesidir. (TCK m. 55/1-son). "Mağduru gayri muayyen suçlar" bakımından⁴⁵ suçla elde edilen kazancın suçun mağduruna iadesi mümkün olmadığından, her zaman müsadere konusuna olabilmektedir.⁴⁶

İyiniyetli üçüncü kişilere ait eşyalar, müsadere konusu olamayacağından; müsadere amacıyla bu kişilerin eşyalarına ya da malvarlıklarına elkonulamayacağı düşünülse de; elkoyma bir koruma tedbiri olduğundan, müsadere amacıyla değil fakat "ispat aracı olarak yararlı görülmesi" amacıyla elkoymanın konusunu oluşturabileceği düşünmek bakımından bir engel görünmemektedir.⁴⁷

III. Taşınmaz Hak ve Alacaklara Elkoyma Koruma Tedbiri

Taşınmaz hak ve alacaklara el konulması tedbirine Mülga 1412 sayılı CMUK'da yer verilmemiştir. Bundan ayrı olarak, taşınmaz, hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbiri daha önce Mülga 4422 sayılı kanun m. 6'da *"13.11.1996 tarihli ve 4208 sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak üzere; bu Kanunun 1 inci maddesinde yazılı suçları işlediğine dair kuvvetli şüpheler bulunan kişilerin bu Kanun kapsamındaki fiillerinden elde ettikleri hususunda kuvvetli şüphe bulunan her türlü menkul ve gayrimenkullerine soruşturma sırasında el konulmasına; bankalar ve banka dışı malî kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki, kiralık kasa mevcutları da dahil olmak üzere hak ve alacakları üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen veya kısmen kaldırılmasına, bir tevdi mahalline yatırılmasına, hak ve alacak-*

⁴⁵ Suçun mağduru kavramında daha detaylı bilgiler için bkz. Tuğrul Katoğlu, Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları, AÜHF D. 2012 S. 61 S. 2, s. 657 – 693.

⁴⁶ Hafızoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 488.

⁴⁷ Talas, s. 39.

lar ile mal, kıymetli evrak, nakit ve sair değerlerin idaresi için diğer tedbirlerin alınmasına karar verilebilir.” şeklinde düzenlenmekteydi ve sanığın mahkûmiyeti halinde söz konusu malvarlığının devlete intikal edeceği hüküm altına alınmaktaydı.⁴⁸

Doktrinde “genişletilmiş elkoyma” olarak da ifade edilen CMK m. 128 düzenlemesinin bu açıdan yeni bir düzenleme olduğu söylenebilir.⁴⁹ Nitekim maddenin Adalet Komisyonu’ndaki gerekçesinde de “... tasarıya ‘Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma’ başlıklı yeni bir hüküm, aşağıdaki gerekçelerle, 128 inci madde olarak eklenmiştir” denilmektedir.⁵⁰ Elkoymayla ilgili olarak Mülga CMUK’un “zabıt ve arama” faslında “sübut vasıtalarından olan eşyanın muhafaza ve zaptı” başlığı altında yer alan m. 86/1 “Tahkikat için sübut vasıtalarından olmak üzere faydalı görülen yahut müsadereye tabi olan eşya muhafaza veya başka bir suretle emniyet altına alınır” hükmü uygulanmaktaydı.⁵¹

Taşınmaz, hak ve alacaklara el konulması koruma tedbiri, 5271 sayılı CMK m. 128’de düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin kaynağının ise Alman CMK m. 111b ve 111c olduğu ifade edilmektedir.⁵²

Doktrinde, taşınmaz hak ve alacaklara el koymanın CMK m. 123’de düzenlenen “eşya veya kazanca elkoyma”dan farklı bir düzenleme ve tedbir olduğu görüşünden⁵³ başka, CMK m. 123’ün geniş bir hüküm olması dolayısıyla CMK m. 128’in getirilmesinin gerekli olmadığını savunan bir başka görüş de yer almaktadır.⁵⁴ Bir görüşe göre ise, CMK m. 123 yanında böyle bir düzenlemenin ayrıca getirilmesinin nedeni tedbire konu değerlere “fiziksel olarak el konulmasının” hem hukuken imkan dahilinde olmaması hem de ölçülü olmayacağı düşüncesidir.

⁴⁸ Hakan Hakeri, “Yeni CMK’ na göre El Koyma Koruma Tedbiri”, TBBD S. 60 Y. 2005, s. 97 – 104.

⁴⁹ Ünver/Hakeri, s. 449.

⁵⁰ Erdal Noyan, Ceza Muhakemesi Kanunu (Karşılaştırmalı) I – II, Ankara 2004, s. 302.

⁵¹ Fahrettin Demirağ, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2007, s. 213.

⁵² Feridun Yenisey/Salih Oktar, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul 2015, s. 141 vd.; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012 s. 449.

⁵³ “CMK m. 128, CMK m. 123’den farklı bir düzenlemedir. Gerçekten CMK m. 128’de delil niteliği ya da müsadere konusu olması koşulu yanında maddede sayılan suçlardan birinin işlendiğine ve elkonulacak şeyin bu suçların işlenmesi suretiyle elde edildiğine ilişkin şüphe koşulu da aranmaktadır. Maddenin CMK m. 128’in amacı, daha çok taşınmaz, hak ve alacakların müsaderesine olanak sağlamaktır.” Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 450.

⁵⁴ Soyaslan, s. 298.

Kanun koyucu, tartışmalar olmakla birlikte, tüzel kişilerin suçun mağduru olabileceğini kabul etmekle birlikte, faili olabileceğini⁵⁵ kabul etmemiştir.^{56 57} Ancak, TCK m. 60'a göre, "sadece özel hukuk tüzel kişileri"nin, şartları varsa, güvenlik tedbirlerinin muhatabı olmaları mümkün görünmektedir. Müsadere, bir güvenlik tedbidir, böyle olunca müsadere amacını sağlamaya yönelik olarak elkoyma koruma tedbirine özel hukuk tüzel kişileri için başvurulup başvurulamayacağından bahsetmek gerekmektedir. Bir görüşe göre, şüpheli ve sanık sadece gerçek kişi olabileceğinden CMK m. 128'de bahsedilen "şüpheli veya sanığa ait..." ifadesinden de hareketle koruma tedbirinin muhatabının tüzel kişiler olamayacağı düşünülmektedir. Ancak TCK m. 20 ve m. 60 birlikte değerlendirildiğinde, özel hukuk tüzel kişisinin işlenen suçtan bir fayda görmesi halinde, TCK m. 60/1'deki şartları da taşımak kaydıyla, güvenlik tedbirinin muhatabı olabileceği sonucu çıkmaktadır.⁵⁸

CMK m. 128 hükmünün amacının sadece kazanç müsaderesinin garanti altına alınması olduğunu ifade edilmektedir.⁵⁹ Bunun yanında, CMK m. 128'in sadece kazanç müsaderesine yönelik olmadığı, delil elde edilmek amacıyla da bu tedbire başvurulabileceği düşünülmektedir.⁶⁰

Kanunda sayılı bu değerlere el konulması sadece katalog suçlar bakımından söz konusu olmakta, bu suçlar dışında yine bir kazanç niteliğinde malvarlığı varsa, şartları da olduğunda, genel elkoyma hükümlerine göre (CMK m. 123) tedbir kararının verilmesi gerekmektedir.⁶¹ Suçun işlenmesiyle elde edilen veya suçun konusunu oluşturan

⁵⁵ "Ancak, Kanunun, 20 / 2 ve 60. maddelerinde, tüzel kişiyi suçun faili saymamasına rağmen, başkası tarafından işlenmiş olan bir suçtan ötürü, hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceğini kabul etmiştir ..." Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 434.

⁵⁶ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 219.

⁵⁷ "Öte yandan, ceza hükmü bulunduran bazı kanunlar, ör. Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun, m. 13/2, 15, vs., Sendikalar Kanunu, m. 59/1, 2, vs., tüzel kişiyi suçun faili saymaktadır." Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 376.

⁵⁸ Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 497.

⁵⁹ Soyaslan, s. 298.

⁶⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 450. karş. "...128. maddedeki elkoymanın konusunu oluşturan malvarlığı değerleri delil olmadığı gibi ..." Toroslu/Feyzioğlu, s. 252.

⁶¹ Centel/Zafer, s. 414.

ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerle bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar da müsadereye tabi malvarlığı değeridir (TCK m. 55). Bu bağlamda TCK'da gösterilen maddi menfaat veya kazanç, ya "suçun işlenmesi ile elde edilmeli", ya "suçun konusunu oluşturmali", ya da "suçun işlenmesi için" sağlanmış olmalıdır.⁶²

Kanunun ilgili maddesi 21/2/2014 tarihli 6526 sk., 2/12/2014 tarihli 6572 sk., 10/11/2016 tarihli 6758 sk. ve 24/11/2016 tarihli 6763 sk. ile tam dört kez değişiklik geçirmiştir. Tebdir konusunda karar verme yetkisi, kanun değişikliğiyle birlikte "ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle karar alması şartı"ndan⁶³ sulh ceza hâkimi tarafından karar verilebilmesi şartına bağlanmıştır. Değişiklik teklifinin madde gerekçesinde bir neden gösterilmese de, genel gerekçe olarak "*maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını temin etmek amacıyla koruma tedbirlerine başvurularak delillerin toplanması, karartılmasının önlenmesi ve gecikmeksizin en seri şekilde hareket edilebilmesinin sağlanabilmesi için ... koruma tedbirleri bakımından karar verecek merci ve usule ilişkin değişiklikler yapılmaktadır ... mevzuattaki usul yeterince hızlı işlememekte ve bu durum kimi zaman delillerin kaybolması sorunun beraberinde getirebilmektedir*"⁶⁴ ifadesi yer almaktadır. Bununla birlikte, bu koruma tedbirine ilişkin ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle karar verebilmesini öngören kanun değişikliğinde de⁶⁵ kanun koyucunun "*malvarlığına yapılabilecek müdahalelerin ölçülü olması sağlanmakta ve bu müdahalelere ilişkin karar alma süreci daha güvenceli hale*

⁶² "Suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaatlerden maksat, madde gerekçesinde yer alan örneklerden anlaşıldığı üzere, kara para aklama, uyuşturucu madde ticareti, kumar, kaçakçılık, vs. yolu ile elde edilen maddi çıkarlardır. Suçun konusunu oluşturan maddi menfaatlerden maksat, herhalde suçun maddi konusu oluşturan şeylerdir. Gerçekten, ör., hırsızlık suçunda suçun maddi konusunu oluşturan şey, dolandırıcılık suçunda, suçun maddi konusunu oluşturan yarar, vs., suçun konusunu oluşturan maddi menfaatlerdir. Suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerden maksat, ör., kiralık katil tutma örneğinde olduğu gibi, faille, bir suçu işlemesi için maddi çıkar sağlamaktır." Hafizoğulları/Özen, Genel Hükümler, s. 487

⁶³ "... bir yargıcın kararı ile insan özgürlüğünü kaybetmektedir. Ancak malvarlığına geçici tedbir konulması için üç hâkimin karar vermesi gerekmektedir. O halde malvarlığı özgürlükten daha değerlidir." Soyaslan, s. 299.

⁶⁴ 6764 sK gerekçesi (<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0775.pdf>)

⁶⁵ "... maddenin dokuzuncu fıkrasında yapılan değişiklikle, bu tedbire tek hâkimin karar vermesi yerine heyet halinde çalışan ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verilmesi usulü getirilmektedir." (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>)

gelmektedir”⁶⁶ ifadesinden başka gerekçe yer almadığı görülmektedir. Sonuç olarak kanun koyucu en son değişiklikte birlikte kanunun ilk halindeki usule geri dönmüş olmaktadır. Böyle olunca soruşturmada kararı vermeye yetkili yer sulh ceza hakimliği, kovuşturmada davaya bakmakta olan mahkeme yetkili olmaktadır. Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca olan hallerde, basit elkoyma kararında olduğu gibi, emir verme yetkisi bulunmamaktadır.⁶⁷ Ancak, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkındaki Kanun m. 17/1’e göre ⁶⁸ “Aklama ve terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesindeki usûle göre malvarlığı değerlerine elkonulabilir.” ve “Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da el koyma kararı verebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim en geç yirmi dört saat içinde onaylanıp onaylanmamasına karar verir. Onaylanmama halinde Cumhuriyet savcılığının kararı hükümsüz kalır.” denilerek istisnai olarak Cumhuriyet savcısının da hâkim kararına onaylatılmak kaydıyla el koyma kararı verebileceği hüküm altına alınmıştır.

6526 sayılı Kanun değişikliğiyle getirilen ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle karar verme şartı, “daha önce tek hâkim tarafından karar verilebilen taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine el koyma tedbirine ilişkin talepler hakkında karar verilebilmesi için dava konusu kuralla soruşturma ve davaların devam ettiği bir süreçte ağır ceza mahkemelerinin oybirliğiyle karar vermeleri koşulunun aranmasının kanuni hâkim ilkesiyle çeliştiği, çok daha ağır sonuçları olan hükümlülüklerle tek hâkimle ya da heyetin oyçokluğuyla karar verilebilmekte iken bir koruma tedbiri olan el koyma kararı verilebilmesi için oybirliği koşulunun aranmasının suç failleri yönünden eşitsizliğe neden olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 10. ve 37. maddelerine aykırılık” gerekçesiyle AYM önüne götürülmüş, AYM, “Taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerleri bakımından el koyma tedbiri de içerisinde olmak üzere koruma tedbirlerine hangi mahkemeler tarafından karar verileceği, bu mahkemelerin inceleme usulleri ve kararların tek hâkimle ya da heyetle, oybirliğiyle ya da oyçokluğuyla verilmesi, itiraz üzerine nasıl bir yöntem izleneceği gibi konular, kanun koyucunun mahkemelerin kuru-

⁶⁶ (<http://www.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>)

⁶⁷ Centel/Zafer, s. 414; Ünver/Hakeri, s. 449.

⁶⁸ Centel/Zafer, s. 414; Ünver/Hakeri, s. 450.

luşu, görev, yetki ve yargılama usullerini belirleme yetkisi kapsamındadır. Taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerleri bakımından el koyma tedbiri mülkiyet hakkının ve kişilerin ekonomik gelişiminin ağır biçimde ihlaline açık olan bir koruma tedbiridir. Bu nedenle kanun koyucunun, gereksiz el koyma tedbiri uygulanmasını önlemek amacıyla bu taleplerin daha iyi bir biçimde araştırılmasını sağlamak için karar sürecini diğer tedbirlerden farklı bir yöntem çerçevesinde ve ayrı olarak düzenlediği anlaşılmaktadır. Ayrıca söz konusu tedbirin uygulanmasının toplumsal yansıması ve etkilerinin diğer koruma tedbirlerinden daha büyük ve uzun süreli olabilme ihtimalinin de bu tedbir kararının alınması bakımından ayrı bir usulün öngörülmesini gerektirdiği açıktır. Bu kapsamda kanun koyucu tarafından söz konusu tedbir ile ilgili taleplerin inceleneceği mahkemelere ve bu mahkemelerde uygulanacak yargılama usullerine ilişkin özel düzenlemeler getirilmesinde hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.” ve “diğer yandan ağır ceza mahkemelerinin oybirliğiyle karar vermeleri şeklindeki kural yeni bir mahkeme kurulması niteliğinde olmayıp, Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte taşınmazlar, hak ve alacaklar ve diğer malvarlığı değerleriyle ilgili el koyma kararlarının verilmesine ilişkin yetki ve koşullar ile hangi merci tarafından verileceğini düzenlemektedir. Bu yönüyle kuralın, kanuni hâkim ilkesine aykırı olduğu söylenemez.” gerekçesiyle talebi Anayasa’ya aykırı bulmamıştır.

Doktrinde bu tedbire “menkul mallar dışındaki şeylere el konulması” da denmektedir.⁶⁹ Ancak kanun koyucunun “Taşınmaz, hak ve alacaklara elkonulma” başlığını kullandıktan sonra madde içeriğinde el konulabilecek unsurları sayarken “diğer malvarlığı değerlerine” ifadesini kullanmasının özel bir düzenleme olan bu koruma tedbirini genişletici olduğu düşünülebilir. Doktrinde, “diğer malvarlığı değerleri” denmesinin, kanunda sayılanlar dışında maddi kıymeti bulunan her türlü malvarlığı değerine elkonulmasının önünün açıldığı ifade edilmektedir.⁷⁰

Madde hükmünde kullanılan “bu suçlardan elde edildiğine dair” ifadesi de eleştiri konusu yapılmaktadır. Denmektedir ki, suçtan elde edilen eşyanın el konulacak şeyler arasında düzenlenmesi ancak bunun yanında “suçta kullanılan eşyanın” düzenlenmemesi sakıncalıdır.⁷¹

⁶⁹ Ünver/Hakeri, s. 455

⁷⁰ Karakehya, s. 341.

⁷¹ Ünver/Hakeri, s. 455.

Elkonulan eşyanın iadesinin düzenlendiği CMK m. 131'in birinci fıkrasında⁷² elkonulmuş "eşyanın" soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılmaması halinde re'sen veya istem üzerine geri verilmesine karar verilebileceğinden bahsedilmektedir. Kararı vermeye yetkili olan Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemedir. İstem reddi kararlarına itiraz mümkündür. Kanun koyucu burada "eşya" terimini kullanmaktadır. Oysa ki CMK m. 128 hükmü eşyadan çok daha geniş bir düzenlemeye içermektedir. Bu, düzenlemeyi, eleştiriye açık hale getirmektedir. Yargıtay, CMK m. 131'in CMK m. 128'e göre verilen kararlarda uygulanabileceğini mütalaa etmektedir.⁷³ Anayasa Mahkemesi de 30/3/2016 tarihli bir bireysel başvuru kararında da "*elkoyma koruma tedbirinin koşulları oluşmadığı halde uygulanması ve aracın zamanında başvuruca iade edilmemesinin adli soruşturma kapsamında 5271 sayılı Kanun'un 128. ve 131. maddeleri uyarınca adli makamların görev ve sorumluluğunda olduğu*"nu⁷⁴ ifade etmektedir.

⁷² "Böylece suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu (TCK m. 165) dolayısıyla kuyumculardan alınan 'emsal altın'ın, soruşturma için bir önemi kalmadığı hallerde de adliye eli altında bulundurulmaya devam edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanarak, mülkiyet hakkının ihlaline neden olunması önlenmek istenmiştir. (2001 tasarısı 106. madde gerekçesi)" – Ünver/Hakeri, s. 453.

⁷³ "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128/4. maddesindeki kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilerek suretiyle icra olunur, hükmü karşısında araca el koyma kararının icrasının aracın kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilme suretiyle olduğu belirtildiği halde aracın talep edene teslim edilmemesinde ve araçla ilgili el koyma kararı sonrası taleple ilgili olarak aynı Kanun'un 131/5.maddesindeki, el konulan eşya, soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhal iade edilmek koşuluyla muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu bırakma teminat gösterilmesi koşuluna da bağlanabilir, hükmüne aykırı olarak aracın sahibine teslim edilmeme gerekçesinin kararda gösterilmemesinde, isabet bulunmadığı" gerekçeleriyle Konya 1.Ağır Ceza Mahkemesi'nin yukarıda gün ve sayısı belirtilen kararının CMK'nın 309. maddesi uyarınca kanun yararına bozulması talebinde bulunulmuştur." Y7CD T. 03.04.2014 E. 2013/23612 K. 2014/8826

⁷⁴ "26. Başvuru konusu olayda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından resmi belgede sahtecilik suçundan yürütülen ceza soruşturması sırasında 29/12/2010 tarihinde başvuruca ait araç hakkında "yakalanarak parka çekilmesi" talimatı verildiği, 25/4/2011 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesine rağmen elkoyma tedbirinin kaldırılması yönünde bir karar verilmediği, başvuruca aracına kolluk görevlilerince 11/6/2011 tarihinde elkonulduğu, Cumhuriyet Başsavcılığının tedbirin kaldırılmasına ilişkin 13/6/2011 tarihli yazısı üzerine de aynı gün aracın başvuruca iade edildiği anlaşılmaktadır....46.

İadesine karar verilen eşyanın alınmaması halinde ne yapılması gerektiği “Suç Eşyası Yönetmeliği” m. 21/1’de “İadesine karar verilmiş olup usulüne uygun meşruhatlı tebligata rağmen sahipleri tarafından bir ay içinde alınmayan veya kendilerine tebligat yapılamayan kimselere ait eşya en geç iki ay içerisinde satılarak bedeli millî bankalardan birinde ilgilisi adına açılacak vadeli hesaba yatırılır. Satışa karar verecek merci suç eşyasının bulunduğu yer sulh ceza hâkimidir.” biçiminde düzenlenmiştir. Ancak anılan yönetmelik m. 21/4 gereği kıymetli evraklar, emanet bürosunda muhafaza edilmeye devam edilecektir.

Aynı maddenin (CMK m. 131) ikinci fıkrasında “128 inci madde hükmüne göre elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç bulunmaması halinde, sahibine iade edilir” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi kanun koyucunu burada “elkonulan eşya veya diğer malvarlığı değerleri” ifadesini kullanırken CMK m. 128’de ise çok daha fazla ve geniş bir biçimde “taşınmazlar” en başta gösterilerek pek çok unsuru saymakta ve basit elkoyma tedbirinden farklı olarak düzenlemektedir. Kanun koyucunun bir terim birliği içinde olmadığı görülmektedir. İkinci fıkra hükmü için denmektedir ki, gönderme yapılan 128. madde, suçtan elde edildiğinden şüphe edilen malvarlığı değerlerine elkonulmasını düzenlemekte; böyle olunca, 128. maddedeki “malvarlığı değerleri delil olmadığı gibi”, kural olarak suçtan zarar görene de ait olamamaktadır.⁷⁵ Yine bir görüşe göre CMK m. 128 hükmünün amacının “işlenen suçtan elde edilen kazancın müsaderesi” olduğu ifade edilmekte⁷⁶, böyle olunca CMK m. 123’de bahsedildiği gibi “delil elde etmek amacıyla” bu tedbire başvurulamayacağı sonucu çıkmaz denmektedir.⁷⁷

Elkoyma koruma tedbirinin koşulları oluşmadığı halde uygulanması ve aracın zamanında başvuruca iade edilmemesinin adli soruşturma kapsamında 5271 sayılı Kanun’un 128. ve 131. maddeleri uyarınca adli makamların görev ve sorumluluğunda olduğu gözetildiğinde, İlk Derece Mahkemesince elkoyma tedbirinin Cumhuriyet Savcısı tarafından kaldırılmaması nedeniyle araca elkonularak bir süre için başvuruca iade edilmemesi işlemleri bakımından davalı idareye hizmet kusuru atfedilemeyeceği yönündeki gerekçesinin keyfi olduğundan söz edilemez.” AYM T. 30.3.2016 Başvuru No. 2013/2429

⁷⁵ Toroslu/Feyzioğlu, s. 252.

⁷⁶ Soyaslan, s. 298.

⁷⁷ “...128. maddedeki elkoymanın konusunu oluşturan malvarlığı değerleri delil olmadığı gibi ...” Toroslu/Feyzioğlu, s. 252.

Bir diğer önemli husus, 6758 sK değişikliği ile birlikte maddenin onuncu fıkrasına getirilen malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla kayyım atanabilmesi düzenlemesidir. Bu madde uyarınca elkonulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresi gerektiğinde bu malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla kayyım atanabilmesi ve bu halde CMK m. 133'de düzenlenen şirket yönetimi için kayyım tayini hükmünün kıyasen uygulanacağı hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenleme pek çok önemli sonucu da beraberinde getirmekte; kayyımın atanmasından, görevleriyle ilgili iş ve işlemlerden dolayı görülecek olan tazminat davaları konusuna kadar geniş bir yelpazede önem kazanmaktadır. Böylelikle gönderme yapılan hüküm olan CMK m. 133/5'e göre, atanan kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerden dolayı doğan bu davaların CMK m. 142 ila m. 144 maddeleri uyarınca Devlet aleyhine açılacağı; devletin ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kayyımlara bir yıl içinde rücu edeceği hüküm altına almaktadır.

IV. Tedbir Kararının Konusu, Yerine Getirilmesi ve Sona Ermesi

Özel nitelikte bir tedbir olan bu koruma tedbirinde, elkoymanın daha farklı usullere bağlandığı görülmektedir. Ör. taşınmaza elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilir. (CMK m. 128/3). Kanun koyucunun bu koruma tedbiri bakımından Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan biraz daha farklı hükümlere sahip olduğu görülmektedir.⁷⁸

Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur. (CMK m. 128/4). 5607 sK m. 10 hükmü⁷⁹ saklı olmak kaydıyla, uygulamada kara taşıtlarına CMK m. 127'deki yetki kuralına dayanılarak⁸⁰ CMK m. 123 hükümlerine göre el konulduğu görülmektedir.⁸¹

⁷⁸ Yenisey/Oktar, s. 143.

⁷⁹ 21/3/2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 10: "bu kanunda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara, Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre elkonulur."

⁸⁰ "... bir kişinin yola park ettiği araca elkonulması için arama kararı verilmesi gerekli değildir; bu halde kişinin araç üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabilmek için doğrudan CMK m. 127'ye uygun olarak elkoyma kararı veya emri verilmesi yeterlidir" Centel/Zafer, s. 412

⁸¹ "... dosyaların incelenmesinden; 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma sırasında,

Zira CMK m. 128, daha önce de belirtildiği gibi “katalog suçlar” bakımından uygulanabilmektedir.⁸² Bununla birlikte, CMK m. 128’in uygulanabilmesi için sadece “kuvvetli suç şüphesi” yetmemekte bunun yanında tedbire konu unsurun “suçtan elde edilmiş olması” da şart koşulmaktadır.

Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması kararı, teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya malî kuruma derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili banka veya malî kuruma ayrıca tebliğ edilir. Elkoyma kararı alındıktan sonra, hesaplar üzerinde yapılan bu kararı etkisiz kılmaya yönelik işlemler geçersizdir. (CMK m. 128/5) Burada belirtilen “kararı etkisiz kılmaya yönelik işlemler” ifadesi, diğer fıkralarda yer almamaktadır. Bu bir eksikliktir.

Şirketteki ortaklık paylarına elkoyma kararı, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili şirkete ve ticaret sicili müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilir. (CMK m. 128/6)

Hak ve alacaklara elkoyma kararı, ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ayrıca tebliğ edilir. (CMK m. 128/7). Dikkat edilirse, taşınmazlara el konulması konusunda, hak ve alacaklara elkoyulmasında olduğu gibi “teknik iletişim araçlarıyla

aralarında davacı adına tescilli aracın da bulunduğu ithal araçların İthalat rejimi kararının 7. maddesine aykırı şekilde ve izin alınmaksızın Türkiye’ye ithal edildiklerinin tespit edilmesi üzerine, Büyükçekmece (kapatılan) 5.Sulh Ceza Mahkemesi’nin 30.04.2014 tarihli ve 2014/452 D.İşno lu kararıyla araçlara CMK 127. madde uyarınca elkonulduğu, 28/03/2013 tarihinde 6455 sayılı Kanun’un 12’nci maddesiyle yapılan değişiklik ile eylemin 5607 sayılı Kanun kapsamından çıkarılarak 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 235 maddesi kapsamına dâhil edildiği, sonrasında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 10.09.2014 tarihli 2014/121218 soruşturma nolu, 2014/427 sayılı kararıyla görevsizlik kararı verilerek araçlarla ilgili işlem yapılmak üzere dosyanın gümrük müdürlüklerine intikal ettirildiği, işlem dosyası tevdii edilen Yeşilköy Gümrük Müdürlüğüne davacı adına tescilli otomobil ile ilgili olarak ithalat işlemleri sırasında İthalat Rejimi Kararı’nın 7. maddesine göre izin alınmadan ithalat işlemlerinin gerçekleştirilmesi nedeniyle ... tarih ve 178 sayılı mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı alındığı, İstanbul 10. Vergi Mahkemesi’nin 14.03.2016 tarih E:2015/2526 ve K:2016/459 sayılı kararıyla söz konusu aracın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi işleminin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır.”

⁸² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 380.

derhal bildirilerek icra olunması" gibi bir ifade kullanılmamıştır. Bu düzenleme de kanundaki terim birliğini sağlamadaki durum bakımından eleştiriye açıktır.

24/11/2016 tarih ve 6763 ve 6758 sayılı Kanun değişikliklerinden önce, bu maddeye göre verilen tedbir kararlarına konu varlıkları yönetmek üzere "kayım" tayin edilebileceği hükmü yer almamaktaydı. Ancak değişiklikle beraber, elkoymaya konu "malvarlığı değerlerinin" yönetimi amacıyla hâkim tarafından "kayım" atanabilecektir. Kayıyının atanmasına ve detaylarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu burada bir gönderme yaparak *"bu durumda 133' üncü madde hükümleri kıyasen uygulanır."* demektedir.

Bu madde hükmüne göre alınan elkoyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde, 5237 sayılı TCK'nın "Muhafaza görevini kötüye kullanma" başlıklı 289 uncu maddesi hükümleri uygulanır. (CMK m. 128/8)

Taşınmaz hak ve alacaklara elkoyma kararı verildiğinde bu kararda nelerin bulunması gerektiğini kanun koyucu arama kararında (CMK m. 119/2) olduğu gibi göstermemiştir.⁸³ Doktrinde bir düşünceye göre böyle bir durumda bu hususun "genel müsadereye" benzer bir şekilde malvarlığının tamamına elkonulmasına yol açabileceği ifade olunmaktadır. Bu eksikliğin "genel müsadereye benzer bir şekilde" sonuç yol açacağına katılmak zor görünmektedir ancak şekil yönünden CMK m. 119/2 gibi bir düzenlemenin olması bir eksiklik olarak düşünülebilir.

Elkoyma kararının haksız olduğu anlaşıldığında, CMK m. 141/1-j'ye göre tazminat talep edilebilmektedir. Ancak Yargıtay, kanunun, "şüpheli veya sanığa ait ve başkasının zilyetliğinde bulunan" ifadesinden, başka kişilere ait ör. araca el konulduğunda bunun haksız olduğunu anlaşılması halinde genel hükümlere göre tazminat istenebileceği, bu araçlara "başkasının zilyetliğinde olsa bile" el konulabileceğini düşünmekte; bu noktada "şüpheli veya sanığa ait olan" kısmını dikkate almamakta, şüpheli veya sanığa ait olmayan ve fakat şüpheli veya sanığın zilyetliğinde olan araçlara elkoyma konusunda tazminat taleplerinin hukuka uygun olmadığını, genel hükümlere göre talep

⁸³ Ünver/Hakeri, s. 448.; Centel/Zafer, s. 418.

edilmesi gerektiğini içtihat etmektedir.⁸⁴ Ancak, bir bütün olan CMK m. 128 hükmünün birinci fıkrasının ilk cümlesinde “şüpheli veya sanığa ait” denmekte, “şüpheli veya sanığa ait” “nelere” yönelik bu tedbirin uygulanabileceği ise devamındaki fıkralarda ifade edilmektedir. Böyle olunca, dördüncü fıkra “kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı”nın aracın kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunacağı görülmektedir. Kanun koyucunun, 5607 sk. m. 10’ ile burada gönderme yaptığı CMK m. 128/4 fıkrası, CMK m. 128/1 ile bir bütün olarak yorumlanmalıdır. Öbür halde, kanun koyucunun sadece taşıtlar hakkında şerh verilerek karar icra olunur demesi bu konuda yeterli olabileceğini düşünmek önünde bir engel olmadığı görülmür.

Diğer muhakeme tedbirleri gibi, taşınmaz hak ve alacaklara el konulması koruma tedbiri de geçicidir; böyle olunca, tedbir şartlarını taşıyorsa muhakeme sonuna kadar sürebilir, muhakeme sonunda elkoyma kararı neticesinde ya müsadere kararı verilir ya da yine şartları varsa zilyedine geri verilir.⁸⁵ Kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğinde, koruma tedbirlerinin yapısı gereği tedbirin kendiliğinden sona ermesi gerekmektedir; kanun koyucunun bu konuda da bir terim

⁸⁴ “5721 sayılı CMK’nın 141. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendinde malvarlığı değerlerine koşulları oluşmadığı halde el konulan kimselerin tazminat isteyebilecekleri düzenlenmekte olup, davacıya ait araca Petrol Kaçakçılığı, Hizmet Nedeniyle Güveni Kötüye Kullanma ve Suç Uydurma suçlarından yapılan soruşturma kapsamında Petrol Kaçakçılığında kullanıldığı iddiasıyla araç sürücüsü M. İ. hakkında yapılan soruşturma sırasında el konulduğu, 5271 sayılı CMK’nın 128/2. maddesi uyarınca taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin başka kişilerin zilyetliğinde bulunması halinde de elkoyma tedbiri uygulanabileceği yönündeki düzenleme ve Viranşehir Asliye Ceza Mahkemesinin 24.02.2009 tarih 2008/142 esas, 2009/48 sayılı kararıyla davanın sanığı ve aracın sürücüsü olan M. İ. hakkında Petrol Kaçakçılığı suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği ve araç iyiniyetli üçüncü kişiye ait olduğundan müsadere karar verilmediği dikkate alındığında, sanık ile araç maliki olan davacı arasında genel hükümlere göre açılacak tazminat davasına konu edilmesi ve açılan maddi tazminat davasının reddi gerekirken yazılı gerekçelerle kabulü ile davacı lehine tazminata hükmedilmesi kanuna aykırı olup, davalı ve davacı vekillerinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak bozulmasına, 24.06.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Y12CD T. 24.06.2013 E. 2013/10973 K. 2013/17109

⁸⁵ “...elkoyma sebebi ortadan kalkmışsa, ör. delil olarak elkonulan ve müsadere gerekmeyen bir şeyin muhakeme yönünden muhafazasına gerek kalmamışsa, son karardan önce geri verilebilir.” Toroslu/Feyzioğlu s. 251.

birliği içinde olmadığı, böylelikle buna ilişkin bir hükmün, CMK m. 137/3'de düzenlendiği gibi, burada mevcut olmadığı görünmektedir. Her ne kadar böyle bir hüküm mevcut olmasa bile, koruma tedbirlerinin yapısı gereği, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinde, tedbir, kendiliğinden sona erecektir.

V. Taşınmaz Hak ve Alacaklara Elkonulması Koruma Tedbiri Kararının Verilebilmesi İçin Gereken Koşullar

a. Soruşturma veya Kovuşturma Konusu Suçun İşlendiği Konusunda Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Suç Şüphesi

Madde metnine 6526 sK ile birlikte "somut delillere dayanan" ifadesi getirilmiştir. Böyle olunca, bir görüşe göre, tedbir kararı verilirken kuvvetli şüphe sebebini oluşturan delillerin "somut olarak gösterilmesi" yükümlülüğünün getirildiği ifade edilmekteyse de; şüphe zaten delillere göre belirlenmesi gereken bir kavram olduğundan, somut delillere dayanmayan şüphenin varlığından haliyle söz edilmesi mümkün görünmemektedir. Bunun yanında "somut delil" ifadesi de doktrinde eleştirilmekte, genel ve diğer elkoyma tedbirlerinin "soyut delillere"⁸⁶ mi dayandığı" sorusu sorulmaktadır.⁸⁷

Kanun koyucu bu noktada sadece somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesini tek başına aramamaktadır. Ortada hem soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiği yönünde kuvvetli şüphe sebebi olmalı hem de taşınmaz hak veya alacağın bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunmalıdır.⁸⁸

Şüphe, delillere dayanır⁸⁹, delil, bir sonucu kanıtlamak için ileri sürülen bir sebep ya da argüman olmakla birlikte, muhakeme hukukunda bir davada ileri sürülen tezi kanıtlamak amacıyla hukuk düzeni

⁸⁶ Her ne kadar, tekrardan değiştirilmiş olsa da "somut delil" kriteri ifadesi 6526 sK gerekçesinde şöyle ifade edilmektedir: "teklifte yapılan önemli bir düzenleme de gözaltı, tutuklama, arama ve elkoyma gibi koruma tedbirlerine başvurulabilmesi açısından 'somut delil' kriterinin getirilmiş olmasıdır. Bu şekilde bu koruma tedbirlerine soyut birtakım şüpheler nedeniyle başvurularak, kişi hürriyeti ve güvenliği ile mülkiyet hakkının zedelenmesinin önüne geçilecektir." (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>)

⁸⁷ Soyaslan, s. 300.

⁸⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s. 414.

⁸⁹ Cumhuriyet Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, s. 288.

tarafından kabul edilen araçlardır, böyle olunca, hukuka uygun olmak kaydıyla delillerden yararlanılır.⁹⁰ Muhakeme makamları, kolektif bir hükümle⁹¹ birlikte maddi ve hukuki meseleyi⁹² çözer ve uyuşmazlık hakkında bir hüküm verirler.⁹³

“Somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi”nden de “kuvvetli suç şüphesi”nden de anlaşılması gereken şüpheli veya sanığın mahkum olma ihtimalinin mahkum olmama ihtimaline göre yüksek olmasıdır.⁹⁴ Doktrinde kuvvetli suç şüphesinden “sanığın kuvvetle muhtemel mahkum olması”nın veya “o an itibarıyla kişinin suçu işlediğinin yüksek bir ihtimal dahilinde görülmesi”nin anlaşılması gerektiği de ifade edilmektedir.

Bir görüşe göre kuvvetli şüphe deyiminden, sanığın mahkûm edilmesinin yüksek bir olasılık olması şeklinde anlaşılması halinde tedbire başvurmak için artık orantılılık şartının gerçekleştirilmiş olacağı, zira sanık hakkında zaten onu mahkum edebilecek kadar delil mevcutsa, tedbire başvurmanın bir gerekliliğinin de kalmayacağı ifade edilmektedir.⁹⁵

b. Tedbire Konu Taşınmaz, Hak ve Alacakların Katalogda Gösterilen Suçlardan Elde Edildiğine Dair Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Şüphe Sebebi

Yalnızca soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi, tedbirin uygulanması bakımından yeterli görülmemektedir. Kanun koyucu aynı zamanda tedbire konu taşınmaz, hak ve alacakların muhakkak bu suçlardan elde edilmiş olması şartını aramaktadır.⁹⁶

⁹⁰ Durmuş Tezcan, “AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. II, s. 1221-1328.

⁹¹ Kunter, s. 29.

⁹² Toroslu/Feyzioğlu, s. 171.

⁹³ Yenisey/Nuhoğlu, s. 498.

⁹⁴ Centel/Zafer, s. 435.

⁹⁵ Mustafa Ruhan Erdem, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>)

⁹⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s. 414.

CMK m. 128/2'de birinci fıkra hükmünün hangi suçlar hakkında uygulanabileceği sayma yoluyla belirlenmiştir. O halde burada sayılan suçlar dışında bu koruma tedbirine başvurulabilmesi mümkün görünmemektedir. CMK m. 128'de düzenlenen tedbir, CMK m. 123'de düzenlenen tedbire göre özel hüküm niteliğinde olduğundan, CMK m. 128 kapsamına girmeyen suçlar bakımından, şartları varsa CMK m. 123 uygulanacaktır.⁹⁷

Bu suçlar, TCK özelinde⁹⁸; *soykırım ve insanlığa karşı suçlar* (madde 76, 77, 78), *Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti* (madde 79, 80) ile *organ veya doku ticareti* (madde 91), *hırsızlık* (madde 141, 142), *yağma* (madde 148, 149), *Güveni kötüye kullanma* (madde 155), *Dolandırıcılık* (madde 157, 158), *Hileli iflas* (madde 161), *uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti* (madde 188), *parada sahtecilik* (madde 197), *Suç işlemek amacıyla örgüt kurma* (madde 220, fıkra üç), *ihaleye fesat karıştırma* (madde 235), *Edimin ifasına fesat karıştırma* (madde 236), *Tefecilik* (madde 241), *Zimmet* (madde 247), *İrtikap* (madde 250), *rüşvet* (madde 252), *Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar* (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308), *Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar* (m. 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), *Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk* (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337). Dikkat edilirse, "Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar" katalog kapsamına alınmış olmasına rağmen bu başlıktaki suçlardan biri olan Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçu (TCK m. 310) dışarıda bırakılmıştır. Kanun koyucunun bu konuda bir gerekçe ortaya koymadığı görülmektedir. Bu konu iza-ha muhtaçtır. Aynı durum CMK m. 135'de de karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu, CMK m. 135 bakımından da bu suçu özellikle neden dışarıda bıraktığına ilişkin bir ifadeye anılan madde gerekçesinde yer vermemektedir.⁹⁹

TCK dışında ise "Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun"da tanımlanan *silah kaçakçılığı* (madde 12) suçları, "Bankalar Kanunu"nun 22'nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, "Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu"nda tanımlanan ve

⁹⁷ Soyaslan, s. 299.

⁹⁸ Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282) suçunun bu katalogda sayılmaması dikkat çekicidir.

⁹⁹ Selahattin Samet Bilge, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2016, s. 31.

hapis cezasını gerektiren suçlar, “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu”nun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar da katalog kapsamında sayılmıştır.

Bir diğer dikkat çekici nokta ise suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun’la katalogdan çıkarılmasının ardından 24/11/2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun’la kataloga yeniden getirilmesi¹⁰⁰ fakat bu sefer TCK m. 220/3’le sınırlandırılmış olmasıdır. Böyle olunca, suç işlemek için kurulan örgütün silahlı olması halinde bu koruma tedbirine hükmedilebilecekken, örgütün silahlı olmaması halinde bu tedbire hükmedilemeyecektir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta TCK m. 220’den farklılık arz eden TCK m. 314’ün her zaman katalog kapsamında kalmış olmasıdır. Kanun koyucu, TCK m. 220/3’ü, “silah” unsurundan ötürü daha vahim görmektedir. 6526 sayılı Kanun değişikliği gerekçesinde “TCK 220’nci maddesinde düzenlene suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen katalogdan çıkarılması suretiyle, bazı soruşturmalarda sırf bu tedbirin uygulanabilmesi için soruşturmanın suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında başlatılması ve yürütülmesi uygulamasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır” denmektedir. Ancak daha sonraki kanun değişikliği gerekçesinde ise bu hususa hiç yer verilmediği görülmektedir. Buradaki problem TCK m. 220/1’e göre yürütülen soruşturmalarda/kovuşturmalarda buna dayanılarak verilen elkoyma kararlarının akıbeti tartışmasıdır. Artık katalogdan çıkarıldığı için bu koruma tedbiri bakımından bir karar verilemeyen bu durumda, daha önce verilen kararların delil değerini ve durumunu tartışmak gerekmektedir. Aynı değişiklik CMK m. 135 bakımından da gerçekleştirilmiş ve konu Yargıtay’ın önüne gitmiştir. Yargıtay CGK’nın, 6526 sayılı Kanun değişikliğinden sonra “TCK m. 220’nin hüküm verildikten sonra katalog dışına çıkarılması ve bunun karşısında artık bu tedbire başvurma imkânsız hale gelmiş olması” gözetildiğinde, eski hüküm zamanında verilen bu delillerin, norm yürürlüğe girdikten sonra temyiz incelemesi aşamasında kullanılmasının mümkün olmadığından bahisle bozma kararı verdiği görülmüştür.¹⁰¹

¹⁰⁰ Yenisey/Nuhoğlu, s. 414.

¹⁰¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2013/468, K. 2014/268 “Hükümden sonra 06.03.2014 tarih ve 28933 sayılı mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanan 6526 sayılı Kanun’la CMK’nın 135. maddesinin 6. fıkrasının 8. bendi tümüyle yürürlükten

Muhakeme normlarının zaman bakımından uygulanmasında¹⁰², tamamlanıp bitmiş muhakeme işlemleri bakımından yeni kanunun uygulanması konusu tartışılmaktadır. Muhakeme normlarının yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulanacağı düşüncesi arkasında eski yasaya göre henüz yapılmamış işlemlerin yeni yasaya bağlı olacağı, yeni yasanın uygulanmasında onun sanığın lehinde veya aleyhinde olacağına bakılmayacağı, hemen uygulanma ilkesinin yeni yasanın muhakak eskisinden daha iyi olacağı veya yeni normun karışıklığı önlemek için çıkarıldığı düşüncesi yatmaktadır. Böyle olunca eski zamanda tamamlanıp bitmiş işlemler için yeni muhakeme normunun artık uygulanmasının mümkün olmayacağı¹⁰³ düşünülmektedir.¹⁰⁴

Bir diğer görüşe göre ise “... daha teminatlî usullerle yürütülmekte olan davalarda muhakeme normlarının asli kaynağı olan AİHS’in, iç hukuka göre üstün tutularak yargılama makamının vicdani kanaatine uygun düşmeyen ve teminatsız usullerle elde edilmiş olan delilleri gerekçe göstermek kaydıyla hükme esas almayabileceği” düşünülmektedir.¹⁰⁵ Bu görüş, “teminatlî yargılama hakkını sağlamayan usullerle elde edilen kanıtların hükme esas alınmaması” bağlamında değerlendirildiğinde, AİHS’in getirdiği güvenceleri sağlayabilmek bakımından daha uygun görünmektedir; bu nedenle anılan yasa değişikliğine ilişkin delillerin değerinin tartışmalı olduğu durumlarda, bizce de, bu düşüncenin değerlendirilmesi faydalı olabilecektir.

kaldırılmış; böylece TCK’nın 220. maddesinde düzenlenen tüm suçlar için iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınmasının yolu kapatılmıştır. Uyuşturucu madde ticareti yapma suçu için verilen telefon dinleme kararları üzerine tespit edilen telefon konuşmaları, TCK’nın 220. maddesinde düzenlenen suçlarda delil olarak kullanılamaz.”

¹⁰² Ceza kanunlarının zaman yönünden uygulanması hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Tuğrul Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, s. 294 vd.

¹⁰³ “Buna karşılık, eski kanun zamanında verilen hüküm, verilmekle kesinleşmişse, yeni kanun bu hükümler için de istinafa başvurulabileceğini kabul etse bile eski kanun zamanında kesinleşen hüküm aleyhine istinaf yoluna başvurulamaz.” Toroslu/Feyzioğlu, s. 17.

¹⁰⁴ Tosun, s. 160 vd.

¹⁰⁵ Hafızoğulları/Aygün Eşitli/Küçüktaşdemir, “AİHS Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”, BÜHFD, Y. 2015 S. 1, s. 505-519.

c. İlgilisine Göre Rapor Alınması Zorunluluğu

Taşınmaz hak ve alacaklara elkonulması koruma tedbirine karar verilebilmesinin bir diğer şartı da elkoymaya konu taşınmaz, hak veya alacağın “suçtan elde edildiğine dair” rapor alınması şartıdır.¹⁰⁶ Kanun koyucu bu şartı 6526 sayılı kanun değişikliğiyle getirmiştir. Kanun teklifinin gerekçesinde “*şüpheli veya sanıkların tüm malvarlığına değil sadece suçtan elde edildiği tespit edilen taşınmazlara hak ve alacaklara elkoyma tedbirinin uygulanması gerekmektedir. Ancak uygulamada şüpheli ve sanıkların nakdi ya da aynı tüm hak ve alacakları ile malvarlığına el konulduğu ve suçtan elde edilip edilmediğinin hiçbir şekilde araştırılmadığı görülmektedir. Söz konusu bu uygulama nedeniyle Anayasanın 35 nci maddesinde belirtilen mülkiyet hakkı ve 36 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı önemli ölçüde zedelenmektedir. Düzenlemeyle, taşınmazlar, hak ve alacaklar bakımından elkoyma işleminin uygulanabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları kurumundan, elkonulacak taşınmaz hak ve alacağın suçtan elde edildiğine ve suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınması zorunluğu getirilmektedir.*” diyerek bu tedbirin sadece suçtan kaynaklanan bir malvarlığı hak veya alacak olması gerektiğine işaret etmektedir. O halde, ortada kanun koyucunun saydığı kurumlardan olmayan bir başka kurumun rapor vermesi ya da bu kurumların hiçbir rapor vermemesi veya raporu tedbir bakımından olumsuz vermesi, tedbirin uygulanmasına engeldir.

Doktrinde, “uygulamacıların, bahsedilen kurumlardan bazılarının personel sayısı ve altyapısının yetersiz olduğu” aktarılmakta, raporların gelmesinin ayları bulabileceği bu halde de tedbirle ulaşmak istenen amacın gerçekleşmeyeceği ifade edilmektedir.¹⁰⁷

Bununla birlikte, 6526 sayılı Kanun’la getirilen “rapor alma” zorunluluğu Anayasa Mahkemesi’ne iptal talebiyle götürülmüştür. Düzenlemeye ilişkin iptal isteminde “suçtan elde edilen değere ilişkin raporun,

¹⁰⁶ Kanunun ilk metninde bu hükme yer verilmemiştir ancak Adalet Komisyonu raporunda şu hususlara dikkat çekilmiştir “... elkoyma konusu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin belirli suçların işlenmesi suretiyle elde edildiğine dair somut vakıalara dayalı kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması gerektiği...” Erdal Noyan, Ceza Davası, Ankara 2007, s. 577.

¹⁰⁷ Karakehya, s. 341.

yürütme organına yakın ve bu nedenle objektif, tarafsız ve bağımsız olmaları kendilerinden beklenilmeyen yargılama dışı kurumlardan alınacağıının öngörülmesinin soruşturmanın selâmetine zarar verici mahiyette olduğu, Cumhuriyet savcısının yetki alanını sınırlandırdığı ve soruşturmanın gizliliği prensibini ihlal ettiği, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine uygun olmadığı, el koyma tedbiri için alınması gerekli raporun beklenmesi sürecinde soruşturma konusu malvarlıklarının soruşturma ve kovuşturma makamlarından kaçırılma ihtimalinin bulunduğu, bu nedenlerle kuralın, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2. ve 138. maddelerine aykırı olduğu" ileri sürülmüş; "6526 sayılı Kanun'un maddede yaptığı değişiklikte, taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine el koyma tedbirinin uygulanabilmesi bakımından suçun işlendiğine ve belirtilen değerlerin bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığının aranması koşulu getirilmiştir. Dava konusu kuralla ise söz konusu malvarlığı değerleri bakımından el koyma tedbirinin uygulanabilmesi için ilgisine göre, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınması öngörülmektedir. Kuralla, kendi görev alanlarıyla ilgili olarak uzmanlığı olan kurumlara, el koymaya konu malvarlığının ne kadarlık kısmının suçtan kaynaklandığının belirlenmesine yönelik rapor hazırlama görevi verilerek uygulamadaki sorunların çözümlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 62. maddesinde öngörüldüğü üzere, çözümü uzmanlık, özel veya teknik bilgi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilebileceğinden, söz konusu kurumlar tarafından rapor hazırlanmasının, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı ve kovuşturma aşamasında mahkemeler tarafından aynı konuda bilirkişi incelemesine başvurulabilmesine engel oluşturmadığı açıktır. Bu bağlamda kuralın, Cumhuriyet savcısının veya mahkemelerin sahip oldukları yetkilere ilişkin bir sınırlama teşkil ettiği söylenemez. Dolayısıyla dava konusu kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır." gerekçesiyle AYM tarafından Anayasa'ya aykırı olmadığı karara bağlanmıştır.

VI. Diğer Kanunlardaki Düzenlemeler

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 10'da "bu kanunda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlara, Ceza Muhakemesi Kanununun 128 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne göre elkonulur." hükmü yer almaktadır.

O halde kaçakçılık kanununda tanımlanan suçların işlenmesi¹⁰⁸ halinde kullanılan taşıtlara CMK m. 128 gereğince el konulması¹⁰⁹ gerekmektedir.¹¹⁰ Dikkat edilmesi gereken bir husus “alıkoyma”¹¹¹ kav-

¹⁰⁸ “Kaçak eşya naklinde kullanılan ve alıkonulan her türlü taşıt, müsadereye tabi eşyadır ve eşya müsadereesine konu oluşturur (TCK m. 54). Kaçak eşya naklinde kullanılan taşıtlara CMK m. 128/4 ve 5607 sk. m. 10/2’ye göre elkonulacağı Yasa’da açıkça gösterilmiştir. Elkonulan bu araçlar 5607 sk. m. 11’e göre muhafaza altına alınır. Kaçak şüphesiyle elkonulanlar ise suçtan elde edilen değerler olmayıp suçun konusunu oluşturan menfaatlerdir ve bu sıfatla kazanç müsadereisinin konusunu oluştururlar. Bu nedenle kaçakçılığın (suçun) konusunu oluşturan değerlere CMK m. 123’e göre elkonulur ve 5607 sk. m. 11’e göre bunlar muhafaza altına alınır. Çünkü CMK m. 128’e göre elkonulacak değerler sadece suçtan elde edilen değerler olabilir. Belirtelim ki, kaçakçılıktan elde edilen kazançlara, örneğin kaçak eşyanın satışından elde edilen paraya ve bu paranın dönüştürüldüğü değerlere CMK m. 128 hükümlerine göre elkonulacaktır.” Centel/Zafer, s. 415 dn. 212.

¹⁰⁹ “Somut olayda Jandarma tarafından, şeker kaçakçılığı yaptığı şüphesi ile mülga 4926 sayılı Kaçakçılık Kanunu uyarınca 14 çuval şeker ve araca Cumhuriyet savcısının talimatıyla elkonulmuştur. Araçtaki iki kişinin şüpheli sıfatı ile ifadeleri alınmış, fakat bilirkişi raporu ile şekerin kaçak olmadığı anlaşılmış, araç ve şeker çuvaları iade edilmiş, şüpheliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Şüpheliler ve aracın tescilde sahibi görünen kişi CMK m. 141 uyarınca tazminat davası açmışlar, fakat Ceza Genel Kurulu şüpheli durumuna girmeyen kişinin manevi tazminat isteyemeyeceğine karar vermiştir. Bu karar 2011 yılında verildiğine göre yeni Kaçakçılık Kanunu uyarınca, ilk arama ve elkoyma yapılabilmesi için CMK’nın genel hükümlerine göre hâkim kararı alınması gerektiği de vurgulanmalıdır.” Yenisey/Nuhoglu, s. 400.; “İncelenen dosya kapsamına göre; davacıya ait plakalı araca 5607 sayılı Kanununa Muhalefet suçundan yapılan soruşturma sırasında el konulduğu, el koymayı öngören 5271 sayılı CMK’nın 128/2-d maddesi ve aynı maddenin 1/(a-b-c-d-e-f-g-h), son fıkrasında da; taşınmaz, hak, alacak ve diğer mal varlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, el koyma işlemi yapılabileceğinin hüküm altına alındığı, tazminat talebinin dayanağı olan ceza dava dosyasında davacıya ait aracın kaçakçılık suçundan yargılanan 3. kişiler tarafından suç konu kaçak şekerlerin nakliyesinde kullanıldığı, atılı suça ilişkin olarak Asliye Ceza Mahkemesi’nin 30/04/2009 tarih, 2008/..... esas, 2009/..... karar sayılı dava dosyasında sanık olan ve hakkında yapılan yargılama sonucu, sanık’ın yabancı menşeli şekerleri piyasaya ticari amaçla satışa arz etmek eyleminden mahkumiyetine, davacıya ait dava konusu aracı şoför olarak kullanan sanık’ın beraatine hükmedildiğinin anlaşılması karşısında, araç maliki olan (malen sorumlu) davacı ile mahkumiyetine karar verilen sanık arasında genel hükümlere göre açılacak tazminat davasına konu edilmesi gereken alacağa ilişkin olarak açılan tazminat davasının, mahkemece, davaya konu aracın suçta kullanıldığı ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141. maddesinde belirtilen tazminat isteme koşullarının oluşmadığı gerekçesi ile reddine karar verilmesinde usul ve kanuna aykırı yön bulunmadığından, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA, 17.03.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Y12CD T. 17.03.2014 E. 2013/27484 K. 2014/6481

¹¹⁰ Yenisey/Nuhoglu, s. 400.

¹¹¹ 5607 sk. m. 10/2 “13’üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamına girmesi, Türkiye’de sicile kayıtlı olmaması ya da soruşturma ve kovuşturma devam

ramının CMK'da kullanılmamasına rağmen bu kanunda kullanılmış olmasıdır.

5549 sayılı "Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkındaki Kanun" m. 17'ye göre aklama ve terörün finansmanı suçunun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde CMK m. 128'de gösterilen usule göre malvarlığı değerlerine el konulabileceği hükme bağlanmıştır. Daha önce de belirtildiği gibi bu hallerde istisnai olarak elkoyma kararını CMK m. 128'den farklı olarak Cumhuriyet savcısı da verebilecektir. Ancak bu karar muhakkak görevli hâkimin onayına sunulmak zorundadır. Yirmidört saat içinde karar onaylanmazsa, Cumhuriyet savcısının kararı hükümsüz kalacaktır.

6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kanunu m. 5'e göre "Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin 1267 (1999), 1988 (2011), 1989 (2011) ve 2253 (2015) sayılı kararlarıyla listelenen kişi, kuruluş veya organizasyonların tasarrufunda bulunan malvarlığının dondurulması kararları ve bu listelerden çıkarılanlara ilişkin malvarlığının dondurulmasının kaldırılması kararlarının uygulanmasına yönelik Cumhurbaşkanlığı kararı, Resmî Gazete'de yayımlanır ve gecikmeksizin uygulanır."¹¹²

Hakkında malvarlığının dondurulması kararı verilmiş olanlar, alacak ve borçları ile diğer tüm malvarlığı değerlerini ve bunların dayanağına ilişkin bilgileri; bunlardan alacağı veya borcu olan gerçek ve tüzel kişiler ise alacak veya borcun miktarı ile dayanağına ilişkin bilgileri, malvarlığının dondurulması kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde Başkanlığa bildirirler. (6415 sk. m. 12/3)

Malvarlığının dondurulması kararı, Başkanlığın talebi üzerine 5271 sayılı Kanunun 128 inci maddesinin üçüncü ila yedinci fıkraların-

ederken, kaçakçılık suçunun işlenmesinde tekrar kullanılması halinde, elkonulan araç alıkonulur. Sahibinin aracın değeri kadar teminatı alıkoyma tarihinden itibaren otuz gün içinde gümrük idaresine teslim etmesi halinde, araç sahibine iade edilir. Aksi takdirde, tasfiye idaresi tarafından soruşturma ve kovuşturma sonucu beklenmeksizin derhal tasfiye olunur. Tasfiyenin satış suretiyle gerçekleşmesi halinde, satıştan elde edilen gelirden taşıtın muhafaza edilmesi ve satışı için gerekli olan bütün masraflar karşılandıktan sonra kalan miktar, kovuşturma sonucuna göre işlem yapılmak üzere emanet hesabına alınır."

¹¹² Yenisey/Nuhoğlu, s. 415.

da belirtilen usule uygun olarak gecikmeksizin yerine getirilir. (6415 sk. m. 12/4)

VII. Sonuç

Konu özelinde, bir sonuç açıklamasından önce, yukarıdaki tartışmalardan ayrı ve bağımsız olarak, ilişkili olduğu bağlamdan dolayı önemli bir nokta olan; elkoymanın, arama ile ilgisini de incelemek gerekmektedir. Elkoyma, aramadan ayrı bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir.¹¹³ Arama sonucu ele geçen eşyaya elkonulması için ayrıca bir elkoyma kararı gerekip gerekmediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Böyle olunca özel bir elkoyma tedbiri olan taşınmaz hak ve alacaklara el koyulmasının -her ne kadar pratikte mümkün gözükmesede de teorik bağlamda ele alındığında- arama sonucunda gerçekleşmesi halinde ne olacağı sorusu da ortaya çıkmaktadır. Basit elkoyma tedbiri uygulanması ve arama koruma tedbiri arasındaki ilişki anlamında, arama sırasında yapılan elkoymanın doktrinde hukuka uygun olduğunu düşünen bir görüşe göre, hâkim kararıyla yapılan arama neticesinde ele geçirilen eşya için ayrıca yeni bir elkoyma kararına ihtiyaç olmadığı¹¹⁴ ifade edilmektedir. Bu düşüncenin karşısında ise, “elkoymanın arama ile bağlantılı olarak başvurulacak bir tedbir olduğu kabul edilse de arama kararının sadece arama sonucunda ele geçen eşyaya elkonulması kararını da kapsamayacağı, yalnız arama kararına dayanılarak arama sonucunda ele geçen eşyaya el konulmasının mümkün olmadığı” savunulmaktadır.¹¹⁵

Sonuç olarak, CMK m. 128’e ilişkin, öncelikle “basit elkoyma” ile bağlantılı olarak CMK m. 127/4’de düzenlenen “Zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir” ifadesini tartışmak gerekmektedir. Buradaki esas problem, CMK m. 123’e göre elkoymaya bağlı olarak düzenlenen CMK m. 127’nin, CMK m. 128 için de uygulanıp

¹¹³ Centel/Zafer, s. 412

¹¹⁴ “... elkonulacak eşyanın ilgili kişide olduğu konusunda şüphe varsa yani eşyanın aranması gerekiyorsa veya sadece elkoyma kararının verilmesinin elkonulacak eşyaya ulaşmayı zorlaştırdığı düşünülüyorsa arama kararı verilmelidir. Arama kararının sonucunda, arama hükümleri çerçevesinde elkoyma işlemi yapılabilir” Centel/Zafer, s. 412

¹¹⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 447.

uygulanamayacağıdır. Eğer uygulanamaz denilecekse, kanun koyucu, basit elkoymanın yanında taşınmaz hak ve alacaklara el konulması tedbirinde de şüpheli veya sanığın dışında bir başka kimsenin “zil-yetliğinde” bulunan tedbire konu “taşınmaz, hak veya alacak” hak-kında da bu tedbirin uygulanabileceğini öngörmüş olmasına rağmen, üçüncü kişiye m. 127/3’de öngördüğü gibi bir hak tanımadığı sonucu ortaya çıkacaktır.

CMK m. 127, “elkoyma kararını verme yetkisi”¹¹⁶ başlığı altında, CMK m. 123’de düzenlenen basit elkoymanın şartlarını hükme bağ-lamaktadır. Bu madde metni altında, özel elkoyma tedbirlerinden biri olan taşınmaz hak ve alacakların düzenlenmiş olmadığı sonucu çık-maktadır. Böyle olunca, “zilyede” tanınan “hâkimden her zaman kar-rar verilmesini isteme hakkı” ile CMK m. 131’de düzenlenen “elkonu-lan eşyanın iadesi”ndeki düzenlemeyi karşılaştırmak gerekmektedir. CMK m. 131 birinci fıkrasında “*Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafaza-sına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anla-şılması halinde, re’sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet sav-cısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir*” biçimindedir. Bir kere kanun koyucu burada “eşya” ifa-desini kullanmaktadır. Oysa ki CMK m. 128’in kapsamı taşınmaz, hak ve alacaklar gibi daha geniş hukuki bir konuyu kapsamaktadır. Eşya ile hak, hiç şüphe yok ki hukuken birbirinden farklı kavramlardır. Hu-kuki anlamda eşya kişilerin üzerinde hakimiyet kurabildikleri maddi varlığı olan belirli sınırlara sahip kişisel olmayan şeylerdir.¹¹⁷ Örnek vermek gerekirse, fikri mülkiyetin konusu olan bir ürünün, eşya ol-madığı ve bu nedenle bunun üzerindeki hakların aynı hak olmadığı, mutlak hak olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁸ Dolayısıyla fikri hakka da el konulması mümkün olduğuna göre bunun iadesi hangi muhakeme normuna göre mümkün olacaktır sorusu ortaya çıkmaktadır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, AYM ve Yargıtay; CMK m. 128’e göre

¹¹⁶ Soruşturmada karar verme yetkisi elkonulan eşyanın bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğidir. Hükümet tasarısındaki madde gerekçesi şu şekildedir: “... Kamu davası açılmamış ise karar verme yetkisi, elkoyma işleminin yapıldığı yerin sulh ceza hakimine ait olacaktır.” Noyan, Ceza Davası, s. 576.

¹¹⁷ Esener/Güven, s. 37.

¹¹⁸ Kübra Gökben İslam, Avrupa Birliği Hukukunda Fikri Haklar (Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi), Ankara 2009.

elkoyma konusunun, CMK m. 131'deki usule tabi olarak iade edilebileceğini düşünmektedir.

Kanun koyucu, saydığı malvarlığı değerlerinin “şüpheli veya sanığa” ait olmasını aramaktadır.¹¹⁹ Böyle olunca sanığa veya şüpheliye ait olup da başkasının zilyetliğinde bulunması halinde dahi elkoymanın gerçekleşebileceğini ifade etmektedir. Maddenin Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasındaki “mutlaka şüpheli veya sanığa ait olması gerekmemektedir” şeklindeki ifadeler doktrinde eleştiri konusu yapılmıştır.¹²⁰ Bunun yanında belirtmek gerekir ki doktrindeki bir diğer görüşe göre, söz konusu suçlardan elde edilen hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin mutlaka şüpheli veya sanığa ait olmasının zorunlu olmadığı ifade edilmektedir.¹²¹

CMK m. 132'de düzenlenen elkonulan eşyanın muhafazası veya elden çıkarılması konusunda emredici olan hüküm, elkonulan eşyanın

¹¹⁹ Karş. “5721 sayılı CMK’nın 141. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendinde koşulları oluşmadığı halde malvarlığı değerlerine el konulan kimselerin tazminat isteyebilecekleri düzenlenmiş olup, davacı vekili davacıya ait araca 25.10.2008 ile 16.01.2009 tarihleri arasında haksız olarak el konulduğu gerekçesiyle tazminat talebinde bulunmuştur. İncelenen dosya kapsamına göre; kolluk tarafından 25.10.2008 tarihinde kontrol amacıyla durdurulan ve H. U.’ın sürücülüğünü yapmış olduğu davacıya ait 16 plakalı araçta yabancı uyruklu şahısların tespit edilmesi üzerine, aracın suçta kullanıldığı şüphesiyle muhafaza altına alındığı, el koymayı öngören 5271 sayılı CMK’nın 128/2-d maddesi ile aynı maddenin 1/ (a-b-c-d-e-f-g-h), son fıkrasında da; taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin, şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabileceğinin belirtildiği ve tazminat talebinin dayanağı olan Erciş Asliye Ceza Mahkemesi’nin 13.02.2009 tarih, 2008/630 esas, 2009/73 karar sayılı ceza dava dosyasında göçmen kaçakçılığı suçundan yargılanan aracın sürücüsü H. U.’ın mahkumiyetine hükmedildiği suçta kullanılan 16 plakalı aracın ise maliki veya yasal temsilcisinin izni ile kullanıldığına dair delil bulunmadığı gerekçesi ile iadesine karar verildiğinin anlaşılması karşısında, araç maliki olan (malen sorumlu) davacı ile mahkumiyetine karar verilen sanık arasında genel hükümlere göre açılacak tazminat davasına konu edilmesi gereken alacağa ilişkin olarak açılan tazminat davasının, davaya konu aracın suçta kullanıldığı ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 141. maddesinde belirtilen tazminat isteme koşullarının oluşmadığı gerekçesi ile reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, davalı vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi gereğince isteme uygun olarak bozulmasına, 02.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” Y12CD T. 02.02.2015 E. 2014/5489 K. 2015/1658

¹²⁰ Hakeri, “Yeni CMK’ na göre El Koyma Koruma Tedbiri”, *TBB D. 60 Y. 2005*, s. 97 – 104.

¹²¹ Öztürk / Tezcan/ Erdem/ Sırma/ Saygılar/ Alan, s. 450.

değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için tedbirlerin alınmasına yönelik normdur. Böyle olunca problem CMK m. 128'de düzenlenen ve eşyadan farklı olarak el konulan değerler konusunda ne yapılacağına ilişkindir. Delil olarak el konulmuş eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı kayıp tehlikesi karşısında elden çıkarma işleminden önce muhakkak buna ilişkin delil değerini muhafazaya yönelik tedbirlerin alınması gerektiği¹²² ifade edilmektedir. Zira bu husus aynı maddenin dördüncü fıkrasında da hüküm altına alınmaktadır. Söz gelimi fikri mülkiyete yani bir fikri hakka ilişkin haklara el konulması halinde, gerekenin yapılmaması durumunda değerinde büyük bir kayıp olma tehlikesi halinde, neye göre önlem alınacaktır? "Fikri hak", eşya değildir. Kanun maddesi ise "eşya"ya ilişkin hüküm düzenlemektedir.

Yukarıda da açıklanan nedenlerle ve de görüldüğü gibi kanunun konu hakkındaki düzenlemeleri, diğer düzenlemeler de göz önüne alındığında bir terim birliğine sahip değildir ve CMK m. 128'de düzenlenen koruma tedbirine ilişkin tamamlayıcı normların eksikliği göze çarpmaktadır. Bununla birlikte; CMK m. 128'e göre yerine getirilen tedbirlerde şekle ilişkin ör. karar metninde nelerin yer alacağı gibi çok önemli hususlarda hiç düzenleme yapılmadığı ve diğer düzenlemelerde de eksiklikler olduğu görülmektedir. CMK m. 127 ve CMK m. 131/1, CMK m. 123'e göre yerine getirilen tedbirler bakımından geçerli görünmektedir. Zira kanun koyucunun "eşya" ifadesini veya "diğer malvarlığı" ifadesini kullanması CMK m. 128'deki tedbire konu olan hususlardan daha dar anlam ifade etmektedir.

Yukarıda da açıklanan bu nedenle CMK m. 128'in yerine getirilmesi ve sona ermesi ve diğer konularda daha ayrıntılı bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu ortadadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Cengiz Serkan/Demirağ Fahrettin/Ergül Teoman /Mcbride Jeremy /Tezcan Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2008.

¹²² Hakeri, "Yeni CMK' na göre El Koyma Koruma Tedbiri", *TBB D. S. 60 Y. 2005*, s. 97 - 104.

- Centel Nur/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, 12. Baskı, İstanbul 2015.
- Demirağ Fahrettin, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2007.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 7. Baskı, İstanbul 1979.
- Esener Turhan/Güven Kudret, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Güngör Devrim, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2016.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler), Ankara 2015, Us-A Yayıncılık, 4. Baskı.
- İslam Kübra Gökben, Avrupa Birliği Hukukunda Fikri Haklar (Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi), Ankara 2009.
- Karakehya Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016.
- Katoğlu Tuğrul, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, Seçkin Yayıncılık.
- Kunter Nurullah, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, Kazancı Matbaacılık, 8. Baskı.
- Noyan Erdal, Ceza Muhakemesi Kanunu (Karşılaştırmalı) I – II, Ankara 2004.
- Noyan Erdal, Ceza Davası, Ankara 2007.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2020, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2020.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sıtma Özge/Kırıt Yasemin/Özaydın Özdem/Akcan Esra Alan Erden, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ekim 2015.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Saygılar Yasemin/Alan Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Baskı, Mayıs 2009.
- Soyaslan Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, 5. Bası.
- Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku – I, Ankara 2020, Seçkin Yayınları.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınlar, Ankara 2004.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2015, Savaş Yayınları.
- Tosun Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1984, 4. Bası.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2014, 9. Baskı, Adalet Yayınevi.
- Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, Seçkin Yayınları, 3. Baskı.
- Yenisey Feridun/Oktar Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, İstanbul 2015.

Makaleler

Acar Bülent Hayri, Kurucu İktidar Olma Eylemi ile Anayasayı İhlal Suçuna Konu Kal-kışma Suçuna Konu Hareketlerinin Farklı Nitelikte Eylemler Olması ve Hukuki Sonuçları (Milli Güvenlik Konseyi Başkanı ve Üyesinin Erksiz/Yetkisiz Yargılan-masına İlişkin Esas Hakkında Savunma), Us-A Yayıncılık, Ankara 2014.

Erdem Mustafa Ruhan, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikas-yon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>)

Hakeri Hakan, “Yeni CMK’ ya Göre El Koyma Koruma Tedbiri”, *TBBD*, S. 60 Y. 2005, S. 97 – 104.

Hafizoğulları Zeki, “24 Mayıs 2003 tarih ve 25117 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan ‘Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’ Adli Zabıt ve Arama-lar Yönünden Yok Hükmündedir”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2004 S. 3, S. 13-26.

Hafizoğulları Zeki/Aygün Eşitli Ezgi/Küçüktaşdemir Özgür, “AİHS Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı”, *BÜHFD*, Y. 2015 S. 1, S. 505-519.

Tezcan, Durmuş, “AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delil-lerin Değeri”, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. II, S. 1221-1328.

Diğer Kaynaklar

Talas, Serdar: Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Notları, (<http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezahukuku/wp-content/uploads/2016/12/Koruma-Tedbirleri.pdf>)