

T.C.
YARGITAY
YIRMİNCİ CEZA DAİRESİ

Esas : 2015/13261

Karar : 2019/417

Tarih : 17.01.2019

Mahkemesi :Ağır Ceza Mahkemesi

Suç : Uyuşturucu madde ticareti yapma veya sağlama

Hüküm : Mahkumiyet

Dosya incelendi.

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ :

TCK'nın 53. maddesinin uygulanması ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2015 tarih ve E.2014/140; K.2015/85 sayılı kararının infaz aşamasında gözetilmesi mümkün görülmüştür.

Yargılama sürecindeki işlemlerin kanuna uygun olarak yapıldığı, aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların toplanan tüm delillerle birlikte gerekçeli kararda gösterilip tartışıldığı, vicdanî kanının dosya içindeki belge ve bilgilerle uyumlu olarak kesin verilere dayandırıldığı, eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin saptandığı, eyleme uyan suç tipi ile yaptırımların doğru biçimde belirlendiği anlaşıldığından; sanığın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün Üye ...'in karşı oyu ve oyçokluğuyla ONANMASINA, 17.01.2019 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

CMK'nın 2/e, 161. maddesinin 2. fıkrası ve PVSK'nın Ek 6. maddeleri uyarınca edinilen bilgi veya alınan ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suçla karşılaşan kolluğun, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için gerekli acele tedbirleri aldıktan sonra durumu derhal Cumhuriyet savcısına bildirmesi ve Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda gerekli soruşturma işlemlerini yapması gereklidir.

Arama; amacına göre "adli arama" ve "önleme araması" olarak ikiye ayrılmaktadır. Arama şüpheli veya sanığı yada bir delili elde etme amacıyla yapılabileceği gibi, bir suçun işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek amacıyla da yapılabilir. Bir delili elde etme amacıyla arama yapılacak ise "adli arama" kararı , bir suçun işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek amacıyla yapılacaksa "önleme araması" kararı gereklidir.

2559 sayılı PVSK'nın 9. maddesine göre "önleme araması", suç işlenmesinin veya bir tehlikenin önlenmesi için yapılan aramadır. Önleme aramasının muhatapları somut suç şüphesi altında olmayan kişilerdir.

CMK'nın 116 ve 119. maddelerine göre "adli arama" ise, şüphelinin veya sanığın yakalanması ya da suç delillerinin elde edilmesi için yapılan aramadır. Somut bir suçun işlendiği şüphesi varsa önleme araması değil ancak adli arama yapılabilir.

08.2012 tarihli somut olayda, ... Mahallesi ... caddesi üzerinde ring görevini ifa eden görevlilerce, cadde üzerinde durumundan şüphelenilen kırmızı renkli plakasız motosiklet durdurulmuş, nasıl bir şüphe olduğu belirtilmeden aracı kullanan ...'in üzeri aranmış bir suç unsuruna rastlanılmamış; motosikletten inen arkada oturan şahsın kimlik tespitinde ... olduğu anlaşılmış, üst aramasında sağ cebinde sigara paketi

içinde dört ayrı paketcikte brüt ağırlığı 15 gram gelen kenevir bitkisi kırıntıları, elindeki siyah poşete açılıp bakıldığında içinde net 160 gram gelen esrar ele geçirilmiş, şahıslar karakola intikal ettirilmiş burada yine Cumhuriyet savcısına haber verilmeden ...'in detaylı üst aramasında iç çamaşırı içine gizlenmiş 7 paket halinde net 11 gram gelen esrar ele geçirilmiştir.

Olay itibarıyla hangi suça ilişkin bir şüphenin nasıl oluştuğu belli değildir. Henüz işlenmekte olan yani suçüstü oluşturan bir durumda yoktur.

Dosya içerisinde 2559 sayılı PVSK'nın 9. maddesine göre suç işlenmesinin veya bir tehlikenin önlenmesi için yapılacak aramaya ilişkin bir "önleme araması" kararı yoktur. Olup olmadığı da araştırılmamıştır.

Asayiş amaçlı uygulamada 2559 sayılı PVSK'nın "Durdurma ve kimlik sorma" başlıklı 4/A maddesine göre;

Polis, kişileri ve araçları;

Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

Suç işlendikten sonra kaçan failerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek, kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla durdurabilir.

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.

Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılmasını, üst ve eşya araması yapamaz. Kendisi ya da toplum için o an tehlike oluşturabilecek tehlikeli bir şey (Patlayıcı madde, silah gibi) varsa kaba üst yoklaması yapabilir.

Önleme aramasındaki amaç güvenliğin sağlanması ve muhtemel tehlikelerin ortadan kaldırılması esasına dayanmaktadır. Yapılan arama güvenliği sağlamaktan çok delil elde etmeyi hedeflemekte ise, adli aramanın varlığı kabul edilmelidir. Delil elde etmek amacıyla yapılan arama adli aramadır ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak yerine getirildiğinde hukuka uygun nitelik taşıyabilecektir.

Kişinin üstü, yanında taşıdığı çanta, arabası, evi ve işyeri özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamına giren yerlerden olup, Anayasa'mızın 13. maddesine uygun olarak, İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin 2.fıkrası, Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinin 2. fıkralarında belirtilen kapsamda kanunla sınırlanabilir.

Hiç kimse, keyfi olarak bir başkasının üzerini, evini, işyerini ve kullandığı aracı arayamaz. Böyle bir arama TCK'nın 120. maddesinde öngörülen suçu oluşturacağı gibi, bu aramadan elde edilen deliller de hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır. Anayasa'mızın 38. maddesinin 6.fıkrasına göre hukuka aykırı deliller, hiçbir yargılama türünde bireyin aleyhine kullanılamaz.

Somut olay da, kolluk görevlileri tarafından suç işlediği şüphesi dahi oluşmadan, Cumhuriyet savcısına bile haber verilmeden delil elde etmek amacıyla, arama yapılarak delil elde edildiği anlaşılmıştır.

Suç Őüphesinin ortaya çıkmasından sonra 5271 sayılı CMK kuralları uygulanması gerektiğinden, arama işleminin önceden alınmış bulunan önleme araması kararına göre değil CMK' nın 116. - 119.maddelerindeki düzenlemeler uyarınca verilmiş adli arama kararına ya da yazılı arama emrine göre icra edilmesi gerekmektedir.

Açıkladığım tüm bu nedenlerle; 5271 sayılı CMK'nın 2/e, 161. maddeleri ve 2559 sayılı PVSK'nın Ek 6. maddeleri uyarınca bir suçun işlendiğİ izlenimini veren bir hâli öğrenen kolluğun derhal Cumhuriyet savcısına olayı haber verip emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine başlaması gerekmekte iken, PVSK'nın 9. maddesi uyarınca yetkili makamlarca verilmiş bir Önleme Araması Kararı'nın varlığına dahi gerek duyulmadan ve yine usulüne uygun adli arama emri veya kararı almadan delil elde etmek amacıyla yaptığı arama işlemi Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ve 289. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendi uyarınca hukuka aykırı olup, hükme esas alınamayacağından, uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan verilen mahkûmiyet hükmünün, onanması yönündeki sayın çoğunluğın görüşüne katılmıyorum. 17.01.2019