

T.C.
YARGITAY
YIRMİNCİ CEZA DAİRESİ

Esas : 2016/1000
Karar : 2019/6279
Tarih : 18.11.2019

Mahkeme : ADANA 5. Ağır Ceza Mahkemesi

Suç : Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma

Hükümler : Mahkûmiyet (..... yönünden)

Dosya incelendi.

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

A. Sanık... bakımından kurulan hükmün incelenmesinde :

Yargılama sürecindeki işlemlerin kanuna uygun olarak yapıldığı, aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların toplanan tüm delillerle birlikte gerekçeli kararda gösterilip tartışıldığı, eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin saptandığı, vicdanî kanının dosya içindeki belge ve bilgilerle uyumlu olarak kesin verilere dayandırıldığı, eyleme uyan suç tipi ile yaptırımların aşağıda belirtilenler dışında doğru biçimde belirlendiği anlaşıldığından; yerinde görülmeeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Adana Kriminal Polis Laboratuvarı tarafından suç konusu uyuşturucu maddelerden alınan şahit numunelerinin müsaderesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Hükümden sonra 24.11.2015 tarih ve 29542 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2015 tarihli 2014/140 esas ve 2015/85 karar sayılı kararı ile, 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesinin bazı hükümlerinin iptal edilmesi nedeniyle, bu maddenin uygulanması açısından, sanığın durumunun yeniden belirlenmesinde zorunluluk bulunması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları yerinde olduğundan CMUK'nın 321. maddesi gereğince hükmün BOZULMASINA; ancak bu aykırılığın yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanun'un 322. maddesi uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan;

Hükmün müsadereye ilişkin bölümündeki "uyuşturucu maddenin" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve Adana Kriminal Polis Laboratuvarınca suç konusu uyuşturucu maddelerden alınan şahit numunelerinin " ibaresinin eklenmesi,

TCK'nın 53. maddesinin uygulanması ile ilgili bölümün hüküm fıkrasından çıkarılması ve yerine "Sanık hakkında, Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2015 tarihli iptal kararından sonra oluşan duruma göre, TCK'nın 53. maddesinin 1 ve 2. fıkraları ile 3. fıkrasının birinci cümlesinin uygulanmasına" ibaresinin yazılması,

Suretiyle, hükmün üyeler..... ve..... 'ün karşı oyları ve oy çokluğuyla DÜZELTİLEREK ONANMASINA,

B. Sanık...hakkında verilen beraat kararının avukatlık ücreti yönünden incelenmesinde:

1136 sayılı Kanun'un 168. ve hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 14. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, beraat eden ve kendisini vekil ile temsil ettiren sanık lehine maktu avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan hükmün CMUK'nın 321. maddesi gereğince BOZULMASINA; ancak; bu aykırılığın yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanun'un 322. maddesi gereğince düzeltilmesi mümkün bulunduğu; hükmün yargılama giderlerine ilişkin fıkrasından sonra gelmek üzere; "Sanık ...'in kendisini vekil ile temsil ettirdiği anlaşıldığından, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre 3.000,00 TL vekalet ücretinin hazineden alınarak sanığa verilmesine," fıkrasının eklenmesi suretiyle, hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 18.11.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Dosya içinde mevcut olaya ilişkin 15.08.2013 tarihli yakalama tutanağı ile diğer belge ve bilgilerden, 15.08.2013 günü saat 21.20 sıralarında Asayiş Şube Müdürlüğü ekiplerince Acidere OSB D-400 karayolu üzeri Ceyhan-Adana istikametinde yapılan kontrollerde, durumundan şüphe duyularak durdurulan ... plakalı aracın Adana 5. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2013/2224 değişik iş sayılı önleme araması kararına istinaden durdurularak arandığı ve aracın bagaj kısmında bulunan koyu renkli kapalı çanta kolluk görevlilerince açılarak incelendiğinde, mavi poşet içinde üzerinde beyaz streç naylona sarılı paketin bıçakla kesilerek bakıldığında içinden 4 kg. Esrar ele geçirilmiştir.

Anayasanın 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. "Hukuk Devleti", eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyucu, adil bir hukuk düzeni kurup bunu devam ettirmekle kendini yükümlü kabul eden ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan bir devlettir.

Ancak daha önemlisi kurulan bu hukuk düzeninin uygulayıcılarının hukuka saygısı ve bağlılığıdır.

CMK'nın 161. maddesinin 2. fıkrası ve PVSK'nın Ek 6. maddeleri uyarınca edinilen bilgi veya alınan ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suçla karşılaşan kolluk görevlilerinin, 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.

Soruşturma başlatıldıktan sonra uygulanan koruma tedbirleri kanunda öngörülmüş ve öngörülen biçimde gerçekleştirilmiş ise iç hukuka uygundur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iç hukukta yer verilen bir kurala uygun davranılıp davranılmadığı yönünden de değerlendirme yapmaktadır.

Arama da bir koruma tedbiridir.

Kişinin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkına sınırlama getiren arama ikiye ayrılır; birincisi, "önleme araması" adı ile bilinen 2559 sayılı PVSK'nın 9. maddesine göre suç işlenmesinin önüne geçilmesi veya bir tehlikenin önlenmesine yönelik güvenlik amaçlı yapılan kolluk aramasıdır. Önleme aramasının muhatapları suç şüphesi altında olmayan kişilerdir.

Önleme araması bir suçun işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek amacıyla yapılabilir. 2559 sayılı PVSK'nın suç tarihinde yürürlükte bulunan "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 çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içeriği görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez..."

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.

İkincisi ise, CMK'nın 116 ve 119. maddelerine göre yapılan "adli arama" olup işlendiği iddia olunan bir suçtan dolayı şüpheli 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.

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 suç olacağı 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.

Adli arama kararı gerektiren bir olayda önleme araması kararına dayanılarak ya da koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan arama hukuka aykırıdır. Böyle bir arama sonucu bulunan deliller ya da suçun maddi konusu "hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş" olduğundan, 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 hükme esas alınamaz.

Bu açıklamalar kapsamında başlangıçta suç işlenmesinin önlenmesi düşüncesi olsa bile, niteliği ve faili belli olan suç şüphesi ortaya çıktığı andan itibaren yapılacak arama adli bir nitelik taşıyacaktır. Adli aramanın amacı şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin ele geçirilmesidir.

Somut olay da, kolluk görevlileri tarafından suç işlediği şüphesi oluşturan kişi/kişiler kimliği, kullandığı araç tespit edilmiş ve suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli suç şüphesi olduğu halde "Adli arama kararı" ya da Cumhuriyet savcısından yazılı arama emri alınmadan, hatta Cumhuriyet savcısına haber vermeden "önleme araması kararına" dayanarak delil elde etmek amacıyla, aracın bagaj kısmında, bulunan kapalı çanta da arama yapılarak delil elde edildiği anlaşılmıştır.

Suç şüphesinin 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.

Oysa, olay tutanağı ve diğer tutanaklar incelendiğinde Cumhuriyet savcısının suça ilişkin olarak yapılan işlemlerden hiçbir bilgisi olmadığı, yapılan aramadan sonra Cumhuriyet savcısına bilgi verildiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.02.2017 tarih, 2016/20-800 esas ve 2017/120 sayılı kararında; Kollukça alınan bilgiler ile yapılan araştırma sonucu sanığın kimliğine ve uyuşturucu madde ticareti yaptığına dair elde edilen bilgilerin uyumlu olması halinde ayrıca suç şüphesi oluşturan bilgilerin elde edildiği aşamada suç üstü halinin olmaması, bu durumda kolluk görevlilerinin edindikleri bilgileri, 5271 sayılı CMK'nın 2/e, 158, 160, 161 ve 164. maddeleri uyarınca derhal Cumhuriyet savcısına bildirip bu konuda adli arama kararı talep etmeleri ve Cumhuriyet savcısından alacakları talimat doğrultusunda işlem yapmaları gerektiğinden, adli arama kararı alınmadan yapılacak arama işleminin ve bu arama sonucunda ele geçirilecek uyuşturucu maddenin hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olacağı, suçun maddi konusu ve delili olan uyuşturucu maddenin hukuka aykırı yöntemle elde edilmesi durumunda ise hükme esas alınamayacağı ve buna bağlı olarak suçun unsurunun oluşmayacağı gözetildiğinde, yerel mahkemece sanığın üzerinin aranması için CMK'nın 116 ve devamı maddelerine uygun olarak alınmış bir "adli arama kararı" olup olmadığının araştırılması ve sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma sonucu hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu kabul edilmelidir. Şeklinde açıklama yaparak suç şüphesi oluşturan bilgilerin elde edildiği aşamada suç üstü halinin mevcut olmayacağını hükme bağlamıştır. Karşı oy düşüncemiz ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.02.2017 tarih, 2016/20-800 esas ve 2017/120 sayılı kararı örtüşmektedir.

Dışarıdan bakılınca içinin görülebilmesi taşıtın özel ve kapalı alan niteliğini ortadan kaldırmaz zira aracın içinde bulunan kapalı alanlar ve bagajı dışarıdan görülemez, bu alanlar kişinin eşyasını koyup saklayabileceği özel alan oluşturur bu nedenle her türlü nakil vasıtası ve taşıtlar "kapalı alan" niteliğine sahiptir ve "kapalı yer" olarak kabul edilmelidir.

Arama tedbirine de taşıtın bu özelliği dikkate alınmak suretiyle başvurulmalıdır. Örneğin, "kapalı alan" sayılan taşıtta gece vakti arama yapılması mümkün değildir. (CMK'nın.118/1. maddesi). Bunun istisnası, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınan ve firar eden tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla CMK m.118/2. maddesi uyarınca yapılan aramadır.

Dosyamızda ise daha da ileri bir durum olarak aracın kapalı bagaj bölümünde yine kapalı vaziyette çanta içinde mavi poşete sarılı paketin bıçakla kesilerek esrarın ele geçirildiği sabittir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "Araçlarda arama" başlıklı 29. maddesinin son fıkrasında, "Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir." hükmüne yer verildiği, aracın gece aranması bakımından önleme ve adli aramalar arasında fark gözetilmediği ve yönetmelik tarafından Kanuna aykırı hüküm koyulduğu görülmektedir.

Danıştay 10. Dairesi 13.03.2007 gün, 2005/6392 E. ve 2007/948 K. sayılı kararında; Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "Karar alınmadan yapılacak arama" başlıklı 8. maddesinin (a) bendinde yer alan, "... yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada ..." ibaresini iptal etmiş, yapılan temyiz incelemesi sonucu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 14.09.2012 tarihli, 2007/2257 esas ve 2012/117 karar sayılı kararı ile iptal kararı onanmıştır.

Danıştay iptal kararında konutu, işyerini, yerleşim yerini ve eklentileri ile araçları aynı statüde kabul etmiş

ve tümü kapalı olan bu yerlerin aranması konusunda "araçları" ayrı değerlendirmemiştir.

Yönetmelikle, Anayasa ve kanuna aykırı düzenleme yapılması mümkün değildir.

Hukuk devletinde ve normlar hiyerarşisinde kanun, kanunun uygulanmasını gösteren yönetmeliğin üstündedir. Aralarında bir çelişki varsa, kanunun uygulanması gerekir.

Anayasa'nın 124.maddesi uyarınca yönetmelik, kanuna aykırı olmamak şartı ile çıkarılabilir.

Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrasına göre de; Hakim, kanuna uygun olarak karar verir, bir idari makam tasarrufu kanunun üstüne çıkamaz, yönetmelik çıkarılmasının nedeni kanunun uygulanmasının nasıl olması gerektiğini açıklamak içindir. Kanunla tanınmayan ve verilmeyen yetki yönetmelikle sağlanamaz. Yönetmelik kanuna aykırı olamaz.

Hukuka aykırılığın mutlak-nisbi, önemli-önemsiz, büyük-küçük olması gibi bir değerlendirme yapılamaz, hukuk devletinde, hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller şüpheli ya da sanık aleyhine kullanılamaz.

Açıkladığımız bu nedenlerle,

Sanık... 'in içinde bulunduğu aracın bagaj bölümünde kapalı çanta içinde paketlenmiş şekilde ele geçirilen esrar nedeniyle aracın aranmasına ilişkin, bir adli arama kararı ya da yazılı arama emri bulunmadığı, adli arama kararı alınmadan yapılacak arama işleminin ve bu arama sonucu ele geçirilecek uyuşturucu maddenin hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olacağı, suçun maddi konusu ve delili olan uyuşturucu maddenin hukuka aykırı yöntemle elde edilmesi durumunda ise hükme esas alınamayacağı düşüncesinde olduğumuzdan, sayın çoğunluğun sanık hakkındaki hükmün düzeltilerek onanmasına ilişkin görüşüne katılmıyoruz. 18.11.2019