

T.C.
YARGITAY
CEZA GENEL KURULU

Esas : 2016/935
Karar : 2019/678
Tarih : 28.11.2019

Kararı Veren

Yargıtay Dairesi : 7. Ceza Dairesi

Mahkemesi :Asliye Ceza

Sayısı : 176-169

Sanık ...'nun 5015 sayılı Kanun'un Ek Madde 5/1, TCK'nın 62/1, 50/6, 52/2-4, 53/1-2 ve 54. maddeleri uyarınca 2 yıl 6 ay hapis ve 10.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, taksitlendirmeye, hak yoksunluğuna, kaçak motorinin tasfiye gelirin Hazineye irad kaydına ve müsadereye ilişkin Tosya Asliye Ceza Mahkemesince verilen 02.10.2013 tarihli ve 176-169 sayılı hükmün, sanık ... müdafisi tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesince 09.12.2015 tarih ve 17300-23004 sayı ile adli para cezasının taksitlerinin ödenmemesi hâlinde hapis cezasının kısmen veya tamamen infazına karar verileceğinin ihtar, suç araç ve gereçlerinin müsadereğine ilişkin yasa maddesinin yanlış gösterilmesi ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sebebiyle TCK'nın 53. maddesi yönlerinden düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 07.04.2016 tarih ve 55103 sayı ile;

"Karara karşı, aşağıda arz ve izah olunan nedenlerle sanık aleyhine olmak üzere itiraz edilmesi gerektiği düşünülmüştür.

İTİRAZ NEDENLERİ:

İtirazın konusunu oluşturan uyuşmazlık;

CMK'nın 116 ve devamı maddeleri kapsamında verilmiş bir arama kararı bulunmadan yapılan aramanın hukuka aykırı olup olmadığı bu arama sonucu elkonulan suça konu eşyanın hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil olup olmadığı, suç eşyasının hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil olmasından dolayı hükme esas alınmaması karşısında; sanıkların ikrar niteliğinde kabul edilebilecek beyanları olsa bile maddi delillerle desteklenmeyen ikrarına itibar edilip edilemeyeceğine ve 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak temel cezanın belirlenmesi sırasında yeterli gerekçe gösterilip gösterilmediğine ilişkindir.

Dosyadaki 23.04.2012 tarihli olay ve yakalama tutanağından '21.04.2011 tarihinde saat 17.50 sıralarında Kastamonu KOM Şube Müdürlüğüne telefonla yapılan ihbarda Tosya D 100 karayolu üzeri B-PET akaryakıt istasyonunda kaçak akaryakıt satıldığı ihbarı üzerine 22.04.2011 tarihinde saat 23.30 sıralarında Kastamonu KOM Şube görevlileri ve Tosya İlçe Emniyet Müdürlüğü görevlileri tarafından beraber yapılan takip sonucunda şüpheli...un kullandığı 33 plakalı yakıt tankerinin istasyona kaçak akaryakıt boşalttığı sırada yakalandığı, daha sonra istasyonda yapılan aramada istasyonun arka kısmındaki bahçe kısmında toprağa gömülü vaziyette, oto yıkama binası altına gizlenmiş vaziyette, lokanta kısmının alt katına gizlenmiş vaziyette projersiz tanklar içerisinde toplamda 55.980 ton kaçak akaryakıt ele geçirildiği...' anlaşılmaktadır.

Konuya ilişkin mevzuata bakıldığında;

Ceza usul hukukunda, re'sen araştırma ilkesi ve vicdani delil sistemi geçerli olup, amaç maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçek, hukuka uygun elde edilen her türlü delille ispatlanabilir. Anayasa'ya göre, kanuna aykırı olarak elde edilen bulgular delil olarak kullanılamaz (m.38/6). CMK uyarınca, yüklenen suç, ancak hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan delillerle ispat edilebilir (m. 217/2). Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse, reddolunur (m.206/2-a). Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması, hukuka kesin aykırılık sebebidir (m. 289).

5271 sayılı CMK'da 'arama ve elkoyma' işlemine dair usul ve esaslar (m. 116-134) düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 119. maddesinin 1. fıkrasında 'Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabileceği' belirtildikten sonra aynı maddenin 4. fıkrasında Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulacağı şarta bağlanmıştır.

Somut olayda, 21.04.2011 günü saat 17.50 sıralarında Kastamonu KOM Şube Müdürlüğüne telefonla yapılan ihbarda Tosya D 100 karayolu üzeri B-PET akaryakıt istasyonunda kaçak akaryakıt satıldığına ihbarı üzerine 22.04.2011 tarihinde saat 23.30 sıralarında Kastamonu KOM Şube görevlileri ve Tosya İlçe Emniyet Müdürlüğü görevlileri tarafından beraber yapılan takip sonucunda şüpheli...un kullandığı 33 plakalı yakıt tankerinin istasyona kaçak akaryakıt boşalttığı sırada yakalanarak olaya el konulmuş ve soruşturmaya başlanmıştır.

04.2011 tarihli olay, yakalama, arama ve el koyma tutanağı içeriğinden anlaşıldığı üzere, olay güvenlik görevlilerine 21.04.2011 perşembe günü saat 17.50'de ihbar edilmiştir, güvenlik güçleri 22.04.2011 cuma günü saat 23.30 sıralarında olay yerine giderek olaya müdahale etmişlerdir ve yine dosya içerisinde bulunan 23.04.2011 tarihli Cumhuriyet savcısı ile yapılan görüşme, alınan emirler ve onay tutanağı içeriğinden olayın nöbetçi Cumhuriyet savcısına 23.04.2011 günü saat 02.15'te bildirildiği anlaşılmaktadır.

Dosya kapsamına göre sanıklar ve kaçak eşya konusunda mahkemece verilmiş bir arama kararı olmadığı gibi gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından da verilmiş bir yazılı arama kararının da bulunmadığı anlaşılmaktadır. Olayın ihbarı üzerine olaya vakıf olan güvenlik güçlerinin Sulh Ceza Mahkemesinden usulüne uygun bir arama kararı alabilmeleri için gerekli zamanlarının olmasına rağmen mahkemedeki bu arama kararını almadıkları gibi gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet savcısı veya kolluk amiri tarafından da yazılı arama kararı almamışlardır.

Bu nedenle yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı olduğu ve ele geçen delillerin de hukuka aykırı delil niteliğinde olup, Anayasamızın 38. maddesinin 6. fıkrası da 'Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez.' hükmü ve yine 5271 sayılı CMK'nın 206/2-a, 217/2, 230/1. madde ve fıkraları da hukuka uygun surette elde edilen delillerin kullanılabilmesini, kanuna aykırı elde edilenlerin ise hükme esas alınmayacağı şeklindeki açık düzenlemelere aykırı olduğu,

Yine, 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi uyarınca alt ve üst sınırlar arasında temel ceza belirlenirken suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ve failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı unsurları dikkate alınması gerekmekte olup, sanık hakkında belirlenen temel cezanın 'suçun işleniş biçimi, fiilin özellikleri ve ele geçen kaçak akaryakıt miktarı' şeklindeki soyut ifadeler içeren gerekçeyle ve başkaca herhangi bir teşdit sebebi de gösterilmeden alt sınırdan uzaklaşarak hüküm kurulmasının hatalı olduğu kanısındayız.

Yukarıda arz ve izah edildiği üzere sanık ... hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün bozulması gerektiği..." görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 7. Ceza Dairesince 04.05.2016 tarih ve 9999-6983 sayılı ile itiraz nedeninin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Sanık Hüseyin Uğur hakkında 5015 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan verilen mahkûmiyet hükmü temyiz edilmeksizin kesinleşmiş olup itirazın kapsamına göre inceleme, sanık ... hakkında kurulan mahkûmiyet hükmüyle sınırlı olarak yapılmıştır.

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar;

Sanığa atılı 5015 sayılı Kanun'a muhalefet suçuna ilişkin olarak yapılan arama işleminin hukuka uygun olup olmadığının,

Sanık hakkında TCK'nın 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak temel cezanın tayin edilmesi sırasında yeterli gerekçe gösterilip gösterilmediğinin,

Belirlenmesine ilişkin ise de Yargıtay İç Yönetmeliği'nin 27. maddesi uyarınca öncelikle, itiraznamenin içeriğine göre itirazın sanık lehine mi yoksa aleyhine mi olduğunun, sanık aleyhine olduğu sonucuna ulaşılması hâlinde, itirazın süresinde olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

İncelenen dosya kapsamından;

Olay, yakalama, arama ve el koyma tutanağına göre; 21.04.2011 tarihinde saat 17.50 sıralarında Kastamonu KOM Şube Müdürlüğü'nün 0 366 214 numaralı telefonunu arayan açık kimlik bilgilerini vermek istemeyen, ismini Tosya ilçesinden Hüseyin olarak belirten şahsın, Tosya ilçesinde D 100 karayolu üzerinde faaliyet gösteren Bpet akaryakıt istasyonunda kaçak akaryakıt satıldığını, kendisinin de bu yakıttan satın aldığını ve kamyonunun bozulduğunu, bildiği kadarıyla kaçak akaryakıtın gece geç saatlerde istasyona getirildiğini ihbar etmesi üzerine KOM Şube Müdürlüğünde görevli Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) yetkililerinin de içinde bulunduğu ekiplerin 22.04.2011 tarihinde Tosya İlçe Emniyet Müdürlüğü görevlileri ile birlikte Tosya-İstanbul karayolunun 4. kilometresinde bulunan ihbara konu akaryakıt istasyonunu takibe aldıkları, saat 23.30 sıralarında istasyona giren inceleme dışı sanık...un sevk ve idaresindeki 33 plaka sayılı tankerden lastikçi dükkanının arka tarafına boşaltım yapıldığının görülmesinden sonra EPDK yetkilileri ile birlikte olaya müdahale edildiği, tankerin boşaltım yaptığı dolum ağzının bağlantılı olduğu tankin istasyonun yetkilisi sanık ... tarafından projede olmayan gizli bir tank olduğunun beyan edildiği, Cumhuriyet savcısından alınan talimatla dolum ağzından alınan numunelerin ölçümünde ulusal marker içermediğinin ve tankin istasyonun arka tarafında tarla içerisinde yerin yaklaşık 1 metre altına gizlendiklerinin tespit edildiği, 23.04.2011 tarihinde sanık ...'in huzurunda yapılan kazı çalışmalarında, 100 tonluk bu gizli tankın, boyunun 15.30 m, çapının 2.80 m, ön kısmından yapılan ölçümde 19 cm, arka kısmından yapılan ölçümde 70 cm doluluk oranında olduğunun anlaşıldığı, çalışmaların devamında istasyonun oto yıkama yeri olarak kullanılan kısmında ayrı bir gizli dolum ağzının olduğunun görülmesi üzerine bu kısmın altında etrafı duvarla çevrilmiş, içerisinde 193 cm yüksekliğinde ulusal marker içermeyen akaryakıt bulunan 50 tonluk projersiz bir tanka daha rastlandığı, 50 tonluk bu tanktan gizli bir düzenek ve hortum vasıtasıyla lokanta olarak kullanılan binanın altına gizlenmiş vaziyetteki üçer tonluk 4 tane plastik tankla bağlantı kurulduğu, plastik tankların içerisindeki yakıtın ulusal

marker içermediği, akaryakıt istasyonunda yapılan arama sonucunda, 6 adet projesiz tankın tespit edildiği, arka taraftaki bahçeye gizlenmiş 100 tonluk tanktan 19.300 kg, oto yıkama yerinin altına gizlenmiş 50 tonluk tanktan 31.140 kg ve lokantanın altına gizlenmiş üçer tonluk plastik tanklardan 3.540 kg olmak üzere toplam 53.980 kg kaçak akaryakıtın ele geçirildiği,

04.2011 tarihli muhafaza altına alma tutanağına göre; oto yıkama yerinin altına gizlenmiş 50 tonluk tankın üzerinde takılı vaziyette olan kırmızı renkli, I-REA60 model, T-REA-0905-20-0330 seri numaralı, açma kapama sistemine sahip kaçak akaryakıt satışında kullanılan "VENTOL" olarak tabir edilen aletin bulunduğu yerden sökülerek muhafaza altına alındığı,

04.2011 tarihli olay yeri inceleme raporunda;

Destan Petrol adı altında faaliyet gösteren akaryakıt istasyonunda lastik tamir barakasının arkasındaki boşaltım ağzından dökülen yakıtın tesisin arka bahçesinde gömülü, üzerinde bir dolum bir de boşaltım düzeneği olan 100 tonluk projesiz tanka gittiğinin, tankın boşaltım ağzından tesisteki lokanta ile oto yıkama yerinin arasında bulunan kamelyanın arkasına kadar uzanan yer altına döşenmiş ağzında çekvalfli vana olan plastik hortumun bulunduğu,

İki bölüm hâlindeki tesise ait oto yıkama yerinin sol taraftaki bölümünün zemininde bulunan kapak açılarak ahşap merdivenle alt kısma inildiğinde sağ tarafta 50 tonluk projesiz bir tank daha olduğunun, bu tankın dolum ağzının üst kattaki odanın zemininde bulunduğu, bina altına gizlenmiş ucunda çekvalfli vana olan plastik borunun tanktan kamelyanın merdivenlerinin altına kadar gittiğinin ve ucunun basamağın altına gizlendiğinin,

Lokanta ile oto yıkama yeri arasından arka bahçeye inen merdivenlerin sol tarafında, lokantanın dış cephesinde bulunan borunun içerisinde ucunda çekvalf takılı yeşil renkli plastik bir hortumun gittiği alt katta, duvara dayalı vaziyetteki sunta kaldırılarak boşluktan içeri girildiğinde yan yana dizilmiş üçer tonluk projesiz 4 tane plastik tank bulunduğu, yeşil renkli plastik hortumun sol baştaki tankın içine girdiğinin, tankların birbirine hortumlarla bağlantılı olduğunun, sağ taraftaki tankın üst kısmından çıkan plastik hortumun duvar içerisine gizlenmiş şekilde bina dışına çıktığının ve yer altından, pompalara giden LPG ve motorin dolum depoları yönüne doğru gittiğinin,

100 tonluk ve 50 tonluk tanklardaki yakıtın hortumlar vasıtasıyla bina dış cephesindeki duvara monteli borunun içerisine gizlenmiş hortuma bağlanmak suretiyle üçer tonluk 4 adet plastik tanka aktarılıp burada karışım yapılarak gizlenmiş hortumlarla pompalara verildiğinin tespit edildiği,

04.2011 tarihinde saat 17.50'de düzenlenmiş telefon ihbar tutanağının dosya içinde bulunduğu,

Cumhuriyet savcısı tarafından, telefon ihbar tutanağının içeriğinden bahisle 5015 ve 5607 sayılı Kanun'lara muhalefet fiillerinden dolayı sanıklar hakkında, Karşıyaka Mahallesi, Yazıçam Caddesi No:159/C Tosya adresinde bulunan Bpet akaryakıt istasyonunda ve müştemilatında 22.04.2011 tarihinde, saat 22.00'dan itibaren geçerli olmak üzere yazılı arama emri verildiği,

04.2011 tarihli ve 4-5-9-10 no'lu fişlerle 53.980 kg olarak tartılan kaçak akaryakıtın, 24.04.2011 tarihinde Kastamonu İl Özel İdare Müdürlüğüne tutanakla teslim edildiği,

Tosya Sulh Ceza Mahkemesinin 25.04.2011 tarihli ve 75 sayılı kararı ile 53.980 kg kaçak akaryakıt, "VENTOL" tabir edilen alete ve 6 adet projesiz tanka yapılan el koyma işleminin onandığı,

Tosya Sulh Ceza Mahkemesinin 18.05.2011 tarihli ve 96 sayılı kararı ile 53.980 kg kaçak akaryakıtın tasfiyesine karar verildiği,

Ulusal marker tespit tutanağında; 100, 40 ve 3 tonluk tanklarda bulunan akaryakıtların cihazla yapılan kontrollerinde marker seviyelerinin geçersiz çıktığının belirtildiği,

04.2011 tarihli tutanaklarla 100, 40 ve 3 tonluk tanklarda bulunan akaryakıtlardan numunelerin alındığı,

05.2011 tarihli ve 3154-3155-3156 no'lu TÜBİTAK MAM motorin muayene raporlarında; 100, 40 ve 3 tonluk tanklarda ele geçen akaryakıtların marker seviyelerinin geçersiz olduğunun, 100 tonluk tanktan alınan numunenin yağ özelliği gösterdiğinin, 40 ve 3 tonluk tanklardan alınan numunelerin ise solvent ve yağ içerdiğinin, her üç numunenin de teknik düzenlemede yer alan özelliklere aykırı olduğunun bildirildiği,

Yerel Mahkemece sanık ...'nın 5015 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan mahkûmiyetine dair kararda, "suçun işleniş biçimi, fiilin özellikleri ve ele geçen kaçak akaryakıt miktarı" gerekçe gösterilmek suretiyle alt sınırdan uzaklaşarak temel cezanın belirlendiği,

Yerel Mahkeme hükmünün, sanık müdafisi tarafından temyiz edilmesi üzerine Özel Daire tarafından 09.12.2015 tarih ve 17300-23004 sayı ile düzeltilerek onandığı, Özel Daire ilamının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına 22.12.2015 tarihinde teslim edildiği, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 07.04.2016 tarihinde karara karşı sanık aleyhine olmak üzere itiraz edilmesi gerektiğinin düşünüldüğünden bahisle dosya kapsamına göre sanık ve kaçak eşya konusunda mahkemesinden, gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet savcısından veya kolluk amirinden yazılı karar almadan yapılan arama işleminin usul ve yasaya aykırı olduğu ve bu nedenle hukuka aykırı yöntemlerle ele geçirilen bulguların hükme esas alınamayacağı, sanık hakkında TCK'nın 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak temel cezanın belirlenmesi sırasında gösterilen gerekçenin de yeterli olmadığı belirtilerek Özel Daire ilamına karşı itiraz kanun yoluna başvurulduğu,

Anlaşılmaktadır.

Tutanak düzenleyicisi tanıklar Muhammet Yasin Süngü ve Dursun Pekcan; tutanak içeriklerinin doğru olduğunu, olay tarihinde Kastamonu KOM Şube Müdürlüğüne yapılan ihbar üzerine gelen görevliler ile birlikte yapılan tahkikatta görev aldıklarını, Bpet akaryakıt istasyonuna giriş yapan 33 plaka sayılı tankerin lastikçi dükkanın arka tarafına boşaltım yaptığı sırada olaya el koyduklarını, gerekli ölçümlerin yapıldığını, gizli tanklara ilişkin tutanakta belirttikleri hususların doğru olduğunu, tankerden, gizli tanktan ve pompalardan numuneler alınarak ölçüm yapıldığını, projersiz akaryakıt tankı üzerinde takılı vaziyette ventol cihazını tespit edip bulunduğu yerden sökerek muhafaza altına aldıklarını, bu cihazın kaçak akaryakıt satışında kullanılan bir düzenek olduğunu,

Tutanak düzenleyicisi tanık Dursun Pekcan 05.12.2012 tarihli duruşmada ek olarak; numune alma hususunda yetkisinin olmadığını, bu işlemlerin Kastamonu KOM Şube Müdürlüğü ve EPDK bünyesinde yapıldığını, kendisinin bu görevlilerin yanında giderek ifade alma işlemlerini yaptığını, tankerden, gizli tanktan ve pompalardan numune alındığında orada bulunduğunu, sanık ...'in tankerden boşaltım yapılırken yakalandığını,

Kollukta susma hakkını kullanan inceleme dışı sanık Hüseyin Uğur, müdafisi huzurunda Savcılıkta; olay günü polislerin yaptığı incelemede şoför olarak kullandığı 33 plaka sayılı tankerde kaçak yakıt bulunmadığını, sanık ... Kılıççoğlu'nun akrabası olduğunu, olay günü Tosya civarından geçtiği için yanına uğradığını, kaçak yakıt getirmediğini,

Mahkemede farklı olarak; suçlamaları kabul etmediğini, Özmüt petrol şirketinde tanker şoförü olarak çalıştığını, patronunun, kendisini "orada çalışacaksın" diyerek Tosya ilçesindeki Destan Petrol tesisine gönderdiğini, olay tarihinde sanık ...'in İzmit Dilovası'na gidip yükleme yapmasını söylemesi üzerine Solven firmasına giderek yağ yüklediğini, yüklediği şeyin, suça konu edilen petrol ve petrol ürünü olmadığını, motor yağı olduğunu,

İfade etmişlerdir.

Kollukta susma hakkını kullanan sanık ... ise aşamalarda; Bpet petrol istasyonunu, Destan Petrol adı altında asıl sahibi olan eniştesi Aytekin Karataş'ın vekaleti ile 1 yıldır işlettiğini, istasyonun idari ve mali işlerini kendisinin takip ettiğini, 22.04.2011 tarihinde yaptıkları telefon görüşmesinde ziyarete geleceğini söyleyen akrabası inceleme dışı sanık...un gece kendisiyle birlikte istasyonda kalmak üzere 33 plaka sayılı tankerle geldiğini ve oturup sohbet ettiklerini, Hüseyin'in yakıt boşalttığını görmediğini, kendisine herhangi bir yakıt siparişi vermediğini, istasyonda yapılan aramalar sırasında tespit edilen 6 adet projersiz tanktan haberinin olmadığını, ele geçen akaryakıtların işletmeyi devraldıklarında bu tankların içerisinde olduğunu düşündüğünü, işletmenin sınırları içerisinde olan projersiz tankların, yasal pompa ve tanklarla bağlantılarının bulunmadığını, kaçak akaryakıt satmadığını,

Savunmuştur.

İtiraznamenin içeriğine göre itirazın sanık lehine mi yoksa aleyhine mi olduğu, sanık aleyhine olduğu sonucuna ulaşılması hâlinde, itirazın süresinde olup olmadığı;

Ön sorunun çözümünde isabetli bir hukuki sonuca varılabilmesi için öncelikle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisine ilişkin mevzuat ve itiraznamenin içeriği üzerinde durulmalıdır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisi, 5271 sayılı CMK'nın olağanüstü kanun yollarının yer aldığı "Altıncı Kitap", "Üçüncü Kısım", "Birinci Bölüm"de 308. maddede;

"(1) Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz.

(2) İtiraz üzerine dosya, kararına itiraz edilen daireye gönderilir.

(3) Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir" şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenleme ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren 30 gün içinde ceza daireleri kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurabileceği öngörülmüş, ancak sanık lehine itirazlarda süre aranmayacağı kuralı benimsenmiştir. Buna göre, sanık aleyhine sonuç doğuracak şekilde belirlenen aykırılıklarla ilgili olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tanınan ve olağanüstü bir kanun yolu olan itiraz 30 günlük bir süre ile sınırlandırılmış olup bu süre Özel Daire kararının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Süre geçtikten sonra sanık aleyhine itiraz yoluna gidilemeyecektir.

Bu açıklamalar ışığında ön sorun değerlendirildiğinde;

Sanığın 5015 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan mahkûmiyetine ilişkin hükmün, sanık müdafisi tarafından temyiz edilmesi üzerine inceleme yapan Özel Dairece düzeltilerek onanmasına karar verilmesinden sonra Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, karara karşı sanık aleyhine olmak üzere itiraz edildiği belirtildikten sonra dosya kapsamına göre sanık ve kaçak eşya konusunda mahkemesinden, gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet savcısından veya kolluk amirinden yazılı karar almadan yapılan arama işleminin usul ve yasaya aykırı olduğu ve ele geçirilen delillerin hukuka aykırı delil niteliğinde olup hükme esas alınamayacağı; sanık hakkında TCK'nın 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak temel cezanın belirlenmesi sırasında gösterilen gerekçenin de yeterli olmadığı görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurulduğu anlaşılmaktadır.

İtirazname içeriği bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, sanık hakkında 5015 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan kurulan mahkûmiyet hükmünün Özel Dairece düzeltilerek onanmasına ilişkin karara yönelik olarak hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen bulguların hükme esas alınması ve yeterli gerekçe gösterilmeden teşdit uygulanması suretiyle mahkûmiyet hükmü kurulduğundan bahisle itiraz kanun yoluna başvurulduğu, her ne kadar itiraz metninde sanık aleyhine itiraz yoluna başvurulduğu belirtilmiş ise de itiraznamede bu yönde belirtilen açıklamanın maddi hatadan kaynaklandığının bariz olduğu, sanık aleyhine bir itiraz nedeninin bulunmadığı, bu nedenle itirazın sanık lehine olduğu kabul edilmelidir.

Ön soruna ilişkin uyuşmazlık konusunda ulaşılan sonuca göre, diğer uyuşmazlık konularının ayrı ayrı değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Sanığa atılı 5015 sayılı Kanun'a muhalefet suçuna ilişkin olarak yapılan arama işleminin hukuka uygun olup olmadığı;

Uyuşmazlık konusunun isabetli bir biçimde çözümlenmesi için "arama" tedbirinin hukuki niteliği ile bu tedbire hâkim olan genel ilkelere değindikten sonra konuya ilişkin anayasal ve kanuni düzenlemelerin incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

A- Genel Olarak Koruma Tedbiri:

Ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararın kâğıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, gecikmede sakınca bulunan durumlarda geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektiren kanuni çarelere "koruma tedbiri" denir. (Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı, Sesim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin, 2013, 1. Bası, s.1)

Koruma tedbirleri genel itibarıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Birinci Kitabının Dördüncü Kısmı "Koruma Tedbirleri" başlığını taşımakta olup arama ve yakalama tedbirine de bu kısımda yer verilmiştir. Kanun'un bu açık düzenlemesine göre arama ve yakalama birer koruma tedbiridir.

Koruma tedbirleriyle çoğu zaman henüz gerçekten bir suçun işlenip işlenmediği ya da işleme muhatap olan şüpheli tarafından işlendiği yargı kararı ile sabit olmadığı hâlde, gecikmesinde sakınca bulunmasından dolayı görünüşte haklılıkla yetinilerek gerek şüphelinin gerekse şüpheli statüsünde olmayan üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmektedir. Bu nedenle koruma tedbirlerine ölçülü bir şekilde, görünüşte haklı olan ve gecikmesinde sakınca ya da tehlike bulunan hâllerde başvurulmalıdır.

Yakalama ve tutuklamanın esasları, Anayasamızın 19. maddesinde "Kişi hürriyeti ve güvenliği" başlığı ile;

"Herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması

veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir." şeklinde düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde ise suçüstünün tanımına yer verilmiş, koruma tedbirleri başlığı altında aynı Kanun'un 90. maddesinde yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler düzenlenmiştir.

"Madde 2: ...j) Suçüstü:

İşlenmekte olan suç,

Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç,

Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya ve delille yakalanan kimsenin işlediği suç...ifade eder."

Maddedeki tanım doğrultusunda; örneğin failin mağduru bıçaklaması durumunda CMK'nın 2/j-1; failin mağduru bıçakladıktan sonra takip üzerine yakalanması durumunda CMK'nın 2/j-2; failin bıçaklama eyleminden hemen sonra elinde kanlı bıçakla yakalanması durumunda ise CMK'nın 2/j-3 maddesindeki suçüstü hâlleri söz konusu olacaktır.

"Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler

Madde 90: (1) Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir:

a) Kişiye suç işlerken rastlanması.

b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması.

(2) Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.

(3) Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir.

(4) Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.

(5) Birinci fıkraya göre yakalanıp kolluğa teslim edilen veya ikinci fıkraya uyarınca görevlilerce yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır.

(6) Yakalama emrine konu işlemin yerine getirilmesi nedeniyle yakalama emrinin çıkarılma amacının ortadan kalkması durumunda mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından yakalama emrinin derhâl iadesi istenir." şeklindedir. Madde gereğince; kişiye bir suç işlerken rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçmasının önlenmesi veya kimliğinin hemen belirlenmesinin mümkün

olmaması hâllerinde herkesin geçici olarak yakalama yetkisi bulunmaktadır. Kolluk görevlileri, hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya amirlerine ulaşma imkânlarının bulunmaması durumunda yakalama yetkisine sahiptirler. Kolluk, yakaladığı kişinin kaçmasını, kendisine ya da başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri almalı, hemen Cumhuriyet savcısına haber vermeli ve emirleri doğrultusunda işlem yapmalıdır.

2559 sayılı PVSK'nın 13. maddesinde de polise, suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hâllerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri yakalama yetkisi verilmiştir.

PVSK'nın suç tarihinde yürürlükte bulunan 13. maddesi;

"Polis,

A) Suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hâllerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare veya delil bulunan şüphelileri,

B) Haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama veya tutuklama kararı bulunanları,

C) Halkın rahatını bozacak veya rezalet çıkaracak derecede sarhoş olanları veya sarhoşluk hâlinde başkalarına saldıranları, yapılan uyarılara rağmen bu hareketlerine devam edenler ile başkalarına saldırmaya yeltenenleri ve kavga edenleri,

D) Usulüne aykırı şekilde ülkeye giren ya da haklarında sınır dışı etme veya geri verme kararı alınanları,

E) Polisin kanunlara uygun olarak aldığı tedbirlere karşı gelenleri, direnenleri ve görev yapmasını engelleyenleri,

F) Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri,

G) Haklarında gözetim altında ıslahına veya yetkili merci önüne çıkarılmasına karar verilen küçükleri,

Yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar." şeklinde düzenlenmiştir.

Arama ve elkoymanın esasları; Anayasamızın 20. maddesinde "Özel hayatın gizliliği", 21. maddesinde ise "Konut dokunulmazlığı" başlıkları altında düzenlenmiştir.

Anayasamızın 20. maddesi;

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."

maddesi ise;

"Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar." "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar." hükümlerini amirdir.

Anayasamızın 13. maddesindeki düzenleme ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması anayasal güvence altına alınmış ve belli şartlara tabi kılınmıştır. Bu düzenlemeye göre; temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar ise Anayasamızın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

B- Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Çeşitleri:

Arama Kavramı

Arama; "arama işi, taharri, birini veya bir şeyi bulmaya çalışmak, araştırmak, yoklamak" anlamlarına gelmektedir.(Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, 2009, s.113)

Arama, gizli olanı ortaya çıkarmak için yürütülen bir faaliyet olduğundan gözle görülen veya açıkta bırakılan şeyler aramanın konusu olamaz. Örneğin; bir polis memurunun, yayalar ya da diğer araçlar bakımından tehlike oluşturacak şekilde kullanılması nedeniyle durdurduğu bir aracın arka koltuğunda, uyuşturucu madde veya tabanca görmesi üzerine bunlara el koyması arama olarak kabul edilmemektedir. (Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin, 1999, 1. Bası, s.18)

Arama; kişilerin konutları, iş yerleri, araçları, diğer yerleri, üstleri, eşyaları, özel kâğıtları, kullandıkları bilgisayar ve bilgisayar programları ile kütükleri üzerinde yapılmaktadır. Kişinin üstünde yapılan aramanın beden muayenesi boyutuna varmaması gerekir. Zira, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması aramadan farklı hükümlere tabi kılınmış olup cinsel organlar veya anüs bölgesine bakılması iç beden muayenesi sayılmaktadır. Bu bölgeler haricindeki ağız, koltuk altı gibi beden boşlukları ile ayak, kol, saç arası gibi vücut bölgelerine tıbbi araç veya yöntemler kullanılmaksızın bakılması arama hükümlerine tabidir.

Aramaya ilişkin hükümler sadece Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Arama işleminin yapılışına ilişkin usulleri ayrıntılı olarak düzenleyen Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 3. maddesinde yer verildiği üzere 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanunu, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun, 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu'nda da bu hususta kurallar vazedilmiştir.

Arama Çeşitleri

Arama, amacına göre "adli arama" ve "önleme araması" olarak ikiye ayrılmaktadır. Arama şüpheli veya sanığı ya da bir delili elde etme amacıyla yapılabileceği gibi, bir suçun işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek amacıyla da yapılabilir. Birinci tür aramaya "adli arama", ikinci tür aramaya ise "önleme araması" denilmektedir. Bu itibarla arama hem koruma, hem de önleme tedbidir. Her iki tür arama arasında ortak özellikler bulunmakla birlikte hukukî nitelikleri, tabi oldukları kanuni düzenlemeler ve kapsamaları bakımından önemli farklılıklar da bulunmaktadır.

a. Önleme Araması

Genel emniyet ve asayişin korunması ile tehlikelerin önlenmesi amacıyla başvuru olan önleme araması; 2559 sayılı PVSK'nın 9 ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 18-26. maddelerinde düzenlenmiş olup Yönetmeliğin 19. maddesinde; "Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir." şeklinde tanımlanmıştır. Böylelikle kamu güvenliği ile düzenini bozabilecek kişi ve eşya bulunarak muhtemel bir zararın gerçekleşmesine veya suç işlenmesine engel olunarak toplum yakın bir tehlikeden korunacaktır.

Önleme aramasına karar verilebilmesi için belirtilen konulara ilişkin somut ve öngörülebilir bir tehlike olması gerekir. 2559 sayılı PVSK bu nitelikteki tehlike hâlini "makul sebep" olarak ifade etmektedir. Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut olgulara dayalı "makul şüphe" ile önleme aramasındaki "makul sebep" farklı kavramlardır. "Makul sebep" konunun uzmanları tarafından ortak görüşle anlaşıldır ve değerlendirilen bir olgu iken "makul şüphe" çok sayıdaki sıradan insanın somut bir olguyu aynı yönde değerlendirmeleri hâlidir. (Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin, 4. Baskı, 2016, s. 381-382)

Önleme araması ancak kanunda öngörülen yerlerde yapılabilir. 2559 sayılı PVSK'nın 9. maddesinde somut ve yakın bir tehlikenin baş gösterebileceği alanlar esas alınmak suretiyle önleme araması yapılabilecek yerler tek tek sayılmış olup buna göre önleme araması;

- 1) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,
- 2) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde,
- 3) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde,
- 4) Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmemeyen olayların çıkması ihtimali karşısında rektör, acele hâllerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin kolluktan yardım istemeleri hâlinde, girilecek yüksek öğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında,
- 5) Umumî veya umuma açık yerlerde,
- 6) Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlarda yapılabilecektir.

Konutta, yerleşim yerinde, kamuya açık olmayan iş yerlerinde ve eklentilerinde hiçbir şekilde önleme araması yapılması mümkün olmayıp, bu yerlerde şartları varsa ancak adli arama yapılabilir.

Önleme araması idari bir işlem olsa da kural olarak hâkim kararıyla yapılmalıdır. Kolluk tarafından somut tehlikenin oluştuğunu gösteren belirlemeler önceden tespit edilip aramanın yapılması önerilen yer ve zaman ile birlikte o yer mülkî amirine yazılı olarak iletir. İllerde vali veya bu konuda yetkilendirdiği yardımcısı ve ilçelerde ise kaymakamı ifade eden mülki amir, kolluğun talebini uygun bulursa hâkimden arama kararı talep eder; ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kendisi de yazılı arama emri verebilir. Önleme araması kararının alınmasında ve icrasında Cumhuriyet savcısının herhangi bir görev ve fonksiyonu yoktur. Kolluğun kendi içindeki birim amirlerinin emri ile önleme araması yapılamaz. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4. maddesi uyarınca, önleme araması bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hâl; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade etmektedir. 2559 sayılı PVSK'nın 9/6. maddesi uyarınca spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hâllerde gecikmesinde sakınca bulunan hâlin bulunduğu kabul edilmektedir.

Önleme araması kararında veya emrinde; aramanın sebebi, konusu ve kapsamı, aramanın yapılacağı yer, aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre belirtilmelidir. Önleme aramasında gece ile ilgili bir istisnaya yer verilmediğinden her zaman yapılması mümkündür. Önleme araması kararının geçerli olacağı sürenin sınırı ile ilgili olarak da mevzuatta kısıtlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Zira önleme aramasının geçerli olacağı süre, karar verilmesine dayanak teşkil eden makul sebebin niteliğine göre değişiklik arz edebilmektedir. Örneğin; olimpiyat oyunları gibi iki ya da üç hafta sürecek ve dünyanın bir çok ülkesinden sporcu ve izleyicilerin katılacağı bir spor organizasyonunda yaşanabilecek kamu düzenini bozucu nitelikteki olayların ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla makul sebep oluşması hâlinde yapılacak bir önleme aramasının geçerlilik süresi organizasyon süresi kadar olabileceği gibi, başka olaylarda duruma göre bir gün süreli, hatta saatli önleme araması kararlarının verilmesi de mümkündür. Her hâlükârda bu sürenin aramanın haklı kıldığı süreden fazla olmaması lazımdır. Önleme aramasının da kişilerin temel hak ve özgürlüklerine bir müdahale niteliğinde bulunması nedeniyle, makul bir sebep olmadığı hâlde verilen uzun süreli önleme araması kararı görünürde yasal olsa bile hukuka uygun olmayacaktır. Aynı şekilde makul bir sebep yokken belli periyotlarla yenilenmek suretiyle süreklilik arzedecek ve genel arama izlenimi verecek şekilde önleme araması kararı verilmesi de hukuka aykırı olacaktır.

Önleme aramasının nasıl icra edileceği hususunda 2559 sayılı PVSK'da ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yönetmeliğin "Aramaların Yapılma Şekli" başlıklı dördüncü bölümündeki hükümler hem adli hem de önleme araması için geçerli ortak hükümlerdir. Dolayısıyla icra edilişi bakımından adli arama ile önleme araması arasında bir fark gözetilmemiştir.

Önleme araması sonucunda bir suç unsuruna veya deliline rastlanırsa koruma altına alınacak ve durum Cumhuriyet Başsavcılığına derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek üzere Cumhuriyet savcısından yeni bir yazılı emir istenecektir. Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hâllerde kolluk amirinin yazılı emriyle de el koyma yapılabilecektir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmalıdır. Önleme aramasının konusu ve kapsamı içinde olan ancak suç unsuru oluşturmayan örneğin, bozuk para, çakmak gibi bir eşya ise geçici olarak koruma altına alınır ve aramaya sebep teşkil eden husus sona erdiğinde ilgiliye teslim edilir.

Önleme aramasının sonucu arama kararı veya emri veren merci veya makama bildirilir. Ayrıca arama sırasında suç unsuruna rastlanılmışsa bununla ilgili özel olarak önleme araması tutanağı hazırlanır. Bu tutanakta adli arama tutanağında olduğu gibi arama kararının tarih ve sayısı, hâkim kararı yoksa verilmiş olan yazılı emrin tarih ve sayısı ile emri veren merci, aramanın yapıldığı yer, tarih ve saat, aramanın konusu, aranan kişinin kimlik bilgileri, adını söylemediği takdirde eşkâl bilgileri, arama yapılan yerin adresi, araçta

arama yapılmışsa aramanın mevkisi ve aracın bilgileri, aramanın sonuçları, el koyulan suç eşyası varsa buna ilişkin belirleyici bilgiler, aramada yakalanan kişiler varsa kimlik bilgileri, kimliği belirlenemiyorsa eşkâl bilgileri, arama sonucunda yaralanma veya maddî bir zarar meydana gelip gelmediği ve arama işlemini yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı hususları yer alır. Tutanak arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanarak bir sureti ilgiliye verilir. Suç unsuruna rastlanmadığı durumlarda, aranan kişinin talebi hâlinde, kendisine arama kararı veya emrinin tarih ve sayısı, aramanın tarih ve saati, yeri, aranan şahsın ve arayan görevlinin kimlik bilgilerinin yer aldığı bir belge verilir.

Önleme araması niteliğinde sayılmayan idari denetimler için herhangi bir arama emir veya kararına gerek yoktur. Bir yerin faaliyeti bakımından uymakla yükümlü bulunduğu kurallara uygun olarak çalışıp çalışmadığının tespiti bakımından o yerde yapılan işlem bir denetlemedir. (Murat Aydın, Arama ve El Koyma, Seçkin, 2012, 2. Baskı, s.137). Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "denetim yapılacak hâller" başlıklı 18. maddesinde kolluk tarafından kendiliğinden denetim yapılabilecek bu hâller gösterilmiştir. Bu kapsamda örneğin; umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin genel güvenlik ve asayiş yönünden denetimi, kimlik sorma, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre araçlarda bulunması gerekli belgeler ve eşyalarla ilgili yapılan denetimler, elektromanyetik aygıtlar ve dedektör köpekleri aracılığıyla yapılan tarama şeklindeki denetimler kolluk tarafından herhangi bir arama emir veya kararına gerek olmadan kendiliğinden yapılabilecektir. Önleme araması niteliğinde sayılmayan idari denetimler yönetmelikte sayılanlardan ibaret olmadığından daha pek çok özel kanunda ve düzenleyici işlemde idari denetimlere ilişkin hükümler yer almaktadır.

2559 sayılı PVSK'da ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nde hâkimden arama kararı alınması gerekmeyen hâller gösterilmiştir. Buna göre; polisin, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etme ve arama yetkisi bulunmaktadır. (PVSK m.9/7) Bunun dışında Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 25. maddesi uyarınca Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tabi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun Ek 1. maddesi kapsamında bulunan, sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaların, uçakların, gemilerin ve her türlü deniz ve kara taşıtlarının, giren çıkan yolcuların X-ray cihazından geçirilerek, gerektiğinde üstünün ve eşyasının aranması ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin, üstlerinin, araçlarının ve eşyalarının aranmasında, 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu'nun 11. maddesi kapsamında, kişilerin üstünün, eşyalarının Olağanüstü Hâl Valisinin emriyle aranmasında, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun çerçevesinde görevli kolluğun, aynı Kanun'un 79. maddesindeki silâh taşıma yasağı kapsamında, silâh taşıdığından şüphelenilen kişilerin üstlerinin ve eşyalarının aranmasında ayrıca bir arama emri ya da kararı gerekmeyecektir. Yine 2559 sayılı PVSK'nın 20. maddesi gereğince; bir hukuka uygunluk nedenine bağlı olarak yapılan aramalarda da örneğin imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi hâllerinde de arama emir veya kararına gerek olmayacaktır.

Öte yandan 2559 sayılı PVSK'nın 4/A maddesinde polise, kişileri ve araçları tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması hâlinde durdurma yetkisi verilmiştir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 27. maddesinde bu yetkinin kullanılması için "umma" derecesinde makul şüphe aranmıştır.

2559 sayılı PVSK'nın suç tarihinde yürürlükte bulunan "Durdurma ve kimlik sorma" başlıklı 4/A. maddesi;

"Polis, kişileri ve araçları;

a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

- b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,
- c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,
- ç) 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 kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir.

Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz.

Durdurma sebebinin ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmasına izin verilir.

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 içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez." ,

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin suç tarihinde yürürlükte bulunan "Durdurma ve kontrol işlemleri" başlıklı 27. maddesi ise;

"Bir kişiyi geçici olarak durdurmak, yakalama sayılmaz; yakalama sayılması için kişinin fiilen denetim altına alınması gerekir. Denetim için araçların durdurulması da mümkündür.

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için, 'umma' derecesinde makul şüphe bulunmalıdır. Kolluk görevlisi, tecrübesine dayanarak, izlediği davranışlarından, o kişinin bir suç işleyeceği veya işlediği hususunda kanaat elde eder veya kişinin silâhlı olduğu ve hâlen tehlike yarattığı kanaatine varırsa kişi durdurulabilir.

Somut emarelerle desteklenen şüphe bulunmadan, süreklilik arzedecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma ve kontrol işlemi yapılamaz.

Sebebin oluşmasına veya şüpheye yol açan davranışları hakkında, durdurulan kişiye sorular yöneltilebilir. Kişi bu sorulara cevap vermekle yükümlü değildir. Durdurma yetkisinin kullanılmasına neden olan şüphe, yapılan açıklama ile ortadan kalkarsa, kişinin gitmesine engel olunmaz.

Durdurma üzerine aşağıdaki işlemler yapılır:

a) Durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır. Bu işlem sonucunda, kişide silâh bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silâh ve diğer suç eşyası araması yapabilir.

b)Yoklama suretiyle kontrol, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.

c) Yapılan kontrolün konusu ve sebepleri ilgiliye açıklanır.

- d) Bir kişinin veya aracın durdurulma süresinin, şartlara göre makul olması ve kontrol için ayrılan süreyi aşmaması gerekir.
- e) Yoklama suretiyle kontrol, kişiye en az sıkıntı verici şekilde yapılır.
- f) Yapılan kontrolün neticesinde suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır.
- g) Uyuşturucu gibi belirli bir şeyin, kişinin herhangi bir yerinde gizlendiği düşünülüyorsa, daha geniş çaplı kontrol yapılabilir.
- h) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek kontrol yapılamaz.
- i) Makul sebebi olduğu takdirde, daha geniş kapsamlı kontrol yapılması için, kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.
- j) Kontrolden sonra talep üzerine olay yerinde derhâl bir tutanak düzenlenir.

Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir." şeklindedir.

Söz konusu düzenlemelerle kolluğa, koşulları olduğu takdirde kişi ve araçları durdurma ve yoklama biçiminde kontrol yapma yetkileri tanınmıştır. Yönetmeliğin 27. maddesinin (g) ve (i) fıkraları gereğince kollukça durdurulan kişinin herhangi bir yerinde uyuşturucu gibi belirli bir şeyin gizlendiği düşünülüyorsa veya makul sebep oluşmuşsa önleyici kolluk yetkisi dâhilinde daha geniş kapsamlı kontrol yapma imkânı doğacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kolluk gerekli tedbirleri alabilecek ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılmasını isteyemeyecektir.

b. Adli Arama

Şüpheli ya da sanığın ya da delillerin yahut müsadere edilecek eşyaların ele geçirilmesi amacıyla yapılan araştırma işlemi olan adli arama, el koyma ile birlikte 5271 sayılı CMK'nın 116-134, 2559 sayılı PVSK'nın 2, Ek 4, Ek 6, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 9 ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5-17. maddelerinde düzenlenmiş olup Yönetmeliğin 5. maddesinde; "Bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir" şeklinde tanımlanmıştır. (Bahri Öztürk-Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Özge Sırma-Yasemin Saygılar Kırıt-Özdem Özaydın-Esra Alan Akcan-Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, 10. Baskı, 2016, s.492, Nur Centel-Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 12. Baskı, 2015, s. 400)

Arama tedbirine başvurulabilmesi için şu üç ön şartın birlikte bulunması gerekmektedir:

Gecikmede sakınca ya da tehlike bulunması,

Görünüşte haklılık,

Ölçülülük.

Arama tedbirinin ilk ön şartı gecikmede sakınca ya da tehlike bulunmasıdır. Bu şart hem arama tedbirine başvurulması hem de kim tarafından karar verilebileceğinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir.

Gecikmede sakınca ya da tehlike bulunması derhâl işlem yapılmadığı takdirde tedbirden beklenen faydanın elde edilemeyecek, ceza muhakemesinin gereği gibi ve amacına uygun biçimde yapılamayacak olmasıdır. Gecikmede sakınca bulunup bulunmadığını olayın özelliklerine göre tedbire karar vermeye yetkili mercii takdir edecektir.

Arama tedbirinin ikinci ön şartı ise görünüşte haklılıktır. Buna göre arama tedbirine ancak bir hakkın tehlikede olduğunu gösteren olaylar mevcut olduğu takdirde başvurulabilecektir. Hakkın bulunup bulunmadığının araştırılması zaman alacağından ve tehlike gecikmeye müsaade etmediğinden haklı görünüşle yetinilmek zorunludur. Bu bağlamda bir ihlal ya da suç işlendiği hususunda şüphe bulunmalıdır. (Buck/Almanya, 28.04.2005; Başvuru no:41604)

Arama tedbirinin üçüncü ve son ön şartı ölçülülüktür. Ölçülülük ilkesinin temel amaç ve işlevi, arama tedbirine muhatap olacak kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için kullanılacak kamu gücünü, hak ve özgürlükler lehine sınırlandırmak, müdahalelerde aşırılığa gidilmesini ve buna bağlı olarak doğabilecek mağduriyetleri önleyebilmektir. Dar anlamda ölçülülük de denilen orantılılık ise; tedbirin ilgililere "ölçüsüz bir yükümlülük" getirmemesini ve "katlanılamaz" nitelikte olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da, Buck/Almanya (28.04.2005; Başvuru no:41604) ile Smirnov/Rusya (07.06.2007; Başvuru no:71362/01) kararlarında; yapılan müdahale ile izlenen meşru amacın orantılı olması gerektiği vurgulanmıştır.

Aramaya konu olabilecek yerler şüphelinin veya sanığın yahut diğer bir kişinin üstü, eşyası, konutu, iş yeri veya ona ait diğer yerlerdir. Adli aramanın günün her saatinde yapılması mümkün olmakla birlikte konutta, iş yerlerinde ve diğer kapalı yerlerde aramanın kural olarak gündüz yapılması gerekir. Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalar hariç, söz konusu yerlerde gece vakti arama yapılamayacaktır.

Arama kararı verilebilmesi için aramanın konusunu oluşturan kişi veya şeylerin, arama yapılacak yerde bulunduğu hususunda belli bir şüphenin olması gerekir. Kanun aranacak kişinin suçla ilgisine göre, bu şüphenin yoğunluğunu farklı şekillerde düzenlemiş ve suçla ilgisi olmayan kişiler nezdinde aramayı daha sıkı koşullara tabi kılmıştır.

CMK'nın 116. maddesinin suç tarihinde yürürlükte bulunan hâline göre şüpheli veya sanıkla ilgili yapılacak aramalarda arama sonunda şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe bulunmalıdır. Makul şüphe Yönetmeliğin 6. maddesinde şöyle tanımlanmıştır;

"Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.

Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış, tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşıdığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler gözönünde tutularak belirlenir.

Makul şüphede, ihbar veya şikayeti destekleyen emarelerin var olması gerekir.

Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonucunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır."

Bu düzenlemenin getirdiği en büyük yenilik, makul şüphe sebeplerinin somut olgulara dayanması gerektiğinin açıkça belirtilmesi ve arama sonucunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörülmesi gerektiğidir.

Buna göre; soyut olarak belirli bir yerde suçluların yakalanma ihtimaline binaen adli arama kararı verilemez.

Örneğin; meydana gelen bir hırsızlık olayının soruşturması sırasında; olay öncesinde benzer şekilde hırsızlık yaptığı söylenen kişilerin soruşturma konusu olaya karıştıklarına, evlerinde bu suçun delillerinin bulunduğu dair somut bir olgu yoktur ve bunlara yönelik şüphe, makul şüphe değildir.

Arama konusunda karar verecek merciye iletilecek raporda; makul şüpheyi açıklayan bilgiler, makul şüphe sebebinin ne olduğuna dair bilgi ve emareler, bilginin kaynağı, aranan şeyin veya kişinin ne olduğu, bir kişi veya şeyin aranmak istenen yerde olduğuna dair duyulan inancın nedenleri açıklanmalıdır. Aramanın kişi hak ve özgürlüklerine ciddi boyutta bir müdahale olduğu göz önüne alındığında makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması ve belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Başka bir anlatımla, arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut olmalıdır.

CMK'nın 117. maddesi uyarınca, suç işleme şüphesi altında olmayan diğer kişilerin de üstü, eşyası, konutu, iş yeri veya kendisine ait diğer yerleri, şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla aranabilecektir. "Diğer kişiler" kavramına tüzel kişiler ile resmi makam ve daireler de dâhildir. Kişinin tanıklıktan çekinme hakkının bulunması da aramaya engel değildir. Maddenin ikinci fıkrasına göre diğer kişilerle ilgili arama yapılması, makul şüphenin yanı sıra aranılan kişinin veya suç delillerinin, belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. Ancak bu sınırlama şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler bakımından geçerli değildir.

Arama kararı veya emrinin belli bazı bilgileri içermesi zorunludur. (CMK m.119/2) Arama karar veya emrinde; aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, açıkça gösterilmelidir.

Arama kural olarak hâkim kararı ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile yapılabilecektir. Ancak konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda sadece hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılması mümkündür.

Arama işlemi kural olarak hâkim kararına dayanılarak yapılmakta ise de şartları oluştuğunda Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin yazılı emri ile de arama yapılabilir. Ancak bazı durumlarda hâkim kararı ve yazılı arama emri bulunmasa dahi arama yapılabilir. Bu hâller olayın özelliğinden veya kanun hükmünün verdiği arama yetkisinden kaynaklanabileceği gibi arama emri almaya imkân bulunmaması nedenine de dayanabilir. Bu durumlarda kolluk görevlileri, bir arama kararı veya emri beklemeden arama yapmak, delilleri elde etmek ve failleri yakalamakla görevlidir.

Yakalama kişinin özgürlüğünü kısıtlayıcı bir koruma tedbiridir. Bu niteliği gereği üst arama işlemine göre daha geniş kapsamlı bir işlemdir. Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemleri düzenleyen CMK'nın 90/4. maddesi gereğince de, kolluk yakaladığı kişinin kaçmasını, kendisine ya da başkalarına zarar vermesini engelleyecek tedbirleri almalıdır. Bu bağlamda kişinin yakalanmasından sonra tedbir olarak kaba üst araması yapılabilir. Ayrıca karar alınmasına gerek olmayan bu arama işlemi, en kısa zamanda ve dikkatli bir biçimde elle yoklama şeklinde yapılmalıdır. Bu şekilde yapılan işlem diğer bir anlatımla yoklama bir arama değildir. Bu nedenle arama prosedürüne uyulmasına da gerek bulunmamaktadır. Ancak yapılan yoklamanın arama boyutuna ulaşmaması gerekir. (Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız-İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, 9. Baskı, 2017, s.305) Yakalanan kişinin üstündeki kıyafetlerin tamamen çıkarılması ve beden çukurlarının aranması ise mümkün değildir.

2559 sayılı PVSK'nın Ek 4. maddesinde "Polis, görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde, hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmaksızın, bir suçla karşılaştığında suça el koymak, önlemek, sanık ve suç delillerini tesbit, muhafaza ve yetkili zabıtaya teslim etmekle görevli ve yetkilidir.",

"Adlî görev ve yetkiler" başlıklı Ek 6. maddesinde "Polis, bu maddede yazılı görevlerinin yanında, Ceza Muhakemesi Kanunu ve diğer mevzuatta yazılı soruşturma işlemlerine ilişkin görevleri de yerine getirir.

Polis, bir suça ilişkin olarak kendisine yapılan sözlü ihbar ve şikâyetleri ve görevi sırasında öğrendiği suça ilişkin bilgileri yazılı hale getirir.

Edinilen bilgi veya alınan ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suça karşılaşan polis, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için derhal gerekli tedbirleri alır.

Bir suç işlendiği veya işlenmekte olduğu bilgisini edinen polis, olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirleri aldıktan sonra el koyduğu olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhal Cumhuriyet savcısına bildirir ve Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerini yapar." şeklindeki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, edinilen bilgi, ihbar veya şikâyet üzerine ya da kendiliğinden suça karşılaşan polisin, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için derhâl gerekli tedbirleri alması zorunludur. Gerekli tedbirler derhâl alınırken, tedbire başvurulmadığı takdirde ceza muhakemesinin amacına ulaşamayacağı, yani delillerin kaybolması gibi bir sonucun ortaya çıkabileceği değerlendirilerek, işlemin yapılması esnasında haklı görünmesi ve ölçülülük ilkesine uygun olarak hareket edilmesi gerektiği dikkate alınmalıdır. Aksi durumda ise maddi gerçeğe ulaşma amacı tehlikeye girecek, mağdur ve sanık haklarının ihlali söz konusu olacaktır. Bu hâlde suçun işlendiği bilgisini alan kolluk, olay yerinde delillerin karartılmasını önleme yetki ve görevi kapsamında yakaladığı kişi ya da kişilerin kaba üst aramasını yapabilecek ve el koyduğu olayı, yakalanan kişi ya da kişiler ile uyguladığı tedbirleri en kısa zamanda Cumhuriyet savcısına bildirecektir.

Kanun; anayasal ilkelere uygun olarak yasama organınca yapılan nesnel ve gayri şahsi kurallardır. "Yönetmelik" Anayasamızın 124. maddesi gereğince; Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkardıkları yazılı hukuk kurallarıdır. Bu hâlde yönetmelikler kanunların uygulanma şeklini göstermek amacıyla kanunun sınırlarını genişletmemek şartıyla çıkarılabilir. Bu kapsamda aramanın usul ve esaslarını göstermek üzere Adalet Bakanlığı tarafından Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği çıkarılmıştır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin (a) ve (c) bentleri ile yine aynı maddenin (f) bendindeki "ilgilinin rızası ile" ibaresinin ve 27. maddesi ile 30. maddesinin 1. fıkrasının iptali istemiyle açılan davada, yönetmeliklerin kanuna aykırı olup olmadığını denetlemeye yetkili Danıştay Onuncu Dairesince 13.03.2007 tarih ve 6392-948 sayılı Yönetmeliğin 8. maddesinin (a) bendindeki "...Yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada..." ibaresi, aynı maddenin (f) bendindeki "ilgilinin rızası" ibaresi ile 30. maddesinin 1. fıkrasının iptaline ve 8. maddesinin (c) bendi ile 27. maddesinin iptali isteminin reddine ilişkin verilen kararın temyizi üzerine inceleme yapan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 14.09.2012 tarih ve 2257-1117 sayılı iptal kararlarının onanmasına karar vermiştir. Bu anlamda sözü edilen Yönetmeliğin 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'na, 2803 sayılı Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanunu'na, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'na, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'na, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'a, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'a, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'na, 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu'na ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine aykırı

olmadığı, bu düzenlemeleri açıklayıcı ve uygulamaları kolaylaştırıcı nitelikte olduğu görülmektedir. Yönetmeliğin kamu düzeninin sağlanmasında ortaya çıkan sorunların çözümü için kanunlara aykırı olmamak şartıyla söz konusu kanunların uygulanmasını göstermek amacıyla çıkartılabileceği ve adli arama konusunda Adalet Bakanlığının idare hukuku kuralları çerçevesinde yönetmelikle düzenleme yetkisinin bulunduğu gözetildiğinde söz konusu Yönetmeliğin 8. maddesinin karar alınmadan yapılacak arama işlemini somut olgulara bağladığı ve kanuna aykırı olmadığı anlaşılmaktadır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin "Karar alınmadan yapılacak arama" başlıklı 8. maddesinin suç tarihinde yürürlükte bulunan hâli;

"a) Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde,

b) Hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında,

c) Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında,

d) Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda,

e) 1) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17 nci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, kaçak eşya, her türlü silâh, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüpheli edilen her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlarda hemen yapılan aramalarda,

2) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 17 nci maddesinin altıncı fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında;

3) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 18 inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek ve bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurulmasında ve bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında,

f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24 üncü maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25 inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26 ncı maddesindeki hakkın kullanılması ve diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için" şeklinde olup bu durumlarda arama kararı alınmasına gerek yoktur.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

04.2011 tarihinde saat 17.50 sıralarında Kastamonu KOM Şube Müdürlüğü'nün 0 366 214 numaralı telefonuna Tosya ilçesinde D 100 karayolu üzerinde faaliyet gösteren Bpet akaryakıt istasyonunda kaçak akaryakıt satıldığı, kaçak akaryakıtın gece geç saatlerde istasyona getirildiğinin ihbar edilmesi üzerine KOM Şube Müdürlüğünde görevli Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) yetkililerinin de içinde bulunduğu ekiplerin 22.04.2011 tarihinde Tosya İlçe Emniyet Müdürlüğü görevlileri ile birlikte takibe

aldıkları sanık ...'nın işlettiği ihbara konu akaryakıt istasyonuna, saat 23.30 sıralarında gelen inceleme dışı sanık...un sevk ve idaresindeki 33 plaka sayılı tankerden lastikçi dükkanının arka tarafına boşaltım yapıldığı görülerek müdahale edildiği, sanık ...'in, tankerin boşaltım yaptığı tankın projede olmayan gizli bir tank olduğunu beyan ettiği, Cumhuriyet savcısından alınan talimatla dolun ağzından alınan numunelerin ölçümünde ulusal marker içermediğinin ve tankın istasyonun arka tarafında tarla içerisinde yerin yaklaşık 1 metre altına gizlendiğinin tespit edildiği, 23.04.2011 tarihinde sanık ...'in huzurunda yapılan kazı çalışmalarında, 100 tonluk bu gizli tanktan başka istasyonun oto yıkama yerinin altında etrafi duvarla çevrilmiş, içerisinde ulusal marker içermeyen akaryakıt bulunan 50 tonluk projersiz tank ile bu tanktan gizli bir düzenek ve hortum vasıtasıyla bağlantı kurulan, lokanta olarak kullanılan binanın altına gizlenmiş vaziyette, birinde ulusal marker içermeyen akaryakıt bulunan üçer tonluk 4 tane plastik tankın bulunduğu, yapılan arama sonucunda, 6 adet projersiz tankın tespit edildiği, arka taraftaki bahçeye gizlenmiş 100 tonluk tanktan 19.300 kg, oto yıkama yerinin altına gizlenmiş 50 tonluk tanktan 31.140 kg, lokantanın altına gizlenmiş üçer tonluk plastik tanklardan 3.540 kg olmak üzere toplam 53.980 kg kaçak akaryakıtın ve 50 tonluk tankın üzerinde takılı şekilde açma kapama sistemine sahip kaçak akaryakıt satışında kullanılan "VENTOL" olarak tabir edilen aletin ele geçirildiği anlaşılan olayda;

Cumhuriyet savcısı tarafından, telefon ihbar tutanağının içeriğinden bahisle 5015 ve 5607 sayılı Kanun'lara muhalefet fiillerinden dolayı sanıklar hakkında, Karşıyaka Mahallesi, Yazıçam Caddesi No:159/C Tosya adresinde bulunan Bpet akaryakıt istasyonunda ve müştemilatında suç delillerinin elde edilebilmesi için makul şüphe ve gecikmesinde sakınca bulunan hâlin varlığı dikkate alınarak CMK'nın 116 ve devamı maddeleri gereğince 22.04.2011 tarihinde, saat 22.00'dan itibaren geçerli olmak üzere yazılı arama emri verildiği, yazılı emre istinaden yapılan arama sonucunda ele geçirilen eşyaya el konulması işleminin Tosya Sulh Ceza Mahkemesinin 25.04.2011 tarihli ve 75 sayılı kararıyla onandığı anlaşılmakla, Cumhuriyet savcısı tarafından verilmiş yazılı emrin bulunması sebebiyle yapılan aramanın, suçun delili ve konusunu oluşturan kaçak akaryakıt, gizli tanklara ve "VENTOL" diye tabir edilen alete el konulmasının, hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği kabul edilmelidir.

Sanık hakkında TCK'nın 61. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşarak temel cezanın tayin edilmesi sırasında yeterli gerekçe gösterilip gösterilmediği;

Yerel Mahkemece sanık ...'nın 5015 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan mahkûmiyetine dair kararda, "suçun işleniş biçimi, fiilin özellikleri ve ele geçen kaçak akaryakıt miktarı" gerekçe gösterilmek suretiyle temel ceza alt sınırdan uzaklaşarak üç yıl hapis ve altı yüz gün adli para cezası olarak belirlenmiştir.

Sanığın işlediği kabul edilen 5015 sayılı Kanun'a muhalefet suçu, suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan hâliyle anılan Kanun'un ek 5. maddesinin birinci fıkrasında iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezasını gerektirecek şekilde yaptırıma bağlanmış, temel cezanın belirlenmesine ilişkin ilkeler ise TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasında;

"(1) Hâkim, somut olayda;

- a) Suçun işleniş biçimini,
- b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,
- c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,
- d) Suçun konusunun önem ve değerini,
- e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,
- f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,

g) Failin güttüğü amaç ve saiki,

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler" şeklinde düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nın "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasındaki; "Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur" biçimindeki hüküm ile de işlenen fiil ile hükmolunan ceza ve güvenlik tedbirleri arasında "orantı" bulunması gerektiği vurgulanmıştır.

Kanun koyucu, cezaların kişiselleştirilmesinin sağlanması bakımından hâkime, olayın özelliği ve işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı bir şekilde gerekçesini göstererek iki sınır arasında temel cezayı belirleme yetki ve görevi yüklemiştir. Hâkimin temel cezayı belirlerken dayandığı gerekçe, TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasına uygun olarak, suçun işleniş biçimi, işlenmesinde kullanılan araçlar, işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saiki ile ilgili, dosyaya yansıyan bilgi ve belgelerin isabetle değerlendirildiğini gösterir biçimde kanuni ve yeterli olmalıdır.

Türk Ceza Kanunu'nda suçlar için çoğunlukla sabit cezalar öngörülmemiş, alt ve üst sınırlar gösterilerek, bu sınırlar arasından hâkime temel cezayı belirleme yetkisi verilmiştir. Basamaklı ceza öngören suçlarda, iki sınır arasında cezayı belirleme konusundaki takdir yetkisi her somut olayın özelliğine göre kanunun genel amacı ve felsefesi gözetilerek 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesinde sıralanan ölçütlere göre kullanılır. (Mahmut Koca-İlhan Üzülmaz Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, s.530)

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

İhbar üzerine Cumhuriyet savcısından alınan yazılı emirle, sanık ...'nin işlettiği Bpet akaryakıt istasyonunda yapılan aramada, 6 adet gizlenmiş tankın, 53.980 kg kaçak akaryakıtın ve kaçak akaryakıt satışında kullanılan "VENTOL" olarak tabir edilen aletin ele geçirildiği anlaşılan olayda; iş yerinde gizlenmiş ve birbirleriyle bağlantılı hâlde 6 adet tank bulunması, bu tanklardan 4 adedinin karışımı akaryakıt yapmak için kullanılması, kaçak akaryakıt satışında kullanılan aletin ele geçmesi ve kaçak akaryakıtın miktarı dikkate alındığında, Yerel Mahkemenin TCK'nın 61. maddesi uyarınca temel cezayı üç yıl hapis ve altı yüz gün adli para cezası olarak belirlemesi sırasında gösterdiği "suçun işleniş biçimi, fiilin özellikleri ve ele geçen kaçak akaryakıt miktarı" şeklindeki gerekçesinin yeterli ve dosya kapsamına uygun olduğu, TCK'nın 3. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "orantılılık" ilkesine de aykırılık oluşturmadığı kabul edilmelidir.

Öte yandan, Özel Dairenin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden dosyanın Ceza Genel Kuruluna gönderilmesine dair kararının başlığında, sanık ...'in "Kılıççoğlu" olan soyadının "Kılıçoğlu" şeklinde yazılması maddi hata olarak değerlendirilmiş,

Sanık hakkında temel cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesi sırasında gösterilen gerekçenin yeterli ve dosya kapsamına uygun olduğunun, TCK'nın 3. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "orantılılık" ilkesine de aykırılık oluşturmadığının kabul edilmesi, Tosya Sulh Ceza Mahkemesinin 18.05.2011 tarihli ve 96 sayılı kararı ile 53.980 kg kaçak akaryakıtın tasfiye edilmesi ve Yerel Mahkemece bu karara istinaden elde edilen gelirin Hazineye irad kaydına karar verilmesi karşısında; dosya içerisinde bulunan tutanaklardan, tartım fişlerinden, el koymanın onanması ve tasfiye kararlarından 53.980 kg olduğu anlaşılan kaçak akaryakıt miktarının Yerel Mahkeme kararının değerlendirme kısmında 55.980 kg olarak yazılması hususu ise sonuca etkili görülmemiştir.

Bu itibarla, Özel Dairenin düzeltilerek onama kararı isabetli olup sanığın lehine olduğu kabul edilen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

SONUÇ :

Açıklanan nedenlerle;

Sanığın lehine olduğu kabul edilen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİ EDİLMESİNE,
28.11.2019 tarihinde yapılan müzakerede ön sorun ve diğer uyuşmazlık konuları yönünden oy birliğiyle karar verildi.