

T.C.
YARGITAY
YIRMİNCİ CEZA DAİRESİ

Esas : 2017/6806
Karar : 2018/1082
Tarih : 21.02.2018

Mahkeme : Ağır Ceza Mahkemesi

Suç : Uyuşturucu madde ticareti yapma

Hüküm : Mahkûmiyet

Dosya incelendi.

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ :

Temyiz incelemesi, sanıklar müdafilerinin süresindeki isteği nedeniyle duruşmalı olarak yapılmıştır.

Yargılama sürecindeki işlemlerin kanuna uygun olarak yapıldığı, delillerin gerekçeli kararda gösterilip tartışıldığı, vicdani kanının dosya içindeki belge ve bilgilerle uyumlu olarak kesin verilere dayandırıldığı, eylemin sanıklar tarafından gerçekleştirildiğinin saptandığı, eyleme uyan suç tipi ile yaptırımların doğru olarak belirlendiği anlaşıldığından, sanıklar müdafileri ile Cumhuriyet savcısının yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükümlerin ONANMASINA, hükmolunan hapis cezalarının süresi ile tutuklama tarihlerine göre, sanıklar müdafilerinin salıverilme isteklerinin reddine, üye ...'in karşı oyu ve oyçokluğuyla 21.02.2018 tarihinde karar verildi.

TEFHİM TUTANAĞI: 21.02.2018 tarihinde verilen bu karar Yargıtay Cumhuriyet savcısı Dr. katılımıyla ve duruşmada savunmasını yapmış bulunan sanık ... müdafii Avukat ve sanık ... müdafii Avukat ...'nin yokluklarında 01.03.2018 tarihinde, açık olarak okundu.

KARŞI OY GEREKÇESİ:

Dosya içinde mevcut olaya ilişkin tutanaklar ile diğer belge ve bilgilerden, Van - Erciş Emniyet Amirliği kolluk görevlilerinin, uyuşturucu/uyarıcı madde ticareti, nakli veya depolanması faaliyetlerini yürüten şahısların tespiti ve yakalanmalarına yönelik yaptıkları çalışmalar neticesinde; ... ve ... isimli şahısların uyuşturucu madde temin etmek için Van iline geldiklerini, kimliği tespit edilemeyen bir şahıstan temin ettikleri uyuşturucu maddeyi 06.03.2015 günü Van'dan batı illerine nakledecekleri yönünde istihbari bilgiler edinmeleri üzerine; yaptıkları araştırmalarda, ... isimli şahsın eşi ile birlikte 02-03-04 Mart 2015 tarihinde Van Çaldıran otel de konakladığını, ... isimli şahsın ise ailesi ile birlikte Van Emniyet Müdürlüğü Polis Evi'nde kaldıklarını, 06.03.2015 günü Van'dan ayrılacakları tespit etmeleri üzerine, aynı gün 12.40 sıralarında ...İran plakalı ve ... plakalı araçlar ile sanıkların aileleriyle birlikte yola çıktıklarını tespit ederek fiziki takibe aldıkları, araçların Erciş istikametine doğru hareket ederek Van ilinden çıkış yapmak için yola devam edip Ünseli jandarma karakolu uygulama noktasına gelmeden duraksamaları üzerine, araçlarda uyuşturucu madde yükü olabileceği şüphesi kuvvetlenmiş olması nedeniyle Erciş'de uygulama noktası oluşturulmuş, ... plakalı ... tarafından kullanılan aracın arkadaki ... İran plakalı araca öncülük yaptığı, İran plakalı araçta uyuşturucu bulunduğu görevlilerce değerlendirilerek, saat 14.20 sıralarında uygulama noktasında araçlar durdurulmuş, ... plakalı aracın sürücüsü, İran plakalı aracın sürücüsünün ... olduğu ve ... İran ... Başkonsoloslugu'nda sözleşmeli personel olduğunu belirten kimliğini ibraz ettiği görülerek, Erciş Sulh Ceza Hakimliği'nin 27.02.2015 tarihli önleme arama kararı gereğince araçlarda arama işlemine başlanmış, ... plakalı araç narkotik dedektör köpek marifetiyle kontrol edildiğinde aracın bagaj kısmında

bulunan siyah renkli mavi çizgili içinde bir şey bulunmayan spor çantaya tepki verdiği belirtilmiş ise de araçta uyuşturucu madde bulunmamış, yine ... İran plakalı aracın bagaj kısmına dedektör köpeğin tepki vermesi üzerine bagaj kapağı açıldığında bagajda bulunan 2 adet siyah renkli mavi çizgili, 1 adet kahve renkli çanta içinde ve stepne boşluğu içinde 101 paket halinde net 98206 gram 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 öngörölmüş 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" olacağından, 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 kişilerin kimlikleri, kullandıkları araçlar ve suçun niteliğini 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 bile haber vermeden "önleme araması kararına" dayanarak delil elde etmek amacıyla araçların dıştan görünmeyen bagajında ve

bagaj da bulunan çantalar içinde ve stepne boşluğunda arama yaparak delil elde edildiği anlaşılmış olmasına göre, bu şekilde yapılan arama hukuka aykırıdır. Bu arama sonucu bulunan uyuşturucu madde ise hem "suçun maddi konusu" hem de "suçun delili" olup "hukuka aykırı yöntemle elde edildiğinden hükme esas alınamaz."

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 aramalardan sonra Erciş Cumhuriyet savcısına bilgi verildiği anlaşılmaktadır. (Olay tutanağı sayfa 5)

03.2015 tarihli Olay Tutanağı, imzaları ile operasyonda yer aldığını belirten tam 144 kolluk görevlisi tarafından imzalanmıştır. Ne yazıkki tutanağa göre 144 görevliden herbiri olayın seyrinden haberdar olduğu halde Cumhuriyet savcısı haberdar değildir. Bu durum cezalandırılması gerekenlerin cezasız kalması gibi toplumu rencide eden büyük bir adli hataya neden olmuştur ayrıca soruşturulması gerekir.

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 düşüncem ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.02.2017 tarih, 2016/20-800 esas ve 2017/120 sayılı kararı örtüşmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 03.08.2017 tarih ve 30143 sayılı resmi gazete de yayımlanan 04.05.2017 tarih ve 2015741-2017/98 sayılı kararı ile 6638 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 2559 sayılı PSVK'nın4/A maddesinin 6. fıkrasına eklenen üçüncü cümlelerin "...kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışardan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dahilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal bölümünün Anayasa'nın 153.maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı kanun'un 66. Maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

Bu karar da 03.02.2018 tarihinden beri de yürürlüktedir.

Bu tespitler ve tespitlere ilişkin hukuki değerlendirme dışında araç aramalarına ilişkin olarak ise, CMK'nın 116 ila 119. maddelerinde "araç" ya da "taşıt" kavramına yer verilmemiş bunun yerine "eşya", "diğer yer" ve "kapalı yer" kavramı tercih edilmiştir. Taşıt kişinin kullandığı eşyası olarak kabul edilse bile, onun özel ve kapalı alanıdır, dıştan 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.

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 13.07.2003 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.

Kamu görevlileri tarafından araçlarda yapılan hukuka aykırı aramalar TCK'nın 120. maddesine göre suç oluşturur, TCK'nın 120. maddesinin gerekçesinde "Kişinin örneğin ceplerinin, el çantasının, bavulunun, özel otomobilinin hukuka aykırı bir surette aranması bu suç oluşturacaktır." şeklinde açıklama yapılmıştır.

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.

Açıkladığım bu nedenlerle,

Sanık ...'nin içinde bulunduğu aracın bagaj kısmında üç adet çanta ile stepne boşluğu içinde 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 ve buna bağlı olarak suçun unsurunun oluşmayacağı gözetilmemesi nedeniyle sanık ... ve Mehmet hakkındaki hükümlerin bozulmasına karar verilmesi düşüncesinde olduğumdan, sayın çoğunluğun sanıklar hakkındaki hükümlerin onanmasına ilişkin görüşüne katılmıyorum.

EK

Aşağıda aynen alıntı yaptığım Adli arama kararının gerekli olduğuna ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.02.2017 tarih, 2016/20-800 esas ve 2017/120 sayılı kararının 18.

sayfasında yer alan "b.Adli arama" başlığı altından başlayarak 28. sayfasının sonuna kadar karşı oyumu destekler şekildeki bölümü

"b. Adli Arama"

Şüpheli ya da sanığın ya da delillerin yahut müsadere edilecek eşyaların ele geçirilmesi amacıyla yapılan araştırma işlemi olan adli arama, elkoyma ile birlikte 5271 sayılı CMK'nun 116-134, 2559 sayılı PYSK'nun 2, Ek 4, Ek 6, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 9 ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 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 Kırt-Özdem Özaydın-Esra Alan Akcan-Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, 10. Baskı, 2016, s.492)

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 derhal işlem yapılmadığı takdirde tedbirden beklenen faydanın elde edilemeyecek, ceza muhakemesinin gereği gibi ve amacına uygun biçimde yapılamayacak olmasıdır. (Nur Centel, ...

r, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 2016, 13. Bası, s.339) Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 4. maddesi uyarınca, adli arama bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hal; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ifade etmektedir. Gecikmede sakınca ya da tehlike bulunması derhal 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 nedenle arama tedbirlerinde yanılma her zaman mümkün olup, haksızlık ihtimali daima vardır. Arama tedbirine başvurulmasının gerçekten haklı olup olmadığı yapılacak muhakemenin sonunda anlaşılacaktır. Bu bağlamda bir ihlal ya da suç işlendiği hususunda şüphe bulunmalıdır. (Buck/Almanya, 28.04.2005; Başvuru no:41604) Görünüşte haklılık ön şartının gereği olarak arama tedbirine müracaat edilebilmesi için soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve tedbire müracaat edilmesinde yarar bulunduğuna ilişkin "makul" şüphenin bulunması aranır.

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. Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesinin, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır. Elverişlilik; söz konusu tedbirin ulaşılmak istenen

amaca uygunluğunu, gereklilik; belli bir amacın elde edilmesinde aynı derecede elverişli olan birden çok sayıdaki tedbir arasından temel hak ve özgürlükleri en az sınırlayan tedbirin seçilerek kullanılmasını, 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, işyeri veya ona ait diğer yerlerdir. Adli aramanın günün her saatinde yapılması mümkün olmakla birlikte konutta, işyerlerinde 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 tâbi kılmıştır.

CMK'nun 116. maddesinin suç tarihinde yürürlükte bulunan haline göre şüpheli veya sanıkla ilgili yapılacak aramalarda arama sonunda şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe bulunmalıdır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 6. maddesine göre makul şüphe; hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Aramanın kişi hak ve özgürlüklerine ciddi boyutta bir müdahale olduğu göz önüne alındığında makul şüphe, 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'nun 117. maddesi uyarınca, suç işleme şüphesi altında olmayan diğer kişilerin de üstü, eşyası, konutu, işyeri 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 dahildir. 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 bulunduğunu gösteren 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 yazılı bir karara veya emre dayanmak zorundadır. Sonradan yazıya çevrilmiş olsa bile sözlü emir ile arama yapılması mümkün olmayıp yazılılık şartı Anayasa'nın 20, 21. ve Ceza Muhakemesi Kanununun 116. maddelerinin amir hükmü gereğidir. Arama kural olarak hakim kararı ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile de yapılabilecektir. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda sadece hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılması mümkündür.

Aramaya başlanılmadan önce aramanın muhatabı olan kişiye aramanın sebebi ve amacı hakkında bilgi verilmelidir. Ceza Muhakemesi Kanununun 120. maddesinin ikinci fıkrasında suçla ilgisi olmayan kişiler bakımından bu bilgilendirilmenin yapılması zorunlu

kılınmıştır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin aramaların yapılma şekline ilişkin 28, 29 ve 30. maddelerinde delil karartılmasına yol açarak aramanın amacını tehlikeye sokması veya kolluk memurlarını veya diğer bireyleri tehlikeye düşürebilecek olması gibi istisnai haller dışında aramadan önce şüpheli ve

sanık dahil aramanın muhatabı olan kişilere aramaya başlanılmadan önce aramanın sebebi ve amacı hakkında bilgi verilmesi ile arama kararının gösterilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Arama işlemi tutanağa bağlanır. Tutanakta; 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, araçta, konutta, işyeri ve eklentilerinde arama yapılmışsa, aracın plaka numarası, markası, konutun, işyerinin ve eklentilerinin açık adresi, su üstü aracının aranmasında aracın cinsi, ismi, sahibi ve kullananı, deniz aracının aranması hâlinde ise deniz aracının cinsi, ismi, donatanı, bağlama limanı, tonajı, acentesi, kaptanı ve arama mevki, aramanın sonuçları, el konulan suç eşyasına 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, sicil ve unvanı hususları yer almalıdır.

Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın hangi amaçla yapıldığı, soruşturma ve kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilmelidir.

Arama sonucunda bulunması umulan suç delillerine el konulacak, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse yine bu delil de muhafaza altına alınarak ve durum Cumhuriyet savcılığına derhâl bildirilecektir.

Arama işlemi kural olarak hakim kararına dayanılarak yapılmakta ise de şartları oluştuğunda Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirinin yazılı emri ile de arama yapılabilir. Ancak bazı durumlarda hakim kararı ve yazılı arama emri bulunmasa dahi arama yapılabilir. Bu haller olayın özelliğinden veya kanun hükmünün verdiği arama yetkisinden kaynaklanabileceği gibi arama emri almaya imkan bulunmaması nedenine de dayanabilir. Bu durumlarda kolluk görevlileri, bir arama kararı veya emri beklemeden arama yapmak, delilleri elde etmek ve faileri 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'nun 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. Yakalanan kişinin üstündeki kıyafetlerin tamamen çıkarılması ve beden çukurlarının aranması ise mümkün değildir.

2559 sayılı PVSK'nun 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.." ,

"Adli 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 suçla ilişkin olarak kendisine yapılan sözlü ihbar ve şikâyetleri ve görevi sırasında öğrendiği suçla ilişkin bilgileri yazılı hale getirir.

Edinilen bilgi veya alınan ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suçla 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 suçla karşılaşan polis, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için derhal gerekli tedbirleri alması zorunludur. Gerekli tedbirler derhal 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 halde 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.

Bu aşamada soruşturma işlemleri ve hukuka aykırı aramaya ilişkin düzenlemelere değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 2. maddesinde soruşturmanın tanımına yer verilmiş, aynı Kanunun 158. maddesinde ihbar ve şikâyet, 160. maddesinde bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi, 161. maddesinde Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri, 164. maddesinde ise adli kolluk ve görevi düzenlenmiştir.

5271 sayılı CMK'nun 2. maddesinin (e) bendinde soruşturma; "Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,.. ifade eder" şeklinde tanımlanmış,

"İhbar ve şikâyet" başlığını taşıyan 158. maddesi;

"(1) Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir.

(2) Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

(3) Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyette bulunulabilir.

(4) Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

(5) İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir.

(6) Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur."

"Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi" başlığını taşıyan 160. maddesi;

"(1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.

(2) Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki

adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür"

"Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri" başlığını taşıyan 161. maddesi;

"(1) Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adlî kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak

için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adlî görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister.

(2) Adlî kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.

(3) Cumhuriyet savcısı, adlî kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. (Ek cümle: 25/5/2005 - 5353/24 md.) Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir.

(4) Diğer kamu görevlileri de, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür..."

"Adlî kolluk ve görevi" başlığını taşıyan 164. maddesi;

"...(2) Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adlî kolluğa yaptırılır. Adlî kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adlî görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir." şeklinde düzenlenmiştir.

Ceza muhakemesinin kurallarının uygulanmaya başlaması "başlangıç şüphesi" ile olmaktadır. Başlangıç şüphesinin, dayandığı deliller basit, diğer aşamalarda elde edilebilecek delillere göre yetersiz ve/veya sayıca az olmakla birlikte en azından belirti düzeyinde delillere dayanıyor olması ve bir suçun işlendiği yolunda akla ve mantığa uygun bir şüphe ortaya koyması gerekmektedir. Bu bakımdan somut olaylara dayanmayan, soyut iddia ve tahminler başlangıç şüphesi olarak kabul edilemeyecek, buna karşılık başlangıç şüphesinin belirli bir kişiye yönelmesi de gerekmeyecektir. Ortada bu nitelikte bir şüphe yokken ceza muhakemesi soruşturmasının başlatılması ve koruma tedbirlerine müracaat edilmesi halinde, bu işlemin kaynağı hukuki olmayacağından keyfilik olarak değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. (Bahri Öztürk, Ceza Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1991, s.54, Feridun Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta, 1. Bası, Mayıs 1987, s.45) 5271 sayılı CMK'da ayrıntılı olarak açıklanmayan başlangıç şüphesine ilişkin olarak 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 4. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında; "Bu Kanuna göre memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddî bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur. Bu şartları (üçüncü fıkradaki) taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcıları ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyetle bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz" şeklinde ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiştir. Soruşturma işlemlerine fiilen başlamak için gerekli şüphe bakımından getirilen bu kriterlerin sadece bu kanun kapsamındaki kamu görevlileri açısından değil tüm soruşturmalar için uygulanması soruşturmaların hukuka uygun olarak başlatılması ve yürütülmesi noktasında yararlı bir yaklaşım tarzı olacaktır. Suç işlendiği izlenimi yaratan bir durumun ihbar, şikâyet veya resen yetkili makamlar tarafından öğrenilmesi üzerine durum derhal Cumhuriyet savcısına bildirilip, alınan talimatlar doğrultusunda

konunun araştırılması gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı soruşturma evresini başlatacak olan şüphenin somut olayda bulunup bulunmadığını takdir edecek, soruşturma başlatacak şüphe olduğunu değerlendirmesi durumunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için emrinde bulunan adli kolluk görevlileri aracılığı ile şüphelinin lehinde ve aleyhine olan bütün delilleri toplayıp, şüphelinin haklarını korumak için gerekli olan tedbirleri alacaktır. Adli kolluk görevlileri el koyduğu olayları, uyguladığı tedbirleri Cumhuriyet savcısına derhal bildirmek ve aldığı emirleri yerine getirmek zorundadır. Ceza muhakemesinde yapılan

işlemlerin tekrarlanma fırsatının olmaması, sürecin hızlı işlemesi nedeniyle adli kolluk görevlilerinin Cumhuriyet savcısından aldığı talimatlara uygun bir biçimde delil toplaması, toplanan delilleri muhafaza etmesi ve yetkililere teslim etmesi gerekmektedir.

Aramanın hukuka aykırı olması, arama karar veya emrinin ya da aramanın icrasının hukuka aykırı olması anlamına gelmektedir.

Hukuka aykırılık bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanmasıdır. Kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olan hukuka aykırılık kavramının çerçevesi ve kapsamı belirlenirken gerek pozitif hukuk kurallarına gerekse temel hak ve hürriyetlere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığı gözetilmeli ve aykırılığın varlığı halinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 22.06.2001 gün ve 2-2 sayılı kararında: "Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır.

Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasakoyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (Örneğin, E. 1985/31. K. 1986/1, KT. 17.3.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S.22. s.115). Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasa'nın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir" denilmektedir.

Bu itibarla aramanın hukuka uygun olup olmadığı arama tedbirine başvurulma şartları ve uygulanmasıyla ilgili gerek pozitif hukuk kuralları gerekse evrensel hukuk kaideleri göz önünde bulundurularak bütüncül bir bakış açısıyla belirlenmelidir.

Hukuka aykırı olarak yapılan aramanın hem ceza muhakemesi hukuku, hem maddi ceza hukuku, hem de tazminat hukuku bakımından bir takım müeyyedeleri ortaya çıkabilecektir.

Aramanın hukuka aykırı olmasının ceza muhakemesi açısından sonucu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınmamasıdır. 5271 sayılı CMK'nun 217. maddesinde;

"1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

(2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" şeklindeki düzenlemeyle hakim ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabileceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan kanunun 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde de, ortaya konulmak istenen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması halinde reddolunacağı ifade edilerek hukuka uygun olarak elde edilmeyen delillerin ispat aracı olarak kabul edilmeyeceği ve hükme esas alınmayacağı açıklanmıştır. Kaldı ki, aynı kanunun 230. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi de zorunludur.

Hukuka aykırı aramanın maddi ceza hukuku bakımından yaptırımı ise eylemin suç teşkil etmesidir. 5237 sayılı TCK'nun "haksız arama" başlıklı 120. maddesinde hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin üç aydan bir yıla kadar

hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Konut ve işyerleri bakımından hukuka aykırı aramalar ise 5237 sayılı TCK'nun 116 ve 119/1-e maddeleri kapsamında değerlendirilecektir.

Nihayet, aramadaki hukuka aykırılıklar gerek Devletin, gerekse arama kararını veren veya uygulayan kamu görevlilerinin tazminat sorumluluğunu gündeme getirebilecektir. Bu kapsamda 5271 sayılı CMK'nun 141/1. maddesinde aramanın amacıyla orantılı olmayacak biçimde ölçsüz gerçekleştirilmesi durumunda kişilerin maddî ve manevî her türlü zararlarını Devletten isteyebilecekleri öngörülmüştür.

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

12.2014 tarihinde saat 18.00'da Narkotik Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü görevlilerince; ..." olarak tanınan ...nin Barbaros Mahallesi Eminağa Caddesindeki ikametinin önündeki sokakta 06.00-11.00 saatleri arasında eroin sattığı yönünde bilgi alınması üzerine bu konuya ilişkin aynı tarihte tutanak tutulduğu, yapılan araştırma neticesinde ...nin ...TC kimlik nolu, ... ve ... oğlu, Adıyaman 15.08.1972 doğumlu, Adana-Seyhan-Yenibey nüfusuna kayıtlı olduğu ve Yenibey mahallesi ... Caddesi no: 201/3 Seyhan Adana adresinde ikamet ettiğinin öğrenildiği, görevlilerce 17.12.2014 günü saat 06.00 sıralarında sanığın ikameti olan Eminağa Caddesi civarında tertibat alındığı, saat 06.30 sıralarında ikametinden çıkarak evinin önündeki kaldırımda bekleyip on dakika kadar etrafı gözetleyen sanığın, fiziki takip yapmakta olan görevlileri fark edip, üzerinde bulundurduğundan şüphe edilen uyuşturucu maddeleri yok edeceğinin değerlendirilmesi üzerine yanına gidildiği ve yapılan kaba üst aramasında montunun sol iç cebindeki sigara paketi içerisinde 8 paket eroinin ele geçirilerek muhafaza altına alındığı olayda; kollukça alınan ilk bilgiler ile yapılan araştırma sonucu sanığın kimliğine ve uyuşturucu madde sattığı iddia edilen ikamet adresine ilişkin edinilen bilgilerin uyumlu olması, kolluğun bilgiyi aldığı zaman ile sanığın uyuşturucu madde sattığı iddia edilen saatler arasındaki süre, ayrıca suç şüphesini oluşturan bilgilerin elde edildiği aşamada suçüstü halinin mevcut olmaması, bu durumda kolluk görevlilerinin suçla ilgili edindikleri bilgileri 5271 sayılı CMK'nun 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 sonucu ele geçirecek 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'nun 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.

Bu itibarla, Özel Daire bozma kararı isabetli olup, haklı nedene dayanmayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan beş Ceza Genel Kurulu Üyesi; itirazın kabulüne karar verilmesi gerektiği

düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının REDDİNE," karar verilmiştir