

T.C.
YARGITAY
CEZA GENEL KURULU

Esas : 2018/403
Karar : 2021/49
Tarih : 23.02.2021

- **UYARICI TABLETLERİN İÇERİSİNDE ELE GEÇİRİLDİĞİ LACİVERT RENKLİ SPOR ÇANTADA YAPILAN ARAMA-YOKLAMA VE KONTROL OLARAK DEĞERLENDİRİLEMEZ**
- **ÖNLEME ARAMASI - ADLİ ARAMA - YAZILI ARAMA EMRİ**
- **HUKUKA AYKIRI DELİL - HÜKME ESAS ALINAMAZ**

(5271 s. Ceza Muhakemesi K m. 116 , 206 , 217 , 230)
(2559 s. PVSK m. 4 , 9)

ÖZET

Sanığa ait olduğu anlaşılan ve suç konusu uyarıcı tabletlerin içerisinde ele geçirildiği lacivert renkli spor çantada yapılan arama işleminin, PVSK'nın 4/A mad. kapsamında yoklama ve kontrol olarak değerlendirilemeyeceği, suç konusu tabletlerin ele geçirilme anına kadar suçüstü hâlinin de söz konusu olmadığı, üzerlerinde yoklama veya araçlarında kontrol yapılan kişilerin yanlarında bulunan valiz veya çantalarında gerçekleştirilecek arama işlemi için, CMK'nın 116 vd. mad. uyarınca hâkimden karar veya Cumhuriyet savcısından yazılı emir alınması ya da PVSK'nın 9. mad. gereğince usulüne uygun olarak alınmış bir önleme araması kararının gerekli olduğu, ancak dosya kapsamında bu tür bir arama kararı ya da yazılı arama emrinin bulunmadığı, suç konusu uyuşturucu maddelerin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde olması durumunda Anayasa'nın 38/6 mad. ile CMK'nın 206/2-a, 217/2. ve 230/1-b mad. uyarınca hükme esas alınamayacağı da dikkate alındığında; sanığın elindeki çantada da arama yapılmasına olanak sağlayan bir adli arama kararı veya yazılı arama emri ya da önleme araması kararı bulunup bulunmadığının araştırılarak, sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekir.

Kararı Veren

Yargıtay Dairesi : (Kapatılan) 20. Ceza Dairesi

Mahkemesi :Ağır Ceza

Sayı : 383-202

Uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan sanıklar ... ve ...'ın, 5237 sayılı TCK'nın 188/3, 62, 52/2-4, 53, 54 ve 63. maddeleri gereğince 5 yıl hapis ve 4.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmalarına, taksitlendirmeye, hak yoksunluğuna, müsadereye ve mahsuba ilişkin İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 04.06.2012 tarihli ve 383-202 sayılı hükümlerin, sanıkların müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay (Kapatılan) 20. Ceza Dairesince 14.05.2018 tarih ve 9445-2259 sayı ile;

"1- Sanıkların eylemlerine ilişkin olarak düzenlenen olay tutanağına göre; görevlilerin şüphelenmesi üzerine yapılan fiziki takip sonucu, sanıklardan ... isimli şahsın otobüse binmeden önce elinde bulunan lacivert renkli spor çantası, görevlilerce şahıslar huzurunda içerisi açılıp arandığında uyuşturucu maddenin ele geçirildiği, ancak dosya içerisinde aramaya ilişkin bir kararın bulunmadığı dikkate alınarak; olay nedeniyle sanığın üstü veya eşyasının aranması için adli arama kararı ya da Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri veya olay tarihini ve olay yerini kapsayan önleme arama kararı olup olmadığının araştırılması varsa aslı veya onaylı bir örneğinin getirilmesi,

Hükümden sonra 24.11.2015 tarih ve 29542 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2015 tarihli 2014/140 esas ve 2015/85 karar sayılı kararı ile, 5237 sayılı

TCK'nın 53. maddesinin bazı hükümlerinin iptal edilmesi nedeniyle, bu maddenin uygulanması açısından, sanıkların durumunun yeniden belirlenmesinde zorunluluk bulunması,

Suçta konu uyuşturucu maddenin TCK'nın 54/4.maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden TCK'nın 54/1-4. fıkralarının birlikte gösterilmesi suretiyle hükümde karışıklık yaratılması,

İzmir Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğüne suç konusu uyuşturucu maddelerden alınan şahit numunenin müsaderesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi" isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 28.06.2018 tarih ve 231684 sayılı ile;

"Dosyamız içeriğine göre İzmir otogarında uyuşturucu giriş çıkışını genel kolluk görevi ve rutin uygulamalar kapsamında risk profili üzerinden takip etmek isteyen narkotik polisleri otogardaki hareketliliği ve kişileri gözlemlerken, dosyamız sanıklarının genel davranışlarından şüphelenip hareketlerini göz takibine alıyorlar. Bu sırada sanık ...'in yanlarındaki çantaları otobüse girip koltuk üstüne yerleştirmesi üzerine, polisler sanıkların yanlarına gidip kimlik sorma işlemi yapıyorlar. Bu esnada sanıkların artan kaygılı tavırlarından şüphelenmeleri üzerine otobüse koydukları çantaları açıyorlar ve içinden ayrı ayrı paketler hâlinde 22 parçada paketlenmiş toplam 1.746 gram ağırlığında 4.500 adet extacy hap ele geçiriyorlar. Sanıklar uyuşturucu niteliği bilirkişi raporu ile belirlenen hapları ticari amaçla birlikte edindiklerini kabul ediyorlar.

Yukarıda açıklandığı şekilde gerçekleşen arama işlemi usul ve yasalara uygundur. Zira, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 27. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kolluk görevlileri hiçbir arama izin, karar veya emri olmaksızın Polis Vazife ve Selâhiyetleri Kanunu'ndan aldığı genel kolluk görevi kapsamında 'umma' derecesinde makul şüphe duyması üzerine, göz takibine aldığı kişinin bir suç işleyeceği veya işlediği hususunda kanaat elde ederse kişiyi durdurabilir. Kimlik sorabilir. Aynı yönetmeliğin 'karar alınmadan yapılabilecek arama' işlemlerini düzenleyen 8. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde 'işlemekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun faillerinin yakalanabilmesi için girdikleri araç, bina ya da eklentilerinde yapılacak aramalarda'.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun benzer konularda 2016/174 sayılı kararı ve 2017 yılı içerisindeki bir çok kararının gerekçesinden anlaşıldığı üzere; henüz bir arama izin, karar veya emri talep edilebilecek aşamaya gelmemiş iken, umma derecesinde şüphe varken, işlenmekte olan suç, derhâl müdahale edilmez ise failin kaçma olasılığının varlığı, derhâl müdahale edilmez ise suç delilinin kaybolma olasılığının varlığı hâllerinde herhangi bir izin, emir veya karar alınmasına gerek olmaksızın, kolluk görevlileri kamuya açık alanda 'fiili durum ve keyfilik oluşturmayacak şekilde durdurma ve kontrol işlemi' yapabilecektir. Olayımızda da kolluk görevlilerinin işlemi bir arama değil 'durdurma ve kontrol işlemi'dir. Zira bir arama karar, emri ve izni almayı gerektirecek makul şüphe henüz yoktur. Ancak umma derecesinde şüphe vardır. Ayrıca çantanın gizli bölmeleri aranmaya çalışılmamıştır. İçinde ne olduğu duyulan haklı umma derecesinde şüphe üzerine kontrol edilmiştir. Ve suç delilleri ile karşılaşılmıştır. Olasılıklardan hareketle şayet gizli bölme olsa, orada bir şeyin varlığı dışı yoklama ile anlaşılrsa, ne olduğuna dair sorulan soruya makul ve ikna edici cevap alınamasa ve polis yazılı arama izni almadan bu bölmeyi açsa idi, o zaman arama işlemi usule aykırı olurdu. Zira o zaman makul şüphe oluşmuş olurdu. Arama kararı talep edilebilecek neden var sayılırdı. Arama kararı talep edilecek neden var iken alınmaması bozma nedeni yapılabiliirdi. Ancak olayımızda umma derecesinde şüphe varken suç delili ile karşılaşılmıştır. Bu şekilde elde edilen suçun konusu ve delili uyuşturucular mahkûmiyet hükmüne esas alınabilir. Bu tespitle yüksek Dairenin '1' numaralı bozma nedeni usul ve yasalara aykırıdır." görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay (Kapatılan) 20. Dairesince 09.07.2018 tarih ve 4699-3215 sayılı ile; itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına

gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanıklara atılı uyuşturucu madde ticareti yapma suçuna ilişkin olarak yapılan arama işleminin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamında;

10.2011 tarihli yakalama, üst arama ve muhafaza altına alma tutanağına göre; İzmir İl Emniyet Müdürlüğü Narkotik Suçlar Büro Amirliği görevlilerince, uyuşturucu madde ticareti yapan şahısların yakalanması amacıyla 30.09.2011 tarihinde saat 21.00 sıralarında şehirler arası otobüs terminalinde çalışma başlatıldığı, gerçekleştirilen denetimler esnasında saat 23.40 sıralarında giden yolcu bölümündeki iki numaralı peronun önünde İzmir-İstanbul seferini yapmak için beklemekte olan 35 plakalı yolcu otobüsünün yanına gelen ve birinin elinde poşet diğerinin elinde ise spor bir çanta bulunan iki şahsın durumundan şüphelenildiği, görevlilerce fiziki takibe alınan söz konusu şahısların yolcu otobüsüne binip ellerindeki poşet ve spor çantayı 49 ve 50 numaralı koltukların üzerinde bulunan el bagajı bölümüne yerleştirdikten sonra otobüsten indiklerinin ve peronda beklemeye başladıklarının görülmesi üzerine yanlarına yaklaşıldığı, polis tanıtma kartları gösterildikten sonra yapılan kimlik kontrolleri neticesinde şahısların sanıklar ... ve ... olduklarının tespit edildiği, adı geçenlerin otobüsün el bagajı bölümüne yerleştirdikleri eşyaların kontrol edilebilmesi amacıyla görevlilerin sanıklarla birlikte otobüse binip bir adet spor çanta ile üzerinde "KOMPEDAN" ibaresi yazılı olan beyaz renkli bir adet poşeti buldukları yerden alarak otobüsten indikleri, söz konusu poşette ve çantada herhangi bir suç unsuru bulunup bulunmadığı sorulduğunda sanıkların şüpheli ve tedirgin davranışlar sergilemeleri üzerine, görevlilerce fiziki takip sırasında sanık ...'in elinde bulunduğu görülen spor çantanın açılıp içi kontrol edildiğinde, çocuk iç çamaşırlarının altına gizlenmiş beyaz renkli şeffaf poşet içerisinde toplam 4500 adet uyarıcı tabletlerin ele geçirildiği, üzerinde "KOMPEDAN" ibaresi yazılı beyaz renkli poşette herhangi bir suç unsuruna rastlanılmadığı, sanıkların üst aramalarında ise; sanık ...'in pantolonunun sağ cebinde, 49 numaralı koltuk için Recep Uymaz adına, 50 numaralı koltuk için Berkay Davutoğlu adına düzenlenmiş olan 30.09.2011 tarihli iki adet yolcu biletinin ve toplam 2.450 TL'nin ele geçirildiği, sanık ...'in üzerinde herhangi bir suç unsuruna rastlanılmadığı, konu hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verildiğinde sanıklar hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan işlem yapılması talimatının alındığı,

Dosya içindeki bilgi ve belgelere göre; suç konusu uyarıcı maddelerin içinde bulunduğu spor çantada arama yapılabilmesine ilişkin herhangi bir adli arama kararının, yazılı arama emrinin ya da olay tarihi ve yerini kapsayan önleme araması kararının bulunmadığı,

İzmir Kriminal Polis Laboratuvarınca düzenlenen 10.10.2011 tarihli uzmanlık raporuna göre; ele geçirilen 1674 gram ağırlığındaki beyaz renkli tabletlerin net 502,200 gram MDMA etken maddesi içerdiği,

İzmir İl Emniyet Müdürlüğü Olay Yeri İnceleme ve Kimlik Tespit Şube Müdürlüğü'nün 06.10.2011 tarihli raporuna göre; suç konusu uyarıcı maddelerin içinde bulunduğu materyaller üzerinde yapılan incelemede herhangi bir vücut izine rastlanılmadığı,

Anlaşılmıştır.

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. Kanunun bu açık düzenlemesine göre arama ve yakalama birer koruma tedbidir.

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 maksadıyla 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 suçu...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 suçu 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 fıkra 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.

Anayasa'nın 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 hallerde 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" 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 Anayasamızın 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 tâbi 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, 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu, mülga 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ile mülga 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede de 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, tâbi oldukları kanuni düzenlemeler ve kapsamaları bakımından önemli farklılıklar da bulunmaktadır.

a. Önleme Araması

Genel emniyet ve asayişin korunması ile tehlikelerin önlenmesi amacıyla başvurulmuş 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 anlamlandırılıp 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 görülmeyen 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 âmirine yazılı olarak iletilir. 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 hâlikarda 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 bölümündeki hükümler hem adli hem de önleme araması için geçerli ortak hükümlerdir.

Önleme araması sonucunda bir suç unsuruna veya deliline rastlanırsa koruma altına alınacak ve durum Cumhuriyet Başsavcılığına derhâl bildirilerek elkoyma işlemi gerçekleştirmek üzere Cumhuriyet savcısından yeni bir yazılı emir istenecektir. Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde kolluk âmirinin yazılı emriyle de elkoyma yapılabilecektir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört 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 mevki ve aracın bilgileri, aramanın sonuçları, elkonulan 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 işlemi yapanların adı, soyadı, sicil 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 işlemlerde idari denetimlere ilişkin hükümler yer almaktadır.

2559 sayılı PVSK'nda 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 tâbi 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, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 3. maddesi kapsamında, konutların ve her türlü dernek, siyasî parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaların, iş yerlerinin, özel ve tüzel kişiliklere sahip müesseseler ve bunlara ait eklentilerin ve her türlü kapalı ve açık yerlerin, mektup, telgraf ve sair gönderilerin ve kişilerin üzerlerinin sıkıyönetim komutanının emriyle aranmasında, kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının 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 (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.

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 ayrılmalarına 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 dahilinde 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 içeriği 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, elkoyma 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 Kırt-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 tâbi 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 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 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 ulaşılamadığı 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 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'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..",

"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 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 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 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.

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

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde soruşturmanın tanımına yer verilmiş, aynı Kanun'un 158. maddesinde ihbar ve şikâyet, 160. maddesinde bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi, 161. maddesinde Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri, 164. maddesinde ise adlî kolluk ve görevi düzenlenmiştir.

5271 sayılı CMK'nın 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 gerekmemektedir. Ortada bu nitelikte bir şüphe yokken ceza muhakemesi soruşturmasının başlatılması ve koruma tedbirlerine müracaat edilmesi hâlinde, 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 Kanun'un 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 derhâl Cumhuriyet savcısına bildirilip, alınan talimatlar doğrultusunda konunun araştırılması gerekmektedir. Cumhuriyet savcısı soruşturma evresini başlatacak olan şüphelinin 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 derhâl 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 hâlinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 22.06.2001 tarihli 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 kararnemelere, 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 müeyyideleri ortaya çıkabilecektir.

Aramanın hukuka aykırı olmasının ceza muhakemesi açısından sonucu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınamamasıdır. 5271 sayılı CMK'nın 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 hâkimin ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabileceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan Kanun'un 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde de, ortaya konulmak istenen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması hâlinde reddolunacağı ifade edilerek hukuka uygun olarak elde edilmeyen delillerin ispat aracı olarak kabul edilmeyeceği ve hükme esas alınmayacağı açıklanmıştır. Kaldı ki, aynı Kanun'un 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 yaptırımını ise eylemin suç teşkil etmesidir. 5237 sayılı TCK'nın "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 iş yerleri bakımından hukuka aykırı aramalar ise 5237 sayılı TCK'nın 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'nın 141/1. maddesinde aramanın amacıyla orantılı olmayacak biçimde ölçüsüz gerçekleştirilmesi durumunda kişilerin maddî ve manevî her türlü zararlarını Devletten isteyebilecekleri öngörülmüştür.

Diğer taraftan, ceza muhakemesinin amacı, her somut olayda kanuna ve usulüne uygun olarak toplanan delillerle maddi gerçeğe ulaşıp adaleti sağlamak, suç işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasının önüne geçebilmek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmektir. Gerek 1412 sayılı CMUK, gerekse 5271 sayılı CMK, adil, etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmayı amaç edinmiştir. Bu nedenle ulaşılma imkânı bulunan bütün delillerin ele alınıp değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle adaletin tam olarak gerçekleşebilmesi için, maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet edebilecek tüm kanuni delillerin toplanması ve tartışılması zorunludur.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

İzmir İl Emniyet Müdürlüğü Narkotik Suçlar Büro Amirliği görevlilerince, uyuşturucu madde ticareti yapan şahısların yakalanması amacıyla 30.09.2011 tarihinde saat 21.00 sıralarında şehirler arası otobüs terminalinde çalışma başlatıldığı, bu kapsamda gerçekleştirilen denetimler esnasında saat 23.40 sıralarında giden yolcu bölümündeki iki numaralı peronun önünde İzmir-İstanbul seferini yapmak için beklemekte olan 35 plakalı yolcu otobüsünün yanına gelen elinde bir adet poşet bulunan sanık ... ile elinde lacivert renkli spor bir çanta bulunan sanık ...'in durumundan şüphelenildiği, görevlilerce fizik takibe alınan sanıkların yolcu otobüsüne binip ellerindeki poşet ve spor çantayı 49 ve 50 numaralı koltukların üzerinde bulunan el bagajı bölümüne yerleştirdikten sonra otobüsten indiklerinin ve peronda beklemeye başladıklarının görülmesi üzerine yanlarına yaklaşıldığı, polis tanıtma kartları gösterilip kimlik kontrolleri yapıldıktan sonra sanıkların el bagajı bölümüne yerleştirdikleri eşyaların kontrol edilebilmesi amacıyla görevlilerin otobüse binip lacivert renkli spor çanta ile üzerinde "KOMPEDAN" ibaresi yazılı olan beyaz renkli poşeti buldukları yerden alarak otobüsten indikleri, söz konusu poşette ve çantada herhangi bir suç unsuru bulunup bulunmadığı sorulduğunda sanıkların şüpheli ve tedirgin davranışlar sergilemeleri üzerine, görevlilerce spor çantanın açılıp içi kontrol edildiğinde, beyaz renkli şeffaf poşet içerisinde toplam 4500 adet suç konusu uyarıcı tabletlerin ele geçirildiği olayda;

Sanık ...'e ait olduğu anlaşılan ve suç konusu uyarıcı tabletlerin içerisinde ele geçirildiği lacivert renkli spor çantada yapılan arama işleminin, PVSK'nın 4/A maddesi kapsamında yoklama ve kontrol olarak değerlendirilmeyeceği, suç konusu tabletlerin ele geçirilme anına kadar suçüstü hâlinin de söz konusu olmadığı, üzerlerinde yoklama veya araçlarında kontrol yapılan kişilerin yanlarında bulunan valiz veya çantalarında gerçekleştirilecek arama işlemi için, CMK'nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca hâkimden karar veya Cumhuriyet savcısından yazılı emir alınması ya da PVSK'nın 9. maddesi gereğince usulüne

uygun olarak alınmış bir önleme araması kararının gerekli olduğu, ancak dosya kapsamında bu tür bir arama kararı ya da yazılı arama emrinin bulunmadığı, suç konusu uyuşturucu maddelerin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde olması durumunda Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası ve 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınamayacağı da dikkate alındığında; sanık ...'in elindeki çantada da arama yapılmasına olanak sağlayan bir adli arama kararı veya yazılı arama emri ya da önleme araması kararı bulunup bulunmadığının araştırılarak, sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu kabul edilmelidir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİ EDİLMESİNE, 23.02.2021 tarihinde yapılan müzakerede oy birliğiyle karar verildi.