

T.C.
YARGITAY
CEZA GENEL KURULU

Esas : 2017/1091
Karar : 2019/485
Tarih : 18.06.2019

Kararı Veren

Yargıtay Dairesi : 20. Ceza Dairesi

Mahkemesi :Ağır Ceza

Sayısı : 347-452

Uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan sanık ...'ın, TCK'nın 188/3, 62, 52/2-4, 53, 54 ve 58. maddeleri uyarınca 5 yıl hapis ve 4000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, taksitlendirmeye, hak yoksunluğuna, müsadereye ve hapis cezasının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ilişkin Bursa 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 17.11.2011 tarihli ve 347-452 sayılı hükmün, sanık müdafisi tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 20. Ceza Dairesince 11.09.2017 tarih ve 8563-4370 sayı ile;

"Şüpheli üzerine sanığın elinde bulunan çanta içerisinde polis ekiplerince yapılan arama sonucunda suçla konu uyuşturucu maddelerin ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşen olay nedeniyle, yapılan arama işlemine dayanak olacak şekilde CMK'nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde verilmiş 'adli arama kararı' veya 'yazılı adli arama emri' bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırmayla hüküm kurulması" isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 12.10.2017 tarih ve 217195 sayı ile;

"İncelenen dosya kapsamında, suç tarihli (22.07.2011 günü saat 08.30) sanığın da imzasını içeren 'TUTANAK' başlıklı tutanaktan ve dosyada mevcut diğer bilgi ve belgelerden anlaşıldığı üzere; 22.07.2011 günü saat 08.10 sıralarında kolluk görevlisi polislerin devriye görevi ifa ederken Altıparmak Caddesi, Ziraat Bankası önünde alkollü olarak duran sanığı görmeleri üzerine halinden şüphelenerek yaptıkları kaba üst araması dahilinde elinde bulunan siyah el çantasının içinde suçla konu 122 adet uyuşturucu hap, 1 adet bonzai ve 5,3 gram esrar maddesi olduğu tespit edilen maddeler ele geçirilmiştir.

Sanık aynı gün saat 11.00 sıralarında Cumhuriyet savcısına haber verilerek adliyeye sevk edilmiştir.

Sanık savunmalarında; 'uyuşturucu bağımlısı olduğunu, kişisel kullanımı için temin ettiğini, başkasına vermediğini ve satmadığını' savunmuştur.

TCK'nın 188/3. maddesine muhalefet suçlamasından açılan dava sonucunda sanığın yukarıda değinildiği şekilde aynı maddeler ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Sanık müdafisinin temyiz talebi üzerine, yukarıda değinildiği gibi Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.10.2016 tarihli ve 2016/374 karar sayılı kararı ve devamında, gerekçeleri yazılmış 2017/7-8-19-20-37-38-39-54-55-62-77-78-79-80-82-118-119- 121-138-139 karar sayılı kararlarında değindiği üzere, kolluğun CMK'nın 90/1-a ve 90/4 ile Polis Vazife ve Selahiyet

Kanunu'nun (PVSK) 13/1-A ve Ek 6. maddeleri, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesi uyarınca suçüstü halinde ayrıca bir arama emri ya da kararı alınmasına gerek olmaksızın, suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddeleri ele geçirip muhafaza altına alması hukuka uygun olup, hukuka aykırı delilden söz edilemez. Açıklanan nedenle Yerel Mahkemenin mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar verilmesi gerektiği" görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmıştır.

CMK'nın 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 20. Ceza Dairesince 19.10.2017 tarih ve 6547-5281 sayı 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; sanığa atılı uyuşturucu madde ticareti yapma suçuna ilişkin olarak yapılan arama işleminin hukuka uygun olup olmadığı, bu bağlamda eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesine ilişkindir.

İncelenen dosya kapsamından;

Olay tutanağına göre; Bursa İl Emniyet Müdürlüğü Asayiş Büro Amirliği görevlilerince 22.07.2011 tarihinde saat 08.10 sıralarında gerçekleştirilen devriye görevi esnasında, Altıparmak Caddesi üzerinde bulunan Ziraat Bankası Şubesi önünde beklemekte olan ve alkollü olduğu değerlendirilen şahsın durumundan şüphelenilip yanına gidildiği, yapılan kimlik kontrolünde şahsın ... olduğunun tespit edildiği, ardından görevlilerce sanığın elinde bulunan siyah renkli çantada yapılan aramada toplam (122) adet uyarıcı nitelikteki tablet ile şeffaf poşette daralı ağırlığı 0,4 gram gelen ve bonzai olduğu değerlendirilen madde ile şeffaf naylon içerisinde daralı ağırlığı 5,3 gram olan ve esrar olduğu değerlendirilen maddenin ele geçirildiği, konu hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verildiğinde sanık hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan işlem yapılması talimatının alındığı,

Bursa Kriminal Polis Laboratuvarınca düzenlenen 28.07.2011 tarihli rapora göre; şeffaf naylonda ele geçirilen net 4 gram ağırlığındaki kenevirde 2 gram esrar elde edilebileceği, (122) adet tabletin MDMA, şeffaf poşette ele geçirilen net 0,1 gram ağırlığında olan maddenin ise JWH-018 etken maddelerini içerdikleri,

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 kaçımlarını, 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 suç...ifade eder."

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

"Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler

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

a) Kişiyi suçlu 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.

Anayasanın 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 Anayasanın 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, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ile 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 anlaşıldır ve değerlendirilen bir olgu iken "makul şüphe" çok sayıdaki sıradan insanın somut bir olguyu aynı yönde değerlendirmeleri hâlidir. (Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin, 4. Baskı, 2016, s. 381-382)

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

1) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,

- 2) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde,
- 3) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde,
- 4) Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün 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 işyerlerinde 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 değişkenlik 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 hâlükarda 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 işlemini 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 işlemini yapanların adı, soyadı, sicili ve unvanı hususları yer alır. Tutanak arama işlemine katılmış olanlar ve hazır bulunanlarca imzalanarak bir sureti ilgiliye verilir. Suç unsuruna rastlanmadığı durumlarda, aranan kişinin talebi hâlinde, kendisine arama kararı veya emrinin tarih ve sayısı, aramanın tarih ve saati, yeri, aranan şahsın ve arayan görevlinin kimlik bilgilerinin yer aldığı bir belge verilir.

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

2559 sayılı PVSK'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, siyâsî parti, sendika, kulüp gibi teşekküllere ait binaların,

işyerlerinin, 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 gerekmecektir. Yine 2559 sayılı PVSK'nın 20. maddesi gereğince; bir hukuka uygunluk nedenine bağlı olarak yapılan aramalarda da örneğin (Murat Aydın, Arama ve El Koyma, Seçkin, 2012, 2. Baskı, s.137) Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "denetim yapılacak hâller" başlıklı 18. maddesinde kolluk tarafından kendiliğinden denetim yapılabilecek bu hâller gösterilmiştir. Bu kapsamda örneğin; umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin genel güvenlik ve asayiş yönünden denetimi, kimlik sorma, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre araçlarda bulunması gerekli belgeler ve eşyalarla ilgili yapılan denetimler, elektromanyetik aygıtlar ve dedektör köpekleri aracılığıyla yapılan tarama şeklindeki denetimler kolluk tarafından herhangi bir arama emir veya kararına gerek olmadan kendiliğinden yapılabilecektir. Önleme araması niteliğinde sayılmayan idari denetimler yönetmelikte sayılanlardan ibaret olmadığından daha pek çok özel kanunda ve düzenleyici işlemde idari denetimlere ilişkin hükümler yer almaktadır.

2559 sayılı PVSK'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, işyerlerinin, 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 gerekmecektir. Yine 2559 sayılı PVSK'nın 20. maddesi gereğince; bir hukuka uygunluk nedenine bağlı olarak yapılan aramalarda da örneğin imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi hâllerinde de arama emir veya kararına gerek olmayacaktır.

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

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

"Polis, kişileri ve araçları;

a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

b) Suç işlendikten sonra kaçan failerin 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 sebebini ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmasına izin verilir.

Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez..",

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

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

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

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

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

Durdurma üzerine aşağıdaki işlemler yapılır:

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

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) Kontrolten 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 içerisi görünmeyen bölümlerinin açılmasını isteyemeyecektir.

b. Adli Arama

Şüpheli ya da sanığın ya da delillerin yahut müsadere edilecek eşyaların ele geçirilmesi amacıyla yapılan araştırma işlemi olan adli arama, 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 taşındığından 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 gerektirir.

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 şüpheliyi 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 aranan 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, aranacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, açıkça gösterilmelidir.

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

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

"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 şikâyetle 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 hâlinde,

bu işlemin kaynağı hukuki olmayacağından keyfilik olarak değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. (Bahri Öztürk, Ceza Hukukunda Koğuşturma 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 başsavcılarını 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 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 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 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 müeyyideleri ortaya çıkabilecektir.

Aramanın hukuka aykırı olmasının ceza muhakemesi açısından sonucu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınmamasıdır. 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 işyerleri 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;

Asayiş Büro Amirliği görevlilerinin gerçekleştirdikleri devriye görevi esnasında, Altıparmak Caddesi üzerinde bulunan Ziraat Bankası Şubesi önünde beklemekte olan ve alkollü olduğunu değerlendirdikleri sanığı görüp durumundan şüphelenmeleri üzerine yanına gittikleri, sanığın elinde bulunan siyah renkli el çantasında görevlilerce yapılan aramada suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği olayda;

Sanığın elinde bulunan ve uyuşturucu maddelerin içerisinde ele geçirildiği el çantasında yapılan arama işleminin, PVSK'nın 4/A maddesi kapsamında yoklama ve kontrol olarak değerlendirilemeyeceği, suç

konusu uyuşturucu maddelerin 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 Anayasanın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınamayacağı da dikkate alındığında; sanığın el çantasında arama yapılmasına olanak sağlayan bir adli arama kararı veya yazılı arama emri ya da önleme araması kararı bulunup bulunmadığının araştırılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu kabul edilmelidir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile kabulüne karar verilmelidir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle KABULÜNE,

Yargıtay 20. Ceza Dairesinin 11.09.2017 tarihli ve 8563-4371 sayılı bozma kararında yer alan "yazılı adli arama emri" ibaresinden sonra gelmek üzere "ya da önleme araması kararı" ibaresinin EKLENMESİNE,

Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİ EDİLMESİNE, 18.06.2019 tarihinde yapılan müzakerede oy birliğiyle karar verildi.

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 "katlanılmaz" 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 Kanununun 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 hakimın 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 yaptırımını 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 ölçüsüz 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 bildiren 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 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'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

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

Önleme aramasına karar verilebilmesi için belirtilen konulara ilişkin somut ve öngörülebilir bir tehlike olması gerekir. 2559 sayılı PVSK bu nitelikteki tehlike hâlini "makul sebep" olarak ifade etmektedir. Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut olgulara dayalı "makul şüphe" ile önleme aramasındaki

"makul sebep" farklı kavramlardır. "Makul sebep" konunun uzmanları tarafından ortak görüşle 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; polis, 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 failerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek,

Amacıyla durdurabilir.

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği

izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir. Süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.

Polis, durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir.

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

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

Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez...”,

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

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

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

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

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

Durdurma üzerine aşağıdaki işlemler yapılır:

- a) Durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır. Bu işlem sonucunda, kişide silâh bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silâh ve diğer suç eşyası araması yapabilir.
- b) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.
- c) Yapılan kontrolün konusu ve sebepleri ilgiliye açıklanır.
- d) Bir kişinin veya aracın durdurulma süresinin, şartlara göre makul olması ve kontrol için ayrılan süreyi aşmaması gerekir.
- e) Yoklama suretiyle kontrol, kişiye en az sıkıntı verici şekilde yapılır.
- f) Yapılan kontrolün neticesinde suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır.
- g) Uyuşturucu gibi belirli bir şeyin, kişinin herhangi bir yerinde gizlendiği düşünülüyorsa, daha geniş çaplı kontrol yapılabilir.
- h) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün

olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek kontrol yapılamaz.

i) Makul sebebi olduğu takdirde, daha geniş kapsamlı kontrol yapılması için, kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.

j) Kontrolden sonra talep üzerine olay yerinde derhâl bir tutanak düzenlenir.

Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir" şeklindedir.

Söz konusu düzenlemelerle kolluğa, koşulları olduğu takdirde kişi ve araçları durdurma ve yoklama biçiminde kontrol yapma yetkileri tanınmıştır. Yönetmeliğin 27. maddesinin (g) ve (i) fıkraları gereğince kollukça durdurulan kişinin herhangi bir yerde 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 ulaşılmadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile yapılabilecektir. Ancak konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda sadece hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılması mümkündür.

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

T.C.
YARGITAY
CEZA GENEL KURULU

Esas : 2022/13
Karar : 2023/191
Tarih : 29.03.2023

YARGITAY DAİRESİ : 10. Ceza Dairesi

I. HUKUKİ SÜREÇ

Uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan sanık ...'ın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 188/3, 62, 53, 54 ve 63. maddeleri uyarınca 4 yıl 2 ay hapis ve 80 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, hak yoksunluğuna, müsadereye ve mahsuba ilişkin ... 7. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 28.01.2014 tarihli ve 540-20 sayılı hükmün, sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay (Kapatılan) 20. Ceza Dairesince 27.11.2019 tarih ve 1263-6552 sayı ile;"Dosya kapsamından anlaşıldığı üzere; sanığın hareketlerinden şüphelenen kolluk görevlileri tarafından sanığın bindiği yolcu otobüsündeki koltuğun üzerinde bulunan küçük bagajların bulunduğu bölüme bıraktığı poşetin arandığı ve sanıktan uyuşturucu madde ele geçirildiği olayda, dosya içerisinde hiçbir arama kararının bulunmadığı dikkate alınarak; 2559 sayılı PVSK'nın 9. maddesine göre olay yeri ve tarihini kapsayacak nitelikte 'önleme araması kararı' veya CMK'nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde alınmış 'adli arama kararı' ya da 'yazılı arama emri' bulunup bulunmadığı araştırılarak varsa aslı veya onaylı bir örneğinin getirilmesinden sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması," isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

II. İTİRAZ SEBEPLERİ

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 21.01.2020 tarih ve 95917 sayı ile; "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2016/374 karar sayılı kararı ve devamı çok sayıda kararında yer verdiği gibi; suç üstü hali, gecikmesinde sakınca olan hal, derhal müdahale edilmez ise sanığın kaçma veya suçun konusunun yok edilebilme ihtimalinin mevcut olduğu hâllerde, kolluğun Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndan aldığı yetki ile ve mesleki tecrübesine dayanarak kişilerin yanlarında bulunan çantalarına bakabileceği, kaba üst araması yapabileceği halde usul ve yasalara uygun şekilde suçun konusu esrarın ele geçirildiği temyize konu dosyada ele geçirme işleminin usule aykırı olduğundan bahisle bozulmasına karar verilmesi usul ve yasalara aykırıdır." görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 10. Ceza Dairesince 15.11.2021 tarih ve 11662-11706 sayı ile itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

III. UYUŞMAZLIK KONUSU

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyumsuzluk; sanığa atılı uyuşturucu madde ticareti yapma suçuna ilişkin olarak yapılan arama işleminin hukuka uygun olup olmadığının, bu bağlamda eksik araştırma ile hüküm kurulup kurulmadığının belirlenmesine ilişkindir.

IV. OLAY VE OLGULAR

İncelenen dosya kapsamında;

10.2013 tarihli olay tutanağına göre; ... Bayrampaşa İlçe Emniyet Müdürlüğü Güven Timleri Büro Amirliği görevlilerince, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla 13.10.2013 tarihinde saat 13.15 sıralarında, şehirler arası otobüs terminalinde gerçekleştirilen devriye görevi esnasında, 67-68 numaralı peronun bulunduğu yerde faaliyet gösteren ... Seyahat adlı otobüs firmasının çevresinde tedirgin davranışlar sergileyerek dolaşan ve elinde bir adet poşet bulunan şahsın durumundan şüphelenildiği, görevlilerce takip edilmeye başlanan şahsın kısa bir süre sonra, adı geçen firmaya ait olan ve saat 13.40'da ...'dan ...'a hareket etmek üzere peronda bekleyen otobüse binip aracın en arkasına giderek elindeki poşeti koltukların üzerinde bulunan el bagajı bölümüne yerleştirdiği, otobüsün orta kapısının bulunduğu bölüme gelip su aldıktan sonra araçtan indiği görevlilerce yanına yaklaşılarak, polis tanıtma kartları gösterildikten sonra yapılan kimlik kontrolü neticesinde şahsın sanık ... olduğunun tespit edildiği, ardından sanık tarafından otobüsün el bagajı bölümüne bırakılan poşetin kontrol edilebilmesi amacıyla bulunduğu yerden alındığı, görevlilerce poşetin içi kontrol edildiğinde; kahverengi bantla paketlenmiş olan ve daralı ağırlığı 1067 gram gelen suç konusu esrarın ele geçirildiği, konuyla ilgili Cumhuriyet savcısına bilgi verildiğinde sanık hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan işlem yapılması talimatının alındığı,

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

... Kriminal Polis Laboratuvarının 20.11.2013 tarihli raporlarına göre; net 1013 gram yeşil renkli toz maddenin esrar olduğu,

Anlaşılmıştır.

V. GEREKÇE

A. İlgili Mevzuat ve Öğretide Uyuşmazlık Konusuna İlişkin Görüşler

Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Çeşitleri

a. 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 (... , Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin, 1999, 1. Bası, s.18.).

Arama; kişilerin konutları, ... 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 ... veya yöntemler kullanılmaksızın bakılması arama hükümlerine tabidir.

b. 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.

i. Önleme Araması

Genel emniyet ve asayişin korunması ile tehlikelerin önlenmesi amacıyla başvuru olan önleme araması; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 9 ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 18-26. maddelerinde düzenlenmiş olup Yönetmelik'in 19. maddesinde; "Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel ... 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. 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 (... , Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin, 4. Baskı, 2016, s. 381-382.).

Önleme araması ancak kanunda öngörülen yerlerde yapılabilir. 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 işyerlerinde 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 ... 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. PVSK'nın 9. maddesinin 6. fıkrası uyarınca spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların olduğu 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 sürecektir ve dünyanın bir çok ülkesinden sporcu ve izleyicilerin katılacağı bir spor organizasyonunda yaşanabilecek kamu düzenini bozucu nitelikteki olayların ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla makul sebep oluşması hâlinde yapılacak bir önleme aramasının geçerlilik süresi organizasyon süresi kadar olabileceği gibi, başka olaylarda duruma göre bir gün süreli, hatta saatli önleme araması kararlarının verilmesi de mümkündür. Her hâlükârda bu sürenin aramanın haklı kıldığı süreden fazla olmaması lazımdır. Önleme aramasının da kişilerin temel hak ve özgürlüklerine bir müdahale niteliğinde bulunması nedeniyle, makul bir sebep olmadığı hâlde verilen uzun süreli önleme araması kararı görünürde yasal olsa bile hukuka uygun olmayacaktır. Aynı şekilde makul bir sebep yokken belli periyotlarla yenilenmek suretiyle süreklilik arz edecek ve genel arama izlenimi verecek şekilde önleme araması kararı verilmesi de hukuka aykırı olacaktır.

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

Önleme araması niteliğinde sayılmayan idari denetimler için herhangi bir arama emri veya kararına gerek yoktur. Bir yerin faaliyeti bakımından uymakla yükümlü bulunduğu kurallara uygun olarak çalışıp çalışmadığının tespiti bakımından o yerde yapılan işlem bir denetlemedir (... ..., 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 emri 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.

Öte yandan 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.

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 sebebini ortadan kalkması halinde kişilerin ve araçların ayrılmasına izin verilir.

Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez..." şeklindedir.

Söz konusu düzenlemeyle kolluğa, koşulları olduğu takdirde kişi ve araçları durdurma ve yoklama biçiminde kontrol yapma yetkileri tanınmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kolluk gerekli tedbirleri alabilecek ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılmasını istemeyecektir.

ii. 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 CMK'nın 116-134, PVSK'nın 2, Ek 4 ve Ek 6, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 9 ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5-17. maddelerinde düzenlenmiş olup Yönetmelik'in 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 (... Saygılar ... ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, 10. Baskı, 2016, s.492, ... 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, ... yeri veya ona ait diğer yerlerdir. Adli aramanın günün her saatinde yapılması mümkün olmakla birlikte konutta, ... 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 Yönetmelik'in 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, ... 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 aranan kişinin veya suç delillerinin, belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır. Ancak bu sınırlama şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler bakımından geçerli değildir.

CMK'nın 119. maddesinin 2. fıkrası gereğince arama kararı veya emrinin belli bazı bilgileri içermesi zorunludur. 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 ulaşamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile yapılabilecektir. Konutta, ... yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda sadece hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılması mümkündür. Ancak bazı durumlarda hâkim kararı ve yazılı arama emri bulunmasa dahi arama yapılabilecektir. 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. maddesinin 4. fıkrası 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 ... Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız-İlker ..., Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, 9. Baskı, 2017, s. 305.). Yakalanan kişinin üstündeki kıyafetlerin tamamen çıkarılması ve beden çukurlarının aranması ise mümkün değildir.

PVSK'nın Ek 4. maddesinin 1. fıkrasındaki; "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. maddesindeki;

"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 hukuka aykırı aramaya ilişkin düzenlemelere değinilmesinde fayda bulunmaktadır.

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 Mahkemesinin 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 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 müeyyideleri ortaya çıkabilecektir.

Aramanın hukuka aykırı olmasının ceza muhakemesi açısından sonucu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınmamasıdır.

CMK'nın "Delilleri takdir yetkisi" başlıklı 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 "Delillerin ortaya konulması ve reddi" başlıklı 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 "Hükümün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar" başlıklı 230. maddesinin 1. 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. 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 ... yerleri bakımından hukuka aykırı aramalar ise 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 CMK'nın 141. maddesinin birinci fıkrasında aramanın amacıyla orantılı olmayacak biçimde ölçüsüz gerçekleştirilmesi durumunda kişilerin maddî ve manevî her türlü zararlarını Devletten isteyebilecekleri öngörülmüştür.

B. Somut Olayda Hukuki Nitelendirme

... Bayrampaşa İlçe Emniyet Müdürlüğü Güven Timleri Büro Amirliği görevlilerince, suç işlenmesinin

önlenmesi amacıyla 13.10.2013 tarihinde saat 13.15 sıralarında, şehirler arası otobüs terminalinde gerçekleştirilen devriye görevi esnasında, 67-68 numaralı peronun bulunduğu yerde faaliyet gösteren ... Seyahat adlı otobüs firmasının çevresinde tedirgin davranışlar sergileyerek dolaşan ve elinde bir adet poşet bulunan sanığın durumundan şüphelenildiği, görevlilerce takip edilmeye başlanan sanığın kısa bir süre sonra, adı geçen firmaya ait olan ve saat 13.40'da ...'dan ...'a hareket üzere peronda bekleyen otobüse binip aracın en arkasına giderek, elindeki poşeti koltukların üzerinde bulunan el bagajı bölümüne yerleştirdiği otobüsün orta kapısının bulunduğu bölüme gelip su aldıktan sonra araçtan indiği yanına yaklaşp kendisini durduran görevlilerce yapılan kimlik kontrolünden sonra sanık tarafından otobüsün el bagajı bölümüne yerleştirilen poşetin kontrol edilebilmesi amacıyla bulunduğu yerden alındığı, poşetin içi kontrol edildiğinde suç konusu esrarın ele geçirildiği olayda;

Görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde gerek edinilen bilgi, ihbar veya şikâyet üzerine gerekse kendiliğinden bir suçla karşılaşan, bu kapsamda olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne ya da malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması veya bozulmaması için gerekli tedbirleri almakla görevli ve yetkili olan kolluk görevlileri, tüm işlemlerini hukuka uygun olarak yapmakla mükelleftirler. Hukuk kuralları içinde hareket edilmemesi durumunda ise yapılan işlemlerin ya da yürütülen faaliyetlerin, kaynağı hukuki olmadığından keyfilik olarak değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Diğer taraftan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında ... olarak kullanılan delillerin hukuka uygun olarak elde edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar ceza mahkemesi sistemimizde, bir hususun hangi delille ispat olunacağı konusunda sınırlama getirilmemiş ise de maddi gerçek ancak, hukuk kuralları içinde ve hukuka uygun şekilde elde edilen deliller ile araştırılmalıdır. Maddi gerçeğe ulaşma gayesiyle delil elde edilmeye çalışılırken, hukukun ve ceza muhakemesinin temel ilkelerinden ödün verilmesi mümkün değildir.

Sanığa ait olduğu anlaşılan ve içinde suç konusu esrarın ele geçirildiği poşette yapılan arama işleminin, PVSK'nın 4/A maddesi kapsamında gerçekleştirilen ve önleyici nitelikte bir tedbir olan yoklama biçiminde kontrol olarak değerlendirilemeyeceği, aksinin kabulünün keyfi ve ölçüsüz uygulamalara sebebiyet verip temel hak ve özgürlüklerin ihlali sonucu doğuracağı, uyuşturucu maddenin görevlilerce ele geçirilme anına kadar suçüstü hâli söz konusu olmadığı gibi dosya kapsamı itibarıyla derhâl işlem yapılmadığı takdirde işlendiği iddia edilen suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolacağına dair, diğer bir anlatımla gecikmesinde sakınca bulunan bir hâle ilişkin hiçbir bilgi ve belgenin de bulunmadığı, bu bakımdan sanığa ait poşette gerçekleştirilecek arama işlemi için, CMK'nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca adli arama kararı veya Cumhuriyet savcısından yazılı emir alınması ya da PVSK'nın 9. maddesi gereğince usulüne uygun olarak alınmış, olay yeri ve tarihini kapsayan bir önleme araması kararının gerekli olduğu, ancak dosya kapsamında bu tür bir arama kararı ya da yazılı arama emrine rastlanmadığı, suç konusu uyuşturucu maddenin 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; sanığa ait poşette arama yapılmasına olanak sağlayan adli arama kararı veya yazılı arama emri ya da olay yeri ve tarihini kapsayan önleme araması kararı bulunup bulunmadığının araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu kabul edilmelidir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

VI. KARAR

Açıklanan nedenlerle;

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının REDDİNE,

Dosyanın, mahalline gönderilmesi üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 29.03.2023

tarihinde yapılan müzakerede oy birliğiyle karar verildi.