

# Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi\*

*(Legal Assessment of Evidence Collected during Illegal Search in Criminal  
Procedure in Light of Precedents of Civil Supreme Court)*

Recep GÜLŞEN\*\*

## Öz

Hukuka aykırı deliller ve değerlendirilmesi konusu, ceza muhakemesi hukuku açısından en önemli sorunlardan birini oluşturmaktadır. Maddi gerçeğin hukuka uygun bir şekilde araştırılması ve değerlendirilmesi adaletin sağlanması açısından önem taşımaktadır. Aramaya ilişkin hakim kararının bulunmaması, arama kararı içeriğinin belirsiz olması, arama kararı olmadan kişinin rızasına dayalı olarak aramanın gerçekleştirilmesi, arama tanıklarının bulunmaması dolayısıyla elde edilen doğrudan veya dolaylı deliller hukuka aykırı sayılmalıdır. Bu durumlarda, esas etkileyecek önemli bir şekli hukuka aykırılık söz konusu olmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Delil, hukuka aykırı deliller, hukuka aykırı arama, hukuka aykırı arama dolayısıyla elde edilen deliller

---

\* Geliş Tarihi: 06. 11. 2015, Kabul Tarihi: 21. 12. 2015.

\*\* Prof. Dr.

## Abstract

The problem of due assessment of improperly obtained evidences remains as one of the most issues of criminal procedure. The proper investigation and evaluation of material truth in criminal proceedings is essential for the court to reach a just ruling. The absence of the warrant during the search, or ambiguous content of the warrant, or a search done with an agreement of the person but without warrant, absence of witnesses during the search, directly or indirectly makes the search and found evidences illegal. Here we will have serious breach of the law because of non-compliances with procedural rules.

**Keywords:** Evidence, improper and illegal evidences, illegal search, improper evidences found during illegal search

## 1) GENEL OLARAK

Hukuka aykırı deliller konusu, ceza muhakemesi hukuku açısından en geniş ve hassas konulardan birini teşkil etmektedir. Ceza muhakemesi hukukunda, yüklenen suçun hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispatlanabileceği kabul edildiğinden (CMK m.217/2), hukuka uygun bir şekilde maddi gerçeğin araştırılması ve hükmün de hukuka uygun olan delillere göre verilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, tüm delillerin ve dolayısıyla delil bulmaya ilişkin başvuru yöntemlerinden önemlilerden biri olan aramanın da kanunda öngörülen şartlarda ve her türlü şüpheden uzak bir şekilde yapılmasının sağlanması için aramaya ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanunu ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde, arama kimin karar vereceğinden nasıl yapılacağına kadar ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir kararında, kanunda öngörülen usullere uyulmadan yapılan bir aramanın hukuka aykırı olacağını, bunun da adil yargılamanın ihlaline yol açacağını belirtmiştir<sup>1</sup>.

Bu çalışmada bazı Yargıtay kararları bağlamında arama nedeniyle elde edilen hukuka aykırı delillerin ilgili kişi hakkında nasıl değer-

<sup>1</sup> Bu konuda bkz. **Devrim Aydın:** Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.100.

lendirildiği ve değerlendirilmesi gerektiği konusu üzerinde durulmuştur. Bu hususta arama kararının bulunmaması; aramanın rızaya dayalı olarak gerçekleştirilmesi; makul şüphe olmadığı halde verilen arama kararının içeriğinin belirsiz olması; arama tanıklarının bulunmaması açılarından hukuka aykırı delillere ilişkin olarak durum değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu hususta önce ilgili Yargıtay kararlarına yer verilmiş ve daha sonra doktrindeki diğer görüşler de belirtilmek suretiyle görüşümüz açıklanmıştır.

## **II) ARAMAYA İLİŞKİN HAKİM KARARININ BULUNMAMASI DOLAYISIYLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA AYKIRILIĞI SORUNU**

### **A. İZİNSİZ HİNT KENEVİRİ EKME OLAYI AÇISINDAN**

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 29.11.2005 tarih ve E.2005/7-144 ve K.2005/150 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, evinin damında hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, Narkotik Şube görevlilerince 24 Mayıs 2001 Perşembe günü 11.00 sıralarında, eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hakim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir.

Yerel Mahkeme, iddia ve sanığın ikrarı dışında, olayla ilgili olarak düzenlenen tutanaklar, ekspertiz raporu ve emanette bulunan uyuşturucu madde gibi diğer kanıtlara da dayanmak suretiyle, sanığın uyuşturucu niteliğindeki esrar maddesi elde edebilmek amacıyla evinin damında 50 kök Hint keneviri dikip yetiştirdiğini kabul ederek bu suçtan cezalandırılmasına karar vermiş; Yargıtay Özel Dairesi, hukuka aykırı gerçekleştirilen arama sonucunda elde edilen delilin hükümde esas alınamayacağını, başkaca delille desteklenmeyen soyut ikrarın da mahkumiyet için yeterli bulunmadığını belirterek hükmü bozmuştur. Yargıtay C.Başsavcılığı; somut olayda sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinde hakim önündeki ikrarının özgür iradesine dayanması ve bu ikrarın başkasının suçunu üstlenmeye yönelik olduğunun ileri sürülmemesi karşısında kabule değer bir delil niteliğinde bulunduğunu, dolayısıyla sanığın suçunun sabit olduğunu belirterek itiraz yasa yoluna başvurmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre ise, sanığın suçlama ve arama işlemi ile ilgisi bulunmayan eşinin aramaya rıza göstermesi, hakim kararı alınması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve yapılan işleme hukuki geçerlilik kazandıracak bir husus değildir. Öte yandan, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmede sakınca bulunduğu belirtilmemiştir. Ayrıca dosya içeriğinde, şehir merkezindeki bir konutta çalışma gün ve saatleri içerisinde gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır. CMUK'nun 254. maddesine eklenen ikinci fıkradaki; "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz" emredici kuralıdır. Delil yasakları ile ilgili genel ve kapsayıcı nitelikteki bu prensip uyarınca, hükme esas alınması mümkün bulunmayan deliller, "hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller"dir. Nitekim, Ceza Genel Kurulunun 8.4.2003 gün ve 30-98 sayılı kararında; suç örgütü ile ilgili soruşturmada telefon konuşmalarının hakim kararı olmaksızın dinlendiği ve kayda alındığına işaret edilmek suretiyle, "....1412 sayılı CMUK'nun 254. maddesinin açık hükmü uyarınca, hukuka uygun olarak elde edildiği saptanamayan bu ses kayıtlarının kanıt olarak hükme esas alnamayacağı" belirtilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre, Yerel Mahkeme hükmünden sonra 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 148. maddesinde de ifade alma ve sorgudaki yasak usuller örneksime yoluyla ve sayılanlarla sınırlı olmayacak biçimde gösterilmiş, ayrıca önceki yasal düzenlemeye benzer biçimde, "yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği" hükme bağlanmıştır. Keza CMK'nun 217. maddesinin ikinci fıkrasında, "yüklenen suçun, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği" belirtilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, hukuka uygun olarak elde edilmeyen deliller, yeni ceza yargılama sistemimizde de ispat aracı olarak kabul edilmemiştir. Kaldı ki, CMK'nun 230. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, delille-

rin 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. Açıklanan pozitif hukuk normları ve uygulamayı yansıtan yargısal kararlar karşısında belirtmek gerekir ki; “hukuka aykırı biçimde” elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamaz. Bu bakımdan, sanığın konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının Yerel Mahkemece hükme esas alınması isabetsiz bulunmuştur.

**Ceza Genel Kurulu açısından, esasen somut olayda; aramanın hukuka aykırı olduğu ve sonucunda elde edilen delilin hükme esas alınamayacağı hususunda Yargıtay Özel Dairesi ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında bir görüş farklılığı bulunmamaktadır. Çözümü gereken uyuşmazlık, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi delil dışındaki diğer delillerin, bu bağlamda hakkındaki ihbar ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkumiyet için yeterli olup olmadığı hususunda toplanmaktadır.** Yüksek Mahkemeye göre, amacı isnada konu maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza yargılamasında, somut olaya münhasır delillerden biri de “beyan” delilidir. Beyan, tanığa, sanığa veya sanığın dışındaki taraflardan birine ait olabilir. Sanığın isnat bakımından önemli görülen olayları beyanıyla kabul etmesi şeklinde tanımlanabilecek olan ikrar; eylem hakkında en çok bilgisi bulunanın beyanı olması, soruşturmayı esaslı surette kolaylaştırması, özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun bulunması halinde yargıcın vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması ve inkarın zıddı olarak sanığın eylemi ile ilgili tutumunun yansıma şekillerinden birini oluşturması itibarıyla önemli bir beyandır. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda öngörülen sistemde, ikrarın delil oluşturması bakımından, hakim önündeki ikrar ile hakim önünde olmayan ikrar arasında fark öngörülmüş ve bunlardan ikincisine delil kıymeti verilmiştir. (CMUK m.247) Hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 213. maddesinde ise, sanığın hakim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcılığı tarafından alınan ifadelerin duruşmada okunabilmesi kabul edilerek,

savcı tarafından alınan ifadelere de delil olma değeri tanınmıştır. Buna karşılık, şüphelinin kollukça alınan ifadesine ilişkin tutanağın duruşmada okunabilmesi için, kollukta ifade alındığı sırada müdafinin hazır bulunması koşulu aranmıştır. Görüldüğü gibi, her iki yasal düzenlemede de, hakim önündeki ikrarın delil niteliği bulunduğu kabul edilmiştir. Ancak, vicdani delil sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda, özgür iradeye dayalı olan ikrarın da, diğer tüm deliller gibi yargıç tarafından serbestçe takdir edilip değerlendirilmesi gerekir. Gerçekten de, bir kimsenin suçlu olmadığı halde kendisini suçlu sayması veya bir başkasının suçunu kabullenmesi mümkündür. O halde, ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, kuşkudan arınmışlığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da gözönünde bulundurulmak suretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir.

**Sonuç olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında oy çokluğu ile verdiği kararına göre, somut olayda; soruşturmaya, sanığın evinde hint keneviri bitkisi yetiştirdiği yolundaki bir ihbar üzerine başlanmıştır. Sanık ise, gerek sulh ceza hakimince gerekse mahkemece tüm yasal hakları hatırlatılarak sorguya çekildiğinde; 25 yıldır uyuşturucu kullandığını, esrar elde etmek için olaydan iki ay önce evinin damına hint keneviri bitkisi ekip yetiştirdiğini, bunların yapraklarını kurutarak esrar elde edip içtiğini, bilahare hakkında ihbar vaki olduğunu ikrar etmiş; temyiz dilekçesinde dahi hint keneviri bitkisi yetiştirdiğini, ancak bunların cüz'i miktarda olduğunu belirtmiştir. Sanığın eskiden beri uyuşturucu kullandığı ve hint keneviri bitkisi yetiştirdiği yolundaki bu anlatımları, celbedilen adli sicil kaydıyla da doğrulanmıştır. Öte yandan, başkası adına suç üstlendiği iddia edilmediği gibi, dosya içeriğine göre böyle davranmasını gerektirecek bir neden de bulunmamaktadır. Çok uzun yıllar uyuşturucu kullanması ve uyuşturucuyu yetiştirdiği hint kenevirlerinden elde etmesi karşısında, ektiği bitkinin cinsi ile ilgili muhtemel yanılığısından**

**da söz edilemez. Sanık başlangıçtaki ikrarını aşamalarda istikrarlı biçimde sürdürmüştür. Kaldı ki, ikrardan dönülmüş olsa dahi, bu durum ancak ikrarın gücünü zayıflatacak bir husus olarak görülebilir; ikrarın delil olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, hakkındaki ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanığın ihbarla uyumlu olup hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde elde etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekme suçu sübuta ermiştir.**

## **B. SAHTE RAKI OLAYI AÇISINDAN**

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 17.11.2009 tarih ve E.2009/7-160 ve K.2009/264 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, "... K... Y... Caddesi G... Sokak içerisinde 12 sayılı yerin giriş katında sahte rakı imalatı yapan bir şahıs bulunduğu ihbar edilmesi üzerine belirtilen adreste yapılan aramada, birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik varil içinde saf alkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş, bunun üzerine sanık hakkında kamu davası açılmış olup, yapılan yargılama sonunda mahkumiyet hükmü kurulmuştur.

Sanık müdafii tarafından temyiz edilen bu hüküm, dosyayı inceleyen Yargıtay 7. Ceza Dairesi tarafından; alınan ihbar üzerine suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 97. maddesi uyarınca hakimden alınacak arama kararı ile ya da gecikmesinde sakınca varsa bu husus belirtilerek yetkili merciin yazılı veya sözlü arama emri ile sanığın işyerinde (deposunda) arama yapılması gerekirken, ilçe merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu da belirtilmeden, hakim kararı da olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen delile dayanılarak sanığın mahkumiyetine ilişkin olarak verilen karar oyçokluğuyla bozulmuştur. Yargıtay C.Başsavcılığı'nca ise, arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonunda ele geçi-

rilen kanıtın hükme esas alınmayacağı kabul edilmekle birlikte, ihbar üzerine başlatılan soruşturma sürecinde sanığın ihbarla uyumlu tevilli ikrarı karşısında sanığın sahte rakı imal etmek suçunun sübuta erdiği, gerekçeleriyle itiraz yasa yoluna başvurulmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun oy çokluğu ile verdiği karara göre, arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemelere göre, arama ancak hakim kararıyla mümkündür. C.Savcıları ile onun yardımcıları sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için bir ön koşul olarak, gecikmesinde sakınca umulan halin gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de, ilgilinin hakime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır. Somut olayda şüphelinin işyeri olduğu iddia edilen yerde, sahte rakı imal edildiğinin ihbarı üzerine, hakim kararı alınmaksızın, yapılan aramada birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik varil içinde saf alkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş ise de, düzenlenen tutanakta gecikmede sakınca bulunduğuna ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içeriğinde de, gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre, "hukuka aykırı biçimde" elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamaz. Bu itibarla; sanığın işyerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi kanıt ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmasında isabet bulunmamaktadır. **Esasen somut olayda; aramanın hukuka aykırı oldu-**



ğu ve arama sonucunda elde edilen kanıtın hükme esas alınamayacağı hususunda Yargıtay Özel Dairesi ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında da bir görüş farklılığı söz konusu değildir. Çözümü gereken uyuşmazlık, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi kanıt dışındaki diğer kanıtların, bu bağlamda hakkındaki ihbar ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkumiyet için yeterli olup olmadığı hususunda toplanmaktadır. Görüldüğü gibi, dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar C.Başsavcılığı'nca, ihbar tutanağı ve sanığın ikrarı ile suçun sabit olduğu ileri sürülmüş ise de, ihbar sonucu elde edilen kanıtlara itibar edilemeyeceğinden, ihbarın da bu anlamda bir kanıt değeri bulunmayacaktır. Diğer yönden, dosyada sanığa ait bir ikrar bulunmadığı gibi, bir an için sanığın ikrarının olduğu kabul edilse dahi, maddi kanıtlarla desteklenmeyen ve özgür irade ürünü olmayan bu ikrara da dayanılması mümkün değildir.

### C. İZİNSİZ OLARAK KİTABIN ÇOĞALTILMASI OLAYI AÇISINDAN

7. Ceza Dairesinin 22.2.2007 tarih ve E.2004/5671, K.2007/1111 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, müşteki vekilinin, sanığın işyerinde müvekkili yayınevine ait kitabı izinsiz olarak fotokopi yoluyla çoğalttığı iddiasıyla Cumhuriyet savcılığına şikayet dilekçesinin Cumhuriyet savcılığınca gereğinin yapılması için zabıtaya havalesi üzerine; ilçe merkezinde, hakim kararı olmadan ya da gecikmesinde sakıncalı bir hal ileri sürülerek Cumhuriyet Savcısı veya diğer yetkililerce verilmiş bir emir de bulunmadan 19.10.2001 günü işyerinde yapılan aramada fotokopi yoluyla çoğaltılmış iki nüsha kitap bulunmuş, yapılan yargılama sonunda ticari amaçla çoğaltmaya ilişkin kanıt olmadığından yerel mahkemece sanığın beraatine karar verilmiştir. 30.12.2002 tarihli bu hükmün Yargıtay'ca incelenmesi müdahil vekili tarafından süresinde istenilerek dava evrakı Cumhuriyet Başsavcılığının bozma isteyen 09.01.2004 tarihli tebliğnamesiyle dava dosyası 7. Ceza Dairesine gelmiştir.

Bu dairenin kararına göre, arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nun arama ile ilgili 97. maddesinde

“Aramaya karar vermek selahiyeti hakimindir. Ancak tehirinde mazarat umulan hallerde Cumhuriyet müddeiumumileri ve müddeiumumilerin muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler” hükmü bulunmaktadır. Bu yasal düzenlemeye göre arama esas itibariyle ancak hakim kararıyla mümkündür. C.Savcılarını ile onun yardımcılarını sıfatıyla emirlerini verme getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnaidir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için önşart olarak, gecikmesinde sakınca bulunan halin gerçekleşmesi gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunduğundan söz edebilmek için ise, ilgili merciin; hakime başvurup, karar aldıktan sonra tedbiri (aramayı) uygulamak istemesi halinde, o tedbirin (aramanın) uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydanın elde edilememesi söz konusu olmalıdır.

Somut olayda ise, sanığın işyerinde arama yapılmadan önce hakim kararı alınmamıştır. Öte yandan kolluk tarafından düzenlenen tutanaklarda gecikmesinde sakınca bulunan bir halden de söz edilmemiştir. Kaldı ki Salihli gibi bir ilçe merkezinde bir iş yerinde çalışma gün ve saatleri içerisinde hakim kararı alınmasının gecikmede sakınca yaratacağını düşündürecek bir belge ve bilgi de dosya içerisinde bulunmamaktadır. Dolayısıyla C.Savcısı ve kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirilen bu arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, yerel mahkemenin beraat kararı bu gerekçeyle onanmıştır.

#### D. SİYAH POŞET OLAYI AÇISINDAN

Yargıtay 2. Ceza Dairesinin, 20.11.2013 tarih ve E.2012/29290, K.2013/27219 sayılı bir kararı açısından, kolluk görevlileri tarafından düzenlenen 30.12.2009 tarihli tutanağa göre, gündüz vakti saat 16:00 sıralarında cadde üzerinde devriye görevi sırasında durumu şüpheli görülen ve çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu bilinen sanığın durdurularak elinde bulunan siyah poşette yapılan aramada, ambalaj içinde bir adet erkek kazağının bulunduğu, sanığın söz konusu kazağı “Alınterim” isimli işyerinden birinin defolu diye verdiğini beyan etmesi üzerine anılan iş yeri sahibi Murat ile yapılan görüşmede, kaza-

ğın kendilerine ait olup iş yerlerinin önünde bulunan sepetten alınmış olduğunu, ancak para ile mi, parasız mı alındığını bilmediğini belirtmesi nedeniyle sanığın yapılan üst aramasında emanette kayıtlı olan ve 6136 sayılı Yasa kapsamında olduğu belirlenen sustalı çakının ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında; gündüz vakti cadde üzerinde yürürken kolluk güçlerince durdurulan sanığın elinde bulunan poşetin aranması için ortada “makul şüphe”yi gerektiren olgular ve buna bağlı olarak da arama kararı veya emri verilebilmesinin koşulları bulunmadığı halde, sanık hakkında yalnızca “çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu” gerekçesiyle, hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu elde edilen deliller ile buna ilişkin düzenlenen tutanağa dayanılarak, atılı hırsızlık ve 6136 sayılı Yasa’ya aykırılık suçlarından sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi hukuka aykırıdır.

## E. YUKARIDA BELİRTİLEN OLAYLARA İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ

Her şeyden önce belirtelim ki, Kıta Avrupa hukuk sistemine göre, delil yasaklarının görevi insan haklarıyla temel hak ve hürriyetleri korumak iken, Anglo-Amerikan hukuk sistemi açısından ise, kolluğu disiplin altına almaktır<sup>2</sup>. Ceza Muhakemesi Kanununun 217. maddesi uyarınca, yüklenen suç ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebilir. Anayasanın 38/8. maddesine göre de, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Bu düzenlemelerden hareketle, suçun hukuka aykırı delillerle ispat edilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Böylece, hukuk sistemimizde hukuka aykırı deliller açısından Anglo-Amerikan sisteminde olduğu gibi, mutlak değerlendirme yasağı öngörülmüş olmaktadır<sup>3</sup>.

Yukarıda zikredilen olaylarda Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve ilgili ceza daireleri, hakim kararı olmaksızın arama yapılmasının hukuka aykırı olduğunu ve dolayısıyla hukuka aykırı şekilde elde edilen delil-

<sup>2</sup> **Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/F.Saygılar Kırt/Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erdem:** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 4.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012, s.371-372.

<sup>3</sup> **Nur Centel/Hamide Zafer:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.Baskı, Ankara, Beta Yayınları, 2008, s.660-661.

lerin geçersiz olduğunu kabul etmiştir. Burada Yargıtay, hakkın özünü zedeleyen usulsüzlüklerde usulsüz elde edilen delilin değerlendirme dışı bırakılması gerektiğine haklı olarak hükmetmiştir<sup>4</sup>.

Gerçekten, konutta ve kamuya açık olmayan kapalı işyerlerinde yapılan aramalar ile üst aramaları ve diğer yerlerin aranmaları açısından kural olarak hakim kararının gerekliliği (CMK m.119/1), kişi özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığının korunmasının güvencesi olarak konulmuştur. Yasa koyucu, suçun ortaya çıkarılarak failin cezalandırılması ile elde edilen yarar ile yukarıda belirtilen temel hak ve özgürlüklerin korunması arasındaki denge açısından, Ceza Muhakemesi Kanununun 119. maddesiyle hakim kararı veya gecikmede sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emir veya konut ve kamuya kapalı işyerleri dışındaki yerler açısından kolluk amirinin yazılı emrinin varlığını zorunlu saymak suretiyle kişi hak ve özgürlükleri lehine düzenlemeye gitmiştir. Bu itibarla, hakim kararının gerekliliğini ortadan kaldıracak veya gereksiz kılacak şekilde menfaatlerin dengelenmesi teorisine başvurmak suretiyle hukuka aykırı arama dolayısıyla elde edilen delillerin değerlendirilmesi gerektiği kabul edilemez.

Yine kanaatimizce, aramanın hukuka aykırı olduğu kabul edildikten sonra, elde edilen ikrarın da hukuka aykırı sayılması gerekir. Zira zehirli ağacın meyvesi de zehirli olmak icap eder. Aksi takdirde kişi özgürlükleri açısından arama için şart koşulan hakim kararı bertaraf edilmiş olacaktır. Bu itibarla, kanuna aykırı şekilde yapılan bir arama sonucunda elde edilen delilin de kanuna ve dolayısıyla hukuka aykırı olacağı açıktır. Aksi durumun kabulü halinde, soruşturma ve kovuşturma makamlarının Ceza Muhakemesi Kanununa aykırı şekilde soruşturma işlemlerinden ve delil elde etme yollarından biri olan aramaya başvurusu kişi özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığının korunmasını kaldıran ve önemli ölçüde azaltan bir keyfiliğe yol açılacaktır. Nitekim, gecikmede sakınca hallerinde Cumhuriyet savcısına ve kolluğa arama imkanı veren 1412 sayılı eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 97. maddesinin birinci fıkrası

<sup>4</sup> **Vahit Bıçak:** Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s.456-457. Benzer görüş için bkz. **Süheyl Donay:** Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s.222.

sının ikinci tümcesi, Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde yapılan değişikliklerle sağlanan "yazılı emir" güvencesinden yoksun kalması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin 6.5.2006 tarih ve 26160 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 12.10.2005 gün ve E.2003/38, K.2005/63 sayılı kararı ile haklı olarak iptal edilmiştir. Bu bakımdan, kanuna aykırı şekilde arama sonucu elde edilen delillerin psikolojik baskısı altında kişinin suça ilişkin ikrarının da geçersiz sayılması gerekmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yukarıda açıklanan sahte rakı olayına ilişkin içtihadına katılmakla birlikte, izinsiz hint keneviri olayına ilişkin içtihadına bu gerekçelerle katılmamaktayız.

Kuşkusuz, kanun ve yönetmeliğe uygun şekilde yapılan arama dolayısıyla elde edilen deliller hukuka uygun olacaktır. Nitekim 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 97. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 15.3.2005 tarih ve E.2005/10-15 ve K.2005/29 sayılı kararına göre, sanığın, üzerindeki esrarı atmak veya saklamak biçiminde kabul edilebilecek davranışlarda bulunmak suretiyle kuşku uyandırması, olayın pazar-yeri gibi kalabalık bir ortamda gelişmesi nedeniyle delillerin yok edilebilmesi olasılığının yüksek olması karşısında eski CMUK'nun 97. maddesinde belirtilen "gecikmesinde sakınca bulunan" halin somut olayda gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, aynı yasa maddesi uyarınca, emniyet amir vekilinin de arama kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, arama ile elde edilen delil hukuka aykırı sayılmamıştır.

Belirtelim ki, 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlükte olan bu madde açısından kural hakim kararı olmakla birlikte, tehirinde mazarrat umulan hallerde kolluğa da arama yapma yetkisi tanınmıştı. Uygulamadaki keyfiliği önlemek ve temel hak ve özgürlükleri korumak amacıyla 1 Haziran 2005'den sonra Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan düzenleme ile (m. 119), aramada hakim kararı kural haline getirilmiş, **konut ve kamuya açık olmayan kapalı işyerlerinde gecikmede sakınca varsa** Cumhuriyet savcısının **yazılı emir** şart koşulmuş; diğer yerler bakımından ise **Cumhuriyet savcısına ulaşılmadığı hallerde kolluk amirinin yazılı emriyle** kolluk görevlilerinin arama yapmaları kabul edilmiştir. Bu bakımdan, adli arama konusunda hakim kararının olmadığı veya Cumhuriyet savcısının sözlü

emrinin bulunduğu durumlarda da elde edilen deliller hukuka aykırı sayılacaktır<sup>5</sup>.

Buna karşılık, yasal şartlara uygun yapılan aramada elde edilen deliller hukuka uygun sayılarak değerlendirilebilecektir. Uygulama da bu doğrultudadır. Yine Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinde belirtilen hallerde arama kararı veya emrinin gerekmeden kolluğun kendiliğinden arama yapabildiği hallerde<sup>6</sup> elde edilen deliller hukuka uygun kabul edilecektir. Örneğin, nezarethaneye konulmadan önce yapılan arama sırasında elde edilen delil, hukuka uygun olacaktır. Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 03.06.2013 tarih ve E.2012/34713, K.2013/16762 sayılı bir kararında, Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 4/A ve 13. madde ve fıkraları uyarınca, durumundan şüphelenilen ve durdurulan sanığın üzerini aratmamak için kolluk kuvvetlerine direniş gösterip kaçtığı, kovalamaca sonucu yakalandığı ve polis merkezine götürülerek yapılan üst aramasında sahte para ele geçirildiği bir olayda, arama işleminin usulüne uygun olduğu ifade edilmiştir.

### III) ARAMANIN RIZAYA DAYALI OLARAK GERÇEKLEŞTİRİLMESİ DOLAYISIYLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA AYKIRILIĞI SORUNU

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin, 03.07.2013 tarih ve E.2013/5127, K.2013/17549 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, kaçak eşyayı bilerek ticari amaçlı satışa arzetmekten dolayı yerel mahkeme tarafından mahkumiyet kararı verilmiş, bu karara karşı Adalet Bakanlığının arama kararı olmadan sanığın bagajında kaçak parfümler ele geçmiş olması karşısında, bu aramanın hukuka aykırı olması nedeniyle delil olarak kullanılamayacağı görüşüyle kanun yararına bozma talebini içeren dosya, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının ihbarnamesiyle iş bu daireye gönderilmiştir.

<sup>5</sup> Aynı doğrultuda bkz.Şemsettin Aksoy: Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s.156.

<sup>6</sup> Örneğin suçüstü hallerinde, meşru savunma veya zorunluluk hallerinde arama hali böyledir. Bu konuda bkz.Recep Gülşen: "Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gerekmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Ağustos 2010, Sayı:9, s.16 vd.

**Yargıtay'ın oy çokluğu ile verdiği karara göre, sanık araç bagajını kendi rızasıyla açmış olup, sanığın ihlal edilmesi halinde, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılarak sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada delil olarak kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır. Somut olayda, sahte ve kaçak parfüm insan sağlığına zararlı olduğu cihetle, yaşam hakkı diğer hakların üzerinde olup, arama ile ele geçen kaçak eşyanın delil olarak değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir durum söz konusu değildir.**

Oysa, bu karara karşıoydaki görüşte de belirtildiği gibi, olayda CMK'nın 119. maddesine göre arama için gerekli olan hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının veya kolluk amirinin yazılı emrinin alınmamasına rağmen aramanın gerçekleştirilmesi hukuka aykırı olup, bu şekilde elde edilen deliller de hukuka aykırı olacaktır. Somut olayda polisler, sanıklardan bagajın kapağını açmaları istedikleri için sanıklar, kapağı açmak zorunda kalmışlardır. Kaldı ki, gerek 1412 sayılı CMUK'da gerekse 5271 sayılı CMK'da rıza üzerine aramaya (muafakatlı arama) ilişkin olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 1 Haziran 2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin f bendinde, "ilgilinin rızası ile" yapılacak aramalarda hakim kararı veya yazılı emir alınmasına gerek olmadığına ilişkin bir düzenleme bulunuyordu<sup>7</sup>. Bu düzenleme, Danıştay'ın 13.03.2007 tarih ve E.2005/6392, K.2007/948 sayılı kararı ile haklı olarak iptal edilmiştir. Bu itibarla, rızalı arama ile elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır.

<sup>7</sup> Doktrinde, rızalı aramanın hakim kararı şartını ortadan kaldırdığı ileri sürülmektedir. Bkz. **Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu**: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 17.Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2010, s.299. Buna karşılık, aramaya ilişkin rızanın herhangi bir şekilde sağlanıp yasal koşulun dolanılması sağlandığından "muafakatlı arama"nın, adil yargılama ilkesine aykırılık oluşturabileceği haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014, s.377. Şüpheli ve sanığın rızasıyla aramanın hukuka aykırılığı savunan diğer görüş için bkz. **Yener Ünver/Hakan Hakeri**: Ceza Muhakemesi Hukuku, 10.Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.402-403; Donay, s.222.

Diğer yandan hakların ihlalinde karşılaştırma yapılarak hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinin yolunun açılması, kanuni düzenlemeye rağmen uygulayıcılara keyfi hareket etmeye izin verdiği için kabul edilemez ve hukuk güvenliği ilkesine ve Anayasanın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

#### **IV) ARAMA KARARI İÇERİĞİNİN BELİRSİZ OLMASI DOLAYISIYLA ELDE EDİLEN DELİLİN HUKUKA AYKIRILIĞI SORUNU**

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin, 27.11.2013 tarih ve E.2013/5178, K.2013/23749 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, sanığın sahibi olduğu işyerinin de aralarında bulunduğu belirli bir adresteki 1'den başlayıp 25'e kadar olan işyerleri ve müstemilatının aranmasına ilişkin olarak Ankara 3. Sulh Ceza Mahkemesi hakimi tarafından karar verilmiş ve bu arama sonrasında sanığın işyerinde korsan kitap bulunduğundan bahisle 5846 sayılı kanunun 81/9. maddesi gereğince kamu davası açılmış ve sanığın mahkumiyetine karar verilmiştir.

Yargıtay bu kararında, CMK'nın 116/1, 119. maddesi ve Adli ve Önlleme Aramaları Yönetmeliğinin 6. ve 7. maddesi uyarınca "makul şüpheye" dayanılarak arama kararı veya emir verilebileceğini ve bu arama karar veya emrinde aramanın nedenini oluşturan fiil, aranacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, zaman süresi gibi hususların yer alması gerektiğini ifade ederek makul şüpheye ve bu hususlara dayanmadan verilen arama kararının hukuka aykırı olduğunu, bu karara istinaden aranan işyerinde ele geçen ve asıl delil niteliğini taşıyan kitapların bandrolsüz oldukları yolundaki bilirkişi raporuna dayanılmayacağını ve Anayasanın 38/6, CMK'nın 206/2-a, 217/2, 230/1. maddelerine nazaran hukuka aykırı olarak elde edilen bu delilin hükme esas alınamayacağını ve yerel mahkemece verilen mahkumiyet kararının yasaya aykırı olduğunu belirtmiştir.

Aynı gerekçelerle, Yargıtay'ın bu kararına iştirak etmekteyiz. Gerçekten, makul şüphe konusunda, Adli ve Önlleme Aramaları Yönetmeliğinin 6. maddesinde açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, 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 göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır. Bu bakımdan, suç şüphesinin somut vakıalara dayanması ve önemli dayanak noktalarının bulunması gerekli olup, soyut kuşkular yeterli olmayıp<sup>8</sup>, suçla mücadele eden kişilerin çoğu kere tecrübelere dayalı tavsiyeleri, tahmin, sanı ya da görüşleri makul şüphe sayılamaz<sup>9</sup>.

Makul şüphe olmadan, tahminen ve rastgele adli arama kararı veya emrinin verilmesi hukuka aykırıdır. Adli aramanın ilk ve en önemli şartı olan makul şüphe olmadan arama kararı veya emrinin verilmesi, aramanın temel dayanağının olmaması dolayısıyla elde edilen delil açısından da hukuka aykırılığa yol açacaktır. “Zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur” ilkesi gereğince bu durumda elde edilen delil kanıt değeri taşımayacaktır<sup>10</sup>. Nitekim, keyfi aramaları önlemek amacıyla, 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanununun 9. maddesiyle CMK’nın 116/1. maddesinde yer alan “makul” ibaresi “somut delillere dayalı kuvvetli” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, adli aramalar bakımından “makul şüphe” yerine “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” gerekli kılınmıştır. Ne var ki, 2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanununun 40. maddesiyle yeniden “makul şüphe” kriteri konulmuştur. Böylece, temel hak ve özgürlükler açısından bir geriye gidiş söz konusu olmuştur.

<sup>8</sup> Ünver/Hakeri, s.396-397.

<sup>9</sup> Özbek ve diğerleri, s.357-358, dn.270.

<sup>10</sup> **Kurtuluş Tayanç Çalışır**: Uygulamada Arama ve Elkoyma, Ankara, Adalet Yayınları, 2012, s.185.

## V) ARAMA TANIKLARININ BULUNMAMASI DOLAYISIYLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA AYKIRILIĞI SORUNU

### A. TAKLİT BORNOZ OLAYI AÇISINDAN

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.6.2007 tarih ve E.2007/7-147 ve K.2007/159 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, tekstil ürünleri satan bir işyerine sahip olan sanık, Ç ... Dokuma Mamülleri ve Ev Gereçleri Paz. İth. İhr. Dahili Tic. Ltd. Şti. adına tescilli desenleri taşıyan, fakat bu firma tarafından üretilmemiş olan taklit bornozları satışa arz etmiş vaziyette yakalanmıştır.

Bu olaya ilişkin olarak Ceza Genel Kurulu kararında, katılan vekilinin şikayeti üzerine, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca talep edildiğinden İstanbul 4. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 22.08.2002 gün ve 428 sayı ile verilen arama kararının usule uygun olduğu, bu karara göre; sanığa ait olduğu anlaşılan M... Tekstil isimli işyerinde ürünler doğrultusunda, bir defaya mahsus ve gündüzleyin arama yapılmasına izin verildiği, arama kararının ne şekilde infaz edileceğinin; aramanın yapıldığı 22.08.2002 tarihinde yürürlükte olan 1412 sayılı Yasanın 97. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği, 97. maddesinin 2. fıkrasında; "Hakim veya Cumhuriyet Müddeiumumisi hazır olmaksızın süknada veya iş görmeğe mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur." hükmünün yer aldığı, buna göre; somut olaydaki arama işlemi de işyerinde yapıldığına göre; arama sırasında; hakimnin veya Cumhuriyet Savcısının veya ihtiyar heyetinden iki kişinin veya iki komşunun hazır bulundurulmasının şart olduğu, oysa, dosyadaki uygulamaya bakıldığında; aramaya, iki adet polis memurunun, müşteki vekilinin ve sanığın katıldığı, bununla birlikte; yasanın bulunmalarını emrettiği yukarıdaki kişilerden hiçbirinin katılmadığının görüldüğü, öyleyse; aramanın şeklen hukuka aykırı olduğu yönünde ortaya çıktığı, bu durumda; arama hukuka aykırı ise; arama sonucunda elde edilen delillerin kullanılabilmesi mümkün müdür, sorusuna yanıt bulmak gerektiği, bu konuda yol gösterici yasal düzenlemenin 1412 sayılı CYUY. nın 254. maddesinin 2. fıkrasında yer aldığı, 242. maddesinin 2. fıkrasında; "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delil-

ler hükme esas alınamaz” şeklindeki düzenlemenin bulunduğu, metne ilk bakıldığında oluşan kanaatin, usule aykırı yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılamayacağı yönünde olduğu, nitekim aynı konunun; Genel Kurulunun 29.11.2005 gün ve 144-150 sayılı kararında da tartışıldığı ve netice olarak “arama kararı alınmadan hukuka aykırı biçimde yapılan arama sonunda elde edilen delillerin Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınmayacağına” karar verildiği, ancak, olayımızın daha farklı olduğu, zira; somut olayda, usulüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karar ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın da vaki olmadığı, hatta, sanığın “arama sonucunda ele geçen bornozların, kendi işyerinden ele geçirildiğine ilişkin” açık ikrarının mevcut olduğu, daha da önemlisi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın bulunmadığı, hal böyle iken; sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı, bir başka deyişle; sadece bu nedenle, ele geçen delillerin “hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil” olarak nitelene-meyeceği ifade edilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre, sanık hakkında yapılan ihbar sonucu raflardan elde edilmiş taklit ürünler ve bu ürünlerin taklit olduğunu belgeleyen bilirkişi raporu bulunmaktadır. Sanık, yargılamanın hiçbir aşamasında işyerinde yakalanan ürünlerin başkasına ait olduğunu veya emaneten konulduğunu iddia etmemiştir. Bilakis hazırlık aşamasında ve hakim huzurunda suça konu ürünleri satmak amacıyla aldığını ancak taklit ürün olduğunu bilmediğini iddia etmektedir. Dolayısıyla sanığın, ihbarla uyumlu hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ancak Yargıtay 7. Ceza Dairesi tarafından da kabul edilmeyen savunmaya dayalı ikrarı bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak elde edilen delil sanığın ikrarı, ürünlerin raflarda satışa hazır yakalanması ve bilirkişi raporu ile desteklenmelidir. Arama sırasında ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulunsaydı da delillerin takdirinde herhangi bir farklılık meydana çıkmayacaktır.

## B. RUHSATSIZ SİLAH BULUNDURMA OLAYI AÇISINDAN

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 13.03.2012 tarih ve E.2011/8-278, K.2012/96 sayılı kararına konu teşkil eden bir olayda, ruhsatsız silah bulundurmak suçundan sanık hakkında yerel mahkemece 6136 sayılı Yasaya muhalefetten mahkumiyet kararı verilmiş, sanık ve müdafinin temyizi üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından "... CYY'nin 119. maddesinin 4. fıkrasının 'Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur' hükmüne uyulmadan yapılan arama sonucu suça konu silah ve eklerinin bulunduğu anlaşıldığı karşısında; aramanın CYY'nin 119/4. madde ve fıkrasına aykırı olarak yapıldığı ve CYY'nin 217/2. madde ve fıkrasının 'yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir' ve CYY'nin 206/2-a madde ve fıkrasının 'ortaya konulması istenilen bir delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur' hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilen arama işlemi sonucunda elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporunun hükme esas alınamayacağı ve sanığın suçu inkara yönelik savunması ve tüm dosya kapsamı karşısında, atılı suçu işlediğine ilişkin mahkumiyetine yeter kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı da gözetilmeden, sanığın atılı suçtan beraatı yerine mahkumiyetine karar verilmesi...", isabetsizliğinden hükmün oy çokluğu ile bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise, "... Somut olayda, sanığın ev ve eklentilerinde arama yapılmasına ilişkin Birecik Sulh Ceza Mahkemesinin 15.02.2007 gün ve 207/50 müt. sayılı arama kararı bulunmakta olup anılan arama kararına istinaden sanığın evinde arama yapılmıştır. Arama kararının ne şekilde infaz edileceğine ilişkin düzenlemenin yer aldığı CYY'nin 119/4. madde ve fıkrasında 'Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur' hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda, Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın ve o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmaksızın sanığın konutunda Birecik Sulh Ceza Mahkemesinin 15.02.2007 gün ve 207/50 müt. sayılı kararına istinaden arama yapılmış ve bu arama sonucunda ele geçen

kaleşnikof marka tüfeğe el konulmuştur. Olayımızda, usulüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karara ve kararın infaz sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın da vaki olmadığı, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın da bulunmadığı anlaşılmaktadır". görüşüyle itiraz yasa yoluna başvurarak, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmesi isteminde bulunmuştur.

**Bu olaya ilişkin olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun oy çokluğu ile verdiği karara göre, her şekilde aykırılığın ayın zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, "Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu" bulunmadan yapılan bir aramada, CYY'nun 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir. Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkumiyet hükmüne dayanak alınmaması kabul edilemez<sup>11</sup>.**

### C. YUKARIDA BELİRTİLEN OLAYLARA İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ

Yargıtay, yukarıda belirtilen içtihatlarında, arama sırasında arama tanıklarının bulunmamasını şekle ilişkin herhangi bir kurala aykırılık kapsamında saymıştır. Böylece, kanun koyucunun Anglo-Amerikan sistemine benzer bir şekilde mutlak değerlendirme yasağını benimsemiş olmasına karşılık, uygulama nispi değerlendirme yasağını kabul eden Kara Avrupa'sı sistemine yaklaşmış olmaktadır<sup>12</sup>. Burada Yargıtay, esnek yaklaşımın bir tezahürü olan "hakkın özünün zedelenip zedelenmemesi" kriterini kabul etmiştir<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Yargıtay 13.Ceza Dairesinin 26.09.2013 tarih ve E.2012/14836, K.2013/26422 sayılı içtihadı da bu doğrultudadır.

<sup>12</sup> Centel/Zafer, s.662-663.

<sup>13</sup> Bıçak, s.456.

Yukarıda belirtilen çoğunluk görüşüne katılmayan bir Yargıtay Ceza Genel Kurul Üyesi'nin de belirttiği gibi; Ceza Muhakemesi Kanununun 119. maddesinin 4. fıkrası "Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur" hükmünü getirmektedir. Fıkranın son kelimesi "bulundurulur" şeklinde olup emredicidir. Sözcüğün esnetilmesi olanaksızdır. Yorumla fıkraya değişik anlam yüklenmesi de mümkün değildir. "Sanık aramaya, arama sırasında itiraz etmemiştir" değerlendirmesine katılmak da olanaksızdır. Zabıta ile karşı karşıya bir tek şüpheli vardır. İtiraz etmesi halinde, itirazın içeriğinin aynen yazılıp yazılmayacağından kuşku duyulması mümkündür. Diğer taraftan aramada "hak ihlali yapılmamıştır" biçimindeki yorumun da geçerliliği mevcut düzenleme karşısında olanaksızdır. Açık, somut bir hukuk normuna aykırı bir arama bizatihi öngörülen, sanığa tanınan hakkın ihlalidir. Hukukta şekli ihlal ya da nispi ihlal/mutlak ihlal gibi bir ayrıma yer verilmemelidir. Unutulmalıdır ki bir gün nispi ihlaller çoğalabilir ve bu halde de usul kuralları ve güvencelerine yer kalmaz. Kamu yararı, ceza yargılamasında, kişi yararının önüne geçmez. Delil tartımı değerlendirilmesinin hukukumuzda yeri yoktur. Anayasaya göre, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez (m.38/6). Hukuk devletinde her suç aydınlatılmalıdır. Ancak, her suç, hukuka uygun olarak elde edilmiş delillerle aydınlatılmalıdır. "Delillere kıymayalım" yorumuyla basit ihlal/mutlak ihlal, "usule değil, esasa bakılmalı" biçimindeki yaklaşım hukuk devleti ilkesini de gereksiz kılan sonuca götürür. Usulüne göre alınmış mahkeme kararından sonra CMK m. 119/4. maddesindeki ihlalin süreklilik kazanması arama yapan güvenlik güçlerini de bir gün korumasız bırakacağı ve sorunlarla karşılaşılacağı unutulmamalıdır. Aramanın CMK'nın 119/4. maddesine açıkça aykırı şekilde gerçekleştirilmesi, basit ihlal olarak nitelendirilemez.

Ayrıca, Ceza Muhakemesi Kanununun 119/4. maddesindeki, arama tanıklarına ilişkin "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur" düzenlemesi o kadar önemlidir ki, arama konusunda hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının veya kolluk ami-

rinin yazılı emrinin yer aldığı düzenleme (CMK m.119/1) ile birlikte aynı maddede yer almaktadır. Bu durum da, yasakoyucunun keyfiliği önlemek ve temel hak ve özgürlüğü korumak açısından, arama tanıklarının varlığına arama kararı ve emri kadar değer verdiğini göstermektedir. Nitekim doktrinde de, arama tanıklarının arama sırasında bulundurulmaması halinde, yapılan aramanın usulsüz olacağı haklı olarak savunulmaktadır<sup>14</sup>. Yine, bu duruma ilişkin olarak hukuk sistemimiz açısından şekli hukuka aykırılık-maddi hukuka aykırılık şeklinde bir ayırımın yapılamayacağı ileri sürülmektedir<sup>15</sup>. Hatta, hukuka aykırı deliller konusunda menfaatlerin dengelenmesi teorisini savunan görüş dahi, uygulamada kanunun öngördüğü arama tanığı bulundurma mecburiyetinin her somut olayda hakim tarafından hassasiyetle değerlendirilmesi gerektiğini, bu düzenlemenin aslında orda olmayan delillerin görevlilerce yerleştirildiği gibi suçlamaların önüne geçmek ve aramanın her türlü şüpheden uzak bir şekilde yapılmasını sağlamak için konulduğunu belirtmektedir<sup>16</sup>.

Kanaatimizce, arama tanıklarının arama sırasında bulundurulmaması durumunda da aramada hakim kararının yokluğunda olduğu gibi esası etkileyebilecek şekli bir hukuka aykırılık söz konusu olmaktadır. Uygulamada konut ve işyerlerinde arama icra edilirken çoğu kez arama tanıkları bulundurulmadığından, bazen kolluk görevlilerine yönelik suçlamalara rastlanmaktadır. Yasaya uygun hareket edilerek arama tanıklarının arama sırasında bulundurulması ile hem aramaya maruz kalan kişilerin hukuka güvenleri sağlanmış olacak, hem de aramayı icra eden kolluk güçlerinin töhmet altında kalmaları önlenmiş olacaktır.

Kuşkusuz, deliller elde edilirken soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından yapılan basit şekli aykırılıklar yüzünden faillerin cezalandırılmaması da, hukuk devleti ilkesine uygun düşmemektedir<sup>17</sup>. Bu itibarla, örneğin konutta veya işyerinde aramanın gündüz yapılması gerekirken gece yapılması halinde şekli aykırılık olsa da

<sup>14</sup> Bkz.Çalışır, s.31; Aydın, s.104.

<sup>15</sup> Özbek ve diğerleri, s.388..

<sup>16</sup> Bkz.Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.293, dn.26.

<sup>17</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem ve diğerleri, s.381.

herhangi bir hak ihlalinden bahsedilemez<sup>18</sup> ve esasa etkili şekli bir hukuka aykırılıktan söz edilemez. Yine, işyerinde mesai saatleri sonrası için verilen arama kararı veya emrinin, kolluk tarafından mesai saatleri içinde bir an önce yerine getirilmesi halinde veya Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 27/b ve 28. maddelerine aykırı olarak aramanın farklı cinsten görevli tarafından yapılmaması gibi aramaya ilişkin basit bir ihlal dolayısıyla aramada elde edilen delillerin hukuka aykırılığı kabul edilmemelidir. Ancak bu tür durumlarda ilgili kolluk görevlileri hakkında cezai ve/veya disiplin işleminin yapılması yoluna gidilebilecektir.

### YARARLANILAN KAYNAKLAR

**Aksoy, Şemsettin:** Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007.

**Aydın, Devrim:** Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

**Bıçak, Vahit:** Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

**Centel, Nur / Zafer, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Beta Yayınları, 2008.

**Çalışır, Kurtuluş Tayanç:** Uygulamada Arama ve Elkoyma, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

**Donay, Süheyl:** Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

**Gülşen, Recep:** "Kolluk Görevlileri Tarafından, İşlenen Suç Dolayısıyla Arama Kararı veya Emri Gereksinmeden Kendiliğinden Arama Yapılabilen Haller", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Ağustos 2010, Sayı:9.

**Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, 17. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.

<sup>18</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem ve diğerleri, s.380.



**Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014.

**Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sırma, Özge / Kırıt, F.Saygılar/ Özaydın, Özdem / Akcan, Esra Alan / Erdem, Efser:** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012.

**Ünver, Yener / Hakeri, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

