



Güncel Yargıtay Kararları Işığında Önleme Araması Neticesinde Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Üzerine Bir Değerlendirme^(*)



*An Evaluation on the Legality of Evidence Obtained as a Result of the
Preventive Search in the Light of Current Supreme Court Decision*

Fatih YURTLU



Doktor Öğretim Üyesi

Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Arama ve Elkoyma,
Adli Arama,
Önleme Araması,
Hukuka Aykırı Deliller,
Adil Yargılanma
Hakkı.

Öz

Çağdaş ceza muhakemesi sistemleri, insan haklarına uygun yöntemlerle maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlar. Bu nedenle kişilere isnat edilen fiillerin her şekilde sübuta erdirilmesi düşünülemez. Ceza muhakemesindeki klasik delil elde etme yöntemlerinden biri olan (adli) arama, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 116 ve devamında düzenlenmiştir. Bu tedbire şüpheli/sanığın yakalanması amacıyla başvurulabileceği gibi delil elde etme amacıyla da başvurulabilir. Ancak dikkat edilmelidir ki, arama yalnızca CMK'da düzenlenmiş değildir. Uygulamada sıkça başvuru alan bir diğer arama türü “önleme aramasıdır”. Önleme araması, başta 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu (PVSK) olmak üzere birçok özel kanunda ayrıca düzenlenmiştir.

Özünde birbirinden farklı nitelikteki bu iki arama işlemi, özerk bir adli kolluk birimi bulunmaması nedeniyle ülkemizde aynı birimlerce ifa edilmektedir. Aynı birimler tarafından ifa edilmesi, bu iki arama türü arasındaki önemli farklılıkların gözden kaçırılmasına zemin hazırlamaktadır. Ancak koruma tedbiri niteliğindeki *adli arama* ile özünde idari tedbir olan *önleme araması*; şartları, niteliği ve amaçları bakımından birbirinden tamamen farklıdır. Bu sebeple her iki arama türünün birbiri yerine ikame edilmesi hukuken mümkün değildir.

Buna karşılık uygulamada iki arama türü arasındaki farklılıklar görmezden gelinmekte, çoğu olayda önleme araması adli aramaya eş değer kabul edilmektedir. Ne teorik ne de pozitif hukuki temeli bulunan bu durum, esasında fiili kolluk uygulamasından kaynaklanmaktadır. Bu fiili durumun bizatihi kendisinden daha tehlikelisi ise hukuka aykırı bu uygulamanın yargı organları tarafından kanıksanmış olmasıdır.

Bu çalışmamızda, uyuşturucu suçlarına ilişkin bir olay üzerinden “önleme araması neticesinde elde edilen delillerin hukuka uygunluğunu” tartışacağız. Bu hukuki problemi, güncel Yargıtay kararları üzerinden açıklayacak; konuya ilişkin tespit, görüş ve önerilerimizi teorik gerekçeleriyle ortaya koymaya çalışacağız.

^(*) Araştırma Makalesi.

Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 17.07.2024, Kabul Tarihi: 04.11.2024.

Bu çalışma, 24-26 Mayıs 2023 tarihinde Asos Congress 9. Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda tarafıma sunulan “Önleme Araması Neticesinde Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Üzerine Bir Değerlendirme” başlıklı bildirim “TÜBİTAK Doktora Sonrası Yurtdışı Araştırma Bursu (BİDEB-2219)” kapsamında Eberhard Karls Tübingen Üniversitesi'nde bulunduğum süre zarfında yapılan ek çalışmalarla genişletilmiş, güncellenmiş ve gözden geçirilmiş halinden oluşmaktadır.



Keywords

*Search and Seizure,
Judicial Search,
Preventive Search,
Illegal Evidence,
Right to Fair Trial.*

Abstract

The main purpose of criminal procedure is to reach the material fact (truth) without causing human rights violations. For this reason, it is unacceptable in modern criminal procedure systems to prove the crime with all methods. *The search protection measure* regulated in the 116th and subsequent articles of the Turkish Code of Criminal Procedure (TCCP) No. 5271 may be aimed at the capture of the suspect and the defendant or for the purpose of obtaining evidence. However, search measures are not only regulated in TCCP No. 5271. Another search measure, also called *preventive search*, is also regulated in some special laws, especially Article 9 of the Law of Police Powers No. 2559.

Since there is no separate judicial police organization in Turkish Republic, both judicial and preventive searches are carried out by the same police units. This situation brings the actual boundaries of judicial search and preventive search very close to each other. At this point, the debates on whether it is legal to use the evidence obtained as a result of the preventive search in criminal proceedings come to the fore. This discussion can be held on a sound basis, first, by clearly establishing the boundary between preventive searches and judicial searches. It is essential to clarify under what circumstances and conditions the evidence obtained in such incidents can be used in criminal proceedings.

In this study, we will explain the issue through a sample related with drug crimes. While presenting our findings and opinions regarding this fundamental debate through the plot of the sample Turkish Supreme Court decision, we will also try to benefit extensively from current similar judicial decisions on the subject.

GİRİŞ

Çağdaş ceza muhakemesi sistemleri, “*bir taraftan işlenen suçları cezalandırmak suretiyle toplum menfaatini korurken, bir taraftan da esasında suçsuz olup ithama maruz kalan kişilerin aklanmasını garanti altına almaya çalışır*”¹. Bu nedenle bir ceza uyuşmazlığının çözümünde şekli gerçeğe yetinilmez; maddi gerçeğe yani hakikate ulaşılması (*Wahrheit*) arzulanır². “*Bir suç işlendiği iddiasının ortaya konulması ve bu iddianın doğruluk payının araştırılması faaliyeti*” olan ceza muhakemesinin temel amacı³ maddi gerçeğe yani hakikate ulaşmaktır⁴. Buna karşılık günümüz hukuk devletlerinde, her ne pahasına olursa olsun hakikate ulaşılması da kabul edilmez⁵. Bir hukuk devletinde önemli olan; “*her ne şekilde olursa olsun hakikate ulaşmak değil, insan hakları ihlallerine neden olmadan, hukuka uygun vasıta ve yöntemlerle hakikate ulaşmaktır*”⁶. İnsan hakları ihlali yapılmaksızın hakikate ulaşabilmenin zorunlu ön koşulu ise ceza muhakemesinde kullanılan delillerin hukuka uygun olmasıdır⁷. Bu nedenle hem Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (m. 38, f. 6)⁸ hem de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK, m. 206, f. 2-a ve 217, f. 2)⁹; *işlendiği iddia olunan suçun her türlü delille değil, sadece hukuka uygun delillerle sübuta erdirilebileceğini* hüküm altına almıştır. Aksi halde, temel misyonu

¹ ROXIN, Claus / ARZT, Gunther / TIEDEMANN, Klaus: *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 5. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, s. 89 vd.; TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009, s. 6.

² GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 3; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 9.

³ Ceza muhakemesinin temel amacı, birden çok yan amacın bir araya gelmesinden müteşekkildir. Bu temel amaç ise “*usul kurallarına uygun hareket edilerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve böylece hukuki (toplumsal) barışın sağlanmasıdır*”. MURMANN, Uwe: *Prüfungswissen Strafprozessrecht*, 3. Baskı, C.H. BECK, München, 2015, s. 3, kn. 5.

⁴ KREY, Volker / HEINRICH, Manfred: *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2019, s. 6, kn. 20.

⁵ ROXIN, Claus / ACHENBACH, Hans / JÄGER, Christian / HEINRICH, Manfred: *Strafprozessrecht*, 17. Baskı, C. H. BECK, München, 2019, s. 1; JOECKS, Wolfgang / JÄGER, Christian: *Studienkommentar StPO*, 5. Baskı, C.H. BECK, München, 2022, s. 3, kn. 5; RANFT, Otfried: “*Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozeß*”, (Ed.) SEEBODE, Manfred: *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, s. 720-721, kn. I-II; KREY / HEINRICH, s. 6, kn. 20.

⁶ VOLK, Klaus / ENGLÄNDER, Armin: *Grundkurs StPO*, 10. Baskı, C.H. BECK, München, 2021, s. 3.

⁷ ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 27; ROXIN / ACHENBACH / JÄGER / HEINRICH, s. 1; GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 3.

⁸ “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*” (Anayasa m. 38, f. 6).

⁹ “*Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur:*

a) *Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse*” ... (CMK, m. 206/2).

“*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*” (CMK, m. 217/2).

bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak olan devlet organizasyonunun bizatihi kendisi bu hak ve özgürlükleri ihlal eden bir aygıt haline dönüşecektir. Tam da bu nedenle ceza muhakemesi ve anayasa hukuku arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır¹⁰. Kanunlarda yer alan koruma tedbirlerinin hemen her biri, anayasalarda ve uluslararası belgelerde yer alan temel hak ve özgürlüklerin ihlalini gerektirmektedir¹¹. Bu nedenle koruma tedbirleri mutlaka kanunla düzenlenmeli (*kanunilik ilkesi*) ve tedbirin yollandığı amaçla ihlal ettiği temel hak arasında makul bir denge bulunmalıdır (*orantılılık ilkesi*)¹². Şüphesiz ki bir hukuk devletinde, kamu gücünü kullanarak soruşturma yapmakla görevlendirilen makamların koruma tedbirlerine ilişkin bu hukuki düzenleme ve gerekliliklere azami ölçüde riayet etmesi gerekir.

Çalışmamızın esasını oluşturan arama, amacı ve işlevi bakımından “*adli arama (koruma tedbiri)*” ve “*önleme araması (önleme tedbiri)*” olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. İlgililerin yakalanması veya delil elde etmek amacıyla başvuru edilen *adli arama*; özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı başta olmak üzere birden fazla bireysel temel hak ve özgürlüğe müdahale niteliği taşımaktadır¹³. Temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesi nedeniyle çoğu Anayasal demokraside¹⁴ arama tedbiri sadece kanunlarla değil, doğrudan anayasalarla düzenlenmiştir¹⁵. Türkiye Cumhuriyeti (1982) Anayasası’nda da doğrudan düzenlenen arama koruma tedbirinin Türk hukukundaki temel kanuni düzenlemesi ise 5271 sayılı CMK m. 116. ve devamıdır¹⁶.

Aramanın diğer türünü oluşturan ve bir “*önleme tedbiri*” olarak ifade edebileceğimiz *önleme araması* ise “*suçun ya da potansiyel bir tehlikenin önlenmesi*” amacıyla başvuru edilen önleyici bir kolluk faaliyetidir. İdari nitelikte olmasına rağmen bu arama türünde de kişilerin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale edilmektedir. Dolayısıyla anayasal zorunluluk gereği önleme aramasına ilişkin düzenlemeler de mutlaka kanunla yapılmalıdır¹⁷. Bu anayasal zorunluluğun bir gereği olarak önleme araması çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir: 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) m. 9; 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu (JTGYK) m. 15/A; 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu (SGKK) ek m. 7; 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu (TSKİHK) m. 56/A gibi... Aslında arama dışındaki birçok koruma tedbiri bakımından da benzer duruma rastlanılmaktadır¹⁸. Örneğin, 5271 sayılı CMK’da ayrıntılı olarak düzenlenen iletişimin denetlenmesi¹⁹ bazı özel kanunlarda, o kanunlardaki özel amaçlarla sınırlı olmak kaydıyla *idari (önleme) dinleme* şeklinde icra edilebilmektedir. 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilâtı Kanunu (MİTK) m. 6, PVSK ek m. 7, JTGYK ek m. 5 gibi...

¹⁰ ROXIN / ACHENBACH / JÄGER / HEINRICH, s. 3; ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 93. vd.

¹¹ Örneğin; yakalama ve gözaltı kişi özgürlüğünü, elkoyma ve arama tedbirleri mülkiyet ve konut dokunulmazlığını, telekomünikasyon yoluyla yapılan denetlemeler ise iletişim özgürlüğünü (gizliliği) ihlal etmektedir. ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 93.

¹² KAHRAMAN, Recep: “Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 1, Sayı 79, s. 280.

¹³ ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 93.

¹⁴ Arama tedbiri, Türk Anayasası’nda olduğu gibi Alman Anayasası’nda da doğrudan ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir: “*Arama, ancak hâkim kararı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise kanunların öngördüğü sair makamların kararı üzerine ve yalnızca kanunda yazılı usullerle yapılabilir.*” Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m. 13, f. 2.

¹⁵ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 340; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 242.

¹⁶ Koruma tedbiri olarak arama, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) m. 102* ve devamında düzenlenmiştir.

¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 13: “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*”

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m. 19, f. 1: “*Bu Anayasaya göre bir temel hakkın kanunla veya kanuna dayalı olarak sınırlandırıldığı durumlarda, kanunun sadece tek bir olaya ilişkin değil, genel nitelikte olması gerekir...*”.

¹⁸ Temel hukuki sorun, işlenen suçların aydınlatılması için ceza muhakemesi kanunlarında öngörülen koruma tedbirlerinin birçoğunun, aynı zamanda kolluk kanunlarında mevcut tehlikelerin önlenmesine yönelik ayrı birer idari tedbir olarak düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. SCHROEDER, Friedrich-Christian / VERREL, Torsten: *Strafprozessrecht*, 8. Baskı, C.H. BECK, München, 2022, s. 9, kn. 13.

¹⁹ Bir koruma tedbiri olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) 100a* maddesinde düzenlenmiştir.

Altını önemle çizmek gerekir ki söz konusu arama türlerini (adli ve önleme) birbirinden ayıran temel husus, yöneldikleri amaçtır. *Adli arama* CMK’da düzenlenmiştir ve amacı, delil elde etmek ya da şüpheli/sanığın yakalanmasından ibarettir. Buna karşılık sair kanunlarda düzenlenen *önleme aramalarının* delil elde etme gibi bir amacı yoktur. Önleme araması, ilgili kanunlardaki özel amaçlarla sınırlı olmak kaydıyla *suçun veya tehlikenin engellenmesine yöneliktir*. Yukarıda da vurguladığımız üzere, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıması nedeniyle kamusal makamlar tarafından elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, ancak bu işlemlerin usulüne uygun bir şekilde yapılmasıyla mümkündür. Aksi takdirde, temel hak ve hürriyetlerin korunması ile hakikatin ortaya çıkarılması arasındaki denge, ikincisi lehine bariz biçimde bozulacaktır. Bu nedenle arama neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, her şeyden önce aramanın kanuni şartlarına ve amacına uygun bir şekilde icra edilmesine bağlıdır.

Tüm bu genel açıklamalar ışığında, önleme aramasıyla elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağı hususu önemli bir hukuki problemi oluşturmaktadır. Bu hukuki problemi tartışıp, makul ve tutarlı bir çözüm önerisi getirebilmek amacıyla uygulamada sıklıkla karşılaşılan uyuşturucu madde suçlarına ilişkin örnek bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı seçmiş bulunmaktayız. Çünkü arama tedbirlerine ilişkin yapılan bu temel ayırım (adli arama/önleme araması), özellikle uyuşturucu ve kaçakçılık suçlarının uygulamasında çok daha önemli bir hal almaktadır. Bu suçlara ilişkin uygulamada, çoğu zaman tedbirlere ilişkin bu temel ayırım görmezden gelinmekte; tabiri caizse her iki arama türü birbirine alternatif kabul edilmektedir. Dahası, adli arama ve önleme aramasına ilişkin bu temel farklılıkların göz ardı edilmesi, uyuşturucu ve kaçakçılık suçlarına ilişkin yargılamalarda istisna olmaktan çıkarılarak neredeyse kural halini almıştır. Bu hatalı uygulama yani iki arama türünün birbirine alternatif olarak kabul edilmesi, CMK’nın temel hak ve özgürlükler bakımından öngördüğü koruyucu mekanizmaların bertaraf edilmesine neden olmaktadır.

Ezcümle; önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının mümkün olup olmadığının net bir şekilde ortaya konulması, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve dolayısıyla da ceza adaleti bakımından oldukça önemlidir. Vurgulamak gerekir ki bu durum sadece ceza adaletinin sağlanması bakımından değil, hukuk devleti ilkesi bakımından da oldukça önemlidir. Ceza adaleti ve hukuk devleti ilkesi bakımından oldukça önemli gördüğümüz bu hususu, çalışmamız kapsamında örnek bir Yargıtay kararı üzerinden tartışacağız. Bu tartışmalar esnasında yalnızca teorik açıklamalarla yetinmeyip, konuya ilişkin benzer yargı kararlarından da geniş ölçüde yararlanacağız. Böylece konuyu salt teorik açıdan ele almakla kalmayacak, uygulamada ortaya çıkan güncel sorunları tespit edip bunlara yönelik çözüm önerileri sunma fırsatı yakalayacağız.

I. İNCELEME KONUSU OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun T. 05.03.2019, E. 2016/359, K. 2019/160 künyeli kararına konu olay özetle şu şekilde gerçekleşmiştir:

“Yakalama tutanağına göre 05.09.2014 tarihinde saat 21.00 sıralarında kimliğini vermek istemeyen bir şahıs; ... plakalı, beyaz renkli, kapalı kasa kamyonette bulunan bir erkek ve bir kadın şahsın uyuşturucu hap getirip piyasaya sürdükleri ve halen Şarköy ilçesinde oldukları şeklinde ihbarda bulunmuştur. Kolluk tarafından yapılan araştırmalarda, söz konusu aracın aynı gün saat 22.50 sıralarında Cumhuriyet Mahallesi İnönü Caddesi’ndeki ... Bar isimli işyerinin 50 metre ilerisinde park halinde olduğu ve içerisinde iki kişinin bulunduğu tespit edilmiştir. Bu tespit üzerine kolluk görevlileri aracın yanına gitmiş, araç içerisindeki kişilere polis kimliklerini göstermiş ve akabinde kimlik kontrolü yapmıştır. Yapılan kontrollerde, araç sürücüsün A isimli şahıs, sağ ön koltukta oturanın da B isimli şahıs olduğu anlaşılmıştır. Ardından Şarköy Sulh Ceza Hakimliği’nin 14.08.2014 tarihli önleme arama-

sı kararına istinaden araçta ve ilgililerin üzerinde arama yapılmıştır. Yapılan aramada; B'nin sütyeni içerisine sıkıştırılmış iki adet şeffaf poşet, buruşturulmuş kâğıt parçası içerisine toplam 78 adet uyuşturucu nitelikte tablet ve 13 adet çarşaf diye tabir edilen sarma kâğıdı ele geçirilmiştir.

Arama sonrası yapılan incelemelerde, Şarköy Sulh Ceza Hakimliği'nin 14.08.2014 tarihli önleme araması kararının olay tarihi ve yerini kapsadığı görülmüştür. Bunun üzerine savcılık makamı tarafından iddianame düzenlenerek kamu davası açılmış ve ilgililerin yargılamalarına devam olunmuştur”.

II. YARGILAMA MAKAMLARININ OLAYA İLİŞKİN GÖRÜŞLERİ

Somut uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi olarak görev yapan Ağır Ceza Mahkemesi; A ve B hakkında, “uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (TCK m. 188, f. 3)” sekiz yıl dört ay hapis ve seksen Türk lirası adli para cezasına ve el konulan eşyaların müsaderesine karar vermiştir. Verilen mahkûmiyet hükmü, savunma makamı tarafından temyiz edilmiştir.

Temyiz makamı olarak dosyayı görüşen Yargıtay 20. Ceza Dairesi; öncelikle 2559 sayılı PVSK m. 9’da düzenlenen önleme aramasının kimlere uygulanabileceği üzerinde durmuştur. Buna göre önleme araması “ancak bir suç işlenmesinin veya tehlikenin önlenmesi amacıyla” yapılabilir. Dolayısıyla önleme aramasının muhatapları sadece “suç şüphesi altında bulunmayan kişiler” olabilir. Bu nedenle aramanın muhatapları bakımından hali hazırda bir suç şüphesi ortaya çıkmışsa artık PVSK hükümlerince önleme araması değil, CMK m. 116 uyarınca adli arama yapılmalıdır. Yargılama konusu olayda, sanıklar A ve B bakımından ortada bir suç şüphesi bulunduğundan adli arama prosedürü işletilmelidir. Buna rağmen olayda adli arama prosedürü işletilmek yerine ilgililer üzerinde önleme araması yapılmış, yapılan bu önleme araması sonucunda elde edilen deliller de sanıkların mahkûmiyetinde kullanılmıştır. Bu uygulama ise açıkça hukuka aykırıdır. Bu gerekçelerle temyiz makamı olan Yargıtay 20. Ceza Dairesi, “Dosyada faillerin cezalandırılmasını sağlayan delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğinden hükme esas alınamayacağı; dosyada sanıkların mahkûm olmasını sağlayacak başkaca delil de bulunmadığından, sanıklar hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulmasını” hukuka aykırı bularak mahkûmiyet hükmünü bozmuştur.

Ceza Dairesi’nin “bozma” kararına katılmayan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise aşağıdaki gerekçelerle bu karara itiraz etmiştir:

1. Somut uyuşmazlıkta her ne kadar PVSK hükümlerince önleme araması yapılmış olsa da sanıklar yargılamanın hiçbir aşamasında “yapılan aramanın hukuka aykırı olduğunu” ileri sürmemişler. Dolayısıyla ceza dairesinin ortaya koymuş olduğu bu hukuki gerekçe tek başına hükmün hukuka aykırı olduğunu göstermez ve bozulmasını gerektirmez.
2. Önleme araması neticesinde elde edilen delillerin somut olayda kullanılması hukuka aykırı kabul edilse dahi bu durum bir “mutlak hukuka aykırılık” halini değil ancak “nispi hukuka aykırılık” halini oluşturur. Buna karşılık sanıklar yargılamanın tüm aşamalarında istikrarlı bir şekilde ikrarda bulunmuş, bir diğer ifadeyle, üzerlerine atılı suçu işlediklerini açıkça kabul etmişlerdir. Bu sebeple, önleme araması neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilerek hükme esas alınamasa bile yargılamanın tamamı boyunca “istikrarlı bir şekilde yapılan ikrar” mahkûmiyet için yeterlidir.

Başsavcılığa göre 20. Ceza Dairesi’nin “bozma kararı” bu iki temel gerekçeyle hukuka aykırıdır ve bu karardan dönülmesi gerekir.

Başsavcılığın itirazı üzerine dosyayı değerlendiren Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), aşağıdaki gerekçelerle Başsavcılığın itirazını yerinde bulmuş ve Ceza Dairesi’nin hükmünü bozmuştur:

Her şeyden önce yargılama konusu olayda yapılan ihbar somut nitelikte değildir. Dosya kapsamında yapılan ihbarda, *kişilerin adları veya eşkalleri* açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle ihbara konu kişileri “*şüpheli*” olarak addedip CMK m. 116 uyarınca adli arama kararı alınması hukuken mümkün değildir. Buna karşılık somut olayda yapılan aramayı yer ve zaman bakımından kapsayan, işlem öncesi alınmış bir “*önleme araması kararı*” mevcuttur. Sonuç olarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre “*arama işleminin yapıldığı yer ve zamanı kapsayan, hâkim tarafından verilmiş bir önleme araması kararı neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilemez ve bu nedenle ceza yargılamasında kullanılmasında bir mahzur bulunmamaktadır*”²⁰.

III. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

Somut olayda tarafımızca tespit edilen ve çözülmesi gereken temel hukuki problemler şu şekildedir:

1. Önleme araması sonucu elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir mi? Kullanılabilirse, hangi durum ve şartlar altında kullanılabilir?
2. Usulüne uygun olarak alınmış *önleme araması kararına* rağmen, bu kapsamda yapılan aramalar sırasında ortaya bir suç şüphesi çıkarsa ne şekilde hareket edilmelidir? Bu ihtimal dâhilinde, buldukları yer bilinen ancak açık kimlikleri bilinmeyen şüphe altındaki kimseler bakımından *adli arama kararı* alınabilir mi/alınması gerekir mi?
3. Önleme araması neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edildiği takdirde, savunma makamının bu hukuka aykırılığı yargılamanın hiçbir aşamasında ileri sürmemesi delillerin hükmünde kullanılmasına olanak sağlar mı?
4. Arama neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edildiği takdirde, sanıkların yargılama boyunca ısrarlı bir şekilde *suçlarını ikrar etmeleri* mahkûmiyet için yeterli midir?

IV. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞLERİMİZ

Çalışmamızın başında da ifade ettiğimiz üzere, ceza muhakemesinin temel amacı; hakikate (maddi gerçeğe) ulaşarak, isnat edilen suç fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediğini açıklığa kavuşturmaktır²¹. Bununla beraber çağdaş muhakeme sistemlerinde, her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşılması kabul edilmez²². Çağdaş ceza muhakemesi sistemlerinde esas olan, hukuka uygun bir şekilde maddi gerçeğe ulaşılması ve böylece adaletin tesis edilmesidir²³. Çünkü bir hukuk devletinde gerçek adalet ancak bu şekilde sağlanabilir²⁴.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe hukuka uygun vasıtalarla ulaşabilmenin temel enstrümanlarının başında ise *koruma tedbirleri* gelmektedir. Kişilerin birden fazla temel hak ve hürriyetini ihlal etmesi nedeniyle çoğu zaman doğrudan Anayasalarla düzenlenen koruma tedbirleri²⁵; “*ceza muhakemesinin temel prensiplere ve hukuka uygun bir şekilde yürütülebilmesi, delil elde edilmesi veya elde*

²⁰ Yargıtay CGK’nin konuya ilişkin genel yaklaşımı için bkz. Yargıtay, CGK, T. 05.03.2019, E. 2016/379, K. 2019/159; Yargıtay, CGK, T. 05.03.2019, E. 2016/1162, K. 2019/152 (Yargıtay Karar Arama). Bir diğer olayda YCGK, şüpheli görülüp durdurulan kişilerin çantalarının aranmasını PVSK 4/A kapsamında değerlendiremeyeceğine hükmetmiştir. Bu kapsamda Yargıtay CGK yargılamaya konu olayda; CMK ya da PVSK hükümlerince herhangi bir arama kararı olmaksızın kolluk tarafından kişilerin çantalarının açılmasını ve bunun sonucunda bulunan uyuşturucu maddeleri *hukuka aykırı delil* olarak değerlendirmiş, bu delillerin hükmeye esas alınmayacağına karar vermiştir. Bkz. Yargıtay, CGK, T. 05.03.2019, E. 2017/910, K. 2019/154 (Yargıtay Karar Arama).

²¹ KRAMER, Bernhard: *Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, 9. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2021, s. 12; kn. 13; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 6; ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 89.

²² ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 28. Baskı, C.H. BECK, München, 2014, s. 169, kn. 19; MURMANN, s. 3-4, kn. 5; JOECKS / JÄGER, s. 38, kn. 188; KRAMER, s. 13, kn. 13a.

²³ YENER / HAKERİ, s. 9.

²⁴ HEINRICH, Bernd / REINBACHER, Tobias: *Examinatorium Strafprozessrecht*, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2021, s. 15.

²⁵ ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 93 vd.

*edilen delillerin korunması amacıyla geçici olarak başvurulabilen zorlayıcı işlemlerdir*²⁶. Diğer bir tanıma göre koruma tedbirleri; “*ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi, muhakeme sonunda bir yaptırıma hükmedilmesi halinde ilgili yaptırımın kâğıt üzerinde kalmayıp infazının sağlanabilmesi ve nihayetinde, hüküm için gerekli delillerin elde edilebilmesi amacıyla hükümden önce başvuru ve bazı temel haklara müdahale niteliği taşıyan zorlayıcı işlemlerdir*”²⁷. Temel hak ve özgürlükler bakımından bu denli önemli olması nedeniyle zorlayıcı nitelikteki bu tedbirlerin birtakım ortak özellikleri taşıması da gerekir. Koruma tedbirlerinin ortak özellikleri doktrinde; “*kanunilik, geçicilik, araç olma, gecikmesinde tehlike, görünüşte haklılık, ölçülülük ve bir karara dayanma*” şeklinde ifade edilmektedir²⁸. Dolayısıyla koruma tedbiri niteliğindeki arama işlemi bakımından da bu ortak özelliklerin bulunması gerekir. Aslında tüm koruma tedbirlerine ilişkin genel nitelikteki bu özellikler, arama koruma tedbiri bakımından CMK m. 116 ve devamında somutlaştırılmıştır. Bu nedenle aramanın CMK hükümlerine uygun olması halinde koruma tedbirlerine ilişkin bu ortak özelliklere de riayet edilmiş olacaktır. Ancak aynı şeyi PVSK ve diğer kanunlarda düzenlenen *önleme aramaları* bakımından söylemek mümkün değildir. Çünkü ilgili kanunlarda düzenlenen aramalar, her şeyden önce birer koruma tedbiri değildir ve bu nedenle bir suç soruşturması/kovuşturmasına yönelik delil elde etme amacıyla uygulanamaz.

Önemle vurgulamamız gerekir ki çalışmamızın konusunu oluşturan arama; ceza muhakemesinde yalnızca teorik açıdan değil, pratik açıdan da oldukça önemli bir yer işgal etmektedir. Özellikle uyuşturucu madde ve kaçakçılık suçları söz konusu olduğunda, arama neticesinde elde edilen deliller çoğu zaman şüpheli ve sanığın olası mahkûmiyetinin temel dayanağını oluşturmaktadır. Benzer durum, silah bulundurma gibi zilyetlik suçları²⁹ bakımından da geçerlidir. Öyle ki saydığımız suç tipleri söz konusu olduğunda, arama neticesinde elde edilen delillerin varlığına rağmen sanıkların beraat etmesi pratikte çok zor, hatta imkânsız görünmektedir. Bu suç tiplerine ilişkin yargılamalarda ceza muhakemesindeki ispat yükümlülüğü adeta yer değiştirmekte, iddia makamının sanıkların suçluluğunu şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlaması temel prensibi bir kenara bırakılmakta ve tabiri caizse “*sanıklar kendilerini aklama mecburiyetinde*” kalmaktadır. Bu yaklaşım ise her şeyden önce *silahların eşitliği ilkesi*³⁰ ve *adil yargılanma hakkıyla* çelişecektir.

Arama tedbiriyle alelade bir hak değil; konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, kişi özgürlüğü, vücut dokunulmazlığı gibi önemli nitelikte birden çok temel hak ihlal edilmektedir³¹. Önemli nitelikteki birden fazla temel hakka müdahalesi nedeniyle arama, birçok demokratik ülke anayasasında doğrudan ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir³². Niteliği itibariyle klasik bir koruma tedbiri olan arama, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 116 ve devamında yer almaktadır. CMK’ya göre arama;

²⁶ TURİNAY, Faruk Yasin: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 70, Sayı 2, s. 483.

²⁷ ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 527; ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 287.

²⁸ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 291-294; ÖZTÜRK / ERDEM, s. 528.

²⁹ Zilyetlik suçları doktrinde; “*belirli bir şeyin zilyetliğinin yani bir şeyi elinde bulundurmanın cezalandırıldığı suç tipleri*” olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda, çalışmamıza konu kararda yer alan *uyuşturucu madde bulundurma suçları* da tipik birer zilyetlik suçu olarak kabul edilmektedir. Bkz. KAZAKER BOZKURT, Gözde: “Zilyetlik Suçları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 27, Sayı 3, s. 305, 299.

³⁰ “*Silahların eşitliği ilkesi*” özünde iki unsurun gerçekleşmesini hedeflemektedir: Birincisi, muhakemenin adil yönetimi sonucunda adaletli bir hükme varılması; ikincisi, insan onurunun korunması. ÜNAL, Ertuğrul: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 32.

³¹ CENTEL / ZAFER, s. 423.

³² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 20, f. 2: “*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 mercii yazılı emri bulunmadıkça; kimse üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili mercii kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar*”.

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, m. 13, f. 2: “*Arama işlemleri yalnızca hâkim kararı, gecikmesinde tehlike bulunması halinde kanunların öngördüğü diğer mercilerin kararı üzerine ve ancak kanunlarda yazılı usulde yapılabilir*”.

şüpheli veya sanığın yakalanmasına yönelik olabileceği gibi delil elde etmeye yönelik de olabilir. Bu genel açıklamalar ışığında şunu net bir şekilde ifade edebiliriz; arama neticesinde elde edilecek delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, her şeyden önce arama işleminin geçerli bir karara dayanmasına ve hukuka uygun icra edilmesine bağlıdır. Geçerli bir karara dayanmayan, geçerli bir karara dayanmasına rağmen hukuka aykırı bir biçimde icra edilen aramalar neticesinde elde edilen deliller otomatikman hukuka aykırı olacaktır³³. Hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde kullanılması ise hem Anayasa (m. 38, f. 6) hem de CMK (m. 106, f. 2-a ve m. 217, f. 2) hükümlerince yasaklanmıştır³⁴. Hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde kullanımına ilişkin Yargıtayın genel görüşü de aynı yöndedir³⁵. Buna karşılık, Yargıtayın konuya ilişkin genel yaklaşımıyla görüşümüz şu noktada ayrışmaktadır: Yargıtay birçok somut olayda, PVSK ya da CMK hükümlerince geçerli bir arama kararının varlığını, elde edilen delillerin hukuka uygun addedilmesi için yeterli görmektedir. Buna karşılık biz, arama neticesinde elde edilen delillerin hukuka uygun addedilip ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için kural olarak CMK uyarınca bir “*adli arama kararı*” istinaden yapılmasını zorunlu görmekteyiz. PVSK veya sair özel kanunlar uyarınca alınmış bir önleme araması kararına istinaden yapılan aramalar neticesinde elde edilen deliller ise yalnızca istisnai ve zorunlu hallerde ceza muhakemesinde kullanılmalıdır. Kısacası, yapılan arama neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağı net bir şekilde ortaya konulması gerekir. Bu husus salt teorik bir tartışma olmanın çok ötesinde, birçok somut olayda ceza adaletinin sağlanması bakımından da oldukça önemlidir.

³³ YENER / HAKERİ, s. 396.

³⁴ “30.11.2014 tarihinde Evren Mahallesi, İstiklal Caddesi üzerinde bulunan Beydağı Züccaciye adlı iş yerinde kaçak sigara satışı yapıldığına dair edinilen bilgi üzerine, sivil giyimli polis memurlarının adı geçen iş yerine giderek sanıktan bir paket Prestige marka kaçak sigara istedikleri; sanığın adı geçen kaçak sigarayı görevlilere sattığı ve devamında kolluk görevlilerinin kendilerini tanıtırak sanığa iş yerinde başka kaçak eşya bulunup bulunmadığını sordukları, sanığın da iş yerindeki masanın çekmecesinde çıkarttığı 158 paket kaçak sigarayı kolluk görevlilerine rızaen teslim ettiğine dair tutanak düzenlendiği, Birleşen dosyada ise 18.09.2014 tarihinde Evren Mahallesi, İstiklal Caddesi üzerinde bulunan Beydağı Züccaciye adlı iş yerinde kaçak sigara satışı yapıldığına dair edinilen bilgi üzerine sivil giyimli polis memurları adı geçen iş yerine giderek sanıktan bir paket Prestige marka kaçak sigara istedikleri; sanığın adı geçen kaçak sigarayı görevlilere sattığı ve devamında kolluk görevlilerinin kendilerini tanıtırak sanığa iş yerinde başka kaçak eşya bulunup bulunmadığını sordukları sırada tezgâhın alt kısmında siyah poşet içerisinde kaçak sigaraları gördükleri ve poşet içerisindeki 205 paket kaçak sigaranın sanık tarafından kolluk görevlilerine rızaen teslim edildiğine ilişkin tutanağa bağlandı, Olaylarda; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yerleşik içtihatları uyarınca CMK'nın 139. maddesi dışındaki suçlar yönünden kolluk görevlilerinin CMK'nın 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda ve genel yetkileri ile görevleri kapsamında, suç ve failini belirlemek ve suçla ilgili delil toplamak için suça azmettirmeksizin veya teşvik etmeksizin bilgi toplayabilmeleri mümkün ise de; CMK'nın 160 ve devamı maddeleri uyarınca kolluk görevlilerine nöbetçi Cumhuriyet savcısınca verilmiş yazılı veya sözlü bir talimat olmaksızın ve sanığın kaçak sigara satmaya yönelik iradesini ortaya koyan bir tespit de bulunmadığı aşamada her iki olayda da doğrudan iş yerine gidip Prestige marka sigara satın almak istediklerini söylemek suretiyle, bir anlamda sanığı suça teşvik ederek dava konusu kaçak sigaraları ele geçirmeleri hukuka uygun olmadığı gibi, sanığın iş yerinde kaçak sigara sattığına ilişkin gelen ihbar üzerine mahkemece verilmiş usulüne uygun bir arama kararı da bulunmadığı, yine söz konusu işlemlerin gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet savcısı tarafından da verilmiş bir yazılı arama izninin de olmadığı, suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe oluşması halinde, suç yerinde delillerinin kaybolmasını önleyecek biçimde gerekli tedbirleri alan kolluk görevlisi derhal Cumhuriyet savcısını haberdar edip verilen talimat doğrultusunda hareket etmelidir. Kendi inisiyatifli ile arama niteliğinde işlem yapması, suç şüphesi altındaki kişinin yasal haklarını hatırlatmadan ikrara zorlaması, Adli ve Önleme Araması Yönetmeliğinin 8/f bendindeki ‘Rızaen arama’ hükmün Danıştay’ın 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 E., 2007/948 sayılı kararı ile iptal edilmesi karşısında hukuki dayanağın kalmadığı bu nedenle iş yerindeki suç delillerinin tespiti ve teslimine ilişkin rızanın hukuken geçerli olmadığı kabulünün gerektiği, bu nedenle ilk bakışta görülemeyecek şekilde sanığın iş yerinde bulunan masanın çekmecesinde ve tezgâhın altındaki siyah poşetten ele geçirilen kaçak sigaraların yasak delil niteliğinde olduğu ve CMK'nın 217. maddesine aykırı olan bu delilin de hükme esas alınmayacağı kabul edilmelidir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire bozma ilamının kaldırılmasına ve hukuka aykırı deliller dışlandı-ğında sanığın yüklenen suçu işlediğine dair mahkûmiyetine yeterli delil bulunmaması sebebiyle Yerel Mahkeme hükmünün onanmasına, karar verilmelidir. Çoğunluk görüşüne katılmayan üç Ceza Genel Kurulu Üyesi; gerçekleştirilen işlemlerin hukuka uygun olduğu düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.” Yargıtay, CGK, T. 14.02.2024, E. 2023/7-522, K. 2024/65 (Yargıtay Karar Arama).

³⁵ “09.07.2014 tarihinde Güzeşli Mahallesi, İstasyon Caddesi üzerinde yer alan tüttüncü dükkânında kaçak sigara satıldığına dair gelen ihbar üzerine, adı geçen iş yerine giden kolluk görevlilerinin kendilerini tanıttıktan sonra sanığa iş yerinde kaçak sigara satın satmadığını sordukları, sanığın da kendisi için aldığı belirterek toplam 12 karton kaçak sigarayı rızaen kolluk görevlilerine teslim ettiği olayda; Sanığın iş yerinde kaçak sigara sattığına ilişkin gelen ihbar üzerine mahkemece verilmiş usulüne uygun bir arama kararı olmadığı gibi, gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet savcısı tarafından da verilmiş bir yazılı arama izni ya da Cumhuriyet savcısına ulaşılamaması nedeniyle kolluk amirince verilmiş yazılı arama emri bulunmadığı, iş yerindeki suç delillerinin tespiti ve teslimine ilişkin rızanın hukuken geçerli olmadığı kabulünün gerektiği, bu nedenle usulüne uygun yazılı arama emri veya adli arama kararı bulunmaksızın iş yerinde yapılan arama sonucunda ele geçirilen kaçak sigaraların yasak delil niteliğinde olduğu ve CMK'nın 217. maddesine aykırı olan bu delilin de hükme esas alınmayacağı kabul edilmelidir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne karar verilmelidir. Çoğunluk görüşüne katılmayan altı Ceza Genel Kurulu üyesi; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmesi gerektiği görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.” Yargıtay, CGK, T. 03.04.2024, E. 2023/7-373, K. 2024/155 (Yargıtay Karar Arama).

Bu genel açıklamalar ışığında, konumuza ilişkin çözülmesi gereken ilk hukuki problem: “*Önleme araması sonucunda elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir mi? Kullanılabilirse hangi durumlarda ve hangi sınırlamalarla kullanılabilir?*” şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

A. Önleme Araması Sonucu Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Kullanılması

Yukarıda açıkladığımız gerekçelerle gerek PVSK m. 9 gerekse sair mevzuata göre yapılan *önleme aramaları* neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması kural olarak mümkün değildir. Aksi takdirde, CMK’nın aramaya ilişkin ortaya koyduğu hukuki güvencelerin hiçbir anlamı kalmayacak; amaçları tamamen farklı olan *önleme araması* ile *adli arama* birbirine eşdeğer kabul edilmiş olacaktır. Böyle bir kabul ise “*ceza muhakemesi kanunlarında arama koruma tedbirine neden ihtiyaç duyulduğu*” sorusunu akıllara getirecektir. Ancak, özellikle YCGK kararlarıyla yön verilen yerleşik uygulama bu yönde şekillenmiş görünmektedir. Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre *kural, önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi; istisna ise kullanılmamasıdır*. Yargıtayın konuya ilişkin içtihadının büyük oranda yerleşik bir hal aldığını ifade etmek gerekir. Dolayısıyla yüksek mahkemenin konuya ilişkin genel yaklaşımı hem teorik hem de pratik açıdan önemli sorunlar barındırmaktadır.

Yargıtayın konuya ilişkin genel yaklaşımı, her iki arama türünün çoğu zaman birbirini ikame edebileceği yönündedir. İki arama türünün yalnızca kanuni şartları bakımından birbirinden ayrıldığını, dolayısıyla kanuni şartların oluştuğu durumlarda yapılan önleme aramasının da bir delil elde etme yöntemi olduğunu kabul etmek hukuken mümkün değildir. Bu iki arama türü arasındaki temel fark, yöneldikleri amaçtır. Bu temel farklılığı görmezden gelerek, Yargıtay uygulamasında olduğu gibi iki arama türünün sadece kanuni şartları bakımından birbirinden ayrıştığını kabul etmek hatalı sonuçlar doğuracaktır.

Bu gerekçelerle Yargıtayın konuya ilişkin yerleşik uygulaması isabetli değildir. Her şeyden önce bu iki arama türünün amaçları birbirinden farklıdır³⁶. Özünde idari nitelikte bir uygulama olan *önleme araması*, potansiyel suçun ya da tehlikenin engellenmesi amacıyla yapılır³⁷. Önleme araması, adli aramadan farklı olarak *bir suç işlendiği şüphesi* üzerine değil ancak *suç işlenme ihtimali* üzerine başvurulacak idari bir kolluk faaliyetidir. Bu nedenle önleme araması ancak *suçun icra hareketlerine başlanmadan önce (hazırlık hareketleri aşamasında) potansiyel suç faillerini caydırmak veya engellemek amacıyla yapılabilir*³⁸. Dolayısıyla önleme aramasının muhatapları, çoğu zaman bir suçun icra hareketlerine henüz başlamış değildir. Önleme aramasına muhatap kişilerin fiilleri, olsa olsa bir suçun *hazırlık hareketi* olabilir; *icra hareketi* değil. Modern suç teorilerinde ise kural olarak *hazırlık hareketleri cezalandırılmaz*³⁹. Kısacası, adından da açıkça anlaşılacağı üzere önleme araması yalnızca “*potansiyel bir*

³⁶ “*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 hukuki nitelikleri, tâbi oldukları kanuni düzenlemeler ve kapsamları bakımından önemli farklılıklar da bulunmaktadır*”. Bkz. Yargıtay, CGK, T. 03.04.2024, E. 2023/7-373, K. 2024/155 (Yargıtay Karar Arama). Yargıtay Ceza Genel Kurulunun güncel tarihli bu kararında, önleme araması ve adli aramaya ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler yer almaktadır. Dolayısıyla Yargıtayın 2024 yılında vermiş olduğu bu ve benzer kararlarında, çalışmamız kapsamında eleştirdiğimiz hatalı uygulamadan dönülmesine yönelik olumlu yönde sinyaller verildiğini müşahade etmekteyiz.

³⁷ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 19. maddesinde önleme araması şu şekilde tanımlanmıştır:

“Önleme araması;

a) Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması,

b) Suç işlenmesinin önlenmesi,

c) Taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir”.

³⁸ CENTEL / ZAFER, s. 431.

³⁹ ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 501; YURTLU, Fatih: “Terör Suçlarıyla Mücadelede Yeni Konsept: Önalın Suçları - BGH Kararları Işığında Almanya Örneği”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 29, Sayı 3, s. 2176-2177.

*tehlikenin veya suçun önlenmesi amacıyla yapılabilir*⁴⁰. Bu nedenle önleme araması adli arama gibi işlenmiş bir suça yönelik *delil elde etme yöntemi* değil, yalnızca potansiyel suç veya tehlikeyi önlemek amacıyla başvurulabilecek idari bir kolluk faaliyetidir. Uyuşturucu madde ya da ruhsatsız silah bulundurma gibi zilyetlik suçları söz konusu olduğunda, kişilerin üzerlerinde bu yasak maddelerle yakalanması hallerinde suçun icra hareketleri çoktan başlamıştır. Bu nedenle söz konusu olaylar bakımından başvurulacak arama türü önleme araması değil, “*adli arama*” olmalıdır. Bu tip olaylarda, yalnızca ani ve kendiliğinden gelişen durumlarda önleme aramasına istinaden arama yapılabilir ve bu şekilde elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir.

Buna karşılık adli arama; bir suç işlendiği şüphesi üzerine yapılan, tamamen adli bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Adli aramanın düzenlendiği CMK m. 116’da: “*Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir*” denilerek⁴¹ adli aramanın şartları ve niteliği gösterilmiştir⁴². Esasında CMK’da düzenlenen diğer koruma tedbirleriyle arama koruma tedbirinin amacı temelde örtüşmektedir: Ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılarak, insan hakları ihlallerine neden olmaksızın maddi gerçeğe ulaşılmasına yardımcı olmak. Fakat aramanın amacı, “*şüpheli/sanığın ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi*” olarak Kanun’da özelleştirilmiş ve somutlaştırılmıştır⁴³.

Tüm bu açıklamalar ışığında, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılacak şeylerin kural olarak CMK’nın ilgili maddelerince (116 vd.) alınan ve uygulanan (*adli*) *arama kararına* istinaden elde edilmesi esastır. Bu tespitimizin mefhumu muhalifinden, *önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının kural olarak mümkün olmadığı* sonucu çıkarılmalıdır.

Kural bu olmakla beraber, usulüne uygun olarak alınmış bir *önleme araması* kararına istinaden yapılan aramalar neticesinde elde edilen delillerin *istisnai durumlarda* ceza muhakemesinde kullanılabilmesini de kabul etmek gerekir. Özellikle kendiliğinden gelişen ve adli arama kararı alınmasının mümkün/gerek olmadığı durumlarda, usulüne uygun olarak yapılan önleme araması neticesinde elde edilen delillerin istisnai bir şekilde ceza muhakemesinde kullanılması mümkündür. Örneğin, usulüne uygun olarak alınmış bir önleme araması kararına istinaden yapılan mutad kontroller sırasında, bir kişinin üzerinde ruhsatsız silah veya uyuşturucu madde bulunmuştur. Bu durumda, söz konusu maddeler muhafaza altına alınarak durum derhal Cumhuriyet savcısına bildirilmiş ve onun emir ve talimatına göre hareket edilmiştir. İşte bu tip durumlarda, önleme aramasına istinaden ele geçirilen materyallerin ceza muhakemesinde kullanılması istisnai olarak kabul edilmelidir.

Elbette ki bu durum, yani önleme aramasında elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, bir istisna olduğundan geniş değil dar yorumlanmalıdır. Hakeza somut olayın gelişiminden, sürecin kendiliğinden gelişmediği ve kolluk birimlerince “*kurgulandığının*” anlaşıldığı durumlarda da önleme aramasına istinaden elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması mümkün değildir. Örneğin kolluk; kendisine yapılan isimsiz ihbarlar neticesinde bir kimseyi kamuya açık alanlarda uzun süre takibe alır. Bu takip sırasında kişinin uyuşturucu madde alıp sattığı tespit edilir ancak herhangi bir müdahalede bulunulmaz; ta ki takip edilen kişinin yüklü miktarda uyuşturucu maddeyle şehir dışından dönmekte olduğu tespit edilene kadar. Bunun üzerine önceden alınmış önleme araması kararına istinaden kişi şehir girişinde durdurulur ve uyuşturucu maddelere el konulur. Bu olay örgüsünde “*kendiliğinden*

⁴⁰ YENER / HAKERİ, s. 377.

⁴¹ Arama koruma tedbiri Alman CMK (StPO) m. 102 ve devamında 5271 sayılı CMK’dakine benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu hükme göre suç delillerinin elde edilmesi ya da aranan kişilerin yakalanması amacıyla kapalı alanlarda ya da üçüncü kişiler nezdinde arama yapılabilir. HALLER, Klaus / CONZEN, Claus: *Das Strafverfahren*, 8. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2018, s. 568, kn. 1203.

⁴² Adli arama, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 5. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: “*Adli arama, 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*”.

⁴³ ŞAHİN / GÖKTÜRK, 2022, s. 341.

gelişen” bir durum söz konusu değildir. Kolluk tarafından uzun süredir takip edilen bu kişi bakımından açıkça “*kurgulanmış*” bir durum söz konusudur. Kurguya dayanan bu tip durumlarda, önleme aramasına istinaden elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması mümkün olmamalıdır.

Hakeza bu istisnai durumlarda dikkat edilmesi ve aşılması gereken önemli bir çizgi daha vardır. Bu çizgi, aslında incelememiz kapsamında tartışılması ve çözülmesi gereken ikinci hukuki problemi oluşturmaktadır:

Usulüne uygun olarak verilmiş karara istinaden yapılan önleme araması sırasında somut bir suç şüphesi ortaya çıkarsa, aramaya devam edebilmek için ayrıca bir adli arama kararı alınması gerekir mi?

B. Önleme Araması Sırasında Somut Suç Şüphesinin Ortaya Çıkması

Yukarıda da vurguladığımız üzere, niteliği ve amacı itibariyle önleme araması ancak suç şüphesi ortaya çıkana kadar başvurulabilecek idari nitelikte bir tedbirdir. Bu nedenle önleme araması sırasında suç şüphesi ortaya çıkarsa, bu andan itibaren artık adli arama prosedürünün işletilmesi gerekir. Suç işlendikten sonra yapılacak aramaların CMK m. 116’ya göre yapılması hususunda hiçbir kuşku yoktur. Önleme araması sırasında kolluğun somut bir suç şüphesiyle karşılaşması halinde derhal Cumhuriyet savcısını olaydan haberdar edip, onun emir ve talimatlarına göre işlemlere devam etmesi gerekir. Bu yol işletilmeyip, önceden alınan önleme araması kararına istinaden işlemlere devam edilmesi elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirecektir. Bu nedenle somut suç şüphesinin ortaya çıkmasına rağmen devam edilen önleme araması neticesinde elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılmaz. Böyle bir durumda, geçerli bir önleme araması kararı söz konusu olduğundan, elde edilen delillerin mutlak olarak “*hukuka aykırı*” olduğu iddia edilemez ise de bir *kullanma yasağının* kabulü gerekir.

Bununla beraber önleme aramasının doğal akışında ve kendiliğinden gelişen durumlarda elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması ise mümkündür. Örneğin, öncesinde herhangi bir ihbar veya bilgiye dayanmaksızın belirli bölgede yapılan mutlak uygulama sırasında, kişiler üzerinde yapılan kaba üst araması neticesinde uyuşturucu madde bulunmuştur. Uyuşturucu madde bulunması üzerine kolluk görevlileri durumu derhal Cumhuriyet savcısına bildirmiş, savcının emir ve talimatlarına göre soruşturma işlemleri yürütülmüştür. Böyle bir ihtimalde, kişiler üzerinde önleme araması neticesinde bulunan uyuşturucu maddenin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması elbette mümkündür. Ancak üzerlerinde uyuşturucu madde ele geçirilmesinden sonra, kişilerin giysileri içinde, araçlarında ya da ikametlerinde arama yapılması gerekiyorsa artık bu işlemlerin mutlaka CMK hükümlerince, bir başka ifadeyle, adli arama şeklinde yapılması gerekir.

Tüm bu genel açıklamalar ışığında, incelemediğimiz somut olay bakımından önemli bir nüans göze çarpmaktadır. Somut olayda A ve B hakkında daha önceden yürütülen bir soruşturma bulunmamasında birlikte kolluğa yapılan ihbarda özel nitelikte bilgiler de yer almaktadır. Bu kapsamda, uyuşturucu hap satan kişilerin *bir erkek ve bir kadın oldukları*, içinde buldukları aracın *renge, plaka bilgileri ve modeli* ihbarda açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla ihbarda yer alan bu açık bilgilere rağmen kolluğun Cumhuriyet savcısını olaydan haberdar ederek adli arama kararı almadan, önceden verilmiş *önleme araması kararına istinaden işlem yapması* hukuka uygun değildir. İnceleme konusu olay örgüsünde “*kendiliğinden gelişen*” bir durum da söz konusu değildir. Somut olayda kolluğa yapılmış ayrıntılı bir ihbar söz konusudur. Dolayısıyla bu ihbarla birlikte soruşturmaya başlangıç şüphesinin oluştuğunun kabulü gerekir. Bu olayda mevcut durumun kolluk tarafından derhal Cumhuriyet savcısına bildirilmesi, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatlarına göre hareket edilmesi gerekirdi (CMK m. 160 ve 161). Böylece Cumhuriyet savcısının gerek gördüğü takdirde adli arama dahil ceza soruşturması için gerekli delil tespit yöntemlerine başvurabilmesinin önü de açılmış olurdu.

İfade etmeye çalıştığımız tüm bu gerekçelerle Yargıtay CGK’nın hükmüne esas teşkil eden “*söz konusu olaya ilişkin yapılan ihbarın somut olmadığı, ilgililerin adı, eşkali ve yerini içermediği, bu*

nedenle de 5271 sayılı CMK hükümlerince adli arama kararı alınmasının mümkün/şart olmadığı” görüşünü isabetli bulmuyoruz. Çünkü dosyadaki ihbar bilgilerinden (aracın plaka ve model bilgileri) yola çıkılarak CMK m. 116 uyarınca adli arama kararı verilmesi hem hukuken hem de fiilen mümkün görünmektedir.

Bir adli arama kararının hangi bilgileri içermesi gerektiği CMK m. 119, f. 2’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre arama kararında; “*aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya açıkça gösterilir*”. Kanun koyucunun aramaya ilişkin bu düzenlemede farklı bir ibareyi değil, “*aranılacak kişi*” ibaresini kullanmasının bilinçli bir tercih olduğunu kabul etmek gerekir. Kanaatimizce, adli arama kararı verilebilmesi için şüphelilerin açık kimliklerinin bilinmesi şart olmayıp, eşkâllerinin ve diğer kimselerden ayırt edilmelerini sağlayacak bilgilerin bilinmesi yeterli kabul edilmelidir. Bu kapsamda, somut olaydaki gibi *plaka bilgisi, modeli, rengi ve muhtemel konumu* bilinen bir motorlu aracın içerisinde bulunan kişilere yönelik CMK m. 116 uyarınca arama kararı çıkarılması mümkündür. Üstelik somut olaydaki bu durum “*gecikmesinde sakınca bulunan hal*” kabul edilerek Cumhuriyet savcısının emriyle de adli arama yapılabilecektir. Tüm bu hukuki imkânlara rağmen kolluk tarafından adli arama kararına başvurulmadan önleme araması yapılması hukuka aykırıdır. Bu şekilde elde edilen delillerin de değerlendirme yasağı kapsamında kaldığını ve dolayısıyla da ceza muhakemesinde kullanılamayacağını kabul etmek gerekir.

Bir an için bu yaklaşımımızın hatalı olduğunu ve Yargıtay CGK’nın belirttiği üzere açık kimliği bilinmeyen şahıslar bakımından adli arama kararı verilmesinin mümkün olmadığını kabul edelim. İnceleme konusu karardan, arama yapan kolluk görevlilerinin öncelikle ihbara konu aracın yanına gidip kimlik kontrolü yaptıkları anlaşılmaktadır. Kolluk görevlilerinin yaptıkları bu işlem, teknik olarak PYSK m. 4/A⁴⁴ kapsamında “*durdurma ve kimlik sormadır*”. Kolluğun araç içindeki kişilere yönelik “*durdurma ve kimlik sorma*” işlemi uygulamasıyla birlikte artık ilgililerin açık kimlikleri tespit edilmiştir. Dolayısıyla somut olay bakımından adli arama kararı verilememesinin temel dayanağı olarak gösterilen “*ihbara konu kişilerin açık kimliklerinin bilinmemesi*” gerekçesi de bu an itibarıyla ortadan kalkmış olacaktır. Bu nedenle somut olaya ilişkin böyle bir kabulde dahi ihbara konu şahısların açık kimliklerinin öğrenilmesiyle beraber CMK uyarınca adli arama kararı alınması gerekirdi⁴⁵.

⁴⁴ “Durdurma ve kimlik sorma

Madde 4/A:

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 keyfîlik 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”.

⁴⁵ “Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; 16.12.2014 tarihinde saat 18.00’da Narkotik Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğü görevlilerince; ‘Kel Seydi’ olarak tanınan ...’nin ... Mahallesi ... 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, M. ve Z. oğlu, doğumlu, Adana nüfusuna kayıtlı olduğu ve mahallesi ... Caddesi no: 201/3 ... adresinde ikamet ettiğinin öğrenildiği, görevlilerce 17.12.2014 günü saat 06.00 sıralarında sanığın ikameti olan E. Caddesi civarında tertibat alındığı, saat 06.30 sıralarında ikametinden çıkarak evinin önündeki kaldırımda bekleyip on dakika kadar etrafı gözetleyen sanığın, fiziki takip yapmakta olan görevlileri fark edip, üzerinde bulundurduğundan şüphe edilen uyuşturucu maddeleri yok edeceğinin değerlendirilmesi üzerine yanına gidildiği ve yapılan kaba üst aramasında montunun sol iç cebindeki sigara paketi içerisinde 8 paket eroinin ele geçirilerek muhafaza altına alındığı olayda; kollukça alınan ilk bilgiler ile yapılan araştırma sonucu sanığın kimliğine ve uyuşturucu madde sattığı iddia edilen ikamet adresine ilişkin edinilen bilgilerin uyumlu olması, kolluğun bilgiyi aldığı zaman ile sanığın uyuşturucu madde sattığı iddia edilen saatler arasındaki süre, ayrıca suç şüphesini oluşturan bilgilerin elde edildiği aşamada suçüstü halinin mevcut olmaması, bu durumda kolluk görevlilerinin suçla ilgili edindikleri bilgileri 5271 sayılı CMK’nun 2/e, 158, 160, 161 ve 164. maddeleri uyarınca derhal Cumhuriyet savcısına bildirip bu konuda adli arama kararı talep etmeleri ve Cumhuriyet savcısından alacakları talimat doğrultusunda işlem yapmaları gerektiğinden, adli arama kararı alınmadan yapılacak arama işleminin ve bu arama sonucu ele 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 unsurlarının

Ezcümle, somut suç şüphesinin ortaya çıkmasıyla beraber önleme araması işlevini yitirir ve adli arama zorunluluğu oluşur. Dolayısıyla bu andan itibaren yapılacak tüm iş ve işlemlerin CMK hükümlerince yapılması gerekir. Şartları oluştuğunda adli aramaya başvurulması; kolluğun takdir yetkisinde olan ihtiyari bir husus değil, hukuki bir zorunluluktur. Somut suç şüphesinin ortaya çıkmasıyla beraber CMK uyarınca adli arama hükümlerinin uygulanması hukuki bir mecburiyettir⁴⁶. Hakeza incelememize konu somut olayda “*gecikmesinde sakınca bulunan bir hal*” söz konusu olup, Cumhuriyet savcısının kararıyla da adli arama yapılabilir (CMK m. 119, f. 1-ilk cümle)⁴⁷. Dahası, somut olay bakımından gerçekleştirilen işlem sokakta yani kamuya açık bir alanda olduğundan, Cumhuriyet savcısına ulaşılmıyorsa kolluk amirinin yazılı emriyle de adli arama yapılabilecektir. Tüm bu ihtimaller mümkün olmasına rağmen adli arama kararı alınmayıp önleme aramasına istinaden işlemlere devam edilmesi, CMK’nın öngördüğü tüm hukuki güvencelerin keyfi olarak bertaraf edilmesi anlamına gelmektedir. Somut olayda kendiliğinden gelişen bir durum söz konusu olmadığı gibi, adli arama kararı alınmasına engel hukuki veya fiili bir durum da yoktur. Bu sebeple somut olay bakımından önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması açık bir hukuka aykırılık oluşturmaktadır⁴⁸.

Somut olayda konuyla bağlantılı olarak tartışılması gereken bir diğer husus ise kolluk tarafından uygulanan “*durdurma ve kimlik sorma*” işleminin hukuki şartları ve niteliğidir. Durdurma ve kimlik sormayı düzenleyen PYSK m. 4/A-6’da, durdurma ve kimlik sorma işlemi sonrasında ortaya çıkabilecek tehlike hallerinde nasıl hareket edileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre:

“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. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, ... Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir”⁴⁹.

oluşmayacağı gözetildiğinde, yerel mahkemeye 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”. Yargıtay, CGK, T. 28.02.2017, E. 2016/800, K. 2017/120 (Yargıtay Karar Arama).

⁴⁶ ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku Uygulama Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 128.

⁴⁷ Arama tedbiri bakımından “*gecikmesinde sakınca bulunan durum*” kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi ve tartışma için bkz. KAZAKER, Gözde: “Adli Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2015, Sayı 27, s. 160 vd.

⁴⁸ “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 suçun maddi konusu ‘hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olacağından’, Anayasa’nın 38’inci maddesinin altıncı fıkrası ile 5271 sayılı Kanun’un 206’ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi, 217’inci maddesinin ikinci fıkrası, 230’uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve 289’uncu maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi uyarınca hükme esas alınmaz. Bu itibarla; Suça konu uyuşturucu maddenin naklinde kullanılacak aracın açık plakası ve markası ile araçta hangi şekilde zula oluşturularak nakledileceği belirtilmek suretiyle istihbari bilgi alındığı, aracın kullanılacağı güzergah üzerinde uygulana noktası oluşturularak durdurulduğu ve suça konu uyuşturucu maddenin istihbari bilgide belirtilen şekilde ele geçirildiği olayda; suçüstü halinin varlığından söz edilemeyeceği dikkate alındığında, 5271 sayılı Kanun’un ikinci maddesinin (e) bendi, yine aynı Kanun’un 161’inci maddesi ve 2259 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun ek 6’ncı maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısına derhal olayın haber verilip yazılı emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine devam edilmesi ve sanığın kullandığı araçta 5271 sayılı Kanun’un 116’ncı ve 119’uncu maddeleri uyarınca arama yapılması gerektiği halde önleme arama kararı ile yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu ve bu arama ile elde edilen delilin yasak delil niteliğinde olup hükme esas alınmayacağı dikkate alınarak, mahkumiyetine yeterli başkaca delil bulunmayan sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi hukuka aykırı görülmüştür”. Yargıtay, 10. CD, T. 25.01.2024, E. 2023/5371, K. 2024/893 (Yargıtay Karar Arama).

⁴⁹ İlgili düzenlemenin ilk halinde yer alan “*kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmiş sözlü emriyle yapılabilir*” hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bkz. AYM, T. 04.05.2017, E. 2015/41, K. 2017/98 (Kararlar Bilgi Bankası).

Kanaatimizce bu kanuni düzenleme, kollukça durdurulan şahısların üzerlerinde veya araçlarında silah/patlayıcı gibi tehlikeli maddelerin tespit edilmesi hallerine ilişkindir. Dolayısıyla bu hüküm, suç oluştursa dahi tehlikeli (silah veya sair patlayıcı, yaralayıcı) maddeler dışında kalan durumları kapsamaz. Madde metninde açıkça “kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir” ifadesinin kullanılması da bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Sonuç olarak, PYSK m. 4/A-6’daki bu özel düzenlemenin uyuşturucu bulundurma ve kaçakçılık gibi suçları kapsamadığını kabul etmek gerekir.

Altını önemle çizmek gerekir ki bu düzenleme, silah ve patlayıcı materyaller söz konusu olduğunda dahi kolluğa ilgili şahısların üzerlerindeki elbiseleri çıkarma yetkisi vermemektedir⁵⁰. Buna karşılık yargılama konusu olayda, sanıkların mahkûm olmasını sağlayan temel delil niteliğindeki uyuşturucu madde “kadın şahsın sütyeni içerisinde” bulunmuştur. Dolayısıyla somut olaydaki arama işlemi, adli arama hükümlerince yapılmadığı gibi PYSK m. 4/A’da düzenlenen “durdurma ve kimlik sorma” hükümleriyle bağdaşmaz. Olaydaki kolluk uygulaması “durdurma ve kimlik sorma” işleminin sınırlarını da aşmıştır. Yargıtay CGK da benzer bir olaya ilişkin kararında; *önleme araması kararına istinaden yapılan kaba üst araması neticesinde kişiler üzerinde uyuşturucu madde ele geçirilmesini hukuka uygun kabul etmesine rağmen, diğer bir şüphelinin kasık bölgesinde yapılan arama neticesinde uyuşturucu madde ele geçirilmesini hukuka aykırı bulmuştur*⁵¹.

Açıklamaya çalıştığımız tüm bu gerekçelerle Yargıtay CGK’nın “somut olay bakımından adli arama kararı verilmesinin hukuken mümkün olmadığı/gerek olmadığı ve bu nedenle önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının hukuka uygun olacağı” yönündeki tespitini isabetli bulmuyoruz. Dahası Yargıtay CGK’nın ulaştığı sonuç, somut olaydaki *uyuşturucunun kadın şüphelinin sütyeni içerisinde bulunması* nedeniyle bizzat Yargıtay CGK’nın önceki içtihatlarıyla da çelişmektedir⁵².

⁵⁰ Elbette ki bu görüşümüz, kişinin üzerinde bulunan tehlikeli maddelerin hali hazırda bir saldırı amacıyla kullanılma ihtimalinin olmadığı durumlarda geçerlidir. Eğer kişilerin kıyafetlerinin içine sakladıkları tehlikeli maddelerin patlatılması gibi bir durum söz konusuysa artık “görevin ifası ya da meşru müdafaa hukuka uygunluk nedenleri” kapsamında zor/silah kullanılması mümkündür.

⁵¹ “Sanık ...’ın üzerinde yapılan arama işleminin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesine gelince; hukuka uygun olarak yapılan arama sonucunda sanık ...’in elindeki poşette uyuşturucu madde ele geçirilmesi, sanık ... ile birlikte yakalanan ve sanık ...’in kardeşi olan inceleme dışı sanık ...’nin, yakalandığı anda ele geçirilen üç paket hâlindeki esrarları sanık ...’in satmaları için kendilerine verdiğini kolluk görevlilerine beyan etmesi ve sanık ...’in pantolonunun içinde hayalarının üzerinde yapılan aramanın, kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek ve silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyadan arındırmak amacıyla kişiler üzerinde yapılabilecek yoklama düzeyini aşan nitelikte ve orantısız olduğunun anlaşılması karşısında; usulüne uygun olarak verilmiş arama kararı veya yazılı arama emri olmaksızın sanık ...’in pantolonunun içinde hayalarının üzerinde yaptıkları arama sonucu elde ettikleri suç konusu uyuşturucu maddenin hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil niteliğindeki olduğu ve bu delilin hükme esas alınmayacağı, dolayısıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın sanık ... ile ilgili yapılan arama işleminin hukuka uygun olduğuna ilişkin itirazının yerinde olmadığı kabul edilmelidir”. Yargıtay, CGK, T. 25.09.2018, E. 2015/1071, K. 2018/365 (Yargıtay Karar Arama).

⁵² YCGK benzer bir başka olayda; arama yapılan kişi hakkında daha önceden başlatılmış bir soruşturma olduğundan bahisle CMK m. 116’ya göre karar alınmadan yapılan arama ve neticesinde ele geçirilen uyuşturucu maddeyi hukuka aykırı delil kabul etmiştir: “Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; suç şüphesi nedeniyle haklarında soruşturma başlatılan ve mahkemelerden alınan iletişimin tespiti, dinlenilmesi ve kayıt altına alınması kararları doğrultusunda takip edilmekte olan sanıklar ... ve ...’nin, gerçekleştirilen telefon görüşmelerinden 05.07.2011 tarihinde ... ilçesi, ... Mahallesi, ... Sokak No: 3 sayılı yerde bulunan ikamete uyuşturucu madde getireceklerinin değerlendirilerek aynı gün saat 10.00 sıralarında bahsi geçen yere intikal eden kolluk görevlilerince gerekli tertibatın alınarak adı geçen şahısların beklenilmeye başlandığı, saat 11.35 sıralarında sanıklar ... ve ...’nin ... Sokağa girdiklerinin, sanık ...’nin elinde turuncu renkli bir poşet bulunduğunun, aynı sokak içerisindeki No: 3 sayılı bina önüne gelen sanıkların çevrelerini tedirgin şekilde kontrol ettiklerinin görülmesi üzerine görevlilerce yanlarına gidilip polis tanıtma kartlarının gösterilmesini takiben poşet içerisinde ne olduğunun sorulduğu, sanıkların tedirgin hareketler sergileyerek çelişkili cevaplar vermeleri üzerine sanıklardan ...’nin elinde bulunan poşet içerisinde aranması sonucunda, 3 parça bez ve şeffaf naylona sarılı vaziyette suç konusu eroinin ele geçirildiği olayda; Sanıklar ... ve ... hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan başlamış ve yürütülmekte olan bir soruşturmanın bulunduğu, suç şüphesi nedeniyle takip altında olan sanıkların tespit edilen telefon görüşmelerinden hareketle fiziki takiplerinin yapılarak suç konusu uyuşturucu maddeler ile yakalandıkları, somut olayda suçüstü hâlinin varlığından söz edilemeyeceği dikkate alındığında; 5271 sayılı CMK’nın 2/e, 161 ve 2559 sayılı PYSK’nın Ek 6. maddeleri uyarınca derhal Cumhuriyet savcısına olayın haber verilip Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine devam edilmesi ve CMK’nın 116 ve 119. maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri veya mahkemenin alınacak adli arama kararı uyarınca sanıkların üzeri ve eşyalarının aranabileceği, sanık ...’nin elinde bulunan eşya niteliğindeki poşete ilişkin gerçekleştirilen arama işleminin ise usulüne uygun verilmiş bir yazılı arama emri veya adli arama kararı bulunmaksızın gerçekleştirildiği, bu durumun açıkça hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucunda elde edilen suç konusu uyuşturucu maddenin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğindeki bulunması nedeniyle 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 alınmayacağı gözetilmelidir.” Yargıtay, CGK, T. 14.10.2021, E. 2018/232, K. 2021/469 (Yargıtay Karar Arama).

C. Önleme Araması Neticesinde Elde Edilen Deliller Hukuka Aykırı Kabul Edilmesine Rağmen Bu Hukuka Aykırılığın Savunma Makamlarınca İleri Sürülmemesi

Çalışmamız kapsamında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ilgili Ceza Dairesi'nin kararına itiraz gerekçelerine de kısaca değinmek gerekir. Bu durum, somut olay bakımından tespit ettiğimiz üçüncü hukuki problemi oluşturmaktadır:

“Yapılan önleme araması neticesinde elde edilen deliller hukuka aykırı kabul edilse dahi, bu hukuka aykırı durumun yargılama sırasında savunma makamlarınca ileri sürülmemesi mahkûmiyet hükmünü hukuka uygun hale getirir mi?”

İnceleme konusu olaya ilişkin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ilk itiraz gerekçesi; *“olayda her ne kadar PVSK uyarınca yapılan önleme aramasına istinaden uyuşturucu maddeler ele geçirilmiş ise de yargılamanın tüm aşamaları boyunca sanıkların hiçbiri aramanın hukuka aykırı olduğu iddiasını gündeme getirmemiştir. Bu nedenle tek başına bu gerekçeyle önleme aramasıyla ele geçirilen delillerin hukuka aykırılığı kabul edilemez”* şeklindedir.

Başsavcılık tarafından ileri sürülen bu gerekçe esasında *“hukuka aykırı deliller”* konusuna ilişkindir. *Hukuka aykırı deliller* ya da *delillerin hukuka aykırılığı* olarak ifade edilen bu durum, ceza muhakemesi hukukunda güncelliğini koruyan, oldukça geniş kapsamlı ve dinamik bir tartışma alanını oluşturmaktadır⁵³. Oldukça teknik ve geniş kapsamlı olması nedeniyle bu teorik tartışmanın ayrıntılarına çalışmamız kapsamında girmemiz mümkün değildir. Bununla beraber somut olayda Başsavcılık tarafından ileri sürülen bu hususu, gerekçeleri aşağıda açıklanacağı üzere isabetli bulmadığımızı vurgulamak gerekir.

Usulüne uygun yapılan bir önleme araması neticesinde elde edilen deliller *hukuka aykırı* olarak nitelendirilmeyebilir. Çünkü bu tip durumlarda kanuni düzenlemeye istinaden alınmış ve uygulanmış bir (önleme) arama kararı mevcuttur. Ancak şimdiye kadar ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz üzere, adli arama kararı alınması gereken bir yerde önleme aramasıyla elde edilen deliller bakımından en azından *bir değerlendirme yasağı* söz konusudur. Önleme aramasına istinaden ele geçirilen deliller, sadece kendiliğinden gelişen ve adli arama kararı alınmasının mümkün olmadığı hallerde *istisnai olarak* ceza muhakemesinde kullanılabilir. İncelemeye konu somut olay bakımından ise kendiliğinden gelişen ve adli arama kararı alınmasını hukuki/fiili olarak imkânsız kılan bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla yargılamaya konu olayda, önleme aramasına istinaden elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması mümkün değildir.

Vurgulamak gerekir ki, olay yeri ve tarihini kapsayan bir önleme araması kararı bulunması, yapılan her işlemi hukuka uygun hale getirmez. Önleme aramasının amacı, suç işlenmesinin ve tehlikenin önlenmesidir, işlenmiş bir suçun delillerini toplamak değil. Bu nedenle yapılan işlemi yer ve zaman bakımından kapsayan bir önleme araması kararının şeklen olması, arama kararında yer alan süre içerisinde ilgili yerde yapılan tüm arama işlemlerini hukuka uygun hale getirmez. Yapılan işlemin hukuka uygun addedilebilmesi için *araç ile amacın da uyumlu olması gerekir*. Bu husus idare hukukundaki *“usul saptırması”* kavramına benzemektedir. Çünkü aslında adli arama kararına istinaden yapılması gereken bir işlem, kanunlarda farklı amaçlar için düzenlenmiş önleme aramasına istinaden yapılmaktadır. Kanaatimizce bu durum açık bir hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Bu hukuka aykırı durumun, yargılama süresince savunma makamları tarafından ileri sürülmemesi de verilen hükmü hukuka uygun hale getirmeyecektir. Hukuka aykırı bir delilin ceza muhakemesinde kullanılması, mutlak bir hukuka aykırılık halidir (CMK m. 289/1-i). Bu düzenleme yalnızca hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilleri değil; delil kullanma yasaklarını da kapsamaktadır. Örneğin, tanık-

⁵³ GÜLŞEN, Recep: “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 2, s. 228.

lıktan çekinebilecek kişi bu hakkını sonradan kullandığında önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz (CMK m. 210, f. 2)⁵⁴. Dolayısıyla tanıklıktan çekinen kişinin önceki ifadelerine dayanılarak bir mahkûmiyet hükmü kurulduğunda, bu durumun savunma makamı tarafından ileri sürülmemesi verilen hükmü hukuka uygun hale getirmez⁵⁵. Kısacası, kullanılması yasak olan bir delilin hükme esas alınması halinde, bu hukuka aykırılığın savunma makamı tarafından yargılama sırasında öne sürülüp sürülmemesi vardığımız sonucu değiştirmez. Dolayısıyla YCGK kararında ifade edildiği üzere, “*muhakeme sürecinde ilgili arama sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğuna yönelik savunma makamı tarafından herhangi bir itirazda bulunulmaması*” da verilen hükmün hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır.

D. Arama Neticesinde Elde Edilen Deliller Hukuka Aykırı Kabul Edilmesine Rağmen Yargılama Boyunca Sanıkların İstikrarlı Bir Şekilde İkrarda Bulunması

İnceleme konusu olaya ilişkin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ikinci itiraz gerekçesi şu şekildedir:

“Kaldı ki bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı olarak kabul edilse dahi olayda ‘mutlak hukuka aykırılıktan’ değil ancak ‘nispi hukuka aykırılıktan’ bahsedilebilir. Dolayısıyla da her ne kadar arama neticesinde ele geçirilen delillerin mahkûmiyet için kullanılmayacağı kabul edilse dahi, yargılamanın birçok aşamasında suçlarını ikrar eden sanıkların bu ikrarlarına dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulmasında hukuki bir engel bulunmamaktadır”.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ileri sürdüğü bu gerekçe, esasında “*delillerin uzak etkisiyle*” bağlantılıdır⁵⁶. Başsavcılık özette; “*önleme aramasına istinaden elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu ve bu nedenle mahkûmiyete esas alınamayacağı kabul edilse dahi, sanıkların yargılama boyunca istikrarlı bir şekilde suçlarını ‘ikrar’ etmeleri mahkûmiyet için yeterlidir*” sonucuna varmıştır. Ancak başsavcılığın bu yaklaşımına teorik açıdan katılmamız mümkün değildir. Çünkü somut olay örgüsü bir bütün olarak incelendiğinde, “*önleme araması neticesinde şüpheliler üzerinde uyuşturucu madde bulunmamış olsaydı, şüpheliler çok büyük ihtimalle suçlarını ikrar etmek durumunda kalmayacaklardı*” sonucuna varılmaktadır. Yani şüphelilerin mahkûmiyetine esas alınacak suç ikrarı hukuka aykırı bir uygulama sonucu elde edilen delillere dayanmaktadır⁵⁷. Bu nedenle mahkûmiyete esas teşkil eden ikrar delili de önceki hukuka aykırı delilin (aramanın) doğrudan bir sonucudur ve “*zehirli ağacın meyveleri de zehirlidir*” prensibi uyarınca “*ikrar*” delili de hukuka aykırı kabul edilmelidir⁵⁸. Sonuç olarak; başsavcılığın ifade ettiği üzere, söz konusu durum bir nispi hukuka aykırılık olarak kabul edilse dahi somut olayda muhakemenin sonucunu doğrudan etkilemiş görüldüğünden verilen hükmü hukuka aykırı hale getirecektir.

E. Yeni Bir Kolluk Uygulaması: “Kişilerin Sokakta Durdurularak Üzerlerinde Suç Unsuru Bulunup Bulunmadığının Sorulması”

Konuyla bağlantılı olarak kolluk birimleri tarafından son yıllarda geliştirilen ve dikkat çekmek istediğimiz bir husus daha bulunmaktadır. Son yıllarda, özellikle uyuşturucu madde bulundurma suçları

⁵⁴ TURHAN, Faruk: “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı - Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 28, Sayı 3, s. 1399; ÖZTÜRK, Mustafa Kağan / TULAY, Muhammed Emre: “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilme Yasası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 179, s. 1340.

⁵⁵ TURHAN, s. 1415.

⁵⁶ “*Zehirli ağacın meyveleri de zehirlidir doktrini / Fruit of the poisonous tree doctrine*” olarak ifade edilen Amerikan Hukuku kökenli bu yaklaşım, günümüzde Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de kabul görmektedir. Bkz. BEULKE, Werner / SWOBODA, Sabine: *Strafprozessrecht*, 15. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2020, s. 387, kn 744.

⁵⁷ GÜLŞEN, s. 238

⁵⁸ Ceza yargılamasında hukuka aykırı delillerin uzak etkisine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AKYÜREK, Güçlü: “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Sayı 101, s. 61 vd.

bakımından geliştirilen bu kolluk uygulamasının yargı kararlarına da yansıdığı görülmektedir⁵⁹. Kolluk birimleri asayiş sağlamaya yönelik devriye faaliyetleri kapsamında, “kendilerine göre şüpheli” gördükleri “tipleri” sokak ortasında durdurup kimlik kontrolü yapmakta ve bu kişilere “üzerlerinde suç oluşturan unsur bulunup bulunmadığını” sormaktadır. Üzerinde bir suç unsuru bulunan (genellikle uyuşturucu madde) kimseler de “kendiliğinden ve rızaen” bu suç unsurlarını çıkarıp kolluğa teslim etmektedir. Bu şekilde elde edilen suç unsurlarına ilişkin kolluk tutanaklarında “suç oluşturan maddenin şüpheli tarafından tamamen rızaya dayalı olarak teslim edildiği” kayıt altına alınmakta ve rızaen teslim edilen bu deliller bakımından artık herhangi bir arama emri/kararına ihtiyaç duyulmamaktadır⁶⁰. Bu şekilde herhangi bir arama kararı alınmaksızın/olmaksızın elde edilen deliller, özellikle uyuşturucu madde suçlarında çoğu zaman mahkûmiyet hükmünün temel delilini/gerekçesini oluşturmaktadır.

Kolluk birimlerince geliştirilen ve yargı kararlarına doğrudan yansıyan bu uygulamanın da hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz. Kolluk uygulaması tarafından geliştirilen ve kötüye kullanılmaya oldukça müsait olan bu yeni metotla sadece CMK hükümleri değil, aynı zamanda PVSK hükümleri de görmezden gelinmektedir. Esasında kolluğun burada yaptığı işlemin hukuki karşılığı “durdurma ve kimlik sormadır (PVSK m. 4/A)”. Ancak altını önemle çizmek gerekir ki PVSK m. 4/A düzenlemesi kolluğa, muhatap kişilere “üzerlerinde suç unsuru oluşturan bir şeyin olup olmadığını sorma” gibi bir yetki vermemektedir. Kaldı ki kolluk tarafından durdurulup Genel Bilgi Taraması (GBT)⁶¹ yapılan bir kimsenin, baskı altında olmadığı ve üzerindeki uyuşturucu maddeyi tam bir irade serbestisi içinde kolluğa “rızaen” teslim ettiğini söylemek de gerçekçi değildir ve hayatın olağan akışıyla bağdaşmaz⁶². Bir an için durdurma ve kimlik sormaya ilişkin kanuni düzenlemelerin kolluğa böyle bir yetki verdiğini, dolayısıyla da kolluk tarafından böyle bir uygulama yapılabileceğini kabul edelim. O zaman kolluk görevlilerinin bu kimseye öncelikle “susma hakkının olduğunu, üzerinde suç oluşturan bir materyal bulursa dahi bunu vermek zorunda olmadığını (çünkü aksi halde nemo tenetur ilkesine ve dolayısıyla da Anayasa’ya aykırılık gündeme gelebilecektir), talep etmesi halinde müdafî yardımından derhal faydalanabileceği” gibi kanuni haklarını hatırlatması gerekir. Bu uygulamaya ilişkin yargı kararları incelendiğinde, bu şekilde işlem yapılan kişilere kanuni haklarının hatırlatılmasının gerekli olup olmadığına yönelik herhangi bir tartışmaya rastlanılmamaktadır.

Tüm bu gerekçelerle özellikle uyuşturucu madde suçları bakımından ortaya çıkan görece yeni sayılabilecek bu kolluk uygulamasının da hukuka aykırı olduğu, bu yöntemle elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bu tip durumlarda gerçekleştirilen

⁵⁹ “14.07.2014 tarihli olay tutanağına göre; saat 22.00 sıralarında durumundan şüphelenilerek durdurulan sanığın yapılan sorgulamasında aranan şahıslardan olmadığını anlaşıldığı, üzerinde suç unsuru bulunup bulunmadığı sorulduğunda sanığın eşofman cebinden çıkardığı suça konu uyuşturucu maddeyi kendi rızası ile görevlilere teslim ettiğinin belirtildiği, sanığın da savunmasında tutanak içeriğini doğruladığı, uyuşturucu maddenin sanık üzerinde herhangi bir arama yapılmadan sanık tarafından teslim edildiği, dolayısıyla ayrıca bir arama kararı ya da yazılı arama emri alınmasına gerek bulunmadığı, suçun delili ve konusunu oluşturan suç konusu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği ve sanığın eyleminin sübut bulunduğu...” Yargıtay, 10. CD, T. 15.02.2024, E. 2021/4860, K. 2024/16031 (Yargıtay Karar Arama).

⁶⁰ “1. Dosya kapsamından anlaşıldığı üzere; dosya içerisinde önleme araması kararı bulunmadığı ve Cumhuriyet savcısına, tüm uyuşturucu maddeler ele geçirildikten sonra haber verilip talimatların alındığı dikkate alınarak, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun 9uncu maddesine göre olay yeri ve tarihini kapsayacak nitelikte ‘önleme araması kararı’ ya da ‘adli arama kararı’ veya ‘Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri’ bulunup bulunmadığının araştırılarak varsa aslı veya onaylı bir örneğinin getirilmesinden sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilerek hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmesi,

2. ‘1’ numaralı bozma nedeni uyarınca yapılacak araştırma neticesinde, önleme araması kararının bulunmadığının tespiti halinde; sanığın kolluk görevlilerince ilk durdurulduğu aşamada kendi rızası ile teslim ettiği 2 paket uyuşturucunun hukuka uygun ele geçirildiği anlaşılsa da devamında sanığın üzerinin detaylı bir şekilde aranması neticesinde 21 paket daha uyuşturucu ele geçirilmesi sırasında önleme araması kararı ya da adli arama kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı arama emri olmadan gerçekleştirildiğinden, söz konusu 21 paket uyuşturucunun hukuka aykırı şekilde ele geçirilmiş olduğu ve bu delilin hükme esas alınmayacağı anlaşıldığından...” Yargıtay, 10. CD, T. 24.04.2024, E. 2022/5611, K. 2024/17870 (Yargıtay Karar Arama).

⁶¹ “Genel bilgi toplama (GBT), polis ve jandarma tarafından haklarında yakalama emri, tutuklama kararı yahut yurt dışına çıkış yasağı düzenlenmiş olan kişilerin kayıtlarını tutmak suretiyle yakalanmalarını sağlamak ve yakalanmış olsalar da haklarında yargı yerlerince kovuşturma yürütülenlere ilişkin kayıtların işlenmek suretiyle istihbari bilgi toplamak amacıyla yürütülen sistemidir.” Bkz. OSMANOĞLU, Bilal: “Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerine Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2020, Cilt 26, Sayı 2, s. 948.

⁶² Hâkim veya Cumhuriyet savcısının emri olmadan “rızaen” yapılan aramaların da hukuka aykırı olacağı hususunda aynı yönde görüş ve değerlendirmeler için bkz. GÜLŞEN, s. 241.

kolluk uygulaması, yargı kararlarına yansıdığı üzere bir “durdurma ve kimlik sorma” işlemi değildir. Çünkü yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere PVSK m. 4/A’da düzenlenen “durdurma ve kimlik sorma” düzenlemesi kolluğa “kişilerin üzerinde bir suç unsuru bulunup bulunmadığını denetleme/sorma” yetkisi vermemektedir. Burada esasen “arama kararına” istinaden yapılabilecek bir işlem, kanuni dayanaktan yoksun bir şekilde fiili olarak gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla böyle bir uygulama neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması mümkün değildir ve kanaatimizce hükmü hukuka aykırı hale getirecektir.

SONUÇ

Arama sonucu elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, kural olarak bu işlemin CMK uyarınca alınmış bir *adli arama* kararına istinaden ve usulüne uygun şekilde yapılmasıyla mümkündür. Bir başka ifadeyle PVSK ve diğer özel kanun hükümlerince yapılan önleme aramasıyla elde edilen deliller, kural olarak ceza muhakemesinde kullanılamaz. Kanaatimizce, bu durum ceza muhakemesi bakımından doğrudan bir delil yasağı oluşturmada da en azından bir *değerlendirme yasağı* oluşturmaktadır. Çünkü CMK hükümleri, bireyler bakımından önleme aramasını düzenleyen özel kanun hükümlerine nazaran daha kapsamlı güvenceler sağlamaktadır. İki farklı arama türünün yöneldiği amaçlar da birbirinden oldukça farklıdır. Ancak bu genel yaklaşım, önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde hiçbir şekilde kullanılamayacağı şeklinde de anlaşılmalıdır.

CMK uyarınca adli arama kararı verilmesini gerektirecek bir şüphe veya durumun oluşmadığı, kendiliğinden gelişen olaylarda, geçerli bir karara istinaden usulüne uygun olarak yapılmış *önleme araması* neticesinde elde edilen deliller de ceza muhakemesinde kullanılabilir. Ancak adli aramaya istinaden elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının kural, bu durumun, yani önleme aramasına istinaden elde edilen delillerin kullanılmasının ise istisna olduğunu unutmamak ve mevcut hukuk uygulamasına bu şekilde yön vermek gerekir.

Buna karşılık ani ve kendiliğinden gelişen durumlar söz konusu olduğunda, olayın vardığı nokta itibarıyla bir suç şüphesi ortaya çıkabilir. Bu tip durumlarda, suç şüphesinin ortaya çıkmasıyla birlikte derhal önleme aramasına son verilmeli, Cumhuriyet savcısı olaydan haberdar edilmeli ve ondan gelecek talimatlarına göre işlemlere devam edilmelidir⁶³. Bu uygulama sayesinde kollukla muhatap olan kişi teknik anlamda “*şüpheli*” sıfatını alacak ve sadece arama tedbiri bakımından değil CMK’nın şüpheliler bakımından öngördüğü tüm hukuki güvencelerden yararlanacaktır. Bununla beraber ilgili kimse CMK’nın “*şüpheliler*” bakımından getirdiği yükümlülüklerle de katlanmak zorunda kalacaktır. CMK m. 119 düzenlemesinde yer alan; “...*gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri ara-*

⁶³ “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. Kişinin üstü, yanında taşıdığı çanta, arabası, evi ve işyeri özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamına giren yerlerden olup, Anayasa’nın 13. Maddesine uygun olarak, İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesinin 2. Fıkrası, Anayasa’nın 20. ve 21. Maddelerinin 2. Fıkralarında belirtilen kapsamda kanunla sınırlanabilir. Hiç kimse, keyfi olarak bir başkasının üzerine, evini, işyerini ve kullandığı aracı arayamaz. Böyle bir arama TCK’nın 120. Maddesinde öngörülen suçu oluşturacağı gibi, bu aramadan elde edilen deliller de hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır. Anayasa’nın 38. Maddesinin 6. Fıkrasına göre hukuka aykırı deliller, hiçbir yargılama türünde bireyin aleyhine kullanılamaz. Somut olayda, kolluk görevlileri tarafından suç işlediği şüphesi dahi oluşmadan, Cumhuriyet savcısına bile haber verilmeden delil elde etmek amacıyla, arama yapılarak delil elde edildiği anlaşılmıştır. 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 dayanarak arama yapılması gereklidir.” Yargıtay, 10. CD, T. 14.03.2024, E. 2024/374, K. 2024/16540, Ek Gerekeçli Karşı Oy (Yargıtay Karar Arama).

Belirtmek gerekir ki karşı oy gerekçesinin devamında Yargıtayın yerleşik içtihatlarına paralel olarak *önleme aramasının adli arama yerine geçebileceğine* yönelik açıklamalara yer verilmiştir: “Suç tarihini ve yerini kapsayan Önleme Araması kararı ya da CMK’nın 116. - 119. maddelerindeki düzenlemeler uyarınca verilmiş Adli Arama kararı veya Yazılı arama emri bulunup bulunmadığı araştırılmalı, yoksa beraat kararı verilmesi gerektiği görüşünde olduğundan...” Yargıtay, 10. CD, T. 14.03.2024, E. 2024/374, K. 2024/16540, Ek Gerekeçli Karşı Oy (Yargıtay Karar Arama).

ma yapabilirler” hükmünün temel amacı da bu tip acele ve kendiliğinden gelişen durumlara yönelik olsa gerektir. Bir başka ifadeyle kendiliğinden ve ani olarak gelişen işler bakımından bir suç şüphesi ortaya çıktığında, kamuya açık alanlarda Cumhuriyet savcısına, savcıya ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirine CMK tarafından adli arama kararı/talimatı verme yetkisi tanınmıştır. Bu yetkiye rağmen hala ve ısrarla önleme aramasına istinaden iş ve işlemlere devam edilmesi kanunu dolanmak anlamına gelir ki bu da açık bir hukuka aykırılık oluşturur⁶⁴. Kısacası, önleme aramasının amacı suç delillerine ulaşmak olmadığı gibi, önleme araması kararı kolluğa her durum ve olayda kişilerin üzerlerini, araçları arama yetkisi de vermemektedir.

2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK’nın sistematığına getirilen eleştirilerden bir tanesi de “*mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’ndan (CMUK) farklı olarak 5271 sayılı CMK’nın arama ve elkoyma tedbirlerinde kolluğun yetkilerini azaltarak Cumhuriyet savcısına aktarmasıdır*”. Bu yöndeki eleştiriler, 5271 sayılı CMK’nın kanunlaşma sürecinde özellikle üst düzey kolluk yetkilileri tarafından sıkça dile getirilmiş; bu eksikliğin suçlulukla mücadeleyi olumsuz yönde etkileyeceği, hatta imkânsız kılacağı ifade edilmiştir⁶⁵. Çağdaş ceza muhakemesi sistemlerinin amacı göz önüne alındığında, bu eleştirilerin teknik olarak bir geçerliliği olmadığı aşikârdır. Çünkü ceza muhakemesinin amacı, suçun ve suçluluğun önlenmesine indirgenemez. Suçun ve suçluluğun önlenmesi genel olarak maddi ceza hukukunun dolayısıyla da ceza kanunlarının amacı olabilir. Ceza muhakemesi ise *bir suçun işlendiği iddiasının doğruluğunun araştırılması faaliyeti olup; suç işlenmeden önce değil, işlendikten sonra uygulanacak kuralları kapsar*. Kısacası, ceza muhakemesi kanunlarının doğrudan suç ve suçlulukla mücadele etme gibi bir amacı yoktur. Dolayısıyla 5271 sayılı CMK’nın kanunlaşma sürecinde ileri sürülen “*arama ve elkoymaya ilişkin kolluğa geniş yetkiler verilmemesinin suçlulukla mücadeleyi olumsuz etkilediği*” yönündeki eleştirilere katılmamız mümkün değildir. Tam tersine, 5271 sayılı CMK’nın aramaya ilişkin karar yetkisini kural olarak hâkime, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı ve kolluk amirine vermesi, soruşturmaların hukuka uygun yürütülmesi temel amacıyla daha uyumlu görünmektedir⁶⁶. Hatta arama tedbiri için bu şekilde kademe- li olarak bir yetkilendirme yapılması, koruma tedbirlerinin ortak özelliği “*ölçülülük*” bakımından da isabetli görünmektedir. Ezcümle, Türk ceza hukuku teori ve uygulaması bakımından elde edilen *bu kazanımların, zaman zaman toplumda oluşan güvenlik algısına kurban edilmemesi gerekir*.

Şüphesiz ki ceza muhakemesinde kolluk da önemli bir süjedir⁶⁷ ve özellikle soruşturma evresinin yürütülmesinde savcılığın yardımcı organı olarak önemli görevler üstlenmektedir⁶⁸. Gerek Türk ceza

⁶⁴ Yargıtay CGK’nın aksine Yargıtay 10. Ceza Dairesi’nin bu tip durumlarda yapılan önleme aramalarının hukuka aykırı sayılması gerektiği yönünde kararları vardır: “*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 suçun maddi konusu ‘hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş’ olacağından, Anayasa’nın 38inci maddesinin altıncı fıkrası ile 5271 sayılı Kanun’un 206ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi, 217inci maddesinin ikinci fıkrası, 230uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve 289uncu maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi uyarınca hükme esas alınmaz. Bu itibarla; Sanıklar ... hakkında iletişimin tespiti tedbiri uygulanması sonucu sanıklar ...’nın 02.03.2012 tarihinde sanık ... ve sanıklar ... ve ...’nin 11.03.2012 tarihinde temyiz dışı sanık ... kuryeliğinde Gaziantep’ten İstanbul’a uyuşturucu madde nakledecekleri değerlendirilerek, istihbari çalışma sonucu kurye olarak kullanılan ... ve ...’nin açık kimlik bilgilerinin, suçta konu uyuşturucu maddelerin Gaziantep’ten İstanbul’a naklinde kullanılacak yolcu otobüslerinin açık plakalarının ve otobüslerin bağlı olduğu turizm şirketlerinin belirlendikleri, bu bilgiler ışığında uygulama noktasında durdurulan yolcu otobüslerinde yakalanan ... ve ...’da uyuşturucu maddelerin ele geçtiği olaylarda; Suçüstü halinin varlığından söz edilemeyeceği dikkate alındığında, 5271 sayılı Kanun’un 2inci maddesinin (e) bendi, yine aynı Kanun’un 161inci maddesi ve 2259 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun ek 6ıncı maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısına derhal olayın haber verilip emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine devam edilerek ... ve ...’nin üzerinde ve eşyalarında 5271 sayılı Kanun’un 116ıncı ve 119uncu maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısından alınan yazılı arama emri veya adli arama kararı ile arama yapılması gerektiği halde önleme arama kararı ile yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu ve bu arama ile elde edilen delillerin yasak delil niteliğinde olup hükümlere esas alınmayacağı anlaşıldığından, sanıkların 02.03.2012 ve 11.03.2012 tarihli eylemleri sabit kabul edilerek mahkumiyetlere esas alınması hukuka aykırı görülmüştür”. Yargıtay, 10. CD, T. 07.02.2024, E. 2023/14721, K. 2024/15754 (Yargıtay Karar Arama).*

⁶⁵ ÖZTÜRK / ERDEM, s. 574-576.

⁶⁶ GÜLŞEN, s. 238; KAZAKER, s. 154-155.

⁶⁷ Alman doktrininde ceza muhakemesi bakımından savcılık ve kolluk ilişkisi “*kolları olmayan bir baş (Kopf ohne Hände)*” aforizmasıyla açıklanmaktadır. Bu yaklaşıma göre kolluk gücü olmayan bir savcılık teşkilatı “*kolları olmayan bir baş*” gibidir. KREY / HEINRICH, s. 84, kn. 300.

⁶⁸ SCHROEDER / VERREL, s. 9, kn. 13.

muhakemesi gerekse mehzaz Alman ceza muhakemesi sistemi, ceza muhakemesi süreçlerinde kolluğa önemli görev ve yetkiler vermiştir⁶⁹. İki kanun arasındaki temel fark ise; Türk sisteminde ayrı bir adli kolluk teşkilatı olmamasına rağmen⁷⁰ Alman sisteminde müstakil bir adli kolluk teşkilatının bulunmasıdır. Eyaletlere göre farklı isimleri ve organizasyon yapıları olmakla birlikte hemen hemen tüm Alman eyaletlerinde tarihsel arka plana sahip ayrı bir adli kolluk teşkilatının olduğu ifade edilmektedir⁷¹. Temelinde basit bir idari organizasyon farklılığı gibi görünen bu durum, ceza muhakemesine doğrudan sirayet etmektedir. Bu yansımanın kendini somut olarak gösterdiği önemli alanlardan biri de *arama tedbiridir*. Hem adli hem idari (önleme) arama kararları aynı kolluk birimleri tarafından yerine getirildiğinden, iki arama türü arasındaki fark uygulamada çoğu zaman kaybolmakta ya da bilinçli/bilinçsiz şekilde görmezden gelinmektedir. İşin daha vahim tarafı ise bu durumun yargı uygulaması tarafından kanıksanmış olmasıdır. Çalışmamız çerçevesinde incelediğimiz 2024 yılı öncesine ait hemen hemen tüm kararlarında Yargıtay, *önleme aramasıyla adli aramanın aynı fonksiyona sahip ve aynı amaca matuf olduğu* yönünde içtihat geliştirmiştir. Bu yaklaşıma göre “*bir olayı yer ve tarih itibarıyla kapsayan önleme araması kararı bulunduğu durumlarda artık adli arama kararına gerek kalmamaktadır*”. Bu yaklaşımın pratikteki sonucu ise şu şekilde karşımıza çıkmaktadır: Kolluk birimleri, ellerinde bulunan önleme araması kararına istinaden tüm adli işlemleri yapabilecek ve tüm işlemler tamamlandıktan sonra Cumhuriyet savcısını durumdan haberdar edebilecektir. Uygulamanın kanıksadığı bu durum ise kolluğu soruşturmanın yöneticisi yapmakta, Cumhuriyet savcısını ise tüm olaylar tamamlandıktan sonra haber verilmesi yeterli olan “*bir bildirim makamına*” indirgemektedir. Bu yaklaşım her şeyden önce “*soruşturma evresinin yetki ve sorumlusunu Cumhuriyet savcısı olarak*” kabul eden 5271 sayılı CMK’nın genel sistematığıyla çelişmektedir. Ceza muhakemesinin soruşturma evresini yürütmekle görevlendirilen Cumhuriyet savcısı; “*hukuk formasyonundan geçmiş*”⁷², soruşturma iş ve işlemlerinin hukuka uygun yürütülmesi ve böylece hakikatin ortaya çıkarılmasını sağlamakla görevli kamusal iddia makamıdır⁷³. Cumhuriyet savcısının temel görevi her ne pahasına olursa olsun suç iddiasının araştırılması değil, suç isnadının doğruluğunun hukuka uygun yöntemlerle araştırılmasıdır. Bu nedenle ceza soruşturmalarının baştan sona Cumhuriyet savcılıklarınca yürütülmesi basit bir usul kuralı olmanın çok ötesinde olup, Anayasalarca güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından da hayati bir fonksiyona sahiptir.

Yargıtayın genel yaklaşımına göre sadece istisnai hal ve durumlarda önleme araması işlevini yitirmekte ve yalnızca bu tip durumlarda adli arama kararına başvurulması gerekmektedir. Ancak çalışmamızda ayrıntılı olarak gerekçelendirmeye çalıştığımız üzere olması gereken bunun tam tersidir: “*Esas olan, adli arama kararı çerçevesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması;*

⁶⁹ Alman ceza muhakemesi sisteminde polis teşkilatının temel görev ve yetkileri Alman CMK m. 163’te düzenlenmektedir. HALLER / CONZEN, s. 63, kn. 115; KRAMER, s. 84, kn. 106a. Bu genel düzenlemeye ek olarak, kanunun başka maddelerinde de kolluğun özel nitelikteki görev ve yetkilerine rastlanmaktadır. Örneğin Alman CMK’sı “*şüphelinin kimlik tespiti (StPO 163b), fiziki kimliğin tespiti (StPO 81a), muhafaza altına alma (StPO 94)*” gibi tedbirler bakımından kolluğa önemli yetki ve görevler vermiştir. ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 126-127; BEULKE / SWOBODA, s. 212, kn 407.

⁷⁰ Adli Kolluk 5271 sayılı CMK’nın 164. maddesinde şu şekilde tanımlanmış ve görevleri belirtilmiştir:

“*Madde 164 - (1) Adli kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.*

(2) *Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir.*

(3) *Adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir*”.

⁷¹ Ayrı bir adli kolluk teşkilatı olmasının Almanya’daki diğer kolluk görevlilerinin konuya ilişkin sorumluluklarını tamamen ortadan kaldırmadığı vurgulanmaktadır. ROXIN / ARZT / TIEDEMANN, s. 127.

⁷² “*Suçun işlenmesiyle bozulan kamu düzenini onarmak için maddi gerçeğe ulaşılmasının, ancak bu uyumsuzluğun şahıs itibarıyla tarafı olmayan kamu görevlileri tarafından sağlanabileceği esas alındığında tahkik sisteminin özellikleri ön plana çıkmaktadır. Buna göre, maddi gerçeğe ulaşılmasında, hukuk eğitimi almış savcıların hazırladığı iddianame çerçevesinde yine hukuk eğitimi almış hâkimlerin re’sen delil toplama yetkisini haiz olarak yargılamayı yürütmesi esası benimsenmiştir*”. ÜNAL, s. 19.

⁷³ Alman ceza muhakemesi sisteminde, ceza soruşturması yetkisinin kolluğa değil Cumhuriyet savcısına verilmesinin temel gerekçesinin de tam olarak bu olduğu ifade edilmektedir. KRAMER, s. 84, kn. 106a.

istisna olan, önleme araması neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasıdır". Aksinin kabulü halinde, CMK'da bir koruma tedbiri olarak aramaya neden ihtiyaç duyulduğunu açıklamak pek mümkün olmayacaktır. CMK'da aramaya ilişkin özel kanunlardaki hükümlere atıf yapmakla yetinilmesi mümkün iken kanun koyucu bu yöntemi tercih etmemiş; tam tersine CMK'da arama (koruma) tedbirine özel ve ayrıntılı olarak yer vermiştir. Kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunmasının temel nedeni ise *"ceza muhakemesinde delil olarak kullanılacak şeylerin bu hükümlere dayanılarak yapılacak aramalarla yani adli aramayla elde edilmesinin"* amaçlanmasıdır.

İncelememize konu Yargıtay kararındaki olay özetle şu şekilde cereyan etmiştir: Kimliğini vermek istemeyen bir kimse; *plakası, rengi, türü* bildirilen bir kamyonette bulunan biri erkek biri kadın iki kişinin uyuşturucu madde getirip Şarköy ilçesinde piyasaya sürdüğü yönünde kolluğa ihbarda bulunmuştur. Bu ihbar üzerine kolluk görevlileri tarafından yapılan araştırmalarda, ihbara konu aracın belirtilen yere yakın bir konumda bulunduğu tespit edilmiştir. Kolluk tarafından önce araçtaki kişilere kimlik kontrolü yapılmış, ardından önceden var olan önleme araması kararına istinaden kişilerin üstleri ve araçları aranmıştır. Yapılan aramada; kadın şüphelinin sütyeni içerisine sıkıştırılmış iki adet şeffaf poşet, buruşturulmuş kâğıt parçası içerisine toplam 78 adet uyuşturucu nitelikte tablet ve 13 adet çarşaf diye tabir edilen sarma kâğıdı ele geçirilmiştir. Arama sonrası yapılan incelemelerde, Şarköy Sulh Ceza Hâkimliğinin önleme araması kararının olay tarihi ve yerini kapsadığı görülmüştür. Bunun üzerine savcılık makamı tarafından iddianame düzenlenerek kamu davası açılmış ve ilgililerin yargılamalarına devam olunmuştur.

Yargılama neticesinde iki kişi hakkında uyuşturucu madde imal ve ticareti suçundan mahkûmiyet hükmü kurulmuş; ancak hüküm *"adli arama kararına istinaden yapılması gereken bir aramanın önleme araması kararıyla yapıldığı"* gerekçesiyle Yargıtay Ceza Dairesi tarafından bozulmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Ceza Dairesinin bozma yönündeki kararına itiraz etmiş; Yargıtay Ceza Genel Kurulu başsavcılığın itirazını kabul ederek Ceza Dairesinin *bozma* yönündeki kararını kaldırmıştır.

Yargılama konusu kararda olduğu gibi benzer birçok olayda kolluk birimleri, 5271 sayılı CMK hükümlerini fiilen bertaraf edecek şekilde, bilinçli ya da bilinçsiz olarak tüm adli işlemleri PVSK hükümlerince yapmakta; tabiri caizse CMK'yı görmezden gelmekte veya arkadan dolanmaktadır. Bu yaklaşımın bir hukuk devletinde kabul görmesi mümkün değildir. Önemle altını çizmemiz gerekir ki, bu hukuka aykırı ve hatalı uygulamanın devam etmesinde yargı organlarının katkısı da azımsanmayacak kadar çoktur.

İncelememize konu olayda da görüldüğü üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu, isabetli olmayan fiili ve hukuki gerekçelerle kolluğun bu hatalı uygulamasını hukuka uygun kabul etmekte, tabiri caizse bu uygulamayı meşrulaştırmaktadır⁷⁴. Hukuken kabul edilmesi mümkün olmayan bu hatalı uygulamaların yüksek yargı makamları tarafından *"hukuka uygun"* adedilmek suretiyle ceza muhakemesinde kullanılmasının önünün açılması, söz konusu hatalı uygulamalara devam etme konusunda kolluğa ışık tutmakta ve adeta kolluğu cesaretlendirmektedir. Hâlbuki bu uygulamaların hukuka aykırı olduğu yargı organları tarafından net bir şekilde ortaya koyulup, bu şekilde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılamayacağı hususunda tutarlı bir içtihat geliştirilse, kolluk birimlerinin de en azından bir noktadan sonra bu hatalı uygulamalardan vazgeçeceği ve 5271 sayılı CMK'nın getirdiği güvencelere uygun hareket edeceği kuvvetle umulur⁷⁵. Kanaatimizce,

⁷⁴ Yargıtay CGK bir diğer kararında; haklarında iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kararı olan ve bu tedbir uygulanarak araçları tespit edilen kişilerin içinde buldukları aracın durdurulması suretiyle kimlikleri tespit edilen kişilerin *"CMK'ya göre adli arama kararı almadan önceden çıkarılan önleme aramasına dayanılarak aranmasını"* ve bu şekilde elde edilen delilleri hukuka uygun kabul etmiştir. Yargıtay, CGK, T. 19.03.2019, E. 2016/707, K. 2019/220 (Yargıtay Karar Arama).

⁷⁵ Hukuk sistemimizde *"delil yasakları"* olarak ifade edilen bu kavram Anglo-Amerikan hukuk sisteminde *"dışlama kuralı"* olarak ifade edilmektedir. ÖZTÜRK / TULAY, s. 1340. Delil yasaklarının amacı Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde insan hak ve hürriyetlerini korumak iken Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde kolluğu disiplin altına almaktır. GÜLŞEN, s. 237. Kanaatimizce, ülkemizin de içinde bulun-

olması gereken şekilde yön verilecek doğru ve hukuka uygun bir uygulama kolluk birimlerinin de yararına olacaktır. Çünkü bu sayede yaptıkları uygulamalar neticesinde karşılaşabilecekleri muhtemel idari/adli isnatlara karşı kolluk birimleri de kendilerini hukuken koruma altına almış olacaktır.

Tüm bu tespitlerimize rağmen incelememize konu kararda da olduğu gibi *önleme aramasına istinaden yapılan işlemler neticesinde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılması*, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından *kural olarak hukuka uygun* kabul edilmektedir⁷⁶. Yargıtay CGK'nın konuya ilişkin yaklaşımı ayrıntılı olarak tahlil edildiğinde, ilgili kararların birçoğunda “*CMK'ya göre adli arama kararı ya da PVSK'nın 9. maddesine göre önleme araması kararının alınması gerekirken*” ibaresinin kullanıldığı⁷⁷ görülmektedir. Yargıtayın yerleşik hal alan bu ifadesinden *her iki arama türünün birbirine alternatif* yani aynı amaca matuf kabul edildiği anlaşılmaktadır⁷⁸. Konuya ilişkin kanaatimiz; bu yaklaşımın hukuka aykırı olmasının ötesinde, kolluğun CMK hükümlerini dolanması veya görmezden gelmesi için bir yol oluşturduğu yönündedir. Çalışmamızda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere bu iki arama türü, yani adli ve idari arama; amaçları, şartları ve sonuçları bakımından birbirinden tamamen farklı olup, birbirinin alternatifi değildir⁷⁹. Hele ki Alman ceza muhakemesi sisteminden farklı olarak ayrı bir adli kolluk teşkilatının olmadığı Türk ceza muhakemesi sistemi açısından, Yargıtay CGK'nın bu yönde istikrar kazanmaya yüz tutmuş içtihadını gözden geçirmesi ve değiştirmesinin çok daha faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Tam bu noktada altını çizmemiz gerekir ki bazı güncel kararlarında Yargıtay, eleştirdiğimiz konuya ilişkin içtihadını olumlu yönde değiştirmeye başlamış görünmektedir⁸⁰. Yüksek Mahkeme'nin son dönemlerde vermiş olduğu bazı kararlarda, *önleme araması ile adli aramanın amaç ve nitelik bakımından birbirinden tamamen farklı olduğu* açıkça vurgulanmaktadır. Yargıtayın güncel kararlarında yaptığı bu tespitler, çalışmamız kapsamında eleştirdiğimiz yerleşik uygulamadan vazgeçileceği yönünde kuvvetli bir beklenti oluşturmaktadır

duğu Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde delil yasalarının temel amacı insan hak ve hürriyetlerini korumak ise de ikincil ve önemli bir amacının da kolluğu disiplin altına almak olduğu kabul edilmelidir.

⁷⁶ Yargıtay, CGK, T. 19.03.2019, E. 2016/707, K. 2019/220; Yargıtay, CGK, T. 07.02.2017, E. 2016/1054, K. 2017/56 (Yargıtay Karar Arama).

⁷⁷ “A. Kolluk görevlilerinin devriye görevini ifası sırasında, park halinde bulunan 34 RR **** plakalı aracın yanına kontrol amaçlı gidilmesi üzerine, sanığın aracın sürücüsü koltuğunda yakalandığı ve aracın sağ ön koltuğunda bulunan çanta içerisinde suça konu uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği olayda, dosya içerisinde hiçbir arama kararının bulunmadığı dikkate alınarak, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 9'uncu maddesine göre olay yeri ve tarihini kapsayacak nitelikte 'önleme araması kararı' veya 5271 sayılı Kanun'un 116'ncı, 117'inci ve 119'uncu maddelerine uygun şekilde alınmış 'adli arama kararı' ya da 'yazılı arama emri' bulunup bulunmadığının araştırılarak varsa aslı veya onaylı bir örneğinin dosya içine getirilmesi...”, Yargıtay, 10. CD, T. 28.12.2023, E. 2022/3494, K. 2023/11782 (Yargıtay Karar Arama).

⁷⁸ Yargıtay, CGK, T. 16.05.2019, E. 2016/71, K. 2019/433; Yargıtay, CGK, T. 05.03.2019, E. 2017/910, K. 2019/154 (Yargıtay Karar Arama).

⁷⁹ Bu durum bir YCGK kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “*Amacına göre ise; suçların önlenmesine yönelik yapılan ve suç şüphesi altında olmayan kişilerle ilgili olan önleme araması, ceza muhakemesinin gayesine erişilmesi maksadıyla suç delillerinin elde edilmesi ya da suçlunun tespitine yönelik olarak suç işlendiğinden şüphelenilen kişinin ya da üçüncü bir kişinin planlı bir şekilde araması olan adli arama olmak üzere iki farklı kategoride mütalaa edilmektedir*”. Yargıtay, CGK, T. 25.11.2014, E. 2014/166, K. 2014/514 (Yargıtay Karar Arama).

⁸⁰ Yargıtay, 10. CD, T. 25.01.2024, E. 2023/5371, K. 2024/893 (Yargıtay Karar Arama); Yargıtay, CGK, T. 03.04.2024, E. 2023/7-373, K. 2024/155 (Yargıtay Karar Arama).

KAYNAKÇA

- AKYÜREK, Güçlü: “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Sayı 101, s. 61-82.
- BEULKE, Werner / SWOBODA, Sabine: *Strafprozessrecht*, 15. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2020.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- GÜLŞEN, Recep: “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 2, s. 227-251.
- HALLER, Klaus / CONZEN, Claus: *Das Strafverfahren*, 8. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2018.
- HEINRICH, Bernd / REINBACHER, Tobias: *Examinatorium Strafprozessrecht*, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2021.
- JOECKS, Wolfgang / JÄGER, Christian: *Studienkommentar StPO*, 5. Baskı, C.H. BECK, München, 2022.
- KAHRAMAN, Recep: “Koruma Tedbirlerinde Orantılılık İlkesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 1, Sayı 79, s. 275-301.
- KAZAKER BOZKURT, Gözde: “Zilyetlik Suçları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 27, Sayı 3, s. 295-344.
- KAZAKER, Gözde: “Adli Arama”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2015, Sayı 27, s. 145-168.
- KRAMER, Bernhard: *Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, 9. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2021.
- KREY, Volker / HEINRICH, Manfred: *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2. Baskı, Kohlhammer, Stuttgart, 2019.
- MURMANN, Uwe: *Prüfungswissen Strafprozessrecht*, 3. Baskı, C.H. BECK, München, 2015.
- OSMANOĞLU, Bilal: “Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerine Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2020, Cilt 26, Sayı 2, s. 946-979.
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ÖZTÜRK, Mustafa Kağan / TULAY, Muhammed Emre: “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilme Yasağı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 179, s. 1339-1353.
- RANFT, Otfried: “*Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozeß*”, (Ed.) SEEBODE, Manfred: *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, s. 719-736.
- ROXIN, Claus / ACHENBACH, Hans / JÄGER, Christian / HEINRICH, Manfred: *Strafprozessrecht*, 17. Baskı, C. H. BECK, München, 2019.
- ROXIN, Claus / ARZT, Gunther / TIEDEMANN, Klaus: *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 5. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.
- ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 28. Baskı, C.H. BECK, München, 2014.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian / VERREL, Torsten: *Strafprozessrecht*, 8. Baskı, C.H. BECK, München, 2022.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku Uygulama Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009.
- TURHAN, Faruk: “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı - Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 28, Sayı 3, s. 1383-1427.

- TURİNAY, Faruk Yasin: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 70, Sayı 2, s. 475-541.
- ÜNAL, Ertuğrul: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- VOLK, Klaus / ENGLÄNDER, Armin: *Grundkurs StPO*, 10. Baskı, C.H. BECK, München, 2021.
- YURTLU, Fatih: “Terör Suçlarıyla Mücadelede Yeni Konsept: Önalın Suçları - BGH Kararları Işığında Almanya Örneği”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 29, Sayı 3, s. 2169-2208.