

Kalaşnikof Kararı Örneği Çerçevesinde Arama Tanıklarının Bulunmamasının Aramanın Hukuka Uygunluğuna Etkisi

The Effect of Non-Presence of Search Witnesses to the Legality of Search through Kalashnikov Case Example

Büşra BODUR¹

I. Giriş

Yargıtay Ceza Genel Kurul kararına konu olan olayda², Cumhuriyet Başsavcılığının talebi ile Birecik Sulh Ceza Mahkemesince 15.02.2007 günü verilen karar ile aynı gün sanığın ikametgâhında on dört kolluk görevlisi ve sanığın katılımı ile arama yapılmıştır. Sanık M.'nin evinde yapılan arama neticesinde evinde bulunan bir adet uzun namlulu silaha, bu silaha ait şarjörler ve mermiler ile bir adet av tüfeğine, anılan karara dayanılarak el konulmuştur. Birecik Asliye Ceza Mahkemesi tarafından ruhsatsız silah bulundurma suçuna ilişkin açılan davada sanık M. hakkında 08.05.2007 tarihli karar ile mahkûmiyet hükmü kurulmuş ve 6136 S.K. m. 13/2 gereğince 5 yıl ve 450 TL adli para cezası ile cezalandırılmıştır. Hükmün, sanık ve müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 08.06.2011 tarihli kararı ile sanığın evinde yapılan arama sırasında arama tanıklarının bulunmaması nedeniyle usul kurallarına riayet edilmediği gerekçesi ile yapılan aramayı hukuka aykırı bularak açıklanan mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir. Ceza dairesinin bozma kararına karşı 06.09.2011 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz kanun yoluna başvurarak, kararın kaldırılmasını ve ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar verilmesi isteminde bulunmuş ve olay Yargıtay Ceza Genel Kuruluna intikal etmiştir.

¹ İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2011/8-278, K. 2012/96, T. 13.03.2012.

Çalışmamızda, Yargıtay kararına konu olan somut olay çerçevesinde ceza yargılamasında delil elde etme yöntemi olarak önemli bir yeri olan arama koruma tedbirinin usul ve esasları ile özellikle “*şekli aykırılık*” olarak nitelendirilen ve uygulamada çoğu zaman önemsiz atfedilen arama tanıklarının durumu; buna bağlı olarak arama tanıklarının yokluğunun aramanın hukuka uygunluğunu ne şekilde etkilediği ve/veya etkilemesi gerektiği incelenecektir.

II. Koruma Tedbiri Olarak Arama

Ceza muhakemesi açısından arama, yasa koyucu tarafından şüpheli veya sanığın yakalanmasına, delil olarak elkonabilecek şeylerin ele geçirilmesine yönelik olarak şüpheli, sanık ve diğer kişilerin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üstünde, eşyasında, aracında yapılan araştırma şeklinde uygulanan bir koruma tedbiridir³.

Arama kamusal bir faaliyet olmakla birlikte, devlete tanınan arama yetkisi iki türdür. Henüz suç işlenmeden önce, suç işlenmesini önlemek amacıyla gerçekleştirilen arama işlemine önleme araması⁴; suç işlenmesinden sonra, suçun ve failinin ortaya çıkarılması, delillerin ve faillerin ele geçirilmesi amacıyla gerçekleştirilen arama işlemine ise adli arama⁵ denir.

Arama koruma tedbirine ilişkin usul ve şartlar 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda m.116 ve devamında düzenlenmiştir. Ayrıca kanunun uygulanmasına yönelik olarak ilerleyen bölümlerde Arama

³ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s. 900; Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2011, s. 240; Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 388-389; Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt I, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 510; Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 337; Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, Ankara, Adil Yayınevi, 2006, s. 93.

⁴ Önleme Araması; Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, m. 9/1: “(Değişik: 2/6/2007-5681/3 md.) Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.”

⁵ Adli Arama; Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 116: “Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.”

Düzenlemeye paralel olarak doktrinde kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı veya bazı durumlarda kolluk tarafından yakalama ve/veya delil elde amacına yönelik olarak sanık, şüpheli veya üçüncü bir kişinin mesken ve sair yerlerinde, üstünde veya eşyasında yapılan bir araştırma işlemi olarak tanımlanmıştır⁶.

Adli arama, önleme aramasından farklı olarak bir tehlikenin önlenmesi⁷ şeklinde değil, önlenemeyen tehlikenin gerçekleşmesinden yani suçun işlenmesinden sonra yapılan bir işlem olarak karşımıza çıkar. Bu doğrultuda adli arama, şüpheli veya sanığın yakalanması; delillerin ele geçirilmesi gayeleri ile şüpheli, sanık veya bunlar haricindeki üçüncü kişilerin üstlerinin, eşyalarının, özel belgelerinin; konut, işyeri, bunların eklentilerinin ve diğer kapalı alanların aranması işlemi ifade eder.

III. Aramanın Şartları ve Arama Tanıkları

Anayasa, özel hayatın gizliliğini düzenleyen m. 20 ve devamı maddelerinde aramadan söz etmektedir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan koruma tedbirlerinin her birinde olduğu gibi arama için de, yasayla düzenlenmiş olma şartı vardır. Anayasa'nın özel yaşamın gizliliği ve korunmasını düzenleyen 20 ve 21. maddelerinde hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciinin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin konutuna girilip arama yapılamayacağı, üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranamayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda anayasa hükmü paralel olarak CMK m. 116'da şüpheli ve sanık nezdinde yapılan aramanın maddi şartı olarak, aramanın konusunu oluşturan kişi veya suç delili olabilecek eşyanın elde edilebileceği hususunda en azından makul şüphenin bulunması ve arama işleminin hakim kararına bağlı olması gerekliliği düzenlenmiştir. Çalışmamızın konusunu oluşturan, uygulamada ve doktrinde arama tanıkları olarak nitelendirilen ve arama kararının icrası sırasında bulundurulması zorunlu olan kişiler ise CMK m. 119/4'te belirlenmiştir. Buna göre, "*Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur*". Kanun metninde "*...bulundurulur*" ifadesine yer verilmiştir. Maddede arama sırasında bulundurulması

⁶ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s. 17.

⁷ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s. 897.

gereken kişiler belirlendikten sonra “bulundurulur” ifadesinin kullanılması fikrimizce bilinçli bir tercih olup, bu kişilerin orada bulunmalarının ihtiyari olmadığını; bu kişilerin oradaki varlığının basit bir şekli şarttan ibaret olmadığını aksine bir zorunluluk olduğunu ifade eder niteliktedir. Dolayısıyla arama tanıklarının düzenleyen fıkra emredici bir norm olarak karşımıza çıkmakta; sözcüğün anlamının esnetilmesi veya yorumla farklı bir anlam yüklenmesi olanaksız bulunmaktadır.

CMK m. 120’de aramada hazır bulunabilecek kişiler de düzenlenmiştir. Dikkat edilmelidir ki, bu kişiler arama sırasında bulundurulması zorunlu olmamakla birlikte orada bulunabilme hakkına sahip olan kişilerdir. Madde metnine baktığımızda

“aranacak yerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur” denilmektedir.

Bizzat konutunda veya işyerinde arama yapılan kişinin veya temsilcisinin bile arama sırasında orada bulunması zorunlu kılınmamış; isteğe ve/veya somut olayın şartlarına bırakılmıştır.

Diğer bir ifade ile nezdinde arama yapılan kişi veya temsilcisi ve hatta avukatının dahi arama yapılan yerde bulunması zorunlu değil iken; yapılan arama neticesinde müspet veya menfi etkilenmeyecek olan ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin arama tanığı olarak bulundurulması emredici bir norm olarak düzenlenmiş ve zorunlu tutulmuştur.

IV. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, Kalaşnikof Kararıyla Aramada İşlemi

Sırasında Tanık Bulunması Zorunluluğunu Değerlendirmesi

Somut olayda Yargıtay Ceza Genel Kurulu, usulüne uygun bir arama kararına dayanılarak ele geçirilen delillerin, sadece arama sırasında orada bulunması gereken kişilerin arama mahallinde bulunmaması nedeniyle şekle aykırı hareket edildiğinden dolayı hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil sayılmamalarına ve mahkûmiyet hükmüne

dayanak olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Böylelikle, ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararını hukuka aykırı bulan Yargıtay 8. Dairesinin bozma kararını kaldırmış ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazını oyçokluğu ile haklı bulmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul üyesi, hukukta şekli ihlal veya nisbi ihlal - mutlak ihlal gibi bir ayrımına yer verilmemesi gerektiğini; somut bir hukuk normuna aykırı olarak yapılan aramanın, sanığa tanınan hakkın ihlali olduğunu ifade etmiş ve yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu ve bu nedenle elde edilen delillerin hukuka aykırı olup mahkûmiyet hükmüne esas alınamayacağı görüşünü savunmuştur.

V. Sonuç

Hukuk, toplum hayatında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu gücü ile desteklenmiş bulunan sosyal kurallar bütünü olarak tanımlanmaktadır⁸. Bu bağlamda hukuka aykırılık, bir bütün olarak bir davranışın veya bir normun, hukukun bütünü oluşturan yazılı veya yazısız hukuk kaynakları ile birlikte topyekûn bir aykırılık olarak nitelendirilmesi gerekir. Kanunlar hukukun yazılı kaynakları arasında yer almakla birlikte, hukuk normlarının somutlaştırılmış bir biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuka aykırılık ile kanuna aykırılık arasında bir değerlendirme yapmak gerekirse, kanuna aykırılığın aslında daha sınırlı olarak yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşabiliriz. Bu demek oluyor ki, bir davranışın kanuna aykırılığının tespiti bir açıdan hem daha kolay hem de daha dar bir alanı ifade etmektedir. Gerek Anayasa'da gerekse CMK'da delilin kanuna aykırılığından bahsedilmiş olup, bu ifade mevzuattaki güncel düzenlemeleri ifade etmektedir.

Suç ve cezalara ilişkin esasların düzenlendiği Anayasa m. 38/6'da "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" hükmüne yer verilmiştir. Anayasanın bu hükmüne paralel olarak delillerin ortaya konulması ve reddini düzenleyen CMK m. 206/2'de delilin kanuna aykırı olarak elde edilmesi halinde reddolunacağı kanun hükme bağlanmıştır. Buna ilaveten, kanun koyucu CMK m. 117/2 ile hâkime, delilleri

⁸ Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, 33. Bastı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 13.

takdir yetkisini kullanırken, yüklenen suçun hukuka bir şekilde elde edilmiş deliller ile ispat edilmesi hususunda yükümlülük yüklemiştir.

Kanaatimizce, somut olayda sanık M.'nin evinde yapılan arama her ne kadar usulüne uygun olarak alınmış arama kararına dayanılarak arama yapılmış olsa da, arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulunmaması basit bir şekilde aykırılık olarak nitelendirilemez. Kaldı ki, Ceza Muhakemesi Kanunu da diğer bütün usul normları gibi, şekle ilişkin şartları düzenleyen kanunlardır. Bu açıdan, yapılan arama işleminin bir karara bağlı olması bile bir şekil şartını ifade etmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun somut olayda, her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline yol açacağı şeklindeki görüşü isabetli kabul etmemesi de aynı gerekçelerle hatalıdır. Çünkü kanundaki bu şartlar kamu düzeninden olup, yalnızca sanığın haklarını korumakla kalmayıp aynı zamanda arama işlemini icra eden kamu görevlileri açısından da bir koruma sağlamaktadır.

Sonuç olarak, arama tanıklarının bulunmaması, CMK m. 119/4'e aykırı teşkil ederek, arama işleminin hukuka uygunluğunu zedelerken aynı zamanda yapılan işlemi kanuna aykırı hale getirmektedir. Bu tür kanuna ve hukuka aykırılıkların göz ardı edilerek, haklı olarak çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul üyesinin karşı görüşünde ifade ettiği gibi "*delillere kıymayalım*" şeklindeki yaklaşımlar, hukuk devleti ilkesi ile birlikte halkın adalete olan güvenini de sarsıcı nitelikte etkiler doğuracağı ve bu tür ihlallerin süreklilik kazanmasına yol açacağı unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Bilge, Necip: **Hukuk Başlangıcı**, 33. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Centel, Nur, Hamide Zafer: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2014.
- Kunter, Nurullah,
Feridun Yenisey,
Ayşe Nuhoglu: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2006.
- Özbek, Veli Özer: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999.
- Şahin, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2011.
- Ünver, Yener,
Hakan Hakeri: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt I, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Yerdelen, Erdal: **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, Ankara, Adil Yayınevi, 2006.
- Yurtcan, Erdener: **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.