

UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE TİCARETİ SUÇUNDA (TCK m. 188/3) DELİLLERİN TOPLANMASI VE FAİLİN KASTININ BELİRLENMESİ*

COLLECTION OF EVIDENCE AND DETERMINATION OF
PERPETRATOR'S INTENT IN DRUGS OR STIMULANTS
TRAFFICKING OFFENSE (TPC Art. 188/3)

M. Nedim BEKRİ**

Özet: TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun ihdası ile korunan hukuki yarar, günümüzde tüm insanların sağlığı olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla, bu suç için öngörülen ceza oldukça ağırdır. Öte yandan, bu suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların tamamına yakınının, şüpheliler ve sanıklar hakkında tutuklama tedbiri uygulanarak yürütüldüğü görülmektedir. Bu nedenlerle, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna ilişkin şüphe söz konusu olduğunda, hem delillerin etkin ve hukuka uygun bir şekilde toplanması hem de bu suçun TCK'nın 191/1. maddesinde düzenlenen, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçundan tam bir kesinlikle ayırt edilmesi daha da önem kazanmaktadır. Buna karşılık, belirtilen hususlara ilişkin olarak uygulamada ciddi sorunlar bulunduğu görülmektedir. Sorunların giderilmesi ise hukuk kurallarının doğru uygulanması ile mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Uyuşturucu Ticareti, Uyarıcı Ticareti, Kişisel Kullanım Amacı, Delillerin Toplanması, Hukuka Aykırı Delil

Abstract: The legally protected interest by drugs or stimulants trafficking offense set out in Article 188/3 of the Turkish Penal Code (TPC) is acknowledged as the health of all the people nowadays. In that respect, the penalty provided by the law for this crime is quite heavy. It is observed that almost all the suspects and accused remain in detention throughout the investigation and prosecution phases. For these reasons, where there is suspicion regarding drugs or stimulants trafficking it becomes more crucial to perform the effective and lawful collection of evidence and to accurately distinguish

* Makale, araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

** Av. Dr., m.nedimbekri@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0002-2448, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.08.2022, Kabul Tarihi: 03.01.2023

ish it from the offense of purchase, receipt or possession of drugs or stimulants for use set forth in Article 191/1 of the TPC. In practice, serious legal problems arise when applying the mentioned crime-related provisions and collecting of evidence; however, the solution to the problems already exists in Turkish law.

Keywords: Drugs Trafficking, Stimulant Trafficking, Purpose of Personal Consumption, Collection of Evidence, Unlawful Evidence

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 188/3. maddesinde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna ilişkin olarak uygulamada karşılaşılan sorunları iki ana kısma ayırmak mümkündür: Birincisi, özellikle kolluk uygulamalarında somutlaşan delillerin toplanmasındaki sorunlar, ikincisi ise elde edilen delillerin hatalı değerlendirilmesi ve belli bir ezbere dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması. Her iki kısım birbirinden tamamen ayrılamayacağı gibi uyuşturucu ve uyarıcı maddelere ilişkin hassasiyetin de kabul edilebilir kılamayacağı hukuka aykırı delil meselesi, tüm aşamalarındaki süjelerin farkındalığını ve sorumluluğunu gerektiren önemli bir sorundur. Ayrıca, suçun nitelendirilmesinde asıl tartışmalı alan olan TCK'nın 191/1. maddesinde düzenlenip 188/3. maddede yer alan suçtan, failin amacı ile ayrılan; kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçuna ilişkin eylemlerin mahkemelerce *çok* zaman doğru değerlendirilemediğine ilişkin kıymetli yayınlar bulunmaktadır. Bununla beraber, hatalı olarak 188/3. maddeden mahkumiyet sonucunu; kolluğun hukuka ve tekniğe aykırı uygulamaları ile şablon ifadeler taşıyan ve içeriği soruşturma aşamasında sorgulanıp araştırılmayan, duruşmalarda da gerçek anlamda ortaya konulup tartışılmayan ve aksi ispatlanamayan kolluk tutanaklarının doğurduğu bir gerçektir.

Bir hususu özellikle vurgulamak gerekmektedir ki uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna ilişkin olarak kapsamlı Yargıtay kararları bulunmaktadır. Ancak suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların tamamına yakını, şüpheli ve sanıklar hakkında tutuklama tedbiri uygulanarak yürütülmektedir. Bu itibarla, istinaf ve Yargıtay aşamalarında sanıkların açık cezaevine ayrılma süreleri aşılmaktadır. Bu nedenle de sanıkların önemli bir kısmının, hukuka aykırı da olsa haklarındaki mahkumiyet hükmünün bir an önce kesinleşmesini isteyerek

kanun yolu incelemesi haklarından feragat ettikleri gözlenmektedir. Dolayısıyla, konuyu sadece Yargıtay kararları üzerinden inceleyip değerlendirmenin uygulamadaki sorunların gerçek anlamıyla tespit ve çözümünü önlediği söylenebilecektir. Diğer yandan, yargılamaların tamamına yakını tutuklama tedbiri uygulanarak sürdürüldüğünden, hukuka aykırılıklar kanun yolu incelemesinde telafi edilse de cezaların önemli ölçüde fiilen infaz edilmiş oldukları unutulmamalıdır.

Bu itibarla, yüksek yargı kararlarına tam olarak yansıyamamış olsa da sahada gözlemlenen hatalı uygulamaların ve sorunların tespiti ile esasen hukukumuzda zaten var olan çözümlerin ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu hususu dikkate alan çalışmamızda, konumuzu oluşturan suçun uygulamada tartışmalı ve sorunlu olmayan yönlerine ancak gerektiği kadarıyla temas edilecektir. Çalışmamızın birinci bölümünde, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna yer verildikten sonra, söz konusu suçun kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçundan ayrımı *çerçevesinde* kişisel kullanım amacının tespiti sorunu incelenecektir. Bu kapsamda, konuya ilişkin olarak Yargıtay tarafından kullanılan ve *öğretide* de kabul edilen *ölçütlerin* uygulanmasında sık karşılaşılan sorunlar ele alınacaktır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunda delillerin toplanması ve değerlendirilip hükme esas alınmasına ilişkin olan ikinci bölümde, ilgili mevzuat hükümlerine ve Yargıtay'ın yaklaşımlarına da değinilerek, önce toplanmayan ve kaybına neden olunan deliller, sonrasındaysa hukuka aykırı deliller konusu incelenip değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE TİCARETİ SUÇU

A. Madde Metni

TCK'da uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları, "Özel Hükümler" kapsamındaki düzenlemelerin yer aldığı İkinci Kitabın "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısımının "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Bölümünde 188 ila 192. maddeler arasında yer almaktadır. Konumuzu oluşturan ve kısaca uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti olarak adlandırılan suç, "Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti" başlıklı 188. maddenin üçüncü fıkrasında, "Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satı-

şa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve bin günden yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 18/6/2014 – 6545/66 md.) Ancak, uyuşturucu veya uyarıcı madde verilen veya satılan kişinin çocuk olması hâlinde, veren veya satan kişiye verilecek hapis cezası on beş yıldan az olamaz”² şeklinde düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin, imali, ithali ve ihracı ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.³

Kanun koyucunun, konumuzu oluşturan suç ile birinci fıkra-da düzenlenen suçu, madde başlığında “uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti” olarak adlandırmış olduğu görülmektedir. Maddenin gerekçesinde ise “üçüncü fıkra da uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretine ilişkin çeşitli fiillerin ayrı bir suç olarak tanımlandığı” ifade edilmiştir. Basit alım satımlardan daha ileri bir kavram olduğu gözardı edilebilse dahi, ticaret ifadesi seçimlik hareketli suç oluşturduğu fiilleri kapsama hususunda yetersiz kalmakta ve hatta bir kısmıyla *çelişmektedir*. Aşağıda görüleceği üzere satma ve satışa arz etme fiilleri de suçu oluşturmakla beraber, fail, başkalarına bedelsiz olarak uyuşturucu veya uyarıcı madde verse dahi TCK’nın 188/3. maddesinde düzenlenen suç oluşabilecektir. Hatta kişisel kullanım dışındaki amacının maddi olması gerekmeyen fail, başkasına suç atmak amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundursa da suç oluşabilmektedir. Nitekim söz konusu durum TCK’nın TBMM Adalet Komisyonu görüşmesinde de benzer şekilde dile getirilmiş ve mad-

² Fıkranın gerekçesi, “Üçüncü fıkra da, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretine ilişkin çeşitli fiiller ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Buna göre; uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satışı, satışa arzı, başkalarına verilmesi, nakli, depolanması ya da kazanç amacıyla satın alınması, kabul edilmesi veya bulundurulması, bir ve ikinci fıkralara göre ayrı bir suç oluşturmaktadır. Bu suç dolayısıyla da, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçlarda olduğu gibi, hapis cezasının yanı sıra adli para cezası öngörülmüştür” şeklindedir.

³ Söz konusu birinci fıkra, “Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihrac eden kişi, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis ve ikibin günden yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” şeklinde, ilgili ikinci fıkra ise “Uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye’de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilir” şeklindedir.

de başlığı olarak “uyuşturucu madde temin etmek” ile “uyuşturucu madde sağlamak” ifadeleri önerilmiştir.⁴ Öğretide de, konuya ilişkin olarak “uyuşturucu madde temini”⁵, “uyuşturucu madde sağlama”⁶ ve “uyuşturucu madde tedariki”⁷ başlıklarına rastlanabilmektedir. Uyarıcı maddeleri kapsam dışında bıraktıkları gerçek olmakla beraber, ilk bakışta söz konusu ifadelerin de satın alma, kabul etme ve bulundurma fiillerini karşılamadığı düşünülebilecektir. Ancak aşağıda görüleceği üzere koruduğu hukuki yarar esasen kamunun sağlığı olan TCK’nın 188/3. maddesinde düzenlenen suçun nihai amacının, kullanıcı ya da kullanıcı adayı olan kişilerin uyuşturucu ve uyarıcı maddelere ulaşmasını önlemek olduğu dikkate alındığında, kanaatimizce “uyuşturucu veya uyarıcı madde sağlama” adlandırmasının isabetli olduğu ifade edilmelidir. Bununla beraber çalışmamızda, madde başlığına ve gerekeçesine uygun olarak öğretide ve uygulamada yaygın şekilde kullanılan uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti ifadesi tercih edilmiştir.

Maddenin dördüncü fıkrasının a bendinde, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin “*eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması*, b bendinde ise üçüncü fıkradaki fiillerin; *okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi*” hallerinde verilecek cezanın yarı oranında artırılması düzenlenmiştir. Öte yandan, beşinci fıkra, söz konusu suçların üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halindeyse bir kat artırılması hükmü yer almaktadır.

⁴ Yargıtay üyesi Ali Kınacı’nın Adalet Komisyonu’ndaki görüş ve önerileri için bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı, Ankara 2005, 658.

⁵ Bkz. H. Yılmaz Günel, Uyuşturucu Madde Suçları, Kazancı Yay., Ankara 1976, s. 55.

⁶ Bkz. Şener Güngör/ Ali Kınacı, Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Yetkin Yay., Ankara 2001, s. 165; Nur Centel, “Uyuşturucu Madde Kullanma ve Bulundurma Suçu”, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan C.1, Beta Yay., İstanbul 2001, s. 149.

⁷ Bkz. Durmuş Tezcan, “Türk Ceza Kanunu’ndaki Değişiklikler Açısından Uyuşturucu Madde Tedarik Suçları”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ankara 1994, C. 49, S. 2, s. 429-437.

Belirtmek gerekir ki TCK'nın 192. maddesinde uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarına ilişkin olarak "etkin pişmanlık" hükümleri düzenlenmiştir. Birinci fıkraya göre, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan fail, "diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber verirse" hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. Ancak bunun için failin, durum resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce bilgi paylaşması ve verdiği bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması gerekmektedir. Suç haber alındıktan sonra, gönüllü olarak, "suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım eden" fail hakkında verilecek ceza ise yaptığı yardımın niteliğine göre üçüncü fıkra uyarınca dörtte birden yarıya kadar indirilecektir.

B. Korunan Hukuki Yarar

TCK'nın, "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Kısımının "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun ihdası ile korunan hukuki yarar, özellikle gençliğin sağlığı olmak üzere⁸ kamunun sağlığıdır. Bununla beraber, günümüz karşılaştırmalı hukukunda, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarının sınır aşan niteliği, başka suçların işlenmesine ve suç örgütlerine ekonomik kaynak oluşturmaları ve kullanıcıların madde temini için başka suçlara karışmaları nedenlerinin oluşturduğu farklı boyut dikkate alınmaktadır. Bu itibarla söz konusu suç, sadece kullananların sağlığını hedef alan bir suç olarak görülmemekte ve korunan hukuki yararın tüm insanların sağlığı olduğuna ilişkin anlayış kabul görmektedir.⁹

⁸ Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar, US-A Yay., Ankara 2017, s. 93.

⁹ Sahir Erman/Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1995, no:335; Durmuş Tezcan, "Uyuşturucu Maddelerin Yasadışı Ticaretini Önleyici Tedbirler", TİD, Ankara 1987, S. 377, s. 40; Osman Yaşar/Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C. 4, Ankara 2010, s. 5153; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2021, s. 982; Ziya Koç, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçlarında Kişisel Kullanım Amacının Belirlenmesi (TCK m. 188/3-TCK m. 191)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2021, C. 23, S. 2, s. 1148-1149; Birsan Elmas, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yay., Ankara 2022, s. 34.

Kültürel yapının ve toplum düzeninin de uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu ile korunan hukuksal yararlarından olduğunu ifade etmek mümkündür.¹⁰

C. Tipikliğin Maddi Unsurları

1. Fail-Mağdur

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun faili herkes ola-bilmektedir. Suçun mağduru kamu olup mağdur yönünden suçun bir özelliği bulunmamaktadır.¹¹ Bununla beraber, suçun düzenlen-diği TCK'nın 188. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca failin, tabip, dış tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, dış teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi olması halinde verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır.

2. Maddi Konu

Suçun maddi konusu uyuşturucu veya uyarıcı maddeler olup, söz konusu maddeler TCK'da veya başka bir kanunda tanımlanmamış ve sınırlayıcı şekilde sayılmamıştır. Bu durum, 188. maddenin gerekçe-sinde, *“Burada uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin nelerden ibaret bulun-duğu tanımlanmadığı gibi, bunların teker teker gösterilmesi yoluna da gidil-memiştir. Bunun nedeni, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ve aynı etkiyi yapan ilaç ve sentetiklerin kötüye kullanılmalarının yaptırım altına alınarak güçlü bir sosyal savunmanın sağlanmasıdır. Böylece, psikotrop madde olarak, uyuşturucu veya uyarıcı etkisi yapan ve kişilerde bağımlılık meydana getiren bütün maddelerin, bu suçun konusunu oluşturacağı kabul edilmiştir”* ifade-leriyle açıklanmıştır.

Öğretide, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin, TCK'da veya başka bir kanunda tanımlanmamış ve tek tek sayılmamış olmasının kanuni-lik ilkesi açısından sorun oluşturduğu ve söz konusu maddelerin ida-renin düzenleyici işlemleriyle belirlenemeyeceği, suçun konusunun kanun koyucu tarafından belirlenmiş olmasının temel hak ve özgür-

¹⁰ Köksal Bayraktar vd., Özel Ceza Hukuku C. 5, On İki Levha Yay., İstanbul 2019, s. 322.

¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 982; Bayraktar vd., s. 327.

lükler açısından daha çok güvence sağlayacağı görüşleri ifade edilmektedir.¹² Kanaatimizce, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin bilimsel bir tanımının kanunda yer alması yerinde olacak ise de söz konusu maddelerin kanunda sınırlayıcı şekilde tek tek sayılması, hukukumuzu bu maddelerin hızla yeni türlerinin ortaya çıkışı karşısında etkisiz kılacaktır. Madde gerekçesindeki açıklama isabetli olup, bu noktada önemli olan, uyuşturucu veya uyarıcı madde ilanına ilişkin resmi belgelerin, evrensel anlamda objektif ve bilimsel çalışmalara, yayınlara dayanmasıdır.

Dünya Sağlık Örgütü'nün, *“Bitkisel veya sentetik menşeli olup, merkezi sinir sistemini etkileyerek, fizik veya psikik bağımlılık hallerine yol açan ve bazı hallerde tek konulu (kullanmanın devamı üzerine dozajı artırmak ihtiyacının duyulması) ve diğer bazı hallerde ise aynı kişinin değişik uyuşturucu kullanması gibi çift konulu tutku yaratan bütün maddeler”* şeklinde uyuşturucu madde tanımı bulunmaktadır.¹³ Uyuşturucu ve uyarıcı maddelere ilişkin olarak uluslararası uygulamalarda kullanıldığı gibi ülkemiz uygulamasında da kullanılan “narkotik” kelimesi, Yunanca uyku anlamındaki “narké” kelimesinden türetilmiştir.¹⁴ Bu etimolojik gerçeğe de uygun olarak TCK'nın 188. maddesine ilişkin yargı kararlarında ve kolluk tutanaklarında, uyuşturucu kavramıyla, genellikle tüm narkotik maddeler kastedilmektedir. Buna karşılık kanun düzenlemesindeki uyuşturucu veya uyarıcı şeklindeki ibare, uyuşturma özelliği olan ile uyarma özelliği olan iki farklı kategorideki maddeleri ayrı ayrı ifade etmektedir.¹⁵ Nitekim, son yıllarda metamfetamin adlı madde örneğinde görüldüğü üzere uyarıcı madde kullanımının oldukça arttığı gözlenmektedir.¹⁶ Bu itibarla, kanun düzenlemesinde uyarıcı madde ifadesinin ayrıca yer almasının gerekliliği daha da iyi anlaşılmaktadır.

¹² Bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019, s. 773; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., Ankara 2018, s. 489.

¹³ Erman/Özek, no: 337.

¹⁴ Sulhi Dönmezer, Kriminoloji, İstanbul Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 1981, s. 393; Günel, s. 7.

¹⁵ Kanundaki “uyarıcı madde” ifadesinin özel bir anlamının bulunmadığı görüşü için bkz. Çetin Arslan/Bahattin Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yay., Ankara 2004, s. 779; Tezcan/Erdem/Önok, s. 982.

¹⁶ 2019 yılında ele geçirilen metamfetamin miktarı 1 ton 42 kilogram iken, bu miktar 2020 yılında 4 ton 168 kilogram olmuştur. (<https://www.egm.gov.tr/asla-met-kullanma>, E.T.: 15.06.2022).

Uyuşturucu ve uyarıcı maddeler, TCK'da veya başka bir kanunda tanımlanmamış ve sınırlayıcı şekilde sayılmamış ise de 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun'un 4/1. maddesinde, "*Ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbî afyon ve bunların müstahzarları Türk Ceza Kanunu'nun uygulanmasında uyuşturucu maddelerden sayılır*" şeklinde sınırlayıcı olmayan bir sayıma yer verilmiştir. Belli maddelerin söz konusu olması halinde cezanın yarı oranında artırılması öngörülen TCK'nın 188/4. maddesinin a bendinde, "*eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin*" in sayıldığı da hatırlanmalıdır. Öte yandan, ülkemizin de tarafı olduğu 1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesi, 1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesi ve 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Sözleşme maddeleri, Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca iç hukukumuzun bir parçasını oluşturmaktadır. Bu itibarla, 1961 tarihli Sözleşme'nin 1 ve 2 numaralı Cetvellerinde yer alan doğal ve yapay maddeler TCK'nın 188. maddesi kapsamında uyuşturucu ve uyarıcı madde olarak kabul edilecektir. Buna göre, uyuşturucu veya uyarıcı olduğundan şüphelenilen madde, laboratuvar imkanıyla bilimsel analiz yapabilecek uzman bir kuruluşa incelettirilerek maddenin fiziksel ve kimyasal özellikleri ile bilinen adı ve kimyasal adı tespit ettirilecektir. Söz konusu madde, TCK'nın 188/4. maddesinde, 3298 sayılı Kanun'da, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'da, bu kanunların verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Bakanlar Kurulu/Cumhurbaşkanlığı kararlarında veya 1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesi'nin 1 ve 2 numaralı Cetvellerinde yer verilen bir madde ise TCK'nın 188. maddesi anlamında uyuşturucu ve uyarıcı madde olarak dikkate alınacaktır.¹⁷ Nitekim uygulamada da

¹⁷ Elmas, s. 49-50; Güngör/Kınacı, s. 116-117. "Adli Tıp Kurumu...Grup Başkanlığı Kimya İhtisas Dairesi'nce tanzim olunan...uzmanlık raporlarında; ele geçirilen maddenin AB FUBINACA olduğu, 25.01.2014 tarih ve 28893 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 16.12.2013 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile 2313 sayılı uyuşturucu maddelerin murakabesi hakkındaki kanun kapsamına alındığının bildirildiği, maddenin suç tarihinde 5237 sayılı TCK'nın 188/4. maddesinin, 2313 sayılı Kanun'da, 3298 sayılı Kanun'da, Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi'nin 1 ve 2 numaralı cetvellerinde, 2313 ve 3298 sayılı Kanunların verdiği yetki uyarınca çıkarılan Bakanlar Kurulu kararlarında sayılan uyuşturucu veya uyarıcı maddeler kapsamına alınmasına rağmen söz konusu Bakanlar Kurulu'nun 16.12.2013 tarih ve 2013/5742 sayılı kararının suç tarihinden sonra 25.01.2014 tarih ve 28893 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandığı, maddenin suç tarihi itibarı ile TCK 188/3. maddesi kapsamında kalmadığı anlaşılmakla; söz konusu

bu yönde tespit için, soruşturma ve gerektiğinde kovuşturma aşamalarında Kriminal Polis Laboratuvarlarından ve Adli Tıp Kurumu'ndan uzmanlık raporu alınmaktadır.¹⁸

3. Fiil

TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen suç, seçimlik hareketli bir suç olup, söz konusu hareketler, uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde *satmak, satışa arz etmek, başkalarına vermek, sevk etmek, nakletmek, depolamak, satın almak, kabul etmek* ve *bulundurmak* fiilleridir.

Satmak, uyuşturucu veya uyarıcı maddeye ilişkin mülkiyetin belirli bir bedel karşılığında bir başkasına devredilmesidir.¹⁹

raporun varsa ele geçirilen madde ile birlikte ATK 5. İhtisas Kurulu'na gönderilerek söz konusu maddenin "uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran madde" olup olmadığı hususunda rapor alındıktan sonra TCK'nın 188. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen "uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran maddenin ticaretini yapma" suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılarak, sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi," Yargıtay 20. CD 30.6.2020, 2019/1942 E.-2020/3554 K..

¹⁸ "Hükme esas alınan, hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan ayrı soruşturma yapılan ...'da ele geçirilen maddelere ilişkin Adli Tıp Kurumu veya Kriminal Polis Laboratuvarından alınmış bir ekspertiz raporunun dosyada bulunmadığı anlaşılmakla; bu maddelerin "uyuşturucu madde niteliğini taşıyıp taşımadığına" ilişkin analiz raporunun aslı ya da onaylı suretlerinin dosya arasına konulması; ele geçirilen maddeye ilişkin analiz raporu yok ise, maddelerin Adli Emanetten temini ile "uyuşturucu madde niteliğini taşıyıp taşımadığına" ilişkin uzmanlık raporu aldırılarak, sanığa okunup diyeceklerinin sorulması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması" Yargıtay 10. CD 20/12/2021, 2021/15816 E.-2021/13961 K. "...aramada ele geçen maddelere ilişkin ekspertiz raporunun dosyada bulunmadığı anlaşıldığından, bu maddelerin "uyuşturucu madde niteliğini taşıyıp taşımadığına" ilişkin uzmanlık raporu var ise aslı ya da onaylı örneğinin getirtilmesi, yok ise maddenin "uyuşturucu madde niteliğini taşıyıp taşımadığına" ilişkin uzmanlık raporu alınması, sonucuna göre tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun belirlenmesi", Yargıtay 10. CD 30.3.2022, 2020/15366 E.-2022/3995 K. (<https://www.kazanci.com.tr>, E.T.: 15.06.2022).

¹⁹ Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2019, s. 362. Öğretide, satılan madde, miktar ve nitelik yönünden kullanıma uygun değilse suçun maddi konusu bulunmadığından işlenemez suç söz konusu olacağı ifade edilmiş ise de (Bkz. Hamide Zafer, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu", İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı Sempozyum Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 2007, s. 109), bu görüş, kanun koyucunun, satma eyleminde alıcının kullanmak için satın almasını şart koşmadığı, alıcının satın aldığı maddeyi başka bir uyuşturucu madde imalinde kullanmasının da mümkün olduğu, Yargıtay'ın da madde miktarını suç konusunun önem ve

Satışa arz etmek, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin malikinin ya da zilyedinin, bu maddeyi satmak için, satma iradesini ortaya koyan herhangi bir davranışta bulunması olup, internet ortamında satışa sunma dahil bu yöndeki tüm hareketler bu kapsamdadır.²⁰

Başkalarına vermek, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından, “bir kişinin mülkiyetinde ya da zilyetliğinde bulunan uyuşturucu maddeyi satış sayılmayacak şekilde ve bedel almadan başkasına devretmesidir. Bunun için uyuşturucuyu verecek kişi ile alacak kişinin iradelerinin uyuşması ve maddenin zilyetliğinin devredilmesi gerekir.”²¹ şeklinde tanımlanmıştır. Karşılıklı ve uyuşan iradelerin varlığı şart olup, gizlice içeceğine koyma, ilacını buna benzeyen maddeyle değiştirme veya zorla kullandırma örneklerinde olduğu gibi kişinin iradesi dışında kendisine uyuşturucu ya da uyarıcı maddenin verilmesi hallerinde başkalarına verme fiili değil kasten yaralama suçu söz konusu olabilecektir.²²

Belirtmek gerekir ki Yargıtay, failin temin ettiği uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi başkasıyla bir araya gelerek kullanmasını, maddenin ikram edilerek başkalarıyla birlikte kullanılmasını başkalarına vermek olarak değil, TCK’nın 191/1. maddesinde düzenlenen kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçu olarak nitelendirmektedir. Kişinin kendisine ait olup birlikte kullanım sonrası arta kalan maddeyi isteği üzerine diğer kişiye bırakmasını ise TCK’nın 188/3. maddesi kapsamında değerlendirmektedir.²³ Maddenin, satış öncesinde deneme amacıyla bedelsiz numune olarak verilmesi halinde de başkalarına vermek fiili söz konusudur.²⁴

Sevk etmek, kişinin, sahibi ya da zilyedi olduğu uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi bir yerden bir yere bir başka kişi aracılığıyla, kullanma amacı dışında bir amaçla göndermesidir.²⁵

değeriyle ilişkilendirilerek miktarın, verilecek ceza açısından önemli olabileceğine hükmettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir (Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 782).

²⁰ Güngör/Kınacı, s. 229; Elmas, s. 102.

²¹ Yargıtay CGK 21.06.2011, 2011/10-120 E.-2011/143 K.

²² Fahrettin Kızıl, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları, Adalet Yay., Ankara 2020, s. 194-195.

²³ Elmas, s. 104-105; Tezcan/Erdem/Önok, s. 990.

²⁴ Murat Balcı, Türk Ceza Kanunu’nda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları (TCK m. 188), Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 169.

²⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5171.

Nakletmek, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin bir yerden bir yere bizzat fail tarafından götürülmesi olup, ücret mukabilinde taşıma yapılması şart olmayan failin uyuşturucu veya uyarıcı maddenin söz konusu olduğunu ise bilmesi gerekmektedir.²⁶

Depolamak, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin, kişisel kullanım amacıyla hareket edilmeksizin bir yerde tutulmasıdır.²⁷

Satın almak fiili, yukarıda değinilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında tanımlanmıştır. Buna göre satın almak, “*uyuşturucu ya da uyarıcı maddenin üzerinde tasarruf edebilme hakkının bir bedel veya başka bir değer karşılığı elde edilmesi*” dir. Aynı karara göre, *kabul etmek fiili*, “*bir kişinin başkasına ait uyuşturucu veya uyarıcı maddenin zilyetliğini herhangi bir karşılık vermeden üzerine alması*” şeklinde; *bulundurmamak fiili* ise “*bir kişinin kendisine veya başkasına ait uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak fiili egemenliği altında ve o madde üzerinde tasarruf olanağı bulunacak şekilde elinde tutması*”²⁸ şeklinde tanımlanmıştır. Bulundurmamak fiilinde, fiili egemenlik devam ettirildiğinden kesintisiz suç söz konusudur.²⁹ Kararın devamında, aşağıda kişisel kullanım amacının tespiti sorunu incelenirken detaylı olarak değinileceği üzere, uyuşturucu veya uyarıcı maddenin TCK’nın 188/3. maddesi kapsamında bulundurulduğundan söz edebilmek için kişinin maddeyi “*kendi kişisel kullanımı dışında bir amaçla, örneğin; başkasına satmak, başkasına suç atmak, başkasının içeceğine karıştırmak veya yeni uyuşturucu imal etmek gibi sebeplerle bulundurması*” gerektiği³⁰ hususu vurgulanmıştır. İfade edilmelidir ki bu gereklilik, TCK’nın 191/1. maddesinde düzenlenen kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak suçuyla 188/3. maddesinde yer alan ortak diğer iki fiil olan, satın almak ve kabul etmek eylemleri için de geçerlidir.

²⁶ Erhan Günay, Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yay., Ankara 2005, s. 83; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5172.

²⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5173.

²⁸ Yargıtay CGK 21.06.2011, 2011/10-120 E.-2011/143 K.

²⁹ Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Uyuşturucu Suçları, Seçkin Yay., Ankara 2021, s. 63; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.1, Beta Yay., İstanbul 1997, s. 385.

³⁰ Yargıtay CGK 21.06.2011, 2011/10-120 E.-2011/143 K.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde suçu bir soyut tehlike suçu olup, suçu oluşturan fiillerin zarar veya somut tehlike meydana getirmesi gerekmemektedir.³¹

D. Tipikliğin Manevi Unsurları

Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti kapsamındaki suçların tamamı genel kast ile işlenen suçlardandır ve failin, fiili belli bir saikle gerçekleştirmiş olması *şartı* aranmamaktadır.³² Bununla beraber, yukarıda Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile temas ettiğimiz ve aşağıda daha detaylı olarak inceleyeceğimiz *üzere*, satın almak, kabul etmek ve bulundurmak eylemlerinde, TCK'nın 191/1. maddesinde düzenlenen kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçunun değil de TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen suçun oluştuğunun kabulü için, failin kişisel kullanım amacı dışında bir amacının olduğu tespit edilmelidir.

Failin, suç konusu maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde olduğunu bilmediği hallerde, TCK'nın 30/1. maddesi anlamında tipiklikte yanılma söz konusu olduğundan kast ortadan kalkacak ve fail, hatasından yararlanacaktır.³³ Zira belirtilen hallerde TCK'nın 4. maddesinde *öngörüldüğü üzere* failin ceza sorumluluğunu kaldırması mümkün olmayan “ceza kanununun bilinmemesi” hali değil, suçun kast unsuruyla ilgili olan fiil *üzerinde* bir hata söz konusu olacaktır.³⁴ Nitekim, TCK'nın 21/1. maddesinde kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Suç konusu madde, failin zannettiği gibi başka herhangi bir madde olsaydı TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen suç oluşmayacağı *üzere*, maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde olduğunu bilmeyen failin kastından söz edilemeyecektir.

³¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 982.

³² Yokuş Sevük, s. 365.

³³ Yokuş Sevük, s. 366; Soyaslan, s. 493.

³⁴ Ceza hukukunda, kural üzerinde hata ve fiil üzerinde hata ayrımı ile kural üzerinde hataya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Devrim Güngör, “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2007, S. 68, s. 135-160.

E. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçu, madde metninde *öngörüldüğü üzere*, ancak fiillerin “*ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak*” gerçekleştirilmesi halinde oluşacaktır. 2313 sayılı Kanun’un Ek 1. maddesi uyarınca, Sağlık Bakanlığı ruhsat vermeye yetkili olan makamdır. Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin, ruhsatta belirtilenden farklı bir madde olması, ruhsatta yazılı miktardan fazla olması, maddeye ruhsatta verilen izinden farklı bir işlemin uygulanması hallerinde TCK’nın 188. maddesi anlamında “*ruhsata aykırılık*” tan bahsedilecektir.³⁵

F. Kullanmak İçin Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak Suçu ve Kişisel Kullanım Amacının Tespiti Sorunu

1. Madde Metni

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçu TCK’nın “*Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak*” başlıklı 191. maddesinin birinci fıkrasında, “*Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmiştir.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, 191/1. maddede düzenlenen suçun, satın almak, kabul etmek veya bulundurmak fiillerinin, 188/3. maddede düzenlenen ve karşılığında çok daha ağır bir ceza *öngörülen* suçun üç seçimlik hareketiyle aynı olduğu görülmektedir. Söz konusu fiillerin bu iki suçtan hangisini oluşturacağını, failin suç konusunu satın alma, kabul etme veya bulundurma amacı belirlemektedir.

2. Kişisel Kullanım Amacının Tespiti

Failin, uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanmak için mi yoksa kişisel kullanımı dışında bir amaçla mı satın aldığı, kabul ettiği veya bulundurduğu, dolayısıyla oluşan suç türünün TCK’nın 191/1. mad-

³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, s. 997.

desi kapsamında mı yoksa 188/3. maddesi kapsamında mı kaldığı hususuna ilişkin olarak kanunda, eşik madde miktarı veya başkaca bir ölçüt yer almamaktadır. Kanun koyucu, suçun manevi unsuru *çerçevesinde* gerekli tespiti uygulamaya bırakmış ve esnek sistemi seçmiştir. Bu tercih, karşılaştırmalı hukuktaki genel anlayışa uygundur.³⁶ Buna göre, uygulamada her somut olayın kendi özellikleri ve delilleriyle bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Failin amacı, subjektif bir husus olduğu üzere, kastın tespiti için dış belirtiler dikkate alınacaktır.³⁷ Nitekim Yargıtay da bu hususta, *öğretide* de kabul edilen bazı ölçütlerden faydalanmakta ve bu ölçütleri olaylara uygulamaktadır.³⁸

³⁶ Koç, s. 1169. Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve uygulamalar için bkz. Koç, s. 1155 vd.; Kayıhan İçel (Proje Yöneticisi), Yener Ünver (Editör), Uyuşturucu Madde Suçları – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 18, Seçkin Yay., Ankara 2017.

³⁷ Handan Yokuş Sevük, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 145 vd.; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 5175.

³⁸ “Uyuşturucu madde bulundurma eyleminin, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu mu, yoksa uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu mu oluşturduğunun tespitinde belirgin rol oynayan husus, bulundurmanın amacıdır. Ceza Genel Kurulu’nun 06.03.2012 tarihli ve 387-75 sayılı, 20.02.2018 tarihli ve 10-57 sayılı, 22.11.2018 tarihli ve 723-562 sayılı kararları başta olmak üzere bir çok kararında da belirtildiği üzere, uyuşturucu madde bulundurmanın, hangi maksada matuf olduğunun belirlenmesinde dikkate alınması gereken ve öğreti ile uygulamada da kabul görmüş olan bazı kriterler bulunmaktadır. Bunlardan ilki; failin bulundurduğu uyuşturucu maddeyi başkasına satma, devir veya tedarik etmek hususunda herhangi bir davranış içine girip girmediğidir. İkinci kriter, uyuşturucu maddenin bulundurulduğu yer ve bulunduruluş biçimidir. Kişisel kullanım için uyuşturucu madde bulunduran kimse, bunu her zaman kolaylıkla erişebileceği bir yerde, örneğin genellikle evinde veya iş yerinde bulundurmaktadır. Buna karşın uyuşturucunun ev veya iş yerine uzakta, çıkarılıp alınması güç ve zaman gerektiren depo, mağara, samanlık gibi bir yere gizlemesi kullanma dışında bir amaçla bulundurulduğunu gösterebilir. Yine, uyuşturucunun çok sayıda özenli olarak hazırlanmış küçük paketçikler hâlinde olması, her paketçinin içine hassas biçimde yapılan tartım sonucu aynı miktarda uyuşturucu madde konulmuş olması, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yerde veya yakınında, hassas terazi ve paketlemede kullanılan ambalaj malzemelerinin bulunması, kullanım dışında bir amaçla bulundurulduğu hususunda önemli belirtilerdir. Üçüncü kriter de, bulundurulan uyuşturucu maddenin çeşit ve miktarıdır. Uyuşturucu madde kullanan kimse genelde bir ya da benzer etki gösteren iki değişik uyuşturucu maddeyi bulundurur. Bu nedenle değişik nitelikte ve farklı etkileri olan eroin, kokain, esrar ve amfetamin içeren tabletleri birlikte bulunduran sanığın bunları satmak amacıyla bulundurduğu kabul edilebilir. Kişisel kullanım için kabul edilebilecek miktar, kişinin fiziksel ve ruhsal yapısı ile uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliğine, cinsine ve kalitesine göre değişiklik göstermekle birlikte, Adli Tıp Kurumu’nun mütalaalarında esrar kullananların her defasında 1-1,5-gram olmak üzere günde

2.a. Failin Hareketleri

Failin amacının belirlenmesinde, *öncelikle* failin hareketleri incelenecektir. Bu itibarla, failin uyuşturucu maddeyi başkasına satma, devir veya tedarik etme hususunda herhangi bir davranışta bulunup bulunmamış olması ilk ölçüttür.³⁹ Bu davranışlar, müşteri arama, sanal ortamda reklam yayınlama, numune gösterme veya pazarlık yapma şeklinde olabilecektir. Failin davranışlarının, kullanma dışındaki amacını göstermesi halinde, madde miktarı önemli olmadığı gibi diğer ölçütlerin araştırılmasına da artık gerek bulunmamaktadır.⁴⁰

2.b. Maddelerin Bulundurulduğu Yer ve Bulunduruluş Biçimi

Yargıtay, kişisel kullanım amacıyla madde bulunduran kişinin, ev ve işyeri örneğinde olduğu gibi maddeyi her zaman kolaylıkla erişebileceği bir yerde bulunduracağını, maddenin erişimi güç ve zaman gerektiren depo, mağara, samanlık gibi bir yere gizlenmesi halinde kullanma dışında bir amacın söz konusu olabileceğini öngörmektedir. Ayrıca, uyuşturucunun çok sayıda özenli olarak hazırlanmış küçük paketçikler halinde olması, her paketçinin içine hassas biçimde yapılan tartım sonucu aynı miktarda uyuşturucu madde konulmuş olması, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yerde veya yakınında, hassas terazi ve paketlemede kullanılan ambalaj malzemelerinin bulunması hususları da kullanım dışındaki amaç için önemli deliller olarak kabul

üş kez esrar tüketebildikleri bildirilmektedir. Esrar kullanma alışkanlığı olanların bunları göz önüne alarak, birkaç aylık ihtiyaçlarını karşılayacak miktarda esrar maddesini ihtiyaten yanlarında veya ulaşabilecekleri bir yerde bulundurabildikleri de adli dosyalara yansıyan ve bilinen bir husustur. Buna göre, esrar kullanan faillerin olağan sayılan bu süre içinde kişisel olarak kullanıp tüketebilecekleri miktarın üzerinde esrar maddesi bulundurmaları hâlinde, bulundurmanın kişisel kullanım amacına yönelik olmadığı kabul edilmelidir". Yargıtay CGK 19.02.2019, 2017/10-972 E.-2019/114 K.

³⁹ Yargıtay CGK 19.02.2019, 2017/10-972 E.-2019/114 K.; 22.11.2018, 2017/10-723 E.-2018/562 K.; 20.02.2018, 2018/10-10 E.-2018/57 K. sayılı kararlar

⁴⁰ Güngör/Kınacı, s. 363; Elmas, s. 650. "Uyuşturucu/uyarıcı maddenin kişisel kullanıma yetecek miktarda olması halinde başkaca delil yoksa amacın kullanmak için bulundurma olduğu kabul edilebilirse de maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla yönelik olarak miktar ölçütü dışında somut olayın özelliklerine göre de değerlendirme yapılmalıdır. Bu değerlendirmede miktar dışında; a) Sanığın hareketleri (müşteri arama, pazarlık yapma, numune gösterme ve benzeri) ... gibi olgular da değerlendirilmelidir". Yargıtay 20. CD 06.12.2017, 2017/4166 E.-2017/6864 K.; 06.12.2017, 2017/4155 E.-2017/6865 K.; CD 22.11.2017, 2017/3529 E.-2017/6396 K. sayılı kararlar

edilmektedir.⁴¹ İfade etmek gerekir ki hassas terazinin varlığı tek başına yeterli görülmemekte ve bu alette uyuşturucu veya uyarıcı madde artığı bulunduğuna ilişkin tespit de aranmaktadır.⁴² Hassas terazinin fail tarafından, madde kullanırken ya da kendisi alım yaparken kullanılıyor olması da mümkün olduğundan, failin amacı tespit edilirken bu hususa da dikkat edilmelidir.⁴³

Kişisel kullanım amacının belirlenmesinde, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ele geçirildiği yer ve zaman da dikkate alınıp değerlendirilmektedir. Kişisel kullanım miktarındaki madde, failin evi ya da

⁴¹ Yargıtay CGK 19.02.2019, 2017/10-972 E.-2019/114 K.; 22.11.2018, 2017/10-723 E.-2018/562 K.; 20.02.2018, 2018/10-10 E.-2018/57 K. sayılı kararlar; "...yere attığı poşet ve üst araması sonucu satışa hazır vaziyette 40 ayrı paket halinde uyuşturucu maddenin ele geçirildiği olayda; tüm dosya kapsamına göre, ticaret amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu işlediği sabit olan sanığın mahkûmiyeti yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle beraatine karar verilmesi", (Yargıtay 10. CD. 26.12.2019, 2017/838 E.-2019/9055 K.; "10.05.2007 tarihli ev arama ve el koyma tutanağı içeriği, suç konusu uyuşturucu maddenin satışa hazır vaziyette 60 paket halinde sanığın eşinin çantasında 2 ayrı poşet içerisinde ele geçirilmesi ve uyuşturucu maddelerin sanık tarafından paketlenildiğinin anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu gözetilmeden suçun niteliği yanlış değerlendirilerek kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan hüküm kurulması", Yargıtay 10. CD 12.02.2019, 2017/4618 E.-2019/867 K.

⁴² "Sanığın uyuşturucu madde ticareti yaptığı yönünde delil kabul edilen ve sanığın evinde ele geçen hassas terazinin çalışır vaziyette olup olmadığı, ayrıca uyuşturucu yada uyarıcı madde artığı içerip içermediği belirlendikten sonra hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi", Yargıtay 20. CD 01.07.2020, 2020/2035 E.-2020/3695 K.; "Sanığın 25.11.2019 tarihli eylemde yanındaki hassas teraziye uyuşturucu madde alırken tartmak için kullandığını savunduğu, Apo isimli şahıstan ... ile metamfetamin alırken ...'ında aldığı maddeyi ele geçen hassas terazi ile tarttığını beyan ettiği, ancak hassas terazi üzerinde esrar bulaşıklarının tespit edilmesine rağmen metamfetamin bulaşığının tespit edilmediği, 11.09.2019 tarihinde ise yine sanığın üzerinde hasas terazi ele geçirildiği sanık üzerinde esrar bulunmasına rağmen bu sefer hassas terazide metamfetamin kalıntılarının bulunduğu tespit edildiği, hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan ayrı soruşturma yürütülen ve dosyada tanık olarak beyanına başvuru alan ... kollukta alınan müdafili beyanında sanıktan metamfetamin aldığını beyan ettiği, tutanak tanığının, ...'ın yakalama sırasında sanıktan uyuşturucu madde aldığını söylediğini aktardığı ve bu hususun olay tutanağında da belirtildiği anlaşılmakla, olay tutanakları, tanık beyanları, sanığın kullanmak için aldığı uyuşturucu maddeleri tartmakta kullandığını iddia ettiği hassas terazilerde yakalama anında üzerinde bulunan uyuşturucu maddelerden farklı nitelikte madde bulaşıklarının bulunması, sanığın metamfetamin sattığının iddia edilmesi ile 11/09/2019 tarihinde metamfetamin bulaşıklı hassas terazinin ele geçmesi ve tüm dosya kapsamından sanığın üzerine atılı uyuşturucu madde ticareti yapma suçu sabit olmakla". Yargıtay 10. CD 01.11.2021, 2021/2855 E.-2021/10921 K.

⁴³ Koç, s. 1174.

işyeri çekmecesinde bulunduğu kullanma amacı düşünülecekken, kafe, bar, okul kantini gibi bir yer işleten failin masasının çekmecesinde bulunduğu kullanma dışında amaç kabul edilebilecektir. Keza, fail kişisel kullanım miktarındaki maddeyle evine giderken evine yakın bir yerde yakalandığında, kullanma amacına ilişkin savunmasına itibar edilebilecekken, eğlence merkezleri gibi yoğun ortamlara girerken veya üniversite, okul gibi bir eğitim kurumu önünde yakalandığında durum farklı olacaktır.⁴⁴

2.c. Maddelerin Çeşit ve Miktarı

Failden çeşitli niteliklerde uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçirilmesi, kullanım dışında bir amacın göstergesi olarak kabul edilmektedir. Yargıtay, madde kullanan kişinin, genelde bir ya da benzer etki gösteren iki değişik madde bulunduracağını, değişik nitelikte ve farklı etkileri olan eroin, kokain, esrar ve amfetamin içeren tabletleri birlikte bulunduran failin bunları satmak amacıyla bulundurduğunun kabul edilebileceğini ifade etmektedir.⁴⁵

⁴⁴ Elmas, s. 653 vd. "...yapılan ihbarda, sanığın evinde satmak amacıyla esrar bulundurduğu ve zaman zaman otogardan batı illerine esrar gönderdiği ve olay tarihinde de otogardan il dışına esrar nakledeceğinin bildirilmesi üzerine, olay yerine gelen görevliler tarafından, sanığın ihbara uygun biçimde saat 17.10 sıralarında elinde siyah bir naylon poşetle ...yolu üzerinden otogara gelirken, ...Otogar girişinde yakalanması ve yapılan aramada elindeki naylon poşetin içerisinde üzerine alıcısının kimliği de yazılmak suretiyle koli şeklinde başkasına gönderilmek üzere hazırlanmış net 99,280 gram toz esrar elde edilebilecek miktarda 408 gram ağırlığında kubar esrar, gömleğinin sol cebinde net 0,480 gram toz esrar elde edilebilecek miktarda 1,200 gram ağırlığında kubar esrar, evinde yapılan aramada da net 1,606 gram toz esrar elde edilebilecek miktarda 7,300 gram ağırlığında kubar esrar, ele geçirilmesi karşısında; suç konusu uyuşturucu maddelerin miktarı, bulundurulma şekli, ele geçiriliş biçimi, sanığın yakalandığı yer ve zaman dikkate alındığında, sanığın bu maddeleri başkalarına verme amacı ile bulundurduğu açık olup, eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun niteliği yanlış değerlendirilerek kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan hüküm kurulması", Yargıtay 10. CD 22/10/2018, 2017/4303 E.-2018/7232 K.

⁴⁵ Yargıtay CGK 19.02.2019, 2017/10-972 E.-2019/114 K.; 22.11.2018, 2017/10-723 E.-2018/562 K.; 20.02.2018, 2018/10-10 E.-2018/57 K. sayılı kararlar; "Olay tutanağı içeriği, sanığın yakalanış şekli, ele geçen uyuşturucu maddenin çeşitliliği ve adeti ile tüm dosya kapsamına göre, sanığın uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu işlediği sabit olduğu halde, yerinde olmayan ve dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle beraatine karar verilmesi", Yargıtay 10. CD 27.04.2021, 2017/6688 E.-2021/5148 K.

Daha önce belirtildiği üzere, uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişinin amacının tespitine ilişkin olarak kanunda, eşik madde miktarı gibi bir ölçüt yer almamaktadır. Kanun koyucu, gerekli tespiti uygulamaya bıraktığından, uygulamada her somut olayın kendi özellikleri ve delilleriyle bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında da, failin amacının tespitinde madde miktarının yardımcı olabileceğini fakat tek bir ölçüt olamayacağını, kişisel kullanıma yetecek miktar söz konusu olduğunda başka delil yoksa amacın kullanma olduğu kabul edilebilirse de, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için miktarın dışında somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerektiği, ayrıca kişisel kullanım için kabul edilebilecek miktarın, kişinin fiziksel ve ruhsal yapısı ile uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliğine, cinsine ve kalitesine göre değişiklik gösterdiği hususlarına yer verilmektedir.⁴⁶ Bununla beraber Yargıtay kararlarında, kesin bir ölçüt değilse de ortalama olarak bir kişinin kullanabileceği bir dozluk esrarın 0.5 gram olarak hesaplanıp, 4 ila 6 doz ile günlük kullanılabilecek esrar miktarının 3 gram; eroin maddesi içinse 10 mg'lık 4 ila 6 doz ile günlük kullanılabilecek miktarın 60 mg olarak kabul edildiği görülmektedir. Miktar hususunda, daralı ağırlık değil etken madde miktarı dikkate alınmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki geçmiş uygulamalarında 1 yıllık kullanım miktarını esas alan Yargıtay, son yıllarda verilen kararlarında bir haftalık tatile gitmekte olan failden ele geçirilen madde miktarının tatil süresine göre hesaplanması örneğinde olduğu gibi somut olayın özelliklerine göre belirlenen zaman dilimindeki kullanım miktarını dikkate almaktadır.⁴⁷

⁴⁶ Yargıtay 20. CD 06.12.2017, 2017/4166 E.-2017/6864 K.; 06.12.2017, 2017/4155 E.-2017/6865 K.; 22.11.2017, 2017/3529 E.-2017/6396 K. sayılı kararlar; Yargıtay CGK 19.02.2019, 2017/10-972 E.-2019/114 K.; 22.11.2018, 2017/10-723 E.-2018/562 K.; 20.02.2018, 2018/10-10 E.-2018/57 K. sayılı kararlar. Dikili hint kenevirinde ise durum farklıdır. "Dairemizin genel uygulamalarına göre, ticari amaçla ekildiklerine ilişkin başka delil yoksa 20 köke kadar dikili kenevirin kişisel kullanım kapsamında ekildiğinin kabul edilebileceği dikkate alınarak", Yargıtay 10. CD 17.12.2020, 10. CD 2020/15033 E.-2020/9260 K.

⁴⁷ Elmas, s. 655 vd.; Koç, s. 1179 vd. Çeşitli uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin, miktar ölçütlerinin değerlendirilmesine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Uğur Meydan, "Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarının Madde Miktarının Önemi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2019, Y. 10, S. 37, s. 337 vd. Sentetik kannabinoidlerin miktar ölçütlerinin değerlendirilmesine ilişkin Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri kararları için bkz. Uğur Meydan, "Bonzai: Uyuşturucu Madde Ticareti Su-

2.d. Failin Madde Kullanıcısı Olup Olmaması

Failin amacının tespiti, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıcısı olup olmaması da önemli bir ölçüttür.⁴⁸ Madde kullanıcısı olduğu ve maddeyi kullanmak için aldığı, bulundurduğu savunmasında bulunan ancak geçmişinde madde kullanmaya ilişkin bir yargı kararı bulunmayan failin, kullanıcı olmadığının tespiti savunmasını çürütecekken, gerçekten kullanıcı olduğunun tespiti halinde lehine bir delil söz konusu olacaktır. Bu itibarla, failden gecikilmeksizin ve usulüne uygun şekilde kan, idrar ve benzeri örnekler alınarak, bu örneklerde uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunup bulunmadığının bilimsel yöntemlerle tespiti gerekmektedir.⁴⁹

2.e. Failin Sosyal ve Ekonomik Durumu

Failin sosyal ve ekonomik durumu ve bu kapsamda gelirinin ne olduğu ile geçimini ne ile sağladığı hususu da Yargıtay tarafından failin amacının tespiti hususunda ölçüt olarak kullanılmaktadır.⁵⁰ Bu ölçütten faydalanılarak, failin, kendisinden ele geçirilen maddeye ilişkin alım gücü ile yine kendisinden ele geçirilen paraların kaynağına dair bir değerlendirme yapılabilecektir.⁵¹

çunda Sentetik Kannabinoidler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2022, Y. 13, S. 49, s. 101 vd.

⁴⁸ Yargıtay 20. CD 06.12.2017, 2017/4166 E.-2017/6864 K.; 06/12/2017, 2017/4155 E.-2017/6865 K.; 22/11/2017, 2017/3529 E.-2017/6396 K. sayılı kararlar

⁴⁹ "...Olay, Arama, El Koyma ve Yakalama Tutanağı içeriğine, sanığın yakalandığı yerin özelliğine, suç konusu eroinin paket sayısı ve miktarına, sanığın kanında morfin, idrarında eroin metaboliti 6-MAM ve morfin bulunduğuna ilişkin Adli Tıp Kurumu raporu ile dosyadaki diğer bilgi ve belgelere göre; sanığın savunmasının aksine üst aramasında ele geçirilen suç konusu eroini kullanma amacı dışında bulundurduğuna dair kuşku sınırlarını aşan yeterli ve kesin delil bulunmadığı, sanığın eyleminin bütün olarak "kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu", Yargıtay 10. CD 13.12.2021, 2020/14556 E.-2021/13483 K.

⁵⁰ Yargıtay 20. CD 06.12.2017, 2017/4166 E.-2017/6864 K.; 06.12.2017, 2017/4155 E.-2017/6865 K.; 22.11.2017, 2017/3529 E.-2017/6396 K. sayılı kararlar

⁵¹ "Olay tarihinde ... Mahallesi, Millet Parkı içinde bulunan sanıkta 16 paket halinde ele geçirilen suça konu toz esrarın paket sayısı olarak miktarın fazlalığı, sanığın gelir durumu ile uyuşturucu maddenin değeri arasındaki uyumsuzluk, yakalandığı yer ve zaman, yakalanış biçimi aşamalarındaki savunmaları ve dosya içeriğine göre sanığın eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun niteliği yanlış değerlendirilerek kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan hüküm kurulması", Yargıtay 10. CD 18.06.2019, 2017/5807 E.-2019/4036 K.

2.f. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Failin amacının tespitinde yukarıda gördüğümüz kriterleri ortaya koyan Yargıtay'ın, bu kriterlerle beraber "şüpheden sanık yararlanır" ilkesine de vurgu yaptığını görmekteyiz. Yargıtay, özünü "ceza davasında sanığın mahkumiyetine karar verilebilmesi açısından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlak surette sanık yararına değerlendirilmesi" şeklinde tanımladığı söz konusu ilkenin, sadece dava konusu suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği ya da gerçekleştiriliş şekli hususunda herhangi bir şüphe belirmesi halinde değil "suç niteliğinin belirlenmesi bakımından da" geçerli olduğuna dikkat çekmektedir. Buna göre, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp diğer kısmı göz ardı edilerek oluşan kanaate veya herhangi bir ihtimale dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması mümkün olmayıp, mahkumiyetin kesin ve açık bir ispata dayanması, bu ispatın, hiçbir şüphe ya da başka türlü oluşa imkan vermemesi gerekmektedir. Yargıtay'a göre, "yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir".⁵²

3. Ölçütlerin Uygulanması ve Sık Karşılaşılan Sorunlar

Yargıtay kararları incelendiğinde, uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran failin amacının tespitine ilişkin ölçütlerden, failin hareketleri dışında hiçbirinin tek başına yeterli olmadığı ve tüm ölçütler ile delillerin somut olayın özelliklerine göre bir bütün olarak dikkate alınıp değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir. Bu yaklaşımın, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve kanun düzenlemesine de uygun şekilde adil bir hüküm kurulabilmesi için doğru bir yaklaşım olduğu, uygulamada sık karşılaşılan sorunların bu yaklaşımdan kaynaklanmadığı ifade edilmelidir.

Açıklanan ölçütler ve bu ölçütlerin uygulanmalarına ilişkin kararlar ışığında uygulamada sık karşılaşılan sorunlara değinmek isabetli olacaktır.

⁵² Yargıtay CGK 19.02.2019, 2017/10-972 E.-2019/114 K.; 22.11.2018, 2017/10-723 E.-2018/562 K. sayılı kararlar

3.a. Uygulamanın Eşik Miktarla Odaklanma Eğilimi

Karşılaştırmalı hukuktaki genel anlayışa uygun olarak kanunumuzda, failin amacının tespiti hususunda aslında yargı organlarına kolaylık sağlayacak olan eşik miktarlara yer verilmemiş olmasının otomatik cezalandırma tehlikesini önlemesi beklenmektedir.⁵³ Buna karşılık, kesin bir ölçüt olmadığı ifade edilmekle beraber, Yargıtay'ın eşik miktarlar belirleme konusunda yukarıda da görülen bazı yönelimleri olduğu ve soruşturma makamları ile ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinde de bu yöndeki çeşitli Yargıtay kararlarından yola çıkılarak maddelere ilişkin eşik miktarları esas alma hususunda genel bir eğilim olduğu gözlenmektedir. Söz konusu uygulama, bilimsel bir gerçeklik olan ve Yargıtay kararlarında da yer verildiğini gördüğümüz, kişisel kullanım için kabul edilebilecek miktarın, kişinin fiziksel ve ruhsal yapısı ile uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliğine, cinsine ve kalitesine göre değişiklik göstermesi kuralını dikkate almamaktadır. Bu suretle verilen mahkumiyet kararlarının gerekçelerinde, çok defa esas alınan eşik miktarın ne olduğu da belirtilmeksizin, madde miktarının kişisel kullanım sınırını aştığı yargısıyla yetinildiği, buna karşılık sanığın, kişisel özelliklerine, fiziksel ve ruhsal yapısı ile ele geçirilen uyuşturucu veya uyarıcı maddenin niteliğine, cinsine ve kalitesine göre ne kadar sürede ne kadar madde kullanabileceğine ilişkin olarak bilimsel rapora dayanmak bir yana herhangi bir değerlendirme dahi bulunmadığı sıklıkla görülmektedir.⁵⁴ Aynı şekilde, Yargıtay'ın ölçütlerinden olan, maddenin alım değeri ile sanığın gelir durumu arasında bir karşılaştırma ve değerlendirmeye de gerekçelerde rastlanamamaktadır. Bu durumun, adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olan gerekçeli karar hakkını da⁵⁵ ihlal ettiği açıktır. Uygulamada, kilo ölçülerindeki eroin örneğinde olduğu gibi ele geçen maddenin vahim miktarlarına ilişkin örneklerin nispeten çok daha az olduğu ve yargı kararlarının önemli bir kısmının kritik değerler etrafında olduğu da özellikle belirtilmelidir.

⁵³ Koç, s. 1156, 1186.

⁵⁴ Madde miktarının diğer ölçütlerle birlikte değerlendirilmesi ve failin hangi süre ile hangi miktarda madde bulundurabileceğinin tespit edilmesi gerektiği ancak uygulamada sıklıkla madde miktarının ve kimi zaman paket sayısının esas alındığı, buna karşılık Yargıtay'ın bir sınır miktar belirtmekten kaçındığı görüşü için bkz. Koç, s.1185.

⁵⁵ Gerekçeli karar hakkı için bkz. M.Nedim Bekri, "Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2014, S. 3, s. 205-228.

Yargıtay, madde miktarının, failin amacının belirlenmesinde yardımcı olabileceğini ancak tek ölçüt olamayacağını ve ayrıca kişisel kullanım için kabul edilebilecek miktarın, madde özelliklerinin yanı sıra kişinin fiziksel ve ruhsal yapısına göre değişiklik gösterdiğini ifade etmektedir. Buna karşılık, TCK'nın 188/3. maddesinden, eşik miktara odaklanıp sanığın kişisel durumuna ilişkin herhangi bir bilimsel rapora dayanmayan ve gerekçesi bu hususta bir değerlendirme de içermeyen mahkumiyetleri bu yönüyle bozan Yargıtay kararlarına rastlanamamaktadır. Ayrıca, esas alınan eşik miktarın kararda belirtilmemesi denetime imkan vermediği gibi özellikle metamfetamin⁵⁶ gibi son yıllarda kullanımı arttığı anlaşılan maddelere ilişkin olarak tüm mahkemelerin birbirleriyle uyumlu ve istikrarlı bir eşik miktar uyguladığından söz etmek de mümkün değildir.

Belirtmek gerekir ki uygulamada fiilen eşik miktarların esas alınıyor olmasının, somut olayda bu miktarlar söz konusu ise uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun zaten olduğu düşüncesiyle savunmaların dikkate alınmaması, vücuttan kan ve benzeri örnek alınması dahil sanığın lehine olabilecek delillerin toplanmaması,⁵⁷ dosyanın bir kısmına odaklanılıp diğer hususların gözardı edilmesi sonucunu da doğurabildiği gözlenmektedir. Bu yönde bir uygulamanın; Yargıtay kararlarında vurgulandığını gördüğümüz, tüm ölçütler ile delillerin ve suç konularının somut olayın özelliklerine göre bir bütün olarak dikkate alınıp değerlendirilmesi gereği ile toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp diğer kısmı göz ardı edilerek oluşan kanaate dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması yasağına ve neticeten de adil yargılanma hakkına aykırı olduğu açıktır. Öte yandan, soruşturma ve yargılama süreci diğer delillerin kayıbyla sürerken, doğrudan sanığın üzerinden veya fiili egemenlik alanından ele geçirilmemiş olan eşik miktarın üzerindeki maddelerin sanığa ait olmadığı da sonradan ortaya çıkabilmektedir.

⁵⁶ Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın, metamfetamin adlı uyarıcı maddeye ilişkin olarak oybirliği ile verdiği 26.10.2020 tarih ve 40968900-101.01.02-2020/88087-334326/10/2020 sayılı mütalaada "günlük, aylık, yıllık kullanım miktarı hususunda bir değerlendirme yapılamadığı, alınan madde miktarı ve bireysel özelliklere bağlı olarak maddenin kişi üzerindeki etkisi ve bu etkinin sona erme süresinin değişkenlik gösterdiği" tespiti yapılmıştır. (<https://www.ferhatbulut.av.tr/makaleler/yargitay-kararlari-isiginda-uyusturucu-maddesinin-kisisel-kullanim-sinirlari>, E.T.: 20.06.2022).

⁵⁷ Koç, s. 1186.

3.b. Kolluk Tutanağı İçeriklerinin Doğrudan Mahkumiyete Dayanak Yapılması

Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin bulunduruluş biçiminin, bu kapsamda uyuşturucunun çok sayıda özenli olarak hazırlanmış küçük paketçikler halinde olması, her paketçinin içine hassas biçimde yapılan tartım sonucu aynı miktarda uyuşturucu madde konulmuş olması, uyuşturucu maddenin ele geçirildiği yerde veya yakınında, hassas terazi ve paketlemede kullanılan ambalaj malzemelerinin bulunması gibi hususların da kullanım dışındaki amaç için önemli belirtiler olarak kabul edilmesinin yerinde olduğu ve yargı makamlarınca dikkate alınmasının gerekliliği ortadadır. Bununla beraber, yakalama, arama, elkoyma ve benzeri kolluk tutanaklarında çok sık görülen ve kimi zaman subjektif nitelendirmeler de içeren “*satışa hazır vaziyette*”, “*özenle paketlenmiş*”, “*fişetlenmiş*” gibi şablon ifadelerin yargı makamlarınca sorgulanıp tartışılmaması uygulamada yaygın ve önemli bir sorundur. Bilindiği üzere, CMK’nın 217/1. maddesi uyarınca hüküm ancak duruşmaya getirilmiş ve hakim huzurunda tartışılmış delillere dayandırılabilir. Oysaki kolluk tutanaklarında yer alıp failin niyetine dair de yargı oluşturan söz konusu ifadeleri içeren tutanaklar, çok zaman iddianamelere aynı şekilde konulup bu nitelendirmelere dayanarak cezalandırma talep edilmektedir. Mahkemeler de elkonulduğu haliyle doğrudan temas edemedikleri ve dosyada fotoğrafları da bulunmayan maddelerin ve paketlerinin iddia edilen nitelendirmelerine, mahkumiyet hükümlerinin gerekçelerinde sıklıkla yer vermektedirler. Söz konusu nitelendirmelerin, kovuşturma aşamasında da hiç tartışılıp sorgulanmadığı, tutanağı tanzim eden görevlilere “*satışa hazır vaziyet*” ten veya “*özen*” den kastın ne olduğu gibi sorular sorulmadığı ve sanığa da açıklama yapma imkanı tanınmadığı ifade edilmelidir. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki tutanak tanzim etmiş olup duruşmalarda herhangi bir nedenle tanık sıfatıyla dinlenen görevlilerin de sıklıkla, “*üzerinden zaman geçtiği için olayı -yeterince- hatırlamadıklarını, tutanak içeriğinin doğru olduğunu*” beyan etmeleri ve mahkemelerce de bu beyanların yeterli görülmesiyle gerçek anlamda tanıklara soru sorulmasına ve delillerin tartışılmasına imkan tanınmaması da yaygın bir uygulama olarak gözlenmektedir. Kolluk tutanaklarına ve tanık dinlenilmesine ilişkin söz konusu uygulamaların, sanıkları, özellikle bu tutanaklara dayanan iddia makamı karşısında dezavantajlı duruma sokmak suretiyle, adil yargılanma haklarını ihlal ederek mahkumiyet

sonucuna götürdüğü ortadadır. Buna karşılık Yargıtay'ın, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçundan mahkumiyetlerin bu yönüne ilişkin olarak etkin bir denetiminden söz etmek mümkün değildir.

Belirtmek gerekir ki farklı yönde Yargıtay kararları bulunmaktaysa da ele geçen maddelerin kolluk tutanaklarında yer aldığı şekliyle gerçekten *"fişetlenmiş"*, *"birbirine yakın miktarlarda paketlenmiş"* veya benzeri durumda olmalarının da mutlaka failin, satış gibi kullanma dışında bir amacını ispatladığını iddia etmek mümkün değildir. Gerçekten de kullanıcı olan failin, maddeleri satıcı şahıslardan belirtilen halleriyle satın almış olması da mümkündür.⁵⁸ Buna karşılık uygulamada, delillerin toplanması konusunda daha detaylı değinileceği üzere, kolluk tarafından yakalanan failin, satın almaya ilişkin beyanlarına sıklıkla itibar edilmediği ve failin beyan ettiği yerde satıcı kişilerin araştırılmadığı görülmektedir. Böylece fail hakkındaki süreç, madde ticareti suçuna ilişkin erken kanaate dayanan eksik araştırmayla başlayıp, şüpheden yararlanma söz konusu olmaksızın aynı kanaate dayanan mahkumiyetle sonuçlanmaktadır.

II. DELİLLERİN TOPLANMASI ve DEĞERLENDİRİLMESİ

TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna ilişkin olarak yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, delillerin toplanması ve değerlendirilip hükme esas alınması hususunda aşağıda değineceğimiz bazı önemli sorunlara yaygın şekilde rastlanmaktadır.

A. Toplanmayan ve Kaybına Neden Olunan Deliller

Uygulamada, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna ilişkin olarak yürütülen soruşturmalarda, toplanarak dosya kapsamına alınması gereken bazı önemli delillerin toplanmadığı ve kaybına neden olduğu gözlenmektedir. Aşağıda görüleceği üzere, gecikilmeden toplanma gereği nedeniyle soruşturma makamlarının bu hususta gereken adımları atmamaları sonrası, kovuşturma aşamasında yapılabilecek fazla birşey kalmamakta, mahkemelerden ancak meydana gelen sonucu sanık lehine yorumlamaları beklenebilmektedir.

⁵⁸ Koç, s.1182.

Bazı önemli delillerin soruşturma makamlarınca toplanmama nedenleri olarak, -tutuklama kararları ve tutukluluk halinin devamına dair kararlar ile bu yöndeki savcılık taleplerinin birçoğundan da anlaşılacağı üzere- failin TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen suçu işlediği ve 191/1. maddede düzenlenen kullanmak amacıyla bulundurma suçunun söz konusu olmadığı ve bu itibarla da fail açısından sonucun değişmeyeceği yönündeki erken kanaat, yukarıda gördüğümüz üzere uygulamanın madde miktarına odaklanma eğilimi ve ağır bir suçun söz konusu olması nedeniyle elde edilmiş olan delillerin mahkumiyete yeterli olacağı düşüncesi sayılabilecektir. Öte yandan, bütün bu nedenlere de bağlı olarak soruşturma ve kovuşturma makamlarının, sıklıkla kolluk tutanakları ile kriminal rapor üzerinden ilerlemek suretiyle soruşturmanın ve kovuşturmanın genişletilmesinden kaçındıkları ve hızla iddiaaneme ile hüküm aşamasına geçtikleri de ifade edilmelidir.

1. Failin Vücudundan Tetkik İçin Örnek Alınmaması

Failin amacının tespitinde, Yargıtay tarafından da benimsendiği üzere, failin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıcısı olup olmadığı hususunun da önemli bir ölçüt olduğu daha önce ifade edilmişti. Nitekim, madde kullanıcısı olduğu ve maddeyi kullanmak için aldığı, bulundurduğu savunmasında bulunan ancak geçmişinde madde kullanmaya ilişkin bir yargı kararı bulunmayan failin, kullanıcı olmadığıнын tespiti savunmasını çürütecekken, gerçekten kullanıcı olduğunun tespiti halinde lehine bir delil söz konusu olacaktır. Bu itibarla, failden, maddelerin belli sürelerle vücuttan atılması nedeniyle gecikilmeksizin ve usulüne uygun (CMK m. 75) şekilde kan, idrar ve benzeri örnekler alınarak, bu örneklerde uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunup bulunmadığının bilimsel yöntemlerle tespiti gerekmektedir.

Buna karşılık uygulamada, soruşturma aşamasında gerçekleştirilmesi gereken söz konusu işlemlerin hiç yapılmadığı, bu yönde bir karar alınmadığı, gerekli talimatların verilmediği ve bilimsel bir araştırmaya dayanması nedeniyle güvenilir bir delil olan bu yöndeki tespitin dosya kapsamına alınmayarak delil kaybına neden olduğu son yıllarda sıklıkla görülmektedir. Daha önce de temas edildiği üzere, bu yöndeki tutumun, failin TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen suçu işlediği ve 191/1. maddede düzenlenen kullanmak amacıyla bu-

lundurma suçunun söz konusu olmadığı yönündeki erken kanaatten kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Oysa ki, bu yönde bilimsel bir tespit, hangisinin oluştuğunun belirlenmesine yarayacağı üzere her iki suç açısından da dikkate alınması gereken bir delildir. Belirtmek gerekir ki failin lehine de olabilecek söz konusu delilin savcılık tarafından toplanmamış olmasının fail hakkında olumsuz bir kanaat ve sonuç doğurması mümkün olmayıp, bu yönde oluşacak şüpheli durumdan temel kural gereğince sanığın yararlandırılması gerekmektedir. Buna göre, fail madde kullanıcısı olduğunu beyan ediyorsa, sanığın vücudundan örnek alındığı ve yapılan incelemede uyuşturucu ya da uyarıcı maddeye rastlanıldığı kabul edilmeli ve tüm deliller bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

2. Parmak İzi Araştırılmaması

Suç konusu uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin şüphelinin üzerinden ele geçirilmediği ancak kendisine ait olduğunun iddia edildiği ve şüphelinin de maddelerin kendisine ait olmadığını beyan ettiği durumlarda, suç konusu maddelere ilişkin paketler, ambalajlar ve metal kutular ile maddelerle beraber bulunan hassas terazi gibi teknik olarak parmak izi bırakmaya uygun materyaller üzerinde parmak izi araştırması yapılması ve bulunan izler ile şüphelinin parmak izlerinin karşılaştırılması son derece önemli bir delildir. Nitekim Yargıtay'ın yerinde olarak, benzer olaylarda bu yönde bir tespit yapılması gerekirken yapılmadığı için eksik araştırmayla hüküm kurulduğundan bahisle bozma kararları verdiği görülmektedir.⁵⁹ Buna karşılık, maddelerin şüp-

⁵⁹ "Sanığın aşamalarındaki savunmalarında, ele geçen uyuşturucu maddelerin kendisine ait olmadığını beyan ettiği anlaşılmakla; sanığın parmak izi örneğinin alınıp, İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı adli emanetinin 2018/21451 sırasında bulunan "tüm ambalajlar ve mixed fruit drops ibareli kapaklı metal kutu" ile 2018/17862 sırasında bulunan "bir adet hassas terazi" üzerinde parmak izi bulunup bulunmadığının araştırılması, herhangi bir iz bulunması durumunda bu izlerin sanığa ait olup olmadığının belirlenmesi amacıyla Adli Tıp Kurumu veya uzman bir kurum ya da kuruluşa inceleme yaptırılmasından sonra sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması", Yargıtay 10. CD. 03.11.2021, 2020/1449 E. , 2021/11118 K.; "Ceza yargılamasının amacı doğrultusunda, maddi gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılabilmesi bakımından; a- Sanığın aşamalarındaki savunmalarında, arama yapılan evde ele geçen uyuşturucu maddelerin kendisine ait olmadığını ve ...'a uyuşturucu madde satmadığını beyan etmesi karşısında; sanığın parmak izi örneğinin alınıp, ... Cumhuriyet Başsavcılığı adli emanetinin 2019/ 5167 sırasında

helinin üzerinden ele geçirilmediği pek çok olayda kolluk çıplak elle gelişigüzel olarak materyallere el koyduğu gibi parmak izi araştırması yapılmadığı ve muhtemel izler usule uygun şekilde korunmaksızın laboratuvar incelemesi, adli emanet süreçlerinin devam ettiği görülmektedir. Bu itibarla, kovuşturma aşamasında veya kanun yolu incelemesinde parmak izi araştırması ve karşılaştırılmasına yönelik karar verilse de, esasında elde edilmek istenen, zamanında muhafaza edilip toplanmayarak kuvvetle muhtemel olarak kaybına neden olunmuş bir delildir. Açıktır ki böyle bir durumda, suç konusu maddelerin sanığa ait olduğunun kabulü ancak bu hususun hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı başka delillerle ispatlanmış olması halinde mümkün olacaktır.

Uygulamada şüpheli kişinin, uzaktan gözlenirken veya kaçarken suç konusu maddeleri içeren paketleri, poşetleri yol kenarı veya çöp konteynırı gibi bir yere attığını bildiren kolluk tutanaklarına sıklıkla rastlanmaktadır. Şüphelinin inkar ettiği ve kamera kaydının da bulunmadığı bu tür olaylarda da, gerçekte bir nesne atıldığı ispatlanmış olsa dahi bu nesnenin ele geçirilen uyuşturucu veya uyarıcı madde olup olmadığının mahkumiyete yeterli kesinlikte ispatı için de parmak izi delilinin muhafazasının ve araştırılmasının yerinde olacağı ifade edilmelidir.

3. Bildirilen Satıcının ve Alım Yapılan Yerin Araştırılmaması

Kendisinden uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçirilen faillerin pek çok sefer, alım yaptıkları yer ve zaman ile torbacı olarak tabir edilen satıcı kişinin, bilinen adını ve eşgal bilgilerini beyan ettikleri ancak buna rağmen bu hususta çok zaman herhangi bir araştırma yapılmadığı, bu yönde bir savcılık talimatının bulunmadığı görülmektedir. Gerekliliği araştırılmaması, failin beyanlarının suçtan kurtulmaya yönelik beyan olarak değerlendirilmesinin mümkün olmamasına rağmen, yürürken ya da araçta yakalanan failin, hemen az önce alım yaptığını beyan ettiği hallerde dahi araştırmama yönündeki tutum çoğu

bulunan “ambalajlar ve hassas terazî” üzerinde parmak izi bulunup bulunmadığının araştırılması, herhangi bir iz bulunması durumunda bu izlerin sanığa ait olup olmadığının belirlenmesi amacıyla Adli Tıp Kurumu veya uzman bir kurum ya da kuruluşu inceleme yaptırılması”, Yargıtay 10. CD 23.11.2021, 2020/4371 E. 2021/12325 K.

zaman değişmemektedir. Oysaki failin beyanları doğrultusunda yapılması gereken araştırmayla, satıcı kişinin başkasına da satış yaparken veya satışa arz ettiği maddelerle yakalanması, satışa ilişkin olarak olay yerini gören kamera kaydı görüntüsü veya tanık bulunması ihtimal dahilindedir ancak bu imkan dikkate alınmamaktadır. Failin kullanma dışında amacını gösteren somut hareketlerinin tespit edilemediği bir durumda, tüm ölçütler ve deliller de birlikte değerlendirileceği üzere, söz konusu delillerin önemi ortadadır. Konuya ilişkin olarak kovuşturma aşamasında yapılan taleplerin de genellikle, olayın üzerinden zaman geçmiş olduğu ve herhangi bir sonuç elde edilmesinin mümkün olmadığı ya da sonucun dosyaya bir katkısının olmayacağı gerekçesiyle reddedildiği görülmektedir. Böylece, bazı önemli delillerin toplanması mümkünken toplanmayarak kaybına neden olduğu ve failin adil yargılanma hakkının ihlal edildiği açıktır. Bu itibarla, Yargıtay'ın bu hususta sıkı denetiminden söz etmek mümkün değilse de mahkemelerce tüm ölçütler ve deliller birlikte değerlendirilirken, gri bırakılan söz konusu alanın failin lehine yorumlanması gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki kullanma amacının tespitine yönelik olarak failin lehine olabilecek önemli delillerin toplanmamış olması, uygulamadaki söz konusu yaklaşımın tek sonucu değildir. Bu yaklaşımın diğer bir sonucu da failin, TCK'nın 192. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmasının en başta fiilen engellenmiş olmasıdır. Öte yandan, failin, madde alımına ilişkin beyanları doğrultusunda yapılacak araştırmayla hem gerçek veya daha kapsamlı suç faillerinin yakalanması hem de daha büyük miktarlarda uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçirilmesi mümkündür. Failin beyanlarının doğruluğunun tespiti sonrası, yerinde takip ve araştırmalarla torbacı olarak tabir edilen kişiden de öteye gidilmesi şüphesiz daha da faydalı sonuçlar verebilecektir. Nitekim, torbacı olarak tabir edilen alt kategorilerdeki satıcıların önemli bir kısmının, maddeye bağımlı hale getirilmiş, ekonomik durumu iyi olmayan kişilerden oluştukları ve bu özelliklerinin kullanılmasıyla suça itildikleri gözlenmektedir. Bu itibarla, aslında kendileri de uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin mağduru olan söz konusu faillerin nihai amaç olarak görülmemeleri gerekmektedir. Deyim yerindeyse bataklığın kurutulmasının, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun ihdasıyla korunması amaçlanan hukuki yararı çok daha etkin koruyacağı açıktır.

4. İhbarcının Kimliğinin Araştırılmaması ve Tanık Sıfatıyla Dinlenilmemesi

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarına ilişkin soruşturma işlemlerinin çok zaman kimliği belirsiz bir kişinin “*madde satışına*” ilişkin ihbarıyla başladığı bilinmektedir. Kolluk tutanaklarına meçhul bir kişi olarak geçen ihbarcı kişinin, hangi telefon numarasından aradığı veya görevlilere başka hangi suretle ulaştığı, ihbar içeriğindeki bilgiyi nasıl edindiği ve güvenilirliği gibi hususların cevapsız kalmasına karşılık, ihbara ilişkin olarak arama dahil tüm soruşturma işlemlerinin gerçekleştirilmesi uygulamada önemli bir sorundur. İhbarcının, güvenliğinin sağlanabilmesi için kimliğinin gizli tutulmasının veya kolluğun bizzat elde ettiği istihbari bilgiyi adli alana aktarma işleminin söz konusu olduğu düşünülebilirse de, tutanakta yer alan “*satışa ilişkin ihbar*” gibi ibarelerin, bu yönde hiçbir hareket tespiti olmamasına rağmen, ele geçirilen madde miktarından da bağımsız olarak failin satış veya mezkur suç oluşturmanın bir başka eylemi gerçekleştirirken yakalanmış gibi bir sonuç doğurmasına neden olduğu görülebilmektedir. Yargıtay bozma kararlarında isabetli olarak, sanıkların, kendilerinden ele geçirilmemiş olan uyuşturucu veya uyarıcı maddeler ile ilgileri olduğu veya kendilerinden ele geçirilen maddelerin kullanma dışında bir amaçla bulundurulduğu hususlarında salt ihbarın mahkûmiyet için yeterli bulunmadığı görülmektedir.⁶⁰ Öte yandan, Yargıtay, ihbar-

⁶⁰ “Kendisinde herhangi bir uyuşturucu ya da uyarıcı madde ele geçmeyen sanığın savunmasının aksine, yakalandığı yerin 2 metre ilerisinde duvarda ele geçen uyuşturucu maddelerle ilgisi olduğuna dair ihbarcının soyut beyanı dışında her türlü kuşkuyu aşan, yeterli ve kesin delil bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi”, Yargıtay 10.CD 30.06.2021, 2021/4156 E.-2021/8290 K.; “Suç tarihinde ihbar üzerine devriye görevindeki polislerin olay yerine intikal ettiği sanıkların üzerinde yapılan aramada suç unsuruna rastlanmadığı ancak ihbarcı ile iletişime geçildiğinde sanıklara 10 -15 metre mesafede bulunan internet kafenin karşısındaki merdivene uyuşturucu maddeyi sakladıklarını ve buradan alarak satış yaptıklarını söylemesi üzerine söz konusu yerde 3 paket halinde net 8,5 gr esrar maddesinin ele geçirildiği, uyuşturucu madde paketlerinin üzerinde sanık ...’un parmak izinin tespit edildiği, sanıktan ele geçirilen uyuşturucu maddeleri satma veya başkasına verme gibi kullanma dışında bir amaç için bulundurulduğuna dair mahkûmiyetine dair yeterli her türlü şüphe-den uzak, kesin ve yeterli delil bulunmadığı anlaşıldığından, ele geçirilen uyuşturucu madde miktarı da dikkate alındığında, sanığın eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi”, Yargıtay 10. CD 24.06.2020, 2019/2823 E.-2020/3300 K.

cının kimlik bilgilerinin tespit edilerek tanık sıfatıyla dinlenmek suretiyle olay ve sanık hakkındaki bilgi ve görgüsü hususunda beyanının alınmaması nedeniyle de bozma kararları vermektedir.⁶¹ Buna karşılık mahkemeler, ihbarcının kimliğini araştırmayı, bilgi ve görgüsünün tespiti için tanık olarak dinlenmesini gerekli görmeyerek bu husustaki talepleri reddetmektedirler. Mahkumiyet kararlarının gerekçelerinde ise tanık güvenliği çerçevesinde CMK'nın 58/2-3 maddeleri ile 5726 Tanık Koruma Kanunu'nun somut olayda uygulanabilirliği hususunda bir değerlendirme de yapılmaksızın, sanık hakkında satış veya atılı suçu oluşturan bir başka eylemi gerçekleştirdiğine ilişkin "*ihbar bulunduğ*" ifadelerine sıklıkla yer verilmektedir. Yargıtay kararlarına da aykırı olan bu yöndeki mahkumiyet kararlarının, CMK'nın 217/1. maddesindeki, hükmün ancak duruşmaya getirilmiş ve hakim huzurunda tartışılmış delillere dayandırılabilmesi kuralı ile ihbar ve ihbarcıya karşı hiçbir yargısal imkanı bulunmayan sanıkların adil yargılanma haklarını ihlal ettikleri açıktır.

B. Hukuka Aykırı Deliller

Bazı suçlar söz konusu olduğunda, zaman zaman hukukun temel kurallarının ihlal edilmesinin mazur görüldüğü gözlenebilmektedir. Bu kapsamda, özellikle gençlerin sağlığına yönelttiği büyük tehdidin ve suç ya da terör örgütlerinin finanse edilmelerini sağlamasının oluşturduğu hassasiyetle uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları söz konusu olduğunda da kollukta ve hukuk uygulayıcılarında aynı yaklaşım söz konusu olabilmektedir. Hukuki ve insani dayanağı bulunmayan ve umulduğu gibi fayda sağlamayıp zararlara neden olan söz konusu yaklaşımın en önemli sonucu, hukuka aykırı deliller elde edilmesi ve sonrasında da bu delillerin mahkumiyet hükmüne dayanak yapılmasıdır.

⁶¹ "Sanıkların savunmalarında suçu ve olay tutanağı içeriğini kabul etmediklerini beyan etmeleri karşısında, "buse343@hotmail.com" mail adresinden 155 polis imdat hattına yapılan ihbara ait olan ihbarcının kimliğinin tespit edilmesi, tanık sıfatıyla dinlenilmesi, dinlenmesinden sonra, sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi", Yargıtay 10. CD 06.10.2020, 2015/4486 E.-2020/4994 K.; "İhbarcının ilgili kolluktan kimliği tespit edilip tanık sıfatıyla usulünce dinlenmek suretiyle olay ve sanık hakkındaki bilgi ve görgüsü hususunda ayrıntılı beyanının alınması, sonucuna göre tüm deliller birlikte tartışılarak sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması", Yargıtay 10 CD. 25.12.2019, 2016/2139 E.-2019/8956 K.

Öğretide, adil yargılanma hakkı kapsamındaki temel şüpheli/sanık hakları sağlanmaksızın elde edilen deliller olarak tanımlanan hukuka aykırı deliller tüm soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin dikkatli olmasını gerektiren bir konudur.⁶² Belirtmek gerekir ki çok ağır bir suç söz konusu olsa da bir eylemin cezasız kalması, tüm hak ve özgürlüklerin teminatı olan hukukun üstünlüğünün herhangi bir sınırı tanımaksızın delil elde ederek veya mahkumiyet hükmü vererek bertaraf edilmesinden daha ağır bir sonuç doğurmayacaktır. Nitekim, Anayasa'nın 36/1. maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la, hukuka aykırı delillere karşı da koruma sağlayan adil yargılanma hakkı eklenmiş ve herkese yargı mercileri önünde bu hak tanınmıştır. Bunun yanı sıra, Anayasa'da hukuka aykırı deliller ayrı ve açık bir düzenleme olarak da yer almaktadır. 38. maddenin beş ve altıncı fıkralarında, hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı ve kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların da delil olarak kabul edilemeyeceği hükümlerine yer verilmiştir. Söz konusu Anayasal kurallar doğrultusunda Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da (CMK), delil serbestisi ve vicdani delil sistemi ilkeleriyle beraber delillere hukuka uygunluk sınırı getirilmiştir. CMK'nın 217/2. maddesinde *"Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir"* düzenlemesine yer verilmiş ve 206/2. maddenin a bendinde de, kovuşturma aşamasında ortaya konulması istenilen bir delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunacağı öngörülmüştür. CMK'nın 148/3. maddesi gereği, yasak usullerle elde edilen ifadelerin, rıza ile verilmiş olsalar dahi delil olarak değerlendirilemeyecekleri de belirtilmelidir. Ayrıca, 230/1. maddenin b bendi uyarınca, mahkumiyet hükmünün gerekçesinde dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması ise temyiz incelemesinde CMK'nın 289/1. maddesinin i bendinde mutlak bozma nedeni olarak düzenlenmiş ve istinaf kanun yolu incelemesinde hükmün bozulmasının düzenlendiği 280/1. maddenin e bendinde de söz konusu düzenlemeye atıf yapılmıştır.

⁶² Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2000, s. 506 vd.

Buna göre, CMK'nın 116 ve devamı maddeleri veya ilgili kanun hükümlerine aykırı olarak yapılan arama ve elkoyma işlemleriyle ya da gizli soruşturmacıların hukuk kurallarının belirlediği sınırlarını aştığı faaliyetlerle delil elde edilmesi örneklerinde olduğu gibi mevzuata aykırı olarak elde edilen deliller hukuka aykırı delillerdir ve bu delillerin hükme esas alınmaları mümkün değildir.

Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca, kanunlara aykırılık halinde üstün tutulacak olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde adil yargılanma hakkı yer almaktadır. Söz konusu hakka uygunluğu denetleyen ve kararları ülkemiz için de bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), yargılamanın bütünüyle adil olup olmadığını belirlerken yargı organlarının hukuka aykırı delillere dayanmasını da değerlendirmeye almaktadır. İşkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının düzenlendiği 3. maddenin ihlaliyle elde edilen bir delil söz konusu olduğundaysa, bu delil mahkumiyet sonucunu doğurmamış olsa da adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir. Öte yandan, hukuka aykırı delil elde edilmesinde AİHS'in 8. maddesinde düzenlenen "özel ve aile hayatına saygı hakkı"nın ihlali de söz konusu olabilmektedir.⁶³ Anayasa Mahkemesi'nin de ceza muhakemesinde hukuka aykırı deliller konusunda yapılan bireysel başvurulara ilişkin olarak AİHM'in yaklaşımını benimsediği görülmektedir.⁶⁴ Belirtmek gerekir ki Yüksek Mahkeme, CMK hükümlerine aykırı olarak hakim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri bulunmaksızın konutta yapılan aramada uyuşturucu maddeler ile hassas terazi ele geçirilen olaya ilişkin bireysel başvuruda, mahkumiyet hükmünün, belirleyici olarak hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen söz konusu delillere dayandırıldığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁵

⁶³ Karen Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, Sweet&Maxwell Yay., Londra 2011, 151 vd.

⁶⁴ Bkz. konuya ilişkin temel kararlardan olan 01/02/2018 tarih ve 2014/4704 sayılı Orhan Kılıç kararı; 19.11.2014 tarih ve 2013/6183 sayılı Yaşar Yılmaz kararı; 4.11.2014 tarih ve 2012/542 sayılı Güllüzar Erman kararı (<https://kararlarbilgi-bankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 23.06.2022).

⁶⁵ 01.02.2018 tarih ve 2014/4704 sayılı Orhan Kılıç kararı (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 23.06.2022).

1. Hukuka Aykırı Arama ve Elkoymalar Sonucu Elde Edilen Deliller

1.a. Mevzuat ve Uygulamanın Genel Durumu

Koruma tedbirleri olan arama ve elkoyma işlemlerinin temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturduğu açıktır. Bu itibarla, söz konusu işlemler Anayasa'da da düzenlenerek sınırları belirlenmiştir. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın, belli sebeplere bağlı olarak ve belli sınırlar dahilinde ancak kanunla sınırlanabileceği belirtildikten sonra "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddenin ikinci fıkrasında, belirtilen sebeplere bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı öngörülmüştür. Ayrıca, "Konut dokunulmazlığı" başlıklı 21. maddede de, belirtilen sebeplere bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemeyeceği, arama yapılamayacağı ve buradaki eşyaya el konulamayacağı düzenlenmiştir.

CMK'da arama ve elkoyma 116 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. 116. maddede, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda "makul şüphe" bulunduğu takdirde şüphelinin veya sanığın üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği düzenlenmiştir. "Arama kararı" başlıklı 119. maddenin birinci fıkrası ise "Hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir" şeklindedir. Ayrıca, "Elkoyma kararını verme yetkisi" başlıklı 127. maddenin birinci fıkrasında, hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevli-

lerince elkoyma işleminin gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Aşağıda değinilecek Yargıtay kararlarında da görüleceği üzere, konuyla ilgili başka mevzuat hükümleri de bulunmaktadır. Bununla beraber belirtmek gerekir ki CMK'nın aramaya ilişkin hükümleri, şüpheli veya sanığın yakalanmasının ya da suç delillerinin elde edilmesinin amaçlandığı adli aramaya ilişkindir. Tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesinin amaçlandığı önleme araması ise 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) 9. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme gereği polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hakiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arayabilecek ancak konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacaktır.

Belirtilen Anayasal güvencelere ve detaylı düzenlemelere rağmen arama ve elkoymaların kanunda öngörülen usule uyulmadan gerçekleştirilmesi, elde edilen delillerin hukuka aykırı olmasında çok yaygın bir sebeptir. Bu durumun, hem uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarında hem de diğer bir çok suçta geçerli olduğu ifade edilmelidir. Bununla beraber, özellikle gençlerin sağlığına yönelttiği büyük tehdidin ve suç ya da terör örgütlerinin finanse edilmelerini sağlamasının oluşturduğu hassasiyet nedeniyle, uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları söz konusu olduğunda hukukun sınırları çok daha rahat zorlanabilmektedir. Uygulamada, hiçbir acele hal dahi bulunmaksızın, yakalama, arama, elkoyma ve diğer tüm adli işlemlerin kolluk tarafından resen tamamlanıp, CMK'nın 161/2. maddesine de aykırı olarak Cumhuriyet savcısına sonrasında bilgi verilmesine ve hukuka aykırı delil itirazları hiç değerlendirilmeksizin elde edilen delillerle mahkumiyet hükmü kurulmasına dahi rastlanabilmektedir. Çalışmamızın başında ifade edildiği üzere, hukuka aykırılıklar kanun yolu incelemesinde giderilse de yargılamaların tamamına yakınının tutuklama tedbiri uygulanarak yürütülmesi nedeniyle, cezaların önemli kısmı zaten fiilen infaz edilmiş olmaktadır.

Kolluk tutanaklarında sıklıkla, durdurma ve arama gibi bir çok işlemin dayanağı olarak “şahsın *tedirgin hareketler sergilemesi*” gibi subjektif ve muğlak ifadelerin kullanıldığı ve hayatın olağan akışı içerisinde-

deki olaylarda herhangi bir somut neden belirtilmediği görülmektedir. Ayrıca, çok zaman “kaba üst araması” adı altında detaylı arama yapıldığı gibi tutanaklarda, “şahsın cebinde kabarıklık görülmesi üzerine bunun ne olduğunun sorulduğu ve cebinden -birkaç gramlık- uyuşturucu maddeyi çıkarıp rızasıyla teslim ettiği”, “istenmesi üzerine evindeki uyuşturucu maddeleri ve hassas teraziyi rızasıyla getirdiği” veya “şahsın aramaya rıza gösterdiği” şeklinde ve benzeri ifadelerle sıklıkla rastlanmaktadır. Öte yandan, kolluk tutanaklarında çok defa, araçlarda bulunan maddelerin ve hassas terazilerin dışarıdan bakıldığında koltuk üstünde veya kapı açılınca kapı cebinde görüldüğü yönünde anlatımlara yer verilmektedir. Buna karşılık, daha önce maddelerin bulunduruluş biçimine ilişkin kolluk nitelendirmeleri bahsinde değindiğimiz gibi, söz konusu ifadeleri içeren tutanaklar, çok zaman iddianamelere aynı şekilde konulup bu içeriklere dayanılarak cezalandırma talep edilmektedir. Aramaya neden rıza gösterildiği ya da aramaya gerek kalmaksızın neden rıza ile teslim yapıldığı, rızanın işlemi hukuka uygun hale getirip getirmediği, rıza ile aramanın ya da teslimin neden etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilmediği veya birkaç gramlık maddenin montta nasıl kabarıklık oluşturduğu, maddelerin ve hassas terazilerin neden görünür yerlerde tutulduğu gibi hususlar mahkemelerce de hiç tartışılıp sorgulanmadan, tutanağı tanzim eden görevlilere gerekli sorular sorulmadan ve sanığa da açıklama yapma imkanı tanınmadan, subjektif ve muğlak, zaman zaman hayatın olağan akışına aykırı söz konusu tutanak içerikleri mahkumiyet hükümlerinin gerekçelerinde sıklıkla yer alabilmektedir. Tutanak tanzim etmiş olup duruşmalarda herhangi bir nedenle tanık sıfatıyla dinlenen görevlilerin de sıklıkla, “üzerinden zaman geçtiği için olayı -yeterince- hatırlamadıklarını, tutanak içeriğinin doğru olduğunu” beyan etmeleri ve mahkemelerce de bu beyanların yeterli görülmesiyle gerçek anlamda tanıklara soru sorulmasına ve delillerin tartışılmasına imkan tanınmaması, arama ve elkoymalar konusunda da yaygın bir uygulama olarak gözlenmektedir. CMK’nın 217/1. maddesindeki hükmün ancak duruşmaya getirilmiş ve hakim huzurunda tartışılmış delillere dayandırılabilmesi kuralına da aykırı olan, kolluk tutanaklarına ve tanık dinlenilmesine ilişkin söz konusu uygulamaların, delillerin hukuka uygunluğunun tartışılmasına izin vermemek ve bu delillere dayanmak suretiyle sanıkların adil yargılanma haklarını ihlal ettiği ortadadır. Buna karşılık Yargıtay’ın,

uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçundan mahkumiyetlerde delillerin elde edilme usulünü, tutanak içeriklerindeki ifadelerin sıhhatini de sorgulamak suretiyle etkin denetiminden söz etmek mümkün değildir.

Kolluk tutanaklarının içerikleri tartışılmaksızın kabul edilmekle beraber, Yargıtay'ın hukuka aykırı deliller konusunda çok sayıda olumlu kararları bulunmaktadır. Diğer yandan Yargıtay'ın, bazı hal-lerde suçüstü kavramından hareketle ya da rızanın varlığına dayanarak ve ayrıca önleme kararlarının uygulama kapsamlarını genişleterek hukuka aykırı delillerin önünü açtığı görülmektedir.

1.b. Yargıtay'ın Hukuka Aykırı Delil Tespitleri

Yargıtay birçok kararında yerinde bir tespitle; mevzuata aykırı arama ve elkoymalar söz konusu olduğunda hem “suçun maddi konusu hem de “suçun delili” olan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin hukuka aykırı yöntemle elde edilmeleri nedeniyle hukuka aykırı delil olduklarını ve Anayasa'nın 38/6, CMK'nın 206/2-a, 217/2 ve 230/1-b maddeleri uyarınca hükme esas alınamayacaklarını ifade etmektedir. Söz konusu kararlarda, CMK'nın 161 ve PVSŞ'nın Ek 6. maddelerine aykırı olarak soruşturma işlemlerine, adli olayın derhal Cumhuriyet savcısına haber verilip Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda devam edilmemesinin ve CMK'nın 116 ve 119. maddelerine uygun şekilde adli arama kararı ya da yazılı arama emri alınmadan arama ve elkoyma işlemleri yapılmasının hukuka aykırı oldukları vurgulanmaktadır.⁶⁶ Bu kapsamda, devam eden soruşturmada iletişim tespitinden faydalanılarak gidilen sokakta şahsın elindeki poşette,⁶⁷ sokak girişinde görevlileri fark ederek kaçan şahsın kovalanıp yakalanması sonrası bu kişinin iç çamaşırı içerisinde,⁶⁸ emniyete götürülen kişinin burada belindeki kemerinin arasında ve iç çamaşırının içerisinde,⁶⁹ denetimler kapsamında durdurulan taksideki kadın yolcunun, kadın görevli

⁶⁶ Örneğin bkz. Yargıtay CGK 14.10.2021, 2018/232 E.-2021/469 K.; 16.09.2021, 2019/96 E.-2021/401 K.; 17.06.2021, 2018/534 E.-2021/284 K. sayılı kararlar; Yargıtay 10. CD 03.11.2021, 2020/2029 E.-2021/11138 K.; 11.11.2020, 2020/6778 E.-2020/7292 K. sayılı kararlar; Yargıtay 20. CD 19.06.2019, 2017/5744 E. 2019/3698 K.

⁶⁷ Yargıtay CGK 14.10.2021, 2018/232 E.-2021/469 K.

⁶⁸ Yargıtay CGK 16.09.2021, 2019/96 E.-2021/401 K.

⁶⁹ Yargıtay CGK 17.06.2021, 2018/534 E.-2021/284 K.

bulunmaması nedeniyle hastaneye götürülüp burada iç çamaşırında,⁷⁰ otobüs terminalindeki denetimler esnasında durumundan şüphelenilen kişinin otobüsün el bagajı bölümüne yerleştirdiği spor çantada,⁷¹ durdurulan aracın bagajında⁷² kolluk tarafından adli arama kararına ya da Cumhuriyet savcısının yazılı arama emrine dayanılmaksızın arama yapılarak ele geçirilen maddeler hükme esas alınamayacak hukuka aykırı deliller olarak değerlendirilmiştir. İlgili Ceza Genel Kurulu kararlarında, yapılan işlemlerin PYSK'nın 4/ A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınacak tedbirler kapsamında yoklama ve kontrol olarak nitelendirilemeyecekleri ve suçüstü halinin de bulunmadığı ifade edilmektedir.

1.c. Yargıtay'ın Suçüstü Hali Değerlendirmeleri

Yargıtay'ın, bazı hallerde yapılan arama işlemini "suçüstü" kavramından hareketle CMK'nın 119. maddesine tabi görmeyerek kolluğun hukuka aykırı arama sonucu elde ettiği delilleri hukuka uygun bulduğu kararlara da rastlanmaktadır. Nitekim, Ceza Genel Kurulu'nun 26.06.2018 tarihli kararında,⁷³ daha önceden hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan işlem yapılması nedeniyle tanınan sanığın, sokakta bekleyen bir aracın ön yolcu koltuğuna bindiğinin ve söz konusu aracın cadde üzerinden dönüş yaparak başka sokağa girdiğinin anlaşılması üzerine, görevlilerce söz konusu sokağa gidilip park halindeki araca yaklaşıldığı, sürücü koltuğunda oturan tanığın elinde 20 TL bulunduğunun ve sağ ön yolcu koltuğunda oturan sanığın ise tedirgin davranışlar sergilediğinin görüldüğü, ardından sanık ile tanığın araçtan indirildiği, görevlilerce aracın içine bakıldığında sürücü koltuğu ile sağ ön koltuk arasında açıkta ve görünür şekilde bir paket eroinin ele geçirildiği olayda, CMK'nın 2. maddesinin j bendi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 4. maddesinde tanımı yapılan suçüstü halinin mevcut olduğu gerekçesiyle bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığına ve suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza

⁷⁰ Yargıtay CGK 06.05.2021, 2019/329 E.-2021/208 K.

⁷¹ Yargıtay CGK 23.02.2021, 2018/403 E.-2021/49 K.

⁷² Yargıtay 20. CD. 19.06.2019, 2017/5744 E. 2019/3698 K.

⁷³ Yargıtay CGK 26.06.2018, 2016/761 E.-2018/305 K. Aynı yönde bir diğer karar için bkz. 23.05.2017, 2016/274 E. -2017/293 K.

altına alınmasının hukuka uygun olduğuna, hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceğine hükmedilmiştir. Yargıtay’a göre, PVSK’nın Ek 4. maddesi uyarınca, bir suçla karşılaştığında hizmet branşına bağlı olmaksızın suça el koymak ve delilleri tespit edip muhafaza altına almak ile görevli ve yetkili olan kolluk görevlileri, mesleki tecrübelerine ve içinde bulundukları durumdan edindikleri izlenime göre, daha önceden hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan işlem yapıldığı için tanınan sanığın davranışları, cadde üzerinde beklemekte olan tanığın yönetimindeki araca binmesi ve söz konusu aracın da hareket edip yakındaki bir sokağa girmesi nedeniyle işlenmekte olan bir suçun varlığından şüphelenmişlerdir. Görevlilerce söz konusu sokağa gidilip park halindeki araca yaklaşıldığında sürücü koltuğunda oturan tanığın elinde 20 TL olduğunun, sanığın da tedirgin davranışlar sergilediğinin görülmesi işlenmekte olan bir suçun varlığına ilişkin şüpheyi daha da arttırmış, bu makul sebep nedeniyle görevlilerce sanık ile tanığın araçtan inmeleri istenmiş, sanık ile tanığın üzerinde ve söz konusu araçta silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşya bulunabileceği hususunda yeterli şüphenin oluşması nedeniyle PVSK’nın 4/ A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınması gereken tedbirler kapsamında aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünen kısımları kontrol edildiğinde, sürücü koltuğu ile sağ ön koltuk arasında açıkta ve görünür şekilde bulunan suç konusu uyuşturucu madde ele geçirilmiştir. Sanık temadi eden satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu işlediği şüphesiyle yakalanmıştır. Bu durumda CMK’nın 2. maddesinin j bendi ile Yönetmelik’in 4. maddesinde tanımı yapılan “suçüstü” hali mevcuttur. Görevi suçun işlenmesini önlemek ve kamu düzeni ile güvenliğini sağlamak olan kolluk, olay yerinde gerçekleştirdiği devriye görevi sırasında, sanık ve işlenen suçla ilgili önceden alınmış bir ihbar ya da istihbari bilgi olmaksızın, ilk defa işlenmekte olan bir suçla, diğer bir anlatımla “suçüstü” hali ile karşılaşmıştır. Bu nedenle kolluk, CMK’nın 90/4. maddesi ile PVSK’nın 13/1-A ve Ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, suç delillerinin kaybolmaması için derhal gerekli tedbirleri alıp uyuşturucu maddeleri muhafaza altına aldıktan sonra, uyguladığı tedbirler ile somut olay hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi vermiş ve emirleri doğrultusunda soruşturma işlemleri başlamıştır. PVSK’nın Ek 6. maddesini açıklayıcı nitelikte olan Yönetmelik’in 8. maddesinin f bendindeki düzenlemeye göre de;

suçüstü halinde ayrıca bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. Görüldüğü üzere Yargıtay, kolluğun yaptığı işlemi, kaybolmaması için suç delillerinin muhafaza altına alınması olarak nitelendirmektedir.

Yargıtay'ın, yapılan arama işlemini "suçüstü" kavramından hareketle CMK'nın 119. maddesi kapsamında görmediğini ifade ettiği söz konusu kararı öğretide yerinde olarak eleştirilmiştir. Buna göre, karardaki bakış açısının hukuki dayanağı Anayasa'ya aykırıdır ve normlar hiyerarşisini de bozmaktadır. Aramanın yapıldığı her durumda Anayasa'nın 20. maddesinin emredici hükmü gereği, aracın görünen yeri olsun veya olmasın, önleme aramasının veya adli aramanın gereklerine uyulmalı ve önleme araması söz konusu ise PVSK'nın 9. maddesi, adli arama söz konusu ise CMK'nın 119. maddesi uygulanmalıdır. Kararında "makul sebep" ve "yeterli şüphe" kavramlarını objektif kriterlerle açıklamayan Yargıtay, hayatın olağan akışına uygun olan kolluk tarafından bilinen bir kişinin bir başka kişinin aracına binmesini, aracın bir sokağa girmesini, bu sokakta durmasını ve araçta bulunan şahıslardan birisinin elinde 20 TL olmasını takip, durdurma ve kontrol için uygun bulmuştur. Ayrıca, paket ve para alışverişi görülmeyen karara konu olayda, kolluğun gördüğü maddenin uyuşturucu olduğunu uzaktan bakarak anlaması mümkün değildir. Eroin olduğu düşünülen madde nedeniyle bir suçüstü hali değil adli aramanın şartı olan, suç işlendiğine veya işlenecek olduğuna ilişkin makul bir şüpheye işaret eden bir durum söz konusudur. Bu itibarla, arama yapılabilmesi CMK'nın 119. maddesi uyarınca hakim kararı veya yazılı emir gerekmektedir. Buna karşılık Yargıtay, hukuka aykırı delillere hukuki dayanak bulma amacıyla Anayasa'nın 38/6. maddesi, 13. maddesi, 20/2. maddesi ile CMK'nın 116. maddesi hükümlerine rağmen, Yönetmelik ve PVSK hükümlerinin soyut ve sübjektif yorumuyla, Anayasa, kanun ve yönetmelik şeklindeki normlar hiyerarşisini gözardı eden bir bakış açısı geliştirmiştir. Bu durum, mevzuatın sorunlu olmasına ve toplumu koruma amacına dayansa da, hem yargının kanunkoyucu gibi davranmasıyla kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmekte hem de hukuk devleti ilkesinin önemli unsurlarından olan hukuki öngörülebilirliği bertaraf etmektedir.⁷⁴ Bu noktada, PVSK'nın 4/A maddesinin altıncı

⁷⁴ Ersan Şen/Filiz Demirbükür, "Suçüstü Halinde Arama", 05.12.2018, <https://www.>

fıkrasına eklenen üçüncü cümlelerin “kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dahilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir” bölümünü iptal eden Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2017 tarihli kararına da⁷⁵ değinmek yerinde olacaktır. Kararda söz konusu kanun değişikliği, Anayasa’nın 20. maddesine iki yönden aykırı bulunmuştur. Bunlardan ilki, gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde de hakim kararı olmaksızın arama yapılmasına imkan tanınmasıdır. Anayasa’ya aykırı bulunan diğer yön ise gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça arama yapılması mümkün değilken acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emirle de arama yapılabilceğinin öngörülmesidir. Anayasa Mahkemesi’nin gayet yerinde olan söz konusu kararı da dikkate alındığında, Yargıtay’ın, yapılan arama işlemini “suçüstü” kavramından hareketle CMK’nın 119. maddesi kapsamında görmeyerek kolluğun hukuka aykırı arama sonucu elde ettiği delili hukuka uygun bulduğu kararına yönelik eleştirilerin haklılığı daha da iyi anlaşılmaktadır.

1.d. Adli Arama ile Önleme Aramasının Kapsam ve Sınırları

Adli arama ile önleme aramasının kapsam ve sınırları da hukuka aykırı deliller açısından önemli bir konudur. Esasen, baştan itibaren CMK’nın 160. maddesi ve buna bağlı 116. maddede öngörülen basit şüphe ile birlikte adli arama için gerekli makul şüphenin bulunduğu hallerde önleme aramasına dayanılamayacağı ve ancak adli arama ile sonrasında elkoymanın söz konusu olması gerektiği hususunda tartışmalı bir durumun bulunmadığı söylenebilecektir. Buna karşılık, önleme aramasının düzenlendiği PVSK’nın 9. maddesinin birinci fıkrasındaki “...kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kağıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı CMK hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar” ifadesinin lafzına dayandırılan bir görüşe göre, soyut tehlike ve belirsiz suça ilişkin önleme

hukukihaber.net/sucustu-halinde-arama-makale,6286.html, E.T.: 23.06.2022. Benzer yöndeki değerlendirmeler için ayrıca bkz. Kıldıl, s. 329 vd.

⁷⁵ AYM 04.05.2017, 2015/41 E.-2017/98 K. (<https://normkararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr>, E.T.: 23.06.2022).

araması icra edilirken tehlike somutlaşırsa veya suç belirli hale gelirse sırf bu nedenle o aramaya son verilmemeli ve önleme araması sadece o yerle veya kişi ile sınırlı tutulmak kaydıyla, PVSK'nın 9. maddesi uyarınca tamamlanmalıdır. Katıldığımız görüşe göre ise PVSK 9/1 düzenlemesi, özel hayatın gizliliğine müdahale oluşturan arama tedbiri açısından bu derece geniş anlaşılmaya uygun değildir. Mevzuatımızda, önleme ve adli aramanın şekil ve şartları ayrı düzenlenmiş olup, başlayan önleme aramasının, adli aramaya ilişkin sebep ortaya çıktığında devam edeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu itibarla, önleme araması icra edilirken bir suça ilişkin makul şüphe oluştuğunda, bir suç ve deliline rastlandığında artık CMK hükümleri devreye sokularak adli arama kararına veya Cumhuriyet savcısının yazılı emrine dayanılmalı, bulunan suç delillerine ilişkin olarak koruma değil elkoyma tedbiri söz konusu olmalıdır.⁷⁶ Buna rağmen kolluk görevlilerinin, somut bir suçun işlendiği şüphesi doğuran ihbarla başlayıp bir apartmanın girişinde tertibat alınıp beklenmesi ve devamındaki çalışmalar gibi şüphelinin yakalanmasına ve hem suç delili hem de suç konusu olan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ele geçirilmesine yönelik faaliyetleri çerçevesindeki arama ve elkoyma işlemlerini önleme aramasına dayandırdıkları ve hatta ancak tüm işlemler bittikten sonra Cumhuriyet savcısına bilgi verdikleri, mahkemelerce de kovuşturma aşamasında, şayet kolluk önleme kararına dahi dayanmamışsa bu tür işlemler için emniyetten önleme kararı sorulup istendiği uygulamada sıkça görülebilmektedir.

Konuya ilişkin Yargıtay değerlendirmelerine bakıldığında ise baştan itibaren somut bir suça ilişkin makul şüphenin bulunduğu olaylarda, önleme araması kararına istinaden adli arama yapılamayacağı, bu suretle elde edilen delillerin de hukuka aykırı olup hükme esas alınamayacaklarının açıkça vurgulandığı kararlara⁷⁷ karşılık, aynı du-

⁷⁶ Görüşler için bkz. Ersan Şen/Mert Maviş, "Önleme Aramasının Şartları ve Sınırı ile Adli Arama Kesişmesi", 04.01.2022, <https://sen.av.tr/tr/makale/onleme-aramasinin-sartlari-ve-siniri-ile-adli-arama-kesismesi>, E.T.: 23.06.2022.

⁷⁷ "Suç şüphesi nedeniyle haklarında soruşturma başlatılan ve mahkemelerden alınan iletişimin tespiti, dinlenilmesi ve kayıt altına alınması kararları doğrultusunda takip edilen, gerçekleştirilen telefon görüşmelerinden ... satmak amacıyla uyuşturucu madde almaya gittiklerinin değerlendirilip fiziki takipleri yapılan sanıkların durdurulmalarını takiben, ... Sanık ...'dan aldıkları suç konusu uyuşturucu maddeyi naklederken 18.12.2009 tarihinde durdurulmaları üzerine, sanıklar ... ve ...'ın içerisinde bulundukları ... plaka sayılı araçta, ...Mahkemesinin ...önleme

rumlarda önleme araması kararını geçerli gören Yargıtay kararlarına da rastlanabilmektedir.⁷⁸ Öte yandan, Yargıtay'ın, önleme araması icra

araması kararı uyarınca, aracın durdurulduğu ve götürüldüğü yerde gerçekleştirilen arama işlemlerinin, usulüne uygun verilmiş bir yazılı arama emri veya adli arama kararı bulunmadan gerçekleştirilmesi nedeniyle açıkça hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucunda elde edilen suç konusu uyuşturucu maddelerin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde bulunması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınamayacağı gözetilmelidir". Yargıtay CGK 08.06.2021, 2016/1112 E.-2021/254 K.; "Sanıkların ...temin ettikleri uyuşturucu maddeleri ... plaka nolu araçlarla öncü ve artçı halde hareket ederek ...illerine sevk edecekleri ve 15.06.2015 günü akşam saatlerinde ...ilinden geçeceklerine dair istihbari bilgi elde edilmesinden sonra, önce sanık ...'nin kullanımında bulunan ... plaka nolu araç, daha sonra sanık ...'ın kullanımında bulunan ... plaka nolu aracın görevlilerce durdurularak ... Mahkemesinin ...önleme araması kararına istinaden aranmasında ... plaka nolu araçta suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği anlaşılmakla, anılan araçların aranmasına ilişkin CMK'nın 116-119. maddelerine uygun bir arama kararı ya da yazılı emir olmadığı anlaşılmakla karşısında yapılan arama ve bunun sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu ve ... hükme esas alınamayacağı", Yargıtay 20. CD 06.05.2019, 2018/4191 E.-2019/2715 K.

78 "...iletişimin dinlenmesi ve yapılan fiziki takip çalışmalarında hakkında herhangi bir bilgi edinilmeyen plaka numaralı aracın kolluk görevlilerinin dikkati sonucu operasyon sırasında yapılan takipte diğer araçlarla birlikte ve irtibatlı olduğunun tespit edildiği, hareket hâlinde olan ve delilleri yok etme, kaybetme tehlikesi bulunan söz konusu aracı PVSK'nın 4/A maddesi uyarınca polislin tecrübesine ve içinde bulunduğu durumdan arındığı izlenime dayanarak makul bir sebebin varlığına dayanarak durdurduğu, ...Mahkemesinin önleme arama kararına istinaden yapılan aramada aracın kapalı bölümü olan bagajında suç konusu uyuşturucu maddenin ele geçirilmesinde hukuka aykırı bir durumun bulunmadığı, sanıkların Anayasa ve diğer kanunlar ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmediği, toplum sağlığı bakımından büyük bir tehlike teşkil eden suç konusu uyuşturucu maddenin ele geçirilmesi nedeniyle kolluk görevlilerince uygulanan önleyici ve caydırıcı nitelikteki tedbirinin ölçülü olduğu, ele geçirilen uyuşturucu maddelerin suç delillerinin kaybolmaması için derhâl alınması gereken tedbirler kapsamında elde edildiği, bu bakımdan dosya kapsamında hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilden söz edilemeyeceği", Yargıtay CGK 19.03.2019, 2016/707 E.-2019/220 K.; "18.01.2018 tarihli tutanak içeriğine göre, sanığın uyuşturucu madde sattığına dair ihbar üzerine yapılan araştırmalar sonucu, sanığın uyuşturucu madde sattığı belirtilen mahalde, hakkında kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan işlem yapılan ...'in sevk ve idaresinde olan araca bindiğinin tespit edildiği, araç hareket ettikten bir süre sonra sanığın araçtan inip kısa süre sonra tekrar araca bindiğinin görüldüğü, bunun üzerine aracın durdurulduğu, yapılan arama sonucu ...'in pantolonunun arka cebinde dört paket halinde brüt 1,6 gram, net 0,7 gram gelen uyuşturucu madde ele geçtiği anlaşılmakla;... 'in üzerinde yapılan aramaya ilişkin olarak CMK'nın 116., 117. ve 119. maddelerine uygun şekilde verilmiş "adli arama kararı" ya da "yazılı arama emri" veya suç tarihinde olay yeri ve zamanını kapsayan "önleme arama kararı" dosya içinde bulunmadığından, "adli arama kararı", "yazılı arama emri" ya da "önleme arama kararı" bulunup bulunmadığının araştırılması", Yargıtay 10 CD

edilirken somutlaşma söz konusu olduğu ve bir suça ilişkin makul şüphe ortaya çıktığı hallerde önleme araması kararına istinaden aramalara devam edilmesiyle elde edilen delilleri hukuka uygun bulma eğiliminde olduğu⁷⁹ ancak aramalarda önleme ve adli ayırımını açıklayan ve katıldığımızı ifade ettiğimiz görüşe uygun şekilde isabetli değerlendirmeler içeren karşı oyların da yazıldığı görülmektedir.⁸⁰

15.12.2021, 2020/12663 E.-2021/13806 K.

⁷⁹ "...önleme araması kararına istinaden uygulama noktası oluşturulması, sanıkların içinde bulunduğu aracın ...durdurulması, araçta yapılan aramada herhangi bir suç unsuruna rastlanılmamasının ardından yapılan GBT sorgusunda sanık ...'in kenevir ekme suçundan kaydının olduğunun tespit edilmesi üzerine, mesleki tecrübelerine ve içinde bulundukları durumdan edindikleri izlenimden kaynaklanan makul sebebe ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 28. maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak, sanıklar ve aracın uygulama noktasının karşısındaki ilçe emniyet amirliğine detaylı arama yapılabilmesi amacıyla götürülmeleri, burada önleme araması kararına istinaden yapılan arama sonucunda sanık ...'nin sütyeni ve külotu içerisinde bulunan poşetlerde suç konusu uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin ele geçirilmesi, arama işleminin yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı gerçekleştirildiğine dair sanıkların bir itirazlarının bulunmaması, ...öncesinde edinilmiş herhangi bir ihbar ya da istihbarat bilgisi olmaksızın ...durdurulması nedeniyle adli arama kararı veya yazılı adli arama emri verilebilmesi için gerekli olan CMK'nın 119. maddesindeki şartların bulunmaması, görevlilerce gerçekleştirilen durdurma ve arama işlemlerinin önleyici nitelikte olması karşısında; ...icra ediliş şekli itibarıyla adli arama kararı ya da yazılı arama emrinden bir farkı olmayan ...Hâkimliği tarafından verilen önleme araması kararı uyarınca, ...Yönetmeliği'nin 28. maddesinde belirtilen ve aracın durdurulduğu yerin karşısındaki kapalı alan kapsamında sayılması gereken ilçe emniyet amirliği içerisinde sanık ...'nin üzerinde arama yapılabileceği, bu karara istinaden gerçekleştirilen arama işlemi sonucunda, sanıkların ...temel hak ve özgürlüklerinin ihlâl edilmediği, ...tedbirlerin ölçülü olduğu, görevlilerin bu önleme araması kararına istinaden yaptıkları arama sonucu ele geçirdikleri suç konusu uyuşturucu maddeleri muhafaza altına aldıktan sonra uygulanan tedbirler ile somut olay hakkında görevlilerin Cumhuriyet savcısına bilgi verdikleri, müteakiben emirleri doğrultusunda soruşturma işlemlerinin sürdürüldüğü, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan uyuşturucu maddelerin ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği", Yargıtay CGK 05.11.2019, 2018/326 E.-2019/633 K.; ayrıca bkz. Yargıtay 20. CD 28.03.2019, 2015/15751 E.-2019/1948 K.

⁸⁰ "Karşı Oy:...görevlilerce suç işlediği şüphesi edinilen sanığın kimliği tespit edilmiş, kaba üst araması yapılmış suç unsuruna rastlanılmamış ancak davranışlarından sanığın suç işlediği konusunda şüphe somutlaştığı halde ve spesifik olarak uyuşturucu madde suçlarının soruşturulmasını yapan tecrübeli görevlilerce uyuşturucu madde nakli yapıldığı şüphesiyle delil elde etme amacıyla Cumhuriyet savcısına haber verilmeden soruşturmaya başlanıp bir koruma tedbiri olan arama işlemi yapıldığı sabit olmuştur....Somut bir suçun işlendiği şüphesi varsa önleme araması değil ancak adli arama yapılabilir. Somut olayda, faili belli olan ve niteliği tahmin edilen bir suçun işlendiği konusunda şüphe somutlaştığı halde C.savcısına haber verilmeden CMK'nın 116, 117

Belirtmek gerekir ki usulsüz aramalara dayanması nedeniyle hukuka aykırı delil değerlendirmesi yapılan Yargıtay kararlarında, hukuka aykırı aramaların suç oluşturdukları da hatırlatılmaktadır. Ayrıca gerek Devletin gerekse arama kararını veren veya uygulayan kamu görevlilerinin tazminat sorumluluğunun gündeme gelebileceğine de dikkat çekilmektedir.⁸¹ Bu vurgu yerinde olmakla beraber, amacı gereği genel ve soyut olarak verilen önleme araması kararlarına ilişkin sınırların, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin zarar ve tehlikesine dayanılarak

ve 119. maddelerine uygun şekilde “adli arama kararı” ya da Cumhuriyet avcısının yazılı arama emri alınmadan, “önleme araması kararına” dayanılarak delil elde etmek amacıyla çantasında arama yapılması hukuka aykırıdır. Adli arama kararı gerektiren bir olayda önleme araması kararına dayanılarak ya da koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan arama da hukuka aykırıdır. Böyle bir arama sonucu bulunan deliller ya da suçun maddi konusu “hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş” olacağından...hükme esas alınamaz”. Yargıtay 20. CD 28.03.2019, 2015/15751 E.-2019/1948 K.; “Karşı Oy: ...Devam eden aşamada, uyuşturucu maddenin elde edildiği aracın hakkında önceden iletişimin tespiti kararı ve kimlik bilgileri bulunan sanık ... tarafından kullanılmakta olduğu da görülmüş, artık bu safhadan sonra niteliği ve faili belli olan suç *şüphesi* durumu ortaya çıkmıştır. Yani kolluk görevlileri tarafından, suç işlediği şüphesi oluşan kişilerin kimliği, kullandıkları araçlar ve suçun niteliğinin tespitinin sağlandığı, suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi de olduğu halde ‘Adli arama kararı’, hatta süreç içinde görüşüldüğü tutanaktan anlaşılan Cumhuriyet savcısından yazılı arama emri alınması yerine ‘önleme araması kararına’ dayanarak delil elde etmek amacıyla, aracın bagaj kısmında arama yapılmıştır. Suç şüphesinin ortaya çıkmasından sonra 5271 sayılı CMK kuralları uygulanması gerektiğinden, arama işleminin önceden alınmış bulunan önleme araması kararına göre değil CMK’nın 116-119. maddelerindeki düzenlemeler uyarınca verilmiş adli arama kararına ya da yazılı arama emrine göre icra edilmesi gerekmektedir”. Yargıtay CGK 19.03.2019, 2016/707 E.-2019/220 K.; “Değişik Gerekçe:

“...şahsın yapılan üst aramasında iç çamaşırının ön bölgesine gizlenmiş vaziyette...” uyuşturucu maddelerin iç çamaşırından ele geçirilmesi nedeniyle önleme araması kararı ile arama yapılması kanuna aykırı olup, sanık hakkında “Adli arama kararı” ya da “Cumhuriyet savcısı’nın yazılı arama emri” bulunması gerekli olduğundan”, Yargıtay 10. CD 30.11.2021, 2020/12741 E.-2021/12710 K.

- ⁸¹ “Hukuka aykırı aramanın maddi ceza hukuku bakımından yaptırımını ise eylemin suç teşkil etmesidir. 5237 sayılı TCK’nın “haksız arama” başlıklı 120. maddesinde hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Konut ve işyerleri bakımından hukuka aykırı aramalar ise 5237 sayılı TCK’nın 116 ve 119/1-e maddeleri kapsamında değerlendirilecektir. Nihayet, aramadaki hukuka aykırılıklar gerek Devletin, gerekse arama kararını veren veya uygulayan kamu görevlilerinin tazminat sorumluluğunu gündeme getirebilecektir. Bu kapsamda 5271 sayılı CMK’nın 141/1. maddesinde aramanın amacıyla orantılı olmayacak biçimde ölçsüz gerçekleştirilmesi durumunda kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarını Devletten isteyebilecekleri öngörülmüştür”. Yargıtay CGK 14.10.2021, 2018/232 E.-2021/469 K.; 16.09.2021, 2019/96 E.-2021/401 K. sayılı kararlar

zorlama yorumlar içeren yüksek yargı kararlarıyla genişletilmesi de söz konusudur. Bu durumun, adli arama ve elkoymaya ilişkin kurallar ile Cumhuriyet savcılarını etkisiz kılarak uygulamadaki bir çok hukuka aykırı işlemleri meşrulaştıracağı ve daha da yaygınlaştıracığı, hukuka aykırı delilleri de Anayasal güvenceye rağmen geçerli kılacağı hususunun da gözardı edilemeyeceği ifade edilmelidir.

1.e. Rıza ile Arama ve Teslim

Uygulamada sıklıkla görüldüğünü daha önce söylediğimiz üzere, kolluk tutanaklarında şahsın aramaya rıza gösterdiğini veya maddeyi rızasıyla teslim ettiğini belirten ifadelere rastlanmaktadır. Mahkemelerde de bu hususlar tartışılıp sorgulanmaksızın ele geçen maddelere istinaden mahkumiyet hükümleri kurulabilmektedir. Yargıtay ise hukuka aykırı aranan çantanın rızayla teslim edildiği olayda, elde edilen delilleri Ceza Genel Kurulu'nda hukuka aykırı bulmasına⁸² karşılık, maddelerin rızayla doğrudan teslimiyle elde edilen delilleri hukuka uygun bulmaktadır.⁸³ Ceza Genel Kurulu da sanığın maddeyi rızasıyla

⁸² "...inceleme yapmak için çantayı isteyen görevlilerin sanıkların çantayı rızalarıyla teslim etmeleri sonrasında yaptıkları aramada içerisinde esrar bulunan suç konusu 2 paketi görüp muhafaza altına aldıkları olayda;...çanta içerisinde yapılan aramada gerçekleştirilen işlemin PVSK'nın 4/A maddesi kapsamında yoklama ve kontrol olarak değerlendirilemeyeceği, suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirilme anına kadar suçüstü hâlinin de söz konusu olmadığı, ... istenmesi üzerine suç konusu uyuşturucu maddelerin içerisinde bulunduğu çantanın sanıklar tarafından görevlilere teslim edilmesinin, gerçekleştirilecek arama işlemi için hâkimden karar veya Cumhuriyet savcısından yazılı emir alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı ve yapılan bu işleme hukuki geçerlilik kazandırmayacağı da anlaşıldığından, suç konusu uyuşturucu maddenin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde olması nedeniyle..." Yargıtay CGK 05.03.2019, 2017/910 E.-2019/154 K.

⁸³ "...Sanığın rızası ile teslim ettiği ve kaba üst aramasında bulunan 10 paket halindeki esrar nedeni ile uyuşturucu madde ticareti yapma suçunu işlediği sübut bulunduğu..." Yargıtay 20. CD. 08.10.2019, 2019/2101 E. -2019/5166 K.; "...sanığın kendi rızasıyla verdiği maddenin uyuşturucu madde olmaması nedeniyle bu eyleminin suç olarak değerlendirilemeyeceği, sanığın polis merkezinde üst aramasında üzerinde ele geçirilen ve kendi rızasıyla vermediği suç konu uyuşturucunun ise miktarı ve bulunduğu yer itibarıyla kaba üst yoklaması ile bulunamayacağı gibi ... kaba üst araması sınırlarını aşacak şekilde yapılan aramada... önleme araması kararı" veya ... uygun şekilde alınmış "adli arama kararı" ve "yazılı adli arama emri" bulunmadığının anlaşılması karşısında, hukuka aykırı olarak yapılan üst araması sonucunda elde edilen bu delilin hükme esas alınmayacağı..." Yargıtay 10. CD 09.12.2020, 2020/13663 E.-2020/8738 K.; "...usulüne göre alınmış bir arama kararı bulunan somut olayda, bu karara ve kararın infazı

la teslim ettiği olaydaki işlemin arama olarak nitelendirilemeyeceğine ve delilin hukuka uygun olduğuna karar verirken etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağını da ifade etmiştir. Buna göre, sanığın teslimden önce kolluğun yoklama suretiyle kontrol yaparak maddeyi bulacağını anlamış olması nedeniyle etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.⁸⁴ İfade edilmelidir ki ilgili kişiden arama öncesinde izin veya sonrasında icazet alınmasının hukuka aykırı bir arama işlemini hukuka uygun hale getirmesi mümkün değildir.⁸⁵ Nitekim, kanunda arama işleminin şekil ve şartları düzenlenmiş ancak kötüye kullanılmaya açık olan şüphelinin veya sanığın izni ile arama yapılabilmesine ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Kabul edilmelidir ki arama için izin isteyen silahlı bir güç karşısındaki herhangi bir kişinin özgür iradesi bulunmayacaktır.⁸⁶ Öte yandan, rıza ile arama konusunda, kişinin uğrayacağı zarar ile suçla toplumun uğrayacağı zarar

sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itiraz vaki olmadığı gibi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım haklarının ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınma da bulunmamaktadır. Bu nedenle, sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı ve ele geçen delillerin “hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil” olarak nitelenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir”. Yargıtay CGK 13.03.2012, 2011/8-278 E.-2012/96 K.

⁸⁴ “...sanığın üzerinde yoklama suretiyle kontrol yapma yetkilerinin de bulunduğu, kontrol yapılmadan önce üzerinde suç unsuru olup olmadığı sorulan sanığın “Esrar kullandığını ve üstünde esrar bulunduğunu” söylemesine rağmen üzerindeki uyuşturucu maddeleri teslim etmediği, görevlilerin yoklama suretiyle kontrol yapacaklarını beyan etmeleri sonrasında suç konusu uyuşturucu maddelerin görevlilere teslim edildiği, sanığın Cumhuriyet savcılığındaki ifadesinde, yanına gelen görevlilerin “Kollarını kaldır” demeleri üzerine cebinde bulunan (10) fişek esrarı görevlilere teslim ettiği şeklindeki beyanının da görevlilerin sanığın üzerinde yoklama suretiyle kontrol yapacaklarını açıkça gösterdiği, bu kapsamda üzerindeki uyuşturucu maddenin ele geçirileceğini anlayan sanığın, yoklama neticesinde kolayca bulunabilecek olan montunun sol iç cebindeki esrarı görevlilere teslim etmesinin, suçun konusu ve delilini hukuka uygun hâle getirerek kendi suçunun ortaya çıkmasına hizmet ve yardım etme olarak değerlendirilemeyeceği anlaşıldığından”, Yargıtay CGK 24.01.2019, 2016/236 E.-2019/55 K.

⁸⁵ Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, s.36; Süheyl Donay, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2010, s.222; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2014, s.377; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2015, s.402-403. Aramaya ilişkin rızanın, arama kararı ve makul şüphe gerekliliğini ortadan kaldırdığı görüşü için bkz. Kunter/Yenisey, s. 695-696.

⁸⁶ Ersan Şen/Mehmet Vedat Ervan, “Kapalı Mahal Aramasında Hazırın Sorunu”, 05.07.2021, <https://sen.av.tr/tr/makale/kapali-mahal-aramasinda-hazirun-sorunu>, E.T.: 01.07.2022.

karşılaştırmasının yapılması da hukuka uygun bir yaklaşım olmayıp, uygulayıcılara kanuni düzenlemeye aykırı olarak keyfi hareket yolunu açacak böyle bir kabul hukuki güvenlik ilkesine zarar verecektir.⁸⁷ Esasen arama işleminin dolanılması anlamına gelen rıza ile teslimde de aynı sakıncalar söz konusu olduğu gibi, bu yöndeki uygulamalar haksız bir aramaya maruz kalmaktan çekinen kişilerin, Anayasa'nın 38/5. maddesine aykırı olarak kendi aleyhine delil göstermeye zorlanmasına da neden olabilecektir.⁸⁸ Bu itibarla Yargıtay'ın, rıza ile arama veya delil/suç konusu teslimini hiçbir şekilde, elde edilen delillerin hukuka uygunluk sebebi olarak görmemesi ve arama ile elkoymaya ilişkin kanun hükümlerinin tam bir bağlılıkla işletilmesini sağlaması gerçekte hukuka aykırı olan delillerin, hukuka uygunluk kılıfından çıkmasını sağlayarak hukuk devletine önemli bir katkı sağlayacaktır.

Konuya ilişkin olarak bir Danıştay kararına da değinmek yerinde olacaktır. Yönetmelik'in bazı maddelerinin ve bu kapsamda arama kararı ya da emri aranmayacak halleri düzenleyen 8. maddenin f bendine ilişkin olarak açılan davada Danıştay 10. Dairesi tarafından 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 E.-2007/948 K. sayılı iptal kararı verilmiştir. Kararda, Yönetmelik'in söz konusu bendinde TCK'nın 26. maddesine yapılan atıfla hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilen "*ilgilinin rızası*" konusu ele alınmıştır. Danıştay, ilgilinin rızasının arama kararı ya da arama emri gerekliliğini bertaraf etmesini Anayasa ve CMK'ya aykırı bularak "*ilgilinin rızası ile*" ibaresinin iptaline karar vermiştir. Karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 14.09.2012 tarih ve 2007/2257 E.-2012/1117 K. sayılı kararı ile CMK'da düzenlenen adli arama konularında Adalet Bakanlığı'nın düzenleme yetkisi olmadığından bahisle farklı gerekçeyle onanmıştır.⁸⁹ Farklı gerekçeyle onama söz konusu olsa da Yönetmelik'e ilişkin Danıştay kararı, rızanın, hukuka aykırı bir arama işlemini ve buna paralel olarak da teslimi hukuka uygun hale getirmesinin kanuna aykırılığını ve hukuken mümkün olmadığını vurgulamaktadır.

⁸⁷ Recep Gülşen, "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, İstanbul 2015, C. 3, S. 2, s. 242.

⁸⁸ Kıldıl, s. 333-334.

⁸⁹ Bkz. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=10577>, E.T.: 01.07.2022.

1.f. Konutlar ve İşyerleri ile Kapalı Alanlarda Arama

Konutlar ve işyerleri ile kamuya açık olmayan kapalı alanlar, gerek önleme aramasına gerekse de PVSK'nın 4/A maddesindeki tedbirlere konu olmamaları nedeniyle, arama işlemleri açısından esasen tartışmalara pek konu olmamakla⁹⁰ beraber, aramada hazır bulundu-
rulması gereken kişilerin yokluğu hallerine ilişkin olarak daha önce bir tartışma bulunmaktaydı. CMK'nın 119/4. maddesi uyarınca, söz konusu yerlerde Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın arama yapılır-
ken bulundurulması gereken o yer ihtiyar heyetinden veya komşular-
dan iki kişinin yokluğu halinde, elde edilen delillerin hukuka aykırı delil olarak kabul edilip edilmeyecekleri tartışmasına ilişkin olarak Yargıtay, *"sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye ara-
manın hukuka aykırı sayılamayacağı, sadece bu nedenle, ele geçen delillerin hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil olarak nitelenemeyeceği," "her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir ka-
bulün isabetli olmayacağı"* yönünde değerlendirmeler yaparak, bu su-
retle elde edilen delilleri hukuka uygun olarak kabul etmekteyken,⁹¹ Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin olarak adil yargılanma hakkının ihlali yönünde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 19.11.2014 tarihli söz konusu bireysel başvuru kararında, *"koruma tedbiri niteli-
ğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki 'kanu-*

⁹⁰ "...ihbarda geçen adreste adli arama kararı veya yazılı arama emri bulunmaksızın yapılan aramada 168 paketçik halinde ve ayrıca naylon poşette toplam 75.7 gr eroin içeren madde, 172 gr esrar, 64 adet methadone etken maddesi içeren tablet ve hassas terazinin ele geçirildiği, ... CMK'nın 119. maddesindeki; "Hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir" şeklindeki düzenleme gereğince konutta hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile arama yapılabilmesi, somut olayda CMK'nın 116-117 ve 119. maddelerine uygun şekilde "adli arama kararı" veya "yazılı adli arama emri" alınmadan yapılan arama neticesinde ele geçen maddelerin "suçun maddi konusu" ve "suçun delili" olarak hükme esas alınmayacağı gözetilerek", Yargıtay 10. CD 27.05.2019, 2018/3065 E.-2019/3281 K.

⁹¹ Yargıtay CGK 26.06.2007, 2007/7-147 E.-2007/159 K.; 13.03.2012, 2011/8-278 E.-2012/96 K. sayılı kararlar

na aykırılığın' yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu" ifade edilmiştir.⁹² Yargıtay, mezkur karar sonrası içtihadını değiştirmiş olup, söz konusu yerlerdeki aramalar sırasında hazır bulundurulması gereken kişilerin yokluğu halinde aramanın hukuka aykırı icra edildiğine ve bu arama işlemi sırasında ele geçirilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olduğuna karar vermektedir.⁹³ Belirtmek gerekir ki Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere, bulunan delillerin görevlilerce konulduğu iddialarının önüne geçmeyi amaçlayan CMK'nın 119/4. maddesi, delil elde etme aracı olan bir koruma tedbirinin şeklini öngörmekte ve kişi hak ve hürriyetlerini güvence altına almaktadır. Bu nedenle, emredici olan ve esnetilmesi mümkün olmayan söz konusu düzenlemenin, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerinin sınırlanması" başlıklı 13. maddesi uyarınca katı bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Söz konusu olabilecek hukuka aykırılığın önemi ve derecesi bir anlam ifade etmemekte olup, hukuka aykırı arama neticesinde elde edilen hiçbir delilin hukuka uygun kabul edilerek hükme esas alınabilmesi mümkün değildir.⁹⁴ Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararı yerinde olduğu gibi, söz konusu karar sonrası Yargıtay kararlarının değişerek; öğretilde karşılığı bulunsa da "sırf arama sırasında **şekle** ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı" **şeklindeki** ifadeden⁹⁵

⁹² 19.11.2014 tarih ve 2013/6183 sayılı Yaşar Yılmaz kararı (<https://kararlarbilgi-bankasi.anayasa.gov.tr>, E.T.: 23.06.2022).

⁹³ "Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi'nce aramanın icrasına ilişkin CMK 119/4 (CMUK 97/2) maddesine aykırılık sadece basit şekli bir kurala aykırılık olarak telakki edilmemiş, bu kurala aykırı bir arama sonucunda elde edilen deliller tek ve belirleyici delil olarak kullanılarak hüküm kurulmasının adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğuna karar verilmiştir..." Yargıtay CGK 28.04.2015, 2013/464 E.-2015/132 K.; "5271 sayılı CMK'nın 119/4. maddesinin ... açık, amir hükmüne aykırı olarak aramanın, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın yapılması nedeniyle icrası bakımından hukuka aykırı olduğu ve bu arama işlemi sırasında ele geçirilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olduğu, ... arama işleminin ve bu işlem sonucunda elde edilen ve Yerel Mahkemeye mahkûmiyet hükmüne esas alınan delillerin de "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" olduklarının kabulü gerekir". Yargıtay CGK 06.02.2020, 2016/1146 E.-2020/68 K.

⁹⁴ Ersan Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yay., İstanbul, 1998, s. 34.

⁹⁵ Konuya ilişkin değerlendirmeler ile mutlak ve nisbi delil değerlendirme yasakları için bkz. Fahri Gökçen Taner/Yaprak Öntan, "Cmk'nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2016, C. 65 S. 4, 2460 vd.

dönülmüş olması, Anayasa Mahkemesi kararlarının dikkate alınması ve kanuna aykırı elde edilmesi nedeniyle hukuka aykırı olan delillerin *önünün* açılmaması adına oldukça *önemli* bir gelişmedir.

1.g. Bekçilerin Gerçekleştirdiği Arama ve Elkoymalar

Çarşı ve mahalle bekçileri, 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu'nun 2/1. maddesi uyarınca, genel kolluk kuvvetlerine yardımcı olmak üzere, emniyet ve jandarma teşkilatları bünyesinde silahlı bir kolluk olarak istihdam edilmektedirler.⁹⁶ Kanun'un 10. maddesinde, çarşı ve mahalle bekçilerinin mevzuatla genel kolluk kuvvetlerine tevdi edilen görevlerde genel kolluk kuvvetlerine yardımcı olmaları öngörülmüştür. Görev bölgesi ve çalışma saatleri ile sınırlı olmak kaydıyla durdurma ve kimlik sorma düzenlemesini içeren 7/6. maddede bekçilerin, durdurdukları kişi üzerinde veya aracında silah ya da tehlikeye oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendilerine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik el ile dıştan kontrol dahil gerekli tedbirleri alabilecekleri ancak kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılmasını veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılmasını istemeyecekleri düzenlendiği gibi adli görev ve yetkilerinin düzenlendiği 8. maddede bu görev ve yetkileri "*suç işlenirken veya işlendikten sonra, henüz izleri meydanda iken*" sınırlamasına tabi tutulmuştur. Maddeye göre, çarşı ve mahalle bekçilerinin adli görev ve yetkileri, kanunlarında belirtildiği şekliyle bir suçüstü halinde, delillerin kaybolmasını önlemek gibi bazı acele tedbirlerin alınmasından ibarettir.

Kanunlarındaki açık düzenlemelere rağmen çarşı ve mahalle bekçilerinin uygulamada sıklıkla, acele bir hal dahi bulunmaksızın arama, elkoyma, yakalama ve diğer tüm adli işlemleri bizzat tamamlayarak şüphelileri ve delilleri genel kolluk kuvvetlerine teslim ettikleri görülmektedir. Ayrıca, 7. madde kapsamında işlem yapmış bekçilerin görev bölgesi ve çalışma saatlerine ilişkin bir evrağa da dosyalarda rastlana-

⁹⁶ Çarşı ve mahalle bekçilerinin görev ve yetkilerine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Burak Can Kara, "7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Kapsamında Bekçilerin Görev ve Yetkileri", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2021, C. 11, S. 2, s. 1315-1367; Özancan Belci, "Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanununun Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2020, C. 22, S. 2, 1089-1122.

mamaktadır. Kanuna aykırı söz konusu uygulamalar sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı oldukları ve hükme esas alınamayacakları açıktır. Öte yandan, uzmanlık gerektiren ve ilgili birim dışındaki genel kolluk kuvvetlerinin dahi yetkin olmadığı narkotik konusundaki soruşturma işlemlerini bekçilerin yapmaları delil kayıplarına da neden olabilmektedir. Bu itibarla, Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak vereceği kararlarla, çarşı ve mahalle bekçilerini uygulamada 7245 sayılı Kanun sınırlarına çekmesi beklenmektedir.

2. Güven Alımlarıyla Elde Edilen Deliller

Uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarına ilişkin olarak delil elde etme ve fail belirleme amacıyla uygulanan yöntemlerden biri de görevlilerin alıcı kılıfına girerek madde satıcılarından güven alımı yapmalarıdır. Yargıtay'a göre, CMK'nın 139. maddesi uyarınca hakim kararıyla görevlendirilmiş gizli soruşturmacı ya da 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda görevlendirilmiş gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi olabilecek olan söz konusu görevlilerin elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilerek hükme esas alınabilmeleri için, bu görevlilerin güven alımlarında suça azmettirme veya teşvik yönünde fiilleri gerçekleştirmemeleri gerekmektedir.⁹⁷ Konuyu, diğer hukuka aykırı delil başvurularında olduğu gibi esas itibarıyla AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendiren AİHM'in içtihatları da bu yöndedir.⁹⁸ Bu itibarla, güven alımı yapan görevlilerin, sınırlarına çok dikkat etmeleri son derece önemli olup, yönlendirme, öncü olma, kişilerin madde bağımlılığından faydalanma gibi davranışlar içine girmelerinin elde ettikleri delilleri hukuka aykırı hale getireceği açıktır. Buna karşılık uygulamada görevlilerin, kişiyi ikna ederek evinden alıp araçla bir satıcıya götürdükleri ve kendilerine madde satın aldıkları örneklerle rastlanabilmektedir. Bu kapsamda, bağımlı olan şüphelilerin, ilgili kişilerin görevli olduklarını anladığı ancak maddeye ihtiyacı olduğu için tekliflerini kabul ederek kendilerine madde temin ettiği ve içinden de alıp kullandığı şeklinde savunma yaptıkları görülebilmektedir.

⁹⁷ Yargıtay CGK 30.01.2020, 2017/724 E.-2020/41 K.; 30.06.2015, 2015/229 E.-2015/260 K.; 12.05.2015, 2014/454 E.-2015/156 K sayılı kararlar.; Yargıtay 10. CD. 27/10/2021, 2021/1515 E.-2021/10746 K.

⁹⁸ Reid, s. 139 vd.

İfade etmek gerekir ki güven alımlarında suça azmettirme veya teşvik yasağının ihlal edildiği hallerde de savcılık ve sulh ceza hakimlikleri elde edilen delillerin hukuka aykırılığı değerlendirmesini sıklıkla, yargılamayı yapacak mahkemeye bırakmakta ve şüpheliler tutuklanmaktadır. Söz konusu uygulama, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini açıkça ihlal etmektedir. Güven alımı yapan görevlilere, görevlerinin amaç ve sınırları ile muhtemel hatalı uygulamalarının olumsuz sonuçları hususlarında gerekli bilincin kazandırılmamış olması hem söz konusu ihlallerde hem de güven alımlarının istenen sonuca ulaşamamasında önemli bir paya sahiptir. Bu itibarla, öncelikle kolluğun eğitimi olmak üzere gerekli önlemlerin ivedilikle alınması zorunluluğu ifade edilmelidir.

SONUÇ

TCK'nın 188/3. maddesinde düzenlenen ve seçimlik hareketli bir suç olan uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçunun ihdası ile korunan hukuki yarar, söz konusu suçun sınır aşan niteliği, başka suçların işlenmesine ve suç örgütlerine ekonomik kaynak oluşturmaları ve kullanıcıların madde temini için başka suçlara karışmaları gibi nedenlerle günümüzde kabul edilen anlayışa göre tüm insanların sağlığıdır. Bu itibarla, ilgili hükümleri istisnasız bir şekilde uygulanması gereken söz konusu suçun karşılığında öngörülen ceza oldukça ağırdır. Öte yandan, uygulamada bu suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmaların tamamına yakınının tutuklama tedbiri uygulanarak yürütüldüğü görülmektedir. Bu nedenlerle, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçuna ilişkin şüphe söz konusu olduğunda, hem delillerin etkin ve hukuka uygun bir *şekilde* toplanması hem de bu suçun TCK'nın 191/1. maddesinde düzenlenen kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçundan tam bir kesinlikle ayırt edilmesi daha da *önem* kazanmaktadır.

Konumuza ilişkin olarak çalışmamızda değinilen tüm kurallar ve sahadaki uygulamaları dikkate alındığında; uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin söz konusu olduğu olaylarda, delillerin etkin ve hukuka uygun bir şekilde toplanması ve hukuka aykırı olan delillerin hükme esas alınmaması hususunda Yargıtay'ın genel itibariyle isabetli yaklaşımlar gösterip hukuka uygun kararlar verdiği söylenebilecektir. Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin satın alınması, kabul edilmesi

ve bulundurulması fiillerinin her somut olayda doğru nitelendirilerek TCK'nın 191/1 ya da 188/3. maddelerinden failin amacına ve netice-ten de kastına uygun olan maddeye dayanılarak hüküm kurulması hususunda da aynı şeyi söylemek mümkündür. Buna karşılık, başta uyuşturucu ve uyarıcı maddeler konusundaki hassasiyet nedeniyle Anayasal güvencelere ve kanuna aykırı arama ve elkoymalar sonucu elde edilen delillerin hukuka uygun kabul edilmesi olmak üzere, eşik miktara odaklanma, delil toplamama ve kolluk tutanaklarının içeriklerinin tartışılmamasında olduğu gibi zaman zaman ancak önemli konularda yapılan değerlendirmelerle ya da dikkate almama, denetlememe tutumlarıyla hukuktan sapmalar görülmektedir. Oysaki çok ağır bir suç söz konusu olsa da bir eylemin cezasız kalması, tüm hak ve özgürlüklerin teminatı olan hukukun üstünlüğünün herhangi bir sınır tanımaksızın delil elde ederek veya mahkumiyet hükmü kurarak bertaraf edilmesinden daha ağır bir sonuç doğurmayacaktır. Kaldı ki eylemlerin cezasız kalmasının en büyük sebebinin, bildirilen satıcıların ve alım yapılan yerlerin araştırılmaması gibi delil kayıpları olduğu açıktır.

Yargı derecelerinde aşağı doğru inildiğinde, hukuka aykırı uygulama ve değerlendirmelerin yoğunlaştığı ve kolluk faaliyetleriyle somutlaşan soruşturma aşamasında, delil kayıplarının ve hukuka aykırı delillerin mazur görülemeyecek seviyelerde olduğu ifade edilmelidir. Bu kapsamda, güven alımlarında hukuki sınırların aşılması ile çarşı ve mahalle bekçilerinin kanuni görev tanımlarının dışına çıkmaları da önemli sorunlardır. Suçun manevi unsuru hatalı değerlendirilerek ve/veya hukuka aykırı delillere dayanılarak TCK'nın 188/3. maddesinden mahkumiyet sonucunu, kolluğun hukuka ve tekniğe aykırı uygulamaları ile kolluk tutanaklarının doğurduğu gerçeği dikkate alındığında durumun vahameti daha iyi anlaşılmaktadır. Söz konusu tutanakların şablon ifadeler taşımaları ve içeriklerinin soruşturma aşamasında sorgulanıp araştırılmaması, duruşmalarda da gerçek anlamda ortaya konulup tartışılmaması ve aksi yönde ispatın mümkün olmaması ciddi bir sorundur. Dikkate alınması gereken bir diğer çok önemli gerçek ise gerek deliller gerekse de suçun nitelendirilmesi hususundaki tüm hukuka aykırılıklar kanun yolunda tespit edilseler dahi bu tespitlerin pek bir anlam ifade etmemesidir. Zira, istinaf ve Yargıtay kararlarının,

tamamına yakını tutuklu olan sanıkların cezalarının *önemli* bir kısmının fiilen infazından sonra verildiği ve hak ihlallerini önlemede çok geç kalındığı açıktır. Öte yandan, kanun yolu incelemelerinde geçecek zaman zarfında, açık cezaevine ayrılma sürelerinin dolacak olması nedeniyle, sanıkların önemli bir kısmının hukuka aykırı da olsa haklarındaki mahkumiyet hükmünün bir an önce kesinleşmesini isteyerek kanun yolu incelemesi haklarından feragat ettikleri gözlenmektedir. Daha ciddi hak ihlali anlamına gelen bu durum ayrıca, uygulamada yaşanan pek çok sorunun yüksek yargı kararlarına yansımaları ve bu kararlar dikkate alınarak uygulamada ve öğretide çözüm üretilmesini de engellemektedir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, kolluk uygulamalarından başlamak üzere mezkur suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma aşamalarının etkin ve hukuka uygun yürütülerek, maddi gerçeğe, failin kastına ve hukuka uygun adil kararlar verilmesi son derece önemlidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin söz konusu olduğu adli olaylara hızlı ancak gelişigüzel müdahalelerin istenilen sonucu vermediği rahatlıkla görülebilmektedir. Mevzuatımız, uyuşturucu ve uyarıcı maddelerle mücadele konusunda gerek önleyici gerekse de adli boyutuyla -mükemmel olmasa da- yeterince donanımlı olup, asıl ihtiyaç duyulan, uygulamada daha çok dikkat, özen ve emektir. Kaldı ki mevzuatın eksikliklerini veya sorunlu hükümlerini, uygulayıcıların bu kuralları aşarak veya yorumla zorlayarak gidermesi hukuken mümkün değildir.

Kaynakça

Kitaplar

- Arslan Çetin/Azizağaoğlu Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yay., Ankara 2004.
- Balcı Murat, Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu Madde Ticareti Suçları (TCK m. 188), Marmara Üniversitesi SBE Doktora Tezi, İstanbul 2009.
- Bayraktar Köksal vd., Özel Ceza Hukuku C.5, On İki Levha Yay., İstanbul 2019.
- Donay Süheyl, Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2010.
- Dönmezer Sulhi, Kriminoloji, İstanbul Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 1981.

- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.1, Beta Yay., İstanbul 1997.
- Elmas Birsen, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yay., Ankara 2022.
- Erman Sahir/Özek Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1995.
- Günel H. Yılmaz, Uyuşturucu Madde Suçları, Kazancı Yay., Ankara 1976.
- Günay Erhan, Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Seçkin Yay., Ankara 2005.
- Güngör Şener/Kınacı Ali, Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Yetkin Yay., Ankara 2001.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, US-A Yay., Ankara 2017.
- İçel Kayıhan (Proje Yöneticisi), Ünver Yener (Editör), Uyuşturucu Madde Suçları – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 18, Seçkin Yay., Ankara 2017.
- Kıdıl Fahrettin, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçları, Adalet Yay., Ankara 2020.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2000.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2014.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2019.
- Reid Karen, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, Sweet&Maxwell Yay., Londra 2011.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., Ankara 2018.
- Şen Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yay., İstanbul, 1998.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., Ankara 2021.
- Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Adalet Bakanlığı, Ankara 2005.
- Ünver** Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2015.
- Yaşar Osman/Gökcan Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C. 4, Ankara 2010.
- Yokuş Sevük Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., Ankara 2019.
- Yokuş Sevük Handan, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 2007.
- Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Uyuşturucu Suçları, Seçkin Yay., Ankara 2021.
- Zafer Hamide, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu", İlaç Hukuku ve Etik Anlayışı Sempozyum Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., İstanbul 2007.

Makaleler

- Bekri M.Nedim, "Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 2014, S. 3, s. 205-228.
- Belci Ozancan, "Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanununun Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2020, C. 22, S. 2, 1089-1122.
- Centel Nur, "Uyuşturucu Madde Kullanma ve Bulundurma Suçu", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan C. 1, Beta Yay., İstanbul 2001, 147-192.
- Gülşen Recep, "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, İstanbul 2015, C. 3, S. 2, s. 227-251.
- Güngör Devrim, "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2007, S. 68, s. 135-160.
- Kara Burkay Can, "7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Kapsamında Bekçilerin Görev ve Yetkileri", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2021, C. 11, S. 2, s. 1315-1367.
- Koç Ziya, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçlarında Kişisel Kullanım Amacının Belirlenmesi (TCK m. 188/3-TCK m. 191)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2021, C. 23, S. 2, s. 1143-1191.
- Meydan Uğur, "Bonzai: Uyuşturucu Madde Ticareti Suçunda Sentetik Kannabinoidler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2022, Y:13, S: 49, s. 85-114.
- Meydan Uğur, "Uyuşturucu Madde Ticareti Suçların Madde Miktarının Önemi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2019, Y:10, S: 37, s. 321-352.
- Şen Ersan/Ervan Mehmet Vedat, "Kapalı Mahal Aramasında Hazırın Sorunu", 05.07.2021, <https://sen.av.tr/tr/makale/kapali-mahal-aramasinda-hazirun-sorunu>
- Şen Ersan/Maviş Mert, "Önleme Aramasının Şartları ve Sınırı ile Adli Arama Kesişmesi", 04.01.2022, <https://sen.av.tr/tr/makale/onleme-aramasinin-sartlari-ve-siniri-ile-adli-arama-kesismesi>
- Şen Ersan/Demirbüker Filiz, "Suçüstü Halinde Arama", 05.12.2018, <https://www.hukukihaber.net/sucustu-halinde-arama-makale,6286.html>
- Taner Fahri Gökçen/Öntan Yaprak, "Cmk'nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2016, C. 65 S. 4, s. 2445-2469.
- Tezcan Durmuş, "Uyuşturucu Maddelerin Yasadışı Ticaretini Önleyici Tedbirler", *TİD*, Ankara 1987, S. 377, s. 39-62.
- Tezcan Durmuş, "Türk Ceza Kanunu'ndaki Değişiklikler Açısından Uyuşturucu Madde Tedarik Suçları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Ankara 1994, C. 49, S. 2, s. 429-437.

İnternet Kaynakları

<https://www.egm.gov.tr>

<https://www.ferhatbulut.av.tr>

<https://www.hukukihaber.net>

<https://www.istanbulbarosu.org.tr>

<https://karararama.yargitay.gov.tr> (son E.T.: 01.07.2022)

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://sen.av.tr>