

10. CD., E. 2020/18813 K. 2022/7392 T. 8.6.2022

T.C. Yargıtay Başkanlığı - 10. Ceza Dairesi

Esas No.: 2020/18813

Karar No.: 2022/7392

Karar tarihi: 08.06.2022

Mahkeme : İSTANBUL Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi

Suç : Uyuşturucu madde ticareti yapma

Hükümler :a) Mahkûmiyet; Bakırköy 7.Ağır Ceza Mahkemesinin 26/11/2019 tarihli, 2019/229 esas ve 2019/508 sayılı kararı

b) Düzeltilecek istinaf başvurusunun esastan reddi

Bölge Adliye Mahkemesince verilen hüküm sanık müdafii tarafından temyiz edilmekle, temyiz edenin sıfatı, başvurunun süresi, kararın niteliği ve temyiz sebeplerine göre dosya incelendi.

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Sanığın istinaf aşamasında henüz karar verilmeden önce, 29.04.2020 tarihli dilekçesi ile vekaletnameli müdafii Av. ... azlettiğini bildirdiği, Av. ... da 04.05.2020 tarihli dilekçesinde ve istinaf kararının kendisine tebliğ edilmesi üzerine gönderdiği 23.06.2020 tarihli dilekçesinde azil nedeni ile istifa ettiğini bildirdiği, bunun üzerine istinaf mahkemesince 08.05.2020 tarihinde Av. ...'ın sanığa mecburi müdafii olarak tayin edildiği, ancak dosya üzerinden ve UYAP ortamında yapılan incelemede sanığa bu hususta tebligat yapıldığına dair bilgi ve belgeye rastlanmadığı, sanığın 25.08.2020 tarihli vekaletname ile Av. ...'ü müdafii olarak tayin ettiği, istinaf mahkemesince gerekçeli kararın 11.07.2020 tarihinde mecburi müdafii Av. ... adına ve 21.09.2020 tarihinde vekaletnameli müdafii Av. ... adına elektronik tebligat yolu ile tebliğ edildiği, mecburi müdafinin süresinde temyiz talebinde bulunmadığı, hükmün vekaletnameli müdafii tarafından 05.10.2020 tarihinde temyiz edildiği anlaşılmakla; sanığın kendisine mecburi müdafii tayin edildiği hususunda tebligat yapılarak bilgilendirilmemesi sebebiyle vekaletnameli müdafinin temyizi süresinde kabul edilerek inceleme yapılmıştır.

5271 sayılı CMK'nın 288. ve 294. maddelerinde yer alan düzenlemeler ile 289. maddesinde sayılan kesin hukuka aykırılık halleri dikkate alınarak sanık müdafinin dilekçesindeki temyiz sebeplerinin hükmün hukuki yönüne ilişkin olduğu belirlenerek anılan sebeplere göre yapılan incelemede:

"Yunus timlerinin görevin ifası kapsamında, kamu görevlilerini görerek yön değiştiren sanık ...'yu durdurdukları, bu aşamada sanığın elinde bulunan ... marka cep telefonunun çalmakta olduğu, sanığın ise tedirgin ve terli olduğu görülerek üst kontrolünün yapıldığı, kovuşturma aşamasında tanık olarak

dinlenen tutanak mmzilerinin de tutanak içeriği ile uyumlu olarak beyan ettiği üzere sanığın bacak arasında vücudu ile

uyumlu olmayan bir kabarıklik olduğunun farkedilmesi sonucu istem üzerine sanığın üzerinde bulunan kilitli Őeffaf poŐeti çıkardığı, kriminal inceleme sonucu poŐet içindeki maddenin 4 g kenevir olduğunun ve 2,4 gram esrar içerdiğinin tespit edildiği; ele geçirilen uyuşturucu madde muhafaza altına alındıktan sonra, sanığa ait telefonunun sürekli farklı numaralardan arandığının görülmesi üzerine, sanığın uyuşturucu madde satıŐı yapacağı düŐünülerek, tutanak mmzii Onur Bozkurt tarafından sanığa ait telefonun cevaplandığı, arayan Őahsın "Nerdesin, attığın konuma geldim, bana 100 liralık esrar lazım" demesi üzerine, gerekli tedbirler alındıktan sonra buluŐma yerine gelen tanık ...'nun yakalanarak kimlik tespitinin yapıldığı, tanığın mdafili kolluk ifadesi ve kovuşturma aŐamasındaki beyanı ile daha önceden tanımadığı, bir arkadaŐından numarasını aldığı sanığı uyuşturucu madde satın almak amacıyla aradığını beyan ettiği, kolluk görevlileri tarafından tespit edilen iletişim ile tanık beyanının hükme esas alındığı" anlaşılmakla;

KiŐilerin birbirleri ile haberleŐmeleri ve bunların içeriklerinin " iletişim " kapsamına girdiği akıllı cep telefonuna ilişkin haberleŐme kayıtlarının tümü hakkında CMK'nın 135. ila 138. maddeleri uyarınca; yine aynı zamanda akıllı telefonlar kayıtlı bilgi ve verileri otomatik olarak iŐleme tabi tutma özelliğine sahip olduklarından, bilgisayar özelliği nedeniyle de taŐıdıęı bilgi ve verilerde arama ve el koyma yapılması için CMK'nın 134. maddesi uyarınca arama ve el koyma kararı alınması gereklidir. O halde, CMK'nın 134. maddesi kapsamında Őüphelinin cep telefonu incelenip, telefondan ele geçirilen bilgilerin kayıt altına alınabilmesi ve CMK'nın 135. maddesi kapsamında Őüphelinin telekomünikasyon yoluyla iletiŐiminin kayıt altına alınabilmesi için hakim kararı veya belirlenen srelerde hakim onayına sunulmak üzere Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin bulunması gerektiği, "sanığın rızası bulunsa dahi" kolluk görevlileri tarafından Őüphelinin telefonunun incelenip, telefon içeriğindeki görüşme, mesaj ve benzeri bilgilerin kayıt altına alınamayacağı ve bu kurallara uyulmadan elde edilen delillerin hukuka aykırı bir biçimde ele geçirildiğinin kabul gerekir.

CMK'nın 2/e. ve 161/2. maddeleri ile PVS K'nın ek 6. maddesi uyarınca, " edinilen bilgi veya alınan ihbar veya Őikyet zerine veya kendiliğinden bir suçla karŐılaŐan kolluk görevlilerinin, olay yerinde kiŐilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için derhal gerekli tedbirleri aldıktan sonra; yine bir suç iŐlendięi veya iŐlenmekte olduğu bilgisini edinen kolluk görevlilerinin, olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirleri aldıktan sonra el koyduğu olayları, yakalanan kiŐiler ile uygulanan tedbirleri derhal Cumhuriyet savcısına bildirmesi ve Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda gerekli soruŐturma iŐlemlerini yapması gerekir."

Diğer yandan Avrupa İnsan Hakları SözleŐmesinin "zel ve aile hayatına sayęı hakkı" kenar baŐlıklı 8. maddesi uyarınca "(1) Herkes zel ve aile hayatına, konutuna ve yazıŐmasına sayęı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla ngrlmŐ ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.". Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesine göre özel hayat, bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak geniş bir kavramdır. Bu kavram kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, özel alanı, kişisel bilgileri ve verileri gibi birçok değeri güvence altına aldığı gibi "haberleşmeye saygı hakkı"nı da güvence altına almaktadır. Posta, faks, kişisel internet araçları ve de telefon, haberleşmeye saygı hakkının kullanıldığı araçlardır. Mahkemeye göre 8. madde, haberleşmenin içeriği ne olursa olsun ve hangi biçimde olursa olsun "özel iletişimin gizliliği"ni, diğer bir ifade ile bireylerin iletişim için kullanabilecekleri karşılıklı bütün sözlerin gizliliğini korumaktadır. Kuşkusuz iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması

tedbiri "haberleşmeye saygı hakkı"na müdahale oluşturur. Bu müdahalenin haklı olduğunun kabul edilebilmesi için aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenen şartların tümüne uygun olması gerekir; şartlardan birine uygun olmayan müdahale, 8. maddeyi ihlal eder. Sözleşmenin 8/2. maddesi uyarınca hakka müdahalenin haklı olabilmesi için, müdahalenin "hukuken öngörülmüş olması", "2. fıkradaki meşru amaçlardan birini izlemesi (sınırlandırma sebeplerine girmesi)" ve "demokratik toplumda gerekli olması" şartlarının gerçekleşmesi zorunludur.

Nitekim olağan dönemde "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması"na ilişkin şartları içeren Anayasanın 13. maddesinin "Temel hak ve hürriyetler, özerlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

" hükmünde ve "özel hayatın gizliliği"ni güvence altına alan 20/2. maddesinin "Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar." hükmünde de, hakka müdahalenin şartları düzenlenmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, somut olayda CMK'nın 134., 135. ve 161/2. maddeleri ile PVSK'nın ek 6. maddesine aykırı hareket eden kolluk görevlilerinin uyuşturucu madde ticareti suçunu önlemek için "kamu güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın korunması" gibi amaçlarla hareket etmesi iletişimin gizliliğini ortadan kaldırmaz. Hakim kararı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri alınmadan, sanığa ait telefona elkonularak iletişimin tespiti şeklinde gerçekleşen müdahalede, AİHS'in 8/2. maddesi ile Anayasanın 13. ve 20/2. maddelerinde düzenlenen şartların tümünün gerçekleşmediği, Anayasanın 20/1. maddesinde düzenlenen "özel hayatın gizliliği"nin ve AİHS'in 8/1. maddesinde düzenlenen "özel hayata saygı hakkı" kapsamında değerlendirilen "haberleşmeye saygı hakkı"nın ihlal edildiği açıktır.

Sonuç olarak, durumundan şüphelendikleri sanıktan telefonunu alan kolluk görevlilerinin suç şüphesini tespit ettikten sonra, derhal Cumhuriyet savcısını arayıp el koydukları olayı haber vererek alacakları talimat üzerine işlem yapmaları gerekirken; CMK'nın 134., 135. ve 161/2. maddeleri ile PVSK'nın ek 6. maddesine aykırı olarak Cumhuriyet savcısından yazılı emir alınmadan, sanığa ait telefonu bizzat açmak suretiyle arayan konumunda olan tanık ...'nın görüşme içeriği tespit edilerek, telefon görüşmesinin

uyuşturucu madde ticareti amacıyla buluşmaya yönelik olduğunun değerlendirildiği; tanığın sanıkla buluşacağı yere gelmesi sağlanarak kimliğinin tespit edildiği; dolayısıyla telefon görüşmesi sonucu sanık ile gerçekleştirdiği buluşmanın sanığın üzerinde ele geçen uyuşturucu maddeyi satın alma amacına yönelik olduğuna dair tanık beyanının ve kolluk görevlileri tarafından olay tutanağına aktarılan görüşme içeriğinin CMK'nın 217/2. uyarınca hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu anlaşıldığından, söz konusu deliller dikkate alınmadan yapılan incelemede:

Dosyadaki belge ve bilgilere göre; tüm aşamalarda yüklenen suçtu inkar eden sanığın savunmalarının aksine, suç tarihinde sanığın üzerinde yapılan arama sonucu ele geçen uyuşturucu maddeleri satma veya başkalarına verme gibi kullanma dışında bir amaç için bulundurduğuna dair kuşku sınırlarını aşan yeterli ve kesin delil bulunmadığı anlaşıldığından, sanığın eyleminin kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan hüküm kurulması,

Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazı bu nedenlerle yerinde görüldüğünden hükmün BOZULMASINA, bozmanın niteliğine göre sanığın TAHLİYESİNE, başka bir suçtan hükümlü ya da tutuklu bulunmadığı takdirde salıverilmesinin sağlanması için ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazı yazılmasına,

28/02/2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7165 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 304/1. maddesi uyarınca dosyanın Bakırköy 7. Ağır Ceza Mahkemesine, kararın bir örneğinin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesine gönderilmesine, 08.06.2022 tarihinde oy birliği ile karar verildi.