

YARGITAY 10. CEZA DA RES BA KANLI I'NA

Sunulmak Üzere

YARGITAY CUMHUR YET BA SAVCILI I'NA

KONU : Temyiz Sebeplerinin Sunulması Hk./.../....

TEMY Z SEBEPLER N

SUNAN SANIK :

VEK L : Av.

SUÇ : Uyu turucu Madde Ticareti

TALEP KONUSU : Temyiz sebeplerinin sunulması hakkındadır.

TEMY ZE KONU KARAR: ... BAM 5. CD,/... T.,/... E.,/... K. Sayılı kararı

TEBL TAR H :/.../....

TEMY Z NEDENLER

Yukarıda tarih ve numarası yazılı Bölge Adliye Mahkemesinin kararı ile bu kararın konusunu olu turan 2. A ır Ceza Mahkemesinin 18/12/2020 tarihli kararı hem usul yönünden, hem de esas yönünden hukuka aykırı olup, istinaf ilamının a a ıda açıklayaca ımız gerekçelerle bozulması gerekir.

Müvekkil M..... .., daha önce müdafisi aracılı ıyla süresinde temyiz dilekçesi vermi tir. bu dilekçemizde, ek temyiz sebeplerimizi sunmak istiyoruz.

öyle ki:

I. SORU TURMA LEMLER USULSÜZDÜR

A. Arama ve Elkoyma lemi Açısından

Aramanın ne ekilde yapılaca ı 5271 sayılı CMK'nın 116 vd. Hükümlerinde açıklanmı tır. CMK m. 116/1 hükmüne göre, "*Yakalanabilece i veya suç delillerinin elde edilebilece i hususunda makul üphe varsa; üphelinin veya sanı n üstü, e yası, konutu, i yeri veya ona ait di er yerler aranabilir.*"

Arama kararının ne şekilde ve hangi merci tarafından verileceği CMK m. 119 hükmünde açıklanmıştır. Buna göre, *"Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, iş yerinde 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."*

Somut olayda arama işlemi usulsüzdür: öyle ki,

Olay kapsamında işlerinde müvekkilim M.....'un olmadığı bir kısım üpheliler hakkında iletişim denetlenmesi şeklinde teknik takip yapılmaktadır. Bu takipler kapsamında, müvekkilime isnat edilen olay başlığında dinlenen sanık B... B...'dir. Bu kişinin Ü... .. isimli sanıkla 17/05/2018 günü (olay günü) yaptığı telefon görüşmesi dinlemeye takılmı ve bu kişilerin iline gitme planı yapmalarının önlenmesi üzerine kolluk güçlerinin yolda tertibat aldıkları ve yol güzergahında müvekkilim M.....'un kullandığı plakalı aracın durdurulmak istendiği anlaşılmaktadır.

Kolluk güçlerinin bu faaliyeti kapsamında müvekkilimin kullandığı araç durdurulmaya çalışılmı ve belli bir süre sonra kaza yapılması neticesinde araç durdurularak arama işlemine başlanılmıştır. Aracın durdurulduğu tarih 17/05/2018; saat 22:34'tür. Bu saat ve dakika itibarıyla araç durmuştur. Söz konusu durdurma işlemi tamamen hukuksuzdur ve kanuna aykırıdır. **Zira ortada ne bir önleme kararı, ne de adli arama kararı mevcut de ildir.** Araç durdurulduktan ve içeriği arandıktan sonra 18/05/2018 günü Cumhuriyet savcısından gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle arama ve elkoyma kararı alınmıştır. Kararın alındığı saat, gece 00.50'dir ve bu hususlar iddianamenin 38. sayfasında bizzat soruşturma savcısı tarafından da tüm detaylarıyla açıklanmıştır. Görüldüğü üzere, herhangi bir arama ve elkoyma kararı olmaksızın ve müvekkilimle ilgili bir soruşturma ve teknik takip bulunmadığı halde müvekkilimin kullandığı araç durdurularak hukuksuz bir şekilde aranmıştır. Bunun sonucu olarak, ele geçen uyuşturucu madde müvekkilim aleyhine delil değerlendirilemez. Zira müvekkilim hakkında bir soruşturma veya ihbar yahut teknik takip de bulunmamaktadır. Bu soruşturmada olması gereken, teknik takip altındaki şahısların üpheli faaliyetleri üzerine **"henüz araç durdurulmadan önce" arama ve elkoyma kararının alınması idi.** Oysa soruşturma aceleyle getirilmiş ve bu acelecilik ve usulsüzlük neticesinde arama ve elkoyma işlemi hukuksuz hale gelmiştir.

Yargıtay'ın bir çok kararında, usulüne uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan aramada ele geçen delillerin hükme esas alınamayacağı ve sanığın durumunun buna göre değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu başlıkta Yargıtay, *"Hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller, Türk Ceza yargılaması hukuku sisteminde dikkate alınamayacağından, elde edilen maddi kanıt ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, hükme esas alınması olanaksızdır."* (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009/7-160 Esas ve 2009/264 Karar) *"Hukuka aykırı arama emri ile gerçekleştirilen aramadaki el koyma işleminin hakime*

onaylatılması da i lemi hukuka uygun hale getirmez.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.11.2014 tarih 2013/610 Esas ve 2014/512 Karar)

Savcının arama kararı bizatihi hukuka aykırıdır: Yukarıda ifade etti imiz üzere, somut olayda arama kararı olmaksızın arama yapılmı ve arama kararı daha sonraki bir zaman diliminde ikmal edilmi tir. Bunun sonucu olarak, "arama i lemi" ba lı ba ına hukuksuzdur.

Bu savunmamız kabul edilmedi i takdirde, savcının arama kararının usulüne uygun olmadığı hususu nazara alınmalıdır. Zira savcının arama kararı "**gereksiz**" olarak verilmi ve hangi gerekçelerle gecikmesinde sakınca bulunan hal bulundu u açıklanmamı tır.

Yargıtay'ın içtihatlarına göre, gündüz vakti savcı tarafından verilen kararlarda, somut olayda hangi sebeplerle gecikmesinde sakınca bulunan hal bulundu unun açıkça yazılması gerekir. Örne in oldukça yeni bir kararında Yargıtay 7. Ceza Dairesi "*Dosya kapsamına göre; aramaya esas te kil eden ihbarın 29/09/2015 tarihinde yapıldı ı, 01/10/2015 tarihinde kolluk güçlerinin talebi üzerine Cumhuriyet Savcısı tarafından makul üphe ve gecikmesinde sakınca bulundu undan bahisle verilmi yazılı bir arama izni bulunmasına ra men arama kararında gecikmesinde sakınca bulunan halin gerekçesinin belirtilmedi i, dosya içerisinde bulunan 01/10/2015 tarihli arama tutana ının tarih ve saati incelendi inde aramanın hafta içi mesai saatleri içerisinde yapılmı olması nedeniyle arama kararının savcılık tarafından verilemeyece i, buna göre yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı oldu u, hukuka aykırı arama sonucu ele geçen e yanın yasak delil niteli inde oldu u, e yanın kaçak olmasının durumu de i tirmeyece i, sanı ın suçta konu kaçak sigaraları ticari amaçla bulundurdu una dair bir ikrarının da olmadı ı, Anayasa'nın 38/2, 5271 sayılı CMK'nun 206/2-a, 217/2, 230/1. madde ve fıkralarına göre, hukuka aykırı surette elde edilen delillere dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulamayaca ı ve bu gerekçeyle sanı ın beraatine karar verilmesi gerekir (Y7.CD, 15/06/2021 T., 2021/581 E., 2021/7919 K.)"* de erlendirmesinde bulunmu tur.

Somut olayda savcının arama kararının gece vakti verildi i sabit ise de, arama kararı alınması gereklili i gündüz vakti do mu tur. Zira iddianamenin 37. ve 38. sayfalarındaki açıklamalardan da görüldü ü üzere, teknik takipteki B... B...'nin yaptı ı görü melerden gündüz vakti saat 12:00-14:00 sıralarında yolculuk yapacaklarının açıkça tespit edildi i, hal böyle iken kolluk görevlilerinin kanunu dolanarak arama kararının alınaca ı saati gece vaktine sarkıtarak savcıdan aldıkları, bu durumun, arama kararının gündüz vakti alınması gerekti i gerçe ini ortadan kaldırmadı ı, somut olayda sanık B... ve Ü...'in gündüzden yolculuk için anla tıkları, arama kararının bu saatlerde mahkemeden alınması gerekti i, buna ra men kollu un nöbetçi savcılı a gece vakti aracı durdurma a amasına kadar haber vermedikleri ve kafalarına göre aracı durdurarak arama i lemini yaptıkları ve daha sonra savcıdan arama kararı aldıkları sabittir.

Hal böyle olunca, gündüz vakti alınması gereken bir arama kararı, gece vakti

usulsüz ekilde ve (üstelik arama i leminden sonra) alınmı tır. Açıkladı ımız her iki sebep açısından, arama kararı ve arama i lemi kanunsuzdur, hukuksuzdur ve elde edilen delil müvekkilim aleyhine kullanılamaz.

B. İleti İmin Denetlenmesi Açısından

Somut olayda, müvekkilim M.....'nın kendisini içinde buldu u ve iddianamede "**III NOLU OLAY**" olarak nitelendirilen olayda, hakkında dinleme kararı alınan tek sanık B.... B....dir. Di er tüm sanıklar gibi müvekkilim hakkında da bir dinleme kararı yoktur. Kaldı ki, müvekkilimin B.... B.... ile bir görüşmesi de yoktur. Söz konusu olay, B.... ve Ü....'in görüşmesi üzerine takibe alınmı ve bu suretle somut olay gerçekleşmi tir.

Hakkında dinleme kararı olan bir sanık hakkında soru turma i lemi yapılırken elde edilen delillerin hakkında hiçbir dinleme kararı olmayan müvekkil M.....'ya sirayet ettirilmesi ve onun açısından da geçerli ve hukuki delil olarak dikkate alınması usul ve yasaya uygun de ildir. Somut olayda, B....'ın yaptığı görüşmeler müvekkilim açısından bir delil sayılamaz ve B....'ın yaptığı görüşmelere istinaden yapılan arama ve elkoyma i lemindeki deliller müvekkilime sirayet ettirilemez.

Tapelerin yorumlanmasındaki sakatlıklar: Somut olayda müvekkilimi hiç ilgilendirmeyen ve di er sanıklara ait olan görüşme kayıtlarına dair tapelere verilen anlamlar da dayanaktan açıkça yoksundur. Bu bala mda; B.... C.... ile Y.... Ö... arasındaki görüşme Mayıs ayında yapıldı ı halde ve bu görüşme karpuzun satı fiyatından söz edildi i halde, görüşme içeri i Mayıs ayıyla uyumlu karpuz fiyatlarına ra men bu görüşmeye sanki uyu turucudan söz ediyorlarmı gibi ifreli konu tuklarına dair yorum yapıldı ı, bu yorumun açık bir niyet okuyuculu una dayandı ı ortadadır.

Somut olayda, soru turma kapsamında;

- Hakkında herhangi bir ileti imin tespiti kararı bulunmamaktadır.
- Herhangi bir teknik takip altında de ildir.
- Hakkında herhangi bir ihbar bulunmamaktadır.
- Hiçbir suç kaydı bulunmamaktadır.
- Olay öncesi herhangi bir tapede ismi geçmemektedir.

Buna ra men söz konusu tapelerin müvekkil aleyhine yorumlanması kabul edilebilir bir durum de ildir.

Soyut telefon görüşmelerinin delil de eri yoktur: Yargıtay da farklı anlamlara gelebilecek soyut telefon görüşmelerine itibar edilemeyece ini birçok kararında vurgulamaktadır. Örne in bir kararında, "*Tüm dosya kapsamı nazara alınarak; sanı ın hakkında C..... A ır Ceza Mahkemesinin 2010/373 esas ve 2011/294 sayılı kararı ile uyu turucu madde ticareti yapma suçundan mahkûmiyet kararı verilen ...'te ele geçirilen*

maddeler ile ilgisi oldu una dair içeri i de i ik anlamlara gelebilecek soyut telefon görü meleri di nda aleyhinde yeterli delil bulunmadı ı, hakkında kullanmak için uyu turucu madde bulundurma suçundan ayrı dava açılan ... ile hakkında uyu turucu madde ticareti yapma suçundan ayrı dava açılan ... ile arasındaki ileti imin tespiti tutanaklarına konu maddeler ele geçirilemedi i için uyu turucu niteli inde olup olmadı ı tespit edilemedi i, 17/05/2011 tarihinde ikametinde yapılan aramada ele geçirilen 3 paket halinde 1,05 gramdan ibaret esrarı ise yapılan idrar ve kan tahlilinde esrar bulundu u gözönüne alındı nda ticaret amacıyla bulundurdu una dair mahkûmiyetine yeterli ku kuyu a an kesin ve yeterli delil olmadı ı, dolayısıyla sabit olan fiilinin kullanmak için uyu turucu madde bulundurmaktan ibaret oldu u... (Y10.CD, 12/06/2019 T., 2014/4040 E., 2019/3809 K.)"

eğinde bir sonuca varmı ve soyut görü melere delil de eri verilemeyece i vurgulanmı tır. Somut olayda da, **söz konusu tapeler müvekkilime ait olmamasına ve müvekkilim açısından delil de eri ta mmamasına ra men**, mahkemece verilen kararda dikkate alındı ı için bu tapelere maalesef savunma getirme ve Yargıtay'ın uygulamasını ortaya koyma durumunda kalıyoruz. Örne ini verdi imiz Yargıtay kararında da vurgulandı ı üzere, farklı anlamlara gelebilecek soyut telefon görü melerine delil de eri verilemez. Somut olayda uyu turucu maddeyle ilgili en ufak bir emare yokken, tapede geçen ve mevsim ve fiyat olarak anlam bütünlü ü bulunan "karpuz" ibaresi uyu turucu olarak yorumlanmı tır. Bu yorumlama, açıkça hukuksuzdur ve kurulan hükmü sakatlamaktadır.

II. MÜVEKKİLİM KULLANICIDIR, HAKKINDA TİCARİTE DAİR EN UFAK BİR DELİL YOKTUR

A. Genel Açıklamalar ve Kriterler

Somut olayda müvekkilim tüm safhalarda kullanıcı oldu unu belirtmi tir. Somut olayda, bu durumun ortaya çıkmaması için aracı durdur ihtarına ra men durdurmamı tır. Zira araçta uyu turucu madde bulunmaktadır. Müvekkilin durdur ihtarına uymaması sanki üzerine atılı ticaretini yapma suçunu oluşturduna dair bir delil gibi iddianamede ve fezlekedede sunulmu ve mahkeme ve istinaf kararlarında maalesef bu algıdan etkilenilmi tir. Yargıtay'a göre de, failin yakalanmamak için **kolluktan kaçması ticarî amaç ta mmı göstermez**. Hatta, savunmasının aksine sattı ına dair istihbari bilgi olsa bile bu durumlar ticarî amaçla bulundurdu unu göstermez. Bu bağlamda, a a ıdaki kararda aynen öyle denmi tir:

Dosya içerisindeki tüm bilgi ve belgelere göre; ... lakaplı olarak tanınan sanık ...'ın K.....nda uyu turucu sattı ı ve suç tarihinde zmir'in ... ilçesinden uyu turucu madde temin edip ... ilçesine getirece ine ilişkin istihbari bilgi edinilmesi üzerine kolluk görevlilerinin ... - ... mevkisinde beklemeye başladıkları, sanı ın yönetiminde olan ... plakalı motosikletin görülmesi üzerine sanı ın kendisine yapılan durdur ihtarına ra men durmadı ı, yoku ta motosikletinden inerek yaya olarak kaçtı ı esnada üzerinde bulunan iki parça halinde net 55,5 gr gelen esrar maddesini yere attı ı somut olayda, kişisel kullanım sınırında olan uyu turucu maddelerini sanı ın kullanma dı nda bir amaç için bulundurdu una

ili kin istihbari bilgi di nda, savunmasının aksine, ku ku sınırlarını a an kesin ve yeterli delil bulunmadı ı, sanı in eyleminin "kullanmak için uyu turucu madde bulundurma" suçunu olu turdu u, sanık hakkında "kullanmak için uyu turucu madde bulundurma" suçundan soru turma a amasında evrakın tefrik edildi i nazara alındı nda bahse konu soru turma dosyasının akıbetinin ara tırılması, dava açılmı ve derdest ise bu dava ile birle tirilmesi, hüküm verilmi ve kesinle mi ise dava dosyasının aslının veya onaylı örne inin bu dosya içine konulması ve sonucuna göre, sanı in hukukî durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik ara turma ile hüküm kurulması, (Y10.CD, 06/10/2021 T., 2019/1706 E., 2021/9674 K.)

Yargıtay'ın yerle ik kararlarına göre, bir kimsenin uyu turucu ticaretinden sorumlu olması için çe itli kriterlerin bulunması gerekir.

Ceza Genel Kurulunun 15.06.2004 tarihli ve 107-136 ile 06.03.2012 tarihli ve 387-75 sayılı kararları ba ta olmak üzere bir çok kararında da belirtildi i üzere, uyu turucu madde bulundurmanın, kullanma maksadına matuf oldu unun belirlenmesinde dikkate alınması gereken ve ö reti ile uygulamada da kabul görmü olan bazı kriterler bulunmaktadır.

Bunlardan ilki; failin bulundurdu u uyu turucu maddeyi ba kasına satma, devir veya tedarik etmek hususunda herhangi bir davranı içine girip girmedi idir.

ikinci kriter, uyu turucu maddenin bulunduruldu u yer ve bulunduruldu u biçimidir. Ki isel kullanım için uyu turucu madde bulunduran kimse, bunu her zaman kolaylıkla eri ebilece i bir yerde, örne in genellikle evinde veya i yerinde bulundurmaktadır. Buna kar ın uyu turucunun ev veya i yerine uzakta, çıkarılıp alınması güç ve zaman gerektiren depo, ma ara, samanlık gibi bir yere gizlenmesi kullanma dı nda bir amaçla bulunduruldu unu gösterebilir. Yine, uyu turucunun çok sayıda özenli olarak hazırlanmı küçük paketçikler hâlinde olması, her paketçi in içine hassas biçimde yapılan tartım sonucu aynı miktarda uyu turucu madde konulmu olması, uyu turucu maddenin ele geçirildi i yerde veya yakınında, hassas terazi ve paketlemede kullanılan ambalaj malzemelerinin bulunması, kullanım dı nda bir amaçla bulunduruldu u hususunda önemli bir belirtidir (YCGK, 06/05/2021 T., 2018/123 E., 2021/207 K.)

Üçüncü kriter de bulundurulan uyu turucu maddenin çe it ve miktardır. Uyu turucu madde kullanan kimse genelde bir ya da benzer etki gösteren iki de i ik uyu turucu maddeyi bulundurur. Bu nedenle de i ik nitelikte ve farklı etkileri olan eroin, kokain, esrar ve amfetamin içeren tabletleri birlikte bulunduran sanı in bunları satmak amacıyla bulundurdu u kabul edilebilir. Ki isel kullanım için kabul edilebilecek miktar, ki inin fiziksel ve ruhsal yapısı ile uyu turucu veya uyarıcı maddenin niteli ine, **cinsine** ve kalitesine göre de i iklik göstermekle birlikte, Adli Tıp Kurumunun mütalaalarında esrar kullananların her defasında 1-1,5 gram olmak üzere günde üç kez esrar tüketebildikleri bildirilmektedir. Esrar kullanma alı kanlı ı olanların bunları göz önüne alarak, birkaç aylık

ihtiyaçlarını kar ılayacak miktarda esrar maddesini ihtiyaten yanlarında veya ula abilecekleri bir yerde bulundurabildikleri de adli dosyalara yansıyan ve bilinen bir husustur. Buna göre, esrar kullanan faillerin ola an sayılan bu süre içinde ki isel olarak kullanıp tüketebilecekleri miktarın üzerinde esrar maddesi bulundurmaları hâlinde, bulundurmanın ki isel kullanım amacına yönelik olmadığı kabul edilmelidir (YCGK, 06/05/2021 T., 2018/123 E., 2021/207 K.).

2. Kriterlerin Somut Olayımız Ba lamında De erlendirilmesi

a. Uyu turucu veya Uyarıcı Maddenin Miktarı Açısından

Failde yakalanan uyu turucu veya uyarıcı maddenin miktarı, failin bu uyu turucu veya uyarıcı maddeyi hangi amaçla bulundurdu unun tespitinde en önemli kriterlerden biridir. Bu kriterin her bir uyu turucu maddenin türüne göre Yargıtay'ın kabul ettiği esaslara göre incelenmesi gerekir. Buna göre, eroin, kokain veya esrar maddelerinin her birinde kullanım sınırı farklıdır. Bu ba lamda örne in eroin maddesi esrardan farklı olarak, do urdu u etki itibariyle miktarı az olsa dahi Yargıtay tarafından ticarî amaçla bulunduruldu u ço u kez kabul edilebilmektedir. Yargıtay'a göre eroin açısından yıllık kullanım miktarı 20 gr. olarak belirlenmiştir (Y10.CD, 13/06/2017 T., 2013/2410 E., 2017/2719 K.)

Somut olayımızda ele geçen uyu turucu maddenin türü esrardır. Adli Tıp Kurumu tarafından esrar kullananların her defasında bir ila bir buçuk gram olmak üzere günde üç kez esrar tüketebilecekleri de erlendirilmektedir. Yine esrar kullanma alı kanlı ı olanların, birkaç aylık ihtiyacı kar ılayabilecek miktarda esrar maddesini ihtiyaten yanlarında ya da kolay ula abilecekleri bir yerde bulundurabildikleri adli dosyalara yansıyan ve bilinen bir husustur. Buna göre esrar kullanan faillerin, ola an sayılan bir süre içerisinde ki isel olarak kullanıp tüketebilecekleri miktarın üzerinde esrar maddesi bulundurmaları durumunda, bulundurmanın ki isel kullanım amacına yönelik olmadığı, ancak **uyu turucu** maddenin ticaret amacıyla bulunduruldu una ili kin ba kaca somut delil yoksa ahsi ihtiyaç ya da daha az miktarda uyu turucu madde bulundurulmasının kullanmak amacı ta ıdır ı kabul edilmelidir (YCGK, 22/10/2013 T., 2012/10-1335 E., 2013/423 K.) Bunun sonucu olarak, Yargıtay'a göre günlük esrar kullanım miktarı 4,5 gr, aylık 135 gr olarak uygulanmaktadır. Somut olaylara göre Yargıtay'ın uygulaması a a ıdaki gibidir:

- * **(380 gr) ...görevlilerce yapılan yol uygulaması sırasında, sanı n da içinde bulundu u araçta yapılan aramada sanı a ait çanta içerisinde ele geçirilen 380 gramdan ibaret esrarı, kullanmak için bulundurdu una ili kin savunmasının aksine, kullanma dı nda bir amaçla bulundurdu una ili kin, ku ku sınırlarını a an kesin ve yeterli delil bulunmadı ı, sanı n eyleminin kullanmak için uyu turucu madde bulundurma suçunu olu turdu u gözetilmelidir (Y10.CD, 18/01/2011 T., 2010/12245 E., 2011/604 K.,**

- * *(165,217 gr) ... sanı in suç konusu 165,217 gramdan ibaret esrarı satma na veya ba kasına devredece ine ili kin delil bulunmadı ı, sanı in suçu inkar etmesinin bu maddeyi kullanma dı nda bir amaç için bulundurdu u ekinde yorumlanamayaca ı gözetilmeden, sanık hakkında “kullanmak için uyu turucu madde bulundurma” yerine “uyu turucu madde ticareti yapma” suçundan hükiim kurulması kanuna aykırıdır (Y10.CD, 14/06/2013 T., 2010/563 E., 2013/5875 K.,*
- * *(276 gr) Evinde yapılan arama sonucunda ele geçen uyu turucu madde di nda, sanı in uyu turucu maddeyi sattı ı yolunda ba ka bir kanıtın elde edilememesi, Adli Tıp Kurumunun mütalaalarında belirtilen günlük kullanım miktarı dikkate alındı nda, bilirki i raporunda belirtilen 276 gramlık uyu turucu madde miktarının iki aylık ki isel kullanım sınırları içinde olması, sanı in tüm a amalarda evinde bulunan uyu turucu maddeyi satmak için de il, kullanmak için bulundurdu u yönündeki aksi kanıtlanamayan savunmaları birlikte de erlendirildi inde, sanı in uyu turucu madde ticareti suçunu i ledi i ku ku boyutunda kalmaktadır (YCGK, 06/03/2012 T., 2011/10-387 E., 2012/75 K.)*

Somut olayda ele geçen uyu turucu miktarı: Somut olayda ele geçen uyu turucu miktarı konusunda tutulan tutanaklar ve yapılan tespitler, **yargı mercilerini yanıltıcı niteliktedir.** Bu ba lamda, soru turma a amasında Olay III kapsamında ele geçirilen uyu turucu maddenin 540 gram oldu u belirtilmektedir. Kriminal Laboratuvarı'nca düzenlenen rapora göre ise bu, 477 gramdır ve neticeten bu maddeden elde edilebilecek **esrar miktarı 166,95 gramdır.** Buna kar ın kararda ele geçirilen uyu turucu miktarının 540 gram oldu u iddia edilmektedir. Mahkemenin gerekçeli kararında suçun sübütuna ili kin de erlendirme yaparken *ele geçirilen miktar* denilmek suretiyle, gerçe e uygun olmayan bir rakam esas alınmı tır. Somut olayda, ele geçen esrar maddesinden 166,95 gram uyu turucu elde edilebilecektir. Bu miktar, **olayda** birden çok ki inin bulundu u da gözetildi inde kullanım sınırlarındadır.

b. Uyu turucu veya Uyarıcı Maddenin Ele Geçirili ekli Açısından

Uyu turucu veya uyarıcı maddenin ele geçirili ekli, failin amacının kullanmaya mı yoksa satmaya mı yönelik oldu u hususunda önemli bir veridir.

Yargıtay CGK'nun ve özel dairesinin birçok kararında vurgulandı ı üzere, uyu turucunun ev veya i yerine uzakta, çıkarılıp alınması güç ve zaman gerektiren depo, ma ara, samanlık gibi bir yere gizlenmesi kullanma dı nda bir amaçla bulunduruldu unu gösterebilir. Yine,

- Uyu turucunun çok sayıda özenli olarak hazırlanmı **küçük paketçikler hâlinde olması,**

- Her paketçi in içine hassas biçimde yapılan tartım sonucu **aynı miktarda uyu turucu madde konulmu olması,**
- Uyu turucu maddenin ele geçirildi i yerde veya yakınında **hassas terazi bulunması,**
- Paketlemede kullanılan **ambalaj malzemelerinin bulunması,** kullanım dı ında bir amaçla bulunduruldu u hususunda önemli bir belirtidir (YCGK, 06/05/2021 T., 2018/123 E., 2021/207 K.)

Somut olayımızda, müvekkil M.....'un kullanımında bulunan araçta ele geçen uyu turucu maddelerin ele geçme ekinde yukarıda belirtilen emarelerden hiçbirisi yoktur. Somut olayda ele geçen uyu turucu, **bir po et içinde** y ılı ve ham haliyle bulunmaktadır. Satılmaya hazır halde bulundu unu gösterir nitelikte en ufak bir unsur veya kriter somut olayda mevcut de ildir.

c. Uyu turucu veya Uyarıcı Maddenin Tür ve Çe itlili i Açısından

Yine Yargıtay'ın kabul etti i kriterlerden biri de, ele geçen uyu turucu veya uyarıcı maddenin tür ve çe itlili idir. E er ele geçen uyu turucu birkaç çe itten olu uorsa, failin amacının ticaret oldu u sonucuna varılabilmektedir. Örne in bir Yargıtay kararında *"Yapılan muhbir kaynaklı istihbari çalı malar sonucunda, "sanı ın, ikametinde uyu turucu hap ve eroini küçük paketler halinde getirerek sattı ı, ikametinin bahçesinde kullanıcı ahıslara uyu turucu maddeleri kullandırdı ı" bilgisi alınması üzerine, olay tarihinde yapılan ev aramasında, giri te bulunan odadaki pembe renkli kalemlik içinde üzerinde kokain kalıntıları bulunan plastik boru pet, 2 paket halinde 0,1 gram kokain, 399 adet MDMA etken maddesi içeren tablet, 3 paket halinde 8,6 gram eroin, 224 adet ye il reçete ile satı a arz edilen "klonezapam" etken maddesi içeren tablet ve 6 adet kırmızı reçete ile satı a arz edilen "naloxone ve buprenorphine" etken maddesi içeren tabletin ele geçirildi i anla ılmakta olup, istihbari bilginin içeri i, olu , ele geçen maddelerin çe itlilik ve miktarları dikkate alınarak sanı ın eyleminin bir bütün olarak uyu turucu madde ticareti yapma suçunu olu turdu u gözetilmeden, suç niteli inde hataya dü ülererek yazılı biçimde "kullanmak için uyu turucu madde bulundurma" suçundan hüküm kurulması kanuna aykırıdır. (Y20.CD, 09/09/2019 T., 2017/885 E., 2019/4334 K.)"*

Somut olayımızda sadece **esrar maddesi ele geçirilmi** ve ba ka türde herhangi bir uyu turucu madde ele geçmemi tir. Ele geçen uyu turucu maddenin türünün tek olması ve çe itlilik içermemesi, müvekkilin kullanıcı oldu una dair savunmasını güçlendiren ve Yargıtay kararlarında aranan kriterlerden önemli birini çürüten bir olgu ve gerçektir.

d. Yakalanma Biçimi Açısından

Failin yakalanma biçimi, yakalanan uyu turucunun ne amaçla bulundurdu una yönelik tespitte büyük önem arzeder. Örne in tedarik ve satma giri imine dair bazı davranı larda bulunurken, numune gösterirken, pazarlık yaparken vs. yakalanan failin ticarî amaç ta ıdı ı kabul edilecektir . Yakalanma biçimine dair bu tür davranı lar, failin kullanma amacı dı ında bir amaçla uyu turucu veya uyarıcı maddeyi bulundurdu u sonucuna götürece inden, ele geçen madde miktarının önemi olmayıp, ki isel kullanım sınırında olsa bile TCK m. 188/3 hükmü uygulanır. Buna kar ılık, failin böyle bir durum içinde bulundu una dair bir delil yoksa, bu durum failin lehine de erlendirilmeli ve satma amacıyla bulundurmadı ı sonucuna varılmalıdır.

Somut olayda, müvekkilim ve di er sanıklar araç içinde yakalanmı , herhangi bir satma, verme, para alı veri i, alıcıyla bulu ma gibi hiç durum gerçekte memi tir. Tüm bu durumlar, müvekkilimin kullanıcı oldu una dair savunmasını güçlendiren olgulardır.

e. Biyolojik Örneklerinde Uyu turucu Madde Çıkması Açısından

Uygulamada uyu turucu madde ile yakalanan ki inin genelde ilk savunması kullanıcı oldu unu belirtmektir. Yukarıda belirtti imiz kriterler failin amacını belirlemeye yeterli olmayabilir. Failin alınacak biyolojik örneklerinde (kan, kıl, tükürük vs.) uyu turucu madde kullandı nı gösteren veriler çıktı ında, bu durum failin kullanıcı oldu una dair savunmasını güçlendirebilir. Bu nedenle, failden usulüne uygun ekilde biyolojik örnekleri alınarak incelemeye tâbi tutulmalıdır.

Yargıtay da bu hususu kararlarında vurgulamakta ve soyut telefon görü melerine itibar edilmeyece ini ve failin kullanıcı oldu una dair iddialarına de er verilmesi gerekti ini vurgulamaktadır. Bu hususta a a ıdaki yeni tarihli karar bu önemi açıkça vurgulamaktadır:

- * *Tüm dosya kapsamı nazara alınarak; sanı ın hakkında C..... A ır Ceza Mahkemesinin 2010/373 esas ve 2011/294 sayılı kararı ile uyu turucu madde ticareti yapma suçundan mahkûmiyet kararı verilen ...'te ele geçirilen maddeler ile ilgisi oldu una dair içeri i **de i ik anlamlara gelebilecek soyut telefon görü meleri dı ında aleyhinde yeterli delil bulunmadı ı, hakkında kullanmak için uyu turucu madde bulundurma suçundan ayrı dava açılan ... ile hakkında uyu turucu madde ticareti yapma suçundan ayrı dava açılan ... ile arasındaki ileti imin tespiti tutanaklarına konu maddeler ele geçirilemedi i için uyu turucu niteli inde olup olmadı ı tespit edilemedi i, 17/05/2011 tarihinde ikametinde yapılan aramada ele geçirilen 3 paket halinde 1,05 gramdan ibaret esrarı ise yapılan idrar ve kan tahlilinde esrar bulundu u gözönüne alındı ında ticaret amacıyla bulundurdu una dair mahkûmiyetine yeterli ku kuyu a an kesin ve yeterli delil olmadı ı, dolayısıyla sabit olan fiilinin kullanmak için uyu turucu madde bulundurmaktan ibaret oldu u ve sanık hakkında "kullanmak için uyu turucu madde bulundurma" suçundan ayrıca C..... 1. Sulh Ceza Mahkemesinin***

07/03/2013 tarihli 2012/253 esas ve 2013/48 sayılı kararı ile tedavi ve denetimli serbestli e hükmedilmesi kar ısında, sanı ın üzerine atılı uyu turucu madde ticareti yapma suçundan beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır. (Y10.CD, 12/06/2019 T., 2014/4040 E., 2019/3809 K.)

Somut olayda mahkemece, müvekkilimin kan örne in uyu turucu madde bulunmaması, kullanıcılık iddiasını çürüten bir veri olarak sunulmu tur. Adli tıp verilerine göre, uyu turucu maddenin kanda kalmasının süresi sınırlıdır ve esrar için biri için testlerde yakla ık 3 gün içinde tespit edebilir. Müvekkilim olaydan uzunca bir süre önce uyu turucu madde kullanmı tır. Sık sık kullanan birisi olmadı ı için, alınan kanda uyu turucu madde çıkmaması normaldir.

Kıl örne i alınması gerekirdi: Somut olayda soru turma eksik yapılmı tır. Müvekkilden kıl örne i alınması gerekirdi. Zira kıl örne inde uyu turucu maddenin etkisi aylarca kalabilmektedir. Soru turma bu yönüyle eksik yapılmı tır. Soru turma a amasında yapılan bu eksiklik, müvekkilim aleyhine yorumlanamaz. Kaldı ki, araçta ele geçirilen sanıklardan birinin biyolojik örne inde uyu turucuya rastlanmı tır.

f. Sabıka Kayıtları Açısından

Failin uyu turucu veya uyarıcı madde ticareti suçundan sabıkalı geçmi i, bulundurmanın hangi kasıtle gerçekle ti ine dair bir gösterge olabilecektir. Yargıtay da failin aynı suçtan sabıkalı geçmi ini bir kriter olarak karar gerekçelerinde yer vermektedir (YCGK, 05/11/2013 T., 2013/10-558 E., 2013/436 K.) Somut olayımızda müvekkilin bu yönde hiçbir sabıkası yoktur. Bu durum da müvekkilin ticaret yapmayla bir ilgisi olmadı ını göstermektedir.

g. Müvekkilin Sosyal ve Ekonomik Durumu Açısından

Failin sosyal ve ekonomik durumu da kastının kullanma amacı veya bu amaç dı ında oldu unun göstergesi olabilir. Bu bakımdan, sosyal ve ekonomik durumunun çok üzerinde bir ödeme yaparak uyu turucu veya uyarıcı maddeyi satın almı olması hâlinde, kullanım amacı dı ında bir amaca sahip oldu u sonucuna varılabilir.

Müvekkil M.....; mesle i elektrikçi, ekonomik durumu yerinde ve etrafında sevilip sayılan, itibar sahibi, geçmi inden en ufak bir olumsuzluk bulunmayan bir ki idir. Ba ımlısı olmamakla birlikte olaydan birkaç yıl önce ara sıra uyu turucu madde kullanmaya ba lamı tır.

Somut olayda, ele geçen uyu turucu madde kaba haliyle 477 gram olup bu ham halinden elde edilecek miktar **166,95 gramdır**. Somut olayda, olay 3 olarak nitelenen olayda 6 sanık bulunmaktadır ve bu uyu turucu madde bu ki i sayısına bölündü ünde, ki i ba ı 78 grama denk gelecektir. Bu miktarın kullanım sınırlarında oldu u çok açıktır. Ticaret yaptıkları dü ünülse dahi, söz konusu miktardan yakla ık 8-10 fi ek elde edilebilecek ve

tapelerde polisin ve savcının "karpuz" fiyatına verdi i "fi ek" anlamı ve bunun 25-30 TL'ye dair görü me kaydı birlikte de erlendirildi inde, ki i ba ı 250-300 TL'lik bir maddeden söz edilecektir. Müvekkilim elektrikçi olup hali vakti yerindedir ve uyu turucu maddeyi sataca ı dü ünülse bile, söz konusu miktarı tek bir elektrik tamirati i inden kazanabilecek durumdadır. Kaldı ki, uyu turucu içine gidilmesi ve kullanılacak yakıt da dikkate alındı ında, ele geçen 166,95 gram uyu turucu için 5-6 ki inin birlikte adeta yeme e gider gibi hiçbir önlem almadan ve uyu turucuyu arabanın görünür yerinde tutarak seyahat etmeleri hayatın ola an akı ına aykırı dü mektedir. Ticaret yapan ki iler bu ekilde mi gider? Yargılama boyunca bu soru sorulmamı tır.

III. ST HBAR B LG LER BA LI BA INA DEL L DE ER TA IMAZ

Yargıtay, istihbari bilgi üzerine olsa bile uyu turucu madde ele geçirilmesine ra men istihbari bilgiyi ba lı ba ina ticaret suçunun delili saymamaktadır. Bu hususta yeni tarihli bir kararına göre " ... lakaplı olarak tanınan sanık ...'ın K.....nda uyu turucu sattı ı ve suç tarihinde zmir'in ... ilçesinden uyu turucu madde temin edip ... ilçesine getirece ine ili kin istihbari bilgi edinilmesi üzerine kolluk görevlilerinin ... - ... mevkisinde beklemeye ba ladıkları, sanı ın yönetiminde olan ... plakalı motosikletin görülmesi üzerine sanı ın kendisine yapılan dur ihtarına ra men durmadı ı, yoku ta motosikletinden inerek yaya olarak kaçtı ı esnada üzerinde bulunan iki parça halinde net 55,5 gr gelen esrar maddesini yere attı ı somut olayda, ki isel kullanım sınırında olan uyu turucu maddelerini sanı ın kullanma dı ında bir amaç için bulundurdu una ili kin istihbari bilgi dı ında, savunmasının aksine, ku ku sınırlarını a an kesin ve yeterli delil bulunmadı ı, sanı ın eyleminin "kullanmak için uyu turucu madde bulundurma" suçunu olu turdu u, sanık hakkında "kullanmak için uyu turucu madde bulundurma" suçundan soru turma a amasında evrakın tefrik edildi i nazara alındı ında bahse konu soru turma dosyasının akibetinin ara tırılması, dava açılmı ve derdest ise bu dava ile birle tirilmesi, hüküm verilmi ve kesinle mi ise dava dosyasının aslının veya onaylı örne inin bu dosya içine konulması ve sonucuna göre, sanı ın hukukî durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik ara tırma ile hüküm kurulması kanuna aykırıdır (Y10.CD, 06/10/2021 T., 2019/1706 E., 2021/9674 K.)

IV. SOMUT OLAYDA VER LEN FADELER N DE ERLEND R LMES

Bir ki inin uyu turucu madde ticaretini hiç tanımadı ı insanlarla arabaya binmek ve seyahat etmek suretiyle yapması hayatın ola an akı ına aykırıdır.

Uyu turucu madde ticareti gibi a ır bir suç i ledi i iddia edilen müvekkil, tanımadı ı, ya ları küçük ve olumsuz bir durumla kar ıla tıklarında kendilerini çok kolay ele verebilecek iki kız çocu uyla birlikte neden hareket etsin? Aslında bu di er üpheliler için de geçerlidir ancak müvekkil açısından daha büyük bir önem arz etmektedir. **Zira her iki SSÇ de tüm a amalarda birbirlerini do rular ve teyit eder ekilde müvekkil M.....'yı ilk defa olay günü gördüklerini ısrarla belirtmi lerdir.** Bu durumda müvekkilin tanımadı ı iki çocukla çıkıp uyu turucu madde ticareti yaptı ı yönündeki iddia dayanaksız oldu u gibi, hayatın ola an akı ına ve basit mantık kurallarına da aykırıdır. Bu durumun görmezden

gelinmesi kabul edilir de ildir.

Soru turma a amasında ilk etapta emniyette inkâr yoluna gitmi lerse de daha sonra bizzat savcılık huzurunda verdikleri ifadede tüm üpheliler birbirlerini do rular biçimde olayın yukarıda anlatıldı ı ekilde gerçekle ti ini samimi bir ekilde beyan etmi lerdir. Aynı ekilde mahkeme huzurunda da hem sanıklar hem de SSC'ler bu kapsamda birbirlerini do rular biçimde ifade vermi lerdir. Savunmalarının aksini ortaya koyacak hiçbir delil de mevcut de ildir. Bu hususta aleyhlerine hiçbir beyan da bulunmamaktadır. Sanık sayısı çok fazla olan bu dosyada müvekkilin tanıdı ı ki iler deyim yerindeyse bir elin parmak sayısını geçmeyecek düzeydedir. Tanıdı ı birkaç ki i de mahalleden tanıdıkları ya da arkada larıdır.

Müvekkil hakkında bu tutarlı beyanlara ra men ve üstelik yerel mahkemece 20 Ekim 2020 tarihli celsede olay kapsamındaki tüm üphelilere **TCK 191.maddesinin uygulanması ihtimalini de erlendirerek ek savunma vermesine ra men**, hukuka ve olayın ba lamına aykırı ekilde uyu turucu madde ticaretinden hüküm kurulmu tur.

Müvekkilim bu suçtan dolayı haksız yere 14 ay tutuklu kalmı tır. Uyu turucu madde kullanımına alı an müvekkil için 14 aylık bir tutukluluk yeterli ve ıslah edici bir ceza, müvekkil açısından ömür boyu unutulmayacak bir ders olmu tur. Müvekkilin mahkeme huzurundaki ifadesinde "*namusum ve erefim üzerine yemin ederim ki ben kimseye uyu turucu satmadım*" eklindeki çı lı 1, müvekkilin samimiyetini ortaya koymaya yeterlidir. Nitekim tahliye olduktan sonra müvekkil askerli ini yapmı , i inin ba ına dönmü ve o günden sonra uyu turucu denilen illetten de kurtulmu , deyim yerindeyse yeniden hayata ba lamı tır.

V. SOMUT OLAYIN " ÜPHEDEN SANIK YARARLANIR" LKES BA LAMINDA DE ERLEND R LMES

üpheden sanık yararlanır ilkesi: A a ıda detaylı ekilde inceleyece imiz kriterler failin uyu turucu maddeyi kullanma amacı dı ında bulundurdu u ispatlanamıyor ve tam bir vicdani kanaat olu muyorsa, beraat kararı verilmelidir. Özellikle uyu turucu madde ticareti suçunda bu ilke büyük önem arzeder. Zira bu suçun cezası oldukça a ırdır ve bu nedenle de büyük bir hassasiyet gerektirmektedir. Yargıtay CGK kararında bu hususta u de erlendirmede bulunulmu tur: amacı, somut olayda maddi gerçe e ula arak adaleti sa lamak, suçu i ledi i sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek olan ceza muhakemesinin en önemli ve evrensel nitelikteki ilkelerinden biri de, ö reti ve uygulamada; "suçsuzluk" ya da "masumiyet karinesi" olarak adlandırılan kuralın bir uzantısı olan ve Latince; "in dubio pro reo" olarak ifade edilen " üpheden sanık yararlanır" ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanı ın mahkumiyetine karar verilebilmesi bakımından gözönünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ili kin üphenin, mutlaka sanık yararına de erlendirilmesidir. Oldukça geni bir uygulama alanı bulunan bu kural dava konusu suçun i lenip i lenmedi i, i lenmi se sanık

tarafından i lenip i lenmedi i veya gerçekle tirilme biçimi konusunda bir üphe belirmesi hâlinde de geçerlidir. Sanı ın bir suçtan cezalandırılmasına karar verilebilmesinin temel artı, suçun hiçbir pheyeye mahal bırakmayacak kesinlikle ispat edilebilmesidir. Gerçekle me ekli üpheli veya tam olarak aydınlatılamamı olaylar ve iddialar sanı ın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti; herhangi bir ihtimale de il, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp di er kısmı gözardı edilerek ula ılan kanaate de il, kesin ve açık bir ispata dayanmalı ve hiçbir üphe veya ba ka türlü olu a imkân vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanı ı cezalandırmak, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçe e ula madan hüküm vermek anlamına gelecektir (YCGK, 30/09/2021 T., 2019/12 E., 2021/442 K.).

Somut olayda, yukarıda tüm detaylarıyla açıkladı ımız üzere,

- Ele geçen esrar maddesi kullanım sınırlarındadır.
- Uyu turucu madde ham haliyle po ette bulunmu tur. Fi ek, terazi, ambalaj malzemesi vs. Gibi satıma dair durum yoktur.
- Ele geçen uyu turucu tek türdür ve satı yapıldı ını gösteren e itlilik yoktur.
- Müvekkile ait olmayan ve farklı anlamlara gelebilecek konu malara soyut anlamlar yüklenmi tir.
- Müvekkil sabıkasızdır, geçmi inde uyu turucu madde ticaretiyle ilgisi olmamı tir.
- stihbari bilgilere dayalı olarak mahkumiyet hükmü kurulmu tur.
- Olaydaki tutarlı SS ifadeleri gözardı edilmi tir,

Tüm bu veriler birlikte de erlendirildi inde, müvekkilimin uyu turucu madde ticareti yaptı ını gösteren en ufak bir delil olmadı ı gibi, yukarıda tüm detaylarıyla verilen ve Yargıtay kararlarına konu olan kriterlerin hiçbirisi müvekkilim aleyhine olacak ekilde olayda mevcut de ildir.

Olayda en azından üphe hali vardır. Bu phe haline istinaden suç vasfının de i ebilece i mahkemece göz önünde bulundurulmu ve ek savunma verilmi tir. Buna ra men, üphe hali müvekkil sanık aleyhine yorumlanmı tir. 14 ay gibi uzunca bir süre tutuklu kalan müvekkil zaten yeterince ma dur olmu tur. lemedi i bir suçtan sorumlu tutulmaktadır. Yerel mahkemece ve BAM tarafından verilen kararlar usul ve yasaya aykırıdır.

VI. TCK m. 188/5'in KO ULLARI OLU MAMI TIR

Yerel mahkemece sanıklar ve dolayısıyla müvekkilim hakkında TCK m. 188/5 hükmü uygulanarak cezanın artırılması yoluna gidilmiştir. TCK m. 188/5 hükmüne göre, *“Yukarıdaki fıkralarda gösterilen suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında, ... artırılır.”*

Maddeye göre, nitelikli hâl için en az üç kişinin suçu birlikte işlenmesi gerekir. Kanun koyucu bu kavramı bazı suçlarda da nitelikli hâl kapsamında kullanmaktadır. Yargıtay'ın bu durumlardaki uygulamasına göre, suçun birlikte işlenildiğinden söz edilebilmesi için, suça **“müterek fail”** olarak katılmı olunması gerekir. Suça müterek fail olarak katılmı olan, örneğin suça azmettiren veya yardım eden sıfatıyla katılanlar, “birlikte işleyen” kavramına dahil değildir. Örneğin faillerden birisi diğer iki faili uyuşturucu maddeyi satmaları konusunda azmettirmişse, azmettiren “müterek fail” konumunda olmayacağı için bu nitelikli hâl uygulanmaz. Buna karşılık, müterek fail konumunda olmayan kişiler olmasa bile müterek faillerin sayısı üç veya daha fazla ise, nitelikli hâl uygulanacak ve müterek fail olmayan (örneğin azmettiren) kişiler de nitelikli halden sorumlu olacaktır.

Aynı yönde hareket etme artışı: TCK'nın 188/5. maddesinin uygulanabilmesi için üç veya daha fazla kişinin eylem birlikteliği içerisinde aynı yönde hareket etmeleri, eylem veya eylemler üzerinde ortak hakimiyet kurmaları gerektiği Yargıtay kararlarında vurgulanmaktadır (Y10.CD, 08/12/2021 T., 2021/3552 E., 2021/13209 K.) Aynı yönden kasıt, TCK m. 188/1 veya 3. fıkralarda yer alan seçimlik hareketlerden birini, müterek faillerden en az üçünün gerçekleştirilmesi gerekir. Bu bakımdan, örneğin faillerden birisi uyuşturucu getiriyor, birisi muhafaza ediyor ve diğeri de bunu satıyorsa, üçünün eylemi m. 188/3 hükmündeki eylemlerin biriyle aynı yönde olmadığından, nitelikli hâl uygulanmaz. Yargıtay da bir kararında, *“TCK'nın 188/5. maddesinin uygulanabilmesi için TCK'nın 188/3. maddesinde öngörülen seçimlik hareketlerden birinin üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi bir başka anlatımla müterek faillerin “aynı yönde” hareket etmeleri gerektiği, somut olayda sanık ...'in temin ve sevk eden; diğer sanıklar ... ve Tuncay'ın ise nakleden konumunda oldukları, bu nedenle sanıkların eylemlere TCK'nın 37. maddesi anlamında “aynı yönde fiili birlikte gerçekleştirilen” konumunda işlettiklerinin anlaşılması karışında sanıklar hakkında hükmolunan temel ceza üzerinden, koulları bulunmadığı halde, TCK'nın 188/5. maddesi uyarınca artırım yapılarak fazla cezaya hükmedilmesi kanuna aykırıdır (Y10.CD, 25/11/2021 T., 2021/14955 E., 2021/12501 K.)”*

Somut olayda, failer hakkında bu hükmün uygulanabilmesi için, en az üçünün aynı doğrultuda hareket etmesi gerekir. Oysa ki, somut olayda uyuşturucu maddeyi kimin satın aldığı, kimin muhafaza ettiği belli değildir. Nakil eylemini müvekkilim M.....'un gerçekleştirdiği ortadadır. Zira arabayı süren kendisidir. Buna karşılık, diğer sanıkların nakille ilgisi olduğuüphelidir. Örneğin araçtaki diğer sanıklardan birisi sadece uyuşturucuyu satın alıp arabaya koymu olabilir. Bir diğeri sadece yanında tutmu olabilir. Bir diğeri hiç dokunmadan arabada oturmu olabilir. Burada, "satın alma", "bulundurma", "nakletme" gibi birden çok eylem vardır bu eylemlerden en az birinin üç veya daha fazla kişi

tarafından aynı do rultuda yapıldı ı hususunda bir belirlilik yoktur. Yargıtay'ın bu içtihadı somut olayda göz ardı edilmi ve di er suçlarda öngörülen benzer nitelikteki artırım maddeleri gibi yorumlanmı tır. Örne in cinsel saldırı suçunun birden fazla ki i tarafından birlikte i lenmesi de nitelikli hal sayılmı tır. Bu ba lamda, sanıklardan biri ma duru tutup di eri cinsel saldırı eyleminde bulunursa, her ikisi bu nitelikli halden cezalandırılır. Buna kar ılık uyu turucu madde ticaretine ili kin 188/5 hükmünün uygulanmasında Yargıtay, "**aynı do rultu**" artını ısrarla aramaktadır. Somut olayda, aynı do rultu artı ne irdelenmi , ne de delillendirilmi tir. Oysa somut olayda aynı do rultu artının olu madı ı ortadadır. Bunun sonucu olarak, müvekkil hakkında bu artırım maddesinin uygulanması mümkün de ildir. Karar bu yönüyle de bozulmalıdır.

VII. SONUÇ ve STEM

Yukarıda açıkladı ımız gerekçelerle veya mahkemenizin CMK md. 289 çerçevesinde resen gözetece i gerekçelerle, usul ve yasaya aykırı Bölge Adliye Ceza Dairesi kararının **BOZULMASINI** talep ederiz.

Sanık M..... Müdafii
Av.