D.8/2018

 Birleştirilmiş

Yargıtay/Ceza: 21 ve 25/2016

 (Lefkoşa Ağır Ceza No: 12568/2015)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

Mahkeme Heyeti: Ahmet Kalkan, Bertan Özerdağ, Peri Hakkı.

 Yargıtay/Ceza: 21/2016

 (Lefkoşa Ağır Ceza No: 12568/2015)

İstinaf eden: Cantürk Karabıyık, Merkezi Cezaevi- Lefkoşa

 (Sanık No.2)

 -ile-

Aleyhine istinaf edilen: KKTC Başsavcısı- Lefkoşa

 A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Yunsal İlhan

Aleyhine istinaf edilen namına: Savcı Aliye Özçınar

 Yargıtay/Ceza: 25/2016

 (Lefkoşa Ağır Ceza No: 12568/2015)

İstinaf eden: KKTC Başsavcısı- Lefkoşa

 -ile-

Aleyhine istinaf edilen: Cantürk Karabıyık, Merkezi Cezaevi-

 Lefkoşa

 (Sanık No.2)

 A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Savcı Aliye Özçınar

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Yunsal İlhan

Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Ömer Güran, Yargıç Rauf Kürşad ve Yargıç Vedia B. Barkın’ın 12568/2015 sayılı davada, 7.3.2016 tarihinde verdikleri karara karşı, Sanık No.2 ve Başsavcılık tarafından yapılan istinaflardır.

 K A R A R

Ahmet Kalkan: Bu istinafta, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Peri Hakkı okuyacaktır.

Peri Hakkı: Huzurumuzdaki birleştirilmiş İstinaf, Sanık No.2 tarafından Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesinin 12568/2015 sayılı davada 7.3.2016’da verdiği hükmünden yapılmıştır.

 İstinaf/Eden Sanık No.2, Erkan Çiriş (Sanık No.1) ve Derviş Gümüşatam (Sanık No.3) aleyhine aşağıdaki tafsilatı verilen davalar getirilmiştir:

1. Dava; Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 20. maddesi ile birlikte, 16/1977, 54/1977, 36/1982, 37/1989, 38/1991 ve 42/2004 sayılı Yasalarla tadil olunan 4/1972 sayılı Uyuşturucu Maddeler Yasası’nın 2, 3, 12, 24 (1)(a) (2)(B) (3) maddeleri ve 63/1973 sayılı Nizamname ile tadil olunun 21/1973 sayılı Uyuşturucu Maddeler Nizamnamesinin 3, 5 ve 25. maddeleri ile aynı Yasanın 13 (b) maddesine istinaden Bakanlar Kurulu tarafından ısdar edilen 30.6.2011 tarih ve 349 sayılı Emirname ve 4.12.2014 tarih ve 715 sayılı Emirnameye aykırı, 30.12.2015 tarihinde Lefkoşa’da, ilgili makam tarafından genel olarak yetkilendirilmiş veya ilgili Nizam tahtında ruhsatlı olmadığı halde, 505 gram 549 miligram ağırlığındaki Sentetik Cannabinoid türü uyuşturucu maddeyi tasarrufunda bulundurmak;
2. Dava; Fasıl 154 Ceza Yasası’nın 20. maddesi ile birlikte, 16/1977, 54/1977, 36/1982, 37/1989, 38/1991 ve 42/2004 sayılı Yasalarla tadil olunan 4/1972 sayılı Uyuşturucu Maddeler Yasası’nın 2, 3, 24(1)(a)(2)(A)(3) maddeleri ile 63/1973 sayılı Nizamname ile tadil olunan 21/1973 sayılı Uyuşturucu Maddeler Nizamnamesinin 3, 5 ve 25. maddelerine aykırı, Birinci Davada belirtilen aynı tarih ve mahalde, ilgili makam tarafından genel olarak yetkilendirilmiş veya ilgili nizam tahtında ruhsatı olmaksızın 4 adet MDMA içeren hap ve 992 miligram MDMA içeren toz halinde bulunan uyuşturucu maddeyi tasarrufunda bulundurmak;
3. Dava; 16/1977, 54/1977, 36/1982, 37/1989, 38/1991 ve 42/2004 sayılı Yasalarla tadil olunan 4/1972 sayılı Uyuşturucu Maddeler Yasası’nın 2, 3, 12, 24(1) (a) (2) (B)(3) maddeleri ile 63/1973 sayılı Nizamname ile tadil olunan 21/1973 sayılı Uyuşturucu Maddeler Nizamnamesinin 3, 5 ve 25. maddeleri ile aynı Yasanın 13(b) maddesine istinaden Bakanlar Kurulu tarafından ısdar edilen 30.6.2011 tarih ve 349 sayılı Emirname ve 4.12.2014 tarih ve 715 sayılı Emirnameye aykırı, Sanık 1. Davada belirtilen tarih ve mahalde ilgili makam tarafından genel olarak yetkilendirilmiş veya ilgili nizam tahtında ruhsatlı olmadığı halde, 140 miligram ağırlığındaki Sentetik Cannabinoid türü uyuşturucu maddeyi tasarrufunda bulundurmak.

İtham edildikleri davaları kabul etmeyen Sanıkların duruşması yapıldı.

 Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesi, yapılan duruşma neticesinde her üç Sanığı 1. ve 2. davalardan suçlu bularak mahkum etti ve ithamnamedeki Sanık No.3 aleyhindeki “uyuşturucu maddeleri ithal” davalarını ekleyerek, tümünden mahkum etti. Ceza takdirinde Lefkoşa Ağır Ceza Mahkemesi Sanık No.1’i mahkum olduğu 1. ve 2. davadan 7 yıl, 3. davadan 1 yıl, Sanık No.3’ü 1, 2, 4 ve 5. davalardan 7 yıl, Sanık No.2’yi de 1. ve 2. davadan 4 yıl hapis cezasına çarptırdı.

 Sanık No.2 mahkumiyet ve ceza kararına karşı istinaf dosyalarken, İddia Makamı da Sanık No.2’nin cezasına karşı istinaf dosyaladı.

 İstinafın duruşmasında Sanık Avukatı verilen cezaya karşı yapılan istinafını geri çekti ve sadece mahkumiyet ile ilgili olarak Mahkemeye hitap etti.

İstinaf ile ilgili olgular:

 Sanık No.2 D.A.Ü’de Türkçe Öğretmenliği 4. sınıf öğrencisidir. Sanık No.1 ve Sanık No.3 samimi arkadaştırlar ve dava ile ilgili zamanlarda ZMV 272 plakalı aracı uzun süreliğine, müştereken kiraladılar.

 30.10.2015 tarihinde, saat 19.00 civarında Sanık No.1 ve Sanık No.2 Mağusa’da bir bet ofisinde birlikte otururken, Sanık No.3’ün Sanık No.1’i araması ve aracı istemesi üzerine, hep birlikte Lefkoşa’ya gitmeye karar verirler. Aracı Sanık No.1 kullanmaktadır. Sanık No.2 ön yolcu koltuğunda, Sanık No.3 ise arkada oturmaktadır. Saat 21.55 raddelerinde Sanıkların ZMV 272 plakalı araç ile Ortaköy’de Başkent Hastahanesi yakınlarında, çıkmaz sokak olan Budak Sokak’a girdiklerini gören devriye polis ekiplerinin şüphelenmeleri üzerine, Sanıkları takibe alırlar. ZMV 272 plakalı araç yolun kenarında bulunan bir ağacın yanında durduktan sonra, Sanık No.1 ve 3 araçtan inerek ağaç altında telefon ışığı ile bir şeyler arayıp arabaya binerler ve oradan ayrılırlar. Sanıklar 4-5 dakika sonra aynı yere dönerek aracın ışıklarını kapatırlar ve üçü de araçtan inerek aynı şekilde ağaçların arasında bir şeyler aradıktan sonra ordan ayrılırlar ve 4-5 dakika sonra 3.kez aynı yere geri dönerler. Sanıkların üçü de araçtan inerek, aynı yerde arama yaptıktan sonra Sanık No.3 GKRY’den bir kişi ile telefon görüşmesi yapar ve sonrasında Sanıklar ağacın altından siyah bir poşet alarak, arabanın arka koltuğuna koyup ayrılırlar.

 Polis ekibi tarafından takip edilen araç Hamitköy çemberinde durdurulup alıkonmuştur. Araçta yapılan aramada, arka koltuk üzerinde bulunan siyah çöp poşeti içerisinde, streç naylona sarılı 505 gram 548 miligram Sentetik Cannabinoid uyuşturucu madde, aynı türden 4 adet MDMA hap ve 992 mg MDMA içeren toz halinde uyuşturucu maddeler tespit edildi. Bulunan Sentetik Cannabinoid türü uyuşturucu madde toplam 82 paket halinde, 4 adet MDMA türü uyuşturucu hap ise folyo kağıdına sarılı şekilde idi. Sanıklardan kanuni ihtar altında izahat istendiği zaman Sanık No.1 “**görmen nedir”**, Sanık No.2 “**abi ben öğrenciyim, yakmayın beni”**, Sanık No.3 ise “**bilmem abi”** demiştir. Sanıklara ithamları izah edildiği zaman, ise Sanık No.1, “**Ne deyim abi hayatımı siktim**” Sanık No.2, “**Abi babam Türkçe öğretmenidir, duyarsa beni mahveder**” dedi, Sanık No.3 de sükut edip cevap vermedi.

Yapılan arama neticesinde, Sanık No.1’in cüzdanında kağıda sarılı 140 mg Sentetik Cannabinoid türü uyuşturucu madde bulundu ve Sanıklarda yapılan kan ve idrar testlerinde ise Sanık No.2’nin idrarında Sentetik Cannabinoid türü uyuşturucu madde tespit edildi. Sanık No.2 dava tebliğine “**hiçbirini kabul etmiyorum**” yanıtını verdi.

İstinaf Sebepleri:

Sanık No.2’nin istinaf sebepleri şunlardır:

1. Muhterem Ağır Ceza Mahkemesi huzurundaki şahadet ve emareler ışığında, Sanık No.2’yi aleyhine getirilen davalardan suçlu bulup mahkum etmekle hatalı hareket etti. Şöyle ki:
	1. Muhterem Ağır Ceza Mahkemesi, İddia Makamı Tanıklarının çelişkilerle dolu şahadetlerine itibar edip, inanılır ve güvenilir şahitler olduklarına mütedair bulgu yaptı.
	2. Muhterem Ağır Ceza Mahkemesi, İddia Makamının Sanık No.2’nin işlediği iddia edilen suçun, Sanık No.2 tarafından işlendiğinin makul şüphenin ötesinde kanıtlanmadığını göz ardı etti.
	3. Muhterem Ağır Ceza Mahkemesi, Sanığın suçsuzluğunu kanıtlama gibi bir mükellefiyeti olmadığını, ispat yükünün ihtimaller dengesi esasınca ele alınması gerektiğini göz ardı edip, Sanığın suçsuzluğunu ispat etmesi beklentisi içerisine girdi.
	4. Muhterem Ağır Ceza Mahkemesi, Sanığın itham edildiği suça mütedair mevcut şahadet dahilindeki tasarruf fiili ile ilgili yasal düzenlemeleri ve yerleşmiş içtihat ve prensiplerini göz ardı etti veya bunları olaya yanlış uyguladı.
	5. Muhterem Ağır Ceza Mahkemesi, mevcut şahadet ve emareler ışığında, Sanığın beraat etmesi gerekliliğine delalet eden yasal düzenlemeleri ve/veya yerleşmiş Yargıtay karar ve prensiplerini Sanık ile ilgili karar verilirken göz ardı etti ve/veya işbu yasal düzenlemeler ile Yargıtay içtihat ve prensiplerini yanlış uyguladı.
2. Muhterem Ağır Ceza Mahkemesi, Sanık No.2 ile ilgili verdiği mahkumiyet kararı neticesi 4 yıllık hapis cezasını belirlerken, Yargıtayın yerleşmiş içtihat ve prensiplerini göz ardı etti ve/veya benzer meselelerde ürettiği kendi kararlarında belirlediği ceza müddetlerinin üzerinde, Yargıtayın müdahalesini gerektirecek nispette fahiş bir ceza miktarına hükmetti.

Sanık No.2 Avukatı hitabında istinaf sebeplerini 2 başlık altında topladı. Şöyle ki:

1. Muhterem Alt Mahkeme, İddia Makamı Tanıklarının çelişkili şahadetine itibar ederek, Sanık No.2’yi, itham edildiği suçlardan mahkum etmekle hata etti.
2. Muhterem Alt Mahkeme, müşterek tasarruf fiili ile ilgili prensipleri yanlış uygulayarak, Sanık No.2’yi mahkum etmekle hata etti.

 İddia Makamının cezanın azlığına ilişkin dosyaladığı istinaf sebeplerini tek başlık altında incelemek mümkündür, buna göre:

1. Ağır Ceza Mahkemesinin Sanık No.2’ye takdir ettiği 4 yıllık hapis cezası aşikar surette azdır.

Tarafların İddia ve Argümanları:

 Sanık No.2 Avukatı hitabında, özetle: İddia Makamı Tanıklarının her 3 Sanığın birlikte Mağusa’dan Lefkoşa’ya uyuşturucunun nerede gizlendiğini bilerek, 3 kez ağacın altında arama yaptıklarını ve uyuşturucu maddeyi tasarruflarına aldıklarını iddia etmelerine rağmen, Ağır Ceza Mahkemesi Sanık No.2’nin önceden uyuşturucudan haberdar olmadığı ve 3. kez sıkıştığı için araçtan indiği ancak Sanık No.3’ün araca geri döndüğünü görmesi üzerine idrarını yapamadan araca geri döndüğü yönündeki izahatını ihtimaller dengesi prensibine göre değerlendirmeden, şüphe yaratan bir husus söz konusu olduğu halde, Sanık No.2’yi bu şüpheden yararlandırmadan mahkum etmekle hata ettiğini iddia etti. Sanık Avukatı, İddia Makamı Tanıklarının her 3 Sanığın da araçtan inerek telefonların ışığı ile arama yaptıklarını iddia etmelerine rağmen, Ağır Ceza Mahkemesi, Sanık No.2’nin telefonunun ilgili zamanlarda emaneten başka bir şahısta olduğu yönündeki izahatına inanmamak ve belirgin olmayan kamera kayıtlarına itibar etmekle hata ettiğini iddia etti. Sanık Avukatı, Lefkoşa’ya giderken uyuşturucudan haberdar olduğuna veya sonradan haberi olduğuna dair Mahkeme huzurunda makul şahadet olmadığı halde Sanık No.2’nin mahkum edildiğini iddia ederek, beraatini talep etti.

İddia Makamını temsilen Savcı ise hitabında, Ağır Ceza Mahkemesinin Sanık No.2’nin mahkumiyeti ile ilgili hatası olmadığını, şahadet ve emarelerin doğru değerlendirildiğini, Sanıkların gezmeye geldiklerini iddia ettikten sonra çok kısa bir zaman dilimi içerisinde çıkmaz bir sokağa üç kez gelip gitmelerini ve Sanık No. 2’nin idrar yapmak için indiği yönündeki izahatının makul olmadığını, Sanıkların 2. ve 3. kez aracın ışıklarını kapatıp telefonlarının ışıklarını kullanarak bakınmalarının makul bir izahatı olmadığını, Sanıkların uyuşturucu maddenin yerini bulamadıkları için üç kez olay mahalline gidip geldiklerini, Sanık No.3’ün son gelişte Rum tarafındaki bağlantısını aramasından sonra Sanık No.3’ün uyuşturucu maddelerin saklandığı yeri bulup, uyuşturucu içeren

poşeti alarak arabanın arka koltuğuna koyup ayrıldıklarını, Sanıklar yakalandıkları zaman Crazy Girl isimli gece kulübüne gitmekte olduklarını beyan etmelerinin makul bir izahat olarak değerlendirilemeyeceğini, sunulan şahadet ve emarelerin Ağır Ceza Mahkemesi tarafından doğru değerlendirilerek idrarında uyuşturucu bulunan Sanık No.2’yi mahkum etmesinde herhangi bir hata olmadığını beyan ederek, mahkumiyetin onanmasını talep etti.

 Cezaya karşı yaptığı kendi istinafında Savcı, Sanık No.2’nin Ceza Yasası’nın 20. maddesi altında suç işlediğine dair Mahkeme bulgusunun doğru olduğunu belirterek, uyuşturucunun miktarı ve türü dikkate alındığı zaman Sanık No.2’nin çarptırıldığı 4 yıllık hapis cezasının az olduğunu, 7 yıl hapis cezası alan Sanık No.1 ve Sanık No.3 ile eşit rolde suç işlediğini iddia ederek, Sanık No.2’nin çarptırıldığı cezanın yükseltilmesini talep etti.

İNCELEME:

İstinaf sebepleri, tarafların iddia ve argümanları dava tutanakları, emareler değerlendirildi.

1. Muhterem Ağır Ceza Mahkemesi, Sanık No.2’yi her iki davadan mahkum etmekle hata etti. Sanık No.2’nin itham olduğu her iki dava, kanunsuz uyuşturucu madde tasarrufu suçuyla ilgilidir.

İddia Makamı, Sanık No.2’yi Sanık No.1 (Erkan Çiriş) ve Sanık No.3 (Derviş Gümüşatam) ile birlikte, 20. madde altında asli fail olarak uyuşturucu maddeleri tasarruf suçları ile itham etti.

 Ağır Ceza Mahkemesi, Sanık No.2’yi diğer Sanıklar ile birlikte uyuşturucu maddeyi “müştereken tasarruf” ettiğine dair bulgu yaparak mahkum etti.

 Uyuşturucu maddeler ile ilgili yasal düzenleme şöyledir:

67/1973 sayılı Nizamname ile 63/1973 sayılı Nizamname ile tadil edilen 21/1973 Sayılı Uyuşturucu Madde Nizamnamesi, madde 5:

“**Bu hususta genel olarak yetkilendirilmiş olmayan veya bu nizam tahtında ruhsatlı veya bir grup üyesi olması nedeniyle yetkilendirilmiş bir şahıs olmayan hiçbir kimse tasarrufunda herhangi bir uyuşturucu madde bulunduramaz.”**

Aynı Nizamnamenin 25. maddesinde ise “Tasarruf”şöyle tanımlanmaktadır:

**“Muayyen bir uyuşturucu maddenin bir şahsın fiilen muhafazasında bulunması ve söz konusu şahsın kontrolüne tabi olarak veya onun namına diğer herhangi bir şahsın elinde bulunması halinde, söz konusu şahıs bu Nizamname maksatları bakımından tasarrufunda uyuşturucu madde bulundurmuş sayılır.”**

İlgili Nizamnameye göre, tasarrufunda yetkilendirilmemiş ve ruhsatsız uyuşturucu madde olan bir sanığın “tasarruf” suçunu işleyebilmesi için, uyuşturucunun:

* + 1. Sanığın fiilen muhafazasında bulunması; veya
		2. Sanığın kontrolüne tabi bir şekilde başkasının elinde bulunması; veya
		3. Sanığın namına başka birinin elinde bulunması yeterlidir.

Yukarıda belirtilen üç halden birinin ispatlanması halinde, bir sanık uyuşturucu madde tasarruf suçunu işlemiş sayılır.

Huzurumuzdaki davada, Sanık No.2’nin uyuşturucu maddeyi Sanık No.1 ve Sanık No.3 ile birlikte müştereken muhafazasında bulundurup bulundurmadığının incelenmesi gerekir.

Müşterek tasarruf (joint possession) prensiplerini incelemeye geçmeden önce, uyuşturucu suçlarında aranan niyet unsurunu (mens rea) incelemek gerekir. Yukarıda iktibas ettiğimiz Nizamnamenin 25.maddesinden de görüleceği üzere, yasa koyucunun uyuşturucu madde tasarrufu ile ilgili açıkça suçu işleme niyeti aramaması niyet unsurunun birçok Yüksek Mahkeme kararında incelenmesine sebep olmuştur. İlgili mevzuat, İngiltere’deki Drugs (Prevention of Misuse ) Act 1964 ile benzerlik taşıdığından, İngiltere içtihat kararları bize büyük ölçüde yol gösterici olmuştur.

**Brend v Wood (1946) 175 LT 306** kararında, **Lord Goddard C.J.,** bir suçun yasal tanımındaniyet unsurunun açıkça belirtilmediği durumlarda, niyet ispatlanmadan, mahkemenin bir sanığı mahkum etmemesi gerektiğinin önemini şu sözlerle ifade etmiştir: “**It is of utmost importance for the protection of the liberty of the subject that a Court should always bear in mind that unless a statute either clearly or by necessary implication rules out mens rea as a constituent part of a crime the court should not find a man guilty of an offence against the criminal law unless he has a guilty mind “**

Uyuşturucu davalarında suç işlemeye yönelik niyet unsuru (mens rea) ile ilgili emsal kararlardan biri olan **Warner v Metropolitan Police Commissioners 1968.2.AER.** davasında, tasarruf suçu için iddia makamının ispatlaması gereken niyet unsurunu tanımlamış ve yasa maddesindeki katılığı yumuşatmıştır. Bilahare tasarruf için gerekli niyet unsuru yasal düzenleme yapılarak Uyuşturucu Maddeler Yasası’na(Drugs Act 1971) dahil edilmiştir.

 İlgili kararda, tasarruf için ispatlanması gereken unsurlar belirlenmiş olup, Lord Morris ve Lord Wilberforce konuyla ilgili olarak sırasıyla şöyle demiştir:

”...**There can be no rigid formula to be used in directing a jury. Varying sets of facts and circumstances will call for guidance on particular matters. The conception to be explained, however, will be that of being knowingly in control of a thing in circumstances which have involved an opportunity (whether availed of or not) to learn or to discover at least in a general way what the thing is”**

“**On such matters as these (not exhaustively) they must make the decision whether, in addition to physical control, he has, or ought to have imputed to him, the intention to possess, or knowledge that he does possess, what is in fact a prohibited substance, If he has this intention or knowledge, it is not additionally necessary that he should know the nature of substance....... In all such cases the starting point will be that the accused had physical control of something, a package, a bottle, a container found to contain the substance. This is evidence, generally strong evidence of possession. It calls for an explanation, the explanation will be heard and the jury must decide whether the there is generel ignorance of the presence of the substance or such an acceptance of the package with all that it might contain, or with such opportunity to ascertain what it did contain or such guilty knowledge with regard to it as to make up the statutory possession ..”**

 Bu alıntılardan da anlaşılacağı üzere, uyuşturucu madde tasarruf suçlarında niyet unsurunun ispatı için, sanığın içeriğini bildiği veya içeriğini öğrenmesine veya keşfetmesine olanak olduğu hallerde konu uyuşturucuyu kontrolüne ve muhafazasına alması gerekir. Mahkeme uyuşturucu madde üzerinde fiziki kontrolü bulunan bir sanığa, tasarruf ile ilgili bir izahat verme hakkı verdikten sonra niyet belirlenir.

Buna göre, bir paketi tasarrufuna alan bir kişi içeriğini de tasarruf etmiş sayılır, ancak sanığın tasarruf ile ilgili makul ve olası bir izahat vermesi halinde beraat edebilir.

Yukarıda atıfta bulunduğumuz prensipler Yüksek Mahkeme tarafından birçok kararında da benimsenerek uygulanmıştır.

Bak. **Yargıtay/Ceza 72/2005, D.5/2006 KKTC Başsavcılığı v. Tarkan Yaylacı, Yargıtay/Ceza 34-37/2013, D.9/2015 Mohammad Gholizadeh v. KKTC Başsavcılığı, Yargıtay/Ceza 77/2014, D.8/2017 KKTC.Başsavcılığı v. İsmail Karaşahin.**

Müşterek tasarruf ile ilgili prensipleri incelemeye geçerken, öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, suç ortağının mahkumiyeti bir sanığın suç işlediğine dair kanıt oluşturmaz ve bir sanık aleyhine getirilen davanın tüm unsurlarının makul şüpheden ari olarak ispatı gerekir. Bak. **Yargıtay/Ceza 72/2005, D.5/2006 KKTC Başsavcılığı v. Tarkan Yaylacı.**

İddia Makamının Sanık No.2’nin dava konusu uyuşturucu maddeyi Fasıl 154 madde 20 altında, suç ortağı olarak Sanık No.1 ve Sanık No.3 ile birlikte tasarruf ettiğini makul şüpheden ari olarak ispatlaması gerekir.

Fasıl 154 madde 20 şöyledir:

|  |
| --- |
| **20. Bir suç işlendiğinde, aşağıdaki kişilerin herbiri suçun işlenmesine iştirak etmiş ve suçu işlemiş sayılır, ve bu nedenle suçu fiilen işlemekle itham edilebilir:**  **(a) Suçu oluşturan fiilli fiilen işleyen veya fiilen ihmalde bulunan herkes;** **(b) Başka bir kişinin bir suç işlemesini mümkün kılmak veya işlemesine yardım etmek amacıyla herhangi bir fiil işleyen veya herhangi bir fiili yapmayı ihmal eden herkes;** **(c) Bir suçun işlenmesinde başka bir kişiye yardımcı olan**  **veya onu teşvik eden herkes ;** **(d) Başka herhangi bir kişiye bir suç işlemesi için akıl**  **veren veya yol gösteren veya suç işlemeyi yaptıran herhangi bir kişi ;**  **d bent ile ilgili olarak bir kişi, gerek suçu bizzat işlemek gerekse suçun işlenmesine akıl vermekle veya yol göstermekle veya suçu işletmekle itham edilebilir.** **Bir suçun işlenmesine akıl vermekten veya yol göstermekten veya suç işletmekten mahkûm olmak, suçu işlemekten mahkûm olmak gibi her açıdan aynı sonuçları doğurur.** **Bir başkasını, kendisinin işlemesi halinde suç teşkil edecek olan herhangi bir fiil yaptıran veya fiil yapılmasını ihmal ettiren herhangi bir kişi, aynı suçu işlemiş olur ve fiil yapan veya ihmalde bulunan kendisi işlemiş gibi aynı cezaya çarptırılabilir; ve bizzat fiili yapmakla veya ihmalde bulunmakla itham edilebilir**. |
|  |

 Madde 20(c)’ye göre, bir sanığın yukarıda sıralanan hallerin hangisinde uyuşturucu madde tasarruf suçunda suç ortağı sayılabileceği **Yargıtay/Ceza 72/2005, D.5/2006 Başsavcılık v. Tarkan Yaylacı** davasında detaylı bir

şekilde incelenmiş ve muhafazadan söz edebilmek için niyetin kanıtlanması veya en azından var olması gerektiği belirtilerek; uyuşturucu tasarruf etme niyetinin farklı şekillerde ortaya çıkabileceği, bunların uyuşturucu maddeyi tasarruf etmenin yanında uyuşturucu maddenin tasarruf edilmesine yardımcı olmak veya teşvik etmek şeklinde olabileceği aşağıdaki alıntı ile ifade edilmiştir. Şöyle ki:

**“Uyuşturucu madde tasarruf suçu ile ilgili içtihat ve görüşlerimizi göz önünde tutarak Sanık aleyhine getirilen Fasıl 154’ün 20.veya 20(c) tahtında mahkumiyetin sağlanabilmesi için Sanığın ithamnamede belirtilen kişilerle konu uyuşturucuyu tasarruf ettiği veya tasarruf edilmesine yardımcı olduğu (assisted or helped) veya teşvik (encouraged, instigated or promoted) ettiği ve konu eylemi bu niyetle yaptığının (intention to do so) kanıtlanması gerektiğini görmekteyiz. Bu meyanda belirtmek gerekir ki, bu meselede diğer suç ortaklarının mahkum edilmiş olmaları Sanık aleyhine getirilen davada suçlu olduğuna kanıt teşkil etmez. Sanık aleyhindeki davanın tüm unsurları İddia Makamınca makul şüpheden ari bir şekilde kanıtlanması gerekmektedir.”**

 Yine **R v Searle & Others (Court of Appeal )(Crim. Division) 5.7.1971** davasında, “müşterek tasarruf” suçu incelenerek dönemin Yüksek Mahkeme Başkanı Lord Widgery (Lord Chief Justice of England) şöyle demiştir:

“... **now, of course, as the authorities show quite clearly mere knowledge of the presence of the forbidden article in the hands of the confederate is not enough.It is joint posession which has to be established here not possession by one or with the knowledge of another.Posession involves a element of control and the jury should have been directed to look to the question of whether these drugs were under the joint control of the various appellants;if they were then they might well have been justified a conviction of guilty on this particular item. The sort if direction to which the Deputy Recorder should have opened the jury’s mind was to ask them to consider whether these drugs formed a kind of common pool from which all had the right to draw at will. He should have asked them to consider whether perhaps this was a joint enterprise ....” .**

 Bu karara göre, uyuşturucu maddenin, diğer suç ortağı olan kişi veya kişilerin tasarrufunda olduğunun bilinmesinin yeterli olmadığı, uyuşturucu üzerinde müşterek bir kontrol olması ve uyuşturucunun ortak kullanıma açık bir havuz oluşturması gerektiği belirtilmiştir.

 **Yargıtay/Ceza 77/2014, D.8/2017 KKTC Başsavcısı v İsmail Karaşahin** kararında yukarıda ifade edilenlere benzer şekilde şöyle denmektedir:

“**Uyuşturucu maddenin tasarrufu için, uyuşturucu maddeyle ilgili bilgi sahibi olmanın yanında, uyuşturucuyu herhangi bir şekilde kontrol etmekte olduğu sonucunu doğuran muhafaza ve kontrolün de bulunması gerekir.** ”

 Yine aynı kararda, **R v Strong & Berry (1989)L.S.Gaz.(C of A)** davasına atıfta bulunularak, bir kişinin içinde uyuşturucu madde bulunan bir araçta olması, uyuşturucunun varlığı ile ilgili bilgi sahibi olması ile birleştiğinde, ilk nazarda (prima facie) uyuşturucu maddeyi tasarruf ettiği sonucu doğurduğu belirtilmiştir ( **Bak Yargıtay/Ceza 77/2014, D.8/2017 KKTC Başsavcısı v İsmail Karaşahin).**

 Ağır Ceza Mahkemesi, olay mahallinde bulunan İddia Makamı Tanıklarının şahadetine itibar ederek, Sanık No.2’nin uyuşturucu maddenin arandığı yere diğer Sanıklar ile birlikte 3 kez gittiğinin, 2 kez araçtan inip Sanık No.1 ve Sanık No.3 ile birlikte ağacın altında arama yaptığının, 3.kez Sanık No.3’ün bir telefon görüşmesi yaptıktan sonra ağacın altından siyah bir poşet alıp aracın arka koltuğuna koyduğunun, uyuşturucu maddelerin bulunduğu poşetin açık olup içerisinde uyuşturucu madde olduğunun görülebileceğini, Sanık No.2’nin ilk anda polis memurlarına “**abi ben öğrenciyim, yakmayın beni”,** suçların izah edildiği zaman ise “**abi babam Türkçe öğretmenidir, duyarsa beni mahveder”** demesinin kanında bulunan uyuşturucu madde ile birleştiği zaman Sanık No.2’nin de uyuşturucu maddenin varlığından haberdar olduğuna kanaat getirdi.

 Sanık No.2 Avukatı Sanığın olay gecesi telefonu olmadığı için telefon ışığı ile arama yapmasının mümkün olmadığı, Sanık No.2’nin sadece bir kez idrar yapmak için arabadan indiği ancak yapmadan araca geri döndüğü ve uyuşturucudan haberdar olmadığı yönünde verdiği izahatın makul bir izahat olup, Ağır Ceza Mahkemesi tarafından Sanık lehine yeterince değerlendirilmediği noktaları üzerinde çok durmuştur.

 Sanık No.2, diğer Sanıklar ile birlikte Mağusa’dan Lefkoşa’ya gezmek için geldiğini beyan ettikten sonra, ispatlanmış olgulara göre, direkt olarak Ortaköy’de Başkent Hastahanesi arkasında, tenha bir çıkmaz sokak içerisinde bulunan bir ağacın altında arabanın ışıklarını kapatarak spesifik bir şey aramaları, bulamayınca 3 kez gidip gelmeleri, 3.kez Sanık No.3’ün bir telefon görüşmesi yaptıktan sonra ağacın altında gizlenmiş siyah naylon poşet içerisinde bulunan uyuşturucu maddeleri alarak arabanın arka koltuğuna açık bir şekilde koyması, ilk nazarda Sanık No.2’nin de araçtaki uyuşturucu maddelerin varlığından haberdar olduğu sonucunun istihraç edilmesini mümkün kılmaktadır.

 Bu durumda Sanık No. 2’nin izahatlarını incelemek gerekir. Sanık No.2, telefonu olmadığı için İddia Makamı Tanıklarının iddia ettiği gibi telefon ile arama yapmasının imkansız olduğunu, araçtan sadece bir kere idrar yapmak için indiğini ancak Sanık No.3’ün araca bindiğini görünce idrarını yapmadan araca döndüğünü ve poşet içerisinde ne olduğunu bilmediğini iddia etti. Hemen belirtelim ki, İddia Makamı Tanıkları spesifik olarak Sanık No.2’nin elinde telefon olduğunu iddia etmemiştir.

 Ağır Ceza Mahkemesinin, olay yerinde bulunan polis tanıkların şahadetlerini, **R v Ali Rıza Mentesh** **14 CLR sayfa 232.** davasındaki prensipler çerçevesinde dikkatlice değerlendirdiği ve bu Tanıkların şahadetlerine itibar etmekle hata yapmadığı görülmektedir.

 Sanık No.2 yeminli şahadetinde şöyle demiştir:

**S.Siz 2.gidişinizde aşağıya indiniz ve idrarınızı yaptınız? C.Evet**

**S.Sanık No.1 nerede yaptı idrarını ?**

**C.Gitti o 2-3 metre ileride yaptı. Ben de indim, zaten araçtan önce Sanık No.3 inmişti. O da inince ben de gittim yapayım dedim. Derviş’in geldiğini görünce dedim ben bineyim arabaya. İdrarı yapmadım, döndüm yani.**

**S.İdrarını yapmaktan vazgeçtin bu durumda ?**

**C.Evet**

 İddia Makamı Tanıklarının hepsi Sanık No.2’nin, 2. ve 3. kez araçtan inip ağacın altında bir şeyler aradığını söylemiştir; bu durumda Sanık No.2’nin idrar yapmak için sadece bir kez inip idrarını yapmadan araca döndüğüne ve telefonu olmadığı için ışıkla arama yapamayacağına dair vermiş olduğu izahat, olayın gelişimde ortaya çıkan ve Sanık No.2’nin polise ilk anda “**abi ben öğrenciyim, yakmayın beni”** ve “**abi babam Türkçe öğretmenidir, duyarsa beni mahveder”** beyanları ile tutarlı değildir. Bu sonuçtan hareketle, Sanık No.2’nin izahatının makul ve olası olduğuna ikna olmuş değiliz.

 Yine İddia Makamı Tanıklarının şahadetinden ve emare fotoğraflardan, uyuşturucunun içinde olduğu naylon poşetin ağzının açık ve içinde ne olduğunun net bir şekilde anlaşıldığı görüldüğünden, Sanık No.2’nin siyah naylon poşet içerisinde bulunan maddelerin uyuşturucu olduğunu bilmediğine dair vermiş olduğu izahatı da inanılır bulmadık. Bu bağlamda Sanık No.2’nin vermiş olduğu izahatları makul ve inanılır bulmayan Ağır Ceza Mahkemesi herhangi bir hata yapmış değildir.

 Ağır Ceza Mahkemesi, müşterek tasarruf ile ilgili tüm prensipleri belirttikten sonra, şu bulgulara varmıştır:

”**Sanık No. 2 ile ilgili huzurumuzdaki şahadete baktığımız zaman ise suçun işlenmesi ile ilgili zaman diliminde Sanık No.1 ve 3 ile birlikte olduğu ve bu zaman diliminde Sanık No.2 ve 3’ün konu suçu işledikleri bilgisine geldiği, bu noktada uyuşturucu maddenin bulunmasında onlarla birlikte arama faaliyetinde bulunmak suretiyle yardımda bulunduğu, daha da açık bir anlatımla Sanık No.2’nin uyuşturucu maddeleri bulmak için diğer Sanıklarla birlikte suçun işlenmesine bilerek katıldığı ve bu katılmayı istediği diğer suç ortaklarının iradeleri ile iradesini birleştirerek suça bilerek ve isteyerek iştirak ettiği, netice itibarıyla da uyuşturucu maddelerin muhafaza altına alınıp kontrole tabi tutulmasında her türlü illi değeri haiz olumlu icrai hareketleri yapmak suretiyle her türlü müzaheret ve muavenette ve de yardımda bulunduğu hususlarında bulgu yaparız.”**

Şahadet incelendiğinde, Sanıkların Mağusa’dan Lefkoşa’ya gezme maksatlı gelmedikleri, direkt Ortaköy’de Başkent Hastahanesi arkasında tenha ve sessiz bir çıkmaz yola girerek Sanık No.2’nin diğer Sanıklar ile birlikte araçtan inerek yolun kenarında bulunan ağacın altında uyuşturucu maddeyi birlikte aradığı, uyuşturucunun bulunmasına yardım ettiği, diğer Sanıklar ile birlikte ortak amaç ile hareket ettiği, Sanık No.3’ün arka koltuğa koyduğu poşetin uyuşturucu maddeleri içerdiğini bildiği salimen istihraç edilebilir ve Sanık No.2 açısından tasarruf için gereken niyet unsurunun ispat edildiği kanaatine varırız. Ağır Ceza Mahkemesi şahadeti doğru olarak değerlendirerek bu bulgulara varmakla herhangi bir hata yapmış değildir.

 Yukarıda iktibas edilen içtihat kararlarında belirtilen prensipler çerçevesinde, Sanık No.2’nin uyuşturucu maddeyi Sanık No.1 ve Sanık No.3 ile birlikte tasarruf ettiğinin ve itham edildiği suçu işlediğinin makul şüpheden ari olarak ispat edildiğinden, Ağır Ceza Mahkemesi Sanık No.2’yi mahkum etmekle hata etmiş değildir.

 Tüm belirtilenler ışığında, Sanık No.2’nin istinafları reddedilir.

 Bu safhada Başsavcılığın Sanık No.2’ye verilen cezanın az olduğuna dair yaptığı istinaf incelenecektir.

 Başsavcılığı temsilen Savcı hitabında, 0.5 kilo üzerinde, Sentetik Cannabinoid türü olup paketlenmiş ve satışa hazır bir şekilde ticari amaçla tasarruf edilen uyuşturucunun satışa sunulmamış olmasının suçun vahametini ortadan kaldırmadığını, Sanık No.2’nin diğer Sanıklarla eşit rol üstlendiğini, Sanık No.1 ve Sanık No.3’e verilen 7 yıllık hapis cezaları ile Sanık No.2’ye verilen 4 yıllık hapis cezası arasında bir nispetsizlik olduğunu, rolleri aynı olduğu dikkate alınarak, Sanık No.2’nin cezasının arttırılmasını talep etti.

 Ağır Ceza Mahkemesi, Sanıkların mahkum olduğu Sentetik Cannabinoid türü uyuşturucu madde suçlarında ticari amaçlı büyük miktarlara verilen cezaları Yüksek Mahkemenin kararlarına atıfta bulunarak detaylı bir şekilde inceledikten sonra, Sanıklar arasında ceza takdirinde ayrım yapmıştır. Ağır Ceza Mahkemesi suçun işlenmesinde rolünü dikkate almış ve Sanık No.2’nin diğer Sanıklara göre katkısının daha az olduğu sonucuna vararak, bu hususu da göz önünde bulundurmuştur.

Sanık No.1’in üç benzeri sabıkası, Sanık No.3’ün ise bir benzeri sabıkası mevcut olup bu dava altında benzeri suç içeren bir davayı ceza takdirinde dikkate aldırmıştır. Ağır Ceza Mahkemesi en faal eylemlerde bulunan ve uyuşturucu maddeleri ithal suçundan da mahkum olan Sanık No.3’e Sanık

No.1 ile aynı oranda ceza vermeyi uygun görerek, her ikisini de 7’şer yıllık hapis cezasına çarptırmıştır. Sanık No.2’nin ise sabıkasız genç bir suçlu olmasını ve diğer iki Sanığa göre suça katılımını dikkate alarak, 4 yıllık hapis cezasına çarptırmıştır.

 Birçok Yüksek Mahkeme kararında da belirtildiği üzere, Yargıtay, alt mahkemeler yanlış prensiplere dayanarak hareket etmedikçe veya ciddi bir değerlendirme hatası yapmadıkça veya cezayı tespit ederken nazarı itibara alması gereken tüm faktörleri nazarı itibara almaz ise veya nazarı itibara almaması gereken faktörleri nazarı itibara alması gibi durumlar olmadıkça verilen cezalara müdahale etmemektedir **(Bak. Yargıtay/Ceza 39-40-41-44-45 ve 46/2013, D.4/2015).**

 Ağır Ceza Mahkemesi cezalandırma ilke ve prensiplerini doğru bir şekilde uygulayarak, Sanık No. 2’nin şahsi ve kişisel durumu ile birlikte sabıkasız oluşunu ve suça katılımını dikkate alarak hapis cezasını takdir etmiştir.

Olgular incelendiğinde, Ağır Ceza Mahkemesi Sanık No.2’nin suçun işlenmesindeki rolü ve katılımı dikkate alındığı zaman, Sanık No.1 ve No.3 ile arasında cezalandırma maksatları bakımından bir ayrım yapmakla hata yapmış değildir. Bu bağlamda Başsavcılık tarafından dosyalanan istinaf da reddedilir.

**Sonuç:**

Sanık No.2 tarafından dosyalanan 21/2016 sayılı istinaf ve Başsavcılık tarafından dosyalanan 25/2016 sayılı istinaf reddedilir.

Ceza mahkumiyet tarihinden itibaren çekilecektir.

 Ahmet Kalkan Bertan Özerdağ Peri Hakkı

 Yargıç Yargıç Yargıç

5 Aralık, 2018