

## Konutta, İşyerinde ve Diğer Kapalı Yerlerde Yapılan Adli Aramada İşlem Tanığının Rolü ve İşlem Tanığının Bulunmamasının Etkisi

### *The Role of the Procedural Witness in Judicial Searches Conducted in Dwellings, Workplaces and Other Enclosed Premises and the Consequences of Their Absence*

Abdullah Batuhan  
Baytaz\* 

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
İstanbul, Türkiye  
bbaytaz@istanbul.edu.tr  
ror.org/03a5qrr21

\*Sorumlu Yazar/Corresponding



Geliş Tarihi/Received: 12.08.2025  
Kabul Tarihi/Accepted: 26.09.2025  
Yayınlanma Tarihi/ Available Online:  
23.10.2025

**Öz:** 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 116. maddesi ve devamında düzenlenen, koruma tedbiri niteliğindeki arama, konut, işyeri ve diğer kamuya açık olmayan kapalı yerlerde kural olarak Cumhuriyet savcısının katılımıyla gerçekleştirilir. Ancak Cumhuriyet savcısının bulunmaması halinde, aramanın yapılabilmesi için CMK'nın 119. maddesindeki açık düzenlemeye göre, işlem tanığı olarak adlandırılan; o yerin ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulundurulması gerekmektedir. Düzenleme bu şekilde olmakla birlikte, işlem tanığının bulunup bulunmamasının aramanın ve arama sonucu ortaya çıkan delillerin hukuka uygun olup olmadığı hususunda uygulamada bir birlik bulunmamaktadır. Nitekim bu konuda Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, muhtelif tarihlerde yön değiştirerek farklı yaklaşımlar sergilemiştir. Çalışmada öncelikle arama tedbirine kısaca değinilecek, ardından işlem tanığının anlamı ve arama sürecindeki rolü üzerinde durulacaktır. Daha sonra yargı mercilerinin işlem tanıklığına yönelik vermiş olduğu kararlar kronolojik olarak ortaya konulacak ve nihayet konuya dair kanaatimizin açıklanmasıyla çalışma tamamlanacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Adli Arama, Konutta Arama, İşyerinde Arama, Kapalı Yerlerde Arama, İşlem Tanığı, Hukuka Aykırı Delil

**Abstract:** Pursuant to Article 116 and the subsequent provisions of the Turkish Criminal Procedure Code (Law No. 5271), judicial searches—constituting a form of protective measure—must, as a rule, be conducted with the participation of a public prosecutor when executed in dwellings, workplaces, or other enclosed areas not open to the public. In the absence of the public prosecutor, however, Article 119 of the Code explicitly requires the presence of two individuals—referred to as independent witnesses—selected from the local council of elders or neighboring residents, in order to safeguard the legitimacy of the search.

Although the legal requirement concerning the presence of such witnesses is clearly set out in the Code, judicial practice has been inconsistent with respect to whether the absence or numerical insufficiency of these witnesses renders the search—and the evidence thereby obtained—unlawful. Indeed, the case law of the Court of Cassation has evolved through conflicting decisions over time.

This study offers a systematic analysis of judicial searches as a procedural safeguard, focusing particularly on the role and legal significance of independent witnesses during such operations. It presents a chronological review of relevant case law and concludes with a critical assessment of the prevailing legal interpretations, ultimately advancing a doctrinal position on the consequences of failing to comply with the statutory witness requirement.

**Keywords:** Judicial Search, Dwelling Search, Workplace Search, Search in Non-Public Enclosed Areas, Independent Witnesses, Illegally Obtained Evidence

### Extended Abstract

The ultimate aim of criminal procedure law is to uncover the material truth. However, this objective does not justify granting unlimited powers to the authorities involved in the proceedings or legitimizing every type of procedural act. Criminal procedure law represents a process of adjudication based on the protection of individual rights and freedoms, with its boundaries defined by fundamental legal

**Cite as (ISNAD):** Baytaz, Abdullah Batuhan. "Konutta, İşyerinde ve Diğer Kapalı Yerlerde Yapılan Adli Aramada İşlem Tanığının Rolü ve İşlem Tanığının Bulunmamasının Etkisi". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/2 (2025), 928-952, <https://doi.org/10.56701/shd.1763303>

principles. Therefore, the pursuit of material truth must be carried out within a process that respects lawful methods and adheres to the principle of a fair trial.

In this context, reaching the material truth in a given case is only possible through evidence obtained in accordance with the law. Article 38(6) of the Constitution explicitly states that findings obtained unlawfully cannot be accepted as evidence. Article 206(2)(a) of the Code of Criminal Procedure (CCP) provides that unlawfully obtained evidence shall be rejected, and Article 217(2) stipulates that the charged offence can only be proven through legally obtained evidence. Additionally, Article 289(1)(i) of the CCP clearly states that basing a judgment on evidence obtained through unlawful means constitutes an absolute violation of the law and therefore a ground for reversal on appeal.

Although the principle of the exclusionary rule regarding unlawfully obtained evidence has been adopted both at the normative and doctrinal levels in Turkish law, judicial decisions sometimes deviate from this principle. One of the most prominent inconsistencies—also the focus of this study—concerns the mandatory presence of procedural witnesses during searches conducted in residences, workplaces, or other enclosed spaces in the absence of a public prosecutor, as regulated under Articles 116 and following of the CCP.

Although Article 119(4) of the CCP clearly and mandatorily provides that, in cases where the public prosecutor is not present, two persons from the local council or neighboring residents must be present during searches conducted in residences, workplaces, or other enclosed areas, there is no doctrinal or judicial consensus regarding the legal consequences of the absence of such persons during the search.

As will be discussed in detail below, the Court of Cassation's (Yargıtay) case law on this matter lacks consistency. In its 2007 decision, the General Criminal Assembly of the Court of Cassation (Yargıtay CGK) held that a search conducted without the presence of procedural witnesses would be unlawful, but that the evidence obtained could still be used. In a 2012 decision, it adopted a similar view, stating that such an omission constituted a formal deficiency, and therefore the evidence should not be deemed inadmissible. In 2015, however, the Court took an entirely opposite stance, deeming the absence of procedural witnesses unlawful and concluding that the resulting evidence could not be used.

The Court maintained this position in its 2020 decision, but changed its approach once again in 2024. In its most recent decision, while it emphasized that a search should generally be considered unlawful in the absence of both witnesses, it also stated that if only one procedural witness is present—and if neither the suspect/accused nor the witness objects—and if the deficiency does not lead to a violation affecting the substance of the trial, the search may be deemed lawful. This approach indicates that the Court of Cassation has adopted a more flexible assessment that distinguishes between formal deficiencies and substantive rights violations.

According to Article 119(4) of the CCP, in cases where the public prosecutor is not present, two procedural witnesses must be present during searches conducted in residences, workplaces, or other enclosed areas. As distinct from Section 105(2) of the German Code of Criminal Procedure, which uses the phrase "if possible," Turkish law does not grant discretion to authorities in this regard; the provision is phrased in mandatory and unequivocal terms. Consequently, discussions on the legality of searches conducted without two procedural witnesses lose their validity in light of the clear language and structure of the provision.

Moreover, as elaborated in this study, when Article 38(6) of the Constitution is considered together with Articles 206(2)(a), 217(2), and 289(1)(i) of the CCP, it becomes clear that Turkish law adopts an absolute exclusionary rule, making it impossible to use unlawfully obtained evidence under any circumstances. Therefore, in the absence of a public prosecutor during searches conducted in residences, workplaces, or other enclosed areas, one of the necessary conditions for legal validity is the presence of two

procedural witnesses. Any contrary interpretation renders the statutory provisions meaningless and undermines legal certainty.

Accordingly, as stated in the 2024 decision of the Court of Cassation, it is not acceptable to justify the lawfulness of a search based solely on the presence of one procedural witness, even if the expected safeguard is claimed to have been achieved and the procedural violation is considered insignificant to the outcome of the trial. Under the absolute exclusionary rule applicable in the Turkish criminal procedure system, there is no room for gradations of unlawfulness such as "less" or "more" unlawful. In Turkish law, an act is either lawful or unlawful; there is no grey area or third option.

In conclusion, searches conducted without any procedural witnesses or with an insufficient number of witnesses, even if claimed to meet certain safeguards or other criteria developed by the Court of Cassation, are explicitly contrary to Article 119(4) of the CCP and therefore cannot be deemed lawful. The evidence obtained from such searches cannot be used as a basis for judgment under Articles 206, 217, 230, and 289 of the CCP and Article 38 of the Constitution. Consequently, judicial interpretations and practices that effectively nullify the explicit legal regulation on procedural witnesses and create room for unlawfully obtained evidence to be used in trials must be abandoned. Instead, a consistent and foreseeable line of jurisprudence must be adopted, one that is shaped by the rule of law and the right to a fair trial.

## Giriş

Ceza muhakemesi hukukunun nihai amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ancak bu amaç, yargılamada görevli makamların sınırsız yetkilerle donatılmasını ya da her türlü işlemin meşru kabul edilmesini haklı kılmaz. Ceza muhakemesi hukuku, birey hak ve özgürlüklerinin korunmasını esas alan ve sınırları hukukun temel ilkeleriyle belirlenmiş olan bir yargılama sürecini ifade etmektedir. Dolayısıyla, maddi gerçeğe ulaşma hedefi, ancak hukuka uygun yöntemlerle ve adil yargılanma ilkesine riayet edilen bir süreç içerisinde gerçekleştirilebilir.

Bu çerçevede, yargılamaya konu olayda maddi gerçeğe ulaşılabilmesi, ancak hukuka uygun şekilde elde edilmiş delillerle mümkündür. Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrasında, kanuna aykırı şekilde elde edilen bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin reddedileceği belirtilmiştir; 217. maddenin 2. fıkrasında ise yüklenen suçun, yalnızca hukuka uygun şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, CMK'nın 289. maddesinin 1. fıkrasının i bendinde, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş bir delile dayanmasının, mutlak hukuka aykırılık sebebi ve dolayısıyla temyiz bakımından bozma nedeni teşkil edeceği açıkça ifade edilmiştir.

Hukukumuzda hem ilkesel düzeyde hem de normatif düzenlemeler çerçevesinde, hukuka aykırı deliller bakımından mutlak değerlendirme yasağı benimsenmiş olmakla birlikte, yargı kararlarında bu ilkeye aykırı örnekler rastlanmaktadır. Bu çelişkilerin başında gelen ve işbu çalışmanın da odak noktasını oluşturan mesele, CMK'nın 116 ve devamı maddelerinde düzenlenen adli arama tedbirinin icrasında, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı alanlarda gerçekleştirilen aramalarda işlem tanığı bulundurulması zorunluluğudur.

Her ne kadar CMK'nın 119. maddesinin 4. fıkrasında, Cumhuriyet savcısının hazır bulunmadığı hâllerde konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde yapılacak aramalarda, aramanın yapıldığı yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulmasının zorunlu olduğu açık ve emredici bir şekilde düzenlenmişse de; söz konusu kişilerin arama sırasında hazır bulundurulmaması durumunda işlemin hukuka aykırı olup olmadığı hususunda doktrin ve yargı kararlarında birlik yoktur.

Aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacağı üzere, Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatlarında istikrarlı bir yaklaşım benimsediğinden söz edilemez. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu (Yargıtay CGK), 2007 yılında verdiği kararda işlem tanıklığı eksikliğinde işlemin hukuka aykırı olmayacağını ve elde edilen

delillerin kullanılabilmesini hükme bağlamış; 2012 yılında ise yine benzer yönde, bu eksikliğin şekli nitelikte olduğunu, işlemin hukuka aykırı sayılamayacağını ve elde edilen delillerin kullanılabilmesini belirtmiştir. 2015 yılında ise görüşünü taban tabana zıt bir şekilde değiştirmiş ve işlem tanıklarının bulunmamasını hukuka aykırılık olarak değerlendirerek, bu şekilde elde edilen delillerin kullanılamayacağına karar vermiştir.

Bu görüşü 2020 tarihli kararında da sürdüren Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2024 yılında verdiği kararla içtihadında bir kez daha değişikliğe gitmiştir. Kurulun son içtihadında, arama sırasında her iki işlem tanığının birlikte hazır bulunmaması hâlinde işlemin kural olarak hukuka aykırı sayılması gerektiği vurgulanmakla birlikte; yalnızca bir işlem tanığının mevcut olduğu durumlarda, eğer şüpheli/sanık ya da hazır bulunan tanık tarafından işleme karşı herhangi bir itiraz ileri sürülmemişse ve bu eksiklik yargılamanın bütünü açısından hükme esas alınmayacak nitelikte bir hukuka aykırılığa yol açmamışsa, arama işleminin hukuka uygun kabul edilebileceği belirtilmiştir. Bu yaklaşım, Yargıtay'ın şekli eksiklik ile maddi hak ihlali arasındaki ayrımı gözetken daha esnek bir değerlendirme ölçütünü benimsediğini ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak, bu çalışmada adli arama ve bu bağlamda işlem tanıklığı meselesi, ceza muhakemesi hukukunda delil yasaklarına ilişkin ilke ve kurallar çerçevesinde ele alınacak; devamında ise Yargıtay CGK'nın konuya ilişkin güncel içtihadı değerlendirilerek, işlem tanıklarının bulunup bulunmamasının hukuki niteliği konusunda bir sonuca ulaşılabacaktır.

## I. Adli Arama

### A. Genel olarak

En temel haliyle, saklı olan bir şeyin bulunması<sup>1</sup> için yapılan faaliyet olarak tanımlayabileceğimiz arama; bireyin sahip olduğu konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, vücut dokunulmazlığı ile kişi özgürlüğü ve güvenliği gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale anlamına da gelmektedir<sup>2</sup>. Bu niteliği gereği, temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahale olan arama, Anayasa'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir<sup>3</sup>.

Arama, PVSK'nın 9.maddesinde düzenlenen suç işlenmesini ve tehlikeleri önlemek amacıyla yapılan önleme araması ile CMK'nın 116 ve devamı maddelerinde düzenlenen işlenmiş bir suçun delillerine ve failine ulaşmak için yapılan adli arama olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>4</sup>. Ceza muhakemesi sürecinden evvel, suçun işlenmesinin önlenmesi amacıyla icra edilen önleme araması, PVSK m. 9'da yer almaktadır.

<sup>1</sup> "...gerçekleştirilen devriye görevi sırasında, görevlilerin, mesleki tecrübelerine ve içinde bulundukları durumdan çıkardıkları izlenime göre; sigara satışı yapması nedeniyle tanıdıkları sanığın, geçmiş tarihlerde sigara sattıklarını bildikleri mevkiye doğru sırtında dolgun vaziyetteki bir çanta ile gittiğini görmeleri nedeniyle şüphelenerek oluşan bu makul sebep nedeniyle PVSK'nın 4A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak sanığı durdurdukları, sanığın tedirgin hareketler sergilemesinin işlenmekte olan bir suçun varlığına ilişkin şüpheyi artırdığı, sanığa sırt çantasında ne olduğu sorulduğunda, içerisinde bandrolsüz sigara olduğunu söyleyerek bu sigaraları görevlilere rızaen teslim etmesinin "**gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma**" anlamlarına **gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği**, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan sigaraların ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), K. 2017/9 (17 Ocak 2017))

<sup>2</sup> Bahri Öztürk vd., *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. bs. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 321; Cumhur Şahin - Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. bs. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 334; Nur Centel - Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 22. bs. (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2024), 462.

<sup>3</sup> "... 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...." (Anayasa md. 20/2); "Kimsenin konutuna dokunulamaz. 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 konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz...." (Anayasa md. 21).

<sup>4</sup> Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. bs. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 414; Veli Özer Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 297; Volkan Dülger - Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 417; İlhan Bulut, "Adli Aramada Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 2 (2024): 913; Yeşim Yılmaz, "Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi

Adli arama, bir suçun işlenmesinden sonra maddi gerçeğe ulaşılması amacıyla; şüpheli veya sanığın yakalanması, işlendiği iddia edilen suçla dair delillerin ve müsadereye tabi eşyaların bulunması maksadıyla, şüpheli, sanık ya da üçüncü kişilerin üzerinde, eşyasında, konutunda veya işyerinde gerçekleştirilen araştırma faaliyetidir<sup>5</sup>. Bu arama türü, CMK'nın 116. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Çalışmamızın temelini adli arama oluşturduğundan, önleme aramasına değinilmeyecek ve çalışmada "arama" kavramı yalnızca "adli arama" anlamında kullanılacaktır.

## B. Aramanın şartları

Anayasanın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın; yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilecektir. Bu bakımdan, CMK'nın 116 vd. maddeleri mutlak olarak uygulanması gerekmektedir. Nitekim, temel hak ve özgürlüğü sınırlayan ve koruma tedbiri niteliğine sahip arama tedbirinin hukuka uygun olması, CMK normlarının uygulanmasına bağlıdır. Kaldı ki, sınırlayıcı bir norm olmasından dolayı, kıyas yasağına da tabidir. Dolayısıyla, CMK'da arama tedbirine dair ortaya konulan tüm şartların mutlak olarak uygulanması gerekmektedir. Aksi bir uygulama, işlemi hukuka aykırı hale getirecektir.

Ezcümle arama tedbirinin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmesi bakımından, kanunda yer alan şartlara uygun şekilde icra edilmesi gerekmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, çalışmamızın gayesi arama tedbirinin tüm unsurlarının ayrıntılı olarak incelenmesi olmadığından, bu şartlardan yalnızca genel hatlarıyla bahsedilmesiyle yetinilecektir.

### 1. Şüphe bakımından şartlar

Kanun koyucu, arama tedbirinin icrası sırasında kişilerin yukarıda da belirttiğimiz haklarına müdahale edilmesi ve bu hakların işlem sırasında kısıtlanması sebebiyle, şüpheli/sanığa ait yerlere yönelik gerçekleştirilecek arama faaliyeti ile üçüncü kişilere ait yerlerde yapılacak aramalarda farklı şüphe dereceleri öngörmüştür<sup>6</sup>. Ancak doktrinde, arama için gerekli olan "makul şüphenin" ve "olanak sağlayan olayların varlığı" koşullarının içerik itibarıyla örtüştüğü; zira her makul şüphenin mutlaka somut olgulara ve olaylara dayanması gerektiği, dolayısıyla bu kavramların uygulama bakımından birbirine benzer anlamlar taşıdığı ifade edilmektedir<sup>7</sup>. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, üçüncü kişiler bakımından aranan şartı şüpheli veya sanığa göre daha farklı olduğunun kabulü gerekir<sup>8</sup>. Şüpheli veya sanığa yönelik bir aramanın yapılabilmesi, CMK'nın 116. maddesi uyarınca; aranan kişinin yakalanabilmesi veya suç delili niteliğindeki eşyaların ele geçirilmesi amacıyla makul bir şüphenin varlığına bağlıdır. Burada söz konusu olan şüphe, failin suçu işleyip işlemediğine değil; aranan kişi veya eşyanın, aramanın gerçekleştirildiği yerde bulunduğuyla ilişkin bir şüphedir<sup>9</sup>. Ancak, arama faaliyetinin muhatabının üçüncü kişi olması hâlinde, aramanın yapılabilmesi, CMK'nın 117. maddesinin 2. fıkrasında ifade edildiği üzere; aranan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı olacaktır. Öte yandan, aynı maddenin 3.

Olarak Adli Arama", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 124 (2016): 253; Öztürk vd., *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, 321; Şahin - Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 334..

<sup>5</sup> Yener Ünver - Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 402.; Yenisey - Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 414 ; Özbek vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 297; Dülger - Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 417; Bulut, *Adli Arama*, 913; Yılmaz, *Adli Arama*, 253; Adli arama Önleme ve Adli Arama Yönetmeliğinin 5. maddesinde "...bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir." şeklinde tanımlanmaktadır.

<sup>6</sup> Şahin - Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 336; Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 305; Dülger - Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 423; Yılmaz, *Adli Arama*, 260.

<sup>7</sup> Yenisey - Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 415.

<sup>8</sup> Ünver - Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 408 vd.

<sup>9</sup> Yenisey - Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 415.

fıkrasında belirtildiği üzere, ilgili sınırlamalar şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli olmayacaktır.

Ezcümle, arama kararının verilebilmesi, arama faaliyetinin muhatabının kim olduğuna göre şüphe bakımından farklılık arz edecek; şüpheli/sanığa yönelik bir aramada makul bir şüphenin bulunması yeterli iken, üçüncü kişilere yönelik arama faaliyetinin gerçekleştirilmesi, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlı olacaktır.

## 2. Karar verecek merci bakımından şartlar

Yukarıda da belirtildiği üzere, arama tedbiri birtakım temel hak ve özgürlüklere yönelik ihlali de beraberinde getirmekte ve bu nedenle, Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerine göre, arama kararının verilmesi prensip olarak hâkim kararına bağlı kılınmıştır. Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, daha sonra hâkime onaylatılmak şartıyla, kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emriyle de arama kararı verilebileceği kabul edilmiştir<sup>10</sup>.

Arama tedbirine karar verecek merci, CMK'nın 119. maddesinde Anayasa'ya uygun bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu düzenlemeye göre, arama tedbirine kural olarak hâkim karar verebilecektir. Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlin varlığı hâlinde, arama Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de gerçekleştirilebilecektir. Ayrıca, Cumhuriyet savcısına ulaşamaması hâlinde; konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alanlar hariç olmak üzere, kolluk amirinin yazılı emriyle de arama yapılabilir. Bu durumda, kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan aramanın sonuçları derhâl Cumhuriyet savcısına bildirilecektir<sup>11</sup>.

CMK'nın 119. maddesinde yer alan düzenleme incelendiğinde, hâkim kararı olmaksızın verilen arama kararının, Anayasa'nın 20. maddesinde açık bir şekilde düzenlendiği üzere, yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmasına dair bir ibareye yer verilmediği görülmektedir. Bu husus önemli bir eksiklik olup, arama kararının hâkim kararı olmaksızın verilmesi hâlinde, durumun hâkimin onayına sunulması gerekmektedir<sup>12</sup>. Aksi bir uygulama, Anayasa'ya aykırılık teşkil edecek olup, bu konuda bir kanun değişikliği gerekmektedir.

## 3. Kişi bakımından şartlar

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, aramanın muhatabı şüpheli/sanık olabileceği gibi, diğer kişiler de olabilmektedir. Detayına girilmeyecek olmakla birlikte, kişi bakımından aramanın uygulanabilirliği açısından, muhatabın sahip olduğu sığata göre birtakım farklılıklar söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan, arama faaliyetinin muhatabının milletvekilleri, diplomatik temsilciler, hâkim ve savcılar ile avukatlar olması hâlinde, uygulama birtakım farklılıklar arz etmektedir.

<sup>10</sup> Anayasa md. 20/2: "...usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz... Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur."

Anayasa md. 21: "Kimsenin konutuna dokunulamaz. ...usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz .... Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur..."

<sup>11</sup> CMK md. 119/1 "Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde 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 hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir"

<sup>12</sup> Benzer görüş için bkz. Öztürk vd. Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 325.

#### 4. Zaman bakımından şartlar

Aramada temel kural, aramanın gündüz; yani, güneşin doğmasından bir saat önce başlayıp, güneşin batmasından bir saat sonra sona eren zaman diliminde yapılacağıdır<sup>13</sup>. Ancak gündüz başlayan arama faaliyetinin geceye sarkması mümkündür ve bu durum, başlı başına bir hukuka aykırılık sebebi oluşturmaz. Bununla birlikte, bu uzatmanın kasıtlı ve gereksiz şekilde gerçekleştirilmesi, işlemi hukuka aykırı hâle getirebilir<sup>14</sup>.

CMK'nın 118. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği üzere, konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamaz. Ancak, bu kuralın birtakım istisnaları bulunmaktadır. Buna göre, arama faaliyeti kural olarak yalnızca gündüz yapılabilirken de, aynı maddenin 2. fıkrasında ifade edildiği üzere, suçüstü hâlinin varlığı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde arama geceleyin de yapılabilir. Ayrıca, yakalanmış, gözaltına alınmış, tutuklanmış veya hükümlü kişilerin firarından sonra yeniden yakalanabilmesi amacıyla yapılan aramalar da gece vakti gerçekleştirilebilmektedir<sup>15</sup>.

#### 5. Yer bakımından şartlar

CMK'nın 116. maddesinde ifade edildiği üzere, arama; kişinin üstünde, eşyasında, konutunda, işyerinde veya ona ait diğer yerlerde yapılabilir. Kanunda da açıkça belirtildiği üzere, bu yerlerde arama yapılabilmesi mümkün olmakla birlikte, kanun koyucu yerin niteliğine göre birtakım farklı düzenlemeler getirmiştir. Nitekim, aramanın yapılacağı yer konut, işyeri veya diğer kapalı yerler olması hâlinde, kanun koyucu bu aramaların kural olarak Cumhuriyet savcısının katılımıyla gerçekleştirilmesi gerektiğini, CMK'nın 119. maddesinin 4. fıkrasında açıkça düzenlemiştir<sup>16</sup>. Ancak, Cumhuriyet savcısının katılım sağlayamayacağı hâllerde, konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapılabilmesi için, o yerin ihtiyar heyetinden veya komşulardan<sup>17</sup> iki kişinin bulundurulması gerekmektedir<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Gece vakti, TCK'nun "Tanımlar" başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının 2 bendinde "güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresi," şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla geceleyin kavramına girmeyen zaman dilimi gündüz olarak nitelendirilecektir.

<sup>14</sup> Hakan Serdar Çöpöğlü, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 109; Şahin - Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 340; Yenisey - Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 428; Özbek vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 316; Dülger - Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 429.

<sup>15</sup> CMK md. 118: "(1) Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz. (2) Suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla yapılan aramalarda, birinci fıkra hükmü uygulanmaz."

<sup>16</sup> CMK md. 119/4: "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur."

<sup>17</sup> "Komşu" kelimesi, Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlüğünde "konutları yakın olan kimselerin birbirine göre aldıkları ad" şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle, işlem tanığı olarak kabul edilecek kişilerin arama yapılan konuta adres bakımından yakın bir yerde ikamet etmeleri gerekmektedir. Adres yönünden herhangi bir ilgisi bulunmayan bir kişinin komşu olarak kabul edilmesi ve işlem tanığı sıfatıyla görevlendirilmesi hukuka uygun olmayacaktır. Adres bakımından yakınlık arz etmeyen, dolayısıyla komşu sıfatını haiz olmayan kişilerin işlem tanığı olarak görevlendirilmesi her ne kadar pratikte beklenen güvence işlevini sağlıyor görünse de, kanun lafzında "komşu" ifadesinin açıkça kullanılmış olması karşısında, bu sıfatı taşımayan kişilerin tanık olarak görevlendirilmesi hâlinde işlem hukuka aykırı olacaktır. Ancak madde metninde kimlerin komşu olarak nitelendirileceğine dair bir açıklama söz konusu değildir. TDK Sözlüğü'ne göre, konutları yakın olan kimselere "komşu" denilmekle birlikte; komşu sıfatıyla işlem tanığı olabilmesi için kişinin aramanın yapılacağı yere ne kadar bir yakınlıkta olması gerektiği hususu, CMK'nın aramaya dair düzenlemelerinde net değildir. Bu bakımdan, bir kişinin komşu sayılabilmesi için arama yapılacak yer ile aynı binada mı, aynı sokakta mı ya da aynı mahallede mi bulunması gerektiği belli değildir. Komşuluk sıfatıyla işlem tanığı olarak kabul edilebilecek kişilerin kimler olabileceği hususunda, "o yer ihtiyar heyeti" kavramı dikkate alındığında, bu kişilerin yalnızca söz konusu heyetin bağlı bulunduğu muhtarlığın görev alanı ile sınırlı olduğu yönünde bir yorum mümkündür. Bu doğrultuda, aramanın yapılacağı yerle arasında belli bir mesafe bulursa dahi, söz konusu muhtarlık sınırları içinde ikamet eden ya da bu alanda fiilen çalışan bir kişinin "komşu" sıfatıyla işlem tanığı olarak görevlendirilmesine yönelik bir yorum hukuken kabul edilebilir. Bu yaklaşım, "komşu" sıfatının belirlenmesinde somut ve ölçülebilir tek kıstas olarak öne çıkmaktadır. Zira madde metninde açıkça "o yer ihtiyar heyeti"ne değinilmekte; bunun dışında herhangi bir başka ölçüt ya da sınırlayıcı kritere yer verilmemektedir. Bu itibarla, ilgili kişinin aynı apartmanda mı yoksa aynı sokakta mı ikamet etmesi gerektiğine ilişkin sorulara bu bağlamda somut ve normatif bir karşılık vermek mümkün değildir. Dolayısıyla, ancak o yer ihtiyar heyetinin bağlı bulunduğu muhtarlık sınırları içinde bulunan kişilerin komşu olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

<sup>18</sup> "Somut olayda başvuru sahiplerinin konutunda yapılan ve Cumhuriyet savcısının hazır bulunmadığı arama işlemi sonrasında düzenlenen tutanakta kolluk görevlileri ve başvuru sahipleri haricinde muhtarın ve konutta yakalanan iki kişinin "şüpheli-yakalanan" sıfatıyla imzaları bulunmaktadır (bkz. § 13). Söz konusu iki kişinin o yer ihtiyar heyetine mensup ya da

Aramanın yapılacağı yer bakımından özellik arz eden bir diğer durum ise avukat bürolarıdır. Buna göre, avukat bürolarında yapılacak aramalarda, istisnasız ve mutlak biçimde Cumhuriyet savcısının katılımı gerekmektedir. Ayrıca, aramanın yapıldığı yerde baro başkanının veya onun görevlendireceği bir temsilcinin de hazır bulunması zorunludur<sup>19</sup>.

Aramanın yapılacağı yerin özellik arz ettiği bir diğer yer ise askerî mahallerdir. Bu yerlerde arama, Cumhuriyet savcısının nezaretinde ve askerî makamların katılımıyla, adlî kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise, Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle yine askerî makamların katılımıyla adlî kolluk görevlileri tarafından arama yapılması mümkündür<sup>20</sup>.

## II. Adli Aramada İşlem Tanıklığı

Başlıktan ve yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere çalışmamızın temelini oluşturan husus konutta, işyerinde ve diğer kapalı alanlarda yapılan arama işlemidir. Aşağıda detaylı olarak değinileceği üzere konutta, işyerinde ve diğer kapalı yerlerde yapılan aramaların bizzat Cumhuriyet savcısının katılımıyla gerçekleşmesi gerekmeğe de, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu halde arama, CMK'nın 119. maddesinde açık bir şekilde ifade edildiği üzere ancak o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin katılımının sağlanmasıyla gerçekleştirilebilmektedir.

### A. İşlem tanıklığı kavramı ve amacı

Cumhuriyet savcısının, konutta, işyerinde ve diğer kapalı alanlarda yapılacak aramalara katılmaması hâlinde, arama faaliyetine dâhil edilmesi gerektiği belirtilen, o yerin ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi; doktrinde işlem tanığı<sup>21</sup> veya arama tanığı<sup>22</sup> olarak adlandırılmaktadır.

Aramada tanık ihtiyacının temelinde işlem güvenliğinin sağlanması amacı yatmaktadır. Nitekim kanun koyucunun ana gayesi, arama faaliyetinin bir hukukçu olan Cumhuriyet savcısının katılımıyla güvence altına alınmasıdır. Ancak, Cumhuriyet savcısının katılmadığı aramalarda, işlemin hukuka uygunluğunu teminat altına almak amacıyla, aramanın icrası sırasında iki işlem tanığının bulunması şart koşulmuştur. Cumhuriyet savcısının bulunmadığı aramalarda, işlemlerin hukuka uygun olup olmadığı hususunda gözlemci niteliği taşıyan bu kişiler, önemli bir güvencedir. Esasen, bu kişilerin varlığı kolluk görevlilerinin hukuka uygun davranıp davranmadığı noktasında, kapalı yerin sahibi olan kişi veya şüpheli/sanık açısından bir güvence gibi görünse de; aynı zamanda hukuka uygun şekilde kolluk tarafından gerçekleştirilen aramanın sağlığının bozulmasını önlemekte, böylece işlemin kendisini ve işleme katılan tüm süjeleri güvence altına almak suretiyle, adil bir biçimde maddi gerçeğe ulaşılmasına da önemli katkı sunmaktadır<sup>23</sup>. Diğer bir deyişle, aramanın usulüne uygun şekilde gerçekleştirildiğine

başvurucuların komşuları olmadığı ve kendilerinin de başta aynı soruşturma kapsamında şüpheli konumunda olduğu açıktır. Diğer yandan kovuşturma evresinde alınan ifadelerle göre tutanakta imzası bulunan muhtar Ş.A. da aslında arama işlemi sırasında konutta hazır bulunmamış, arama işleminin tamamlanmasından sonra kendisine getirilen tutanağı imzalamıştır (bkz. §§ 24-26). Bu durumda arama işlemi sırasında o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulmasına ilişkin olarak 5271 sayılı Kanun'un 119. maddesinde öngörülen yasal güvencenin başvuru sahiplerinin konutunda yapılan arama açısından sağlanmadığı görülmüştür." AYM 20/9/2023 Tarih ve 2019/21704 Başvuru Numaralı Mehmet Cengiz ve Rıdvan Cengiz Başvurusu, § 75, R.G. Tarih ve Sayı: 2/2/2024-32448.

<sup>19</sup> CMK md. 130/1: "Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur."

<sup>20</sup> CMK md. 119/5: "Askerî mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet savcısının nezaretinde askerî makamların katılımıyla adlî kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle de askerî makamların katılımıyla adlî kolluk görevlileri tarafından arama yapılabilir."

<sup>21</sup> Şahin - Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 341

<sup>22</sup> Ahmet Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 469; Bahri Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 507; Bahri Öztürk vd., Ceza Hukukunda Koruma Tedbirleri (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 157; Yenisey - Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 429; Özbek vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 331.

<sup>23</sup> "...Aramanın icra edilmesi sırasında doğabilecek muhtemel sorunlar ile elde edilebilecek delillerin güvenilirliğine ilişkin doğabilecek şüphelerin giderilmesi yönünden CMK'nın 116/4. maddesindeki düzenleme özel bir önem arz etmektedir. Kanun koyucu tarafından kollukça yapılan aramalarda arama tanığı bulundurma zorunluğunun kabul edilme sebebi ileride

ilişkin objektif bir kayıt oluşturulması; şüpheli, sanık ya da üçüncü kişilerin korunmasını sağlamakla kalmayıp, aynı zamanda arama işleminin hukuka aykırı gerçekleştirildiği yönündeki iddialara karşı devleti koruyan önleyici bir güvence işlevi de görmektedir<sup>24</sup>.

Bu güvencenin sağlanabilmesi, CMK'nın 119. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen şartların tam anlamıyla uygulanmasına bağlıdır. Nitekim madde metninde yer alan "bulundurulur" ibaresi, bu işlem tanıklarının aramanın yapılabilmesi açısından bir zorunluluk olduğunu ortaya koymaktadır<sup>25</sup>. Bu bakımdan, arama işlemi boyunca işlem tanıklarının, aramanın yapıldığı kapalı alanda baştan sona hazır bulunmaları gerekmektedir. Diğer bir deyişle, kısmi değil; sürecin tamamına eksiksiz bir katılım aranmaktadır.

Güvencenin sağlanabilmesi bakımından, işlem tanığının tarafsızlığı büyük önem taşımaktadır. Tarafsızlığın şüpheyne düşmesi durumunda, başka bir işlem tanığının bulundurulması yerinde olacaktır. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, işlem tanığı yalnızca arama yapılan kişi bakımından değil, aramayı gerçekleştiren kolluk görevlileri açısından da bir güvence işlevi görmektedir. Bu nedenle, şüpheli veya sanığın bizzat kendisi; arama yapılan yerin konut olması hâlinde o adreste mukim kişiler, iş yeri olması hâlinde ise orada çalışanlar; ayrıca tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar ya da tarafsızlığı şüpheyne düşürecek herhangi bir nedenin bulunması durumunda, başka bir işlem tanığının görevlendirilmesi gerekmektedir. Aksi bir uygulama, kişinin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı anlamına gelen *nemo tenetur* ilkesine de aykırılık teşkil edecektir<sup>26</sup>. Bu bakımdan, arama yapılan yerde bulunan ve aramanın muhatabı konumundaki üçüncü kişi ile şüpheli veya sanığın, işlem tanığının tarafsızlığına ilişkin şüphelerine dayanan itirazları ile başka bir kişinin işlem tanığı olarak görevlendirilmesine yönelik taleplerinin dikkate alınması gerekmektedir.

Yine, madde metninde yer alan bir diğer şart da aramaya katılması gereken işlem tanıklarının sayısına ilişkindir. Buna göre, iki işlem tanığının da aramanın icrasında hazır bulunması, kanun gereğidir. Aksi bir uygulama, kanuna ve dolayısıyla hukuka aykırı olacaktır. Ancak, aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere, Yargıtay CGK'nın bu konuya dair 2024 yılının Aralık ayında vermiş olduğu kararda, içtihat değişikliğine gidilmiş ve işlem tanığı olarak yalnızca bir kişinin bulunması, hukuka uygun bir işlem olarak kabul edilmiştir<sup>27</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kural olarak aramanın Cumhuriyet savcısının katılımıyla gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Ancak, Cumhuriyet savcısının katılımının sağlanamadığı arama faaliyetlerinde, kanunda yer alması gerektiği belirtilen işlem/arama tanıklarının hukuki nitelikleri, rolleri ve arama faaliyeti sırasında bulunup bulunmamalarının arama tedbirine etkisi konusunda; doktrinde genel olarak bir fikir birliği bulunsa da, yargı kararlarında tam bir istikrardan söz etmek mümkün değildir.

Doktrinde yer alan temel görüş, gerek maddenin lafzı gerekse maddenin amacına göre, işlem tanığının arama sırasında bulundurulmasını bir zorunluluk olarak görmekte ve iki işlem tanığı olmaksızın

---

doğabilecek iddiaların, aslında orada olmayan delillerin görevlilerce yerleştirildiği gibi uygulamada sıklıkla karşılaşılan suçlamaların önüne geçmek ve böylece aramanın her türlü şüpheden uzak bir şekilde yapılmasını ve arama sonucunda elde edilen delillerin güvenilirliğini sağlamaktır. Gerçekten de arama sonunda aramaya maruz kalan kişilerle aramayı yapan kolluğun aramanın hukuka uygunluğu, ele geçen delillerin varlığı ve ele geçiriliş biçimleri bakımından uyumsuzluğa düşmesi her zaman mümkündür. Hâkim ve savcıların hazır bulunmadığı aramalarda arama tanığı hazır bulundurulmaz ise bu uyumsuzluklar nedeniyle arama işlemi ve ele geçen deliller üzerinde oluşan şüphenin giderilebilmesi için tanıklığına başvurulabilecek aynı zamanda arama faaliyetinde görev almış sorumlu kolluk görevlileri dışında kimse kalmayacak ve bu durum yargılama sırasında arama sonucunda elde edilen delillerin güvenilirliği üzerindeki tartışmaların sürüp gitmesine neden olabilecektir..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), E. 2013/464, K. 2015/132 (28 Nisan 2015)

<sup>24</sup> Münchener Kommentar zur StPO / Jörn Hauschild. Band 1, 2. Auflage, (München: Verlag C.H. Beck, 2023), § 105, kn 33.

<sup>25</sup> Yenisey - Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 429.

<sup>26</sup> Nemo tenetur ilkesine dair detaylı bilgi için bkz. Abdurrahman Burak Karahan, Nemo Tenetur İlkesi (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2025), 157.

<sup>27</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), E. 2023/10-548, K. 2024/384 (4 Aralık 2024)

gerçekleştirilen arama faaliyetinin kanuna ve dolayısıyla hukuka aykırı olacağını kabul etmektedir<sup>28</sup>. Azınlıktaki görüşe göre ise, işlem tanığının eksik olduğu veya hiç bulunmadığı bir aramada, hak ihlaline ilişkin bir itirazın ileri sürülmemesi hâlinde, işlemin hukuka uygun olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Azınlık görüşüne göre, işlem tanığının bulunmaması veya sayısal eksikliğinde gerçekleşen arama hukuka uygun sayılsa bile, bu arama sonucu elde edilen delillerin, hükmün kurulmasında tek veya esas belirleyici delil olması hâlinde, arama işlemine itiraz edilmemiş olsa dahi hükme esas teşkil edemeyeceği belirtilmektedir<sup>29</sup>.

Doktrinin yanı sıra, yargı kararlarında da bu konuya ilişkin tam bir fikir birliği söz konusu değildir. Yargıtay CGK, konuyu birçok defa incelemiş ve farklı içtihatlarla hükmetmiştir. Aşağıda öncelikle, hukukumuzdaki yargı kararları kronolojik olarak incelenecek; ardından konuya ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

## **B. Yargı mercilerinin konuya dair içtihatları**

Yukarıda da ifade edildiği üzere, yargı kararları bakımından istikrarlı bir içtihat söz konusu değildir. Bu konudaki tartışmaları gidermeye yönelik Yargıtay CGK'nın ilk kararı 2007 yılında verilmiş olup, kararda oy çokluğuyla ulaşılan kanaat, *"Somut olayda, usulüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın da vaki olmadığı, hatta, sanığın "arama sonucunda ele geçen bornozların, kendi işyerinden ele geçirildiğine ilişkin" açık ikrarının mevcut olduğu, daha da önemlisi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın bulunmadığı..." ve "Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkumiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez."* şeklinde belirtilmiştir<sup>30</sup>.

Dolayısıyla, bu kararlar birlikte; işlem tanığının bulunmamasına rağmen, arama kararının hukuka uygun olarak alınmış olması, aramanın icrasında herhangi bir hak ihlalinin bulunmaması, sanığın aramaya katılmış ve itirazda bulunmamış olması sebepleriyle, yalnızca şekle aykırılık gerekçesiyle elde edilen delillerin hukuka aykırı kabul edilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Konuya dair bir sonraki Yargıtay CGK kararı ise 2012 yılında verilmiştir. Kurul, 2012 yılında da yukarıda belirttiğimiz Yargıtay CGK'nın 2007 tarihli kararına atıfla, benzer yönde bir karar vermiştir. Kurulun karar gerekçesi ise, *"...aramaya ondört kolluk görevlisi ile sanığın katıldığı, bununla birlikte Yasanın arama sırasında bulunmasını istediği diğer kişilerin katılmadığı, bunun da şeklen hukuka aykırı olduğu ve 5271 sayılı CYY'nın 217. maddesinin 2. fıkrasında; "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" şeklindeki hüküm uyarınca, arama sonucu elde edilen delilin hukuka uygun biçimde elde edilen delil niteliğinde bulunmadığı ileri sürülebilir ise de; usulüne göre alınmış bir arama kararı bulunan somut olayda, bu karara ve kararın infazı 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*

<sup>28</sup> Yener Ünver – Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 2, 15. bs. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 891; Fahri Gökçen Taner – Yaprak Öntan, "CMK'nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İctihatta Dönüşüm", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65, no. 4 (2016): 2461; Yenisey - Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 429; Özbek vd. Ceza Muhakemesi Hukuku, 332; Öztürk vd. Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 327; Dülger - Taşkın, Ceza Muhakemesi Hukuku, 430; Gökçen vd. Ceza Muhakemesi Hukuku, 469; Öztürk vd., Nazari ve Tatbiki Ceza Muhakemesi Hukuku, 507.

<sup>29</sup> Şahin - Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 341-342.

<sup>30</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), E. 2007/147, K. 2007/159 (26 Haziran 2007).

*"hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil" olarak nitelenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir." şeklindedir<sup>31</sup>.*

Dolayısıyla, Yargıtay bu kararıyla bir kez daha, şekle aykırılığın bulunmasının tek başına hak ihlali anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Bu karara göre, usulüne uygun verilmiş bir arama kararının icrası kapsamında, işlemin hukuka aykırı şekilde yapıldığına dair herhangi bir itirazın dahi bulunmadığı hâllerde, elde edilen delillerin yalnızca işlem tanığının arama esnasında bulunmaması nedeniyle kullanılmaması kabul edilebilecek bir durum değildir.

Yargıtay CGK'nın üst üste verdiği bu kararlar, her ne kadar yerleşik bir uygulamaya sebebiyet verdiği izlenimini uyandırır da benzer uyuşmazlık 2013 yılında Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, yapmış olduğu değerlendirmede, *"Olay tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı Kanun'un 97. maddesine göre, hâkim veya Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın süknada veya iş görmeğe mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulacaktır. İhtiyar heyetinden veya komşulardan kimse hazır bulundurulmadan yapılan aramanın, o tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Kanun'un 97. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğu görülmektedir."*<sup>32</sup> şeklindeki gerekçeyle, işlem tanığı bulunmaksızın yapılan aramadan elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu kabul etmiştir.

Mahkeme, *"Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki 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 "kanuna aykırılığın" yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına adil yargılanma hakkını ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."*<sup>33</sup> şeklindeki kararıyla; işlem tanığı olmaksızın yapılan bu arama sonucu elde edilen delillerin kullanılmasından dolayı da, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bu kararlar, uzun yıllar boyunca Yargıtay CGK tarafından hatalı biçimde hukuka uygun kabul edilen delillerin, esasen hukuka aykırı olduğu ortaya konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin 2014 yılındaki kararını müteakip, Yargıtay CGK da 2015 yılında verdiği kararlar içtihadını değiştirmiş; işlem tanığı bulunmaksızın gerçekleştirilen arama neticesinde elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu ve bu delillerin hükme esas alınamayacağını kabul etmiştir. Nitekim, Yargıtay CGK'nın söz konusu kararında bu durum *"Bu açıklamalar ışığında arama işleminin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin ön sorunun değerlendirilmesinde; ...somut olayda; kolluk tarafından aramanın 5271 sayılı CMK'nın aramanın güvenilirliği ile ilgili 119/4. maddesinin "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur" amir hükmüne aykırı olarak o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın yapılması nedeniyle icrası bakımından hukuka aykırı olduğu ve arama sonucu elde edilen suça konu mermilerin hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil niteliğinde bulunduğu kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Bu itibarla, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen delilin ve buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmasında ve Özel Dairece de bu hükmün onanmasında isabet bulunmamaktadır."*<sup>34</sup> şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>31</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), E. 2011/278, K. 2012/96 (13 Mart 2012).

<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), B. 2013/6183 (19 Kasım 2014), Yaşar Yılmaz Başvurusu, §55.

<sup>33</sup> AYM, K. 2013/6183, §59

<sup>34</sup> "...CMK'nın 119/4. maddesine aykırı davranılarak kolluk tarafından konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama tanığı bulundurmadan yapılan aramalarda ele geçen delillerin hukuki niteliği ve hükme esas alınıp alınamayacağı Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.06.2007 gün ve 147-159 ve 13.03.2012 gün 278-96 sayılı kararlarında tartışılmış, her iki kararda da; sırf

İşlem tanığı bulunmaksızın yapılan aramalarda elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığına dair tartışma, 2015 yılında ortaya konulan içtihadattan sonra da devam etmiş ve aynı konu 2020 yılında bir kez daha Yargıtay CGK'nın önüne gelmiştir. Kurul, "...5271 sayılı CMK'nın 119/4. maddesinin 'Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur' 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, 5271 sayılı CMK'nın 217. maddesinde hâkimin ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabileceğinin hüküm altına alındığı, anılan Kanun'un 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde de ortaya konulmak istenen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması hâlinde reddolunacağını ifade edilerek hukuka uygun elde edilmeyen delillerin ispat aracı olarak

arama sırasındaki şekle ilişkin bu koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı ve ele geçen delillerin de "hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil" olarak nitelenemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Ancak bu kararlardan sonra, Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümünce başvurucunun konutunda arama tanıkları hazır bulundurulmadan yapılan bir aramada ele geçen delillerin hükme esas alınması ile ilgili bir olayda verilen 19.11.2014 gün ve 2013/6183 numaralı Bireysel Başvuru kararında; "...Olay tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı Kanun'un 97. maddesine göre, hâkim veya Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın süknada (konutta) veya iş görmeğe mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulacaktır. İhtiyar heyetinden veya komşulardan kimse hazır bulundurulmadan yapılan aramanın, o tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Kanun'un 97. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğu görülmektedir.

Yargılama, 'arama' ve 'arama esnasında elde edilen eşyalar' üzerine bina edilmiştir. İlk derece Mahkemesinin davayı kabul gerekçesi incelendiğinde, 23.1.2003 tarihinde jandarma tarafından tutulan tutanakta post, trofe ve boynuzların davalıya ait köy merası üzerindeki evlerde bulunduğu tespit edildiği, buna göre tutanak tutulduğu, bu belgenin resmi evrak niteliğinde olduğu, aksinin geçerli delillerle kanıtlanmadığı yönündeki tespitler olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme kararından anlaşıldığına göre, yargılamanın esaslı ve belirleyici delili, aramada ele geçen post, trofe ve boynuzlardır. Dayanılan diğer deliller ise, aramada elde edilen eşyaların değer ve niteliğini tespiti ilişkin 'bilirkişi raporları' ile kollukça tanzim edilmiş 'tespit tutanağı'dır. Diğer bir anlatımla, hükmün esas ve belirleyici unsuru, gerçekleştirilen hukuka aykırı arama işlemi sonucunda elde edilen delillerdir. Bilirkişi raporları, aramada ele geçen delillerin değerlendirilmesine yönelik bir araçtır. Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki 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 'kanuna aykırılığın' yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir" şeklinde açıklamalarda bulunulmuştur. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesince 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. Bilindiği üzere Anayasanın 148. maddesi uyarınca herkesin Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin diğer kararları gibi bireysel başvuruları inceleyen Bölüm kararları da yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlamaktadır. Bu itibarla Anayasa Mahkemesinin emsal nitelikteki bu kararı karşısında mevcut içtihatların yeniden gözden geçirilmesi gerekmiştir. Aramanın hukuka aykırı olması, arama karar veya emrinin ya da aramanın icrasının hukuka aykırı olması anlamına gelmektedir.

Hukuka aykırı olarak yapılan aramanın hem ceza muhakemesi hukuku, hem maddi ceza hukuku, hem de tazminat hukuku bakımından birtakım müeyyedeleri ortaya çıkabilecektir. Aramanın hukuka aykırı olmasının ceza muhakemesi açısından sonucu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınamamasıdır. Ceza Muhakemesinde, şekli gerçekte yetinilmeyip işin esası araştırılır. Ceza muhakemesinin amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ancak, bir hukuk devletinde, maddî gerçeğin "her ne pahasına olursa olsun" araştırılması kabul edilmemekte; delil yasakları ile bunların sonucu olarak ortaya çıkan yasak delillerle bu ilkeye bazı sınırlar getirilmektedir. Hukuk devleti esaslarına uygun bir şekilde yapılandırılmış bulunan bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denilmektedir. 5271 sayılı CMK'nın 217. maddesinde; "(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir. (2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" şeklindeki düzenlemeyle hakim ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan kanunun 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde de ortaya konulmak istenen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması halinde reddolunacağı ifade edilerek hukuka uygun elde edilmeyen delillerin ispat aracı olarak kabul edilmeyeceği ve hükme esas alınmayacağı açıklanmıştır. Kaldı ki, aynı kanunun 230. maddenin birinci fıkrası uyarınca, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi de zorunludur.

*kabul edilmeyeceği ve hükme esas alınmayacağına açıklandığı hususları karşısında arama işleminin ve bu işlem sonucunda elde edilen ve Yerel Mahkemece mahkûmiyet hükmüne esas alınan delillerin de "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" olduklarının kabulü gerekir."* şeklindeki kararıyla, 2015 tarihli içtihadını sürdürmüştür.

Yargıtay tarafından 2020 yılında verilen kararlar birlikte, içtihat; işlem tanığı bulunmaksızın icra edilen aramalarda elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu ve bu delillerin hükme esas alınamayacağı yönündedir. Her ne kadar Genel Kurul'un içtihadı bu yönde olsa da, birçok yerel mahkeme, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Ceza Dairesi kararlarında aksi yönde uygulamaların sürdürüldüğü de gözlemlenmektedir<sup>35</sup>.

Yargıtay CGK'nın 2015 ve 2020 yıllarında vermiş olduğu kararlara rağmen, yukarıda da ifade edildiği üzere, birçok Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay Ceza Dairesi kararının ilgili içtihatlarla uygun olmaması nedeniyle, işlem tanığı bulunmaksızın icra edilen arama sonucunda elde edilen delillerin hukuka uygun kabul edilip edilmeyeceği hususu yeniden Yargıtay CGK'nın önüne gelmiştir. Kurul, 2024 yılının Aralık ayında verdiği *"...Konutta tek işlem tanığı ile yetinilerek yapılan arama neticesinde elde edilen delillerin, maddi meselenin ispatı yönünden tek/belirleyici nitelikte olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte, suç konusu uyuşturucu maddelerin kendisine ait olduğunu ve bu maddeleri kullanmak amacıyla bulundurduğunu belirten, savunmasını eylemin vasfına dayandıran sanığın, gerek soruşturma gerekse kovuşturma evresinde arama işleminin icrası sırasında aslında orada bulunmayan uyuşturucu maddelerin görevlilerce yerleştirildiğine ve bu suretle arama işleminin icra ediliş yöntemine, bu işlem sonucunda elde edilen delillerin gerçekliğine ve güvenilirliğine ilişkin herhangi bir itiraz ileri sürmemesi, hazır bulunan tek işlem tanığının da böyle bir durumu ifade etmemesi, ele geçirilen delilin/suç konusunun bulunduğu yer ve ele geçiriliş şekli ile mahkemenin gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; delillerin güvenilirliğine ve gerçekliğine ilişkin savunma itirazlarının, tek işlem tanığı ve mahkeme huzurunda dinlenen tutanak düzenleyici tanığın ifadesi ve bunu destekleyen diğer güvence argümanları ile karşılandığı anlaşıldığından yapılan aramanın, yargılamanın bütünü itibarıyla hükme esas alınamayacak bir hukuka aykırılıkla malul olmadığının kabulü gerekmektedir..."*<sup>36</sup> şeklindeki kararıyla, bir kez daha içtihadında değişikliğe gitmiş

<sup>35</sup> "... İlk derece mahkemesince yapılan yargılama neticesinde her ne kadar kolluk görevlilerince yapılan işlemin hukuka aykırı arama niteliğinde olduğu kabul edilmiş ise de, Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 2018/6190karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere, olay tarihinde sanığın iş yerinde usulüne uygun olarak verilmiş bir arama kararına istinaden arama yapıldığı, arama neticesinde gümrük kaçağı sigaraların ele geçirildiği, sanığın arama işleminin ifasına yönelik herhangi bir itirazda bulunulmadığı, hak ihlali iddiasının olmadığı, arama işlemi sırasında iki tanık bulundurulmaması şeklinde gelişen eksikliğin şekli mahiyette olduğu işlemin esasını etkilemediği, delillerin hukuka uygun şekilde ele geçirildiğinin kabulü gerektiği,..." (Adana Bölge Adliye Mahkemesi 10. Ceza Dairesi (Adana BAM 10. CD.), E. 2018/5949, K. 2019/2751 (6 Kasım 2019); "... Dosya içerisinde mevcut tespit tutanağı ile bilirkişi raporuna göre, MÜYAP ve MÜYORBİR meslek birliklerinin şikayeti üzerine olay günü sanığın işlettiği Dolphin Square Bar isimli iş yerinde yapılan denetimde, işletme dahilinde umuma açık müzik yayını için kurulu bulunan gözle görülebilir bir ses yayını düzeneğiyle işletme genelinde bütün müşterilerin duyabileceği şekilde ve bilgisayar aracılığıyla CD üzerinden katılan MÜYAP meslek birliğinin hak sahibi olduğu yabancı eserin umuma iletilmesi eyleminde, Bölge Adliye Mahkemesince, Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın yapılan arama işleminde CMK'nın 119/4. Maddesine göre o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulması gerekirken işlem tanıklarının hazır bulundurulmamış olması nedeniyle arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve hukuka aykırı bir yöntemle yapılan arama sonucu elde edilen bulgular ve bu bulgular üzerinde yapılan bilirkişi incelemesinin hükme esas alınamayacağı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi tarafından sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmü kaldırılarak beraat kararı verilmiş ise de; sanığa ait iş yerinde yapılan denetimin CMK uyarınca yapılan bir arama olmayıp, sanığın işlettiği umuma açık mahalde yapılan bir delil tespiti olması nedeniyle arama kararına istinaden denetim yapılmış olması ve işlem tanıklarının bulunmamasının, yapılan delil tespitini hukuka aykırı hale getirmeyeceği anlaşılmakla, suça konu müzik yayınının CD aracılığıyla yapıldığı hususu da göz önünde bulundurularak sanığın sabit olan eylemi nedeniyle mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle beraatine karar verilmesi," (Yargıtay 7. Ceza Dairesi (Yargıtay 7. CD.), E. 2021/23943, K. 2021/18183 (16 Aralık 2021) ; Yargıtay 7. Ceza Dairesi (Yargıtay 7. CD.), E. 2022/10500, K. 2023/135 (10 Ocak 2023); Adana Bölge Adliye Mahkemesi 10. Ceza Dairesi (Adana BAM 10. CD.), E. 2019/1367, K. 2020/1831 (24 Haziran 2020).

<sup>36</sup> "... Hakkaniyete uygun bir yargılama, delillerin gerçekliği ve güvenilirliği konusundaki kuşkuvarın giderilmesini, delillerin güvenilirliğine ve gerçekliğine, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri doğrultusunda etkili bir şekilde itiraz etme fırsatının tanınmasını zorunlu kılmaktadır.

CMK'nın 119. maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenleme de özü/ruhu itibarıyla delillerin gerçekliği ve güvenilirliği konusunda sanığa tanınmış bir güvencedir. Bu cümleden olarak; hiç bir işlem tanığı bulundurulmadan yapılan aramanın icrası bakımından hukuka aykırı olduğunda, bu arama işlemi ile ele geçirilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edildiğinde münakaşa

ve işlem tanığı bulunmaksızın gerçekleştirilen aramada elde edilen delillerin hükme esas alınabileceğine karar vermiştir.

Yargıtay CGK kararının gerekçesinde, hakkaniyete uygun bir yargılamaya atıfta bulunulmuş; delillerin güvenilirliği ve doğruluğuna ilişkin şüphelerin ortadan kaldırılmasının gerekliliği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, sanığa delillere etkili şekilde itiraz etme imkânının tanınmasının, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri çerçevesinde zorunlu olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda, CMK'nın 119. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenlemenin, işlem sırasında tanık bulundurulmasını bir güvence olarak öngördüğü belirtilmiş; işlem tanığı hiç bulunmaksızın gerçekleştirilen bir aramada elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılacağı ve bu nedenle hükme esas alınamayacağı yönünde görüş birliği bulunduğu ifade edilmiştir.

Bununla birlikte, kapalı alanlarda yalnızca bir işlem tanığıyla gerçekleştirilen aramaların, mutlak surette hukuka aykırı olarak nitelendirilmemesi; bu tür durumların, somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Yargıtay, konut, işyeri veya diğer kapalı alanlarda yalnızca bir işlem tanığıyla gerçekleştirilen arama sonucunda elde edilen delillerin hukuka uygunluğu değerlendirilirken; söz konusu delillerin maddi gerçeğin ispatında tek veya belirleyici nitelikte olup olmadığı, aramanın icra tarzı itibarıyla kolluğun şüpheli bir uygulamaya başvurup başvurmadığı, arama sırasında yalnızca işlem tanığının değil, aynı zamanda sanık ya da CMK m. 120 uyarınca aramada hazır bulunabilecek kişilerin veya üçüncü şahısların olaya tanıklık edip etmediği ve delilin ele geçirildiği yer ile ele geçiriliş biçiminin dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.

Yargıtay, tüm bu kriterler ışığında yapılacak değerlendirme neticesinde, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri doğrultusunda, delillerin güvenilirliğine ve gerçekliğine yönelik savunma itirazlarının, mevcut işlem tanığı ve onu destekleyen diğer güvence unsurlarıyla bertaraf edildiği sonucuna varılması halinde, arama işleminin hükme esas alınamayacak düzeyde bir hukuka aykırılıkla malul olmadığı kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

### C. Alman hukukunda işlem tanıklığı

İşlem tanığı, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (AlmCMK) 105. maddesinin 2. fıkrasında "*Konutun, işyerinin veya sınırları belirli özel bir yerin hâkim ya da savcı huzurunda gerçekleştirilmeyen bir arama işlemi sırasında, mümkünse aramanın yapıldığı yerin bulunduğu mahalle veya köy idaresinden bir görevli ya da o yerleşim biriminden iki kişi hazır bulundurulmalıdır. Aramaya nezaret edecek bu kişiler, kolluk*

---

*bulunmamaktadır. Bu nedenle de hükme esas alınması mümkün değildir. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez (Anayasa madde 38/2).*

*Ne var ki; konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde tek işlem tanığı ile yetinilerek yapılan aramanın hukuka aykırı olup olmayacağı ve buna bağlı olarak elde edilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin sorunun, zikredilen Yüksek Mahkeme içtihatları da gözetilerek, çağdaş ceza muhakemesinin/devletin, maddi hakikati ortaya çıkararak adaleti tesis etmek görevi ile sanığın adil yargılanma hakkı arasında hakkaniyete uygun bir denge kurulması gayesine müteveccih olaysal değerlendirmeye çözümlenmesi gerekir.*

*Bunun için öncelikle sanığın, delillerin gerçekliği ve güvenilirliği hususunda soruşturma ve kovuşturma makamlarına bir itirazının bulunup bulunmadığı, yasal savunma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken, suçlamayı ve suçlamayla ilgili delili/suç konusunu kabul etmemesinden ayrı olarak, safahatta açıkça, bulunan madde veya materyalin arama sırasında, kolluk görevlilerince yerleştirildiği iddiasını dermeyeran edip etmediği, etmiş ise iddiasının, makul sürede bitirilmesi gereken dürüst yargılamaya katkı sunacak sebep ve olgusal temellere dayanıp dayanmadığı saptanmalıdır.*

*Bu cümleden olarak; konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde tek işlem tanığı ile yetinilerek yapılan arama neticesinde elde edilen delillerin, maddi meselenin ispatı yönünden tek/belirleyici nitelikte olup olmadığı, genel olarak arama işleminin icra tarzı itibarıyla kolluğun şüpheli bir uygulama içine girip girmediği, arama işlemine tek işlem tanığı dışında, sanık ya da aramada hazır bulunabilecek (CMK madde 120) kişiler veya üçüncü şahısların şahitlik edip etmedikleri, ele geçirilen delilin/suç konusunun bulunduğu yer ve ele geçiriliş şekli gibi kriterler ışığında delillerin hukuki sıhhatine dair itirazlar değerlendirilmelidir. Bu belirleme ve değerlendirmelerden sonra silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri doğrultusunda, delillerin güvenilirliğine ve gerçekliğine ilişkin savunma itirazlarının, tek işlem tanığı ve bunu destekleyen diğer güvence argümanları ile karşılandığı hâllerde yapılan aramanın, hükme esas alınamayacak bir hukuka aykırılıkla malul olmadığının kabulü gerekir..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), E. 2023/10-548, K. 2024/384 (4 Aralık 2024).*

*görevlisi veya savcının soruşturma işlemlerinde görevli kişileri olamaz*<sup>37</sup> şeklinde yer almaktadır. Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, aramanın konut, iş yeri veya sınırları belli bir yerin hakim veya savcı olmaksızın bir arama gerçekleştirilmesi halinde, olanak var ise, aramanın yapıldığı yerin bulunduğu mahalli idareden bir görevli ya da o yerleşim biriminden iki kişinin işlem tanığı olarak hazır bulundurulması gerekmektedir. Yine bu düzenlemeye göre arama tanığı olacak kişilerin kolluk görevlisi ve soruşturma işlemlerinde görevli kişilerin olamayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu düzenlemeyle tanıkların tarafsızlıklarının güvence altına alınması amaçlanmaktadır<sup>38</sup>.

AlmCMK'nın 105. maddesinin 2. fıkrasında yer alan işlem tanıklığının amacı, bir yandan kamu görevlilerinin görevlerini kötüye kullanımına karşı arama yapılan yerin sahibini korunmasını, diğer yandan da kamu görevlilerinin daha sonra ileri sürülebilecek usulsüzlük iddialarına karşı güvence altına alınmasını sağlamaktır<sup>39</sup>. Amacın sağlanabilmesi, söz konusu usulün, arama işleminin başlangıcından itibaren gerçekleştirilmesine bağlıdır<sup>40</sup>.

Alman hukukunda bu düzenleme şekli bir şart olarak değil, aramanın temel bir usul kuralı olarak kabul edilmektedir<sup>41</sup>. Nitekim AlmCMK'nın 105. maddesinin 2. fıkrasının, doğrudan arama emrinin içeriğini değil, yalnızca aramanın şeklini düzenliyor olması; soruşturma makamlarının bu düzenlemeye zorunlu olarak uyması gerektiği gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır<sup>42</sup>. Bu esasa riayet edilmemesi ise, arama işleminin hukuka aykırı sayılmasına yol açacaktır<sup>43</sup>.

Bu aşamada madde metninde yer alan “mümkünse” kavramının üzerinde durmak gerekmektedir. Zira madde metninde işlem tanıklarının mümkün olması halinde hazır bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla tanık çağırılmasının öncelikle mümkün olması gerekmektedir. Bu kavram bir keyfiliği ortaya koyabilecek nitelikte olsa da, soruşturma makamlarının keyfi tasarrufuna tabi olmayıp<sup>44</sup>, aramayı yapacak kişiler tarafından ortaya konulacak bir takım sebeplerin mevcudiyeti halinde şartın gerçekleştirilmeyebileceğini ifade etmektedir<sup>45</sup>.

İşlem tanığının bir şart olarak kabul edilmeyeceği ilk durum, arama yapılan yerin sahibinin bizzat kendisinin özel veya iş hayatının korunması ya da başka geçerli bir nedenle işlem tanığının bulunmasından feragat etmesidir. Burada en önemli husus, kişinin bu feragati herhangi telkin veya zorlama olmaksızın serbest iradesiyle ortaya koymasıdır. Ayrıca feragatin tek başına sonuç doğurmayacak, feragat, aramayı gerçekleştiren sorumlu tarafından değerlendirilecek ve bu hususta bir karar vermesi gerekecektir. Zira işlem tanığının amaçlarından biri de aramayı gerçekleştirenlere yönelik asılsız ithamların önüne geçmek ve görev ihlali suçlamalarıyla karşılaşmamaktır<sup>46</sup>.

<sup>37</sup> StPO Art. 105 Abs. 2: “Wenn eine Durchsuchung der Wohnung, der Geschäftsräume oder des befriedeten Besitztums ohne Beisein des Richters oder des Staatsanwalts stattfindet, so sind, wenn möglich, ein Gemeindebeamter oder zwei Mitglieder der Gemeinde, in deren Bezirk die Durchsuchung erfolgt, zuzuziehen. Die als Gemeindemitglieder zugezogenen Personen dürfen nicht Polizeibeamte oder Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sein.”

<sup>38</sup> Münchener Kommentar zur StPO, § 105, kn 32.

<sup>39</sup> Wolfgang Lübke vd., *Steuerfahndung* (Weisbaden: Gabler, 2008), § 8, kn 61; Urs Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, 2. Aufl. (Baden-Baden: Nomos, 2010), § 113, kn 150; Michael Hegmann, *Strafverfahren* (Münster: Springer, 2013), 143; “...Tanıkların çağırılması, aramayı yapan memurların haksız suçlamalara karşı korunmasını ve arama sırasında müdahale edilen kişinin polis memurlarının keyfi uygulamalarına karşı korunmasını amaçlar...” (BGH NJW 1963, 1461).

<sup>40</sup> Münchener Kommentar StPO, §105, kn. 32.

<sup>41</sup> Bertram Schmitt vd., *Beck'sche Kurzkommentare, Strafprozessordnung: Meyer-Goßner/Schmitt*, 67. Aufl. (München: C.H. Beck, 2024), § 105, kn.10; “StPO m. 105/2'nin sadece bir düzenleme olmadığı, aramanın yasallığını belirleyen temel bir usul kuralı olduğu...” (BayObLG, 23.11.1979 - RReg. 5 St 387/79, beck-online)

<sup>42</sup> NJW 2007, 930.

<sup>43</sup> 23 Kasım 1979 tarihli Bavyera Yüksek Eyalet Mahkemesi (BayObLG) Kararı, JZ 1980, s. 109. (Aktaran: Wilfried Küper, “Die Bedeutung des § 105 Abs. 2 StPO für die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung (§113 Abs. 3 StGB)”, *Juristen Zeitung*, 3. Oktober 1980, 35. Jahrg., s. 633. Aksi görüş için Bkz. Manfred Hofmann, “Die Online-Durchsuchung – staatliches ‘Hacken’ oder zulässige Ermittlungsmaßnahme?”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 2005, s. 121.

<sup>44</sup> BGH NJW 2007, 930; *Münchener Kommentar StPO*, §105, kn. 34.

<sup>45</sup> Ulrich Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, 10. Aufl. (München: C.H. Beck, 2017), kn 2440a (beck-online); *Münchener Kommentar StPO*, §105, kn. 34.

<sup>46</sup> Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, kn 2440a.

Kişinin feragatinin yanı sıra işlem tanığının hazır bulundurulması fiilen mümkün değilse veya aramanın yapılmasında gecikmesinde sakınca olan halin varlığı söz konusuysa işlem tanığı olmaksızın yapılan arama, hukuka uygun olarak kabul edilecektir<sup>47</sup>. Bu bakımdan uygun bir tanığın mevcut olmaması, işlem tanığı olması istenilen kişilerin bunu reddetmesi ya da kişinin işlem tanıklığını kabul etmesi güvenlikleri bakımından bir problem oluşturması gibi nedenlerin varlığı halinde tanık yokluğunda yapılan arama hukuka uygun olarak kabul edilecektir<sup>48</sup>.

Son olarak ise, hızlı bir şekilde arama işleminin gerçekleşmemesi halinde delillerin yok edilmesi, aranan kişi veya eşyanın o yerden başka bir yere taşınması vb. durumlarla karşılaşılma ihtimali var ise, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı sebebiyle tanık bulunmaksızın aramanın yapılabileceği ifade edilmektedir<sup>49</sup>. Tanık olmaksızın aramanın yapılması imkanı olabilecek bir diğer durum ise, işlem tanıklarının aramaya katılımının, aramanın amacını ve başarısını tehlikeye düşürme durumu söz konusu olması halinde söz konusudur<sup>50</sup>.

Bu gibi hâllerde aramayı yöneten görevli, işlem tanığı çağrısından yerindelik ve takdir yetkisine uygun biçimde vazgeçebilir. Bu takdir yetkisinin yargı denetimine tamamen açık olması nedeniyle, alınan kararın belgelendirilmesi zorunludur. Eğer aramayı gerçekleştiren görevli, tanık çağrısının imkânsız olduğunu dürüst bir takdirle yanlış şekilde değerlendirirse, bu eksiklik arama işlemini hukuka aykırı hâle getirmez<sup>51</sup>. Buna karşılık, görevli kasten düzenlemeyi ihlal ederse, arama yapılan yerin sahibine direnme hakkı doğacağı ifade edilmektedir<sup>52</sup>.

### III. Hukuka Aykırı Delillere Genel Bir Bakış

İşlem tanıklarının hiç bulunmaması veya sayıca eksik olması hâlinde yapılan arama işleminin hukuka uygun sayılıp sayılmayacağına ilişkin tartışmanın temelinde, hukuka aykırı delillere ilişkin benimsenen yaklaşım yatmaktadır. Dolayısıyla bu husustaki değerlendirme, esas alınan yaklaşıma göre farklılık gösterecektir. Bu nedenle, işlem tanıklığına ilişkin görüşümüzü ortaya koymadan önce, hukuka aykırı delillere dair genel yaklaşımın incelenmesi zorunludur.

<sup>47</sup> Bertram Schmitt vd., *Beck'sche Kurzkommentare, Strafprozessordnung: Meyer-Goßner/Schmitt*, 67. Aufl. (München: C.H. Beck, 2024) 575.

<sup>48</sup> *Münchener Kommentar StPO*, § 105, kn. 34.

<sup>49</sup> *Münchener Kommentar StPO*, § 105, kn. 34.

<sup>50</sup> "...Arama işlemi, polislerin tanık çağırmanın mümkün olup olmadığını incelemelerine bakılmaksızın, arama başarısı tanık çağırıldığında objektif olarak tehlikeye girecekse yasal olabilir (OLG Stuttgart aaO; Küper aaO S. 1684 ff. mit weiteren Nachweisen; vgl. auch KG NJW 1972, 781/782 a. E.)). (BayObLG, 23.11.1979 - RReg. 5 St 387/79, beck-online))

<sup>51</sup> "...Yapılan inceleme sonucu, StPO m. 105/2'nin sadece bir düzenleme olmadığı, aramanın yasallığını belirleyen temel bir usul kuralı olduğu anlaşılmıştır (...). Bu durum, "... çağırılırlar..." ifadesinden ve kanun maddesinin amacından açıkça anlaşılır. Tanıkların çağırılması, aramayı yapan memurların haksız suçlamalara karşı korunmasını ve arama sırasında müdahale edilen kişinin polis memurlarının keyfi uygulamalarına karşı korunmasını amaçlar (BGH NJW 1963, 1461). Dolayısıyla, StPO m. 105/2 usul kuralı, aramanın usulüne uygun yapılmasını garanti altına almakta ve böylece aramaya tabi tutulan kişinin haklarını korumaktadır.

Usul kurallarının esaslı olup olmadığı, çoğunlukla kişinin korunması amacına hizmet edip etmediğine göre değerlendirilir (...). StPO m. 105/2, tanık çağırılmasını sadece mümkün olduğu takdirde zorunlu kılar. Aramayı yapan memur, eğer mümkünse, bir belediye memurunu ya da iki belediye sakininin tanık olarak çağırılmasını sağlamak zorundadır.

Tanık çağrısının mümkün olup olmadığı, yani arama başarısını tehlikeye atmadan yapılabilirliği, memurun somut olay üzerindeki takdirine bağlıdır. Memur, somut olayı titizce inceledikten sonra, tanık çağırmanın arama sonucunu tehlikeye atacağını değerlendirirse, tanık çağırmasa bile işlem yasalıdır. Bu değerlendirmede hata yapmış olsa bile işlem yasallığını yitirmez (RGSt 55, 161/166; diğer Yargıtay kararları). Ancak, memurun bu incelemeyi yapmaması, yani StPO m. 105/2'yi bilmemesi veya o anda hatırlamaması durumunda işlemin yasallığı şüphelidir (...). Ancak bu hususların değerlendirilmesi ve bu konuda yeterli inceleme yapılması gerekir.

Somut olayda, polis memurlarının neden tanık çağırmadıkları açık değildir; tanık çağırmanın mümkün olmadığına mı, yoksa kanundaki zorunluluğun farkında olmadıklarına mı karar verilememektedir. Mahkemenin "polislerin tanık çağırmayı 'ihmal ettiği'" yönündeki açıklaması ikinci ihtimali kuvvetlendirmektedir, ancak bu husus net değildir.

Arama işlemi, polislerin tanık çağırmanın mümkün olup olmadığını incelemelerine bakılmaksızın, arama başarısı tanık çağırıldığında objektif olarak tehlikeye girecekse yasal olabilir (...). Ancak bu konuda da mahkemenin yeterli bulgu yapmadığı anlaşılmaktadır." (BayObLG, 23.11.1979 - RReg. 5 St 387/79, beck-online)

<sup>52</sup> *Münchener Kommentar StPO*, § 105, kn. 34.

## A. Hukuka aykırı delillere yönelik yaklaşımlar

Ceza muhakemesi hukukunun en önemli tartışmalarından biri, hukuka aykırı delillerin yargılamalarda kullanılıp kullanılmayacağıdır. Bu kapsamda ileri sürülen üç temel yaklaşım bulunmaktadır: mutlak kabul yaklaşımı, mutlak değerlendirme yasağı ve esnek yaklaşım<sup>53</sup>.

Mutlak kabul yaklaşımı taraftarları, delillerin nasıl ve ne şekilde elde edildiğinden bağımsız olarak kabul edilmesi gerektiğini savunur. Zira ceza muhakemesi hukukunun temel amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşılrken delillerin hukuka uygun ya da aykırı olup olmadığına bakılmaksızın hepsinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülür. Ayrıca, ceza muhakemesi hukukunun görevinin suçun işlenip işlenmediğinin; işlenmiş ise, kim tarafından işlendiğinin tespiti olduğu; delillerin ne şekilde elde edildiğiyle ilgisinin bulunmadığı ifade edilen ikinci argümandır. Son olarak, bu yaklaşımın kabulüyle suçlu kişilerin tespiti daha kolay olacağından, kamu düzeni bakımından gereklidir<sup>54</sup>.

İkinci yaklaşım olan mutlak değerlendirme yasağı yukarıda ifade edilen ilk yaklaşımla taban tabana zıt bir anlayışı benimsemektedir. Bu görüşe göre, yalnızca hukuka uygun şekilde elde edilen deliller değerlendirilebilir; hukuka aykırı olarak elde edilen deliller ise hiçbir şekilde kullanılamaz. Dolayısıyla, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamanın sonucuna doğrudan etkisi bulunup bulunmadığından bağımsız olarak, salt hukuka aykırı olmaları nedeniyle kabul edilmeyeceği belirtilmektedir. Bu yaklaşıma göre deliller ya hukuka aykırıdır ya da hukuka uygundur; hukuka aykırılık az veya çok olarak derecelendirilemeye elverişli bir niteliğe sahip değildir<sup>55</sup>.

“Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” kuralının temelini oluşturan yaklaşımın mutlak red yaklaşımı olduğu ifade edilmelidir<sup>56</sup>. Bu yaklaşımın temelinde yatan ilk argüman, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Zira, hukuka aykırı delillerin değerlendirme yasağı, kişisel hak teorisine göre anayasal bir hak olup, hukuka aykırı delillerin kabulü anayasal hakkın ihlali anlamına gelecektir. Bu yaklaşımın bir diğer argümanı, güvensizlik teorisi olarak adlandırılmakta olup, usule uygun olmayan şekilde elde edilen delillerin güvensiz kabul edilmesidir. Bu argümana göre, güvenilir olmayan delil yanlış mahkumiyetlere sebebiyet verebilecektir<sup>57</sup>. Bir diğer argüman koruma teorisine dayanmakta olup, bu teoriye göre hukuka aykırı delillerin kabul edilmemesi, sanığı karşılaşılabileceği dezavantajlardan korumaktadır<sup>58</sup>. Ayrıca, caydırma teorisi de bu dayanaklardan biri olup, bu teori kolluğun delil toplama sürecinde dikkatli davranmasını ve böylece kişi hak ve özgürlüklerinin yanı sıra kamunun korunmasını amaçlamaktadır. Son olarak, ileri sürülen argüman yargının haysiyeti teorisi olup, bu teoriye göre hukuka aykırı delil reddi, aynı zamanda devletin hukuku ihlal etmemesi bakımından önem taşımaktadır<sup>59</sup>.

Üçüncü ve son yaklaşım ise esnek ya da nisbi değerlendirme yasağı olarak adlandırılmaktadır. Bu görüşe göre hukuka aykırı delilin kabul edilip edilmeyeceğine karar vermede kati bir kural koymamakta; yargılama merciine her somut olayda yarışan menfaatleri dikkate alarak karar verme imkânı tanımaktadır<sup>60</sup>. Diğer bir deyişle, yargılamada bireyin ihlal edilen hakkı ile devletin suçluların cezalandırılmasına dair çıkarı arasındaki orantı gözetilmektedir<sup>61</sup>. Buna göre, bireyin ihlal edilen hakkı

<sup>53</sup> Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 1–2 (2000): 110; Güçlü Akyürek, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 101 (2012): 65–66.

<sup>54</sup> Vahit Bıçak, “Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımlar”, *İnsan Hakları Yıllığı* 1996, no. 17–18: 248–249; Koca, Hukuka Aykırı Deliller, 110–111.

<sup>55</sup> Akyürek, Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu, 66.

<sup>56</sup> Taner - Öntan, Aramada Bulunması Gereken Tanıklar”, 2461.

<sup>57</sup> Koca, Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, 12; Bıçak, Katı ve Esnek Yaklaşımlar, 251; Akyürek, Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu, 66.

<sup>58</sup> Koca, Hukuka Aykırı Deliller, 114.

<sup>59</sup> Bıçak, Katı ve Esnek Yaklaşımlar, 255.

<sup>60</sup> Koca, Hukuka Aykırı Deliller, 116.

<sup>61</sup> Akyürek, Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu, 68.

devletin çıkarından üstünse, hukuka aykırı delil değerlendirme dışı tutulmaktadır. Ancak devletin çıkarının bireyin ihlal edilen hakkından üstün olması hâlinde, delil hukuka aykırı olsa bile kullanılmaktadır.

## B. Değerlendirme

Delil yasakları bakımından hangi yaklaşımın benimseneceği hususunda bir görüş birliği bulunmamakla birlikte, mevzuatımızda yer alan düzenlemelerin bu tartışmalarda göz ardı edildiği kanaatini ifade etmek gerekir. Zira Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası<sup>62</sup> ile 5271 sayılı CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde<sup>63</sup> ve 217. maddesinin 2. fıkrasında<sup>64</sup> yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, hukuk sistemimizde mutlak bir delil yasağı anlayışının benimsendiği açıkça görülmektedir.

Nitekim, kanunla 38. maddesinin 6. fıkrasında, kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği ifade edilirken; CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde kanuna aykırı şekilde elde edilen delillerin reddedileceği düzenlenmiştir. Yine, CMK'nın 217. maddesinin 2. fıkrasında, yüklenen suçun yalnızca hukuka uygun olarak elde edilen delillerle ispat edilebileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, CMK'nın 289. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendi de açık bir şekilde hükmün, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayandırılmasını mutlak bozma sebebi olarak kabul etmektedir.

Bu düzenlemeler değerlendirildiğinde, hukukumuzda "mutlak" ve "nisbi" hukuka aykırılık ayrımının yapılması mümkün görünmemektedir. Kaldı ki, böyle bir ayrım kabul edilse dahi, hangi kriterlere dayanılarak yapılacağı belirsiz olup, hangi delillerin mutlak ya da nisbi hukuka aykırılık kapsamında değerlendirileceğine ilişkin somut ve objektif ölçütler bulunmamaktadır. Bu nedenle, bazı delillerin "önemsiz" veya "şekli" hukuka aykırılık kapsamında değerlendirilerek yargılamada kullanılmasına izin verilmesi hem Anayasa'nın 38. maddesine hem de CMK'nın 217/2. maddesine açıkça aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki, yukarıda da belirtildiği üzere, delil önemsiz, hafif veya şekli bir hukuka aykırılık teşkil etse dahi, hukuka aykırı sayılacağından, CMK'nın 289/1-i maddesi bağlamında mutlak bozma sebebi olacaktır.

Bununla birlikte, Anayasa ve CMK'da yer alan açık normatif düzenlemeler doğrultusunda, hukuka aykırı delillerin hiçbir şekilde kullanılamayacağına ilişkin yaklaşımımız, ceza muhakemesinin amacıyla tam bir uyum içindedir. Nitekim, ceza muhakemesi hukukunun temel amacı her ne kadar maddi gerçeğe ulaşmak olsa da, bu amaca ulaşma sürecinde ilgili mercilerin sınırsız yetkilere sahip olduğu ve her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşılabilmesi söylenemez<sup>65</sup>. Süreçte görev yapan ilgililerin hukukun temel ilkeleri ve usul kuralları çerçevesinde hareket etmesi zorunludur. Bu bağlamda, maddi gerçeğe ulaşılırken hukuka uygun ve adil bir sürecin yürütülmesi, hem uyuşmazlığın çözümü ve bozulan hukuki barışın yeniden tesis edilmesi hem de bireyin, toplumun adalete olan güveninin sağlanması açısından vazgeçilmezdir<sup>66</sup>. Dolayısıyla, Anayasa ve CMK'da bulunan açık normlara rağmen, bazı

<sup>62</sup> Anayasa md. 38/6: "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez."

<sup>63</sup> CMK' md. 206/2-a: "...Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse."

<sup>64</sup> CMK md. 217/2: "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir."

<sup>65</sup> BVerfGE 51, 324 (343); BGHSt 50, 40 (53) (Thomas Fischer, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (KK-StPO)*, 9. Aufl. (München: C.H. Beck, 2023), Einleitung (beck-online)

<sup>66</sup> Claus Roxin – Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Aufl. (München: C.H. Beck, 2009), 2; Ali Rıza Çınar, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 55 (2004): 31; Murat Volkan Dülger, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehir Ağacın Meyvesi Öğretisi)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 37; Abdullah Batuhan Baytaç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Dinlenilme Hakkı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 7; Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, 32; Hegmann, *Strafverfahren*, 7; Ünver - Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 9; Özbek vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 40; Dülger - Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 43; "Ceza muhakemesinin amacı, usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda, somut gerçeğin her türlü şüpheden uzak bir biçimde kesin olarak saptanması, suçu sabit olan failin cezalandırılması, kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi ve bozulan kamu düzeninin yeniden kurulmasıdır. Gerek 1412 sayılı CMUK gerekse 5271 sayılı CMK, adil, etkin ve hukuka uygun bir muhakeme yapılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle, hüküm kesinleşinceye kadar inceleme imkânı bulunan delillerin ele alınıp değerlendirilmesi; diğer bir deyişle, adaletin tam olarak gerçekleşmesi için olaya ışık tutabilecek nitelikteki tüm yasal delil ve belgelerin araştırılıp tartışılması zorunludur." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), E. 2012/1291, K. 2012/1865 (25 Aralık 2012)).

delillerin önemsiz, şekli veya hafif nitelikte hukuka aykırı oldukları gerekçesiyle kullanılabileceğini ileri sürmek, ceza muhakemesi hukukunun amacına aykırı olacaktır.

Ayrıca, bu açık düzenlemelere rağmen somut olay adaletinin sağlanması adına hukuka aykırılığın derecelendirilmesine yönelik bir yaklaşım, hukuk devleti ilkesine de aykırı olacaktır. Zira hukuk devleti ilkesi, devletin vatandaşlarının güvenliğini sağlama yükümlülüğü, devlet kurumlarının işleyişine duyulan güvenin korunması ve ceza yargılamasında tüm şüphelilere eşit muamele edilmesini gerektirir; bu nedenle devletin cezalandırma yetkisinin uygulanmasını zorunlu kılar<sup>67</sup>. Bu kapsamda, hukuka aykırı delillerin kullanılmayacağına dair açık düzenlemelere rağmen, hukuka aykırılığın şekli, hafif veya önemsiz olduğu gerekçeleriyle hareket edilmesi ve hukuka aykırı delillerin kullanılması, toplumun devlete ve yargıya olan güveniyle birlikte bireyin sahip olduğu hukuk güvenliğine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Her ne kadar doktrinde ve uygulamada, özellikle Alman hukuk sisteminden etkilenilerek mutlak ve nisbi hukuka aykırılık ayrımının Türk hukukuna da uygulanabileceği ileri sürülse de, bu görüşün Türk ceza muhakemesi sistemi bakımından kabulü mümkün değildir. Zira AlmCMK'da, 5271 sayılı CMK'da olduğu üzere mutlak delil yasağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>68</sup>. Nitekim Anayasa'nın 38/6 maddesi, kanuna aykırı bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğini; CMK'nın 217/2. maddesi ise, sadece hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delillerle suçun ispatlanabileceğini düzenlemektedir. Ayrıca, CMK'nın 148. maddesi, yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza olsa bile delil olarak değerlendirilemeyeceğini; 289/1-i maddesi ise, hukuka aykırı delillere dayanılarak verilen hükmün mutlak bozma sebebi olduğunu açıkça belirtmektedir.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, zaman zaman hukuka aykırılıkların şekli, hafif ya da önemsiz gibi niteliklerle sınıflandırıldığı ve bu yolla hukuka aykırı delillerin kullanılmasının meşrulaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir<sup>69</sup>. Ancak, bu tür bir tasnifin Türk hukuk sisteminde hukuki bir temeli bulunmadığı gibi, söz konusu uygulamanın Anayasa'ya ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerine açıkça aykırılık teşkil ettiği de vurgulanmalıdır<sup>70</sup>.

#### **IV. İşlem Tanığının Bulunmaması veya Sayısal Eksikliğinin Etkisi**

##### **A. Genel olarak**

Yukarıda da izah edildiği üzere, hukukumuzda gerek doktrinde gerekse bazı yargı kararlarında mutlak ve nisbi hukuka aykırılık ayrımının kabulüne yönelik bir eğilim bulunmakla birlikte, bu ayrımın mevzuatımızda bir karşılığı yoktur. Zira, başta Anayasa'nın 38. maddesi olmak üzere, CMK'nın 206, 217, 230 ve 289. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, hukuk sistemimizin yalnızca hukuka uygun olarak elde edilen deliller üzerine kurulu olduğu görülmektedir.

Nitekim, ilgili hukuka aykırılığın söz konusu olması halinde, hukuka aykırı olguların delil olarak kabul edilmeyeceği; eğer ileri sürülen bir delilin hukuka aykırı olduğu anlaşılırsa, o delilin reddedilerek kullanılmayacağı esastır. Hasbelkader dosya içeriğine dahil olan bir hukuka aykırı delilin varlığı halinde ise, bu delil kullanılmayacak ve gerekçede ayrıca hukuka aykırı delil olarak gösterilecektir. Bir şekilde hukuka aykırı bir delilin kullanıldığının fark edilmesi hâlinde, bu durum mutlak bozma sebebi olarak

<sup>67</sup> Fischer, *KK-StPO*, Einleitung.

<sup>68</sup> Ünver - Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 649.

<sup>69</sup> Yargıtay'ın bu konuda her iki yönde de kararları bulunmakla birlikte, bir kararında Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.03.2012 tarih, 2011/278 Esas ve 2012/96 Karar no'lu kararında, bir hukuk devletinde her suçun mutlaka aydınlatılması gerektiğini, ancak bunun yalnızca hukuka uygun yollardan elde edilmiş delillerle mümkün olabileceğini vurgulamıştır. Kararda, "delillere kıymayalım", "basit ihlal/mutlak ihlal ayrımı" ya da "usule değil esasa bakılmalı" şeklindeki yaklaşımların hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte, yukarıda ayrıntılı biçimde değerlendirilen kararlarda da görüldüğü üzere, Yargıtay arama işlemlerinde işlem tanığının bulunmaması hâlinde mutlak değil, nispi hukuka aykırılık anlayışını benimseyen kararlar vermektedir.

<sup>70</sup> Benzer görüş için bkz. Ünver - Hakari, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 627 vd.; Dülger, *Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi*, 89 vd.

kabul edilmektedir. Mevzuat birlikte değerlendirildiğinde, bu açık düzenlemelere rağmen somut olay adaletinin sağlanması adına hukuka aykırılığın şekli, hafif veya önemsiz olarak derecelendirilmesine yönelik eğilimin hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı sonucuna varılmalıdır.

Üstelik, mevzuatımızda hukuka aykırı delillerin şekli, hafif veya önemsiz şeklinde derecelendirilerek somut olay adaletinin sağlanmasına yönelik kullanılması bakımından bir boşluk dahi bulunmuş olsa; deliller arasındaki ayrımın hangi kriterlere göre yapılacağının belirsiz olması ve bu belirlemede kullanılacak somut ve objektif ölçütlerin bulunmaması nedeniyle, bu yönde bir yaklaşıma hukuk güvenliğini zedeleyeceği gerekçesiyle karşı çıkılması gerekir.

Kaldı ki, bu görüşün ülkemizde savunulmasında önemli faktörlerden biri Alman hukukundaki uygulamadır. Yukarıda detaylı olarak izah edildiği üzere, iki sistem arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, CMK'nın 217. maddesinde yer alan düzenleme gibi bir normun AlmCMK'da bulunmaması ve Alman ceza muhakemesi hukukunda bazı hallerde hukuka aykırı delillerin kullanılabilmesidir. İkincisi ise, AlmCMK'nın 105. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "mümkünse" ifadesidir. Nitekim, olanak bulunmadığının açıkça ortaya konulması hâlinde, tanığın bulunmaması işlem hukuka aykırı hale gelmemektedir.

Ezcümle, hukukumuz bakımından kabul edilmesi gereken bir işlemin ya hukuka uygun ya da hukuka aykırı olacağı; somut olay adaletinin sağlanması gerekçesiyle hukuka aykırılığın hafif, şekli veya önemsiz olarak derecelendirilmesinin ise kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu genel kabul üzerinden hareketle, işlem tanığının hiç bulunmaması ya da eksik olması hâllerinde arama faaliyetinin hukuka uygun olup olmadığına dair herhangi bir tartışma dahi yapılmadan, işlemin hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiği kanaati ifade edilmelidir.

Bu kanaatin sistem dahilinde ortaya konulabilmesi için ilgili metnin sırasıyla lafzi, sistematik ve amaçsal yöntemler kullanılarak değerlendirilmeye tabi tutulacaktır.

## **B. CMK madde 119/4 hükmünün yorumlanması**

### **1. Lafzi yorum yöntemi üzerinden inceleme**

CMK'nın 119. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "*Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur*" şeklindeki düzenleme son derece açık olup, yorum faaliyeti sonucu farklı bir görüşün ortaya çıkmasına ve buna bağlı herhangi bir anlamsal tartışmanın yapılmasına imkan tanıyacak muallakta olan bir düzenleme değildir.

Madde metninde çok net bir şekilde, konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde aramanın kural olarak Cumhuriyet savcısının katılımıyla yapılacağı; ancak savcı hazır olmaksızın yapılacaksa, ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir.

Madde metninde yer alan "bulundurulur" ibaresi, bir ihtimali değil, zorunluluğu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, madde lafzında yer alan bu zorunluluk, işlemin hukuka uygun olabilmesi bakımından mutlaka yerine getirilmelidir. Bu bağlamda, arama işlemi bakımından bulunması gereken zorunluluk; o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki ayrı kişinin arama faaliyetine eşlik etmesidir.

İhtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişilik bu gereksinimin kısmen veya tamamen gerçekleşmemesi hâlinde, madde metnine, dolayısıyla kanuna ve hukuka aykırılık söz konusu olacaktır.

### **2. Sistematik yorum yöntemi üzerinden inceleme**

Yukarıda detaylı olarak incelendiği ve gerekçeleri ortaya konulduğu üzere, mevzuatımızda hukuka aykırılığın az çok, hafif ağır, şekli esas ya da önemsiz önemli gibi bir ayrım ve derecelendirme söz konusu değildir. Mevzuatımız bakımından bir işlem ya hukuka uygun ya da hukuka aykırı olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla, sistem açık bir şekilde hukuka aykırılığın derecelendirilmesine ve somut olay adaleti

gerekçesiyle bazı hallerde az, hafif, şekli ya da önemsiz hukuka aykırılık denilerek hukuka aykırı delillerin kabulüne imkan vermemektedir.

### 3. Amaçsal yorum yöntemi üzerinden inceleme

Amaçsal yorum iki aşamalı olup, ilk aşamada öncelikle maddenin öz amacının (ratio legis'in) tespit edilmesi gerekmektedir. İkinci aşamada ise, tespit edilen öz amaca uygun olarak madde lafzı yorumlanır. Maddede yer alan kavramların anlamları amaç doğrultusunda genişletilebilir veya daraltılabilir<sup>71</sup>. Nitekim bazı hallerde normda kullanılan bir kelimenin anlamı, maddenin amacına ulaşmak bakımından dar veya geniş kalmış olabilir. Bu bakımdan amaçsal yorum, madde lafzındaki kavramların anlamlarıyla sınırlı kalacaktır. Bilhassa, kelimenin anlamının sırf amacı karşılamak adına genişletilmesi, bazı hallerde kelimenin anlamını aşacak ve kıyasa varacak bir durum oluşturabilir. Bu nedenle, bir düzenlemenin öz amacına ulaşmak için yapılacak amaçsal yorumun sınırsız olmadığı unutulmamalıdır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, amaçsal yorumun ilk aşaması maddenin öz amacının tespit edilmesidir. Konutta, işyerinde veya kapalı alanlarda Cumhuriyet savcısının hazır bulunmaksızın gerçekleşen aramalarda, işlem tanığının bulundurulmasına dair bu düzenlemenin öz amacı işlem güvenliğinin sağlanmasıdır. Nitekim ana kural savcının katılımı olup, savcının katılmaması halinde işlemlerin hukuka uygunluğuna dair güvence, aramaya katılacak iki işlem tanığıyla sağlanmaktadır.

İki işlem tanığı, temelde kolluk görevlilerinin hukuka uygun davranıp davranmadığı hususunda, konut, işyeri veya kapalı yerin sahibi ile şüpheli/sanık bakımından bir güvence gibi görünse de; hukuka uygun bir şekilde kolluk tarafından gerçekleştirilen aramanın sağlığına hanel gelmesini önler ve aramanın nasıl icra edildiğine dair objektif bir kayıt oluşturarak, arama faaliyetinin kendisini ve işleme katılan tüm sşjeleri güvence altına alır.

Amaçsal yorumun ikinci aşamasında ise, madde metninin tespit edilen öz amacına ulaşmasını sağlamak üzere genişletici ya da daraltıcı yorum yapılır. Dolayısıyla, maddenin öz amacı olan işlem güvenliğinin sağlanması bakımından, kanun koyucunun iki ayrı işlem tanığı öngörmesi üzerinden değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Öncelikle, hiçbir işlem tanığı bulunmaksızın gerçekleştirilen bir aramada, tarafların işleme itiraz etmemesi ve bu nedenle işlemin hukuka uygun ve hukuk güvenliğine uygun şekilde yapıldığı kabulünün, amaçsal yorum açısından da yerinde olmadığı belirtilmelidir. Zira bu düzenleme açıkça, işlem güvenliğinin sağlanması için objektif bir pozisyonda bulunacak işlem tanığının bulundurulmasının gerekli olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla, işlem tanığı olmaksızın yapılan aramalarda, yalnızca tarafların itiraz etmemesi sebebiyle aramanın hukuka uygun sayılması doğru olmayacaktır. Ayrıca, işlem tanığı olarak görevlendirilen kişilerin hukukçu olmamaları ve hukuki konularda yetkinlikten yoksun bulunmaları, hak ve yükümlölüklerinin farkında olmamalarına ve dolayısıyla kolluk görevlilerinin etkisinde kalmalarına neden olabilecektir. Bu kişilerin arama işlemi sırasında hangi davranışların hukuka uygun, hangilerinin hukuka aykırı olduğu konusunda bilgi sahibi olmamaları ve dahası, itiraz etme yetkilerinin bulunduğunu dahi bilemeyebilecek olmaları ihtimali, usulsüzlöklere karşı fiilen bir denetim mekanizması işlevi üstlenmelerini güçleştirmektedir. Nitekim hukuki bilgi düzeyi sınırlı olan kişilerin itiraz etmemelerine bu denli önemli bir sonucun bağlanması da isabetli değildir.

Bir diğerk durum ise, arama faaliyeti sırasında yalnızca bir işlem tanığının bulunmasıdır. Yargıtay, verdiği kararda tek bir işlem tanığının katıldığı arama faaliyetinin yeterli güvencenin sağlandığı ve yargılamanın bütünü itibarıyla hükme esas alınamayacak bir hukuka aykırılıkla malul olmadığı gerekçesiyle aramanın hukuka aykırı olmadığını ve arama sonucu ele geçirilen delillerin kullanılabileceğine hükmetmiştir.

<sup>71</sup> Abdullah Batuhan Baytaş, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 257.

İşlem tanığının bulunmasının temel amacı işlem güvenliğinin sağlanması olup, tek işlem tanığının da bu görevi ifa ettiği ve dosyanın bütünüyle birlikte değerlendirildiğinde hukuk güvenliğinin sağlandığı düşüncesiyle, kanunda yer alan ve katılması gereken işlem tanığı sayısını belirten “iki kişi” ifadesinin bir kişi olarak yorumlanması doğru olmayacaktır. Zira kanun koyucu, bu güvencenin sağlanabilmesi için işlem tanığı olarak iki kişiden bahsetmektedir. Diğer bir deyişle, arama faaliyetinde Cumhuriyet savcısının katılımıyla sağlanabilecek güvence, savcı hazır olmadığında ancak iki kişinin katılımıyla sağlanabilmektedir. Alman hukukundaki gibi “mümkünse” ifadesinin bulunmaması da “iki kişi” yerine aynı güvenceyi sağlıyor denilerek tek kişinin katılımıyla işlemin yapılabilmesine imkân tanımamaktadır.

Kaldı ki, bu şekilde bir yorum amaçsal yorumun sınırları dışına çıkmakta ve kanunun iki kişiyle sağladığı güvenceyi tek kişiyle sağlanabilir şeklinde yorumlamak kıyas anlamına gelecektir. Ceza muhakemesi hukukunda kıyas prensip olarak serbest olsa da, sınırlayıcı ve istisnai hallerde kıyas yasağı söz konusudur<sup>72</sup>. Buradaki düzenlemenin de istisnai bir norm olmasından dolayı, bu şekilde yapılan düşünsel faaliyet kıyas yasağı nedeniyle hukuka uygun olmayacaktır.

Dolayısıyla böyle bir kabul yalnızca hukuka aykırı olmakla kalmayıp, zamanla “Devletin kolluk görevlileri hata yapmaz; bu nedenle yalnızca kolluğun varlığı, arama işleminin hukuka uygunluğu ve güvenliği açısından yeterli bir teminattır” şeklinde sakıncalı bir yoruma da zemin hazırlayabilecektir.

## Sonuç

CMK’nın 119/4. maddesi uyarınca, Cumhuriyet savcısının hazır bulunmadığı konut, işyeri ve diğer kapalı alanlarda yapılacak aramalarda iki işlem tanığının bulundurulması zorunludur. AlmCMK’nın 105/2. maddesinde yer alan “mümkünse” ibaresinden farklı olarak, Türk hukukunda bu konuda ilgililere herhangi bir takdir yetkisi tanınmamış; düzenleme açık ve emredici biçimde kaleme alınmıştır. Bu çerçevede, iki işlem tanığı olmaksızın yapılan aramaların hukuka uygun kabul edilebileceğine yönelik tartışmalar, normun lafzı ve yapısı karşısında anlamını yitirmektedir.

Kaldı ki, yukarıda detaylı olarak belirtildiği üzere, Anayasa’nın 38/6. maddesi ile CMK’nın 206/2-a, 217/2 ve 289/1-i maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, hukukumuzda mutlak delil yasağı söz konusu olup, hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delillerin hiçbir şekilde kullanılması mümkün değildir. Dolayısıyla, konut, işyeri ve diğer kapalı alanlarda yapılacak aramalarda Cumhuriyet savcısının katılmaması hâlinde, yapılan işlemin hukuka uygun kabul edilmesinin koşullarından biri de iki işlem tanığının mutlaka bulunmasıdır. Aksi kabul, kanuni düzenlemelerin varlığını anlamsız kılmakta ve hukuk güvenliğini ortadan kaldırmaktadır.

Bu bağlamda, Yargıtay’ın 2024 yılında benimsediği içtihadta ifade edildiği üzere, aramada beklenen güven sağlandığı ve yargılamanın bütünü itibarıyla hükme esas alınamayacak bir hukuka aykırılıkla malul olmadığı gerekçesiyle yalnızca bir işlem tanığının varlığına dayanarak işlemin hukuka uygun kabul edilmesi mümkün değildir. Zira Türk ceza muhakemesi sisteminde geçerli olan mutlak delil yasağı çerçevesinde, bir işlemin “az” ya da “çok” hukuka aykırı sayılması gibi bir derecelendirme yapılamaz. Hukukumuz bakımından, bir işlem ya hukuka uygundur ya da hukuka aykırıdır; arada gri bir alan veya üçüncü bir seçenek mevcut değildir.

Sonuç olarak, işlem tanığının hiç bulunmadığı ya da sayıca eksik olduğu durumlarda gerçekleştirilen adli arama işlemleri, Yargıtay tarafından ortaya konulan diğer kriterlerin gerçekleşmesi suretiyle beklenen güvence sağlanmış olduğu belirtilse de, CMK’nın 119. maddesinin 4. fıkrasına açıkça aykırı olup, bu haliyle hukuka uygun kabul edilemez. Bu tür aramalar sonucunda elde edilen deliller, CMK’nın 206, 217, 230 ve 289. maddeleri ile Anayasa’nın 38. maddesi uyarınca hükme esas alınamaz. Dolayısıyla, işlem tanığına ilişkin açık normatif düzenlemeyi fiilen hükümsüz kılan ve hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmasına zemin hazırlayan yargısal yorum ve uygulamalar terk edilmeli; bunun yerine hukuk

<sup>72</sup> Baytaç, Kanunilik İlkesi, 274-375

devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkı temelinde şekillenen, tutarlı ve öngörülebilir bir içtihat çizgisi benimsenmelidir.

## Kaynakça

- Akyürek, Güçlü. "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu." Türkiye Barolar Birliği Dergisi 0/101 (2012).
- Baytaz, Abdullah Batuhan. Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Dinlenilme Hakkı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2021.
- Bıçak, Vahit. "Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımlar." İnsan Hakları Yıllığı 0/17-18 (1996).
- Bulut, İlhan. "Adli Aramada Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı." Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 19/2 (2024).
- Centel, Nur - Zafer, Hamide. Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 22. Bası, 2024.
- Çınar, Ali Rıza. "Hukuka Aykırı Kanıtlar." Türkiye Barolar Birliği Dergisi 0/55 (2004).
- Çöpoğlu, Hakan Serdar. Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Bası, 2023.
- Dülger, Murat Volkan. Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehir Ağacın Meyvesi Öğretisi). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, 2014.
- Dülger, Volkan - Taşkın, Şaban Cankat. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, 2024.
- Eisenberg, Ulrich. Beweisrecht der StPO. München: Verlag C.H. Beck, 10. Auflage, 2017.
- Gökçen, Ahmet - Alşahin, Mehmet Emin - Çakır, Kerim. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Bası, 2024.
- Gökçen, Fahri Taner - Öntan, Yaprak. "CMK'nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm." Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65/4 (2016).
- Hegmann, Michael. Strafverfahren. Münster: Springer, 1. Auflage, 2013.
- Hofmann, Manfred. "Die Online-Durchsuchung – staatliches 'Hacken' oder zulässige Ermittlungsmaßnahme?" Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 0/0 (2005).
- Karahan, Abdurrahman Burak. Nemo Tenetur İlkesi. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, 2025.
- Karlsruher Kommentar StPO / Thomas Fischer. Strafprozessordnung Kommentar. München: Verlag C.H. Beck, 9. Auflage, 2023.
- Kindhäuser, Urs. Strafprozessrecht. Baden-Baden: Nomos, 2. Auflage, 2010.
- Koca, Mahmut. "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı." Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4/1-2 (2000).
- Lübke, Wolfgang - Müller, Ulrike - Bonenberger, Saskia. Steuerfahndung. Wiesbaden: Gabler, 1. Auflage, 2008.
- Münchener Kommentar zur StPO / Jörn Hauschild. Band 1. München: Verlag C.H. Beck, 2. Auflage, 2023.
- Özbek, Veli Özer - Doğan, Koray - Bacaksız, Pınar. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 17. Bası, 2024.
- Öztürk, Bahri - Eker, Kazancı Behiye - Soyer, Güleç Sesim. Ceza Hukukunda Koruma Tedbirleri. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, 2022.

Öztürk, Bahri - Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Alan, Esra - Sırma Gezer, Özge - Saygılar, Yasemin - Özaydın, Özdem - Erden Tütüncü, Efser - Tok, Mehmet Can. Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 11. Bası, 2024.

Öztürk, Bahri - Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan - Alan, Esra - Sırma Gezer, Özge - Saygılar, Yasemin - Özaydın, Özdem - Erden Tütüncü, Efser - Tok, Mehmet Can. Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 18. Bası, 2024.

Roxin, Claus - Schünemann, Bernd. Strafverfahrensrecht. München: Verlag C.H. Beck, 26. Auflage, 2009.

Schmitt, Bertram - Köhler, Marcus - Meyer-Goßner, Lutz. Strafprozessordnung. München: Verlag C.H. Beck, 67. Auflage, 2024.

Şahin, Cumhur - Göktürk, Neslihan. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 15. Bası, 2024.

Ünver, Yener - Hakeri, Hakan. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 23. Bası, 2024.

Ünver, Yener - Hakeri, Hakan. Ceza Muhakemesi Hukuku. 2 Cilt. Ankara: Adalet Yayınevi, 15. Bası, 2019.

Yenisey, Feridun - Nuhoglu, Ayşe. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, 2024.

Yılmaz, Yeşim. "Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama." Türkiye Barolar Birliği Dergisi 0/124 (2016).

#### **Makale Bilgi Formu**

**Çıkar Çatışması Bildirimi:** Yazarlar tarafından potansiyel çıkar çatışması bildirilmemiştir.

**Yapay Zekâ Bildirimi:** Bu makale yazılırken hiçbir yapay zekâ aracı kullanılmamıştır.

**İntihal Beyanı:** Bu makale iThenticate tarafından taranmıştır.