

T.C.
YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

Yüksek Lisans Tezi

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI
İŞİĞİNDA DELİL YASAKLARI

HAZIRLAYAN
Gökçe UZUNALİ ŞENOL
10300001401

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

İZMİR – 2014

T.C.
YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Gökçe Uzunali Şenol
Tez Konusu : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Delil Yasakları
Anabilim Dalı : Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Programı : Kamu Hukuku
Sınav Tarihi ve Saati : 05.09.2014 – 11.00

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Enstitü Yönetim Kurulu'nun tarih ve sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Yönetmeliğinin 23/37.maddesi gereğince yüksek lisans/doktora tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezinidakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OY ÇOKLUĞU O
DÜZELTME OY BİRLİĞİ ile O
RED edilmesine ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O
Öğrenci sınava gelmemiştir. O

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fullbright vb.) aday olabilir. Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir. O
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir. O
Tezin basımı gerekliliği yoktur. O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Delil Yasakları” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğumu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

...../...../.....

Gökçe UZUNALİ ŞENOL

ÖZET

Yüksek Lisans AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA DELİL YASAKLARI

Gökçe UZUNALİ ŞENOL

Yaşar Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Muhakemenin başlangıcından sonuna kadar, bizi maddi gerçeğe taşıyan “delil” muhakeme hukukunun yapı taşıdır. Bu nedenle delilin güvenilir olması kamunun hukuka güvenini sağlayarak kamu vicdanını rahatlatacaktır; bununla birlikte hukuk devleti ve adil yargılanmanın gerçekleşmesini sağlayacaktır. Ceza muhakemesinde delilin elde edilmiş biçimi büyük önem taşımakla birlikte muhakemenin salâhiyetini de önemli ölçüde etkilemektedir. Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle, genel olarak delil kavramı ile hukuka aykırı delillerin Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından teorisi ve uygulamaları incelenmiştir. Çalışmamızın asıl orijini ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları oluşturmuştur. Bu kararlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ışığında, üye ülkelerdeki uygulamalar ve Mahkemenin konuya yaklaşımı irdelenmiştir. Çalışmamız, maddi gerçeğe giden yolda adil yargılanma ilkesi gereklerinin ve haklar dengesinin en üst seviyede tutulması ve bu yolda meydana gelmesi muhtemel insan hakları ihlallerinin önlenmesi için mevcut duruma ışık tutmaktadır.

Anahtar Sözcükler:Hukuka aykırı deliller, adil yargılanma hakkı, insan hakları, Yargıtay kararları, AİHM kararları

ABSTRACT
Master Thesis
UNLAWFULL OBTAINED EVIDENCES IN THE LIGHT OF
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Gökçe UZUNALI ŞENOL

Yaşar University
Institution of Social Sciences
Master of Public Law

“Evidence”, which carries us to the reality, is the building block of the trial law, from the beginning to the end of trial. Hence reliability of evidences bring into safety public; by the way that provides fair trial and state of law rules. Obtaining methods of evidences in crime law is quite important and that effects the fairness of trial. In this contest the thesis includes firstly “evidence” as a notion and then the color of Turkish Crime Law theory and practice. Even if the basic origin of thesis is the judgement of European Court of Human Rights. Practice of the other countries and the point of view of Court is examined in the light of Court decisions and Convention. The thesis elucidates to present situation to prevent human rights violations and keep fair trial.

Keywords: Unlawfull obtained evidences, fair trial right, human rights, decisions of Court of Appeal, decisions of European Court of Human Rights

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM CEZA MUHAKEMESİNDE İSPAT VE DELİLLER

I. GENEL BİLGİLER	1
A. Ceza Muhakemesinin Amacı	1
B. Ceza Muhakemesinde İspatın Önemi	2
II. DELİL KAVRAMI, TANIMI, ÖZELLİKLERİ VE TÜRLERİ	4
A. Kavram ve Tanım	4
B. Delillerin Özellikleri	7
C. Delil Türleri	9
1. Beyan Delilleri	10
a. Tanık Beyanı	11
b. Sanık Beyanı	13
c. Sanık ve Tanıktan Başka Kişilerin Açıklamaları	13
2. Belge Delilleri	14
a. Yazılı Belgeler	14
b. Şekil Tespit Eden Belgeler	15
c. Görüntü ve/veya Ses Tespit Eden Belgeler	15
d. Bilişim Verisi Şeklindeki Belgeler	16
3. Belirti Delilleri	16
a. Tabii Belirtiler	16
b. Suni Belirtiler	16
III. TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA DELİL SİSTEMİ	17
IV. DELİLLERİN ORTAYA KONULMASI	18
A. Delillerin Ortaya Konulması Talebi	18
B. Delillerin Ortaya Konulması Talebinin Reddi	19
C. Delillerin Tartışılması	20
D. Delillerin Değerlendirilmesi ve Takdiri	21

İKİNCİ BÖLÜM TÜRK CEZA MUHAKEMESİNDE DELİL YASAKLARI

I. GENEL OLARAK	24
A. Hukuka Aykırılık Unsuru	23
B. Hukuka Aykırı Delil Kavramı	25
C. Delil Yasakları Kavramı	27

II. TÜRK HUKUKUNDA DELİL YASAKLARININ ANAYASAL VE YASAL DAYANAKLARI.....	28
A. Anayasamız Açısından Delil Yasakları.....	28
B. Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından Delil Yasakları.....	31
III. YASAK DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	34
A. Genel Olarak.....	34
B. Yasak Delillerin Değerlendirilmesi Konusundaki Yaklaşımlar.....	36
1. Kesin Kabul Yaklaşımı.....	37
2. Mutlak Değerlendirme Yasağı Görüşü.....	39
3. Nispi Değerlendirme Yasağı Görüşü.....	46
4. Delilin Hukuka Uygun Olarak Elde Edilebilirliği Görüşü.....	51
C. Türk Hukukundaki Durum.....	52
D. Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler.....	56
1. İngiliz Hukuku.....	56
2. Amerikan Hukuku.....	58
3. Alman Hukuku.....	59
4. Fransız Hukuku.....	61
5. İsviçre Hukuku.....	62
6. İsveç Hukuku.....	62
E. Görüşümüz.....	63
IV. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN UZAK ETKİSİ SORUNU.....	64
V. YASAK DELİLLERİN DOSYADAN ÇIKARILMASI SORUNU...	79
A. Yasak Delillerin Dosyadan Çıkarılması Gerekliğini Savunan Görüş...	79
B. Yasak Delillerin Dosyadan Çıkarılmayacağını Savunan Görüş.....	80
C. Görüşümüz.....	82
VI. RESMİ SIFATI BULUNMAYAN ÖZEL KİŞİLER TARAFINDAN ELDE EDİLEN HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ SORUNU.....	83

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA DELİL YASAKLARI

I. DELİL YASAKLARI İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İHLAL EDİLEN BAŞLICA HAKLAR.....	87
A. Adil Yargılanma Hakkı (AİHS M. 6).....	87
B. İşkence Yasağı (AİHS M. 3).....	94
C. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı (AİHS M. 8).....	98
II. DELİL YASAKLARI İLE İLGİLİ ÖZEL DURUMLAR.....	102
A. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi.....	102

B. İfade ve Sorgu Sırasında Söz Konusu Olan Delil Yasakları.....	109
C. Yasadışı Arama ve El Koyma.....	119
D. İletişimin Tespiti ve Kayda Alınması.....	121
E. Hukuka Aykırı Provokasyon (Ajan Provokatörlük).....	124
F. Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme, Ses veya Görüntü Alma.....	128
G. Gizli Tanıklık Uygulamaları.....	130
III. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN UZAK ETKİSİ SORUNUNUN AİHM KARARLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	132
SONUÇ.....	132
KAYNAKLAR.....	136

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.e.	: Aynı eser
A.g.e.	: Adı geçen eser
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMUK	: 1412 Sayılı Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas No.
EGM	: Emniyet Genel Müdürlüğü
f.	: Fıkra
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Dergisi
K.	: Karar No.

m.	: Madde
No.	: Numara
Par.	: Paragraf
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Ceza, devletin sosyal hayatı düzenlemek, yönlendirme ve değiştirmek için başvurabileceği en etkin araçlardandır. Cezai uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra, suçluluğun ispatı ve faile öngörölen cezai sonuçlardan birisi olarak cezanın belirlenip faile uygulanabilmesi ise ancak iddia savunma ve yargılama makamlarının birlikte gerçekleştirdiği bir çalışmanın sonucunda mümkün olabilmektedir.

Ceza muhakemesi hukukunun amacı ise bilindiği gibi maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bu gerçeği ortaya çıkarırken öncelikle geçmişte yaşanan olayların gerçekte yaşanıp yaşanmadığı, yaşanmış ise ne şekilde ve kim tarafından gerçekleştirildiğinin ortaya çıkarılması gerekir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için yürütölen ceza muhakemesinde, yargılama makamı, cezai uyuşmazlığa konu olayın geçmişte nasıl gerçekleştiğini tespit ederken vicdani kanaatini ön planda tutar. Bu vicdani kanaat, keyfi şekilde karar verme yetkisi anlamına gelmemekle birlikte, yargılama makamının ispatı usulü dairesinde gerçekleştirmesi gerekir. Bu vicdani kanaatin oluşması ise gerçekleşen olayı temsi eden, mahkeme ve taraflar huzurunda olayın somutlaşmasını ve aydınlanmasını sağlayan deliller aracılığı ile olur. Aslında burada hakim in ortaya koyduğu vicdan bir bakıma kamunun vicdanını da temsil etmektedir.

İşte bu nedenlerle, günümüzde suç işleyen kişilerin cezalandırılması yetkisine sahip olan Devlet, bu yetkisini kullanırken yürürlükteki hukuk kurallarına uygun davranmalı ve bu kurullarla kendisini de bağlı tutmalıdır. Anayasa m.2’de de açıkça benimsenmiş olduğu üzere, devletimiz bir “hukuk devletidir” ve hukuk kurallarına uyacağını beyan etmiştir. Nitekim ceza muhakemesi, bireyin çıkarları ile toplum çıkarlarının çatışma halinde olduğu bir alandır. Bireyi toplum adına cezalandıran devlet, delil toplama ve değerlendirme faaliyetinde bireyin temel haklarına saygılı olmak, hukuka uygun davranmak, hukuka uygun davranışın örneğini teşkil etmek zorundadır.

Öte yandan suç isnadı altında kalan kişi, AIHS m.6/2 ve Anayasa m. 38/4 uyarınca, “masumiyet/suçsuzluk karinesi” güvencesinden faydalanacak; suçluluğu kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü ile sabit olmadıkça masum sayılacak; ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında “adil yargılanma hakkı” ilkesinden kaynaklanan tüm haklara sahip olacaktır.

İspat hukukunun temelini oluşturan “delil” kavramı ise, ceza normlarında soyut tanımlamaları bulunan suçlardaki tipe uygun hareketlerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleşmiş ise bu eylemin kim tarafından gerçekleştirildiğini tespiti ve ortaya çıkarmaya yönelik her türlü iz, eser, belge ve kayıt olarak tanımlanabilir. Şüpheli ve sanığa tanınan güvenceler ışığında, adli makamlar ceza yargılaması işlem ve tedbirlerine başvururken, o tedbir ve işlemlerle ilgili öngörülen hukuk kurallarına uymak ve bu kurallar çerçevesinde delil toplamak ile yükümlüdür. Bu kurallara aykırı davranışlar göstererek elde edilen her delil, hukuka aykırı delil niteliğini taşıyacaktır. “Hukuka aykırılık” kavramı ise tüm hukuk kurallarını kapsadığı şeklinde yorumlanmaktadır.

Bir hukuka uygunluk sebebi olmadıkça, Ceza Muhakemesi Kanunu dışında da olsa, ceza muhakemesi hukukunun kaynağını oluşturan bir hukuk kuralına yapılan aykırılık, bu yolla elde edilen delili “hukuka aykırı delil” haline getirecektir. Bu noktada yinelemek istiyoruz ki, suç ve şüpheli/sanık ile ilgili tüm delillerin hukuka uygun yollarla elde edilmeleri ve yine hukuka uygun yollarla değerlendirilmeleri gerekir. Bu nedenle günümüz ihtiyaçlarına uygun düşecek nitelikte delil elde etme yöntemlerini “hukuk devleti” ile “adil yargılanma” ilkeleri ışığında düzenleyen ceza yargılaması normlarının yapılması gerekmektedir. Nitekim bu ilkelerin tam anlamıyla hayata geçirilmesi, kamunun hukuka olan güvenini artıracak ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaracaktır.

Muhakemenin yapı taşı niteliğindeki “delil”in hukuka uygun olarak elde edilmiş olması, kamunun hukuka güvenliğini sağlamakla birlikte hukuk devleti ve adil yargılanma ilkelerini de gerçekleştirecektir. Bu nedenlerle delilin hukuka uygun yollarla elde edilmesi önemlidir. Türk Ceza Muhakeme sistemi hukuka aykırı olarak elde edilen bulgu ve delilleri kesin olarak yasaklamaktadır. Peki bu mutlakiyet muhakemenin salahiyetini nasıl etkileyecektir; gerçekten kamu vicdanı bu şekilde rahatlayacak mıdır? Belki de maddi gerçek sonsuza kadar karanlıkta kalacaktır.

Çalışmamızda asıl olarak, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin muhakemede değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu, doktrin ve uygulamadaki yaklaşımlar ile açıklanmıştır. Bununla birlikte Türk Ceza Muhakemesi uygulamaları, CMK hükümleri ve Yargıtay kararları doğrultusunda ele alınmıştır. Çalışmamızın asıl orijinini ise AİHM kararları ve AİHS uygulaması oluşturmaktadır. Bu noktada halen tartışmalara konu edilen, AİHM

kararlarında ve Sözcleme üyesi devletlerin uygulamalarında dahi yeknesaklık sağlanamamış olan hukuka aykırı deliller konusu, AİHM kararları ışığında tüm yönleriyle ele alınmıştır. Çalışmamızda AİHM uygulamaları ile Sözclemenin yorumlanmasındaki yaklaşımları göz önünde bulundurulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİNDE İSPAT VE DELİLLER

I. GENEL BİLGİLER

A. Ceza Muhakemesinin Amacı

Ceza muhakemesinde, suçun işlenip işlenmediği ve failin kim olduğu araştırılır. Bu araştırma maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için yapılır. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da ceza muhakemesi hukukunun amacının, yargılamanın hangi aşamasında olursa olsun maddi gerçeğin bulunması olduğuna karar vermiştir¹.

Bu noktada ceza muhakemesinin amacını “Önceden işlenmiş olan bir eylemle ilgili olarak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır.” şeklinde açıklayabiliriz².

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması önemlidir. Ancak bundan daha önemli olan suç faillerinin, toplum düzeni ve kamu otoritesi açısından cezasız kalmamalarıdır. Öte yandan, suçu işlemeyenlerin cezalandırılmaları, suç işleyenlerin cezasız kalmaları kadar, hatta daha fazla hukuki barışı ve düzeni zedeleyici niteliktedir. Bu nedenle maddi gerçeği araştırma ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemez³; ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşmak için yapılan soruşturma ve araştırma işlemlerinin, sanığın ve diğer suçluların kişisel hakları korunmak suretiyle, hukuk kuralları içerisinde kalan sınırları vardır⁴.

Bilindiği gibi AİHS m.6 kapsamında düzenlenen “adil yargılanma hakkı” ile ilgili ilkelerde, hukuka aykırı yollara başvurulmaması için ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılmasında uyulması zorunlu olan birtakım sınırlamalar öngörülmektedir. Anayasamızda, AİHS m.6’da düzenlenen adil yargılanma hakkı ile uyumu amaçlayan ve 2001 yılında yapılan değişiklik ile “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği*” belirtilmektedir.Ceza

¹YCGK, E:2009/7-160 K:2009/264 T:17.11.2009

²ÇINAR Ali Rıza, TBB Dergisi, Sayı 55, 2004, s. 32; SELÇUK Sami, Karşıoylarım, Ankara 2001, s.158 (YCGK, T:19.02.1994, E:1994/6-322 K:1994/343 Sayılı karara yazmış olduğu karşı oy yazısı)

³ERDENER Yurtcan, CMUK Ceza Yargılaması Hukuku 1992 Değişiklikleri, İstanbul 1993, s. 37

⁴ÇINAR, s. 33

muhakemesinde maddi gerçek araştırılırken Anayasamızdaki bu ilke öncelikli olarak göz önünde bulundurulacaktır.

“Adil yargılanma ilkesi” kavramına, Birleşmiş Milletler tarafından 10.12.1948 tarihinde yayınlanan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde de ceza hukuku ve ceza yargılamasını yakından ilgilendiren ilkelerle yer verilmiştir. Beynamede yer alan haklar arasında işkence veya insanlık dışı veya küçültücü muamele veya ceza yasağı (m.6), keyfi tutuklama ve hapsedme yasağı (m.9), suçsuzluk karinesi (masumiyet karinesi) (m.11) sayılabilmektedir. Yine BM Genel Kurulu’nun 39/46 sayılı kararıyla, 10 Aralık 1984 tarihinde kabul edilerek 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren İşkenceye ve Başka Zalimce İnsanlık Dışı ya da onur kırıcı Ceza ya da Davranışlara Karşı Sözleşme, insan onuruna saldırı teşkil eden, bilgi ya da itirafları elde etmek için uygulanan şiddet ya da başkaca davranışları yasaklamaktadır⁵.

Bu noktada şunu söylemeliyiz ki her ne kadar Ceza Muhakemesi Hukukunda “Her şey delil olarak kabul edilir, delil serbestisi ilkesi hakimdir.” ilkesi mevcut ise de maddi gerçeğin araştırılmasında kullanılacak yöntemler de sınırsız değildir. Ceza yargılamasında suçlunun cezalandırılması amaçlandığı kadar; suçsuzun korunması, yargılamanın yasalara ve yargılama kurallarına uygun yürütülmesi de önem taşımaktadır. Böylelikle, maddi gerçeğin araştırılmasında birtakım sınırlamalar getirilerek, kişisel ve toplumsal değerler de korunmaya çalışılmıştır⁶.

B. Ceza Muhakemesinde İspatın Önemi

Ceza muhakemesi hukuku, soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki ana bölümden oluşur. Suçun işlenmesi neticesinde iş, mahkemeye intikal etmeden önce soruşturma aşamasından geçer.

Soruşturmanın yürütülmesinde, soruşturma makamları yetkilidir ve suç haberinin alınmasıyla suç şüphesinin bulunup bulunmadığı araştırılır. Ancak burada, soruşturmanın başlangıcında soruşturma makamının tek taraflı şüphesi mevcuttur ve bu şüphenin araştırılarak kanaate dönüştürülebilmesi için bilgi toplanması

⁵ ÇINAR, s.33

⁶ ÖZTÜRK Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995, s.7

gerekmektedir. Kısacası Devlet, bu aşamada suç şüphesini yalnızca kendi bakış açısına göre açıklığa kavuşturmaya çalışmaktadır⁷.

Esasında ceza muhakemesi suç teşkil eden bir eylemin gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleşti ise bunun kim tarafından gerçekleştirildiğini ve bu eylemin cezayı gerektirip gerektirmediğini, ceza verilecekse ne tür bir ceza verileceğini araştıran faaliyetler bütünü olarak anlaşılırsa, ceza muhakemesindeki en önemli faaliyetin delilleri toplama olduğu görülür. Bir başka deyişle ceza muhakemesi işlemlerinin çoğunluğunu delil elde etme çabası oluşturmaktadır. Zira hakimin suç teşkil ettiği iddia edilen olayın hukuk normları karşısındaki durumunu ve sanığın mahkum olacağı cezayı belirlemesi, öncelikle suç teşkil eden bir olayın varlığının ve bunun kim tarafından gerçekleştirildiğinin ispat edilmesine bağlıdır. İspat ise mahkemenin vermiş olduğu hükmün dayanağını oluşturan olayın gerçekleşmiş olduğu konusunda bir kanaat elde edilmesi için yapılan faaliyettir⁸.

Daha önce tanımladığımız gibi akla ve maddi gerçeğe ve hukuka uygun her türlü delil ispat vasıtası olarak kabul edilir⁹. Bu vasıtalarla, geçmişte yaşanan bir olayın yani işlendiğine şüphe edilen suçun, gerçekten yaşanmış olup olmadığı hususunda, yargıcı ikna etme faaliyetine de ispat denilmektedir¹⁰. Bu ispat faaliyetinin neticesinde hakimin vereceği hüküm ile maddi gerçek sübuta erer.

Herhangi bir hukuk normunun uygulanması, o normla düzenlenen olumlu veya olumsuz olayların somut olarak gerçekleşmesine bağlıdır. Hukuk normunun soyut olarak düzenlediği ve kendilerine hukuksal sonuç bağladığı olaylar, somut olarak gerçekleşmedikçe ya da gerçekleştiği sabit olmadıkça, o normda öngörülen hukuki sonucun doğmuş olduğundan bahsedilemez¹¹.

Bu açıklamalar ışığında ispatı, “Ceza muhakemesinde, esas olarak failin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda hukuk düzenince kabul edilen

⁷ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesinde İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 29-30

⁸ YENİSEY Feridun, Duruşma ve Kanun Yolları, 2. Baskı, İstanbul 1990, S.119; KOCA Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, AÜHFD, C. IV, S. 1-2, Ankara, 2000, s.109

⁹ TOSUN Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, C.1, s.711

¹⁰ ÖZTÜRK Bahri, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, s. 219

¹¹ UMAR Bilge, YILMAZ Ejder, İsbat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980, s.1

vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını temini ameliyesi”¹² olarak tanımlayabiliriz.

Ceza muhakemesi bakımından hükme tesir edebilecek her husus kural olarak ispat edilmelidir¹³. Şüphe üzerine tüm kuşkular giderilmeli; tüm hususlar ispat edilmelidir, aksi halde ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkumiyet kararından söz edilemez¹⁴. Bu husus Yargıtay tarafından da kabul edilmiş, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun ve Yargıtay Ceza Dairelerinin birçok kararında, ceza yargılamasında maddi gerçeğin hiçbir kuşku kalmaksızın ortaya çıkartılması; çıkarılmaması halinde evrensel bir ilke olan “şüpheden sanık yararlanır” ilkesine göre mahkumiyet hükmü verilemeyeceği görüşü öne çıkmıştır. Belirttiğimiz gibi maddi gerçeğin araştırılması ve gerçeğin ortaya çıkarılması ceza muhakemesinin asıl amacıdır ancak bu amacın, her ne pahasına olursa olsun, sınırsız şekilde gerçekleştirilemeyeceği Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir.

II. DELİL KAVRAMI, TANIMI, ÖZELLİKLERİ VE TÜRLERİ

A. Kavram ve Tanım

Delil, ceza uyuşmazlığının konusu olan olayı temsil eden, olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçtır. Ceza muhakemesi de geçmişte yaşandığı iddia edilen bir olayın, gerçekten meydana gelip gelmediğini, bu olayın sanık tarafından meydana getirilip getirilmediğini ve olayın ceza hukukundaki sonuçlarını tespit etmek amacıyla yapılır¹⁵.

Yargı makamlarının, cezai bir uyuşmazlığın maddi yönünü çözebilmek için gerçeği tüm yönleriyle araştırması gerekir. Araştırılan maddi meselenin sabit görülmesi veya görülmemesi sonucuyla hakim bir hükme varacaktır. Hakimin vardığı bu sonuç ile taraflar bakımından da o meselenin “ispat”; hakim bakımından “sabit görme” ve maddi mesele bakımından “sübut” denilen faaliyetlerin

¹²ÖZTÜRK, Delil Yasakları, s.304’ten naklen

¹³ÜNVER Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 2, Aralık 2006, s.103-104

¹⁴ÖZTÜRK, s.4

¹⁵CENTEL Nur/ZAFER Hamide Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 197

gerçekleşmesi için kullanılan vasıtalara delil denir¹⁶. Yani delil, hakimin muhakeme sonucunda maddi olayı çözmesine ve böylece bunu sabit görmesine ya da görmemesine hizmet eden araçlardır¹⁷. “Delilsiz mahkumiyet olmaz.” kuralı da ceza muhakemesi hukukunun temelini oluşturan kuralların başında gelir¹⁸.

Ceza muhakemesi hukukunda temel olarak maddi gerçek arandığından her şey delil olarak kullanılabilir, yani “delil serbestisi ilkesi” geçerlidir¹⁹. İleri sürülen hususların delil olabilme değerini ise hakim serbestçe takdir eder. Bu da vicdani delil sistemini oluşturmaktadır²⁰. Vicdani delil sistemi hakimin takdir yetkisinin sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Bu ilkenin sınırı, insanlık onuru ve yasaların belirlediği sınırlar içinde delil elde etme ve bunları mahkemede kullanmaktır²¹.

Kantar’a göre, “Bir kimsede bir hadisenin doğru olduğu ya da olmadığı hususunda kanaat husulüne ispat denildiği gibi ispat zımında müracaat edilen şahsa veya şeye de sübut vasıtası denir. Hadiselere dair bilgi edinilmesi için mutlaka dış dünyada, insan veya eşya gibi bir cismin yardım etmesi gerekir. Bu noktada hakimin hisleriyle idrak ettiği şeye sübut vasıtası yani delil denir²².”

Ünver/Hakeri’ye göre, yargılama konusu olayın açıklığa kavuşturulması, diğer bir deyişle maddi gerçeğin bulunabilmesi için ispat amacıyla kullanılan araçlara delil denir²³.

Toroslu/Feyzioğlu, yargıcın muhakeme sonucunda maddi olayı çözmesine ve böylece bunu sabit görmesine veya görmemesine hizmet eden araçları delil olarak tanımlamıştır²⁴.

¹⁶ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010, s. 1326

¹⁷ TOROSLU Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1999, s.160; KOCA, s.105

¹⁸ HAFIZOĞULLARI, “Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi”, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996, s. 638

¹⁹ ŞAHBAZ İbrahim, Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller, Ankara Barosu Dergisi, 2004, s. 101

²⁰ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.1327

²¹ ÖZTÜRK, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, 1995, s. 3-4; YURTCAN, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, 1998, s. 519

²² KANTAR Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, 1. Kitap, 4. Bası, Ankara 1957, s. 259

²³ ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.569

²⁴ TOROSLU Nevzat/FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 168; KOCA, s. 105

Başka bir tanımda, yaşanmış bir olayın dünya üzerinde bıraktığı izler olarak sade bir şekilde ifade edilmiştir²⁵.

Erem'e göre, "ispat bir hüküm olduğuna göre ve hakikati araştırmanın yolunu mantık gösterdiğine göre, ancak hakikati makul olarak ifade edilebilecek şeylerin delil olması gerekir. Bu itibarla delil olabilecek şeylerin rasyonel ve realist olmaları zaruridir²⁶.

Centel/Zafer'in pratik tanımı ise şöyledir: "Delil, ceza uyuşmazlığının konusu olan olayı temsi eden, olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçtır"²⁷.

Belgesay'a göre, "Hukuk, nizama tesiri olan vakıları ispat için hakimin nazari itibara almasına kanunun müsaade ettiği vasıtalara delil denir"²⁸.

Bu tanımlar ışığında vardığımız ortak sonuç, maddi gerçeği ortaya çıkarmak adına, hakimin muhakeme sonucunda kanaatinin sübuta ermesini sağlayan ve hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan her türlü vasıtanın delil olarak tanımlanabileceğidir.

Soruşturma evresi kapsamında savcıya yönelik olarak "delilsiz kamu davası açılmaz" kuralını da diğer önemli ilkeler arasına eklememiz gerekir. Ortaya konulan delillerle şüphe aydınlanmış ve bir kanaate varılmışsa, olay belirlenmiş demektir. Eğer ortada delil yoksa ya da şüpheyi gidermeye yeterli değilse, maddi gerçeğe ulaşmak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu aşamanın sağlıklı biçimde tamamlanarak, kovuşturma aşamasına taşınabilmesine kadar geçen süreç ciddi ve esaslı bir husustur.

5271 sayılı CMK "sanıktan delile, delilden sanığa ulaşılması yöntemini benimsemiştir. Bu itibarla soruşturma aşamasında delilleri toplamakla görevli savcılık ve onun emrindeki adli kolluk makamlarına, araştırmanın yapılmasına yönelik araç ve teknikleri kullanma yetkisi vermiştir. Bu kapsamda, özellikle; şüpheli, sanık ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması (CMK m.75-76), elde edilen örnekler üzerinde moleküler genetik incelemeler yaptırılması (CMK m.78), fizik kimliğin tespiti (CMK m.81), yer gösterme (CMK

²⁵ YENİSEY, Duruşma ve Kanun Yolları, s. 121

²⁶ EREM, Ümanist Doktrin Bakımından Türk Ceza Hukuku, C.1, 12. Bası, Ankara 1984, s. 349

²⁷ CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008, s.42

²⁸ BELGESAY, Mustafa Reşit, "İnsan Hakları" Adalet Dergisi, 1964, Sayı 5-6, s.11

m.85), bilgisayarlarda arama, kopyalama, elkoyma (CMK m.134), telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (CMK m.135), gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme (CMK m.139) gibi delil elde etmeye yönelik vasıtaları belirtmek gerekir.

Delillerle ortaya çıkarılmak istenen kanunlarla suç sayılan bir fiilin araştırılıp maddi gerçeğe ulaşmaktır. Suç ise bu noktada tek yönlü değil; hem onu işleyen, hem suça maruz kalan hem de suçun ortaya çıktığı toplum ve o toplumda yarattığı etkiler bakımından sonuçlar doğurur. Bu nedenlerle aslında ceza muhakemenin bu aşaması belki de yargılama safahatının en hassas aşamasını oluşturmaktadır. Bu itibarla bahsi geçen yöntem ve vasıtaların söz konusu makamlarca kötüye kullanılmaması ve bunun denetiminin sağlanması da maddi gerçeğe ulaşan yolda atılan adımların hukuki ve kamusal vicdan sathında doğruluğunu ve güvenilirliğini doğuracaktır.

B. Delillerin özellikleri

Ceza Muhakemesinde maddi gerçek ve serbest kanaat arandığından hakime gerçeği gösterecek her şey delil olabilir. Ancak bu durum sınırsız olmayıp, muhakemeye esas alınacak delillerde şu özellikler aranmalıdır:

- Deliller gerçekçi olmalıdır: Bu demektir ki delil olabilecek şey, iç dünyamızın değil, elle tutulabilen dış dünyamızın bir parçasını oluşturmalı ve böylece beş duyumuzla öğrenilebilmelidir²⁹.
- Deliller akılcı olmalıdır: Hakime gerçeği gösterecek nitelikte olguların delil olabilmesi için, ulaşılmak istenen gerçeği akla uygun olarak ifade edilebilecek şeylerin delil olarak ortaya konulması gerekmektedir. Bu da delillerin bilimsel olması gereğini beraberinde getirmektedir. Bu noktada delillerin akılcı olması gereği arandığından, yeminin delil olamayacağını kabul etmek gerekir³⁰.
- Deliller ispat bakımından önemli olmalı; delil ile ispat edilmek istenen olay karara etkili bir olay olmalıdır (CMK m.206).

²⁹Bu niteleme, "Carnelutti, Lezioni, II, 204; De Marsico, 175" atfı ile eserde yer almaktadır.

³⁰KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.1329

- Deliller hukuka uygun olmalıdır: Delillerin hukuka uygunluğu ceza muhakemesi bakımından önemli bir husus olup delillerin hukuka aykırı yollarla elde edilmemesi gerektiği CMK 206/2-a maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Bunlara ek olarak, CMK 148/3 ve 217/2 maddeleri Anayasamızın 38/6 maddesi de aynı esasları kabul etmiştir. Bu konu ile ilgili olarak ileride daha ayrıntılı bir inceleme yapacağımızdan tekrardan kaçınmak için şimdi ayrıntılı olarak incelemiyoruz.
- Deliller müşterek olmalıdır: Bu ilke ile ifade edilen, delillerin yalnızca yargılamayı yapan hakim tarafından değil, taraflarca da öğrenilmesi ve hükmün verilmesine katkı sağlamaları gerektiğidir. Nitekim delillerin müşterekliği, delillerin ortaya konulup tartışılması ile sağlanabilir.

Diğer yandan olay hakkında şahsi bilgisi olan hakimin hakimlikten çekinmesi, yargılamaya tanık olarak katılması gerekmektedir³¹.

- Bilimsel deliller: Günümüzde vicdani delil sistemi sayesinde hakim rasyonel olan her delile başvurabilmekte ve bilim-teknik yöntemlerinden yardım alabilmektedir. Ancak vicdani delil sisteminin sakıncalı bir sonucu olarak ceza hakiminin, “hakimin takdir yetkisi” adı altında keyfi hükümler verdiği görülebilmektedir. Bilimsel delilin bu sonucu engellediği doğrudur; ancak her bilimsel delilin objektif olduğu fikri ise hatalıdır.
- İspatın nispetliliği: Muhakemede deliller hiçbir zaman objektif muhakkaklığı yani mutlak belirliliği göstermez. Delillerin gösterdiği objektif bakımdan bir ihtimaldir. Buna rağmen belli bir dereceye varınca ihtimal olduğu gibi, ihtimal de belli bir dereceye gelince kanaat olur. Yani şüphe yenilir ve yerini kanaate bırakır. İşte ispat hükmü için aranan bellilik budur³².

³¹ TANER Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 1955, s. 171

³² KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, naklen, s.1334

- Şüpheden sanığın faydalanması: Hakim yargılamanın sonuçlandırılıp bir hükme varmak açısından bir kanaat oluşturamazsa, o husus sabit olmayacak ve sabit olmayan hususun sonuçları doğacaktır. Bu noktada ceza muhakemesi anlamında “şüpheden sanık yararlanır” prensibi ortaya çıkmaktadır.

Mahkumiyete yeter delil olmaması sebebi ile beraat kararı verilmesi prensibi olarak daha açık biçimde ifade edebileceğimiz bu ilke, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkum olmasına tercih edilmesi ve suçluluğu sabit oluncaya kadar sanığın masum sayılması anlamına gelir. Bu ilke daima sanık lehinedir.³³

C. Delil Türleri

Doktrindedeliller değişik şekillerde sınıflandırılmaktadır.

Centel/Zafer’e göre deliller, sanık beyanı, tanık beyanı, belge delilleri, belirti delilleri ve bilimsel deliller, bilirkişi mütalaası ve keşif olarak sınıflandırılmaktadır³⁴.

Erem ise, itiraf (ikrar), şahadet (tanık açıklamaları), bilirkişilik, keşif, maddi deliller, şeklinde bir ayrıma gitmektedir³⁵.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu’na göre deliller “beyan”, “belge” ve “belirti” olmak üzere üç ana başlık altına alınmıştır. Bunlardan beyan ve belge çeşitleri somut olaya münhasır delillerdir. Üçüncü çeşit olan belirti ise genel nitelikte temsili delillerdir³⁶.

Öztürk/Erдем/Özbek’e göre ise sanık açıklamaları ve ikrar, tanık açıklamaları, sanık ve tanıktan başka kişilerin açıklamaları, yazılı açıklamalar (belgeler), görüntü veya ses kaydeden araçlarla açıklama, belirtiler şeklinde sınıflandırılır³⁷.

³³ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s.1335

³⁴ CENTEL/ZAFER, s.171

³⁵ EREM, s.361 vd.

³⁶ ÜNVER/HAKERİ, s.570, KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1346, TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.175

³⁷ ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖZBEK Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.412; ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s.348

Tosun; yasal deliller, vicdani deliller ve bilimsel deliller olarak ayırmaktadır³⁸.

Beyan delili tanık beyanı, sanık beyanı ve sanıktan başka kişilerin beyanından oluşmaktadır³⁹. Belge delili ise yazılı belgeler, şekil tespit eden belgeler ve ses tespit eden belgeler olarak üç kısma ayrılır. Belirtiler ise suni ve doğal belirti olarak sınıflandırılır⁴⁰.

Biz bu çalışmada delil türlerini, beyan, belge ve belirti delilleri olmak üzere üç ana başlık altında inceledik.

1. Beyan Delilleri

Suç vakiasının maddi yönüne ilişkin olarak yapılan açıklamalar beyan delilini oluşturur. Bu açıklamalar, sanığa, suçtan zarar görene (mağdura) ya da tanığa ait olabilir. Aydınlatılmak istenen suç fiilinin gerçekten nasıl ve ne şekilde işlendiğinin ortaya çıkarılabilmesi için bu beyanlar oldukça önemli olup; beyan delilinin kabul edilebilmesi için karar verecek mahkeme veya hakim önünde sözlü olarak yapılması gerekir. Soruşturma evresinde ise savcı ya da kolluk makamları önünde yapılan sözlü açıklamalar “ifade” olarak tutanak altına alındığında belge delili niteliğini kazanır.

Beyan delili suçun aydınlatılması bakımından en çok başvurulan delildir fakat güvenilirliği bakımından ihtiyatlı davranılmasını gerektirir. Nitekim sanık ve mağdur olayı bizzat yaşayan kişilerdir ve maddi gerçeğe en yakın olanlardır. Fakat bu kişiler olayın tarafları olduklarından, anlatımlarının objektif olmaktan uzak, kendi lehlerine dönük olma ihtimali çok yüksektir. Dolayısıyla bu beyanların ilk aşamada şüphe oluşturması ve başka deliller ile desteklenmeye çalışılması gerekebilir. Bu nedenle beyan delilinin hakim tarafından özenle değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu bazı durumlarda beyan delillerinin muhakemede kullanılmasını kendisi yasaklayabilmektedir. Örneğin, tanıklıktan çekinebilecek kişi duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, ifadesine ilişkin tutanak duruşmada okunmayacaktır (CMK m. 210/2). Keza şüpheli veya sanığın özgür iradesini engelleyici nitelikte

³⁸ TOSUN, s.590

³⁹ “...Amacı isnada konu maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza yargılamasında, somut olaya münhasır delillerden biri de beyan delilidir. Beyan, tanığa, sanığa veya sanığın dışındaki taraflardan birine ait olabilir...” (YCGK 29.11.2005 T. 2006/7-144 E. ve 2005/150 K.)

⁴⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1346 vd; ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2011, s.586

müdahalelerle yasak usullerle elde edilen ifadeler rızai olsa dahi, delil olarak değerlendirilemeyecek; değerlendirilse dahi bu mutlak bir bozma sebebi kabul edilecektir (CMK m. 148/3).

Yine CMK’da hüküm verilirken şüphelinin kolluk tarafından alınan ifadesine hüküm verilirken dayanılmasını belli şartlar altında kabul etmiştir. Buna göre, müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacaktır (CMK m.148/4).Bu hükmün karşıt anlamına göre kolluk tarafından ifade alınırken, müdafîin şüphelinin yanında bulunması durumunda, şüphelinin ifadesi duruşmada delil değeri kazanacaktır. Zira CMK m.213’e göre müdafî olmadan alınan kolluk ifadesinin delil olabilmesi için şüphelinin hakim önündeki sorguda bunun içeriğini reddetmemesi gerekir.

CMK m. 148/4’deki düzenlemede müdafî hazır olmaksızın alınan ve sonradan sanık tarafından doğrulanmayan kolluk ifadesinin “hükme esas alınamayacağı” belirtilmektedir. Bu düzenleme karşısında, bu tür ifadelerin soruşturma evresinde kullanılabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır ki soruşturma ve kovuşturma evresi arasında tutarlılığın sağlanması ve eldeki beyanın delil vasfını kazanabilmesi için zorunlu müdafilik sisteminin kabul edilmesi, adil yargılanmanın sağlanabilmesi açısından daha iyi olacaktır.

a. Tanık Beyanı

Ceza muhakemesinde, yargılanan uyuşmazlığın objesi olan fiili doğrudan doğruya beş duyusuyla algılamış olan ve yargılamanın tarafı olmayan kişinin, olay ile ilgili hatırladığı hususları kovuşturma evresinde mahkeme önünde anlatmasına tanıklık denir.⁴¹

Tanık açıklamaları gerçek olması koşuluyla maddi gerçeğe ulaşma çabasında önemlidir. Kural olarak herkes tanık olabilir; kişinin çocuk, yaşlı, hasta, akraba, sanığın eşi ya da düşmanı olmasının tanıklık etme hususunda bir önemi yoktur⁴².

⁴¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1346; ÖZBEK VD, s.587; TOSUN, C.1, s.612; YURTCAN, s.263; ÖZTÜRK/ERDEM, s.350,CENTEL/ZAFER, s.201

⁴² YURTCAN, S.263; ÖZTÜK/ERDEM, s.350 vd., ÖZBEK VD, s.587; CENTEL/ZAFER, s.201, TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 176

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda suç ortaları ve mağdur da tanık olarak dinlenebilmektedir (CMK m.50/1-c).

Kısaca “tanık”ın özelliklerinden bahsedecek olursak en önemli ve birinci kural sanığın tanık olamayacağıdır. Aksi durum sanığın susma hakkı ve tanığın taraflar dışında bir kişi olması zorunluluğu ile bağdaşmaz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi tanıklar arasında yaş, cinsiyet, yakınlık ilişkisi gibi bir ayırım yapılamaz; herkes tanık olarak dinlenebilir. Bunun gibi gördüğünü anlatan tanık ile duyduğunu anlatan tanık arasında delil değeri bakımından bir fark yoktur. Ancak duyduğunu anlatan tanık, tanığın tanığı yani dolaylı tanık olabileceğinden, bu beyan özenle dikkate alınmalıdır.

Tanık beyanının doğruluğunda şüphe uyandıracak iki durum yanlış ve/veya yalan beyandır. Yanlış beyan çoğunlukla kişisel görüş ve değerlendirmelerin ifadeye eklenmesi nedeniyle oluşur. Uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere, sanığın sözünün sıklıkla kesilmesi ve kendisine sert tavırlar gösterilmesi tanığı yanlış beyana yönlendirebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen doğrudan soru sorma tekniği ile tanık etki altında bırakılabilir ancak aksine bu vasıta doğru kullanıldığında yalan ve/veya yanlış beyanın önüne geçilmesi de mümkün olabilecektir⁴³.

Hakimin aynı zamanda tanık olması durumu CMK 22/1-h maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm ile hakimin tanıklık görevi önce gelmektedir ve bu durum hakim bakımından görev yasağı oluşturur.

Bununla birlikte suçtan zarar gören ya da bu sıfatı almakla katılanın da tanık sıfatıyla dinlenebilmesinde bir engel yoktur. Aynı zamanda şerikler de tanık olarak dinlenebilir. Nitekim CMK m.50 uyarınca “*Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraken...şüpheli, sanık...olanlar*” yemin verilmeden dinlenen tanıklar arasında sayılmaktadır⁴⁴.

b. Sanık Beyanı

Somut olaya özgü temsili delillerden biri olan “beyan” delilinin bir çeşidi de sanık beyanıdır. Buradan çıkan sonuç sanığın hem süje, hem de obje olmasıdır.⁴⁵ Delil

⁴³ ÖZBEK VD, s.588

⁴⁴ ÖZBEK VD, s.589 vd.

⁴⁵ DEMİRBAŞ, s. 51

olan “sanık beyanı”, susma hakkını ve müdafiden yararlanma hakkını öğrenip, konuşmaya karar veren sanığın olay hakkında bildiklerini, esas hakkındaki hükmü verecek hakim huzurunda sözlü olarak bildirmesidir⁴⁶.

Sanık çoğunlukla olayı en iyi bilen kişidir. Ancak menfaati gereği maddi gerçeği gizlemesi kuvvetle muhtemel olduğu gibi sanığın suçsuzluğu da ihtimal dahilindedir. Diğer yandan kişinin suçsuz olduğu hallerde dahi gerçeği gizlemesi mümkündür. Örneğin şüpheli veya sanığın çeşitli nedenlerle başkasının yerine kendisini suçlu göstermesi durumu söz konusu olabilir. Bu durumda hakim takdiri devreye girecektir⁴⁷.

CMK m.148 ile yasak olan ifade alma ve sorgu yöntemleri belirtilmiş; bu yöntemlerle elde edilen beyanların, rıza ile verilmiş olsalar bile delil olarak değerlendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Nitekim şüpheli veya sanık ifadesi özgür iradeye dayanmalıdır. Şüpheli veya sanığın beyanı ikrar niteliğinde ya da kendi aleyhine olabilir. Ancak ikrar dahi hakimi bağlamaz; bu ikrarın delil niteliğini de hakim takdir edecektir.

c. Sanık ve Tanıktan Başka Kişilerin Açıklamaları

Bu kapsamda öncelikle suç ortakları değerlendirilebilir. Suç ortaklarının tanıklığı bazı ülkelerde, örneğin Almanya’da gerek birlikte işlenen fiil, gerekse kendisinin fiile olan katkısı bakımından tanık olarak kabul edilmemektedir. Bizim uygulamamız açısından ise suç ortaklarının tanık olarak dinlenmesi kabul edilmektedir⁴⁸. Nitekim CMK m. 50 kapsamında “yemin verilmeyen tanıklar” başlığı altında bu husus düzenlenmiştir⁴⁹.

Ancak yeminsiz olarak dinlenen tanıklar, gerçeğe aykırı tanıklıkta buldukları takdirde cezalandırılacakları için gerçeğe aykırı ifade veren suç ortaklarını cezalandırmak başta Anayasa m. 17 olmak üzere ceza muhakemesi ilkelerine aykırılık teşkil edecektir. Buna rağmen gerek Adalet Bakanlığı’nda

⁴⁶ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1374

⁴⁷ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.188

⁴⁸ ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş /ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/KIRIT Yasemin Saygılar/ ÖZAYDIN Özdem/ AKCAN Esra Alan/ ERDEM Efser, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2012, s. 306

⁴⁹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s.306; ÖZBEK VD, s.589

oluşturulan bilim komisyonu ve gerekse TBMM Adalet Alt Komisyonu mevcut durumu korumayı tercih etmiştir⁵⁰.

Tanıklığına başvurulabilecek bir diğer grup suçtan zarar görenlerdir. Bu kişiler kural olarak tanıklık yapabilir ancak olayın tarafı oldukları için açıklamalarının objektif olmaması ihtimaline binaen ifadeleri ihtiyatla değerlendirilmelidir. Nitekim olayı bizzat yaşayan kişinin kendini haklı görme ve öç alma eğilimi doğabilir. Bununla birlikte suçtan zarar görenin kamu davasına katılarak “katılan” sıfatı alması tanık sıfatında değişiklik yaratmaz⁵¹.

2. Belge Delilleri

Belge somut bir olayı ispat eden, insan yapısı bir ispat vasıtasıdır. Belgenin içeriğinin delil olması bakımından sağlam olması ihtimali, beyandan daha yüksektir. Zira genellikle olay anında ve huzurunda yapıldığından hata ihtimali daha azdır. Öte yandan, şekli bakımından sahtelik yani gerçek olmama ihtimali daha yüksektir⁵². Belge delili; yazılı belge, şekil tespit eden belge, ses tespit eden belge, bilişim verisi şeklinde dört gruba ayrılabilir.

a. Yazılı Belgeler

Yazılı belgeler bir olayı nakleden veya bir irade beyanını içeren her türlü yazıdır. Bir memurun görevi gereği düzenlediği belge “resmi belge” iken, bunun dışındaki belgeler “özel belge” niteliğindedir. Yazılı belgenin de diğer delillerde olduğu gibi doğruluk ve güvenilirlik bakımından değerlendirmesi yapılmalı ve geçerliliğine karar verilmelidir.

Yazılı belgeleri de niteliğine göre üç kısma ayırabiliriz⁵³.

Adi bilgi bildirilen yazılı belgeler: Bu belgeler hakkında, kanuni karine kabul edilmemiş belgeler olup, sıradan bir delil gibi hakim tarafından serbestçe takdir edilebilir.

⁵⁰ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 307

⁵¹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 307

⁵² KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1384; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.191

⁵³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1384 vd.

Aksi sabit oluncaya kadar geçerli olan yazılı belgeler: Kanun koyucu bu tip belgelerin gerçeği yansıttığı yolunda bir karineyi kabul etmiştir. Ancak her karine için olduğu gibi burada da aksini ispat mümkündür.

Sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan yazılı belgeler: Buradaki karine ölçüsü kanun koyucu tarafından daha yüksek bir seviyede tutulmuş olup, karinenin çürütülebilmesi ancak belgenin sahteliğinin ispatına bağlanmıştır. Bir yazılı belgenin sahteliği ispat edilemedikçe, içeriğinin geçerli olduğu kabul edilmiştir. Bu tür belgelere örnek olarak duruşma tutanakları (CMK m.222), noter tarafından düzenlenen belgeler (Noterlik Kanunu m.82) gösterilebilir.

b. Şekil tespit eden belgeler:

Belli bir olayı temsil etmek üzere şeklin tespit edildiği belgelerdir. Bunlar fotoğraf, film, resim, kroki, plan heykel gibi belgelerdir. Öztürk'e göre bunlar da yazılı belge niteliğindedir⁵⁴.

Şekil tespit eden delillerin geçerliliğinin sağlanabilmesi için de sağlamlıklarının iyi bir şekilde kontrol edilmesi gerekmektedir. Zira bu delillerin de sahte olması muhtemel olup, mahkûmiyet için yetersiz kalabilir. Bu durumda mutlaka başka delillerle desteklenmesi gerekmektedir.

c. Görüntü ve/veya ses tespit eden belgeler:

Bunlar ses alınması ya da video kaydı yapılması yoluyla elde edilen belgelerdir. Bu tür kayıtlara belge unsurunu kazandıran husus, sujenin ses veya görüntü kaydı yapılacağı konusunda bilgilendirilmesi akabinde ses kaydının yapılması halinde "irade açıklamalarının tespit edildiği bir belge" olarak ortaya çıkmasıdır. Örneğin ifade alma sırasında bant kaydı alınması (CMK m.147/1-h) bu tür bir belgedir.

Burada önemle belirtelim ki CMK madde 140 ile düzenlenen, teknik araçlarla izleme yöntemi veya iletişimin denetlenmesi yolu ile gizlice yapılan ses ve görüntü kayıtları, hukuki anlamda belge delilini değil, iletişimin denetlenmesindeki ses kayıtlarının oluşturduğu gibi belirti delili sayılır.

⁵⁴ ÖZTÜRK Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 1995, s. 318

d. Bilişim verisi şeklindeki belgeler:

Bilişim teknolojisi içerisinde irade açıklaması içeren ve düzenleyeni teknik yöntemlerle tespit edilebilen bu tür veri grupları teknik anlamda belge niteliğindedir. Bu tür belgeler bilgisayar içerisinde, bilgisayar programları kullanılarak saklanır. Bu nitelikteki verilerden oluşan belgelerin bilgisayar içinde bulunup bulunmadığını araştırmak, varsa içeriğini açarak bakmak bir tür aramadır⁵⁵. Bu yöntem bilgisayarda arama olarak düzenlenmiştir (CMK m.134).

3. Belirti delilleri:

Belirti delilleri, ispat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan vakılar ve izlerdir⁵⁶.

a. Tabii Belirti:

Tabii belirti, olayın bir parçası olup, suçu işleyenin iradesi dışında, hatta ona rağmen o olayı tabii bir şekilde temsil eder. Bunun somut olayı temsil edip etmediğini dikkatli bir şekilde araştırmak gerekir. Örneğin olay yerinde bulunan parmak izi veya kan lekesi suçtan önce veya sonra meydana gelmiş olabilir. Bu nedenle bu gibi deliller, her ne kadar insan iradesi dışında olduklarından daha objektif ve insan iradesine dayanan beyan ve belge delillerine göre daha önemli olsa da tek başına ispat gücü yoktur; başka delillerle desteklenmesi gerekmektedir⁵⁷.

b. Sun'i Belirti:

Bir olayı sun'i olarak temsil eden insan yapısı işaretler sun'i belirtilerdir. Sun'i belirti ispat amacıyla yapılır. Örneğin biletin kullanıldığını göstermek için zımbalanması, eşya üzerindeki marka, eşyanın kime ait olduğunu gösteren harfler gibi belirtiler bu gruba örnek verilebilir⁵⁸.

⁵⁵ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.138 vd.

⁵⁶ ÖZBEK/DOĞAN, s.823

⁵⁷ KUNTER Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s.512 vd.

⁵⁸ KUNTER, a.e.g, s.513

III. TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA DELİL SİSTEMİ

Türk ceza muhakemesi hukuku, yargı makamının delilleri takdir yetkisi konusunda “vicdani delil sistemi”ni ve dolayısıyla serbest delil sistemini kabul etmektedir. Dolayısıyla bizim hukukumuzda sadece kanun koyucunun öngördüğü ispat şekilleriyle bir iddianın ispatlanabilmesi anlamına gelen kanuni delil sistemi uygulanmamaktadır. Vicdani delil sisteminde yargı makamı, sanık hakkında mahkumiyet kararı verebilmek için ortaya konan delillerle taşıdığı şüpheyi yenmek zorundadır. Bu sistemde her şey delil olabilir ve yargı makamı da bu delilleri serbestçe değerlendirmek suretiyle bir sonuca ulaşır⁵⁹.

Yargı makamı delilleri değerlendirirken serbest olup, kanuni ispat kurallarıyla bağlı değil ise de yargı makamının bu konudaki yetkisi bazı hallede kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırılmılardan birisi de hukuka aykırı delillerdir. Bir delil hukuka aykırı olarak elde edilmiş ise o delil yargı makamı tarafından vicdani kanaatin oluşmasında kullanılamayacaktır.

Ceza muhakemesinin amacı, hakimin şahsi iradesi doğrultusunda keyfi kararların verilmesi değil maddi gerçeğe ulaşılmasıdır. Ancak bu amaç, ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak olarak yorumlanmamalıdır. Bir başka deyişle, ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşmak için, sınırsız, hukuk kurallarına aykırı, şüpheli ve/veya sanığın haklarını hiçe sayan yöntemlerin izlenmesi kabul edilemez.

Modern ceza muhakemesi hukukunda, tahkik değil, itham sistemi kabul edilmiştir. Bu sistemde, suçlayan ile karar veren makamlar farklıdır. Suçlayan taraf, hukuka uygun yol ve yöntemlerle elde ettiği delillerden hareketle şüpheli ve sanığa suç atfedebilmelidir. Karar makamı ise “dürüst yargılanma hakkı” ışığında adaletin yerine gelmesini sağlamalıdır. Bu sebeple, ceza muhakemesi normlarının kabul etmediği delillerin ve bu normlara ters düşülerek elde edilen delillerin yargı makamı tarafından değerlendirilmeye alınmaması gerekir. çünkü bu deliller, hukuka aykırı deliller olarak nitelendirilir ve yargı makamının “vicdani delil sistemi”ndeki hareket sahasının sınırını teşkil eder⁶⁰.

⁵⁹ CENTEL/ZAFER, s. 199; KOCA, s.105-106

⁶⁰ KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2005, no: 323, 325

Yargı makamı maddi gerçeğe ulaşabilmek için hukuk kurallarının öngördüğünün tersine ve dolayısıyla “hukuk devleti” ilkesini ihlal ederek karar verebilme yetkisine sahip değildir. Yargı makamı bu sınırın dışına çıkacak olursa, vereceği karar da elbette hukuka aykırı bir karar olacaktır. Böylece kanun koyucu, “vicdani delil sistemi”nde yargı makamına bir sınırlama getirmiş olmaktadır. Esasında bu sistemde yargı makamı, maddi gerçeğe ulaşabilmek için toplanan her delili serbestçe takdir edebilmeli ve kanuni ispat kuralları ile de bağlı olmaksızın vicdani bakımdan şüphesini yenmek suretiyle bir karara varabilmelidir. İşte bu noktada kanun koyucunun getirdiği sınır, sadece hukuka aykırı olduğu tespit edilen bir delilin yargılamada kullanılmasının önüne geçebilmekte ve iddia hukuka uygun delillerle ispatlanamamakta ise o iddianın sonuçsuz kalması gündeme gelmektedir⁶¹.

Kanun koyucu “vicdani delil sistemi”nde yargı makamı için “yasak bölge” öngörerek, hukuk kurallarını çiğnemek pahasına maddi gerçeğe ulaşılmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır. Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, “hukuka aykırı delil” niteliğini taşıyacaklarından, hukuka uygunluğun baştan sona hüküm süreceği ceza muhakemesinde kullanılamazlar ve hükme esas alınamazlar.

IV. DELİLLERİN ORTAYA KONULMASI

A. Delillerin Ortaya Konulması Talebi

Delillerin müşterekliği ilkesi, delillerin duruşmada hükmün oluşumuna katkı sunacak aktörlerin önüne konulmasını gerektirir. Bir başka ifade ile deliller duruşmada ortaya konulur (ikame edilir) ve neticede tartışmaya açılır⁶².

Delilin ortaya konulması talebi, muhakeme sükelerinden birisinin esas hakkındaki kararını ilgilendiren bir olayı belirli bir delille ispat etmek istediğini mahkemeye bildirmesidir. Savcı, müdafî ve sanık bu şekildeki talepleriyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına aktif olarak katılabilirler.⁶³ Yapılandırma ilkesi uyarınca, ceza muhakemesinde son soruşturma safhasını şekillendirmek mahkemenin elindedir. Muhakemenin akışında maddi gerçeği araştırma ilkesi uyarınca sanığın sorguya çekilmesi, tanıkların ve bilirkişinin dinlenmesi işlemlerinin esaslı olarak

⁶¹ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/SAYGILAR F. Yasemin/ALAN Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s. 265

⁶²BIÇAK Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2011, s.508

⁶³YENİSEY, Duruşma... s.164

mahkeme başkanı tarafından yerine getirildiği görülmektedir. Delillerin ortaya konulmasını da mahkeme başkanı yönetir. Delillerin ortaya konulması, yukarıda da belirttiğimiz gibi, tanıkların, bilirkişilerin ve teknik müşavirlerin söyleyeceklerinin dinlenmesini, belgelerin okunmasını ya da bir olguyu ispata yarayan objelerin taraflarca incelenmesini ifade eder⁶⁴.

CMK 206/1 maddesi uyarınca “Sanığın sorguya çekilmesinden sonra, delillerin ortaya konulmasına başlanır.” Öncelikle, iddianamede belirtilen deliller duruşmada ortaya konulur. Ancak duruşma esnasında yeni delillerin araştırılması ve ortaya konulması da istenebilir⁶⁵.

Burada deliller, CMK 206. Maddesi kapsamında, sanığın sorguya çekilmesinden sonra, ortaya konulur. CMK madde 209 kapsamında, delil olarak kullanılacak belgeler, duruşmada okunur. Ortaya konulan bu deliller CMK madde 216 kapsamında tartışılır. Deliller yeterince tartışılmadan ve yetersiz gerekçelerle bir suçtan hüküm kurulması kanuna aykırıdır. Hakim, CMK madde 217 kapsamında sadece duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayanabilir.

B. Delillerin Ortaya Konulması Talebinin Reddi

CMK’da üç neden göstererek, bunların bulunması halinde, bir delilin ortaya konulması isteğinin reddedilebileceği düzenlenmiştir:

CMK’nın 206/2 maddesinde, “Ortaya konulması istenilen bir delil şu hallerde reddolunur. a) Delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse, b) Delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa ve c) İstem, sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa” denmektedir.

Ünver/Hakeri’ye göre, CMK 206/2-a’da ortaya konulması reddolunacak delili ifade etmek için kullanılan ve mülga CMUK 238/2-a maddesi hükmüne tekabül eden “kanuna aykırı” ifadesinin hatalı olduğundan ve hukuka aykırı deliller ve ispat yasağı kuramı açısından bir geriye dönüş olduğundan, bunun yerine “hukuka aykırı” kavramının kullanılması gerekmektedir⁶⁶.

⁶⁴ CENTEL/ZAFER, s.505

⁶⁵ CENTEL/ZAFER, s.666

⁶⁶ ÜNVER/HAKERİ, s. 588

Ayrıca savcı ile sanık veya müdafii birlikte rıza gösterirlerse tanığın dinlenmesinden veya başka herhangi bir delilin ortaya konulmasından vazgeçebilirler (CMK m.206/3).

Delillerin ortaya konulmasının reddi konusundaki son hüküm, CMK 207. Maddesinde düzenlenmiş olup, “Delilin ortaya konulması istemi, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilemez.” şeklindedir.

C. Delillerin Tartışılması

Delillerin tartışılması değişik yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Bunları aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz⁶⁷:

Bu yöntemlerden ilki, ortaya konulan delile karşı bir diyeceğin olup olmadığını sorulmasıdır. Suç ortağının, tanığın veya bilirkişinin dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı katılana veya vekiline, savcıya, sanığa ve müdafine sorulur (CMK m.215).

İkinci yöntem tanık beyanlarının çelişkili olması halinde birbirleri ile yüzleştirilmeleridir (CMK m.52).

Üçüncü yöntem, hakim, heyet halinde görev yapan mahkemelerde hakimler, savcı, müdafii veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukatın; sanığa, katılana, tanıklara bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltmesidir (CMK m.201).

Dördüncü yöntem, sanık veya katılanın mahkeme aracılığı ile soru yöneltmesidir (CMK m.201). Ortaya konulan deliller ile ilgili tartışmada son söz, sırasıyla katılana veya vekiline, savcıya, sanığa ve müdafine veya kanuni temsilcisine verilir. Hükümden önce son söz hazır bulunan sanığa verilir (CMK m.216).

D. Delillerin Değerlendirilmesi ve Takdiri

Soruşturma aşaması, kovuşturma ve hakimin vereceği hüküm açısından önemlidir. Uyuşmazlığın maddi yönü mahkemece kovuşturma aşamasında

⁶⁷ BIÇAK, s.511

çözömlenecekse de soruşturma aşamasının sağlıklı ve eksiksiz biçimde tamamlanması, yargılamanın salahiyeti, hukukun güvenilirliği ve tabii ki maddi gerçeğe ulaşılması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle bu aşamada toplanacak olan deliller yargılamaya ışık tutacaktır.

Burada belirtelim ki delil kavramı ile ortaya konulmak istenen, kovuşturma aşamasında delil olabilecek şüphe sebeplerinin ve delil kaynaklarının toplanmasıdır. Zira gerçek deliller, soruşturma aşamasında ortaya çıkacaktır.⁶⁸ Soruşturma sonunda savcı, toplanan delillerden çıkardığı sonuca göre dava açacak veya açmayacaktır. Dava açıldığında, yine toplanan delillerden çıkarılacak sonuca göre kovuşturma yapmaya yetkili hakim veya hakimlerin kuracağı hüküm ile sona erecektir. Nitekim CMK m. 217/1'de de düzenlendiği gibi hakim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir⁶⁹.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, CMK'da her türlü delil ile ispat yani "vicdani delil sistemi" kabul edilmekle birlikte, bu sistem, yalnızca vicdani kanıya dayalı bir sistem olmayıp; somut delil ve emareye dayalı gerçek hukuksal gerekçesi gösterilerek izah edilmiş bir sübut kanısı olarak anlaşılmalıdır. Sadece inanca, psikolojik hissiyat veya izlenime dayalı bir kanaat değil somut verilere dayalı olarak tüm ispat araçlarının kullanılması ile varılan sonuçların topluca değerlendirilmesinden çıkarılan bir kanaat olarak anlamak gerekir. Bununla birlikte hakim, açıkça ve somut verilere dayalı olarak, hangi delile neden inanıp inanmadığını gerekçelendirerek açıklamak zorundadır⁷⁰.

Mevcut durumda, ceza muhakemesinin adil yargılanma hakkına uyularak maddi gerçeğe ulaşılması olarak belirttiğimiz amacı, ispat muhakemesini de bu yönde etkilemekte ve şekillendirmektedir. Maddi gerçeğe ulaşılması yönündeki amacın, kanuni delil sistemi ile gerçekleştirilemeyeceğinin anlaşılması ve ceza muhakemesinin bu konuda karşılaştığı zorluklar, vicdani ispat sisteminin kabul edilmesini sağlamıştır. Bu sistemde, suçların belirli deliller ile ispatı ve delillerin

⁶⁸ ŞAHİN, s.33

⁶⁹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s361

⁷⁰ CENTEL/ZAFER, s. 181

ispat gücünün ne olacağı konusunda hakime kanunla belirlenmiş emirler verilmesi mümkün değildir⁷¹.

Delillerin değerlendirilmesi, soruşturma aşamasında savcı (CMK m.170, f.2); kovuşturma aşamasında tarafların yardımı ile mahkeme (CMK m. 217, f.1) tarafından yapılır. Delillerin değerlendirilmesinde amaç, ortaya konulan bir delilin doğru ve inanılır olup olmadığını veya ne ölçüde doğru ve inanılır olduğunu, olayı temsil edip etmediğini veya ne ölçüde temsil ettiğini belirlemektir⁷².

Bir olayın ispatında kural olarak her şey delil olabileceği gibi, hakim konulmuş olan bu delillerin serbestçe değerlendirilmesi sonucunda kanaatini oluşturacaktır. Nitekim bu nedenle, sanığın samimi ve aksi delillerle çürütülemeyen ikrarının da bir olayı tek başına ispat edebilme gücüne sahip ve kesin delil niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir⁷³. Öte yandan samimi olduğu açık olan bir ikrar, hakimin vicdani kanaatini oluşturmakta büyük rol oynayacaktır. Yine vicdani delil sistemi doğrultusunda hakim, ikrarı da diğer deliller gibi serbestçe değerlendirecektir. Ancak belirtelim ki hakimin delilleri bu şekilde serbestçe takdiri onun keyfi kararlar verebileceği anlamına gelmez. Hakimin vereceği kararın mantık ve tecrübe kurallarına, bilimin verilerine uygun olması gerektiği gibi, bu karar hukuka aykırı bir delile de dayanamaz⁷⁴.

Maddi gerçeğin ispatı amacı doğrultusunda her şey delil olabilir. Ceza muhakemesinde hem delillerin ortaya konulmasında hem de ortaya konulan delillerin değerlendirilmesinde serbestlik kuralıdır. Nitekim ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesinin geçerli olduğunu daha önce de belirtmiştik. Ancak ceza

⁷¹ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, Yargıtay 9. CD, 1834/2346 Karar, 05.10.1984, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.424

⁷² TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.194

⁷³ “Sanığın sorgusu hakim huzurunda yapılabilir. Bu dosyada sanık Sulh Hakimi huzurundaki beyanında, dükkanın vitrin camını kırarak, benzin döktükten sonra yangını çıkardığını ikrar etmiş ise de ikrarın tek başına kesin olduğu kabul edilemez. Zira bir kimsenin çeşitli nedenlerle ikrarda bulunması olanaklıdır. Bu itibarla hakim üzerindeki ikrarın bağlayıcı kanıt olabilmesi için başkaca yan kanıtlarla doğrulanması gerekmektedir. Nitekim sanık duruşmadaki sorgusunda, kolluktaki baskının devam etmesi nedeniyle Sulh Hakimi ve savcı huzurundaki beyanlarında suçu işlediğini söylemek zorunda kaldığını savunmuştur. O halde sanığın duruşmadaki sorgusunda baskıya dayalı olduğunu söylediği önceki soyut ikrarı dışında, cezalandırılmasına, yeterli, kesin ve inandırıcı maddi kanıtlar elde edilemediğinden, üzerine yüklenen suçun sübuta ermediği kabul edilmeli ve direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir.” YCGK, 8-210/260 Karar, 07.11.1994, Karar için bkz. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, CMUK’un Yorumu, s.1264

⁷⁴ YCGK, 6-79/108, 19.04.1993, Karar için bkz. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, CMUK’un Yorumu, s.1265

muhakemesinde her şeyin delil olabilmesi, bu delillere ulaşmak için kanuna ya da ahlaka aykırı yöntemlerle başvurulabileceği anlamına gelmez. Diğer bir deyişle deliller hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş olmalıdır. Aksi halde, devletin suçlarla mücadelede insan haklarını koruma, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlama amacını gerçekleştirme, yani hukuk devleti olma özelliği zedelenir.⁷⁵

Nitekim CMK m.225/1, “Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir.” şeklinde düzenlenmiş olup, kuşku halinde sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesini yasaklamaktadır. Bununla birlikte CMK m.230/1-c, sanığın mahkum olması halinde, hükmün gerekçesinde “sanığın suçu oluşturduğu sabit görülen fiili” açıklama zorunluluğunu getirerek, hüküm de varsayıma dayalı ya da hukuki dayanaktan yoksun kuşkulu hususlara yer verilemeyeceğini düzenlemektedir.

Hakim kanuni deliller ve onların kanunla belirlenmiş ispat gücü ile sınırlı olmadığı gibi, tarafların getirdikleri delillerle de bağlı olmayacak ve kendiliğinden delil araştırabilecektir.

Vicdani delil sisteminde kabul edilen ve ceza muhakemesinin de önemli bir yapı taşı olan bir diğer ilke “şüpheden sanık yararlanır” ilkesidir.⁷⁶ Tüm araştırmalara rağmen, sanığın suçu ispatlanamıyor ve sanığın suçlu olduğu konusunda makul bir şüphe halen devam ediyorsa, sanığın beraati yönünde karar verilecektir (CMK 223.m-f.2/e).⁷⁷ Yetkili makamın mahkumiyet hükmü verebilmesi için sanığın suçlu olduğuna vicdanan kanaat getirmiş olması gerekir. Vicdanan kanaat getirmek için şüphenin yenilmesi zorunludur. Şüphenin yenilmesi gereği ise hukuki dayanağını, esas itibarıyla, suçsuzluk karinesinden alır.⁷⁸

Öte yandan delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi, bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka

⁷⁵ ŞAHBAZ İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009, s.142

⁷⁶ Ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkumiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir. O halde sanığın üzerine yüklenen suçtan cezalandırılmasına yeterli, kesin ve inandırıcı kanıtlar elde edilmediğine göre direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir. YCGK, 6-79/108, 19.04.1993, SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, CMUK’un Yorumu, s. 1265

⁷⁷
⁷⁸ BIÇAK, s.513; FEYZİOĞLU, s.56

aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça mahkumiyet hükmünde gösterilmesi gerekir (CMK 230.m-f.1/b).⁷⁹

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA MUHALEMESİNDE DELİL YASAKLARI

I. GENEL OLARAK

A. Hukuka Aykırılık Kavramı

Hukuka aykırılık geniş anlamda, eylemin hukukça korunan hak ve yararlarına saldırı, yani eylemin hukuk düzenine uygun bulunmamasıdır.⁸⁰ Ceza hukuku anlamında hukuka aykırılık, suçun oluşması için aranan kurucu unsurlardan biridir. Bu noktada belirtelim ki hukuka aykırılık, eylemin yalnızca ceza hukukunda değil, tüm hukuk düzeni ile çelişmesi, tüm hukuk düzenine aykırı olması anlamına gelir.⁸¹ Yani bir eylemin suç oluşturabilmesi için, hukuk düzeni ile çelişki içinde olması gerekir.⁸²

Ceza muhakemesi hukukumuzda, hukuka aykırılık kavramı, temyiz nedeni olarak yer almaktadır. Yani yasaya aykırılık, bir hukuk kuralının uygulanmaması ya da yanlış uygulanması demektir. Burada yasaya aykırılığı geniş olarak yorumlamak gerekir. Bu bağlamda, Anayasaya, uluslar arası sözleşmelere, diğer yasalara, tüzük ve yönetmeliklere aykırılıklar da hukuka aykırılık teşkil edeceğinden, temyiz nedeni sayılacaktır.⁸³

Hukuka aykırılık, muhakeme kanunları, maddi hukuk ve muhakeme hukukuna aykırılık biçiminde ortaya çıkabilir. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de hukuka aykırılık durumunun, muhakeme kanunu kuralları yanında, maddi ceza kanunlarına aykırılık hallerini de kapsadığı yönündedir.⁸⁴

⁷⁹ BIÇAK, s. 518

⁸⁰ ÇINAR, s.35; KUNTER Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s.77

⁸¹ DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s.221

⁸² DÖNMEZER Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 144

⁸³ TOSUN Öztekin, Türk Suç Muhakeme Hukuku Dersleri, C.II, s.212

⁸⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.12.1990, 305/328 sayılı karar (ÇINAR, s.35)

Bir delilin, hukuka aykırı olup olmadığı ve ceza muhakemesinde kullanılarak hükme dayanak yapılıp yapılmadığı temyiz aşamasındaki hukukilik denetimi kapsamında değerlendirilecektir. Diğer bir anlatımla, ceza muhakemesinde kullanılan hukuka aykırı deliller, temyiz aşamasında kararın bozulmasını gerektiren bir hukuka aykırılık olarak dikkate alınacaktır. Ancak hukuka aykırı işlem ile hüküm arasında nedensellik bağı göz önünde bulundurularak, kanuna aykırılığın kurulan hükme etkisi de gözetilecektir.⁸⁵

Şunu da belirtelim ki nedensellik bağının araştırılması, eleştiriye yol açmış bir görüştür. Zira delillerin elde edilmesi ya da elde edilen delilin, hukuka uygun ya da aykırı olsun, değerlendirilmesi bir sonuçtur. Asıl olan, insan onurunun, kişiliğinin ve hukuk devleti ilkesinin korunmasıdır. Dolayısıyla, hukuka aykırı yöntemler kullanılmasına rağmen somut olayda sanığın bundan etkilenip etkilenmediğini araştırmak, hukuka aykırı delil elde etme yöntemlerinin önünü açmak olacaktır ki bu da kabul edilemez.⁸⁶

B. Hukuka Aykırı Delil Kavramı

“Hukuka aykırı delil” kavramında hukuka aykırılığı doğuran şey “her türlü hukuka aykırılık” olmayıp, sanığın anayasal temel haklarını ihlal eden aykırılıklardır. Örneğin basit bir disiplin hatası yapan polisin aldığı ifade, sanığın anayasal haklarını ihlal etmiyorsa, delil olarak kullanılabilir. Bu basit disiplin aykırılığının sanığın temel haklarını ortadan kaldırıp kaldırmadığına bakılmalıdır.⁸⁷ Yazar, yasa koyucunun kimi olayların ispat edilmesini hiç kabul etmediğini ve dolayısıyla bunları delil olarak kullanmadan önce yasakladığını ve buna delil elde etme yasağı adı verildiğini; kimi delillerin ise, “elde edilmesi konusunda, kurallar ihlal edildiğinde bu delillerin hukuka aykırı delil niteliğini aldığını

⁸⁵ ÇINAR, s.36

⁸⁶ KOCA Mahmut, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, AÜEHFD, 2000, C.IV, S. 1-2, s.132

⁸⁷ YENİSEY Feridun, “Tebliğ” Yasak Kanıtlar ve Sonuçları, Yargıtay’ın 127. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Kanıtlar Sempozyumu”, Ankara, 1995, s.218-219

belirtmektedir.⁸⁸ Ancak, her hukuka aykırı delilin ceza muhakemesi dışında kaldığına ilişkin bir açıklama getirmemektedir.⁸⁹

Diğer bir görüşe göre ise, modern ceza muhakemesinde, tahkik sistemi değil itham sistemi kabul edilmiştir. Bu sistemde suçlayan ile karar veren makamlar birbirinden farklı olup, suçlayan taraf, hukuka uygun yol ve yöntemlerle elde ettiği delillerden hareketle şüpheli ve sanığı suçlayarak kanıtlamaya çalışırken; karar makamı ise dürüst yargılama hakkı ışığında adaletin yerini bulmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla, ceza muhakemesi normlarının kabul etmediği deliller ve bu normlara ters düşülerek elde edilen deliller yargılamaya esas alınmamalıdır. Zira hukuka aykırılık kavramı tüm hukuk kurallarını kapsamaktadır. Ortada bir hukuka uygunluk sebebi olmadıkça, Ceza Muhakemesi Kanunu kurallarının dışında bile olsa, ceza muhakemesi hukukunun kaynağı olan bir kurala yapılan aykırılık, bu yolla elde edilen delilin hukuka aykırı bir delil olmasına yol açacaktır.⁹⁰

Öztürk'e göre, delil elde edilirken ağırlığına veya hafifliğine, bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş olup olmadığına bakılmaksızın, herhangi bir hukuka aykırılığın herhangi bir şekilde yapılmış olduğu saptandığında, bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kesinlikle kullanılamayacaktır; hükme esas alınamayacaktır; alınması halinde bu şekilde kurulan hüküm Yargıtay tarafından mutlak surette bozulacaktır.⁹¹

Centel/Zafer ise hukuka aykırı delil ile bu delilin değerlendirilmesini aynı sorun olarak nitелеmektedir. Bu noktada tüm deliller yasaya uygun biçimde elde edilmiş olmalıdır. Zira yasada gösterilen kuralların dışına çıkılarak delil elde edilmesine “delil elde etme yasağı” denir; bu yöntemin ürünü olan delil de “hukuka aykırı delil”dir. Burada hukuka aykırılığı geniş anlamak gerekmektedir. Sadece delilin elde edilmesine ilişkin kurallara aykırı davranılmış olması değil; elde edilmiş biçimi yönünden suç oluşturan deliller de hukuka aykırı olacaktır.⁹²

⁸⁸ ŞAHBAZ, naklen, s.103 (YENİSEY Feridun, Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller, Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, Ekim 1996, s.138)

⁸⁹ YENİSEY, Örgütlü Suçluluk..., s.156

⁹⁰ ŞEN Ersan, Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, s.30-31

⁹¹ ŞAHBAZ, naklen, s.102 (ÖZTÜRK Bahri, Delil Yasakları, s.28)

⁹² CENTEL/ZAFER, s.692

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu ise hukuka aykırı bir delilin söz konusu olabilmesi için, delil elde edilirken hukuk normunun koruduğu hukuksal menfaatin ihlal edilmesi gerektiği görüşündedir. Eğer hukuk normu ile korunan hukuksal menfaat ihlal edilmemiş ise, hukuk kuralına şekli aykırılık, elde edilen delilin hukuka aykırı olmasına neden olmaz.⁹³

Yurtcan, delil toplama ile ilgili yasa kurallarına aykırı biçimde elde edilen ve yargılamada değerlendirilmeleri mümkün olmayan delillerin hukuka aykırı deliller olarak nitelendirmektedir.⁹⁴

Bir diğer görüş, ceza muhakemesi hukukundaki delil serbestisi ilkesinin, delil kaynakları ile delillere ulaşılmasına ilişkin usul ve esasların yasayla konulmasına engel olmayacağını, yargıcın vicdani kanaatine göre karar vermesinin, delillerin yasada belirlenen usul ve esaslar dışına çıkılarak elde edileceği anlamına gelmeyeceğini ve bu gerekçeye dayanılamayacağını belirttikten sonra, kaynağı elde ediliş yöntem ve esasları yasaya dayanmayan delilerin hukuka aykırı deliller olduğu yönündedir. Bu görüşe göre, bu tür deliller yok hükmünde sayılmalıdır.⁹⁵

şahbaz ise yasak delil kavramını, hukukun öngördüğu kurallar çerçevesinde elde edilmeyen deliller olarak tanımlamaktadır.⁹⁶

C. Delil Yasakları Kavramı

Ceza muhakemesinin ispat aracı olarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılabilmesi için hukuka uygun olarak toplanması yani delil yasakları ihlal edilmeksizin elde edilmiş olması gerekmektedir. Nitekim bir hukuk devletinin suç ve suçlulukla mücadele ederken, insan hakları ihlallerine yol açmadan, maddi gerçeğe uygun olarak hareket etmesi ceza muhakemesinin amacına ulaştığının en önemli göstergesidir.

⁹³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Cza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap, Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, 17. Bası, Beta Yayınevi, s.394-395

⁹⁴ YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1996, s.290-298; YURTCAN, CMUK El Kitabı, İstanbul 1994, s.59

⁹⁵ şAHBAZ, naklen, s.104 (HAFIZOĞULLARI Zeki, Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl:2, Sayı:10, Temmuz-Ağustos 1996, s.638-643)

⁹⁶ şAHBAZ, s.105

Ceza muhakemesinin gayesi olan, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması, en üstün gaye ve mutlak bir değer değildir. Modern ceza muhakemesinde, maddi gerçeğin sınırsız bir şekilde araştırılmasının pek çok kişisel ve toplumsal değeri tahrip edeceği kabul edildiğinden, maddi gerçeğin araştırılması ilkesine mutlak bir değer tanımamakta, delil yasakları adı altında birtakım sınırlamalar getirilmek sureti ile söz konusu kişisel ve toplumsal değerler korunmaya çalışılmaktadır. Daha özet bir şekilde ifade etmek gerekirse, hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denir⁹⁷. Yani delil yasakları kavramı hem delil elde etme yasağını hem de değerlendirme yasağını içeren bir kavram olmaktadır.

Delil yasaklarının amacı, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde, Anayasa ve uluslararası antlaşmalarla garanti altına alınmış bulunan, insan onuru ve insanın temel hak ve özgürlüklerinin korunması iken, Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki amacı ise kolluğu disiplin altına almaktadır⁹⁸.

Bu noktada daha önce ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere deliller beyan, belge ve belirti olmak üzere üç çeşittir. Bu delillerin elde edilmesinde, devlet organları sınırsız bir yetkiye sahip değildirler. Her şeyden önce Anayasamızın 5. ve 17. maddelerinde de öngörüldüğü üzere “insan haysiyetinin korunması ilkesi” buna engeldir. Buradan hareketle delil yasakları, sanığı ceza muhakemesinin nesnesi olmaktan çıkarıp, öznesi haline getirerek, sanık haklarını koruyan ve muhakemenin gerçeğe uygun, dürüst bir şekilde yapılmasını sağlayan bir niteliğe sahiptir. Ceza muhakemesinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesinde delil yasakları önemli bir fonksiyonu görmektedir⁹⁹.

II. TÜRK HUKUKUNDA DELİL YASAKLARININ ANAYASAL VE YASAL DAYANAKLARI

A. Anayasamız Açısından Delil Yasakları

“Delil yasakları” kavramının Türk Ceza Muhakemesi sistemine dahil oluşu çok uzak bir geçmişe dayanmamaktadır. Konumuzu yakından ilgilendiren ilk

⁹⁷ ÖZTÜRK, Delil Yasakları, s.6

⁹⁸ ÖZTÜRK Bahri, “Yeni Ceza muhakemesi Kanunu’nda Delil Yasakları”, Hukuki Perspektif Dergisi, Sayı:3, Nisan 2006, s.132;

ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 371

⁹⁹ KOCA, s.107

düzenleme, 1992 yılında 3842 sayılı kanun ile Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'nun delilleri takdir yetkisini düzenleyen 254. Maddesine eklenerek önemli bir adım atılmıştır. Böylelikle “*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller, hükme esas olmaz.*” hükmü muhakeme sistemine dahil edilmiştir. Sonrasında 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasamızın 38. Maddesine son bir fıkra eklenerek, “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” hükmü ile hukuka aykırı yollarla elde edilen delillere dayanma yasağı Anayasal bir nitelik kazanmıştır. Anayasa değişikliği ve içtihatların yerleşmesi sayesinde, bu konu Türk Ceza Hukuku sisteminde yerini almıştır. Bu kural, hukuk devleti prensiplerinin ülkede yerleşmesi amacını taşır ve “Hukukta her şey delil olarak kabul edilir.” ilkesinin sınırlanabileceği fikrinin yerleşmesini sağlamaktadır. Bu düşünce, insanlık onuru ve kanunların çizmiş olduğu sınırlar içinde delil elde etme ve bunların muhakeme sonunda verilecek kararda kullanılmasıdır. Eğer hukuka aykırı bir şekilde delil elde edilmiş ise bu deliller karar esas alınamayacaktır.¹⁰⁰

Delil yasaklarına ilişkin bu düzenlemenin Anayasa’da yer almasının sonuçlarını¹⁰¹ özetlemek gerekirse, Anayasada yer alan bu düzenleme artık sadece CMK bakımından değil, tüm yargılama hukuku bakımından hüküm ifade edecek; bundan Anayasa yargısı, medeni yargı, idari yargı, askeri yargı, hatta disiplin soruşturmaları temelinden etkilenecektir. Anayasal düzenleme herkesi bağlayacağından sadece soruşturma ve kovuşturma makamları değil, özel kişilerin de elde ettikleri deliller bu bağlamda ele alınacaktır.

Bu konu bağlamında yeni ve eski Ceza Muhakemesi Kanununda “*delil*” kavramı kullanılırken; Anayasal düzenlemede “*kanuna aykırı elde edilmiş olan bulgular*” denildiğinden, henüz klasik delil vasfını kazanmış tüm iz ve eserlerle belirtiler artık delil sayılmayacaktır¹⁰².

Anayasa m. 38/6 ve CMK m. 217/2 ve m.148 ile ceza muhakemesinde yeni bir mutlak temyiz sebebi ortaya çıkmış; CMK m. 289/son’da hükmün hukuka aykırı

¹⁰⁰ YARSUVAT Duygun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği, makale, 2009, s. 6, <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article2.pdf> (Erişim tarihi: 25.10.2013)

¹⁰¹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 494 vd.

¹⁰² ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s.376

yöntemlerle elde edilen delile dayanması, mutlak bozma sebebi olarak açıklanmıştır.

Öncelikle belirtelim ki, ceza muhakemesi hukukumuzda ilişkin mevzuat içinde “hukuka aykırı delil” – “kanuna aykırı delil” kavramları arasında doğan tartışma terminolojik açıdan bir birlik olmadığını göstermektedir. Zira Anayasanın 38/7. Maddesine baktığımızda 38/7. Maddede “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” hükmü getirilmiştir. Burada delilden değil bulgudan bahsedilmekte olup; kanuna aykırı olarak elde edilmiş her türlü iz, eser ve belirti bakımından delil yasağı söz konusudur. Yani delil olarak kabul edilemeyecek bulgular hukuka değil, kanuna aykırı olmalıdır. Buna karşılık CMK madde 206 “*kanuna aykırı delil*”den bahsederken, madde 217’de “*delilin hukuka uygun şekilde elde edilmesinden*”, madde 289’da ise “*hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen*” delillerden söz edilmektedir. Kanunda hukuka uygunluktan veya karşıt anlamı itibariyle hukuka aykırılıktan söz edilirken Anayasa’da kanuna aykırılıktan söz edildiğine de dikkat çekilmelidir. Bu noktada Anayasa üst bir norm olduğundan, yasaya aykırı delilin muhakemede kullanılamaması fikri benimsenecektir.¹⁰³

Bir hukuk devletinde, delil yasaklarından vazgeçilemeyeceğine göre yaratılacak model, bu yasaklardan vazgeçmeksizin, ceza muhakemesinin kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesine ve hukuki barışın sağlanmasına engel olmamalıdır. Bu ise, delil yasaklarına insan haklarıyla temel hak ve hürriyetleri koruma görevinin verilmesiyle mümkündür. Dolayısıyla “hukuka aykırılık” kavramı, hukuk kelimesinden de kolayca anlaşılacağı gibi “haklara” aykırılık demektir. Haklar ise hukuk devleti ilkesine uygun olarak hazırlanmış anayasa, uluslararası anlaşmalar, bunlara uygun olarak çıkarılmış olan kanunlardaki haklardır. Bu durumda hak ihlali yoksa hukuka aykırılıktan söz edilemez ve hukuka aykırılık kavramı kanuna aykırılık kavramı ile aynı anlama gelmemektedir.¹⁰⁴

Zaten Anayasa’nın 38. Maddesine 2001 yılında 6. Fıkra olarak eklenen “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilmez.” emredici

¹⁰³ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 655; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, 14. Bası, no.64.1 Naklen: “Bu yönüyle hukuka aykırı delillerin, kovuşturma organları tarafından yapılan işleme ve bu işlemin kanunla düzenlenmesi ile korunmak istenen hukuki menfaate göre tasnif edilmesi gerektiğini, hukuka aykırı olduğu belirlenen delilin hüküm verirken kullanılıp kullanılmamasının mahkemenin takdirine bırakılması gerektiğini ifade eden görüşe katılmıyoruz.”

¹⁰⁴ ÖZTÜRK, Delil Yasakları, s.37

hükmünün yanında gerek eski dönemde mülga 1412 sayılı kanunun 254. Maddesine 1992 yılında 3842 sayılı yasa ile eklenen 2. Fıkradaki “Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz” hükmü, gerekse yürürlükteki 5271 sayılı yasanın 217/2 maddesindeki “Yüklenen suç, hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü deliller ispat edilebilir.” hükmü, hiçbir istisna veya farklı uygulamaya izin vermeksizin hukuka aykırı delilleri mutlak olarak değerlendirme dışı bırakmaktadır. Bazı yazarlar, kimi istisnaların bulunması gerektiğini ifade etseler de genel kabul bu yöndedir.¹⁰⁵

Bu mutlak anlayış, Anayasamızda delil yasaklarının değerlendirilmesinde hak ihlali kriterine yer verilmediğini göstermektedir. Herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını gerektireceğinden uzun vadede ağır sonuçların doğmasına neden olabilecektir. Bu sonuçlar bağlamında mevcut düzenleme eleştirilmektedir¹⁰⁶

B. Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından Delil Yasakları

1992 yılında 3842 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa delil yasakları konusunda getirilen yeni hüküm değerlendirme yasaklarına¹⁰⁷ ilişkindir. Buna göre “*kovuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*” (Eski CMUK m. 254/2). Böylece her türlü takdir yetkisini ortadan kaldıran mutlak bir delil değerlendirme yasağı yaratılmıştır. Yeni CMK m.217/2’de bu düzenlemeye egemen olan temel düşünceye uygun olarak yeni bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. CMK m. 217/1’in zıt anlamından, suçun hukuka aykırı delille ispat edilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Son yapılan düzenleme, önceki düzenlemeye paralel nitelikte olduğundan, 1412 Sayılı CMUK çerçevesinde yaşanan tartışmalar, 5271 Sayılı CMK sürecinde de yaşanacaktır¹⁰⁸. Şu ayrımı da belirtmek gerekir ki CMUK’a göre kanuna aykırı delil hükme esas alınamıyordu; ancak örneğin kamu davasının açılmasına, yakalamaya, tutuklamaya,

¹⁰⁵ ODMAN, s.22; ÖZTÜRK Bahri, CMUK reformu ve Delil Yasakları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, 1994, s.45; KAYMAZ Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.265-266, CENTEL/ZAFER, s.697-698; KOCA, s.223

¹⁰⁶ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s.380 vd.

¹⁰⁷ ÖZTÜRK/ERDEM, s.493; ÖNDER Ayhan/CİHAN Erol, Özet Ceza Muhakemesi Hukukuna 1992 Değişiklikleriyle ilgili Ek, İstanbul 1993, s. 25.

¹⁰⁸ CENTEL/ZAFER, s.661

aramaya el koymaya esas alınabiliyordu. Bu da insan hakları ihlallerine yol açabiliyordu. Yeni CMK ise kanuna aykırı delilin hiçbir şekilde ispat için kullanılamayacağını hüküm altına almıştır. Yani suç, yalnızca hukuka uygun şekilde elde edilmiş delil ile ispatlanabilecektir¹⁰⁹.

3842 Sayılı kanun ile 1412 sayılı CMUK m. 254 ikinci fıkra olarak eklenen düzenleme ile genel bir değerlendirme yasağı ilk defa öngörülmüştü. Buna göre “*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.*” Bu düzenlemeye göre, “delil elde edilirken, ağırlığına veya hafifliğine; bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş olup olmadığına bakılmaksızın, bir hukuka aykırılığın herhangi bir şekilde gerçekleştirildiği saptandığında, bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kesinlikle kullanılamayacaktır; hükme esas alınmayacaktır. Hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin hükme esas alınacak olması halinde bu şekilde kurulan hüküm Yargıtay tarafından mutlak olarak bozulacaktır.¹¹⁰ Delil hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş ise geçerli; hukuka aykırı şekilde elde edilmişse geçersizdir.¹¹¹

1412 sayılı CMUK’un m. 254/2 kanunkoyucu, mutlak bir değerlendirme yasağı ve dolayısıyla da mutlak bir temyiz nedeni yaratmıştı. Bu nedenle herhangi bir delil (beyan, belge, belirti) elde edilirken hukuka aykırılıkta bulunmuş ise, artık bu aykırılığın önemli ya da önemsiz olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılmaksızın elde edilen delil (doğrudan veya dolaylı olarak elde edilip edilmediği önem taşımaksızın) mutlak değerlendirme yasağına tabidir; yargılamaya esas alınamaz¹¹². Mutlak delil yasağı konusu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu 148. m “ifade alma ve sorguda yasak usuller” başlığı altında bir önceki kanun, m. 135-a’da yer alan hükümleri tekrarlamıştır. Anılan maddenin 3. fıkrasında, “*Yasak usullerle elde edilen ifadeler, rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*” Şeklinde açıklandıktan sonra 4. Fıkrasında “*müdafii hazır bulunmaksızın, kollukça alınan ifade hakim veya mahkeme huzurunda sanık tarafından doğrulanmadıkça, hükme esas alınmaz.*” hükmü

¹⁰⁹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s.377

¹¹⁰ ÖZTÜRK, s.28

¹¹¹ HAFIZOĞULLARI Zeki, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Üzerine, AÜHFD, 1993, C.43, s.44-45

¹¹² ÖZTÜRK, s.46

getirilmiştir. CMK m. 148'in bu hükmü sanığın ifadesinin özgür bir şekilde alınmasını ve savunma hakkıyla ilgili olarak bir müdafinin yardımından yararlanmasını halini düzenlemiş bulunmaktadır. Bu iki husus AİHS m. 6 ile düzenlenen adil yargılanma hakkının temelini oluşturmayı amaçlamaktadır.

Yine CMK m. 206 kapsamında “*deliller kanuna aykırı olarak elde edilmiş ise*” reddedilebileceği öngörülmüştür. CMK m. 217’de de delillerin hakim tarafından takdir edilirken, “*yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü deliller ispat edilebilir*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu fıkranın gerekçesinde “*Maddenin son fıkrası, usul hukuku yönünden olağanüstü önem taşıyan ve adil yargılama ile bağlantılı bir ilkeyi belirtmektedir. İlke, delilin doğruluğunu, haklılığını hakkaniyete uygunluğunu sağlamak amacını gütmektedir. Böylece ister soruşturma, ister kovuşturma evresinde olsun, hukuka aykırı olarak, örneğin işkence, narko analiz, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar kişinin fizik ve moral bütünlüğüne saldırılar yolu ile elde edilmiş deliller hükme esas alınmayacaktır.*” demek suretiyle prensibin temeli tespit edilmiştir.¹¹³

5271 Sayılı CMK kapsamında, yasak deliller ve hukuka aykırı deliller birçok maddede ayrı ayrı durumlarda düzenlemek üzere yer almaktadır. Bu kapsamda ihlali halinde hukuka aykırı delil yaratan bazı haklar şöyledir: tanıklıktan çekinme hakkı (CMK m. 45, 46, 47, 48); keşifte hazır bulunma hakkı (CMK m.84/1); yakalama sırasında kanuni haklarını öğrenme hakkı (CMK m.90/4); zorunlu olmadıkça ve emare yokken gözaltına alınmama hakkı (CMK m.91/2); hakim önüne çıkarılma hakkı (CMK m.90/3); yakalamaya itiraz etme hakkı (CMK m.91/4); sorguda müdafinin hazır bulunmasını isteme hakkı (CMK m. 91/6); yakalanan veya gözaltına alınan kişinin durumunun yakınlarına bildirilmesini talep etme hakkı (CMK m.95); tutuklanan kişinin durumunun yakınlarına bildirilmesini talep etme hakkı (CMK m.107); makul şüphe ve yazılı karar/emir olmadan aranmama hakkı (CMK m.116)

Aynı kanun kapsamında hukuka aykırı olarak elde edilmesi ve kullanılması halinde yasak niteliğinde kabul edilecek bazı deliller şöyledir: beden muayenesinden elde edilen örneklerin, hakim tarafından onaylanmadığı takdirde delil olarak kullanılmasının yasaklanması (CMK m.75/1-76/1); beden muayenesinde elde edilen örnekler üzerinde aidiyet tespiti amacı dışında inceleme yapılması yasağı (CMK

¹¹³ YARSUVAT, s.7

m.78/1); genetik inceleme sonuçlarının gizliliği ve yok edilme mecburiyeti (CMK m.80/2); fizik kimliğin tespitinde kullanılan kişisel verilerin yok edilmesi mecburiyeti (CMK m.81/2); kolluğun yer gösterme yaptırması yasağı (CMK m.85); belge ve kağıtları inceleme yasağı (CMK m.122); mektuplara elkoyma yasağı (CMK m.126); hakim kararı olmadan yapılan elkoyma işleminin hakim tarafından onaylanmaması durumunda, elkoymanın kendiliğinden kalkması (CMK 127/3); avukat bürolarında arama yasağı (CMK m.130); avukat bürolarında telefon dinleme yasağı (CMK m.136); bilgisayarlara elkoyma yasağı (CMK m.134); iletişimin dinlenmesi ile elde edilen verilerin kovuşturma yapılmaması durumunda yok edilmesi (CMK m.137/3); tesadüfen elde edilen deliller (CMK m.138/2); teknik araçlarla izlemeden elde edilen delillerin yok edilmesi (CMK m.140/4); ifade alma ve sorguda yasak usuller (CMK m.148) olarak sayılabilir.

Bizim görüşümüze göre de maddi gerçeğe en doğru şekilde ulaşılması ve toplumun hukuka olan güvenini sağlayabilmek için iki yönlü bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Aykırılık kavramı tüm hukuk kuralları ele alınarak değerlendirilmelidir; ancak aynı zamanda ihlal edilen hakkın temel haklar bakımından değerini dikkate alarak elde edilen delilin muhakemede kullanılıp kullanılmayacağı konusunda da ayrıca değerlendirme yapılmalıdır. Aksi halde mutlak bir şekilde delilin reddi hali, kuşkusuz telafisi imkansız zararların önünü açacak belki de gerçek faillerin sonsuza kadar cezasız kalmalarını sağlayacaktır.

III. YASAK DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Daha önce de belirttiğimiz gibi, ispat edilecek hususun geçmişteki olaylara ilişkin olması, bu olayların ortaya çıkacağı zamanın ve şartların önceden bilinmemesi ve dolayısıyla delillerin önceden hazırlanamaması nedeniyle ceza muhakemesinde “delil serbestisi” ilkesi benimsenmiştir. Öncelikle maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde hakim, tarafların ileri sürdükleri delillerle bağlı değildir. Bununla birlikte ceza muhakemesinde her şey delil olabilir ve her şeyle ispat edilebilir. Öte yandan ileri sürülen delillere hakim inanan ve inanmaması delillerin değerlendirilmesi ile ilgili olup, delil olarak ileri sürülen hususların delil değerini hakim serbestçe tayin eder. Ceza hakimi bir hususun sabit olduğu hakkındaki hükmünü tam bir kanaatle

verir. Bu husus CMK madde 217 ile hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle örneğin yeminsiz dinlenen tanığın beyanını, yeminsiz dinlenen tanığın beyanından üstün tutabilir; aynı şekilde aksine tanık beyanlarına rağmen sanık beyanına itibar edebilir. Bunlara ek olarak belge delilleri, bilirkişi raporları veya sanığın beyanına itibar edilebilir. Ancak delil serbestisi daha önce de bahsettiğimiz üzere, hakimin keyfî davranabileceği anlamına gelmez. Hakim verdiği hükümde akla ve mantığa dayanmalı; hangi delillerle neye inanıp neye inanmadığını açıklamalıdır.¹¹⁴

Ceza muhakemesinde ispat külfeti yoktur. Daha doğrusu sanık değil savcı ispat yükü altındadır. Savcı mahkemenin vicdani kanaatinin oluşması yönünde çaba gösterecek; iddia ve savunma ışığında ve resen toplanan delillere göre oluşan vicdani kanaate göre mahkeme kararını verecektir. Mahkemenin eksik delile dayalı oluşan kanaat ile beraat veya mahkumiyet kararı vermemesi gerekir. Soruşturma evresinde toplanmamış delilleri mahkemenin toplaması gerekir.¹¹⁵ Bu noktada “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” karşımıza çıkmaktadır. Adalet Komisyonu Raporu’nda, uluslararası belgelere de işaret ederek bu önemli kural şöyle vurgulanmaktadır:

“Her hukuk devletinde kabul edilen ve masumluk karinesi ile sıkı bir ilgisi bulunan şüpheden sanık yararlanır ilkesine göre, yapılan ceza muhakemesinin sonunda, fiilin sanık tarafından işlendiği %100 beliliğe ulaşmadığı takdirde beraat kararı verilecektir.(Anayasa 38/4, İnsan Hakları Evrensel Beyanname 11, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 6/2, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 14/2). Böyle bir ilkenin kabul edilmesinin sebebi, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkum olmasına tercih edilmesidir; başka bir ifade ile masumluk karinesidir.”¹¹⁶

Ceza muhakemesi hukukunda en önemli ilkelerinden suçsuzluk karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkeleri evrensel nitelikte olup, birbirleriyle sıkı ilişki içindedir ve ispatın kuşkulu kalması halinde sanık aleyhine karar verilmemesini gerektirmektedir. Dolayısıyla delillerin değerlendirilmesi keyfî olamaz ve bir hususun ispatı olmaksızın varsayıma dayalı olarak hüküm kurulması olanaksızdır.

¹¹⁴ TOROSLU-FEYZİOĞLU, s.168-169

¹¹⁵ Yargıtay 2. CD, 18.12.2006, E:2006/6565 - K: 2006/20517, ÜNVER-HAKERİ, s. 658

¹¹⁶ ÜNVER-HAKERİ, (2012), s. 658

Delillerin tümünün birlikte değerlendirilmesi, kuşkuların yenilmesi ve eğer yenilemiyorsa mahkumiyet değil sanık lehine, beraat kararı verilmesi gerekir¹¹⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, delillerin elde edilmesi konusunda açık bir hüküm düzenlememiştir. Sözleşme aslında soyut olarak, ulusal hukukun ihlali suretiyle elde edilen delillerin muhakemeden kullanılmasına engel olmayıp, bu tür delillerin meşruluğu konusunda karar vermeyi, devlet mahkemelerinin görevi kabul etmiştir. AİHM yalnızca “yargılamanın bütünü” itibariyle delillerin nasıl elde edildiği ve değerlendirildiği de dahil olmak üzere, adil olup olmadığını denetlemektedir.¹¹⁸ Delillerin sunulması, reddi veya değerlendirilmesi konusunda AİHS’de özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu konu Sözleşmenin 6. Maddesinde düzenlenen “adil yargılanma” ve 8. Maddesinde düzenlenen “özel hayatın korunması” hakları kapsamında değerlendirilir.¹¹⁹ Bu konuyu aşağıda daha ayrıntılı inceleyeceğiz.

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi ve hükme esas alınıp alınmayacağı, yargılama safahatında yasak delilin yeri doktrinde önemli tartışmalar yaratmaktadır. Aşağıda konu ile ilgili temel yaklaşımları ele alacağız.

B. Yasak Delillerin Değerlendirilmesi Konusundaki Yaklaşımlar

Hukuka aykırı yollarla ulaşılan delillerin akıbetinin ne olması gerektiği konusunda üç ana yaklaşım ortaya konulabilir.¹²⁰ Bunlar kesin kabul yaklaşımı, kesin ret yaklaşımı ve esnek yaklaşımdır. Yapılan bu ayrıma göre hukuka aykırı elde edilmiş deliller kimi zaman yargılamaya esas alınırken, kimi zaman alınamayacaktır.

1. Kesin Kabul Yaklaşımı

¹¹⁷ ÜNVER, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, İstanbul-1998, 128; ÖZTÜRK, s. 4

¹¹⁸ AİHM, 12.07.1988 tarihli, Seri:A, No:140, Schnek/İsviçre kararında, gizlice ve hukuka aykırı olarak kaydedilen bir telefon konuşmasının delil olarak değerlendirilmesinde sanığın daha sonra, konuşmalarının kaydedildiği konusunda bilgilendirilmiş olduğu, ancak bu duruma itiraz etmediği, ayrıca devlet mahkemesinin her şeyden önce ses bandı üzerinde durmadığı ve tanık ifadelerine göre karar verilmiş olduğu gerekçesi ile AİHS madde 6/1’in ihlal edildiğini kabul etmemiştir. (İÇEL/ÜNVER, s.124)

¹¹⁹ AİHM, 06.12.1988 tarihli, Seri:A, No:285, Barbera, Messegue ve Jaborda/İspanya kararında, ceza davalarında delil sunulurken muhakemenin adil yargılanma kurallarına uygun biçimde, AİHS’nin 6/2, 6/3 ve 8. Maddelerine uygun olup olmadığını devlet mahkemelerinin denetlenmesi, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delillerin adil yargılanma güvencelerinin yerine getirilmesi halinde kullanılabilceğini kabul eder. (ÇINAR, Hukuka Aykırı Kanıtlar, s.47)

¹²⁰ CENTEL/ZAFER, s. 656-657

Delilin nasıl elde edildiğine bakılmaksızın mutlak olarak davada dikkate alınıp değerlendirilmesi gerekir. Bu görüş esasen delil yasağı diye bir yaklaşımı kabul etmemektedir. Zira bu yaklaşımda yasaya/hukuka uygun olarak elde edilmiş delil ile, aykırı olarak elde edilmiş delil arasında bir ayırım kabul edilmemiştir.¹²¹

Kesin kabul yaklaşımını savunmak için ileri sürülebilecek olan argümanlardan ilki, ceza muhakemesinin temel amacının isnat edilen suçun işlenip işlenmediğinin tam ve doğru olarak karara bağlanması olduğudur. Bütün delillerin değerlendirilmeye alınması yargılama makamlarının tam ve doğru karar vermesine katkıda bulunarak, ceza muhakemesinin amacı olan sanığın itham edilen suçu işleyip işlemediğine ilişkin maddi gerçeğin bulunmasını kolaylaştıracaktır. Dolayısıyla bütün ilgili ve faydalı delillerin nasıl elde edildiğine bakılmaksızın mahkemece kabul edilmelidir.¹²²

Bu yaklaşıma göre elde edilen delil güvenilir ise, bunun nasıl elde edildiğinin önemi yoktur. Kolluk, delilin elde edilmesinde hukuka aykırı davranmışsa, onun cezası, ceza hukuku veya idare hukukunun prensiplerine göre ayrıca verilir. Eğer bir mahkeme bir kişinin suçlu olduğunu ortaya koyan güvenilir bir delili hükme esas almaz ve sanığın serbest kalmasına göz yumarsa, hukuk sistemine olan güven sarsılacaktır.¹²³

Bu görüş maddi hakikate ulaşmanın ceza muhakemesinin yegane amacı olduğunu varsaymaktadır. Maddi hakikate ulaşmak ceza muhakemesinin temel amacıdır ancak bu yolda her yolun denenmesi meşru olmayıp, hukuk sınırları içinde kalınarak maddi gerçek araştırılmalıdır.

Ortaya koyacağımız ikinci argümana göre, ceza muhakemesinin konusu itham edilen suçun işlenip işlenmediğini araştırmakla sınırlıdır. Delillerin ne şekilde elde edildiğinin inceleme konusu yapılması ve asıl uyumsuzluk konusunun çözümünü getirecektir. Bu görüş delil elde edilmesi yollarını düzenleyen bazı kuralların olması

¹²¹ ŞAHBAZ, s.105

¹²² BIÇAK Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, s. 521-525

¹²³ ERYILMAZ Bedri, Türk ve İngiliz Hukuku'nda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 278

gereğini reddetmemektedir; ancak bu norm ihlallerinin ayrı bir muhakeme konusu olması gerektiğini ileri sürmektedir.¹²⁴

Ceza muhakemesi sisteminin meşruluğu yargının bağımsızlığı, yolsuzluklardan uzaklığı gibi birçok faktöre bağlıdır. Bu faktörler arasında usulsüzlüklere karşı yargı organının sergilediği tavır da önem taşımaktadır. Nitekim usulsüzlüklere göz yuman, bunları teşvik eden bir sistem kendi normlarına vatandaşlarının uymasını bekleyemez.

Kesin kabul yaklaşımını haklı çıkarmak için ileri sürülen bir diğer veri, suçluların cezalandırılmasında kamu menfaatinin olmasıdır. Öte yandan kesin kabul yaklaşımının suç olgusunun azaltılmasına katkı sağlayacağı da bir diğer görüştür.¹²⁵

Kesin kabul yaklaşımı hukuka itaat edilmesi gerektiğini hatırlatacaktır. Nitekim yargı kararları, insan davranışları üzerinde belli bir etkiye sahiptir. Hukuk sistemlerinin işlevlerinden biri de vatandaşların hukuk normlarını kendi davranışları içerisinde asimile etmelerini teşvik etmek olmalıdır. Buradaki temel ve basit mesaj, “Eğer vatandaşlar olarak sanığın fiillerini yapacak olursanız, siz de cezalandırılırsınız.” şeklinde verilmektedir. Kesin kabul yaklaşımından çıkan iki uçlu sonuç şöyledir: Hukuk kurallarına mutlaka itaat edilmelidir, itaatsizliğin delilin nasıl elde edildiğine bakılmaksızın, fiilin müeyyide ile sonuçlanacağı bildirilmektedir. Öte yandan bu yaklaşımın topluma vereceği diğer mesaj, kolluğun kendisini kontrol eden ve sınırlayan hukuk kuralları ile bağlı olmadığı ve dilediği gibi hareket edebileceğidir.

Bu görüşün uygulanmasına yönelik argümanlar yukarıda açıklanmış olup, getirilen eleştiriler de mevcuttur.

Bu görüşe yönelik ilk eleştiri, kesin kabul yaklaşımı mahkemelerin usulsüzlüğe ortak olmasına yol açabilecektir. Bu iddiaya göre mahkemeler delilin usulsüz elde edildiğini öğrendikleri halde bu delili hükme esas alırlarsa, bu durum açıkça mahkemeleri hukuka aykırılığa ortak edecektir.

¹²⁴ BIÇAK, s.522

¹²⁵ BIÇAK, s. 523

İkinci olarak, bu yaklaşım usulsüzlüğü meşrulaştıracaktır. Hazırlık soruşturmasının yürütülmesinde kolluğun kayıtsız hareket edemeyeceği, hazırlık soruşturmasının bazı kurallar çerçevesinde yürütülmesi gereği herkesçe kabul edilmektedir. Usulsüz ulaşılan delillerin kesin kabulü, mahkemelerin usulsüz tavırlara hoşgörüyle yaklaştığı şeklinde algılanacak, bu durum usulsüzlüğü bir anlamda meşrulaştıracaktır.¹²⁶

Öte yandan, kesin kabul yaklaşımının halkın hukuka saygısını azaltacağı iddia edilebilir. Zira hukuku uygulamakla görevli kişilerin davranışları vatandaşlar için bir model oluşturmaktadır. Kolluk ve vatandaşlar hukuka itaat noktasında aynı standartlara tabi olmalıdır. Usulsüz davranan kişiler, kolluk da dahil, bu fiillerinden menfaat temin etmemelidirler. Usulsüz ulaşılan delilleri hükme esas alarak, devlet kendi hukuka aykırı davranışından menfaat sağlayacaktır. Bu yaklaşımın topluma vereceği mesaj şu olacaktır: hukuku uygulamakla görevli kişiler, kamu makamları, özel suçluları yakalamak için suç işleyebilirler. Bu mesaj halkın hukuka saygısını kuşkusuz ki azaltacaktır.¹²⁷

2. Mutlak Değerlendirme Yasağı Görüşü

Kesin ret yaklaşımı olarak da ifade edilen¹²⁸ bu görüş uyarınca, hukuka aykırı bir delilin soruşturma veya kovuşturma aşamasında kullanılmaması gerekir. Böylece delil toplama kurallarına aykırılık mutlak bir aykırılık olarak kabul edilecek, sonuca etkili olup olmaması dikkate alınmayacaktır¹²⁹. Centel/Zafer'e göre, tüm deliller yasaya uygun biçimde elde edilmiş olmalıdır. Yasada gösterilen kuralların dışına çıkılmaması gerekmektedir. Hukuka aykırılığı geniş anlamak gerekmektedir. Bu nedenle, sadece delilin elde edilmesine ilişkin kurallara aykırı davranıldığı için değil, özellikle elde edilme biçimi yönünden suç oluşturan deliller de hukuka aykırı olacaktır. Burada sorun, delil elde etme yasağına aykırı olarak elde edilen hukuka aykırı delillerin, ne ölçüde değerlendirmeye alınacağıdır¹³⁰. Delil elde etme sınırları

¹²⁶ BIÇAK, s.524

¹²⁷ BIÇAK, s.524

¹²⁸ BIÇAK, s.528 vd.;

¹²⁹ YURTCAN Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1998, s.520

¹³⁰ CENTEL/ZAFER, s.692

kanunlar ve hukukun genel ilkeleri ile belirlenmiştir. Hukuka aykırı delilin hüküm verilirken kullanılıp kullanılmayacağı ise ayrı bir sorundur.¹³¹

Bu yaklaşım, İngiltere’de “protectiveprinciple” olarak adlandırılmaktadır. Bu yaklaşıma göre kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumanın en iyi yolu, kişi hak ve özgürlükleri ihlal edilerek elde edilen delilleri mahkemede kullanmamaktır. Suçla mücadelede kolluğun uyması gereken bazı standartlarla kişilere bazı hak ve özgürlükler tanımışsa ve bu hak özgürlük kişiler için gerçekten önemliyse, bu standartlara uyulmasını beklemek herkesin hakkıdır. Kolluk, eğer kişileri korumaya yönelik bu standartlara uymazsa, elde ettiği delilleri mahkemede kullanarak bundan bir fayda sağlayamaz. Bu nedenle mahkemeler, önüne gelen bir davada, elde

¹³¹“İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni ve ruhi müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı menfaat temin edilemez. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeleri rıza olsa dahi, delil olarak değerlendirilemez. Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz. Bu düzenlemeler karşısında yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillere itibar edilerek mahkumiyet hükmü kurulamaz. Maktulün her zamanki gibi, olay günü de saat 01.00 civarında evine geldiği, kapının, karısı olan sanık M. tarafından açıldığı, ardından yemek yediği ve sabah saat 10.00 sıralarında öldüğünün M. tarafından komşulara duyurulduğu dosya kapsamı ile sabittir. Tanık S. dışında görgü tanığı bulunmayan olay tartışmalı olup, tam olarak açıklığa kavuşmamıştır. Öyle ki; öncelikle olay gecesi evde olduğuna ilişkin kuşku bulunmayan ve olayı görmediğini duymadığını söyleyen M. den şüphelenilmiş, nitekim baştan itibaren sanık muamelesi gören M., 27.2.2002 tarihinde tutuklanmış, 8.3.2002 tarihli iddianame ile de kocasını öldürmekten hakkında kamu davası açılmıştır. Başlangıçta diğer sanıklara yönelik bir kuşku oluşmamıştır. Ne zaman ki, olay gecesi evde olduğu anlaşılan, M. ile maktulün müşterek çocukları 1995 doğumlu S., anneannesinin yanından amcası D. tarafından alınmış, bundan sonra D., S.'nin olay hakkında bilgisi olduğundan bahisle, onun söylediklerini teyp kasetine kaydederek C. Savcısına getirmiştir, o zaman diğer sanıklar hakkında da kovuşturma başlatılmıştır. Çünkü kasetteki kayda göre, S. dayıları, C. ve E. 'nin suçlamakta, öldürücü hareketi ise dayısı C. 'nin yaptığını söylemektedir. S. 'nin benzer beyanları C. Savcısı huzurunda da 21.5.2002 tarihinde tekrar etmesi üzerine, C. ve E. aynı gün gözaltına alınmışlar ve 24.5.2002 tarihine kadar gözaltında tutulmuşlardır. 24.5.2002 tarihinde her ikisinin de kolluk tarafından ifadeleri alınmak istenmiş, ancak her ikisi de kollukta susma hakkını kullanacaklarını, C. Savcısına ifade vermek istediklerini belirtmişlerdir. Aynı tarihte sanıklar C. Savcısı huzurunda hazır edilirken, bir kolluk görevlisi ile C. arasında geçen konuşmalarla, C. 'nin kendisinin de yardımı olmakla birlikte suçu E. 'nin işlediği şeklindeki ikrarlarını kapsayan ve gizli çekildiği anlaşılan video kaseti C. Savcısına sunulmuştur. Bu kasetteki görüntülerin 21.5.2002 ile 24.5.2002 arasındaki bir tarihte çekildiği anlaşılmaktadır. Sonuçta, soruşturmanın devam eden aşamalarında her iki sanıkta suçu inkar etmiş, C., kasetteki mülakatı işkence görmekten korktuğu için yaptığını söylemiştir. Mahkeme, belirtilen delillere istinaden hüküm kurmuştur.

Şu halde, yerel mahkeme hükmünü üç önemli delile dayandırmıştır. Bu delillerden birincisi, küçük S. 'nin konuşmalarının yer aldığı ve amcası D. tarafından kaydedilen teyp kasetidir. İkincisi, S.'nin kasetteki kayıtları teyid eden aşama ifadeleri, üçüncüsü ise polis tarafından C. 'den habersiz olarak gizli kamera ile kaydedilmiş olan, C.'nin ikrarını havi videokasetidir. Bu düzenlemeler karşısında yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillere itibar edilerek mahkumiyet hükmü kurulamayacağı açıktır.

Dosyadaki olayda, sanık C. kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna rağmen, kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatın habersiz olarak videoya kaydedilmesi suretiyle, sanık aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapması engellenmiştir. Bu nedenle, yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiği anlaşılan video kasetin delil olarak hükme esas alınması mümkün değildir.” Yargıtay I. CD 2003/3819 E. – 2004/299 K. sinerjimevzuat.com.tr

edilen delilin kişilerin hak ve özgürlüklerine riayet edilerek elde edilip edilmediğini araştırmalıdır. Eğer, elde edilen delile, hak ve özgürlükler ihlal edilerek ulaşılmışsa, mahkemeler bu delili kullanmalıdır. Ancak bu şekilde, kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması garanti altına alınabilir¹³².

Bu çerçevede, ilk olarak usulsüz ulaşılan delillerin güvenilir olmadığı, dolayısıyla amacı maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza muhakemesinde kullanılamayacağı ifade edilmiştir. Sanığın adil yargılanma hakkı, delillerin güvenilir olmaması durumunda mahkumiyet kararı verilmemesini gerektirir; güvenilir olmayan delil büyük bir ihtimalle yanlış mahkumiyet kararına yol açacaktır. Yanlış mahkumiyet kararı verme riskini azaltmak için güvenilir olmayan delillerin hükme esas alınmaması gerekir. dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki “güvenilmezlik teorisi” usulsüz ulaşılan birçok delili “hükme esas alınmaz” kategorisi dışına taşımaktadır. Örneğin işkence ile elde edilen itiraf, bu itirafın güvenilirliğini gösteren başka deliller olması durumunda hükme esas alınabilecektir. Bu örnekte de görüldüğü gibi “güvenilmezlik teorisi” esas alınacak olursa, ifade alma sürecinde baskıcı metotların kullanılması, bu baskılar güvenilir olmayan ifadelere yol açma riski taşımadıkça, delilin reddine yol açmayacaktır. Bir diğer örnek, kolluğun yetkilerini aşarak sanığı alkol ölçme aletine sokması aletin verdiği sonuçların güvenilirliğine zarar vermeyeceği için delil olabilecektir. Verilen örneklerde açıkça görüleceği üzere, güvenilmezlik argümanı kolluğun ceza muhakemesini yürütürken bağlı olması gereken standartları önemli ölçüde zayıflatmaktadır¹³³.

İkinci olarak, bu görüşün temel hak ve hürriyetleri korumak için benimsenmemesi gerektiği ileri sürülebilir. “Koruma teorisi” olarak isimlendirilebilecek olan argümana göre, bireylere tanıdığı hakları ciddiye alan bir hukuk sistemi, haklarının ihlali neticesi karşılaşılabileceği risklere karşı bireyleri korumaktadır. Usulsüz ulaşılan delilin hükme esas alınmaması, haklarının ihlali neticesi karşılaşılabileceği dezavantajlara karşı sanığı korumaktır. Usulsüz ulaşılan delil reddedildiğinde sanık, sanki hiçbir ihlal olmamış gibi bir durum içine girecektir. “Koruma teorisi” açısından kolluğun, ihlali kasten yapıp yapmadığının önemi kalmamaktadır. Çünkü bu teorinin yoğunlaştığı husus, usulsüz davranışın neticede sanığı dezavantajlı konuma sokup sokmadığıdır. Bu teori temel alınacak olursa

¹³² ERYILMAZ, s.279

¹³³ BIÇAK, s. 529-530

usulsüz ulaşılan delillerin reddedilmesi ancak sanığın aleyhine delil elde edilmesine karşı korumayı amaçlayan bir normun ihlali halinde mümkün olacaktır. Bundan dolayı bu teori ikili bir sınırlama getirmektedir. İlk olarak, hazırlık soruşturmasını düzenleyen normlardan herhangi birinin ihlali delilin kaybolmasına yol açmayacaktır. Bir diğer ifadeyle, sanığın delillerin toplanmasına karşı doğrudan korumayı amaçlamayan normların ihlali durumunda deliller hükme esas alınabilecektir. Örneğin, tutuklama doğrudan delil toplamaya yönelik bir işlem olmadığı için tutuklamanın hukuka aykırı olması usulüne göre yapılan sorguda elde edilen delillerin hükme esas alınmaması sonucunu doğurmayacaktır. İkinci olarak, sanığı kendi aleyhine delil elde edilmesine karşı koruyan normun ihlali ile delilin elde edilmesi arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Sanığın delil elde edilmesine karşı korumayı amaçlayan bir norm ihlal edilmiş olsa bile eğer delil bu ihlal neticesi elde edilmemişse delilin reddi söz konusu olmayacaktır¹³⁴.

Üçüncü olarak, bu yaklaşımı haklı çıkarmak için ileri sürülen görüş, caydırma (disiplin altına alma) teorisidir. Yani “disciplinaryprinciple” olarak anılır. Bu prensibe göre, hukuka aykırı elde edilen delilin sadece bir davada reddedilerek sanığın hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlanmalıdır. Bir hukuka aykırı delilin mahkemede kullanılmaması başka amaçlara da hizmet etmelidir. Hukuka aykırı delillerin reddedilmesi ile daha mahkemelerin önüne gelmemiş soruşturmalarda da kişilere bir koruma sağlanmalıdır. Bu çerçevede, kolluğun bir hukuk kuralını çiğnemesi ile elde edilen delil mahkemede kullanılmaz ise kolluk daha sonraki soruşturmalarda kendini disipline edecek, şüpheli ve sanıkların hak ve özgürlüklerini koruyan kuralları ihlal etmemek ve hukukun içinde kalmak için daha çok özen gösterecektir. Bu nedenle, mahkemeler, uzun vadede kolluk için kabul edilebilir davranışların neler olduğunu belirleyerek eğitici bir rol üstlenmelidir. Bu şekilde mahkemeler, aynı zamanda hukuka aykırılığın tolere edilmediğini göstererek yargının dürüstlüğü ve güvenilirliğini de garanti altına almış olurlar. Mahkemeler, hukuka aykırı davranarak suç işleyen bir kişiyi cezalandırırken, kolluğun hukuka aykırılığını görmezden gelemez.¹³⁵

Caydırma teorisine göre usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınmamasının nedeni, kolluk kuvvetlerinin hazırlık soruşturmasının kurallarını ihlal etmekten

¹³⁴ BIÇAK, s. 529-530

¹³⁵ ERYILMAZ, s.97-98

caydırmaktır. Caydırma teorisi usulsüz ulaşılan delillerin mahkemede değerlendirilemeyecek olmasının kolluğu hukuka aykırı yollara başvurmadan alıkoyacağı, caydıracağı varsayımına dayanmaktadır. Caydırma teorisine göre kesin ret kuralı hakkı ihlal edilen bireyi korumak, tazmin etmekten ziyade kamuyu gelecekte olabilecek hukuka aykırı davranışlara karşı koruyacaktır.

Caydırma teorisi, vurguyu “caydırma” kavramına yaptığından dolayı bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğinin ele alınması kuşkusuz faydalı olacaktır. Özel, genel ve sistematik caydırma olmak üzere caydırmanın üç farklı boyutu ortaya konulabilir. Özel caydırma, kesin ret kuralının ceza muhakemesi normunu bizzat ihlal eden kolluk görevlisi üzerindeki caydırma etkisini ifade eder. Bir kolluk görevlisinin elde ettiği delili mahkemeye sunmaktan mahrum etmek, delil elde etmek için usulsüz yollara başvurarak gösterdiği çabanın boşuna olduğu mesajını vermek olacaktır. Bu mesaj gelecekte daha dikkatli olması, normlara itaat etmesi hususunda usulsüz davranan kolluğu ikna edici olacaktır. Böyle bir etkinin olup olmayacağı veya olacaksa boyutunun ne olacağı, kuşkusuz alan çalışmasına ihtiyaç duymaktadır. Ayrıca, kesin ret kuralı usulsüz delil elde eden kolluğu, kendisinin usulsüz hareket ettiğini gizleyecek yeni arayışlar içine girmesine de yol açabilecektir. Genel caydırma “kesin ret yaklaşımının, usulsüz davranışı fiilen icra eden kolluk dışındaki diğer kolluk mensuplarını normları ihlal etmekten alıkoymasını ifade eder. Kesin ret yaklaşımı toplumun bu tür tavırları onaylamadığını açıkça ortaya koyarak kolluk mensuplarında normlara uyma yönünde bir davranış modeli gelişmesine katkıda bulunabilir. Ayrıca, kesin ret yaklaşımı, hukuk normları içinde kalan kolluk mensuplarının bu davranışlarını normları dikkate almayan kolluk mensuplarına karşı haklı çıkarmalarını sağlar. Genel caydırma beklentisinin gerçekleşmesi birtakım faktörlere bağlıdır: Kollukla mahkemeler arasında sağlıklı bir iletişimin olması, delil elde etmeyi düzenleyen normların kolluk tarafından bilinmesi ve anlaşılması, normlara uymakla uymamanın getirisi ve götürüsü hakkında kolluğun sahip olduğu kanaatler bu faktörlerden bazılarıdır. “Sistematik caydırma” ise kesin ret kuralının herhangi bir kolluk mensubu üzerinde kolluk teşkilatı tarafından olan etkisini ifade eder. Kesin ret tehdidi, kolluk teşkilatını ve dolayısıyla kolluk mensuplarını etkileyecektir. Kolluk mensuplarının aksine, kolluk teşkilatı, en azından resmi olarak, delil elde edilmesini düzenleyen normlara karşı düşmanlık, benimsemezlik tavrı sergileyemezler. Bu durum teşkilatların, mensuplarını usulsüz delil elde etmeme

konularında eğitimleri, soruşturma sırasında nasıl hareket edeceklerini açıklayan broşürler hazırlamalarına yol açabileceğinden sistematik caydırma söz konusu olacaktır.¹³⁶

Hukuka aykırı delillerin mutlak olarak değerlendirme dışı tutulması görüşünün dayandığı esaslardan bir de kanun hükmünün de bir hukuk kuralı olmasından hareketle kanuna aykırılığın her halde hukuka aykırılık anlamına geldiği ve az ya da çok hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğidir¹³⁷. Nitekim mahkeme hükmünün hukuka aykırı bir delile dayanması, hiçbir niceliksel değerlendirme yapılmaksızın temyiz aşamasında mutlak bozma sebebi oluşturmaktadır.

Gerek Yargıtay'ın gerekse Askeri Yargıtay'ın bu görüşü yansıtan kararları vardır. Örneğin Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2005 yılında hakim kararı olmamasına ve “gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığını gösteren bir tespit, bilgi ve belge bulunmamasına rağmen” iken yapılan aramayı Anayasa'nın 21; Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun 2 ve 9; 1412 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 97. Maddeleri nedeniyle hukuka aykırı kabul etmiş, bu delile dayanılarak verilen mahkumiyet kararını da bozmuştur¹³⁸. Aynı şekilde 4. Ceza Dairesi 2009 yılında kişilerin görüntü ve seslerinin ancak hukuka ve yöntemine uygun olarak kaydedilmesi halinde delil olarak kabul edilebileceği gerekçesi ile gizli kaydı değerlendirme dışı tutmuştur¹³⁹. Askeri Yargıtay 2. Dairesi ise 26. Nisan 1973 tarihli kararında “kanuna, ahlaka ve genel adaba aykırı surette toplanan delileri, hakim, telakki etmekten kaçınma zorundadır.” biçiminde görüş bildirmiş,¹⁴⁰ 5. Daire ise 11 Ocak 1995 tarih ve 1995/30-34 sayılı kararında usulüne uygun başlayan aramanın daha sonra yetki aşılarak hukuka aykırı hale geldiği olayda işlemi değerlendirme dışı tutmuştur¹⁴¹.

Zaten Anayasa'nın 38. Maddesinde 2001 yılında 6. Fıkra olarak eklenen “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilmez.” emredici

¹³⁶ BIÇAK, s. 524-530

¹³⁷ KOCA Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:2, İstanbul, Aralık 2006, S.224

¹³⁸ Yargıtay 7. CD, E:2003/13539 K:2005:8098, 20.06.2005 tarihli karar; ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 4. Bası, Ankara, 2011, s.634

¹³⁹ Yargıtay 4. CD, E:2007/11957 K:2009/21077, 22.12.2009 tarihli karar

¹⁴⁰ ÜNVER/HAKERİ, S.635

¹⁴¹ODMAN Tevfik, Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt III, Sayı 4, Ankara, 1995, s.27

hükmünün yanında, gerek eski dönemde mülga 1412 sayılı yasanın 254. Maddesine 1992 yılında 3842 sayılı yasa ile eklenen 2. Fıkradaki “Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz” hükmü, gerekse yürürlükteki 5271 sayılı CMK’nın 217/2 maddesindeki “Yüklenen suç, hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü deliller ispat edilebilir.” hükmü, hiçbir istisna veya farklı uygulamaya izin vermeksizin hukuka aykırı delilleri mutlak olarak değerlendirme dışı bırakmaktadır. Bazı yazarlar, kimi istisnaların bulunması gerektiğini ifade etseler de genel kabul bu yöndedir.¹⁴²

Mutlak değerlendirme yasağında, kanunkoyucu bazı hukuka aykırı deliller için doğrudan değerlendirme yasağı getirmektedir. Örneğin sorgu yöntemlerine uyulmaksızın ifade ve sorgu işleminin yapılması halinde, bu tutanakların delil olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir (CMK madde 147 ve 148).

Yüksek mahkemenin bazı kararlarına bakmak gerekirse, hukuka aykırı delillerin, isnatsız, mutlak olarak değerlendirme dışı tutulması gerekir. Hatta şu an yürürlükte bulunan söz konusu hükümlerin olmadığı 1961 Anayasası döneminde Anayasa’nın hukuk devleti ile ilgili 2. Maddesi ve bağlayıcılık ile ilgili 8. Maddesinde hareketle hukuka aykırı elde edilen delillerin kesinlikle değerlendirilemeyeceği savunulurken¹⁴³; Yargıtay’ın “nispi değerlendirme yasağı” görüşü çerçevesinde bir içtihadı da bulunmaktadır. Yargıtay 5. Ceza Dairesi yasa gereği tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi gerekirken buna uymayan mahkemenin verdiği kararı, “*sonuca etkili olmadığı*” gerekçesi ile bozmamış ve onamıştır¹⁴⁴. Öte yandan Ceza Genel Kurulu’nun 2007 tarihli kararında söz konusu görüşü açık şekilde ifade etmiştir¹⁴⁵. Somut olayda yapılan arama sırasında bulunması gereken kişiler konusundaki hükme (CMK madde 120/1) uyulmadığı gerekçesi ile aramanın hukuka aykırı olduğu iddia edilmiştir. Ceza Genel Kurulu’nda değerlendirme yapılırken “*illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine*” yer verilmesi gerektiğini ifade ederek aslında “*nispi değerlendirme yasağı*” görüşünü tanımlamış, hak ihlali yokken

¹⁴² ODMAN, s.22; ÖZTÜRK Bahri, CMUK reformu ve Delil Yasakları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, 1994, s.45; KAYMAZ Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.265-266, CENTEL/ZAFER, s.697-698; KOCA, s.223

¹⁴³ ARASLI Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve TC Anayasasındaki Düzenleniş, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979, S. 239

¹⁴⁴ Yargıtay 5. CD, E:1992/174 K:1992/465 T:12.12.1992, KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1473

¹⁴⁵ Yargıtay CGK, E:2007/7-147 K:2007/159 T:26.06.2007, İstanbul Barosu Dergisi, C:82 S:1, İstanbul, Ocak-Şubat 2008, S.451-466

değerlendirme yasağı getirmenin uzun vadede son derece ağır sonuçları da beraberinde getireceğini ifade etmiştir. Hatta kurul, şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesinin, elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirmeyeceğini de savunmuştur. Hukuka aykırı delil konusunun içeriğini ölçüsüz biçimde daraltan bu görüş, muhakeme hukukuna ilişkin bu kuralları, uyulması zorunlu olmayan şekle ilişkin kurallar ve esasa ilişkin kurallar/diğer koşullar olarak ikiye ayırmıştır. Ne var ki bir kuralın bunlardan hangisinin kapsamına girdiği konusunda açık bir ölçü de belirtmemiştir.

3. Nispi Değerlendirme Yasağı Görüşü

Yasakoyucunun değerlendirme kapsamına alınıp alınmayacağını açıkça belirtmediği hukuka aykırı delillerin varlığı halinde, uygulayıcının somut olaya göre bireyin çıkarlarıyla toplumun çıkarları arasında bir denge kurmaya çalışarak bir değerlendirme yapması ve bu değerlendirme sonucunda ulaştığı yasağa ise “nispi değerlendirme yasağı” denilmektedir.¹⁴⁶Yalnızca somut olayda kişinin ihlal edilen hakkının, devletin suçların cezalandırılmasına dair çıkarından üstün olması halinde hukuka aykırı delil değerlendirme dışı tutulmaktadır.¹⁴⁷Bu yaklaşıma göre hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hükme esas alınacağı veya alınmayacağı gibi kesin bir kural koymak yerine somut olayın özelliklerini dikkate alarak her davada söz konusu delilin hükme esas alınıp alınmamasına karar verilmelidir. Bu yaklaşım açıkça mahkemelere takdir hakkı vermektedir.¹⁴⁸

Aynı yaklaşım içinde yargılanan kişinin, yani sanığın hakları “önemli bir şekilde ihlal edilmişse” ilgili delilin değerlendirme dışı tutulması gerekmekte, “ihlal ikinci derecede kalmakta veya sanığın hakları açısından hiçbir önem taşımamakta ise” hukuka aykırı delil kullanılabilir.¹⁴⁹ Söz konusu değerlendirme, mahkeme tarafından, mevcut dava dosyası ve somut koşullar çerçevesinde yapılacaktır. Ancak hakların, pek de haksız olmayan biçimde “aldatıcı” ve “göz boyayıcı” olduğu yolunda eleştirilmekte ve denge sağlanmaya çalışırken hak veya çıkarlardan birinin mutlaka feda edildiği savunulmaktadır.¹⁵⁰

¹⁴⁶ CENTEL/ZAFER, s.694

¹⁴⁷ KAYMAZ, s.263; ODMAN, s.29

¹⁴⁸ BIÇAK, s.529

¹⁴⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1473

¹⁵⁰ AKYÜREK, s.68

Değerlendirme yasaklarını mutlak anlamda bir yasak olarak düzenlemeyen ülkelerden, Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, İsveç ve İngiltere'nin ceza muhakemesi uygulamalarında ilke olarak, özel hayata saygı hakkı ihlal edilerek elde edilen delillerin her somut olayın özelliğine göre kabul edilip edilmeyeceği değerlendirilir.¹⁵¹ Konuyla ilgili İngiliz Hukuku'ndan örnek verecek olursak, deliller, elde edilişindeki gayrimeşruluğa göre değil, maddi gerçeği karartma ve böylece adaletin ortaya çıkmasını tehlikeye sokma esasına göre değerlendirilir. "CommonLaw"da değinilen "adil yargılanma hakkı" adil olmayı reddetme, iyi olan delili değerlendirme esasına dayanır. Mahkeme, geniş ve belirsiz bir takdir yetkisine sahip olup, takdir hakkına dayanarak delillerin ortadan kaldırılması yetkisine sahiptir.¹⁵² Buna karşılık İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hukuka aykırı veya kanuna aykırı yollarla elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılmayacağı; ayrıca bu durumun soruşturmanın her evresinde, kendiliğinden gözetilmesi gereken bir husus olduğu belirtilmiştir.¹⁵³

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde nispi yasak anlayışına göre, şüpheli veya sanığın anayasal haklarının ihlal edilip edilmediği incelenmelidir. Eğer hukuka aykırı delilin elde edilmesi sırasında, şüpheli veya sanığın anayasal hakkı zedelenmişse o delil hukuka aykırı olmasına rağmen muhakemede kullanılabilir. Mahkeme takdir yetkisini kullanırken, yapılan işlemin sanığın anayasal haklarını ihlal edip etmediğine bakılmalı ve anayasal bir hak ihlalini tespit ettiğinde sanığın işlediği suçun topluma verdiği zarar ile yetkili makamların, delil toplarken sanığa ait anayasal hakkı zedelemelerinden doğan zararı karşılamalıdır.¹⁵⁴

Kesin kabul ve kesin ret yaklaşımları, ceza muhakemesinde iki uç yaklaşımı yansıtmaktadır. Bunlardan ilki, maddi gerçeğin bulunmasının ve suçluların cezalandırılmasının, ceza muhakemesinin en önemli amacı olduğunu vurgulayan faydacı yaklaşımdır. İkincisi ise delil elde edilmesini düzenleyen normların korunmaları gerektiğinin, suçluların cezalandırılması gibi diğer birtakım amaçların önüne geçebileceğini vurgulayan moral yaklaşımdır. Kesin kabul ve kesin ret yaklaşımları arasındaki uyumsuzluğun çözülememiş olması ve hukuk sistemlerinin bu

¹⁵¹ ÇINAR Rıza Ali, Hukuka Aykırı Kanıtlar, TBBD, Kasım – Aralık 2004, Yıl:17, Sayı:55, s.45

¹⁵² İÇEL/ÜNVER, s.79

¹⁵³ ÇINAR, s.45

¹⁵⁴ YENİSEY Feridun, Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller, Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, Ekim 1996, s.131-160

iki yaklaşımdan birini diğere tercih edemeyecek olması sorunun ancak hakime takdir hakkı veren esnek yaklaşımla çözülebileceğini ortaya koymaktadır.¹⁵⁵

Kesin kabul ve kesin ret görüşlerinin mahkemelerce uygulanması kolay olmakla birlikte her iki yaklaşımı da savunmak için ileri sürülen görüşler tamamen ikna edici olmaktan uzaktır. Her ikisi de istenmeyen birtakım sonuçlar doğurmaktadır. İngiliz Akademisyen Zuckerman tarafından da belirtildiği gibi kesin kabul ve kesin ret çözümlerinin sonuçları arasında acayip bir benzerlik vardır. Tutarlı olarak uygulanacak olurlarsa, her ikisi de halkın ceza muhakemesine olan güvenini zedeleyecektir. Eğer mahkemeler hukuka aykırı yollarla ulaşılan delilleri her zaman kabul edecek olurlarsa hukuka aykırı davranan kolluğun bu fiiline göz yumuyor olarak algılanacaktır. Eğer hukuka aykırı yollarla ulaşılan delilleri her durumda reddederlerse bu durumda da mahkemeler toplumu suçlardan koruma görevini yerine getirmeyen organlar olarak görülecektir. Bundan dolayı hukuka aykırı elde edilen deliller bazı durumlarda kabul edilmeli bazı durumlarda ise reddedilmelidir. Bu tür esnek bir yaklaşım kesin kabul ve kesin ret yaklaşımlarının katı, kabul edilemez sonuçlarını ortadan kaldıracaktır.¹⁵⁶

Esnek yaklaşımı haklı çıkaran bir diğere husus ise adaletin bireyselleştirilmesine olan ihtiyaçtır. Hukukun uygulanmasında daha önceden öngörülmemiş durumların ortaya çıkabileceği gerçeği, kesin kurallar koymanın her zaman adil sonuçlar üretmek açısından yeterli olmadığını göstermektedir. Hakime veya daha geniş anlamda uygulayıcıya, takdir hakkı vermeyen kurallar somut olayın kendine özgü tüm özelliklerinin değerlendirilmesine imkan vermeyecektir. Adalet ilkesi her somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Birçok durumda kesin kabul ve kesin ret yaklaşımlarından birinin mekanik olarak tatbiki adaletsizliğe neden olacaktır. Bu görüşü savunmak için ileri sürülebilecek diğere argüman da kolluğun delil elde etmek için kullandığı metotların yargı denetiminden geçirilmesine bu yaklaşımın olanak sağlıyor olması olabilir. Böyle bir denetim kolluğun hukukun üzerinde olmadığı gerçeğinin bir kez daha vurgulanması anlamına gelecektir.¹⁵⁷

¹⁵⁵ BIÇAK, (“Nispi değerlendirme yasağı” kavramı yerine “esnek yaklaşım” kavramı benimsenmektedir.) s.529; aynı yönde, ŞAHBAZ, S.106

¹⁵⁶ BIÇAK, s. 530-533

¹⁵⁷ BIÇAK, s.530

Bu görüş de birtakım eleştiriler yöneltmiştir. İlk eleştiri, kesinlikten uzak olduğu hususudur. Hakime takdir hakkı verilmesi kesinlikten uzak olmayı beraberinde getirirse de; bu kesinlikten uzaklık keyfilik şeklinde anlaşılmalıdır. Bu görüş, hakimin hukuk devleti çerçevesinde, makul sınırlar içinde gerekçeli olarak karar vereceğini varsayar. Somut olayda kesin, katı bir kuralın uygulanamayacak olması olayın rastgele, keyfi olarak çözüme kavuşturulacağı anlamına gelmez. Takdir hakkı sınırsızlık ve keyfilik değildir¹⁵⁸.

İkinci olarak, delilin hükme esas alınıp alınmayacağını önceden tahmin etmeye imkan tanımadığı eleştirisi öne sürülebilir. Fakat takdir hakkının çerçevesinin belirlenmesi somut olaylarda usulsüz ulaşılan delilin hükme esas alınıp alınmayacağını tahmin etmeye imkan sağlayacaktır. Bununla birlikte gelecekte verilecek kararların yüzde yüz önceden tahmin edilebilmesini beklemek de doğru değildir. Zira takdir hakkının şu an çizilen çerçevesi gelecekte her davada adil sonuçlar üretmeyebilir¹⁵⁹.

Son olarak, bu yaklaşımın somut olayda hakimin vereceği hükme esas alma veya almama kararlarının kamu tarafından denetimini imkansız kılacağı ileri sürülebilir. Bu endişe yine takdir hakkının çerçevesinin ve hangi prensipler ışığında kullanılacağını belirlenmesi ile izah edilebilecektir. Hakimin ilgisiz ve keyfi faktörleri dikkate alıp almadığı bu şekilde denetim konusu olabilecektir.¹⁶⁰

Konu ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına baktığımızda, benzer bir yaklaşım içinde olduğu görülmektedir. AİHM basit hukuka aykırılıklarla elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasında bir sakınca görmediği gibi AİHS'nin 6. Maddesinde düzenlenen "Adil Yargılanma Hakkı" kapsamında da açık ve net olarak hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağına dair bir ölçü ortaya koymamıştır.¹⁶¹ AİHM, adil yargılanma hakkı doğrudan ihlal edilmediği sürece, kanuna aykırı yoldan elde edilen bir delilin yargılamadaki hukuki değeri yani hükme esas alınıp alınmayacağı konusunda genel bir ilke koymanın mümkün olmadığını ifade etmiştir.¹⁶² Daha önce

¹⁵⁸ BIÇAK, s.532-533

¹⁵⁹ BIÇAK, s.532-533

¹⁶⁰ BIÇAK, s.532-533

¹⁶¹ İNCEOĞLU, s.287

¹⁶² GÖLCÜKLÜ Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması

de ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere, AİHM iç hukuk yolları ile ilgili yerindelik ve hukuka uygunluk denetimi yapmamaktadır. Yalnızca sözleşme veya ek protokoller ile güvence altına alınan hakların ihlal edilip edilmediği yolunda denetim yapmaktadır.

Hukuka aykırı delillerin kabul edilebilirliğini tartıştığı önemli kararlardan olan 1988 tarihli Schenk/İsviçre ve 2000 tarihli Khan/İngiltere davalarında, konuyu AİHS madde 6'da düzenlenen "adil yargılanma hakkı" bakımından ele almıştır. Schenk/İsviçre kararında Mahkeme, AİHS'nin 6. Maddesinde adil yargılanma hakkını güvence altına almakla birlikte delillerin kabul edilebilirliğini düzenlemediğini ve bunun yerel mahkemelerin görevi olduğunu ifade etmiş ve somut olayda başvurunun savunma hakkının da ihlal edilmediği gerekçesi ile 6. Madde yönünden ihlal olmadığını karar vermiştir.

Khan/İngiltere kararında ise mahkeme, yerel polisin uyguladığı gizli dinleme önleminin, "yasa ile öngörülmüş olma" koşulunu içermemesi nedeniyle AİHS'nin özel hayata saygı hakkını koruyan 8. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu yolla elde edilen delilin kullanılması açısından genel olarak bütün yargılama sürecinin adil olması gerektiğini belirterek, bu yönde bir ihlal bulunmadığı gerekçesi ile 6. Maddeye yönelik başvuruyu reddetmiştir.

Dolayısıyla AİHM, 1996 tarihli Mialhe/Fransa kararında olası usulsüzlükleri dikkate aldığını ve ulusal yargı makamlarının usulsüzlükleri giderip gidermediğini denetleyerek genel bir inceleme yaptığını belirtmiş; böylece kişiye zorla kusturucu ilaç verip uyuşturucuların ele geçirilmesini davayı adaletsiz kıldığı sonucuna ulaşırken (Jalloh/Almanya-2006) başvurucuya yargılamanın her aşamasında video kayıtları ile ilgili itiraz hakkının tanınması nedeniyle hukuka aykırı elde edilen kayıtların kullanılmasını ihlal olarak görmemiştir (Perry/İngiltere-2006).

AİHM, "işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağına aykırı davranılmak suretiyle elde edilen deliller ile özel yaşamın gizliliği ihlal edilerek elde edilen delilleri kesin olarak ret sebebi saymakta ise de bunun dışında kalan hukuka aykırılık hallerinde, hukuka aykırılığın ihlal ettiği anayasal hakkı ve elde edilen delilin yargılama sonucuna olan etkisini değerlendirmektedir. Bu değerlendirmeler, üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kabul

edilebilirliği açısından da aynen uygulanmaktadır. Burada da şayet hüküm sadece bu delile dayanarak verilmişse “adil yargılanma hakkı”nın ihlal edildiği kabul edilmekte ve delil reddedilmektedir. Aksi halde ise elde edilen delilin önemi ile hukuka aykırılık sonucu ihlal edilen hakkın karşılaştırılması ve bunun sonucuna göre karar verilmesi benimsenmiştir.¹⁶³

Görüldüğü üzere, AİHM uygulamasında, mutlak değil nispi bir anlayış benimsenmektedir. Sözleşme ve ek protokol hükümleri ile özellikle adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği hususları, verilen kararların asıl orijini oluşturmaktadır.

4. Delilin Hukuka Uygun Olarak Elde Edilebilirliği Görüşü

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ortaya konulan bu görüş, özellikle ağır suçlarda, hukuka aykırı biçimde elde edilen bir delil, gerçekte hukuka uygun olarak da elde edebilecekse değerlendirme dışı tutulamaz. Bu bağlamda, hukuka aykırı delilin “yalnızca hukuka uygun biçimde elde edilmesi imkansız ise” reddedilebileceği, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ifade edilmiştir. Federal Mahkemenin bir kararında, resmi görevli olmayan bir kişi tarafından konut dokunulmazlığı ihlal edilerek elde edilen belgeler, savcının da yasal yollardan ulaşabileceği gerekçesi ile “Sırf özel bir kişi hukuka aykırı hareket etti diye soruşturma işlemlerinin gerçekleşmemesinin anlaşılmaz olacağı” şeklinde ifade edilmiştir¹⁶⁴.

Buna paralel olarak, Almanya’da benimsenen varsayıma dayalı nedensellik ilişkisi, hukuka aykırı bir delilin, ceza kovuşturma organlarının bu delili hukuka uygun yollarla da elde edebilecekleri varsayımına dayanarak değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. Bu yolla sanığın hakları göreceli hale gelmektedir. Nitekim 1994 yılında verilen bir kararda, alkollü olması nedeniyle trafik güvenliğini taksirle tehlikeye düşürdüğü iddiasıyla sanık hakkında başlatılan ceza muhakemesinde, Alman CMK uyarınca rıza gösterilen bir kan alma işlemi tıbbi nedenlerle gerçekleştirilememiştir. Polis memurları klinik muayene amacıyla ameliyat öncesi alınan kan örneklerine, Alman CMK yetkili hekime tanıklıktan çekinme hakkını tanımış olmasına rağmen, elkoymuşlardır. Mahkeme ise, kanın sanıktan alındığı anda zaten Alman CMK 81a maddesi uyarınca beden muayenesine karar verilebileceğini,

¹⁶³ İNCEOĞLU, s.287

¹⁶⁴ AKYÜREK, s.71; ERDEM, s.386

böylece tanıklıktan çekinme hakkının ihlal edilmesinin delil değerlendirilmesinde engel oluşturmayacağını kabul etmiştir. Sonuç olarak delilin değerlendirilmesinin, bu delilin hukuka uygun olarak da elde edilebileceği varsayımına dayandırılması, hiçbir durumda delil yasağı söz konusu olmayacağı anlamına gelmektedir¹⁶⁵.

Bu görüş Türk Hukukunda da farklı bir bakış açısı ile yansımaları bulmuştur. Özellikle hakim kararı gerektiren işlemlerde bu kararın alınmamış olması yargıcın yetkisinin alınması anlamına gelmeyip karar alınmış olsaydı dahi neler yapılacaksa aynı eylemlerin gerçekleştiği hallerde delilin hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir¹⁶⁶.

C. Türk Hukukundaki Durum

1992 yılında yapılan CMUK değişikliğine kadar ceza muhakemesi hukukumuzda, “değerlendirme yasağı”na ilişkin somut bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu dönemde, değerlendirme yasağı öngören tek düzenleme, Birleşmiş Milletler İşkence ve Zalimane, Gayriinsani ve Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesine Dair Sözleşmenin 15. Maddesiyle iç hukukumuza girmiştir.¹⁶⁷Yargıtayımız bu dönemde, delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılığın o delili değerlendirme dışı bırakmayacağını, bir başka ifade ile hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılabileceğini prensip olarak kabul etmekteydi.¹⁶⁸

1992 yılında CMUK’da yapılan değişiklik ile eklenen hükümlerde, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak değerlendirme yasağına tabi olduğu ve kanunkoyucununun tercihini de bu yaklaşımdan yana kullandığı açıkça görülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar ve yasal mevzuatımız çerçevesinde bir değerlendirme yapacak olursak, ülkemizde delil yasakları ile ilgili hükümlerin, hakime takdir yetkisi bırakmadan, oldukça katı kalıplar içinde düzenlendiğini ancak doktrinde bu hususun çokça tartışılmış olup, görüş ayrılıklarının ortaya çıktığını söyleyebiliriz.

Yurtcan, “*Yargılama kurallarına aykırılık oluşturmaları, aksi halde bunların sonucuna etkili olmamaları ilkesi, ülkemizde artık bir sınırlamaya tabidir. O sınırlama da bu yargılama kurallarının delil toplama kuralları olmasıdır. Bir*

¹⁶⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 386

¹⁶⁶ AKYÜREK, s.72; TOSUN Öztekin, Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul, 1976, s.51

¹⁶⁷ Türkiye bu sözleşmeye 1988 yılında katılmıştır.

¹⁶⁸ KOCA, s.124

yargılama kuralı yargılamada gerçeği bulmak için delil toplama kuralı niteliği taşıyorsa, artık bu kuralların yargılamanın sonucuna etkisi tartışılmaz. Bir sonuç mutlak olarak kabul edilir. O sonuç şudur: Bir kural yargılamaya delil toplama kuralı niteliği taşıyorsa, buna aykırılık mutlak bir aykırılıktır. Bunların sonuca etkili olmaları ya da olmamaları tartışılmaz. CMK madde 289 uyarınca sayılan mutlak bozma nedenleri arasında, 'hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması' diyerek, sözü edilen ilkenin zedelenmesinin Türk ceza yargılama sisteminde yeri olmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin hükümdeki sonucu etkilemesi/etkilememesi tartışması yapılamaz." demek suretiyle kanuna aykırılığın mutlak olarak uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁶⁹

Bu düşünceye paralel olarak Toroslu, "Hukuka aykırı veya yasak deliller konusunda sorulması gereken ilk soru, nasıl bir ceza muhakemesi istediğimiz sorusudur. Ne pahasına olursa olsun bütün suçluları cezalandırmayı amaçlayan bir ceza muhakemesi mi, yoksa hukuki yollarla elde edilen delillerle suçlu bulunanları cezalandırmayı amaçlayan bir ceza muhakemesi mi istiyoruz? Bir başka deyişle de eski mutlakiyetçi rejimlere özgü olan ve günümüzde de daha az mutlakiyetçi olmayan baskıcı rejimlerde benimsenen ve sanığı peşinen suçlu kabul eden, ceza muhakemesinin amacını sadece mahkumiyeti haklı gösterecek delilleri elde etmek olarak anlayan, bunun için de işkence dahil, her yolu meşru gören baskıcı bir ceza muhakemesi mi, yoksa özgürlükçü toplumlarda benimsenen suçlulukla mücadele konusunda çatışır gibi gözükken toplumsal menfaat ile bireysel menfaat arasında bir paralellik bulunduğunu kabul eden, böylece suçluların ortaya çıkarılmasını da amaçlayan bir ceza muhakemesi mi istiyoruz?" şeklinde bir sorgulama ile görüşünü açıklamaktadır.¹⁷⁰

Diğer bir görüşe göre 1412 sayılı mülga CMUK madde 254'de mevcut "hukuka aykırı şekilde" ibaresiyle, belli bir hukuka aykırılığın değil, hükümsüzlük de dahil, her türlü hukuka aykırılık kastedilmektedir. Bu düzenleme uyarınca, sahih ama hukuka aykırı suretle elde edilmiş olan bir delil, sanığın suçsuzluğunun gerçekte kanıtı bile olsa, hükme esas alınmayacak olduğu için, suçsuz bir kimse

¹⁶⁹ YURTCAN Erdener, Ceza Yargılama Hukuku, İstanbul 2005, 11. Bası, s. 428-429

¹⁷⁰ TOROSLU Nevzat, Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, AÜHF Yayınları, Hamide Toğçuoğlu Armağanı No:498, 1995, s. 55 <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/armaganlar/hamide-topcuoglu-armagani/toroslu.pdf> (erişim tarihi: 30.10.2013)

mahkum edilebilir. Bunun tam aksine, bu durum hukuk devletinin gereğinin yerine getirilmediği, keza sanığın da korunmadığı anlamına gelmektedir.¹⁷¹

Bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilip edilmediğini değerlendirirken yalnızca ceza hukuku normları değil, tüm hukuk kurallarına bakılması gerekmektedir. Delillerin elde edilmesi şekli, öngörülen bir normun dışına çıkmışsa ya da ceza muhakemesi normlarında düzenlenmemiş, yasaklanmamış olmasına rağmen, herhangi bir hukuk kuralına ters düşmek suretiyle delil elde edilmiş ise, o delil hukuka aykırı bir delil olarak nitelendirilecek ve ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.¹⁷²

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu konu ile ilgili görüşü de bu şekildedir. Kolluk amirinin şüphe üzerine verdiği sözlü emirle yapılan üst aramasında ele geçirilen uyuşturucu maddenin yargılamada delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin ihtilafta; “delil elde etme faaliyeti sırasında ihlal edilen kurallar nedeniyle sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğine bakmak gerektiği; sanığın haklarının ihlal edilmediği hallerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılabilmesi” sonucuna varmıştır. YCGK, ayrıca bu kararında, sanığın haklarının ihlal edilmesi halinde, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zararın karşılaştırılmasını; sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılması; aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷³

Buradan anlaşıldığı üzere bu düzenleme, mevzuatımızda, her ne kadar katı kalıplar içinde değerlendirilmiş ise de yargı organları nezdinde farklı argümanlar da dikkate alınarak delillerin takdiri yetkisi inisiyatif geliştirilebilir bir şekil almaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun başka bir kararında, “...hal böyleyken, sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı, bir başka deyişle sadece bu nedenle ele geçen delilleri “hukuka

¹⁷¹ HAFIZOĞULLARI Zeki, “CMUK’da Yapılan Değişiklikler Üzerine”, AÜHFD, 1993, C.43, s.1-4

¹⁷² ŞEN ERSAN, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos, 2007, yıl 2, sayı:4, s.726

¹⁷³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı, E. 2005/10-15 – K.2005/29 Sayı, 15.03.2005 tarih, www.sinerji.com

*aykırı biçimde elde edilmiş delil” olarak nitelenemeyeceği...” yönünde karar verilmiştir.*¹⁷⁴

Söz konusu kararda belirtilen görüşe paralel olarak, bu konu ile ilgili ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, hak ihlalinin niteliği üzerinde durularak, bir hukuk devletinde bazı hakların mutlak, diğer bazı hakların ise nispi koruma altında bulundurulduğu belirlendikten sonra, buna bağlı olarak “mutlak delil yasakları” ve nispi delil yasakları” kavramlarının ortaya çıktığının ifade edilmektedir. Bu ayrıma göre mutlak delil yasakları: 1- Sanığın kendisini suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, 2-Bir kimsenin yakınlarını suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, 3-Sanığa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının hatırlatılmaması (susma hakkı müdafî tayini isteme hakkı vs.) 4-Özel hayat dışında hayatın gizli alanına yapılan müdahaleler olarak sayılmaktadır. Bunların dışında kalan durumlarda ise hakim tarafından oranlılık (ölçülülük) ilkesi göz önünde tutularak “kamu yararı” bakımından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeden yapılan bir değerlendirmenin, herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını gerektireceği için böyle bir yaklaşımın uzun vadede ağır sonuçları da birlikte getirmesi mümkün olacaktır.¹⁷⁵

Öte yandan delil yasakları ile ilgili hükümlerin takdir yetkisi bırakılmaksızın bu şekilde katı bir yaklaşım içinde düzenlenmiş olması doktrinde eleştirililere de neden olmuştur. Örneğin Yenisey, hukuka aykırı bir yöntem kullanılarak elde edilen delillerin istisnasız bir şekilde değerlendirme dışı bırakılmasını doğru bulmamıştır. Zira öncelikle delil elde edilirken hukuk kurallarını ve yasal düzenlemeyi ihlal etmediğine bakılmalıdır. Eğer ihlal varsa, sanığın işlediği suçun topluma verdiği zarar ile delil toplanırken yetkili makamların sanığa ait anayasal hakları zedelemelerinden doğan zarar karşılaştırılarak, sanığın topluma verdiği zarar, ortaya çıkan ihlale nazaran daha büyük ise delil değerlendirilmelidir.¹⁷⁶

¹⁷⁴YCGK, 26.02.2007 tarih 2007/7-147 E. - 2007/159 K. sayılı kararı www.sinerji.com

¹⁷⁵ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s.187

¹⁷⁶ YENİSEY Feridun, “Tebliğ”, Yargıtay ve Askeri Yargıtay Kararları ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller Semineri, 3-25 Şubat 1996, İstanbul Barosu Yayınları, s.66

Öztürk/Erdem/Özbek'e göre ise ortaya çıkan ihlalin herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş olup olmadığına bakılmaksızın, mutlak bir delil yasağı ile elde edilen delilin hiçbir surette yargılamaya esas alınmaması, dahil olduğumuz Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ne de ters düşmektedir. Zira bu durum, hukuk devleti ilkesinin “adaleti sağlama” ve “hukuki güvenliği gerçekleştirme” unsurlarıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla bu katı kuralın değiştirilerek, aranan hukuka aykırılık unsurunun, insan onuru bakımından ağır bir ihlal niteliğinde olup olmadığı, şekli aykırılıklara tahammülün mümkün derecede olup olmadığı, korunan temel hak ve hürriyeti özüne dokunup dokunmadığı hususları göz önüne alınarak, elde edilen delilin hükme esas alınıp alınmayacağını belirleyecek şekilde düzenlenmesi gereklidir.¹⁷⁷

Doktrindeki görüşler ve örnek yargı kararları ışığında, kişinin özel ve ortak hayat alanlarına yapılan hukuka aykırı müdahalelerde, ulaşılmak istenen yarar ile, hakkı ihlal edilen bireye ait yarar, hakim tarafından değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Zira elde edilen delillerin elde edilmiş biçiminden yola çıkılarak, hiçbir şekilde kabul edilmemesi ya da her ne pahasına olursa olsun koşulsuz tüm delillerin kabul edilmesi bizi maddi gerçeğe götürmeyeceği gibi suçtan etkilenen topluma da hukuki güvenliği sağlamayacaktır.

D. Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler

1. İngiliz Hukuku

İngiliz Hukuku bu konuda nispi değerlendirme yasağı, diğer bir deyişle esnek yaklaşımı benimsemektedir. İngiliz Hukukunda hakimin takdir yetkisi CommonLawmevcuttur. İngiliz Hukukundaki “Polis ve Ceza Delil Yasası”nda, delilin değerlendirme dışında tutulması hususunda takdire dayalılık kuralı korunur. Yasada, elde edilen tüm delillerin kabulü ile hukuka aykırı delilin tümünü değerlendirme dışında tutup tutmamada hakime takdir yetkisi vermektedir. Yasa hakimin keyfiliğe kaçmaması için de kimi ilkeler tespit etmiştir. Örneğin, hukuka aykırı delilin kabulü halinde yargılama ve hüküm vermenin dürüstlüğü ağır bir

¹⁷⁷ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 682; ÖZTÜRK, s.217-225

etkilenmede kalıyorsa, kabul edilemeyecektir. Ancak yine de bunu değerlendirme yetkisi hakimindir.¹⁷⁸

Geleneksel CommonLaw'a göre, ispatı gereken olay bakımından yeterince önemli olan her türlü delil, bir delil yasağı bulunmadıkça geçerlidir. Önemlilik açısından kriter, delilin, ispatı gereken olayın az ya da çok değerlendirilmesi olanağını verip vermediğidir.¹⁷⁹ Bu çerçevede ilke olarak ikrar (ve belirli durumlarda belge) dışındaki bütün deliller, hukuka aykırı ya da adil olmayan şekilde elde edilmiş olsalar da muhakemede kullanılabilirler. Delillerin geçerliliği açısından yapılacak tek denetim, önemlilik açısından olacaktır.¹⁸⁰

CommonLaw'da itiraflar delil olarak kabul edilir, ancak dürüst olmayan delil değerlendirme dışında tutulabilir.¹⁸¹ Bir delilin sadece hukuka aykırı elde edilmiş olması, mahkemede delil olarak kullanılmaması için yeterli değildir. Delilin kabulü halinde yargılamanın adilliği üzerinde negatif bir etki oluşmalıdır. Buna göre illegal ya da dürüst olmayan bir şekilde elde edilen deliller mahkeme tarafından yasaklanabilir bu düzenleme ile CommonLaw'da var olan ancak bazı mahkeme kararlarında kaynağı sanık olan delillerle sınırlanan ilke pozitif kural haline getirilmiştir. İkrara ilişkin yasak zorunlu (kesin) iken, diğer deliller açısından var olan yasak, hakimin takdirine bağlıdır.¹⁸² Kısaca hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kabulü muhakemenin dürüstlüğünü ağır bir şekilde etkiliyorsa, mahkeme bu delili değerlendirme dışı tutmada takdir yetkisine sahiptir.¹⁸³

Öte yandan İngiliz Hukukunda dolaylı delillerin göz önünde bulundurulması benimsenmektedir. Örneğin zorla konuşurulan sanığın gösterdiği suç aletinin elde edilmesi halinde delil olarak kullanılması mümkün görülmektedir. Çünkü İngiliz polisinin tarih boyunca kötü muamelede bulunmayacağı yönündeki güçlü eğilim böyle bir kabulü yerinde kabul etmektedir.¹⁸⁴

¹⁷⁸ KOCA, s.119; ŞAHBAZ, s.107

¹⁷⁹ ÜNVER Yener, İsbata İlişkin Bir İBK İncelemesi, İÜFHM, C.55, 1994-1995, s.200

¹⁸⁰ ŞAHBAZ, s.107

¹⁸¹ ŞAHBAZ, s.107

¹⁸² ERYILMAZ Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, 2003, Seçkin, s.280

¹⁸³ KOCA, s.120

¹⁸⁴ TOSUN Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri-Genel Kısım, C.I, İstanbul , 1984, s.804 ve 815

2. Amerikan Hukuku

ABD’de 1936 yılına kadar dolaylı delil hükme esas alınabiliyordu.¹⁸⁵ Ancak daha sonraları mutlak değerlendirme yasağı benimsenmiştir.¹⁸⁶

Değerlendirme yasağının temel özelliği kesinlikle, mutlak değerlendirme yasağını sonuçlandırmasıdır. Bir ihlalin olduğu yerde, elde edilen delil değerlendirme dışı tutulmalıdır. Hakimler takdir yetkisine sahip değildirler; dürüstlük, güvenilirlik ya da hukuka uygunluk gibi başkaca kavramlar, yasağa karşı uygulanmaz. Hakimin böyle bir delili değerlendirme dışı tutmaması temyiz için yeterlidir.¹⁸⁷

Hukuka aykırı delilin davada uygulanmaması ilkesi, bir delil elde etme ihlalinin olması halinde, elde edilen delilin değerlendirme dışı tutulması şeklinde işlemektedir. Dolayısıyla hakimin hukuka aykırı delili elindeki davada değerlendirip değerlendirmeme bakımından bir mutlak takdir yetkisi bulunmamaktadır; yani mutlak yasak esası vardır. Bu yaklaşım karşısında, yasaya uygun olmayan bir arama sonucu bulunan maktulün cesedinin katilinin mahkumiyeti imkansız hale geldiği gibi, yasaya aykırı yapılan arama sonucu elde edilen sözlü delil de yasa dışı kabul edilir.¹⁸⁸ Suç ve suçlu ile mücadelede sorun yaratacak bu uygulama birtakım eleştirilere de yol açmıştır.

Uyuşturucu şüphesi üzerine hakim tarafından verilen arama kararı yerine getirilmiş, arama sonucunda uyuşturucu bulunmuş ve dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi, polis in arama kararı istemesi sırasında yasanın aradığı makul şüpheyeye dayanmasına rağmen, gerçekte arama kararı verilebilmesi için gerekli makul şüphenin arama kararı öncesi mevcut olmadığı ve bu nedenle arama kararının dayanağının bulunmadığı dolayısıyla bu arama kararı sonucu elde edilen delillerin davada uygulanamayacağı sonucuna ulaşılır. Üst Mahkemenin de benimsediği bu karar, yüksek mahkemece bozular. Gerekçesi şöyledir: Mutlak değerlendirme

¹⁸⁵ TOSUN, s.804

¹⁸⁶ KOCA, s.116-119

¹⁸⁷ KOCA, s.117

¹⁸⁸ ŞAHBAZ, s.108 (Vong Sun v.UnitedStates, 1963)

yasağının tarafsız ve objektif bir hakim tarafından verilen bir arama izni üzerine, yine bu karara dayanarak makul kanaatle hareket eden memur tarafından elde edilen delilin davada dikkate alınmasına engel olması mümkün değildir.¹⁸⁹

Kaçınılmaz buluş uygulamasına göre, delil yasa dışı uygulama ile elde edilmiş olsa da bu delil olmadan da aynı sonuca ulaşmak mümkünse, mutlak değerlendirme yasağı kuralına istisna getirilmektedir.¹⁹⁰ Bu uygulama, yukarıda bahsettiğimiz “delillerin hukuka uygun elde edilebilirliği görüşü” ile paraleldir.

Yüksek mahkemenin bir diğer kararında kamu güvenliği kuralı istisnası kabul edilmiştir. Bu kurala göre, delil elde etmek amacıyla yapılan usulsüz işlem “kamu güvenliğini korumak için yapılmış ise bu yasaya aykırı delilin hükümde esas alınması mümkündür.”¹⁹¹

İkrarın delil olup olmayacağı hususunda uzun yıllar boyunca olayın bütünlüğü göz önünde bulundurularak,¹⁹² ikrarın iradi olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Zira kimsenin kendisi aleyhine delil verme mecburiyetinde olmamasına ilişkin kural nedeniyle¹⁹³ bakılan davada, müdafii ile görüştürülmeyen ve müdafii karakolun kapısından içeri alınmayan sanıktan alınan ikrarın geçerli olmadığına karar verir. Böylece karakolda müdafinin yardımından yararlanma hakkını kullanamayan sanığın oradaki ifadesi geçersiz kabul edilir.

1966 yılında *Miranda v. Arizona* davası ile kimsenin kendisi aleyhine delil verme zorunluluğu olmadığı ilkesi dikkate alınarak, sanığa haklarını bildirme ve öğretme zorunluluğu getirilmiş; haklarının tanınmasının ardından gözaltında verdiği ifadelerin geçerliliği kabul edilmiştir.¹⁹⁴

3. Alman Hukuku

Alman öğretisi ve yargı kararlarında delilin elde edilmesi aşamasında gerçekleşen her ihlalin, değerlendirme yasağına yol açmayacağı görüşü egemendir.

¹⁸⁹ ŞAHBAZ, s.109 (Leov.UnitedStates, 1934); KOCA, s.118

¹⁹⁰ ŞAHBAZ, s.109 (Nixv.Williams, 1984);KOCA, s.118

¹⁹¹ ŞAHBAZ, s.109-110; KOCA, s.118

¹⁹² ŞAHBAZ, s.110 (Escobedov.Illinois, 1964), KOCA, s.119

¹⁹³ŞAHBAZ, s. 110 (US v.Carignan, 1951), YENİSEY Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Ankara 1995, s.138

¹⁹⁴ KOCA, s.119; ÖZTÜRK, Delil Yasakları, s.12

Delil elde etme yasağının hangi durumlarda söz konusu delilin değerlendirme yasağına yol açacağı hususunda bugüne kadar konulmuş bir kural mevcut değildir¹⁹⁵.

Federal mahkeme, yasak sorgu yöntemleri dışındaki hukuka aykırı delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini belirlemede bir ölçüt olarak “haklar alanı” teorisini geliştirmiştir. Buna göre delil elde etmek için gerçekleşen hukuka aykırılığın, sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakılmalıdır. Eğer sanığın hakları önemli bir şekilde ihlal edilmişse, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmemesi; eğer değerlendirilmişse bunun bir temyiz nedeni sayılması gerekir. Buna karşılık, yapılan hukuka aykırılığın sanığın hakları açısından hiçbir önemi yoksa ya da bu ihlal ikinci derecede kalmakta ise hukuka aykırı olmasına rağmen, elde edilen delil değerlendirme dışı tutulmalıdır. Bu konuda bir değerlendirme yapılırken, öncelikle, ihlal edilen kuralın kimin yararına konulmuş bulunduğunu tespit etmek gerekir¹⁹⁶. Bu görüşe göre değerlendirme yasağının dayanağını sübjektif haklar oluşturur. Bu yüzden de sanığa yalnızca bir hak sağlar, mahkemenin maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü ise devam eder. Eğer yalnızca devletin ya da üçüncü kişilerin yararları ihlal edilmiş ise maddi gerçeğin araştırılması amacı öncelik kazanır ve bu nedenle de değerlendirme yasağı mevcut değildir. Bu teoriye göre sanığın hak alanına girilmeden, maddi gerçeği araştırma amacı ön planda kalmaktadır¹⁹⁷.

Bununla birlikte Federal Mahkemenin benimsediği “haklar alanı” görüşü, sadece sanığın temel haklarını koruyan hükümlerin ihlali halinde değil, muhakeme hukukuna ilişkin herhangi bir hükmün ihlali halinde de elde edilen delillerin değerlendirilmemesi gerektiği gerekçesi ile Doktrinde yoğun eleştiriler almıştır¹⁹⁸.

Öte yandan Alman Hukukunda hakların dengelenmesi kuralına da yer verilmektedir. Buna göre, haklar alanında olduğu gibi bireyin yasayla korunan yararı ile bu yarar karşısında olan ceza soruşturması/kovuşturması ile ulaşılmak istenen yararın ağırlıkları dikkate alınmaktadır. Çünkü haklar arasındaki yarışta birinin diğerine göre önceliği veya daha üstün tutulması gerekebilir. İşte bu değerlendirmede

¹⁹⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 381

¹⁹⁶ YENİSEY, Duruşma ve Kanun Yolları, s. 140; KOCA, s.121;

ŞAHBAZ, s.110-111

¹⁹⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 382

¹⁹⁸ KOCA, s.121; DEMİRBAŞ Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996, s.256; ŞAHBAZ, s.112

sanığın hakları diğerlerine oranla daha az korunmayı gerektiriyorsa, bu durumda kullanılan delilin hukuka aykırı olduğundan söz edilemeyecektir. Tüm bu değerlendirmeler için, sanığın aleyhine kullanılabilecek delille ilgili olarak yasa da yer alan kurallar (lehe/aleyhe oluşu) birlikte değerlendirilecekler¹⁹⁹.

Bu görüşe göre delil yasakları bireysel yararlar ile kamuya ait yararlar arasında çatışma durumunda koruyucu bir enstrüman olarak ortaya çıkar. Değerlendirme yasağı değişmez bir kural değildir. Bu nedenle her somut olay ayrıca ele alınmalıdır. Bununla birlikte yapılan müdahalenin, ilgilinin haklarının dolaşılması ya da adil yargılanma ilkesinin ihlali amacını taşıması durumunda da gündeme gelebilir²⁰⁰.

4. Fransız Hukuku

Fransız ceza muhakemesinde bütün delillerin geçerliliği kabul edilmiştir. Bu durum, hem eylemin tipe uygunluğu hem de sanığın suçu olduğunun saptanması açısından geçerli olup, kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça suçun ispatı her türlü deliller yapılabilmektedir.²⁰¹

Bu kuralın iki istisnası söz konusudur. Birinci, belirli tutanakların özel ir ispat gücüne sahip olması ve bu ispat gücünün ancak tutanağın sahteliğinin ispatı halinde ortadan kalkması halidir. İkincisi ise ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşılmasının her ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin kabul oluşturmaktadır.²⁰²

1993 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanununda hukuka aykırı delillere ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.²⁰³ Ancak Fransız mevzuatı, medeniyetim temel değerlerine aykırı olarak insan onuruyla bağdaşmaz bir şekilde işkence, ilaç verme

¹⁹⁹ ŞAHBAZ, s.111

²⁰⁰ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 383

²⁰¹ PRADEL Jean, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, ISISC Kolokyumlarının Sentez Raporu (Çeviren: Sulhi Dönmezer) İstanbul, 2000, s.157

²⁰² PRADEL, s.181-182

²⁰³ ANAYURT Ömer, Strazbourg İçtihatlarında Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri, MBD C. XXI S.197, s.55 vd.

ve sair ruhsal ve bedensel baskılarla delillerin elde edilemeyeceğini çeşitli hükümlerle düzenlemiş bulunmaktadır.²⁰⁴

5. İsviçre Hukuku

İsviçre Ceza Muhakemesi Hukukunda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi benimsenmiştir. Karar verecek makamlar, delilleri yasal kurallara bağlı olmaksızın serbestçe değerlendirmelidir.

Delil yasakları da geniş anlamda delilleri ve delillerin muhakemede ileri sürülebilmesini sınırlamaktadır. İsviçre doktrininde delil yasakları geleneksel şekilde delil elde etme ve delili değerlendirme yasakları şeklinde ele alınıp incelemektedir. Hakim, gerek usul kurallarına uyulmaksızın elde edilen delilleri, gerekse hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delilleri değerlendirme dışı bırakmak zorundadır. Delil yasaklarının uzak etkisi ise doktrinde ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte, ağırlık bu ilkenin reddedilmesi ve yasadışı delilden hareketle elde edilmiş olan diğer delilin kullanılması yönündedir.²⁰⁵

6. İsveç Hukuku

İsveç Muhakeme Kanununda – ki bu hem ceza hem medeni kanun için geçerlidir – hakimin gerçeği araştırması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı gibi, doktrinde de böyle bir hukuksal yükümlülüğün açıkça söz edilmemektedir. Ancak bu durum hakimin vereceği hükmün gerçek olmasını sağlama sorumluluğu taşımadığı anlamına gelmez. Elbette ki İsveç Muhakemesinin amacı da gerçeğin araştırılmasıdır. Bununla birlikte bir amaca daha farklı yollardan ulaşılmaya çalışıldığını söyleyebiliriz.²⁰⁶

İsveç muhakemesinde delil serbestliği ilkesi geçerlidir. İsveç öğretisi ve uygulaması, bu ilke sebebiyle ceza davalarında özel hukuk davalarına göre daha sıkı ispat gereklerinin geçerli olduğu; ceza muhakemesinde gösterilen delillerin geçerli

²⁰⁴ SOYASLAN Doğan, Hukuka Aykırı Deliller, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.3-4, s.19

²⁰⁵ ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001, s.99

²⁰⁶ ŞAHİN Cumhur, Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi, SÜHFD, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, 1994/1-2, C.4, s.62

olduğu, ceza muhakemesinde gösterilen delillerin sağlamlık ve tamlığına ilişkin gereğin isnat edilen suçun ağırlığı ile arttığı sonucunu çıkarmaktadır²⁰⁷.

D. Görüşümüz

Hem Türk Hukuk Sistemi hem de karşılaştırmalı hukuk bağlamında, yasak delillerin değerlendirilmesi hususunu açıklamaya çalıştık. Çıkan sonuçta görüyoruz ki Türk Ceza Muhakemesi Sisteminde hukuka ve kanuna aykırı yollarla elde edilmiş bir delilin ceza muhakemesinde kullanılması mutlak surette yasaktır. Bu şekilde elde edilmiş bir delilin kullanılması mutlak bir bozma sebebi teşkil etmektedir. Öncelikle belirtelim ki hukuk sistemimizdeki yasak delilin mutlak reddi görüşüne katılmıyoruz. Nitekim böyle bir “mutlakiyet” hukuk güvenliği ilkesini zedeleyebilecektir; hem fail hem mağdur açısından maddi gerçeğe ulaşılması yolunu tamamen kapatabilecektir. Bu nedenle yukarıda da ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere, kişinin özel ve ortak hayat alanlarına yapılan hukuka aykırı müdahalelerde, ulaşılacak istenen yarar ile, hakkı ihlal edilen bireye ait yarar, hakim tarafından değerlendirmeye tabi tutularak objektif koşullarda değerlendirildikten sonra bu delilin yargılamaya esas alınıp alınmayacağı hakim tarafından takdir edilebilmelidir. Öte yandan elde edilen delillerin elde edilış biçiminden yola çıkılarak, hiçbir şekilde kabul edilmemesi ya da her ne pahasına olursa olsun koşulsuz tüm delillerin kabul edilmesi bizi maddi gerçeğe götürmeyeceği gibi suçtan etkilenen topluma da hukuki güvenliği sağlamayacaktır. Bu çerçevede, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesinde daha esnek bir yaklaşıma yönelmek gerektiğini düşünüyoruz. Yukarıda açıkladığımız gibi ortaya çıkan ihlal ile kamu yararı arasında kurulacak dengenin hakim tarafından takdir edilmesi büyük derecede önem taşıyacağı gibi delil serbestisi ilkesinin benimsendiği muhakeme hukukumuz açısından da “maddi gerçeğe ulaşma amacı” daha tutarlı argümanlar üzerine tesis edilebilecektir. Nitekim adil yargılanmanın sağlanabilmesi için de hukuk devleti ilkesi ile kamu yararının doğru bir şekilde dengelenmesi; bununla birlikte sanık haklarının da göz önünde bulundurulması gereği bizi en doğru sonuca götürecektir.

²⁰⁷ UğUR Hüsamettin, Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-73-378>, erişim tarihi: 20.03.2014

IV. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN UZAK ETKİSİ SORUNU

Yasak delillerin uzak etkisi ile anlatılmak istenen, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerden hareketle elde edilen diğer delillerdir. Bunlar bazen aynı suçla ilişkin olabilecekleri gibi aynı suçla ilişkin olmamakla birlikte, aynı faille ilgili olabilirler. Bazen ise tamamen başka suç ve başka failler olabilirler²⁰⁸.

Bu konu bizim sistemimiz açısından da ceza muhakemesi hukukunun tartışmalı konularından biridir. Bu sorunu bir örnek ile açıklarsak; sanık işkence neticesinde suçunu ikrar eder ve bu sırada suç aleti veya başkaca delillerin yerlerini de gösterirse işkence ile dolaylı olarak sağlanan ikrar vasıtası ile elde edilen bu delillerin muhakemede kullanılıp kullanılmayacağı çözülmesi gereken sorundur²⁰⁹. Kimi yazarlar ise Son düzenleme ile Anayasada “delil” değil de “bulgu” ifadesinin kullanılması ile bu tartışmanın sona erdiği görüşündedir²¹⁰.

Yukarıda verdiğimiz örnek bağlamında, böyle bir delil uzak etkiyi kabul etmeyenlere göre kullanılabilir. Ancak bu düşüncenin bir hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim yasak sorgu metotları kullanılarak elde edilen deliller, ister doğrudan ister dolaylı olarak elde edilmiş olsun, hiçbir surette ceza muhakemesinde kullanılamaz²¹¹. Zira “Zehirli ağacın meyveleri de zehirli olur”²¹². Bir diğer deyişle bir davranış ya hukuka uygundur ya da değildir. Hukuka aykırılığın önemlisi önemsizi, azı ya da çoğu olmaz ve ağaç zehirli ise meyveleri de zehirli olur²¹³. Yasak sorgu metotları kullanılarak elde edilen deliller, bu elde ediş ister doğrudan ister dolaylı olsun, hiçbir surette ceza muhakemesinde hatta hiçbir muhakemede kullanılamaz.²¹⁴

Türk Hukuku’nda Anayasa değişikliğinden sonra delil yasaklarının uzak etkiyi de içerdiği, hem öğreti hem de Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir²¹⁵.

²⁰⁸ DEMİRBAŞ Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996, s.298 vd.

²⁰⁹ ÖZTÜRK, s.32

²¹⁰ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s.395

²¹¹ ÖZTÜRK, s.33

²¹² ÖZTÜRK, s.33, İÇEL Kayıhan, Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları (Prof.Dr.Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998), s.121 vd, ŞEN, s.144-146; KOCA, s.135

²¹³ HAFIZOĞULLARI, Hukuka Aykırı, S.642; ERMAN Sahir, Sentez Raporu, Hukuka Aykırı Deliller ve Semineri ve Sempozyumu (10-11-12 Mart 1995), İstanbul 1996, s.78

²¹⁴ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s.393-395

²¹⁵ YCGK, E:2009/7-160 K:2009/264 T:17.11.2009:

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi kanıtlar dışındaki diğer kanıtların mahkumiyet için yeterli olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir.

Yerel mahkemece, sanığın sahte rakı imal etmek suçunun sabit olduğu kabul edilerek, cezalandırılmasına karar verilmiş, Özel Daire'ce "hüküm hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen kanıtı dayanılarak sanığın mahkumiyetine karar verilmesinin isabetsiz olduğu, kabule göre de ele geçirilen maddelerin sahte rakı olup olmadığının kimyasal yönden araştırılıp bilirkişi raporu alınmadan sadece zabıt mümzilerinin beyanına dayanılarak eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi" isabetsizliklerinden oyçokluğuyla bozulmuştur.

Yargıtay Başsavcılığı'nca arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonunda ele geçirilen kanıtın hükme esas alınmayacağı kabul edilmekle birlikte, ihbar üzerine başlatılan soruşturma sürecinde sanığın ihbarla uyumlu tevilli ikrarı karşısında sanığın sahte rakı imal etmek suçunun sübütta erdiği, gerekçeleriyle itiraz yasa yoluna başvurulmuştur.

Esas itibarıyla, soruşturma ve kovuşturma işlemleri, gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan usul kurallarına uygun olmalıdır. Bu bakımdan, somut olaydaki aramanın hukuka uygun olup olmadığı hususu, işlemin gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümler gözetilmek suretiyle saptanmalıdır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte bulunan ikinci fıkrasında: "Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz" denilmektedir.

Yine arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 97. maddesinde: "Aramaya karar vermek yetkisi hakimindir. Ancak tehirinde mazarrat umulan hallerde Cumhuriyet Savcıları ve Savcıların muavini sıfatıyla emirlerini icraya memur olan zabıta memurları arama yapabilirler" hükmü yer almaktadır.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu'nun arama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 2. maddesinde ise; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tespiti veya suç faillerinin yakalanması maksadıyla yapılacak aramalar için, yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirlerin derhal yerine getirileceği belirtilmektedir. Ancak, gecikmede sakınca bulunması nedeniyle kolluğun arama yetkisinin doğması halinde yapılacak uygulamaya ilişkin olan bu hüküm, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun, aramanın koşulları ile yöntemini düzenleyen ve arama kararı veya emri vermeye yetkili mercileri belirleyen hükümlerini ortadan kaldıran veya değiştiren bir düzenleme niteliğinde kabul edilemez.

Arama işlemi sırasında yürürlükte bulunan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 5. maddesinde; "Adli arama, 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, etrafı çevrili diğer mahallerinde, üzerinde, özel kağıtlarında, eşyasında, aracında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir" şeklinde tanımlanmış, adli aramalara karar ve emir verme yetkisi başlıklı Yönetmeliğin 7. maddesinde ise; "Adli aramaya karar vermek yetkisi hakimindir. Kolluk, arama kararı alınması için makul şüphe sebeplerini belirten ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet savcısına başvurur.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri veya bu emrin alınmadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları, eşyası ve aracı aranmaz, konutuna girilemez ve buradaki eşyaya el konulamaz.

Cumhuriyet Başsavcılıklarınca, arama ile ilgili kararları vermek üzere, yirmi dört saat süreyle bir nöbetçi Cumhuriyet savcısı görevlendirilir.

Yetkili merciin yazılı emri yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar" hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi, arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemelere göre, arama ancak hakim kararıyla mümkündür. C.Savcıları ile onun yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için bir ön koşul olarak, gecikmesinde sakınca umulan halin gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de, ilgilinin hakime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır.

Somut olayda şüphelinin işyeri olduğu iddia edilen yerde, sahte rakı imal edildiğinin ihbarı üzerine, hakim kararı alınmaksızın, yapılan aramada birinin yarısı, diğerinin tamamı dolu iki adet 750 litrelik

varil içinde saf alkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş ise de, düzenlenen tutanakta gecikmede sakınca bulunduğuna ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içeriğinde de, gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Somut olaydaki hukuka aykırılığı bu şekilde saptadıktan sonra, hukuka aykırı biçimde elde edilen kanıtın ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı sorunu inceleyecek olursak; Ceza yargılaması hukukumuzda delillerle ilgili geçerli ilke, "delil serbestisi" prensibidir. Bu nedenle, ceza yargılaması hukukunda, medeni yargılama hukukundan farklı olarak, her şey kanıt olarak kabul edilebilmektedir. Öte yandan, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 254. maddesinin birinci fıkrasında; "Mahkeme irat ve ikame edilen delilleri, duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder" denilmekle, yargılama sürecinde sunulan ve toplanan kanıtlardan çıkarım yapılması yargıçların takdirine bırakılmıştır. Ancak hem "delil serbestisi" hem de "delillerin yargıçların kanaatine göre takdir edilmesi" ilkelerinin belli sınırları bulunmaktadır. Bunlardan biri de, mahkemenin, ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabilecek olmasıdır. Başka bir deyişle, hukuk düzeninin yasakladığı yöntemlerle toplanan kanıtlar mahkemeye dikkate alınmazlar. Temel hak ve hürriyetlere yasadışı müdahale suretiyle elde edilen delillerin davalarda hükme esas alınmasının hukuka aykırı sayılması ise, çağdaş hukuk sistemlerinin bazılarında yargısal ilkeler, kimilerinde de pozitif hukuk normları sayesinde mümkün olabilmektedir.

Bu konuda mukayeseli hukuk incelendiğinde ana hatlarıyla iki eğilim veya sistem göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki Anglo-Amerikan ceza adalet sistemi olup, bu sistemde, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtlar, hukuka aykırılığın boyutuna bakılmaksızın değerlendirme yasağı kapsamındadır. Mutlak değerlendirme yasağının benimsendiği bu sistemde, hukuka aykırılığın boyutu ile herhangi bir temel hak veya özgürlüğü zedeleyip zedelediği önemli olmadığı gibi, delil elde edilirken, yapılan hukuka aykırılık nedeniyle sanığın hangi hakkının ihlal edildiği ile de ilgilenilmez. Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş bir kanıt varsa, artık o kanıt kullanılamaz. Bu sisteme yöneltilen en büyük eleştiri, kolluğu disipline etmeyi amaçlayan bu uygulamanın, adalet sistemini kilitleyebileceği ve toplumun adalet duygusunu inciten sonuçların ortaya çıkmasına yol açabileceğidir.

İkinci sistem ise, nisbi değerlendirme yasağını öngören ve Kara Avrupası'nda egemen olan sistemdir. Bu sistemde, ihlal edilen kuralın koruduğu hukuki değerden yola çıkılmak suretiyle, yalnızca temel haklar ihlal edilerek elde edilen kanıtların değerlendirilemeyeceği, yasanın mutlak aykırılık olarak öngördüğü ihlaller dışındaki aykırılıkların ise yasak kapsamında bulunup bulunmadığının, her somut olayda hakim tarafından değerlendirileceği kabul edilmektedir.

Bu konuda birçok teori ileri sürülmüş, bu teorik yaklaşımlar, hakların dengelenmesi, hakların karşılaştırılması, değerlerin tartımı şeklinde adlandırılmıştır. Kara Avrupası sisteminde, korunan değerler ile ihlal edilen değerlerin birbiriyle kıyaslanması suretiyle gerçeği bulmadaki toplumsal çıkar ile ihlal edilen yargılama kuralının etkilediği hak veya yarar karşılaştırılarak, bu kanıtın hükme esas alınıp alınamayacağını belirlenmesi gerektiği yaklaşımı baskın görüş olarak kabul edilmiştir. (Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, 6. Baskı, Sh. 654 vd.)

Bu konuyla ilgili olarak ülkemizdeki duruma gelince;

Duraksamadan belirtmek gerekir ki, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile getirilen yargılama sisteminde eskiden bu yana pozitif hukuk normu olarak bazı kanıt yasakları da mevcuttur. Tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkını kullanmış bulunanların önceden verdikleri ifadelerin duruşmada okunamayacağı (CYUY m. 47 vd., 245), dolayısıyla bu açıklamaların yapılmamış varsayılması gerektiği ve kararda bunlara dayanılamayacağı yolundaki ilke bunlardan biridir. Ancak bu münferit hükümlere karşın, 1992 yılına kadar kanıt yasakları konusu CYUY'de genel bir ilke biçiminde düzenlenmemiştir. Konuyu düzenleyen açık bir pozitif hukuk normu mevcut olmadığından, bu tarihten önceki süreçte mahkemeler, içtihadı ilkelerle hukuka aykırı kanıtlar konusunda çözüm geliştirmişlerdir. Örneğin; Askeri Yargıtay İkinci Dairesi 26.04.1973 tarihli bir kararında "...kanuna, ahlaka ve genel adaba aykırı surette toplanan delilleri, hakim, telakki etmekten kaçınmak zorundadır" görüşüne yer vermiştir.

Ancak, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nda 18.11.1992 gün ve 3842 sayılı Yasa ile değişiklik yapılarak Yasa'ya iki önemli hüküm eklenmiştir. Bunlardan ilki, Yasa'nın 135/a maddesidir. Yasa'nın 135. maddesinde ifade alma ve sorguya çekmenin yöntemi düzenlenmiş, 135/a maddesinde

ise, ifade ve açıklamaların özgür iradeye dayanması gerektiği belirtildikten sonra, bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahalelerin yapılamayacağı, yasaya aykırı menfaat vaat edilemeyeceği belirtilerek, bu ve benzeri uygulamalar yasak sorgu yöntemleri olarak sayılmış, ayrıca "bu yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği" hükme bağlanmıştır. Konumuzu ilgilendiren asıl değişiklik ise CYUY'nin 254. maddesine eklenen ikinci fıkradaki; "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz" emredici kuralıdır. Delil yasakları ile ilgili genel ve kapsayıcı nitelikteki bu ilke uyarınca, hükme esas alınması mümkün bulunmayan deliller, "hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller"dir. Nitekim, Ceza Genel Kurulu'nun 08.04.2003 gün ve 30-98 sayılı kararında; suç örgütü ile ilgili soruşturmada telefon konuşmalarının hakim kararı olmaksızın dinlendiği ve kayda alındığına işaret edilmek suretiyle, "...1412 sayılı CYUY'nin 254. maddesinin açık hükmü uyarınca, hukuka uygun olarak elde edildiği saptanamayan bu ses kayıtlarının kanıt olarak hükme esas alınamayacağı" belirtilmiştir.

Öğretide de,

Centel/Zafer; "1412 sayılı Yasa'da, delil ayırımı yapılmaksızın ve hukuka aykırılığın boyutuna bakılmaksızın, tüm hukuka aykırı delillerin, değerlendirme dışı bırakılması emredilmiştir. O halde yasa koyucu Anglo-Amerikan sistemini benimseyerek, tüm hukuka aykırı deliller için mutlak bir değerlendirme yasağı kabul etmeyi tercih etmiştir." şeklindeki açıklamalarla, 1412 sayılı CYUY'nin 254/2. maddesinde mutlak değerlendirme yasağının öngörüldüğünü belirtmişlerdir. (CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, sh. 697 vd.)

Aynı şekilde Çınar; "...bunun anlamı hiçbir biçimde hukuka aykırı kanıtın hükme etki edemeyeceği, yok sayılacağıdır. Hukuka aykırı kanıtların dolaylı ya da bir başka deyişle uzak etkisi de kabul edilemez. Yani zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur, çünkü CYUY'nin 254/2. maddesi, hukuka aykırı kanıtlar ve bu kanıtlar aracılığıyla elde edilen diğer kanıtlar ayırımı yapmadan hepsini hukuka aykırı kanıtlar kapsamına alarak bunların yargılamada değerlendirilemeyeceğini öngörmüştür" (ÇINAR/A.Rıza; Hukuka Aykırı Kanıtlar, TBB Dergisi, Sayı 55, sh. 41 vd.)

Konuyla ilgili açıklamalarda bulunan Öztürk ise; "Anglo-Amerikan Hukukunda zehirli ağacın meyveleri olarak anılan delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi tartışmalı bir konudur, konu Almanya'da da tartışmalıdır. Eski CMK 254'e 3842 sayılı Kanun'la ithal edilen ve "hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağını" mutlak bir şekilde öngören düzenleme karşısında delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi meselesi Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından da halledilmiş, yeni CMK m. 277/2 de bu kanaati büsbütün pekiştirmektedir" şeklindeki açıklamalarla, delil yasaklarının kapsamını belirtmişler, (ÖZTÜRK, Bahri; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, sh. 373)

İçel-Yenisey de, 3842 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle hukuka aykırı delil kavramının getirildiğini, yasa koyucunun bu hükümlerle, Kıta Avrupası hukuk sisteminin içine Anglo-Amerikan hukuk sistemine ait bazı öğeleri yerleştirdiğini ifade etmişlerdir. (İÇEL, Kayılıan/YENİSEY, Feridun; Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Baskı, sh. 1133)

Öte yandan, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesinde de ifade alma ve sorgudaki yasak usuller örneksime yoluyla ve sayılanlarla sınırlı olmayacak biçimde gösterilmiş, ayrıca önceki yasal düzenlemeye benzer biçimde, "yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği" hükme bağlanmıştır. Keza 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde; ortaya konulmak istenen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması halinde reddolunacağı ifade edilmiş, 217. maddenin ikinci fıkrasında ise, "yüklenen suçun, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği" belirtilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, hukuka uygun olarak elde edilmeyen deliller, yeni ceza yargılama sistemimizde de ispat aracı olarak kabul edilmemiştir. Kaldı ki, 230. maddenin birinci fıkrası uyarınca, mahkumiyet 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.

"Yasa dışılıktan" daha geniş bir içeriğe sahip olan "hukuka aykırılık kavramı"nın çerçevesi ve kapsamı saptanırken, gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığı gözetilmeli ve aykırılığın varlığı halinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir. Bu kavram, Anayasa Mahkemesi'nin 22.06.2001 gün ve 2-2 sayılı kararında da benzer biçimde tanımlanmıştır.

Sözü edilen kararda: "Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçeve içinde, Anayasa'ya, usulüne uygun olarak kabul

edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır.

Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasa koyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (örneğin bkz. E 1985/31 K. 1986/1, KT 17.03.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 22. s. 115). Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasa'nın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir" denilmektedir.

Açıklanan pozitif hukuk normları ve uygulamayı yansıtan yargısal kararlar karşısında belirtmek gerekir ki; "hukuka aykırı biçimde" elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınmaz.

Bu itibarla; sanığın işyerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi kanıt ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmasında isabet bulunmamaktadır.

Esasen somut olayda; aramanın hukuka aykırı olduğu ve arama sonucunda elde edilen kanıtın hükme esas alınamayacağı hususunda Yargıtay Özel Dairesi ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında da bir görüş farklılığı söz konusu değildir. Çözümü gereken uyuşmazlık, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi kanıt dışındaki diğer kanıtların, bu bağlamda hakkındaki ihbar ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkumiyet için yeterli olup olmadığı hususunda toplanmaktadır.

Amacı isnada konu maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza yargılamasında, somut olaya münhasır delillerden biri de "beyan" delilidir. Beyan, tanığa, sanığa veya sanığın dışındaki taraflardan birine ait olabilir. Sanığın isnat bakımından önemli görülen olayları beyanıyla kabul etmesi şeklinde tanımlanabilecek olan ikrar; eylem hakkında en çok bilgisi bulunanın beyanı olması, soruşturmayı esaslı surette kolaylaştırması, özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun olduğunun saptanması halinde yargıcın vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması itibarıyla önemli bir sübut vasıtasıdır.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda öngörülen sistemde, ikrarın delil oluşturması bakımından, hakim huzurunda olup olmaması arasında fark öngörülmüş ve bunlardan sadece hakim huzurunda yapılanına kanıt değeri tanınmıştır. (CYUY'nin m. 247)

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 213. maddesinde ise; sanığın hakim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcılar tarafından alınan ifadelerin duruşmada okunabilmesi kabul edilerek, savcı tarafından alınan ifadelere de delil olma değeri tanınmıştır. Buna karşılık, şüphelinin kollukça alınan ifadesine ilişkin tutanağın duruşmada okunabilmesi için, kollukta ifade alındığı sırada müdafinin hazır bulunması koşulu aranmıştır. Görüldüğü gibi, her iki yasal düzenlemede de, hakim önündeki ikrarın kanıt değeri kabul edilmiştir.

Ancak, vicdani kanıt sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda, özgür iradeye dayalı olan ikrarın da, dosyada varlığını koruyan diğer tüm kanıtlar gibi yargıç tarafından serbestçe takdir edilip değerlendirilmesi gerekecektir.

Gerçekten de, bir kimsenin suçlu olmadığı halde kendisini suçlu sayması veya bir başkasının suçunu kabullenmesi mümkündür. O halde, ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, kuşkudan arınmışlığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da gözönünde bulundurulmak suretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir.

İncelenen dosyada;

Polis memuru H.Haluk tarafından 07.02.2004 günü saat 10.00'da düzenlenen ihbar tutanağına göre; "İstanbul K... K... Y... 12 sayılı yerin giriş katında sahte rakı imal eden bir şahsın bulunduğu"nun ismini vermeyen bir şahıs tarafından ihbar edilmesi üzerine; bu yerin polis tarafından gözetlendiği, içeriye giren şahsın bir saat kadar içeride kalıp, dışarı çıkmaması üzerine, kapı zilinın polis tarafından çalındığı, sanık tarafından kapı açıldığında içeriden kuvvetli bir şekilde alkol kokusunun gelmesi nedeniyle, yapılan aramada, çok sayıda paket haline gelmiş boş rakı ve votka şişeleri, rakı kapakları, içinde alkol bulunan yüksek bir yere monte edilmiş iki adet varil, şişe kapaklarını sabitlemede

kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zaptedilmiş, 07.02.2004 günü saat 18.15'de düzenlenen olay yakalama ve zaptetme tutanağı, polis memurları ve yakalanan sanık Eyyüp tarafından imzalanmıştır.

Sanık Eyyüp 08.02.2004 tarihinde kollukta alınan beyanında; nakliye işi yaptığını, daha önceleri, bir defa kaçak sigara, iki defa ruhsatsız tabanca buldurmak, bir defa sahte rakı pazarlamak, üç defa sahte rakı imal etmek ve piyasaya sürmekten yakalandığını, bulunduğu yerin şu anda cezaevinde olan Cengiz isimli şahsa ait olduğunu, bu şahsın burada sahte rakı imal ettiğini, kendisinin de talebi halinde birahaneler önünden toplamış olduğu boş şişeleri buraya aracıyla taşımamasını yaptığını, rakı imal edip satmadığını, olay günü de daha önceden bu şahsa bırakmış olduğu bidonları almaya geldiğini, bu esnada görevlilerce yakalandığını, Cengiz'in iki ay kadar önce Kayışdağı'nda oturduğunu, Bayrampaşa'da bilmediği bir yere taşındığını, bu şahsın Bayrampaşa cezaevinde yattığını duyduğunu söylemiş, yapılan araştırmada Cengiz isimli bir kişinin sanığın belirttiği cezaevinde tutuklu bulunmadığı, ayrıca cezaevine giriş-çıkış kaydının da olmadığı anlaşılmıştır.

Dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar C.Başsavcılığı'nca, ihbar tutanağı ve sanığın ikrarı ile suçun sabit olduğu ileri sürülmüş ise de, ihbar sonucu elde edilen kanıtlara itibar edilemeyeceğinden, ihbarın da bu anlamda bir kanıt değeri bulunmayacaktır. Diğer yandan, dosyada sanığa ait bir ikrar bulunmadığı gibi, bir an için sanığın ikrarının olduğu kabul edilse dahi, maddi kanıtlarla desteklenmeyen ve özgür irade ürünü olmayan bu ikrara da dayanılması mümkün değildir.

Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyesi Orhan Koçak;

" Usulüne uygun olmayan bir arama ite kaçak rakı imaline ait depo aranmış, rakı imal aletleri, şişeler ve bol miktarda alkol bulunmuş, sanık usulüne uygun olarak alınan karakol ifadesinde suçu ikrar etmiş, ancak daha sonraki aşamalarda inkar yolunu seçmiştir.

Çoğunluk ile muhalefet arasındaki uyuşmazlık, bu delillerle sanığın mahkumiyetine karar verilip verilemeyeceğine ilişkindir.

Arama kararının usulüne uygun olmadığı tarafımızdan da kabul edilmektedir.

Ancak;

Anayasa'nın 90/son fıkrası "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Antlaşmalarda kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Antlaşma hükümleri esas alınır." hükmünü içermesi karşısında yasalarda hukuka aykırı delillerin nazara alınmayacağı öngörülmüş olsa da İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararında görüleceği üzere ölçülülük kriteri nazara alınmalıdır.

Ölçülülük (denge) kriterine göre hukuka aykırı delilin dikkate alınması halinde sanığın kişisel hakkı mı, yoksa toplum mu daha çok zarar görecektir, karşılaştırılması yapılmalı, hukuka aykırı delilin dikkate alınması halinde sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise yargılamada kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışında tutulmalıdır. Kaçak rakıdan dolayı kaç kişinin öldüğü, gözünün kör olduğu hepimizin malumudur. " CEZASIZ KALAN SUÇLARIN YENİ SUÇLULAR YARATACAĞI HUSUSU HUKUKUN TEMEL İLKELERİNDENDİR." İnsan haklarının korunması amacıyla konulan yasa hükümleri "HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN DİĞER İKİ UNSURU OLAN ADALETİ VE HUKUKİ GÜVENLİĞİ GERÇEKLEŞTİRMEYİ ENGELLEMELİDİR." Düşünün ki usulsüz arama sonucu sanığın evinde ceset bulunup bunu delil değerlendirmesinde dikkate almayarak sanığın beraatine karar verildiğinde nasıl adalet sağlanacaktır? Bu tür uygulamalar "TAŞLARIN BAĞLANIP KÖPEKLERİN SOKAĞA SALINMASINA " sebebiyet verecek ve yeni suçlular yaratacaktır. Bu durumda toplumda düzen nasıl sağlanacak? İzah edilen sakıncaların giderilmesinin çözümü için hukuka aykırı delilin kullanılmasında İnsan Hakları Mahkemesi'nin benimsediği ölçülülük kriterini benimsemek ve yasa koyucuları tarafından da hukuka aykırı işlem yapanlar için ağır cezalar getirmek gerektiği düşüncesindeyim.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.03.2005 tarih ve 2005/10-15-29 sayılı oybirliğiyle alınan kararında açıkça "Kanunlarımızda yasak sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen deliller dışında kalan diğer hukuka aykırı deliller için genel bir değerlendirme yasağı getirilmiştir. Ancak bu hüküm, delilin elde edilmesindeki her türlü hukuka aykırılığın, o delilin değerlendirme kapsamı dışında tutulmasını gerektireceği biçimde yorumlanmamalıdır. Nitekim doktrinde de, elde edilen delillerin basit hukuka aykırılıklar nedeniyle değerlendirme dışında tutulmasının, haksız beraat kararlarının verilmesine ve yargılamanın kilitlenmesine neden olabileceği ifade edilmiştir (Bahri Öztürk, Yenisey, Delil Yasakları, Ankara, 1995, s. 44-45). O halde, anılan hükmün uygulanmasında yargıcın takdir

yetkisini kullanabilmesi mümkündür. Yargıç, yasaklanmış deliller dışında, takdir yetkisini kullanarak değerlendirme yaparken, delil elde edilmesi faaliyeti sırasında ihlal edilen kurallar nedeniyle sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğine bakmalı, sanığın haklarının ihlal edilmediği hallerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilleri yargılamada kullanabilmelidir. Sanığın haklarının ihlal edilmesi ise, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılmalıdır. Sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır" denmesine, sanığın ikrarına havi ifadede de usule aykırı bir durum olmamasına, olayın sıcaklığı ile alınmış, oluştaya uygun bir ifade olmasına, ayrıca sanık hakkında daha önce iki kez kaçak rakı imalinden dolayı İşlem yapılması, depoyu sanığın gelip açması ve arama sonucu önemli ölçüde alet, şişe ve alkol yakalanması, gibi delillere, yine Yargıtay CGK'nın 29.11.2006 gün ve 150 sayılı iki kişinin muhalefeti ile verilen kararında "usulsüz arama sonucu evinde hint keneviri ele geçen ve hakkında ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde ihbarla uyumlu ve hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrar karşısında sanığın izinsiz hint keneviri ekme suçu sübut etmiştir" denmesine rağmen çoğunluk tarafından benzer olan olayımızda sanığın beraati gerektiği sonucuna varılmıştır" görüşüne,

Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyesi M.NihatÖmeroglu;

"Sanığın sahte rakı imalathanesi kurduğu, burada imal ettiği rakıları piyasadan topladığı rakı şişelerine doldurduğu, şişe ağzalarını da orjinallerine yakın bir şekilde kapatıp piyasaya sürdüğünü ihbar edilmesi üzerine, suç tarihinde polisin bildirilen adrese gitmesi üzerine sahte rakı imalathanesinin tespit edildiği ve içeride variller içinde alkol, imal edilen sahte rakılar, imalatta kullanılan elektrikli makinalar, rakı ve votka şişeleri, şişe kapakları, variller bulunduğu, eşyaların zapt edildiği, sanığın bu imalathanede suçüstü yakalandığını, 4733 sayılı Kanun'un 8 ve TCK 36. maddelerinden cezalandırılmasının istendiği, Kadıköy Dördüncü Asliye Ceza Mahkemesince takdiretensizden 4733 sayılı Kanun'un 8/1, TCK maddeleri uyarınca 3 yıl hapis ve 458.000 TL adli para cezasına hükümlendirildiği, Yedinci Ceza Dairesinin de kararın hukuka aykırı elde edilen delillerle mahkumiyet kararı verilmesi ve eksik tahkikatla kararı bozmuş, Yargıtay C.Başsavcılığı karardaki gerekçelerle itirazı üzerine dosya Ceza Genel Kurulu'nda görüşülmüş ve çoğunluk görüşü doğrultusunda sanığın beraati gerektiği kabul edilmiştir.

I. 1. Günümüzde temel hak ve özgürlüklerin öne çıktığı (özellikle özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığının ihlali vb. gibi) bilinmektedir. O nedenle 5271 sayılı CMK'da bu doğrultuda önemli hükümler getirilmiş ve Avrupa devletleri yasalarıyla uyumluluğa özen gösterilmiştir.

Bu konuda Anayasa ve yasalarımızdaki temel metinlerde düzenlenen hükümler yazıya alınacağı için bunların tekrarından kaçınılmıştır.

2. CMK delil serbestisi yöntemi benimsenmiştir. Saçma olmamak kaydıyla her şey delil olabilir. Bunun değerlendirilmesi için mutlaka duruşmaya getirilmeli ve taraflarca değerlendirilmelidir. Hakim kanuna, hukuka ve vicdani kanaatine göre delilleri takdir eder. Hakime verilen delilleri takdir yetkisi tartışmasızdır. Bunun sınırı delillerin hukuka, maddi gerçeğe, mantığa aykırı olmaması gerekir. (Bkz. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 16. Bası, sh. 1080 ve devam. Yine bkz. V.Ö. Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, 2006, sh. 689 ve devam)

Anayasa m. 20-21, 38 paralel olarak CMK 206/2-a "Delil, kanuna aykırı elde edilmişse", 217/2 "yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.", 230/1-b "...Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi", 289/1-i "Hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanması"ndan bahsetmektedir. Görüldüğü gibi terminoloji birlikteliği yoktur. Bu durumun teoride de görülmekte, bazı akademisyenler "ispat yasakları", "delil yasakları"; Kunter, Yenisey, Nuhoglu ve "hukuka aykırı delil" ve "delil elde etmenin sınırları" terimleri tercih etmektedirler. (Bkz. Ege Kunter, Yenisey, Nuhoglu sh. 1081)

II. 1. Hukuka aykırı delillerin, hükme esas alınmayacağına pozitif hukukumuz gözönüne alındığında aksini savunmak durumunda değiliz. Buna biz de katılıyoruz. Ancak bu hükümlere kategorik olarak ve dar yorumlanarak benimsenmesine karşıyız. Bu hükümlerin de istisnalarının olabileceğini somut olay gözönüne alınarak her zaman mümkün olduğunu savunuyor ve iddia ediyoruz.

AİHM kararlarında da, mahkeme kendini bağlamamak ve içtihat birliği sağlamak adına, hükümleri öncelikle somut olayı esas olarak değerlendirmekte ve yorumlamaktadır. AİHM Medet Kömürcü - Türkiye (No-2) Başvuru no 40160/051 kararında, "...haddinden fazla şekilcilik olmaksızın, belirli bir esneklikle uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Ayrıca iç hukuk yollarını tüketme kuralı ne kesin ne de otomatik olarak uygulanabilir bir kuraldır; bu kurala riayetinin denetlenmesinde münferit davanın koşulları dikkate alınması esastır. ..."görüşünü benimsedikten sonra, deliller konusunda da şu kıstası getirmektedir. "Olayın tespit edilmesi için AİHM her türlü makul şüphenin ötesinde delil kıstasına

başvurur, (bkz. İrlanda-İngiltere 18 Ocak 1978 paragraf A-serisi No: 25) böylesi bir delil itirazı kabil olmayan, yeterince ciddi, belirgin ve tutarlı birtakım emare ya da karinelere doğabilir..."

2. Bizim de benimsediğimiz görüşe göre Kunter, Yenisey, Nuhoğlu hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller konusunda, "Hukuka aykırı yöntemle elde edilen deliller, kovuşturma organları tarafından yapılan işleme ve bu işlemin kanunla düzenlenmesi ile korunmak istenen hukuki menfaate göre tasnif edilmelidir..." demektedirler. Hukuka uygunluk belirlenirken, şekil hukuka aykırılıkla nazara alınmamalı, hukuka aykırılığın öze ilişkisi olup olmadığı denetlenmelidir.

Bundan sonra hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olduğu belirlenen bu delil hüküm verirken kullanıp kullanmamak mahkemenin takdirine bırakılmalıdır. Sonuçta verilen karar sanığın "adi! yargılama hakkını" ihlal etmeyecekse, hukuka aykırı olan delilin dahi, hükümde kullanılması ilkesini benimsiyoruz. Ancak kanunda "delilin kullanılmasını tümünden yasaklayan bir norm varsa bu delilleri hiçbir şekilde kullanılmaması gerektiğini kabul ediyoruz" görüşündedirler (bkz. aghesh. 1085). Adil yargılama hakkı Anayasamızın 36. maddesinde açıkça belirtilmiştir.

Yine aynı görüşe göre; "Hukuka aykırı bir yöntem kullanılarak veya " Yasanın kabul etmemesine rağmen" elde edilen delillerin istisnasız bir şekilde değerlendirme dışında bırakılması doğru değildir. Zira, delil elde edilirken ihlal edilen kural bazen çok önemlidir, bazen ise basittir. Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsa dahi, bu şüphe sebeplerinin mahkemeye sunulması gerekir. Zira bizim sistemimizde" delillerin dosyadan çıkarılması" diye bir kurum yoktur.

Alman doktrini... hukuka aykırı delilleri, duruşmada değerlendirme sorununu "sanık hakları teorisi" çerçevesinde çözümlenmektedir... Alman mahkemeleri "delilleri elde edilmesi ile gerçekleşen hukuka aykırılığın sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakarlar. Sanığın hakları önemli derecede ihlal edilmişse, hukuka aykırı delil kullanılamaz". Buna karşılık, yapılan ihlal ikinci derecede kalmakta veya sanığın hakları açısından bir önem taşımamakta ise, hukuka aykırı olmasına rağmen; delil hüküm verilirken kullanılır..." (Bkz. Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, age. sh. 1088-1094)

Son olarak hukuka aykırı elde edilen delillerle ilgili orantılılık ilkesine değineceğiz.

III. Savunduğumuz bu ilkeye göre Alman hukukundaki gelişme sonucunda, "sanık hakları teorisi", "orantılılık ilkesi" He tamamlanmıştır. Şöyle ki;

Her somut olayda mahkeme bir değerlendirme yapacaktır. Buna göre delil elde etmeyi kısıtlayan hükmün korumak isteği hukuki menfaat He, fiilin aydınlatılmasındaki toplum menfaatini karşılayacaktır. Bkz. Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, age. sh. 1095.

"... Delillerin hukuka aykırılığı" ile "hüküm verilirken kullanılma" arasındaki ilişkinin niteliği önemlidir. Her hukuka aykırı delil değerlendirme kapsamı dışında kalmaz. Yasaklanmış deliller (CMK 148) bunun istisnasıdır. Ancak, 148 dışında kalan hukuka aykırılıklar "otomatik geçerlilik" de düşünülemez; somut olaydaki şartlar gözönünde tutularak, mahkemece o delil ya kabul edilir veya edilmez...

...Hakim takdir hakkını kullanırken, "sanığın temel haklarının" yapılan işlem ile ihlal edilip edilmediğine bakmalı ve Anayasal hak ihlal edilmiş olduğunu saptadığında da sanığın işlediği suçun, topluma vermiş olduğu zarar iie, delil toplanırken devlet güçlerinin sanığa ait Anayasal hakkı ihlal etmiş olmalarından doğan toplumsal zarar karşılaştırılmıştır.

Sanığın topluma verdiği zarar daha büyük ise ve 148. maddede olduğu gibi açıkça yasaklanmış bir delil de söz konusu değil ise, hukuka aykırı nitelik taşıyan delili, hakim hüküm verirken kullanabilir...

Bu bakış açısı AİHM kararlarına da yansımıştır. Davanın bütünlüğü içinde başta yapılan hata giderilmiş ve sonuçta "adil yargılama hakkı" sağlanmışsa, hukuka aykırı delilleri hüküm verilirken kullanılması gerekir." "Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, age. sh. 1108-1109"

IV. 1. Bu açıklamaların ışığında davamıza gelecek olursak, polis kaçak rakı imal eden sanıkla ilgili ihbar almıştır. Polis, bu ihbarı art niyeti olmadan makul şüphe sebebi görerek olay yerine gitmiştir. Burada ihbar edenin polisçe güvenilir biri olması, şüphe sebeplerinin kuvvetli olması aranabilirse de sonuçta ihbar doğru çıkmıştır. Aksi halde adli yönden sorumluluğu gündeme gelecekti. Sonuçta polis, görevi gereği suçu önleme, delilleri toplamakla görevlidir. Sanığı izlemeye alır ve bekler. İstanbul gibi metropolde yasa hükümlerini yerine getirmek için yeterli zaman her zaman mümkün değildir. Sanık kaçabilir ve suç delillerini karartabilir.

Suçüstü hallerini bu anlamda geniş yorumlamak mümkündür. Gizli işlenen suçlarda kaçma şüphesi yoğunudur. Suçüstü halleri bu gibi durumlarda geniş yorumlanabilir. (Bkz. Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, age. sh. 780)

Nitekim hakim kararı veya yetkili amirin emri olmadan yapılan aramada (kanuna aykırı) sanık ve suç delilleri ele geçmiştir. Yani şüpheli bir nevi suçüstü yakalanmıştır. CGK 15.03.2005/15-29 sayılı kararında "...somut olaydaki arama işleminin esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili mercii tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarının ihlal ettiğinden bahsedilmez" derken değerlendirmeyi somut olaya göre yapmaktadır. Olayımızda sanık bir

nevi suçüstü halinde yakalandığından arama kararının sonra alınmaması sanığın haklarını ihlal anlamına gelmez. CGK 29.11.2005 gün 144/150 sayılı kararında da " özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun olduğunun saptanması halinde yargıcın vicdanî kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması itibarıyla önemli bir subut vasıtasıdır." demektedir. (O. Şirin, H. Aşaner, Ö. Güven, G. Yalvaç, M. Özdemir, K. Erel, Yargıtay CGK Kararları, Kasım 2008, sh. 820 ve devamı He 833 ve devamı)

Burada gözden kaçan bir husus da aramadan daha önemli olan yakalamadır. Bunun üzerinde hiç durulmamıştır. Diyelim ki yakalanan şahıs arandı, üzerinde uyuşturucu, silah vb. gibi suç teşkil edebilecek nesnelere bulundu. Tesadüfen elde edilen bu deliller, arama ve yakalama hakim ve C.Savcısı kararı olmadan ele geçtiği için hükümde delil olarak hakimce takdir edilmeyecek mi? Çoğunluk bu görüşleri gözardı etmiş ve cevap vermemiştir. Yeni CMK rıza ile arama ilkesi benimsenmemişse de, sanık bu aramaya genel kurulda izah edildiği kadarı ile itiraz da etmemiştir. AİHM bazı kararlarında buna vurgu yapmıştır. Fiziki olarak orada elde edilen tesadüfi deliller başka suçla ilgili olmayıp, isnatla ilgilidir. İhbar delil olarak kabul edilebilir ve olayımızda kanuna uygun bir delildir.

2. Şüpheli konumunda iken polise verdiği ifadeye gelince; polis adli olaylarda C.Savcısınınaniyabeten yani onun adına görev yapar. CMK'ya göre polisin ifadeye başvurabileceği tartışmasızdır. Şüpheli suç tarihinde yürürlükte olan CMUK'ya göre İfadesini yasaya uygun almıştır. Şüpheli sanık konumuna geçtikten sonra hiçbir zaman polisteki beyanının cebir, tehdit veya hile ile alındığını öne sürmemiştir. CMK 148/4'e göre delil olarak kullanılması mahkemedeki tekrarına ve kabulüne bağlı olduğundan delil olarak kullanılmazsa da, bu konuda somut olay gözönüne alınarak diğer delillerle birlikte tali veya yan delil olarak hakimin takdir etmesi mümkündür. Zira yukarıda açıklandığı üzere hakimin takdiri tartışmasızdır.

Polisin müdafii olmadan aldığı ifadenin hiçbir değeri olmayacaksa, o halde bu yetki ve görev polise neden verildi? Polisin aldığı beyan ve diğer delillere göre CMK dar yorumlanırsa C.Savcısı davayı neden açmıştır ve neye göre açacaktır?

Bu nedenle polisin cebir, tehdit veya hile olmaksızın aldığı İfadenin davada diğer delillerle birlikte her zaman değerlendirilebileceği hakimin takdirindedir. Olayımızda da hakim bunu takdir etmiştir.

Poliste müdafisiz alınan ifade ile ilgili Yen er Ün ver şu görüşleri öne sürmektedir. "Kolluk tarafından tutulan ifade tutanağının m. 213 gereğince okunamayacağını anlamsız bulduğunu ve maddenin müdafii bulunmaksızın dahi kollukta alınan ifadenin okunabileceği şeklinde değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Müdafii bulunmaksızın alınan ifadelerin içeriğinin, sanık tarafından onaylanması halinde delil olarak hükme esas alınacağını düzenlenmesiyle, kanunun kendi içinde çeliştiğini, m. 148/4 ile m. 213'ün birbirleriyle ters düştüğünü ileri sürmekte..."dir. (Ünver, Yener, Delilleri ve Değerlendirilmesi Utp.Y.3.5.32. Ağustos 2005, 29.03.2004, Ünver, Ceza Muhakemesinde İspat... s. 186) (Dr. Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri" başlıklı İncelemeden naklen. Sh. 73) Bize göre de bu ifadenin davanın seyri ve içeriğine göre hakim tarafından takdir edilerek okunabileceği ve sanığa hatırlatabileceği yönündedir. Aradan uzun zaman geçtiğinde sanık eski beyanlarını hatırlamayabilir. Bu uygulamada sık görülen durumdur. Hakim, polis İfadesini okur, sanık hatırlar dürüstlük kuralı gereği o ifadeyi kabul edebilir.

3. Sanık olayımızda aranan yerin halen cezaevinde olan Cengiz'e ait olduğunu öne sürmüştür. Oysa depoyu anahtarla kendisi açmıştır ve böyle bir kişinin cezaevinde olmadığı anlaşılmıştır.

Bu olayda şöyle bir durumla karşılaşabilirdi. Polis bir saat beklemedikten sonra depoya girdiğinde sanık elinde suç aleti ve ortada Cengiz'e ait cesetle karşılaşabilirdi! Bu durumda arama kanuna (hukuka) aykırı olduğundan ceset ve suç aleti ortada mı kalacaktı? Örneğin, sanık çok sayıda bomba ile veya herhangi birine tecavüz ederken de yakalanabilirdi. Çoğunluk görüşünün hükümleri dar ve katı yorumu ülkeyi suç işleme cermetine dönüştürür. Sonuç olarak, olayda kaçak rakıda kullanılan makina, kaçak rakı, rakı şişesi, rakı şişesi kapaklar değerlendirilmeyecek mi? Hukuka aykırı arama olduğu sabittir. Ancak yukarıda I. 2. 'deki delil serbestisi, somut olaya göre de yorumlama ve değerlendirme, korunan hukuki yarar, adil yargılama hakkı ihlal edilmeden, III.te "sanık hakları teorisi" " orantılılık" ilkesi gözönüne alınarak somut olay değerlendirilmeli, bu ölçütlere göre hakim hukuka (kanuna aykırı delilleri (yasak delilleri hariç) hükümde takdir edip kullanılabilmelidir. Nitekim mahkeme bu şekilde değerlendirme yaparak ceza vermiştir. Günümüz güncel davasına gönderme yapan bir çoğunluk görüşü konuşmacısının, davamızla onu karıştırmaması, somut olaya göre değerlendirme cezaların sahteciliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Her yönüyle hukuk devleti olmamız bizim de özlemimizdir. Ancak bu, suçluları bir şekilde kayırma ve toplumsal yararı gözardı etmemizi gerektirmez..." gerekçeleriyle;Bir Kurul üyesi de, bu görüşlere iştirak etmek suretiyle, itirazın kabulü yönünde karşı oy kullanmışlardır.

Nitekim kişinin irade özgürlüğünü ihlal eden yöntemlerin kullanılması suretiyle elde edilen delillerin aleyhte kullanılması Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında belirlenen emir ve yasaklara aykırı olacağı gibi, Anayasanın hiç kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı nitelikte beyanlarda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı hükmüne de aykırılık teşkil edecektir. Öte yandan bu görüş pek çok masum insanın baskı ve işkenceye maruz kalmasına neden olabilecektir²¹⁶.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere ceza muhakemesi sistemimiz, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağını mutlak bir şekilde öngörmektedir. Bu durumda hukuka aykırı delillerin elde edilmişlerinin doğrudan doğruya veya dolaylı olmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Burada dikkate alınan delillerin elde edilmesi sırasında, herhangi bir hukuka aykırılığın yapılmış olmasıdır²¹⁷. O halde örneğin, işkence ile bir ikrar elde edilmiş; bu ikrar sayesinde de suç aleti ve başkaca önemli deliller ele geçirilmiş ise suç aleti ve başkaca önemli deliller hukuka aykırı bir yöntemle elde edildiklerinden ceza muhakemesinde kullanılabilmesi; hükme esas alınabilmesi kesinlikle mümkün değildir.

Öğretide ise bazı yazarlar, yasak delillerin uzak etkilerinin kabul edilemeyeceğini belirtmişlerdir. Buna göre ceza muhakemesinde işbirliği sisteminin geçerli olması nedeniyle hakimin kendiliğinden delil araştırma ve toplama imkanı vardır. Hakim, kendi elde edebileceği delillerin hukuka aykırı olarak elde edildiği durumlarda, bu delilleri yeniden elde etme yoluna gidebilir. Buna karşı, hakimin elde etmesi mümkün olmayan delillerin yok farz edilmesi, mümkün değildir. Hakim belirtiyi ya da hukuka aykırı yöntemlere başvurularak elde edilmiş ifadeden hareketle ulaşılmış olan cesedi, silahı yok sayamaz; görmezden gelemez. Bu delillerin kullanılması mümkündür²¹⁸.

²¹⁶ TOROSLU, Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, s.58

²¹⁷ ÖZTÜRK, s.33

²¹⁸SÖZÜER Adem, Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İÜHFM Prof Dr. Türkan RADO’ya Armağan Sayısı, İstanbul 1997, C:LV, S:3, s.109-110

Yurtcan, son delilin ele geçirilmesini sağlayan ilk delil, yasaya aykırı bir şekilde edilmiş olduğundan bozuk bir temelün üstüne, sağlam bir bina inşa edilemeyeceğinden; hukuka aykırı bir temele dayandığı için dolaylı yolla elde edilen delilin de değerlendirme dışı tutulması gerektiğini belirtmektedir.²¹⁹

Yeniseyve Şahin işkence dışında kalan hallerde hukuka aykırı delil aracılığı ile elde edilen delile, devlet kendi imkanları ile ulaşabilecek durumda ise hukuka aykırı delil yoluyla elde edilen diğer delillerin değerlendirilebileceği görüşündedir.²²⁰

Bir diğer görüş, devletin kendi imkanları ile söz konusu delile ulaşmasının mümkün olması koşulu aranmadan, hukuka aykırı bir şekilde elde edilen dolaylı delillerin hazırlık soruşturmasına başlanması için gerekli olan başlangıç şüphesine temel alınması gerekir.²²¹

Öte yandan örneğin yasak sorgu yöntemlerinin kullanılması sonucu sanığın “suçu ben işledim” demesi ile “suçu işlediğim silahı şuraya sakladım” demesi arasında fark yoktur. Her iki sanık açıklaması da sonuç olarak sanığın ifadesini oluşturur. Bu nedenle bu iki değişik ifade dikkate alınarak sanığın beyanını hukuka aykırı yollarla elde edildiği için kabul etmeyip, bundan hareketle suç aletini bulup, bunun delil olabileceğini kabul etmek, hukuka aykırı sorgu yöntemlerinin kullanılmasına izin vermek anlamına gelecektir.²²²

Sonuç olarak, Anayasamız ve Ceza Muhakemesi Kanununda mevcut düzenlemelerden yola çıktığımızda, yasak delillerin uzak etkisinin tanınması ve yasak delilden hareketle elde edilen deliller kullanılmaması gerekir.²²³ Bu tür delillerin muhakemede kullanılabileceğini kabul etmek, hiç kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesine aykırı olacaktır; dolayısıyla bu ilke de anlam ve önemini yitirecektir.²²⁴ Bunun aksinin kabul edilmesi halinde gözaltında kötü muamele,

²¹⁹ YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1994, s.367

²²⁰ YENİSEY Feridun, Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, s. 159-160; ŞAHİN Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s.274

²²¹ KAYMAZ, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, s.274

²²² KOCA, s.136

²²³ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s.507; DEMİRBAŞ Timur, sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, 1996, s. 305; ÖZTÜRK Bahri, Delil Yasakları, s.32 vd;

²²⁴ ŞAHİN Cumhur, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s.232; TOROSLU Nevzat, Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Prof. Dr. Hamide TOPÇUOĞLU'na Armağan, Ankara 1995, s.58

işkence vb. şekildeki uygulamaların önünü açabileceği gibi sanık lehine CMK düzenlenmiş birtakım hakların sanık aleyhine dönmesine sebep olabilecektir.²²⁵

Diğer ülkelerdeki mevcut uygulamalara baktığımızda, örneğin Amerikan hukuk sisteminde bu tür delillerin hiçbir şekilde yargılamada kullanılmasına izin verilmediği görülmektedir.²²⁶

Alman öğretisinde uzak etki sorunu genellikle yasak sorgu yöntemleri ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Buna göre ileri sürülen görüşler üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlardan ilki değerlendirme yasağının kural olarak uzak etkiyi de içerdiği. Bir diğeri dolaylı olarak elde edilen delilin hukuka aykırı delile dayanıp dayanmadığı konusunda nedensellik ilişkisinin kurulması bakımından ortaya çıkabilecek güçlüklerden hareketle uzak etkiyi reddetmektedir üçüncü görüş ise somut olaya dayalı bir çözüm benimsemektedir.²²⁷

Alman Federal Mahkemesi, bir kararında uzak etkiyi kabul etmiş olmakla birlikte, konuya ilişkin tüm diğer kararlarında delil yasaklarının uzak etkisini reddetmiştir. Bu konuda mahkeme genellikle bu maddi gerçeğe ulaşma amacını felce uğratacağı gerekçesine dayanmaktadır. Mahkeme, diğer bir gerekçe olarak, önceki hukuka aykırılık ile buna dayanarak elde edilen delil arasında nedensellik bağlantısının kesin olarak tespit etmenin olanaksızlığına işaret etmektedir. Alman Federal Mahkemesi'nin uzak etkiyi tamamen reddettiği söylenemez. Bununla birlikte uzak etkinin oldukça sınırlı bir uygulama olanağına sahip olduğu görülmektedir.²²⁸

Konuyu aydınlatılabilmek adına Yeni Zelanda'daki bir karardan yola çıkarak uygulamayı görelim. Yeni Zelanda'da verilen Queen vs. Shaheed davası aydınlatıcı ve çarpıcı bir örnektir. Shaheed adlı kişi, genç bir kızı taciz etmiştir. Yeni Zelanda'da bu suçun cezası en fazla 30 güne kadar hapis cezası olup, daha ağır bir suç değildir. Ancak polis, bu tür suçları işleyenlerin başka cinsel suçları işleme ihtimalinin fazla olduğunu düşündüğünden, rıza göstermeme ve müdafiiine danışma hakkını hatırlatmaksızın, DNA testinde kullanılmak üzere Shaheed'den kan almıştır.

²²⁵ TOROSLU, s.58

²²⁶ DEMİRBAŞ, s.298

²²⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 387

²²⁸ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 387 (naklen)

Halbuki Yeni Zelanda'da ilgilinin rızası olmadan, kan örneği alınabilmesi için ancak ağır cezalı bir suçun mevcut olması gerekmektedir²²⁹.

DNA testi neticesinde Shaheed'in 2 yıl önce işlenmiş faili meçhul bir ırza geçme suçunun faili olduğu ortaya çıkmış; bu olayın mağduruna polis albümünde teşhis yaptırıldığında, mağdur hiç tereddütsüz Shaheed'i teşhis etmiştir. Ancak kan örneğinin hukuka aykırı şekilde alınmış olduğu açıkça görülmekle, kişinin rızası olmaksızın vücudundan kan örneği alınması hukuka aykırı bir delil teşkil etmektedir. Olayda Shaheed'in rızası olmaksızın vücudundan hukuka aykırı olarak alınan kan örneği, DNA bankasında yapılan karşılaştırma sonucunda faili meçhul olaydaki sperm örneğiyle uyduğu için polis mağdura ulaşabilmiştir. Böylece eski mağdurun teşhis yapması mümkün olmuştur. Ancak açıkça görülmektedir ki kan örneği olmasaydı, sanığın diğer suçu ortaya çıkmayacaktı. Davada savunma, hukuka aykırı kan örneği alınması ile yapılan teşhis arasında sıkı bir nedensellik bağı bulunduğunu, hukuka aykırı delilden elde edilen delilin de hukuka aykırı olduğunu ve hükümde kullanılmayacağını ileri sürmüştür²³⁰.

Bu noktada savunmanın görüşü akla şu soruları getirebilecektir: a) Ceza muhakemesinin amacı suçlu olanı cezalandırmak, suçsuz olanı beraat ettirmekse, delili hiç kullanmamak maddi gerçeği ortaya çıkarma amacıyla olan ceza muhakemesine ters düşmez mi? B) Mahkeme delili kabul etse, ancak bunun yanında Shaheed'e polisi dava etme hakkını tanısa olmaz mı? c) Ceza muhakemesinin amacına ulaşmak için kurallara uygun araştırma yapmak gerekirken, somut olayda değerlerin dengelenmesi gerekmez mi? aksi halde Shaheed'in on kişinin faili meçhul katili olduğu ortaya çıksaydı ve maktullerin içinde çocuklar olsaydı, yine delilin yok sayılması düşünülebilir miydi?²³¹

Bu soruların yanında hukuka aykırı olarak kan örneği alınması ve yargılamada delil olarak kullanılmasına karşılık vücut bütünlüğüne dokunulmak suretiyle işlenmiş bir suça maruz kalan bir mağdurun mevcudiyeti de yadsınamaz. Bu noktada da üç farklı tutum ile karşılaşılabılır: 1) Suç ne kadar ağır olursa olsun, hukuka aykırı delilin dosyadan çıkartılması, 2) Hukuka aykırı delilin kullanılması

²²⁹ OPTICAN Scoot L., Mukayeseli Hukukta Arama İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s.34

²³⁰ OPTICAN, s.37-38

²³¹ OPTICAN, s.38

ama aynı zamanda ihlali gerçekleştiren kolluk görevlileri hakkında dava açılması, 3) Olayın ciddiyeti nazara alınarak, denge değerlendirmesi yoluna gidilmesi, şeklinde karşımıza çıkabilir²³².

Kanada, Amerika ve Yeni Zelanda'nın ceza muhakemesi sistemine göre hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin kullanılması mümkün değildir. Zira ceza muhakemesinde var olan değerler sıralamasının en üstünde “her n pahasına olursa olsun maddi gerçeğin ortaya çıkartılması” değeri yer almaz. Nitekim çağdaş ceza hukukunda, insan haklarına saygılı yöntemlerle maddi gerçeğe ulaşmak, değerler sıralamasında en üstte yer alır²³³. Belirtelim ki bu örnekte spesifik olarak bir ülke uygulamasına dikkat çekmeyi değil, tartışılan bir muhakeme kavramını somutlaştırmaya çalışmaktayız.

Queen – Shaheed davasına geri dönecek olursak, mahkeme, kolluğun ihlalinin ağırlığı ile elde edilen delilin ağırlığını mukayese etmiş ve hukuka aykırı olarak alınan kan örneği neticesinde elde edilen DNA testi sonuçlarını dosyadan çıkartmıştır. Bu aşamadan sonra hukuka aykırı DNA delili ile teşhis delilinin illiyet bağı değerlendirilerek, “zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur.”kuralını değerlendirmiştir. Teşhis delilinde hukuka aykırı bulunmamakla birlikte dolaylı etkiden söz edilmektedir. Domino taşlarında olduğu gibi hukuka aykırı delilden yola çıkılarak başka bir delile ulaşıldıysa, ulaşılan delil kabul edilemez. Ancak burada önemli olan zehirli ağacın meyvesinin ağacın ne kadar uzağına düştüğüdür. Eğer bu meyve uzağına düştüyse, o delil kullanılabilir; ağacın dibine düşmüş ise kullanılamaz.²³⁴ Tabii bu dolaylı etkiye net bir şekilde karar verilmesi gereği de ayrı bir tartışma konusu yaratabilir.

Bahsedilen olayda rıza olmaksızın alınan kan örneği ile elde edilen DNA delili polisi teşhis deliline götürmüştür. Mahkeme bu yönde bir değerlendirme yaparak doğrudan hukuka aykırı olan DNA delilini dosyadan çıkarttığı halde, teşhis delilinin zehirli ağacın meyvesi olmadığına karar vererek Shaheed'i teşhis deliline dayanarak ırza geçme suçundan cezalandırmıştır. Zira burada teşhis delilini doğrudan hukuka aykırılığın sonucu olarak değerlendirmek mağduru cezalandırmak anlamına

²³² OPTICAN, s.37

²³³ OPTICAN, s.39

²³⁴ OPTICAN, s.40

gelecektir²³⁵. Dolayısıyla mahkemenin değerlendirmesi hem mağdur hem fail açısından adil bir yargılamanın gerçekleşmesini sağlamıştır.

Daha önce de yinelemiş olduğumuz gibi, CMK madde 217/2'de "Yüklenen suç hukuka uygun şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." Hükümünü içermektedir. Anayasamızın 38/6. Maddesinde ise "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delili olarak kabul edilemez." şeklindedir. Burada "hukuk" kavramının "kanun"dan daha üstün bir değeri ifade etmekte olduğunu daha önce ayrıntılı olarak tartışmıştık, bu nedenle yinelemekten kaçınıyoruz.

Bu hükümler bağlamında önemli olan bir diğer nokta hak ihlali kriterlerine yer vermemesidir. Nitekim bu hükümlere göre, herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılması gerekecektir. Bu noktada her şekli aykırılık mutlak bir bozma sebebedir şeklinde toptancı bir iddianın ileri sürülmesi bazı ağır sonuçları da beraberinde getirebilir²³⁶.

Örneğin bir insan öldüren sanık (A)'nın evinde gündüz arama yapılması gerekirken gece yapılırsa, soruşturmada bundan başka hiçbir hukuka aykırılık bulunmasa ve bu arama neticesinde suç aleti ve başka önemli deliller bulunsa, bu deliller ceza muhakemesinde kullanılmayacaktır. Bu değerlendirme neticesinde (A)'nın mahkum edilmediğin gören suçtan zarar görenler, (A)'yı kendileri cezalandırmak isteyebilir ve bu suretle yeni bir suç işlenmesinin ön açılmış olabilir.²³⁷

Öte yandan, delil elde edilirken kovuşturma makamlarınca yapılan basit şekli aykırılıklar yüzünden faillerin cezalandırılması organize suçlar başta olmak üzere, suçlulukla mücadeleyi zorlaştırır. Öte yandan böyle bir uygulama hukuk devleti ilkesine de ters düşecektir. Zira mağduru ya da suçtan zarar görenleri dikkate almayan uygulamalar ve çözümler hukuk devleti ilkesini ihlal edebilecektir. Kısacası kolluk tarafından gerçekleştirilen soruşturma faaliyetlerinde yalnızca basit şekli aykırılıklar olduğu için faillerin cezalandırılmaması hukuk devleti ilkesine uygun düşmez²³⁸.

²³⁵ OPTICAN, s.42

²³⁶ ÖZTÜRK/ERDEM, s.499

²³⁷ ÖZTÜRK/ERDEM, s.499-500

²³⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s.500

Bizce de bu değerlendirmeyi mutlak bir ihlal ve bozma sebebi olarak değerlendirmek ceza muhakemesi bağlamında adil bir yargılama sonucunu vermeyecektir. Bu noktada vicdani değerlendirmenin yanında, ihlal edilen hakkın hangi sınırlarda olduğunun tespiti de önemlidir. Öte yandan ceza muhakemesi yalnızca failin değil mağdur ve suçtan zarar görenin de haklarını gözetmelidir. Dolayısıyla yargılama iki taraflı olduğuna göre adil yargılanmanın hem mağdur hem fail açısından her iki taraf için de gerçekleşmesi; toplumun hukuka ve yargıya olan güven duygusunun sarsılmaması gerekmektedir. Aksi durumda hukuk devleti ilkesi de çiğnenmiş olacaktır.

V. YASAK DELİLLERİN DOSYADAN ÇIKARILMASI SORUNU

Mahkemenin hüküm verirken yasak delile dayanması mümkün değildir. Ancak bu delilin dosyadan çıkarılıp çıkarılmayacağına karar verilmesi de ayrı bir sorunu teşkil etmektedir²³⁹. Bu noktada iki görüş vardır.

A. Yasak Delillerin Dosyadan Çıkarılması Gerektiğini Savunan Görüş

Bu konuda ileri sürülen ilk görüşe göre hukuka aykırı yollarla elde edilen delil dosyadan çıkarılmalıdır.²⁴⁰ Zira hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin dosya içinde bulundurulması, delil niteliği taşımayan bu bulguların yargı makamını etkilemesi ve yargılamada şu veya bu şekilde dikkate alınması anlamı çıkacaktır. Ayrıca bu durum Anayasa m.38-f.6 hükmü ile Anayasa m.2 ile düzenlenen “hukuk devleti” ilkesine açıkça aykırı olacaktır. Bu tür deliller hakimin tarafsızlığını etkileyebilecektir. Tüm bu etkenlerle birlikte, hukuka aykırılığı iddia edilmiş ve ortaya konulmuş olan, hukuka aykırı bir delilin olduğunu bilerek ve şüphe ederek, fakat onu dava dosyasında tutarak yargılamaya devam etmek, o delilin etkili olmayacağını iddia ederek sonuca ulaşmaya çalışmak, dürüst yargılanma hakkının da zedelenmesine neden olabilecektir²⁴¹.

Öte yandan bu görüşteki yazarlar, delilin yasak olduğunu kabul edip, aynı zamanda bunun dava dosyasında tutulmasını bir çelişki olarak gördüklerinden, konu

²³⁹ ÖZTÜRK, s.45

²⁴⁰ KUNTER/YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.538; ŞEN Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul, 1998, S.209; ÜNVER Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, s.185

²⁴¹ ŞEN, s.210 vd.

ile ilgili yasal bir düzenleme yapılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu yasal düzenleme ile yasak delillerin mümkünse ön soruşturma safhasında, eğer bu mümkün olamazsa en geç soruşturmanın başlarında saptanarak dosyadan çıkarılması gerekmektedir²⁴². Bu görüşü savunanlar, dosyadan çıkarma kararını veren merciin bu kararının kesin olmamasını, bir veya birden fazla yargı organı tarafından denetlenmek üzere, yasa yolu mekanizmasından da oluşturulması gerektiğini vurgulamaktadırlar²⁴³. Doktrinde, hazırlık tahkikatı veya davanın görülmesi sırasında “delilin dosyadan çıkarılması” adı altında açılacak bir tali ceza davası yoluyla yasak delillerin dosyadan çıkarılabileceği görüşü ileri sürülmüştür²⁴⁴. Ancak böyle bir davaya ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanunumuzda ayrıca bir düzenleme bulunmadığından, hukuka aykırı delillerin dosya dışına çıkarılması amacıyla tali ceza davasının kim tarafından ve nasıl açılacağı konusunda ilgili düzenleme yapılması gerekmektedir²⁴⁵.

Yasak delillerin dosya içinde bulundurulmasının pratik sakıncası şu şekilde ortaya çıkabilir; örneğin, yan deliller ile doğrulanan ikrarın işkence ile elde edildiği tespit edilse, böyle bir delil derhal dosyadan çıkarılmalıdır. Aksi takdirde hakim in bilinçaltında bu hususun yer etmesi halinde karar verirken istemese de etkisi altında kalabilecektir²⁴⁶. Bunun önüne geçmek için delillerin bu nitelikleri sebebiyle, dava dosyasından çıkarılarak, dava dosyası dışında ayrı bir zarf veya dosya içinde muhafazasının sağlanması ile dürüst yargılanma hakkının korunabileceği savunulmaktadır²⁴⁷.

B. Yasak Delillerin Dosyadan Çıkarılmayacağını Savunan Görüş

İkinci görüş ise yasak delillerin dosyadan çıkarılmasının mümkün olmadığını savunmaktadır. Böylelikle delilin dosyadan çıkarılması denetimi ortadan kaldıracaktır. Nitekim hukuka aykırı olduğuna karar verilen delilin gerçekten hukuka aykırı olup olmadığı hususu denetlenmelidir. Denetimin yapılmaması ise keyfiliğe yol açar. Öte yandan delil, bir maddi hata dolayısıyla hukuka aykırı olarak

²⁴² ÜNVER, s.185

²⁴³ ÜNVER, s.30

²⁴⁴ SCHROEDER Friedrich Christian/YENİSEY Feridun, Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial), İstanbul, 1997, s.83-97

²⁴⁵ ŞEN, s.210

²⁴⁶ ÖZTÜRK, s.45

²⁴⁷ ŞEN, s.211

nitelendirilmiş olabilir ve bu husus bir müddet sonra ortaya çıkmış olabilir. Dolayısıyla maddi gerçeği, insan haklarını ihlal etmeden arayan bir ceza muhakemesinde hiçbir delilin dosyadan çıkarılmaması gerekir. Kaldı ki delil, hukuka aykırı olarak elde edilmiş ve dosya içinde mevcut bulunsa dahi, hakim bundan etkilenmemesi gerekir²⁴⁸. Zira bu görüş doktrinde de haklı görülmemiştir²⁴⁹. Hakimin etkileneneği iddiasının önüne geçebilmek adına, delil dava dosyasında ve fakat ayrı bir zarfın içinde tutarak muhafaza edilebilir²⁵⁰. Öte yandan verilen kararın temyiz aşamasında Yargıtay tarafından denetleneceği dikkate alındığında, hukuka aykırılığı konusunda karar verilen delillerin de bu durumunun incelenip gerekirse kabule göre değerlendirilmeye alınabilmesi için delillerin dosyadan çıkartılmaması ve fakat ayrı bir bölümde saklanması uygun olacaktır²⁵¹.

Konu ile ilgili CMK ve Anayasa değişikliğinden sonra ileri sürülen görüş önemlidir. Zira Anayasa değişikliğinden önce delil yasakları ihlal edilerek elde edildiği ileri sürülen delilin, hukuka aykırı yollardan elde edildiği ve hak ihlaline yol açıldığı tespit edildiğinde bu delilin dosyadan çıkarılmasına da karar verilip verilemeyeceği önemli bir sorun iken, Anayasa değişikliğinden sonra böyle bir sorun kalmamıştır. Zira kanuna aykırı surette elde edilen bulgu delil sayılmadığından en başta dava dosyasına giremeyecektir. Ancak böyle bir değerlendirme delilin hukuka aykırı olup olmadığını denetleme olanağını ortadan kaldıracığından, her şeye rağmen o delil dosyada muhafaza edilmelidir. Öte yandan dosyadan çıkarılan delil hakkında hangi makamın denetim yapacağı hususu da belirsizliğini korumaktadır²⁵².

Konu ile ilgili olarak mevzuatımıza baktığımızda; 1 Haziran 2005 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 6. fıkrası uyarınca soruşturma aşamasındaki adli kolluğun Cumhuriyet Savcısına sunduğu fezlekede hukuka aykırı delilleri göstermesi gerekmektedir. Ayrıca CMK m. 170/5 uyarınca iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhinde değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür. Bir delilin kanuna aykırı elde edilmiş olması şüpheli veya sanığın lehine olduğundan, böyle bir delil iddianamede

²⁴⁸ ÖZTÜRK, s.45; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.513-514

²⁴⁹ CENTEL/ZAFER, s.699

²⁵⁰ ÖZTÜRK, s.46

²⁵¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1481; KAYMAZ, s. 278; ÖZTÜRK, s.46; Aksi yönde görüş, ŞEN, s.206

²⁵² ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s.377-378

mutlaka gösterilecektir. Gösterilmemesi CMK m.174'e göre iddianamenin iade sebebidir. Aynı şekilde kovuşturma sonunda hükmü veren mahkeme, gerekçeli kararda dosya içerisindeki hukuka aykırı delilleri ortaya koymalıdır (CMK m.230/1-b). Öte yandan CMK m.206/2 a uyarınca ortaya konulması istenen bir delil kanuna aykırı olarak elde edilmiş ise reddolunur²⁵³.

Ceza Muhakemesi Kanunumuz bakımından soruşturmada bir delilin hukuka aykırı olduğu konusunda karar verilmesi mümkün olmadığı gibi, kovuşturma aşamasında tali bir dava yolu ile de halledilmesi mümkün değildir. Öte yandan CMK madde 230/1-b maddesinde, hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiği için reddedilen delillerin de gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu bakımdan kovuşturmada karar verilmesi veya iddianame düzenlenmesine karşın bazı delillerin reddedilmesi halinde, kararda bunların da gerekçesi ile açıklanması yasaya uygun bir yöntem olarak değerlendirilmektedir. Kararlara karşı yasa yoluna başvurulduğunda ilgili delilin hukuka aykırı olmadığına veya olduğuna ilişkin iddialar, yasa yolu mercii tarafından değerlendirilir.²⁵⁴

C. Görüşümüz

Bizce hukuka aykırı olarak elde edildiği ileri sürülen veya böyle bir şüpheye yol açan delil, ileride denetimini de sağlayabilecek şekilde, dosyadan bir zarf ya da klasör ile ayrılmak suretiyle, dosya içerisinde muhafaza edilmelidir. Ceza muhakemesi hukukumuz bakımından delil serbestisi ilkesi ve hakimin delilleri resen takdir etme yetkisini tabii ki kabul etmekteyiz. Ancak ufak da olsa bir yanlgı ile karşılaşılması halinde, dosyadan çıkartılmış olan delil sonsuza dek karartılmış olabilir. Öte yandan Ceza Muhakemesi Kanunumuz kapsamında delilin dosyadan çıkarılmasına ilişkin esas açısından ve usulü olarak bir düzenleme de mevcut değildir. Dolayısıyla bu yönde bir düzenleme olmadığından, bu başvuruyu kimin yapacağı, kimin karar vereceği hususları yasal olarak düzenlenmediğinden dosya içeriğinin bu şekilde değiştirilmesi de adil yargılanma hakkına hanel getirebilecektir.

²⁵³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.1481; KAYMAZ, s. 278; ÖZTÜRK, s.46; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 378

²⁵⁴ GÖKCAN Hasan Tahsin, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması, Ankara Barosu Dergisi, 2012/1, s.195

Öte yandan CMK m. 230, kanuna aykırı olduğu için duruşmada ikame edilmeyen delillerin tek tek ve ayrı ayrı gerekçede gösterilmesini emretmektedir. Bunun dışında, CMK m. 289, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanmasını neredeyse bir yokluk nedeni olarak kabul ederek, hukuka kesin aykırılık hali olarak düzenlemiştir. Bu yasal düzenlemeler karşısında, hukuka veya kanuna aykırı delilin dosyadan çıkarılması ceza muhakemesi hukukumuz açısından mümkün görünmemektedir.

V. RESMİ SIFATI BULUNMAYAN ÖZEL KİŞİLER TARAFINDAN ELDE EDİLEN HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ SORUNU

Özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin anlamı, adli makamların dışında kalan ve işlendiği iddia olunan bir suçla ilgili soruşturma ve kovuşturma yetkisine sahip olmayan kişiler tarafından hukuk kuralları ihlal edilerek delil elde edilmesidir. Örneğin, kişinin hırsızlık amacı ile girdiği evde bulunduğu ve daha önce bir suçta kullanılan tabanca veya husumet duyduğu kişinin evine suç işlediğini ortaya çıkarmak için girip, evde arama yapması ve elde ettiği delil veya hasmının veya şantaj yapmak istediği kişinin telefon görüşmelerini tespit ettiği, ses kayıtları veya bir kişinin evinin içindeki faaliyetlerini ortaya koyan gizli video çekimleri²⁵⁵ özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı deliller arasında sayılabilir.

Özel kişiler tarafından en çok kullanılan hukuka aykırı delil elde etme yöntemi kişinin sözlerinin bant kaydına alınmasıdır²⁵⁶. Soruşturma ve kovuşturma esnasında kolluk makamları tarafından bilgiler toplanırken, özel kişiler de çeşitli metotlarla taraf oldukları davalara ilişkin bilgiler toplayabilirler. Bu bağlamdaki sorun, özel kişiler tarafından hukuka aykırı olarak elde edilmiş bu bilgilerin, ceza muhakemesinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir.

²⁵⁵ ŞEN Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s.164

²⁵⁶ Yargıtay 1. CD, T:16.02.2004, E:2003/3819, K:2004/299 sayılı kararda; belediyede temizlik işçisi olarak çalışan bir kişinin şüpheli ölümü olayında, olayın tek tanığı olan küçük çocuğun amcası tarafından sohbet havasında konuşurularak söylediklerinin kasete alınması, bunun üzerine C. Savcısının küçük çocuğu dinleyerek çocuğun ikrarı sonucunda iki dayının da soruşturmaya dahil edilmesine karar verilmiştir. Şüpheliler kollukta susma hakkını kullanmış ancak savcılığa getirilen şüphelilerden biri ile polis arasında geçen konuşma polis tarafından gizlice videoya kaydedilmiştir. Yargıtay, şüphelinin ikrarlarını içeren video-kasetin hukuken geçersiz olduğunu başkaca yan deliller değerlendirilmeksizin yasak yöntemlerle elde edilen delillere dayanılarak hüküm verilmesini hukuka aykırı bulmuş ve hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Ceza muhakemesi hukukumuz bakımından özel kişilerin hukuka aykırı yollardan elde ettikleri delillerin Anayasa m.38/6'da yapılan düzenlemeden sonra artık değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira Anayasa değişikliğinden sonra delil yasağı özel kişiler için de geçerlidir. Çünkü Anayasa hükümleri yalnızca kamuyu değil özel kişileri de bağlar. Öte yandan burada delil elde etmek söz konusu değil ise, Anayasa ve CMK kanuna aykırı olarak delil elde etmeyi yasakladığından, soruşturma ve kovuşturma makamlarına ve özel kişilere başkalarının getirilen veya tesadüfen bulunan deliller bu yasak kapsamında değildir. Zira elde etmek ibaresinden maksat, soruşturma ve kovuşturma organlarının ve özel kişilerin aktif olarak delil toplamalarıdır²⁵⁷.

Konu ile ilgili bir Yargıtay kararı ile ışık tuttuğumuzda ise, Yargıtay'ın uygulamalarında bu şekilde edilen delilleri yargılamada kullanma eğiliminde olduğu görülmektedir. Yerel mahkeme tehdit suçu dolayısıyla beraat kararı vermiş, hüküm katılan tarafından temyiz edilmiştir. Olayda fail katılanı telefonla arayıp konuşmuş, fail de konuşmayı kaydedip mahkemeye sunmuştur. Fakat konuşmanın içeriğinin tehdit fiilini kanıtlamadığı düşüncesiyle, Yargıtay beraat kararını onamıştır. Bu karar kişinin kendisine yönelik bir suçun kanıtlanmasına veya önlenmesine yönelik olarak yaptığı gizli ses kaydının delil olabileceği fikrini, Yargıtay'ın kabul ettiğini göstermektedir²⁵⁸.

Başka bir Yargıtay kararında “Sanığın tanıklık yaptığı dosyadaki hazırlık ve mahkeme beyanları arasında çelişki bulunmadığı, sanığın katılan ile yaptığı konuşmanın katılan tarafından gizli olarak kasete kaydedildiğinden, hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu ve hükme esas alınamayacağı şeklindeki mahkeme gerekçesi yerinde görülmele... hükmün istem gibi onanmasına” karar verilmiştir. Bu kararda, istisnai durumlar haricinde, yani meşru müdafaa veya kendilerine karşı yapılan suçlar hariç olmak üzere, resmi sıfatı bulunmayan kişilerin ses kaydetme zorunluluğunun dışına taşan, sanık ile katılanın yaptığı konuşmanın, katılan tarafından aniden değil, önceden hazırlanmış bir düzenele gizli olarak kasete kaydedildiği ve bu sebeple söz konusu kaydın hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu kabul edilmiştir²⁵⁹.

²⁵⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s.398

²⁵⁸ Yargıtay 6. CD, T:05.02.2009, E:2007/24946 K:2009/1461

²⁵⁹ Yargıtay 8. CD, T:09.11.2009, E:2009/9930 K:2009/13934

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak değerlendirilemeyeceği (Anayasa m. 38/6); yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği (CMK m. 217/2); kanuna aykırı delilin reddedileceği (CMK m. 206/2-a); hakimin kararını duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayanarak, vicdani kanaatiyle serbestçe takdir yetkisinden (CMK m.217/1) söz etmiş ancak doğrudan doğruya özel kişilerce elde edilen delillerin hükme esas alınıp alınmayacağı konusunda açık bir düzenlemeden söz etmemiştir.

Anayasa ve Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili maddelerinden özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin muhakemede değerlendirilemeyeceği sonucuna dolaylı olarak ulaşmak mümkün ise de, CMK madde 148'e ekleme yapılarak hukuka uygun ve hukuka aykırı deliller konusunda yorum veya kıyasa gerek kalmadan doğrudan açık bir düzenleme yapılabilir.

Zira özel kişilerin hukuka aykırı yollardan topladıkları delillerin değerlendirilmesini ve hükme esas alınabileceğini kabul etmek, hakkın kötüye kullanılmasına neden olabilir. Ancak özel kişilerin delil toplama gibi bir hakkı olmadığına göre, olmayan bir hakkın kötüye kullanılmasında da söz edilemez. Ancak özel kişiye hukuka aykırı delil elde ettiren veya özel kişiler tarafından elde edilmiş olan böyle bir delili muhakemeye sunan kişinin, "hakkın kötüye kullanılması" eylemini gerçekleştirdiğinden bahsedilebilir²⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda da özel kişiler tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen delilin hükme esas alınamayacağını, delin elde edilmiş şeklinin, kişilerin Anayasa ile tanınmış haklarını ihlal etmesi halinde, delilin hukuka aykırı yoldan elde edildiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁶¹.

²⁶⁰ ŞAHBAZ İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s.188

²⁶¹ Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, T:22.06.2001, E:1999/2, K:2001/2 sayılı kararı; temelli kapatılan bir partinin başka bir isim altında yeniden kurulamayacağı, kurulması halinde kapatılan partinin devamı niteliğinde partinin kurulması halinde o partinin de temelli kapatılması gerektiğini belirtmiştir. Parti başkanının "ihtar kararı" verilmesi zorunluluğu olduğuna dair itirazı, Anayasanın 69/7 maddesi uyarınca temelli kapatılan partinin devamı niteliğindeki partinin de kapatılacağı ve ihtar kararına gerek olmadığı belirtilmiştir. Davalı parti savunmalarında, parti başkanı ile TBMM başkan vekili arasında geçen ve araç telefonu ile yapılan konuşmanın yer aldığı kasetin CMUK madde 254/2. Maddesine göre hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş bir delil olması nedeniyle hükme esas alınamayacağı ileri sürülmüştür. Mahkeme iddianamede yer alan delillerden olan telefon konuşmasının kaydedildiği kasetin, anayasanın 22. Maddesinde yer alan usulüne uygun hakim kararı

Alman öğretisindeki baskın görüş, CMK'daki kuralların özel kişilere değil, ceza soruşturma ve kovuşturma organlarını muhatap aldığından hareketle bu tür delillerin değerlendirilebileceği yönündedir. Ancak bu görüşe de üç istisna getirmiştir. Buna göre eğer delil, aşırı ve olağanüstü biçimde insan haklarına ya da işkence ya da uyuşturucu ilaç verme gibi insan onuruna aykırı olarak elde edilmişse veya konuşmanın gizlice kaydı ya da günlüklerin okunması gibi kişinin özel yaşamının gizli alanına müdahalede bulunulmuşsa ve yahut devlet organları tarafından özel kişiler delil yasaklarından kurtulmak için amaçlı olarak kullanılmış ise delil değerlendirilemeyecektir²⁶². Alman Federal Mahkemesi'nin görüş ve uygulamasına göre ise özel şahıslar tarafından gizlice banda alınan sözlerin, bu delilin ceza muhakemesinde kullanılması halinde insan haklarının yeniden çiğnenmiş sayılacağı gerekçesi ile muhakemede kullanılamayacağı işaret edilmiştir. Ancak meşru müdafaa gibi, muhakemede bir durumun varlığı halinde örneğin, çocuk kaçıran bir kişinin telefonla şantaj yapması halinde bu kişinin konuşması kanunda belirlenen kurallara uyulmadan banda alınmış olsa bile, bu bant kayıtlarının muhakemede delil olarak kullanılması kabul edilir²⁶³.

Bizim görüşümüze göre delilin kim tarafından elde edilmiş olduğu önem taşımamaktadır. Nitekim Anayasamızda hukuka aykırı yolla elde edilmiş "bulgu"nun yargılamada değerlendirilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Yani aslında Anayasa, CMK ve sair yasal mevzuat, delilin kim tarafından elde edildiği ile ilgilenmekten çok, delilin hukuka uygun yolla elde edilip edilmediği hususunu irdelemektedir. Ancak şunu da söylemeliyiz ki daha önce de savunduğumuz gibi adil yargılanma ve kamu güvenliği ilkelerini tamamen göz ardı ederek, sırf hukuka aykırı yolla elde edilmiş olması nedeni ile eldeki delilin saf dışı bırakılması pek çok bilinmeyeni karanlıkta bırakabilecektir. Ancak Yargıtay'ın somut uygulamalarında bunun dışına çıktığı ve yargılama safahatında bu delillere yer verdiği görüldüğünde, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için bu denli katı bir mutlak anlayışın kağıt üzerinde kalacağı aşikardır.

veya yetkili merciin emri olmadan haberleşme özgürlüğünün açıkça ihlal edildiği ve CMUK madde 254/2 maddesine göre emri olmadan haberleşme özgürlüğünün açıkça ihlal edildiği ve CMUK madde 254/2 maddesine göre hükme esas alınmayacağı kararını vermiştir (R.G 05.01.2002, 2463; AMKD Cilt:2, Sayı:37, s.922-1552).

²⁶² ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s.396

²⁶³ KAYMAZ Seydi, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s.276

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDA DELİL YASAKLARI

I. DELİL YASAKLARI İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İHLAL EDİLEN BAŞLICA HAKLAR

A. Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6)

İnsan haklarının güvence altına alınması kadar bu hakların etkin bir şekilde korunmasını isteme hakkının güvence altına alınması da büyük önem taşımaktadır. bununla birlikte çoğu dava makul sürede yargılanma hakkının ihlaline dair olmakla birlikte, AİHM tarihinde hem Türkiye hem de genel olarak diğer devletler tarafından en çok ihlal edilen hak adil yargılanma hakkıdır²⁶⁴.

Türk Anayasasında adil (veya dürüst) yargılanma hakkı kavramı 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa değişikliği ile Anayasamıza girmiştir. Anayasada ayrıca adil yargılanma hakkı ile doğrudan bağlantılı bazı güvencelere yer verilmiştir. Bunlar:²⁶⁵

- Yasallık ilkesi,
- Suçsuzluk karinesi,
- “Nemotenetur se ipsumprodere/accusare” güvencesi (hiç kimse kendini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.),
- Ceza sorumluluğunun kişiselliği,
- Genel müsadere yasağı,
- İdarenin kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açan bir yaptırım uygulayamaması,

²⁶⁴ TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Mart 2014, s.216

²⁶⁵ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.216 vd.

- Vatandaşın suç nedeniyle başka bir ülkeye geri verilmesi yasağıdır.

Bugün adli faaliyetin salt norma uygunluğu adil yargılanma hakkının varsayılabilmesi için yeterli kabul edilemez²⁶⁶.

AIHS m. 6 hükmü ile düzenlenen adil yargılanma ilkesi ise şöyledir:

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

²⁶⁶ ÖZEK Çetin, s.30

e) Duruşmada kullanılan dili anlama dışı veya konuşma dışı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

AIHS m. 6 uyarınca “Herkes davasının yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içerisinde dürüst ve aleni olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Bireyin suçlanmasından başlayıp, cezanın infazına kadar geçen süreç açısından uluslararası belgeler, anayasa ve kanunlarda yer alan insan haklarının korunmasına ilişkin normların geçerliliğinin sağlanması adil yargılanma hakkı kapsamındadır²⁶⁷.

Genel anlamıyla ifade edecek olursak, yargı güvencesinden yararlanma hakkı olarak, belirtilen adil yargılanma hakkı, ceza muhakemesi işlemlerinin kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak önceden kanunlarla öngörülmüş esaslar çerçevesinde yapılmasını ifade eder²⁶⁸.

Şunu da hemen belirtelim ki, ulusal yargı makamlarınca görülen davalarda varılan sonucun yerindeliğini denetlemek AIHM'nin görevi değildir. Devlet bu maddenin görevini karşılamak için, adli sistemlerinin kendilerine özgü araçlarının seçiminde geniş bir takdir hakkına sahip ise de iç hukukun sunduğu olanakların her halde etkin olduğunun kanıtlanması gerekir. Yani AIHM, Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakkın ilgili kararda ihlal edilip edilmediğini denetler. Bu bakımdan ulusal mahkemenin verdiği kararda varılan sonucun doğru olup olmadığı hususunu da denetlemez²⁶⁹.

Adli yargılanma hakkı, yargılamanın hakkaniyete uygun, adil bir biçimde yerine getirilmesini amaçlar. Maddenin koruduğu haklar sözleşme sisteminde merkezi bir rol oynar. Diğer hakların korunabilmesi için 6. Madde sözleşme içerisinde kilit bir konumdadır. Öte yandan adil yargılanma hakkı demokratik bir toplumda çok önemli bir rol oynamaktadır. AIHM kararlarına göre “adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda öne çıkan yeri, bu alandaki denetim açısından mahkemeyi, dava konusu usulün gerekçelerini incelemeye sevk etmektir.” 6.

²⁶⁷ ÖZEK Çetin, Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu, İÜHFİM, Prof .Dr. Türkan RADO'ya Armağan, İstanbul 1997, C:LV, s.29

²⁶⁸ DONAY Süheyl, Sanığın Hakları, s. 41; ÖZTÜRK Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, Ankara 1991, s.73.

²⁶⁹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.218 vd.

Maddedeki adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerden bir kısmı açıkça maddede belirtilmiş, bir kısmı ise bu maddenin hukuk devleti ve demokratik toplum için sahip olduğu özel yer nedeniyle, geniş bir yorumla madde hükmüne zımnen dahil unsurlar olarak mahkeme tarafından saptanmıştır²⁷⁰.

Bu noktada yaptığımız tanım çerçevesinde, adil yargılanma hakkının geçerliliğini sağlamak açısından siyasi iktidarın da önemli ölçüde yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, siyasi iktidar tarafından bu hak ile bağdaşmayan düzenlemelerin yapılmaması; uluslararası değer taşıyan yargılanma haklarının bu yolla sınırlandırılmaması gereğidir. Ceza sorumluluğunun temel ilkeler, suç tipleri ve yargılama yöntemleri, adil yargılanma hakkı kurallarına aykırı olmamalıdır. Evrensel nitelikte olan bu kurallar, ortak bir hukuk oluşturmaktadır. Yasal düzenlemelerin, bu ortak hukuka uygun olması gerektiğinden, kanun koyucu tarafından oluşturulan norm anayasaya, normu uygulayacak yetkili organlar tarafından gerçekleştirilen işlemler de norma uygun olsa dahi, bu işlemler evrensel hukuk kuralları haline gelmiş uluslararası hukuk kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa, adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş sayılır.²⁷¹ Burada vurgulanması gereken şudur: Kanun koyucunun cezalandırma gücünü tekel olarak elinde bulundurması mümkün değildir. Dolayısıyla kanun koyucu bu görevini yerine getirirken, bir taraftan ceza normu yaratmak ve ceza normunu değiştirmek yükümlülüğü yüklenirken; diğer taraftan bu yükümlülüğü adil yargılanma hakkının kapsam ve ilkelerine uygun biçimde yerine getirme yükümlülüğünü yüklemektedir. Siyasi iktidara yüklenen bir diğer yükümlülük, var olan normların geçerliliğini sağlayarak norma aykırı eylemleri önlemektir. Siyasal gücün bu yükümlülüğü, adli hizmetin iyi ve dürüst işlerliğini sağlayacak sistemi oluşturmak, aynı zamanda da adli faaliyetin norma aykırılığına neden olabilecek eylemleri önlemek ve cezalandırmak zorunluluğunu da ortaya çıkarmaktadır²⁷².

Adil yargılanma hakkının temel kuramsal güvencesi, salt kararların değil, karara giden yolda yapılan tüm işlemlerin, muamelelerin siyasi etkiden uzak, hukuken kurulmuş, yetkili, bağımsız ve tarafsız yargı yerleri tarafından yapılması, icra edilmesidir. Bireylerin, yukarıdaki kısa tanıma göre kurulup, çalışan bir ceza

²⁷⁰ İNCEOĞLU, s.4

²⁷¹ ÖZEK, s.30

²⁷² ÖZEK, s.30

muhakemesi tarafından, yine ceza yargılamasında kendisine (şüpheli/sanık) tanınan güvencelerle yargılanması hakkı, adil yargılanma hakkının can damarını oluşturur²⁷³. Başka bir ifade ile yargılamayı yapacak olan organın, yansız ve bağımsız olması, başka organ ve kişilerden emir ve talimat almaması, üyelerin bağımsızlığının ve teminatının tam olarak sağlanması, ayrıca bu organların yasa ile teşkil edilmiş, yani olağan bir yargı organı olmaları zorunludur²⁷⁴.

Bu madde kapsamında ve çalışmamızın da temelinde önemli şekilde temas edecek olan husus delil yasakları konusuna Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımıdır. AİHM delillerin takdiri bakımından ulusal makamlara geniş bir takdir hakkı tanımaktadır. Ancak bazı durumlarda, delillerin takdiri konusunda adil yargılanma hakkı açısından ulusal makamların takdir yetkisine sınır getirilmektedir.

AİHM'nin delil yasaklarına ilişkin kararlarının çıkış noktasını İsviçre'ye karşı 12.07.1988 tarihli Schenk/İsviçre kararı oluşturmaktadır. Olayda İsviçre vatandaşı Pierre Schenk, karısını öldürtmek için Pauty'yi görevlendirir. Ancak Pauty, durumu mahkemeye ve Bayan Schenk'e bildirir. Pauty, yapılan bir telefon konuşmasını kayda alır. İsviçre Hukuku'nda hukuka aykırı olmasına rağmen telefon kaydı mahkemede delil olarak değerlendirilir²⁷⁵. Başvurucu adil yargılanma, özel yaşama saygı hakkının ihlali gerekçeleriyle mahkemeye başvurmuştur. AİHM, prensip olarak ve soyut biçimde, yargıç kararı olmaksızın yapılan kayıt sonucu elde edilen ve elde edilişi yerel hukuka aykırı olan delillerin kabul edilebilirliğin reddedemeyeceği, sadece başvuranın yargılanmasının bir bütün olarak adil olup olmadığını tespit etmek mahkumiyet kararını destekleyen başka kanıtlar da olduğunu belirtmiş ve söz konusu kaydın delil olarak kullanılmasının, başvurucuyu adil bir yargılamadan yoksun bırakmadığı sonucuna varmıştır²⁷⁶. AİHM, sözleşmenin m.6'nın delil araçlarının meşruluğu konusunda genel bir düzenleme içermediğini belirterek, muhakemenin bir bütün olarak adil olması halinde, hukuka aykırı bir delil söz konusu olsa bile değerlendirebileceğini kabul etmiştir²⁷⁷.

²⁷³ Uluslararası Af örgütü, Adli Yargılanma Hakkı, Çev. F.Ahmet TANER-Erol KAPLAN, İstanbul, 2000, s.156

²⁷⁴ DONAY Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, 1982, s.73

²⁷⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s.398

²⁷⁶ DOĞRU Osman, İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara, 2003, Cilt 2, s. 616-640

²⁷⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s.398

Bu duruma örnek teşkil edecek bir karar 21 Eylül 2006 tarihli Söylemez/Türkiye²⁷⁸ kararıdır. Bu kararda bazı hakların ihlali yoluyla elde edilen deliller yasak delil sayılmıştır. Diğer ise istinabe yoluyla tanık dinlenmesinde, silahların eşitliği ilkesine uyulmaksızın alınan tanıkların beyanlarına karşı davaya bakan mahkemede sadece itiraz etme hakkı tanınmasının yeterli sayılmamasına ilişkindir. Bu duruma örnek teşkil eden kararlar; 19 Eylül 2003 tarihli Hulki Güneş/Türkiye kararı, 17 Temmuz 2001 tarihli Sadak ve diğerleri/Türkiye kararı, 06 Şubat 2007 tarihli Menteş/Türkiye kararı olarak söylenebilir²⁷⁹. Diğer bir sınırlama polisin azmettirmesi (ajan provokatörlük-aşağıda ayrıntılı olarak incelenmektedir)²⁸⁰ AİHM, ulusal hukuk uyarınca hukuka uygun olarak elde edilmemiş bir delilin yargılamada kullanılması durumunda, adil yargılanma hakkının her zaman ihlal edildiği sonucuna varmamaktadır. Şayet bu şekilde elde edilen delilin içeriğini güvenilirliği sınanmış ve doğruluğu ortaya konulmuşsa, ayrıca sanığın da bu şekilde elde edilen delile karşı koyma imkanı verilmişse, yargılamanın bir bütün olarak adil olma niteliğini yitirmediği sonucuna varılmaktadır. Bilhassa özel hayatın gizliliğinin ihlali suretiyle elde edilen delillerin kullanılması durumunda, AİHM'nin bu tavrı göze çarpmaktadır.

Buna karşılık birtakım ihlaller açısından buna dayalı olarak elde edilen delilin kullanılması durumunda 6. Maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır. İşkence yapmak suretiyle elde edilen delillerin yargılamada kullanılması (01.06.2010 tarihli Gafgen/Almanya kararı; 11.07.2006 tarihli Jalloh/Almanya kararı) ve polisin azmettirmesi (ajan provokatörlük) sonucunda suç işleyen kimsenin bu sayede elde edilen delillere dayanılarak mahkum edilmesi (05.02.2008 tarihli Ramanauskas/Litvanya kararı) durumları buna örneklerdir²⁸¹.

Öte yandan, yinelemeliyiz ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kendi görüşlerinin, ulusal mahkemelerin bu doğrultudaki görüşlerinin yerini alamayacağını sıkça belirtmiş; ancak yine de yargılamanın adil

²⁷⁸ "...çok sayıda suçtan tutuklanan başvuru sahiplerinin sözleşmenin bazı maddelerinin ihlal edildiği gerekçeleriyle yaptıkları başvuruda, Mahkeme 3. maddenin, işkence ve kötü muamele hakkının, 6. maddenin adil yargılanma hakkının ve 13. maddenin, etkili bir hukuki yola başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verdi..." www.insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr

²⁷⁹ TEZCAN Durmuş, AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri, Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER'e ARMAĞAN, Türk Ceza Hukuku Derneği, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu yay. Ankara, 2008, C.II, s.1221-1227

²⁸⁰ Bkz. s.120

²⁸¹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.240

olup olmadığını kararlaştırırken delillerin ele alınış biçimini önemli bir konu olarak incelemiştir²⁸². Delillerin duruşmada sunulduğu ve tartışılmasına ilişkin olarak, savunma aleyhindeki delillerin çelişmeli bir usulle, sanığın huzurunda mahkemeye sunulmasının gerektiği söylenebilir. Örneğin 06 Aralık 1988 tarihli, Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya kararında²⁸³, AİHM, 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varırken gerekçeler arasında “duruşma sırasında sanığın huzurunda ve toplumun gözü önünde çok önemli delillerin sunulmaması ve tartışılmaması” da yer almaktadır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, yerel hukukun ihlali ile elde edilen delillerin kabulü salt olarak tek başına 6. maddenin ihlali anlamına gelmez. Yukarıda ayrıntılarına yer verdiğimiz 12.07.1988 tarihli Schenk-İsviçre davasında yargılamanın bütünü adil yargılanma hakkını ihlal etmediğinden, söz konusu telefon kaydının delil olarak kullanılmasının, başvurucuyu adil bir yargılamadan yoksun bırakmadığı sonucuna varmıştır²⁸⁴.

Şunu ifade etmeliyiz ki AİHM, adil yargılanma ilkesinin hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesini kesin olarak yasaklamadığı görüşüne daha sonraki kararlarında da sadık kalmıştır. Sonraki kararlar, ağırlıklı olarak AİHM'nin yargılamanın bir bütün olarak adil olması açısından hangi ölçütlerin göz önünde bulundurulacağı ile ilgilidir. Bunlar özellikle sanığa savunma hakkı verilip verilmediği ve delilin mahkumiyet açısından taşıdığı önemdir. AİHM, özellikle delilin mahkumiyet açısından taşıdığı önemi değerlendirirken, bunun tek bir delil mi yoksa birden fazla delilden birisi mi olduğunu ve buna ne tür bir güvenilirlik atfedilebileceğini göz önünde bulundurmaktadır²⁸⁵.

Sonuç olarak hukuka aykırı delillerin yargılama kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorununun, genel olarak adil yargılanma hakkının sağlanması noktasında düğümlenmediğini görmekteyiz.

²⁸² MOLE Nuala/HARBY Catharina, Adil Yargılanma Hakkı – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları No:3, Almanya, Ekim 2001, www.inhak-bb.adalet.gov.tr

²⁸³ <http://hudoc.echr.coe.int> App. No: 10590/83 (Erişim tarihi: 16.12.2013)

²⁸⁴ DOĞRU Osman, İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara, 2003, Cilt 2, S. 616-640; App. No:10862/84

²⁸⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 399

B. İşkence Yasağı (AİHS m.3)

AİHS m.3, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında birçok kez belirtildiği gibi, “demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermekte olup, bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumayı amaçlamaktadır.”²⁸⁶

İşkence yasağının emredici (juscogens) nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı halinde geldiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda işkence yasağı, genel uluslararası hukukun buyruk bir kuralıdır ve egemen devletlerin bile bunun aksine hiçbir kural öngörmeleri mümkün değildir. Öte yandan bu yasakla çelişen bir hukuk kuralı da batıl olur²⁸⁷.

AİHS m. 3 metni şöyledir: “Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.” Bu maddenin herhangi bir tanım içermediğini görüyoruz. Çeşitli unsurları bir araya getirdiğimizde ulaşabileceğimiz tanıma göre “*Teknik/dar anlamda işkence, kamu gücünü kullanan bir görevli veya onun nüfuzu, teşviki veya hoşgörüsünün himayesi altında hareket eden bir şahıs tarafından, mağduru adli kovuşturmayla ilgili olarak belirli bir şekilde davranmaya zorlamak ya da işlediği veyahut işlediğinden şüphe edilen bir fiil ya da herhangi temele dayalı ayrımcılık sebebiyle cezalandırmak saikiyle işlenip kişide fiziksel ya da psikolojik olarak yoğun acı veya ıstırap doğuran ya da diğer herhangi bir şekilde insan onuruna ağır bir saldırı teşkil eden her türlü kasıtlı harekettir.*”²⁸⁸

Bütün hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınmasında olduğu gibi, 3. madde kapsamında işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı ceza ve muamele yasağının uygulanmasında da gerek Sözleşmenin metninde, gerek Komisyon kararlarından, gerekse AİHM'nin içtihatlarından bazı temel ölçüler çıkmış ve ulusal hukuk ve davranışların sınırlarını oluşturmaya başlamıştır.

3. maddenin sadece işkence ile mücadele nedeniyle uygulandığını iddia etmek yanıltıcı olur. Madde hükmünün getirdiği koruma, insan onuruna ve fiziksel

²⁸⁶ Aksoy/Türkiye Kararı, 18 Aralık 1996, Ankara Barosu Dergisi, S.2, 1997, s.158

²⁸⁷ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.133

²⁸⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.130-131 (Naklen); ÖNOK, R.Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006, s. 33

bütünlüğüne karşı pek çok farklı saldırıyı kapsamaktadır²⁸⁹. AİHS m.3'de yer alan yasağın ne kadar geniş kapsamlı olduğu ve uygulamanın nasıl olması gerektiği verilen kararlarda görülmektedir.

Öte yandan her türlü kaba ve sert muamele bu madde kapsamına girmemektedir. Baştan beri AİHM, kötü muamelenin bu madde kapsamına girebilmesi için belli bir asgari şiddet düzeyinde olması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Ancak sert ve kaba muamele ile AİHS m.3'ün ihlal edilmesi arasındaki sınırı saptamanın zaman zaman zor olabileceği de kabul edilmektedir²⁹⁰. Bir kötü muamelenin 3. Madde kapsamında değerlendirilebilmesi için asgari düzeyde bir ağırlığının bulunması gerekliliğine işaret eden mahkeme, bu asgari düzeyin, muamelenin süresi, fiziksel ya da ruhsal etkileri ve mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu gibi özelliklerine göre farklılık arz edeceğini belirtmektedir²⁹¹. Nitekim davranış ulusal hukuk düzeyinde hukuka aykırılık teşkil etse de, her kötü muamele AİHS m.3 kapsamına girmeyecektir²⁹².

Mahkemenin yorumuna göre işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele türleri, aralarında düzey farkı olan ve gerek uygulamaları, gerek ağırlıkları, gerekse sonuç ve etkileri ile birbirinden farklı eylemlerdir²⁹³. Mahkemeye göre, eğer bir ceza veya muamele, korku ve şiddetli üzüntü yaratıyor, utanma ve aşağılanma duygusuna neden oluyor, fiziksel ve moral direncini kırıyorsa, onur kırıcı davranış; kasıtlı, fiziksel ve zihinsel acı veriyor ve psikolojik bir tahribata yol açıyorsa, insanlık dışı davranış sayılmaktadır. Buna karşı işkence kişinin kasıtlı yapılan çok ciddi ve zalimane, insanlık dışı muameleye maruz bırakılmasıdır²⁹⁴. Ancak yine de mahkeme, her ne kadar kötü muamele ve insanlık dışı muameleyi, işkence olarak belirleyen

²⁸⁹ REIDY Aisling, İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2002, s.7

²⁹⁰ REIDY, s.8

²⁹¹ Tekin/Türkiye Kararı, 9 Haziran 1998

(http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/52_1997_836_1042.pdf) ; Selçuk ve Asker/Türkiye Kararı, 24 Nisan 1998 (http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/12_1997_796_998_999.pdf) ;

Menesheva/Rusya Kararı 9 Mart 2006, CENGİZ/DEMİRAG/ERGÜL/McBRIDE/TEZCAN, s.97

²⁹² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.140

²⁹³ BATUM Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi, AİHM ve Türkiye, Yeni Türkiye Dergisi, S.22, 1998, s.1356

²⁹⁴ İrlanda/Birleşik Krallık Kararı, 18 Ocak 1978, par. 162 ve 167

unsurları içtihatlarında işaret etmişse de bu kavramın ne anlama geldiğini tam olarak tanımlamamıştır²⁹⁵.

Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da, 5 Kasım 1969 tarihli Yunan Davasını inceleyen kapsamlı raporunda, işkenceyi, itiraf ya da bilgi elde etmek veya kişiyi cezalandırmak gibi spesifik bir amaca yönelik olarak kasten yapılan, genellikle insanlık dışı muamelenin ağırlaşmış bir halini oluşturan bir olgu olarak saptamıştır. Bu davada, kaynaklanan ıstırapın yeterince kuvvetli olması kaydıyla, zihinsel acıya yol açılmasının da işkence teşkil edebileceği, bu bakımdan fiziksel zararın şart olmadığı vurgulanmıştır. Aynı görüşü, 25.04.1978 tarihli Tyrer/Birleşik Krallık; 25.02.1982 tarihli Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık; 07.07.1989 tarihli Soering/Birleşik Krallık davalarında da sürdürmüştür²⁹⁶.

Mahkeme öncelikle, bir devletin işkence yasağını ihlal etmiş olup olmadığını denetiminde, her türlü şüpheden uzak, açık ve kesin kanıtlar olması gerektiğini belirtmiştir²⁹⁷. Ancak bu kanıtlar, aksi kanıtlanamayan ya da temelsiz olduğu açıkça belirlenemeyen karinelere kadar, yeterli derecede ağır, birbirini tamamlayan, belirgin ipuçlarından çıkabilir. İlgili devletin delillerin araştırılması sırasındaki tutumu da bu bağlamda değerlendirme kapsamına girmektedir. Ayrıca mahkeme, deliller takdir edilirken, belirtiler yumağından veya çürütülmemiş, yeterince önemli, kesin ve tutarlı karinelere oluşması gerektiğini de dile getirmektedir²⁹⁸.

Şunu da belirtmeliyiz ki belirli fiillerin mutlaka belirli bir ihlal türüne yol açtığı şeklinde bir kategorileştirme mümkün değildir. Zira her seferinde somut olaya mahsus bir değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin 18.12.1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararında, mağdurun maruz kaldığı Filistin askısı (bir kişinin kollarının vücudunun arkasından birleştirip, bu şekilde yüksekçe bir yere ipe asılması suretiyle yapılan işkence türüdür) adı verilen uygulama işkence olarak nitelendirilmiştir (Par 64). 25

²⁹⁵ REIDY, s.11

²⁹⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 141

²⁹⁷ 18.01.1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık Kararı, par. 16

²⁹⁸ Mahkeme, başvurunun kendi evinin ve mallarının güvenlik güçlerinde kasten tahrip edildiğine ilişkin iddialara yönelik verdiği kararda, delillerin yetersizliğini dile getirmiştir. Komisyon da kendisine sunulan yazılı ve sözlü ifadelerden, başvurunun iddia ettiği olayların gerçekleştiğinin, makul bir şüpheden masun bir şekilde kanıtlanamadığı sonucuna varmıştır. Komisyon bu nedenle, sözleşmenin 3,5 ve 8. Maddeleri ile 1. Nolu protokolün 1. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmasını sağlayacak yeterli kanıt olmadığı kanısındadır." Gündem/Türkiye Kararı, 25 Mayıs 1998, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr>

Eylül 1997 tarihli Aydın/Türkiye kararında da mahkeme, mağdurun maruz bırakıldığı muamelelerin her birinin ve özellikle de gözaltındayken ırzına geçilmesinin tek başına dahi işkence olarak nitelendirilmesi gerektiğini tespit etmiştir (Par 86 ve 83). 24 Ocak 2008 tarihli Maslova ve Nalbandv/Rusya kararında mahkemenin yerleşmiş içtihatlarına göre, özgürlüğünden mahrum tutulan bir kimsenin devlet görevlilerince tecavüze uğratılmasının özellikle ağır ve tiksindirici bir kötü muamele şekli olduğu vurgulanmış; bu tür durumlarda fiil mahkeme tarafından işkence olarak nitelendirilmiştir²⁹⁹.

Bunun yanında eylemin derecesi göz önünde bulundurulduğunda, Selmouni/Fransa Kararı'nda Mahkeme, Selmouni'nin geniş çaplı fiziksel saldırıya maruz kaldığı hususunda ikna olmuştur. Bir kişinin sağlık durumu ne olursa olsun, bu şiddetteki bir fiziksel saldırının önemli acılara yol açacağı kabul edilebilir. Somut olayın özellikleri dikkate alındığında, Selmouni'nin maruz bırakıldığı fiziksel ve ruhsal şiddetin, bütün olarak ele alındığında, şiddetli acılara ve sıkıntılara yol açtığı; özellikle de ciddi ve acımasız nitelikte olduğu gerekçesi ile AİHS madde 3 bağlamında, işkence eyleminin gerçekleştiği kabul edilmiştir³⁰⁰.

Türkiye'nin yargılandığı 17.10.2006 tarihli Okkalı/Türkiye kararında, başvuru kolluk kuvvetleri tarafından dövüldüğünü iddia etmiştir. Türk mahkemeleri memurlara yasada öngörülen en hafif cezayı vermiş, sanıkların duruşmadaki iyi hali sebebiyle indirimine gidilmiş, hapis cezası para cezasına çevrilerek indirimine gidilmiştir. Mahkeme kararlarında olay zamanında başvuru kişinin yaşının küçüklüğüne değinmediği gibi, isnat olunan fiilin ağırlığı konusunda da bir değerlendirme yapmamıştır. Yargılamanın fiilen cezasızlıkla sonuçlanması ise bireyleri üçüncü maddeye aykırı eylemlerden korumak konusundaki caydırıcı etkisine dair şüphelere yol açmıştır. Ayrıca söz konusu memurların daha sonra terfi ettiği iddiasına da davalı devlet bir cevap vermemiştir. Ulusal mahkemeler, sanıkların tam itiraflarına dayanarak cezayı indirdiklerini, pişmanlıklarına dayanarak cezayı ertelediklerini bildirmiştir. Halbuki dava dosyasında bu durumlara delil teşkil

²⁹⁹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 144-145

³⁰⁰ CENGİZ/DEMİRAG/ERGÜL/McBRIDE/TEZCAN, s.96

edecek hiçbir bulgu yoktur. Bu noktada ulusal ceza hukukumuzun caydırıcılıktan uzak olduğu görülmektedir³⁰¹.

Başka bir davada, başvuruların hakarete ve saldırıya uğradığı, çıplak bırakıldığı ve üzerilerine soğuk su püskürtüldüğü iddiaları mahkeme tarafından tutarlı bulunmuştur. Bu koşullarda, tutuklulukları devam eden başvuruların, jandarmalar tarafından fiziksel ve ruhsal işkenceye maruz bırakıldıkları tespit edilmiş; AİHS madde 3 kapsamında, bu eylemlerin işkence teşkil ettiği kabul edilmiştir³⁰².

Öte yandan AİHM, başvuranın polis gözetiminden serbest bırakılması sırasında aldığı yaraların, tek sebebinin kendisini sorgulayan, kendisine ağır şekilde hakaret ettikten sonra ifade vermesini sağlamak için defalarca saldırıda bulunan polisin maruz bıraktığı kötü muamele olduğunu iddia etmiştir. Bu davada başvuranın aldığı yaralar, Mahkeme tarafından, insanlık dışı ve alçaltıcı muamele teşkil eden kötü muameleyle maruz kalındığı yönünde yorumlanmıştır³⁰³.

AİHM kararları bağlamında, işkence, kötü muamele ve aşağılayıcı/küçük düşürücü muameleyle yönelik fiillerin sergilendiği davaları, sayı ve nitelik bakımından çoğaltmak mümkündür. AİHS m. 3'ün delil yasakları bağlamında değerlendirilmesini aşağıda spesifik olarak daha ayrıntılı inceleyeceğiz.

C. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı (AİHS madde 8)

İnsanın, toplum içinde yaşayan sosyal bir varlık olması nedeniyle hayatının tamamının gizli veya özel olması mümkün değildir. Türk ve Alman doktrininde, insan hayatının esas itibarıyla iki yönünün olduğu kabul edilir. Bunlar; hayatın genel, yani herkesçe bilinen veya bilinebilen yanı, diğeri ise hayatın özel, yani herkesçe bilinmeyen yanındır.

³⁰¹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.136

³⁰² Elçi ve Diğerleri/Türkiye, 13 Kasım 2003, par. 640 - 646; aynı yönde Menesheva/Rusya, 9 Mart 2006, CENGİZ/DEMİRAG/ERGÜL/McBRIDE/TEZCAN, s.97

³⁰³ CENGİZ/DEMİRAG/ERGÜL/McBRIDE/TEZCAN, s.98

Hayatın özel yanı da özel hayat ve hayatın gizli yanı olarak ikiye ayrılmaktadır³⁰⁴. Hayatın genel yanı, bir gizliliği olmadığından korunması açısından bir önem arz etmemektedir. Bu nedenle, kamuya açık yerlerdeki davranışlarımız, sözlerimiz herkes tarafından görülüp dinlenebilir. Bu davranış ve sözler basın ve yayın organları tarafından değişik teknik araçlarla ses ve görüntü kaydı yapılarak, gazete, dergi, radyo ve televizyondan yayınlanabilir. Bunun için bir izin alınmasına gerek yoktur³⁰⁵. Fakat bazen olayın özelliğine göre ilgili kişinin rızasının da gerekebileceği durumlar olabilmektedir³⁰⁶.

Hukuk doktrininde kişinin, özel hayat çevresi kavramı ve bunun sınırlarının tayini üç kısma ayrılmaktadır. Birincisi kişinin özel hayatıdır ki bu yalnızca ilgili kişiler özellikle yakınları tarafından bilinebilen hayat çevresidir. İkincisi kişinin hayatındaki gizliliklerdir. Bu, gizlenene veya söz konusu kişinin isterse bir veya birkaç kişiye açıklayabildiği hususları kapsar. Kişisel sırlar da buraya girer. Keza bir kimsenin edinmiş bulunduğu diğer kişilere ait gizli bilgiler bu kapsamda değerlendirilir. Üçüncüsü ise kişinin genel hayatıdır. bu kapsamda, toplum içinde yaşayışındaki, belirli ölçüde, aleni olan hususlar bulunmaktadır. Bunları herkes görebilir veya öğrenebilir. Kişinin özel hayatında, genel olarak bir gizlilik yoktur.³⁰⁷

Mahkeme kararlarında ise daha farklı bir tabir ile aslında bu sınıflandırmadan çok da farklı olmamak üzere, kişinin hayat alanları ortak hayat alanı, özel hayat alanı ve gizli alan şeklinde üçe ayrılmaktadır.³⁰⁸

Kişinin ortak hayat alanı, kişinin herkes tarafından bilinen veya bilinebilen hayat alanıdır. Bu alan, kişinin toplumsal hayata katılması sonucu, diğer toplum

³⁰⁴ ÖZTÜRK Bahri, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanı ve Özel Hayata Karşı Suçlar, S.22, s.34; ÖZTÜRK Bahri, Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, Manisa Barosu Dergisi, S.41, Nisan 1992, s.4; ÖZTÜRK Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.84

³⁰⁵ ÖZTÜRK Bahri, Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, s.5; ÖZTÜRK, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.85; ÖZTÜRK Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, s.77

³⁰⁶ DANIŞMAN Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991, s.8

³⁰⁷ İMRE Zahit, Şahsiyet Haklarında Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFM, C.39, S.1-4, 1974, s.148

³⁰⁸ CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008, s.336 vd; TANDOĞAN Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD, C.XX, S.14, s.26 vd; İMRE, s.148; ÖZSUNAY Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1982, s.126 vd, DURAL Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul, 1987, s.135; ÖZEK Çetin, Basın Hukuku, İstanbul, 1978, s.260; ZEVLİLİLER Aydın, Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler, Ankara 1981, s.290; ZEVLİLİLER Aydın, Medeni Hukuk, Ankara, 1992, s.395 vd, KILIÇOĞLU Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Öze Yaşama Bası Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1993, s.82 vd

bireyleri ile paylaştığı hayat alanıdır. Bu alanda oluşan olayları ve kişileri toplum diğer bireyleri de görerek ve duyarak öğrenebildiklerinden bu alanın diğer kişilerden gizli tutulması mümkün değildir.³⁰⁹ Kişinin ortak hayatında genel olarak bir gizlilik yoktur. Bunların başka kişilere veya halka açıklanmasında hukuka aykırılık yoktur.³¹⁰

Kişinin özel hayatı ise kişinin birlikte oturduğu, birlikte çalıştığı ya da günün olayları üzerinde birlikte konuştuğu ve bu nedenle kişinin kendisine yakın olduğu kişilerle müşterek olan ve sadece bunlarla paylaştığı hayat olaylarıdır.³¹¹ Kişinin özel hayatı sadece ona yakın olan kişilere (hısımlar ve dostları)³¹² açık olduğundan kişinin izni olmadan özel hayata girmek mümkün olamaz. Aynı zamanda kişinin yakınları, özel hayat ile ilgili bildikleri hususları özel nedenler olmadıkça başkalarına açıklayamaz.³¹³

Kişinin sadece kendisini ilgilendiren ve saklı kalmasını istediği hayat olayları kişinin hayatının gizli alanıdır. Kişi, bu olayların diğer tüm kişilerin bilgisinden uzak kalmasını isteyebilir. Fakat kişi, aynı zamanda istisnai olarak kimi sırlarını bazı kişilerle paylaşmak isteyebilir³¹⁴. Kişinin konut dokunulmazlığının ihlali, mektup ve telgraflarının okunması, telefonlarının dinlenmesi, aile ilişkilerimim, meslek ve memuriyet sırlarının öğrenilmesi ya da açıklanması gibi hususlar, kişinin gizlilik alanına yapılan saldırılardır³¹⁵.

Hayatın gizli alanı mutlak olarak korunmaktadır ve dokunulmazdır. Özel hayat ise nispi olarak korunmaktadır³¹⁶.

Hayatın gizli ve özel yanı şahsiyet alanına dahildir ve kimse başkasının gizli hayat alanına, bu alandaki sırları öğrenmek için, “*haklı bir neden olmadıkça*” müdahale edemez ve bir sırrı paylaşan kişi, bunu üçüncü kişilere açıklayamaz³¹⁷.

³⁰⁹ ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, s.397; ZEVKLİLER, Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler, s. 292

³¹⁰ İMRE, s.149

³¹¹ TANDOĞAN, Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, s.26; ÖZSUNAY, s.127

³¹² İMRE, s.149

³¹³ ÖZSUNAY, s.129

³¹⁴ TANDOĞAN, s.26

³¹⁵ DURAL, s.138

³¹⁶ ÖZTÜRK, Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, s.5; ÖZTÜRK, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s.86; ÖZTÜRK, Ceza Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, s.77

³¹⁷ TANDOĞAN, s.26 vd.

AİHS m. 8 kapsamında düzenlenen özel hayata saygı gösterilmesi hakkı: 1) Kişinin özel, ailevi ve ev hayatına karşı bütün müdahaleler, 2) Fizik veya fikri bütünlüğe veya manevi veya entelektüel özgürlüğüne karşı bütün tecavüzler, 3) Şeref veya şöhretine yönelik saldırılar 4) Söz veya fiillerine zarar verebilecek tüm ihlaller 5) Özel hayata ilişkin ve kişiyi zor duruma düşürebilecek fiillerin açıklanması 6) İsmnin, kimliğinin veya resminin kullanılması 7) Kişiyi jurnallemek, gizli olarak takip etmek, gözlemek ve taciz etmek 8) Haberleşmesine el koymak 9) Sözlü veya yazılı özel haberleşmeyi kötüye kullanmak 10) Kişi tarafından elde edilmiş veya haber alınmış mesleki sır kavramına giren bilgilerin açıklanması, gibi durumlara karşı kişinin dilediği gibi yaşayabilmesini ifade eder³¹⁸.

Kişisel nitelikli verilerin korunması da özel yaşamın korunması hakkının önemli bir uzantısıdır. Kişiler hakkında veri toplanması ve depolanması özel hayatın koruma alanına müdahale oluşturur ve bu nedenle de yasal dayanağı gerekli kılar. Öte yandan zorla vücudun muayene edilmesi ve kan örneği alınması da özel hayata müdahale niteliğinde olup, Ceza Muhakemesi Kanunumuz açısından bu tedbirlere başvurulabilmesi için özel koşullar CMK madde 75-77'de düzenlenmiştir³¹⁹.

AİHM içtihatlarında özel hayat ile ilgili bir tanım yapılmamakla birlikte, bu içtihatlardan, cinsiyet belirleme, isim hakkı, cinsel yönelim cinsel yaşam, kişisel kimlik, kişisel gelişim hakkı, diğer insanlarla ve dış dünya ile ilişki kurma ve geliştirme hakkı, psikolojik ve fiziksel varlığa yönelik müdahale, çevresel davaların özel hayatın ihlali olarak değerlendirildiği söylenebilir³²⁰.

AİHM'nin bir kararında başvuranın psikiyatrik durumuna ilişkin gizli bilgilerin hakim tarafından taraflara ve kamuya açık duruşmada açıklanması, bu konudaki usullere uyulmaması ve bu ayrıntıların dava açısından önemli olmaması karşısında sözleşmenin 8. Maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirilmiştir³²¹.

İşitsel ve görsel araçlarla kişilerin gizlice gözetlemeye alınmasına yönelik tedbirler de özel hayata müdahale oluşturmaktadır. Telefon konuşmalarının dinlenmesi de bu kapsamdadır. Bu tür müdahaleler kanuni emir dayanağı varsa,

³¹⁸ DONAY Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s.440 (naklen)

³¹⁹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.282 vd.

³²⁰ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.281 vd.

³²¹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, Panteleyenko/Ukrayna, 29 Haziran 2006, s. 283

meşru bir amaç izliyor ve demokratik bir toplumun gerçekleştirilmesi için kullanılıyorsa, ancak o zaman kabul edilebilir³²². AİHM'nin 3 Nisan 2007 tarihli Copland/Birleşik Krallık kararında başvurucunun çalıştığı işyerinde, müdür yardımcısı tarafından telefon, email ve internet kullanımını, görünüşte işyerindeki teçhizatın aşırı şekilde şahsi amaçla kullanımını denetlemek için izlemiştir. Bu fiil AİHS m. 8'in ihlali olarak değerlendirilmiştir³²³.

Madde hükmü aile hayatı açısından incelendiğinde, aile kavramının anne-baba, bunların meşru/gayrimeşru çocukları ile olan ilişkileri yanında, dede ile torun gibi ailede önemli rol oynayan yakın akrabalar arasındaki ilişkiyi de içerdiğini söylemek gerekir. Aile hayatının varlığını kabul etmek açısından, somut olayın özellikleri belirleyicidir. Bu bakımdan birlikte yaşamak gibi fiili ilişkiler veya biyolojik olmaktan öte sosyal nitelikli ilişkiler (örneğin bir donörün gameti sayesinde doğan kişinin, donörü ile ilişkisi) de aile hayatı kapsamına girer³²⁴.

II. DELİL YASAKLARI İLE İLGİLİ ÖZEL DURUMLAR

Doktrindeki ve uygulamadaki temel yaklaşımları ele aldığımızda, AİHM kararları bağlamında delil yasakları durumlarının kesin çizgilerle sınırlandırılmamış olduğunu görüyoruz. Bu nedenle ortaya çıkan özel durumlara göre, AİHM kararlarını sınıflandırmaya çalışacağız.

A. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi:

1992 yılında yapılan CMK değişikliği ile kanuna, delil yasaklarına ilişkin önemli hükümler dahil edilmiştir. Bu hükümlerin ilki aydınlatma yükümlülüğü olup CMK m. 147/2-5 ile düzenlenmiştir. Ancak bu yükümlülük, ifade ve sorgu ile başlatılmak suretiyle müstakil bir delil yasağı olmaktan çıkarılmış, ifade ve sorgu sırasında söz konusu olan delil yasakları arasına sokulmuştur. CMK m. 147 ile ifade ve sorgunun esasları; m. 148/4 uyarınca da müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme önünde şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı belirlenmiştir. Kısaca belirtmek gerekirse, avukat yardımından istifade, susma ve savunma hakları ile isnat

³²² TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, Panteleyenko/Ukrayna, 29.06.2006, s. 283

³²³ http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/copland.pdf

³²⁴ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 294

konularında sanığın aydınlatılması gerekir. bunlar yapılmadan elde edilen deliller, muhakemede kullanılması yasak olan deliller olarak nitelendirilecektir³²⁵.

Şüpheli ve sanığa, ifade ve sorguya başlanmadan önce hakları tam olarak anlatılmalıdır. Şüpheli veya sanığın haklarını bilmesi ve görevlilerin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Yargıtay kararlarında vurgulandığı gibi bu yönde bir yaklaşım, hukuk uygulamasında eşitliği ve tekdüzeliği bozar. Bu nedenle, ifade alma veya sorgulama esnasında, şüpheli veya sanıklara, sahip oldukları haklar eksiksiz olarak bildirilmelidir³²⁶. Hakların kısaltılarak bildirilmesi, şüpheli veya sanığın savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir³²⁷.

Her ne kadar Yargıtay'ın farklı ceza dairelerinde farklı gerekçelere dayalı görüşler³²⁸ çıkmış olsa da, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun görüşü dikkate alındığında, şüpheli veya sanığa haklarının hatırlatılmamasının mutlak bozma nedeni olacaktır. Yargıtay haklarının şüpheli veya sanığa eksik anlatılmasını veya tekrar ifade ve sorguya başvurulmasında tekrar hatırlatılmamasını aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olarak kabul etmektedir³²⁹. Hatta Yargıtay, sanığın beraat etmesi durumunda bile, şüpheli veya sanığa hakları hatırlatılmaksızın beraat kararı verilmiş ise, diğer yönlerini incelemeye gerek kalmadan karar, öncelikle bu sebepten bozulmalıdır³³⁰.

Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre, sorgu sadece sanık lehine konulmuş bir usul kurumu değildir. Maddi gerçeği bulmak için kurulmuş, kamusal niteliği oldukça ağır basan, kamu düzenine ilişkin ve emredici bir kurumdur. Bu nedenle beraat halinde dahi temyiz aşamasında öncelikle emredici usul kurallarının

³²⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/KIRIT/ÖZAYDIN/AKCAN/ERDEM, s. 374-375

³²⁶ DEMİRBAŞ Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, DEÜ Hukuk Fakültesi, 1996, s.98, CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.220

³²⁷ Yargıtay 8.CD 18.09.1995/11200-11900: "Karara konu olan davada mal beyanında bulunmamak suçundan talimatla ifadesi alınırken, müdafî yardımından yararlanma hakkı hatırlatılıp, müdafî yardımından yararlanmak istemeyen sanığa diğer hakları hatırlatılmamıştır. Yasal hakları yeterince hatırlatılmadan sorgusunun yapılması suretiyle savunma hakkının kısıtlanması bozmayı gerektirmiştir." (www.sinerji.com.tr)

³²⁸ Cumhuriyet, Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmesi Sorunu, s.89

³²⁹ CENTEL/ZAFER, s.220

³³⁰ ŞAHİN Cumhuriyet, Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmesi Sorunu, s.88 <http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/1997-5.pdf> (YCGK, T:24.02.1995, E.1995/6-238, K.1995/305, 24.20.1995, YKD Aralık 1995, C.21, S.12, s.1888)

uygulanıp uygulanmadığı incelenmeli eğer uygulanmışsa dosyanın esasına girilmelidir³³¹.

Şüpheli veya sanığın ifadelerinin alınması veya sorguya çekilmeleri bakımından tesis edilen hakların başında gelen susma hakkı, AİHS m.6'da yer alıp en temel insan haklarından birisini oluşturan suçsuzluk karinesinin tamamlayıcı unsurudur. Ancak susma hakkı, "isnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmamayı" kapsamaktadır. Yoksa kişinin "kimliğe ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmamak" gibi bir hakkı mevcut değildir.

Diğer yandan şüpheliye somut delillerin toplanmasını isteyebileceğinin ve ayrıca müdafii yardımından yararlanabileceğinin hatırlatılması da önemli güvencelerden birini oluşturmaktadır ki bu husus sorgu ve ifade alma sırasında, şüpheli veya sanığa şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağının sağlanmasını emretmektedir.

Müdafî olmaksızın verilen ifade ve yapılan itiraflara ilişkin olarak AİHM'nin vermiş olduğu 16 Ekim 2001 tarihli Brennan/İngiltere kararını görelim. Burada Başvuran, polis sorgulamalarının, görüntü veya ses kayıtları gibi bağımsız delillerin ve sanığın avukatının mevcut bulunmadığı durumlarda, sanığın, polis memurlarının ifadelerine karşılık, mahkemeyi, sanık üzerinde baskı gerçekleştirildiği hususunda ikna etmekte önemli güçlükler yaşandığını iddia etmiştir. AİHM polis sorgulamalarının kaydedilmesinin ve sanığın avukatının mevcut bulunmasının polisin görevini kötüye kullanmasına karşı güvence oluşturduğu konusunda hemfikirdir. Bununla beraber AİHM, bunları AİHS m.6/1 anlamında hakkaniyete uygunluk önkoşulu olarak görmemiştir. AİHM'ye yapılan her başvuruda temel konu, ilgili davanın koşulları altında başvuranın davasının hakkaniyete uygun olarak görülüp görülmediği olmaya devam etmektedir. AİHM asliye mahkemesinde yürütülen ve başvuranın psikolojik uzmanlarının sorgulamalarda yer alan bazı polis memurlarının ve başvuranı tutukluluğu süresinde muayene eden polis doktorların ifadelerinin baskıcı davranışı açığa çıkarabileceği görüşündedir. Bu koşullar altında,

³³¹ ŞAHİN, age, s.89

ek güvencelerin mevcut bulunmamasının, başvuranın davasını adaletsiz kıldığı ispatlanamamıştır³³².

AİHM somut davada, başvuranın avukatına erişiminin 24 saat süreyle geciktirilmiş ve başvuranın ifadelerini yasal yardımın reddedilmediği müteakip süreç içinde verilmiş olduğuna da dikkat çekerek; polis sorgulamaları açısından AİHS madde 6 yönünden ihlal olmadığına karar vermiştir.

Yukarıda bahsi geçen susma hakkına ilişkin olarak 05 Kasım 2002 tarihli Allan/İngiltere kararında, Divan, bu hakla ilgili “susmak ve kendi aleyhine açıklamada bulunmaya zorlanmamak hakkı, adil bir yargılama için büyük önemi olan ve genel kabul gören uluslararası bir standarttır. Kendi aleyhine ifade vermeye zorlanamama hakkı ilk planda sanığın susma yönündeki iradesini korumakta ve iddia makamının zora veya baskıya dayalı olarak elde edilen delilleri göz önüne alınmaksızın iddiayı ispatlamaya çalışmasını şart kılmaktadır.” demektedir. 21 Ocak 2009 tarihli Bykov/Rusya kararında ise mahkeme, kişilerin kendisini suçlamaya karşı korunmasına ilişkin Allan kararında ortaya koyduğu ilkelerin, eğer sanık henüz gözaltına alınmamış ise, bu nedenle ifade alma sırasında kendisine yönelik baskıda bulunulması söz konusu değil ise ve susma konusunda kendi iradesini henüz açıklamamış ise, aynı ölçüde uygulama alanı bulamayacağını belirtmiştir³³³.

Buradan anlaşılan şüpheli/sanığın ifadesi alınırken zorlama ve baskıya maruz kalması halinde elde edilen delillerin göz önüne alınamayacağı şartı AİHM tarafından kabul edilmektedir. Ancak şüpheli/sanığın ifade esnasındaki beyan ve açıklamaları ile kolluk kuvvetlerinin davranış biçimi de göz önünde bulundurularak yapılacak değerlendirmenin somut hale getirilerek ihlalin varlığı tespit edilecektir.

Bir diğer önemli karar 02 Ağustos 2005 tarihli, Kolu/Türkiye kararıdır. AİHM, nedeni her ne olursa olsun, sorgulamalar sırasında adli yardımdan yoksun bırakılan başvuranın, daha sonra telafi edilemeyen savunma haklarının ihlalinin dolaylı mağdur edildiğine kanaat getirmektedir. Zira bu davada sunulan yargılama güvenceleri, ne itiraf etmeme hakkı tanınmayarak elde edilen itirafların kullanılmasını engelleyecek şekilde ne de şikayetçilerin aleyhte verdikleri ifadelerine

³³²Brennan/İngiltere Kararı, 16 Ekim 2001

http://www.inhak.adalet.gov.tr/tematik/ceza_hukuku/polis_gozalti.pdf

³³³TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.228

karşı koymayı sağlayacak şekilde rol oynamıştır. Böylece başvuran, aleyhinde tanıklık eden kişilerin iddialarının yeniden değerlendirilmesi ihtimalinin uygulamada reddedildiğini fakat aynı zamanda avukatı olmadan ve şüpheli olan gizli gözaltı sırasında elde edilen itirafların kullanıldığını görmüştür. Yargıtay'ın söz konusu eksiklikleri telafî etmemiş olması sebebiyle...bir bütün olarak değerlendirildiğinde dava konusu yargılama sırasında, 6. Maddede öngörülen adil yargılanma sonucuna ulaşılmadığı tespit edilmiştir³³⁴.

Yine aydınlatma yükümlülüğü ile bağlantılı olarak, CMK 147/1-b,c maddelerinde düzenlenen müdafii seçme ve kendisine yüklenen suçun anlatılmasına ilişkin hükümlere uyulmaksızın elde edilen deliller, AİHM kararları ışığında ihlal niteliği taşımaktadır. 27 Kasım 2008 tarihli Salduz/Türkiye kararı Türkiye'nin yargılandığı önemli bir karardır. Başvuran, 29.05.2001 tarihinde yasadışı bir gösteriye katıldığı şüphesiyle polis tarafından yakalanmıştır. Aynı zamanda yakalandığı şehirde bir köprüye yasa dışı pankart asmakla suçlanmıştır. 30.05.2001 tarihinde polis ifadesinde kendisine yöneltilen suçlamaları kabul etmiştir. Ancak 01.06.2001 tarihinde çıkarıldığı savcı ve tetkik hakimi huzurunda, verdiği polis ifadesini reddetmiş, ifadenin zorla alındığını iddia etmiştir. Başvuran, özellikle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının yazılı görüşünün kendisine bildirilmemesi ve gözaltındayken avukat yardımından yoksun bırakılması nedeniyle savunma hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur. Başvuran bu şikayetlerle ilgili AİHS madde 6/1 ve 6/3 (c) maddelerine dayanmış; mahkeme Savcının görüş bildirmemesi ve gözaltındayken avukat yardımı alamaması yolundaki şikayeti bakımından ihlalin gerçekleştiğine karar vermiştir. AİHM, mutlak olmamakla birlikte, cezai bir suçla itham edilen herkesin, gerekiyorsa resmi olarak görevlendirilen bir avukat tarafından etkili bir şekilde savunulması hakkının adil yargılanmanın temel özelliklerinden birisi olduğunu hatırlatır. Taraf devletler, bu hakkın korunması suretiyle istedikleri uygulama yolunu seçebilirler; AİHM'nin bu noktada görevi devletin seçtiği yolun sözleşmeyi ihlal edip etmediğini belirlemektir. Devamla, cezai yargılama öncesi yapılan soruşturma evresinin önemle altını çizerek, bu aşamada elde edilen delillerin yargılama sırasında söz konusu suçun hangi çerçevede kapsamında ele alınacağını belirlemektedir. Özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşamasında mevzuat daha da karmaşıklaştığı için sanık kovuşturmanın bu aşamasında kendisini

³³⁴ CENGİZ/DEMİRAĞ/ERGÜL/McBRIDE/TEZCAN, s. 162

savunmasız bir durumda bulabilir. Birçok durumda bu savunmasızlık, görevi diğer hususlar bağlamında sanığın kendini suçlamaya karşı korunma hakkının yerine getirilmesini sağlamak olan bir avukatın yardımı ile gereği gibi telafi edilebilir. Söz konusu davada, başvuran Devlet Güvenlik Mahkemelerinin yetki alanına giren suçlardan birini işlemekle itham edildiği için gözaltı sırasında avukata erişimi kısıtlanmış; bunun sonucunda başvuran polise, Cumhuriyet Savcısına ve sorgu hakimine ifade verirken avukata erişim hakkından yararlanamamıştır. Dolayısıyla 6. Maddede öngörülen şartlar yerine getirilmemiştir³³⁵. Nitekim başvuranın hakkında sürdürülen soruşturma hakkında bilgilendirilmemesi ve avukat yardımından mahrum bırakılması açık bir ihlali teşkil etmektedir.

Şüpheli/sanık, kendisine yönelik suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda anladığı dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilme hakkına sahiptir. Suçlamanın niteliği ve dayanağından sanığın bilgilendirilmesi hakkının altında yatan düşünce, sanığı sürprizlerle ve gafil avlanmaya karşı korumak ve böylece ona savunmasını hazırlamak için olanak tanımaktır. Zira ne ile suçlandığını bilmeyen sanığın kendini savunması da mümkün olamaz. Konuya paralel olarak, AİHM'nin 19.12.1989 tarihli Kamasinski kararında eğer sanık tercümen huzurunda önceden sorgulamasına dayanarak kendisine isnat edilen fiil hakkında yeterince aydınlatılmış ve savunma için ileri sürdüğü hususlar, davanın içeriğini anladığı sonucunu ortaya koyuyorsa, iddianamenin çevrilmesinin zorunlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır³³⁶.

AİHM'nin 11 Şubat 2014 tarihli Şiray/Türkiye kararı, AİHS m.6'nın ihlal edildiğine dair bu hususta verilmiş önemli bir karardır. Olayda, Kürt asıllı başvuran 20 Haziran 2003 tarihinde, yasadışı silahlı bir örgüte, birlikte yaşadığı üç arkadaşı ile birlikte, kuryelik yaptığı gerekçesiyle polis tarafından gözaltına alınmışlardır. Başvuran yakalandığı sırada üzerinden sahte kimlik çıkmıştır. Başvuranla birlikte yakalanan F.A, 21 Haziran 2003 tarihinde emniyet müdürlüğünde avukatı olmaksızın ifade vermiştir. İfadesinde, başvuranla bir gün önce görüştüğünü, söz konusu yasadışı örgüte katılması için dağlara götürüldüğünü söylediğini iddia etmiştir. 22 Haziran 2003 günü ifadesi alınmak amacıyla emniyet müdürlüğüne götürülmüştür. Başvuran ifadesi alınmadan önce, yakalanan kişilerin haklarının belirtildiği belgeyi

³³⁵Salduz/Türkiye Kararı <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/salduz-karari> (erişim tarihi: 10.12.2013)

³³⁶ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 259

imzalamış, bu şekilde susma hakkı ve aleyhindeki suçlamalar konusunda da bilgilendirilmiştir. Başvuran avukatı bulunmaksızın verdiği ifadede, yasadışı örgütle bağlantısı olduğunu reddetmiş, F.A'nın iddialarına da karşı çıkmıştır. Başvuran bir çoban olduğunu, dağlarda kayıp koyununu aradığını; ayrıca asker kaçağı olduğu için sahte kimlik taşıdığını beyan etmiştir. Bu ifade alma sürecinde tercüman hazır bulunmuştur. Herhangi bir avukat desteği olmadan, başvuran ve F.A yüzleştirilmiştir. Başvuran 23 Haziran 2003 tarihinde savcı karşısına çıkarılmıştır; aynı ifadesini tekrar etmiştir. Aynı günün ilerleyen saatlerinde Sulh Ceza Hakimine avukatı olmaksızın ifade vermiş, ve tutuklanmıştır. İlk duruşması 19 Ağustos 2003 tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen başvuranın, duruşmaları takip edecek kadar Türkçe bilmediği konusunda mahkeme bilgilendirilmiştir. Bu nedenle Kürtçe konuşan mahkeme mübaşiri tercüman olarak görevlendirilmiştir. Duruşmalar esnasında başvuran atılı suçlamaları kabul etmemiştir. Ancak polis tarafından gözaltında tutulurken vermiş olduğu ifadelerinin doğru olduğunu onaylamış; Kürtçe verdiği ifadelerinin, Kürtçe konuşan katipler tarafından Türkçeye çevrildiğini ifade etmiştir. Duruşmalar esnasında F.A baskı altında ifade verdiğini, Kürtçe olarak verdiği ifadelerin doğru biçimde Türkçe'ye çevrilip çevrilmediğini bilmediğini, ifadenin yasaya aykırı olarak alındığı ve avukat yardımı alamadıklarını ileri sürmüştür. Mahkeme olayda, avukat erişim hakkının ihlal edilmesi ve kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılmasına ilişkin şikayetlerin kabul edilebilir olduğuna kanaat getirmiştir³³⁷.

AİHM'nin 13 Ekim 2009 tarihli Dayanan/Türkiye kararında, şüphelinin gözaltına alınması veya tutuklanması durumunda bir avukat yardımından yararlanmasının ceza muhakemesinin etik değerlerinden biri olduğunu kabul ederek, bu uygulamanın sözleşmenin 6/3-c maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır³³⁸.

Yine bir diğer önemli karar 11.07.2006 tarihli Jalloh/Almanya kararıdır. Bu davada Sierra Leone vatandaşı olan Abu Bakah Jalloh, kendi dilinde ya da anlayacağı başka bir dilde kendisiyle iletişim kurulmadığı, dolayısıyla kovuşturma aşamaları ve kendisine uygulanan ifade ve sorgu yöntemi ve sonuçları hakkında

³³⁷ <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/siray.pdf>, App. No:29724/08

³³⁸ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s. 265

bilgilendirilmediğinden, aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline de ayrıca dikkat çekilerek adil yargılanma hakkının ihlali hususuna dikkat çekilmiştir³³⁹.

B. İfade ve Sorgu Sırasında Söz Konusu Olan Delil Yasakları

Anayasamızın 38/5. Maddesinde “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” hükmüne yer verilmiştir. Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere delil yasakları ile şüpheli ve sanığın özgür iradesi ve dolayısıyla insan haysiyeti temel olarak korunmakla birlikte sanığın beyanı onun özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir ve tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Bu yasak CMK m. 148 kapsamında düzenlenmekle birlikte yine maddeye ek önemli bir koruyucu unsur da müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı kuralıdır. Bu noktada, örneğin yasak sorgu yöntemleri kullanılarak zorla elde edilen ikrar, sanığın rızası olsa dahi, delil olarak kullanılamaz. Bu yasak, TCK m. 94 ile düzenlendiği gibi, AİHS m. 3, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 5, İşkenceye Karşı Avrupa ve Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri gibi bağlayıcı nitelikte uluslararası anlaşmalarda da de yer bulmuştur.

Bununla birlikte CMK m. 148/3’e dikkat çekmek istiyoruz ki burada “*Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*” hükmü amirdir. Bu noktada rıza kavramını kısaca aydınlatmak gerekir.

Rıza ehliyeti görünüşte dört, ancak gerçekte üç unsurludur. Bunlar algılama yeteneği, değerlendirme yapabilme yeteneği ve algılayıp, değerlendirdiği şeyi isteyebilme yani davranışlarını istekleri doğrultusunda yönlendirebilme yeteneğidir. Kişi ayrıca rızasını açıklayabilme yeteneğine de sahip olmalıdır³⁴⁰.

Öncelikle rıza gösterecek kişi rıza gösterdiği fiilin türünü, ağırlığını ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olmalıdır. Yani kişi rızasının anlam ve sonuçlarını anlayabilecek yetenekte olmalıdır. Diğer yanda rıza ehliyetinin

³³⁹ <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/>

³⁴⁰ EKİCİ ŞAHİN Meral, Ceza Hukukunda Rıza, 1. Bası, Ocak 2012, İstanbul, s.151

varlığından söz edebilmek için kişinin irade etme yeteneği ve bu iradesini açıklama yeteneğinin de mevcut olması gerekir.³⁴¹

Bu noktada kişinin rıza ehliyetinin, kötü muamele, işkence, aldatma, yorma, ilaç verme gibi yöntemlerle sakatlanması ya da yok edilmesi suretiyle elde edilen rızaya dayalı ifadeler gerekli unsurları taşımayacağından delil olarak kabul edilemeyecektir.

Yasak sorgu yöntemlerinden kötü davranma, ifade alan ya da sorgu yapan kişinin müessir fiil şeklinde ortaya çıkan davranışdır. Bu nedenle yalnızca cismen eza ya da vücudun gerçek anlamda yaralanması değil, sağlığın bozulmasına yönelik olan ve çok önemsizler dışında vücuda ve akli sağlığa yönelen bütün tecavüzler bu kavram içinde değerlendirilir³⁴². Örneğin dövme, gürültü yapma, parlak ışık yansıtma, tükürme, sürüklenme, üzerini kirletecek bir şey atma, ağzını bağlama, gibi icrai veya tedavi ettirmeme, yemek vermeme gibi ihmali hareketlerle de gerçekleştirilebilir³⁴³.

Bir diğer yöntem olan işkence, uzun süren veya tekrarlanana şiddetli ıstırap, acı ya da ağrılara sebep olunması veya ortaya çıkarılması olarak kabul edilmektedir. Yukarıdaki tanımla bağdaşan maddi ve manevi hareketler işkence olarak nitelenir³⁴⁴. Türkiye, işkenceyi önlemek amacıyla iç hukukunda işkence ve her türlü kötü muameleyi yasaklamış, suç olarak kabul etmiş ve uluslararası düzlemde de pek çok sözleşmeye taraf olmuştur. Dolayısıyla aralarında Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası ve bölgesel düzlemde genel nitelikli insan hakları belgelerinde, işkence yasağının düzenlenmiş olmasının yanı sıra, yalnızca işkence yasağına özgülenen birtakım insan hakları belgeleri de bulunmaktadır. İşkencenin insan onurunu hiçe sayan bir muamele olması dolayısıyla, uluslararası düzlemde yasaklanmış olması önem taşır. Bahsi geçen uluslararası belgeleri şöyle sayabiliriz:

BM İşkenceye Karşı Bildiri (1975); Amerikalılararası İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (1985); BM İşkenceye Karşı Sözleşme (1984)'dir. Türkiye bu sözleşmeye 1988 tarihinden beri taraftır.

³⁴¹ EKİCİ ŞAHİN, s.152 vd.

³⁴² YURTCAN Erdener, CMK Şerhi, Beta Yayınevi, 2005, s.353 vd

³⁴³ CENTEL/ZAFER, s.222

³⁴⁴ YURTCAN, s.353

Uluslararası ve Bölgesel İnsan Hakları Bildirileri: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948) m.5; Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi (1948);

Uluslararası düzlemde üretilen sözleşmeler: BM Medeni ve Siyasi Hakları Sözleşmesi (1996) m.7 ve m.10 (Türkiye bakımından bahsi geçen bu sözleşme 23.12.2003 tarihinde yürürlüğü girmiştir.) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950), m.3; Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi (1969); Afrika İnsan Hakları Haklı Şartı (1981).

AİHM'nin işkence yasağına ilişkin tutumu genel itibariyle şu şekilde olmaktadır: AİHS madde 3 uyarınca, "hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz." Bu düzenleme herhangi bir sınırlama nedenine bağlı olmayan bir hükümdür. AİHS m. 15/2 uyarınca bu yasağın olağanüstü durumlarda bile ortadan kaldırılması mümkün değildir. Bu kabul ve AİHM'nin verdiği kararlar gereği, savaş ya da kamuyu ilgilendiren acil durumlarda dahi işkence ve diğer insanlık dışı muamelelere maruz kalmama hakkına ilişkin istisna tanınmamış olması, bu hakkın, madde 2'de düzenlenen yaşama hakkından daha üstün bir sıraya konulduğu ve öncelik verildiği anlamına gelmektedir. Çünkü madde 2'nin düzenlenmesine baktığımızda yaşama hakkına, maddede sayılan hallerin gerçekleşmesi halinde birtakım istisnalar tanınırken, az önce de belirttiğimiz üzere olağanüstü durumların varlığı halinde dahi madde 3 bakımından herhangi bir istisna getirilmemiştir³⁴⁵. Strasbourg Mahkemesi, işkence ve diğer kötü muamele türlerini yasaklayan, madde 3'in demokratik toplumun en temel değerlerinden biri olduğunu belirtmiştir. "Bu madde ister kamu düzeni için, ister toplumun genel menfaati adına, hatta ister terörle mücadele amacıyla olsun, üye devletlerle ihlal yapacakları herhangi bir alan bırakmayan tek maddedir. AİHS 3. Maddeye göre mağdurun kim olduğu önemli değildir: Mağdurun çok tanınmış bir suçlu veya terörist olması da önemli değildir."

İfade ve sorgu alma sırasında karşılaşılan bir diğer hukuka aykırı yöntem zorla ilaç verme yöntemidir. Bu yöntem, katı sıvı ya da gaz şeklinde her türlü maddenin insan vücuduna verilmesidir. Bunların yutturulması, yiyecek veya içeceklere katılarak verilmesi, solunum ya da zerk ya da ovma yoluyla vücuda dahil

³⁴⁵ THAN/SHORTS, s.220

edilmeleri veya vücudun açık bir yerinden vücuda sürülmeleri arasında fark yoktur.³⁴⁶

AİHM, 11 Temmuz 2006 tarihli Jalloh/Almanya Kararı'nda, başvurana zorla kusturucu ilaç vermek suretiyle yutmuş olduğu uyuşturucu poşetlerinin dışarıya kusturularak çıkarılmasını sağlama davranışının "kötü muamele" teşkil ettiğini kabul etmiştir. Olayda, ağzında taşıdığı küçük poşetleri, para karşılığında başkalarına verdiği gözlemlenen Searra Leone vatandaşı başvuran, uyuşturucu sattığı şüphesiyle sivil polisler tarafından yakalanmıştır. Başvuranın üst aramasında uyuşturucu madde bulunamamıştır. Bu nedenle soruşturmanın gidişatını sağlamak amacıyla, savcı talimatıyla, başvuranın rızasının bulunmamasına ve aktif direnç göstermesine rağmen (4 polis memuru tarafından etkisiz hale getirilerek), midesine burun yoluyla indirilen sonda aracılığıyla kusturucu etki gösteren madde (emetik) verilerek ve ayrıca vücuduna aynı nitelikte başka bir madde enjekte edilerek kusturulmuştur. Bunların sonucunda başvuran 0.2821 gram kokain içeren bir poşet kusmuştur. Olay hekim kontrolünde ve tıbbi şartlar altında hastanede gerçekleşmiştir. Ancak müdahaleyi gerçekleştiren hekim şüphelinin tıbbi geçmişi hakkında hiçbir araştırmaya girişmediği gibi yapılacak müdahale hakkında da herhangi bir bilgi vermemiştir. İlacı aldıktan 2 saat sonra polisler tarafından hücrelerinde ziyaret edildiğinde, şüphelinin Almanca konuşmadığı görülmüş ayrıca şüpheli yarım bir İngilizce ile kendisine yöneltilen suçlama ile ilgili ifade veremeyecek kadar yorgun olduğunu söylemiştir.

Başvuran, zorla emetik (kusturucu etki gösteren madde) kullanımının sağlığına ve fiziksel bütünlüğüne ciddi zarar verdiğini, hatta yaşamını tehlikeye attığını; kusturucu ilaç verme yönteminin diğer üye devletler ve Amerika'da kabul görmediğini; müdahaleye karar verilmeden önce başvurana daha az zarar verecek metotların düşünülmediğini; polis memurlarının zorlayıcı eyleminin kendisini aşağılayıcı hissettirdiğini ve onurunun kırıldığını; müdahale yapılırken kendisine hekim tarafından medikal geçmişinin ve fiziksel durumunun sorulmayıp yapılacak müdahale hakkında bilgi verilmediğini, söz konusu işlemin ardından ise herhangi bir iyileştirici müdahalede bulunulmadığını; fiziksel olarak çektiği acıların yanında ruhsal acılara da maruz kaldığını iddia ederek, şikayetçi olmuştur.

³⁴⁶ YURTCAN, s.353

Almanya'nın bu iddialara karşı savunması ise, sonda ve enjeksiyon yoluyla verilen ilaçların sağlık açısından tehlikeli olmadığı; bu tür girişimlerin Almanya'nın pek çok bölgesinde rutin olarak uygulandığı; paket içinde yutulan uyuşturucunun sızarak başvuramı zehirlemesi ihtimaline binaen, delil elde etmekten öte kişinin sağlığını korumak için böyle bir eylemin gerçekleştirildiği; doktor kontrolünde yapılan müdahalenin onur kırıcı bir muameleye mahal vermediği; başvuranın medikal geçmişinin sorularak müdahalenin yapıldığı ve aynı doktor tarafından iyileştirme girişiminde bulunulduğu yönünde olmuştur.

Bu iddia ve savunmalar karşısında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, öncelikle müdahale esnasında kişiye uygulanması muhtemel şiddetin minimum seviyede olması gerektiğini; diğer delil elde etme yöntemleri denendikten sonra ya da bunların yetersiz ve etkisiz kalacağı anlaşılması durumunda son çare olarak bu yöntemin uygulanabilirliğini; müdahalenin gerçekleştiriliş şekli bakımından kişiye aşırı derecede eza verecek ve kişinin onurunu gereksiz yere çiğneyecek yöntemlerden kaçınılması gerektiğini vurgulayarak orantılılık ilkesi üzerinde durmuştur. Ayrıca müdahalenin doktor gözetiminde hastanede yapılması gerektiğini yineleyerek, kişiye yapılacak müdahale hakkında aydınlatılması ve sağlık geçmişinin sorulması gerektiğini belirtmiştir. Buradan hareketle mahkeme delil tipinin değil, delilin elde ediliş biçiminin hukuka uygun olması gerektiğini dile getirmektedir.

Mahkeme başvuranın işkenceye maruz kaldığını kabul etmemiştir. Nitekim kapsamı daha da sınırlandırarak, aleyhe alınan delil ya da itiraf, gerçek olup olmaması önem taşımaksızın, yetkililerin niyeti başvurana acı çektirmek olmasa dahi, işkence olarak tabir edilen bir formdaki davranış ile elde edilmişse, şüphelinin suçlamasında kesinlikle kullanılamayacağını ve bu delillerin kesinlikle geçerli olamayacağını bildirmiştir. Buna ilişkin görüşünü Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Sözleşmesi madde 15 ile de desteklemiştir.

Öte yandan "*kendini suçlamama ilkesi*" somut dava açısından uygulanabilir. Başvuranın kendini suçlamama hakkının ihlal edilip edilmediğini tespit etmek için AİHM, sırasıyla, delil elde etmek için başvuru zorlamanın niteliği ve derecesi; söz konusu suça ilişkin soruşturma ve cezada kamu yararının önemi; başvuru işlemde ilgili koruyucuların mevcudiyeti ve bu şekilde elde edilen maddenin kullanımı etkenlerini dikkate alacaktır. Bu davada delil elde etmek için

başvurulan zorlamanın niteliği ve derecesi hususunda, AİHM, Başvurayı uyuşturucuları kismaya zorlamanın, onun fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne önemli derecede müdahale oluşturduğunu yinelemiştir. Bu nedenle mahkeme, başvuranın kendini suçlamama ilkesini ihlal ettiği ve dolayısıyla davasını bütün olarak adaletsiz kıldığı yönünde karar vermiştir³⁴⁷.

Yukarıda açıklanan nedenlerle mahkeme, başvurana AİHS 3. madde kapsamında kötü ve onur kırıcı muamele yapıldığını ayrıca oranlılık ilkesinin zedelendiğini; AİHS 8. madde uyarınca özel hayatına saygı ilkesinin zedelendiğini, AİHS 6. madde uyarınca başvuranın savunma hakkının kısıtlanarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ve hukuka aykırı elde edilen delillerle başvuranın suçlanamayacağını ve dolayısıyla başvuranın iddialarının haklı olduğunu tespit ederek, AİHS 41. madde uyarınca Almanya'yı tazminat ödemeye mahkum etmiştir³⁴⁸.

Yorma, iradi karar verme ve iradi davranma özgürlüğünü ciddi biçimde tehlikeye düşürecek oranda kişiyi yorgun düşürmektir. İfade ya da sorgu sırasında, sanığın fiziki ya da ruhi durumu yorgun düşürme sonucu etkilenmeli ve kişinin kendi iradesi ile düşünüp karar vermesini olanaksız kılacak derecede güçsüz hale getirilmelidir.³⁴⁹ Örneğin, yarı uykulu ve bitap bir şekilde ele geçirilen şüphelinin ifadesinin alınması bu duruma örnek teşkil eder³⁵⁰.

AİHM'nin konuya ilişkin önemli bir kararı 18 Ocak 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararıdır. Bu davanın temelini, Kuzey İrlanda'daki terörist eylemler, yani Irish Republican Army (IRA) terör eylemleri oluşturmuştur. IRA'nın eylemleriyle bağlantılı olarak Mart 1975'e kadar 1.100 kişi ölmüş, 11.150 kişi yaralanmıştır. Ülke içinde hakim olan anarşi, olağan adli yetkilerle önlenemez hale gelmiştir. Bu nedenle, terörist faaliyetlerde bulunma şüphesi altında olup da aleyhlerinde yeterli delil bulunmayan kimselerin tutulması ve sorgulanmalarını sağlamak gerekiyordu. Bunlara karşı koyabilmek için Kuzey İrlanda Kolluk Yetkilileri, "kimliği tespit edilemeyenleri sorgulama merkezleri" olarak kurulan yerlerde, "beş teknik" adı verilen "derin sorgulama" yöntemini Ağustos ve Ekim

³⁴⁷ CENGİZ Serkan/DEMİRAG Fahrettin/ERGÜL Teoman/McBRIDE Jeremy/TEZCAN Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008, s.156

³⁴⁸ <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf>

³⁴⁹ YURTCAN, s.353;

³⁵⁰ CENTEL/ZAFER, s. 223

1971 ayları arasında on dört kişiye uygulamışlardır. Bu tekniklerden biri, duvara karşı ayakta tutmadır. Kişiler saatler boyunca stres pozisyonu denilen, elleri başlarının üzerinde, bacakları açık ve geriye atılmış vaziyette vücut ağırlıklarını ayak parmaklarına vererek bekletilmiştir. İkinci teknik, gözbağıdır. Sorgulama dışında sanıkların başına koyu renkli bir poşet geçirilerek dış dünya ile bağlantılarının kesilmesi sağlanmıştır. Üçüncü teknikte, sanıklar sorgu dışında sürekli tiz ve monoton bir sesin verildiği odada gürültüye maruz bırakılmışlardır. Dördüncü teknikte sanıklar uykudan mahrum bırakılmıştır. Beşinci teknikte ise sanıklara altı saatte bir sadece bir dilim ekmek ve su verilerek yiyecek ve içecekleri kısıtlanmıştır.

Bu yöntem sayesinde sorgulanan on dört kişiden birçok bilgi edinilmiş, bu sayede yedi yüz IRA üyesinin kimliği tespit edilmiştir. İrlanda konu ile ilgili olara AİHM'ye başvuruda bulunmuştur. Olayı ele alan komisyon, bu yöntemlerin işkence teşkil ettiğine oybirliği ile karar vermiştir. Divan ise beş teknik yönteminin, fiziksel sakatlığa yol açmasa da yoğun zihinsel ve psikolojik acı çekmeye ve sorgulama sırasında psikiyatrik rahatsızlıklara yol açtığı gerekçesi ile bu eylemlerin AİHS m.3 insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. Aynı zamanda bu muamele, mağdurlarda korku, kaygı ve aşağılık duygusu yaratıp, onların moral ve fiziksel direncini kırdığından, küçük düşürücü muamele yasağının da ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Komisyon ile Divan arasında bu noktada görüş ayrılığı doğmuş ise de Divan, açıklanan gerekçeler ile madde 3'ün ihlal edildiği, ancak işkence fiilinin oluşmadığı yönünde karar vermiştir³⁵¹

Sorgu ve ifade sırasında bir diğer hukuka aykırı yöntem aldatmadır. Bu da ifade veren ya da sorguya çekinle kişiye karşı hukuka aykırı yöntemler kullanılarak onu kendi özgür iradesi ile düşünüp karar vererek bunu uygulamanın etkilenmesi anlamına gelir. Hukuki sorunlara ya da olaya ilişkin aldatmalar bu kapsama dahildir. Örneğin, kişinin tanık olarak sorgulanacağı ya da ifade vereceği, bu nedenle beyanda bulunmaya ve gerçeği söylemeye mecbur olduğu, soruşturma konusu olayda yalnızca para cezasına mahkum olabileceği, susması halinde bunun aleyhine delil olacağının söylenmesi, hukuki aldatma oluşturur³⁵².

³⁵¹ TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR/ÖNOK, s.145-147

³⁵² YURTCAN, s.353;

Aldatma yoluyla kişinin ifadesinin alınması ve kendini suçlama yasağına aykırı olarak kişinin kendini suçlandırıcı bir ifade vermeye zorlanması ya da bunun sağlanması Ceza Muhakemesi Kanununun 148/3. Maddesi çerçevesinde hukuka aykırıdır. Zira yasak usullerle elde edile deliller rıza ile verilmiş olsa bile delil olarak değerlendirilemeyecektir. Kişinin, aldatılmak ve istenilen yönde ifade ve beyan vermeye yönlendirilmek suretiyle kendini suçlayıcı ifade vermesi hususunda değinilmesi gereken önemli bir karar yine yukarıda değinmiş olduğumuz, 05 Kasım 2002 tarihli Allan/İngiltere kararıdır. AİHM bu davada başvuranın, tutuklanmasını müteakip polisle olan görüşmelerinde, avukatın tavsiyesiyle, sürekli olarak sessiz kalma hakkından yararlandığını kaydetmiştir. Uzun süreli polis muhbiri olan H., başvurandan sanık olduğu suçlarla ilişkisi olduğunu gösteren bilgiler almak amacıyla, önce karakolda, sonra da hapisanede başvuran ile aynı koğuşa yerleştirilmiştir. Başvuranın davasında toplanan deliller, polisin H.'yi yönettiğini ve onun başvuranı zorlayabildiği kadar zorlaması yönünde talimat verdiğini göstermektedir. Başvuranın H.'ye yaptığı iddia edilen ve davada kendi aleyhindeki temel veya belirleyici delili oluşturan itiraflar, başvuranın gönüllü olarak verdiği doğal ve isteğe bağlı ifadeler değil; polisin isteği üzerine sohbetlerini –avukatın yer alması ve genel uyarıların yapılması gibi resmi bir polis sorgulamasından mevcut olacak koruyucular olmaksızın sorgulamanın işlevsel eşiti olarak değerlendirilebilecek koşullarda-cinayet üzerine konuşmalara yönlendiren H.'nin ısrarlı sorularının neden olduğu ifadelerdir. Başvuran ve H. arasında özel bir ilişkinin olmadığına doğru olmasına ve doğrudan baskı koşullarının tespit edilmemesine rağmen, AİHM başvuranın, H.'ye yaptığı iddia edilen açıklamalarının “gönüllülük”ünü etkileyen psikolojik baskılara maruz kalmış olacağını değerlendirmiştir: bir cinayet davasında yargılanarak tutuklu durumda bulunan başvuran, cinayete ilişkin sorgulamalarda doğrudan polisin baskısı altındadır ve birkaç haftalığına aynı hücreyi paylaştığı H.'ye sırlarını açmak için ikna edilmeye müsait olacaktır. Bu koşullar altında, bu şekilde H.'yi kullanarak ele geçirilen bilgilerin başvuranın isteği hiçe sayılarak elde edildiği değerlendirilebilir ve bu bilgilerin davada kullanılması, başvuranın sessiz kalma ve kendini suçlamama haklarına tecavüz edildiği yönünde karar vermiştir³⁵³.

Bedensel cebir ve şiddette bulunma, aslında kötü davranma kapsamında değerlendirilebilir. Bu eylemler, ifade veren ya da sorguya çekilen kişiye karşı

³⁵³ CENGİZ/DEMİRAĞ/ERGÜL/McBRIDE/TEZCAN, s.154

müessir fiil teşkil eden hareketler şeklinde ilk olarak akla gelendir. Bunun dışında bu ölçüye varmasa bile, kişinin iradesini bozucu ve etki altına alıcı hareketler kişi üzerinde zorlayıcı nitelik taşıdığı takdirde, bu kapsamda değerlendirilebilir. AIHM işkence yasağına ilişkin bu hususları kabul etmekle beraber belirlemeye çalıştığı bir diğer husus, bu madde tanımında yer alan insanlık dışı ve onur kısırı muamele ile işkencenin arasındaki farkın ne olduğudur. Buna göre, aradaki fark, nitelikten ziyade bir yoğunluk farkıdır. Her işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı olmakla beraber, her onur kırıcı muamele veya ceza bireyi başkalarının ya da kendi gözünde küçük düşüren muameledir. Ancak yoğunluk itibariyle işkence olarak değerlendirilmeyebilir. Bahsi geçen bu yoğunluk derecesi hakkında, bireyin yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, muamelenin süresi, bulunduğu ortam, kişideki fiziksel veya manevi etki gibi değişkenler dikkate alınarak değerlendirme yapılır. İşkence bilerek ve isteyerek yapılan bir eylem olarak gerçekleşir ve her türlü manevi ıstırap da işkence kapsamında kabul edilmelidir.

Örneğin Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Yunanistan aleyhine Danimarka, Norveç, İsveç, Hollanda tarafından yapılan devlet başvurusu üzerine verdiği kararda, öncelikle işkencenin her halde insanlık dışı veya küçük düşürücü (alçaltıcı) muamele teşkil ettiği, her insanlık dışı muamelenin de her halde küçük düşürücü sayılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. AIHM'de 1978 tarihli Birleşik Krallık'a karşı İrlanda kararında, yapılan bir muamelenin AIHS madde 3'ün ihlali olarak nitelendirilebilmesi için belli bir ağırlığa ulaşması gerektiğinin vurgulanmıştır. Bu konuda bir değerlendirme yapılırken somut olayın bütün koşulları, özellikle muamelenin süre, psikolojik ve fiziki sonuçları, ilgilinin cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu göz önünde bulundurulmalıdır³⁵⁴.

Bir diğer çarpıcı örnek 25 Eylül 1997 tarihli Aydın/Türkiye kararıdır³⁵⁵. Davada başvuranın, gözaltına alındıktan sonra, kıyafetleri çıkarılarak, üzerine tazyikli su sıkılmıştır. Sonra karakolda "asker kıyafetli bir kişinin" tecavüzüne uğramıştır. Kıyafetlerini giymesi emredilmiş, sonrasında pek çok kişi tarafından dövülmüştür; bu esnada yaşadıklarını kimseye anlatmaması yolunda tehdit edilmiştir. Başvuranın maruz kaldığı tecavüz, cinsiyeti, gençliği (olay yaşandığında 17

³⁵⁴ TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s.221

³⁵⁵ Aydın/Türkiye Kararı, 25 Eylül 1997, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/aydin.pdf>

yaşındandır), gözaltı koşulları ve bu bağlamda üç gün boyunca gözlerinin bandajla kapatılması ile sürekli fiziksel acı ve sorgu seansları, incinme duygusunu artıran utanç verici koşullarda çıplak olarak gösterilmesi, yüksek basınçlı su sıkılması eylemlerinin tümü 3. Maddedeki tüm yasakları ihlal ettiği sonucunu doğurmuştur. Keza mahkeme 6. Maddedeki adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.

Kolluk tarafından işlenen fiillere ilişkin alınan kararlara bir diğer örnek 27 Ağustos 1992 tarihli Tomasi/Fransa davasıdır. Olayda Bay Tomasi, iki gün süren gözaltı süresinde kötü muameleye tabi tutulmuştur. Kişi tokatlanmış, tekmelenmiş, yumruklanmış, saatlerce ayakta tutulmuş, açık pencere önünde çıplak olarak ayakta bekletilmiş, yemekten mahrum bırakılmış ve silahla tehdit edilmiştir. Hükümet mağdurda meydana gelen yaralanmalar için herhangi bir açıklamada bulunmazken, kötü muamele fiilinin işlenmediğini, kişinin bir terörist olduğunu beyan etmiştir. Mahkeme ise AİHS m.3'ün ihlaline karar verirken karar gerekçesini "Soruşturmanın gerekleri ve özellikle teröre ilişkin hallerde, suçla mücadelenin inkar edilemez zorlukları kişilerin fiziksel bütünlüğüne tanınacak korumanın sınırlanmasına yol açamaz." şeklinde açıklamıştır.

AİHM'nin yakın zamanda verdiği önemli bir karar da 1 Haziran 2010 tarihli Gaefgen/Almanya kararıdır. Mahkeme AİHS m. 3'ün ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delillerin değerlendirilmesinin, yalnızca bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturacağı sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca bu kararın bir diğer önemli yönü delil yasaklarının uzak etkisi (zehirli ağacın meyvesi) konusuna temas etmesidir ki kararın ayrıntıları bu alt başlık içinde aşağıda inceleyeceğiz.

Bu ve diğer örnekleri de göz önünde bulundurduğumuzda şunu söyleyebiliriz ki; mahkeme cebir ve şiddet uygulanmış olması halinde önüne gelen davalarda, kötü muamele yasağı açısından göz önünde bulundurduğu kriterlere göre değerlendirme yapmaktadır.

Yasaya aykırı menfaat vaadi, kişisel ya da olaya ilişkin herhangi bir iyileştirme, iyi hale getirmenin sağlanması konusunda söz vermedir. Bu konuda dikkat edilecek nokta, vaat edilen hususun hiçbir şekilde ya da somut olayda yerine

getirilmesinin hukuken mümkün olmamasıdır³⁵⁶. Yani ifade alanın şüpheliye, iktidarında olmayan hukuki menfaatler vaat etmesi kabul edilemez. Vaat edenin yetkisi kapsamında bulunmayan vaatler bu kapsamda düşünülebilir. Örneğin savcının, şüphelinin ikrar etmesi karşılığında cezasının erteleneceğini söylemesi, yasaya aykırı bir vaattir³⁵⁷.

Kötü muamele ya da işkence yasağının alt başlığı olarak değerlendirilebileceğimiz bir diğer durum olarak, bazı araçlar kullanılarak vücuda yapılan müdahaleler de bu kapsamda sayılabilir. Bu durumda bazı araçlar uygulama ile neyin kastedildiği, bazı araçlar ile ne anlaşılması gerektiğini belirlemek zordur. Kişinin vücuduna doğrudan etki eden, fiziki tamlığı veya sağlamlığı ihlal eden, veya tamamen ağrısız ya da hiçbir iz etki bırakmayan fiziksel müdahaleler, bu kapsamda sayılabilecek her türlü tedbir bu kavrama dahildir. Vücuda yapılan müdahaleler işkence, kötü muamele, enjeksiyon, zorla ilaç verme olarak sayılabileceği gibi, bunların dışından ilk akla gelenler; yalan makinesi olarak bilinen poligraf, cinsel suçların sorgulanmasında kullanılarak, penis reaksiyonunun kaydedilmesi şeklinde uygulanan Pallometri bu kapsamdadır³⁵⁸.

Bu saydıklarımıza başka hususların eklenebilmesi de mümkün olup, önemli olan kişinin özgür iradesinin bu tür yöntemlerle bozulması ve hukuka aykırı deliller elde edilmesidir. Söz gelimi yalan makinesi ve ipnotize bu tür yöntemler arasında sayılabilecektir. Bu yöntemler yasada yasaklanmakla birlikte, bu yollarla elde edilen beyanların delil olarak değerlendirilemeyeceğinin de açık biçimde düzenlenmiş olması, Türk Ceza Yargı Sisteminde özgür irade ile yapılan açıklamalara, delillere dayanma sonucunu doğurmaktadır³⁵⁹.

C. Yasadışı arama ve elkoyma

Daha önce de ayrıntılı olarak bahsettiğimiz gibi deliller, ortadaki suç şüphesinin kesinliğe dönüşmesine veya tamamen ortadan kalkmasına neden olur. Arama tedbiri de delillerin toplanmasına ve böylece failin o suçu işleyip işlemediğinin ispatlanmasına hizmet eder. Aramanın delil elde etme amacının

³⁵⁶ YURTCAN, s.354;

³⁵⁷ CENTEL/ZAFER, s.225

³⁵⁸ ŞAHİN,

³⁵⁹ YURTCAN, s.354; CENTEL/ZAFER, s.225

konusunu oluşturan deliller, yazılı açıklamalar (belgeler), görüntü/ses kaydeden araçlar (filmler, fotoğraflar, teyp kaydı, video) olabileceği gibi ispata dolaylı olarak yardımcı olan belirti (parmak izi, kan izi gibi) delilleri de olabilir. Öte yandan suçtan hasil olan kazanç, suç aletleri ya da suç ürünleri de delil sayılmalı ve bu yönüyle aramanın delil elde etme amacının konusu oluşturmalıdır³⁶⁰.

AIHM kararları bağlamında konuya bakarsak, gizliliğin ihlal edilmesi ve yasadışı arama ve elkoyma yoluyla delil elde edilmesine ilişkin olarak 26 Eylül 1996 tarihli Mialhe/Fransa kararı³⁶¹ çarpıcı bir örnektir.

Filipinlerde yaşayan, hem Fransız hem de Filipinler vatandaşı olan başvurucu Mialhe, Fransa'da bir şirket yöneticisi olarak bulunmaktadır ve Fransız Konsoloslğu görevinden henüz emekli olmuştur. 5 ve 6 Ocak tarihlerinde gümrük görevlileri tarafından, başvurunun idaresindeki şirketin merkez binası ve Konsolosluk binasında iki ayrı arama yapılmıştır. Aramalar başvurucu sekreterinin hazır bulunduğu sırada ilk gün 9:30-53:30 saatleri arasında; ikinci gün ise 9:15-12:30 saatleri arasında yapılmış; yaklaşık 15.000 adet belgeye el konulmuş, bunlar sıralama yapılmadan kutulara konularak mühürlenmiş ve Gümrük Müdürlüğü'ne götürülmüştür. 21 Ocak tarihinde başvurucu ve polisin huzurunda kutuların mühürleri sökülmüş ve tasnif işlemleri başlatılmıştır. Bu sırada başvurucu işleri için acilen ihtiyaç duyduğu bazı belgelerin fotokopisini talep etmiştir. Bu talep üzerine askıya alınan tasnif işlemlerine 28 Ocak'tan itibaren devam edilmiştir. İşlemler sonucunda gümrük görevlileri 9748 adet belgeyi kayda geçirmişler ve araştırma ile ilgili olmadığını düşündükleri diğer belgeleri mühürleyerek iki kutu içinde başvurucuya iade etmişlerdir. Arama ve elkoyma işlemleri Gümrük Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilmiştir. Yargılama sonunda mahkeme, belgelerin başvurucuya teslim edilmesine karar vermiştir³⁶².

Başvurucu, el koymanın iç hukuka ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine aykırılığı nedeniyle hükümsüz kılınması için davacı olmuş, ancak bu başvuru reddedilmiştir. Akabinde konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınmıştır.

³⁶⁰ ÖZBEK, s. 404

³⁶¹ Mialhe/Fransa Application No: 12661/87, 26 Eylül 1996

³⁶² SOYGÜT ARSLAN Mualla Buket, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:8, S:16, 2009, s.159-171

Başvuran, kendisinin AIHM'nin Miailhe kararında AIHS'nin 8. Maddesine yönelik olarak yaptığı ilk ihlal tespitinin mağduru olduğunu; yargı makamlarının neredeyse tamamen, AIHS'ye aykırı olduğu belirlenmiş şatlarda gümrükten ele geçirilen belgelere dayanarak cezai mahkumiyetini adaletsiz kıldığını belirtmiştir.

Delillerin kabul edilebilirliğini belirleme konusunda esas yetkili olan ulusal mahkemelerin görüşü yerine kendi görüşünü koymak AIHM'nin yükümlülüğü değildir. Bununla beraber, AIHM davanın asliye ve temyiz mahkemelerine götürülmesinin öncesinde var olan olası usulsüzlükleri telafi edip etmediklerini kontrol ederek davanın geneli itibari ile hakkaniyete uygun olarak görüldüğü konusunda tatmin olmalıdır.

AIHM somut davada, umumi mahkemelerin, yetki sınırları dahilinde, Miailhe tarafında yapılan geçersizlik itirazlarını değerlendirdiğini ve reddettiğini belirtmiştir. Ayrıca, kararlarından açıkça anlaşılmaktadır ki hükümlerini – vergi maksatlı ikametgah gibi diğer hususların yanı sıra – yalnızca dava dosyasında bulunan ve tarafların duruşmada haklarında iddialarda bulunulan belgelere dayandırmışlardır ve böylece başvuranın davasının hakkaniyete uygun olarak görülmesini sağlamışlardır. Sonuç olarak söz konusu dava, bütün olarak ele alındığında, hakkaniyete uygundur. Dolayısıyla 6. Maddenin 1. Paragrafı ihlal edilmemiştir³⁶³.

AIHM bu kararda her ne kadar sözleşmenin 8. Maddesinde düzenlenen “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” kuralının ihlal edildiğine karar vermiş ise de yargılamanın bütünü dikkate alındığında, yalnızca dava dosyası içerisinde bulunan ve iddialara konu edilen belgelere dayanıldığı; bunlar dışında kalan belgelerin iade edilmiş olduğu gerekçeleri ile adil yargılanma hakkını ihlal edilmediği, dolayısıyla elde edilen delillerde hukuka aykırılık olmadığını kabul etmiştir.

D. İletişimin tespiti ve kayda alınması

AIHM kararlarında da vurgulandığı gibi, telekomünikasyon araçlarıyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine “*ancak demokratik kurumları korumak bakımından mutlak sorumluluk bulunması*” koşuluyla başvurabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında konuya bakarsak, AIHM'nin vermiş olduğu kararlarda özellikle üzerinde durduğu konulara değinmekte fayda görüyoruz.

³⁶³ CENGİZ/DEMİRAĞ/EGÜL/McBRİDE/TEZCAN, s. 158-159

Öncelikle haberleşmenin gizliliği, sıkı sıkıya korunması gereken temel bir özgürlük olmakla birlikte mutlak değildir. Bu hakka dokunulabilir. Demokratik toplumların kendisini koruması, bu bağlamda, ulusal güvenlik amacıyla bazı önlemler alması, bu yönde haberleşme özgürlüğünü sınırlayabilmesi doğaldır. Bununla birlikte bu özgürlüğün sınırlanması, dinleme işleminin uygulanabilmesi, uygulanacak kişiler ve suçlar ile karar verme yetkisi ve dinleme süreleri açısından, kesin bazı sınırlayıcı unsurlara bağlayan ve bireyin haklarını etkili biçimde koruyan bir yasa ile yapılması gerekmektedir. Yasada aynı zamanda bu tedbirin kötüye kullanılmasına karşı yeterli denetim mekanizmaları yer almalı; usul ve yasaya aykırı dinleme ve kayıtlar için ilgilinin zararını tazmin amacıyla başvuru yolları açık tutulması, kayıtların kullanılmayacağı haller ile imha usul ve zamanlarına da yer verilmesi gerekmektedir. Öte yandan her dinleme sonrası kişilere bilgi verilmesi mümkün olamayacağından, bu bilgilendirmenin yapılmaması hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir³⁶⁴.

Dinleme cihazlarının kullanılması yoluyla elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığı sorunu ile ilgili AİHM'nin vermiş olduğu örnek bir karar olan 12 Mayıs 2000 tarihli Khan/Birleşik Krallık kararı ile konuyu somutlaştıralım³⁶⁵.

17 Eylül 1992 tarihinde Başvuran Pakistan'dan bir uçuşla Manchester Havaalanı'na inmiştir. Aynı uçakta başvuranın kuzeni de bulunmaktadır. Hem başvuran, hem başvuranın kuzeni N. gümrük yetkilileri tarafından durdurularak aranmıştır. Başvuranın kuzeninin üzerinde, piyasa değeri yaklaşık 100.000 Sterlin olan eroin bulunduğu tespit edilmiştir. Başvuran üzerinde ise hiçbir uyuşturucu madde bulunmamıştır.

26 Ocak 1993 tarihinde başvuran, arkadaşı B.'yi ziyaret etmiştir. B eroin konusu ile ilgili soruşturma altındadır. 12 Ocak 1993 tarihinde B.'nin taşınmazında, Emniyet Müdürlüğü tarafından, uyuşturucu ile uğraşıldığı konusunda delil sağlayabilmek için sıradan yöntemler benimsenerek, dinleme cihazı montajı yapılmıştır. Söz konusu taşınmazın başvuran tarafından ziyaret edeceği umulan ya da öngörülmüş bir durum değildir. Ne başvuran ne de B., polis tarafından yerleştirilen

³⁶⁴ AKILLIOĞLU Tekin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Terörle mücadeleyle İlişkin Kararları, Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele (Sempozyum 16-18 Haziran), İstanbul, Umud Vakfı Yayınları, 1996, s.166-167

³⁶⁵ Khan/United Kingdom, Application No: 35394/97, 12 Mayıs 2000

dinleme cihazı ekipmanlarından haberdar değildirler. Söz konusu dinleme cihazları sayesinde, başvuru sahibinin 17 Eylül 1992 tarihinde Kuzeni N. tarafından ilaçların ithalatında taraf olduğuna ilişkin itiraf niteliğinde konuşma kayıt cihazı ile kayda alınmıştır. Daha sonra başvuru, 11 Şubat 1993 tarihinde tutuklanmıştır. Başvuru yargılama esnasında suçsuz olduğunu iddia etmiştir. Yapılan yargılamada duruşma hakimi, delillerin kabul edilebilir olduğundan hareketle başvuru hakkındaki cezalandırılmasına karar vermiştir³⁶⁶.

AİHM bu başvuru ile önüne gelen davada, başlangıç olarak, dinleme cihazı yerleştirilmesinin ve başvuru hakkındaki konuşmalarının kaydedilmesinin, yerel cezai hukuka aykırılık açısından kanunsuz olmadığını kaydetmiştir. Ayrıca cihazın yerleştirilmesinde polisin İçişleri Bakanlığı Yönetmeliği'ne aykırı bir iş gördüğüne dair bir gösterge yoktur. Buna ek olarak, başvuru hakkındaki B. ile sohbeti sırasında yaptığı itiraflar, hiçbir tuzak olmadan veya başvuru hakkındaki söz konusu itirafları yapmaya teşvik edilmeden gönüllü olarak yapılmıştır. Bu davada şikâyet konusu olan "hukuka aykırılık", tamamen başvuru hakkındaki özel hayatına saygı gösterilme hakkına yapılan müdahaleye yönelik yasal bir yetkinin olmadığına ve dolayısıyla söz konusu müdahalenin, AİHM'nin 8/2. Maddesinde yorumlandığı gibi "yasayla öngörülmemiş" olmadığına ilişkindir.

Bu davadaki ana soru, davanın bütünü itibarı ile hakkaniyete uygun olup olmadığıdır. İtiraz gören bant kaydı delilinin kabul edilmesine özel olarak dikkat çeken AİHM, başvuru hakkındaki bant kaydının gerçekliğine ve kullanımına ilişkin itirazda bulunmak için yeterli imkanı olduğunu kaydetmiştir. Başvuru hakkındaki bant kaydının gerçekliğine ilişkin bir itirazda bulunmamakla birlikte; delillerin kabul edilebilirliğinin karara bağlandığı mahkemede, temyiz mahkemesinde ve Lordlar Kamarası'nda kullanılmasına ilişkin itirazda bulunulmuştur. AİHM, yerel mahkemelerin, her bir yargı aşamasında, İngiliz Polis ve Suç Delili Yasası'nın 78. Maddesine atıfta bulunarak, delilin kabul edilmesinin davanın hakkaniyete uygunluğu üzerindeki etkisini değerlendirdiğini ve mahkemelerin, diğer konuların yanı sıra gözetimin kanuni olmaması konusunu ele aldığını kaydetmiştir. Başvuru hakkındaki talebinin bu aşamada reddedilmesi, bir fark yaratmamıştır.

³⁶⁶[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58841#{"itemid":\["001-58841"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58841#{)

AIHM, yerel mahkemelerin delilin kabul edilmesinin önemli bir adaletsizliğe yol açacağı görüşünde olması durumunda, bahsi geçen yasanın 78. Maddesi uyarınca, delilin reddedilmesi yönünde bir takdir yetkisi kullanacağını açık olduğunu eklemiştir.

Bu koşullar altında AIHM, başvuranın davasında gizlice kaydedilen bilgilerin kullanılmasının AIHS m. 6/1 tarafından güvence altına alınan adil yargılama gereklerine ters düşmediği kanaatine varmıştır³⁶⁷.

Burada şunu belirtmeliyiz ki AIHS madde 6 ile adil yargılanma hakkının güvence altına alınmış olması, kanıtların kabul sistemini düzenleyeceği anlamına gelmemektedir. Bu inceleme temel olarak iç hukuk mercilerine aittir.³⁶⁸ Bu çerçevede Mahkeme, bir yargılama usulünü bütün olarak incelemeli ve bu incelemede sözleşme ile de güvence altına alınan bir hakkın ihlal edilip edilmediğini saptamakla yetinmelidir³⁶⁹. Yani AIHM iç hukuk yolları ile ilgili yerindelik ve hukuka uygunluk denetimi yapmamaktadır. Yalnızca sözleşme ile güvence altına alınan hakların ihlal edilip edilmediği yolunda inceleme yapmaktadır.

E. Hukuka Aykırı Provokasyon (Ajan Provokatörlük):

1980 yılında Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenen uluslar arası bir konferansta ajan-provokatör hakkında şu tanım üzerinde uzlaşıldığı görülmektedir: “Devlet organlarının himayesi ile ya da kontrolü altında diğer kişileri bir suç işlemeye teşvik eden kişi”dir. Belirtelim ki bir hukuk devleti bünyesinde kavramı eksiksiz olarak açıklama istersek taşıması gereken asgari koşullar şöyledir: Ajan provokatör kovuşturma makamlarının emri ya da izni ile hareket etmelidir. Bu kişiler son derece tehlikeli ve zor aydınlatılabilir suçluluk hallerinin ortaya çıkarılmasında kullanılmalıdır. Suç şüphesi ve yenilemiş bir suç işleme hazırlığı bulunmalıdır. Öte

³⁶⁷ CENGİZ/DEMİRAĞ/ERGÜL/McBRIDE/TEZCAN, s.159-160

³⁶⁸ Benzer nitelikte verilen karar; Shenk/İsviçre Kararı, Application No: 10862/84, 12 Temmuz 1998, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 10.12.2010 Ankara, <http://www.taa.gov.tr/dosya/dergiler/AIHM/files/assets/basic-html/page239.html> (Erişim tarihi 30.12.2013)

³⁶⁹ Khan/Birleşik Krallık, p. 34, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 10.12.2010 Ankara, <http://www.taa.gov.tr/dosya/dergiler/AIHM/files/assets/basic-html/page239.html> (Erişim tarihi 30.12.2013)

yandan provokasyona, ancak delillerin emniyet altına alınması için başvurulabileceği gibi provokatör kişide de fiili tamamlama kastı bulunmamalıdır³⁷⁰.

Konu ile ilgili AİHM'nin 9 Haziran 1998 tarihli Teixeira De Castro/Portekiz kararında polis memurları tarafından suça kışkırtılan ve olayda polislerin müdahalesi olmadan suç işlenmiş olacağına dair hiçbir bulgunun olmadığı iddiasını ileri süren başvuruda, AİHS m. 8'in ihlali ile m.6/1'in ihlalinin gerçekleştiğine hükmedilmiştir. Olay şöyle gelişmiştir: Uyuşturucu ticaretinin gözetlenmesi operasyonu ile ilgili olarak iki polis memuru, kendi tüketimi için esrar satın almaktan ikinci derece uyuşturucu ticareti şüphelisi V.S ile defalarca kişisel ilişkin kurmuştur. Sivil polisleri V.S vasıtasıyla ondan birkaç kilo esrar satın almak istediklerini teklif edip, ona uyuşturucuyu sağlayan kişiyi bulmayı ümit etmişlerdir. 30 Aralık 1992 tarihinde iki polis memuru, V.S'nin evine gidip eroin satın almak istediklerini belirtmiştir. V.S, başvurandan biraz eroin bulabilecekleri biri olarak bahsetmiştir. Diğer aracı kişilerin devreye girmesi ile başvuran ile polis memurları buluşmuş başvurana bir para çantası göstererek 20 gram eroin almak istediklerini söylemişlerdir. Başvuran eroin tedarik etmeyi kabul etmiş, V.S'nin evinde buluşarak polis memurları ile pazarlık etmiştir. Eroin poşetlerinden birini cebinden çıkardığı sırada, iki polis memuru kimliklerini açıklamış başvuran, V.S ve diğer üçüncü kişiyi yakalamıştır. Söz konusu olayda mahkeme iki polis memurunu ajan provokatör olarak tanımlamıştır. Gizli ajanın yarattığı bir suça teşvik hareketinin gerçekleştirdiği yerde, önceden olmayan ve o durumda zaten suç işlemeye yatkın olan bir failin olması, davalarda ortaya konulan bir ayrımdır.

Mahkeme, kanıtların kabul edilebilirliği öncelikle ulusal hukuka göre düzenlenecek bir meseledir ve deliller için genel bir kural deliller elde edilmeden önce ulusal mahkemeler tarafından tayin edileceğini tekrarlamaktadır. Mahkemenin Sözleşme kapsamındaki görevi *“usulüne uygun bir biçimde delil olarak kabul edilip edilmediğine hüküm vermek değildir fakat mümkün olduğunca yargılama süreçlerinin, toplanmış delilleri de kapsayan bir tarzda, bir bütün olarak adil olup olmadığını tespit etmektir.”* Daha ayrıntılı olarak, Sözleşme, ceza yargılama süreçlerinin soruşturma safhasında ve bu safhada suçun mahiyetine göre, izinler isimsiz muhbirler gibi kaynaklara isnat edilmesine engel olmaz.

³⁷⁰ ÖZBEK, s.600-601

Mahkeme bu açıklamalar ışığında, davada, iki polis memurunun aktivitesinin gizli ajan görevinin olup olmadığına karar verilmesi gerekirken, Hükümetin operasyonun bir parçası olan polis memurlarının müdahalelerini sınırlandırmadığı ve bir hakim tarafından denetlenmediğini belirtmiştir. Bu nedenle polis memurlarının suça kışkırttığı ve olayda onların müdahalesi olmadan da suç işlenmiş olacağına dair hiçbir bulgu öne sürülmediğinden, iki polis memurunun hareketlerinin gizli ajanlığın ötesine geçtiği sonucuna ulaşarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kanaatine varmıştır³⁷¹.

Konu ile ilgili AIHM'nin 15 Aralık 2009 tarihli Burak Hun/Türkiye davasındaki yargılama safahatını Türk Yargı Sisteminden başlayarak inceleyelim³⁷².

Polis tarafından yürütülen bir operasyon çerçevesinde, alıcı gibi davranan X isimli bir şahıs, başvuranı cep telefonundan aramış ve kendisine on beş tablet extacy temin etmesini istemiştir. Başvuran bu teklifi kabul ederek Ö.V isimli kişi ile iletişime geçmiş; Ö.V, talep edilen uyuşturucuyu kargo yolu ile başvurana göndermiştir. Ertesi gün başvuran önce, kargoyu almış; daha sonra kargoyu teslim etmek için X adlı kişi ile arabasında buluşmuştur. Başvuran, X'e uyuşturucuyu vermiş, karşılığında seri numarası alınmış banknotlardan oluşan paraları almıştır. Parayı almasının hemen ardından başvuran suçüstü yakalanmıştır.

Başvuran üzerinde bulunan uyuşturucu maddeyi kullandığını kabul etmiş ise de sattığını kabul etmemiştir. Öte yandan duruşmada, operasyona katılan polis memurları dinlenmiş, polis memurları operasyonun seyrini açıklamış ancak "provokatör ajan" olarak hareket eden kişinin ismini vermeyi reddetmişlerdir. Başvuranın avukatı, özellikle provokatör ajanın kimliği belirtilmediğinden soruşturmanın yetersiz olduğunu savunmuştur.

Yargılama sonucunda başvuran uyuşturucu kullanmak suçundan dolayı cezalandırılırken, satmak suçundan dolayı beraat etmiştir.

Başvuran provokatör ajan tarafından suç işlemeye azmettirildiğini ve bu durumun 6/1 maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkına yönelik bir ihlal olduğunu; AIHS 6/3-c maddesine atıfta bulunarak gözaltı sırasında avukat

³⁷¹Teixeira De Castro/Portekiz, 9 Haziran 1998, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2010-91-665>,

³⁷²Burak Hun/Türkiye, 15 Aralık 2009, <http://50.63.212.106/files/aihm/ekler/1564.pdf>

yardımdan yararlanmadığını; AİHS 6/3-d maddesine atıfta bulunarak davada belirtilen provokatör ajanın yargılama boyunca hakimler ve taraflar tarafından sorgulanmaması nedeniyle silahların eşitliği ilkesinin ve kendisinin savunma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Kendi aleyhinde tanıklık etmeme hakkına aykırı olarak provokatör ajan tarafından suç işlemeye azmettirildiğini ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir.

AİHM, sınırları belirlendiği ve güvence altına alındığında gizli ajan ile müdahaleye tolerans gösterebilse bile polis provokasyonunun ardından toplanan delillerin kullanılmasının kamu yararının haklı kılmayacağını hatırlatmaktadır. Böyle bir uygulama sanığı adil yargılanma hakkından yoksun bırakır niteliktedir.

Mevcut olayda, AİHM, polis operasyonu çerçevesinde müdahil olan ve alıcı olarak davranan X takma adlı bir kişinin kendisine uyuşturucu hap tabletlerini temin etmesi için başvurunu cep telefonundan aradığını, başvuranın bu talebi kabul ettiğini, talep edilen uyuşturucuları getirttiğini, polis memurlarının başvuranı, uyuşturucuları verdiği sırada suçüstü yakaladıklarını, bilahare başvuranın, uyuşturucu edinmek ve satmak suçundan mahkum edildiğini gözlemlemiştir. Dolayısıyla AİHM, başvuran tarafından işlenen suç oluşturulan unsurlara, yani uyuşturucu edinme ve satma suçuna ajan X'in neden olduğu görüşüne varmışlardır. Bu nedenle sözleşmenin 6. Maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir.

Konuya ilişkin bir başka AİHM kararı 27 Ekim 2004 tarihli Edwards ve Lewis/İngiltere kararı³⁷³. Bu davada başvuranlardan her biri, suç işlemek için bir veya birden fazla gizli polis memuru veya muhbiri tarafından tuzağa düşürüldüğü konusunda şikayetçi olmuş ve asliye mahkemesi hakiminden iddia makamına ait delillerin bu nedenden dolayı kabul edilip edilmemesi gerektiğini değerlendirmesini talep etmiştir. Sanığın gerçekten polisin uygunsuz tahriki sonucu mağdur olup olmadığı kararına varabilmek için, asliye mahkemesi hakiminin, polis operasyonunun nedeni, polisin suça karışmasının niteliği ve derecesi ve polis tarafından yapılan herhangi bir tahrik veya baskının niteliği gibi bazı etkenleri incelemesi gereklidir. Savunma, polisin uygunsuzca davrandığı konusunda hakimin ikna edebilmiş olsaydı, yargılama durdurulmak zorunda kalırdı. Bu nedenle, söz konusu uygulamalar, başvuranların dava açısından belirleyici önem taşımaktadır ve

³⁷³ CENGİZ/DEMİRAG/ERGÜL/McBRIDE/TEZCAN, s.157-158

kamu yararı dokunulmazlığı delilleri, söz konusu uygulamalara bağlı olaylarla ilgili olabilir.

Buna rağmen başvuruların söz konusu delillere erişimi reddedilmiştir. Dolayısıyla Savunma temsilcileri için, hakim önünde davayı, tamamen tuzağa düşürmeye ilişkin iddialarını sonradan reddeden hakim konuyla ilgisi olabilecek iddia makamı delillerini önceden incelemiştir. İngiliz yasaları uyarınca kamu yararı dokunulmazlığı delillerinin sanığa yardımı olmayıp iddia makamına faydalı olacağı durumlarda, asliye mahkemesi hakimi, büyük olasılıkla delillerin açığa vurulmamasından yana karar verir.

Bu koşullar altında AİHM, delillerin ifşa edilmesi ve tuzağa düşürmeye ilişkin konuların karara bağlanması için kullanılan yöntemin, çekişmeli yargının ve tarafların eşitliğinin sağlanması şartlarına uymadığını ve sanığın menfaatlerinin korunması için yeterli koruma içermediğini değerlendirmiştir. AİHM bu davada AİHS madde 6/1'in ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

Verilen kararlardan anlaşıldığı üzere, her ne kadar AİHM bu uygulamayı tolere etse de sanığın suç işlemesine direkt olarak sebep olması, azmettirmesi ya da tuzağa düşürerek suçun işlenmesine sebep olması gibi hallerde, bu yolla elde edilen delilleri hukuka uygun ve yargılamada kullanılabilir nitelikte görmemektedir. Bizim de görüşümüz bu yönde olup, bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı olarak elde edilmiş olduğundan yargılamaya esas alınması halinde adil yargılanma hakkı da ihlal edilmiş olacaktır.

F. Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme, Ses veya Görüntü Alma

Tedbiri düzenleyen CMK madde 139 gizli soruşturmacıyı tanımlamış değildir. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik gizli görevliyi "*Gerektiğinde örgüt içine sızarak gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi*" şeklinde tanımlamaktadır. (madde 4).

Bu tanımdan da yola çıkarak CMK madde 139 düzenlemesini ele aldığımızda, bu tedbiri diğer tedbirlerden ayıran önemli özelliklere dikkat çekmek gerekirse, gizli soruşturmacıya yeni bir kimlik verilmesi, kişinin uzun süreli görevlendirilmesi, polis memuru olmak zorunda olmayan herhangi bir kamu görevlisi olması hususları önemlidir.

Bu açıklama ile varabileceğimiz genel tanımda, gizli soruşturmacı, uydurma bir kimlik altında belli olmayan bir süre içinde faaliyet gösteren bir kamu görevlisidir.³⁷⁴

Telefon dinlemeden farklı olarak teknik araçlarla dinleme uygulamada ve kamuoyunda daha çok ortam dinleme olarak bilinmektedir. İletişimin dinlenmesi ve tespitinin önemli bir diğer unsuru, alt uygulama alanıdır. Bu faaliyet, araç, işyeri veya açık alanlarda kişiler arasında yapılan konuşmaların dinlenmesi ve kaydedilmesi suretiyle yerine getirilir. Ayrıca hedef şahıs, üzeri, aracı veya yanında taşıdığı bir eşyası üzerine yerleştirilen sinyal gönderici cihazlarla izlenebilmekte, yeri tespit edilebilmekte ve aynı zamanda hareketli olarak dinleme ve kayıt yapabilmektedir³⁷⁵.

Bu tedbire ancak bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda delil, iz, eser, emare elde etmek amacıyla başvurulabilir. Yani idari nitelikte bir soruşturmada bu tedbire başvurulmamalıdır.

Öte yandan bu tedbirin konusunu “şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri”dir. Bu tedbir kişinin konutunda uygulanamaz³⁷⁶.

AİHM kararlarına baktığımızda, ancak görüntülü izleme cihazlarının kullanılması suretiyle şikayete konu olan 26 Eylül 2002 tarihli Perry/İngiltere Kararında³⁷⁷ başvuran, usulün açık bir şekilde hiçe sayılmasının, delillerin kullanımını adaletsiz kıldığını ileri sürmüştür. Bilhassa video kaydının yapıldığı konusunda uyarılmadığı için, başvurunu teşhis amacıyla yüzleştirmeyi reddetme veya katılan gönüllülere itiraz etme imkanı olmamıştır. AİHM başvurana, olağan teşhis

³⁷⁴ ÖZBEK, s.588-592

³⁷⁵ ERDEM Mustafa Ruhan, 5271 sayılı CMK’da Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişim Denetlenmesi

³⁷⁶ ÖZBEK, s.630

³⁷⁷ Perry/İngiltere Kararı, Application No: 63737/00, 26 Eylül 2002

amacıyla yüzleştirmeye katılması için defalarca fırsat sunulmuş olduğunu ve başvuranın bunlardan yararlanamadığını gözlemlemiştir. Video kaydının tanıklara izletilmesi sırasında başvuranın avukatının mevcut bulunmamasına rağmen, video çekimi, video kaydının tanıklara izletilmesi işlemini göstermiş ve başvuran ile mahkeme tanıkların başvuranı nasıl teşhis edip etmediklerini görebilmiştir. AİHM, ayrıca, bu materyalin başvuran hakkındaki tek delil olmadığını kaydetmiştir. Başvuranın avukatı, delilin sağlıklı ve adaletsiz olması ve baskıcı bir yöntemle elde edilmesi nedeniyle reddedilmesi yönünde iddialar otaba koymuştur. Ancak yapılan yargılama sonucunda, yargılamanın her aşamasında, başvurana, video kaydına dayalı teşhis delilinin güvenilirliği ve niteliğine ilişkin itirazda bulunma imkanı tanınmıştır.

AİHM bu koşullar altında, başvuranın asliye mahkemesi ve temyiz mahkemesindeki yargılamasının AİHS'nin 6/1 maddesinin gereklerini karşıladığı konusunda tatmin olmuştur. AİHM başvuranın davasında, uygun yasal dayanak olmadan veya yasadışı yollarla ele geçirilen delillerin kullanımının, usulü güvencelerin mevcut olduğu ve örneğin baskı, zorlama veya tuzağa düşürme nedeniyle delilin niteliği ve kaynağının kusurlu olmadığı durumlarda, genel itibariyle, 6/1. Madde ile düzenlenen hakkaniyete uygunluk şartına aykırı olmayacağı görüşündedir. Bu şekilde bilgi elde edilmesi, Sözleşmeciler Devletlerin 8. Madde uyarınca, özel yaşama saygı gösterilmesi hakkını gerekli şekilde güvence altına alma sorumluluğunu ortaya çıkaran bir husustur³⁷⁸.

G. Gizli Tanıklık Uygulamaları

Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulmasına ilişkin yasal düzenleme hukukumuzda Tanık Koruma Kanunu m.5/a'da yer almaktadır. Bu bilgilerin gizli tutulmasının temel amacı,, şüpheli veya sanık tarafından, tanığa ya da onun yakınlarına yönelik muhtemel saldırı girişimlerini ya da sair tehditleri önlemektir. Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin ortaya çıkması tanık veya yakınları açısından ağır ev ciddi bir tehlike oluşturacaksa, kimliklerin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebeple ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için tanığa

³⁷⁸ CENGİZ/DEMİRAĞ/ERGÜL/McBRIDE/TEZCAN, s. 160-161

ait kişisel bilgiler Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir³⁷⁹.

AİHM'ye göre duruşmanın yüzyüzeliği için delil kabul edilen her şeyin açık duruşmada sanığın önünde mahkemeye sunulması gerekmektedir. Bu ilkenin uygulanmasında çeşitli istisnalar bulunabilir. Ancak, mahkumiyet kararı sadece veya ağırlıklı bir biçimde sanığın soruşturma ve kovuşturma aşamasında sorgulayamadığı veya sorgulatamadığı bir kimse tarafından yapılan beyanlara dayandığında savunma hakkını, yani AİHS m.6'yı ihlal edecektir³⁸⁰.

AİHM'nin 20 Kasım 1989 tarihli Kostovski/Hollanda kararında soruşturma ve kovuşturma aşamasında gizli olarak dinlenen tanığa sanık ve müdafii tarafından yazılı olarak yöneltilen 14 sorudan, tanığın, kimliği ortaya çıkacak düşüncesiyle sadece ikisine cevap vermesi m.6'nın ihlali olarak değerlendirilmiştir. Bu davada, Sözleşmenin Adil yargılanma ile ilgili kuralını hatırlatan Mahkeme, ifade verenlerden sadece birinin, yani ifadesi duruşmada okunan kişinin, Hollanda hukuku bakımından “tanık” olarak görüldüğü, ancak kavramın özerk bir şekilde yorumlanması gerektiğinden hareketle, ifadeler ister duruşmada okunsun, isterse okunmasın, aslında dinlenen iki gizli tanığın ifadeleri yerel mahkemenin önüne geldiği ve değerlendirmeye esas alındığı için sanığa, aleyhindeki ifadelere karşı itiraz hakkı tanınması gerektiğini açıklamıştır³⁸¹.

27 Eylül 1990 tarihli Windish/Avusturya kararında da, gizli tanıkların sadece polis tarafından dinlenmesi, mahkeme tarafından dinlenmemesi, mahkemenin tanıkları dinleyen polisleri dinleyerek hüküm kurması sözleşmenin ihlali olarak nitelendirilmiştir³⁸².

Son olarak AİHM'nin 15 Haziran 1992 tarihli Lüdi/İsviçre kararında³⁸³ belirtildiği üzere, AİHS m. 6/3-d'deki “tanık” kavramı, ulusal hukuklardan bağımsız olarak ele alınarak özerk bir biçimde yorumlanmaktadır. AİHM'ye göre tanık ulusal yargılama sırasında ifade vermesi gerektiği halde

³⁷⁹ <http://www.e-akademi.org/makaleler/cezamuh.pdf>, YAŞAR Yusuf, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Tanıklık, Ekim 2013, S.133, s.28

³⁸⁰ 24 Kasım 1986 tarihli Unterpertinger/Avusturya Kararı

³⁸¹ <http://www.juridischeuitspraken.nl/19891120EHRMKostovski.pdf>, 20 Kasım 1989 tarihli Kostovski/Hollanda kararı

³⁸² YAŞAR, s. 29

³⁸³ <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/>, 15 Haziran 1992 tarihli Lüdi/İsviçre kararı

dinlenmemiş kişileri de kapsar. Normal koşullarda kanıtların çelişmeli iddiaların sanığın huzurunda, açık duruşmada sunulması gerekmektedir. Kural bu olmakla birlikte, istisnai olarak kuraldan ayrılma halinde istisnaların da savunma hakkını ihlal etmemesi zorunludur. Savunma makamına tanığın anlatımına karşı ya ifade alındığı sırada ya da yargılama aşamasında itiraz imkanı tanınmalıdır.

Mahkumiyet kararının gizli tanığın ifadesine dayandırılması ve tanığın kimliğinin de savunma hakkına zarar vermeden korunabileceği halde bundan sapma gösterilmesi ve dolayısıyla tanığa soru sorma olanağının sanığa tanınmaması adil yargılanma hakkının ihlalidir. Görüldüğü Üzere Lüdi/İsviçre kararında AİHM, olaydaki gizli görevli polisin dinlenmesi gerektiğini belirtmekle kalmayıp, *“kimliğinin gizliliği, başvuruçunun savunması hakkında zarar vermeden korunabileceği halde olayda böyle yapılmadığından, tanıkları sorgulama bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini”* vurgulamıştır.

III. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN UZAK ETKİSİ SORUNUNUN AİHM KARARLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuka aykırı delillerin uzak etkisi sorununu daha önce ayrıntılı olarak tartışmıştık. Bu başlık altında, AİHM kararları ile örneklendirerek uygulamayı göstermeye çalışacağız.

AİHM'nin son dönem kararlarından biri olan 1 Haziran 2010 tarihli Gaefgen/Almanya kararı önemlidir. Bu kararda işkence yasağının ve işkenceyle elde edilen delillerin muhakemesinde bir ispat aracı yani delil olarak kullanılmayacağı üzerinde tartışılmış, ayrıca hukuka aykırı deliller ve bunların uzak etkisi üzerinde durulmuştur.

Olayda başvuruçusu, 1 Ekim 2002 tarihinde, on bir yaşında bir çocuğun kaçırılması ve nerede olduğuna ilişkin polis tarafından sorgulandığı sırada tabi tutulduğu muamelenin sözleşmenin 3. Maddesiyle yasaklanmış bir muamele olan işkence olduğunu iddia etmiştir. Başvuruçusu ayrıca sözleşmenin 3. maddesinin ihlali suretiyle elde edilmiş ifadesinin ceza davasında delil olarak kullanılmış olması nedeniyle, bir kimsenin kendini etkili bir şekilde savunma hakkını ve kendini

suçlamama hakkını içeren Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir³⁸⁴.

AİHM davanın yasal değerlendirmesinde, öncelikle işkence tehdidinin AİHS m. 3 kapsamında insanlık dışı davranış oluşturduğunu ve bu şekildeki bir davranışın birinin hayatı tehlikede olsa dahi haklı gösterilemeyeceğini belirtmiştir. Buna bağlı olarak AİHM, işkence tehdidi altında itiraf edilmek suretiyle elde edilen delillerin ceza yargılamasında kabul edilebilir olup olmadığına karar vermek zorunda kalmıştır. Bu bağlamda AİHM, bir bütün olarak yargılamanın adillığının etkilenmediği yönünde bir karar vermiştir³⁸⁵.

Başvuran, 27 Eylül 2002 tarihinde bir bankacının oğlu olan JM'yi ablasının arkadaşı olmasından faydalanarak onu kandırarak, apartman dairesine getirmiş, boğarak öldürmüş ve cesedini gizlemiştir. MG, olayın devamında JM'nin ailesinin evinde fidye isteyen bir not bırakmış, bu notta JM'nin kaçırıldığını ve kaçırılanlar tarafından bir milyon Euro istendiğini belirtmiştir. Bu notta ayrıca çocuğu tekrar görebilecekleri yazılmıştır. Başvurucu daha sonra JM'nin cesedini, yaklaşık bir saat uzaklıktaki özel mülk olan bir gölete götürmüş, iskelenin altına gizlemiştir. Aile durumu polise haber vermiş, polisin yönlendirmesiyle fidyeyi tramvay istasyonunda ödemiştir. Önceden gerekli tedbirler alınarak MG fidyeyi aldığı andan itibaren gözetim altına alınmış ve havaalanında yakalanmıştır³⁸⁶.

Soruşturmada görevli emniyet müdür yardımcısı D, polis memuru E'ye çocuğun bulunduğu yeri ortaya çıkarmak için MG'nin fiziksel acı verileceği tehdidi ile korkutulmasını ve hatta gerekirse böyle bir acıya maruz bırakılmasını emretmiştir. Başvuran, polis memuru tarafından, acı verici muameleye maruz kalacağı, iki siyah adam ile aynı hücreye kapatılarak kendisine cinsel saldırıda bulunmalarını sağlamakla tehdit ettiğini iddia etmiştir. E'nin bu tehdidi dolayısıyla (bu uygulama yapılmadan) başvuran, JM'yi öldürdüğünü ve cesedinin nerede olduğunu on dakika içinde açıklamıştır.

³⁸⁴ DÜLGER Murat Volkan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gaefgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu, TBB Dergisi, 2014, s.327

³⁸⁵ DÜLGER, s.328

³⁸⁶ DÜLGER, s.329

Mahkemeye göre, insanlık dışı davranışın etkileri göz önüne alındığında ya gerçek bedensel zarara ya da büyük ölçüde fiziksel /ruhsal acıya sebep olunması gerekmektedir. Ayrıca davranış minimum düzeyde ciddiyete ulaşmış olmalıdır. Minimum düzeyin değerlendirilmesi ise somut olaya göre değişmektedir. Buna göre insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin “*asgari ağırlık düzeyine ulaştığı halde, işkence olarak nitelendirilmek için gerekli unsurlardan en az birini taşımayan bir muamele*” olarak tanımlanması mümkündür³⁸⁷. Mahkeme, mevcut olayda başvurusunun tabi tutulduğu sorgulama yönteminin AİHS m.3 ile yasaklanmış olan insanlık dışı muamele oluşturacak kadar ağır olduğu fakat işkence eşliğine ulaşmak için gerekli zalimlik düzeyine varmadığı kanaatine varmıştır.

Başvuran, diğer nedenlerin yanında özellikle, ancak Sözleşmenin 3. Maddesinin ihlalinin doğrudan bir sonucu olarak elde edilmiş bütün bulguların davadan dışlanmasıyla eski hale dönülebileceğini iddia etmiştir. Kabul edilmeleri nedeniyle yargılamanın sonucunu daha baştan belirlemiş olan bu deliller, zımnen kendisinin mahkumiyetini verebilecek azami cezanın verilmesini sağlamıştır. Sadece duruşma öncesinde zorlama sonucu verdiği ifadelerin dışlanması, giderim için yeterli değildir; çünkü maddi deliller bir kez kabul edildiğinde, artık bu ifadeler iddia makamının kendisi aleyhindeki iddiaları için gerekli değildir³⁸⁸. Dolayısıyla başvuran zehirli ağacın meyvesi öğretisinden hareketle, bir şekilde kendisinden hukuka aykırı olarak elde edilen ifadelere dayanan ve veya bağlantısı olan tüm delillerin yargılamadan dışlanmasıyla mağduriyetinin sona ereceğini iddia etmiştir³⁸⁹.

Ancak mahkeme başvuranın bu yöndeki iddiası üzerinde durmamıştır. AİHM yalnızca 3. maddenin ihlali açısından yaklaşmış, ancak 3. maddenin ihlali yoluyla elde edilen delilin yargılamaya etkisi ve bunun 6. maddenin ihlali oluşturup oluşturmadığını tartışmamıştır. Bununla birlikte mahkeme, 3. maddenin ihlali yoluyla elde edilen delillerin dışlanmasının gerekip gerekmediği konusunda bir tespitte bulunmamıştır³⁹⁰. AİHS m. 3'ün ihlalinin doğrudan sonucu olarak sağlanan maddi delil başvuru aleyhindeki ceza davasında delil olarak kullanılmıştır.

³⁸⁷ DÜLGER, s.340; DOĞRU, s.19

³⁸⁸ Gaefgen/Almanya, par. 111

³⁸⁹ DÜLGER, s. 352

³⁹⁰ Gaefgen/Almanya, par. 128-129

Ayrıca bu delilin başvuranın kendisini suçlayarak elde edilmiş olması söz konusu ihlali daha da şiddetlendirmiştir³⁹¹.

Burada dışlama kuralına da kısaca değinmek gerekirse, kuralı şöyle tanımlayabiliriz: mahkeme içtihatları tarafından yaratılan ve ceza soruşturmasına muhatap olan kişilerin hakları ihlal edilerek hukuka aykırı şekilde delil toplanmasını yasaklayan bir kuraldır. Bu yasak, zorlamalı ikrarla elde edilen bilgiler için de geçerlidir. Bunun anlamı, eğer ikrar ek bir delil elde edilmesine yol açılmışsa ikrarla birlikte, bu delil de mahkeme tarafından kabul edilmeyecektir. Polisin hukuka aykırı eylemi ile delilin bulunması arasındaki bağlantı, kusuru dağıtacak kadar birbirinden uzak ise dışlama kuralı uygulanmaz. Aksine durumda ise aykırı yöntemle elde edilen delillerin dışlanması, hükme esas alınmaması gerekir³⁹². Mahkeme ise hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin karar aşamasında kullanılmasının, kendiliğinden yargılamayı adaletsiz hale getirmeyeceği görüşündedir. Dolayısıyla Mahkeme, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hüküm verilirken kullanılması yasağını kabul etmemiştir³⁹³. (Oysa ki mahkeme, daha önce incelediğimiz Jalloh/Almanya kararında kusturucu ilaç vermek suretiyle delil elde edilmesine ilişkin fiilin, insanlık dışı muamele olduğu ve 3. Maddenin ihlali söz konusu olduğundan, adil yargılanma hakkının da ihlal edildiği yönünde karar vermişti!).

Öte yandan mahkeme, polisler yetersiz de olsa ceza verilmesi ve kariyerlerinin etkilenmesini gözeterek, başvuruçunun mağduriyetinin giderildiğine karar vermiştir.

Sonuç olarak mahkeme AİHS m. 3'ün ihlali neticesinde elde edilen delillerin kullanılmasının yargılamanın adilliğinin sorgulanmasına neden olacağını, bunun yanında yasa uygulayıcıları delil elde etmede yasaklanmış yöntemlere teşvik edebileceğini belirtmiştir. Ancak bu önemli ilke ve sonuçları tespit ettikten sonra yine de davanın adilliğinin ancak yasak yöntemlerle elde edilmiş delilin sonuç üzerinde etkili olması halinde söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Mahkeme bir yandan bugüne kadar kurmuş olduğu ilkelerden vazgeçmemekte, bir yandan da somut durum için bir çıkış yolu aramaktadır. Kararında da buna yer vermektedir.

³⁹¹ DÜLGER, s. 393

³⁹² DÜLGER, s. 374

³⁹³ DÜLGER, s. 378

ancak mahkumiyet üzerinde etkili olsun ya da olmasın soruşturmada bu tür yöntemlerin kullanılması, bunların mahkeme önüne getirilmesi ve iddiaya göre bu deliller olmaksızın ulaşılan sonucun sınanması amacıyla da olsa, delillerin kullanılması hukuka uygun olmayacağından mahkemenin yaklaşımı eleştirilmiştir³⁹⁴.

Buradan anlaşılacağı gibi mahkeme, hukuka aykırı delil, yasak ağacın meyvesi kuramı ve delil değerlendirme yasakları konusunda net bir tavır sergilemekten kaçınmaktadır. Bu eleştirilmesi gereken bir yaklaşımdır. Bu noktada bizim de katıldığımız görüşü destekler nitelikte, Ünver/Hakeri'nin açıklaması önemlidir:

*"...Keskin çizgilerle hukuka aykırı delilden ne anlaşılması gerektiği ve bunu kullanılıp kullanılmayacağını açıkça belirterek, taraf ülkelerin yargı makam ve kişilerini ileriye dönük olarak net göstergelerle yönlendirmek yerine, bu konuda suskun kalmak, bütün olarak yargılamanın adil olup olmasını değerlendirmek, savunma hakkına riayet edilip edilmediğini gözeterek belirsiz bir alan bırakmakta ve böylece uygulamalar sonrası vakti önüne geldiğinde somut olaya dayalı olarak dosyadaki verilere göre bazen bazı gerekçelerle hukuka aykırı delilin kullanılabilmesine yeşil ışık yakmaktadır. Bu kabul edilebilir bir tutum ve yaklaşım değildir. Şüphesiz somut olayın içinde bulunduğu şartlara bakmak gerekliliği noktasında İHAM haklı olmakla birlikte, hukuka aykırılık kavramının kapsamı ve bunun delil ve ispat hukukuna etkisi bakımından daha net ve açık kurallar önerilmesi, çok gerekli ve daha yerinde bir hukuksal tutum olurdu"*³⁹⁵.

Bizim de katıldığımız görüşe göre mahkemenin hukuka aykırı delilin uzak etkisi konusunda çekimser kalması, bu yönde tespitler yapmışken hakkında karar vermeye gerek duymaksızın saf dışı bırakılması tutarlı bir tavır değildir. Nitekim AİHM kararlarının yeknesak olmadığı bilinmektedir. Ancak incelemiş olduğumuz söz konusu karar ile de kötü muamele fiilini kabul ederken, bu yolla elde edilmiş bir delilin uzak etkisi ile adil yargılanma hakkını zedelediğine kanaat getirmek (hatta bu konuda karar verilmesine yer olmadığını dahi düşünmek) mahkemenin kararlarına olan güveni sarsacaktır. Öte yandan mahkemenin verdiği kararlarda

³⁹⁴ DÜLGER, s.388 vd

³⁹⁵ ÜNVER/HAKERİ, s. 184; DÜLGER, s. 395

yargılanan ülkeye göre ayırım yaptığı ve çifte standart uyguladığı yönünde şüpheler uyanmaktadır. Nitekim aynı yönde Mahkemenin önüne gelmiş olan davalarda Türkiye defalarca tazminata mahkum edilmiş ve hak ihlallerinin varlığına karar verilmiş iken; söz konusu kararda mahkemenin sergilediği tutum düşündürücüdür. Son olarak mahkemenin bu kararda yapmış olduğu değerlendirme, hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilin bir insan hakkı ihlaline neden olsa dahi yargılamaya esas alınarak kullanılabilmesi fikrine yeşil ışık yakmaktadır.

SONUÇ

Demokratik hukuk devleti ilkelerinin gerçekleştirilmesi yolunda, ulusal ve ulusüstü düzeyde pek çok adımların atıldığını görmekteyiz. Bu ilkeler ışığında devleti modernleştirmeyi amaçlayan bu anlayışta, ceza muhakemesi ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin haklar ve kurallar yeniden şekillenmiştir. İnsan hakları sözde var olan, yalnızca yazılı metinlerde ya da uluslararası anlaşmalarda mevcudiyetini koruyan, uygulanmaktan uzak kurallar olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla ceza hukuku ve ceza muhakemesi bağlamında, başta Anayasamız olmak üzere ulusal mevzuatımızda pek çok çalışma gündeme gelmiştir.

Hukuk devleti üç temel üzerinde yükselir. İlki insan haklarının gerçekleştirilmesi, ikincisi adaletin sağlanması, üçüncüsü ise toplumsal barış ve kamu düzeninin temin edilmesidir. Her ne kadar böyle bir sıralama yapsak da her şeyden önce, devletin varlık sebebi bağlamında “insan” unsurunu en önde tutmak gerekmektedir. Nitekim hukuk kuralları, hem teorik hem de pratik anlamda insanın haklarını gerçekleştirmek üzere adaleti yerine getirmeli; bireyler için adaletin sağlandığı bir toplumda da barış ve huzur sağlanmış olmalıdır. Aksi halde kanun metinlerinde yazılı olan ancak toplumun vicdanını rahatlatmayan muhakeme uygulamaları hiçbir zaman gerçek adaleti sağlamayacaktır.

Öte yandan bahsettiğimiz bu ilkelerin sağlanabilmesi için yalnızca yargı organlarının görev ve sorumluluklarından bahsetmek doğru olmaz. Yargı kadar yasama organları da kişinin hak ve özgürlüklerinin sağlanması, bunlar için temel oluşturulması hususunda görevli ve sorumludur. Ancak hem yargı hem yasama organı açısından aşılması gereken sınır “hukuk devleti ilkesi”nin korunmasıdır. Nitekim Anayasa ve kanunlarımız, bunların uygulanışı ve ulusüstü düzeyde bağlı olduğumuz anlaşmalar hukuk devleti ilkesini yerine getirmek için mevcuttur.

Çalışmamız kapsamında delil kavramı, hukuka aykırı elde edilen deliller ve bunların değerlendirilmesi sorunu ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ile de bu kavram mahkemenin bakış açısında konuya ışık tutmaya çalıştık. Net olarak gördüğümüz en önemli husus şudur: Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bağlamında, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hiçbir surette yargılamada kullanılması

mümkün değildir. AİHM'nin görüşü ise daha esnek biçimde olup, münferit olayın koşullarına göre, eğer ortada ağır bir ihlal yok ise bu delillerin kullanılabilmesi yönündedir.

Çalışmamız içinde ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, Anayasanın 38/7. Maddesine baktığımızda “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” Hükmü getirilmiştir. Burada delilden değil bulgudan bahsetmekte olup; kanuna aykırı olarak elde edilmiş her türlü iz, eser ve belirti bakımından delil yasağından bahsedilmektedir. Yani delil olarak kabul edilemeyecek bulgular hukuka değil, kanuna aykırı olmalıdır. Buna mukabil CMK madde 206 “*kanuna aykırı delil*”den bahsederken, madde 217’de “*delilin hukuka uygun şekilde elde edilmesinden*”, madde 289’da ise “*hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen*” delillerden bahsedilmektedir. Yasada hukuka uygunluktan veya karşıt anlamı itibarıyla hukuka aykırılıktan söz edilirken Anayasa’da kanuna aykırılıktan söz edildiğine de dikkat çekilmelidir.

Öte yandan yine CMK 289. maddesine göre hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanarak verilen hüküm, kesin aykırılık teşkil eder; verilen kararın temyiz edilmesi halinde de bu durum mutlak bir bozma sebebidir.

AİHS hükümleri ve AİHM kararları bağlamında konuyu incelediğimizde ise sınırları net biçimde çizilerek açıkça tanımlanmış delil yasakları durumlarının olmadığını görüyoruz. Mahkeme kararları adil yargılanma hakkı orijini, sözleşmenin özellikle özel hayata saygı ve işkence yasağı gibi ilgili maddelerine atıfta bulunarak somut olayın özelliklerini değerlendirmek suretiyle kanaate varmaktadır. AİHM, yargılamanın bütünü ile ilgilenerken delillerin nasıl elde edildiği ve değerlendirildiği de dahil olmak üzere, adil olup olmadığını denetlemektedir.

Öte yandan bilindiği gibi AİHM ülkelerin iç hukukları bağlamında bir yerindelik denetimi gerçekleştirmemektedir. Mahkemenin burada göz önünde bulundurduğu husus, iç hukuk kurallarının sözleşme hükümlerine uygun olarak yargılama esnasında uygulanıp uygulanmadığını tespit etmektir. Dolayısıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin delil yasakları hususundaki değerlendirmesi, somut olayın özellikleri çerçevesinde; esnek yaklaşım benimsenerek gerçekleştirilmektedir.

Bizim de çalışmamız içinde bahsettiğimiz ve eleştirdiğimiz en önemli husus budur. Nitekim hukuka aykırı olarak elde edilen deliller bağlamında böyle bir “mutlakiyet” hukuk güvenliği ilkesini zedeleyebilecektir; hem fail hem mağdur açısından maddi gerçeğe ulaşılması yolunu tamamen kapatabilecektir. Bu nedenle kişinin özel ve ortak hayat alanlarına yapılan hukuka aykırı müdahalelerde, ulaşılmak istenen yarar ile, hakkı ihlal edilen bireye ait yarar, hakim tarafından değerlendirmeye tabi tutularak objektif koşullarda değerlendirildikten sonra bu delilin yargılamaya esas alınıp alınmayacağı hakim tarafından takdir edilebilmelidir.

Aykırılık kavramı tüm hukuk kuralları ele alınarak değerlendirmelidir; ancak aynı zamanda ihlal edilen hakkın tem haklar bakımından değerini dikkate alarak elde edilen delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı konusunda da ayrıca değerlendirme yapılmalıdır. Aksi halde mutlak bir şekilde delilin reddi hali, kuşkusuz telafisi imkansız zararların önünü açacak belki de gerçek faillerin sonsuza kadar cezasız kalmalarını sağlayacaktır.

Öte yandan elde edilen delillerin elde ediliş biçiminden yola çıkılarak, hiçbir şekilde kabul edilmemesi ya da her ne pahasına olursa olsun koşulsuz tüm delillerin kabul edilmesi bizi maddi gerçeğe götürmeyeceği gibi suçtan etkilenen topluma da hukuki güvenliği sağlamayacaktır. Bu çerçevede, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesinde daha esnek bir yaklaşıma yönelmek gerektiğini düşünüyoruz. Ortaya çıkan ihlal ile kamu yararı arasında kurulacak dengenin hakim tarafından takdir edilmesi büyük derecede önem taşıyacağı gibi delil serbestisi ilkesinin benimsendiği muhakeme hukukumuz açısından da “maddi gerçeğe ulaşma amacı” daha tutarlı argümanlar üzerine tesis edilebilecektir.

Mutlak ret görüşünün benimsenmesi, delillerin uzak etkisi bağlamında da hukukumuzda sorun teşkil etmektedir. Zira zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur; yani hukuka aykırı olarak elde edilen delilden yola çıkarak elde edilen başka bir delile de dayanmak mümkün değildir. Biz yine böyle bir mutlak görüşün kabul edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz. Hukuka aykırılık kavramının daha ayrıntılı olarak tartışılıp temellendirildikten sonra, bu delillerin yargılamaya esas alınıp alınmayacağına karar verilmesi gerektiği kanısındayız.

Türk Ceza Muhakemesi sistemimiz açısından değerlendirdiğimizde eleştirdiğimiz bir diğer konu, hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılıp çıkarılmayacağı hususu olmuştur. Görüşümüz, ayrı bir dosya veya klasör içinde, delilin dosyadan çıkarılmaksızın, devam eden dava dosyası içinde mevcudiyetini sürdürmesi gerektiği yönündedir. Hakimin kafa karışıklığı yaşayacağı ya da bu delillerden etkilenebileceği gibi görüşlere de katılmıyoruz. Zira hakimin, yargılamanın salahiyeti hususunda yeterli tecrübe ve ciddiyete erişmiş olduğunu, buna göre vicdanına kulak verdiğini kabul etmek gerekmektedir.

Sonuç olarak, insan haklarının gerçekleştirilmesi için pratik faydayı artırmayı amaçlayan birtakım düzenlemeler, hem anayasamız hem de kanunlarımız içinde artık yer almaktadır. Ancak bu kurallar çerçevesinde birtakım kavramsal karışıklar ile maddi gerçeğe ulaşılmasını zorlaştıran ya da imkansızlaştıran birtakım düzenlemeler de mevcuttur. Bu bağlamda, mevzuatın yeniden gözden geçirilmesi ve kavram bütünlüğünün sağlanarak kamu vicdanının mutlak olarak hukuka güvenini sağlamak gerekmektedir. Nitekim Devletin varlık amacının, hukuk devleti ve adalet orijininde kalması gerektiğini düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- AKILLIOĞLU Tekin, İnsan Hakları I, Ankara 1995
- ANAYURT Ömer, Strazbourg İçtihatlarında Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri, MBD C. XXI S.197
- BIÇAK Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011
- CENGİZ Serkan/DEMİRBAĞ Fahrettin/ERGÜL Teoman/McBRIDE Jeremy/TEZCAN Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 5. Bası, İstanbul 2008
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008
- COŞKUN Enis, Gizli Dinleme, İstanbul 1974
- ÇOLAK Haluk/TAŞKIN Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2007
- DANIŞMAN Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991
- DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002
- DEMİRBAŞ Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, DEÜ Hukuk Fakültesi, 1996
- DOĞRU Osman, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Beta Yayınları, İstanbul, 2002
- DOĞRU Osman, İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara, 2003, Cilt 2
- DONAY Süheyl, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul 2007

- DONAY Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978
- DONAY Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul 1982
- DÖNMEZER Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.II, İstanbul 1994
- DURAL Mustafa, Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul, 1987
- EKİCİ ŞAHİN Meral, Ceza Hukukunda Rıza, 1. Bası, Ocak 2012, İstanbul
- ERDEM, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001
- ERDENER Yurtcan, CMUK Ceza Yargılaması Hukuku 1992 Değişiklikleri, İstanbul 1993
- EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1997
- EREM, Ümanist Doktrin Bakımından Türk Ceza Hukuku, C.1, 12. Bası, Ankara 1984
- ERYILMAZ Bedri, Türk ve İngiliz Hukuku'nda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003
- GÖZÜBÜYÜK A.Şeref – GÖLCÜKLÜ A.Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2003, Turhan Kitabevi
- HAFIZOĞULLARI Zeki, "CMUK'da Yapılan Değişiklikler Üzerine", AÜHFD, 1993, C.43
- HAFIZOĞULLARI, "Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi", Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996
- İÇEL Kayıhan/ÜNVER Yener, Uygulamalı Ceza Hukuku, Beta, İstanbul, Kasım 2007
- İNCEOĞLU Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Avrupa Komisyonu Destek Projesi, Ankara 2007
- İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, 2002, Beta Yayınları

- KANTAR Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, 1. Kitap, 4. Bası, Ankara 1957
- KAYMAZ Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997
- KAYMAZ Seydi, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997
- KILIÇOĞLU Ahmet, Şeref, Haysiyet ve Özle Yaşama Bası Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1993
- KUNTER Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949
- KUNTER Nurullah/Feridun YENİSEY/Ayşe NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Bası, İstanbul, Kasım 2009
- KUNTER Nurullah/Feridun YENİSEY/Ayşe NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul, Ekim 2010
- KUNTER Nurullah/YENİSEY Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuk, Ankara 2005
- KÜHNE Heiner Hans, “Devletin Hazırlık Soruşturması Faaliyeti ve Adil Yargılanma” (Çev: ÜNVER Yener/İÇEL Kayıhan/Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi-3, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004)
- MERAN Necati, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Gizli Soruşturmacı Teknik Takip, Ankara 2009
- MOLE Nuala/HARBY Catharina, Adil Yargılanma Hakkı – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları No:3, Almanya, Ekim 2001
- MOLLAMAHMUTOĞLU Savaş, CMUK’un Yorumu,
- OPTICAN Scoot L., Mukayeseli Hukukta Arama İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, (Çev. Feridun Yenisey), Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007
- ÖNDER Ayhan/CİHAN Erol, Özet Ceza Muhakemesi Hukukuna 1992 Değişiklikleriyle ilgili Ek, İstanbul 1993,
- ÖNOK, R.Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006

- ÖZBEK Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, İzmir 2005
- ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2011
- ÖZEK Çetin, Basın Hukuku, İstanbul, 1978
- ÖZSUNAY Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1982
- ÖZTÜRK Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, Ankara 1991
- ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008
- ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/SAYGILAR F. Yasemin/ALAN Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010
- ÖZTÜRK Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995
- ÖZTÜRK Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1995
- ÖZTÜRK Bahri/TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SIRMA Özge/KIRIT Yasemin F. Saygılar/ÖZAYDIN Özdem/AKCAN Esra Alan/ERDEM Efser, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 2012
- REIDY Aisling, İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2002
- SELÇUK Sami, Karşıoylarım, Ankara 2001
- SCHRODER F.C – YENİSEY Feridun, Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial), Alkım Yayınları, İstanbul 1997
- SOKULLU-AKINCI, Polis: Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-Kültürü ve İnsan Hakları, 1990
- ŞAHBAZ İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009
- ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesi Gazi Şerhi, Ankara 2005
- ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, Ankara 2011

- ŞAHİN Cumhuriyet, Ceza Muhakemesinde İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001
- ŞAHİN Cumhuriyet, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994
- ŞEN Ersan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos, 2007, yıl 2, sayı:4
- ŞEN Ersan, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi, 2009
- ŞEN Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998
- ŞEN Ersan, Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Seçkin Yayınevi, 4. Bası, Ankara 1998
- TANER Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955
- TAŞKIN Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2008
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/SANCAKDAR Oğuz/ÖNOK Murat Rıfat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014
- TOROSLU Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1999
- TOROSLU Nevzat/FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006
- TOSUN Öztekin, Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul, 1976
- TOSUN Öztekin, Türk Suç Muhakeme Hukuku Dersleri, C.I ve II, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976
- TOSUN Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri-Genel Kısım, C.I, İstanbul , 1984
- Uluslararası Af Örgütü, Adli Yargılanma Hakkı, Çev. F.Ahmet TANER - Erol KAPLAN, İstanbul, 2000
- UMAR Bilge, YILMAZ Ejder, İsbat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980

- ÜNVER Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku günleri, 70.yılda Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 26-27 Mart, Beta Yayınları, İstanbul 1997
- ÜNVER Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Beta Yayınları, 26-27 Mart, İstanbul, 1997
- ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku (Temel Bilgiler) Ankara, 2012
- ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2010
- ÜNVER, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, İstanbul-1998
- YAŞAR Osman, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1998
- YENİSEY Feridun, Duruşma ve Kanun Yolları, 2. Bası, İstanbul 1990
- YENİSEY Feridun, İnsan Hakları Açısından Arama, Elkoyma, Yakalama ve İfade Alma, Ankara 1995
- YENİSEY Feridun, Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, (Yer aldığı eser: Vural SAVAŞ/Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu, Cilt 1-2, Ankara 1995)
- YURTCAN Erdener, Ceza Yargılama Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2005
- YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1994
- YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 9. Bası
- YURTCAN Erdener, CMK Şerhi, Beta Yayınevi, 2005
- YURTCAN, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, 1998
- YURTCAN, CMUK El Kitabı, İstanbul 1994
- ZABUNOĞLU Yahya, Adli Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi, Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı, 1998
- ZEVKLİLER Aydın, Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler, Ankara 1981
- ZEVKLİLER Aydın, Medeni Hukuk, Ankara, 1992

MAKALELER

- AKYÜREK Güçlü, Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012
- BATUM Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi, AİHM ve Türkiye, Yeni Türkiye Dergisi, S.22, 1998
- BELGESAY, Mustafa Reşit, "İnsan Hakları" Adalet Dergisi, 1964, Sayı 5-6
- ÇINAR Ali Rıza, Hukuka Aykırı Kanıtlar, TBB Dergisi, Sayı 55, 2004
- DÜLGER Murat Volkan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gaefgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu, TBB Dergisi, 2014 (111)
- ERDEM Mustafa Ruhan, 5271 sayılı CMK'da Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc
- GÖKCAN Hasan Tahsin, Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması, Ankara Barosu Dergisi, 2012/1
- HAFIZOĞULLARI Zeki, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Üzerine, AÜHFD, 1993, C.43
- İÇEL Kayıhan, Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul 1998
- İMRE Zahit, Şahsiyet Haklarımda Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İÜHFM, C.39, S.1-4, 1974
- KARTAL Adem, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Sırasında Tesadüfen Elde Edilen Deliller, Terazi Hukuk Dergisi, Eylül 2010,
- KOCA Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:2, İstanbul, Aralık 2006
- KOCA Mahmut, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, AÜHFD, 2000, C.IV, S. 1-2

- ODMAN M.Tevfik, Askeri Yargıtayın Hukuka Aykırı Deliller Konusunda Verdiği Kararlar, Askeri Adalet Dergisi, Yıl 24, S.95, Ocak 1996
- ODMAN Tevfik, Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt III, Sayı 4, Ankara, 1995
- ÖZEK Çetin, Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu, İÜHFM, Prof.Dr.Türkan RADO'ya Armağan, İstanbul 1997, C:LV
- ÖZTÜRK Bahri, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Delil Yasakları, Hukuki Perspektif Dergisi, Sayı:3, Nisan 2006
- ÖZTÜRK Bahri, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanı ve Özel Hayata Karşı Suçlar, Manisa Barosu Dergisi, S.22
- ÖZTÜRK Bahri, Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, Manisa Barosu Dergisi, Yıl:11, S.4, 1992
- ÖZTÜRK Bahri, CMUK Reformu ve Delil Yasakları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, 1994
- ÖZTÜRK Bahri, Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukuku'ndaki Değeri, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000
- SOYASLAN Doğan, Hukuka Aykırı Deliller, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.3-4
- SÖZÜER Adem, "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", İHFM 1997, Türkan Rado'ya Armağan, C. LV, S.3,
- SÖZÜER Adem, Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, İÜHFM Prof Dr. Türkan RADO'ya Armağan Sayısı, İstanbul 1997, C:LV, S:3
- ŞAHBAZ İbrahim, Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller, Ankara Barosu Dergisi, 2004
- ŞEN Ersan, "Türk Hukuku'nda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen Hukuka Aykırılıklar Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler", Sahir Erman'a Armağan, İstanbul, 1999

- TANDOĞAN Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD, C.XX, S.14
- TEZCAN Durmuş, AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan, Türk Ceza Hukuku Derneği, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yayınları, Ankara, 2008, C.2
- TOROSLU Nevzat, Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, AÜHF Yayınları, Hamide Topçuoğlu Armağanı No:498, 1995
- UĞUR Hüsamettin, Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine, TBB Dergisi (2007/73), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-73-378>
- ÜNVER Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 2, Aralık 2006
- YARSUVAT Duygun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği, 2009
- YENİSEY Feridun, "Tebliğ", Yargıtay ve Askeri Yargıtay Kararları ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller Semineri, 3-25 Şubat 1996, İstanbul Barosu Yayınları
- YURTCAN Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1998

SEMPOZYUM VE SEMİNERLER

- AKILLIOĞLU Tekin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Terörle mücadeleyle İlişkin Kararları, Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele (Sempozyum 16-18 Haziran), İstanbul, Umut Vakfı Yayınları, 1996
- ERMAN Sahir, Sentez Raporu, Hukuka Aykırı Deliller ve Semineri ve Sempozyumu (10-11-12 Mart 1995), İstanbul 1996
- İÇEL Kayıhan, Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, tebliğ, 28.04.1995 tarihli Yargıtay Sempozyumu (Yayınlandığı yer:

SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C.I, Ankara, 1995)

- ÖZEK Çetin, Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, 3-25 Şubat 1995, İstanbul 1996
- PRADEL Jean, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, ISISC Kolokyumlarının Sentez Raporu (Çev: Sulhi Dönmezer) İstanbul, 2000
- ŞAHİN Cumhur, Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi, SÜHFD, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, 1994/1-2
- YENİSEY Feridun, “Tebliğ” Yasak Kanıtlar ve Sonuçları, Yargıtay’ın 127. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Kanıtlar Sempozyumu”, Ankara, 1995
- YENİSEY Feridun, Örgütlü Suçluluk ve Hukuka Aykırı Deliller, Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, Ekim 1996
- ZABUNOĞLU Yahya, Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı, İzmir Barosu Yargı Reformu Sempozyumu, Ekim 2000

TEZLER

- ARASLI Oya, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve TC Anayasasındaki Düzenlenişi, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979
- KAYMAZ Seydi, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007
- KESKİN Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Doktora Tezi, Alfa Yayınları, İstanbul 2009

İNTERNET SİTELERİ

- <http://www.sinerjimevzuat.com.tr/> mevzuat ve içtihatlar
- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr> Türkiye Barolar Birliği dergileri

- <http://www.izmirbarosu.org.tr/sayfalar/albuemler/baro-buelttenleri.aspx> İzmir Barosu Dergileri
- <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/BaroDergisi.asp> İstanbul Barosu Dergileri
- <http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/2012yayin/dergi/ankara-barosu-dergisi.html> Ankara Barosu Dergileri
- <http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/> Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- <http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/> Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- <http://www.inhak.adalet.gov.tr/> Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Daire Başkanlığı
- www.kararara.com/ Yargıtay, Danıştay, AİHM Kararları
- <http://hudoc.echr.coe.int/> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Resmi Sitesi
- www.ceza-bb.adalet.gov.tr/ Yeni Türk Ceza Adaleti Tanıtım Sistemi
- www.insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi
- <http://www.yargitay.gov.tr> Yargıtay Başkanlığı