

T.C
Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Hukuk Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Bilim Dalı

Doktora Tezi

CEZA MUHAKEMESİNDE HUKUKA AYKIRI DELİLLER

ÖZGÜN ÖZTUNÇ

İSTANBUL 2010

T.C
Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Hukuk Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Bilim Dalı

Doktora Tezi

CEZA MUHALEMESİNDE HUKUKA AYKIRI DELİLLER

ÖZGÜN ÖZTUNÇ

Tez Danışmanı : Prof. Dr. NUR CENTEL

İSTANBUL 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Doktora öğrencisi
ÖZGÜN ÖZTUNÇ nın tez çalışması ,Enstitümüz Yönetim Kurulunun
16.07.2009 tarih ve 2009-11/35 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy
çokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 03.09.2012

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. FATMA NUR CENTEL
2) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. HAMİDE ZAFER
3) Jüri Üyesi : PROF. DR. BİHTERİN DİNÇKOL
4) Jüri Üyesi : DOÇ.DR.ÖZLEM ÇAKMUT
5) Jüri Üyesi : PROF.DR.YENER ÜNVER

[Handwritten signatures of the jury members and advisor]

ÖZ

Devlet ve yargı makamları, ne pahasına olursa olsun hukuka uygun davranmalı ve hukuk devleti ilkesinden sapmamalıdır. Hukukun gösterdiği yol ve yöntemlerle deliller toplanmalı, aksine uygulamalara prim verilmemelidir. Bu çalışma, toplanan delillerin değerlendirilmesinin sınır ve istisnalarını ortaya koymak suretiyle, hukuka aykırı delilin anlam ve yapısını belirlemeye çalışmaktadır.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	2
KISALTMALAR CETVELİ	8
GİRİŞ	10

BİRİNCİ BÖLÜM CEZA MUHAKEMESİNDE DELİL

I. CEZA MUHAKEMESİ, DELİL VE İSPAT KAVRAMLARI	14
II. İSPATIN ÖNEMİ	18
III. DELİLİN TANIMI, ÖNEMİ VE ÖZELLİKLERİ	23
1. Genel Olarak Delilin Tanımı	23
2. Deliller	28
a. Delillerin Özellikleri	28
b. Delil Türleri	31
aa. Genel Olarak	31
bb. Beyan Delileri	33
cc. Sanık Beyanı	35
dd. Tanık Beyanı	35
c. Belge Delilleri	35
aa. Yazılı Belgeler	36
aaa. Adi bilgi bildirilen yazılı belgeler	37
bbb. Aksi (hilafi) sabit oluncaya kadar geçerli olan yazılı belgeler	37
ccc. Sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan yazılı belgeler	37
bb. Şekil Tesbit Eden Belgeler	37
cc. Görüntü ve/veya Ses Tesbit Eden Belgeler	38
d. Belirti Delilleri	38
aa. Tabii Belirti	39
bb. Sun'î Belirti	39

İKİNCİ BÖLÜM
KİŞİNİN HAYAT ALANLARI VE BU HAYAT ALANLARINA MÜDAHALE
HALİNDE İHLAL EDİLEN TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

I. KİŞİNİN HAYAT ALANLARI	40
1. Kişinin Ortak Hayat Alanı	41
2. Kişinin Özel Hayatı Alanı	42
3. Kişinin Gizli Hayat Alanı	42
II. İHLAL EDİLEN TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER	48
1. Genel Olarak	48
2. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı	50
a. Türk Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği	53
aa. İslam ve Osmanlı Hukukunda Düzenlenişi	53
bb. Anayasalarda Özel Hayatın Gizliliği	54
aaa. 1924 Teşkilat-I Esasiye Kanununda Özel Hayatın Gizliliği	54
bbb. 1961 Anayasasında Özel Hayatın Gizliliği	54
ccc. 1982 Anayasasında Özel Hayatın Gizliliği	57
3. Haberleşme Hürriyeti	59

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA MUHALEMESİNDE YASAK DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDEKİ
YAKLAŞIMLAR VE ADİL YARGILANMA HAKKI

I. USULSÜZ ULAŞILAN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDEKİ	
YAKLAŞIMLAR	61
1. Kesin Kabul Yaklaşımı	63
2. Kesin Red Yaklaşımı	66
3. Esnek Yaklaşım	70
4. Değerlendirme	72
II. ADİL YARGILANMA HAKKI	78

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİ
VE
CEZA MUHAKEMESİNDE YASAK DELİL KAVRAMI

I.DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİ	87
1. Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi	87
a. Delil Serbestîsi Kavramı	87
b. Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesinin Sınırları	97
aa. Delillerin Tüketici Şekilde Değerlendirilmesi	97
bb. Mantık Kuralları, Tecrübe Kuralları ve Bilimsel Veriler	
Kapsamında Delillerin Değerlendirilmesi	98
cc. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Delillerin Değerlendirilmesi	100
2.Karşılaştırmalı Hukukta Delil Serbestîsi İlkesi	104
a. Amerika Birleşik Devletleri	104
b. Almanya	114
c. Fransa	119
d. Hollanda	120
e. İngiltere	122
f. İsveç	125
g. İsviçre	127
h. İtalya	129
II. DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİNİN İSTİSNALARI	132
1. Genel Olarak	132
2. Delil Yasakları	132
a. Delil Yasakları Kavramı	132
b. Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Delil Yasakları	142
3. Yasak Delil Kapsamında Delil elde etmedeki Sınırların Tasnifi	149
a. Karşılaştırmalı Hukukta "Delil yasakları" görüşü	150
aa. Konusu bakımından yasaklanmış olan deliller	150
bb. Temel hakların ve bilhassa özel hayatın korunması amacı ile yasaklanan deliller	150

cc. Elde edilmesinde uygulanan metod dolayısıyla yasaklanan deliller	151
b. Karşılaştırmalı Hukukta "Korunan hukuki menfaat" görüşü	151
aa. İşkence görmeme hakkı	152
bb. Ailenin korunması	152
cc. Kendisini suçlamama hakkı	152
dd. Temel İnsan Haklarının Korunması	152
c. Öğretide yapılan bir kısım tasnifler	153
aa. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi	154
bb. İfade Alma ve Sorgu Sırasında Sözkonusu Olan Delil Yasakları	154
cc. İfade ve Sorgu Dışında Sözkonusu Olan Delil Yasakları	154
dd. Delil Aracı Yasakları	154
ee. Delil Konusu Yasakları	155
4. Kanuni İspat Kuralı: CMK m. 222	155
5. Sanığın Susma Hakkı	156
6. Tanıklıktan Çekinme Hakkı	157

BEŞİNCİ BÖLÜM

DELİLLERİN ORTAYA KONULMASI VE REDDİ

İLE

YASAK DELİLLERİN DOSYADAN ÇIKARILMASI SORUNU

I. DELİL ORTAYA KONULMASI TALEBİ	159
II. DELİLLERİN ORTAYA KONULMASI TALEBİNİN REDDİ	160
III. DELİLLERİN REDDİ VE YASAK DELİLLERİN DOSYADAN ÇIKARILMASI	161
1. Delillerin Reddi	161
2. Yasak Delillerin Dosyadan Çıkarılması	170
a.Yasak Delillerin Dosyadan Çıkarılması Gerektiğini Savunan Görüş	171
b.Yasak Delillerin Dosyadan Çıkarılamayacağını Savunan Görüş	173
c.Görüşümüz	174
IV. RESMİ SIFATI BULUNMAYAN KİŞİLER TARAFINDAN ELDE EDİLEN YASAK DELİLLER	178
1. Resmi Sıfatı Bulunmayan Kişilerce Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller Yargılamada Kullanılabileceğini Savunan Görüş	179

2. Resmi Sıfatı Bulunmayan Kişilerce Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller Yargılamada Kullanılamayacağını Savunan Görüş	180
3. Görüşümüz	181
V. RESMÎ SIFATI BULUNMAYAN KİŞİLERCE ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	184

ALTINCI BÖLÜM
YASAK DELİLLERİN
DEĞERLENDİRİLMESİNDE UZAK ETKİ SORUNU
VE
TESADÜFEN ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ SORUNU

I. DELİL YASAKLARININ UZAK ETKİLERİ SORUNU	189
II. TESADÜFEN ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ	196
III. TESADÜFEN ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DİSİPLİN SORUŞTURMASI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	209
IV. TESADÜFEN ELDE EDİLEN BİLGİLERİN MEDENİ YARGILAMA HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	216
SONUÇ	219
KAYNAKÇA	223

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e	: adı geçen eser
a.g.m	: adı geçen makale
a.g.rp	: adı geçen rapor
a.g.s	: adı geçen sempozyum
AAD	: Askeri Adalet Dergisi
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AGİK	: Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Any.	: Anayasa
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYİM:	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMK	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CMK	: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
çev.	: çeviren
ÇHD	: Çağdaş Hukuk Dergisi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
Div. Kar.	: Divan Kararı
dn	: dip not
EBD	: Eskişehir Barosu Dergisi
fkr.	: fıkra
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HSYK	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
HUMK	: 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

İHMD	: İnsan Hakları Merkezi Dergisi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
K/E	: Karar/Esas
KİSHUS	: Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmesi
MBD	: Manisa Barosu Dergisi
md.	: madde
No	: Numara
ör.	: örneğin
par.	: paragraf
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SK	: Sayılı Kanun
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
t.	: tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TODAİE	: Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TÜSİAD	: Türkiye Sanayicileri ve İş Adamları Derneği
vd.	: ve devamı
VSD	: Vergi Sorunları Dergisi
YD	: Yargıtay Dergisi
YCD	: Yargıtay Ceza Dairesi
YGK	: Yargıtay Genel Kurulu
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi

GİRİŞ

Sosyal bir varlık olan insanın, toplum düzenine aykırı ve kanunda unsurları tarif edilip, ceza yaptırımı ile karşılanan eylemlerine suç denilmektedir. Suçun ve suçlunun tespiti ile cezalandırılması için ayrıca bir yargılama faaliyetinin yapılması gereklidir. Bu husus da Ceza Muhakemesi Hukukunun alanına girmektedir.

Ceza Muhakemesinin amacı, suç ve suçluların tespiti, maddi gerçeğin belirlenmesidir. Bu sebeple Ceza Muhakemesinde yargılama makamlarının vicdani kanaatlerinin oluşmasında yararlı olan her şeyin delil olarak kullanılması, her türlü delilden yararlanılması şeklinde ifade edilen delil serbestliği ilkesi kabul edilmiştir. Hâkim, yargılamada sunulan ve kendisinin resen topladığı delilleri, hüküm verirken vicdani kanaatine göre serbestçe değerlendirmeye tabi tutacaktır.

Ceza Muhakemesi, fert 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.

İspat hukukunun esası olan “delil” kavramı, ceza normlarında soyut tanımlamaları bulunan suçlardaki tipe uygun hareketlerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleşmişse bu fiilin kim tarafından işlendiğini tespiti ve ortaya koymaya yönelik her türlü iz, eser, belge ve kayıtlar 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 toplamakla yükümlüdür. Bu kurallara aykırı davranışlar suretiyle elde edilen her delil, “hukuka aykırı delil” niteliğini taşıyacaktır.

Günümüzde maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun araştırılması söz konusu değildir; maddi gerçeğin araştırılması ilkesine artık mutlak bir değer

tanınmamaktadır. Günümüzde suç işleyenlerin cezalandırılması amacıyla takip yetkisine sahip olan Devlet, bu yetkisini kullanırken yürürlükteki hukuk kurallarına uygun davranmalı ve bu kurallarla kendisini de bağlı tutmalıdır. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinden de anlaşılabacağı üzere, Devletimiz "hukuk devleti" ilkesini benimsemiş ve hukuk kurallarına uyacağını beyan etmiştir.

Bu düşüncelerin sonucu olarak; Türk hukuku bakımından, 1992 yılında yapılan 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu değişikliğine kadar ceza muhakemesi hukukumuzda, "değerlendirme yasağı"na ilişkin somut bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu dönemde, değerlendirme yasağı öngören tek hükmün, Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani ve Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi Sözleşmesinin 15. maddesiyle iç hukukumuza girdiği söylenebilir. Gerçekten bu madde işkenceyi yasaklayarak, işkence ile elde edilen delilin kullanılamayacağını öngörmekteydi. Her ne kadar uygulamada işkence ve kötü muamele ile elde edilen ikrara tek başına değer verilmiyor idiyse de¹, bu ikrara dayanılarak elde edilen diğer deliller muhakemede kullanılabilirdi. Türk Yargıtay'ı, bu dönemde, delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılığın o delili değerlendirme dışı bırakacağını, bir başka ifade ile, hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılamayacağını prensip olarak kabul etmekteydi.²

1992 yılında 3842 sayılı Kanun ile 1412 Sayılı Caza Muhakemeleri Usulü Kanununda yapılan değişiklik ile, kanunumuza biri özel diğeri ise genel değerlendirme yasağı öngören iki hüküm girmiştir. Yapılan değişiklikle CMUK'na eklenen ve "yasak sorgu yöntemleri" başlığını taşıyan 135/a maddesi şöyledir:

¹ "Savcılık veya kolluktaki ikrarı içeren tutanaklar duruşmada kanıt olarak okunamaz. Dolayısıyla kanıt olarak hükme esas alınamaz. Kaldı ki duruşma sırasındaki ikrarın bile tek başına kesin kanıt olduğu kabul edilemez...duruşmadaki ikrarın da başkaca yan kanıtlarla desteklenmesi gerekir" (CGK, 10.12.1990, 6-257/335, YKD, Mart 1991, C: XVII, sy.3, s.420 vd.); "...baskıya dayalı olduğu konusunda kuşku bulunmayan ve devamlılık arzetmeyen ikrar ve bu nitelikteki şehadete dayanılarak mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır (oybirliği ile)" (Y.CGK, 17.4.1989, 1-90/144 , nak. ŞAHİN, s.256); "Bir ikrarın sanık aleyhine delil olabilmesi için bunun serbest irade mahsulü olması, hakim huzurunda yapılması, soruşturma aşamasında geri alınmaması ve yan delillerle de doğrulanması gerekir" (Y.CGK, 16.2.1987, 6-271/50, www.kazanci.com)

² "Hiçbir yan delille desteklenip doğrulanmayan ve baskıya dayalı olduğu bildirilerek sonradan geri alınan polis aşamasındaki ikrarından başka, kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı halde...mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır" (CGK, 5.12.1988, 6-424/506, www.kazanci.com)

“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 veya ruhi müdahaleler yapılamaz. -Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.- Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler, rızai olsa dahi delil olarak değerlendirilemez”. Genel bir değerlendirme yasağı ise, CMUK’nun 254/2. maddesinde yer almakta idi. Bu hüküm de 3842 sayılı Kanun ile hukuk sistemimize girmişti. Buna göre: “Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz”. Bu iki hüküm, bizim hukuk sistemimiz bakımından, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak değerlendirme yasağına tabi olduğunu ortaya koyan hükümlerdir.

4.12.2004 tarihinde kabul edilip, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu 217/2. maddesinde de “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” şeklinde bir hüküm getirilmek suretiyle, 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda olduğu gibi, değerlendirme yasağı prensibi benimsenmiştir.

Hukukumuzda getirilen delil yasakları kavramı hukukumuzda henüz istikrar kazanmış bir kavram değildir. Konu ile ilgili tartışmalar halen güncelliğini korumakta ve delil yasaklarının hukukumuzdaki yeri ile işlevlerinin belirlenmesine çalışılmaktadır.

Bu çalışmada, delil ve ispat kavramları Birinci Bölümde ele alınmıştır. Bu şekilde, delil ve ispatın Ceza Muhakemesindeki yeri açıklanmaya çalışılmıştır.

Her müdahale, kişinin hayat alanı ile ilgilidir. Bu nedenle, temel hak ve hürriyetler ile kişinin hayat alanları, çalışmanın ikinci bölümünde incelenmektedir.

‘Ceza Muhakemesinde Yasak Delillerin Değerlendirilmesindeki Yaklaşımlar’ ve ‘Adil Yargılanma Hakkı’ kavramları üçüncü bölümde ele alınmıştır.

Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi ve Ceza Muhakemesinde Yasak Delil Kavramı başlığını taşıyan dördüncü bölümde; önce vicdani delil sistemi daha

sonra da yasak delil kavramı açıklanmıştır. Beşinci ve altıncı bölümlerde ise sırasıyla; 'Delillerin Ortaya Konulması ve Reddi', 'Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen (yasaklanmamış) Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu', '5271 Sayılı CMK 217/2 ve Mülga 1412 Sayılı CMUK 254/2 Maddelerindeki Delil Değerlendirme Yasağının İncelenmesi', 'Yasak Delillerin Uzak Etkisi', 'Yasak Delillerin Özel Şahıslar Tarafından Elde Edilmesi' ve 'Yasak Delillerin Etkisinin Önlenmesi' konuları üzerinde durulmaktadır. Sonuç bölümünde ise; ulaştığımız sonuçlara ve önerilerimize yer verilmektedir.

Böylece çalışmamız, esas itibarıyla altı bölümden oluşmaktadır. Bu çalışmamızda öğretilerdeki görüşlere geniş yer verilmekte ve ayrıca Yargıtay, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikan Yüksek Mahkemesi ile Alman Yüksek Mahkemesinin konu ile ilgili içtihatları değerlendirilmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİNDE DELİL

I. CEZA MUHAKEMESİ, DELİL VE İSPAT KAVRAMLARI

Ceza Muhakemesi; iddia, savunma ve yargılama görevlerinden meydana gelen bir dizi faaliyet olup, bu muhakeme faaliyetinin kolektif bir şekilde yapılmasını düzenleyen hukuk dalına ise Ceza Muhakemesi Hukuku denir.³ Bir başka ifadeyle Ceza Muhakemesi Hukuku; yaşanmış bir olay üzerine, gerçek bir kişinin suçluluğunu ya da suçsuzluğunu tespit etmek için adil bir karar verilmesini sağlayan kuralları tayin etmektedir. ⁴

Ceza Muhakemesinin gayesi; bir suçun işlenip işlenmediğinin tespiti, eğer işlenmiş ise, kim tarafından işlendiğinin belirlenmesi ve cezasının ne olacağı sorununa çözüm getirmektir. Gayesi icabı, maddi hakikati araştıran ceza muhakemesinde, adil bir kararın verilmesi hedeftir. Sanık suçlu ise cezalandırılacak, masum ise beraat ettirilecektir.

Öğretide ceza muhakemesinin gayesi konusunda çok farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ceza muhakemesinin amacı, "suçla mücadele, devlet ve bireyin menfaatlerinin uzlaştırılması"⁵, "şüpheli ve sanığın haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmak"⁶, "maddi gerçeğin araştırılması"⁷, "*suç şüphesinin aydınlatılması, şüpheli ve sanık haklarının korunması*, bireysel hak arama

³ KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak, Ceza Muhakemesi Hukuku, Onbeşinci Bası, İstanbul 2006, Beta Basım Yayım, s. 13, ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM Mustafa Ruhan - ÖZBEK Veli Özer: Ankara 2006, Seçkin Basım Yayım s. 61.

⁴ BARDAK, Cengiz: Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması, Ankara 1996, Yetkin Basımevi, s. 31.

⁵ KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak, Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap Onyedinci Bası, İstanbul, Kasım 2009 s.28-29.

⁶ CENTEL, Nur/HAMİDE, Zafer: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6.Bası, İstanbul 2008, Beta Basım Yayım, s.5.

⁷ YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007, Beta Basım Yayım, s. 6

fiillerinin önlenerek cezanın belirlenmesi"⁸, "hukuk barışının sağlanması"⁹ olduğu şeklinde görüşler ortaya konulduğu gibi, ceza muhakemesinin amacının tek yönlü olamayacağı, "karmaşık bir amaçlar topluluğu" olduğu da belirtilmektedir.

Ceza muhakemesinin amacının "*suç şüphesinin aydınlatılması*" olarak belirtilmesi, kanımızca maddi gerçeğin araştırılması amacının bir başka ifadesi olmaktadır.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu¹⁰, Ceza Muhakemesinin temel ilkelerini; Demokratik Hukuk Devletinın Korunması ile Adil Yargılanma Hakkı olarak belirlemiş ve Adil Yargılanma Hakkı doğrultusunda şekillenen diğer temel ilkeleri de dört grupta toplamıştır: a- Davanın açılması ile ilgili ilkeler, b- davanın yürütülmesi ile ilgili ilkeler, c- İspat hukukuna ilişkin ilkeler, d- Şekle ilişkin ilkeler. Bu kapsamda, "suç şüphesinin aydınlatılması" olarak belirlenecek amaçta, söz konusu temel ilkelere riayet edilmesi, Ceza Muhakemesinin temel amacı olması gerekmektedir.

Günümüzde ceza muhakemesinin amacı genel bir ifadeyle, "*maddi gerçeğe ulaşılması*" olarak belirtilebilir. Ancak bugün maddi gerçeğe ulaşma amacı, "*her ne pahasına olursa olsun ulaşılmak istenen bir hedef*" değildir ¹¹. Bu amaca ulaşılmak istenirken, sanığın haklarının çiğnenmemesine dikkat edilecek, insan onuru veya hukuk güvenliği gibi diğer ahlaki ve hukuksal değerler korunacaktır ¹². Bu yüzden ceza muhakemesinin amacını şu şekilde tanımlamak daha doğru olacaktır: Ceza muhakemesinin amacı, adil yargılanma hakkına uyularak yapılan bir muhakemede maddi gerçeğe (uygun karara) ulaşmaktır.

⁸ ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, üçüncü baskı, Ankara 2010, Adalet Basım, s. 12.

⁹ ÖZTÜRK, Bahri: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, ikinci bası, Ankara 2010, Seçkin Basım, s. 33.

¹⁰ KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak, Ceza Muhakemesi Hukuku, Onbeşinci Bası, İstanbul 2006, Beta Basım Yayım, s. 32-33.

¹¹ KUNTER/YENİSEY/ NUHOĞLU, s: 25; ÖZTÜRK, Bahri: Hazırlık Soruşturması, in: Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s: 372; ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK: s. 61.

¹² SAMİ, Selçuk: Kanıtların Toplanması Yasallık, s: 51
<http://hukuk.gsu.edu.tr/hukukkutuphane/cezausulhukuku>

Nitekim ceza muhakemesinin amacı olarak öğretilen hedefler incelendiğinde görülmektedir ki, esasen bunlar ya genel olarak hukukun amacı ya da ceza muhakemesinde ulaşılabilecek olan maddi gerçeğin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadırlar. Örneğin, suçla mücadele, devlet ve fert menfaatlerinin uzlaştırılması, hukuk barışının sağlanması hedefleri, genel olarak hukukun amaçlarıdır. Elbette ki, ceza muhakemesi hukuku da hukukun bir dalı olarak, genel anlamda hukukun ulaşmak istediği amaca ulaşmayı hedeflemektedir. Ancak ceza muhakemesinin amacı dediğimizde, bu hukuk dalının ulaşmak istediği kendi özel amacından söz ettiğimizden dolayı, genel olarak hukukun amacını değil, bu hukuk dalına mahsus olan amacı belirtmemiz gerekir.

Çok genel bir ifadeyle, suçlu ile suçsuzu ayırt ederek, suçluyu cezalandırmak ve suçlu olmayana ise cezalandırmaktan korumak hedefi bulunan ceza muhakemesinin amaçları ve niteliği, suç isnadını/şüphesini tam olarak araştırmayı ve fiil anındaki durumu tam olarak ortaya çıkarmayı gerektirmektedir. Şüphesiz bu amaç, insan tarafından gerçekleştirilen bir yargı söz konusu olduğu için, ilahi veya salt gerçeklik olmayabilir. Bu nedenle, ceza muhakemesinin bu maddi gerçekliği hedeflediği ve mümkün olan tüm araç ve yöntemlerle ve hukuka uygun bir biçimde bu amaca ulaşmaya çalıştığından söz edilir.

Yine cezanın belirlenmesi, maddi ceza kanunlarının uygulanmasının sağlanması gibi hedefler de, ceza muhakemesinin amacı olmaktan çok, maddi gerçeğe ulaşılmasının sonuçları olarak belirtilebilir. Zira gerek cezanın belirlenmesi, gerekse ceza kanunlarının uygulanmasının sağlanması hedeflerine ulaşılabilmesi için, öncelikle maddi gerçeğin ortaya çıkartılarak, sanığın suçlu ya da suçsuz olduğunun belirtilmesi gerekir ki, ancak ondan sonra bu hedeflerin gerçekleşip gerçekleşemeyecekleri ortaya çıksın.

Bilindiği üzere, ceza muhakemesinin harekete geçebilmesi için, basit bir şüphenin ortaya çıkması gerekir. Basit şüphe ortaya çıkınca ceza muhakemesi harekete geçerek hazırlık soruşturmasında bunu araştırır ve şüphe kuvvetlenirse, olay kovuşturmaya aktarılır. Kovuşturmanın sonunda, bu şüphe yenilenerek,

yerini kesinliğe bırakır ve şüphenin doğru ya da yanlış olduğu ortaya çıkar. Yani kısaca maddi gerçeğe ulaşılmış olur.

Unutulmaması gereken en önemli nokta ise, Türk öğretisinde çoğunlukla ifade edilenin aksine, maddi gerçeğin araştırılmasının ceza muhakemesinin tek hedefi olmadığı, maddi gerçeklik yanında, hukuksal barışın tesisi ve muhafazası, münferit bireyin özgürlük ve haklarının devlet müdahalelerine karşı korunması, infazın güvence altına alınması ve yargılamanın şekil kurallarına uygun biçimde ve hukuka bağlı bir yargılamayı sağlamak gibi hedefleri vardır. Bu hedeflerle, maddi gerçeğin araştırılması hedefi dengelenmek ve sınırlandırılmak durumundadır. Hatta özellikle maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve bunun hukuka uygun gerçekleştirilmesi için, muhakeme sùjeleri ve taraflarının talep ve sundukları ispat araçlarının hâkimi/mahkemeyi bağlamamasını, hâkim ve mahkemenin resen hareket etmek ve özellikle resen delil araştırmak ödevinin bulunmasını, araştırmanın kamusalılığı ve re'sen oluşu ile yargı organının tarafsızlığını ve bağımsızlığını, olmazsa olmaz ek kurallar olarak benimsemek gerekir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, ceza muhakemesinin amacını "*maddi gerçeğin araştırılması*" olarak gösterdiği gibi, Alman Federal Yüksek Mahkemesi de maddi gerçeğin araştırılması amacının her ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemeyeceğini, maddi gerçek araştırılırken insanlık onurunun, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinin göz önünde tutulması gerektiğini belirtmiştir¹³. Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere, ceza muhakemesinin amacı her ne pahasına olursa olsun yalnızca maddi gerçeği bulmak olmayıp, maddi ve özellikle de usuli hukuk kurallarını dikkate alınarak, hakları koruyarak buna ulaşmaktır. Bu nedenle, Alman Hukuku'nda ceza muhakemesinin asli ve tek amacının maddi gerçeğin aydınlatılması olmadığı ve hukuka uygunluk kriterleri ile sınırlandırılmış olan bu amacın bizatihi bir amaç olmaktan ziyade tali bir amaç olduğu, asıl hedefin hukuksal barışı tesis edecek bir hüküm verilmesi olduğu ifade edilir.

¹³ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK: s: 31, dn. 12.

Sonuç itibarıyla, görüşüne bizim de katıldığımız Ünver/Hakeri'in¹⁴ görüşüne göre, ceza muhakemesi hukuku iç içe geçmiş ve bir mantık sıralamasını takip eden birden fazla hedefe yönelmiştir. Öncelikle ceza muhakemesi hukuku maddi ceza hukukuna göre doğru hükme ulaşmaya çalışmaktadır. Bu doğru hüküm için ceza muhakemesi hukukunun hedefi şekli gerçeklik olmayıp maddi gerçekliktir. Bu maddi gerçek metot, araç ve uygulama açısından meşru ve hukuku uygun olmalıdır. Hukuken savunulabilir bir değer olarak kabul edilebilir bir ceza muhakemesi gereği için bu maddi gerçekliğin her ne pahasına olursa olsun elde edilecek bir maddi gerçeklik değil, hukuk kuralları çerçevesinde ulaşılmaya çalışılan bir maddi gerçeklik olduğu kabul edilir.

II. İSPATIN ÖNEMİ

Ceza muhakemesi hukuku, soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki ana bölüme ayrılır. Suç işlendiği haberinin alınması veya suçun kolluk tarafından ortaya çıkarılması¹⁵ ile iş hemen mahkemeye intikal etmez. Önce soruşturma safhasından geçirilir.

Soruşturmanın yürütülmesinde, soruşturma makamları (kolluk, savcı, sulh ceza hâkimi) yetkili olup, suç haberinin alınmasıyla başlayan bu safhada, sanığa karşı yeterli suç şüphesinin bulunup bulunmadığı araştırılır. Gerçekten, soruşturmasının başlangıcında soruşturma makamının tek taraflı bir şüphesi söz konusudur ve bu şüphenin araştırılması, bu amaçla bilgi toplanması gerekmektedir. Bu aşamada savunma makamı henüz devrede değildir. Kısaca Devlet, suç şüphesini kendi bakış açısına göre açıklığa kavuşturmaya çalışmaktadır.¹⁶

Her ceza uyuşmazlığının da iki bölümü vardır. Bunlar maddi ve hukuki bölümlerdir. Uyuşmazlığın maddi bölümü, eylemin bir kişi (fail, sanık) tarafından meydana getirilip getirilmediğini ilgilendirir ve eylemin kendisine yüklendiği kişi

¹⁴ ÜNVER/HAKERİ, s. 10-11

¹⁵ ‘Suçu meydana çıkarma veya haber alma faaliyetleri, başlangıç soruşturmasındaki araştırma, koruma ve sonuç çıkarma görevlerinin yapılabilmesi için bir önşart olan “suç işlendiğinden bilgi edinme” safhasını oluşturur.’ Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 780

¹⁶ ŞAHİN, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesinde İspat, Ankara 2001, Yetkin Yayınları, s. 29-30

tarafından meydan getirilmiş olduğu sonucuna varabilmek, ancak bunun ispatı ile mümkündür. İspat da bu alandaki delillerin varlığı ile gerçekleşir¹⁷.

Ceza Muhakemesi Hukukunda, uyuşmazlık konusu olayı temsil eden, akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun her türlü ispat vasıtasına delil denilmektedir¹⁸. İşte bu vasıtalarla, geçmişte yaşanan bir olayın (işlendiği ileri sürülen suçun) gerçekten yaşanmış olup olmadığı hususunda, yargıcı ikna etme ameliyesine de ispat denilmektedir¹⁹.

Bu çerçevede, uyuşmazlığın maddi bölümünü ilgilendiren ispat konusu failin aleyhine sonuçlandığında, ceza yargılaması hukuku alanında, fiilin sabit olduğundan söz edilir. Bu noktada, uyuşmazlığın çözümünü gerçekleştirmek için ikinci aşamaya geçmek gerekir. Bu ikinci aşama, fiilin hukuki yönden değerlendirilmesidir. Bunun için fiilin suç teşkil edip etmediğinin, fiil suç teşkil ediyor ise, hangi suçu teşkil ettiğinin ortaya konulması gerekir.

İspat, gerek ceza ve gerek medeni muhakeme hukuku bakımından önemli bir kurumdur. Bir hakkın zorlayıcı araçlarla elde edilebilmesi için, hak sahibi olduğunu iddia eden kimsenin öncelikle yetkili organlara başvurarak hakkını tanıtması gerekir. Resmi makamlar ancak usulen ispat edilebilen hakları tanır ve korurlar. İspat edilmeyen bir hak, bu hakka saygı göstermeyen ve onu tanımayan kimseye karşı kullanılamayacağından, pratik bir değeri bulunmaz.²⁰ Zira ceza hukuku bakımından bir suçun işlenip işlenmediği, sanığın suçlu olup olmadığı, kusurunun bulunup bulunmadığı gibi konuların bir hükümle tesbit edilebilmesi için, her bir konunun ceza muhakemesinin gerektirdiği şekilde ve açıklıkla ispat edilmesi gerekecektir. Aynı şekilde medeni hukuk bakımından da bir hakkın var olup olmadığı, hukuki bir korumanın gerekip gerekmediğinin de bir hükümle tespit edilmesi, medeni muhakeme hukukunun gerektirdiği şekilde ispat edilmesine bağlıdır. İspat sadece ceza ve medeni hukuk alanlarında söz konusu değildir. Hukuki bir sorunun olduğu ve yetkili kişi veya kurumlarca hukuki bir

¹⁷ YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku 12. Bası, s. 257.

¹⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, no 321 vd; TOSUN, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, c.1, s.711 vd.

¹⁹ ÖZTÜRK, Bahri: Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, s. 219.

²⁰ BELGESAY, Mustafa Reşit: Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul, 1940,s. 9.

çözümü gerektiren her alanda, olay ya da olguların, ilgili hukuk alanını düzenleyen muhakeme hukuku kurallarına göre ispatı gerekecektir. Hakların varlığı, delillerin bulunmasına tabi olmamakla beraber, haklara can veriren, onları yaşatan delillerdir.²¹

Herhangi bir hukuk normunun uygulanması, o normla düzenlenen (yani, kendilerine bir hukuksal sonuç bağlanan) olumlu veya olumsuz olayların (vakıaların) somut olarak gerçekleşmiş bulunmasına bağlıdır. Hukuk normunun soyut olarak düzenlediği ve kendilerine hukuksal bir sonuç bağladığı olaylar, somut olarak gerçekleşmiş bulunmadıkça veya hukuken gerçekleştiği kabul edilmedikçe, o norm uygulanamaz; o normda öngörülen hukuksal sonuç doğmuş sayılamaz²².

Yenisey'e göre ispat; "mahkemenin hükmünün dayanağını teşkil eden "olayın" gerçekleşmiş olduğu konusunda bir kanaat elde edilmesi için yapılan faaliyete verilen isimdir"²³.

Öztürk ise ispatı şu şekilde tarif etmiştir; "Ceza muhakemesinde, esas olarak, fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını temin ameliyesine ispat denir"²⁴.

İspatın konusu öncelikle maddi vakılardır. Doktrinde iç ve dış vakıalar olarak adlandırılan bu ispat konuları, fiziki olaylar kadar aynı zamanda failin saiki, kastı v.s'dir. Hukuksal sorunlar ispata konu olmazlar; hakim/mahkeme hukuku bilmek ve uygulamak zorundadırlar. Hangi hukuk normunun ve nasıl uygulanacağını öğrenmek ve bizzat karar vererek uygulamak zorunda olan hakimlerin, bunu ispat konusu yapamayacakları, "jura novit curia" şeklinde ifade edilir. Esasen hukuksal konuda bilirkşi yardımının yasaklanmasının mantığı da budur. Bazen olayların irtibatı ve özelliği gereği, ispatta tecrübe kurallarından da faydalanılır. Ancak ispatta varılan hükmün daima tecrübe kurallarına uygun

²¹ BELGESAY: s. 9.

²² UMAR, Bilge/YILMAZ, Ejder: İsbat Yüğü, 2. Bası, İstanbul 1980, 1.

²³YENİSEY; Duruşma..., s. 119

²⁴ ÖZTÜRK, Bahri: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası Ankara 1995, s.304

olması beklenmemelidir; çok sık bu kurala/mantığa uygunluğu tasvir eden tecrübe kurallarından farklı bir biçimde cereyan eden vakıalarla karşılaşılr²⁵.

Ceza muhakemesi bakımından hükme tesir edebilecek her husus kural olarak ispat edilmelidir²⁶. İspat edilemeyen bir hususun hükme esas alınmaması bir yana, diğer hususları destekleyici bir işleve de sahip olması mümkün değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ve Yargıtay Ceza Dairelerinin birçok kararında²⁷, Ceza muhakemesinde amacın, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuya yer bırakılmaksızın ortaya çıkartılması olduğu ve kuşkunun bulunması halinde hukukun genel ilkeleri ve evrensel bir ilke konumunda olduğu belirtilen "kuşkudan sanık yararlanır" ilkesine²⁸ göre mahkûmiyet hükmü verilemeyeceği belirtilmiştir²⁹. Yargıtay'ımız

²⁵ ÜNVER, Yener: Ceza Hukuk Dergisi, Sayı 2, Aralık 2006 s. 103, 104.

²⁶ EREM Faruk: Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1986, s. 348.

²⁷ "...Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere, ceza yargılamasının amacı, usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda somut her türlü kuşkudan uzak bir biçimde kesin olarak saptanmasıdır. Gerek 1412 sayılı, gerekse 5271 sayılı Usul Yasalarımız adil, etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılması suretiyle gerçeğe ulaşmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle hüküm kesinleşinceye kadar, inceleme olanağı bulunan kanıtların ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, adaletin tam olarak gerçekleşmesi için, öne sürülen ve olaya ışık tutabilecek nitelikteki tüm yasal kanıt ve belgelerin araştırılıp tartışılması gerekli olup..." (YCGK 15.04.2008 T. 2006/8-33 E. ve 2008/83 K, www.kazanci.com)

²⁸ Ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri olan "in dubio pro reo" yani "kuşkudan sanık yararlanır" kuralı uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Gerçekleşme şekli kuşkulu ve tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti, yargılama sürecinde toplanan kanıtların bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı gözardı edilerek ulaşılan ihtimali kaniya değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermeyecek açıklıkta olmalıdır.

²⁹ "...Yakalanan üç şahıs olay yerinin yaklaşık bir kilometre uzağında yakalanmışlar, üzerlerinde veya giysilerinde yangınla ilgili hiçbir iz ve emareye rastlanılmamış böyle bir saptama da yapılmamış, olayda kullanıldığı bildirilen çakmak dahi tutanaklarda yer almamış, dolayısıyla nasıl ele geçirildiği tam olarak belirlenememiştir. Ayrıca tutanaklarda olayın oluşumu ile ilgili çelişkili bilgilerin yanında, saptanan bir diğer olgu ise olay yerinin piknik alanı olduğu gerçeğidir. Ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri olan "in dubio pro reo" kuşkudan sanık yararlanır kuralı uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Şüpheli ve aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak hüküm tesis edilemez. Ceza mahkûmiyeti bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat teorikde olsa hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermemelidir. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermektir. O halde ceza yargılamasında mahkûmiyet, büyük veya küçük bir ihtimale değil, kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilmesinin tek yolu budur..." (YCGK

da verdiği pek çok kararında ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğin araştırılması olduğunu açıkça belirtmiřtir³⁰. Yine ceza muhakemesindeki maddi gerçeğin araştırılması amacının, her ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemeyeceği de Yargıtay tarafından ifade edilmiřtir³¹.

Sonuç itibarıyla, medeni hukuk (hukuk usulü) muhakemesinde yalnızca tartişmalı vakıaların ispatı gerekmekle birlikte, ceza muhakemesinde hakim/mahkemenin kararına ilişkin bütün önemli vakıaların herhangi bir biçimde ispat edilmek zorunda oldukları ilkesinin geçerli bulunduğu kabul edilir. Ceza muhakemesinde yapılan tüm işlemler, geçmişte yaşandığı iddia edilen bir olayın gerçekten meydana gelip gelmediğini, bu olayın iddia edilen kişi tarafından (sanık) meydana getirilip getirilmediğini ve olayın ceza hukukundaki sonuçlarını tespit etmek amacıyla yapılır³². Maddi olayın çözümü, deliller vasıtasıyla ispat edilmesine bağlıdır. Bu itibarla, delilsiz ispat olamaz. Suçun ispatı için yeterli delilin bulunamaması veya şüphenin ortadan kaldırılamaması halinde, şüpheden sanık yararlanacaktır.

04.04.2006 T. 2006/3-35 E ve 2006/97 K, Karar için bkz; www.kazanci.com) Aynı yönde, Yargıtay CGK’un 08.07.1991 T. 1-200/231 sayılı K. (YKD Haziran 1992. 931 vd); Yargıtay CGK’nun 19.04.1943 T. 6-79/108 sayılı K. (YKD. Ekim, 1564 vd); Yargıtay 5. CD’nin 13.12.1981 T. 4119/7624 sayılı K. (YKD Aralık 1989, 1785 vd); Yargıtay 6 CD’nin 23.01.1990 T. 9436/246 sayılı K. (YKD Haziran 1990, 923 vd.); Yargıtay 9. CD’nin 05.03.1993 T. ve 90/1126 sayılı K., (YKD. Temmuz 1993, 1106 vd.)

³⁰ “Ceza yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır” (Y. CGK, E. 1983/6-79, K. 1993/108, T. 19.4.1993-Karar için bkz. YKD, Ekim 1993, C: 19, sy. 10, s: 1565); Aynı yönde, Y.CGK, 18.03.1991, 60/85; Y.CGK, 14.10.1997, 1/150-190; Y.CGK, 10.6.97, 2/131-152; Y.CGK, 19.10.1981, 165/342-Karar için bkz. MALKOÇ, İsmail / GÜLER, Mahmut: Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (kısaltma: Uygulamada CMUK), C: I, Ankara 1998, ss: 845, 825, 840 ve 847).

³¹ “Ceza yargılamasının temel amacı, daha önce işlenmiş olan eylemle ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ancak, bu amaç, ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemez. Yapılan araştırma ve soruşturma, mutlak ve sınırsız değildir. Bu etkinlikler sırasında kişisel ve-veya toplumsal değerlerin korunması zorunludur. Bu nedenlerle yasa koyucu, Ceza Yargılaması Yasasının çeşitli maddelerinde, kanıtın kendisi ve elde edilmesiyle ilgili birçok sınırlamalar ve yasaklar getirmiştir.” (Y. 4. CD, 5.10.1984, 7351/7693-Karar için bkz. SAVAş Vural/MOLLAMAHMUTOğLU Sadık: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu (kısaltma: CMUK’nun Yorumu), Ankara 1995, s: 1276 vd.).

³² CENTEL/ZAFER: s.644

III. DELİLİN TANIMI, ÖNEMİ VE ÖZELLİKLERİ

1. Genel Olarak Delilin Tanımı

Ceza muhakemesi hukukunda delilin ne olduğu konusunda birçok tanım yapılmıştır. Bunlardan bazılarına değinip bir tanım vermeye çalışacağız.

Ceza muhakemesi, geçmişte yaşandığı iddia edilen bir olayın gerçekten meydana gelip gelmediğini, meydana gelmiş ise ne şekilde ve kim tarafından meydana getirildiğini ortaya çıkarmak ve bu olayın hukuk normları karşısındaki durumunu tespit etmek amacıyla yapılmaktadır³³. Bunun için de, olay hakkında karar verecek olan muhakeme makamları, yaşanmış olaydan geriye kalan izleri takip ederek, bunları bir araya getirerek olayı aydınlatmak durumundadır. Zira gerek savcının iddia görevini, gerek hâkimin yargılama görevini yerine getirebilmesi için, geçmişte ne olduğunu, nasıl olduğunu bilmek mecburiyetleri vardır. Geçmişte kalmış bir olay, bugün adeta gerçeğine uygun olarak tekrar canlandırılacaktır. İşte yaşanmış, bitmiş geride kalmış bir olayın parçalarını bugüne taşıyan ve bu olayın ne şekilde cereyan ettiğini gösteren vasıtalar delil denilmektedir.

Belgesay'a göre; "Hukuki nizama tesiri olan vakıaları ispat için hâkimin nazari itibara almasına kanunun müsaade ettiği vasıtalar delil denir."³⁴

Kantar, tanımı ispat kavramı temelinde vererek şu şekilde tanımlamıştır; "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"³⁵ demektedir. Kantar'a göre, "hadiselere dair bilgi edinilmesi için mutlaka maddi âleme, insan veya eşya gibi-mensup bir cismin yardım etmesi lazımdır. İşte yargıcın hisleriyle idrak ettiği bu şeye "sübut vasıtası" yani "delil" denir³⁶. Erem ise, delil olabilecek şeylerin özelliklerini belirterek konuyu

³³ CENTEL/ZAFER: s. 197

³⁴ BELGESAY, Mustafa Reşit: "İnsan Hakları," Adalet Dergisi, Sayı.5-6, s 11 (1964)

³⁵ KANTAR, Baha: Ceza Muhakemeleri Usulü, I. Kitap, 4. Bası, Ankara 1957, s. 259

³⁶ KANTAR: s. 259, dn. 89

değerlendirmektedir. Buna göre; ancak hakime gerçeği gösterebilecek şeyler delil olabilir.

Erem'i bu sonuca götüren mantıksal bağlantı ise şu şekilde ortaya konulmaktadır, "ispat bir hüküm olduğuna göre ve hakikati araştırmanın yolunu mantık gösterdiğine göre, ancak hakikati makul olarak ifade edebilecek şeylerin delil olabilmesi gerekir. Bu itibarla delil olabilecek şeylerin rasyonel ve realist olmaları zaruridir³⁷. Erem; bu belirlemeyle "rasyonel" ve "realist" bir özelliği olmayan "yemin"ın ve "vicdani kanaat"ın delil olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmaktadır³⁸.

Ünver/Hakeri'ye göre, yargılama konusu olayın açıklığa kavuşturulması, başka anlatımla, , maddi gerçeğin bulunabilmesi için ispat amacıyla kullanılan araçlara delil denilir³⁹.

Yenisey, genel bir tanımla delili; "yaşanmış bir olayın dünya üzerinde bıraktığı izler"⁴⁰ olarak tanımladıktan sonra bu izlerin "olayı yaşayan insanlar üzerinde kalan ve bu insanların beş duyuları ile izledikleri olaylara ilişkin olabileceği gibi, o olaydan dünya üzerinde arta kalmış bulunan gerçek izler ile olayı temsil etmek üzere sonradan hazırlanmış belgeler şeklinde" olabileceğini ve bunlara "delil" adı verildiğini belirtmektedir⁴¹.

Bir başka tanım ise "iddia ve müdafaanın ispatına yarayan her türlü vasıtaya delil denir"⁴² şeklindedir.

Center/Zafer'e göre, delil, ceza uyumsuzluğunun konusu olan olayı temsil eden, olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçtır⁴³.

³⁷EREM: s. 349.

³⁸ EREM: s. 349 vd.

³⁹ ÜNVER/HAKERİ: s. 569

⁴⁰ YENİSEY: Duruşma...,s. 121; 128

⁴¹ YENİSEY: Duruşma..., s. 128

⁴² TOLGA, Emin: Ceza Muhakemesi Usulü, 2. Bası, İstanbul, 1972, s. 62

⁴³ CENTEL/ZAFER: s. 42

Kunter ise, "Muhakeme makamlarının ve özellikle yargılama makamlarının görevlerini yaparlarken kullandıkları... taraflar bakımından "ispat", hakim bakımından "sabit görme", maddi hukuk bakımından "sübut" denilen faaliyetler için kullanılan vasıtalar "ispat vasıtası" veya "sübut vasıtası" veya kısaca "delil" denilir."⁴⁴ şeklinde tanımlanmaktadır.

Ceza muhakemesi hukukunda "delil serbestisi" ilkesi gereğince her şey delil olarak değerlendirilebilecektir. Ancak bu "her şey"in muhakeme konusu olayla ilgili olması, olayı doğrudan ya da dolaylı da olsa yansıtmaması, gerçek olması ve rasyonel olması gerekir.

Her muhakeme faaliyetinde olduğu gibi, ceza muhakemesi, bir bakıma, bir suç işleme şüphesi doğduktan sonra bu şüphenin yenilmesine yönelik olarak yapılan faaliyetler bütünüdür ifade etmektedir. Bu faaliyetlerin en önemlisini ise, hiç şüphesiz, delili elde etmeye yönelik olarak yapılan araştırma faaliyetleri oluşturmaktadır. Bu araştırmaların sonunda, muhakemenin soruşturma safhasında savcı, kovuşturma safhasında hâkim, belli konularda bir karara varacaktır. Olayın ne şekilde meydana geldiği konusunda bir kanaate varılırken, delillere dayanılmak zorunludur. "Zira delilsiz mahkûmiyet olmaz" kuralı, ceza muhakemesi hukukunun temelini oluşturan kurallardan biridir.

Artık bunun yanına soruşturma evresi bakımından savcıya yönelik olarak "delilsiz kamu davası açılmaz" kuralını da eklememiz gerekmektedir. Şüphe; delillere dayanarak yeterli hale gelmişse veya giderilmişse, olay artık belirlenmiş demektir. Böylece deliller olayın belirlenmesine, ortaya çıkarılmasına ve dolayısıyla ispatına yarayan vasıtalar olmaktadır. Eğer delil yoksa veya az ise, ceza muhakemesinin gayesi olan maddi gerçeğe ulaşılması da mümkün değildir. Ceza muhakemesinin gayesine ulaşılmasında oldukça önemli olan delillerin toplanması, korunması ve bozulmadan, olayı yargılayacak olan yargılama makamının önüne getirilmesi esaslı bir mesele teşkil etmektedir.

⁴⁴ KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku 7. Bası, İstanbul 1981 s. 457 no: 321

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile "sanıktan delile değil, delilden sanığa ulaşılması" yöntemi benimsenmiş ve soruşturma aşamasında delilleri toplamakla görevli savcılık ve onun emrindeki adli kolluk makamlarına önemli araştırma ve tedbire başvurma yetkileri verilmiştir. Bu çerçevede 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 m. 85), bilgisayarlarda arama, kopyalama ve elkoyma (CMK m.134), telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (CMK m. 135), gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme (CMK m 139) gibi delillere ulaşılmasını sağlayan yeni yöntemleri belirtmek gerekir.

Bilindiği üzere, ceza davasındaki amaç, maddi gerçeğin araştırılıp, ortaya çıkarılmasıdır. Ortada kanunların belirlediği bir suç vardır. Suç ise, hem onu işleyen hem ona maruz kalan hem de onun ortaya çıktığı toplum için önemli bir hukuki sonuçtur.

a) Maddi olguların soruşturma evresinde öğrenilmesi esastır;

Esas olan, işte bu maddi meselenin öğrenilmesidir. Maddi mesele amaç ise, deliller araç olmaktadır. Mahkeme olayı araştırıp bulmaz. Maddi gerçeğin araştırılması CMK madde 160/2'de "*Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür*" hükmü ile savcılık makamına verilmiştir. İstisnası CMK madde 163'de "*... sulh ceza hakimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Ancak bu istisna aynı yargıcın olayda hüküm veren olarak bulunmasına doğal olarak engeldir.

Görüldüğü gibi, maddi gerçeğin araştırılmasında esas olan evre, soruşturma evresidir. Ancak maddi olayın ortaya konulması yargıç tarafından kovuşturma evresinde yapılacaktır. Hukuki meselenin ne olduğunun tespiti, maddi gerçeği delillerle ortaya koyan mahkemeye aittir.

b) Mahkeme kendisine sunulan delillerle bağılı değildir;

Mahkeme kovuşturma evresinin her aşamasında gerçek hakkında delillere ulaşmalıdır. Bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunumuz, hâkimin bu amacı gerçekleştirmek bakımından kovuşturma safhasında re'sen delil elde etmesini öngörmüş değildir (CMK 206). Yürürlükten kaldırılan 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda bulunan bu kuralın, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda açıkça yazılmaması, eksiklik olarak nitelendirilebilir.

Ceza Muhakemesi Kanununun getirdiği önemli yenilikler, tanıklara doğrudan soru sormak imkânının getirilmiş olması ve hâkimin re'sen delil toplama imkânının kısıtlanması olarak gösterilmiştir. Mahkemeye tanınan "iddianameyi iade etme" yetkisinin bu sebeple kabul edildiği düşünülmektedir.⁴⁵

Lehte ve aleyhte tüm delillerin araştırılması, salt iddia (şahsi hukuki menfaati olmayan) ile görevli toplumsal bir iradeyi temsil ettiği öne sürülen savcılık makamına bırakılmaktadır. Yukarıda bahsi geçenler ışığında, ceza davalarında tarafların bir hak veya yükümlülük anlamında ispat külfeti yoktur. Ancak, tarafların ileri sürdüğü bir hususu, mahkeme kendiliğinden araştırır ve bu konuda bir kanaat edinir.

Hukuk yargılamasındaki ispat külfetinin, ceza muhakemesinde "araştırma mecburiyeti" olarak bu şekilde anlaşılması, ispat edilen delillerin, duruşmada objektif biçimde ortaya koyularak, muhakemenin tüm taraf, makam ve kişilerince tartışılmış olmasını gerektirir. Aksi halde ceza muhakemesinin taşıdığı objektif anlam, kamu aleyhine sonuç doğurur.

Maddi mesele, olaydır. Maddi mesele, delillerle ortaya konmaktadır. Mahkeme, maddi meseleyi olduğu gibi öğrenmeli; olayın gerçekte ne olduğunu açıkça ortaya koymalıdır.

O halde, Ceza muhakemesinde hüküm, muhakeme konusu olaya ilişkin olarak, ceza muhakemesi araçları kullanılarak ve kuralları uygulanarak varılan bir sonuç, bir tespittir. Bu sonuca ulaşmada, bu tespiti yapmada muhakeme konusu

⁴⁵ VELİ/ÖZER/ÖZBEK: CMK İzmir şerhi 2005 s. 751, 752.

olaya ilişkin, bütün hususların, daha doğru bir deyimle hükme tesir eden bütün olayların ispat edilmesi ve CMK m. 230 gereğince de hüküm gerekçesinde gösterilmesi gerekir. Aynı şekilde, hâkimin, bir olayı neden gerçekleşmiş saydığını veya saymadığını gerekçelendirme zorunluluğu, onun keyfi davranmasını engeller (CMK m. 34). Özellikle, teknik yöntemlerle elde edilen sonuçların reddedilebilmesi, güçlü gerekçe bulunmasına bağlıdır. Bu bakımdan delili şu şekilde tanımlayabiliriz; hukuka uygun bir şekilde maddi gerçeğe ulaşmak için, hükme tesir eden bütün olgu ve olayların ispatında kullanılan, olay veya olguları doğrudan ya da dolaylı yansıtan, gerçek ve rasyonel vasıtalarla delil denir.

2. Deliller

a. Delillerin Özellikleri

Ceza muhakemesinde maddi gerçek arandığından, hâkime gerçeği gösterecek her şey delil olabilir. Ancak delillerin serbestliği ilkesi sınırsız değildir.

Ceza muhakemesinde " vicdani delil sistemi" 'nin geçerli olması hâkimlerin keyfi hareket edebileceği anlamına gelmez. Nitekim CMK 'nın 206. maddesinin 2.fıkrasında vicdani delil sistemini sınırlandıran *delillerin reddi* konusu düzenlenmiştir. Ceza muhakemesinde ispat için kullanılmak istenilen bir vasitanın delil olarak nitelendirilebilmesi için şu özelliklere sahip olması gerekir.

Birçok kitapta, delil olabilecek şeyde aranan özellikler şu şekilde sıralanmıştır; 1) deliller gerçekçi olmalıdır, 2) deliller akılcı olmalıdır, 3) deliller olayı temsil edici olmalıdır, 4) deliller isbat bakımından önemli olmalıdır, 5) deliller hukuka uygun olmalıdır, 6)deliller müşterek olmalıdır ⁴⁶.

1. *Deliller gerçekçi olmalıdır.* Delil olabilecek şey gerçeğin bir parçasını oluşturmali ve böylece beş duyumuzla öğrenilebilmelidir. Beyan, belge ve belirti delillerinde bu özellik vardır.

⁴⁶ KUNTER/YENİSEY/ NUHOĞLU: s. 324 vd; CENTEL/ZAFER: s.213; ÜNVER/HAKERİ: s.569

2. *Deliller akılcı olmalıdır.* Ancak gerçeği akla uygun olarak ifade edebilecek şeyler delil olabilir Bu itibarla delil olabilecek şeylerin rasyonel olmaları, bilimce kabul edilmeleri zorunludur.
3. *Deliller ispat bakımından önemli olmalıdır.* Ancak ispatına ihtiyaç duyulan hususlarla ilgili deliller ispat bakımından önemlidir. Faydası olmayan delillerle uğraşmanın anlamı yoktur Nitekim CMK m 206/2-b 'ye göre, delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa bu delilin ortaya konulması talebi reddolunur.
4. *Deliller olayı temsil edecek nitelikte olmalıdır.* Bundan maksat; delil olarak kullanılmak istenen vasitanın olayın bir parçası olması ve / veya olayı yansıtmasıdır. Olayın bir parçasını temsil etmeyen şeyin delil değeri yoktur. Temsil edici olmanın ilk şartı delilin sağlam, yani güvenilir olmasıdır. Bunu hakim takdir edecektir. Olayı temsil etse de, akla, bilime, gerçeğe ve hukuka uygun olmayan bir ispat aracına delil denilemez.
5. *Deliller hukuka uygun olmalıdır.* Bir delilde bulunması gereken en önemli özellik budur. Zira yukarıda sayılan özelliklerin hepsine sahip bir delilin, ceza muhakemesi bakımından bir kıymete sahip olabilmesi için hukuka uygun olarak elde edilmiş olması zorunludur. Bu itibarla bir olayın ispatı işinde kullanılan delil vasıtalarının hukuk düzenince kabul edilen vasitalardan olması gerekir. Bir başka deyişle, ceza muhakemesinde "delil serbestliğinin" bulunması, delillerin kaynaklarının elde edilme yöntem ve esaslarının kanunla konulması kuralını ortadan kaldırmayacağı gibi; delillerin takdirinde "hâkimin vicdani kanaatine" itibar edilmiş olması da, kaynağını elde edilme usul ve esaslarını kanunda bulmayan bir delille hâkimin mahkûmiyet kararı verebileceği anlamına gelmez. Dolayısıyla ceza muhakemesi hukukunda "delil serbestliği ilkesi" sınırsız değildir. Bu ilkenin sınırı, insanlık onuru ve yasaların belirlediği sınırlar içinde delil elde etme ve bunları muhakemede kullanmaktır. Bir delilin bir hukuk devletinin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerekir. CMK m 217/2' ye göre "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" Bir başka deyişle hukuka uygun bir şekilde elde edilmemiş bir delilin isnat edilen suçun

ispatında kullanılması mümkün değildir. Nitekim bu husus AY. m 38/6 'da⁴⁷ "kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" denilmek suretiyle, delil yasakları tüm yargı düzeni bakımından kabul edilmiştir. Anayasaya paralel olarak CMK m 206/2' ye göre de delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunacaktır. CMK m 148/3 'e göre "yasak usullerle, (şüphelinin veya sanığın özgür iradesini engelleyici nitelikte müdahaleler) elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. CMK m. 148/4'e göre ise "Müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz" . Bütün bu hükümler delillerde aranan en önemli özelliğin hukuka uygun olarak elde edilmeleri olduğunu ortaya koymaktadır. Konuya ileride tekrar dönülecektir.

6. *Deliller müşterek olmalıdır.* CMK m. 217/1'e göre hâkim kararını duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırılabilir. Bu deliller hakimın vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Bu durumda duruşmada tartışılmamış bir delilin karara dayanak yapılması mümkün değildir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre⁴⁸, ceza muhakemesinde ispat için kullanılmak istenilen bir vasıtanın, delil olarak nitelenebilmesi için, iki temel özelliği bulunmalıdır: Bu vasıta; olayı temsil etmeli ve bu olayı temsil eden vasıta da; akla, maddi gerçeğe ve *hukuka uygun olmalıdır*.

Olayı temsil etmekten maksat; delil olarak kullanılmak istenilen vasıtanın, olayın bir parçası olması ve/veya olayı yansıtmasıdır. Ne var ki; bir ispat aracına delil diyebilmek için olayı herhangi bir şekilde temsil etmesi, olayı yansıtmayı yetmez. Bu yansıtmanın akla, yani bilime, maddi gerçeğe ve *hukuka uygun olması* da şarttır.

⁴⁷ 3.10.2001 Tarihli, 4709 Sayılı Kanun / m . 15

⁴⁸ ÖZTÜRK, Bahri: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku , 9. Bası, s. 347.

b. Delil Türleri

aa.Genel Olarak

Alman doktrininde ispat araçları dört türe ayrılarak incelenmektedir: 1) tanık, 2) bilirkişi, 3) belge ve 4) görünüşe dayalı ispat aracı. Görünüşe dayalı ispat aracı deyimiyle görme, duyma, hissetme, tatma veya koklama suretiyle, yani duyu organlarıyla algılanan verilerin açıklanması kastedilmektedir⁴⁹.

Ceza muhakemesinde bir olayın ispatında vasıta olan her şey delil olabileceği ve bunların değerini hâkim serbestçe takdir edeceği için, delillerin türleri de çoktur. Doktrinde delillerin değişik şekillerde sınıflandırıldığı görülmekle birlikte, bütün ispat vasıtalarını kapsayacak şekilde delilleri; *beyan, belge ve belirti* olmak üzere üçe ayırmak mümkündür⁵⁰. Her üç delil türü de ispat edilecek hususu temsil etmektedir. Ancak bunlardan beyan ve belge şeklindeki deliller, ispat olunacak olayı doğrudan doğruya ispat eden deliller oldukları için *somut olaya münhasır delillerdir*. Buna karşılık *belirtiler*, sadece ispat edilecek hususu değil, bu da dâhil başka hususları da ispat edebileceğinden, genel *mahiyette temsili* delillerdir. Beyan delilleri; sanık beyanı, *tanık beyanı* ve *sanık ve tanıktan başka kişilerin beyanı* olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Belge delilleri de *yazılı belgeler*, *şekil tespit eden belgeler* ve *ses tespit eden belgeler* şeklinde üçe ayrılmaktadır. Belirtiler ise; *tabii belirtiler* ve *sunî belirtiler* şeklinde ikiye ayrılmaktadır.

Somut olaya münhasır deliller olan beyan ve belge delilleri, geçmişteki bir olayı doğrudan doğruya ispat edebilme niteliğine sahiptirler. Örneğin A'nın B'yi öldürdüğünü gördüğünü söyleyen tanığın beyanı doğrudan somut olayın ispatına yöneliktir. Buna karşılık belirtiler, genel nitelikte temsili delil olmaları nedeniyle, bunlardan faydalanmak, bir araştırma yapmak, ispat edilecek olayı da temsil edip etmediklerini belirlemek gerekmektedir. Örneğin bir suçun işlendiği yerde şüphelinin kanının, parmak veya ayak izinin saç telinin bulunması, şüphelinin olay mahallinde bulunduğunu ispat etse de, asıl olayı tek başına ispat etmez. Belirtilerin diğer delillerle desteklenmesi gerekir. Ancak ifade edilmelidir ki, bu

⁴⁹ ÜNVER/HAKERİ: s. 570

⁵⁰ ÜNVER/HAKERİ: s. 571; CENTEL/ZAFER: s. 200 vd.

durum belirtilerin delil olmalarının kabulünü etkileyemez. Zira bir hususun delil olarak kabul edilip edilmemesi ile tek başına delil sayılıp sayılmaması, başka başka hususlardır. Bu itibarla *doğrudan ve dolayısıyla delil* ayrımı bu manada kabul edilebilirse de beyan, belge ve belirti delillerinin değeri bakımından bu ayırım bir anlam ifade etmez. Çünkü ceza muhakemesinde ister doğrudan ister dolaylı olsun hiçbir delil türünün olayı kesin olarak kanıtladığını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle aslında ceza muhakemesindeki tüm deliller geçmişte yaşanmış bir olayı bugüne taşıyan vasıtalar oldukları için, olayı dolaylı olarak ortaya koymaktadır. Beyan, belge ve belirti delillerinin, hâkimde vicdani kanaat uyandırması bakımından bir mahiyet farkı bulunmamaktadır. Hâkim her delilde yanlışlık payının olduğunu düşünerek hareket etmelidir. Hatta günümüzde doğrudan delillerden olan tanık beyanının, dolaylı delil olan belirtilerden daha az güvenilir olduğu kanısı yaygındır.

Ceza muhakemesinde, geçmişte yaşanan bir olay, mahkeme önünde deliller vasıtasıyla tekrar canlandırılmaya çalışılmaktadır. Mahkeme bu olayı kendisi görmediğine göre, her halükarda, olay dolaylı olarak ortaya konulmakta ve ispat edilmektedir. Bu bağlamda, mahkemenin hükümle çözmesi gereken asıl olayı ispatlayan delillere, doğrudan doğruya deliller denilmektedir. Bunlara *tarihi deliller* de denir⁵¹. Buna karşılık, hakkında karar verilmesi gereken esas olaya bağlı olan yan olayları açıklayan delillere ise, dolaylı delil veya belirti delili denilmektedir⁵². Bunlara *tenkidi deliller* de denir.

Delilleri, beyan, belge ve belirti delilleri olarak sınıflandırmak mümkündür. Centel/Zafer'in yaptığı gibi, delilleri kaynaklarına göre, ikiye ayırmak da mümkündür⁵³: Kaynağı kişi olan deliller (sanık, tanık ve bilirkişi) ve kaynağı nesne olan deliller (belge ve belirti delilleri)

⁵¹ KUNTER/YENİSEY/ NUHOĞLU: no 342 vd

⁵² CENTEL/ZAFER: s.216.

⁵³ CENTEL/ZAFER: s. 201

bb. Beyan Delilleri

Beyan delili, tanık beyanı, sanık beyanı ve sanıktan başka kişilerin beyanı olmak üzere üçe ayrılmaktadır ⁵⁴. Biz burada bu delilleri bütün özellikleriyle açıklayacak değiliz. Beyan delillerinin ortak özelliklerini ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun konuya ilişkin olarak getirdiği yeni düzenlemeleri vermekle yetineceğiz.

Suç vakasının maddi yönüne ilişkin olarak yapılan açıklamalar beyan delilini oluşturur. Bu açıklamalar, sanığa, suçtan zarar görene veya tanığa ait olabilir ve maddi gerçeğe ulaşılması bakımından oldukça önemlidir. Gerçekten suçun ne şekilde işlendiğinin belirlenmesi bakımından kolluğun, savcının ya da hâkimin, sanık veya tanığın ifadelerine başvurmaları zorunludur. Her ne kadar günümüzde suçların aydınlatılması alanında kriminalistik bilimi önemli gelişmeler kaydetmişse de, özellikle sanık ve tanık beyanı gibi şahsi deliller bilhassa suçun manevi unsurunun belirlenmesi ve dolayısıyla gerçeğe ulaşılması bakımından daha büyük bir öneme ve vazgeçilemez bir değere sahiptir. Ancak bir açıklamanın *beyan delili* olarak kabul edilebilmesi için, bununla olay hakkında karar verecek olan mahkeme veya hâkim önünde sözlü olarak yapılması gerekir. Soruşturma evresinde savcı veya kolluk önünde yapılan sözlü açıklamalara "ifade" denilmekte ve bunlar tutanağa geçirilince belge delilini oluşturmaktadır.

Beyan delili suç olayının aydınlatılması bakımından halen en çok başvurulmuş delil olmakla birlikte, güvenilirliği bakımından daima ihtiyatla yaklaşılması gereken bir delildir. Aslında sanık ve mağdur olayı bizzat yaşayan kişiler oldukları için, gerçeği en iyi onlar bilmektedirler. Ancak bu kişiler olayın tarafı olduklarından, olayı kendi lehlerine olacak şekilde aktarma ihtimalleri çok yüksektir ve bu yüzden bunların beyanlarının şüphe ile karşılanması doğaldır. Tanık ise, her ne kadar olayın taraflarından biri olmasa da çeşitli nedenlerle yanlış veya yalan beyanda bulunabilme ihtimali her zaman olan kişidir. Bu itibarla beyan delillerinin değeri olayın bütünlüğü bakımından, hâkim tarafından

⁵⁴“...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, karar için bakınız www.kazanci.com)

dikkatlice takdir edilmelidir. Ancak yasa koyucu bazı durumlarda beyan delilerinin muhakemede kullanılmasını kendisi yasaklayabilmektedir. Örneğin, tanıklıktan çekinebilecek kişi duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, ifadesine ilişkin tutanak duruşmada okunamayacaktır. (CMK m. 210/2) Keza şüpheli veya sanığın özgür iradesini engelleyici nitelikte müdahalelerle (yasak usullerle) elde edilen ifadeler rızai olsa dahi, delil olarak değerlendirilmeyecektir. (CMK m. 148/3).

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, hüküm verilirken şüphelinin kolluk tarafından alınan ifadesine hüküm verilirken dayanılmasını belli şartlar altında kabul etmiştir. Buna göre, müdafinin hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacaktır.(CMK m. 148/4) Bu hükmün karşıt anlamına göre, kolluk tarafından ifade alınırken, müdafinin şüphelinin yanında bulunması durumunda, şüphelinin ifadesi duruşmada delil değeri kazanacaktır. Nitekim CMK'nın 213. maddesinde duruşmada okunacak ifadeler arasında, müdafii hazır bulunmaksızın alınan kolluk ifadesinin kavuşturma evresi bakımından herhangi bir değerinin bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Müdafii olmadan alınan kolluk ifadesinin delil olabilmesi için şüphelinin hâkim önündeki sorguda bunun içeriğini reddetmemesi gerekir. Hukuka aykırı bir yöntem uygulanmadan elde edilen ve delilin sağlamlığını kuşkuya düşüren bir durum bulunmamasına rağmen, bir delilin kullanılıp kullanılmamasının takdirini şüpheliye veren böyle bir düzenlemenin kabul edilemeyeceği haklı olarak ifade edilmektedir.

Diğer taraftan CMK m. 148/4. maddedeki düzenlemede, müdafii 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. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, müdafii hazır olmadan alınan kolluk ifadesini, muhakemenin soruşturma evresinde değerlendirilebilir görürken, kovuşturma evresinde bu ifadelere değerlendirme yasağı koymaktadır ki, böyle bir yaklaşımı kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle, CMK 148. maddenin 4. fıkranın hükmü tamamen kaldırılarak, en azından ifade alma işlemi açısından, zorunlu müdafilik sistemine geçilmesi görüşündeyim.

cc. Sanık Beyanı

Şüpheli veya sanığın olaya ilişkin açıklamalarının dinlenmesi, ifade alma ve sorgu işlemi olarak adlandırılır. Şüphelinin, kolluk görevlileri veya Cumhuriyet Savcısı tarafından, soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesine, ifade alma denir. Şüpheli veya sanığın, hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesine ise sorgu denir⁵⁵.

Kollukça alınan ifadeyi içeren tutanakların, çelişki bulunmadığı hallerde veya çelişki bulunsa dahi müdafî önünde alınmadığı hallerde, duruşmada okunması sözkonusu değildir. Ancak, Cumhuriyet Savcısı tarafından tespit edilen ifade tutanaklarının belge delili olarak duruşmada okunabilmesi için, bu ifadelerle mahkeme önünde sorgudaki ifadeler arasında çelişki çıkması yeterlidir.

dd. Tanık Beyanı

Tanık, kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza soruşturmasında, olay hakkında beş duyusu ile edindiği algılamaları, ifadesiyle açığa vuran kimsedir. Küçük çocuklar ve akıl hastaları da dâhil, herkes tanık olma ehliyetine sahiptir. Delil olan, kişinin söyledikleridir. Algılamalarını aktaran kişi, delilin kaynağıdır. Tanığı dinlemeye yetkili merci, kişiye sorular sorarak, delil elde etmeye çalışmaktadır.⁵⁶ Suçtan mağdur olan kişi de, tanık olarak dinlenebilir (CMK m. 236).

c. Belge Delilleri

Olay anında, olayın bire bir belirli şekillerle bir nesne üzerine aktarılması halinde, belge delilinden sözedilir. Belge delilleri, somut olayı bire bir temsil eden delillerdir. Olayın taşıyıcısı insan olduğunda, tanıktan, bir nesne olduğunda ise belgeden söz etmekteyiz. Olay yazıya döküldüğünde, olayın taşıyıcısı yazılı bir belge, ses olarak tespit edildiğinde ses bandı, hem şekil ve hem ses olarak taşındığında, taşıyıcı dar anlamda bir film şeridi veya CD olacaktır.

⁵⁵ CENTEL/ZAFER: s.201.

⁵⁶ CENTEL/ZAFER, s.219

Belge, dūřūnsel bir içerięe sahip somut olayın bir parçası olan veya o olayı temsil etmek ūzere insan tarafından hazırlanmıř bir ispat aracıdır.

Belgenin içerik olarak gūvenilirlięi ihtimali, beyana gōre daha fazladır. ūnkū genellikle olay anında ve huzurunda yapıldıęından, hata ihtimali daha azdır. Ancak belgelerin de řekil bakımından aynı gūvenilirlięi sōz konusu olmayabilir. Bu bakımdan Kunter'in de belirttięi gibi bir belgenin gūvenilirlięi, onu dūzenleyenin uyandırdıęı gūven derecesine baęlıdır⁵⁷.

Bazı belgeleri resmi bir makam, resmi bir memur dūzenler, bu durumda resmi belgeden sōzedilir. Resmi belgelerin ispat kuvveti, ūzel belgelere gōre daha fazladır.

Belgeler belli bir olayın parçası olarak ya da belli bir olayı temsil etmek ūzere dūzenlendiklerinden, bunların eřitleri de temsil teknięi ile yakından ilgilidir. Bu nedenle belgeleri ū grupta ele almak mūmkūndūr.

aa-Yazılı belgeler

bb-şekil tesbit eden belgeler

cc-Ses tesbit eden (gōrūntū ve ses tesbit eden) belgeler.

aa. Yazılı Belgeler

Bu belgelerin yazılı olması zorunludur. Yazılı belgelerin, olayın bir parçası olmaları veya olayı temsil amacıyla dūzenlenmeleri nedeniyle, delil olarak deęerlendirilmeleri mūmkūndūr. Ancak bunların gūvenilirlięi, onların ne derecede deęerli bir delil olabileceklerinde de ūlū olacaktır.

Bu bakımdan yazılı belgeleri, karine olarak kabul edilip edilmediklerine gōre yani gūvenilirlikleri bakımından bir sınıflamaya tabi tutmak yerinde olacaktır. Bu ūzellikleri nedeniyle yazılı belgeler ūe ayrılır:

⁵⁷ KUNTER (1981) 509 no: 351. Bazı belgeler sahtelięi isbat edilene kadar geçerli kabul edilmiřtir. Őrneęin, duruřma tutanakları, tapu kayıtları, nūfus kayıtları, orman muhafaza memurunun tuttuęu tutanak, noter tarafından dūzenlenen belgeler gibi..

aaa. Adi bilgi bildirilen yazılı belgeler: Bunlar, hakkında kanuni karine kabul edilmemiş belgeler olup, herhangi bir delil gibi hâkim tarafından serbestçe takdir edilirler.

bbb. Aksi (hilafı) sabit oluncaya kadar geçerli olan yazılı belgeler: Bunların içeriğinin gerçeği yansıttığı yolunda bir karineyi kanun koyucu kabul etmiştir. Ancak her karine gibi bunun da aksini ispat mümkündür. Örneğin Trafik Kanununda yazılı suçları işleyenler hakkında düzenlenen tutanaklar bu şekildedir.

ccc. Sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan yazılı belgeler: Kanun burada belirlediği karinenin ölçüsünü daha ileri götürmüş ve bu karinenin çürütülebilmesini ancak belgenin sahteliğinin ispatına bağlamıştır. Sahteliği ispat edilemeyen bu tür yazılı belgelerin içeriğinin de geçerli olduğu kabul edilmiştir. Bu tür belgelere örnek olarak duruşma tutanaklarını (CMK m. 222), noter tarafından düzenlenen belgeleri (Noterlik K.m. 82) gösterebiliriz. Ancak Yenisey'in de belirttiği gibi, ceza mahkemesi dışında bir mahkeme hükmünün ceza mahkemesini bağlayabilmesi için; fiili belirleyen bir hüküm olması ve fiil ceza mahkemesinde dava konusu olsaydı, aynı usulün uygulanması zorunluluğunun olması gerekir⁵⁸.

bb- Şekil Tesbit Eden Belgeler

Belli bir olayı temsil etmek üzere şeklin tesbit edildiği belgelerdir. Bunlar fotoğraf, film, resim, kroki, plan, heykel gibi belgelerdir. Öztürk, bunları da bir çeşit yazılı açıklamalar olarak göstermektedir⁵⁹. Oysa yazılı belgelerden bilgi edinme okuma suretiyle olduğu halde, şekil tesbit eden belgelerden bilgi edinme görme suretiyle olur.

Şekil tesbit eden belgelerin de her zaman sahtelik iddiasıyla karşılanması mümkündür. Bu nedenle sahlamlıklarının iyice kontrol edilmesi ve delil olarak değerlendirilirken bu özelliklerinin göz önünde tutulması gerekir. Şekil tesbit eden

⁵⁸ YENİSEY: Duruşma..., s. 132

⁵⁹ ÖZTÜRK, Bahri: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku 9. Bastı, s.318,

belgeler de tek başlarına mahkûmiyet hükmü verilmesinde yeterli değildir. Ancak başka delillerle desteklenmesi gerekir.

cc- Görüntü ve/veya Ses Tesbit Eden Belgeler:

Görüntü ve seslerin banda, plağa veya video kasetine kaydedilmesi ile elde edilen görüntü ve sesler de belge niteliğinde delillerdir. Bilgisayar disketlerini de bu anlamda değerlendirebiliriz. Öztürk, bu delillerin de yazılı açıklamalar olarak değerlendirilebileceğini belirtmekte⁶⁰, Yurtcan ise, bunların okunma kabiliyeti olmadığı için, belge olarak kabul edilemeyeceğini, ancak bir keşfin konusunu oluşturacağını ileri sürmektedir⁶¹. Yenisey ise, belge niteliğinde olduklarını ve ancak bant kayıtları üzerinde tahrifat yapıldığı yolunda bir iddianın olması halinde, keşif ya da bilirkişi incelemesinin sözkonusu olabileceğini ileri sürmektedir⁶².

Görüntü ve ses tesbit eden belgelerin delil olarak değerlerinin ya da ispat gücünün ceza muhakemesinde sınırlı olması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca bunların kaydedilmesi sırasında kişilik haklarının ihlal edilip edilmediğinin de dikkate alınarak değerlendirilmesi ya da değerlendirme dışı tutulması gerekir. Kişilik haklarının ihlal edilmesi sonucu bu deliller elde edilmişse bunlar hukuka aykırı delil kapsamına girecek ve zaten değerlendirmeye tabi tutulmayacaktır. Bu konu ileride ayrıca ele alınacaktır.

d. Belirti Delilleri

Belirti, keşif faaliyetine konu olan ve olaydan geriye kalan her türlü iz ve eserlerdir. Sanığın iradesi dışında olaydan geriye kalan iz ve eserlere, tabii (doğal) belirti denilir. Failin iradesiyle veya bir insan tarafından belirli olayları temsil etmek üzere hazırlanmış olan nesnelere ise sun'î (yapay) belirti denir. Belirti delilleri, genellikle bilirkişi incelemesine veya keşfe konu olurlar.

⁶⁰ ÖZTÜRK: s. 318, (no: 234)

⁶¹ YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1994, s. 244

⁶² YENİSEY: Duruşma..., s. 132

Öğretide; belirtiler, tabii belirti ve sun'î belirti olarak ikiye ayırarak ele alınmıştır⁶³. Biz de aynı şekilde ele alacağız.

aa. Tabii Belirti:

Tabii belirti, olayın bir parçası olup, suçu işleyen iradesi dışında, hatta ona rağmen o olayı tabii bir şekilde temsil eder. Özellikle olayı temsil ya da ispat amacıyla meydana getirilmemiş olmasına karşın, yine de olayı temsil ve ispat özelliğinden bir delil olarak yararlanılır. Ancak olayı temsil eden bir tabii belirti, sadece somut bir olayı temsil etmez. Daha genel nitelikte olduğundan o somut olay da dahil olmak üzere genel birçok olayı temsil edebilir. Örneğin; bir olay yerinde bulunan parmak izi, kimlik, bir elbise parçası olaydan sonra ya da önce orada meydana gelmiş olabilir. Bu nedenle, bu tür belirtilerin somut olayı temsil edip etmediği çok iyi araştırılmalıdır.

Tabii belirtiler, insan iradesi dışında olduklarından daha objektif ve insan iradesine dayanan beyan ve belge delillerine göre daha önemlidirler. Ancak bu tür delillerin de tek başlarına ispat kuvveti olmayıp diğer delillerle desteklenmesi halinde bir değer kazanırlar.

bb. Sun'î Belirti:

Sun'î belirti, bir olayı, sun'î olarak temsil eden, insan yapısı işarettir. Tabii belirti irade dışı olup ispat amacına yönelik olarak meydana getirilmediği halde, sun'î belirtide amaç ispattır⁶⁴.

Sun'î belirtiler de temsil genel nitelikte olduğundan, bunların da tek başlarına ispat kuvveti yoktur. Ancak, diğer delillerle desteklenmesi halinde delil değeri kazanırlar.

⁶³ KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku 9. Bası, İstanbul 1989 s. 512 vd.

⁶⁴ KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku 9. Bası, İstanbul 1989 s. 513, (no: 358)

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİNİN HAYAT ALANLARI VE BU HAYAT ALANLARINA MÜDAHALE HALİNDE İHLAL EDİLEN TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

I. KİŞİNİN HAYAT ALANLARI

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

Hayatın özel yanı da, *özel hayat* ve *hayatın gizli alanı* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁶⁵. 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 almaya gerek yoktur⁶⁶. Fakat, bazen olayın özelliğine göre ilgili kişinin rızasının da gerekebileceği durumlar olabilmektedir⁶⁷.

Hukuk doktrini kişinin, özel hayat çevresi kavramını ve bunun sınırlarının tayinini üçe ayırmaktadır. Birincisi, kişinin özel hayatıdır ki, bu yalnız ilgili kişiler, özellikle yakınları tarafından bilinebilen hayat çevresidir. İkincisi, kişinin hayatındaki gizliliklerdir. Bu, gizlenen veya söz konusu kişinin isterse bir veya

⁶⁵ ÖZTÜRK, Bahri: Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanı ve Özel Hayata Karşı Suçlar, s. 34, ÖZTÜRK, Bahri: Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, Manisa Barosu Dergisi, Sayı: 41, Nisan 1992, s. 4, ÖZTÜRK Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, s. 76, ÖZTÜRK Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 84.

⁶⁶ ÖZTÜRK, Bahri: Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, s. 5, ÖZTÜRK Bahri: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 85, ÖZTÜRK, Bahri: Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, s. 77.

⁶⁷ DANIŞMAN, Ahmet: Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991 s. 8.

birkaç kişiye açıklayabildiği hususları kapsar. Kişisel sırlar da buraya girer. Keza, bir kimsenin edinmiş bulunduğu diğer kişilere ait gizli bilgiler de böyledir, aynı hükme tabidir. Üçüncüsü, kişinin genel hayatıdır. Bu ise, toplum içinde yaşayışındaki, belirli ölçüde, aleni olan hususlardır. Bunları herkes görebilir veya öğrenebilir. Kişinin umumi hayatında, genel olarak bir gizlilik yoktur.⁶⁸

Mahkeme kararlarında kabul edilen bir başka ayırımda ise, kişinin hayatı; “ortak hayat alanı”, “özel hayat alanı” ve “gizli alan” şeklinde üçe ayrılmaktadır⁶⁹. Çalışmamızda, mahkeme kararlarında kabul edilen şekilde, kişinin hayat alanlarını inceleyeceğiz.

1. Kişinin Ortak Hayat Alanı

Kişinin herkes tarafından bilinen veya bilinebilen hayat alanına ortak hayat alanı denir. Bu alan, kişinin toplumsal hayata katılması sonucu, diğer toplum bireyleri ile paylaştığı hayat alanıdır. Bu alanda oluşan olayları ve kişileri toplumun diğer bireyleri de görerek ve duyarak öğrenebildiklerinden, bu alanın diğer kişilerden gizli tutulması mümkün değildir⁷⁰. Kişinin ortak hayatında genel olarak bir gizlilik yoktur. Bunların başka kişilere veya halka açıklanmasında

⁶⁸ İMRE, Zahit: “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler,” İHFM, Cilt. 39, Sayı. 1-4, (1974) s. 148.

⁶⁹ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 336vd., TANDOĞAN, Haluk: Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD, Cilt: XX Sayı: 14, s. 26 vd., İMRE, Zahit: “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler,”s. 148, KAPLAN, İbrahim: Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması, Adalet Dergisi, 1979 Sayı: 3-4’den ayrı bası, s. 214 vd., ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu. İstanbul, 1982, s. 126 vd., DURAL Mustafa: Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1987, s. 135 vd., DONAY, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, 1978, s. 20 vd., ÖZEK, Çetin: Basın Hukuku, İstanbul, 1978, s. 260 vd., ZEVLİLİLER, Aydın: Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler, Ankara, 1981, s. 290 vd., ZEVLİLİLER, Aydın: Medeni Hukuk, Ankara, 1992, s. 395 vd., KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1993, s. 82 vd. İŞGÜZAR, Hasan: Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1990/6, Yıl: 47, s. 860 vd.

⁷⁰ ZEVLİLİLER, Aydın: Medeni Hukuk, s. 397, ZEVLİLİLER, Aydın: Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler Hukuku, s. 292.

hukuka aykırılık yoktur⁷¹. Bu hayat alanının, özel hayatın gizliliği açısından korunacak bir durumu yoktur.

2. Kişinin Özel Hayatı Alanı

Kişinin birlikte oturduğu, birlikte çalıştığı veya günün olayları üzerine birlikte konuştuğu ve bu nedenle kişinin kendisine yakın olduğu kişilerle müşterek olan ve sadece bunlarla paylaştığı hayat olaylarına kişinin özel hayat alanı denilmektedir⁷². Kişinin özel hayatı, yalnız ilgili kişiler tarafından özellikle yakınları (hısımları ve dostları) tarafından bilinebilen çevresidir⁷³. Kişinin özel hayatı sadece ona yakın olan kişilere açık olduğundan, kişinin izni olmadan özel hayata girme mümkün olamaz. Aynı zamanda kişinin yakınları özel hayat ile ilgili bildikleri hususları özel nedenler olmadıkça başkalarına açıklayamazlar⁷⁴.

3. Kişinin Gizli Hayat Alanı

Kişinin sadece kendisini ilgilendiren ve saklı kalmasını istediği hayat olaylarına kişinin hayatının gizli alanı denilir. Kişi, bu olayların diğer tüm insanların bilgisinden uzak kalmasını istemektedir. Fakat istisna olarak kişi, bir sırrını belli bazı kimselerle paylaşmayı isteyebilir⁷⁵. Bu alana, başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen tüm olaylar ve bunları içeren belgeler girer. Örneğin, aile ilişkileri, mektuplar, hatıra defteri, hesap ve iş defterleri ve kişinin ev hayatı gizlilik alanına dâhildir⁷⁶. Kişinin konut dokunulmazlığının ihlali, mektup ve telgraflarının okunması, telefonlarının dinlenmesi, aile ilişkilerinin, meslek ve memuriyet sırlarının öğrenilmesi ya da açıklanması gibi hususlar kişinin gizlilik

⁷¹ İMRE, Zahit: “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler,” s. 149.

⁷² TANDOĞAN, Haluk: Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFED, Cilt: XX Sayı: 14, s. 26, ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, s. 127.

⁷³ İMRE, Zahit: s. 149.

⁷⁴ ÖZSUNAY, Ergun: s. 129.

⁷⁵ TANDOĞAN, Haluk: s. 26.

⁷⁶ DURAL, Mustafa: Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1987, s. 136.

alanına yapılan saldırılardır⁷⁷. Kişinin duvarlar arkasındaki gizli ve sır dolu hayatı, başkalarının karışma ve girmeleri için, kesin olarak bir yasak bölge teşkil eder. Bu yasak bölgeye, ancak ilgilinin izni ile girilebilir. Kişinin isteği halinde bu küçük dünyaya konuk olunabilir. Kişi, bu gizli dünyasının sırlarını, dilediği oranda ve dilediği kimselerle paylaşabilir⁷⁸.

Kişinin her türlü sırlarının öğrenilmesi, gizli dinleme ve gözetleme yapılması, mektuplarının ve gizli belgelerinin içeriğinin öğrenilmesi, kişinin teknik aygıt ve araçlar kullanılarak sırlarının öğrenilmesi, ses bandı, fotoğraf ve film ile bu bilgilerin kaydedilmesi ve bu bilgilerin başkalarının bilgisine sunulması hayatın gizli alanına saldırı teşkil etmektedir.

Günümüzde tekniğin son derece gelişmesi ile konuşan kişilere hiç fark ettirilmeden konuşmalar dinlenebilmekte ve kaydedilebilmektedir. Örneğin, duvar kağıdı altına çakılmış bir çivinin başında çok küçük mini bir mikrofonun bulunması ya da düğme iliklerinde, şapka bantlarında, telefon ahizesinde, dolmakalemde, madeni para biçiminde, gözlük saplarında fark edilmeyen mini alıcı ve aktarıcının bulunması kişilerin gizli alanına sızmayı kolaylaştırmaktadır⁷⁹.

Özel hayat; kişinin hayatının herkesçe değil, yakınları tarafından, örnek olarak kişinin ailesi tarafından bilinen kısmına denir. Kişinin kendisinden başka hiç kimsenin bilmediği veya bilemeyeceği hayata da hayatın gizli yanı denir⁸⁰.

Hayatın özel yanı (özel hayat ve hayatın gizli alanı), hukuk devleti esasını kabul eden, insana ve insan haysiyetine önem veren, temel hak ve hürriyetleri benimseyip uygulamaya koyan ülkelerde, koruma altına alınmıştır. Hayatın gizli alanı mutlak olarak korunmakta ve dokunulmazdır⁸¹. Özel hayat ise, nisbi olarak

⁷⁷ DURAL Mustafa: s. 138.

⁷⁸ ÖZSUNAY, Ergun: s. 129.

⁷⁹ ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, s. 398, ZEVKLİLER, Kişiler Hukuku-Gerçek Kişiler Hukuku, s. 294.

⁸⁰ ÖZTÜRK, Bahri: Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanı ve Özel Hayata Karşı Suçlar s. 34. , Ahmet DANIŞMAN; özel hayatı; kişinin mesleki hayatı, aile hayatı, manevi hayatı, kapalı kapısının arkasında yaşadığı yani “iç hayat” olarak tanımlamaktadır (DANIŞMAN, Ahmet: s. 8)

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, 27.9.1967 tarihinde vermiş olduğu bir kararında özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı ilkesini şu şekilde ifade etmiştir; kişinin bedeninin tamlığına dokunmama, var olan özgürlüğünü engellemek

korunmaktadır⁸². Hayatın gizli ve özel yanı şahsiyet alanına dahildir. Hayatın genel yanı (ortak alan) ise, kural olarak şahsiyet alanına dahil değildir. Genel alan, üçüncü kişilerin müdahalelerine, yani bu alana ait hususların öğrenilmesine ve bunlar hakkında yorum yapılmasına açıktır. Bunun tek şartı, dürüstlüktür. Özel hayat alanı, sadece kişinin yakınlarına açıktır. Bu kişilerin öğrendikleri ve açıkladıkları hususlar, haklı bir özel neden olmadıkça diğer kişilere bildirilmez. Kimse başkasının gizli hayat alanına, bu alandaki sırları öğrenmek için, haklı bir neden olmadıkça müdahale edemez ve bir sırrı paylaşan kişi, bunu üçüncü kişilere açıklayamaz⁸³.

Alman Anayasa Mahkemesince geliştirilen ve kuşak (alan) teorisi (Spharentheorie) adı verilen görüşe göre; insan hayatının merkezinde her türlü müdahaleye karşı korunan ve dokunulmaz olarak kabul edilen bir çekirdek alan vardır (hayatın gizli alanı). Bu çekirdek alan, ikinci bir kuşak alanla çevrelenmiştir (özel hayat). Bu ikinci alan da müdahalelere karşı korunmuştur, fakat dokunulmaz değildir. Bu alan için nisbi koruma söz konusudur. İkinci alanı çevreleyen bir üçüncü alan daha vardır (hayatın genel yanı) ki, bu alan için bir koruma söz konusu değildir⁸⁴.

Doktrinde ağır basan görüşe göre; özel hayat dar bir çevrede, örnek olarak bir aile içinde söz konusu olurken, hayatın gizli alanı sadece bireyin kendisini ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girebilmesi asla kabul edilemez, bu nedenle de dokunulmazdır. Kişinin suç teşkil etmemek üzere, cinsel yaşantısı sadece kendisini ilgilendirir. Bugün Avrupa Ülkelerinde, cinsel hayata ilişkin

kuralı yanında, o kişinin maddi ve manevi alanda sürüp gitmesi demek olan özel hayat ve aile hayatının dokunulmazlığını anlatır. Kişinin mal varlığının durumu da özel hayatının bir parçasıdır. Bunun da gizliliğine dokunulmaması gerekir. Fakat her temel hak gibi bu hak da anayasada belirtilen şartlarda hakkın özüne dokunmamak şartıyla kamu yararı ve kamu düzeni gereği yasa ile sınırlanabilir. (27.9.1967 tarihli 1963/336 E., 1967/29 sayılı ilam. GÖKCEN, Ahmet: Ceza Muhakemesi Hukukunda Postada Elkoyma ve Basit Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi), Ankara, 1994, s. 46, Dipnot 57.

⁸² ÖZTÜRK, Bahri: Özel Hayatın Gizliliği ve Arama s. 5, ÖZTÜRK, Bahri: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 86, ÖZTÜRK Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, s. 77.

⁸³ TANDOĞAN Haluk: Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD, Cilt: XX Sayı: 14, s. 26 vd.

⁸⁴ ÖZTÜRK Bahri: Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, s. 7, ÖZTÜRK Bahri: Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, s. 78.

suçların aydınlatılmasında dahi, tanık veya sanığa insan haysiyetiyle bağdaşmayan soruların sorulamayacağı kabul edilmektedir⁸⁵.

Kişinin dini inancı, siyasi düşüncesi ve belli bir konuda kanaatinin ne olduğu da sadece kendisini ilgilendirir ve hayatın gizli alanı içinde kalır⁸⁶. 1982 Anayasası bu hususu 24. ve 25. maddelerinde düzenlemiştir. Kişinin banka bilgileri⁸⁷ ve ekonomik durumu da gizlilik alanı içinde yer almaktadır.

Tüzel kişilerin de özel hayatları ve gizli alanları bulunmaktadır. Tüzel kişiler Medeni Kanun'un 46. maddesi hükmü ile, kişilik hakkının korunması hükümlerinden (Medeni Kanun m. 24, 24a, Borçlar Kanunu m. 49) yararlanabilecekleri gibi, temel haklardan da uygun olan ölçüde istifade edebilirler⁸⁸.

22 ve 23 Mayıs 1967'de Stokholm'de, Kuzey Ülkelerinin Hukukçularının ve bütün dünya ülkelerinden gelen diğer hukuk uzmanlarının meydana getirdiği önemli bir kongre toplandı⁸⁹. Özel hayata saygı gösterme hakkı gittikçe artan bir öneme sahip olduğundan bu konuyu ilk ve esaslı bir şekilde inceleyen bu uluslar arası kongrede, özel hayatın kapsamı ve sınırları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Varılan sonuçlara göre, özel hayata saygı gösterilmesi hakkı, kişi için en ufak bir dış müdahale olmadan kendi öz varlığını dilediği gibi serbestçe geliştirebilmesi ve sürdürebilmesidir.

Özel hayat kavramının sınırlarının belirlenmesi son derece güçtür. Özel hayat kavramı zaman ve mekâna göre değişebilmektedir. Aynı zamanda kişiye

⁸⁵ ÖZTÜRK, Bahri: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 86, ÖZTÜRK, Bahri: Özel Hayatın Gizliği ve Arama, s. 8, ÖZTÜRK Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, s. 78.

⁸⁶ ÖZTÜRK, Bahri: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 86, ÖZTÜRK, Bahri: Özel Hayatın Gizliği ve Arama, s. 8, ÖZTÜRK, Bahri: Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti, s. 79.

⁸⁷ İŞGÜZAR, Hasan: Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1990/6, Yıl: 47, s. 860.

⁸⁸ İMRE, Zahit: s. 157.

⁸⁹ DONAY, Süheyl: Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi, İHFM, Cilt: XXXIX, Sayı: 1-4, 1974, s. 439, DANIŞMAN, Ahmet: Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991, s. 11, ŞEN Ersan, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul, 1996, s. 75.

göre de değişebilmektedir. Çünkü, alan olarak kişiden kişiye farklılık göstermektedir. Örneğin, siyasal bir kişi ile sıradan bir insanın özel hayatlarının sınırları değişkenlik gösterecektir. Sıradan bir insanın bile, sanat, edebiyat, spor ve siyaset dünyasında adının geçip geçmemesi özel hayatının sınırlarının geniş veya dar tutulması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, özel hayata saygı kavramı, sayısı ve içeriği zamana, mekâna ve kişiye göre değişen bir haklar demetidir⁹⁰. Kişinin ailesi ve yakın çevresi ile paylaşmak istediği olayların tümü özel alanına dâhildir. Hayatın gizli alanına girmediği halde, kişinin üçüncü kişilerce bilinmesini istemediği olaylar özel alanın sınırlarını çizmektedir⁹¹.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı bir hak olarak kamu hukukunda ve özel hukuk alanlarında düzenlenmiştir. Kamu hukuku açısından özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, 1961 ve 1982 Anayasalarında "Kişinin hak ve Ödevleri" adı altında temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Temel bir insan hakkı olarak kabul edilen bu hak, kişiye bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez bir haktır. Özel hukuk açısından, özel hayatın gizliliği ve korunması, bir kişilik hakkı olarak kabul edilmektedir. Bu da onu, herkesin sahip olduğu, herkese karşı ileri sürülebilen, devri ve vazgeçilmesi mümkün olmayan (kişiye bağlı ve vazgeçilmez) mutlak bir hak haline getirmiştir⁹².

Soruşturma organları suçların önlenmesi ve faillerin yakalanması için değişik usuller kullanmaktadırlar. Bu usullerde değişik teknolojik aletler kullanılmaktadır. Bu aletler, gizli dinleme ve görüntüleme için kullanıldığı gibi, suç faillerinin tespit edilmesi için de kullanılmaktadır. Bu aletlerin kullanılması ile delil elde edilmesi temel insan haklarından olan özel hayatın gizliliğini ihlal etmektedir⁹³.

⁹⁰ DANIŞMAN, Ahmet: s. 12.

⁹¹ İŞGÜZAR, Hasan: Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1990/6, Yıl: 47, s. 860 vd.

⁹² ŞEN, Ersan: Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s. 9

⁹³ Özellikle, genel adap aleyhine işlenen suçlarda kullanılan fallometri, özel hayatın gizliliğine saldırı teşkil etmektedir. Fallograf, kişinin cinsel reaksiyonlarını ölçmek için kullanılan bir yöntemdir. (Ayrıntılı bilgi için bakınız, KUHNE, Heiner-Hans: (Çeviren: V. Özer ÖZBEK), Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbirleri, İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 2, Nisan 1993, s. 128.)

1982 Anayasası'nın 20, 21, ve 22. maddelerinde "özel hayatın gizliliği ve korunması" başlığı altında kişinin "özel hayatının gizliliği", "konut dokunulmazlığı" ve "haberleşme hürriyeti" düzenlenmiştir. Aynı zamanda, Türkiye'nin de taraf olduğu ve kendisi için bağlayıcı olan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetini Korumaya Dair Sözleşme'nin 8/1. maddesinde "Her şahıs özel ve ailevi hayatına, konutuna ve muhaberatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir" düzenlemesine yer verilmek suretiyle, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına devlet organları karşısında da güvenceler getirilmesi öngörülmüştür. Bu nedenle, herhangi bir alanda devlet organları faaliyette bulunurken kişinin özel hayatına saygı göstermek zorundadır. Devletin, özel hayatın korunmasına yönelik düzenlemeler yapması, onu tanıması, güvenceler sağlaması, ihlali halinde yaptırımlar uygulaması ve bu düzenlemeleri organları vasıtasıyla uygulaması gerekmektedir. Bu çalışmalar, devletin olumlu yönde özel hayatın gizliliği ve korunması hakkına yardımcı olması olarak nitelendirilmektedir⁹⁴.

Özel hayatın gizliliği konusunda kişinin bazı temel haklarının kamu düzeninin korunması nedeniyle sınırlanması ve bu sınırlamanın devlet organları tarafından yerine getirilmesi hususu ise devletin olumsuz ilişkisi olarak nitelendirilmektedir⁹⁵. Bilindiği üzere özel hayatın gizliliğini düzenleyen Anayasa'nın 20/II. maddesine göre, "kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara elkonulamaz". Bundan da anlaşılacağı üzere, arama ve elkoyma ancak hâkim kararıyla olabilmekte, gecikmede sakınca bulunan hallerde de yetkili merci emriyle yerine getirilmektedir. Anayasa, burada bahsettiği yetkili merciin ne olduğunu belirtmemiş, bunu kanunlara bırakmıştır. Bu konuda 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 2559 Sayılı Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunu, 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu gibi kanunlarda düzenlemeler vardır.

⁹⁴ ŞEN, Ersan: Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması s. 15

⁹⁵ ŞEN, Ersan: s. 16

II. İHLAL EDİLEN TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

1. Genel Olarak

Kişi özgürlüğünün birey-birey ilişkisi yerine “siyasi iktidar-birey” ilişkisi olarak algılanmasıyla, insan özgürlüğünün, bireyin doğuştan sahip olduğu varsayılan haklarına işlerlik ve güvence sağlanarak gerçekleşeceği sonucuna ulaşılmıştır. İnsan özgürlüğünün, birbirini tümleyen birey haklarına geçerlilik sağlandığında somutlaşacağı anlayışı, yeni demokratik siyasal yapı oluşumlarına ulaşmıştır.

Temel hak ve özgürlükler; herkesin herkesle ilişkisinde saygı gösterilmesini isteyebileceği haklardır.⁹⁶ Bir başka anlatımla, kişinin tek tek kişilerle veya iktidarla ilişkileri içinde kendi malı olarak elinde bulundurduğu ayrıcalıklardır.⁹⁷ Çağdaş anayasalarda değişik biçimde pozitif-somut ifadesini bulan temel hak ve hürriyetlerin kaynağının, insanın kendi şahsiyetini serbestçe geliştirmesi amacı olduğunu da belirtmek gerekir.⁹⁸ Nitekim bu husus, Anayasanın 5 ve 17/nci maddelerinde⁹⁹, insanın maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı olarak ifade edilmiş ve bunun gerçekleşme imkânlarının temini bakımından da devletin yükümlü olduğu açıklanmıştır.¹⁰⁰

Temel hak ve özgürlükler devletin dahi giremeyeceği hukuk kalesiyle kuşatılmış, anayasayla güvence altına alınmışlardır.¹⁰¹ Amaç, bireyi keyfi iktidar

⁹⁶ DONNELLY, Jack: Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Ankara 1998, Çev: Mustafa ERDOĞAN-Levent KORKUT, Yetkin Yayınları. s. 49

⁹⁷ MOURGEON, Jacques: İnsan Hakları, 2. Baskı, İstanbul 1991, İletişim Yayınları, s.12

⁹⁸ ÖZGENÇ, İzzet: İnsan Haklarının Felsefi Temeli, İnsan Hakları, İstanbul 1985, s.42

⁹⁹ Anayasanın 5. maddesi: “Devletin temel amaç ve görevleri insanın maddi ve manevi gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”, Madde17/1: “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

¹⁰⁰ SÖZÜER, Adem: “Türkiye’de, Karşılaştırmalı Hukukta, Telefon, Faks, Teleks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, İÜHFM, Prof. Dr. Türkan RADO’ya Armağan, C. LV, S.3, İstanbul 1997, s.71

¹⁰¹ SELÇUK, Sami: “Çıplak Devletten Hukuk Devletine”, Yeni Türkiye Dergisi, Türkiye Günlüğü. S.36 Ankara1995.s.151

karşısında korumaktır. Bu koruma bireyin, devletin haklarından ve yetkilerinden önce gelen ve onlara üstün tutulan haklara sahip olduğu ve devletin bunlara saygı göstermek zorunda bulunduğu göstergesidir.¹⁰² Ancak Anayasada belirtilen sebeplerin varlığı halinde bu hak ve özgürlüklere müdahale edilir. Bunun da geniş anlamda iki ölçütü vardır. Biri, bireysel yarar ile toplumsal yarar arasındaki denge arayışına yönelik olup, diğeri ise, hakkın olası kullanımının başka kişilere zarar vermesini önlemeye yöneliktir.¹⁰³

Devlet, öncelikle suçun işlenmesini önlemek, suç işlendikten sonra ise, failerin bulunup cezalandırılmasını sağlamak görevlerini yerine getirirken, kamu düzenini ve hukuki güvenliğı sağlamayı amaçlar.

Anayasanın 4709 Sayılı Kanunla¹⁰⁴ değişik 13. maddesi, temel hak ve özgürlükler üzerinde yerine göre yapılması gereken sınırlamaların ne tür tasarruflara, ne gibi sebeplere dayanılarak ve hangi ölçüler içinde yapılabileceğini hükme bağlamıştır.

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülük ilkesine aykırı olmaz.”¹⁰⁵ (M. 13)

¹⁰² ESEN, Bülent Nuri: Anayasa Hukuku, Ankara 1970, S.306

¹⁰³ GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, İstanbul 1997, Beta Basım Yayım, s.392

¹⁰⁴ T.C. Anayasasının Bazı Maddelerin Değiştirilmesi Hakkındaki 4709 Sayılı Kanun İçin bkz. 17 Ekim 2001 Tarih ve 24556 Sayılı RG.

¹⁰⁵ 1982 Anayasasında “demokratik toplum düzeni gerekleri” kavramına yer verilmişken, daha önce 1961 Anayasasında “temel hak ve özgürlüğün özü” kavramına yer verilmiş ve bir hakkı tamamen ortadan kaldıracak derecedeki sınırlamaların o hakkın özüne dokunacağı sonucuna varılmıştı. En son 4709 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Anayasanın 13ncü maddesine tekrar “özüne dokunmama” kavramı dahil edildi. Erdem’e göre; demokratik toplum düzeni, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmamasını gerektirdiğinden aslında her iki kavram arasında bir anlam farklılığı yoktur. Bkz. ERDEM, Mustafa Ruhan: age., s.229, SAĞLAM,Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, S.141 vd., Anayasa Mahkemesi de bir kararında, “bir hakkın veya özgürlüğün kullanılmasını yapılamaz hale koyucu veya ciddi suretle güçleştirici, ortadan kaldırııcı sınırlamaların temel hak ve özgürlüğün özüne dokunduğunu” belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin 14 Ocak 1963 tarih ve 208/1

Her insanın özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğduğunu öngören uluslar arası bildiriler, sözleşmeler, anayasalar, kişinin vazgeçilmez, dokunulmaz, devrilmez temel hak ve hürriyetlere sahip bulunduğunu belirtirler. Günümüzün somut olgusu belirtilen ilkenin, ülkeden ülkeye, göreceli olarak değişen ölçülerde ihlal edildiği gerçeğidir. Diğer bir deyişle, bildiri, sözleşme ve anayasalarda yer alan "insan hakları" kavramının tam anlamıyla uygulanmadığı açıktır ve insanın insan olarak dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez haklara sahip olduğu inancı hayalci bir kavramdan öteye geçememektedir. Değinilen olgu, insan haklarına saygıyı ve işlerliği sağlamak amacıyla bitmez, tükenmez uluslar arası toplantılar yapılmasıyla, güvence arayışlarıyla, insan hakları uygulamalarını izleme komiteleri kurulmasıyla, ek protokollerle belirgin insan haklarına karşıt davranışların yasaklanmasıyla da kanıtlanmaktadır. Gerçekten, siyasi iktidarlar, "insan hakları" kavramına ve bu kavramı somutlaştıran hak ve özgürlüklere uygun davransa, belirtilen güvenceleri ve denetimi sağlama çalışmalarına da gerek kalmazdı. İnsan haklarının geçerliliğini sağlamak amacıyla, siyasal iktidarın sınırlandırılmasına yönelik güvence arayışları, kendiliğinden, belirtilen anlayışın yarattığı sonuçları önlemeye yönelmiş oluyor. Gerçekten, "devlet hakları-kişi hakları" ayrımı "insan hakları" kavramı ile tümünden geliştiği için devlet haklarını korumak amacına yönelik düzenleme ve uygulama, insan haklarının sınırlandırılması sonucunu yaratıyor. Belirtilen nedenle de, insan haklarının korunması amacı, "devlet-kişi" ilişkisinin yeniden değerlendirilmesi zorunluluğunu gündeme getiriyor.¹⁰⁶

2. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

İnsanın mutluluğu için büyük önemi olan özel hayatın gizliliği hakkı, bireylerin kişiliği için temel bir hak olarak tanınmaktadır. Bu hak kişiyi, kamu otoritelerine, topluluğa ve diğer fertlere karşı korur.

Sayı Kararı için bkz. AMKD. S.1, s.74, Kuzu'ya göre; demokratik toplum düzeni gerekleri daha çok sınırlama kıstası olup, sınırlamanın nasıl yapılacağını gösterir. Öze dokunma yasağı ise "mutlak" nitelikte bir alanı güvence altına almaktır. Bkz. KUZU, Burhan, "T.C Anayasalarının İnsan Hakları Açısından Karşılaştırmalı İncelenmesi", İÜHFM.C.LIV.S.1-4, İstanbul 1994 Gür-Ay Matbaası, s.85-86

¹⁰⁶ ÖZEK, Çetin: Devletin Korunması, s. 235.

Bu kişinin özel hayatına saygı ve hayatındaki gizlilikler, hukuki kavram olarak birbirinden farklıdır. Ancak bunlar, birçok hallerde, birbiriyle karışmakta veya birleşmektedir. Özel hayat ve bunun gizliliği hakkı, hukuk devleti esasını benimseyen, insanı ve insan onurunu değerler sisteminin odak noktası sayan ve temel hak ve hürriyetleri gerçekten benimseyerek büyük bir hassasiyetle ülkelerde, kademeli olarak koruma altına alınmıştır. Bu ülkelerce özel hayatın gizli alanı mutlak bir şekilde korunur hatta dokunulmaz sayılırken özel hayat nisbi olarak korunmuştur¹⁰⁷. Görüldüğü gibi, bu sistemin temelini hukuk devleti ilkesi ile insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi oluşturmaktadır¹⁰⁸. Bu ilkelerin geçerli olmadığı ülkelerde, esas itibarıyla, keyfilik hakim olacağından, özel hayatın gizliliğinin korunması bir hak olarak kabul edilemez.

AİHS m. 8’de ifadesini bulan 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) şerefine veya şöhretine yönelik saldırılar, 4) söz veya fiillerine zarar verebilecek tüm ihlaller, 5) özel hayata ilişkin ve kişiyi zor duruma düşürebilecek fiillerin açıklanması, 6) isminin, kimliğinin veya resminin kullanılması, 7) kişiyi jurnalleme, gizli olarak takip etmek, gözlemek ve taciz etmek, 8) haberleşmesine ¹⁰⁹ el koymak, 9) sözlü veya yazılı özel haberleşmeyi kötü amaçla kullanmak, 10) kişi tarafından elde edilmiş veya haber alınmış mesleki sır kavramına giren bilgilerin açıklanması, gibi durumlara karşı korunarak kişinin dilediği gibi yaşamasını ifade eder.¹¹⁰

Uygulamada yukarıda ifade edilen durumların hedef ettiği hususlar şunlardır:

- Kişinin aranması,
- Konutun ihlali veya konutta ve diğer yerlerde araştırma yapılması,

¹⁰⁷ ÖZTÜRK, Bahri: “Özel Hayatın Gizliliği ve Arama,” Manisa Barosu Dergisi, Yıl:11, Sayı. 4, (1992)

¹⁰⁸ GÖKÇEN, Ahmet: Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994, s. 40.

¹⁰⁹ AİHS m. 8’de ifadesini bulan “muhaberat” kavramının içine, yazılı olmayan haberleşme de girer. Dolayısıyla, telefon, telgraf, radyo veya niteliği ne olursa olsun her türlü haberleşme buraya girer. Bkz.: COŞKUN, Enis. Gizli Dinleme, İstanbul 1974s. 137.

¹¹⁰ DONAY, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, 1978, s. 440 naklen,

- Tıbbi, psikolojik ve fiziki araştırmalar,
- Zor duruma düşürücü, yanlış veya kişi hakkında mutad dışı açıklamalar,
- Haberleşmeye el koymak,
- Gözleyici elektronik aletler veya diğerk dinleme sistemleri kullanma,
- Banda alma, fotoğraf ve sinema görüntülerinin alınması,
- Basın tarafından veya diğerk kitle iletişim araçları ile taciz edici hareketler,
- Özel hayat nedeniyle ortaya çıkan fiillerin kamuya açıklanması,
- Kamu otoritelerinin ve meslek sahiplerinin elde ettikleri ve öğrendikleri sır teşkil eden bilgileri açıklamaları,
- Bir kişinin taciz edilmesi (Örneğın, onu gözleyerek, takip ederek gibi)¹¹¹

Demokratik ve modern bir toplumda diğerk bütün kişilik haklarında olduğu gibi, özel hayatın gizliliğeri hakkı da sınırsız olamaz. Ancak şu anlamda ki bu, insan kişiliğinin fizik, akli, entelektüel veya moral şerefi ile uyuşmaz bir kapsamda olmamalıdır. İster kişisel veya toplumsal olarak kişilerin menfaatleri ile ister devlet menfaatleri arasında bir dengeyi kurmak için gerekli olan sınırlar, özel hayata saygı gösterilmesi hakkına verilecek anlama göre değışir.¹¹²

Özel hayatın gizliliğeri ancak adli kovuşturmanın gerektirdiğeri durumlarda kaldırılabilir. Bunun dışında kamu düzeni gerektiriyorsa başka bir organa, en büyük mülki amire (gecikemez durumlarda şüpheli kişilerin üzerini) ve eşyalarını arama hakkı vermez. Çünkü kamu düzeni, özel yorumlara elverişli, keyfiliğeri varabilen, çeşitli uygulamalara yol açması olanağeri sınırlandırılması zor bir kavramdır.¹¹³ Nitekim bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'nin verdiğeri bir karar şu şekildedir: "...oysa kamu düzeni, uygulayıcının kişisel görüş ve anlayışına göre değışebilecek, özel yoruma elverişli, keyfiliğeri yol açabilecek uygulamalara varabilecek bir kavramdır. Gecikmede sakınca bulunan hal, şüphe edilen kimseler kavramları da sınırsız ve kesin olmayan deyimlerdir. Özel yaşamın

¹¹¹ DONAY, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, 1978, s. 441.

¹¹² DONAY, Süheyl: s. 442.

¹¹³ MÜDERRİSOĞLU, Feridun: "Anayasal Hak ve Özgürlükler", Prof. Dr. Sıdık Sami Onar'a Armağın, s. 496.

gizliliğinin istisnası adli kovuşturmadır. Bu istisnayı başka bir istisna ile bağlamak hakkın özüne dokunduğundan anayasaya aykırıdır...”¹¹⁴

a. Türk Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği

aa. İslam ve Osmanlı Hukukunda Düzenlenişi

İslam hukukunda özel hayatın gizliliği ve korunması genel olarak kabul edilmiş bir kavramdır. İslam hukuku, ayıp ve kusur araştırmayı (tecessüsü) yasaklamıştır¹¹⁵. Yani, başkalarının gizli ve ayıp sayılan hallerinin araştırılmasını, sahibinden habersiz öğrenilmesini ve açıklanmasını eski hukuk yasak saymıştır. İslam hukukunda kıyas mümkün olduğundan, özel hayatın gizliliği ve korunması konusunda hükümlerin büyük bir kısmı tecessüs yasağının kıyasen uygulanması ile kabul edilmiştir. Bu nedenle İslam hukukunda, haberleşmenin gizliliği¹¹⁶, konut dokunulmazlığı¹¹⁷, şahsi ve mesleki sırların gizliliği¹¹⁸, özel ve aile hayatının gizliliği¹¹⁹ kabul edilmiştir.

Osmanlı mevzuatında özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin hükümler mevcuttur. 1859 tarihli Telgraf Nizamnamesi’nin 19–21. maddeleri ve 1871 tarihli Posta Nizamnamesi’nin 10–22. maddeleri haberleşmenin gizliliğini ihlal eden görevlilerin cezalandırılmalarını düzenlemiştir¹²⁰. 1858 tarihli Ceza Kanunu ile konut dokunulmazlığı düzenlenerek ihlal edenler cezalandırılmıştır. Aynı şekilde 1876 tarihli Kanun-u Esasi’nin 22. maddesi de aynı hususu

¹¹⁴ Bkz.: AYM, E.: 1973/41, K.: 1974/13, RG., 14.09.1974.

¹¹⁵ ARMAĞAN, Servet: İslam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği, İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 3-4, İstanbul, 1976, s. 145 vd., FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Mevzuatımızda ve Önceki Hukukumuzda Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 6/1993, s. 117 vd., FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Konya, 1994, s. 118, TÜRKMEN, Ali: İslam İletişim Hukuku, Samsun, 1996, s. 379 vd.,

¹¹⁶ FENDOĞLU: Mevzuatımızda ve ..., s. 123, FENDOĞLU: Hukuk ..., s. 119, TÜRKMEN, Ali: s. 385

¹¹⁷ ARMAĞAN: s. 160, FENDOĞLU: Mevzuatımızda ve ..., s. 118, FENDOĞLU: Hukuk ..., s. 119, TÜRKMEN: s. 387

¹¹⁸ ARMAĞAN: s. 156, TÜRKMEN: s. 386

¹¹⁹ TÜRKMEN: s. 386

¹²⁰ ALPKAYA, Gökçen: Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlüğü (1839-1908), İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 12, 1990, s. 176

düzenlemiştir¹²¹. Mecellenin 69. maddesi yazılı haberleşmeyi sözlü haberleşme gibi kabul ederek her türlü haberleşmenin gizliliğinin korunmasını amaçlamıştır¹²². 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin doğrudan veya dolaylı bir hüküm mevcut değildir¹²³.

bb. Anayasalarda Özel Hayatın Gizliliği

aaa. 1924 Teşkilat-I Esasiye Kanununda Özel Hayatın Gizliliği

1924 Anayasası'nda özel hayatın gizliliği ve korunmasını düzenleyen bir hüküm yoktu. Fakat Anayasanın 71. maddesinde konut dokunulmazlığı, 81. maddesinde de haberleşme hürriyeti düzenlenerek özel hayatın gizliliği güvence altına alınmaya çalışılmıştır¹²⁴.

bbb. 1961 Anayasasında Özel Hayatın Gizliliği

1961 Anayasası, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını Türkiye'de ilk defa düzenleyen Anayasa olduğu gibi, dünyada da bu hakka yer veren ilk anayasalardan birisidir¹²⁵. Bu Anayasa'nın 15. maddesi özel hayatın gizliliği ve korunmasını, 16. maddesi konut dokunulmazlığını, 17. maddesi ise haberleşmenin gizliliğini düzenlemiştir.

1961 Anayasası'nın 15/1. maddesi "Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır" diyerek özel hayatın dokunulmazlığı belirtilmiş, maddenin 2. fıkrasında bu hakka, kanunun açıkça gösterdiği hallerde hakim kararıyla, milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca olan hallerde ise kanunda belirtilen yetkili organ emri ile müdahale edilebileceği belirtilmiştir.

¹²¹ ALPKAYA: s. 172, FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Mevzuatımızda ve Önceki Hukukumuzda Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, s. 106

¹²² BERKİ, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle, İstanbul, 1990, s. 25

¹²³ FENDOĞLU: Mevzuatımızda ve ..., s. 106

¹²⁴ DANIŞMAN: s. 92

¹²⁵ DANIŞMAN: s. 92-93

1961 Anayasası'nın 16/1. maddesinde konut dokunulmazlığı düzenlenmiştir. Kişinin hayat faaliyetlerini geçirdiği, bir anlamda oturulan yerin kişinin maddi küçük dünyası¹²⁶ olması nedeniyle bu yerin dokunulmazlığı anayasa bakımından kabul edilmiştir. 16. maddede kişinin konutuna izinsiz girilemeyeceği, arama ve el koyma yapılamayacağı belirtilerek konut dokunulmazlığı düzenlenmiştir. 16. maddenin 2. fıkrasında kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hâkim kararıyla ve milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri ile konuta girilebileceği, konutta arama yapılabileceği ve burada bulunan eşyaya el konulabileceği ifade edilerek konut dokunulmazlığına müdahale edilebileceği istisnai olarak belirtilmiştir.

1961 Anayasanın 15. ve 16. maddelerinde belirtilen özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığına hâkim kararı dışında getirilen sınırlama için milli güvenlik ve kamu düzeni tek başına yeterli değildir. Bunun için bir ön koşul gerekmektedir. Hâkim kararına kadar geçecek sürenin kamu düzeni ve milli güvenlik bakımından aynı zamanda sakıncalı olması gerekmektedir. Hakim dışında, bu haklara sınırlama getirecek, kanunun belirttiği organların yetkisi, hakim kararının alınabilmesi için gerekli süre içinde meydana gelebilecek sakıncaları önlemek için tanınmış bir yetkidir. Bu yetkinin süresi, hakim kararının alınabilmesi için gerekli olan makul bir süredir¹²⁷.

1961 Anayasanın 17. maddesinde haberleşmenin gizliliğini düzenlemiştir. Anayasa haberleşme hürriyetini düzenleyerek özel hayatın gizliliğine yapılacak saldırıları önlemeyi amaçlamıştır. 17. maddenin 2. fıkrasında haberleşmenin gizliliğine kanunun açıkça belirttiği durumlarda hakim kararıyla müdahale edilebileceği belirtilmiştir. 1961 Anayasasının 15. ve 16. maddelerinde hakim kararı yanında kanun tarafından yetkilendirilmiş makamın da kişinin üstünü, eşyasını ve konutunu aranabileceği ve eşyasına el koyabileceği belirtilmiş olmasına rağmen, haberleşme hürriyeti ve gizliliğini düzenleyen 17. maddesinde, hakim kararı dışında bu hakka müdahale edebilecek başka bir yetkili organ öngörmemiştir. Milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmesinde

¹²⁶ ARMAĞAN, Servet: Temel Haklar ve Ödevler, İstanbul, 1980, s. 21

¹²⁷ SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s. 111

sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı veya kolluk kuvveti haberleşme hürriyetine ve gizliliğine bu madde hükümlerine göre müdahale edemeyecektir. Fakat, bu organlar Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırmasını düzenleyen 11. maddesindeki genel sınırlama sebeplerine dayanarak bu hakka müdahale edebileceklerdir. Anayasa Mahkemesi de aynı görüşte olup bu doğrultuda kararlar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, haberleşme hürriyeti ve gizliliğin sınırlandırılması konusunda, 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun ¹²⁸ 3/a maddesi ile sıkı yönetim komutanına yetki verilmesini Anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesine göre, hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı ve durdurulacağını düzenleyen Anayasanın 124. maddesi ile temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlama sebeplerini düzenleyen 11. maddesine göre sıkıyönetim komutanının, haberleşme hürriyetine ve gizliliğine müdahale edebileceğini ve bu hakka sınırlama getirebileceğini kabul etmiştir¹²⁹.

Anayasa Mahkemesi, Milli İstihbarat Teşkilatı'nın bir görevlisi tarafından kişilerin haberleşmesinin gizlice kaydedilmesi hususunda vermiş olduğu bir kararda, kayıt yapılan ses bantlarının gelişen teknoloji karşısındaki durumunu göz önüne alarak ses bantlarında montajın kolay olabildiğini ve bu nedenle bu ses bantlarının tek başına güvenli olmadığına karar vermiştir¹³⁰. Anayasa Mahkemesi bu kararında, ses bantlarının taklit, montaj ve tahrif edilmiş olabileceği nedeniyle delil olarak yetersiz olduğuna karar vermiş, gizli dinlemenin ve kayıt yapmanın haberleşme hürriyeti ve gizliliği karşısındaki durumunu ve bu hususta bir hukuka aykırılık olup olmadığı hakkında bir hukuka aykırı olup olmadığı hakkında bir karar vermemiştir.

¹²⁸ 1402 Sayılı Sıkı Yönetim Kanunu, 13.05.1971 Kabul tarihi, 15.05.1971 Tarih ve 13837 Sayılı Resmi Gazetede yayımlandı.

¹²⁹ Anayasa Mahkemesi, 15-16 Şubat 1971 tarih ve 1971/31 Esas, 1972/5 Karar sayılı kararı, AMKD, Sayı: 10, Ankara 1973, s. 155 vd.

¹³⁰ Anayasa Mahkemesi, 17-19 Ağustos 1971 tarih ve 1971/41 Esas, 1971/67 Karar sayılı kararı, AMKD, Sayı: 11, Ankara 1974, s. 82 vd.

ccc. 1982 Anayasasında Özel Hayatın Gizliliği

1982 Anayasası'nın 20. maddesi "herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz", 21. maddesi "kimsenin konutuna dokunulamaz", 22. maddesi "herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır" diyerek özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti ve gizliliği güvence altına alınmıştır.

Anayasanın 20. maddesinde özel hayatın ve aile hayatının gizliliği belirtilmiş, maddenin 2. fıkrasında ise, bunun istisnaları ifade edilmiştir. Buna göre, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, hakim kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun yetkili kıldığı merciin emri ile kişilerin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranabilir ve bunlara el konulabilir.

Anayasanın 21. maddesinde, konut dokunulmazlığı düzenlenmiş olup, aynı maddede bunun istisnaları belirtilmiştir. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, hakim kararıyla, gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunun yetkili kıldığı merciin emri ile konuta girilebilir, arama yapılabilir ve buradaki eşyaya el konulabilir.

Anayasanın 22. maddesinde ise, haberleşme hürriyeti ve gizliliği düzenlenmiştir. Bu madde ile haberleşme hürriyeti ve gizliliği esası kabul edilmekte, haberleşmenin engellenemeyeceği ve gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiştir. Bununla beraber aynı maddenin 3. fıkrasında, bu hakkın istisnaları belirtilmiştir. Buna göre, kanunun açıkça gösterdiği hallerde, hakim kararı ile, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun yetkili kıldığı merciin emri ile haberleşme engellenebilir ve gizliliğine dokunulabilir. Maddenin devamında istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarının kanunda belirtilmesi gerektiği öngörülmüştür.

Özel hayatın gizliliği ve korunması, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti ve gizliliği hakkına ilişkin, Anayasada belirtilen maddelerde öngörülen özel sınırlama nedenlerinden başka Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin

sınırlanmasını düzenleyen 13. maddesinde belirtilen genel sınırlama nedenleri ile de bu haklara sınırlama getirilebilmektedir. 13. maddede belirtilen genel sınırlama nedenleri 20, 21, ve 22. madde dışında kalan sınırlama sebeplerine dayanak teşkil etmektedir¹³¹.

1982 Anayasası'nın 24. maddesinde, herkesin vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğu belirtilerek özel hayatın gizliliğinin bir uzantısı olan dini inanç, vicdan ve kanaat hürriyetine güvence getirilmiştir.

Yine Anayasanın 25. maddesinde düşünce ve kanaat hürriyetine herkesin sahip olduğu ve düşünce ve kanaatlerinin açıklanması hususunda kimsenin zorlanamayacağı ve düşünce ve kanaatlerinden dolayı kimsenin kınanamayacağı belirtilmiştir. Kişinin düşünce ve kanaati özel hayatının gizliliği sınırlarına girer. 25. madde ile düşünce ve kanaat hürriyeti güvence altına alınarak özel hayatın gizliliğinin korunmaktadır.

1982 Anayasasında, 1961 Anayasasından farklı olarak, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı için "kanunun yetkili kıldığı makama getirilen kamu düzeni veya milli güvenlik nedeniyle gecikmesinde sakınca bulunan haller" sınırlaması yer almamıştır ve yetkili makam için böyle bir sınırlamaya gidilmemiştir. 1961 Anayasasında haberleşme hürriyeti ve gizliliğini düzenleyen 17. maddesinde bu hakkın sınırlanması hususunda hakimden başka bir organa yetki verilmemiştir. Fakat 1982 Anayasasında, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarında olduğu gibi haberleşme hürriyeti ve gizliliği hakkının sınırlanmasında da, hakim kararının yanında, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunun yetkili kıldığı organa da bu yetki verilmiştir.

¹³¹ ŞEN, Ersan: Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması s. 102

3. Haberleşme Hürriyeti

Haberleşme hürriyetinin, Fransız Devrimi'nden önce büyük bir hukuki korumadan yararlandığı söylenemez. Özellikle mektupların açılıp okunması durumlarına, ancak Devrim'den sonra engel olunduğu görülmektedir. 1790 yılında kabul edilen haberleşme gizliliği, başlarda aşağı yukarı istisnasız bir gizlilik olarak kabul edildi. Zaman içinde bu gizliliğin ihlalinin cezaları da arttırıldı. 1832'ye kadar Fransa'da haberleşme gizliliğini ihlal eden memur hemen cezalandırılmak sureti ile hakkın koruma amacı göz önünde tutulmaktaydı. Sonradan Yargıtay bu tutumunu değiştirdi. Bireyin haberleşme hürriyeti nedeni ile Adalet zarara uğramamalıdır, dendi. Suç ile savaş nedeni ile birçok ihlalin cezalandırılmasından vazgeçildi.¹³²

Anayasamız haberleşme hürriyetine açıkça yer vermiştir. "Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır." (m. 22) Bireylerin anayasal olarak sahip olduğu bu hak ve özgürlükler toplum çıkarlarıyla çatışmadan kullanılabilir hale getirilmelidir. Dolayısıyla konumuz bakımından haberleşme hürriyeti zararlı unsurlarından arındırılmak suretiyle kişi ve kamu yararına kullanılabilir bir hale getirilmelidir. Yani hürriyetin olumlu içeriği tespit edilmelidir. Bundan sonra, ne tür hareketler bu hürriyeti ihlal edeceği açıkça belli olmalı ve gerekli koruma tedbirlerinin hangi hallerde alınabileceği gösterilmelidir. Bu anlamda da anılan hak ve hürriyetler ve bunlara getirilen sınırlama sebepleri düzenlenmek suretiyle aynı zamanda bu hak ve hürriyetler teminata da kavuşturulmuş olmaktadır. Her konuda olduğu gibi haberleşme hürriyeti konusunda da öngörülen düzenleme kesin bir şekilde obje ile fonksiyon halinde olmak zorundadır. Düzenlemeye konu olacak müessesenin gerçek anlamı, fonksiyonu bilinmeden herhangi bir düzenleme işlemine girişmek mümkün olmayacağı gibi, soyut bir zeminden hareketle yapılacak düzenleme işlemi de olumlu bir sonuç vermeyecek, hatta faaliyeti, amaçtan sapma gibi tehlikeli bir alana kayabilecektir.¹³³

¹³² TOSUN, Öztekin: "Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme," İHFM, Cilt. XLI, Sayı. 3-4, (1976), s. 99.

¹³³ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Kitle Haberleşme Hukuku, s. 15.

Haberleşme hürriyeti ve bunun gizliliği, düşünce hürriyetinin bir devamıdır. Haberleşme hürriyeti ve bunun gizliliği hakkı çerçevesinde haberleşmenin müdafî ile sanık arasında olması durumunda, bunun gizlice dinlenmesi savunma hakkının da ihlali biçimine dönüşmektedir. Bu hak da anayasamızın güvence altına aldığı temel haklardan olduğundan kesinlikle “savunma dokunulmazlığı” ilkesine uyulması demokratik bir hukuk devletinin bir zorunluluğudur.¹³⁴

¹³⁴ TOSUN: s. 99.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA MUHALEMESİNDE YASAK DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDEKİ YAKLAŞIMLAR VE ADİL YARGILANMA HAKKI

I. USULSÜZ ULAŞILAN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDEKİ YAKLAŞIMLAR

Türk hukukçuları arasında usulsüz ulaşıl原因 delillerin hükme esas alınmamasının işlevinin Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde farklı olduğu inancı yaygındır. Bu yaygın kanıya göre Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, usulsüz elde edilen delillerin reddi "insan haklarıyla temel hak ve hürriyetleri korumak" iken Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde "polisi disiplin altına almak" tır. Ancak, usulsüz ulaşıl原因 delillerin hükme esas alınıp alınmamasını açıklayan birbirinden farklı, tek bir teorinin Kıta Avrupası veya Anglo-Amerikan hukuk sisteminde tek başlarına etkin oldukları iddiası aşırı genellemeler içeren, abartılı bir ifadedir. Çeşitli ülkelerin yargı kararları incelendiğinde değişik zamanlarda farklı teorilerin usulsüz ulaşıl原因 delillerin akıbetini açıklamak için kullanıldığı görülmektedir. Aynı şekilde, herhangi bir ülkenin akademisyenlerince kaleme alınan eserlerde de usulsüz ulaşıl原因 delillerin akıbetini açıklamak için farklı teoriler kullanıldığı göze çarpmaktadır. Ayrıca, son yıllarda farklı hukuk sistemlerine mensup ülkelerin soruna yaklaşım tarzları arasında bir benzeşme de gözlenmektedir ¹³⁵.

Centel/Zafer'e göre, "hukuka aykırı delilleri değerlendirme" ile neyin amaçlandığının ortaya konulması esastır. Centel/Zafer'e göre, bu yasakla ya kişisel haklar güvence altına alınmaya çalışılır ya da kolluğun hukuka uygun çalışmaya yönltilmesi amaçlanır. Değerlendirme yasağıyla bireysel hakların korunması amaçlanmış olsa da, bu yasak, dolaylı olarak yine de kolluk üzerinde genel önleyici bir etki yapacağını ve bu nedenle, ulaşıl原因 sonuçtan ve elde

¹³⁵ BIÇAK, Vahit: Usulsüz Ulaşıl原因 Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımlar, 17-18 İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE, s. 247.

ettikleri delillerin değerlendirme dışında kaldığını gören kolluk hukuka aykırı metodlara yönelmeyecektir. Buna karşın, Kara Avrupası sisteminde, Anglo-Amerikan sisteminin tam tersine, kolluk üzerindeki bu etki, yasak delillerin amacı olmayıp, sadece arzu edilen bir yan etkidir. Bu çerçevede, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olan delillerden hangilerinin ve ne zaman değerlendirme yasağı kapsamında olduğunun tespit ederken, iki yoldan biri benimsebilir. Ya tüm hukuka aykırı delillerin değerlendirmesi yasaklanabilir, yani “mutlak değerlendirme yasağı” ya da bazı hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine, bazılarının ise, değerlendirilmemesine olanak tanıyan ve olaya göre değişen “nispi değerlendirme yasağı” benimsenebilir¹³⁶.

Örneğin, Alman Ceza Yargılaması Hukuku’nda CMK m. 217/2’ye karşılık gelecek bir hüküm olmayıp, sadece CMK m. 148/de yer alan “ifade alma ve sorguda yasak usuller” müessesine denk düşen bir düzenlemeye Alman CMK m. 136/a’da yer verildiğini görmek mümkündür. Dolayısıyla, Alman Hukuku’nda “hukuka aykırı deiller” kavramının yer almadığını, Alman doktrininin kişi hak ve hürriyetlerini etkileyen ve etkilemeyen ayrımı yaparak, “mutlak-nispi delil yasağı” müessesesi ile sorunu çözmeye çalışmıştır¹³⁷.

Birleşmiş Milletlere üye ülke sayısı 2006 yılı itibarıyla 192’ye ulaşmıştır. Usulsüz elde edilen delillerin akıbeti konusuna bu ülkelerin yaklaşımlarının ne olduğunun veya ne olabileceğinin mantıksal düzeyde bütüncül bir bakış açısıyla ele alınması diğer ülkelerin tecrübelerinden yararlanabilmek açısından faydalı olabilir. Ancak, her bir ülkeyi tek tek incelemek çok zordur. Bunun yerine, belli başlı ülkeler olan Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve İngiliz hukukundaki usulsüz ulaşılan delillerin akıbeti ile ilgili yaklaşımların esas alınması yerinde olacaktır.

Bu bağlamda, usulsüz ulaşılan delillerin akibetinin ne olması gerektiği konusunda üç ana yaklaşım ortaya konulabilir ¹³⁸.

¹³⁶ CENTEL/ZAFER: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 6. Bası, s.656-657.

¹³⁷ ŞEN, Ersan: Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, s.41.

¹³⁸ BİÇAK: s. 525.

Bunlardan ilki, eğer delil yargılanan uyuşmazlıkla ilgili ve olayı açıklamakta faydalı ise bu delilin nasıl elde edildiğini araştırma gereği olmaksızın hükme esas alınmasıdır (kesin kabul). Bu yaklaşımın tam zıddı ise usulsüz ulaşılan delillerin hiçbir şekilde hükme esas alınmamasıdır (kesin red). Üçüncü çözüm ise esnek yaklaşımdır; buna göre usulsüz ulaşılan deliller bazı durumlarda hükme esas alınabilecek, bazı durumlarda ise alınamayacaktır.

Her bir yaklaşımı savunmak ve eleştirmek için ileri sürülen veya sürülebilecek olan görüşlerin irdelenmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

1.Kesin Kabul Yaklaşımı

Kesin kabul yaklaşımını savunmak için ileri sürülebilecek olan argümanlardan ilki, ceza yargılamasının temel amacının isnad 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 hakikatin bulunmasını kolaylaştıracaktır. Dolayısıyla, bütün ilgili ve faydalı deliller nasıl elde edildiğine bakılmaksızın mahkemelerce kabul edilmelidirler.

Bu yaklaşım, İngiltere’de, “reliability principle” olarak adlandırılmaktadır. Mahkemelerin görevi maddi gerçeği ortaya koymak, suçluluğa ve suçsuzluğa karar vermektir. Elde edilen bütün güvenilir (reliable) deliller bu amaca hizmet eder. Bu nedenle elde edilen delil güvenilir ise, bunun nasıl elde edildiği önemli değildir. 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 yumar ise, hukuk sistemine olan güven sarsılır¹³⁹.

¹³⁹ ERYILMAZ, Bedri: Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, 2003, Seçkin Yayınevi, s.278.

Bu görüş maddi hakikate ulaşmanın ceza muhakemesinin yegane amacı olduğunu varsaymaktadır. Kuşkusuz, maddi hakikate ulaşılması ceza muhakemesinin önemli bir amacıdır; ancak maddi hakikat her ne pahasına olursa olsun ulaşılması gereken bir amaç değildir. Maddi hakikate ulaşmak için mümkün olan her yolun denenmesi meşru olmayıp, maddi hakikate hukukun sınırları içinde kalınarak ulaşılmaya çalışılmalıdır.

İkinci görüş, ceza muhakemesinin konusunun itham edilen suçun işlenip işlenmediğini araştırmakla sınırlı olduğu iddiasıdır. Bu argumana göre ceza muhakemesi suçun işlenip işlenmediğine ilişkin uyuşmazlıkla ilgili olmayan, tali bir uyuşmazlık olan, delillerin usulsüz elde edilip edilmediğini çözmek için uygun bir yer ve mekanizma değildir. Wigmore'un ifade ettiği gibi, "hakim belediye otobüsünde duruşma yapan ve ücretini ödemedi otobüse binen herkesi yargılayan kişi değildir. Aynı şekilde hakim, ceza muhakemesi esnasında kazaen karşılaştığı bütün suçları araştırmak ve sorumlularını cezalandırmak durumunda olan kişi de değildir". Bu argumana göre ceza muhakemesi sanığın itham edilen suçu işleyip işlemediğine ilişkin uyuşmazlığı çözmek üzere dizayn edilmiştir. Delillerin ne şekilde elde edildiğinin inceleme konusu yapılması mahkemenin dikkatini asıl sorundan uzaklaştıracak, kafasını karıştıracak ve asıl uyuşmazlık konusunun çözümünü geciktirecektir. Bundan dolayı delillerin nasıl elde edildiğinin araştırılmasına girilmemelidir. Bu arguman delil elde edilmesini düzenleyen bazı kuralların olması gereğini reddetmemektedir; ancak bu normların ihlalinin ayrı bir muhakeme konusu olması gerektiği iddiasındadır. Ceza muhakemesinin moral yönünü bu arguman ihmal etmektedir. İngiliz hukukçu Zuckerman'ın belirttiği gibi ceza muhakemesi, neticede bireyin yasal sorumluluğa katlanmak yanında acı çekeceği ve aşağılanacağı bir moral ithamın yerinde olup olmadığı ile ilgilidir. Toplumun, ceza mahkemelerini meşru adalet dağıtıcıları olarak görmesi, ceza muhakemesi sisteminin moral açıdan meşru olduğuna inancının boyutuna bağlıdır. Sistemin meşruluğu yargının bağımsızlığı, yolsuzluklardan uzaklığı gibi birçok faktöre bağlıdır. Bu faktörler arasında usulsüzlüklere karşı yargının takındığı tavırda sayılmalıdır. Usulsüzlüklere göz yuman, bunları teşvik eden bir sistem kendi normlarına vatandaşlarının uymasını bekleyemez.

Kesin kabul yaklaşımını haklı çıkarmak için ileri sürülen diğer bir arguman da suçluların cezalandırılmasında kamu menfeatinin olmasıdır. Kuşkusuz suçluların cezalandırılmasında kamu menfeati vardır. Ancak, kamunun sadece ceza muhakemesinin sonucuyla ilgilendiğini varsaymak doğru değildir. Ceza muhakemesinin öngörülen normlar çerçevesinde, kaliteli olarak yapılmasında da kamunun menfeati vardır. Dolayısıyla kamu menfeatinin çoğulculuğu kabul edilmelidir.

Kesin kabul yaklaşımının toplumda suç olgusunun azaltılmasına katkıda bulunacağı ileri sürülmüştür. Amerika'lı yazar Wilkey'e göre kesin kabul yaklaşımının benimsenmesi kumar, narkotik, kadın ticareti, silahlı soygun gibi suçları azaltacaktır. Bu iddia herhangi bir alan çalışması ile desteklenmiş değildir. Diğer taraftan, kesin kabul yaklaşımının benimsenmesi kolluğun kendilerini sınırlayan kurallarla kendilerini bağlı saymamaları sonucunu doğuracağından kolluğun inceleyebileceği suçları arttırabilecektir.

Son olarak, kesin kabul yaklaşımı hukuka itaat edilmesi gereğini hatırlatacaktır denilebilir. Şöyleki, yargı kararları insan davranışları üzerinde belli bir etkiye sahiptir. Hukuk sistemlerinin fonksiyonlarından biri de vatandaşların hukuk normlarını kendi davranışları içerisinde asimile etmelerini teşvik etmek olmalıdır. Ceza muhakemesinin amacı sadece maddi hakikatin ortaya çıkarılması olmayıp aynı zamanda vatandaşların davranışlarını etkileyecek mesajlar vermek olmalıdır. Kesin kabul yaklaşımı ile verilen temel mesaj, eğer vatandaşlar olarak sanığın fiillerini yapacak olursanız siz de cezalandırılacaksınız. Bu yaklaşım, hukukun mutlak itaat edilmesi gereğini, itaatsizliğin delilin nasıl elde edildiğine bakılmaksızın mutlaka müeyyide ile neticeleneceğini hatırlatacaktır. Fakat, kesin kabul yaklaşımı aynı şekilde topluma bir mesaj daha verecektir; bu da kolluğun kendisini sınırlayan hukuk kuralları ile bağlı olmadığı ve dilediği gibi hareket edebileceği mesajdır ¹⁴⁰.

Kesin kabul yaklaşımını haklı çıkarmak için ileri sürülebilecek argumanları incelendikten sonra bu yaklaşıma yöneltilebilecek eleştirilerin de ele alınması yerinde olacaktır.

¹⁴⁰ BIÇAK: s. 528 naklen.

İlk eleştiri, kesin kabul yaklaşımı mahkemelerin usulsüzlüğe ortak olmasına yol açacaktır. Bu iddiaya göre mahkemeler delilin usulsüz elde edildiğini öğrendikleri halde bu delili hükme esas alırlarsa bu tavır açıkça mahkemeleri hukuka aykırılığa ortak edecektir.

İkinci olarak, kesin kabul yaklaşımı usulsüzlüğü meşrulaştıracaktır. Hazırlık soruşturmasının yürütülmesinde kolluğun kayıtsız hareket edemeyeceği, hazırlık soruşturmasının bazı kurallar çerçevesinde yürütülmesi gereği herkesce kabul edilmektedir. Usulsüz ulaşılan delillerin kesin kabulü, mahkemelerin usulsüz tavırlara musamaha gösterdiği şeklinde algılanacak, bu durum usulsüzlüğü bir anlamda meşrulaştıracaktır. Vatandaşlar hazırlık soruşturmasının yürütülmesi sırasında kolluğun bazı davranışlara başvurmalarının gerçekte yasaklanmadığı inancına kapılacaklardır.

Üçüncü olarak, kesin kabul yaklaşımının halkın hukuka saygısını azaltacağı iddia edilebilir. Şöyleki, hukuku uygulamakla görevli kişilerin davranışları vatandaşlar için bir model oluşturmaktadır. Kolluk ve vatandaşlar hukuka itaat noktasında aynı standartlara tabi olmalıdırlar. Usulsüz davrananlar, kolluk da dahil, bu fiillerinden menfaat temin etmemelidirler. Usulsüz ulaşılan delilleri hükme esas alarak, devlet kendi hukuka aykırı davranışından menfaat sağlamaktadır. Kesin kabul yaklaşımı, dolayısıyla, topluma muhtemelen şu mesajı verecektir: hukuku uygulamakla görevli kişiler, kamu makamları, özel suçluları yakalamak için suç işleyebilirler. Bu mesaj halkın hukuka saygısını, kuşkusuz, azaltacaktır.

Son olarak, kesin kabul yaklaşımının kolluğu tembelliğe iteceği söylenebilir. Demokratik toplumda kolluk görevini usul kuralları çerçevesinde icra etmelidir. Kesin kabul yaklaşımının benimsenmesi, kolluğun usul kurallarına uygun davranma hususunda motivasyonunu azaltacağından, kolluğu tembelliğe itici bir etki yapabilecektir.

2.Kesin Red Yaklaşımı

Kesin red yaklaşımı usulsüz ulaşılan delillerin hiçbir şekilde hükme esas alınmaması gerektiğini ifade eder.

Bu yaklaşım, İngiltere’de, “protective principle” olarak adlandırılmaktadır. Bu yaklaşıma göre, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korumanın en güzel yolu, kişi hak ve özgürlükleri ihlal edilerek elde edilen delilleri mahkemede delil olarak kullanmamaktır. Suçla mücadelede kolluğun uyması gereken bazı standartlarla kişilere bazı hak ve özgürlükler tanınmışsa ve bu hak ve özgürlükler 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 sağlayamamalıdır. Bu nedenle, mahkemeler, önüne gelen bir davada, elde 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 alınabilir ¹⁴¹.

Bu çerçevede, ilk olarak, usulsüz ulaşılan delillerin güvenilir olmadığı, dolayısıyla amacı maddi hakikate 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 (“güvenilmezlik teorisi kapsamında”). 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, iskence ile elde edilen itiraf, bu itirafın güvenilirliğini gösteren başka deliller olması durumunda hükme esas alınabilecektir. Bu örnekte de açıkça görüldüğü gibi “güvenilmezlik teorisi” esas alınacak olursa, ifade alma sürecinde baskıcı metodların 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 görüldüğü gibi güvenilmezlik argumanı kolluğun ceza muhakemesini yürütürken bağlı olması gereken standartları önemli ölçüde zayıflatmaktadır. Ceza muhakemesini düzenleyen kuralları ciddiye alan hukuk sistemlerinin, usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınmamasını “güvenilmezlik teorisi” ile açıklamaları mümkün olmasa

¹⁴¹ ERYILMAZ: s.279.

gerekir. İkinci olarak, kesin red yaklaşımının temel hak ve hürriyetleri korumak için benimsenmesi gerektiği ileri sürülebilir. “Koruma teorisi” olarak isimlendirilebilecek olan bu argumana göre, bireylere tanıdığı hakları ciddiye alan bir hukuk sistemi, haklarının ihlali neticesi karşılaşılabileceği risklere karşı bireyleri korumalıdır. Usulsüz ulaşılan delilin hükme esas alınmaması, haklarının ihlali neticesi karşılaşılabileceği dezavantajlara karşı sanığı korumaktadır. Usulsüz ulaşılan delil red edildiğinde sanık sanki ihlaller hiç olmamış gibi bir durumda olacaktır. “Koruma teorisi” açısından, kolluğun, ihlali kasden mi, ihmal sonucu mu yoksa hataen mi yaptığının önemi yoktur. Çünkü, bu teorinin yoğunlaştığı husus usulsüz davranışın neticede sanığı dezavantajlı konuma sokup sokmadığıdır. Bu teori temel alınacak olursa 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 sözkonusu olmayacaktır¹⁴².

Üçüncü olarak, kesin red yaklaşımını haklı çıkarmak için ileri sürülen görüş, caydırma (disiplin altına alma) teorisi yani “disciplinary principle”dir. Bu prensibe veya teoriye göre, hukuka aykırı elde edilen delilin sadece bir davada red edilerek sanığın hak ve özgürlüklerinin korunması amaç olmamalıdır. Bir hukuka aykırı delilin mahkemede kullanılmaması başka amaçlara da hizmet etmelidir. Hukuka aykırı delillerin ret edilmesi 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

¹⁴² BIÇAK: s. 529-530 naklen.

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 dürüstlüğünü ve güvenilirliğini (judicial integrity principle) de garanti altına alacaktır. Mahkemeler, hukuka aykırı davranarak suç işleyen bir kişiyi cezalandırırken, kolluğun hukuka aykırılığını görmezlikten gelemes¹⁴³.

Caydırma teorisine göre, usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınmamasının nedeni, kolluk kuvvetlerini hazırlık soruşturmasının kurallarını ihlal etmekten caydırmaaktır. Caydırma teorisi usulsüz ulaşılan delillerin mahkemede değerlendirilemeyecek olmasının kolluğu hukuka aykırı yollara başvurmaktan alıkoyacağı, caydıracağı varsayımına dayanmaktadır. Caydırma teorisine göre kesin red 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 red kuralının ceza muhakemesi normunu bizzat ihlal eden kolluk görevlisi üzerindeki caydırma etkisini ifade eder. Bir kolluk görevlisini 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 red kuralı usulsüz delil elde eden kolluğu, kendisinin usulsüz hareket ettiğini gizleyecek yeni arayışlar içine girmesine de yol açabilecektir. "Genel caydırma" kesin red yaklaşımının, usulsüz davranışı fiilen icra eden kolluk dışındaki diğer kolluk mensuplarını normları ihlal etmekten alıkoymasını ifade eder. Kesin red yaklaşımı toplumun bu tür tavırları onaylamadığını açıkça ortaya koyarak kolluk mensuplarında normlara uyma

¹⁴³ ERYILMAZ: s. 97 ve 98.

yönünde bir davranış modeli gelişmesine katkıda bulunabilir. Ayrıca, kesin red yaklaşımı, hukuk normları içinde kalan kolluk mensuplarının bu davranışlarını normları dikkate almayan kolluk mensuplarına karşı haklı çıkarmalarını sağlar. Genel caydırma beklentisinin gerçekleşmesi bir takım 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. "Sistemik caydırma" ise kesin red kuralının herhangi bir kolluk mensubu üzerinde kolluk teşkilatı tarafından olan etkisini ifade eder. Kesin red 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 eğitmeleri, soruşturma sırasında nasıl hareket edeceklerini açıklayan broşürler hazırlamalarına yol açabileceğinden sistemik caydırma sözkonusu olacaktır¹⁴⁴.

3.Esnek Yaklaşım

Usulsüz ulaşılan delillerin akıbetinin ne olması gerektiği sorununa üçüncü çözüm şekli olarak esnek yaklaşım benimsenebilir. Bu yaklaşıma göre usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınacağı veya alınmayacağı gibi kesin bir kural koymak yerine somut olayın özelliklerini dikkate alarak her davada usulsüz ulaşılan delilin hükme esas alınıp alınmamasına karar verilmelidir. Bu yaklaşım açıkça mahkemelere takdir hakkı vermektedir.

Kesin kabul ve kesin red çözümleri ceza muhakemesine iki farklı yaklaşımı yansıtmaktadır. Bunlardan ilki maddi hakikatin bulunmasının ve suçluların cezalandırılmasının, ceza muhakemesinin en önemli amacı olduğunu vurgulayan faydacı yaklaşımdır. İkincisi ise, delil elde edilmesini düzenleyen normların korunmaları gerektiğinin ve bu ihtiyacın suçluların cezalandırılması gibi diğer birtakım amaçların önüne geçebileceğini vurgulayan moral yaklaşımdır. Kesin kabul ve kesin red yaklaşımları arasındaki uyumsuzluğun çözülememiş olması ve hukuk sistemlerinin bu iki yaklaşımdan birini diğerine tercih edemeyecek olması

¹⁴⁴ BIÇAK: s. 531-532 naklen.

sorunun ancak hâkime takdir hakkı veren esnek yaklaşımla çözülebileceği kanaatini oluşturmaktadır.

Kesin kabul ve kesin red çözümlerinin 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 belirtildiği gibi "kesin kabul ve kesin red çözümlerinin sonuçları arasında acayip bir benzerlik vardır. Tutarlı olarak uygulanacak olurlarsa her ikisi de halkın ceza muhakemesine olan güvenini zedeleyecektir. Eğer mahkemeler usulsüz ulaşılan delilleri her zaman kabul edecek olurlarsa hukuka aykırı davranan kolluğun bu fiiline göz yumuyor olarak görüleceklerdir. Eger usulsüz ulaşılan delilleri her durumda reddederlerse bu durumda da mahkemeler toplumu suçlardan koruma görevini yerine getirmeyen organlar olarak görüleceklerdir. Bundan dolayıdır ki hukuka aykırı elde edilen deliller bazı durumlarda kabul edilmeli bazı durumlarda ise reddedilmelidir. Bu tür esnek bir yaklaşım kesin kabul ve kesin red yaklaşımlarının katı, kabul edilemez sonuçlarını ortadan kaldıracaktır¹⁴⁵.

Esnek yaklaşımı haklı çıkaran bir diğer husus ise adaletin bireyselleştirilmesine olan ihtiyaçtır. Hukukun uygulanmasında daha önceden öngörülme­yen durumların ortaya çıkabileceği gerçeği kesin kurallar koymanın her zaman adil sonuçlar üretmek açısından yeterli olmadığını göstermektedir. Hâkime, 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 kılmakta ve bu durum adaletin bireyselleştirilmesi olarak ifade edilmektedir. Hâkime takdir hakkı vermeksizin adaletin bireyselleştirilmesinin gerçekleştirilmesi oldukça güç olacaktır. Birçok durumda kesin kabul ve kesin red yaklaşımlarından birinin mekanik olarak tatbiki adaletsizliğe yol açacaktır.

Esnek yaklaşımı savunmak için ileri sürülebilecek diğer bir argüman da kolluğun delil elde etmek için kullandığı metodların yargı denetiminden geçirilmesine bu yaklaşımın olanak sağlıyor olması olabilir. Böyle bir denetim

¹⁴⁵ BIÇAK: s. 536-537 naklen.

kolluğun hukukun üzerinde olmadığı gerçeğinin bir kez daha vurgulanması anlamına gelecektir.

Esnek yaklaşıma birtakım eleştiriler yöneltilebilir. İlk eleştiri, esnek yaklaşımın kesinlikten uzak olduğu hususudur. Hâkime takdir hakkı verilmesi kesinlikten uzak olmayı beraberinde getirirse de bu kesinlikten uzaklık keyfilik şeklinde anlaşılmamalıdır. Esnek yaklaşım hakimin hukuk devleti çerçevesinde, makul sınırlar içinde gerekçeli olarak karar vereceğini varsayar. Somut olayda kesin, katı bir kuralın uygulanmayacak olması olayın rasgele, keyfi olarak çözüme kavuşturulacağı anlamına gelmez. Takdir hakkı sınırsızlık ve keyfilik değildir.

İkinci olarak, esnek yaklaşımın, 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 beklemekte doğru olmasa gerektir. Zira, takdir hakkının şu an çizilen çerçevesi gelecekte her davada adil sonuçlar üretmeyebilir.

Üçüncü olarak, esnek yaklaşımın somut olayda hâkimin vereceği hükme esas alma veya almama kararlarının kamu tarafından denetimini imkânsız kılacağı ileri sürülebilir. Bu endişe yine takdir hakkının çerçevesinin ve hangi prensipler ışığında kullanılacağını belirlenmesi ile izale edilebilecektir. Hâkimin ilgisiz ve keyfi faktörleri dikkate alıp almadığı bu şekilde denetim konusu olabilecektir.

4.Değerlendirme

Usulsüz ulaşılan delillerin akıbetinin ne olması gerektiği sorununa üç farklı çözüm önerilebilir. Bunlardan ilki, delil nasıl elde edilirse edilsin hâkim tarafından değerlendirilmesini öngören kesin kabul yaklaşımıdır. İkincisi, usulsüz ulaşılan delillerin kesinlikle değerlendirme dışı kalmasını gerekli gören kesin red yaklaşımıdır. Üçüncüsü, usulsüz ulaşılan delillerin bazı durumlarda değerlendirilmesi, bazı durumlarda değerlendirilmemesini öngören esnek yaklaşımıdır.

Kesin red yaklaşımı suçlarla mücadele düşüncesiyle gelişirken, kesin kabul yaklaşımı ceza muhakemesinin moral yönünü ihmal ederek suçla mücadeleye vurgu yapmaktadır. Bu katı yaklaşımların herhangi birinin benimsenmesi problemlere yol açabilecek niteliktedir. Şöyle ki, kesin red yaklaşımı suç ve suçlulukla mücadeleyi olumsuz yönde etkileyeceğinden kamu düzeninin bozulmasına yol açabilir. Diğer taraftan kesin kabul yaklaşımı mafya devleti oluşturmak isteyenlerin bu arzularına hizmet edecektir. Kanaatimizce; somut olayın özelliklerini dikkate alan esnek yaklaşım, kesin red ve kesin kabul yaklaşımlarına tercih edilmelidir. Böyle bir tercihi, takdir yetkisinin kullanılmasında esas alınacak prensiplerin ortaya konulması izlemelidir. Anılan prensiplerin ortaya konulmaması durumunda esnek yaklaşım muğlâk ve karışıklıklara meydan verir olmaktan kurtulamayacaktır.

Ülkemizde, delil yasakları ile ilgili hükümlerin takdir yetkisi bırakmadan, katı kalıplar içinde düzenlenmiş olması doktrinde çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Yenisey'e göre; hukuka aykırı bir yöntem kullanılarak elde edilen delillerin istisnasız bir şekilde değerlendirme dışı bırakılması doğru değildir. Zira delil elde edilirken ihlal edip etmediğine bakılmalıdır. Eğer ihlal varsa, sanığın işlediği suçun topluma verdiği zarar ile delil toplanırken yetkili makamların sanığa ait anayasal hakkı zedelemelerinden doğan zarar karşılaştırılmalı, sanığın topluma verdiği zarar daha büyükse, delil değerlendirilmelidir.¹⁴⁶

Bir başka görüşe göre de; yapılan aykırılığın herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş olup olmadığına bakılmaksızın, "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" denilerek, mutlak bir delil yasağı öngörülmesi bizim dâhil olduğumuz Kıta

¹⁴⁶ 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, Benzer görüş, ODMAN, M. Tevfik: "Askeri Yargıtayın Hukuka Aykırı Deliller Konusunda Verdiği Kararlar", Askeri Adalet Dergisi, Yıl 24, S. 95, s.30-31, Tosun'a göre; tanıklıktan çekinme hakkı olanların dinlenmesi veya devlet sırrı hakkındaki tanıklık kısıtlamasının ihlal edilmesi gibi durumlarda, "mutlak nitelikte yasak delil" söz konusudur ve bunlar değerlendirmeye tabi tutulmaz. Ancak bunların haricinde, hukuk kuralları tarafından elde edilmeleri açıkça yasaklanmamış deliller elde edilmiş ise, bunları elde edenlerin sorumluluklarını da kabul etmek suretiyle, değerlendirilebilir. Bkz. TOSUN, Öztekin: Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İsbat Kuvveti, İstanbul 1976, s.734

Avrupa'sı Hukuk Sistemine terstir ve çok sakıncalıdır. Zira hukuk devleti ilkesinin "adaleti sağlama" ve "hukuki güvenliği gerçekleştirme" unsurlarıyla bağdaşmaz. Bu nedenle usul kanunumuzda yer alan bu katı hükmün değiştirilerek, hukuka aykırılığın; insan haysiyeti bakımından ağır bir ihlal niteliğinde olup olmadığı, şekli aykırılıkların tahammülü mümkün derecede olup olmadığı, korunan temel hak ve hürriyetin özüne dokunup dokunmadığı hususları göz önüne alınarak, elde edilen delilin hükme esas alınıp alınmayacağını belirleyebilecek bir şekilde düzenlenmesi gereklidir.¹⁴⁷

Hafizoğulları da; 1412 Sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 254. maddedeki "hukuka aykırı şekilde" ibaresiyle, belli bir hukuka aykırılığın değil, hükümsüzlük de dâhil, her türlü hukuka aykırılığın kastedildiği görüşündedir. 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 mahkûm edilebilir. Kuşkusuz, bunun tersi olarak yani suçlu olan bir kimse de beraat edebilir ve bu düzenleme, hukuk devletinin gereğinin yerine getirilmediğini, keza sanığın da korunmadığını ifade etmektedir.¹⁴⁸

Bu konudaki tartışmalara gerek olmadığını Şen; 1412 Sayılı Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 254/2nci maddesinin konuluş sebebinin, kapsamlı ve soyut yeni bir delil yasağı koymak veya ceza yargılamasının iyi işlemlerini engellemek olmadığını, tersine hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin istisnasız bir şekilde yargılamada kullanılmasının ve bu konuda bazı istisnalar getirmeye çalışanların önüne geçmek olduğunu ifade etmektedir.¹⁴⁹

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 148. maddesi yasak sorgu yöntemlerine ilişkindir. Anayasanın 38/8. maddesi ile CMK 217/2 ve 289/i maddeleri ise, elde edilen delillerin değerlendirilmesine yöneliktir.

¹⁴⁷ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK: Ceza Muhakemesi Hukuku, s.682, ÖZTÜRK, Bahri: s.217-225

¹⁴⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki: "CMUK'da Yapılan Değişiklikler Üzerine", AÜHFD., C.43, S.1-4, 1993, AÜ. Basımevi, s.44

¹⁴⁹ ŞEN, Ersan: Türk Ceza Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul 1998, Beta Basım Yayım, s.87-88, Benzer Yönde; YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1994, s.421

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda; "adil yargılanma ilkesinin doğrudan ihlali söz konusu olmadığı sürece, kanuna aykırı yoldan elde edilen bir delilin yargılamadaki hukuki değeri, yani fiili ispatta geçerliliği konusunda ilke teşkil edecek bir genel kural koymanın mümkün olmadığını ifade etmiştir."¹⁵⁰

Anayasanın 38/8nci maddesi ile mülga Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun 254/2nci maddesi ve Meri Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217/2 ve 289/i maddelerindeki düzenlemelerden açıkça anlaşılmaktadır ki, yasa koyucu, her türlü hukuka aykırı yolla elde edilen delillerin yargılanmada kullanılmasını önlemek istemiştir.

Bir delilin hukuka aykırı elde edilip edilmediğini belirlemek için, yalnızca ceza yargılaması normlarına değil, tüm hukuk kurallarına bakılması gerekecektir. Delillerin elde edilmesi yolunu hukuka uygun hale getirmiş bir norm yoksa veya o delilin elde edilmesi şekli, öngörülen bir normun dışına çıkmışsa ya da ceza yargılaması 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 yargılamasında kullanılmayacaktır.¹⁵¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yaklaşımı da bu yöndedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu¹⁵²; kolluk amirinin şüphe üzerine verdiği sözlü emirle yapılan üst aramasında ele geçirilen uyuşturucu maddenin yargılamada delil olarak kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin ihtilafta; "delil elde etme faaliyeti sırasında ihlal edilen

¹⁵⁰ Mahkemenin 12.7.1988 tarihli Schenk/İsviçre kararı ile 7.10.1988 tarihli Salabiaku/Fransa kararları bu doğrultudadır. Bkz. GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994, s.270, KAYMAZ, Seydi: Uygulama ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller (kısaltma: Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller), Ankara 1997, s.248, YENİSEY, Feridun: İnsan Hakları Açısından Arama, El Koyma, Yakalama ve İfade Alma, s.68

¹⁵¹ ŞEN, Ersan: İletişim Denetlenmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2007 Yıl 2.Sayı 4, Seçkin Yayınevi, s.726

¹⁵² Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.03.2005 tarih ve Esas No: 2005/10-15, K. 2005/29 sayılı kararı.(www.kazanci.com)

kurallar nedeniyle sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğine bakmak gerektiği; sanığın haklarının ihlal edilmediği hallerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılabileceği” sonucuna varmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu kararında ayrıca, 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 bırakması gerektiğini belirtmiştir.

Görüşümüze göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesiyle ulaşılmak istenen yarar ile, hakları ihlal edilen bireye ait yarar arasında, bir değer tartımı yoluna gidilmesi gerekmektedir.

Ancak, kişinin “gizli hayat alanına” yapılan her türlü hukuka aykırı müdahale (“*hafif-ağır, şekli-maddi aykırılık ayrımı yapmadan*”) ile, elde edilen deliller, istisnasız olarak değerlendirme dışı bırakılmalıdır. Yani, bu konuda hâkimin takdir hakkının bulunmaması gerekmektedir. Kişinin “gizli hayat alanı”nın ne olduğu konusu yukarıda açıklandığından, bir daha bu konuyu açıklamıyoruz.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında ¹⁵³; “....Hal böyle iken; sırf arama sırasında *şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye* aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı, bir başka deyişle; sadece bu nedenle, ele geçen delilleri “hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil” olarak nitelenemeyeceği, Öğretide de; Öztürk/Erdem/Özbek¹⁵⁴, bu konudan bahsedilirken; ikili bir ayrımın yapıldığı, bu tasnifte; hak ihlalinin niteliği üzerinde durularak, bir hukuk devletinde bazı hakların mutlak, diğer bazı hakların ise nisbi koruma altında bulundurulduğu belirtildikten sonra; buna bağlı olarak “mutlak delil yasakları” ve “nisbi delil yasakları” kavramlarının ortaya çıktığının ifade edildiği, buna göre; mutlak delil

¹⁵³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 26.02.2007 tarih ve 2007/7-147 E ve K. 2007/159 Sayılı kararı.(www.kazanci.com)

¹⁵⁴ ÖZTÜRK /ERDEM / ÖZBEK: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Basım Yayın, Ankara 2006 s. 187

yasakları;1-Sanığın kendisini suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, 2-Bir kimsenin yakınlarını suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, 3-Saniğa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının hatırlatılmaması (susma hakkı, müdafî tayini isteme hakkı gibi) 4-Hayatın gizli alanına (özel hayata değil) yapılan müdahaleler, Olarak sayıldığı, bunların dışında kalan durumlarda ise hakim tarafından oranlılık (ölçülülük) ilkesi göz önünde tutularak "kamu yararı" bakımından bir değerlendirme yapılması gerekliliğinden bahsedildiği, bu bağlamda; illiyet bağı, etkilme 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 son derece ağır sonuçları da birlikte getireceği, Öztürk/Erdem/Özbek'in ifade ettiği gibi; her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabulün doğru olmadığı, bu anlamda, olayımızda olduğu gibi "hakim, savcı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu" bulunmadan yapılan bir aramada, Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'nun 97. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiğini söylemenin son derece güç olduğu, Bu nedenlerle, yapılan arama sonunda elde edilen bornozların Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'nun 254. maddesi kapsamında "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" olarak mütala edilmemesi gerektiği, *Görüş ve kanaati benimsenmekle*, Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sırtf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkumiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez...." demek suretiyle; mutlak delil yasakları kavramı açıklanarak, buraya yapılan müdahalelerin, istisnasız olarak, değerlendirme dışı bırakılması gerektiğine, ancak bu haller dışında kalan durumlarda ise, hakim tarafından oranlılık (ölçülülük) ilkesi göz önünde tutularak "kamu yararı" bakımından bir değerlendirme yapılması gerekliliğine karar vermiştir.

O halde, kişinin "özel ve ortak hayat alanları"na yapılan hukuka aykırı müdahalelerde, ulaşılmak istenen yarar ile, ihlal edilen bireye ait yarar, hâkim tarafından tartıma tabi tutulması gerekmektedir. Bu çerçevede, usulsüz ulaşılan delillerin değerlendirilmesinde esnek yaklaşımın kabul edilmesi, ancak, bu

yaklaşımında da, hâkimin takdir yetkisinin sınırı, kişinin hayat alanından hangisine yapılan müdahaleye göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, Ceza muhakemesinde hâkimin maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü bulunmasına rağmen, gerçek her ne pahasına olursa olsun bulunamaz. Suçların aydınlatılmasına ilişkin genel yarar bazı durumlarda hukuk devletine uygun bir yargılamanın gerisinde kalır.

II. ADİL YARGILANMA HAKKI

Herkes davasının yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir süre içerisinde dürüst ve aleni olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir (İHAS m. 6)¹⁵⁵. Bireyin suçlanmasından başlayıp, cezanın infazına kadar olan süreç açısından uluslar arası belgeler, anayasa ve kanunlarda yer alan insan haklarının korunmasına ilişkin normların geçerliliğinin sağlanması adil yargılanma hakkı kapsamındadır^{156, 157}.

Genel bir ifadeyle yargı güvencesinden yararlanma hakkı olarak¹⁵⁸ belirtilen adil yargılanma hakkı, ceza muhakemesi işlemlerinin kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestîsini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak önceden kanunlarla öngörülmüş esaslar çerçevesinde yapılmasını ifade eder¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Bilgi için bkz. ÇAVUŞOĞLU, Naz: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine (Kısaltma: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi...), Ankara 1994, s: 25; DONAY, Süheyl: İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku (kısaltma: Sanığın Hakları), İstanbul 1982, s: 12.

¹⁵⁶ YILDIZ, Ali Kemal: Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 104 vd.

¹⁵⁷ ÖZEK, Çetin: Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu, in: İÜHFM (Prof. Dr. Türkan RADO'ya Armağan Sayısı), y: 1997, C: LV, sy: 3, İstanbul 1997, s: 29.

¹⁵⁸ ÖZEK, Çetin: s: 29.

¹⁵⁹ Bu konuda bkz. DONAY, Süheyl: Sanığın Hakları, s: 41; ÖZTÜRK, Bahri Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti, Ankara 1991, s: 73; ŞAHİN, Cumhur: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s: 76; SCHROEDER, Friedrich Christian: (Çeviren: Feridun Yenisey), Ceza Muhakemesinde “Fair Trial” ilkesi, in: Ceza Muhakemesinde ‘Fair Trial’ İlkesi, İstanbul 1999, s: 6.

Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi adil yargılanmayı tanımlamaktadır. Maddenin bütünü ele alınırken İngilizce yayınların çoğunda "fair trial" kavramı kullanılmaktadır. "Fair Trial" teriminin tam olarak dilimize çevirisi "hakkaniyetle yargılama" veya "hakkaniyete uygun yargılama"dır.¹⁶⁰

Adil yargılanma hakkı, sözleşmede ve Türkçe'ye çevrilmesinde "adil yargılama"¹⁶¹ olarak sunulmuştur. Zabunoğlu'na göre, söz konusu hakkın doğru karşılığı "adil yargılanma hakkı" dır. 'Adil yargılama' öznesi yönünden edilgen bir yapıya sahip olduğundan diğer bir ifadeyle belirsizlik taşıdığından ona göre bu ifade yerinde değildir. Ayrıca adil yargılanma hakkı birey için bir temel hak kimliğini baskın bir biçimde ortaya koymaktadır. Bunun yanı sıra yargılama makamı açısından da adil yargılama yapma görevi getirmektedir. Öte yandan, 'adil bir yargılanma' daima 'doğru bir yargılama'yı da içerir. Yine ona göre adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğünün içinde yer alır. Bir diğer ifadeyle, hak arama özgürlüğü asal bir kavram, adil yargılanma hakkı ve hele yargı makamı açısından adil yargılama yapma görevi, hak arama özgürlüğünün uygulamaya yönelik uzantısıdır.¹⁶² Dönmezer'e göre; "yargılamanın sonucunun adil olması AİHS'nin 6. maddesinde hedeflenen bir şey olamaz. Sözleşmenin ifade etmek istediği şey şudur: Adil sonuca ulaşırken dürüst yolları kullanacaksınız. Adamı döversiniz, sonra küfredersiniz bir şekilde gerçeği söyletirsiniz, neticede vermiş olduğunuz hüküm; o kişi suçu işlediği için adil olur ve bu sizin tatbikatınıza da uygundur. Ama bu dürüst, doğru bir yargılama değildir. Bu nedenle, Dönmezer'e göre 'doğru yargılama' ifadesi bu hakkı ifade etmek için daha doğru bir tercihtir.¹⁶³ Inceoğlu ise; AİHS'nin 6.maddesinin bütününe işaret edildiğinde 'adil yargılama' terimini kullanmayı; buna karşılık, 6.maddedeki ilke ve hakların

¹⁶⁰İNCEOĞLU, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Ankara ,Kasım 2007,Avrupa Komisyonu Destek Projesi, s. 2, Ayrıca başka şekillerde çeviriler için bkz: "doğru yargılama" (AKILLIOĞLU: (İnsan Hakları-1), s. 215), ; İbrahim Kaboğlu ve Osman Doğru ise "adil yargılanma" kavramını kullanmakta (KABOĞLU İbrahim Ö: Özgürlükler Hukuku, (İstanbul 1999), s. 199; DOĞRU, Osman: İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı,Beta Yayınları,(İstanbul, 1998), s. 279

¹⁶¹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994 : s. 236.

¹⁶²ZABUNOĞLU, Yahya: http://www.izmirbarosu.org.tr/yargi_reformu_2000/yahya_zabunoğlu.htm)

¹⁶³ZABUNOĞLU, Yahya: , http://www.izmirbarosu.org.tr/yargi_reformu_2000/yahya_zabunoğlu.htm)

bütününü kapsayan bir hak olarak kullanıldığında ise 'adil yargılanma hakkı' terimini kullanmayı tercih etmektedir.¹⁶⁴

Bugün adli faaliyetin salt norma uygunluğu adil yargılanma hakkının varsayılabilmesi için yeterli kabul edilemez¹⁶⁵. Bu konudaki yeni anlayış gereğince adil yargılanma hakkı, "hakkaniyete ve hukukun temel ilkelerine uygun, dürüst, gerçek ve şüpheden arınmış ideal adalet amacına, insan ve sanık haklarına uygun olarak düzenlenmiş olan muhakeme normlarına uygunluk kadar, bu ilkelere aykırı suç tiplerinin yaratılmaması veya var olanların mevzuattan çıkarılması, yine bu ilkelere uygun bir ceza sorumluluk, yaptırım ve infaz sisteminin uygulanması" olarak tanımlanmalıdır¹⁶⁶.

İnsan Hakları Adalet Divanı verdiği bir kararda¹⁶⁷ (Golder/İngiltere, 21.2.1975) Adil yargılanma hakkının, sadece adli mekanizmanın işleyişini değil, aynı zamanda organizasyonunu da içerdiğini belirtmiştir.

Ancak tanımda da belirttiğimiz gibi, adil yargılanma hakkı, adil mekanizmanın işleyişi ve organizasyonu ile sınırlı olmayıp bir eylemin suç olarak saptanmasından, cezanın infazının tamamlanmasına kadar ve hatta cezanın sonuçlarını da içine alan bir süreci ilgilendirmektedir.

Adil 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 kilit bir madde olarak sözleşmede yer alır. Adil yargılama, hukuk veya ceza davalarında olsun, hatta belli ölçülerde idare hukuku alanındaki davalarda da, yargılamaya ilişkin ilkeleri belirleyerek, hukuk devletinin temel unsurunu oluşturmaktadır ve sözleşmeye taraf ülkelerin ortak mirasının bir parçasıdır. Adil yargılanma hakkı

¹⁶⁴ İNCEOĞLU: s. 3.

¹⁶⁵ ÖZEK, Çetin: Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu, s: 30.

¹⁶⁶ ÜNVER, Yener: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku Günleri, 70.yılda Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler. Beta Yayınları, 26-27 Mart, İstanbul 1997 s: 119.

¹⁶⁷ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama (Kısaltma: Adil Yargılama), in: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Doğru Yargılama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri Mart-Haziran 1995, s: 3.

aynı zamanda, demokratik bir toplumda çok önemli bir rol oynamaktadır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine göre, "adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumda öne çıkan yeri, bu alandaki denetim açısından Mahkemeyi, dava konusu usulün gerçeklerini incelemeye sevk etmektedir". 6. maddedeki adil yargılamaya 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 dâhil unsurlar olarak Mahkeme tarafından saptanmıştır¹⁶⁸.

Demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkı, öylesine önemli bir yer tutmuştur ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmenin 6. maddesinin 1. paragrafının kısıtlı şekilde yorumlanmasının haklı bulunamayacağını beyan etmiştir¹⁶⁹.

AİHS'nin 6. maddesi hükmü, hukukun üstünlüğü ilkesini de içeren ve böylece demokratik hukuk devletinin temel gereksinimlerini de karşılayan bir hükümdür. Ayrıca adil yargılanma hakkı, sadece, yargısal sürecin işlerliğini ve işleyişini değil; yapısallığını, yani doğrudan doğruya yargının organizasyonunu da kapsamaktadır.¹⁷⁰ Bu nedenle adil yargılanma hakkı, yargılamanın her aşamasında sağlanmalı ve temel haklara uygun, hukuk devletine yakışır bir şekilde mahkemelerce uygulanmalıdır.

Yaptığımız tanımlama çerçevesinde, adil yargılanma hakkının geçerliliğini sağlamak açısından siyasal gücün de iki yükümlülüğü bulunmaktadır.

¹⁶⁸İNCEOĞLU: s. 4.

¹⁶⁹REID, Karen: Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, (Çev. Bahar Öcal DÜZGÖREN), Scala Yayıncılık, (İstanbul, 2000),s. 27.

¹⁷⁰"Bütün bu açıklamalardan sonra idari yargıya ilişkin davaların yanı sıra, disiplin hukukuna ilişkin nizalar ve daha da önemlisi anayasaya aykırılık iddiaları başta olmak üzere anayasa yargısı ile ilgili konular, AİHS'nin 6. maddesinin metni ne olursa olsun yargılama sürecinin cereyan ettiği bir alan olması itibariyle, maddede sayılan nitelik ve koşullara uygun işlerliği olan (olması lazım gelen) bir faaliyettir. Bu nedenlerle anılan konular da adil yargılanma hakkı ve adil yargılama yapma görevinin kapsamı içinde değerlendirilmelidir." GÖLCÜKLÜ, Feyyaz:"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama",AÜSBFD,(İlhan Öztrak'a Armağan),(Ankara, Ocak-Haziran,1994), C.49, No:1-2, s. 200.

İlk olarak, siyasal güç adil yargılanma hakkıyla bağdaşmayan düzenlemeler yapmamalı; uluslar arası değer taşıyan yargılanma hakları bu yolla sınırlandırılmamalıdır. Ceza sorumluluğunun temel ilkeleri, suç tipleri ve yargılama yöntemleri, adil yargılanma hakkı kurallarına aykırı olmamalıdır. Evrensel nitelikte olan bu kurallar, ortak bir hukuk oluşturmaktadırlar. 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 kuralı haline gelmiş uluslar arası hukuk kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş sayılır¹⁷¹. Çünkü bize göre, adil yargılanma hakkı, hem adil yargılanma kurallarına uygun suç tipleri oluşturmayı hem de bir suç tipiyle ilgili olarak yapılacak yargılamanın adil yargılanma kurallarına uygun olması gerekliliğini içermektedir. Bu açıdan kanun koyucunun, bir sübjektif hakkı söz konusu olmayıp, cezalandırma gücünü tekel olarak elinde tutması dolayısıyla görevi söz konusudur. Şüphesiz bu görev kanun koyucuya bir taraftan ceza normu yaratmak ve ceza normunu değiştirmek yükümlülüğünü yüklerken diğer taraftan bu yükümlülüğü adil yargılanma hakkının kapsam ve ilkelerine uygun biçimde yerine getirme yükümlülüğünü yüklemektedir. Kanun koyucu bu ödevden kaçınamayacağı gibi, bu ödevin icrası yönündeki tasarruflarında da keyfi davranamaz. Kanun koyucuyu bu ödevleri açısından ulusal kadar, ulusal üstü normlar da bağlamaktadır. Yargılama yöntem ve araçlarına ilişkin kuralları saptamak kanun koyucuya, ceza hukuku alanında yüklenen yükümlülüklerin zorunlu bir gereğidir. Kanun koyucunun suç tipinin ihlali koğuşturmak, sanığı (veya faili) ve fiili saptayarak cezalandırmak ödevi olduğu kadar bunu belirli bir usul kuralları çerçevesinde yapmak ödevi de vardır. Her iki ödev açısından da kanun koyucu bütün pozitif normlar yanında yazılı olmayan ve fakat adil yargılanma hakkına hizmet eden normların emredici buyruğu altındadır.

İkinci olarak, siyasal güç var olan normların geçerliliğini sağlamak ve norma aykırı eylemleri önlemekle de yükümlüdür. Siyasal gücün bu yükümlülüğü, adli hizmetin iyi ve dürüst işlerliğini sağlayacak sistemi oluşturmak, aynı zamanda da adli faaliyetin norma aykırılığına neden olabilecek eylemleri önlemek

¹⁷¹ ÖZEK, Çetin; Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu, s: 30.

ve cezalandırmak zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır¹⁷². Kanun koyucunun bu açıdan birçok ödevi söz konusudur. Öncelikle kanun koyucu adil yargılanma kurallarına uygun bir ceza yargılamasının yapılabilmesi için gerekli usul kurallarını yasada saptamak ve bunun uygulamaya geçirilmesi açısından ilgili uygulama normları ile fiziki koşulları sağlamak zorundadır. Bu fiziki koşullardan kasıt; yargılama makamı binaları, araç gereçleri kadar, yeterli personel, adli kolluk gerekli maddi kaynak ve yargılamaya hizmet edebilecek (bilirkişilik, keşif vs. gibi konularda) diğer kurumları oluşturmak ve uygulamaya geçirmeyi kapsamaktadır. Diğer taraftan siyasal gücün yargılama kurallarına aykırılıkları teknik anlamda suç veya düzene aykırılık (veya kabahatler) eylemleri ile cezalandırarak, mümkün ise, normun ihlalden önce bu anlamdaki yargılama normlarına aykırılıkları önlemek, değilse ihlal sonrası bu eylemleri koğuşturup cezalandırarak yargılamanın otoritesine, saygınlığına, daha doğru bir ifade ile bireyin adil yargılanma hakkının ihlaline yol açan eylemleri cezalandırmak ödevi altındadır. Belirtilen usul kurallarını hayata geçirecek uygulamacıların da bu anlamda tarafsızlık ve bağımsızlığının sağlanması, yargı kararları da dahil olmak üzere yargılamanın saptırılması şüphesine yönelik hükümlerin, diğer üst mercilerce denetimi olanağının yaratılması ve bu bağlamda ulusal üstü yargı kuruluşlarının denetimi olanağını açmak gibi oluşumları sağlamak zorundadır (İHAS'e bireysel başvuru yanında, iadei muhakeme nedeni gibi). Bu bağlamda gerek ulusalüstü mahkeme teşkilatlarının uygulama alanlarını kendi ülkesi açısından geçerli kılmak, gerek yargılama araç ve usulleri açısından doğrudan etkili uluslar arası sözleşmeleri kabul ve iç hukuka yansıtmak ödevi de kanun koyucunun bu anlamdaki yükümlülüklerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷³.

“Adil Yargılanma Hakkı” olarak kullanmayı tercih ettiğimiz bu kavram, İnsan Hakları Adalet Divanı’nın ilk kararlarından insanın “adaletin iyi bir biçimde dağıtılmasına hakkı olmak” şeklinde ifade edilmiş; ancak bu ifade şekli yerine çok geçmeden “doğru yargılanmaya hakkı olmak” ifadesi kullanılmaya başlanmıştır¹⁷⁴.

¹⁷² ÖZEK: s: 30.

¹⁷³ YILDIZ, Ali Kemal: Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 104 vd aynen.

¹⁷⁴ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Divanı İçtihadına Göre Doğru Yargılama ve Kanıtların Değerlendirilmesi (Kısaltma: Doğru Yargılama ve Kanıtların Değerlendirilmesi), in: Avrupa İnsan Hakları

Öğretide ise, “doğru yargılama”¹⁷⁵, “adil yargılama”¹⁷⁶, “dürüst yargılama hakkı”¹⁷⁷, “dürüst yargılanma hakkı”¹⁷⁸, “doğru ve güvenli yargılanma hakkı”¹⁷⁹ deyimleri yanında bizim de tercih ettiğimiz “adil yargılanma hakkı”¹⁸⁰ deyimini de kullanılmaktadır¹⁸¹. “Türkiye Cumhuriyetinin Anayasasının Bazı Maddelerinin

Sözleşmesi’ne Göre Doğru Yargılama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri Mart-Haziran 1995, s: 60.

¹⁷⁵ AKILLIOĞLU, Tekin: İnsan Hakları I, Ankara 1995, s: 215; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Doğru Yargılama ve Kanıtların Değerlendirilmesi, s: 59 vd.

¹⁷⁶ ALACAKAPTAN, Uğur: 1929’dan Bugüne Ceza Muhakemesi Yasası-Güncel Sorunlar, in: CMUK Sempozyumu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında 70. Yıldönümünde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (9 Nisan 1999-İstanbul), İstanbul 1999, s: 17; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Adil Yargılama, s: 1 vd; Aynı şekilde GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1998, s: 237 vd.

¹⁷⁷ DÖNMEZER, Sulhi: Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri, in: CMUK Sempozyumu, İnsan Hakları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında 70. Yıldönümünde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (9 Nisan 1999-İstanbul), İstanbul 1999, s: 19. Yazar “adil yargılama” yerine “dürüst yargılama” deyimini kullanmasını şu şekilde açıklamaktadır: “...adil yargılama, neticesi adalete uygun yargılama demektir. Neticesi adalete uygun hüküm, bir takım usulsüzlükler yapılarak da elde edilebilir. Kişiyi döver, doğruyu söyletirsiniz, buna göre de hükmü verirsiniz. Netice adil olur, ama dürüst yargılama olmaz...” (Dönmezer, Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri, s: 19); Doktrinimizde, Feyzioğlu da “dürüst mahkeme” deyimini kullanmasının gerekçesini: ‘dürüst’ kelimesi ile “yalnız adli yolla ve hileye başvurulmaksızın ulaşılan adaleti”, ‘muhakeme’ kelimesi ile ise ‘yalnız yargılamayı yapan yargılama makamının değil, iddia makamının da dürüst olması gerektiğini vurgulamak arzusu’ olarak belirtmektedir (bkz. FEYZİOĞLU, Metin: Tanıklık ve Dürüst Muhakeme, Ankara 1998).

¹⁷⁸ KUNTER/YENİSEY: Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 27.

¹⁷⁹ AŞÇIOĞLU, Çetin: Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var!, Ankara 1995.

¹⁸⁰ DONAY, Süheyl: İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, s: 37 vd.; HAFIZOĞULLARI, Zeki: Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, in: Yeni Türkiye-Yargı Reformu Özel Sayısı-, y: 2, sy: 10, Temmuz-Ağustos 1996, s: 639; MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku, in: Prof. Dr. Nurullah KUNTER’e Armağan, İstanbul 1998, s: 157; ÖZEK, Çetin: Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu, s: 30; ŞAHİN, Cumhur: Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi), Ankara 2001, s: 131; ŞENTOP, Mustafa: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukuna Etkisi, in: Argumentum, Temmuz-Aralık 1997, y: 7-8, sy: 53, s: 315; TURAN, Hüseyin: Adil Yargılanma Hakkı, in: Yargıtay Dergisi, C: 27, sy: 4, Ekim-2001, s: 667 vd.; ÜNVER, Yener: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, s: 119.

¹⁸¹ “Adil yargılama” kavramı ile “hakkaniyete uygun yargılama” kavramı birbirinden farklıdır. Adil yargılama ilkesi, daha genel nitelikte olup hakkaniyete uygun yargılama ilkesini de kapsamaktadır. Daha öncede ifade edildiği gibi, Sözleşmenin denetim organları ve Divan, AİHS’nin 6. maddesinde düzenlenmiş bulunan; davanın “hakkaniyete uygun surette” dinlenilmesi ibaresinden hareketle içtihatlarında, hakkaniyete uygun yargılama

Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un¹⁸² 14. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36. maddesine "ile adil yargılanma" ibaresi eklenmek suretiyle, "adil yargılanma hakkı" ifadesi Anayasamıza da girmiş oldu¹⁸³.

Ayrıca, Anayasanın 90. maddesi 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 Sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinde, "...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.." denmiştir. Bu itibarla, Anayasanın 90. maddesi uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi iç hukuk normu haline gelmiştir.¹⁸⁴

kavramının zımni unsurlarını da belirlemişlerdir. Zira, söz konusu kavramın demokratik toplumda işgal ettiği önemli yer, hem bu hakkın pratik mülahazalara feda edilmesine hem de genel kuralı içeren 1. fıkra hükmünün dar yorumlanmasına engeldir. Buna göre "hakkaniyete uygun yargılama" ilkesi kendi içerisinde;1-Taraflar arasında silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama (yüz yüzelik- karşılıklılık-vicahilik), 2-Duruşmada hazır bulunma hakkı, 3-Susma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı, 4-Gerekçeli karar hakkı, 5-Delil kuralları, ilkelerini de barındırmaktadır.

¹⁸² 4709 Sayılı ve 3.10.2001 Kabul tarihli Kanun.

¹⁸³ Buna göre maddenin son şekli şöyle olmuştur: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" (Ay. m. 36/1).

¹⁸⁴ "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90.maddesi uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesi uyarınca doğrudan doğruya adil yargılanma hakkı kapsamında görülüp, ilgisine tebliği zorunlu olan ve 5320 sayılı Yasanın 8.maddesi uyarınca temyize ilişkin hükümlerinin uygulanması gereken 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 316.maddesine 21.03.2003 gün ve 4778 sayılı Kanunun 2.maddesi ile eklenip, 19.03.2003 gün ve 4829 sayılı Yasanın 20.maddesi ile değiştirilen 3.fıkrasında "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname, hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi halinde sanık veya müdafii ile müdahil, şahsi davacı veya vekillerine dairesince tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevap verebilir" hükmünü taşımaktadır." Yargıtay 11. CD 20.03.2009 T. 2009/1947 E ve 2009/2966 E sayılı kararı.(www.kazanci.com)

Bu bağlamda, bu deyimî tercih etmemizin nedeni, adil yargılanma teriminin kastedilen kavram ve kapsamını en yerinde ifade eden bir terim olmasıdır. Çünkü Dönmezer'in ifade ettiğinin aksine, adil yargılanma kavramı, bir takım usulsüzlükler ve hukuka aykırılıklar yapılarak elde edilen hükmün hukuka uygun sayılmasını veya benimsenmesini gerektirir bir kavram olmayıp, tam aksine bu uygulamayı reddeden ve gayri adil sayan bir kavramdır. Dürüst yargılama ilkesinin tam aksine, yalnızca yargılama usulünü ilgilendirmeyip, çok daha geniş kapsamlı olması, ayrıca hukuka aykırılık ile kanuna aykırılık arasında bir ayırımı gitmesi ve hem bir karara ulaşılırken kullanılan yöntem ve araçlar ile sonuçta kararın verililişinin adil olmasını, hakkaniyete uygun olmasını araması, dolayısıyla bu terimin aleyhine gerekçe olarak gösterilen tüm sakıncaları ortadan kaldıracabilecek tek kavramdır.

Buna karşılık dürüst yargılama, kavramı, bizi kanunda yazılı usul kuralına uygun davranmakla sınırlandırarak, hem kanun koyucunun yazılı hukukta usul kuralı olarak tespit ettiğini peşin olarak adil sayma yanlışına sürükleyecek ve belki de oldukça hatalı olarak bizi hukuksal pozitivizme götürecek hem de kanunda yazılı kuralların hukuka aykırı olması halinde hukuka aykırılığı adeta meşrulaştırma yanlışlığına düşecektir. Yazılı bir kurala uygun davranmayı dürüst yargılama olarak kabul etmek adil yargılama kavramından beklenen fonksiyonu yerine getirmeyip, yalnızca ve çoğu kez de sakıncalı olarak maddi ceza hukukunda kanunilik ilkesinin gördüğü fonksiyonu, ceza muhakemesi hukukuna taşımaktan öteye gidemeyecektir. Oysa hem pozitif usul kuralı kanuna uygunluğun çok ötesinde hukuka uygunluğu sağlamayı amaçlayıp, bir yandan ortak bir ceza hukukunun oluşumuna hizmet ederken, diğer yandan hem adil yargılanma kuralına aykırı (ve bazen dürüst yargılama kuralına uygun da olan) kanunların değiştirilmesini hem de mevcut normları kanunun lafzına değil, hukukun ruhuna ve amacına uygun yorumlayıp uygulamayı gerektirmektedir. Bu niteliği iledir ki, adil yargılanma hakkı terimi, dürüst yargılanma teriminden farklı olarak yalnızca yargılamayı yapan yargı organlarına değil, kanun koyucuya, Anayasa Mahkemesi yargıçlarına ve esas mahkemesindeki yargılamadaki görev alan tüm süjelerle hizmet etmektedir¹⁸⁵.

¹⁸⁵ YILDIZ, Ali Kemal: Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 104 vd.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİ
VE
CEZA MUHAKEMESİNDE YASAK DELİL KAVRAMI

I.DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi

a. Delil Serbestisi Kavramı

Soruşturma, kovuşturma ve hüküm için büyük önem taşımaktadır. Her ne kadar uyumsuzluğun maddi yönü kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından çözümlense de, bu aşamada toplanacak bilgiler neticesinde elde edilecek deliller çok önemlidir.¹⁸⁶ Burada delil terimi ile anlatılmak istenen, kovuşturmada delil olabilecek şüphe sebeplerinin ve delil kaynaklarının toplanmasıdır. Çünkü gerçek delil, soruşturma aşamasında belli olacaktır.¹⁸⁷ Bunlar, mahkemede olayı kanıtlayacak beyanlar, belgeler ve belirtilerdir.¹⁸⁸ Dolayısıyla Ceza Muhakemesi açısından bilgi toplama faaliyeti, ileride delil olabilecek şeylerin veya delil

¹⁸⁶ Mahkemenin, hazırlık soruşturmasında, elde edilen delillere göre hareket etmesi, objektifliğini yitirme tehlikesi olarak görülebilse de; delillerin son soruşturmada araştırılıp elde edilmesi büyük güçlükler arz ettiğinden ve son soruşturmayı uzatabileceğinden, keza delil niteliği taşımayan bilgilerin başlangıçta ayıklanabilmesine imkan sağladığından, hazırlık soruşturmasında delil toplamanın önemi büyüktür. KUNTER/YENİSEY: Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 736

¹⁸⁷ Hazırlık soruşturmasında elde edilen bilgiler “hazır” delil olmayıp, duruşma açısından birer “şüphe sebebidir”. Delil, asıl olarak son soruşturmada mahkeme açısından geçerli bir terimdir. Bkz. ŞAHİN, Cumhuriyet: s.

¹⁸⁸ KUNTER/YENİSEY: s. 568

kaynaklarının bulunması amacıyla yapılır.¹⁸⁹ Bir nesnenin delil olabilmesi, belli bir hususun ispatı konusunda hâkimde vicdani kanaat oluşturmaya bağlıdır. Belli delillerle belli olguların ispatını zorunlu sayma ve hâkimi bağlama, başka bir anlatımla biçimsel gerçek, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacıyla da bağdaşmaz¹⁹⁰.

Ceza muhakemesinde, bir husus, her türlü delille ispat edilebilir yani delil serbestîsi esastır. Türk hukukunda “vicdani delil/ispat sistemi” olarak isimlendirilen bu sistem, salt yalın vicdani kanıya dayalı bir inanış olmayıp, somut delil ve emareye dayalı gerçek hukuksal gerekçesi gösterilerek izah edilmiş bir sübut kanısı olarak anlaşılmak gerekir. Sadece inanca, psikolojik hissiyat veya izlenime dayalı bir kanaat değil, somut veriye dayalı ve tüm ispat araçlarının topluca değerlendirilmesinden çıkarılan bir kanaat olarak anlaşılmalıdır. Hakim açıkça ve somut verilere dayalı olarak hangi delile neden inanıp inanmadığını açıklamak, gerekçesiyle izah etmek zorundadır¹⁹¹.

Maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde, belli hususların belli delillerle ispatı zorunluluğu olmadığı gibi, hakim taraflarının ileri sürdüğü delillerle bağlı değildir. Bu nedenle ceza muhakemesinde her şey delil olabilir, yani “delil serbestliği ilkesi” geçerlidir¹⁹².

¹⁸⁹ SOKULLU-AKINCI, Fusun: Polis, Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, (Doktora Tezi), İstanbul 1986, s. 127

¹⁹⁰ CENTEL/ZAHER: Ceza Muhakemesi Hukuku 6. Bası, s.181.

¹⁹¹ FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, s. 148.

¹⁹² Vicdani delil sistemi zayıflatacak ve zamanla onun yerini alacak olan sistem bilimsel delil sistemidir. Bilimsel metotlarla elde edilen deliller, delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesinin sınırlarını zorlamaya başlamıştır. Nitekim Danimarka ve Almanya gibi ülkelerin büyük ölçüde bilimsel delil aşamasına geçtikleri belirtilmektedir. Vicdani delil sisteminde hakim her delile başvurabilmekte ve bu delilin değerini diğer delillerle ilişkisini dikkate alarak vicdani kanaatine göre serbestçe takdir etmektedir. Bilimsel delillerin muhakemede kullanılmaya başlanmasıyla birlikte hakim artık bu delili değerlendirme yetkisi ortadan kalkacak ve hakim bu delille bağlı hale gelecektir. Ancak bunun için bilimsel yöntemler kullanılarak elde edilen delil konusunda herhangi bir tereddütün olmaması ve tamamen objektif olarak ortaya konulması gerekmektedir. Örneğin öldürülen kişinin tırnakları arasında bulunan deri parçasının sanığa ait olduğu bilimsel olarak ispatlandığında, hekimin bunu reddetmesi artık kolay olmayacaktır. Ancak bilimsel incelemeler bunun muhtemelen sanığa olabileceği sonucunu verirse, hakim sırf buna dayanarak mahkumiyet hükmü veremeyecektir.

Bununla birlikte hâkim kararını, ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırılabilir. Hâkim delil olarak ileri sürülen hususların delil olabilme yani ispat değerini vicdani kanaatiyle serbestçe takdir eder. Buna “delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi” denilir. Bu iki ilke, bugün modern ceza muhakemesinde “vicdani delil sistemi”ni oluşturmaktadır. Nitekim CMK m. 217/1’de “*hakim kararına ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırılabilir. Bu deliller hakim vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir*” denilmek suretiyle, vicdani delil sisteminin, ilkemiz bakımından da geçerli olduğu açıkça kabul edilmiştir. Bu sistemin özünde delillerin somut olayın ispatı bakımından, değerini hakim serbestçe takdir edecek olması yatar. Hakim duruşmada tartışılan delillerden bazılarını daha çok değer vermek, bazılarını ise hiçbir değer vermemek serbestine sahiptir. Ancak hakim bunun gerekçesini hükmünde makul göstermek zorundadır. Aksi takdirde vicdani delil sistemi keyfi karar verme sistemine dönüşür.

Ceza Muhakemesinde maddi gerçek arandığı için, şekli gerçeği aramakla yetinebilen medeni muhakemeden farklı olarak, ceza hâkimi ne tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlı olmalı, ne de kanun belli hususların belli delillerle ispat edileceğini göstermelidir. Ceza hâkimi, belli bir hususun sabit olduğu hakkındaki hükmünü, tam bir inanışla, bir kanıya vararak vermelidir. “*Vicdani delil sistemi*” tabiri ile ifade edilmek istenen hem *delil serbestliği*, hem de *delillerin değerlendirilmesi serbestliğidir*¹⁹³. Bu itibarla, vicdani delil sistemi denilince, hem her şeyin delil olmasını hem de delil olan her şeyin serbestçe değerlendirilmesi anlamı çıkmaktadır. Hakimin/mahkemenin duruşmada irad ve ikame olunan ispat araçlarının bütününden bizzat edindiği kişisel kanaate/ikna oluşa göre özgürce hüküm kurması anlamına gelen serbest ispat kuralı, sadece kovuşturma evresinde değil, soruşturma evresinde de geçerlidir. Bir hükmün objektif olarak uygulanabilir ve denetime tabi vakıalara dayanması gerekir. Bir hâkimin hareket serbestisi alanının yokluğu anlamına gelmeyip, hakime tanınan yetkinin serbest de olsa bir takdir yetkisi olduğu ve keyfilik olmadığı anlamına gelir. Önüne gelen bir olayda üç tanığın beyanını inandırıcı bulmayan bir hâkim, serbest ispat ilkesi ve gerekçesini de açıklamak kaydı ile bu üç tanığın söylediklerinin aksini söyleyen

¹⁹³ KUNTER/YENİSEY: no 323 vd.

tek bir tanığın beyanını inandırıcı bulabilir. Ancak, bu serbestlik hâkimlerin keyfi hareket edebileceği anlamına gelmemektedir.

Ceza muhakemesinde, sadece, duruşmanın akışının ispatıyla ilgili olarak yasal delil sistemi benimsenmiş; Yasa'da, duruşmanın nasıl yapıldığının, Yasa'da belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapılıp yapılmadığının ancak tutanakla ispat olunabileceği kabul edilmiştir. Duruşmanın akışına ilişkin bir iddianın, duruşma tutanağı dışında başka bir delille ispat edilmesi mümkün değildir. Duruşma tutanağına karşı ise sadece sahtecilik iddiası yönetilebilir. Ancak, duruşmanın akışına ilişkin ispat konusu ceza muhakemesinin konusunu teşkil eden ceza uyuşmazlığının ispatıyla ilgili bir konu değildir. Bu nedenle, bu hususu, delil serbestisinin bir istisnası olarak belirtmek de mümkün değildir¹⁹⁴.

Buna karşın delil serbestisinin istisnası olarak, hukuki uyuşmazlıklarla bağlantılı olan ceza uyuşmazlıklarının ispatı gösterilebilir. Zira bir takım hukuki uyuşmazlıklarla ilgili suçların ispatı için yazılı delil aranmaktadır. Örneğin, boş çekin alaktan fazla olarak doldurulmasının (güveni kötüye kullanma suçunun) ispatı için yazılı delil aranmaktadır¹⁹⁵.

İspat hukukunun ceza muhakemesinin amacı ile olan sıkı bağlantısı, onun da ceza muhakemesinin amacındaki değişikliğe paralel gelişim göstermesine neden olmuştur. Zaman içinde ceza muhakemesinin amacı değiştikçe, ispat hukuku da değişmiştir.

Günümüzde ise, ceza muhakemesinin "adil yargılanma hakkına uyularak maddi gerçeğe ulaşılması" olarak belirttiğimiz amacı, ispat muhakemesini de bu yönde etkilemekte ve şekillendirmektedir. Maddi gerçeğe ulaşma amacının kanuni delil sistemiyle gerçekleştiremeyeceğinin anlaşılması ve ceza muhakemesinin bu konuda karşılaştığı zorluklar, vicdani ispat sisteminin kabul edilmesini sağladı. Gerçekten de bugün geçerli olan vicdani ispat sistemi ceza muhakemesinin amacına en iyi hizmet eden sistemdir. Bu sistemde belirli

¹⁹⁴ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku 6. Bası, s.181.

¹⁹⁵ YİBK, 24.03.1989-1/2 RG 05.02.1990 No: 20424.

suçların belirli delillerle ispatı ve delillerin ispat gücünün ne olacağı konusunda hâkime kanunla belirlenmiş emirler verilemez¹⁹⁶.

Ceza muhakemesinde *ispat külfeti* sorunu yoktur. İspat külfeti sorunu, bir olguyu kimin ispat edeceğine ilişkin bir sorundur ve medeni muhakemede bu sorun “iddia eden, iddiasını ispat eder” kuralı ile çözümlenmektedir. İspat külfetinin yüklendiği şahıs delilleriyle bu hususu ispat edemezse, o husus ispat edilememiş sayılır ve o şahıs davayı kaybeder. İspat külfeti sorunun, tarafların ileri sürdükleri delillerle bağlı olan bir hakimin varlığı halinde söz konusu olabileceği; ceza muhakemesinde, hakimin delil araştırıp toplayabildiği için böyle bir sorunun olmadığı kabul edilmektedir. Zira maddi gerçeği araştırmayı gaye edinen ceza muhakemesinde hakim tarafların ileri sürdükleri delillerle bağlı değildir. Hakim de savcıda maddi gerçeği araştırmakla yükümlüdür. Bu itibarla ceza muhakemesinde hiçbir muhakeme süjesinin belli bir olguya ispat yükümlülüğünün olmadığı ve medeni muhakemede olduğu gibi bir olguyu iddia eden kişinin iddiasını ispat edemediğinde davayı kaybetmesinin söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir.

Ceza muhakemesinde suç isnadının ispatına yönelik olarak delilleri toplama ve mahkemeye sunma görevi esas itibarıyla C.Savcılığına aittir. C. Savcısı, maddi gerçeğin araştırılması adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle şüphelinin sadece aleyhine olan delilleri değil, lehine olan delilleri de toplamak ve korumakla yükümlüdür. (CMK m.160/2) 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun hâkime delil toplama yetkisi veren 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu’nda mevcut olan hükümlere (m.214, 237/son) yer verilmesi karşısında, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi sisteminde hâkimin kendiliğinden delil toplama yetkisinin olup olmadığı tartışmalı hale gelmiştir. Öztürk/Erdem’e göre, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun

¹⁹⁶ “Bu nedenle, maddi, gerçeği yanlış değerlendiren kesinleşmiş karar, vicdani kanıya ve serbest delil ilkesine göre, karar verecek sonraki hakimi bağlamamalıdır” (Y.CGK. 6.10.1986, 253/424-Karar için bkz. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, CMUK’nun Yorumu, s: 1275). Karş.: “Teyp bantlarının tek başına delil vasfını haiz olamayacağı düşünülmeden ve dosyada sanıkların suç konusu sözleri sarf ettiklerine dair banttın başka hiçbir delil bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir” (Y. 9. CD. 05.10.1984, 1834/2346-Karar için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 424); .

sisteminde deliller sadece soruşturma evresinde toplanacaktır. Bu basit bir değişiklik olmayıp, önemli bir zihniyet değişikliğini ifade etmektedir. Nitekim bu maksatla 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda iddianamenin iadesi (m.174) kabul edilmiştir. Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet Savcısı bir iddianame düzenleyerek görevli ve yetkili muhakemeye verecektir. Bu iddianamede savcı suçun delillerini gösterecek ve suçu oluşturan olaylar mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanacaktır. Ancak savcı yalnızca sanığın aleyhine olanları değil, lehine olan delilleri toplayıp (CMK m. 160/2) iddianamesinde belirtilecektir (CMKm.170) Böylece savcı iddiasını ispatlayacak delileri iddianamesiyle birlikte mahkemeye sunmak zorundadır. Suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen iddianame de iade edilecektir (CMK m. 174/). İddianamesine ilişkin bu düzeltmeler, hâkime delil toplama yetkisi veren 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu hükümlerinin yeni Kanuna alınmasıyla bağlantılı olarak değerlendirildiğinde, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu sisteminde, kamusal iddia makamında bulunan savcının iddiasını ispat etme yükümlülüğünde olduğu sonucuna varacaktır.

Delillerin değerlendirilmesinde öncelikle delilin güvenilirliği, doğruluğu, hukuka uygunluğu ve delillerin diğer (örneğin kolektif olmaları, olayı temsil etmeleri, bilim ve fenne uygun olmaları v.s) özelliklerinin var olup olmadığı araştırılır. Hâkim bunu serbestçe yapar. Delilin ispat edip etmediği, ispat gücü ve yönünü de hâkim serbestçe değerlendirilir; tıpkı delil elde etme konusunda serbestçe davrandığı gibi. Özellikle hâkim/mahkemenin delillerin serbestçe değerlendirilmesini ifade etmek için, vicdani delil/ispat sisteminden söz edilir. Bu kavramı, ortaya çıktığı tarihsel olarak iptidai anlara giderek soyut inanç, subjektif izlenim, kişisel hissiyat veya şahsi olarak inandırıcı bulma gibi salt vicdan-inanç ikna olmalık olarak anlaşılmamak gerekir. Bu kavram, ispat araçları ve bunların değerlendirilmesi açısından hakim/mahkemenin tamamen özgür olduğu, kanuni delil/ispat sistemlerinde ve engizisyon yargılamasında olduğu gibi ilahi kurallara bağlı olmadığı, ancak diğer yandan da bir hukuk devleti ceza muhakemesinden söz ettiğimiz için bu yetki ve görevin keyfilik ve denetimsizlik olmayıp takdir yetkisi olduğu, kolektif ve hukuka uygun delili doğrudan doğruyalık ilkesi uyarınca irdeleyen ve diğer delillerle birlikte külli olarak değerlendiren hakimnin bizatihi ulaştığı, gerekçesinde değerlendirdiği delilere tanıdığı ispat etki ve

sonucunu izah ettiği ve hükmün hukuksal ve somut delilere dayalı olduğu bir sistem olarak anlamak gerekir.

Bir olayın ispatında kural olarak her şey delil olabileceği gibi, hâkim konulmuş olan bu delilleri serbestçe değerlendirmesi sonucunda kanaatini oluşturacaktır. Nitekim bu nedenle, sanığın samimi ve aksi delillerle çürütülmeyen ikrarının dahi, bir olayı tek başına ispat edebilme gücüne sahip ve adeta kesin delil niteliğinde olmadığı kabul edilir¹⁹⁷. Elbette ki, samimi olduğu konusunda şüphe duyulmayan bir ikrarın, hâkimin vicdani kanaatini oluşturmasındaki rolü büyük olacaktır. Bununla birlikte ceza muhakemesinde vicdani ispat sistemi gereğince sanığın ikrarını, hâkim diğer deliller gibi serbestçe değerlendirecektir. Bu nedenle verdiği hükmün doğruluğu konusunda hâkimin vicdanını tatmin etmesi konusunda ikrarın faydası inkar edilemez olmakla birlikte, ikrarın samimi olup olmadığını ve sanığın serbest iradesine dayanıp dayanmadığını araştırmak, kararı verecek hakim açısından, hiç taviz verilmemesi gereken bir görevdir.

¹⁹⁷ “Sanığın sorgusu hâkim huzurunda yapılabilir. Bu dosyada, sanık Sulh hâkimi huzurundaki beyanında; dükkanın vitrin camını kırarak, benzin döktükten sonra yangını çıkardığını ikrar etmiş ise de; ikrarın tek başına kesin kanıt olduğu kabul edilemez. Zira bir kimsenin çeşitli nedenlerle ikrarda bulunması olanaklıdır. Bu itibarla hâkim üzerindeki ikrarın bağlayıcı kanıt olabilmesi için başkaca yan kanıtlarla doğrulanması gerekir. Nitekim sanık duruşmadaki sorgusunda, kolluktaki baskının devam etmesi nedeniyle sulh Hâkimi ve savcı huzurundaki beyanlarında suçu işlediğini söylemek zorunda kaldığını savunmuştur. O halde sanığın duruşmadaki sorgusunda baskıya dayalı olduğunu söylediği önceki soyut ikrarı dışında, cezalandırmasına yeterli, kesin ve inandırıcı maddi kanıtlar elde edilemediğinden, üzerine yüklenen suçun sübuta ermediği kabul edilmeli ve direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir.” (Y.CGK., 7.11.1994, 8-210/260-Karar için bkz. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU: CMUK’nun Yorumu, s: 1264). “Her mahkeme, mevcut kanıtları değerlendirme ve hüküm kurma yönünden bağımsızdır. Ancak hüküm kurulurken gösterilen gerekçe hukuka ve dosya kapsamına uygun olmalı, mevcut bilgi ve belgelerin yerinde takdir edildiğini gösteriri biçimde geçerli, yeterli ve yasal olması aranmalıdır. Karar, tarafları tatmin etmeli, hiçbir kuşkuyla yer bırakmamalıdır. Oysa aynı delillere dayanılarak beraat ve mahkumiyet gibi birbirine tamamen zıt iki karar verilmesi, tarafları tatmin etmeyecektir. Bu nedenle, incelenen dosyadaki kararların niteliği nazara alınarak görevli mahkemece olanaklar ölçüsünde toplanması mümkün olan delillerin yeniden toplanması tanık beyanları arasındaki çelişkilerin giderilmeye çalışılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden direnme hükmü bozulmalıdır” (Y. CGK. 4-128/156-Karar için bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, CMUK’nun Yorumu, s: 1268. Ayrıca bkz. Y. CGK, 1.4.1985, 6-511/182-Karar için bkz. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, CMUK’nun Yorumu, s: 1274).

Yargıtay, ilke olarak vicdani/serbest ispat yöntemini kabul etmekle birlikte, somut uygulamalarında, vicdani kanının oluşturulmasında bazı kriterlerden yararlanmakta, aykırı gördüğü hükümleri bu kriterler nedeniyle bozarak vicdani/serbest ispat yöntemine dolaylı sınırlandırmalar getirmektedir. Yargıtay'ın başvurduğu kriterlerden birisi "hayatın olağan akışına uygunluk"tur¹⁹⁸. Diğer kriterlerden bazıları ise, şöyle belirtilebilir: Sanığın ısrarlı ve birbiriyle tutarlı savunmaları, tarafsız tanık(lar)ın beyan(lar)ı¹⁹⁹, mahkemenin tahkikat neticelerine uygun olarak tecelli eden kanaat ve takdiri²⁰⁰, sanığın savunması, yaşam koşulları ve kişisel durumu, (özellikle suç kastının tespiti yönünden), suç konusunun nitelik ve adedi²⁰¹.

Hâkim diğer delilleri de dikkate alarak bu konuyu açıklığa kavuşturabilir. Diğer delillerin ikrarı desteklemesi halinde, onu çok değerli kılacağı gibi, olayın gerçekleşme şekline göre, ikrarın samimiliği konusunda hâkimde bir şüphe oluşmuyorsa, ikrar da diğer deliller gibi, başlı başına hâkimin vicdani kanaatini oluşturabilir, ona dayanak olabilir²⁰². Ancak hâkimin delilleri bu şekilde serbestçe değerlendirmesi, onun keyfi kararlar verebileceği anlamını taşımaz. Hâkimin vereceği kararın, mantık kurallarına, tecrübe kurallarına ve bilimin verilerine uygun olması gerektiği gibi²⁰³, bu karar hukuka aykırı delillere de dayanamaz. İspatın bu özelliklere sahip olabilmesi için de kararın gerekçelendirilmesi gerekir. Hâkim gerekçesinde neden böyle bir karar ulaştığının savunmasını yapacağı için,

¹⁹⁸ 11 CD 09.03.2004, E 2003/334, K 2004/1682 (Integra Yazılım, Mevzuat İçtihat Programı)

¹⁹⁹ 11 CD 04.03.2004, E 2003/670, K 2004/1592 (Integra Yazılım, Mevzuat İçtihat Programı)

²⁰⁰ 9 CD 27.11.1992 E 1992/7789, K. 1992/10683 (Integra Yazılım, Mevzuat İçtihat Programı).

²⁰¹ 11. CD 13.06.1996 E 1996/1081, K. 1996/1044 (KANADOĞLU, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, sh: 231)

²⁰² TANER, Tahir: Ceza Muhakemeleri Usulü, s: 220 vd.; bu konuda bkz. Y. CGK, 24.3.1980, 8-51/121-Karar için bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, CMUK'nun Yorumu, s: 1274.

²⁰³ "Sanığın, çalmadığını beyan ederek, koç bedelini ödemek suretiyle şikayetçiyle anlaşmayı kabul etmesi, sanığın yüklenen suçu işlediğini kabule yeterli bir kanıt sayılmaz. Ceza Yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; ahlaka uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, Ceza Yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır". (Y. CGK, 19.4.1993, 6-79/108-Karar için bkz. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, CMUK'nun Yorumu, s: 1265).

gerekçelendirme zorunluluğu, kararın hem bu özelliklere uygun olmasını sağlayacak, hem de onun denetimini mümkün kılacaktır²⁰⁴.

Hâkim, kanuni deliller ve onların kanunla belirlenmiş ispat gücüyle sınırlı olmadığı gibi, tarafların getirdikleri delillerle de bağlı olmayacak ve kendiliğinden delil araştırabilecektir. Maddi gerçeğin araştırıldığı bir muhakemede hâkimi tarafların getirecekleri delillerle bağlı kılmak, sonucu itibariyle yine maddi gerçeğe ulaşmak amacını sekteye uğratabilir ve doğal olarak sınırlandırıcıdır.

Ancak bu araştırmalar yapılırken, kanuni ispat sisteminden ve suçlunun cezalandırılması safhasından farklı olarak, sanık, 'suçu ispatlanıncaya kadar masum sayılacağından', onun hak ve özgürlüklerinin çiğnenmemesine de dikkat edilecektir. Şayet herhangi bir şekilde sanığın hak ve özgürlüklerinin çiğnenmesi ya da kanunda belirtilen usul kurallarına aykırı şekilde delil elde edilmesi söz konusu olursa, bu delil muhakemede kullanılamayacaktır. Çünkü, günümüzde maddi gerçeğe ulaşma amacı mutlak bir amaç olmayıp, her şeye rağmen maddi gerçeğe ulaşılması düşünülemez; maddi gerçeğe ulaşma amacı, hem toplum yararına hem de sanık yararına hizmet etmektedir. Bu nedenle, maddi gerçeğe ulaşmak uğruna sanığın hak ve özgürlüklerinin çiğnenmesine izin verilemez.

Ceza muhakemesinin, şekli gerçeği bulmayı hedefleyen özel hukuk muhakemesinden farklı olarak maddi gerçeği bulmayı hedeflemesi nedeniyle, gerek ispat araçları gerek ispat konularının saptanması açısından hakim/mahkeme taraflarının talepleriyle de yargı makamına sunduklarıyla da bağlı değildir. İkrarın içeriğinin ispatı gereklidir. Delil, irad ve ikame talebi olmasa dahi, maddi gerçeğin bulunması hedefi gerçekte ne olduğunun saptanması için araştırılıp kuşkudan arınmış bir biçimde ve yeterli aydınlatmayı sağlamayı gerektirir. Şüphesiz bu maddi gerçek hedefi sınırsız olmayıp doktrinde ispat aracı yasağı, ispat konusu yasağı v.s ile ifade edilen ve hukuka aykırı/yasak delil kavramını da içeren bir üst kavram olarak ispat aracı ve ispatın icrası yasağı ile

²⁰⁴ “Her mahkeme, mevcut kanıtları değerlendirme ve hüküm kurma yönünden bağımsızdır. Ancak hüküm kurulurken gösterilen gerekçe hukuka ve dosya kapsamına uygun olmalı, mevcut bilgi ve belgelerin yerinde takdir edildiğini gösterir biçimde geçerli, yeterli ve yasal olması aranmalıdır”. (Y. CGK. 4-128/156-Karar için bkz. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, CMUK’nun Yorumu, s: 1268).

sınırlıdır. Bu nedenle, bu hedefin, her ne pahasına olursa olsun ulaşılması gerekli bir hedef olmadığı belirtilir.

Vicdani ispat sisteminin kabul ettiği diğer bir ilke de “şüpheden sanık yararlanır” ilkesidir²⁰⁵. Yapılan bütün araştırmalara rağmen sanığın suçu ispatlanamıyor ve sanığın suçlu olduğu konusunda makul bir şüphe kalıyorsa, sanığın beraat ettirilmesi yönünde karar verilecektir²⁰⁶. Günümüzde, kanuni ispat sisteminde kabul edildiği gibi, suç ispat edilemese dahi sanığa var olan şüpheden dolayı bir ceza vermek ya da onu daha sonra yeniden yargılamak üzere geçici olarak beraat ettirmek şeklinde kararlar kabul edilemez. Yargılamayı bir yerde kesip bitirmek zorunluluğunun sonucu olarak, bütün araştırmalar tamamlandıktan ve elde edilen deliller tartışıldıktan sonra hala kesin bir kanaate ulaşılamıyorsa, var olan bu şüphe sanık lehine yorumlanacaktır. Verilecek bu karar, muhakemenin iadesi gibi istisnalar dışında onun açısından bir kesin hüküm oluşturacak ve hakkındaki suçlama sürekli bir yargılama tehdidi oluşturmayacaktır. Çünkü, bu durum kişilerin toplumda hukuk güvenliğine sahip olmalarının zorunlu bir gereğidir.

Yukarıda kavram ve ispat sistemlerine ilişkin açıklamalar yaparken belirttiğimiz gibi, vicdani ispat sisteminin bir sonucu ceza muhakemesinde kural olarak her şeyin delil olarak kullanılabilmesi iken, diğer sonucu hakim duruşmada ortaya konulan delilleri serbestçe değerlendirebilmesidir. Bu yüzden 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununu “hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir” hükmünü taşımaktadır.

²⁰⁵ Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkumiyet kararında 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”. (Y. CGK. 19.4.1993, 6-79/108-Karar için bkz. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, CMUK’nun Yorumu, s: 1265).

²⁰⁶ Şayet ceza muhakemesinin sonunda toplanan delillerden hareketle olay belliliğe kavuşmamasıyla hakim olayın gerçekleştiği yani sübutu konusunda şüphesini %100 yenememişse şüpheden sanık yararlanır ilkesi (In dubio pro reo)gereğince mahkumiyet kararı verilemeyecektir. Bu ilkenin kaynağı suçsuzluk karinesidir. Sanık lehine olan bu prensip, sanığın ancak ispat edilen hususlardan sorumlu tutulabileceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla fiilin sanık tarafından işlendiği konusundaki şüphe giderilemezse , “yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması” gerekçesiyle beraat kararı verilmelidir (CMK m. 223/f, 2, bent e).

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, esas olarak hüküm açısından ve duruşmada bir anlam taşımakla birlikte, savcı ve polis de dahil bütün ceza muhakemesi organları açısından geçerlidir²⁰⁷. Bununla birlikte duruşmada hâkimin delilleri değerlendirilmesi ile, daha önceki aşamalarda çeşitli muhakeme organlarının delilleri değerlendirmesi aynı nitelikte değildir. Duruşma aşamasına kadar polisin, savcının ya da duruşma öncesinde hâkimlerin yaptığı değerlendirmeler, kendi faaliyetlerini ilgilendirdiği ve bu faaliyetin gerektirdiği kadar olabilir. Sözgelimi savcı, hazırlık soruşturması sonunda delillerin kamu davasını açmaya yeterli olup olmadığı (CMK m. 170/2) değerlendirmesini yapacaktır.

b. Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesinin Sınırları

aa.Delillerin Tüketici Şekilde Değerlendirilmesi

Mahkeme, sadece duruşmada elde edilen bilgileri hükmün oluşturulmasında dikkate almakla yükümlü değildir, aynı zamanda ispatı gereken her olayı ve her türlü belirtiyi tüketici bir şekilde ve hükmün oluşturulmasında önemli dayanak noktalarının dikkate alınması suretiyle değerlendirmelidir. Delillerin değerlendirilmesinde olayların ve bilgilerin tek tek kullanılması değil, genel bir değerlendirilmesi yapılmalıdır. Bir olayın yorumlanmasında değişik ihtimaller varsa, mahkeme hükümden önce, bütün akla yakın ihtimalleri

²⁰⁷ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK: Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 478 buna karşı, 254. maddenin kanunda düzenlediği yer ve kullandığı ifade itibarıyla bu değerlendirmenin duruşmadaki hâkim tarafından yapılabileceği; bununla birlikte ne savcının ne de duruşmadan önceki aşamalarda hâkim tarafından yapılacak işlemlerde hâkimin dahi bir değerlendirme yetkisinden söz edilemeyeceği ileri sürülmüştür (GÖKÇE, Abbas: Cezada Kanıt Değerlemesi, in: Yasa Hukuk Dergisi, C: II, sy: 4, İstanbul 1979, s: 526). Elbette ki, duruşmadan önceki aşamalarda gerek hâkim gerekse diğer makam ya da organlar tarafından delillere ilişkin yapılacak değerlendirmeler, duruşma aşamasında hâkimin hükmü oluşturmak üzere yapacağı değerlendirmeye aynı nitelikte değildir. Sözgelimi savcı, suçun işlendiğine ilişkin yeterli delil olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapacaktır. Yoksa suçun işlenip işlenmediğine, şüphelinin o suçun faili olup olmadığı yönünde bir ispat faaliyeti yürütmeyecektir. Yine tutuklama konusunda karar verecek olan hâkim, elde edilen delilleri, tutuklama açısından bir değerlendirmeye tabi tutacak ve tutuklama zorlama önleminin koşullarının bulunup bulunmadığına karar verecektir. Bununla birlikte bu makamların da yaptıkları faaliyet açısından delilleri değerlendirmeye tabi tuttukları konusunda şüphe yoktur.

tartışmalıdır. Delillerin tüketici şekilde değerlendirilmesi, temyiz mahkemesince kontrolü bakımından hükmün gerekçelerinde ortaya konulmalıdır.

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve bu çerçevede mahkemenin duruşmada ortaya konulmuş delilleri tüketici şekilde değerlendirilmesi zorunluluğu sadece doğrudan deliller açısından değil, dolaylı deliller olarak da isimlendirilen belirtiler için de geçerlidir. Zira bunlar da delildir ve hâkim kanaatini belirtilerden de oluşturabilir. Önemli olan bunların olayı şüpheyi yer bırakmayacak şekilde ispat ettiğinin saptanmasıdır.

bb. Mantık Kuralları, Tecrübe Kuralları ve Bilimsel Veriler Kapsamında Delillerin Değerlendirilmesi

Hâkimin delilleri değerlendirmesinin bir diğer sınırını, mantık kuralları, tecrübe kuralları ve bilimsel veriler oluşturur.

Mantık kuralları, tecrübe kuralları ve bilimsel veriler delillerin serbestçe değerlendirilmesini önemli oranda sınırlamaktadır. Aynı zamanda da kanaatin oluşturulmasının rasyonel olmasını ve rasyonel şekilde kontrolüne de olanak verirler. Hakim, bu kurallara kanaatin oluşturulmasında uymak ve hükmünde dayanmak zorundadır. Bunun yapılmaması bir temyiz nedeni olabilir.

Ancak öğretilerde mantık kuralları, tecrübe kuralları ve bilimsel bilgilerin delillerin değerlendirilmesi açısından bir sınıf oluşturmayacağını da ileri süren yazarlar bulunmaktadır²⁰⁸. Bunlar delillerin serbestçe değerlendirilmesinin sınırı olmak bir yana, kanaatin oluşturulmasının vazgeçilmeyen parçası, önemli koşulları ya da unsuru olarak ele alınmaktadır.

Bu anlamda delillerin değerlendirilmesinin sınırlarından birisini mantık kuralları oluşturur. Delillerin değerlendirilmesi, mantıklı, eksiksiz ve çelişkisiz olmalıdır; hesap hatası, karışıklık ya da kısır döngü içermemelidir. Sadece olası sonuçların zorunlu olarak kabulü de mantıken hatalıdır.

²⁰⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, 17. Bası, İstanbul, 2009, s.627-628

Tecrübe kuralları da delillerin değerlendirilmesi açısından bir sınır oluşturmaktadır. Mahkeme tecrübe kurallarını ve onların geçerliliğini de doğru olarak kullanmalıdır.

Tecrübe kuralları, genel hayat tecrübesi ve olay ya da meslek bilgisi kurallarıdır. Bunlar benzer olayların gözlem ve karşılaştırılmalarından ortaya çıkar ve sadece düşünceden elde edilmezler. Belirli koşullar altında aynı sonuç çok ya da az bir olasılıkla ortaya çıkıyorsa, gelecekteki olayların da aynı ihtimalle aynı şekilde gerçekleşmesi beklenir. Tecrübe kuralları belirli çerçevede somut olaydan kaynaklanan gözlemi mümkün kıldığı için, hâkimin kanaatini saydamlaştırmaya ve rasyonel bir temel oturtmaya belirli ölçüde uygundur. Tecrübe kuralları çok çeşitli görünüş şekilleri altında, ceza hâkimi için delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde reddedilemeyecek bir yardım sağlar. Bu durum sadece itiraz edilemez bilimsel veriler için değil, hâkim tarafından ulaşılan sonucu ortadan kaldırmayan ancak şüpheli hale getiren genel geçerliliği olmayan tecrübe kuralları açısından da geçerlidir. Diğer taraftan hâkim, yeterli gerekçe göstermeksizin, kabul edilmiş olan tecrübe kurallarından ayıramaz ya da tersine, olmayan bir tecrübe kuralını göz önünde bulunduramaz. Bir ihlal halinde hükmünün temyiz derecesinde bozulması tehlikesi bulunduğu için, tecrübe kuralları, pratik olarak hakimin delilleri değerlendirmesi açısından özellikle önemli sınırlar koyarlar.

Medeni muhakemede geçerli olan "ilk görünüş ispatı" ceza muhakemesinde geçerli değildir. İspatın bu şekli, hayat tecrübelerine göre, bir olayın, aksinin de mümkün olabileceği iddia edilmediği sürece gerçek kabul edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Özellikle hakkında delille olmayan ve ispat güçlüğü bulunan olayların ilk görünüş ispatıyla ispatlanmış kabul edilmesi mümkün görülmektedir. Kısaca bunlar, olay hakkında hakimin kanaatini tek başına sağlayan tecrübe kurallarıdır²⁰⁹.

Mahkeme, kabul edilen bir tecrübe kuralını yanlış takdir eder ya da olmayan yahut da o şekilde olmayan bir tecrübe kuralını yanlış olarak var kabul ederse Yargıtay tarafından müdahale edilebilecek bir aykırılık bulunmaktadır.

²⁰⁹ YILDIRIM, Mehmet Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s: 124 vd.

Çünkü tecrübe kuralları, her ne kadar ispatla ilgili iseler de fiziki bir olgunun ispatıyla ilgili olmayıp fiziki olguların gerçekleşip gerçekleşmediği, nasıl, nerede ve kim tarafından gerçekleştirildiği konusunda bir ispat değerlendirilmesi yapılırken bir ispat yöntem veya aracı olarak kullanılmaktadır. Aslında burada hükme ulaşırken bir kritere başvurulmakta ve şüphe yenilmeye çalışılmaktadır. O nedenle bu kriterin doğru uygulanıp uygulanmaması denetime tabi bir husus olup, salt maddi ve delille ilgili bir husus olmadığından Yargıtay'ın denetimine tabi bir husustur.

cc. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Delillerin Değerlendirilmesi

Hâkimin delilleri değerlendirilmesinde, adil yargılanma hakkı önemli bir yer tutar. Adil yargılanma hakkı, yukarıda da belirtildiği gibi çok geniş bir kavram olup, birçok kişi ve mercie hitap ettiği gibi, ceza muhakemesinin tüm aşamalarını da yönlendiren ve etkileyen bir ilkedir. Suç işleyenlerin adalet önüne çıkartılıp haklarında yargılama yapılabilmesi ve hak ettikleri şekilde cezalandırılabilmesi için, öncelikle, delillerin elde edilmesi gerekmektedir.²¹⁰

Elde edilen delillerin kabulü ve değerlendirilmesi, öncelikle bir iç hukuk sorunudur ve bu husus, ulusal mahkemelerin konusudur.²¹¹ Bunun yanında, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, ulusal makamlara davanın taraflarınca sunulan iddia ve delilleri, yeterince inceleme yükümlülüğü de vermektedir.²¹²

Somut bir normun bir suçla ilgili somut bir eyleme uygulanması ile ilgili olduğundan adil yargılanma hakkının hayata geçirilmesi, kanun koyma faaliyetinden sonra ikinci önemli uygulama alanını, son soruşturma aşamasında bulmaktadır. Burada hem duruşma safhasının hem de yargıçların hüküm çıkarma safhasını kapsar tarzda bir etkiyle karşılaşmaktayız. Bir taraftan delillerin ortaya konulması ve diğer taraftan hem bu muhakemenin bir sonucu hem de maddi eylemlerin sübutu dışında, hukuksal tavsifi de etkileyen bir kavram olması dolayısıyla hüküm çıkarma devresinde de uyulması gereken en temel prensiptir.

²¹⁰ BIÇAK, Vahit: “İnsan Hakları İhlallerinde Yönelimler: Baskıdan Hileye”, <http://www.bilkent.edu.tr/vahit/ar6.htmw>

²¹¹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Doğru Yargılama ve Kanıtların Değerlendirilmesi, s. 227.

²¹² TUSİAD: (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), s. 87.

Bu nedenle adil yargılanma hakkıyla delillerin değerlendirilmesi kavramları çok sıkı bir ilişki içerisinde olup, ayrılamaz bir bütünlük arz etmektedirler.

Delillerin değerlendirilmesi açısından, pragmatik bazı düzenlemeler ve diğer bir takım ilkelere de uyulması gerektiği, ayrıca açıklamayı gerektirmeyen bir konudur. Diğer ilke, yöntem ve kurallar da delillerin değerlendirilmesi bakımından etkili olmakla birlikte içerdiği ilkeler ve anlam dolayısıyla, bir üst kavram olan adil yargılanma hakkı, hem delillerin değerlendirilmesi konusundaki ispat sistemini hem de kendisi dışında delillerin değerlendirilmesini sınırlandırıp yönlendiren diğer ilkeleri de etkilemesi dolayısıyla öncelikle ve önemle dikkate alınması gereken bir prensiptir. Bu prensip bazen mevcut araç ve yöntemlerin anlamlandırılması ve uygulanmasında bazen de muhakemeden sonuç çıkarmak, muhakemenin gerektirdiği araştırmaları yapmak, muhakemenin amacına ulaşmak, sağlıklı ve adil bir karar vermek ve bu kararın kağıt üzerinde kalmayarak uygulanabilir nitelik kazanmasını sağlamak babından uygulamaları ve diğer tali kurumların kabul ve uygulamaya geçirilmesini gerektirmektedir.

Burada adil yargılanma hakkı ve ispat muhakemesini ilgilendiren bazı hususlara kısaca da olsa değinmek gerekmektedir.

Delile ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddiası, Sözleşme Organlarınca, yapılan yargılamanın bütünü kapsamında incelenmektedir. Ve bu bağlamda, başvurucunun yargılamaya etkili bir biçimde katılma imkanının, elinden alınıp alınmadığı hususuna bakılmaktadır. Ayrıca, savunma yapacak durumda olan tarafın, önemli bir biçimde zarar görüp görmediği incelenmektedir; ve yine, ulusal mahkemenin delil değerlendirmesinin keyfilik taşıyıp taşımadığı hususu üzerinde durulmaktadır.²¹³

Anayasamızın 38. maddesinin 6. fıkrasında "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" hükmü yer almaktadır. Ancak, bu konuyla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde özel bir hüküm yer almamaktadır.

²¹³İNCEOĞLU: s. 274.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, delillerin ikamesi ile ilgili olarak, “bütün delillerin tarafların hazır bulunduğu aleni bir duruşmada sanığın yüzüne karşı ortaya konulması gerektiği” şeklinde temel bir ilke oluşturmıştır²¹⁴. Bu ilke, hak dağıtımının gizli oyunlara alet edilmesine engel olup, mahkeme önünde hak arayanları kanunun denetiminden uzak, gizli önemli bir fonksiyon görecektir²¹⁵.

İHAS m. 6/3-d sanığın “iddia ve şahitlerini sorguya çekmek veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitleriyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek” hakkının bulunduğu hükmüne yer vermiştir.

İnsan Hakları Adalet Divanı, verdiği kararlara göre, ulusal mahkemede ortaya konulmak istenen delillerin kabul edilebilirliği konusunda karar vermek yetkisi bir iç hukuk sorunu olduğu gibi, toplanan ve ortaya konulan delillerin ispat gücünü takdir etmek de ulusal mahkemelerin yetkisi içindedir. Ancak bu tür saptama ve kararların adil yargılanma hakkına uygun olması gerekir. Yargılamanın bütünü bağlamında delillerin ortaya konulması, kabulü, reddi, bunların değerlendirilmesinin adil bir biçimde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini takdir konusunda, Divan’ın (bugün mahkemenin) yetkisi bulunmaktadır²¹⁶. Bu durum uygulamada, delillerin ispat gücünü tayin bakımından ulusal hakimın sahip bulunduğu değerlendirme hakkını Strasbourg organlarının denetimi altında tutmaktadır. Gerçekten, İnsan Hakları Adalet Komisyonu ve İnsan Hakları Adalet Divanının elinde olan “delillerin ileri sürülüş ve kabulü şeklinin adil niteliğini takdir yetkisi” ile “sunulan bir delilin gerçeğin ortaya çıkmasında yararlı ve gerekli olup olmadığını serbestçe takdir ve böylece söz konusu delilin davada kullanılmasını kabul veya red hususunda ulusal

²¹⁴ PEUKERT, Wolfgang: (Çeviren: Feridun Yenisey), Delillerin İkamesi ve Değerlendirilmesinin İHAS 6. Maddesine Göre Değerlendirilmesi (kısaltma: Delillerin İkamesi....) in: Ceza Muhakemesinde ‘Fair Trial’ İlkesi, İstanbul 1999, s: 258.

²¹⁵ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Adil Yargılama, s: 52.

²¹⁶ PEUKERT: Delillerin İkamesi....,s: 254.

yargıcın karar yetkisini”, özellikle vicdani delil sisteminde birbirinden ayırmak kolay değildir²¹⁷.

İnsan Hakları Adalet Divanı verdiği kararlarda, mahkemenin vicdani kanaatini oluştururken, duruşmadan elde edeceği izlenimin önemine değinmiştir. Kostokovski davasında, tanıkların duruşmada bulunmamaları nedeniyle, davaya bakan hakimlerin tanıkların inanılabilirlikleri konusunda bir kanaat oluşturamadıkları sonucuna ulaşmıştır²¹⁸.

Şu husus unutulmamalıdır; T.C. Anayasası’nın 90. maddesine göre usulüne göre yürürlüğe girmiş milletler arası anlaşmalar kanun hükmündedir. T.B.M.M.’nce onaylanmış olan milletlerarası sözleşmelerin Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülemez. Buna göre, sözleşme iç hukukumuzun bir parçasıdır. Sözleşmenin bireylere temel hak ve hürriyetler bahşeden kuralları, Türk mahkemelerince doğrudan uygulanabilen üstün nitelikteki hukuk kurallarıdır.

Dolayısı ile sözleşmeyi kabul eden Türkiye Cumhuriyeti Sözleşmede öngörülen birtakım temel hak ve özgürlükleri ülkesinde yaşayan bireylere tanımak yükümlülüğü altına girmiştir.

Yani âkit devlet, sözleşmede yer alan temel hak ve özgürlüklerin ihlali halinde, ülkesinde yaşayan bireylere aleyhine başvuruda bulunmak hakkını tanımış durumdadır. Bu çerçevede Türkiye Cumhuriyeti milli mevzuatını sözleşmedeki ilkelere uygun hale getirmek yükümlülüğü altına girmiştir. Ancak AİHM bir temyiz mahkemesi niteliğinde olmayıp kararlarında sözleşmeye aykırılığı tespiti ve gerektiği takdirde hakkaniyete uygun bir surette zarar görenin zararını tazmine yetkilidir.

Sözleşmenin 46. maddesine göre, âkit devletler mahkemenin nihai kararlarına uymayı taahhüt eder. Mahkemenin nihai kararının uygulanmasının denetlenmesi de Bakanlar Komitesine aittir. Bakanlar Komitesi üçte iki çoğunlukla karar vererek insan haklarını ihlal eden devlete belirli yaptırımlar uygulayabilir.

²¹⁷ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Adil Yargılama, s: 48. Ayrıca, bu konu, yukarıda ‘Ceza Muhakemesinde Yasak Delillerin Değerlendirilmesindeki Yaklaşımlar’ bölümünde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

²¹⁸ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Doğru Yargılama ve Kanıtların Değerlendirilmesi, s: 72.

2.Karşılaştırmalı Hukukta Delil Serbestîsi İlkesi

a. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde, ceza usul hukuku ile ilgili düzenlemeler, Amerikan Anayasası'na IV, V, VI ve VIII. maddeler olarak eklenen maddelerde düzenlemiştir. Özellikle, IV nolu madde, hukuka aykırı arama ve haksız tutuklamaya karşı, kişilerin hak ve özgürlüklerini düzenlemektedir²¹⁹.

Anglo-Amerikan hukuk sistemine dâhil olan ve taraf muhakemesi özelliğini taşıyan Amerika'da, delillerin getirilmesi ve ortaya konulması tamamen tarafların yetki ve sorumluluğundadır.

Çelişmelilik esasına göre yürüyen Amerikan Ceza Muhakemesi'nde suçsuzluk karinesinin bir sonucu olarak savcı, sanığın suçunu öyle ispat etmelidir ki, delillerden kendiliğinden anlaşılabilen, haklı bir şüphe kalmamalıdır²²⁰. "Haklı şüphe"den maksat, jürinin, iddianın gerçek olduğuna vicdani şüphesizlikle kanaat edindiğini kesin olarak söyleyememesidir²²¹. Buna karşı savcı, her türlü lehe ve aleyhe delilleri ortaya koyarak, olayı tam olarak aydınlatmak, yani maddi gerçeğin bulunmasına hizmet etmek gibi bir yükümlülüğe sahip değildir.

Duruşmayı yönetme görevini üstlenmiş olan hâkim, delillerin ortaya konulmasının hukuka uygun ve adil olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bunun dışında hâkimin gerçeğin bulunmasını²²² sağlamak gibi bir yükümlülüğü bulunmadığı gibi, bu yönde bir hakkı da yoktur. Hâkimin görevi; ispat kuralları

²¹⁹ <http://www.answers.com/topic/criminal-procedure> sayfasından naklen alıntıdır.

²²⁰ THAMAN, Stephan: Landesbericht USA.

²²¹ THAMAN: s: 506.

²²² Belirtmek gerekir ki, Amerikan Hukukunda da son soruşturmanın amacı gerçeğin bulunmasını sağlamaktır. Sadece bu durum hâkim açısından, bizim hukukumuzda olduğu gibi bir hukuksal yükümlülük değildir. (HERMANN, Der amerikanische Strafprozeß, s: 155).

aracılığıyla adil bir muhakemenin gerçekleşmesini, boşa zaman harcanmamasını ve tanıkların gereksiz olarak zorlanmamasını sağlamak ve savcı ile müdafinin muhakeme hukuku ve ispat hukukuna ilişkin sorunlardaki anlaşmazlıkları konusunda da karar vermektir. Bu görevi çerçevesinde hâkim, hangi delillerin jüriye sunulacağı ve hangilerinin sunulmayacağını da belirler²²³.

Jüri ve hâkim, genellikle soru sormaksızın ve tanık çağırmaksızın deliller hakkında pasif bir şekilde bilgi edinirler. Jürinin tanıklara ya da taraflara doğrudan soru sorma hakkı yoktur²²⁴. Hâkimin, delillerin ortaya konulmasının yürüyüşüne müdahale hakkı bulunmaktadır. Delillerin ortaya konulması sırasında, savcı ve müdafinin ileri sürdükleri delilleri tamamlamalarını isteyebileceği gibi, olayın yeterince aydınlatılmadığını düşündüğü noktalarda, tanık ve bilirkişilere tamamlayıcı sorular da sorabilir. Ancak uygulamada, hakimler bu haklarını kullanmaktan genellikle kaçınırlar. Amerikan Hukukunda hâkimin, sanığın suçluluğu konusunda ne düşündüğünü jüriye bir şekilde göstermesi de yasaktır. Onun söz ve soruları jüri üyeleri tarafından onun olay hakkındaki değerlendirmesinin belirtisi olarak değerlendirilebilir²²⁵.

Duruşmada delillerin ikamesi tamamlanıp son sözler söylendikten sonra hakim, uygulanan hukuk, bazen de yapılacak olan delillerin değerlendirilmesi konusunda jüriyi bilgilendirir. Delillerin değerlendirilmesi jürinin görevidir. Jüri hâkimin bilgilendirilmesiyle bağlı olmaksızın, suçluluk sorunu konusunda kendi değer ölçüsüne ve kanaatine göre kararını verir. Jürinin kararı, "suçlu" ya da "suçsuz" şeklinde olur ve gerekçelendirilmez. Uygulamada jüri bu özgürlüğü tam olarak kullanmaktadır. Şayet jüri sanığın suçsuz olduğu kanaatine ulaşırsa, bu karar kesindir ve açıkça delillerin sonucuna ya da hukuk kurallarına aykırı bile olsa aleyhine kanun yoluna gidilemez²²⁶.

²²³ THAMAN: s. 503.

²²⁴ THAMAN: s. 503.

²²⁵ Ancak jürisiz muhakeme yapıldığı ve suçluluk sorunu hakkında, hakim karar verdiği durumlarda hakim aktif bir konuma sahiptir. Uygulama bu durumda hâkimlerin çekinmediğini, açıklamalar, uyarılar ve sorularıyla delillerin ikamesine müdahale ettiğini ve savcıyla müdafiyeye sınırlamaları bildirdiğini göstermektedir. (HERMANN, Der amerikanische Strafprozeß, s: 154-155.)

²²⁶ THAMAN: s, 508,.

Amerikan Ceza Muhakemesinde esas olarak "önemli" olan bütün deliller geçerlidir; buna karşı "önemli olmayan" deliller geçerli değildir. Bu delilin önemli olabilmesi için, maddi olması ve az da olsa olay bakımından bir ispat gücüne sahip olması gerekir²²⁷.

Katı bir şekilde uygulanan 'sözlülük' ve 'doğrudan doğruyalık' prensiplerinin sonucu olarak, "ikincil deliller" ve "duyduğunu anlatan tanığın beyanı", kural olarak yasaktır²²⁸.

Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin, Amerikan Ceza Muhakemesinde değerlendirilmesi yasaktır. Amerikan Yüksek Mahkemesi ve diğer alt derece Amerikan mahkemeleri, altmışlı yılların başından beri, sayısız olayda, polis memurlarının izin verilmeyen yakalama, arama, gizli dinleme, yüzleştirme ve sorgulama yoluyla elde ettikleri delilleri yasaklamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda, arama emri olmaksızın arama yapılmasına ve eşyalara el konulmasına karşı anayasanın sağladığı koruma ihlal edilerek polis tarafından el konan kanıtlar, bir duruşmada davalı aleyhine kullanılamaması, kuraldır. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, bu kuralın geçerliliğini, *Weeks v. U.S.* (1914) adlı kamu davasında belirlemiştir. *Wolf v. Colorado* (1949) adlı kamu davasında; mahkeme, kuralın federal mahkemelerce uygulanmasını kısıtlamış ancak bu karar, *Mapp v. Ohio* (1961) adlı kamu davasında değişmiştir. Bu da, kuralın evrensel olarak uygulanmasını gerektirmiştir. 1980'lerde, mahkeme, daha sonradan geçersiz sayılan bir arama izni ile "iyi niyetle" elde edilen kanıtın geçerli sayılabileceğini savunarak, kural için bir istisnaya izin vermiştir²²⁹.

Devlet tarafından davalının anayasal haklarının ihlal edilmesiyle elde edilen kanıt, kendisi aleyhine kullanılamayacağı ilkedir. Bir davalı, savcılık makamının delilleri kendisi aleyhine kullanmasını, duruşma öncesinde yargıçtan kanıtın geçersiz olduğuna kanaat getirmesini talep ederek "delilleri karartma" yoluyla önleyebilir. Fiziksel kanıtlar, itiraflar veya suçlunun tespiti, davalının anayasal

²²⁷ THAMAN: s: 520.

²²⁸ THAMAN: s: 508.

²²⁹ <http://www.answers.com/topic/criminal-procedure>.

hakları ihlal edilerek gerçekleştirilmiş veya elde edilmişse, bu durum, “değerlendirme dışında bırakma” kuralına tabi olur. Bununla birlikte, “değerlendirme dışında bırakma” kuralı (*exclusionary rule*) genellikle polis tarafından davalının, Anayasanın Dördüncü Düzenlemesi uyarınca sahip olduğu anayasal hakkının ihlal edilerek arama emri olmadan arama yapılması veya eşyalarına el konulması durumunda, tatbik edilir. Amerikan Federal Mahkemesi, (Burger ve Rehnquist Mahkemeleri)²³⁰, değerlendirme dışında bırakma ilkesinin gerçekte bir “kural”olarak kabul edildiği dava sayısını önemli ölçüde azaltmış ve kuralın yapısını ve amacını temel olarak yeniden tanımlamıştır²³¹. Mahkeme kararında, Amerika Birleşik Devleti Anayasası’nın IV. Düzenleme maddesini yapanlar, “*değerlendirme dışı bırakmayı*” Anayasaya aykırı bir arama yapılmasına yönelik bir çözüm olarak değerlendirmedikleri ve bu suretle, bir kamu görevlisinin görevini kötüye kullanacağı hiç düşünülmediği ve bir memurun görevini kötüye kullanmasının, yalnızca kamusal bir tazminat davasına konu olacağı ve bu nedenlerle, kişisel bir yasa ihlali olarak anlaşılabileceği düşünölmüştür. Bununla birlikte, ondokuzuncu yüzyılda polis memurlarına tutuklama ve arama yapma hakkı verildiği için, daha önceki memurların görevini kötüye kullanma anlayışı giderek daha gerçek dışı bir hal almış ve memurlara karşı yapılan yasa ihlalleri yasalara aykırı tutuklama ve aramalar bakımından daha az etkili olmaya başlamıştır.

“*Değerlendirme dışında bırakma kuralı*”, ilk olarak yukarıda bahsedilen Weeks v. United States (1914) adlı kamu davasında oluşturulmuştur. Bu kararda Yüksek Mahkeme, ilk kez olmak üzere, federal memurların arama izni olmaksızın bir meskende yaptıkları aramanın ve bu aramada yasa dışı loto kuponlarına el koymalarının, Anayasa’nın Dördüncü Düzenlemesinin ihlali olduğu sonucuna varmıştır. Memurların yaptıkları arama, Anayasaya aykırı olduğundan, Mahkeme, Weeks’in loto kuponlarını postayla göndermekten suçlu bulunduğu davada, federal mahkemenin loto kuponlarını kanıt olarak kabul etmesinin de Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Hakim William Day’in kaleme aldığı Mahkeme kararına göre, duruşma mahkemesinin belgelerin davalının duruşmasında

²³⁰ Amerika Birleşik Devletlerinde, doktrinde ve yargısal kararlarda, Mahkeme Başkanının veya davalının ismi, mahkeme adı olarak anılır. Yani, Antalya 4 Ağır Ceza Mahkemesi yerine, Burger Mahkemesi denilir. Ve bu şekilde, kararlara, atıfta bulunulur. Bu nedenle, biz de, Mahkeme isimlerini, Mahkeme Başkanlarının veya sanığın ismi ile çalışmamızda adlandırdık.

²³¹ <http://www.answers.com/topic/criminal-procedure> sayfasının devamıdır.

kullanılmasına izin verme kararının “*sanığın anayasal haklarının reddi*” olduğu ve duruşma mahkemesinin anayasaya aykırı şekilde el konan delillerin duruşmaya kabul edilmesine izin verme yetkisi bulunmadığı sonucuna varılmıştır. *Weeks* Mahkemesi, arama ve el koyma yasası ile ilgili olarak, neredeyse yepyeni bir sayfa açmıştır. *Weeks* öncesinde, bir davalının Dördüncü Düzenlemeden kaynaklanan haklarının ihlalinin herhangi bir cezası bulunmamakta idi, dolayısıyla bir davalının bir polis aramasının anayasaya uygunluğunu sorgulaması için bir gerekçesi yoktu. Bu nedenle, mahkemeler, Dördüncü Düzenleme standartlarını açıklama gereği duymuyor ve arama yasası herhangi bir geliştirme yapılmadan korunuyordu. Mahkeme, ancak değerlendirme dışı bırakma kuralı oluşturulduğunda, Dördüncü Düzenleme uyarınca geçerli arama standartlarını telaffuz etme fırsatına sahip olmuştur.

Weeks kararı, değerlendirme dışında bırakma ilkesinin kuramsal temelini ayrıntılı şekilde açıklamamaktadır. Bununla birlikte, o zamanın şekilci içtihat bilimi bağlamında değerlendirildiğinde – özellikle Mahkemenin *Boyd v. United States* (1886) kararında yansıtıldığı şekliyle – “değerlendirme dışında bırakma ilkesi”nin devletin gücünün sınırlı olmasına dayanan anayasa kavramından türediği açıkça görülmektedir. *Weeks* kararı, kolluk kuvvetlerinin anayasal yetkilerini aşan bir aramanın hükümsüz ve geçersiz sayılması ve buna göre değerlendirilmesi gerektiğini öne süren ilk karardır. *Devletin kanıta el koyma yetkisi olmadığı takdirde, devletin başka bir kolu olan bir mahkemenin de bu kanıtı bir duruşmada kullanılmak üzere alıkoyma “hakkı” bulunamaz.* *Weeks* gerekçeli kararının ilkelere dayanan yapısına uyum gösterme noktasından hareketle, anayasaya aykırı şekilde el konan kanıtların değerlendirme dışında bırakılması, onlarca yıl boyunca federal mahkemelerde kabul edilen bir kural olmuştur. Hakim Oliver Wendell Holmes’un *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920) adlı kamu davasının gerekçesinde belirttiği gibi, “*değerlendirme dışında bırakma ilkesi*”nin çıkış noktası, anayasaya aykırı şekilde en konan kanıtların “*hiçbir suretle kullanılmamasını sağlamaktır*”.²³²

Weeks’i takip eden yıllarda bu kuralın uygulanmasına yönelik getirilen tek önemli kısıtlama, alt federal mahkemeler tarafından geliştirilen ve bir davalının

²³² <http://www.answers.com/topic/criminal-procedure> sayfasının devamıdır.

kendi kişisel mahremiyetini ihlal etmeyen bir aramayı sorgulamasını önleyen "değişmez" gereklilik olmuştur. (Örneğin, bir davalı, bir başkasının evinde yapılan bir aramanın, bu aramada davalının suçlu bulunmasını sağlayacak deliller ele geçirilmiş olması halinde, anayasaya uygunluğunu genellikle sorgulayamamaktadır.)

Weeks zamanında, Haklar Bildirgesi yalnızca federal hükümet için geçerli olacak şekilde açıklanmıştır ve *Weeks*, kararının eyalet polis memurları tarafından yapılan aramalar için geçerli olmadığını açıkça ifade etmiştir.

Weeks'i takip eden yıllarda, bazı eyalet mahkemeleri, "değerlendirme dışında bırakma kararı"nın uygulanıp uygulanmayacağına kendileri karar vermiştir. Bazıları uygulamış ve büyük çoğunluğu ise uygulamamıştır. Eyalet münazaralarında bu kuralla ilgili olarak öne sürülen savlar, *Weeks'in kendisi* ile ilgili tartışmaların bir yansıması olmuştur. Kuralı eleştirenler, kuralın herhangi bir amaca hizmet etmediğini (delillerin karartılmasının aslında suçlamada bulunan polis memurunu cezalandırmadığını) ancak uygulanması halinde, suçlular serbest bırakıldığı için, topluma bedelinin ağır olduğunu savunmuşlardır. Yargıç (o zamanki New York hakimi) Benjamin Cardozo'nun da söylediği gibi: "*Polis memuru hata yaptığı için suçlular serbest kalmaktadır*" (*People v. Defore*, 1926).

Kuralı eleştirenler, keyfi aramalara karşı getirilecek alternatif çözümlerin (suçlamada bulunan polis memurlarına açılacak tazminat davaları veya idari yaptırım gibi) kuraldan daha etkili olacağını öne sürmüşlerdir. Kural yanlısı olanlar ise, bu alternatiflerin uygulanabilirliği veya verimliliği konusundaki şüphelerini dile getirmiş ve kuralın, Dördüncü madde tarafından korunan mahremiyet hakkına anlam kazandırmanın uygulanabilir tek yolu olduğunu savunmuşlardır. *Weeks* kuralının eyaletlere uygulanıp uygulanmayacağı konusu, Mahkemenin, Dördüncü maddenin Kanuni Prosedür Hükmünün, eyalet ceza davalarında, davalıların haklarını ne ölçüde koruduğunu tespit etmeye başlamasıyla yeniden açılmıştır.

Wolf v. Colorado (1949) adlı kamu davasının kararı, 5'e 4 çoğunluk oyu ile, kanuni prosedür kavramı keyfi aramalara karşı belli ölçüde koruma sağlıyor olsa da, bu korumanın Dördüncü Maddenin öne sürdüğü standartları kadar kapsamlı olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle, eyaletlerin *Weeks* kuralını

uygulamaları gerekmediği; keyfi polis aramaları sorununa çeşitli alternatif çözümlerden herhangi birisi vasıtasıyla çözüm getirmekte serbest oldukları kararını açıklamıştır. *Wolf'un ardından*, "gümüş tepsi kuramı" ile, aramalar sonucunda eyalet polisi tarafından el konan deliller, Dördüncü Madde standartlarını ihlal etmiş olsa bile, federal duruşmalarda kabul edilmesine izin verilmiştir.

Bundan on yıl sonra, Mahkeme "gümüş tepsi kuramını", *Elkins v. United States* (1960) kararında, 4'e 5 çoğunlukla reddetmiştir. Hakim Potter Stewart'ın çoğunluk kararı, Dördüncü ve Ondördüncü Maddeler tarafından arama izni olmadan yapılan aramalara karşı sağlanan korumanın denk olduğu, bu nedenle *Wolf'un* "değerlendirme dışında bırakma kuralı"nın eyaletleri kapsayacak şekilde genişletilmesini reddetmesinin altında yatan nedeni ortadan kaldırdığı sonucuna varmıştır.

Hemen bir sonraki dönemde, *Mapp v. Ohio* (1961) kararında, beş hakim, eyaletlerinde, Weeks'in "değerlendirme dışında bırakma kuralı"nı uygulaması gerektiği yönünde oy kullanmıştır. Hakim Tom Clark'ın en fazla oy alan kararı, *Weeks'in* kuralının, davalının Dördüncü Maddeden kaynaklanan haklarının bir parçası olduğu görüşünü pekiştirmekle beraber, aynı zamanda eyaletler, Wolf'dan itibaren geçen on yılda keyfi aramalara yönelik herhangi bir mantıklı alternatif çözüm geliştirmedikleri için de, kuralın uygulanmasının gerekli olduğunu savunmuştur. *Mapp'in* kuralının, eyalet duruşmalarında uygulaması, Dördüncü Madde korumalarının yalnızca beyaz yakalı suçlulardan veya eyalet duruşmalarında sıkça karşılaşılan vergi kaçaklarından çok daha geniş ölçekte ve çok daha çeşitli davalıları kapsayacak şekilde genişletilmesini sağlamıştır. Belki de bu nedenle, *Mapp*, *Weeks'ten* çok daha fazla siyasi anlaşmazlığa yol açmıştır. *Mapp* özellikle polis idarecilerin ve politikacılar tarafından, polise "kelepçe takmakla" suçlanmıştır.

Mapp hakkındaki fikir ayrılıklarının çoğu, kuralın uygulamadaki etkileri üzerine yoğunlaşmaktaydı. Profesör Yale Kamisar gibi kararın savunucuları, kararın sonunda polis departmanlarının arama standartları hakkında memurlara eğitim vermeye başladığını öne sürmüştür. Prof. Dallin Oaks gibi kararı eleştirenler ise buna, delillerin karartılmasının doğrudan suçlamada bulunan memurları cezalandırmadığı için, kuralın polis davranışlarını etkileyemeyeceğini

savunarak cevap vermişlerdir. Ayrıca kuralın anayasal olarak gerekli olmadığını, yalnızca bir yargıç kararıyla yapılan, araç olarak kullanılan ve ileride polisleri görevi kötüye kullanmaktan caydırmayı hedefleyen bir politika olduğunu ileri sürmüşlerdir. Kararı eleştirenler, kuralın caydırıcı olarak başarısız olduğuna inandıkları için, anayasaya aykırı aramalar için başka bir çözüm bulunur bulunmaz, kararın uygulamadan kalkması gerektiğini savunmuşlardır. Bu nedenle, “değerlendirme dışında bırakma kuralı” için “*caydırma gerekçesi*” olarak bilinen, paradoksal olarak kuralın saldırıya uğraması, kısıtlanması ve hatta yok edilmesi fırsatlarının da önünü açmıştır.²³³

United States v. Calandra (1974) kararında, Mahkeme, bu kuralın amacını temelden yeniden tanımlamış, “caydırma gerekçesi”nin yerine, kuralın, Weeks kararındaki daha önceki ilkelere dayanan formülünü getirmiştir. Hakim Lewis Powell’ın, altı hakim çoğunluğuyla verilen kararı, “değerlendirme dışında bırakma kuralı”nın, anayasaya aykırı olarak gerçekleştirilmiş bir aramanın kurbanı olan bir davalının, anayasal bir hakkı olduğu görüşünü reddetmiştir. Yargıca göre bu anayasal bir kuraldan ziyade, yalnızca koruyucu bir tedbirdir. Powell, Dördüncü Maddenin anayasaya aykırı bir arama ile ihlal edilmesinin, arama sona erdiğinde “tamamen yerine getirildiğini” ve anayasaya aykırı şekilde el konan delillerin daha sonra yapılan bir davada kabul edilmesinin “Dördüncü Maddenin yeni bir ihlali anlamına gelmediğini” ileri sürmüştür. Bunun yerine, Powell “*kuralın öncelikli amacının ileride polisi görevini kötüye kullanmaktan caydırmak olduğunu*” açıklamıştır.

Powell, Calandra kararında, kuralı, yalnızca caydırma amaçlı kullanıldığı için desteklemiştir. Kuralın, belli koşullar yerine geldiğinde uygulanması gerekip gerekmediğine yönelik test, kuralın uygulanmasının “*caydırıcı faydalarının*”, “*uygulamanın sosyal bedeli*” ile karşılaştırılması yoluyla yapılmalıdır. Calandra’da, Mahkeme, “değerlendirme dışında bırakma kuralı”nın büyük jürinin görev yaptığı duruşmalardaki kanıtlar için geçerli olmadığına, çünkü bu koşullardaki değerlendirme dışı bırakmanın, caydırma niteliğine önemli bir katkıda bulunmayacağına karar vermiştir.

²³³ <http://www.answers.com/topic/criminal-procedure> sayfasının devamıdır.

Calandra, yalnızca kuralın uygulanmasını kısıtlamış olsa da, kuralın “*faydaları ve zararlarını karşılaştırma*” yaklaşımının benimsenmesi, Mahkemenin, “değerlendirme dışı bırakma kuralı”nı genel anlamda bir caydırıcı olarak başarısız olduğu gerekçesiyle iptal ettiğinin düşünülmesine yol açmıştır. Ancak sonuçta, kuralın, caydırıcı olarak etkili olduğu yönünde ikna edici uygulamalı veriler bulunmadığı ortaya çıkmıştır.

Stone v. Powell ve United States v. Janis olmak üzere, 1976’da verilen iki kararda, Mahkeme verilerin elde edilemediği yönündeki spekülasyonun üzerini örtmüş ve bu noktadan itibaren, deliller, savcının yürüttüğü bir duruşmada değerlendirme dışı bırakıldığında, kuralın caydırıcı olarak etkili olduğu, ancak diğer koşullarda kararın “*daha fazla caydırıcı etki*” yaratacağının şüpheli olduğunu varsaymıştır.²³⁴

Mahkeme kuralı tamamen iptal etmemeye karar vermiş olsa da (*arama standartlarının uygulanmasında hiçbir alternatif yolun ortaya çıkmamış olması önemli bir veridir*), kuralın caydırıcılığına yönelik bu yaklaşım uygulama kapsamını net şekilde daraltmasını sağlamıştır. Mahkeme, kamu davalarında ve sınır dışı edilme duruşmalarında, ayrıca büyük jürinin görev aldığı davalarda anayasaya aykırı şekilde el konan kanıtların kabul edilmesiyle ilgili olarak “fayda ve zarar” analizi gerçekleştirmiş ve ayrıca anayasaya aykırı şekilde el konan kanıtların duruşmada, bir davalının ifadesinin yalan olduğu suçlamasıyla ithamda bulunmak için açıkça kullanılmasına izin vermiştir (bu da delilleri karartmayı başarmış olan davalıların ifade vermesini etkili şekilde önleyebilmektedir); ve ayrıca eyalet mahkemesi arama kurallarını, federal ihzar emri uygulamaları ile kısıtlamıştır. Bu arada, alt mahkemeler, anayasaya aykırı şekilde el konan kanıtların, cezai duruşmalardaki en yaygın davalar olan bir cezaya çarptırma ve tahliye veya kefaletle serbest kalma duruşmalarında kabul edilmesi için artı ve eksilerini çıkarma mantığını kullanmışlardır.

Burger ve Rehnquist Mahkemeleri, anayasaya aykırı şekilde el konan delillerin, savcı tarafından sınırsız şekilde kullanılmasını sağlayan pek çok yeni istisna yaratarak, kuralın uygulanmasını daha da kısıtlamışlardır.

²³⁴ <http://www.answers.com/topic/criminal-procedure> sayfasının devamıdır.

Nix v. Williams (1984) kararında duyurulan bir istisna, anayasaya aykırı şekilde el konan delillerin, polis bu delilleri “kaçınılmaz olarak keşfettiğinde”, anayasaya aykırı arama gerçekleşmiş olsa bile kullanılmasına izin verilmiştir. Mahkeme (genellikle yanlış şekilde “iyi niyet istisnası” olarak adlandırılır.)

United States v. Leon (1984) kararında, anayasaya aykırı şekilde çıkarılan bir arama izni ile gerçekleştirilen bir aramada el konan delillerin kullanılmasına izin vererek, başka bir istisna daha yaratmıştır. Burada Mahkeme, geçersiz bir arama izninin aramayı yapan polis memurlarının değil, izni çıkaran sulh hâkiminin hatası olduğu ve dolayısıyla delillerin karartılmasının polis uygulamalarını etkilemeyeceği kararına varmıştır.

Illinois v. Krull (1987) kararında yaratılan, buna paralel bir istisna da, anayasaya aykırı bir mevzuat ile arama yapan polis tarafından el konan delillerin kullanılmasına izin verilmesidir.

Arizona v. Evans (1995) kararında yaratılan başka bir istisna, hatalı mahkeme kayıtları nedeniyle polis tarafından yasalara aykırı şekilde el konan kanıtların kullanılmasına izin verilmiştir.

“Değerlendirme dışında bırakma kuralı” günümüzde Weeks tarafından öngörülen halinin bir yansıması şeklinde uygulanmaktadır. İronik şekilde, “caydırma gerekçesi”, anayasaya aykırı şekilde el konan delilin kullanılmasına izin vermek için o kadar çok kullanılmıştır ki, kuralın, “caydırıcı etkinliği” ortadan kalkmıştır. Elbette, anayasaya aykırı şekilde el konulan deliller zaman zaman devlet yararına kullanılabilir. Ayrıca, kuralın “bedelinin” genellikle öne sürülenden çok daha düşük olduğu ortaya çıkmıştır. Leon’da tartışılan ve Thomas Davies tarafından 1983 yılında yapılan bir çalışma tüm cürüm tutuklamalarının yalnızca yüzde 0,6 ila 2,35’inin tutuklama sürecinde herhangi bir aşamada (duruşmalar ve temyizler dahil olmak üzere) “değerlendirme dışı bırakma kuralı”nın uygulanması nedeniyle geçersiz kaldığını tahmin etmektedir. Serbest kalan tutukluların oranı, uyuşturucu ve diğer malvarlığına karşı suçlarda biraz daha yüksek olmakla beraber, ağır suçlarda çok daha düşüktür.²³⁵

²³⁵ <http://www.answers.com/topic/criminal-procedure> sayfasının devamıdır.

b. Almanya

Alman Hukuku'nda hâkimin, maddi gerçeği re'sen araştırması ilkesi (Ermittlungsgrundsatz) geçerlidir. Al. CMK m. 244/2'de yer alan düzenlemeye göre: "*Mahkeme hakikatin ortaya çıkarılması amacı ile, delillerin toplanmasını, karar için önemli olan bütün olay ve delillere re'sen teşmil etmelidir*". Bu çerçevede mahkeme, ne sanığın ikrarı ne de muhakeme sürelerinin delil ikamesi talepleriyle bağlı değildir. Gerekliği durumlarda kendiliğinden delil araştırarak ve ortaya koyacaktır.

Alman Ceza Yargılaması hukukunda sanığın ifadesinin özgür iradesine dayanması gerektiği, özgür iradeyi bozucu kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni ve ruhi müdahalelerle delil elde etme yasaklanmıştır.²³⁶ O halde, sanığa yapılan işkence veya baskı veya herhangi bir şekilde iradeyi bozucu bir fiil sonucu elde edilen deliller yargılamada kullanılmayacaktır.

Son zamanlarda bazı düzenlemelerde ispat yükünün sanık aleyhine değiştirildiği gözlenmektedir. Örneğin, Al. CK'nun 261. paragrafında düzenlenmiş olan kara para aklama suçunda, paranın elde edildiği eyleme ilişkin ispatta neredeyse ispat yükünün yer değiştirmesi kabul edilebilecek nitelikte bir hükme yer verilmiştir.

Al. CMUK 261. maddesi delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini kabul etmiştir: "*Ortaya konulmuş delillerin sonuçları hakkında mahkeme, serbest ve duruşmada meydana gelmiş olan kanaatine göre karar verir*".

Bu ilke, esas itibarıyla duruşma aşamasında ve hükmü verecek mahkeme açısından kullanılan bir ilke olmakla birlikte, savcı, hatta polis gibi diğer muhakeme organları açısından da geçerlidir.

²³⁶ ŞAHİN, Cumhur: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, sh 223, dipnot No: 291

Mahkeme, delillerin değerlendirilmesinde serbest olmakla birlikte, bu serbestinin kullanıldığı ispat muhakemesinde delillerin ikamesi açısından “katı ispat kuralları”²³⁷ geçerlidir. Buna göre olayın akışı, failin kusuru ve cezanın miktarı, yani suç ve cezanın ispatında mahkeme, katı ispat kurallarına göre hareket eder. Suçluluk ve yaptırıma ilişkin ispatta sadece kanunda gösterilmiş olan deliller kullanılabilir ki, bunlar tanık, bilirkişi, keşif, belge ve esasen doktrinde genel olarak delil olarak nitelendirilmemekle birlikte, hâkimin hükmünde dayanabileceği belirtilen sanığın beyanıdır. Yine ispat muhakemesi, kural olarak Al. CMUK 254-256, paragraflarında düzenlenmiş olan kamuya açıklık, doğrudan doğrualık ve sözlülük ilkelerine göre yürür²³⁸. Bunun karşı duruşma dışında ispat edilmesi gereken ve duruşma sırasında muhakeme hukuku açısından önem taşıyan olayların ispatında ispatı bakımından “serbest ispat kuralları” uygulanacağı; yani olayın kanuni kurallara ve delillere bağlı olmaksızın ispat edilebileceği kabul edilmektedir. Duruşmada serbest ispat kurallarının geçerli olacağı durumlara ilişkin, ceza muhakemesi koşullarının, zamanaşımının, bir süjenin duruşma ehliyetine sahip olup olmadığının, bir bilirkişinin konunun uzmanı olup olmadığının saptanması, duruşmanın halka kapalı olarak yapılmasının gerekip gerekmediği konusu örnek olarak belirtilmektedir²³⁹.

Mahkeme, muhakemede usulüne uygun olarak ortaya konulmuş olan delilleri, duruşmanın bütününden edindiği kanaate göre serbestçe değerlendirirken, mantık kuralları, tecrübe kuralları ve bilimsel verilere aykırı davranamayacağı gibi, belirli bazı hallerde de delillerin serbestçe değerlendirilmesi mümkün değildir. Bunlar, Al. CK m. 190’da yer alan, hakarete ilişkin gerçeğin ispatı halinde; Al. CMK m. 274’de yer alan, sahteliği ispat edilinceye kadar duruşma tutanağının gerçeği yansıttığının kabulü ve Federal Adli

²³⁷ “Das strengbeweisverfahren” şeklinde kullanılan ve dilimize, katı ispat kuralları ya da sıkı ispat kuralları olarak çevrilebilecek olan bu deyimle anlatılan aslında, delillerin ikamesinin belirli kurallarla bağlı oluşudur. Yoksa böyle bir ifadeden hareketle “kanuni ispat sistemi” ya da benzeri bir durumun geçerli olduğu zannı uyanmamalıdır. Sıkı ve serbest ispat [Strengbeweisverfahren-Freibeweis] ayrımı öğreti tarafından geliştirilmiş olup, bunun ispat açısından önemi, duruşmada ikame edilecek deliller açısından bu kurallara dikkat edilmesi açısından dır.

²³⁸ YENİSEY: Duruşma..., s. 154.

²³⁹ YENİSEY: Duruşma..., s. 156.

Sicil Kanunu (Bundeszentralregistergesetz) md. 51’de yer alan silinmiş ya da silinme aşamasına gelmiş eski mahkûmiyetlerin, yeni bir muhakemede cezanın artırılması için kullanılması yasağına ilişkin düzenlemedir.

Değerlendirme yasağı alanına girmeyen delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu Alman hukukunda tartışmalıdır. Alman Yüksek Mahkemesi geliştirmiş olduğu hak ya da “*haklar alanı*” teorisine göre delil elde edilirken kişi haklarına ağır ihlali söz konusu ise o delil değerlendirilmeyecektir. Hafif ihlal söz konusu ise değerlendirilebilecektir.²⁴⁰

Bu konuda Alman Federal Mahkemesi [BGH] tarafından geliştirilen “*haklar alanı*” teorisine göre, delil elde etme yasağı, sanığın hak alanını önemli ölçüde ihlal ediyorsa bu durum bir değerlendirme yasağı oluşturur. Ancak kesin bir kriter oluşturamayan bu düşünce, doktrinin çoğunluğu [neredeyse görüş birliği] tarafından reddedildi. Hatta Federal Mahkeme de sonraki kararlarında farklı noktaları dikkate alarak kararlar verdi. Sözgelimi, “ihlalin boyut ve ağırlığı”²⁴¹ yahut “olayın anlamı [önemi] ve delilin önemi”²⁴². Bugün ağırlıkla kabul edilen ise, delili kullanma yasağının sadece bir kurala [prensibe] bağlanamayacağı, aksine sanığın korunan yararıyla devletin soruşturması yararının karşılaştırılmasının her somut olayda yapılması gerektiğidir. Bu karşılaştırmada suç isnadının ağırlığı ve muhakeme ihlali, delilin önemi, delil elde etme yasağının koruma amacı ve delilin yasal olarak elde edilme imkânı kriterleri kullanılacaktır. Her ne kadar delili değerlendirme yasağının terbiye etme fonksiyonu yoksa da, dürüst yargılama ilkesi, “muhakeme kurallarının bilinçli olarak kötüye kullanılarak” elde edilen delilin kullanılmamasını emreder.²⁴³

Başka bir teori ise “*hakların dengelenmesi*” teorisidir. Bu görüşe göre, her somut olayda ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Bu değerlendirmede, bir tarafta gerçeği bulmadaki toplumsal çıkar ve etkili bir adli teşkilata duyulan ihtiyaç, diğer tarafta ise dava konusu suç ve isnadın ağırlığı göz önünde bulundurulmalıdır.

²⁴⁰ KAYIHAN, İçel: Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, sh.125.

²⁴¹ BGHSt 27, 355, 357.

²⁴² BGHSt 29, 244, 249 f.

²⁴³ YENİSEY, Feridun: Strafgesetzbuch Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınları, İstanbul 2009

Veya bir tarafta sanığın ihlal ettiği ve diğer tarafta ise muhakeme kuralının ihlal edilmesinin etkilediğini çıkar konulmalıdır. Alman içtihatları ve yaygın görüş, bu son teoriden yanadır.²⁴⁴

Alman Hukukunda, delil yasakları, “delili elde etme” ve “delili kullanma [=değerlendirme] yasakları” olarak ele alınmaktadır. Delili kullanma yasakları, delili elde etme yasaklarının aksine, Al. CMK’da pozitif hukuk temeline sahip değildir. Kanunda bazı delil elde etme yasaklarının aynı zamanda delil kullanma yasağı oluşturduğu istisna olarak düzenlenmiştir; örneğin, Al. CMK m. 136a-2’de yasağın sorgu yöntemleriyle elde edilen sanık beyanının, onun rızası olsa dahi kullanılamayacağı hükmü bulunmaktadır. Ancak her delili elde etme yasağının mutlaka bir delili kullanma yasağını oluşturmayacağı konusunda doktrinde geniş ölçüde görüş birliği bulunmaktadır. Bir delil etme yasağına bağlı olmayan delili kullanma yasakları da bulunmaktadır^{245, 246}. Bunlar bireyin korunmasına ilişkin anayasal garantiden kaynaklanırlar.

²⁴⁴ CENTEL/ZAFER: a.g.e., s.696.

²⁴⁵ Al. CMK. m. 100b (Haberleşmenin Denetlenmesi Kararını verme Yetkisi):1)Haberleşmenin denetlenmesi ve banda kaydedilmesi kararını (m.100/a) sadece hakim verebilir. Gecikmede tehlike varsa, emri savcılık da verebilir. Savcılığın emri üç gün içinde hakim tarafından tasdik edilmediği takdirde geçerliliğini kaybeder.

2)Karar yazılı olmalıdır. Kararda, kararın yöneltildiği olduğu ilgilinin adı ve adresi bulunmalı, tedbirin cinsi, kapsamı ve süresi belirlenmelidir. Kararın süresi en fazla üç ay olabilir. 100/a maddesinde tanımlanmış olan koşullar devam ettiği takdirde, süre her defasında üç aydan fazla olmamak şartı ile uzatılabilir.3)Alman Federal Posta İdaresi, karar uyarınca, hakimin, savcının ve savcılığı polis hizmetinde çalışan yardımcı memurlarının (Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu m. 152) telefonla yapılan konuşmaları dinlemelerini ve uzağa iletilen yazışmaları birlikte okumalarını sağlamaya mecburdur. 4)100/a maddesinde tanımlanmış olan koşulların artık mevcut olmaması halinde, hakim kararından doğan tedbirlere geciktirilmeden son verilmelidir. Son verme durumu hakime ve Alman Federal Posta İdaresine bildirilmelidir. 5)100/a maddesinde tanımlanmış bulunan suçların aydınlatılmasında ihtiyaç duyulan bilgilerin değerlendirilmesinde kullanılan şahsa ilişkin bilgiler başka ceza davalarında ancak 100/a maddesindeki suçlar bakımından sınırlı olarak soruşturma ve kovuşturma organlarınca kullanılabilir.6)Tedbirler yolu ile elde edilen veriler 100/a maddesinde yer alan suçların ceza koşturması için artık gerekli bulunmadıkları takdirde, savcılığın gözetimi altında derhal imha edilmelidir. İmha işlemi hakkında bir tutanak düzenlenmelidir”.

²⁴⁶ Al. CMUK. m. 100a (Haberleşmenin Denetlenmesinin Şartları) :Belirli olaylar bir kimsenin aşağıda sayılan suçları fail veya şerik olarak gerçekleştirdiği veya teşebbüsün cezalandırılabilir olduğu hallerde işlemeye teşebbüs ettiği veya başka bir suç işleyerekbu suçları hazırladığı şüphesini haklı gösteriyorsa ve maddi olayın öğrenilmesi veya sanığın bulunduğu yerin ortaya çıkartılması başka şekilde imkânsız görünüyorsa veya önemli surette zorlaşacaksa, haberleşmenin dinlenmesi ve banda kaydedilmesi kararı verilebilir. Karar sadece şüpheliyi

Muhakemede kullanılması mümkün olmayan bir delil mutlaka uzak etki²⁴⁷ doğurmaz; ancak uzak etki genel olarak da yasaklanmamıştır. Bunun somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. Eğer sanığın temel haklarının ve ceza muhakemesince korunan haklarının ağır ihlali söz konusu ise dolaylı delil muhakemede kullanılamaz.

veya belirli olaylardan dolayı şüpheliye yöneltilmiş olduğu anlaşılan veya şüpheliden sadır olan bildirimleri aldığı veya başkasına ilettiği anlaşılan veya şüphelinin telefonlarından faydalandığı şahıslara yönelik olabilir: 1- a) Barışa ihanet, Devletin varlığına karşı kuvvet kullanarak yapılan saldırı suçu ve demokratik hukuk devletini tehlikeye düşürme veya vatana ihanet ve Devletin dış emniyetini tehlikeye düşürmeye ilişkin suçlar (Al. CK. M. 80, 82, 84-86, 87-89, 94-100a), Dernekler Kanununun 20'nci maddesinin 1'nci fıkrasının 1-4 numaralı bentleri). b) Milli savunmaya karşı suçlar (Al. CK. M. 109d-109h), c) Kamu düzenine karşı suçlar (Al. CK. M. 129-130), Yabancılar Kanununun 92'nci maddesinin 1'nci fıkrasının 9 no.lu bendi) d) Asker olmaksızın, askerden kaçmaya azmettirme ve iştirak veya itaat etmemeye azmettirme (Askeri Ceza Kanunu'nun 1'nci maddesinin 3'ncü fıkrası ile bağlantılı olarak 16 ve 19'ncü maddeleri) e) Kuzey Atlantik Andlaşmasına taraf olan ve Federal Almanya'da üslenmiş bulunan Alman olmayan devletlerin birliklerinin güvenliği aleyhindeki suçlarla, Berlin eyaletinde bulunan üç devletten birinin birliklerinin aleyhindeki suçlar (Al. CK. M. 89, 94-97, 98-100, 109d-109g, Dördüncü Ceza Kanunu Değişikliği Kanunu'nun 7'nci maddesi ile bağlantılı olarak Askeri Ceza Kanunu'nun 16 ve 19'ncü maddeleri), 2-Paralarda sahtecilik (Al. CK. M. 146, 151, 152), Alman Ceza Kanununun 181'nci maddesinin 1'nci fıkrasının 21, 3 no.lu bentlerinde gösterilmiş bulunan mevsufinsan ticareti suçları, Nitelikli kasten adam öldürme, kasden adam öldürme suçunun basit şekli veya jenosit Al. CK. M. 211, 212, 220a) Fert hürriyeti aleyhinde işlenen bir suçu (Al. CK. M. 234, 234a, 239a, 239b). Çete halinde işlenen hırsızlık suçu (Al. CK. m. 244/1 no. 3) veya çete halinde işlenen ağır hırsızlık suçu (Al. CK. m. 244a) Yağma veya yağma yoluyla şantaj suçu (Al. CK. m. 249-251-255), Şantaj (Al. CK. m. 253), Meslek haline getirilmiş bir şekilde işlenen suçtan elde edilen malı satın alma, çete halinde işlenen yataklık suçu (Al. CK. m. 20) veya meslek haline getirilmiş bir şekilde organize yataklık suçu (Al. CK. m. 260). Alman Ceza Kanunu'nun 306-308, 310b/1-3 m., 311/1-3 m., 311a/1-3, 311b, 312, 313, 315b/3, 316a, 316c veya 319'ncü maddelerinde gösterilmiş olan, kamuyu tehlikeye sokan fiiller. 3-Silah Kanunu'nun m. 52a/1 ile 3, m. 53/1 c.1, 2 c.2, Dış Ticaret Kanunu'nun m. 34/1 ile 6 veya Harp Silahlarının Kontrolü Hakkındaki Kanunun m. 19/1 ile 3.20/1 veya 2, bağlantılı olmak şartıyla m. 21 veya m.22a/1 ile 3'de gösterilen suçlar veya, Uyuşturucu Maddeler Kanunu'nun 29'ncü maddesinin 3'üncü fıkrasının 1 ile 4 veya 30/1-2 numaralı bentlerinde gösterilen suçları meslek faaliyeti olarak veya örgütün üyesi olarak işleyenler".

²⁴⁷ Yasak delillerin uzak etkisi, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilden hareketle elde edilmiş bir delilin de ceza muhakemesinde değerlendirilememesini ifade eder. Örneğin, işkence yoluyla elde edilen ifadede, olayda kullanılan silahın yeri belirtilmiş ve yapılan araştırmada silah elde edilmiş olabilir. Eğer yasak delilin uzak etkisi tanınacak olursa, işkence yoluyla elde edilmiş ceza muhakemesinde delil olarak değerlendirilemeyeceği gibi, bu ifadede yardımıyla elde edilmiş olan silah da aynı şekilde değerlendirilemeyecektir.

Duyduğunu anlatan tanığın (bu çerçevede güvenilir kişi= Vertrauensleute ve gizli soruşturmacı= Verdeckter Ermittler) beyanlarının muhakemede kullanılıp kullanılmayacağı çok tartışmalı olmakla birlikte, yüksek mahkeme içtihatları bunu ilke olarak kabul etmekte, ancak bu şekildeki dolaylı tanığa daha az ispat gücü tanımaktadır. Sadece bu tür bir tanıklığa dayanılarak, mahkûmiyet hükmü oluşturulması kabul edilmemektedir.

c. Fransa

Fransız ceza muhakemesinde, bütün delillerin geçerliliği kabul edilmiştir. Bu durum gerek eylemin tipe uygunluğunun gerekse sanığın suçlu olduğunun saptanmasında geçerlidir. Fr. CMK 427. maddesinde düzenlenmiş olan bu kurala göre, Ceza Muhakemeleri Kanunun'da deliller açısından kapalı bir katalog²⁴⁸ bulunmamakta; kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça suçun ispatı her türlü delillerle yapılabilmektedir²⁴⁹.

Bu kuralın iki istisnası söz konusudur. Bunlardan birincisi, belirli tutanakların özel bir ispat gücüne sahip olması ve bu ispat gücünün ancak tutanağın sahteliğinin ispatı halinde ortadan kalkması halidir. Örneğin gümrük, orman, ekonomik ve balıkçılıkla ilgili işlerde hazırlanan tutanaklar, tanık ifadeleri ve diğer belgelerle çürütülemezler; bunların ispat gücünün ortadan kalkması için sahteliğinin ispat edilmesi gerekir²⁵⁰.

İkinci istisnayı ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşılmasının her ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin kabul oluşturmaktadır. Deliller araştırılırken doğru şekilde hareket edilmeli ve insanlığın bugün dayandığı temel değerler göz önünde tutulmalı bunlara aykırı

²⁴⁸ Delillerin serbestçe değerlendirilmesinin Almanya'daki durumu açıklanırken belirtildiği gibi, Alman Ceza Muhakemesi öğretisi, Al. CMK'da anılan delillerin, kapalı bir katalog oluşturduğunu, suçluluğun ve cezanın ispatında bu deliller dışında bir delilin kullanılamayacağını kabul etmektedir.

²⁴⁹ PRADEL, Jean: Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, ISISC Kolokyumlarının Sentez Raporu (Çeviren: Sulhi Dönmezer), İstanbul 2000, s: 157.

²⁵⁰ Bunun için gerekli muhakeme de çok karmaşıktır. Bunun dışında hakim delilleri serbestçe değerlendirilmesi olanağının devam ettiği basit bilgi değerine sahip normal tutanaklarla, aksi bir delille ispat edilinceye kadar geçerli olan tutanaklar da bulunmaktadır (PRADEL, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, s: 181-182)

davranılmamalıdır. Sözelimi polis tarafından ifadesi alınırken sanığa kötü muamele edilmesi, soruşturma hâkimi tarafından hileye başvurulması yasaktır. Narkoanaliz ve benzeri bir yöntemle ikrar elde edilmesinin mümkün olmadığı konusunda öğreti ve yargısal kararlar uzlaşma halinde olmakla birlikte, Fransız mahkemeleri, psikiyatri araştırmalarında narkoanaliz kullanımına izin vermektedirler. Yine Fransız mahkemeleri soruşturma hâkiminin izniyle elde edilmiş olmak koşuluyla, haberleşme araçlarının dinlenmesi yoluyla elde edilmiş verilerin de kullanılmasını kabul etmektedirler. Bu şekilde elde edilmiş deliller, muhakemeye katılanlar tarafından serbestçe tartışılmalıdır.

1993 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanununda hukuka aykırı delillere ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.²⁵¹ Ancak Fransız Mevzuatı medeniyetin temel değerlerine aykırı olarak insan onuruyla bağdaşmaz bir şekilde işkence, ilaç verme vesair ruhsal ve bedensel baskılarla delillerin elde edemeyeceğini çeşitli hükümlerle düzenlemiş bulunmaktadır²⁵².

d. Hollanda

Hollanda'da ispat hukuku, "*negatif kanuni ispat hukuku*"²⁵³ olarak adlandırılmaktadır. Bunun nedeni, bir taraftan hâkimin delillerin değerlendirilmesinde serbest olması öngörülmüşken, diğer taraftan deliller açısından geçerli olan belirli kurallarla bağlı olmasıdır. Bunun dışında kimsenin tek bir tanık beyanı ya da sanığın basit açıklamalarına dayanarak mahkum edilemeyeceği şeklinde asgari bir ispat standardı (=asgari ispat koşulu=Beweisminima) da öngörülmüştür²⁵⁴. Bu sistem, gerek ispat için hiçbir

²⁵¹ ANAYURT, Ömer: Strazbourg İçtihatlarında, Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri, MBD C. XXI S. 197, s.55 vd.

²⁵² SOYASLAN, Doğan: Hukuka Aykırı Deliller, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: VII Sayı: 3-4, sh.19.

²⁵³ Genel anlamda "*negatif kanuni ispat hukuku*" ya da "*sistemi*" , kanunda ispata ilişkin belirli kurallar öngörülmesine rağmen, öncelikle bu kurallarda aranan koşulların yerine gelmesi, daha sonra ise, hakimin de bu olayı sabit görmesi anlamını taşımaktadır. Hollanda ceza muhakemesinde de H. CMUK'da belirli delillerin sayılmış olması ve tek bir tanığın beyanına istinaden sanığın mahkum edilemeyeceği şeklindeki kurala istinaden böyle niteleme yapılmaktadır.

²⁵⁴ YILDIZ, Ali Kemal: s. 62-63 naklen.

kanuni kriter öngörmeyen “serbest ispat sistemi”nden, gerekse delillerin ispat gücünün pozitif olarak düzenlendiği “pozitif kanuni ispat sistemi”nden farklıdır²⁵⁵.

Hollanda hukukuna göre, savcı gözaltı talebi öncesi bir ön araştırma yapar. Ön araştırmayı gözaltına alma talebi ile aynı zamanda da uygulayabilir. Hâkim bu ön araştırma ile ilgili denetim için yargıç-komiser görevlendirir. Bu ön araştırma esnasında yargıç-komiser tanık ifadesi alır. Aynı zamanda yargıç-komiser, savcılığa, posta açma, telefon dinleme, ev arama gibi ön araştırma konularında bazı yetkiler verebilir. Yargıç-komiser kişinin kişisel durumunu polisten daha derin araştırabilir, örneğin bu kişi hakkında psikiyatrik rapor isteyebilir. Savcının elektronik cihazla dinleme yapabilmesi için, yargıç-komiserden yazılı yetki belgesi alması lazımdır. Bu belge verilirken, yargıç-komiser yetki verdiği unsurun kanunlar çerçevesinde davaya uygun olup olmadığını inceler. Mesela dinlemenin ne kadar süreceği, bu dinlemenin şüphelinin hangi suç konusuna dayandığı, orantısını, aynı zamanda yargıç-komiserin kendi takdiri de karar vermekte değerlendirilen unsurdur. Yargıç-komiserin denetleme amacı, Hollanda Anayasası’nın 13. maddesine dayanmaktadır. Bu maddede kişilerin telefon ve telgraf gizlilik haklarının hâkim kararı olmaksızın elinden alınmasını yasaklamaktadır. Suçun niteliği Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 67. maddesine göre değerlendirilir. Ön araştırmada kişinin telefonunun dinlenmesinin, araştırmada bu şekilde delil toplamayı gerektiren aciliyete bağlayan madde, Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 126. maddesidir²⁵⁶.

Eğer aciliyet gerektirecek durum yoksa veya klasik yöntemlerle delil toplamaya çalışılmadan doğrudan telefon dinleme yöntemine geçilmiş ise, delil yasadışı olarak değerlendirilebilir.

Suç niteliğine baktığımız zaman sadece kanunlarda yazan suç değerlendirmesine bakılmamakta, aynı zamanda suçun hangi koşullarda yer

²⁵⁵ “Negatif kanuni ispat sistemi”nden farklı olarak “pozitif kanuni ispat sistemi”nde hakim, kendisi kanaat edinmese de kanunda belirtilen pozitif kuralların aradığı koşulların gerçekleşmesi halinde olayın ispatlandığını kabul etmek zorundadır. Örneğin kanunun iki tanığın varlığını aradığı durumlarda iki tanığın kanunun aradığı özelliklere uygun beyanı varsa, hakim kendisinin olay konusunda bir kanaat oluşturmadığı söylemesi mümkün değildir.

²⁵⁶ <http://www.rechten.vu.nl/nl/opleidingen/postacademischonderwijs/leergangen/strafrechtelijk-bewijsrecht/index.asp> .

aldığı da değerlendirilmektedir. Bu suçların kapsamı insan öldürme, uyuşturucu kaçakçılığı, silah ticareti olabilir. Aynı zamanda daha hafif görünen ama büyük etki yaratan suçlardan da olabilir, mesela işletme belgesi alabilmek için memura rüşvet teklif etmek veya vergi kaçakçılığı gibi suçlar. Savcı yetkiyi aldıktan sonra (dinlemenin) delil toplama konusunun gerçekleşmesinde sorumludur. Savcı yetki belgesi olmadan özellik taşıyan metod ile delil toplamış ise, mahkemede bunun hesabını vermek zorundadır. Eğer geçerlilik nedenleri kabul edilmezse, hakkında soruşturma başlar.

Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince, yasa dışı delil niteliği taşıyan durumlar, yetki belgesi izni olmadan telefon dinlemesi, yetki belgesi izni olmadan ev aramak veya insan vücudu üzerinde araştırma yapmak, hırsızlık ve yağma ile ele geçirilen deliller ve ifade verecek kişinin konuşmama hakkı olduğunun, ifade öncesi belirtilmemesidir.²⁵⁷

e. İngiltere

Duruşmada, mahkemenin pasifliği ilkesinin geçerli olduğu İngiliz Ceza Muhakemesi, çelişkililik (Adversativ) üzerine kurulu bir taraf muhakemesidir. Delillerin elde edilmesi ve ortaya konulması prensip olarak tarafların görevidir. Bu durum bazı yazarlarca, davacının iddiasını ispat edip edemediği sorununun tartışıldığı sportif bir mücadele [yarış] olarak nitelendirilmektedir²⁵⁸.

Delillerin ortaya konulması sıkı ispat kurallarına bağlıdır. İspat yükü davacıya ait olup, sanık aksi ispat edilinceye kadar suçsuz sayılır. "*Şüpheden sanık yararlanır*" genel bir geçerliliğe sahip olan bir ilkedir. Olayın aydınlatılamadığı ve aydınlatılamayacağı durumlarda, sanığın lehine ya da aleyhine olayların eş değerde olması halinde ilke gündeme gelecek, lehine olan delil dikkate alınacaktır.

Delillerin ortaya konulmasının tamamlanmasından sonra savcı ve savunma tarafı son sözlerini söylerler. Daha sonra hâkim jüriye yönelik bir konuşma

²⁵⁷ <http://www.rechten.vu.nl/nl/opleidingen/postacademischonderwijs/leergangen/strafrechtelijk-bewijsrecht/index.asp> .

²⁵⁸ YILDIZ, Ali Kemal : s. 65-66 naklen.

yaparak onları hukuksal konularda aydınlatacağı gibi, ikame edilen delillerin bir özetini ve değerlendirilmesini de yapar. Bu aydınlatma ve değerlendirme dolayısıyla hâkimin, jüri üzerinde önemli bir etkisi vardır. Jüri yapacağı müzakere sonunda sanığın suçlu ya da suçsuz olduğuna ilişkin kararını açıklar. Suçlu olduğuna dair bir karar çıkarsa, cezanın ne olacağına hakim karar verir ²⁵⁹.

Ortaya konulan delillerin iddia konusu olayı yeterince destekleyip desteklemediği ve bir mahkûmiyeti haklı kılıp kılmayacağı konusunda karar vermek yetkisi jürinin görevi olduğundan, hukukumuzdaki CMK 206 ve CMK 217nci (Almanya'da Al. CMK 261) maddeleri anlamında bir delilin değerlendirilmesi, İngiliz Ceza Muhakemesi'nde yoktur.

Geleneksel Common-Law'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 ²⁶⁰. 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 [=caiz olmak] açısından yapılacak tek denetim, önemlilik açısından olacaktır. Mahkeme, tarafların delilleri nasıl elde ettiklerinden çok, bunların mahkemede nasıl kullandıklarıyla ilgilenir. Yoksa, delilin hırsızlık, kişi ya da binaların hukuka aykırı şekilde aranması, ajan provokatör kullanımı ya da gizli dinleme yöntemiyle elde edilmiş olması mahkemeyi ilgilendirmez. Elbette ki, kanunla herhangi bir delilin elde edilmesi yöntemi tam olarak düzenlenmişse, sözgelimi alkollü olarak araç kullanmada kan örneğinin nasıl alınacağı gibi, buna uyulmaması delilin yasaklanması sonucunu doğurur.

Bununla birlikte, mahkeme kararlarında bir delilin hukuka aykırı ya da dürüst olmayan bir şekilde elde edilmiş olması halinde kullanılamayacağına ilişkin hâkimlik yetkisi geliştirilmiştir. Anayasal bir ilke olan "adil yargılama" ilkesi gereğince hâkim, sanık açısından adil bir muhakemenin gerçekleşmesini

²⁵⁹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: İngiliz Adli Teşkilatı, SBFD, C: X, sy: 1, Mart 1955, s: 161.

²⁶⁰ ÜNVER, Yener: İsbata İlişkin Bir İBK İncelemesi, s: 200.

sağlamak zorundadır. Dolayısıyla hukuka aykırı ve dürüst olmayan şekilde elde edilen deliller sanığa karşı kullanılmayabilir.

Doğrudan doğrualık ve sözlülük ilkelerinin sonucu olarak, duyduğunu anlatan tanığın beyanı kural olarak geçerli değildir. Sadece sahip olunan bilgiler ispat açısından önemlidir. Tanık, anlattıklarını beş duyusuyla algılamış olmalıdır. Onun başkalarından duyduğunu anlatması ispat açısından yeterli değildir.

Bir ispat kuralı olan “kendini suçlamaya zorlanamama” (Nemo Tenetur) ilkesine aykırı elde edilen beyanlar da esas itibarıyla geçerli değildir.

Yine 1984 tarihli “Police and Criminal Evidence Act” (PACE) delil yasakları konusunda pozitif hükümler getirmiştir. Bu bağlamda, İngiliz Hukukunda, hukuka aykırı delillerin kullanımını düzenleyen iki madde vardır. Bunlar, PACE böl. 76 ve 78’dir.

PACE böl. 76, mahkeme dışındaki ifadelerin değerlendirilmesini düzenlemektedir. Buna göre, sanığın ikrarının kendisine karşı delil olarak kullanılabilmesi için, delilin önemli olması [PACE böl. 76 (1)] ve güç kullanımı sonucu elde edilmemiş olması ya da delili güvenilir hale getiren diğer bir durumun bulunmaması [PACE böl. 76 (2) (a) ve (b)] gerekir. İkrarın, zorlama ya da onu geçersiz hale getiren diğer yollarla elde edilmediğini ispat etmek, davacının görevidir.

PACE böl. 78 ise, bütün delillere ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Bir delilin sadece hukuka aykırı elde edilmiş olması, mahkemede delil olarak kullanılmaması için yeterli değildir. Delilin kabulü halinde, yargılamanın adilliği (fairness) üzerinde negatif bir etki (adverse effect) oluşmalıdır. Buna göre, illegal ya da dürüst olmayan (unfair) bir şekilde elde edilen deliller mahkeme tarafından yasaklanabilir. Bu düzenleme ile Common-Law’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, hâkimin takdirine bağlıdır ²⁶¹.

PACE böl. 76 (4) (a), delil yasaklarının uzak etkisini kabul etmemiştir. Tamamen ya da kısmen kullanılamayan bir ikrardan hareketle elde edilmiş bir delilin kullanılması mümkündür. Ancak PACE böl. 78’de yer alan yasaklamaya ilişkin değerlendirme olanağı bu tür deliller açısından da geçerli olacaktır.

PACE, 2005 yılında, Ciddi Örgütlü Suçlar ve Polis Kanunu “Serious Organized Crime and Police” (“SOCPA”) ile önemli değişikliklere tabi tutulmuştur ²⁶². 2005 yılında, İngilterede Ciddi Organize Suçlar Bürosu (“SOCA”) kurulmuş ve Büroya bu kanunla yetkiler verilmiştir. Ciddi Örgütlü Suçlar ve Polis Kanununun 61. maddesinde, SOCA’nın araştırma kapsamındaki suçlar katalog halinde belirlenmiştir. SOCA, katalog halinde suçlar kapsamında, İngiltere, Galler ve Kuzel İrlanda’da görev yapabilecektir (“İskoçya, bu kanun kapsamında değildir”).

SOCPA’nın 60. maddesi gereğince, Kamu Savcısı Yöneticisi/Başsavcı’nın (The Director of Public Prosecutions), Gelir ve Gümrük Savcısı Yöneticisi’nin (“The Director of Revenue and Customs Prosecutions”) ve Hanedan Vekili/İskoçya Savcısı/Başsavcı’nın (“The Lord Advocate”) SOCPA’da belirlenmiş yetkiler ve haklar kapsamında katalog suçlarını soruşturma yetkisi vardır.

f. İsveç

Anglo-Amerikan ve Kara Avrupa’sı karışımı bir sisteme sahip olan İsveç’te, ceza muhakemesi, prensip olarak eşit statüye sahip iki tarafın mahkeme huzurunda müzakere ettiği, mahkemenin ise büyük oranda sadece hükmün verilmesiyle sınırlı olduğu bir itham muhakemesidir. Bu sistemde delillerin ortaya konulması, tarafların yerine getirmek zorunda oldukları bir görev olmakla birlikte, ispat yükünün savcılık üzerinde olduğu kabul edilmektedir.

²⁶¹ ERYILMAZ, Bedri: Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, 2003, Seçkin Yayın Evi, s.280.

²⁶² http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050015_en_1.

İsveç Muhakeme Kanunu'nda ²⁶³ hâkimin gerçeği araştırması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı gibi, doktrinde de böyle bir hukuksal yükümlülüğten açıkça söz edilmemektedir. Ancak bu durum hâkimin 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 çalışılmaktadır²⁶⁴.

İsveç muhakemesinde delil serbestliği ilkesi geçerlidir. Bunun sonucu olarak kanunda gösterilmeyen, dolaylı olarak ve hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller dahi kullanılabilir. Mahkemece bilinen ya da genel olarak bilinen olaylarla, tecrübe kuralları ve iç hukuk kurallarının ispatına gerek yoktur (İsveç Muhakeme Kanunu Kap. 35 pr. 2 RB). Delil serbestliği ilkesi, sözlülük, vasıtasızlık ve "en iyi ispat materyali" ilkeleri ile sınırlıdır²⁶⁵.

İsveç'te delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi geçerlidir (İsveç Muhakeme Kanunu Kap. 35 pr. 1 Abs. 1). İsveç öğretisi ve uygulaması, bu ilke sebebiyle ceza davalarında özel hukuk davalarına göre daha sıkı ispat gereklerinin (Beweisanforderung) geçerli olduğu; ceza muhakemesinde gösterilen delillerin sağlamlık ve tamlığına ilişkin gereğin isnat edilen suçun ağırlığı ile arttığı sonucunu çıkartmaktadırlar²⁶⁶. Sözelimi basit suçlarda mahkemeler ikrarı fazla araştırma yapmaksızın gerçek olarak kabul ederken; ağır suçlarda ikrara fazla değer tanımayıp, diğer delillerle desteklenmedikçe hükmü buna dayandırmama eğilimindedirler²⁶⁷.

²⁶³ Bu kanun, hem medeni hem de ceza muhakemesi kanunu için geçerlidir.

²⁶⁴ 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'den aktaran; GÖKÇE, Teoman: Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık, Adalet Dergisi, Ekim,2002,13. sayı, s.82

²⁶⁵ En iyi ispat materyali ilkesi, birçok delil ihtimalinden daha kesin delil gösterecek olanların seçilmesini ifade eder; sözelimi duruşmada dinlenen bir tanık ifadesine, sorgu tutanağının duruşmada okunmasına öncelik tanınması gibi.

²⁶⁶ UĞUR, Hüsamettin: Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/makale-1.doc>.

²⁶⁷ YILDIZ, Ali Kemal: s. 71 naklen.

g. İsviçre

İsviçre’de Federal düzeydeki Ceza Muhakemeleri Kanunu yanında, yirmi altı kanton da ayrıca kendi ceza muhakemesi düzenlemelerine sahiptir. Genel olarak Federal CMK’nun düzenlenmesine ilişkin olacağı gibi, yeri geldikçe de bazı kantonlara ilişkin bilgi ya da örnekler verilecektir. Zaten ispat ve delillerin değerlendirilmesi konusunda gerek federal CMK, gerekse Kanton CMK’ları hemen aynı düzenlemelere sahiptir^{268, 269}.

İsviçre CMK, 249. maddesinde delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini düzenlemiştir²⁷⁰. “Karar verecek makamlar, delilleri yasal kurallara bağlı olmaksızın serbestçe değerlendirmelidir”. Bütün İsviçre Kantonları açısından zorunlu olarak geçerli olan bu kural, Kanton mahkemelerince federal maddi ceza hukukuna ilişkin konularda verilecek hükümlerde de geçerli olmak üzere ilkesi, ceza muhakemesi kanunlarında düzenlenmiş bulunmaktadır. Örneğin Zürih CMK 284. maddesinde ilke şu şekilde ortaya konulmuştur: “Hâkim hükmünü duruşmadan ve kovuşturma dosyasından elde ettiği serbest kanaatine göre verir”. Diğer kantonlarda da ilkenin düzenlenişi benzerlik göstermektedir.

Hâkimin sanığın suçluluğuna ilişkin kanaati keyfi bir karar olamayacağından, hâkimin olayı ve olaya ilişkin ispat durumunu hükmünde ayrıntılı olarak tartışması ve buradan çıkaracağı sonuçları rasyonel bir biçimde gerekçelendirmesi gerekir.

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi, hâkimin her türlü bağdan serbest ve hükmünü sadece sübjektif hislerine dayandıracağı anlamını taşımaz. Hâkim delillerin değerlendirilmesinde mantık kuralları, tecrübe kuralları ve bilimsel verilerle, özellikle de fen bilimleri, psikolojik nitelikte ya da kriminolojik nitelikte olanlarla bağlıdır. Örneğin, muhakeme sırasında alınacak bilirkişi raporunda bulunacak bilimsel verilerin hâkim tarafından kabul edilmemesi ya da dikkate alınmaması mümkün değildir.

²⁶⁸ <http://www.nyulawglobal.org/globalex/switzerland.htm>

²⁶⁹ YILDIZ, Ali Kemal: s. 73 naklen.

²⁷⁰ <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

Delillerin serbestçe değerlendirilmesinin bir sonucu olarak, deliller sınırlı sayıda değildir ve kural olarak her şey ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilir. Böylece teknik ve bilimsel gelişmelerle ortaya çıkan deliller de ceza muhakemesinde kullanılabilecektir. Buna uygun olarak İsviçre’de DNA analizlerinin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağı konusunda ciddi bir tartışma yaşanmamıştır. Unutmamak gerekir ki, deliller kullanılırken İHAS ve Anayasadaki sınırlar, insan onuruna saygı gösterilmesi ve ilgilinin anayasal haklarına yapılacak müdahalelerde yasal düzenlemenin gerekliliği dikkate alınmalıdır.

Delillerin serbestçe değerlendirilmesinin diğer bir sonucu olarak, deliller arasında bir hiyerarşi de bulunmamaktadır. Kural olarak bütün deliller değerlendirilmeleri açısından eşit olarak kabul edilecektir. Kabahatler için yapılan muhakemeler açısından eskiden var olan, polis tutanak ve raporlarının doğruluğuna ilişkin karineler, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine aykırıdır ve İsviçre Federal CMK 249. maddesi karşısında bu karinelerin kullanılması mümkün değildir²⁷¹.

Delil yasakları da geniş anlamda delilleri ve delillerin muhakemede ileri sürülebilmesini sınırlamaktadır. İsviçre doktrinde delil yasakları geleneksel şekilde delili elde etme ve delili değerlendirme yasakları şeklinde ele alınıp incelenmektedir. Hâkim, 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 yasak bir delilden hareketle elde edilmiş olan diğer delilin kullanılması yönündedir²⁷².

²⁷¹ http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/en/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_strafprozess.html

²⁷² ERDEM, Mustafa Ruhan: Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001, s. 99 vd.

h. İtalya

Kanun Koyucu, Ekim 1989'da yürürlüğe giren yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nu yaparken, Anglo Amerikan sistemine yakın bir muhakeme modeli kurmuş; ancak yeni kanunda geleneksel Kara Avrupa'sı muhakemesine egemen olan bazı kuralları da korumuş, bunları birbiriyle bağdaştırmış, böylece Anglo Amerikan ve Kara Avrupa'sı karışımı bir model ortaya çıkarmıştır. Bu düzenlemede savcılık ve savunma eşit haklara sahip taraflar halinde iken, hâkim sadece duruşmaya dayanarak karar veren bağımsız bir makam olarak yerini almıştır ²⁷³.

Taraf muhakemesi ve mahkemenin pasifliği ilkesi, delillerin ikamesinde de uygulamasını bulmuştur. Delil ikamesi, kural olarak tarafların istemi üzerine gerçekleşir (İt. CMK m. 190/1). Bu ilkeye, ancak kanunun, bir delilin ikamesinin re'sen yapılmasını açıkça öngördüğü durumlarda istisna tanınmıştır. (İt. CMK m. 190/2). Bunun anlamı, muhakeme araçlarının doğruluğu ve tamlığı öncelikle tarafların elindedir. Bu nedenle delillerin seçimi ve kullanım şekli de kural olarak tarafların inisiyatifine bırakılmıştır. Tarafların delil ikamesi talebi sadece kanunda düzenlenmiş bir nedenin varlığı halinde reddedilebilir.

Taraflar delillerini duruşma başlamadan en az yedi gün önce bildirmek zorundadır. Mahkeme başkanı caiz olmayan ve gereksiz delilleri reddeder, diğerlerine izin verir. Daha sonra da delil ikamesi yapma hakkı bulunmakla birlikte, bunların normal taleplere göre daha kolay şekilde reddi olanağı vardır (İt. CMK m. 494 I).

Buna karşı İt. CMK'da, hakim maddi gerçeği bulma yükümüne ilişkin ifadeler bulunmamaktadır. Hakimin duruşmada ispat inisiyatifi sadece ikincil bir fonksiyona sahiptir. Maddi gerçeğin bulunması konusunda mahkemenin sorumluluğu başkanın soru sorma hakkına (İt. CMK. M. 506/2) ve İt. CMK'daki istisna kurala bağlıdır. Bu kurala göre mahkeme, yeni delillerin ikamesini sadece tarafların delil ikamesi yasak ya da onların delil ikamelerinin tamamlanması mutlaka gerekli görünüyorsa (İt. CMK m. 507) emredebilir.

²⁷³ SOYASLAN: s.19

İt. CMK, eski kanunda da bulunan delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesini terk etmemiş ve m. 192/1’de bu ilkeyi açıkça vurgulamıştır.

Ancak mahkeme delilleri serbestçe değerlendirirken gerekçesini de göstermek zorundadır. Mahkeme hükmünde, dayandığı delilleri göstermek, hem de karşıt delilleri neden inandırıcı bulmadığını da belirtmek zorundadır (İt. CMK m. 546/1).

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi iki durumda sınırlandırılmıştır. Bunlardan birincisi, bir olayın varlığı belirtilere dayanarak ancak bunların önemli, tam olarak belli ve birbirleriyle uyum içindeyse kabul edilebilir (İt. CMK m. 192/2).

İkinci olarak, şerikin [suç ortağının-birlikte sanık] ve bağlantılı davada yargılanan kişilerin ifadeleri düşük bir delil değerine (Beweiswert) sahiptir (İt. CMK 192/3). Hâkim bunları, inandırıcılıklarını destekleyen bütün diğer delillerle birlikte değerlendirecektir. Kanun koyucu bu tür delilleri baştan yasaklamamış, mahkemenin diğer verileri de dikkate alarak bunları özel bir inanırılık kontrolüne tabi tutmakla yükümlü kılmıştır²⁷⁴.

İtalyan Ceza Usulü Kanununun 191. maddesi “Hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller” (provete illegittimamente acquisite) başlığını taşımaktadır.

İçeriğinde ise, “*Kanunun koyduğu yasanın ihlaliyle ilgili deliller kullanılamaz*” (Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate) (Fıkra 1). “*Kullanılamazlık yargılamanın her derece ve safhasında resen de göz önüne alınabilir*” (L’inutilizzabilità e rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento) (Fıkra 2).

Söz konusu madde delil yasağına ilişkin olup bir Ceza Usul normudur. Kanunun koyduğu yasağın ihlali suretiyle elde edilen deliller kullanılamazlar. İt. CMK 191. maddesi de mutlak bir delili değerlendirme yasağı oluşturmuştur.

²⁷⁴ Hein, Landesbericht Italien, s: 171-172.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100/b maddesi'nin 4, 5 ve 6. fıkraları ile İtalyan Ceza Yargılama Yöntemi Yasası'nın ²⁷⁵ 266. maddeleri ile paralellik arz etmektedir.

Zira, ("*Alman CMK m. 100b V ve m. 100 d II*") iletişimin dinlenilmesi sonucunda elde edilen deliller ancak, katalog suçlardan ("*Alman CMUK m 100 a*") birinin aydınlatılmasında kullanılabilir. Bu nedenle, Alman ve İtalyan CMUK'larında, kovuşturma ve soruşturma organlarına, gizli soruşturma yöntemleri ile elde edilen verilerin başka suçta ("*katolog suçların haricinde*") kullanılması kesin olarak yasaklanmış ve derhal imhası emredilmiştir. ("*aynı yönde düzenleme, Amerika Birleşik Devletleri ²⁷⁶, İngiltere, Norveç, Finlandiya, İsviçre gibi birçok kıta avrupalı ve Anglo Sakson ülkelerinin yasalarında mevcuttur.* ").

²⁷⁵ "Haberleşme ve konuşmaların dinlenmesi, konusunda da suçları ortaya çıkarmak amacıyla istisnai normlar kabul edilmiştir. Olağan kurallara göre, haberleşme ve konuşmaların dinlenmesi, çok sınırlı alanda, bir dizi koşulun yerine getirilmesine bağlıdır. Gerçekten, Ceza Yargılama Yöntem Yasası'nın 266. maddesinde sınırlı olarak sayılmış suç türleri kabul edilmiştir. Dinleme, ancak, suçun CK'nın 614. maddesinde tanımlanan "konut"da işlendiğine inanmak için sebep bulunması durumunda kabul edilebilir. Dinlemeye savcının istemi üzerine, soruşturma aşamasında yetkili yargıcın, suça ilişkin kuvvetli belirtiler olduğuna ve dinlemenin zorunlu olduğuna karar vermesine bağlıdır. 266 maddeyi değiştiren 8 Ağustos 1992 tarihli Yasa, 51/3bis maddesinde organize suçlar açısından, CK'nın 614 maddesinde işlendiğine (terör suçu) ilişkin ciddi belirti olmasa dahi dinleme yapılabileceğini kabul etmiştir. Ayrıca, dinlemeye karar verilmesi için, suçun işlendiği konusunda kuvvetli belirtinin varlığı ve dinlemenin zorunluluğu aranmakta, yeterli belirtinin bulunması کافی görülmektedir. 267. maddenin 2. fıkrasına göre, acil hallerde savcı doğrudan dinlemeyi yapabilir ve yargıca haber vermek karar almak durumundadır. Bu durumda, savcı 15 günde operasyonu tamamlamak zorundadır. Bu süre, organize suçlar açısından kırk gündür. Gerçekten, dinleme ile elde edilen veriler başka dava açısından kullanılamaz. Mahkemede kullanılmayan deliller, imha edilecektir." ÖZEK, Prof. Dr. Çetin : "Organize Suç" Prof Dr. Nurullah Kunter'e Armağan s. 290

²⁷⁶ " Hukuka aykırı bir şekilde telefon dinlemenin doğuracağı diğer sonuç elde edilen bilgilerin mahkemeye delil olarak sunulamamasıdır. Amerikan Federal Ceza Kanunu (18 USC & 2515) hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut bulunmadığı hallerde, telefon yoluyla veya karşılıklı konuşmaların gizlice dinlenmesinden elde edilecek delillerin, "herhangi bir muhakemede" delil olarak ikame edilmesini yasaklamıştır." KUNTER- YENİSEY: "Ceza Muhakemesi Hukuku" 11. Baskı Sayfa 514

II. DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİ İSTİSNALARI

1. Genel Olarak

Öyle bazı haller olabilir ki, birden fazla ceza muhakemesi ilkesi karşı karşıya gelir ve bunlardan birisinin tercih edilmesi gerekebilir. Sözelimi maddi gerçeğin araştırılması ceza muhakemesinin amacı olacak nitelikte önemli bir ilke olmakla birlikte, bu ilkenin insan onurunun çiğnenmesi pahasına gerçekleştirilmesi ceza muhakemesinde kabul edilmez. Elbette ki böyle bir tercih yapılırken diğerine göre daha öncelikli ilkenin tercih edilmesi gerekecektir.

Delillerin serbestçe değerlendirilmesinin istisnaları şunlardır: i) Delil yasakları, ii) kanuni ispat kuralları, iii) sanığın susma hakkı ve iv) tanığın susma hakkı (tanıklıktan çekinme) olarak belirtilir.

2. Delil Yasakları

a. Delil Yasakları Kavramı

Türk Hukuku bakımından, 1992 yılında yapılan Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu değişikliğine kadar ceza muhakemesi hukukumuzda, “yasak delil/değerlendirme yasağı”na ilişkin somut bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu dönemde, değerlendirme yasağı öngören tek hükmün, Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi Sözleşmesinin 15. maddesiyle iç hukukumuzda girdiği söylenebilir. Gerçekten bu madde işkenceyi yasaklayarak, işkence ile elde edilen delilin işkence yapanın yargılanması dışında delil olarak kullanılamayacağını öngörmekteydi. Her ne kadar uygulamada işkence ve kötü muamele ile elde edilen ikrara tek başına değer verilmiyor idiyse de²⁷⁷ bu ikrara dayanılarak elde edilen diğer deliller

²⁷⁷ “Savcılık veya kolluktaki ikrarı içeren tutanaklar duruşmada kanıt olarak okunamaz. Dolayısıyla kanıt olarak hükme esas alınamaz. Kaldı ki duruşma sırasındaki ikrarın bile tek başına kesin kanıt olduğu kabul edilemez...duruşmadaki ikrarın da başkaca yan kanıtlarla desteklenmesi gerekir” Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 10.12.1990 tarih ve 6-257/335 K sayılı kararı,YKD, Mart 1991, C: XVII, sy.3, s.420 vd.; “...baskıya dayalı olduğu konusunda kuşku bulunmayan ve devamlılık arzetmeyen ikrar ve bu nitelikteki şهادete

muhakemede kullanılabiliyordu. Türk Yargıtay'ı, 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.²⁷⁸

1992 yılında 3842 Sayılı Yasa ile yapılan 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu değişikliği ile kanunumuza biri özel diğeri ise genel değerlendirme yasağı öngören iki hüküm girmiştir. Yapılan değişiklikle Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'na eklenen ve "yasak sorgu yöntemleri" başlığını taşıyan 135/a maddesi şöyledir: "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 veya ruhi müdahaleler yapılamaz.-Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.-yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez". Genel bir değerlendirme yasağı ise, 1412 Sayılı CMUK'nun 254/2. maddesinde yer almakta idi. Bu hüküm de 3842 sayılı yasa ile hukuk sistemimize girmişti. Buna göre: "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz". Bu iki hüküm, bizim hukuk sistemimiz bakımından, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak değerlendirme yasağına tabi olduğunu göstermektedir.

04.12.2004 tarihinde kabul edilip 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 217/2. maddesinde de "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" şeklinde bir

dayanılarak mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır (oybirliği ile)" Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.4.1989 tarih ve 1-90/144 sayılı kararı, nak. ŞAHİN: s.256; "Bir ikrarın sanık aleyhine delil olabilmesi için bunun serbest irade mahsulü olması, hakim huzurunda yapılması, soruşturma aşamasında geri alınmaması ve yan delillerle de doğrulanması gerekir" Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 16.2.1987 tarih ve 6-271/50 K sayılı kararı,(www.kazancı.com)

²⁷⁸ "Hiçbir yan delille desteklenip doğrulanmayan ve baskıya dayalı olduğu bildirilerek sonradan geri alınan polis aşamasındaki ikrarından başka kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı halde...mahkumiyet kararı verilmesi yasaya aykırıdır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 5.12.1988 tarih ve 6-424/506 K sayılı kararı, (www.kazanci.com)

hüküm getirilmek suretiyle, 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun benimsediği gibi, değerlendirme yasağı prensibi benimsenmiştir.

Zira, Yargıtay son zamanlarda verdiği kararlarında ²⁷⁹, eski ve yeni ceza muhakemesi kanunlarını da karşılaştırarak, değerlendirme yasağının, eski usul yasasındaki gibi aynen devam ettiğini belirtmiş ve hatta, yeni Ceza Muhakemesi Yasası kapsamındaki hükümlerin, maddi ceza hukuku gibi, sanık lehine derhal uygulanmasına karar vermiştir. Yani, 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu zamanında, usulen dinlenilmesi ve kayda alınmasında herhangi bir sakınca olmayan durumlar, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda açıkça yasaklanmışsa, bu yasada, kanuna aykırı delil olarak kabul edilmiştir.

"Hukuka aykırı deliller" konusundaki araştırmalar, son onbeş yılın ürünüdür. Hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olan delillerin duruşmada ortaya konulamaması (CMK m. 206/2, a) ve yüklenen suçun, sadece hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilmesi (CMK 217/2),

²⁷⁹ "...4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu hükümlerine göre, iletişimin tespiti sınırlı olarak sayılmış suç tipleri bakımından, sınırlı durumlarda yapılmaktayken, 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesi ile 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 18. maddesi uyarınca 4422 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış, 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi ile yeniden düzenlenmiş, düzenleme ile iletişimin tespiti yapılabilecek suçların sayısı artırılmış, bu suçlar arasında 5237 sayılı TCK'nın 81, 82 ve 83. maddelerindeki öldürme suçları da dahil edilmiş, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ise "şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir" hükmüne yer verilmiştir. Sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulurken, delil olarak kabul edilen telefon dinleme kayıtları, dosya içindeki nüfus kayıtlarından da anlaşılacağı üzere, sanık İlhan ile 5271 sayılı CMK'nın 45. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kardeşleri sanık Mükerrerem, tanık Emrah ve babası sanık Karabey arasında yapılan görüşmelere ilişkin kayıtlar olup, kanun dışı elde edilmiş delil niteliğindedir. Kanun dışı elde edilmiş delillerle, T.C. Anayasası'nın 20, 38/6, AİHS'nin 6, 8 ve CMK'nın 217/2. maddesi uyarınca, ayrıca Yargıtay Ceza Genel Ku-rulu'nun 03.02.2006 gün, 2006/5 MD-154 Esas-2007/145 Karar, 14.04.2006 gün, 2007/5 MD-23 Esas-2007/167 Karar ve 22.01.2008 gün, 2007/5 MD-101 Esas-2008/3 Karar numaralı ilamı da dikkate alınarak, mahkumiyet yönünde hüküm kurulamadığı, dosya içeriğine ve oluşa göre, sanık hakkında elde edilen başka delillerin de maktulü öldürmesi için diğer sanık Mükerrerem'i azmettirmedeğini ya da feran katıldığını kabule ve mahkumiyete yeter nitelik ve derecede bulunmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi....." Yargıtay 1. Ceza Dairesi 13.10.2009 T: 2009/1721 E ve 2009/5855 K sayılı kararı, (www.kazanci.com.)

Anayasamızın garantisi altında bulunan temel insan hakları ve hürriyetlerinin korunması için kabul edilmiş kurallardır.

Ceza Mahkemesi, fert çıkarları ile toplum çıkarlarının çatışma halinde olduğu bir alandır. Bireyi toplum adına cezalandıran devlet, delil toplama ve değerlendirme faaliyetinde bireyin temel haklarına saygılı olmak ve hukuka uygun davranmak, zorundadır. Bir hukuk devletinde devletin bütün işlemlerinin hukuka uygun olması gerektiği gibi, ceza yargılamasında kullanılacak delillerin de hukuka uygun olması lazımdır. Bu nedenlerle, insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve bazı kişisel ve toplumsal değerlerin korunması amacıyla devletin delil toplama ve değerlendirme faaliyetine bazı sınırlamalar getirilmesi gereği duyulmuştur.²⁸⁰

Bu sınırlamalar ceza kovuşturmasını, bazı katı formalitelere bağlamakta ve delillerin toplanmasında, suçlu vatandaş aleyhine başvurulması olası, dürüst olmayan yöntemlerin kullanılmasını engellemektedir. Delillerin toplanması ile ilgili yöntemler bir yandan toplumun değer yargıları ve geleneklerindeki gelişmelere, öbür yandan da gelişen teknik olanaklardan yararlanmaya bağlı olarak gelişmiş, bu gelişim "serbestlik ilkesinden", "doğruluk ilkesine" doğru bir yol izlemiştir. Soruşturma organlarının delil toplamak için kullandığı yöntemlerin, çoğu zaman suçluların suç işlemek suretiyle topluma verdikleri zarardan daha büyük zararlara yol açtıkları ve toplum huzurunu tehdit ettikleri görülmüş, bu durum neticesinde de, "delil yasakları" kavramı, ortaya atılmıştır. "Yasak"

²⁸⁰ Yurtcan, delillerin toplanması ve değerlendirilmesindeki iki temel görüşü şu şekilde ifade etmiştir. Birinci görüş; bir uyuşmazlığın ispatı konusunda delil olarak elde edilen hususların yargılamaya katılabileceği fikrindedir. Delillerin hukuka uygun ya da aykırı yollar ve yöntemlerle elde edilmiş olması, bunların yargılamaya katılması ve değerlendirilmesine engel değildir. İki şeyi birbirinden ayırmak gerekir. Delil hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş ise, bunun sonuçlarının, bu sonucu yaratanlar için çıkarılması gerekir. Örneğin bu bir suç teşkil ettiğinde, kişi bu suçtan ötürü yargılanmalıdır. Fakat bu sonuç, onun elde ettiği delilin yargılama dışı tutulması sonucunu doğurmaz. İkinci görüş; delillerin ancak hukuka uygun yol ve yöntemlerle elde edilmeleri halinde, bunların kullanılabileceğini ileri sürmektedir. Delillerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi halinde, ceza yargılamasında bunlara değer verildiği takdirde, yargılamada bir sonuca ulaşılabilecektir, fakat bu sonuç, birçok değer kaybı ve zedelenmesi ile ulaşılmış bir sonuç olacaktır. Ceza yargılaması temelde, gerçeği ve hatta maddi gerçeği bulmak amacı ile yapılan bir faaliyettir, fakat üstün bazı değerlerin yok edilmesi ile elde edilen sonuçlar, ceza yargılamasının amacı olmaz. Bkz. YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1994, s.257

kelimesi, "açıkça yasaklanmış olmayan her şey yapılabilir", düşüncesini yansıttığı için, ilk gelişme aşamasını gösterir ²⁸¹.

Bugün kamu hukukunda, "sadece açıkça yetki verilen hususlarda kamu görevlisi aktif bir işlem yapabilir", görüşü kabul edilmektedir. Bu nedenle, artık "delil yasaklarından" değil, "delil elde etmenin sınırlarından" bahsedilmesi daha doğrudur. Temel haklar ihlal edilerek yapılan adli araştırmalar "hukuka aykırı" olduğundan, bu tür hukuka aykırılıklar yapılarak elde edilen delilin hukuka aykırı delil kategorisine girmesinin yanı sıra, tazminat davası açılmasına, ihtiyati tedbir veya yürütmenin durdurulması kararı verilmesi istenmesine, kuralları ihlal eden kişi hakkında idari soruşturma açılmasına neden olurlar. Eylem suç teşkil eder nitelikte ise, ceza kovuşturması açılır.

Delil elde etmenin sınırları, hukukun genel ilkeleriyle veya yasalarla kabul edilmiştir. Mesela, (a) sanığın susma hakkı; (b) müdafii ile görüşmek hakkı; (c) tanıklıktan çekinme hakkı vardır. İlgilisine bu hakların bildirilmesi gerekir; (d) ifade almada kötü muamele yapılamaz, irade zorlanamaz; (e) bunların dışında da beden muayenesi (CMK m. 75, Al. CMK 81a) çok sayıda sınırlama vardır; (f) özel hayatın gizliliği ile ilgili sınırlar da kabul edilmiştir.

Ceza muhakemesinde geçerli olan re'sen araştırma ilkesi hüküm bakımından önemli olan vakıaların çok kapsamlı bir biçimde aydınlatılmasını gerektirmektedir. Bu gereklilik öncelikle ulaşılabilir ispat araçları için geçerlidir. Elde edilen ve delilin/emarenin koşullarını taşıyan ispat araçları, duruşmada ileri sürülüp kolektif biçimde tartışılarak değerlendirilmelidir. Çünkü hâkim ve mahkeme ancak duruşmada irad ve ikame edilen delillere dayanarak bir hüküm tesis edebilir. Bu hüküm, her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla tesis edilemez. Sonuçta ulaşılan hükmün, bir hukuk devletine özgü ceza muhakemesinden söz ettiğimiz için, ceza muhakemesi

²⁸¹ BOZUAT, Pierre: s.87-88, "Delil yasakları, kolluğun sahip bulunduğu devlet gücünün hukuka aykırı bir şekilde kullanılmasını önlemek için kabul edilmiştir. Ferdin anayasayla güvence altına alınan haklarına aykırı bir şekilde yakalanması ve özgürlüğünün herhangi bir şekilde kısıtlanması, hukuk kurallarına uygun değildir. Bu nedenle de elde edilen delil hüküm verirken kullanılamaz.", ABD Yüksek Mahkemesinin Terry v. Ohio 1968 tarihli bir kararında belirtilen gerekçe, Bkz. SAVAŞ, Vural- MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: s.615

hukukunda yankı ve doğrudan etkisini bulan değerler ve kurallara uyumlu olması, özellikle de, devletin müdahalelerine yönelik olarak getirilen ve öncelikle soruşturma ve kovuşturma makam ve memurlarının dikkat etmesi gerekli sınırlara hüküm tesis edilirken azami riayet edilmelidir. Yargıtay’a göre, delilin kaynağı, temsil olgusu, sağlamlığı veya ispat konusu ve yönü hususunda kuşku varsa, mahkemenin bunu re’sen araştırması gerekmektedir. Delilin bu yönleri araştırılmadan ve delilin gerçekten temsil ettiği olgular veya kimin tarafından üretilmiş/bırakılmış delil olmadığı araştırılmadan, eksik soruşturmaya dayalı olarak mahkûmiyet kararı verilirse bu hukuka aykırı olur.²⁸²

Delil yasakları kavramının ortaya çıkmasından sonra da, her olayda delillerin doğruluk kuralları çerçevesinde toplanıp toplanmadığını araştırmak yerine, delillerin toplanması ile ilgili yöntemler belli kurallara bağlanmış, bu kurallara uyulmaksızın elde edilen bilgiler değerlendirme dışı tutulmuştur. Bu durum kimi ülkelerde katı kurallara bağlanırken, kimi ülkelerde de içtihatlar yoluyla, ihlal edilen hak ve özgürlüklerin değerlendirilmesi sonucu, uygulamadaki yerini almıştır.

Örneğin Fransa’da, hukuka aykırı yoldan bir delil elde edilmesi halinde, dürüstlük ilkesi çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine karar verilmektedir. Diğer bir deyişle delil, hukuka aykırı biçimde elde edilmiş olsa da, mahkeme bu delili değerlendirebilir.²⁸³ İngiltere’de de mutlak bir değerlendirme yasağı söz konusu değildir. Eğer delil elde edilirken kişinin temel hak ve özgürlüklerine ağır bir ihlal yapılmış ise delil değerlendirilmez. Böyle bir ihlal yoksa değerlendirilir. Alman hukukunda ise, yasak sorgu metotları ile elde edilen ifadelerin delil olarak değerlendirilemeyeceği şeklinde bir hüküm bulunmakla birlikte,²⁸⁴ hukuka aykırı şekilde elde edilen diğer delillerin değerlendirilmesi ile ilgili bir düzenleme bulunmadığından sorun, Alman Federal Mahkemesince geliştirilen “haklar çerçevesi” teorisi ile çözülmeye çalışılmıştır. Bu teoriye göre, delil elde edilirken

²⁸² 8. CD 08.04.2002 E 2001/16151, K. 2002/4784 (www.kazanci.com)

²⁸³ SÖZÜER, Adem: s.97

²⁸⁴ Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 136a maddesinin 2nci fıkrasında sayılmış bulunan yasak sorgu metotları (yorma, işkence, hile vs.) delili kullanılmaz hale getirir. Bkz. KUNTER, Nurullah- YENİSEY, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukuku, s.532

uyulmayan kurallar yüzünden sanığın önemli hakları ihlal edilmişse, bu delil değerlendirilmeyecektir. Ancak kuralların ihlali sanığın hakları açısından önem taşımıyorsa, delil hukuka aykırı olmasına rağmen yargılamada kullanılacaktır.²⁸⁵

Yenisey ise, “hukuka aykırı delil” kavramında, hukuka aykırılığı doğuran şeyin her türlü hukuka aykırılık olmayıp, sanığın anayasal temel haklarını ihlal eden aykırılıklar olduğu görüşündedir. Yazara göre, basit bir disiplin hatası yapan polisin aldığı ifade sanığın anayasal haklarını ihlal etmiyorsa, delil olarak kullanılabilir. Basit disiplin aykırılığının sanığın temel haklarını (örneğin müdafiden yararlanma hakkını) ortadan kaldırıp kaldırmadığına bakmak gerekir²⁸⁶.

Şen’e göre, modern ceza yargılaması hukukunda, tahkik sistemi 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 sanığı suçlamalı, isnadını bu şekilde kanıtlamaya çalışmalıdır. Karar makamı ise, “dürüst yargılama hakkı” ışığında adaletin yerine gelmesini sağlamalıdır. Bu sepeple, ceza yargılaması normların kabul etmediği delillerin ve bu normlara ters düşülerek elde edilen delillerin, yargı makamı tarafından değerlendirilmeye alınmaması gerektiği görüşündedir. Çünkü Şen’e göre, bu deliller, “hukuka aykırı deliller” olarak nitelendirilir ve yargı makamının “vicdani delil sistemi”ndeki hareket sahasının sınırını teşkil ederler. Şen’e göre, “hukuka aykırılık” kavramı tüm hukuk kurallarını kapsamaktadır. Ortada bir hukuka uygunluk sebebi olmadıkça, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun dışında bile

²⁸⁵ YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1994 s.252, KAYMAZ, Seydi: age., s.261, Ancak bu teori Alman doktrinde eleştirilmiştir. Öncelikle sanığın, yargılamanın önceden belirlenmiş, kurallara göre yürütülmesini isteme hakkına sahip olduğu, eğer yargılama bu kurallara uygun yürütülmezse sanığın haklar çevresinin zedeleneyeceği, dolayısıyla sadece anayasal hakların değil, muhakeme hukukuna ilişkin herhangi bir kuralın ihlali de, elde edilen delillerin yargılamada değerlendirilmemesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Bkz. YURTCAN, Erdener: s.253

²⁸⁶ YENİSEY, Feridun: “Tebliğ” Yasak Kanıtlar ve Sonuçları” Yargıtayın 127. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Kanıtlar Sempozyumu, Ankara 28.4.1995, s. 218-219.

olsa, ceza muhakemesi hukukunun kaynağı olan bir kuralına yapılan aykırılık, bu yolla elde edilen delile “hukuka aykırı delil” sıfatını kazandıracaktır.²⁸⁷

Bıçak’a göre, Anayasal norm, “kanuna aykırı” kavramını kullanmış olması nedeniyle, esnek yaklaşımın benimsemiş olduğu şeklinde yorumlamaya elverişlidir.²⁸⁸ Kanun dışında kalan diğer hukuksal metinlerde yeralan delil etmeye ilişkin normların (uluslar arası sözleşme, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, hatta genelge ve tebliğ) ihlali halinde, elde edilen delillerin değerlendirme dışı kalacağı Anayasada ifade edilmediğine göre, Anayasal normun kesin ret yaklaşımını benimsediğini ileri sürelemez. Esnek yaklaşımda takdir hakkı kullanılırken dikkate alınması gereken bir faktörü, delil elde etme yönteminin kanunda düzenlenip düzenlenmediği, Anayasal normun ortaya koyduğu şekilde bir yorum mümkündür.²⁸⁹

Centel/Zafer’e göre, “hukuka aykırılık” yasadışılıktan daha geniş bir içeriğe sahiptir. Anayasa’ya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslar arası sözleşmelere, yasalara, kanun hükmünde kararnamalere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına, teamül hukukuna ve hukukun temel ilkelerine aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır.²⁹⁰ Centel/Zafer’e göre, delilin, hukuka uygun yollardan elde edilmesiyle onun değerlendirilmesi ayrı sorundur. Hukuka uygun yoldan elde edilen ve duruşmalarda tartışılan her delil, hâkimin vicdanında değerlendirmeye alınacaktır. O halde, tüm deliller yasaya uygun biçimde elde edilmiş olmalıdır. Yasa’da gösterilen kuralların dışına çıkılmamasını emreden yasağa, “delil elde etme yasağı” denir. Hukuka aykırı yollarla elde edilen delille de, “hukuka aykırı delil” denilmektedir. Centel/Zafer’e göre, hukuka aykırılığı geniş anlamak gerekmektedir. Sadece delillin elde edilmesine ilişkin kurallara aykırı davranıldığı için değil, özellikle elde ediliş biçimi yönünden suç oluşturulan deliller de, hukuka

²⁸⁷ ŞEN, Ersan: Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı sy 30-31.

²⁸⁸ BIÇAK, Vahit: Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbetinin Mantıksal Çerçevesi, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s.525-539.

²⁸⁹ BIÇAK: s.539.

²⁹⁰ CENTEL/ZAFER: s.691.

aykırı olacaktır. Burada sorun, delil elde etme yasağına aykırı olarak elde edilen hukuka aykırı delillerin, ne ölçüde değerlendirilmeye alınacağıdır.²⁹¹

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre, hukuka aykırı bir delilin sözkonusu olabilmesi için, delil elde edilirken hukuk normunun koruduğu hukuksal menfaatin ihlal edilmesi edilmesi lazımdır. Eğer hukuk normu ile korunan hukuksal menfaat ihlal edilmemiş ise, hukuk kuralına şekil olarak aykırılık, elde edilen delilin hukuka aykırı olmasına neden olmaz. Ayrıca, hukuka aykırı delilin yargılamada kullanılması istisna olmakla beraber, eğer sonuç itibarıyla kişinin adil yargılanma hakkını ihlal etmiyorsa, hukuka aykırı deliller yargılamada kullanılmalıdır. Ancak, yasanın kullanılmasını yasakladığı ve yok edilmesini emrettiği deliller ile CMK'nın 148. maddesinde gösterilen yasak usullerle elde edilen ifadeler ilgililerin rızası bulursa dahi delil olarak değerlendirilemez ²⁹². Böylece yazarlar, kanunda açıkça yasaklanmış deliller ile hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller arasında bir ayırım yapmakta, hukuka aykırı delillerin kişilerin temel haklarını ve adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi halinde, bu delillerin ceza yargılamasında delil olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmakta, Almanya'da egemen görüşün bu yönde olduğunu belirtmektedirler ²⁹³.

Sonuç olarak, kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil kavramı, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil kavramından daha dardır ²⁹⁴ ; ²⁹⁵. Hukuk tüm

²⁹¹ CENTEL/ZAHER: s.692.

²⁹² KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, 17. Bası, Beta Yayınevi, s. 394-395.

²⁹³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s.986,990.

²⁹⁴ "Hukuka aykırılık kavramı tüm hukuk kurallarını kapsamaktadır. Ortada, bir hukuka uygunluk sebebi olmadıkça, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun dışında bir olsa, ceza muhakemesi hukukunun kaynağı olan bir hukuk kuralına yapılan aykırılık, bu yolla elde edilen delile "hukuka aykırı delil" sıfatını kazandıracaktır" ŞEN, Ersan: Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 4. Baskı, Seçkin, sy. 30;

²⁹⁵ "...Yasadışılıktan" daha geniş bir içeriğe sahip olan "hukuka aykırılık kavramı" ise, gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Bu kavram, Anayasa Mahkememizin 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 çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı

kanunları kapsadığı gibi hukukun genel prensiplerini, mahkeme kararlarını da kapsar²⁹⁶. Oysa kanuna aykırılık denilince sadece teknik anlamda kanun akla

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 yasakoyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (örneğin bkz. E. 1985/31. K. 1986/1, KT. 17.3.1986, 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 alınamaz. Bu bakımdan, sanığın konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının Yerel Mahkemece hükme esas alınması isabetsiz bulunmuştur....” Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 29.11.2005 tarih ve 2006/7-144 E ve 2005/150 K sayılı kararı.(www.kazanci.com.tr)

²⁹⁶ “Hukuka aykırılık” ve “kanuna aykırılık” ayrımı, ancak otoriter devlet anlayışının bulunduğu hallerde geçerli olan ve devleti hukuka uydurmaya zorlayan bir yaklaşım biçimidir. Nazi Almanyası’nın faşist yönetiminden hareketle, “orada da kanunlar vardı” biçimindeki yaklaşımın bugün artık kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bir hukuk devletinde, zaten kanunların hukuka aykırı olması düşünülemeyeceğinden, delil elde edilmesinin yöntemini belirleyen yasalara her aykırılık mutlak anlamda hukuka aykırılık oluşturur. Hem “hukuka aykırılık”tan bahsedip hem de bunun “hak” ihlaline yol açmadığını söylemek mümkün değildir. Hukuka aykırılık varsa mutlaka bir hak ihlali var demektir. Şekle uygun bir muhakemenin sürdürülmesi dahi bir hak olarak kabul edilmek gerekir. Ayrıca, hukuka aykırılık, fiille belli bir kural arasında meydana gelmiş olan çatışmayı belirten bir “tespit hükmü” olduğuna göre, ihlaline “hükümsüzlük” sonucu bağlanan kural ile, “müeyyide” bağlanan kural arasında bir mahiyet farkı bulunmamaktadır. Bu itibarla, mülga CMUK 254/2 ve CMK 217/2.maddelerindeki “hukuka aykırılık”, sadece haksız fiil veya suç şeklinde ortaya çıkan ihlalleri değil, “hükümsüzlük” biçiminde ortaya çıkan ihlalleri de kapsamaktadır. Bir başka ifade ile, 217/2 ve 254/2.maddelerinin emri karşısında, deliller, elde edilmelerini düzenleyen kurallara mutlaka uygun bir biçimde elde edilmelidir. Kurallara aykırı davranılması halinde, aykırılık ister hükümsüzlük, ister haksız fiil veya suç şeklinde ortaya çıkmış bulunsun, delil hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş olmaktadır. Hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olan bir delil, hukuken “yok” hükmündedir ve dolayısıyla hükme esas alınamaz. Diğer taraftan, hukuka aykırılık, hukuk düzeninin öngörmüş olduğu belli bir kurala aykırılıktır. Hukuk düzeninde mevcut belli bir kurala aykırılık yoksa, hukuka aykırılık da yoktur. Hukuk düzeninde mevcut belli bir kural, en başta bir kanunda ifadesini bulan kuraldır. Hukuka aykırılık hukuka somut aykırılıktır. “Hukuka soyut aykırılık” biçiminde bir hukuka aykırılık henüz keşfedilmiş olmadığından, hukuka aykırılık-kanuna aykırılık ayrımı yapmak ve delil elde etme yönteminin hukuka aykırılık oluşturması halinde geçerli sayılamayacağını ve hükme esas alınamayacağını ileri sürmek de kabul edilemez”. ALACAKAPTAN, Uğur: s.505’den naklen.

gelir. O halde içtihatlarla aykırı elde edilen deliller Anayasa Hükümü kapsamına girmeyeceklerdir ²⁹⁷. “Hukuk devletinde bütün toplumsal ve siyasi yaşamdaki işlemlerin, hareketlerin, norma uygun cereyan etmesi gerekir. Eğer eylemler norma uygunsa ve norma uygun olmayanların geçerliliğini sağlayıcı veya ortadan kaldırıcı bir takım yollar mevcutsa hukuk devleti yine geçerliliğini koruyor demektir. Bu itibarla hukuk devletinde iktidarın ve ona bağlı organların yetkileri kullanması keyfi değildir ve normlar aracılığı ile sınırlandırılır. Tabi bunlar için de, bir takım tedbirler alınmaktadır. Bu tedbirlerden birisi, normlara ve insan haklarına aykırı, onları zedeleyen bütün davranış ve uygulamaların geçersizliğini sağlamaktadır.”²⁹⁸

b. Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Delil Yasakları

Anayasamızda daha önceleri delil yasaklarına ilişkin bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun gerek 135/a maddesinde, gerekse 254/2. madde de bu konuya ilişkin iki hükme yer verilmişti. Daha sonra 4709 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Anayasanın 38. maddesine “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” ibaresi eklenerek bu konu anayasal bir hüküm haline getirilmiştir.

“Kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil” kavramı, Anayasa’nın ve Ceza Muhakemesi Kanununun değişik maddelerinde farklı terimlerle ifade edilmiştir. Anayasa’nın 38 inci maddesinin altıncı fıkrasında “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgu” kavramı kullanılmıştır. CMK’nın 206 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi, “kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil” derken; CMK’nın 217 nci maddesinde “hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil” terimi kullanılmıştır. CMK’nın 230 uncu maddesinde ise “ hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil” kavramı kullanılmış, CMK’nın 289 uncu maddesinin (i) bendinde de, yine “hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil” denilmiştir. Görüldüğü kanunlarımızda terminoloji birliği yoktur ²⁹⁹.

²⁹⁷ SOYASLAN, Doğan: ‘Hukuka Aykırı Deliller’, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: VII Sayı: 3-4, s.11.

²⁹⁸ ALACAKAPTAN, Uğur: , s.520

²⁹⁹ KUNTER / YENİSEY/NUHOĞLU: s.395

Alman Hukuku'nda, ispat yasakları üst başlığı altında ceza muhakemesinde delil irad ve ikamesinde bir sınırlandırma içeren bütün hukuk normları birlikte ele alınmaktadır. Delil yasaklarının, görünüm biçimleri iki gruba, yani delil etme ve delil değerlendirme şeklinde ayırma tabi tutulmaktadır³⁰⁰.

Centel/Zafer'e göre, tüm deliller yasaya uygun biçimde elde edilmiş olmalıdır. Yasa'da gösterilen kuralların dışına çıkılmamasını emreden yasağa, delil etme yasağı denir. Hukuka aykırı yollarla elde edilen delile de, hukuka aykırı delil denilmektedir. Burada sorun, delil etme yasağına aykırı olarak elde edilen hukuka aykırı delillerin ne ölçüde değerlendirmeye alınacağıdır. Yasakoyucu, bazı hukuka aykırı deliller için doğrudan değerlendirme yasağı getirmiş olabilir. Bu hallerde mutlak değerlendirme yasağından söz edilir (CMK 147, 148). Buna karşın uygulamacının somut olaya göre değerlendirme yaptığı ve birey çıkarı ile toplum çıkarı arasında yapılan değerlendirme sonucunda ulaştığı yasağa da, nisbi değerlendirme yasağı denilmektedir³⁰¹.

Sonuçta, "delil etme yasağı"na aykırı olarak elde edilen hukuka aykırı delillerin ne ölçüde değerlendirme alınacağı ölçüsü, "hukuka aykırı delilleri değerlendirme yasağı" kavramı içinde açıklanması gerekmektedir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre, yüklenen suç, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebilir (CMK m. 217). Hükmün zıt anlamından, suçun hukuka aykırı delille ispat edilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Yeni düzenleme, önceki düzenlemeye paraleldir. Bu nedenle, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu çerçevesinde yaşanan tartışmalar, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda devam edecektir³⁰².

³⁰⁰ ÜNVER / HAKERİ: s. 613

³⁰¹ CENTEL/ZAFER: s 654-656.

³⁰² CENTEL/ZAFER: s. 661

3842 sayılı yasa ile CMUK'nun 254. maddesine 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, herhangi bir hukuka aykırılığın herhangi bir şekilde yapılmış olduğu saptandığında, bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kesinlikle kullanılamayacaktır; hükme esas alınamayacaktır; alınacak olursa, bu şekilde kurulan hüküm Yargıtay tarafından mutlaka bozulacaktır"³⁰³. Delil hukuka uygun bir şekilde elde edilmişse sahih, dolayısıyla muteber; hukuka aykırı bir şekilde elde edilmişse sahih değildir, dolayısıyla muteber değildir³⁰⁴. Bir başka deyişle, bu hükümle, delil elde edilirken yapılacak bir hukuka aykırılık, elde edilen delili değerlendirilemez kılacaktır. Elde edilme biçimi hukuka aykırı olan delil, hukuken yok hükmündedir. Hukuken yok hükmünde olan bir delil de, hükme esas alınamaz³⁰⁵.

1412 Sayılı CMUK'nun 254/2inci maddesinin belirtilen içerikteki bu düzenlemesi doktrinin büyük çoğunluğu tarafından çok şiddetli eleştirilere uğramıştı. Bu eleştirilere göre, bu hüküm, hukuka aykırı vasıta ile bu vasıta kullanılarak elde edilen delilin sahihliğini birbirine karıştırmakta, kamu yararı ile birey yararı arasındaki dengeyi koruyan ölçülülük ilkesini ihlal etmekte, herhangi bir hakkı ihlal edip etmediğine bakmaksızın hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delili mutlak değerlendirme dışında tutmakta, delil elde edilirken yapılacak olan basit şekli aykırılıklar nedeniyle güçlkle elde edilmiş bulunan son derece önemli başka delilleri de kullanamaz hale sokmaktadır. Bütün bunlar, muhakemenin kilitlenmesine yol açabilecek ve ayrıca suçların çoğalmasına ve suçlulukla mücadelede zarar verebileceğinden, sanığın menfaati toplumun menfaatine tercih edilmiş olacaktır. Ayrıca böyle bir durum, hukuk devleti ilkesine de uygun değildir. Çünkü, hukuk devletinin olmazsa olmaz üç koşulu olan insan haklarının

³⁰³ ÖZTÜRK, Bahri: Delil Yasakları, Ankara 1995, s.28.

³⁰⁴ HAFIZOĞULLARI, Zeki: "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine", AÜHFD, C.43, sy.1-4, 1993, s.44-45.

³⁰⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki: Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, in: Yeni Türkiye-Yargı Reformu Özel Sayısı-, y: 2, sy: 10, Temmuz-Ağustos 1996, s.643

uygulamada gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması ve hukuki güvenliğin temin edilmesi, mevcut düzenleme ile sağlanamaz³⁰⁶.

Öztürk'e göre, 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 mümkündür³⁰⁷. Dolayısıyla, 1412 Sayılı CMUK'nun 254/2 hükmü, bu yasanın diğer hükümleriyle ve özellikle 309 ve 320/1. maddeleriyle sınırlandırılmalıydı. Hukuka aykırı işlemin hükmü etkilemediği, yani bir nedenselliğin kurulamadığı durumlarda, hüküm bozulmamalıdır³⁰⁸. Ayrıca 254/2.maddede geçen "hukuka aykırılık" kavramı, hukuk kelimesinden de kolayca anlaşılacağı gibi, "haklara" aykırılık demektir. Haklar ise, hukuk devleti ilkesine uygun olarak hazırlanmış anayasa, milletlerarası andlaşmalar, ve 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 değildir³⁰⁹.

Öztürk'e göre, her ne kadar, bir hukuk devletinde, devletin bütün işlemlerinin hukuka uygun olması gerekirse de, insanların hata yapmaları yapısı gereği olduğundan, bazı hukuka aykırılıklar yapılabilir. Burada ihlal edilen hakkın niteliği üzerinde durulmalı ve bazı haklar mutlak ve bazıları da nisbi olarak korunmalıdır. Yazara göre şu dört durumda hukuka aykırılık mutlak ve bu durumlarda mutlak delil yasakları sözkonusudur: 1- İşkence, daha doğrusu 1412 Sayılı CMUK m.135a'da düzenlenen durumlar, 2-Bir kimsenin yakınlarını suçlayıcı

³⁰⁶ ÖZTÜRK, Bahri: Delil Yasakları, Ankara 1995, s.48 vd.; HAFIZOĞULLARI: s.44-45; YENİSEY, Feridun. "Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller" Yayınlandığı Yer: SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu, Cilt. 1-2, Ankara 1995, s.1217; DEMİRBAŞ, Timur: Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996 s.259 vd; BIÇAK, Vahit: Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımlar, 17-18 İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE, s.66.

³⁰⁷ ÖZTÜRK, Bahri: s.11.

³⁰⁸ İÇEL: s.741; DEMİRBAŞ: s.259, 265

³⁰⁹ ÖZTÜRK, Bahri: Delil Yasakları, Ankara 1995, s.37; aynı yönde eleştiriler için bkz. BIÇAK, Vahit: Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımlar, 17-18 İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE, s.110 vd.

bir beyanda bulunmaya zorlanması, 3-saniğa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının, özellikle de susma hakkı ile bir avukat ile temas kurabilme hakkının bulunduğunun anlatılmaması suretiyle konuşmasının sağlanması, 4-hayatin gizli alanına (özel hayata değil) yapılan müdahaleler. Bunların dışında kalan durumlarda ise, kamu yararı bakımından bir değerlendirme yapılmalıdır. Kamu yararı kavramı da keyfi olarak değil, hakkın niteliksel üstünlüğü ve sayısal üstünlük kriterleri esas alınarak değerlendirilmelidir. Bunların bulunması halinde, *hak ihlaline* rağmen, *hukuka aykırı* şekilde elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılmalıdır³¹⁰. Ancak, sadece illiyet bağı ve etkileme gücü kriterleri ile yetinmek CMUK m.254/2'nin hukuk devleti ilkesi esaslarına uygun bir şekilde sınırlandırılmasında yeterli olmamakta, insan hakları ihlallerine açık kapı bırakmaktadır. Bu kapıyı kapamanın yolu, sözkonusu kriterlerle birlikte hak ihlali kriterinin de değerlendirmeye alınmasıdır. Yukarıda belirtilen mutlak delil yasakları sözkonusu olduğunda, bu delil ister nedensellik değeri taşıyın ister taşımasın; ister sonuca etkilesin ister etkilemesin, hükmün bozulmasına yetmelidir. Nisbi delil yasakları sözkonusu ise, yukarıda belirtilen şekilde bir değerlendirme yapılmalıdır³¹¹. Şayet 254/2.maddedeki "hukuka aykırılık" kavramı bu şekilde anlaşılacak olursa - ki böyle anlaşılmalıdır, CMUK m.254/2'ye yapay yollardan değil kendi içinde sınırlanmış olacaktır³¹².

CMUK'nun 254/2. maddesi, çağdaş, insan haklarını koruyucu, hukuk devleti ilkesine uygun bir ceza muhakemesinin temelini oluşturan bir ilke getirmişti³¹³. Bir hukuk devletinde, devlet organlarının hukuka aykırı davranmamaları kadar, hukuka aykırı davranışlara hiçbir şekilde hukuksal geçerlilik tanımamak da önemlidir. Getirilen bu ilke ile, ceza muhakemesinin başından itibaren hukuka uygun bir şekilde yapılması amaçlanmıştı.

³¹⁰ ÖZTÜRK, Bahri: s.40-41

³¹¹ ÖZTÜRK, Bahri: s.43.

³¹² ÖZTÜRK, Bahri: s.41.

³¹³ YURTCAN: s.520; SOKULLU-AKINCI, Füsün. "Tebliğ", "Yasak Kanıtlar ve Nedenleri," Yargıtayın 127. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla Düzenlenen "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Kanıtlar" Sempozyumu, Ankara, 28.4.1995, s.268; KESKİN, İbrahim: İletişim Denetlenmesi, Adalet Dergisi, Ocak 2009 Sayı 33, s.176.

Kanunkoyucu 1412 Sayılı CMUK'nun 254/2. maddesinde, açıkça, muhakemede delil toplanmasına ilişkin kuralları diğer muhakeme kurallarından ayırmıştı. "Yargılama kurallarına aykırılık halinde, bunların sonuca etkili olmaları halinde hukuka aykırı sayılmaları, aksi takdirde bunların sonuca etkili olmadıklarında hukuku zedelediklerinin kabulü, bir sınırlamaya tabi tutulmuştur. O sınırlama da, bu yargılama kurallarının delil toplama kuralları olmalarıdır. Bir yargılama kuralı, yargılamada gerçeği bulmak için delil toplama kuralı niteliğini taşıyorsa, artık bu kuralların yargılamanın sonucuna etkisi tartışılmaz. Bu sonuç mutlak olarak kabul edilir. O sonuç şudur: Bir kural yargılamaya delil toplama kuralı ise, buna aykırılık mutlak bir aykırılıktır. Bu kural, sonuca etkili olmak ya da etkili olmamak tartışmasına kapalıdır"³¹⁴.

Diğer taraftan, 1412 Sayılı CMUK'nun 254/2. maddesinin, basit hukuka aykırılıklar yüzünden çok önemli delillerin değerlendirilmesini önlemek suretiyle muhakemenin kilitlenmesine yol açacağı ve bunun da hukuksal barışı ve güvenliği tehlikeye düşüreceği iddiası da yersizdi. Çünkü hukuksal barış ve güvenlik, hukuka uyulduğu için değil, hukuka aykırı davranıldığı için tehlikeye düşer. CMUK'nun 254/2. madde, devlet organlarının hukuka uymasını, ona aykırı davranmamasını istiyordu. Bir başka ifade ile, devlet, kendini koymuş olduğu kurallarla sınırlandırarak, sanığın haklarını korumak ve böylece, sanığın haklarına hukuk düzeni tarafından oluşturulan kurallara tam olarak uymak koşuluyla müdahale edeceğinin güvencesini veriyor. Bu hüküm, ceza muhakemesinin hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde gerçekleşmesinin güvencesini oluşturmaktadır. Bir başka ifade ile, ceza muhakemesine, boyutu ne olursa olsun, hukuka aykırılığın sokulmasını engelliyor.

Görüşümüze göre, CMUK'nun 254/2. madde ile yasakoyucu, tercihini delilin üstünlüğünden yana değil, hukukun üstünlüğünden yana kullanmıştı. Çünkü sadece sanığın değil, toplumda yaşayan herkesin konulmuş olan kurallara uyulmasını istemek hakkı vardır. Zira her türlü muhakeme işleminin önceden tespit edilmiş kurallara uygun olarak yapılması hukuk düzeninin temel gereğidir. Bu nedenle CMUK'nun 254/2.madde ile getirilen düzenleme herkesin önceden tespit edilmiş kurallara uygun yargılanma hakkı bakımından büyük değer

³¹⁴ YURTCAN: s.520.

taşımaktadır. Böylece, soruşturma ve kovuşturma organlarının sanığın suçluluğunu kanıtlamak için toplamaları gereken deliller, ancak hukuk kurallarına uygun davranılması halinde geçerli olmakta, aksi takdirde, elde edilen delilin muhakemede taşıdığı değer ne olursa olsun, hukuka aykırı olarak elde edilmişse, muhakemede kullanılması yasaklanmaktadır³¹⁵. Kanunkoyucu 254/2. madde ile mutlak bir değerlendirme yasağı ve dolayısıyla da mutlak bir temyiz nedeni yaratmıştı. Bu nedenle herhangi bir delil (beyan, belge, belirti) elde edilirken hukuka aykırılıkta bulunulmuş ise, artık bu aykırılığın önemli ya da önemsiz olduğu şeklinde bir değerlendirme yapmaksızın elde edilen delil (doğrudan veya dolaylı olarak elde edilip edilmediğine bakılmaksızın) mutlak değerlendirme yasağına tabidir³¹⁶.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda ise, “yasak deliller” ve “hukuka aykırı deliller” birçok maddede bulunmaktadır. Zira, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, serpiştirilmiş bir şekilde, birçok maddesinde “hukuka aykırı” olduğunu belirleyerek, elde edilmesini “yasakladığı” delil elde etme yöntemleri, diğer hukuka aykırılıkları ve delillin hüküm verirken kullanılma koşullarını göstermiştir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda hukuka aykırı delil yaratan bazı haklar; tanıklıktan çekinme hakkı (CMK 45, 46, 47, 48); keşifte hazır bulunma hakkı (CMK 84/1); yakalama sırasında kanuni haklarını öğrenme hakkı (CMK 90/4); zorunlu olmadıkça ve emare yokken gözaltına alınmama hakkı (CMK 91/2); hâkim önüne çıkarılma hakkı (CMK 90/3); yakalamaya itiraz etmek hakkı (CMK 91/4); sorguda müdafinin hazır bulunmasını isteme hakkı (CMK 91/6); yakalanan veya gözaltına alınan kişinin durumunun yakınlarına bildirilmesini talep etme hakkı (CMK 95); tutuklananın durumunun yakınlarına bildirilmesini talep etme hakkı (CMK 107); “makul şüphe” ve yazılı karar, emir olmadan aranmama hakkı (CMK 116).

³¹⁵KESKİN, İbrahim: İletişim Denetlenmesi, Adalet Dergisi, Ocak 2009 Sayı 33, S.176.

³¹⁶ ÖZTÜRK, Bahri: s.46 vd.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundaki bazı yasak deliller; beden muayenesinden elde edilen örneklerin, hâkim tarafından onaylanmadığı takdirde delil olarak kullanılmasının yasaklanması (CMK 75/1, 76/1); beden muayenesinden elde edilen örnekler üzerinde aidiyet tespiti amacı dışında incelemeler yapılması yasağı (CMK 78/1); genetik inceleme sonuçlarının gizliliği ve yok edilmesi mecburiyeti (CMK 80/2); fizik kimliğin tespitinde kullanılan kişisel verilerin yok edilmesi mecburiyeti (CMK 81/2); kolluğun yer gösterme yaptırması yasağı (CMK 85); belge ve kağıtları inceleme yasağı (CMK 122); mektuplara elkoyma yasağı (CMK 126); hâkim kararı olmadan yapılan elkoyma işleminin hakim tarafından onaylanmaması durumunda, elkoymanın kendiliğinden kalkması (CMK 127/3); avukat bürolarında arama yasağı (CMK 130) ve telefon dinleme yasağı (CMK 136); bilgisayarlara elkoyma yasağı (CMK 134); iletişimin dinlenmesi ile elde edilen verilerin kovuşturma yapılmaması durumunda yok edilmesi (CMK 137/3); tesadüfen elde edilen deliller (CMK 138/2); teknik araçlarla izlemeden elde edilen delillerin yok edilmesi (CMK 140/4); ifade alma ve sorguda yasak usuller (CMK 148). 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda özellikle, 217/2 nci maddesinde ise, "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" demiştir.

Öztürk, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda yıllardır tanıklıktan çekinme hakkın hatırlatılmaması, yemin verilmeden tanık dinlenilmesi gibi klasik delil yasağı denilebilecek yasaklar söz konusu iken, 1992 yılında 3842 sayılı Kanunla 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'na delil yasakları konusunda üç yeni hüküm getirildiğini, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, bu hükümleri muhafaza etmekle beraber daha da geliştirdiğini ve yeni delil yasaklarının aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, yasak sorgu yöntemleri ve değerlendirme yasaklarını olduğunu belirtmiştir³¹⁷.

3. Yasak Delil Kapsamında Delil elde etmedeki Sınırların Tasnifi

Bazı yazarlar tasnif yapılmasına karşı iseler de, hukuki düşünce tarzı olayların sistematik olarak ele alınmasını gerektirdiği için, aşağıda önce

³¹⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, s.366.

karşılaştırmalı hukuktaki daha sonra da, bazı yazarlarımızın yaptığı ayrımlar konusunda açıklama yapacağız.

a. Karşılaştırmalı Hukukta "Delil yasakları" görüşü

İlk tasnif, delil yasaklarına dayanır. Delil yasakları, Alman doktrininde yakın zamanlara kadar üçe ayrılarak inceleniyordu: 1-"konusu bakımından yasaklanan deliller", 2-"temel hakları korumak amacıyla yasaklanan deliller" ve 3- "elde edilmesinde uygulanan metod nedeniyle yasaklanan deliller"³¹⁸.

aa. Konusu bakımından yasaklanmış olan deliller

Temsil ettikleri olayın konusu gözönünde tutularak, bazı delillerin, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmaları yasaklanmış ve hükme esas teşkil etmeleri kabul edilmemiştir. Gerçekten, bazı veriler konuları itibariyle delil olmaya elverişli değildir. 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'na göre, devlet memurları, sır olarak saklamak mecburiyetinde oldukları vakıalar hakkında tanıklık yapamazlardı (CMUK 49). 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu mahkemeye karşı "Devlet sırrı"nı kabul etmedi. Tanığın sadece hakim'in hazır bulunacağı bir oturumda dinlenmesi benimsendi (CMK 47). Buna karşılık, kişisel veri niteliğindeki bilgilerin kullanılması yasaklandı (CMK 137/3, 75/2, 76/2, 80/2, 81/2). Kesin hükümle sona ermiş olan bir muhakemeden sonra, aynı konuda ispat girişiminde bulunulması da yasaktır.

bb. Temel hakların ve bilhassa özel hayatın korunması amacı ile yasaklanan deliller

Bazı olay izlerinin muhakemede delil olarak kullanılması, temel hakları korumak amacı ile, önceden yasaklanmıştır. Bunlar, aslında muhakemede ispat edilmek istenen olayın bir parçası olmalarına rağmen, kişinin haklarını toplumun menfaatinden üstün tutmak amacı ile, olay aydınlatılması için kullanılamazlar.

³¹⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 396.

Mesela, çekinme hakkını kullanan bir tanığın, daha önce alınmış olan ifadesi, duruşmada delil olarak kullanılamaz. Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 210/2. maddesi, duruşmadan önce bir hakim tarafından dinlenilmiş olan tanığa çekinme hakkı öğretilmemişse, duruşma sırasında çekinme hakkını kullanabileceğini düzenlemekte idi. İşte, tanıklıktan çekinme hakkını ilk defa duruşma sırasında kullanan bir tanığın önceki yazılı ifadesi duruşmada delil olarak okunamaz.

Kişinin özel hayatının gizliliği ihlal edilerek yapılan ses kayıtları, özel cep defterine yapmış bulunduğu kayıtlar, kişi haklarına üstün değer tanıyan hukuk sistemlerinde, hukuka aykırı delil kapsamına girerler.

cc. Elde edilmesinde uygulanan metod dolayısıyla yasaklanan deliller

Elde ederken uygulanan metod hukuka aykırı ise, delil 'hukuka aykırı' olur. Burada ispat edilmek istenen konu, "ispatı yasak" bir konu değildir, Ancak, delilin elde edilmesi sırasında "hukuka aykırı bir yöntem" uygulanmıştır. Örneğin, ifade veren kişinin iradesinin serbest olması gerekirken, hukuka aykırı bir biçimde tesir edilmiş olabilir. Zor kullanma, hile, tehdit ve yorgun düşürmek gibi delil elde etme metodları yasaktır (CMK 148).

b. Karşılaştırmalı Hukukta "Korunan Hukuki menfaat" görüşü

Her hukuk normunun korumak istediği bir hukuki menfaat vardır. Eğer Devlet tarafından yapılan işlem bu hukuki menfaati zedelemişse, hukuka aykırılık doğar. Fakat şeklen kurallara aykırılık olmakla birlikte neticede normun korumak istediği hukuki menfaat ihlal edilmemişse, delil açısından hukuka aykırılık yoktur.

Alman Hukuku'nun tasnif konusuna yeni bakış açısı, delil elde etme sınırlandırmasının amacı ve korunan hukuki menfaat gözönünde tutularak yapılan ayırımdır³¹⁹.

³¹⁹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 398.

Yeni tasnifte kriter olarak kullanılan "korunan hukuki menfaatler"in bazıları ve buna dayanan haklar şunlardır:

aa. İşkence görmeme hakkı

Delil elde etme sınırları, ceza muhakemesinin temel amacı olan maddi gerçeği ortaya çıkartmaya olumlu bir katkıda bulunmazlar, aksine, bunu engellerler. Ancak mesela, ifade alma ve sorgudaki işkence yasağı, maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamak ve irade özgürlüğünü korumak amacına hizmet eder. Gerçekten, kendisine işkence yapılan kişi, bundan kurtulmak için, suçu ikrar edince, maddi gerçek ortaya çıkmamış olur³²⁰.

bb. Ailenin korunması

Tanıklıktan çekinme hakkına dayanan delil elde etme sınırı, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacına dayanır. Tecrübe gösterir ki, insan yakınlarının fiilleri hakkında onu kurtarmak amacı ile, çoğunlukla yalan söyler. Tanıklıktan çekinmeyi düzenleyen kurallar, bir yandan maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet ederken, diğer taraftan da aile içi ilişkileri koruma altına alırlar³²¹.

cc. Kendisini suçlamama hakkı

Diğer korunan bir hak, bireyin kendisini suçlayan bir beyanda bulunmama hakkıdır. Şüpheli veya sanığa "susma hakkının" hatırlatılması, onun kendisini suçlayıcı sözler söylerken daha dikkatli olmasını sağlar. Serbest iradesi ile söylediği sözler, hukuka uygun olarak ele geçirilen delil olacaktır³²².

dd. Temel İnsan Haklarının Korunması

Eğer yapılan aykırılık "sanığın Anayasa teminatı altına alınmış olan haklarını ihlal etmiyorsa", hukuka aykırı delil teorisi uygulanmaz: Mesela, 1973

³²⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 398

³²¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 398

³²² KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 398

yılında verilen United States v. Ramsey kararında, Kansas Kanunlarına göre gözaltına alınan çocuklar ile ilgili olarak, hemen çocuk kolluğuna görev verilmesi mecburi iken, Ramsey yakalandıktan sonra bu yapılmamıştı. Bu şekilde gerçekleşen "kanuna aykırılık", Federal Anayasadaki sanık haklarını ihlal etmediği için, kanun ihlal edilerek elde edilen bir beyanın, delil olarak mahkemeye sunulması kabul edilmiştir.

Diğer delil elde etme sınırlamaları, çeşitli hakları korurlar. Mesela; postada elkoyma, telefon dinleme ve iletişimin denetlenmesi ile ilgili hükümler, Anayasa ile güvence altına alınmış olan haberleşme özgürlüğü ve özel hayatı korur.

Evde yapılan arama ile ilgili kurallar, konut dokunulmazlığını ve özel hayatın gizliliğini garanti altına alırlar. Kişi üzerinde yapılan arama ile ilgili kurallar, özgürlüğü korurlar. Müdafinin sanık ile ilişkisini düzenleyen kurallar ise, ikisi arasındaki güvene dayanan müdafaa hakkının teminatını oluştururlar³²³.

c. Öğretide yapılan bir kısım tasnifler

Koca, delil yasaklarını, 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu çerçevesinde, ikame ve değerlendirme yasakları olmak üzere, iki ana başlık altında incelenmekte ve bunları da; 1) Konusu bakımından yasaklanmış deliller (CMUK m.49) 2) Delil aracı yasakları (CMUK m.47, 48, 50) 3) Elde edilmesinde uygulanan metot dolayısıyla yasaklanan deliller olmak üzere üç alt başlık altında incelemektedir.

Yurtcan, "ispat yasakları", terimini kullanmakta ve ispat yasaklarını, delil elde etme yasağı ve delili değerlendirme yasağı olmak üzere iki başlıkta ele almaktadır³²⁴.

Buna mukabil Öztürk, delil yasaklarını, 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu çerçevesinde, Koca'nın yaptığı tasnifin soyut olduğunu ve konunun esaslı bir şekilde incelenmesini engellediğini belirterek, olaylara dayalı, daha somut bir

³²³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 398

³²⁴ YURTCAN: s. 267.

tasnif önermiştir. Mülga 3842 sayılı yasayla Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'na dâhil edilen hükümlerle paralellik taşıyan bu tasnife göre, delil yasakları durumları 5 gruba ayırmıştır³²⁵:

aa. Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi

3842 sayılı yasa ile düzenlenen CMUK'nun 135.maddesine göre, ifadesi alınan ya da sorguya çekilen sanığı isnat edilen suç, susma, müdafiden yararlanma, yakalandığını yakınlarına haber verme ve savunma hakları konusunda aydınlatmak, ifade alan veya sorguya çeken makamlar bakımından bir yükümlülüktür. 135.maddede belirtilen hakların sanığa bildirilmemesi delil yasaklarına yol açmaktadır.

bb. İfade Alma ve Sorgu Sırasında Söz konusu Olan Delil Yasakları

CMUK'na 3842 sayılı yasa ile eklenen 135/a maddesi, sanığın özgür iradesini ve dolayısıyla insan haysiyetini koruyan ve sanığın savunma hakkının güvencesini oluşturan bir hükümdür. İnsan haysiyetinin korunmasına ilişkin Anayasal düzenleme, bu madde ile ceza muhakemesinde somutlaştırılmıştır. Sanığın özgür iradesini etkileyen işkence, kötü muamele, yorma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, aldatma tehdit gibi hukuka aykırı yöntemlerin kullanılması yasaktır. Bu yasağa uyulmamasının muhakeme hukuku bakımından müeyyidesi yine aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir: Yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen ifadeler, sanığın rızası olsa dahi, delil olarak değerlendirilemez.

cc. İfade ve Sorgu Dışında Söz konusu Olan Delil Yasakları

Ceza muhakemesinde yapılan işlemler, yalnızca ifade alma ve sorgudan ibaret değildir. Bunun dışında da delil elde etmeye yönelik, çeşitli işlemler vardır ve bu işlemler yapılırken hukuka aykırı hareket edilmesi de elde edilen delili hukuka aykırı hale getirebilir. Sözelimi, hukuka aykırı olarak yapılan vücudun muayenesi (CMUK m.74, 66/son), ölü muayenesi ve otopsi (CMUK m.79 vd.), elkoyma, arama (CMUK m.86 vd.), telefonların dinlenmesi, özel hayatın gizliliği ihlal edilerek yapılan ses kayıtları gibi işlemlerle elde edilen deliller de hukuka aykırı olmaktadır.

dd. Delil Aracı Yasakları

Sözelimi, tanıklıktan veya yeminden çekinme hakkını kullanmış

³²⁵ ÖZTÜRK/ERDEM: s. 436.

bulunanların hukuka aykırı bir şekilde tanık olarak dinlenmesi (CMUK m.47 vd., 245); kışkırtıcı ajanın delil elde etmede kullanılması yasaktır; bu yasaklara aykırı olarak elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz.

ee. **Delil Konusu Yasakları**

Bunlar, konuları itibariyle delil olmaya elverişli olmayan hususlardır. Örneğin devlet memurları, sır olarak saklamak mecburiyetinde oldukları olaylar hakkında izin verilmeden tanıklık yapamazlar (CMUK m.49).

Bizim de katıldığımız görüşe göre, delil yasakları: 1- adil yargılanma hakkı ihlal edilerek elde edilen deliller, 2- yetki sınırı aşılarak elde edilen deliller ve 3- elde edilmesi kanunla yasaklanmış olan deliller şeklinde tasnif edilebilir³²⁶.

Adil Yargılanma hakkı ihlal edilerek elde edilen deliller, sanığın temel hakları ihlal edilerek elde edilen delillerdir. Örneğin, sanığın, işkence ve kötü muameleye tabi tutulmama hakkı ve müdafii yardımından yararlanma hakkının ihlal edilerek elde edilen deliller. Yetki sınırı aşılarak elde edilen deliller ise, koruma tedbirleri için öngörülen sınırlamaların, adli kolluk makamları tarafından çiğnenerek elde edilen delillerdir. Örneğin, arama ve el koyma gibi koruma tedbirlerinden elde edilen delillerin, özel hayatın gizli alanına girilerek elde edilmemesi gerekir. Elde edilmesi kanunla yasaklanmış olan deliller, ceza usul yasasında, açıkça elde edilmesi yasaklanmış delillerdir.

4. Kanuni İspat Kuralı: CMK m. 222

Duruşma tutanağı, duruşmada yapılan işlemleri ve duruşmada uyulması gereken kurallara uyulup uyulmadığını gösteren belgedir³²⁷. Duruşma tutanağının nasıl düzenleneceği ve neleri içereceği kanunda açık ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir³²⁸.

³²⁶ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU: s. 400-401.

³²⁷ YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1994, s: 456.

³²⁸ Duruşmada tutulan tutanak mahkeme başkanı ve zabıt katibi tarafından imzalanır. Mahkeme başkanının özürlü bulunursa en kıdemli üye tutanağı imzalar (CMK m. 219). Duruşma tutanağının biri şekli diğeri maddi iki kapsamı vardır. Şekli anlamda duruşma tutanağı duruşmaya kimlerin katılmış olduğunun yazılmasıdır. Maddi anlamda tutanak duruşmanın önemli işlemlerinin tutanağa geçirilmesi anlamını taşır. Aleniyyetin kaldırılması, tekrar aleni olarak duruşmaya devam edildiği; tanığa yemin verilip verilmediği; tanıklıktan çekinme hakkının tanığa hatırlatıldığı; fiilin değişen hukuki niteliğin tanığa bildirilmiş olduğu gibi hususlardır.

CMK 222. maddesi, "duruşmanın nasıl yapıldığı, kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapılıp yapılmadığı, ancak tutanakla ispat olunabilir. Tutanağa karşı yalnız sahtecilik iddiası yönetilebilir" düzenlemesine yer vermiştir. Al. CMK'nun 274. maddeleri de aynı hükmü taşımaktadır. Kanunumuzun bu düzenlemesi gereğince duruşmadaki merasime uyulup uyulmadığı konusu başka delillerle ispatlanamaz³²⁹. Burada sözü edilen sahteliğin TCK'nun 204. maddesinde düzenlendiği anlamda olması gerekir. Eğer merasime riayet edilip edilmediği konusunda tutanakta bir sahtelik olduğu saptanırsa tutanağın yalnızca o kısmı değil, tümü ispat gücünü yitirir³³⁰.

5. Sanığın Susma Hakkı

Ceza davasında kendisine suç yüklenen sanığın susma hakkı bulunmaktadır. Anayasamızın 38/5. maddesinde "hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" hükmünü taşımaktadır. Aynı yönde, CMK'nun "ifade ve sorgunun tarzı" başlığını taşıyan 147-e. maddesi de yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir" şeklindeki ifadesiyle sanığın susma hakkını belirlemiştir.

Sanığın tam susması halinde yani olayla ilgili olarak hiçbir bilgi vermemesi halinde, sorulan sorulara yanıt vermemesi halinde hakim olan görüş, bu durumun sanık aleyhine değerlendirilemeyeceği şeklindedir. Zira ceza muhakemesinde sanığın ispat yükü bulunmadığı gibi, olayı ve delilleri ortaya koymak zorunluluğu da bulunmamaktadır. Dolayısıyla onun susması kendisi aleyhine belirti olarak

³²⁹ KANTAR: s: 305; MALKOÇ/GÜLER, Uygulamada CMUK, C: I, s: 1006; SOYASLAN, Doğan: Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku, s: 318. "Şikayetçi Hasan Altın'ın, davaya katılma isteğini kapsayan 28.04.1964 günlü dilekçesini duruşmanın bitiminden önce mahkemeye verdiğiine ilişkin (ceza yargılamaları usulü yasasının 267 inci maddesi uyarınca, sahteliği ispat edilinceye değin geçerli birer delil niteliğinde bulunan) duruşma tutanaklarında hiçbir yazıya rastlanmamış olması ve bu dilekçe üzerine ayrıca mahkeme başkanının günün tarihini atarak imzasiyle veya diğer bir işaretle belgelendirmemiş bulunması sebebiyle, usulüne uygun bir katılma dilekçe niteliğinde olamayacağını kabul eden mahkemenin bu yönden eski bir hükümde direnmesinde usule aykırı bir yön görülmemiştir" (Y. CGK, 09.11.1964, 1-406/452-Karar için bkz. SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Yorumu, C: II, s: 1445).

³³⁰ KANTAR: s: 258; MALKOÇ/GÜLER: s: 1006.

kullanılamaz³³¹. Kanımca bu konuda başka türlü düşünme olanağı da bulunmamaktadır. Sanığa susma hakkı tanındıktan sonra, onun bu davranışını, kendisi aleyhine kullanmak, verilen hakkı anlamsız kılacaktır. Esasen "sanığın susma hakkı" suçsuzluk karinesinin unsur ve sonuçlarından birisidir. Buna göre, sanığın susması onun aleyhine delil veya suçsuzluk karinesi olarak kullanılamaz³³².

6. Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Tanık, olmuş bitmiş bir olay hakkında beş duyuya dayalı bilgisi olan kişidir. Tanık beyanı ise, yargılamanın tarafı olmayan bu kişinin beş duyusu ile elde ettiği gözlemlerini ispat konusunda karar verecek olan mahkemeye anlatmasıdır³³³. Tanık diğer ödevleri yanında³³⁴, beyanda bulunma ödevine sahiptir. Kanunkoyucu beyanda bulunmayan tanığa yaptırım uygulanabileceğini ve tanıklığa zorlamak için dava konusunda hüküm verilinceye kadar ve her halde altı ayı geçmemek üzere hapsolunabileceğini kabul etmiştir.

Ayrıca tanığın doğru beyanda bulunma zorunluluğu bulunmaktadır. TCK'nun 272. maddesi gereğince yalan tanıklık suç olarak kabul edilmiştir.

Bununla birlikte bazı tanıklara beyanda bulunmaktan çekinme hakkı tanınmıştır. Bunlar CMK'nun 45-50. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, sanıkla yakın akrabalık ilişkisinde olanlar (CMK m. 45); sanığın, kendisine mesleği gereği güven duygusuna dayanarak vermiş olduğu sırlara sahip olanlar (CMK m. 46); devlet memurları, görevleri gereği saklamakla yükümlü oldukları sırlar konusunda (CMUK m. 47) ve beyanda bulunması halinde kendisi ya da 48. madde de gösterilen yakın akrabalarının ceza takibine uğraması ihtimali olanlar tanıklıktan çekinebilirler.

³³¹ŞAHİN: Cumhuriyet Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması Ankara 1994, s: 110.

³³² DÖNMEZER, Sulhi: Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, in: Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul 1998, s: 69.

³³³ KUNTER/YENİSEY: Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 571.

³³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s: 101 vd; KUNTER/YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 574 vd; YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, s: 276 vd.

Bu şekilde tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kimselerin, tanıklıktan çekinmeleri hali de, sanığın susma hakkında olduğu gibi, sanık aleyhine yorumlanamaz. Tanığın baştan itibaren tanıklıktan çekinmesiyle, önce beyanda bulunmaya başlayıp, sonradan çekinmesi arasında da bir fark yoktur. Tanıklıktan çekinme hakkı olanların, bu hakkını kullanması, hiçbir zaman sanık aleyhine değerlendirilemez ³³⁵ ve bu konuda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi geçerli olmaz.

³³⁵, “...5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası'nın 217/1. maddesine göre; yargıç (hakim) kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve mahkeme/yargıç huzurunda tartışılmış kanıtlara (delillere) dayandırabilir. Aynı Yasa'nın 210/2. maddesine göre ise; tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz. Olayda, yasal olarak tanıklıktan çekinme hakkı olan sanığın kızı tanık Ayşe, soruşturma evresinde çekinme hakkını kullanmadığı için, tanık olarak dinlenmiştir. Kovuşturma evresinde ise, duruşmada tanıklıktan çekindiğinden tanık olarak dinlenmemiş ve önceki ifadesi de okunmamıştır. Duruşmada tanıklıktan çekindiği için, önceki ifadesine ilişkin tutanak 5271 sayılı CYY'nin 210/2. maddesinin emredici kuralı uyarınca okunamadığı ve böylece bu tanığın önceki ifadesi kanıt (delil) olarak duruşmaya getirilip mahkeme/yargıç önünde tartışılmadığı halde, tanık Ayşe'nin ifadesine dayanılarak sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle 5271 sayılı CYY'nin 217/1. maddesine aykırı davranılması...” Yargıtay 2. CD 29.04.2009 T. 2008/22254 E ve 2009/20945 K sayılı kararı (www.kazanci.com)

BEŞİNCİ BÖLÜM
DELİLLERİN ORTAYA KONULMASI VE REDDİ
İLE
YASAK DELİLLERİN DOSYADAN ÇIKARILMASI SORUNU

I. DELİL ORTAYA KONULMASI TALEBİ

Delil ortaya konulması talebi, muhakeme sūjelerinden birisinin esas hakkındaki kararı ilgilendiren bir olayı belirli bir delille ispat etmek istediğini mahkemeye bildirmesidir. Savcı, müdafî ve sanık bu şekildeki talepleriyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına aktif olarak katılabilirler³³⁶.

Sanığın sorguya çekilmesinden sonra, delillerin ortaya konulmasına başlanır. Öncelikle, iddianamede belirtilen deliller duruşmada ortaya konulur. Ancak, belirtelim ki, duruşma esnasında yeni delillerin araştırılması ve ortaya konulması da istenebilir³³⁷.

Burada deliller, CMK 206. maddesi kapsamında, sanığın sorguya çekilmesinden sonra, ortaya konulur. CMK 209. maddesi kapsamında, delil olarak kullanılacak belgeler, duruşmada okunur³³⁸. Ortaya konulan bu deliller, CMK

³³⁶ YENİSEY: Duruşma... s: 164.

³³⁷ CENTEL/ZAFER: s.666

³³⁸ Yargıtay bir kararında, iletişimin tespitine dair belgelerin yasal dayanağını oluşturan kararların dosyaya getirtilip duruşmada okunmadığı için, mahkûmiyet hükmünü bozmuştur. Zira, kararda "...Suç tarihinde yürürlükte bulunan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun iletişimin dinlenmesi veya tespitini düzenleyen 2. maddesinde "Bu Kanunda öngörülen suçları işleme veya bunlara iştirak yahut işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri ve diğer nitelikteki bilgileri dinlenebilir veya tespit edilebilir..." hükmüne yer verildiği, devam eden fıkralarında karar mercii, süresi ve koşullarının düzenlendiği, 4422 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi ile "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" başlığı ile yapılan düzenlemede, söz konusu tedbirin uygulanmasının maddede öngörülen suçlarla sınırlı tutulduğu, suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilme olanağının bulunmaması koşuluna bağlanarak, dinlemenin yöntem ve

216. maddesi kapsamında tartışılır. Deliller yeterince tartışılmadan ve yetersiz gerekçelerle bir suçtan hüküm kurulması kanuna aykırıdır³³⁹.

Hakim, CMK 217. maddesi kapsamında sadece duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayanabilir.

II. DELİLLERİN ORTAYA KONULMASI TALEBİNİN REDDİ

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, üç neden göstererek, bunların bulunması halinde, bir delilin ortaya konulması isteğinin reddedilebileceği düzenlemiştir:

CMK'nun 206. maddesinin 2. fıkrasında (1412 Sayılı CMUK 237 ve 238. maddeleri); "Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde 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." denilmektedir.

Ünver/Hakeri'ye göre, CMK 206/2-a'da ortaya konulması reddolunacak delili ifade için kullanılan ve mülga CMUK. 238/2-a'daki hükme tekabül eden "kanuna aykırı" ifadesinin hatalı olduğu ve hukuka aykırı deliller ve ispat yasağı

esaslarının gösterildiği, 10.11.2005 tarihinde 25989 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik" ve sonradan 14.02.2007 tarih 26434 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren yönetmelik hükümlerinde ayrıntıların saptandığı, T.C. Anayasası'nın özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetini düzenleyen 20 ve 22. maddeleri ve Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi ile koruma altına alınan haberleşme hakkının ihlali suretiyle delil elde edilmesi ancak kanunla belirlenen yöntem ve esaslara uyulması koşuluyla hukuka uygun sayılacağı öngörüldüğü halde, hükümlülük kararında kanıt olarak kabul edilen iletişimin tespitine dair belgelerin yasal dayanağını oluşturan kararların dosyaya getirtilip duruşmada okunmadığı, iletişimin tespitinin kim hakkında, hangi suça ilişkin olarak ve hangi süreyle gerçekleştirildiği, hukuka uygun ya da aykırı olarak elde edilip edilmediği hususlarının tartışılıp değerlendirilerek gerekçeye yansıtılmadığı...." Yargıtay 4. Ceza Dairesi 01.07.2008 T. 2008/8558 E ve 2008/15780 K sayılı kararı, (www.kazanci.com)

³³⁹ 4. YCD. 19.03.2008, 11430/4860..(www.kazanci.com)

kuramı açısından bir geriye dönüş olduğu ve bunun yerine “hukuka aykırı” kavramının kullanılması gerekmektedir³⁴⁰.

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

Delillerin ortaya konulmasının reddi konusundaki son hüküm, CMK 207. maddedir. Buna göre, delililin ortaya konulması istemi, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilmez (CMK m. 207).

III. DELİLLERİN REDDİ VE YASAK DELİLLERİN DOSYADAN ÇIKARILMASI

1. Delillerin Reddi

Hukuk devletinde, ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi konusunda getirilen sınırlandırmalara yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, “delil yasakları” denilir³⁴¹. Yenisey, çağdaş kamu hukukunda, kamu görevlisinin sadece açıkça yetki verilmiş hususlarda işlem yapabileceğinin kabul edildiğini, yetki verilmemiş işlemlerin yapılmasının hukuka uygun olmadığını belirtmektedir. Bu nedenle, “delil yasaklarından” değil, artık “delil elde etmenin sınırlarından” bahsedilmesi gerekir³⁴².

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 delillin elde edilmesine ilişkin kurallara aykırı davranıldığı için değil, özellikle elde ediliş biçimi yönünden suç oluşturulan deliller de, hukuka aykırı olacaktır. Burada sorun, delil elde etme yasağına aykırı olarak elde edilen hukuka aykırı delillerin, ne ölçüde değerlendirilmeye alınacağıdır.³⁴³ Delil elde etmenin sınırları, kanunlarla ve

³⁴⁰ ÜNVER7HAKERİ: s. 588

³⁴¹ ÖZBEK: s. 154.

³⁴² YENİSEY: s. 148.

³⁴³ CENTEL/ZAFER: s.692.

hukukun genel ilkeleriyle belirlenmiştir. Hukuka aykırı delilin hüküm verilirken kullanılıp kullanılamayacağı ise ayrı bir sorundur³⁴⁴.

³⁴⁴ “...Çünkü, kasetteki kayda göre, Sezer dayıları, Cengiz ve Engin'i suçlamakta, öldürücü hareketi ise dayısı Cengiz'in yaptığını söylemektedir. Sezer'in benzer beyanları C.Savcısı huzurunda da 21.5.2002 tarihinde tekrar etmesi üzerine, Cengiz ve Engin 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 Cengiz arasında geçen konuşmalarla, Cengiz'in kendisinin de yardımı olmakla birlikte suçu Engin'in 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 sanık ta suçu inkar etmiş, Cengiz, 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 Sezer'in konuşmalarının yer aldığı ve amcası Dursun tarafından kaydedilen teyp kasetidir. İkincisi, Sezer'in kasetteki kayıtları teyid eden aşama ifadeleri, üçüncüsü ise polis tarafından Cengiz'den habersiz olarak gizli kamera ile kaydedilmiş olan, Cengiz'in ikrarını havi video kasetidir. Gerekçeli kararın 4.sayfasının son paragrafındaki ifade aynen şöyledir: ".....Cengiz'in görüntülü kasete alınan oluş kısmında açıklanan ikrarının baskıya dayalı olduğu ve ifadenin usule uygun şekilde alınmadığı yolundaki savunmaları yerinde değildir, bilirkişi ve taraf vekilleri hazır olduğu halde mahkeme heyetince kasetin izlenmesinde ifadesinin alınması sırasında ve öncesinde zabıtaca sanık Cengiz'e herhangi bir baskı yapılmadığı ifadesine başlarken biraz tutuk olduğu, 5-10 saniye sonra rahat bir şekilde adeta amacına ulaşmış bir insanın iç huzuru içerisinde olayı anlattığı görülmüştür.....bu nedenlerle sanıklar vekilinin bu yöne ilişkin savunmaları kabule şayan görülmemiştir." Yine gerekçeli kararın 4.sayfasının 3.paragrafının son cümleleri şu şekildedir:".....Olay mahallinin görüntülenmesiyle ilgili kaset çözümü ve sanık Cengiz'in poliste ikrarı ve olayın oluşunu açıklayan konuşması ile ilgili görüntü kasetinin çözümü hakkında tespit tutanağı ve kasetin heyetçe izlenmesinde görüldüğü üzere tanık Sezer'in anlatımlarıyla esas itibariyle örtüşmektedir, bu durumda tanık Sezer'in ifadesine itibar edilmemesi yönündeki savunma yerinde görülmemiştir." Buradaki ifadelerden, Cengiz'in ikrarını içeren video kasetinin hükme esas alındığı, suçun sübutu, sanıkların suç içerisindeki etkinlikleri ve iştirakin derecesinin münhasıran bu delile dayandırıldığı, dosya içerisinde mevcut olduğu belirtilen diğer delillerin bu delili destekleyen yan deliller olarak değerlendirildiği görülmektedir.3842 Sayılı Kanun ile değişik CMUK nun 135/a maddesi yasak sorgu yöntemlerini tarif etmiştir. Madde aynen şöyledir: "ifade 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 ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez." Yine 3842 Sayılı Kanun ile değişik CMUK nun 254/2. maddesinde; "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" hükmü yer almaktadır.Bu düzenlemeler karşısında yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillere itibar edilerek mahkumiyet hükmü kurulamayacağı açıktır...." Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2003/3819 E ve 2004/299 K sayılı kararı (www.kazanci.com)

Centel/Zafer'e göre, hukuka aykırı bir delilin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartışmadan önce, bir delilin, o delilin elde edilmesi için öngörülmüş kurallara uygun bir şekilde elde edilip edilmediğini ortaya koymak gerekmektedir. Daha sonra ise, delilin, hukuka aykırı yollarla ele geçirildiğinin kabul edildiği durumda, bu hukuka aykırılığın, hangi hukuk kuralının ihlaline dayandığı tespit edilmelidir. Sanığın, temel insan haklarını ve muhakemeye ilişkin haklarını koruyan bir kurala aykırılık, yani esasa ilişkin bir aykırılık tespit edildiğinde, bu delilin kullanılıp kullanılmayacağını tartışılması gerekmektedir. Bu itibarla, sanığın haklarını korumayan şekil kurallarına aykırılık hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi sorununun kapsamında değildir.³⁴⁵

Centel/Zafer, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde "mutlak değerlendirme yasağı" ve "nisbi değerlendirme yasağı" olmak üzere, iki tür değerlendirme yasağını kabul etmektedir. Mutlak değerlendirme yasağında, yasakoyucunun bazı hukuka aykırı deliller için doğrudan değerlendirme yasağı getirmiş olmasıdır. Örneğin, sorgu yöntemlerine uyulmadan ifade ve sorgu işleminin yapılması halinde, bu tutanakların delil olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. (CMK m. 147, 148). Yasakoyucunun değerlendirme kapsamına alınıp alınamayacağını 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 da, "nispi değerlendirme yasağı" denilmektedir.³⁴⁶

Anayasa'nın 38/6. ve CMK'nın 206/2(a) maddelerinde genel bir kural konularak, kanuna aykırı olarak elde edilen delilin davaya bakan mahkemece reddedileceği belirtilmiştir.

Esasen soruşturma işlemleri ile elde edilen delillerin kullanılabilmesi için, hukuka uygun olarak hareket edilmiş olması gerekmektedir. Birlikte, Alman,

³⁴⁵ CENTEL/ZAFER: s.694.

³⁴⁶ CENTEL/ZAFER: s.694

Amerikan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, basit hukuka aykırılıklarda delilin kullanılması kabul edilmektedir³⁴⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "adil yargılanma hakkı"nı düzenleyen 6. maddesinde de "hukuka aykırı olarak toplanan delillerin yargılamada kullanılmayacağına" dair özel bir düzenleme yoktur³⁴⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; "adil yargılanma hakkı" doğrudan ihlal edilmediği sürece, kanuna aykırı yoldan elde edilen bir delilin yargılamadaki hukuki değeri, yani hükümde esas alınıp alınmayacağı konusunda genel bir ilke koymanın mümkün olmadığını ifade etmiştir (Schenk/İsviçre ve Salabiakul/Fransa davalarında)³⁴⁹.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, özel hayata hukuka aykırı müdahale sonucu elde edilen delillerin hükümde kullanılıp kullanılmaması konusunda, suçun ağırlığını bir kıstas olarak değerlendirmiş, suç ağır ise toplum menfaatlerinin üstün değere sahip olacağını ve delilin hükümde kullanılabileceğini, suç ağır değilse kişi haklarının üstün değerde olacağı ve delilin ret edileceğini belirtmiştir³⁵⁰.

Yenisey; özel hayatın ihlali suretiyle elde edilen deliller bakımından; toplumun menfaatleri ağır basıyorsa hukuka aykırı delilin hüküm verirken kullanılabileceği, aksi halde hukuka aykırı delilin ret edileceğini belirtmektedir³⁵¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; "işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağına aykırı davranılmak suretiyle elde edilen deliller ile özel yaşamın gizliliğini ihlal ederek elde edilen deliller kesin olarak ret sebebi saymakta ise de, bunlar dışında kalan hukuka aykırılık hallerinde, hukuka aykırılığın ihlal ettiği anayasal hakkı ve elde edilen delilin yargılama sonucuna

³⁴⁷ YENİSEY: s. 25.

³⁴⁸ İNCEOĞLU: s. 287.

³⁴⁹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994 s. 295.

³⁵⁰ YENİSEY: s. 165

³⁵¹ YENİSEY: s. 165

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 ret edilmektedir. Aksi halde ise, elde edilen delilin önemi ile hukuka aykırılık sonucu ihlal edilen hakkın karşılaştırılması ve bunun sonucuna göre karar verilmesi benimsenmiştir³⁵².

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yaklaşımı da bu yöndedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında³⁵³; kolluk amirinin şüphe üzerine verdiği sözlü emirle yapılan üst aramasında ele geçirilen uyuşturucu maddenin yargılamada delil olarak kullanılıp kullanılamayacağına 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 kullanılabileceği” sonucuna varmıştır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu kararında ayrıca, 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 bırakması gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu böylece, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin reddi konusunda yukarda açıklanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kullandığı kritere benzer bir ölçütü kabul etmiştir. Söz konusu olayda “gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle, kolluk amirinin sözlü emriyle arama yapılmasında şekli koşullarda eksiklik var ise de arama kararı verilmesi için gereken maddi koşullar oluşmuş olduğundan, esasen sanığın haklarının da ihlal edildiğinden söz edilemeyeceği ve bu aramada ele geçen delilin yargılamada kullanılabileceğine karar vermiştir.

³⁵² İNCEOĞLU: s. 287.

³⁵³ YCGK’nun 15.03.2005 tarih ve Esas No: 2005/10-15, Karar No: 2005/29 (www.kazanci.com)

Üzerinde durulması gereken bir başka sorun da, hukuka aykırı bir arama sonucu elde edilen delilin kullanılması ile elde edilen diğer bir delilin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılamayacağıdır. Anglo-Amerikan hukukunda “zehirli ağacın meyvelerinin de zehirli olacağı” görüşünden hareketle, bu tür delillerin ceza muhakemesinde kullanılamayacağı kabul edilmektedir³⁵⁴.

Ancak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu aksi görüştedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 29.11.2005 tarihli kararında³⁵⁵ bu konu tartışılmıştır. Söz konusu kararda; sanığın, ikametgâhında kenevir bitkisi ekildiği ihbarı üzerine, hâkim kararı alınmaksızın kolluk tarafından re’sen arama yapılmış ve yasadışı ekilmiş kenevirler bulunmuştur. Bunun akabinde, şüphelinin ifadesine başvurulmuş, arama ile elde edilen suç unsuru karşısında şüpheli üzerine atılı suçlamayı itiraf etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, hâkim kararı olmaksızın yapılan ve hukuka aykırı olduğu kabul edilen böyle bir arama neticesinde elde edilen ifadenin, yargılamada delil olarak kullanabileceği sonucuna varmıştır.

Buna karşın, söz konusu karara muhalif kalan üyeler, gerekçeli kararında, hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen yasak delillerle köşeye sıkıştırılan şüphelinin, suçu kabul eden ifadelerinin “yasak yöntem kullanılarak alınan ifadeler” kapsamında değerlendirileceği, yargılamada ispat aracı olarak kullanılamayacağı iddia edilmiştir. Muhalif üyelerin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında yer alan gerekçelerinde bunu; “zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur” kuralıyla açıklanmıştır³⁵⁶.

Doğrudan veya dolaylı olarak, şüphelinin yasal haklarına uyulmadan alınan ifadeler ve Anayasada tanınan temel hak ve özgürlükler ihlal edilerek elde edilen deliller, kesin olarak delil yasağı kapsamındadır. Bunun dışında kalan her konuda aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

Diğer yandan, elde edilen delilin “zehirli ağacın meyvesi” olup olmadığı da ayrı bir tartışma konusudur. Örneğin, Yeni Zelanda’da görülen Queen vs.

³⁵⁴ ÖZBEK: s. 158.

³⁵⁵ YCGK’nun 29.11.2005 T. 2005/7-144 E., 2005/150 K. Kararı,(Meşe İçtihat Programı)

³⁵⁶ Söz konusu karardan, aşağıda ”Delil Yasaklarının Uzak Etkileri Sorunu” bölümünde detaylı olarak bahsedilmiştir.

Shaheed davası bu konuya önemli bir örnek oluşturmaktadır. Yeni Zelanda'da Shaheed adlı bir kişi, genç bir kızı taciz ediyor. Bu suçun cezası en çok 30 güne kadar hapis olup, ağır bir suç değildir. Ancak, polis bu tür suçları işleyenlerin başka cinsel suçları işleme ihtimalinin fazla olduğuna inanıyor. Polis, rıza göstermeme (ret etme) hakkı ve müdafiiine danışma hakkını hatırlatmadan, DNA testinde kullanılmak üzere Shaheed'den kan alıyor. Yeni Zelanda'da ilgilinin rızası olmadan, kan örneği, ancak ağır cezalı suçlarda alınabiliyor³⁵⁷.

DNA testi neticesinde Shaheed'in, 2 yıl önce işlenmiş faili meçhul bir ırza geçme suçunun faili olduğu ortaya çıkıyor. Bu olayın mağduruna polis albümünde teşhis yaptırılıyor. Mağdur da, hiç tereddüt geçirmeden Shaheed'i teşhis ediyor. Ancak, kan örneği hukuka aykırı alınmıştır. Yeni Zelanda hukukunda, kan örneği alınması, vücutta arama ve elkoyma işlemi olarak değerlendirilmektedir. Kişinin rızası alınmadan kan örneği alınması hukuka aykırı delil olarak kabul edilmektedir³⁵⁸.

Olayda, hukuka aykırı olarak alınan kan örneği, DNA bankasında yapılan karşılaştırma sonucunda faili meçhul olaydaki sperm örneğiyle uyduğu için polis mağdura ulaşmıştır. Böylece, eski mağdurun teşhis yapması mümkün olmuştur. Kan örneği olmasaydı bütün bunlar ortaya çıkmayacaktı. Davada savunma tarafı, hukuka aykırı kan örneği alınması ile yapılan teşhis arasında sıkı bir illiyet bağı bulunduğunu, hukuka aykırı delilden elde edilen delilin de hukuka aykırı olduğunu ve hükümde kullanılamayacağını ileri sürmüştür³⁵⁹.

Savunmanın bu görüşüne karşı, akla şu sorular gelebilir; 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 gerekir. Ancak, somut olayda değerlerin dengelenmesi gerekmez mi?, d) Aksi

³⁵⁷ OPTICAN: s. 34

³⁵⁸ OPTICAN. s. 37

³⁵⁹ OPTICAN: s. 38.

halde, Shaeed'in on kişinin faili meçhul katili olduğu ortaya çıksaydı ve maktullerin içinde çocuklar olsaydı, yine delilin yok sayılması düşünülebilir miydi?³⁶⁰.

Bu olayda, kan örneğinin hukuka aykırı olarak elde edildiği ve kişinin vücut bütünlüğüne karşı hukuka aykırı bir eylemde bulunulduğu ortadadır. Öte yandan, ortada mağdurun vücut bütünlüğü hakkına yönelik bir suç bulunmaktadır. Bu konuda üç farklı tutumdan söz edilebilir. A) suç ne kadar ağır olursa olsun, hukuka aykırı delilin dosyadan çıkartılması, b) hukuka aykırı delilin kullanılması, ama aynı zamanda ihlali gerçekleştiren kolluk görevlileri hakkında dava açılması, c) olayın ciddiyeti nazara alınarak, denge değerlendirilmesi yoluna gidilmesi³⁶¹.

Kanada, Amerika ve Yeni Zelanda'da, delillerin her ne şekilde elde edilmiş olursa olsun kullanılacağı söylenemez³⁶². Çünkü, ceza muhakemesinde var olan değerler sıralamasının en üstünde "her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin ortaya çıkartılması" değeri yer almaz. Çağdaş ceza muhakemesinde, insan haklarına saygılı yöntemlerle maddi gerçeğe ulaşmak, değerler sıralamasında en üstte yer alır. Amerika'da hukuka aykırı delillerin kullanılmaması konusunda katı bir uygulama vardır. Amerika'da bunun mantığı polisin kötü muamelede bulunmasını önlemektir. Amerikan mahkemeleri polisin hukuka aykırı yöntemlerle elde ettiği delilleri kullanmayarak, "kanunu ihlal ederek delil elde edersen, bu delil mahkemede kullanılmayacaktır" mesajını vermektedir. Birkaç istisna dışında, Amerikan Mahkemelerinde anayasal haklar ihlal edilerek elde edilen deliller dosyadan çıkartılmaktadır. Ancak, bu kural çok sert olduğundan, önce anayasal hakların ihlal edilip edilmediği araştırılmaktadır³⁶³.

Amerikan hukukunda hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkartılmasına ilişkin çok sert kurallar bulunmakla birlikte, hakimler bazı durumlarda anayasal hakların ihlal edilmediğine karar vermektedirler³⁶⁴.

³⁶⁰ OPTICAN: s.38

³⁶¹ OPTICAN: s. 37

³⁶² OPTICAN: s. 37.

³⁶³ OPTICAN: s. 39.

³⁶⁴ OPTICAN: s. 40.

Shaheed davasına dönecek olursak, Yeni Zelandalı hakimler kolluğun ihlalinin ağırlığı ile elde edilen delilin ağırlığını mukayese etmiş ve hukuka aykırı olarak alınan kan örneği neticesinde elde edilen DNA testi sonuçlarını dosyadan çıkartmışlardır. Bundan sonra, hukuka aykırı DNA deliliyle teşhis delilinin illiyet bağı tartışılarak “zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur” kuralını değerlendirmişlerdir. Teşhis delilinde hukuka aykırı bulunmamakla birlikte, dolaylı etkiden söz edilmektedir. Domino taşlarında olduğu gibi, hukuka aykırı delilden yola çıkarak başka bir delile ulaşıldıysa, ulaşılan delil kabul edilmez. Ancak, burada önemli olan zehirli ağacın meyvesinin, ağacın ne kadar uzağına düştüğüdür. “Optican”; eğer, bu meyve uzağa düşmüşse kullanırsınız, ağacın dibine düşmüşse kullanamazsınız, demektedir.³⁶⁵.

Bu olayda, teşhis delilinin hukuka uygun olup olmadığı konusunda tereddütler yaşanmıştır. Hukuka aykırı DNA delilinin, teşhis delilinin bulunmasına fırsat yarattığı açıktır. “Optican”, teşhis delilinin doğrudan hukuka aykırılığın sonucu olmadığını, polisin yaptığı hukuka aykırılıktan dolayı mağdurun cezalandırılmasının adil olmadığını, belirtmektedir. Mahkeme de bu yönde değerlendirme yaparak, doğrudan hukuka aykırı olan DNA delilini dosyadan çıkarttığı halde, teşhis delilinin “zehirli ağacın meyvesi” olmadığına karar vermiştir. Shaheed, teşhis deliline dayanarak ırza geçme suçundan cezalandırılmıştır³⁶⁶.

Sonuç olarak, Anayasa’nın 38/6 ve CMK’nın 206/2b maddesinde yer alan “kanuna aykırı delilin ret edileceği” şeklindeki hükmü, “şüpheli/sanığın temel haklarına aykırılık halinde delilin ret edileceği” şeklinde anlamak gerekir³⁶⁷.

Bu arada, 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu’nda “hukuka aykırı” şekilde elde edilen delilin hükme esas alınamayacağı belirtildiği halde (CMUK m. 254/2), Anayasanın 38/6 ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 206/2(a) maddesinde “kanuna aykırı” olarak elde edilen delillerin kabul edilmeyeceği belirtilmektedir.

³⁶⁵ OPTICAN: s. 40.

³⁶⁶ OPTICAN: s. 42.

³⁶⁷ YENİSEY: s. 148.

“Hukuk” kavramının, “kanundan” daha üstün bir değeri ifade ettiği tartışmasıdır. Ancak, burada “kanuna aykırı” deyimi kullanılarak tüm mevzuatın dikkate alınacağı belirtilmekle, delil yasaklarının kapsamının genişletilmesi amaçlanmıştır³⁶⁸. Zira, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslar arası sözleşmelerde kabul edilmiş olmakla, ulusal mevzuat bakımından “kanun” kavramı içinde kalmaktadır (An. M. 90). Bu nedenle “kanuna” aykırı delil, hukukun genel ilkelerinin de ötesinde, ulusal mevzuatta temel hak ve özgürlüklerin korunması için konulmuş özel hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu anlamda, örneğin “arama” için mevzuatımızda öngörülen “yazılılık” kuralı, uluslar arası düzenlemelerde yer almayan bir sınırlama olup; bu kurala uyulmaması hukukun genel ilkelerine bir aykırılık oluşturmamakla birlikte, “kanuna” aykırı delil kapsamında kalacaktır.

2. Yasak Delillerin Dosyadan Çıkarılması

Bir delil yasak olarak nitelendirildiğinde, mahkemenin vereceği hükümde bu delile dayanması mümkün değildir; ancak aynı delilin yargılamada sonuçlanıncaya kadar dosyada tutulup tutulmayacağı bir sorun oluşturmaktadır. Gerçekten bu delil veya deliller dosyada tutulabilir, ancak mahkeme hükmünde bu delillere dayanamaz veya bunlar dosyadan çıkarılır ve mahkemenin bu delillerle teması engellenir. Mevzuatımızda bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamakta, uygulamada ise, yasak deliller dosyadan çıkarılmamakta ve bunlar gerek esas mahkemesindeki yargılama, gerekse kanunyolu muhakemesindeki yargılamada dosyada bulunmakta, okunmakta ve bir şekilde hakim üzerinde etkili olmaktadır³⁶⁹.

³⁶⁸ YERDELEN, Erdal: 5237 Sayılı TCK’da Güvenlik Tedbirleri: <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> s. 19.

³⁶⁹ BAYRAKTAR, Köksal: İşkenceyi Önlemenin Yolları, in: Bülent DAVRAN’a Armağan, İstanbul 1998, s.189.

Hukuka aykırı delillerin yargılama sonuna kadar dava dosyasında saklanması gerekip gerekmediği konusunda öğretimizde iki farklı görüş ileri sürülmüştür:

a. Yasak Delillerin Dosyadan Çıkarılması Gerekliğini Savunan Görüş

Bu görüşe göre, hukuka aykırı olduğu saptanan bir delilin kullanılmasıyla yetinilmemeli, mahkemenin hükmünde bu delillerden etkilenmemesi için bunlar dava dosyasından da çıkarılmalıdır³⁷⁰. Bir delilin hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğine ilişkin bir iddia ortaya konulduğunda muhakemenin her hal ve derecesinde öncelikle bu iddia ele alınarak karara bağlanmalı ve delilin hukuka aykırı bir yöntemle elde edildiği kabul edilirse, bu delilin dosyadan çıkarılmasına da karar verilmelidir. Zira bir delilin hukuka aykırı olarak elde edildiğini kabul ettikten sonra, o delili dosyada tutmak, hem çelişkili hem de hukuka aykırılığa geçerlilik tanımak sonucunu doğurur³⁷¹. Yasak deliller yargılamada kullanılması ve hükme de esas alınmasalar bile, dosyada bulunmaları yargılama süreçleri ve özellikle de hakimleri etkileyecek, en azından ortaya çıkacak şüpheler nedeniyle, sanığın adil yargılanma hakkı da ihlal edilmiş olacaktır³⁷². Yasak delillerin dosyada tutulmasının objektif sorumluluğa neden olacağı da belirtilmiştir³⁷³.

³⁷⁰ ERMAN, Sahir: Sentez Raporu, in: Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu (10-11-12 Mart 1995), İstanbul 1996, s: 386; 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.

³⁷¹ ERMAN, Sahir: Sentez Raporu, in: Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu (10-11-12 Mart 1995), İstanbul 1996, s: 386.

³⁷² ÜNVER, Yener: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, s: 185.

³⁷³ ÜNVER: s: 185. Toroslu ise, konunun objektif sorumlulukla ilgisi olmayıp, sadece ispatı ilgilendirdiği görüşündedir (Bkz. TOROSLU, Nevzat Ceza Hukuku Günleri (70. Yılında Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler-26/27 Mart 1997 İstanbul), İstanbul 1998, Üçüncü Oturum Tartışma Bölümü, s: 216). Karş.: "... Ben başlangıçta bir şema oluşturmaya çalıştım. Kasttan doğan sorumluluk, istenmeyen neticeden doğan sorumluluk ve objektif sorumluluk diye. Hocamın da hatırlayacağı gibi, hukuka aykırı delile dayanılarak bir kimsenin kusuru veya hareketinin nedensel değeri varsayılırsa, ben bunu objektif sorumluluk olarak tasnif ettim. Bir kimse neticeden kendi fiili, nedensel fiili olmadan dahi sorumlu tutulduğunda acaba bu şemada nereye oturturuz? Bunun da bir objektif sorumluluk olabileceğini düşünüyorum. Fail hiç yapmadığı halde hukuka aykırı bir delille o kişinin fiili varmış gibi kabul edilip mahkumiyet kurulduğunda ya da fiili var fakat bir ağırlaştırıcı sebep hukuka aykırı delille kabul edilip de ceza daha ağır bir mahkumiyete gidildiğinde, yine burada objektif sorumluluk olacağını yani bir kimseye hak etmediği halde ceza verildiğinde veya hak ettiğinden fazla ceza verildiğinde de, bir objektif sorumluluk olduğunu kabul ediyorum. Belki, çok daha geniş başka bir terim kullanmak daha doğru olur. Ancak

Bu görüşteki yazarlara göre, hem bir delilin yasak olmasını kabul edip, hem de bunu dava dosyasında tutmak şeklindeki çelişkiyi ortadan kaldırmak için, bu konuda yasal bir düzenleme yapılmalıdır. Bu düzenlemede “hakimin reddi davası”, “yer itibariyle yetkisizlik davası”a benzer bir tali ceza davasının yapılabilmesi sağlanmalıdır. Yine bu tali ceza davasında verilecek kararın kanunyolu denetiminin de yapılması gerçekleştirilmelidir³⁷⁴. Bu düzenleme ile, yasak delillerin mümkünse önsoruşturma safhasında, eğer bu mümkün olmazsa sonsoruşturmanın başlarında saptanarak dosyadan çıkarılması sağlanmalıdır³⁷⁵.

Bu görüş, olması gereken açısından böyle bir düzenlemenin yapılmasının, sorunu kalıcı olarak çözeceği kanısında olmakla birlikte, şu andaki mevzuatımıza göre de yasak delillerin dosyadan çıkarılmasının sağlanabileceği düşüncesindedir. Yasak deliller, dava ile ilgisiz oldukları ve hukuka aykırı olarak elde edilmelerinden dolayı, delil niteliğine sahip olmadıkları gerekçesiyle hakim ya da mahkemeler tarafından dosyaya sokulmayabilirler. Bunların hukuka aykırı elde edildiklerine ilişkin olarak, mahkemenin son kararından sonra, kanunyolu aşamasında bir denetim yapılacaksa, bunların asıl dava dosyasından ayrı ve bağımsız bir dosya içerisinde tutulması sağlanabilir ve muhakeme süjelerinin bunlara ulaşabilmeleri önlenabilir. Esasen, kıyasın yasak olduğu ceza hukukunda “dar yorum” ve “sanığın lehine kıyas” ilkelerinin kabulü yönündeki görüşler ağırlık kazanırken³⁷⁶, kıyasın yasak olmadığı ve pozitif düzenlemenin olmadığı durumlarda kıyas yoluyla çözüme ulaşılan ceza muhakemesi hukukunda TCK’nun 128. maddesinde hakaret ve sövme suçları açısından düzenlenmiş olan kurum, kıyas yoluyla yasak delillerin dosyadan çıkarılması için de uygulanabilir³⁷⁷. Hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılması gerektiğini savunan bu görüş,

ben belirttiğim şekilde bir tasnif yaptım ve bunun doğru olduğunu düşünüyorum. Aynı şekilde hukuka aykırı bir delille, kusursuz bir kimsenin kurusu varsayıldığında, ispatla ilgili bir konu da olsa, objektif sorumluluğa yol açılmış olur” Ünver, Ceza Hukuku Günleri, Üçüncü Oturum Tartışma Bölümü’nde Toroslu’ya verdiği yanıt, s: 218-219).

³⁷⁴ KUNTER/YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 538; ÜNVER: a.g.e., s: 185 ve 186.

³⁷⁵ ÜNVER: s: 185.

³⁷⁶ Bu konuda bkz. BAYRAKTAR, Köksal: Faal Nedamet, in: İHFM, C: XXXIII, sy: 3-4, s: 138; İÇEL/DONAY, Ceza Hukuku 1. Kitap, s: 86 vd.

³⁷⁷ ÜNVER: s: 186.

dosyadan çıkarma kararını veren merciin bu kararının kesin olmamasını, bir veya birden fazla yargı organı tarafından denetlenmek üzere, yasa yolu mekanizmasının da oluşturulması gerektiğini önemle vurgulamaktadır³⁷⁸.

b. Yasak Delillerin Dosyadan Çıkarılamayacağını Savunan Görüş

Bu görüşe göre, yasadik delillerin dosyadan çıkarılması kesinlikle mümkün değildir. Ceza muhakemesi tekniğı böyle bir uygulamaya engeldir. Bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edildiğıne karar verildikten sonra, bu kararın denetimi gerekir. Eğer bu deliller dosyadan çıkarılacak olursa, bunların denetlenmesi mümkün olmayacaktır. Denetimin yapılmaması ise, keyfiliğıne yolacağından, hukuk devletinde kabul edilebilir bir durum değildir. Ayrıca hukuka aykırı olduğuna karar verilen delilin, gerçekten böyle olmadığı ve yanlışlıkla böyle nitelendirildiğı de ortaya çıkabilir. Yasak bir delilin dosyada tutulmasının hakimi etkileyeceğı iddiası da yerinde değildir. Böyle kolay etkilenen bir hakimin, tarafsız ve bağımsız davranması düşünülemez. Bütün bunlara rağmen, hakimin asıl ceza davası dosyasında tutulan yasadik delillerden etkileneceğı şeklindeki iddialarının önüne geçilebilmesi için, bunlar dosya içinde bulunan bir zarfın içinde korunabilir³⁷⁹.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun şu andaki düzenlemesi gereğince, soruşturmada bir delilin hukuka aykırı olduğu konusunda karar vermek mümkün olmadığı gibi, kovuşturma aşamasında da bir tali dava yoluyla bu sorunu halletmek mümkün değildir. Tali dava açılacak konular kanunda belirtilmiş olup, bu konular arasında yasadik deliller bulunmamaktadır, dolayısıyla tarafların talebi veya kendiliğinden mahkemenin böyle bir ara kararı vermesi olanağı yoktur. Buna karşı delilleri serbestçe değerlendirme yetkisine sahip olan mahkemenin bazı delilleri hükmüne esas almaması yoluna gidilebilir³⁸⁰.

³⁷⁸ ÜNVER: s: 30.

³⁷⁹ ÖZTÜRK, Bahri: Delil Yasakları, Ankara 1995 , s: 45 ve 46; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 513-514; Öztürk'ün görüşüne katıldığını belirten Kaymaz da aynı yönde görüş belirtmiştir (bkz. KAYMAZ, Seydi: Uygulama ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasadik) Deliller, Ankara 1997, s: 277.

³⁸⁰ KAYMAZ: s: 278.

Uygulamacılar tarafından da mevzuatımızın şu andaki durumu karşısında, hakim bir delili hukuka aykırı diye dosyadan çıkarması halinde, hakkında soruşturma açılacağı belirtilmiştir. Bu düşünceye göre dosyadan belge çıkamaz. Zira belki ileride bu konuya ilişkin bir yargılama (yargılama içinde yargılama) yapılması gerekecek ya da Yargıtay'ın konuyu değerlendirmesi açısından bu deliller dosyadan çıkarılamayacaktır. Örneğin yalancı bir tanık dinletildiğinde de beyanı dosyadan çıkarılmıyor. Yasak deliller de değerlendirilecek ve bunlara neden dayanılmadığı açıklanacaktır. Yaşanmış bir olayda askeri bir savcının bir bilirkişi raporunu dosyadan çıkarıp, yeni bir bilirkişi tayin etmesi üzerine hakkında soruşturma açılmış ve "görevi kötüye kullanma" suçundan yargılanmıştır³⁸¹.

c. Görüşümüz

Her şeyden önce yasak delillerin dosyadan çıkarılamayacağı veya çıkarılmaması gerektiği yönündeki görüşleri doğru bulmuyoruz. Bize göre bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edildiği ve hukuken yasak olan delillerden olduğu saptanırsa, bunların esasa ilişkin dava dosyası içerisinde tutulmaması ve yargılama süjelerinin bu delillerle temasının engellenmesi gerekir.

Bu nedenle, hukuka aykırı olduğu tespit edilen delilin kullanılmaması yeterli değildir. Delilin, dosyayı daha sonra okuyacak olan sujelere tesir altında bırakmaması için, dosyadan tamamen çıkarılması gereklidir. Bir delilin hukuka aykırı olduğunun ileri sürülebilmesi için, bu konuda bir tali ceza davası açılabilmelidir. Nasıl ki "hakimin reddi davası", "yer itibarıyla yetkisizlik davası" ve "tutuklama kararı" verilmesi için tali ceza davası öngörülmüş ise, delilin hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmek bakımından da böyle bir prosedür kanunla düzenlenmelidir. Hukuka aykırılık konusunda verilen bu kararın, önce hazırlık soruşturmasında bir hakim tarafından, son soruşturma da ise, esas mahkemesi tarafından verilmesi uygun olur. Hâkim veya mahkeme tarafından verilen bu kararın Yargıtayca da incelenebilmesi ve denetlenebilmesi sağlanmalıdır.

Ceza muhakemesi tekniğinin böyle bir yolu engellediğini söylemek mümkün değildir. Gerçekten bu düşünceyi savunanlara göre, yasak delile ilişkin

³⁸¹ SENKERİ, Tarık: Ceza Hukuku Günleri (70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler-26/27 Mart 1997 İstanbul), İstanbul 1998, Üçüncü Oturum Tartışma Bölümü, s: 210-211;

kararın da denetimi gerekir ve bunlar dosyadan çıkarılırsa denetim mümkün olmayacaktır. Zaten yasak delillerin dosyadan çıkarılmasını savunan görüş de böyle bir denetimin yapılmasına karşı değildir. Elbette ki, bu yönde bir denetim yapılmalı ve olayın ispatındaki her delil gibi bu konuda da bir şüphe kalmamalıdır. Buradaki öneri, basit bir hukuka aykırılık iddiası üzerine delilin dosyadan çıkarılıp atılması değildir. Tali ceza davası yoluyla bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edildiği ve dosyadan çıkarılması gerektiği yönünde ya da aksi yönde bir karar verildikten sonra, bu kararın da denetimi sağlanmalıdır. Bu şekilde hukuka aykırılık konusunda da kesin bir kanaat oluşturulmalıdır; eğer bu delilin hukuka aykırı yollardan elde edildiği konusunda bir şüphe kalıyorsa, bu durumda da "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi devreye girecektir. Hukukumuzda ki, tali ceza davasının sınırlı hallerde kanunda belirtildiği, bunun dışındaki hallerde tali ceza davası olamayacağı; delil yasaklarına ilişkin olarak kanunda öngörülmüş bir tali davası usulü bulunmadığından, bu yöntemle hukuka aykırı elde edilmiş olan delillerin dosyadan çıkarılamayacağı şeklindeki görüş de yerinde değildir.

Pozitif hükümler konularak bu konuda bir tali muhakeme yolu açılmalıdır. Delil ikamesi talebi değerlendirilirken zaten tali bir muhakeme yapılmaktadır. Duruşmada delillerin sağlamlığı değerlendirmesinde de bu tür tali yargılama vardır ve arzu edilen yönde bir eleme yapılabilir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, yasak delillerin dosyadan çıkarılamayacağını savunan yazarlardan bazıları da, bunların hakimi etkilememesi açısından dosya içerisinde mühürlü bir zarfa konulabileceğini kabul etmektedir. Bu deliller dosyadan ayrılıp, mühürlü bir zarfa konup mahkeme ve diğer muhakeme süjelerinin bunlara ulaşması engelleniyorsa, zaten bunlar dosyadan çıkarılmış demektir. Zira bundan sonra mühürlü zarfı dosya ekinde tutmakla, ayrı bir yerde tutmak arasında bir fark bulunmayacaktır.

Yine delilleri serbestçe değerlendirme yetkisine sahip olan hâkimin, yasak delilleri değerlendirme dışı bırakabileceği şeklindeki düşünce de, kendi içinde çelişkilidir ve sonuç olarak, bu delillerin dosyadan çıkarılabileceği görüşünü desteklemektedir. Zira delillerin serbestçe değerlendirilmesi, hâkimin isterse bir delili kullanmayabileceği ve değerlendirme dışı bırakabileceği anlamını taşımaz. Hâkim dosya içerisindeki bütün delilleri değerlendirmek ve buna göre kanaatini

oluşturmak zorundadır. Dolayısıyla bir delili değerlendirme dışı bırakabilmek için, onun dosyada da tutulması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi, adil yargılanma hakkını “fair trial” güvenceye alıyorsa da, delillerin mahkeme tarafından kabul edilmesi konusunu düzenlemez. Bu konu öncelikle iç hukuk konusudur. Bu nedenle, Divan hukuka aykırı biçimde toplanmış olan delilin kabulünü, ilke olarak soyut düzeyde dışlayamaz. Fakat, Sözleşmenin bu hükmüne aykırı biçimde, mesela işkence veya kötü muamele altında elde edilen delil, Divan tarafından denetlenebilir.

Hukuka Aykırı Deliller konusunda Marmara Üniversitesi ile İstanbul Barosu tarafından tertiplenen sempozyumun sentez raporunda³⁸², hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin dosyadan çıkartılması önerilmiş, özel kişiler tarafından elde edilen deliller konusunda da, kamu görevlilerine tanınmayan bir yetkinin özel kişilere verilemeyeceği ileri sürülmüştür.

Anayasa’da 2001 yılında 4709 numaralı Kanun ile yapılan değişiklik, bu konuda önemli bir yenilik getirmiştir.³⁸³ Önceden hakim kararı olmadan yapılan aramalarda elde edilen delillerin 24 saat içinde hakim onayına sunulması, kararın 48 saat içinde açıklanması gerekmekte, aksi halde el koyma kendiliğinden kalkmaktadır. Hükümsüz delil “yok” sayılacağı için, mahkemeye dahi sunulmaması, sadece temyiz aşamasında görülmesi gerekecektir.

Bununla birlikte CMK’nun 230. Maddesi, hükmün gerekçesinde “kanuna aykırı olduğu için duruşmada ikame edilmeyen” delillerin tek tek ve ayrı ayrı gerekçede gösterilmesini emretmektedir. Bunun dışında, CMK 289. Maddesi, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanmasını adeta bir “yokluk” nedeni kabul ederek, hukuka kesin aykırılık hali olarak düzenlemiştir. Bu yapılanma karşısında, hukuka veya kanuna aykırı delilin dosyadan çıkartılması Türk hukukunda mümkün değildir. Kanaatimizce; soruşturma evresinde, ileride delil olacak bir bulgunun hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiği hallerde, hukuka aykırılığı tespit ettirmek üzere bir tali dava açma yolu kabul edilmelidir. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı statüsündeki bir hâkim, elde edilen bulgunun hukuka aykırı

³⁸² ERMAN, Sahir: Kunter’e Armağan, 1998, s. 75.

³⁸³ AY. “2001.4709” 20 ve 21,RG

delil olup olmadığı, elde edilirken kanunun ihlal edilip edilmediğini incelemeli ve hukuka aykırılık tespit ettiğinde, bu delilin iddianamede kullanılmamak üzere, fakat ileride üst mahkeme tarafından denetlendiğinde göz önünde tutulmak kaydıyla, ayrıca saklanmasına karar vermelidir. Böylece kanuna aykırı olmakla birlikte mahkemenin bilgisine sunulan bir delilin mahkemenin kanaatini olumsuz yönde oluşturmaya önlenmiş olacaktır.

Çözüm sistem içinde aranmalıdır. Kanunun hukuka aykırılık konusundaki genel sistemi burada da geçerlidir. İşlemlerin yapılması için kurallar ihdas edilmiştir. Bu kurallara aykırılık, işlemi hukuka aykırı hale getirir. CMK'nın 289. maddede yapıldığı gibi, bazı hukuka aykırılıklar mutlak bozma sebebidir. CMK 148. maddeye giren bir aykırılıkta, değerlendirme yasağı koymuştur ve tartışma yolunu kapamıştır.

Buna karşılık, her temyiz sebebinin bozma sebebi olmaması gibi, işlemdeki bazı hukuka aykırılıklar, delilin hüküm verirken kullanılmasını engellemezler. Ancak, sanığın temel hakları zedelenerek bir delil elde edilmişse, bunun kullanılmaması gerekir. Burada sanığın temel hakları korunmaktadır.

Etkili koruma sağlayabilmek için, Anayasa şikayeti ve işlemdeki temel hak ihlalini doğrudan doğruya Yargıtay'a götürme imkanı yaratılmalıdır.

Görüşümüze göre, CMK'nın 217, mülga 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 254. maddesinin 2. fıkrasındaki delil yasağında³⁸⁴ mutlak bir yasak sözkonusu olmayıp, hâkimin takdir yetkisini kullanabileceği bir düzenleme yer almaktadır.

Hâkim, takdir yetkisini 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 ile, delil

³⁸⁴ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK:Ceza Muhakemesi Hukuku,(1999, 735) jandarma ve polise verilen yetkilerin denetlenmesi için şu önerileri uygun görürler: teşkilat içi kontrol, disiplin soruşturması, tazminat davası açılması, polis müfettişleri tarafından yapılan kontroller, denetim formu oluşturulması (sivil toplum örgütlerinin katılımı ile), müdafinin kontrolü, itiraz ve habeas corpus yollarının işletilmesi, delil yasaklarının uygulanması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kullanılması.

toplanırken devlet güçlerinin sanığa ait anayasal hakkı ihlal etmiş olmalarından doğan toplumsal zararı karşılaştırmalıdır.

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

Anayasamızda “kanuna aykırı bulgular” (Any. “2001.4709” 38) ve “adil yargılama” ilkesi (Any. “2001.4709” 36) aynı değişiklik paketi ile düzenlenmiştir. Yani, “adil yargılama ilkesi zedelenmedikçe hukuka aykırı da olsa, delil kullanılabilir”.

Bu bakış açısı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yansımıştır. Davanın bütünlüğü içinde başta yapılan hata giderilmiş ve sonuçta “adil yargılanma hakkı” sağlanmışsa, hukuka aykırı delillerin hüküm verilirken kullanılması gerekir.

Serbest iradeyi sakatlayan CMK 148 kapsamına giren durumlar, bu tespitemizin dışında kalır.

IV. RESMİ SIFATI BULUNMAYAN KİŞİLER TARAFINDAN ELDE EDİLEN YASAK DELİLLER

Delillerin resmi sıfatı bulunmayan kişiler tarafından elde edilip yetkili organlara verilmesi ya da duruşmaya getirilmesi durumunda bunların hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olması halinde bunların hükme esas olup olmayacağı tartışılmalıdır.

Bu konuda öğretide iki farklı görüş ileri sürülmüştür ³⁸⁵:

³⁸⁵ YILDIZ, Ali Kemal: s. 194 naklen.

1- Resmi Sıfatı Bulunmayan Kişilerce Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller Yargılamada Kullanılabileceğini Savunan Görüş

Öğretimizde bazı yazarlarca, resmi sıfatı bulunmayan kişiler tarafından hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin, bunların yargılamada değerlendirilebileceği savunulmaktadır. Bu görüşün temel dayanağı CMUK'nun 254/2. maddesinin "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" hükmüne yer vermiş olmasıdır. Bu hükümler devletin kovuşturma organlarını sınırlayan hükümlerdir³⁸⁶. Buna göre, resmi sıfatı bulunmayan kişiler açısından bir yasak öngörülmemiştir. Kovuşturma makamlarına yasak olanın, resmi sıfatı bulunmayan kişilere zaten yasak olacağı ileri sürülemez. Çünkü, kamu hukukunda idare bakımından yetki istisna, yetkisizlik kural olmakla birlikte, vatandaşlar için hürriyetçi demokratik sistemler açısından yasak edilmeyen serbesttir. Bunun yanında yasak koymak, ceza hukuku bakımından suç yaratmak anlamına geldiğinden, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince de olmayan bir yasak nedeniyle özel kişilerin hukuka aykırı yollardan elde ettiği delillerin kullanılmasını bir engel yoktur. Ancak bu duruma bir istisna tanımak gerekir ki, o da resmi sıfatı bulunmayan kişinin sanığa insan haklarına ağır müdahaleler yapmasıdır. Yine kovuşturma organlarının ispat yasaklarına takılmamak için resmi sıfatı bulunmayan kişileri kullanmaları halinde bunlar tarafından elde edilen delillerin de muhakemede kullanılmaması gerekir³⁸⁷. CMUK'nun 135/a maddesinde öngörülen yasak yöntemlerin kapsamına giren, dolayısıyla kişi hak ve özgürlüklerini esaslı şekilde ihlal eden yöntemlerle elde edilen deliller yargılamada değerlendirme dışı kalmalıdır³⁸⁸.

³⁸⁶ YENİSEY, Feridun: Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller (kısaltma: Yasak Yöntemlerle...), in: SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, CMUK Yorumu, s: 1238.

³⁸⁷ ÖZTÜRK, Bahri: CMUK Reformu ve Uygulama, 606 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 518.

³⁸⁸ YENİSEY, Feridun: Yasak Yöntemlerle..., s: 1238.

2- Resmi Sıfatı Bulunmayan Kişilerce Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Yargılamada Kullanılamayacağını Savunan Görüş

Hafizoğlu, sadece soruşturma ve kovuşturma organlarının elde ettikleri hukuka aykırı delillerin değil, özel kişilerin elde ettiği yasak delillerin de hükme esas alınamayacağı düşüncesindedir. Bu görüşe göre, kanunun sözü “soruşturma ve kovuşturma organları” olmakla birlikte, söz konusu yasağı bu şekilde kabul etmek bir çelişkidir. Kanun koyucunun soruşturma ve kovuşturma organlarına yasakladığı bir hususu özel kişiler açısından serbest bırakmıştır denilemez. Bu nedenle kim tarafından elde edilmiş olursa olsun hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller hükme esas alınamaz³⁸⁹. Zira yasalar sadece görevliler için değil, herkes içindir. Bu şekilde bir yorum soruşturma ve kovuşturma organlarının özel kişileri kullanmasına neden olabilir. Bu ise, yasayı dolanmak olur. Yasalar amaçlarına uygun olarak yorumlanmalıdır. Soruşturma ve kovuşturma organlarına izin verilmeyen bir konuda özel kişilere öncelikle izin verilmemiştir³⁹⁰. Delillerin elde edilmesi ve duruşmada ortaya konulması konusunda öncelikle soruşturma ve kovuşturma organları yetkilidir. Soruşturma ve kovuşturma organları dışındaki kişiler tarafından delil elde edilmesi ve sunulması istisnadır. Bu istisna da ya açıkça kanun koyucu tarafından açıkça gösterilmeli ya da özel kişilerin elde ettikleri deliller hukuka aykırı olmamalıdır³⁹¹.

Aksi bir kabul hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin yargılamaya sokulması için bir kapı açmak ve yasayı dolanmak olacaktır. Ceza muhakemesinde suçu soruşturmak ve kovuşturmak yetkili makamlarının yetkisindedir. Resmi sıfatı olmayan kişilerin bu anlamda bir yetkileri bulunmamaktadır. Ancak, resmi sıfatı bulunmayan kişilere, suçu soruşturma ve kovuşturma konusunda herhangi bir yetki tanınmamıştır diye onların suçları istedikleri gibi araştırması kabul edilemez. Suçları soruşturmak ve kovuşturmak kamusal nitelikte bir iştir. Bireysel iddia kural olarak ancak kamusal iddianın

³⁸⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki. “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine,” AÜHFD, Cilt. 43, Sayı. 1-4, (1993) s: 44-45.

³⁹⁰ SOKULLU-AKINCI: Recent Attempts to Guarantee Human Rights in the Turkish Penal Procedure Law s: 267-268.

³⁹¹ ŞEN, Ersan: Türk Hukuku’nda Telefonların Gizlice Dinlenmesi Sebebiyle Gündeme Gelen “Hukuka Aykırılıklar Sorunu ve Kişi Haklarına Keyfi Müdahaleler”, in: Sahir ERMAN’a Armağan, İstanbul 1999, s: 735.

yanındadır ve onun sahip olmadığı yetkilere de sahip değildir. Bu nedenle, kamusal iddianın yapamayacağı şeyleri, bireysel iddianın yapabileceği savunulamaz. Bunun yanında resmi sıfatı bulunmayan kişilerin, elde ettikleri yasak delillerin yargılamada kullanılmaması için, bunların suç olması zorunluluğu yoktur. Eylemin suç olmasıyla, bu eylemle elde edilen delillerin yargılamada kullanılıp kullanılamayacağı başka şeylerdir. Yasak yok diye, bireylere, başkalarının özgürlüğünü çiğneme hakkı verilemez³⁹². Soruşturma ve kovuşturma organlarının kullanamadığı delilleri, resmi sıfatı bulunmayan kişiler tarafından elde edilince kullanılabilir olması hakkın suiistimalidir ve hakkın suiistimalini hiçbir kanun korumaz³⁹³.

3- Görüşümüz

Yasak delilleri, sadece kanunun sözünden hareketle, soruşturma ve kovuşturma organlarına özgü kılmak ve resmi sıfatı bulunmayan kişilerin hukuka aykırı yollardan elde ettikleri delilleri yargılamada kullanmak doğru bir yaklaşım değildir³⁹⁴.

Zira, Yargıtay yeni verdiği bir kararında³⁹⁵, "...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 görülmekle.." demek suretiyle, resmi sıfatı bulunmayan kişilerin elde ettiği hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılamayacağına karar vermiştir.

Yukarıda aktardığımız bu yöndeki görüşlerin tekrarına girmeksizin şu eklemeleri yapmak istiyoruz: Tartışılabilir olmakla birlikte, vatandaşa yasak edilmeyenin serbest olması başka şey, bizim yasak edilmemiş ve bu nedenle cezalandırılmayan, ama hukuka aykırı olan bir eylem sonucu elde edilen delili

³⁹² KESKİN, Serap: Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, s: 184.

³⁹³ YILDIZ, Ali Kemal: s. 196 naklen.

³⁹⁴ YILDIZ, Ali Kemal: s. 197.

³⁹⁵ Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 09.11.2009 T. 2009/9930 E ve 2009/13934 K. (www.kazanci.com)

muhakemede kullanmamız ayrı bir şeydir. Kanun koyucunun bir şekilde cezalandırmadığı bir eyleme böyle bir sonuç bağlanması kabul edilemez.

Sözelimi, kanun koyucunun resmi sıfatı bulunmayan kişinin gizlice başka bir kişiye ait telefonu dinlemesini yaptırma bağlamamış olduğunu kabul edelim. Bu mantıkla hareket edersek, resmi sıfatı bulunmayan kişilerin başkalarının telefonunu dinleme hakkına sahip olduğu sonucuna varmak gerekecektir. Çünkü yasak olmadığına göre serbesttir. Böyle bir kabulün, yazarların kendilerinin belirttiği hürriyetçi demokratik toplumla ne kadar bağdaşacağı şüphelidir. Ayrıca bu görüşü savunurken verilen örnekler de çelişkilidir. Yasak olmayan serbesttir, suçta ve cezada kanunilik ilkesi bunu gerektirir dedikten sonra, resmi sıfatı bulunmayan bir kişinin "bir belgeyi çalması ve bunu yetkili makama vermesi durumunda bunun delil olarak kullanılabileceği"ni belirtmek, sanırız tutarlı bir açıklama değildir. Zilyetlik, kişi açısından bir haktır ve ona yapılan saldırı olan hırsızlık suçu da, insan haklarına ağır bir saldırıdır.

Kaldı ki, TCK'nun 132-135. maddeleri arasında bu konuları düzenleyen suçlar öngörülmüştür. Sözelimi TCK'nun 132. maddesi haberleşme gizliliğini ihlal, 133. madde kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesine ve 134. madde özel hayatın gizliliğinin bozulmasına yönelik eylemleri cezalandırmıştır.

Ancak, Yargıtay'ın resmi sıfatı bulunmayan kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin, "meşru müdafaa veya kendilerine karşı yapılan suçlarda" kullanılabileceğini kabul eden kararları vardır.

Yargıtay'ın incelediği bir olayda ³⁹⁶, tehdit suçundan mahkemece beraat kararı verilmiş, hükmü katılan temyiz etmiştir. Olayda fail katılanı telefonla arayıp konuşmuş, fail de bu konuşmayı kaydedip mahkemeye sunmuştur. Fakat konuşmanın içeriğinin tehdit fiilini kanıtlamadığı düşüncesiyle, Yargıtay beraat kararını onaylamıştır. Bu karar, kişinin kendisine yönelik bir suçun kanıtlanmasına veya önlenmesine yönelik olarak yaptığı gizli ses kaydının delil olabileceği fikrini, Yargıtay'ın kabul ettiğini göstermektedir.

³⁹⁶ Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 05.02.2009 tarihli 2007/24946 E ve 2009/1461 Kararı ve aynı yönde, Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 22.01.2009 tarihli 2008/11929 E ve 2009/922 K sayılı kararı.(www.kazanci.com)

Ancak, Yargıtay'ın bu görüşü bir bakıma doğrudur. Çünkü, kişinin kendisini arayan bir kişinin sesini kayda almasında hukuka aykırı bir eylem yoktur. Zira, bir kişinin, evini arayan diğer bir kişinin sesini banda alması halinde, sanırız uyulması gereken bir usul bulunmadığı gibi, burada gizli bir dinleme bulunmadığından, herhangi bir hukuka aykırılık da olmayacaktır. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, kimin kimi aradığıdır. Eğer kişi faili arayıp, gizli kayda alıyorsa, bu dinleme ve tespitin, hukuka aykırı kabul edilmesi gerekmektedir. Zira, kişi bilinçli bir şekilde, faili arayıp, failin sesini kayda almaktadır. Keza, failin aldatılarak kendisini araması sağlanıp daha önceden yapılmış tertiple, sesin kayda alınmasında da, hukuka aykırılık vardır. Zira, kişi, hâkim kararı ile dinlenmesi gereken bir hususu, kendisi tertip almak suretiyle, ifa etmektedir.

Yargıtay'ın diğer bir kararında ³⁹⁷ " *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 görülmekle.....hükmün istem gibi onanmasına oybirliğiyle karar verildi.*" Denmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu kararında, 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 hazırlamış bir düzeneyle gizli olarak kasete kaydedildiği ve bu sebeple sözkonusu kaydın hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu kabul edilmiştir ³⁹⁸.

Bu tür dinlemelerde, hakim, her bir olayı da somut duruma göre inceleyip, olayın kendiliğinden gelişip gelişmediği hususunu gözetecektir. Bu nedenle, Yargıtay'ın 5 Şubat 2009 tarihli kararının, genel kabul görmüş bir karar olarak anlaşılması gerekmektedir. Çünkü, 4709 Numaralı Kanun'la yapılan değişiklikle Anayasa'nın 38. maddesine eklenen fıkra ile getirilen "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" hükmü ile kanun

³⁹⁷ Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 09.11.2009 tarihli 2009/9930 E ve 2009/13934 K sayılı kararı.(www.kazanci.com)

³⁹⁸ ŞEN, Ersan: Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, s.177.

koyucumuz, sadece soruşturma ve kovuşturma organlarının değil, bütün hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin muhakemede kullanılamayacağını göstermektedir.

V. RESMİ SIFATI BULUNMAYAN KİŞİLERCE ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kolluk tarafından toplanılan bilgilerin yanında çoğu zaman özel kişiler de çeşitli gizli bilgi toplama metotları kullanarak tarafı oldukları davalarla ilgili bilgiler toplayıp bunları mahkemeye sunabilir. Burada önemli olan nokta; özel kişiler tarafından gizlice, hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş bu bilgilerin, ceza muhakemesinde değerlendirmeye tabi tutulup tutulmayacağıdır.

Özel şahıslar tarafından da en çok kullanılan hukuka aykırı delil elde etme yöntemi, kişinin açıklamalarının gizlice ses veya görüntü bantlarına kayıt edilmesidir. Devlet görevlileri dışındaki kişilerin delil elde etmeleri ve bu bağlamda hukuka aykırı şekilde delil elde etmeleri ihtimali düşünülmediğinden, yasalarda bu hususta bir hüküm olmadığı gibi, özel şahısların hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin bilinçli olarak değerlendirme yasağı dışında tutulması da istenmiş olabilir. Bu konuda doktrinde de bir fikir birliğine ulaşılamamıştır.

Kimi görüş, özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin kullanılacağı yönündedir. Bu düşüncedekilere göre; kanun koyucunun delillerin elde edilmesi konusunda getirdiği usul ve esaslar özel kişileri bağlamaz. Bu usul ve esaslar, “soruşturma ve kovuşturma organlarına” hitap etmektedir. Zira kamu hukukunda idare bakımından yetki istisna, yetkisizlik kuralıdır. Oysa vatandaşlar için, yasak edilmeyen serbesttir.³⁹⁹ Bu nedenle de, özel kişilerin, bu usul esaslara aykırı hareket ederek elde ettikleri deliller yargılamada kullanılabilir. Ancak, bu delil elde etmek için özel şahıs tarafından kullanılan metot, kişi hak ve

³⁹⁹ ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK: Ceza Muhakemesi Hukuku, 1999, s.489

özgürlüklerini esaslı bir şekilde ihlal eder nitelikte ise, o delil değerlendirme kapsamı dışında kalmalıdır.⁴⁰⁰

Benzer düşüncedeki Savaş'a göre; özel şahısların bilgi toplarken yapmış olduğu eylemler suç teşkil edebilir. Bu suçlardan dolayı cezalandırılacaktır. Ayrıca bu eylemi sırasında kişi hak ve özgürlüklerine de müdahalede bulunmuş olabilir. Bütün bunlar, elde ettiği delilin değerlendirme dışında bırakılmasına neden olmamalıdır. Burada, delil elde edilirken çiğnenen anayasal hakkın mı, yoksa sanığın suç işleyerek çiğnediği anayasal hakkın mı önemli olduğuna bakılıp, bu haklar çatışması neticesinde, elde edilen bilgilerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine karar verilmesi gerekir.⁴⁰¹

Kim tarafından toplanırsa toplansın, hukuka aykırı toplanan tüm delillerin yargılama dışı kalacağını ve yargılamada kullanılamayacağını savunan karşı görüşe göre de; delillerin toplanması ile ilgili kanuni düzenlemelere herkes uymaya mecburdur. Hukuka aykırılık kavramı herkesi kapsar. Özel kişilerden gelebilecek saldırılar da "hukuk devleti" ilkesine zarar vereceğinden, değerlendirme yasağı bir bütün olarak kabul edilmelidir.⁴⁰²

Erman'da bu hususa işaret ederek; delil toplamakla yükümlü olan soruşturma ve kovuşturma organlarınca başvurulması yasak olan bir yolun, böyle bir görevi bulunmayan özel şahıslara tanınmasının izahı güç bir çelişki

⁴⁰⁰ KUNTER, Nurullah/YENİSEY Feridun: Ceza Muhakemesi Hukuku s.537, YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1994s.268, ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK: s.489, YENİSEY: Duruşma ..., s.343,

⁴⁰¹ SAVAŞ, Vural: "Parti kapatma davası ile ilgili görüşler", Radikal Gazetesi, 06 Haziran 1999, s.11den zikreden, COŞKUN, Enis: age s.128, Suçlunun, işlediği suç sonucu topluma verdiği zarar ile deliller toplanırken topluma verilen zarar arasında eşitlik varsa delilin değerlendirme dışında tutulması gerekir. Bu dengenin ağır basan tarafına göre, elde edilen bilgilerin değerlendirilip değerlendirmeyeceğine karar verilmelidir. s.70 BOUZAT, Pierre. (Çev. Hasan İ. Bıyıklı). "Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanmasında Doğruluk Kuralları," YD, Cilt. III, Ayrı Bası, (1977)

⁴⁰² ŞEN, Ersan: Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı ,X Muhabir,seçkin Yayınevi ,2008,Ankara,s.169-170, Benzer görüşü savunan Özek'de; "Ceza usul hukukçusu daima insan haklarını sınırlayıcı değil, genişletici yorum yapmalıdır" görüşüyle 254. maddenin sadece koğuşturma organlarını kapsayacak şekilde dar yorumlanmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. ÖZEK, Çetin: Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, 3-25 Şubat 1995, İstanbul 1996 s.379

olacağını, ayrıca özel şahıslar tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılması halinde bazı tehlikeli sonuçların doğabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, bu şekilde bir görüşün kabulü halinde kolluk hukuka aykırı delil elde etmek için kendi elemanlarını kullanmak yerine, hırsızları kullanma yoluna gidebilir. Ayrıca, sahip olduğu hukuka aykırı delili özel şahsa veya özel bir televizyona verip, onun tarafından açıklanmasını sağladıktan sonra o delili kullanma yoluna gidebilir.⁴⁰³

Odman da; bir hukuk devletinde her eylem ve işlemin hukuka uygun olması gerektiği, Ceza Muhakemesi Usulü Kanununda soruşturma ve kovuşturma makamlarının dahi hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınmaması öngörüldüğüne göre, bu organların dışındaki özel şahısların hukuka aykırı biçimde elde ettikleri delillerin duraksamaksızın yargılamada kullanılamayacağı görüşündedir.⁴⁰⁴

Anayasanın, “suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlığı altındaki 38. maddesine eklenen “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” ibaresiyle, delil yasaklarının herkesi kapsadığı açıkça ifade edilmiştir. Bu düzenlemede, delilleri toplayacak kişi veya organ bakımından bir ayırım yapılmamış, sadece, “elde edilen bulgunun kanuna aykırı olup olmadığı”, kıstasına önem verilmiştir. Bu kural, soruşturma ve kovuşturma organlarını kapsadığı gibi özel kişileri de kapsar. Kanunlarda yer alan düzenlemelere herkes uymak zorundadır. Özellikle temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan gizli bilgi toplama tekniklerine de, kanuni bir düzenlemeye dayanarak ve hâkim kararı ile başvurulabileceğine göre, bu bilgi toplama tekniklerini uygulamaya yetkili kılınmayan özel kişilerin, bu teknikleri kullanarak topladığı bilgiler delil olarak kabul görmeyecektir. Çünkü kanun özel kişilere soruşturma görevi vermemiştir. Bu düzenlemelerde açıkça özel kişilere yasak getirilmiş olması, özel

⁴⁰³ KAYMAZ, Seydi: Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller,s.275’den naklen 10-12 Mart 1997 tarihleri arasında İstanbul Barosu Başkanlığı ile Marmara Üniversitesi Rektörlüğü tarafından düzenlenen Hukuka Aykırı Deliller Konulu sempozyum ile ilgili ERMAN’ın hazırladığı sentez raporu, Benzer yönde bkz. ODMAN, M. Tevfik:”Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Kullanılma Sorunu”, İHMD., C. III., S. 4, Kasım 1995, s.20vd., HAFIZOĞULLARI, Zeki: Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, in: Yeni Türkiye-Yargı Reformu Özel Sayısı-, y: 2, sy: 10, Temmuz-Ağustos 1996,s.44-45

⁴⁰⁴ ODMAN, M. Tevfik: ‘Askeri Yargıtayın Hukuka Aykırı Deliller Konusunda Verdiği Kararlar’

kişilerin o konuda yetkili ve serbest oldukları anlamına gelmez. Zira resmi sıfatı bulunmayan kişinin bilgi toplamak maksadıyla, bir başkasının konutuna girmesi, haberleşmesini dinlemesi, evraklarını çalması, Ceza Kanunumuza göre de suç sayıldığından (TCK md. 124-132) bilgi toplanırken yapılan eylemlerin suç oluşturması otomatik olarak o bilginin delil olarak değerlendirilmeyeceği anlamına gelir.

Mülga 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun da sadece "soruşturma ve kovuşturma organları", yani Devlet tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerden söz ederek (CMUK "1992. 3842" 254) özel kişileri hariç tutmuştu. Anayasa'da genel düzenlemede "soruşturma ve kovuşturma organlarından" bahsedilmemiş olması (AY. "2001.4709" 38) bunu değiştirmemiştir. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ise, hem "kanuna aykırı delil" (CMK 206/2), hem de "hukuka aykırı delil" (CMK 230) terimlerini birlikte kullanmaktadır.

Kanunlar, Anayasadaki ilkeleri açıklayan normlardır. Ceza Muhakemesi Kanununun da yer alan ve konusu bakımından elde edilmesi yasaklanan deliller, Devletin kovuşturma organlarını sınırlayan hükümlerdir. Bu nedenle, özel kişiler tarafından elde edilen delillerin hükümde kullanılması, genellikle kabul edilmelidir. Ancak, resmi sıfatı bulunmayan kişi tarafından uygulanan 'delil elde etme metodu', kişi hak ve özgürlüklerini ihlal eder nitelikte ise, o delil değerlendirme kapsamı dışında kalmalıdır. Alman Federal Yargıtayı, resmi sıfatı bulunmayan kişiler tarafından gizlice yapılan bant kayıtlarının resmi merciler tarafından kullanılmasını, insan haklarını ikinci kez ihlal etmesi gerekçesiyle, kabul etmemiştir.⁴⁰⁵

Resmi sıfatı bulunmayan kişiler tarafından elde edilen delillerin hukuka uygunluğu konusunda bir karar verilirken, resmi sıfatı bulunmayan kişinin yaptığı hukuka aykırılığa bakılmalıdır. Bu konu yukarıda açıklandığından, tekrardan incelenmeyecektir.

⁴⁰⁵ ROXİN: BGHSt 14, 358; 1987, 148.

Görüldüğü gibi, hukuka aykırı deliller teorisi çerçevesinde yabancı sistemlerin “hukuka aykırılıktan” anladıkları, sanığın Anayasa ile teminat altına alınmış olan haklarından birinin bir “devlet organı” tarafından yapılmış olan bir işlemle ihlal edilmesidir.

ALTINCI BÖLÜM
YASAK DELİLLERİN
DEĞERLENDİRİLMESİNDE UZAK ETKİ SORUNU
VE
TESADÜFEN ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ SORUNU

I. DELİL YASAKLARININ UZAK ETKİLERİ SORUNU

Yasak delillerin uzak etkisinden maksat, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerden hareketle elde edilen diğer delillerdir. Bunlar bazen aynı suça ilişkin olabilecekleri gibi, aynı suça ilişkin olmamakla birlikte, aynı faille ilgili olabilirler, bazen ise tamamen başka suç ve başka failler olabilirler. Amerikan hukuku, “zehirli ağacın meyveleri” öğretisi ile bu şekilde elde edilen delilleri de yasak delil olarak kabul etmekte ve bunları hiçbir şekilde yargılamada kullanmamaktadır. Diğer ülkelerde ise, bu tür delillerin kullanılıp kullanılmayacağı konusu çok tartışmalıdır⁴⁰⁶.

Alman Hukuku bu noktada genel bir kural koymaktan çekinmekte “somut olayın özelliklerine” ve “delil elde etme yasağının niteliğine” göre karar verilmesini tercih etmektedir⁴⁰⁷.

Mesela, Federal Alman Anayasası’nın 10. maddesine ilişkin olarak çıkarılan “G 10” Kanununun 3. maddesine aykırı bir şekilde, bir derginin muhabirinin telefonlarının dinlenmesi ve bu dinlemeden yola çıkılarak elde edilen diğer delillerin hüküm verilirken kullanılıp kullanılmayacağı tartışılmıştır. Alman Federal Yargıtayı, bu olayda uzak etkiyi kabul etmiş ve diğer delillerin de kullanılmayacağına karar vermiştir.⁴⁰⁸

Bu konudaki diğer bir örnek, StPO m. 100a’daki kurallar ihlal edilerek yapılan bir telefon dinlemeden elde edilen bilgilerin ifade alma sırasında

⁴⁰⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: DEMİRBAŞ, Timur: Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, s: 298 vd.; ŞAHİN, CUMHUR: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s: 229 vd.

⁴⁰⁷ BGH 29, 249.

⁴⁰⁸ BGH 29, 244.

kullanılması ve yeni delillere ulaşması olayıdır. Alman Federal Yargıtay'ı bu davada, ifade alma sırasında verilen bilgilerden, "telefon dinleme kayıtlarının okunmasından etkilenmiş olan" yeni delillerin kullanılamayacağına karar vermiştir.⁴⁰⁹

Hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilden yola çıkılarak başka bir delilin elde edilmesi halinde, bu delilin de hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır ⁴¹⁰. Mesela CMK'nın 148. madde anlamında yasak yöntemler

⁴⁰⁹ BGH 32, 68.

⁴¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 T. 2005/7-144 ve 2005/150 E sayılı kararında, hukuka aykırı arama ele geçirilen delillerden yola çıkılarak elde edilen ikrar kabul edilmiş ve sanığın mahkumiyetine karar verilmiştir. Ancak, söz konusu karara muhalif kalan üyelerin görüşü tarafımızca benimsenmektedir. Muhalif üyelerin gerekçeli kararı doğrudur. Zira, muhalif üyeler gerekçeli kararlarında aynen, "Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Üyeleri S.Çilesiz ve S.Saka; karşı görüşümüzü temellendirmek için öncelikle, Hukuk Devleti, kişinin temel hak ve özgürlükleri, bu hak ve özgürlüklerin koruma altına alınması ve sınırlandırılmaları (müdahale sınırları), ceza yargılaması bakımından delil elde etme kurallarına uyulmadan elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılması, hukuka aykırı delillerden yola çıkılarak elde edilen delillerin de hukuka aykırı delil olması, hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılması yasağı ile ilgili kurallara, öğretideki bazı görüşler ile uygulamadaki bazı kararlara başlıklar halinde değinme ihtiyacı duymaktayız. Bundan sonra da somut olayla ilgili karşı görüşümüz açıklanacaktır Bu konuda özet olarak şu sonuca varmaktayız. Hukuka aykırı şekilde elde edilen delil dolayısı ile ulaşılan deliller ister hukuka aykırı, isterse hukuka uygun yolla elde edilsin, hukuka aykırı deliller olacaktır. Öğretide baskın görüşün bu yönde olduğunu görüyoruz. Bu duruma "hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisi, uzak etkisi" ya da "zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir" denilmektedir. Bilindiği gibi bu hukuka aykırı delilleri kullanma yasağı bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde, temel hak ve özgürlükleri korumayı, Anglo - Amerikan sisteminde ise kolluğu disiplin altına almayı amaçlamaktadır. Kuşkusuz insan haklarıyla temel hak ve özgürlükleri koruma amacının içerisinde, doğal olarak bu konudaki kurallara en başta uyması gereken kolluğun disiplin altına alınması amacı da bulunmaktadır. Doğrudan ya da dolaylı olarak hukuka aykırı elde edilen delillerin ceza yargılamasında değerlendirilmesi konusuna gelince: Maddi gerçeğin araştırılması için insan haklarını, dolayısıyla sanık haklarını ihlal etmemeye özen gösteren bir ceza yargılaması sistemi oluşturmak amacıyla 1412 sayılı CMUK.nda 18.11.1992 gün ve 3842 sayılı Kanun ile bazı değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Kanun koyucu "Özel hayatın gizliliğinin" ve "konut dokunulmazlığı hakkının" korunmasına verdiği önemi 19.7.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile bir kez daha göstermiştir. Kanunun 17. maddesi ile "özel konut ve eklentilerinde hâkim kararı olmadan arama yapılamaz" hükmü getirilmiştir. Bu hüküm ile anılan kanun kapsamındaki suçların soruşturulması ya da kovuşturulması sırasında konutta yapılacak aramada hiçbir nedenle gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığını kabul etmemiş ve mutlaka hakim kararı istemiştir. Doğrudan ya da dolaylı olarak hukuka aykırı elde edilen delillerin, kamu yararının üstünlüğü halinde kullanılabileceğine, hükme dayanak yapılabileceğine dair görüşe gelince: Suç tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun

kullanılarak konuşturulan bir sanık, tabancayı gömdüğü yeri söylemiş ve orada elde edilen tabancanın tetkikinden suçta kullanıldığı anlaşılmışsa, tabancanın delil olup olmayacağı düşünülmelidir.

Suç teşkil eden yöntemler kullanılarak elde edilen delilden yola çıkılarak ortaya çıkartılan diğer delillerin de hüküm verirken kullanılmaması gerekir⁴¹¹.

Konusu veya elde ediliş metodu nedeniyle yasaklanmış deliller kapsamına giren ve duruşmada değerlendirilmesi kabul edilmeyen 'yasaklanmış bir delil', suçun başka bir delilinin ele geçirilmesine yardımcı olmuş ise, bu ikinci delilin hukuki durumu da tartışılmalıdır.

Mesela, işkence yapılarak konuşturulan sanık suç aleti olan tabancayı sakladığı yeri söylemiştir. Yapılan arama sonunda bulunan tabancanın balistik muayenesi ve parmak izlerinin karşılaştırılması, tabancanın gerçekten sanık tarafından kullanıldığını, şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koymuştur. Anglo-Amerikan hukukunda bu delil hüküm verilirken kullanılamaz. Zehirli bir ağacın meyvesi⁴¹² da zehirli olur.

254/2. maddesinin açık ve kesin hükmü karşısında bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir....Hukuka uygun olmayan bir şeyin üzerine hukuken uygun bir şey inşa edilemeyeceğini bu durumda son delillerin de değerlendirme dışı kabul edilmesi gerektiğini Prof. Erdener Yurtcan'dan alıntı yaparak belirtmiştik. Hukuka aykırı olarak sanıktan alınan ifadede veya hukuka aykırı yapılmış bir ev araması sonucunda elde edilen delilden yola çıkılarak başka delillere ulaşılabilir. İşte bu durumda ortada hukuka aykırı delil niteliği taşıyan bir ifade veya arama sonucunda elde edilen bir delil vardır ki bu deliller de yargılamada kullanılamaz. Hukuka aykırı yapılan arama sonucu elde edilen delili yargılamada kullanmamak yeterli değildir. Bu deliller vasıtasıyla elde edilen deliller de hukuka aykırı olduğundan yargılamada kullanılmamalıdır. (Dr. Ersan Şen -Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu s. 145, 152.) Bu değerlendirmelerle birlikte olayımıza tekrar döndüğümüzde, sanığın ikrarının hukuka aykırı arama ile elde edilen delile dayanılarak alındığını, dolayısıyla bu ikrarın da hukuka aykırı delil olduğunun ve yargılamada kullanılamayacağını son kez vurgulamak istiyoruz. "Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir." Öte yandan bir an için sanığın ikrarının dolaylı yoldan hukuka aykırı olarak elde edilmediğini ve geçerli olduğunu varsaysak bile bu ikrar sanığın mahkûmiyetine yeterli değildir."

⁴¹¹ Kastigar v. U.S 1972.

⁴¹² Früchte des verbotenen Baumes, (fruits of the poisonous tree).

Kara Avrupası hukuku sisteminde ise, konu tartışmalıdır. Alman mahkemeleri, değerlendirme yasağının dolaylı etkisini genişletmeyi kabul etmemekte ve polis tarafından yapılan usulî hataların, elde edilen 'diğer delilleri' değerlendirme kapsamı dışında bırakmaya yol açmasının açıkça haksız olan beraat kararlarının verilmesine sebep olacağından çekinmektedirler⁴¹³.

Öğretimizde ise; bazı yazarlarca yasak delillerin uzak etkinin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, ceza muhakememizde işbirliği sisteminin geçerli olması nedeniyle hâkimin kendiliğinden delil araştırması ve toplaması imkânı vardır. Hâkim, kendi elde edebileceği delillerin hukuka aykırı olarak elde edildiği durumlarda, bu delilleri yeniden elde etme yoluna gidebilir. Buna karşı, hâkimin elde etmesi mümkün olmayan delillerin yok farzedilmesi mümkün değildir. Hâkim, belirtiyi, yada hukuka aykırı yöntemlere başvurularak elde edilmiş ifadeden hareketle ulaşılmış olan cesedi, silahı yok sayamaz. Bu delillerin kullanılması mümkündür⁴¹⁴.

Hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilden yararlanarak, bir başka delilin elde edilmesi halinde, bu delilin de hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı sorunu doktrinde tartışmalıdır. Ancak gerek mülga kanunda gerekse 5217 Sayılı CMK bu

⁴¹³ Doktrinde, azınlıkta kalan görüşler ise, yasaklanmış deliller konusundaki kuralların eksiksiz olarak uygulanabilmesi için, yasak ağacın meyvalarının da değerlendirme dışında kalması gerektiği görüşünü savunmaktadırlar.

⁴¹⁴ İÇEL, Kayıhan: Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, in: Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul 1998, s: 124; Aynı yönde, İÇEL, Kayıhan: Arama, Elkoyma..., s: 241-242; Ayhan Önder/Erol Cihan, Özet Ceza Muhakemesi Hukuku'na 1992 Değişiklikleri İle İlgili Ek, İstanbul 1993, s: 31. Sözür de telefon, faks ve benzeri araçlarla yapılan özel haberleşmenin bir zorlama önlemi olarak denetlenmesi konusunda, bu denetimin temel haklara ciddi bir müdahale oluşturması nedeniyle, bunların ancak belli ağırlıktaki suçlar ve toplum için ciddi bir tehlike gösteren organize suçlulukla ilgili fiiller bakımından uygulanabilmesi gerektiğini; bu çerçevede orantılılık ilkesi ışığında, denetime tabi olacak suçların kanunda bir "suç kataloğu" şeklinde düzenlenmesi gerektiğini belirttikten ve bu denetimin diğer koşullarının neler olması gerektiğini sonra, hakim kararıyla yapılan denetim sırasında, karara konu olmayan bir suçla ilgili tesadüfi bulguların katalogtaki suçlar dışında ise, kesinlikle kullanılamaması, ancak katalogtaki suçlardan biriye bunun hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. (SÖZÜER, Adem: Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi, in: İÜHFM-Prof. Dr. Türkan RADO'ya Armağan Sayısı, y: 1997, C: LV, sy: 3, İstanbul 1997, s: 109-110).

hususla benzer düzenlemelere sahip olup, bu konuda ki takdir yetkisini ortadan kaldıran mutlak bir değerlendirme yasağı içermektedir.

Öztürk, Erdem ve Özbek'e göre; 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu madde 254/2 de yer alan düzenleme, delil yasakları kavramına, her türlü takdir yetkisini ortadan kaldıran mutlak bir karakter kazandırmış, hem de yasağın alanını, bazı noktalarda kabul edilmez bir şekilde genişletmiştir. Dolayısıyla bu düzenleme karşısında, dolaylı yollarla elde edilen delillerin değerlendirilmesine imkan yoktur.⁴¹⁵

Benzer yönde düşünen Yurtcan'a göre; son delilin ele geçirilmesini sağlayan ilk delil, yasaya aykırı bir şekilde elde edilmiştir. Bozuk bir temelin üstüne, sağlam bir bina inşa edilemez. İlk delil hukuka aykırı bir yöntem ile elde edildiğinden, dolaylı bir şekilde elde edilen delil de, değerlendirme dışı tutulmalıdır.⁴¹⁶

Yenisey ve Şahin ise; işkence dışında kalan hallerde, hukuka aykırı delil vasıtasıyla elde edilen delile, devlet kendi imkanları ile ulaşabilecek durumda ise, hukuka aykırı delil vasıtasıyla elde edilen diğer delillerin değerlendirilebileceği görüşündedirler.⁴¹⁷

Bir başka görüşe göre; 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.⁴¹⁸

Şen'e göre de; önemli olan husus bir delilin hukuk kuralları ile uyumlu toplanıp toplanmadığıdır. Eğer temelde bir hukuka aykırılık varsa, Mülga 1412

⁴¹⁵ ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK: Ceza Muhakemesi Hukuku 1999 s.681, ÖZTÜRK, Bahri: Delil Yasakları, Ankara 1995 s.218

⁴¹⁶ YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1994s.367

⁴¹⁷ YENİSEY, Feridun: "Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, s.159-160, ŞAHİN, Cumhur: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s.232-233

⁴¹⁸ KAYMAZ, Seydi: Kısaltma: Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, s.274

Sayıli Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu 254/2. madde gereği, bu delil değerlendirmeye alınmaz.⁴¹⁹

Kunter/Yenisey'e göre ⁴²⁰, "G 10 Kanunun 3. maddesine aykırı bir şekilde "Der Spiegel" dergisinin muhabirinin telefonlarının dinlenmesi ve bu dinlemeden yola çıkılarak elde edilen diğer delillerin hüküm verilirken kullanıp kullanılmayacağı tartişılmıştır. Alman Federal Yargıtayı bu olayda uzak etkiyi kabul etmiş ve diğer delillerin de kullanılmayacağına karar vermiştir. Bu konudaki diğer bir rnek, StPO 100a'daki kurallar ihlal edilerek yapılan bir telefon dinlemeden elde edilen bilgilerin ifade alma sırasında kullanılması ve yeni delillere ulaşılması olayıdır. Alman Federal Yargıtayı bu davada, ifade alma sırasında verilen bilgilerden, "telefon dinleme kayıtlarının okunmasından etkilenmiş olan" yeni delillerin kullanılamıyacağına karar vermiştir",

Öztürk'e göre ⁴²¹; "rneğin, sanığa işkence edilerek bir ikrar elde edilse ve bu sırada sanık suç aletinin yerini göstermiş bulunsa, böyle bir delil, uzak etkiyi kabul etmeyenlere göre ceza muhakemesinde kullanılabilecektir. Bu yaklaşımın kabul edilmesi bir hukuk devletinde mümkün değildir. Yasak sorgu metodları kullanarak elde edilen deliller, bu elde ediş ister dolaylı ister doğrudan olsun, hiçbir surette ceza muhakemesinde hatta hiçbir muhakemede kullanılamaz. ZEHİRLİ AĞACIN MEYVALARI ibaresi bu durumu en güzel şekilde aklamaktadır. Gerçekten zehirli ağacın meyveları da zehirli olur. Bunun aksini ileri sürmek insan hakları ihlallerine yol açabilecektir"

Erdener / Yurtcan'a göre ⁴²²; "Yukarıda aktarılan biçimde dinlemeye olanak vermeyen bir suça ait deliller ele geçirildiğinde, bunlar yargılamada kullanılmayacaktır. Ancak, bunlardan faydalanılarak elde edilen başka deliller, örneğin alınan bir ifadenin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı sorunu ele alınmaktadır. Bu husus delilin uzak etkisi olarak adlandırılmaktadır. Bu konuda ilginç olan husus şurada yatmaktadır ki, son elde edilen delil, örnekte alınan

⁴¹⁹ şEN, Ersan: Türk Ceza Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul 1998, Beta Basım Yayım, s.86 vd.

⁴²⁰ KUNTER /YENİSEY: "Ceza Muhakemesi Hukuku" 12. Baskı sayfa 845 naklen.

⁴²¹ ÖZTÜRK, Bahri: "Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku" sayfa 507 naklen.

⁴²² YURTCAN: s. 570 naklen.

ifade, hukuka uygun yöntemle elde edilmiş bir delildir. Fakat bunun ele geçirilmesini sağlayan ilk delilin elde edilmesi yasaya uygun bir delilin bina edilmesi söz konusudur. Bu sorunu çözerken, sonuç tek başına ele alındığında, yasaya uygun bir delilin varlığından ve dolayısıyla bunun değerlendirilebilecek bir delil olduğundan söz edilebilir. Fakat bu sonuca ulaşmak bizce doğru değildir çünkü o delilin ortaya çıkarılmasını sağlayan delil, hukuka aykırı yolla elde edilmiş bir delildir”.

Gerçekten yasa koyucu, Mülga 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu 254/2 de “soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz” diyerek, hukuka aykırılık konusunda önemli-önemsiz, başlangıcı-sonrası, gibi ayırımlara gitmemiş ve her türlü hukuka aykırılığı kastetmiştir. Bir delil ya hukuka uygundur ya da değildir. Kişiye ve zamana göre farklılık göstermez. Eğer bir delil, ilk elde edildiği anda hukuk aykırı ise, tüm zamanlar için de bu aykırılığı sürer.⁴²³

Nitekim bu hususu Anayasa’nın 38/8. maddesinde de “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” şeklinde düzenleyerek, devletin ceza muhakemesinde sahip olduğu geniş adli yetkiler karşısında bireyi, hak sahibi, güçlü kişi konumuna getirmek ve kovuşturma organlarının, keza herkesin, kanunlara aykırı tüm işlemlerinin mutlak geçersizliğini vurgulamak istemiştir. Dolayısıyla, Mülga Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun 254/2. maddesi karşısında, Mülga Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri Mücadele Kanununda belirtilen koşul ve şartlara riayet edilmeksizin yürütülen bir gizli bilgi toplama faaliyeti esnasında, bir başka suça ait bilgiler elde edilirse ve bu bilgiler başlangıç şüphesine temel alınarak, hukuka uygun bir soruşturmaya başlanırsa, bu soruşturma neticesinde elde edilen delillerinde değerlendirmeye esas alınmaması gerekmektedir. Zira bu tür dolaylı delillerin değerlendirilmesi yolu açılırsa, gizli bilgi toplama tekniklerinin, sınırlı sayıdaki suçlara, belirli koşullar içerisinde uygulanabileceğine yönelik düzenlemelerin de, bir anlamı kalmaz.

Mülga 1412 Sayılı CMUK’un 254/2 maddesine benzer bir düzenleme, 5271 Sayılı CMK 217/2 maddesinde düzenlenmiştir. Zira anılan maddede “Yüklenen

⁴²³ COŞKUN, Enis: Gizli Dinleme, s.276

suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” denilmektedir. Aynı şekilde, CMK 289/i maddesinde “ Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması” denilmek suretiyle, mutlak temyiz nedenleri içerisinde, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller de eklenmiştir.

Netice itibarıyla, Mülga 1412 Sayılı CMUK’nun 254/2, 5271 Sayılı CMK 217/2 ve CMK 289/i maddelerindeki açık düzenlemeler karşısında yasak delillerin uzak etkisi tanınmak zorunda ve yasak bir delilden hareketle elde edilen deliller de kullanılamamalıdır⁴²⁴. Bu tür delillerin muhakemede kullanılabileceği kabul etmek, hiç kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağını öngören anayasal ilkeye (Anayasal m. 38/5) aykırı olacak ve bu ilkeyi anlamsız hale getirecektir⁴²⁵. Aksine bir kabul, gözaltında kötü muamele ve işkence şeklindeki vb. uygulamalara açık kapı bırakacağı gibi, CMK 148’deki (Mülga 1412 Sayılı CMUK m. 135 ve 135/a,) sanık haklarını korumak üzere kabul edilmiş düzenlemeleri kamu görevlileri lehine, buna karşı sanık aleyhine yorumlamak hukuk mantığına da ters olacaktır⁴²⁶. Bu noktada belirtmek isteriz ki, hukuka aykırı surette elde edilen bir mutlak ve nispi delil yasağı ayırımı yapılarak delilin başlangıç şüphesine temel teşkil etmesi görüşünü yerinde bulmaktayız ⁴²⁷.

II. TESADÜFEN ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuka uygun olarak yürütülen bir gizli bilgi toplama faaliyeti esnasında elde edilen ancak, soruşturma konu suçla bir ilgisi olmayıp bir başka suçun ispatına yarayan bilgiler, “tesadüfen elde edilen” bilgiler olup sorun, bu bilgilerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir ⁴²⁸.

⁴²⁴ Bkz. DEMİRBAŞ, Timur: Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması 1996 s: 305; ÖZTÜRK, Bahri: Delil Yasakları, s: 32 vd.; ÖZTÜRK, Bahri: CMUK Reformu ve Uygulama, s: 603; Öztürk/Erdem/Özbek, Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 507 vd.

⁴²⁵ ŞAHİN, Cumhuriyet: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s: 232; TOROSLU, Nevzat: Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, in: Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara 1995, s: 58.

⁴²⁶ TOROSLU: s. 58.

⁴²⁷ Karşı görüş için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK: Ceza Muhakemesi Hukuku, s: 507 vd.

⁴²⁸ KUNTER/YENİSEY: Ceza Muhakemesi Hukuku, s.536

Bir başka anlatımla, tesadüfen ele geçen delilden anlaşılması gereken, yapılan araştırma ile ilgisi bulunmayan ve soruşturma yapılırken bir başka suçun işlendiğini gösteren ve soruşturma yapılırken ele geçirilen delillerdir.

Kural olarak şüphelinin iletişiminin denetlenmesinin amacı, işlenmiş olan katalog suçlardan birine ilişkin delil elde etmektir. Bu nitelikte bir bilgi veya bulgu elde edildiğinde bunların delil olarak kullanılacağı açıktır. Bunun yanında şüphelinin, soruşturma konusu suçtan başka, ancak bir başka katalog suç işlediğine dair bilgiler elde edilirse bu bilgilerde delil olarak kullanılabilir.

Somutlaştırmak gerekirse, uyuşturucu ticareti suçu ile ilgili şüpheli hakkında dinleme kararı alınmış ve yapılan dinlemede sırasında şüphelinin bir adam öldürdüğüne ilişkin bilgi ve bulgu elde edilirse, bu kayıtlar Cumhuriyet savcılığına verilecektir. Cumhuriyet savcısı eldeki bilgileri dikkate alarak soruşturma açabilecektir. Zira adam öldürme katalog suçlar arasında yer almaktadır. Zaten şüphelinin cinayet işlediği başka yollarla duyulsa ve başka delil elde edilmese, bu halde iletişimin dinlenmesine karar verilebilecek idi. Bu şekilde elde edilen tesadüfi bilgiler delil olarak kullanılabilir.

Belirtmek gerekir ki, tesadüfen elde edilen deliller kapsamında şüpheli veya sanığın başka bir katalog suçu işlediğine dair bilgiler elde edilirse, bu katalog suçla ilgili doğrudan iletişimin denetlenmesine devam edilemez. Bu suç bakımından koşulların varlığı değerlendirilmeli ve ayrı ve yeni bir karar verilmesi halinde tesadüfen tespit edilen suçla ilgili iletişimin denetlenmesi gerçekleştirilebilir ⁴²⁹

İletişimin denetlenmesi konusunda tesadüfen elde edilen delillerin nasıl değerlendirileceği konusu uzun süre belirsizlik taşımıştır. Mülga 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesindeki "*ve sair mersule*" ifadesinin geniş yorumlanması ile yapılan iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen delillerin niteliği belirsizlik taşıyordu. Aynı belirsizlik mülga 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri İle Mücadele Kanunu'nun 2. Maddesindeki düzenlemede de söz konusu olmuştur.

⁴²⁹ ŞEN, Ersan: İletişimin Denetlenmesi

İletişimin denetlenmesi tedbiri, çok defa sadece şüpheli veya sanıkla sınırlı kalmayıp bunların iletişim kurdukları üçüncü kişileri de kapsamına alabilmektedir. Tedbirin uygulanması sırasında, üçüncü kişinin verdiği bilgiler onun bir suç işlediğinin anlaşılmasına neden olabilmektedir. Halbuki iletişimin denetlenmesi kararı bu üçüncü kişi için verilmemiştir. Ancak buna rağmen belirli koşullar ve sınırlamalarla üçüncü kişiler hakkında elde edilen bazı bilgilerin kullanılması tercih edilmiştir.

Buna göre şüpheli hakkında örneğin uyuşturucu ticareti suçundan dinlemeye başlamış olsun. Bu sırada şüpheliyle telefonda görüşen üçüncü kişilerden birisinde 5271 Sayılı CMK 135. maddede sayılan katalog suçlardan birisini, örneğin insan ticareti suçu işlediğine dair bilgi elde edilirse, bu bilgi kullanılabilecek midir?

Yargılama konusu bir olayla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlar Kurulu'nun ⁴³⁰ içtihat niteliğinde bir kararı bulunmaktadır. Zira, bir dava konusu ile ilgili olarak, hâkim tarafından verilen dinleme kararı uyarınca elde edilen bulgulara, dosya takip ettiği iddia edilen iki Yargıtay üyesiyle ilgili görüşme kayıtları da elde edilmiştir. Söz konusu kişilerle ilgili dinleme kararı bulunmamaktadır. Üçüncü kişi durumundadırlar. Bu tür dinlemelere dolaylı dinleme adı da verilmektedir. Bu kişilerle ilgili olarak dinleme yapılmadan önce, hakimden izin alınmadığı gerekçesiyle bu bulguların delil kabul edilemeyeceği kararlaştırılmıştır. Kararın gerekçesi ise özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğüdür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında, ulusal yasaların, iletişimi denetlenen kişiyle ilgili yeterli talimatlar sağlandığını, ancak hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilmeyen üçüncü kişiler bakımından arzu edilen bir seviyede bir koruma tanımadığı gerekçesiyle, işlemin ihlal oluşturduğuna karar vermiştir ⁴³¹.

⁴³⁰ Yargıtay 1. Başkan Kurulu'nun 29 Haziran 2004 tarihli 2004/96 E sayılı kararı.(www.kazanci.com)

⁴³¹ Lambert Fransa Kararı, AİHM, 24.08.1998,P.34-41

Bu kararda telefon hattı üzerinde gerçekleştirilen konuşmaların en az iki kişi ile gerçekleştirildiği, bu kişilerden birisi hakkında iletişimin denetlenmesine ilişkin bir kararın verilmiş olabileceği, ancak diğer kişilerle ilgili böyle bir kararın verilmesinin mümkün olmadığı, ancak bu kişilerle ilgilide bazı güvence ve sınırlamaların getirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Türk hukuk sisteminde nc kişilerle ilgili bazı güvenceler getirilmiştir. Ancak bazı belirsizliklerin de söylemek gerekir.

İletişimi denetlenen kişi ile diğer nc kişiler için getirilmiş bir güvence bağlamında Kanunun 138.maddesinde tesadüfen elde edilen delillerin nasıl ve hangi koşullarda kullanılabileceği düzenlenmeye çalışılmıştır.

5271 Sayılı CMK’nun 138. maddesine göre, tesadüfen elde edilen delilden, yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan, ancak bir suçun işlendiği şüphesini uyandıracak delil anlaşılmalıdır. Buradaki temel kural, hukuka uygun bir arama sırasında elde edilen ve diğer bir suçun ispatına yarayan delilin hukuka uygun olduğu ve hüküm verilirken kullanılabileceğidir (CMK 138/1). Mesela, hırsızlık sanığının evinde hkim kararı ile yapılan aramada, aynı kişinin işlediği bir cinayetin delili bulunursa, bu hukuka uygundur.

Karşılaştırılmalı hukukta da, bu tür belgelerin değerlendirilmesi kimi koşullarda mümkün kılınmıştır.

Örneğin Almanya’da, Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu’nda 1992 yılında yapılan değişiklikle, bu konu yasal olarak düzenlenmiştir. Buna göre, herhangi bir gizli bilgi toplama tekniğiyle yürütülen bir soruşturmada, soruşturmaya konu suç dışında bir başka suç ile ilgili bilgiler elde edilmiş ise, suça ilişkin olduğu takdirde, değerlendirilebilecektir. Eğer bilgi, usul kanununda katalog şeklinde sayılan bu suçlardan biriyle ilgili değil ise, hukuka uygun bir şekilde kazanılmış sayılmayacağından, delil olarak değerlendirilmeyecektir.⁴³² Mesela, Alman Ceza Usul Yasası’nın 100b ve 100d maddelerinde düzenlenmiş olan, teknik araçlarla yapılan gizli izleme uygulaması esnasında, bu uygulamaya konu suç haricinde bir

⁴³² İÇEL, Kayıhan/YENİSEY, Feridun: . Uygulamalı ve Karşılaştırılmalı Ceza Kanunları, 4. Bası, İstanbul 1994, s.1274-1275, KUNTER/YENİSEY: Ceza Muhakemesi Hukuk s.536

başka suçla ilgili bilgiler elde edilmiş ise, bu bilgiler ancak 100a maddesinde sayılan suçlardan biri ile ilgiliyse değerlendirilebilecektir.

İsviçre’de de, gizli görevli kullanımında aynı sonuca ulaşılmıştır. Buna göre gizli görevli, görevini hukuka uygun bir biçimde yerine getirirken, kararda yer verilen suç dışında bir başka suç hakkında bilgi elde ederse, bu bilgiler güvenilir kişi kullanılmasını gerektiren bir başka suça ilişkin olduğu takdirde değerlendirilebilecektir.⁴³³

İngiltere’de ise, usulüne uygun verilmiş bir karar olmadan yapılan telefon dinleme sonucu elde edilen bilgiler, hiçbir şekilde ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamaz. Fransa’da usulüne uygun olarak verilmiş karara göre yapılan dinleme sonucunda elde edilen bilgiler, delil değil, sadece belirti sayılmaktadır. Tesadüfen elde elden bilgiler haliyle değerlendirilmektedir. Avusturya’da elde edilen tesadüfü bilgiler delil sayılmaktadır. Bir yıldan az ceza gerektiren suçlar bakımından delil sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Ancak bir yıldan fazla ceza gerektiren suçlarda delil olarak değerlendirilmektedir. İsviçre’de tesadüfen elde edilen bilgilerin delil sayılacağına ilişkin bir yasal düzenleme yoktur. Keşif konusu delil biçiminde değerlendirilmektedir. Kayıtları gerçekleştiren güvenlikler tanık olarak dinlenebilmektedir. İtalya’da kural olarak bir soruşturma için elde edilen bilgi ve bulgular, başka bir suç ve soruşturma için kullanılamaz. Ancak bu bilgilerin faillerin suçüstü halinde yakalanmalarını sağlayacak nitelikte bilgi olması halinde kullanılması mümkündür. Diğer durumlarda hâkim bu bilgilerin delil olup olmadığına karar verecektir.⁴³⁴

Mülga 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundaki tesadüfü delillerin değerlendirilmesi, hususunun, kanunların yeni yürürlükten kalkması ve halen eski usul yasasından kaynaklanan ihtilafların görülmesi nedeniyle biraz daha ayrıntılı olarak çalışmamızda yer verilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

⁴³³ ERDEM, Mustafa Ruhan: age., 365

⁴³⁴ Mukayeseli Hukuktaki düzenlemeler konusunda SÖZÜER: s.88-108 ve ÖZDOĞAN:s.14-18’den yararlanılmıştır.

Bu çerçevede, Mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda bu konuyla ilgili bir düzenlemeye gidilmemiş ise de; gizli bilgi toplama tekniklerinin bu kanundaki düzenlemelere uygun bir şekilde yürütüldüğü esnada, bir başka suça ait bilgiler ele geçirilmiş ise, bu bilgiler kanunda öngörülen (1 ve 16. maddeler) diğer suçlarla ilgili olmak kaydıyla değerlendirilmeli, eğer bu suçların haricinde bir başka suçla ilgiliyseler, değerlendirilmemelidir.⁴³⁵ Çünkü, 4422 Sayılı Yasada, telefon dinleme ve tespitinin yapılabileceği suçlar sınırlı şekilde belirtilmiştir. Bu nedenle, 4422 Sayılı Yasa'nın amir hükümleri gereğince, sınırlanan ve dercedilen suçlar haricinde telefon dinlemesi ve tespiti kanunen yapılamaz.

Zira, bir kararında aynen " Bu madde hükmü uyarınca, 4422 Sayılı Yasada katalog halinde sınırlı olarak sayılan suçların soruşturmasında, başkaca kanıt elde etme olanağı bulunmayan hallerde hakim kararıyla iletişimin dinlenmesi ve tespiti olanaklı hale gelmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı da bu tedbire başvurabilecek ancak, 24 saat içerisinde hakimden bu konuda karar almak zorunda kalacaktır. Görüldüğü gibi bu düzenleme ancak sınırlı suçlarla ilgili ve sınırlı hallerde telefon dinlenmesine olanak tanımaktadır. Bu sınırların dışına çıkılarak telefon dinlenmesi halinde elde edilen bilgiler yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğinde olacaktır"⁴³⁶ şeklinde hüküm kurulmak suretiyle, 4422 Sayılı Yasada katalog halinde belirtilmiş suçlar haricinde elde edilecek bilgilerin yasa dışı delil olacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasamızın "Temel Hak ve Ödevler" Başlıklı 2. Kısımında yer alan "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması" başlıklı 13. maddesinde, "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20. maddesinde ⁴³⁷, "Haberleşme Hürriyeti" başlıklı 22.

⁴³⁵ ERDEM, Mustafa Ruhan: s.366

⁴³⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.06.2006 tarih ve 2006/162 K sayılı kararı,(www.kazanci.com)

⁴³⁷ GÖREN, Zafer/ İZGİ, Ömer: " Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu" sayfa 257 aynen " 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa Değişikliğinin Değerlendirilmesi, ... Ayrıca, 'Kanunun açıkça gösterdiği hallerde' ibaresinin yerine 'Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri ve bir kaçına bağlı olarak' ibaresi getirilerek ilk metinde yer alan 'basit yasa kaydı' 'nitelikli yasa kaydı' haline getirilmiştir. Yani yasa koyucunun gelişigüzel, keyfi sınırlama yapması engellenerek ancak Anayasada belirlenen özel nitelikli sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlama yapılabilmesi sağlanmıştır. Böylece değişiklikten sonra 20nci madde, 13ncü

maddesinde, "Milletlerarası Anlaşmaları Uygun Bulma" başlıklı 90. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlıklı 8. maddelerinde, Haberleşme Hürriyeti ile Özel Hayatın Gizliliği düzenlenmektedir.

Özellikle, 22 Mayıs 2004 tarih ve 5170 Sayılı Kanun ile Anayasamızın 90. maddesine eklenen "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" maddesi ile Temel Hak ve Özgürlükleri düzenleyen sözleşme hükümleri Kanun hükümlerimizden üstün hale getirilmiştir ⁴³⁸. Böylelikle, Türkiye İç Hukuku bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri kanunlarımızdan üstün tutulmuştur ⁴³⁹.

Zira, en son yapılan Anayasa değişikliği ile; kanaatimizce, Ceza Yargılamasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkeme İçtihatları artık basit bir Yargıtay Kararı gibi yol göstermekten ziyade, Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararları gibi bağlayıcı niteliğe haiz olmuştur ⁴⁴⁰.

madde ile birlikte değerlendirildiğinde, bu temel hakkın 3 Ekim 2001 tarihli değişiklikten sonraki metninden sayılan nedenlere benzer nedenlerle ve yasa ile sınırlanabileceğini öngören AİHS madde 8 ile de uyum içindedir".

⁴³⁸ Ayrıca, bilindiği üzere, 23 Ocak 2003 gün ve 4793 Sayılı Kanun ile CMUK'na 327nci maddesine bir bend eklenerek " Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması, Bu halde muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararının kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıl içinde istenebilir" hükmü getirilmiştir.

⁴³⁹ Süheyl Batum "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İÜHF Yayını, İstanbul 1993 sayfa 53-55'te " Anayasamızın 90. maddesi kapsamında Türkiye'nin iç hukuku bakımından AİHS kanunlara eş tutulmuş" denilmektedir. Ancak, en son yapılan değişik ile AİHS kanunlardan üstün hale gelmiştir.

⁴⁴⁰ "Alman Anayasasının 59/2 maddesi gereğince, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Federal Yasaya dönüştürülerek Alman İç Hukukunun parçası olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Federal Anayasa'nın üstünde değildir. Federal yasa statüsündedir. Ancak, Alman Yasaları, hatta Federal Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığı altında yorumlanmaktadır. Ayrıca, alınan bir karar ile kanun koyucunun ters yönde açık bir iradesi bulunmadığı sürece, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sonraki yasalara önceliğe sahip bulunduğu kabul edilmiştir". TÜRMEYEN, Rıza: " Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri"

<http://www.anayasa.gov.tr/anayargi/turmen.pdf>, sy. 34

Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşulluyla sözkonusu olabilir" hükmü gereğince, komisyon ve Mahkeme maddede sözkonusu olan haklara resmi makamların müdahale ettiğine dair bir şikayet başvurusu geldiği zaman üç aşamalı bir inceleme ve irdeleme yapmışlardır ⁴⁴¹.

Bu organlar; a) şikayete konu olay ve işlemin maddedeki kavramlardan birine (özel hayat, konut gibi) dahil bulunup bulunmadığını; yani hükmün "*uygulanabilirliğini*" saptamakta; müteakiben, b) bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, yapılan işlem ya da alınan önlemin bir müdahale teşkil edip etmediğini araştırmakta; ve niyahet c) bu soruya da olumlu yanıt verilmesi durumunda, vaki müdahalenin 2. fıkra önünde "*meşruluk kazanıp kazanmadığı*" saptanmak suretiyle sonuca varmışlardır.

Yani, üçüncü aşama olan "*müdahalenin meşruluğu*" irdelemesinde, alınan kısıtlayıcı önlemin "*kanuniliği*" ("*yasayla öngörülen*"), "*güdülen amacın meşruluğu*" ve şikayet konusu müdahalenin "*demokratik bir toplumda gerekliliği*" araştırılmaktadır.

Yasada öngörülen veya yasaya uygun olma koşulunun Mahkeme İçtihadındaki anlamı, hak ya da özgürlüğe müdahale teşkil eden önlem veya işlemin ulusal hukukta yasal dayanağının bulunması demektir.

Sözleşme'nin meşru sayıp izin verdiği müdahaleler (*kısıtlamalar veya istisnalar*) kurala (*hak ya da özgürlüğe sahip olma*) getirilen "*istisna*" olduğu

⁴⁴¹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/ GÖZÜBÜYÜK, Şeref: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması" 3. Baskı sy. 331.

cihetle dar yoruma tabidirler ⁴⁴². Bu itibarla, Sözleşme'nin 2nci fıkrasındaki müdahale nedenleri sarıh ve sınırlı sayımdır ⁴⁴³.

Bu çerçevede, gerek Anayasamızda ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde *açıkça kanun ile saptanmış sınırlar kapsamında* Haberleşmenin Gizliliğine müdahale edilebileceği ve bu müdahale kapsamında elde edilen delillerin değerlendirilmesinin de, İç Hukukun açıkça belirttiği suçlar için mümkün olduğu, aksi bir durumun varlığının ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma İlkesi"nin (*usul hukuku alanındaki dürüstlük* ⁴⁴⁴) düzenlendiği 6nci maddesi ile "Özel Hayatın Gizliliği İlkesi"nin düzenlendiği 8nci madde hükümlerine aykırı olacağı belirtilmiştir.

Kunter/Yenisey'e göre⁴⁴⁵ " Tesadüfen elde edilen delillerin hukuka aykırılığı sorunu. Buradaki temel kural, hukuka uygun bir arama sırasında elde edilen ve diğer bir suçun ispatına yarayan delilin hukuka uygun olduğu ve hüküm verilirken kullanılabileceğidir ⁴⁴⁶ (CMK 100). Mesala, hırsızlık sanığının evinde hakim kararı

⁴⁴² GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/ GÖZÜBÜYÜK, Şeref: s. 372 (<http://www.echr.coe.int> adresinde; Mah. K. Klass ve Öte/Almanya, 06.09.1978; Handyside/İngiltere 07.12.1976 vs).

⁴⁴³ <http://www.echr.coe.int> adresinde " Mah. K. De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, 18.06.1971, Golder/İngiltere 21.02.1975 vs"

⁴⁴⁴ KUNTER/ YENİSEY: " Ceza Muhakemesi Hukuku" 1. Kitap sayfa 27 aynen "Ceza Muhakemesinin Temel İlkeleri. I- Adil (dürüst) Yargılanma (Fair Trial) İlkesi: Ceza Muhakemesi Anayasamızın 38. maddesine 2001 yılında 4709 numaralı Kanun ile eklenen "adil yargılanma ilkesi" (due process veya fair trial) doğrultusunda şekillenmektedir. Amerikan Hukukunun temel ilkesi olan "due process" iki açıdan ele alınır: maddi hukuk anlamındaki dürüstlük ve usul hukuku alanındaki dürüstlük".

⁴⁴⁵ KUNTER/YENİSEY: s. 844.

⁴⁴⁶ Mülga 1412 Sayılı CMUK 100. maddesinde " *Arama neticesinde yapılmakta olan tahkikatla alakası bulunmayan ve fakat diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek olan eşya bulunursa*" denilmek suretiyle, hukuka uygun bir arama sırasında, başka bir suçun izine rastlanırsa, keyfiyetin Cumhuriyet Savcısına bildirileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, CMUK 100ncü maddesinin, 4422 Sayılı Yasanın 2nci maddesinde yer alan amir hüküm ile beraber uygulama imkanının olmadığı zaten sarihdir. Zira, gizli soruşturma yöntemlerinin düzenlendiği 4422 Sayılı Yasanın 2nci maddesinin 1nci fıkrasında; " *bu kanunda öngörülen suçları işleme....dinlenebilir veya tespit edilebilir*" hükmü ile, aynı maddenin 7nci fıkrasında "*iletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu kanunda öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından kaldırılır*" hükümleri çerçevesinde; soruşturma ve kovuşturma organlarının, CMUK 100

ile yapılan aramada, aynı kişinin işlediği bir cinayetin delili bulunursa, bu hukuka uygundur. Bu genel kuralın istisnası da vardır. Telefon dinlemeden elde edilen deliller buna örnek gösterilebilir. Türk Hukukunda Çıkar Amaçlı Örgütlerle Mücadele Kanunu (md 2) ve Alman Hukukunda (StPO 98b/3, 100b/5, 100d/2, 110e) sadece belli ağır suçlarda uygulanması kabul edilen bir tedbir ile, daha hafif ve katalog şeklinde sayılan ağır suçlardan olmayan bir suçun delili elde edilirse, bu delil hukuka uygun bir şekilde kazanılmış sayılmaz”.

Öztürk’e göre ⁴⁴⁷; “ Aşağıda ele alacağımız gerek gizli soruşturma tedbirleri ve gerekse tanıkların korunması, genişletilmiş elkoyma ve yurtdışına çıkarmamaya ilişkin ÇASÖMK’de öngörülen düzenlemeler sadece bu kanun kapsamına giren suçlar ile bu kanunun 16nci maddesinde öngörülen suçlar bakımından söz konusu olabilecektir. Bu sonucu olarak, gizli soruşturma tedbirleri uygulanmak suretiyle, belirttiğimiz suçlar dışında başka suçlar hakkında tesadüfen delil de edilmişse bu delillerin değerlendirilmesi CMUK m. 254/2 karşısında mümkün olmayacaktır”.

Yurtcan’a göre ⁴⁴⁸; “Yukarıda aktarılan biçimde dinlemeye olanak vermeyen bir suça ait deliller ele geçirildiğinde, bunlar yargılamada kullanılmayacaktır. Ancak, bunlardan faydalanılarak elde edilen başka deliller, örneğin alınan bir ifadenin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı sorunu ele alınmaktadır. Bu husus delilin uzak etkisi olarak adlandırılmaktadır. Bu konuda ilginç olan husus

maddesinde yer alan ilişkin cümlesini kıyas yoluyla genişleterek telefon dinleme ve tespiti yaptığını iddia etmesi hukuken imkansızdır. Çünkü, “*tahkikat ile alakası olmayan ve fakat diğer bir suç*” cümlesinde ifade bulan suç; 4422 sayılı yasa kapsamında olmayan bir suçtur. Zira, Mülga 4422 Sayılı Yasanın 1. maddesi g“*tahkikatla alakası bulunmayan ve fakat diğer bir suçun işlendiğine*”ereğince; “çıkar amaçlı suç örgütü kurma suç”udur. Bu nedenle, tahkikatın konusu olan, çıkar amaçlı suç örgütü suçu haricindeki herhangi bir suç, tahkikat ile alakası olmayan bir suçtur. Bu meyanda, 4422 Sayılı Yasanın 2nci maddesindeki “*bu kanunda öngörülen suçları*” amir hükmüne istinaden, bir başka suç için dinleme ve tespitin yapılamayacağı zaten aşikardır. Aksi bir durum, 4422 Sayılı Yasanın 10uncu maddesinde yer alan *uygulaması ile ilgili yetkilerin suistimali* ile beraber *gizlilik ilkesine aykırılık* olacaktır. Sonuç itibarıyla, 4422 Sayılı Kapsamında yer almayan bir suç ile ilgili telefon dinlemesi ve tespiti yapılması ve delil elde edildiğinin iddia edilmesi, kanunun amir hükümleri gereğince; öncelikle, 4422 Sayılı Yasanın 10uncu maddesinin ihlali ve keza, görevi kötüye kullanma suçu olup, ayrıca da elde edildiği iddia edilen deliller, mutlak surette kullanılmayan deliller olacaktır.

⁴⁴⁷ ÖZTÜRK, Bahri: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, sayfa 655 aynen.

⁴⁴⁸ YURTCAN, Erden: “Ceza Yargılaması Hukuku” 9. Baskı s. 570 naklen.

şurada yatmaktadır ki, son elde edilen delil, örnekte alınan ifade, hukuka uygun yöntemle elde edilmiş bir delildir. Fakat bunun ele geçirilmesini sağlayan ilk delilin elde edilmesi yasaya uygun bir delilin bina edilmesi söz konusudur. Bu sorunu çözerken, sonuç tek başına ele alındığında, yasaya uygun bir delilin varlığından ve dolayısıyla bunun değerlendirilebilecek bir delil olduğundan söz edilebilir. Fakat bu sonuca ulaşmak bence doğru değildir çünkü o delilin ortaya çıkarılmasını sağlayan delil, hukuka aykırı yolla elde edilmiş bir delildir”.

Öte yandan, mülga 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu’nun 2. maddesinin 7. fıkrası ve 10. maddeleri kapsamında; 4422 Sayılı Kanun kapsamında yer alan suçlar haricinde herhangi bir başka soruşturma ve/veya kovuşturma için gizli soruşturma yöntemleri ile elde edilen verilerinin kullanılması suç olarak düzenlenmişti.

Keza, mülga 4422 Sayılı Kanunu’nun 10. maddesinin meclis genel gerekçesinde aynen “ 2nci maddede iletişimin dinlenmesi ve tespiti hususu düzenlenmiştir. Bu madde ile kişinin özel hayatına müdahale edilmekte, izleme sonucu bir takım bilgiler toplanmaktadır. Suçla ⁴⁴⁹ ilgili olmayan bilgiler, bu maddeye göre imha edilmesi gerektiği gibi, şüphe ortadan kalktığında bu maddenin uygulanması sonucu elde edilen veriler, Cumhuriyet Savcısının denetimi altında yok edilmesi gerekmektedir. Bu düzenlemeden amaç, özel hayatın gizliliğinin bir nebze korunmasıdır. Korumayı sağlayacak bu düzenlemeye aykırı bir şekilde verilerin açıklanması cezayı gerektireceği için 10 uncu maddede bu hususa da yer verilmiş ayrıca, bu bilgilerin kullanımının da aynı şekilde yaptırıma tabi tutulacağı belirtilmiştir. Bilgiden kasıt sadece imha edilmesi gereken bilgi değildir. mahkemede bu bilgilerin delil olarak kullanılması anına kadar bu bilgilerin açıklanması ayrı müeyyideye tabi olduğu gibi, olayla ilgisi bulunmayışı sebebi ile mahkemede delil olarak kullanılmayan ve daha sonra imha

⁴⁴⁹ 4422 sayılı çıkar amaçlı suç örgütleriyle mücadele kanununun uygulamasına ilişkin yönetmelik; madde 5- bu yönetmelikte belirtilen tedbir ve işlemler: a-30/07/1999 tarihli ve 4422 sayılı Kanunun kapsamına giren suçlarda, b-3713 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunun kapsamına giren ve teşekkül halinde işlenen suçlarda, c-6136 Sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun kapsamına giren ve teşekkül halinde işlenen suçlarda, d-765 Sayılı Türk Ceza Kanununun 403, 404 ve 406 ıncı maddelerinin kapsamına giren ve teşekkül halinde işlenen suçlarda, uygulanır.

edilecek olan bilgiler üzerinde aynı tür davranışlar da söz konusu ceza ile cezalandırılacaktır” denilmektedir.

Bu nedenle, 4422 Sayılı Kanun kapsamında yer alan suçlar ⁴⁵⁰ için kullanılmayan tüm veriler kanunen imha edilecektir. Ayrıca, 4422 Sayılı Kanunun 2. maddesinin 7. fıkrasında “İletişimin dinlenmesi ve tespiti sırasında bu kanunda öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından kaldırılır. Bu gibi hallerde tedbir uygulanması sonucu elde edilen veriler, Cumhuriyet savcısının denetimi altında derhal ve nihayet on gün içinde yok edilir ve bu durum bir tutanakla belirlenir” denilmek suretiyle, 4422 Sayılı Kanun kapsamında yer alan suçlar haricinde herhangi bir suç izine rastlanıldığı iddia edilse bile, 4422 Sayılı Kanunda öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe kalktığı an, tüm verilerin yok edilmesi emredilmiştir.

Yargıtay bir kararında⁴⁵¹; “Kanıt olarak kabul edilen iletişim dinlenmesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunup sanık ve müdafine bu konuda diyecekleri

⁴⁵⁰ “ Kanun esasta, birinci maddede tanımlanan nitelikteki çıkar amaçlı örgüt faaliyetlerini kapsamakla beraber 16’ncı madde bu çerçeveyi biraz genişletmektedir. Bir defa bu kanunda düzenlenen bilgi toplama usulleri terörle mücadele kanununun kapsamına giren suçlarda da uygulanacaktır. Terör kadar vahim bir suç olmamasına rağmen Terörle Mücadele Kanununun bu tedbirleri önceden koymamış olması bir noksanlıktır. Bu noksanlıkta böylece giderilmiş olmaktadır. Madde, 21.7.1983 tarih ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 10.7.1953 tarih ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun ve TCK’nun 403, 404 ve 406 maddelerinde yer alan suçlar teşekkül halinde işlendiğinde, kanunda yer alan (Md.2-10) bilgi toplama tekniklerinin bu suçlar ve failiilleri bakımından da uygulanacağını açıklamaktadır. Bu suçlar ferden işlenirse tedbirler uygulanamaz. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkındaki Kanun Türkiye’de terör bakımından çok önemlidir. Örgütlü suçlular Türkiye’ye mütemadiyen silah sokma fiillerini işlemektedirler. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu da, Türkiye’deki eski eserlerin, bu çeteler tarafından insanların, tehdit edilmeleri, yıldırılmaları, korkutulmaları suretiyle ele geçirilerek, yurt dışına kaçırılmakta olması nedeniyle maddenin kapsamı içine alınmıştır”. DÖNMEZER, Ord. Prof. Dr. Sulhi: “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri” sayfa 564 (ayrıca, Aytekin Galerî’nin Organize Suçlarla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşım adlı kitabının Sayfa 58)

⁴⁵¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 09.04.2009 tarihli 2845 E ve 6993 Karar sayılı kararı,(www.kazanci.com) Benzer yönde; YCGK’nun 3.7.2007T. 5-23/167 özetle “ Hakkında 135.maddedeki katalog suç nedeniyle telefon dinleme kararı bulunan kişinin görüştüğü diğer bir kişiyle yaptığı konuşmada katalogda yer almayan bir suça ilişkin olarak edinilen bilgi tesadüfî delil olup, yasa dışı kanıt niteliğinde olduğundan soruşturma ve kovuşturma aşamasında kullanılamaz.” YCGK’nun 13.6.2006 T 4-122/162 K sayılı kararında özetle “ CMK 135.madde kapsamında bulunmayan bir suç için verilen dinleme kararı hukuka aykırı olup, dinlemeyle elde edilen deliller

sorulmadan ve rastlantı sonucu elde edilen ve CMK'nın 135/6. maddesinde sayılmayan tehdit ve yaralama suçlarına ilişkin konuşmaların ne suretle kanıt kabul edildiği tartışılmadan hükümlülük kararı verilerek, 5271 sayılı CMK'nın 135/6,138,209/1 ve 215.maddelerine aykırı davranılması... yasaya aykırıdır.” demek suretiyle, katalog suçlarında haricinde, tesadüfen elde delillerin değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir.

Mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda ve Mülga 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usul Kanunu'nda tesadüfen elde edilen deliller ile ilgili açık bir düzenleme mevcut değildi. Ancak, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açık düzenlemeler mevcuttur.

Zira, “Tesadüfen elde edilen deliller” başlığını taşıyan CMK m.138, sadece arama ve elkoyma iletişimin dinlenmesi tedbirleriyle sınırlı olmak üzere uygulama alanı bulacaktır. Bu husus, soruşturma dosyasına kolluk kuvveti ve savcılık makamı tarafından mutlak şekilde yansıtılacak ve suç kataloğuna girdiği anlaşılan yeni suç bakımından m. 135/I'de gösterilen usul ve esas çerçevesinde dinleme ve kayıt altına alma kararı alınması koşuluyla iletişimin dinlenmesi ve kayıt altına alınmasına devam edilebilecektir. Eğer, CMK 138/2'de gösterilen usule uygun hareket edilmemiş, tesadüfen elde edilen delil ile soruşturma dosyası düzenlenmiş ve yeni ortaya çıktığı ileri sürülen suçla ilgili olarak, CMK 135'e uygun olarak iletişimin tespiti kararı alınmamışsa, toplanan deliller hukuka aykırı olarak nitelendirilecek ve kovuşturmada kullanılamayacaktır.

Ayrıca, “tesadüfi deliller”, CMK 140'da düzenlenmiş olan “teknik araçlarla izleme” yöntemini de kapsamına almamaktadır ve dolayısıyla bu tedbir bakımından da uygulanmayacaktır. Burada kıyasa da imkan bulunmamaktadır zira kanunkoyucu 135, 138 ve 140. maddeler gibi birbirine yakın hükümler arasında “tesadüfen elde edilen deliller” başlıklı 138. maddenin yalnızca “teknik

hükme esas alınamaz. Hukuka uygun dinleme sırasında, tesadüfi elde edilen delilin dikkate alınabilmesi için, bu suçun da 135.maddedeki katalogda yer alan bir suç olması zorunludur”

araçlarla izleme" tedbiri hakkında uygulanabileceğini açık bir şekilde ifade etmiş bulunmaktadır.⁴⁵²

III. TESADÜFEN ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DİSİPLİN SORUŞTURMASI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu çalışmamızda, her ne kadar disiplin soruşturmaları kapsam dâhilinde değilse de, tesadüfen elde edilen delillerin değerlendirmesi bölümünde, Yargıtay'ın ve Danıştay'ın, disiplin soruşturması kapsamında, verdiği bazı kararlarından da bahsedilmesi gerekmektedir.

Yargıtay'ın bir kısım kararlarında, her ne kadar, tesadüfen elde edilen delillerin, ceza yargılamasında kullanılamayacağına yönünde karar verilmişse de, disiplin soruşturması yönünden bu bilgilerin kullanılabileceğine hükmetmiştir.

Şöyle ki;

Yargıtay bir kararında; *".....hukuka aykırı elde edilmiş deliller nedeniyle hakkında beraat kararı verilen Cumhuriyet Savcısının ...fiillerinden dolayı 2802 sayılı Kanun'un 87.maddesi gereğince disiplin suçu yönüyle değerlendirilmesi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun takdirlerine sunulması gerekli görülmüştür....."*⁴⁵³ diyerek disiplin yönünden değerlendirilebileceğini belirtilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında;⁴⁵⁴ yukarıda arz edilen Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin disiplin yönünden değerlendirilmesi hakkındaki kararının aksine bir hüküm kurmayarak, adı geçen Cumhuriyet Savcısının eylemi nedeniyle, 2802 Sayılı Kanun'un 87.maddesi gereğince disiplin soruşturması yapılmasına ve tesadüfen elde edilen delil niteliğindeki ses kayıtlarının değerlendirilmesine engel bir hüküm kurmayarak, buna cevaz vermiştir.

⁴⁵² ŞEN, Ersan :Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi.

⁴⁵³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 14.06.2006 tarihli ve 06/6—4 sayılı kararı, (www.kazanci.com)

⁴⁵⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.07.2007 tarihli ve 2007/5 MD-23 E. ve 2007/167K sayılı kararı, (www.kazanci.com)

Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir başka kararında⁴⁵⁵; 4422 sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu bir dönemde gerçekleşen, bir ağır ceza mahkemesi üyesinin tesadüfen elde edilen, iletişiminin dinlemesine ilişkin tespit tutanaklarını hukuka aykırı delil olarak kabul etmiş ve disiplin işlemi yönünden herhangi bir hüküm vazetmemekle birlikte, esasa ilişkin inceleme bölümünde, Bangalor Yargı Etiği İlkelerinden de bahsedilerek, hakimin görevini ifa ederken bağlı bulunduğu etik kurallarına uygun olarak hareket etmesi gerektiği açık bir şekilde ifa edilmiştir ⁴⁵⁶.

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından verilen bir kararda da⁴⁵⁷; sanıkların, bir kısım Yargıtay üyeleri ile yakın ilişki kurdukları, onların ad ve nüfuzlarını kullanarak ilgilendikleri dava ve işlere bakan yargıçlar üzerinde etkili olmaya çalıştıkları iddia edilmiş ve telefonları dinlenen sanıklar ile haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişi konumunda olan Yargıtay üyelerinin hukuki durumları tartışılarak, soruşturma yapılan kişiler yönünden yöntemine uygun dinleme kararı alınmadığından, bu yöntemle elde edilen kanıtların ceza yargılamasında delil olarak kullanılmayacağına ifade edilmiş, bununla birlikte, iki Yargıtay üyesi hakkında yakınlarını kollama niyetiyle gerçekleştirdiği bazı telefon görüşmeleri sebebiyle ("tesadüfen elde edilen tespitler"), disiplin kovuşturması yapılmasına karar verilmiştir.

Ancak, Yargıtay'ın disiplin soruşturması yönünden verdiği bu kararların, hukuka uygun olmadığı kanaatindeyiz. Zira, tesadüfen elde edilen delillerin, hiçbir şekilde kullanılmaması gerekmektedir. Bu kapsama, disiplin soruşturması da dâhildir.

Aynı şekilde, Danıştay'ın çok uzun yıllardan bu yana yerleşmiş içtihatlarından, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen delillerin, disiplin soruşturmasında delil olarak kullanılmasını kabul ettiği açık bir şekilde görülmektedir. Danıştay kararlarında, disiplin hukuku açısından maddi gerçeğin

⁴⁵⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 'nun 22.01.2008 tarihli ve 2007/5.MD-101 Esas 2008/3 K. sayılı kararında;(www.kazanci.com)

⁴⁵⁶ Ceza Genel Kurulu'nun bu kararına konu edilen ilam, Yargıtay 5.Ceza Dairesinin T.23.02.2007, E 2005/8 M.D.K.2007/2 sayılı ilamıdır. (www.kazanci.com)

⁴⁵⁷ Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 29.6.2004 tarihli ve 2004/96 sayılı kararı (www.kazanci.com)

ortaya çıkartılmasını aramakta ve bu hususta, ceza yargılaması ve onun metot ve kurallarıyla bağlı kalmamaktadır.

Danıştay'ın konuya açıklık getiren aynı mahiyette yerleşik ve üstelik çok da yeni içtihatlarından örnek vermek gerekirse;

Danıştay bir kararında ⁴⁵⁸, Kadıköy Emniyet Müdürlüğü'nde görevli bazı polislerin akaryakıt kaçakçılarıyla ilişki kurduğu iddiaları karşısında, üzerine ses kaydı yapan cihaz takılı görevli vasıtasıyla tutulan ses kayıtlarına dayanarak ("ki bu eylem TCK'nun 133/2 maddesine göre suçtur ve tamamen suç sayılan bir yöntemle delil elde edilmiştir") Emniyet Örgütü Tüzüğü'nün 8.maddesinin 7, 22 ve 27.bentleri uyarınca meslekten çıkarma verilip Ümraniye 1.Asliye Ceza Mahkemesi'nce ⁴⁵⁹ delillerin yasal olmayan yolla elde edildiği gerekçesiyle beraat kararı verilmesi sonrasında, İdare Mahkemesi'nin göreve iade kararı sonrası yapılan temyiz incelemesinde, *"...kaçakçılarla ilişki kurduğu ve bu kişilerin işlerini kolaylaştırmak amacıyla Kadıköy Emniyet Müdürlüğü'nde görevli bir polis memuruyla tanıştırdığı hususu sabit olan davacının,....meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık dava konusu işlemin tamamını iptal eden İdare Mahkemesi kararının bu kısmında da hukuki isabet bulunmamaktadır...."*dediği, bu hali ile, Danıştay'ın tamamen yasal olmayan yollarla elde edilen delile dayalı ispatı, geçerli görmüştür.

Danıştay bir başka kararında ⁴⁶⁰ ise, tanık anlatımları ve sanığın ifadesiyle desteklenen bir televizyon programının gizli kamera çekimleriyle ortaya çıkarılan rüşvet olayına dair davada verilen disiplin cezasının yerinde görmüş ve dayanak delillerin, disiplin işlemini hukuka aykırı kılmadığına karar vermiştir.

⁴⁵⁸ Danıştay 12.Dairesinin, T.27.11.2007, E.2007/3065 K.2007/5534 sayılı kararı, (www.kazanci.com)

⁴⁵⁹ İçtihadada konu olayla ilgili Ümraniye 1. Asliye Ceza Mahkemesi 2004/1075 E.ve 2005/1786 K.Sayılı ilamında *"....Sanığın tüm aşamalarda atılı suçlamayı kabul etmemesi, sanığın atılı eylemi gerçekleştirdiği yolunda bir tanık anlatımının mevcut olmaması, dosya içerisinde sanığın konuşmasını içerir bir bant kaydı ve çözümü mevcut olup, bu bant çözümünün sanığın eylemi gerçekleştirdiğini açık ve net olarak ortaya koymadığı gibi, bu bant çözümlerinin 5271 sayılı CMK'nun 148 'nci maddesine göre ifade alma ve sorgudaki yasak usullere göre temin edildiği, bu nedenle delil olarak değerlendirilmesinin ve hükme esas alınmasının mümkün bulunmamasıberaat..."*)

⁴⁶⁰ Danıştay 12.Dairesi'nin, T.22.01.2001, E.2000/3517, K.2001/130. Sayılı kararı, (www.kazanci.com)

Başka bir kararında ⁴⁶¹ da, akaryakıt kaçakçısı bir şebekeyle işbirliği yaparak, doğrudan ya da dolaylı olarak yardım ettiğine dair bir kısım tesadüfen elde edilen telefon kayıtlarına dayanılarak, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/22.maddesi uyarınca meslekten çıkarma cezası verilen fakat, İstanbul 1'nci Ağır Ceza Mahkemesi'nce dinlemeye esas bant kayıtlarında, suçu işlediğine dair kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilip de, İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nce beraat kararının varlığı esas alınarak memuriyetten men cezası işleminin iptaline kararı verilmesi üzerine, *"....Her ne kadar İdare Mahkemesi'nce kaset çözümlerinden başka delil bulunmadığı ileri sürülmekte ise de; telefon konuşmalarının Hakim kararıyla hukuka uygun olarak elde edilmiş deliller olduğu hususu ile kaset çözümlerindeki konuşmaların içeriği dikkate alındığında Tüzüğün 8/13.maddesindeki " Gizli tutulması zorunlu olan ve görevi ile ilgili bulunan bilgi ve belgeleri görevli veya yetkili olmayan kişilere açıklamak" fiilinin sabit olduğu sonucuna varılmıştır....dava konusu işlemin her iki fiil bakımından iptali yolunda İdare Mahkemesi'nce verilen kararda bir hukuki isabet bulunmamaktadır...."* biçiminde hüküm kurmuştur ⁴⁶².

Konu ile alakalı başka bir Danıştay kararında ⁴⁶³, bir gümrük memuru hakkında, yasal telefon dinlemeleri ve fiziki takipler sonucu düzenlenen operasyon üzerine, Gaziantep Cumhuriyet Başsavcılığı'nca hazırlanan iddianame ile soruşturma raporu ve eki iletişim tespit tutanaklarının dayanak gösterildiği davada, ilgili idarece, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8.maddesinin 7, 13 ve 14. bentleri uyarınca verilen meslekten çıkarma cezasını onanmıştır ⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Danıştay 12.Dairesi'nin, T.04.07.2008, E.2008/1444, K.2008/4333. Sayılı kararı, (www.kazanci.com)

⁴⁶² Aynı şekilde Danıştay 12.Dairesi'nin, T.24.12.2008/4042 E, K.2008/7250 Sayılı kararı, (www.kazanci.com)

⁴⁶³ Danıştay 12.Dairesi'nin, T.24.09.2008, E.2008/1240, K.2008/4858.(www.kazanci.com) Bu kararda özellik arz eden husus ise, Dairenin iki üyesinin muhalefet şerhidir. Buna göre karardaki sonuca muhalefet eden iki üye de *"..verilen meslekten men cezasının ağır olduğunu, ancak daha hafif olan Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 7/B-1 maddesi uyarınca 16 ay uzun süreli durdurma cezası ile cezalandırılması gerektiğini"* ifade etmişlerdir ki, bu da dairenin öteden beri bu kabil delillerin disiplin soruşturmasında kullanılması gerektiğini kabul etmektedir.

⁴⁶⁴ Aynı şekilde Danıştay 12.Dairesinin T.2-31.12.2008, E.2008/2517, K.2008/7440(Meşe İçtihat Programı)

Yine başka bir Danıştay kararında, dosya kapsamındaki telefon iletişim tespit tutanakları, telefon ses çözüm kayıtları, tanık ifadeleri ve davacı (sanık-emniyet personeli) ikrarı bulunduğu halde, akaryakıt kaçakçılarıyla görüşerek ve yataklık yaptığı iddiası karşısında, davacının, hizmet içinde resmi sıfatın gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak davranış içerisinde bulunduğu gerekçesiyle, davacıya Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/7 maddesi uyarınca verilen meslekten çıkarma cezasının hukuka uygun olduğu, yönünde karar verilmiştir ⁴⁶⁵.

Danıştay, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasıyla ilgili getirdiği kıstasını, hukuka aykırı şekilde yapılan arama işlemlerinde daha da ileri götürerek, herhangi bir hakim veya savcı kararı olmaksızın elde edilen delillerin dahi disiplin soruşturmasında kullanılabileceğine karar vermiştir. Zira, Danıştay kararında, disiplin soruşturmasında hedeflenen asıl hususun, maddi gerçeğin somut bir şekilde ortaya konması olduğuna hükmetmiştir. Buna göre, Danıştay kararında ⁴⁶⁶, muhakkik olarak atanan bir personelin davacının TEM Şubesindeki odasında bulunan dolabında yaptığı araştırmada, çeşitli porno dergileri, porno gazete kopyaları, çeşitli illerden gönderilmiş bayan ve erkek fotoğrafları ile mektupların bulunması ile başlayan ve davacının memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelikte yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunduğu saptanması üzerine, meslekten ihracına giden süreçte, idarenin işleminin hukuka uygun bulmuştur.

Danıştay 12. Dairesi'nin disiplin hukuku ve soruşturması ile, ceza hukuku ve soruşturmalarının yekdiğerinden tamamen farklı unsurlar içerdiğini açıkça kabul etmektedir Hatta son örnek karardan da görüldüğü üzere, Cumhuriyet savcısı ya da Hâkim kararı olmaksızın muhakkik tarafından, personelin dolabında yapılan aramada ele geçirilen evrakın dahi disiplini bozan eylemin varlığını ispat etmesi durumunda, delil olarak kullanılabileceğini kabul etmektedir.

Danıştay'ın hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delilleri, disiplin soruşturması kapsamında delil olarak kullanmasının, adil yargılanma hakkının ihlali olduğu görüşündeyiz.

⁴⁶⁵ Danıştay 12. Dairesinin, T.03.12.2008, E.2008/4878, K.2008/6853(Meşe İçtihat Programı)

⁴⁶⁶ Danıştay 12.Dairesinin, T.30.09.2002, E.2001/3558, K.2002/2902 (Meşe İçtihat Programı)

Çalışmamızda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, anayasamızda adil (veya dürüst) yargılanma hakkı ile ilgili birtakım kurallar eskiden beri yer almakla birlikte, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla, bir yandan hak arama hürriyeti ile ilgili 36. maddesine yapılan ekleme ile, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"* hükmüne yer verilmiştir.

Keza, Anayasa Mahkemesi'nin Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejimi ile ilgili olarak verdiği bir kararda⁴⁶⁷; 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesine yapılan adil yargılanma hakkı ile ilgili ekleme yapılmadan önce dahi, disiplin suç ve cezalarının hukuki niteliği konusunda şu değerlendirmeleri yapmıştır;

"... öncelikle çözümlenmesi gereken konu disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suç ve cezalar kapsamında olup olmadığıdır. Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. madde kapsamındadır... Anayasa'nın, "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesi, İkinci Kısım'ın İkinci Bölümü'nde yer almaktadır. Bu bölümde yer alan haklar ve ödevler Anayasa'nın 91. maddesi uyarınca KHK ile düzenlenemeyecek konular kapsamına girmektedir. Bu yüzden, KHK'nin disiplin cezaları ile ilgili hususları düzenleyen 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50. maddeleri, Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır"

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında sözü edilen *"suç ve cezalara ilişkin esaslar"* başlığı altındaki Anayasanın 38. maddesinde, başta *"Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez"* hükmüne ve ayrıca anılan madde ile başka temel kurallara da yer verilmiştir. Bunlar:

⁴⁶⁷ AYM, 04.04.1991 tarih ve E. 1990/12 - K.1991/, K. 1991/7 sayılı kararı;(www.kazanci.com)

- *Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*
- *Hiç kimse kendini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*

Bu bağlamda, İdare tarafından yürütülen soruşturmalarda, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin, disiplin soruşturmasında kullanılması durumunun, adil yargılanma hakkının ihlali olduğu hususunun, Anayasa mahkemesince de tespit edildiği görüşündeyim.

Ayrıca, çalışmamızda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, Anayasamızın "Temel Hak ve Ödevler" Başlıklı 2nci Kısımında yer alan "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması" başlıklı 13ncü maddesinde, "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20nci maddesinde, "Haberleşme Hürriyeti" başlıklı 22nci maddesinde, "Milletlerarası Anlaşmaları Uygun Bulma" başlıklı 90nci maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlıklı 8nci maddelerinde, Haberleşme Hürriyeti ile Özel Hayatın Gizliliği düzenlenmektedir. Özellikle, 22 Mayıs 2004 tarih ve 5170 Sayılı Kanun ile Anayasamızın 90. maddesine eklenen "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*" maddesi ile, Temel Hak ve Özgürlükleri düzenleyen sözleşme hükümleri Kanun hükümlerimizden üstün hale getirilmiştir.

Bu bağlamda, disiplin soruşturması yargılamasında kullanılacak olan herhangi bir ses kaydı veya arama neticesinde el konulan eşyanın, delil olabilmesi için, dinlenen veya aranan kişi hakkında, usulüne uygun verilmiş bir karar olması gerekmektedir. Ayrıca, telefon dinleme veya arama kararı, sadece hangi soruşturma için verilmiş ise, o soruşturma ve kovuşturma kapsamında kullanılması gerektiği görüşündeyiz.

IV. TESADÜFEN ELDE EDİLEN BİLGİLERİN MEDENİ YARGILAMA HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu çalışmamızda, her ne kadar Medeni Yargılama Hukuku kapsam dâhilinde değilse de, tesadüfen elde edilen delillerin değerlendirmesi bölümünde, Yargıtay'ın, Medeni Yargılama Hukuku kapsamında, verdiği bazı kararlarından da bahsedilmesi gerekmektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin kullanılıp kullanılmayacağı konusunda bir hüküm bulunmamaktadır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, ispat hukukuna ilişkin ilkeler çerçevesinde bir vakianın gerçekliği hakkında hakim tarafından kanaate ulaşılmasını öngörmektedir. Hukuk davalarında iddia olunan vakianın ispata muhtaç olması halinde (HUMK m. 238), hakim, bunun için delil ikame edilmiş olup olmadığını, re'sen delil ikame etmek gerekip gerekmediğini inceler ve bu konuda bir karar verir. Bir dilekçe varsa, hakim kural olarak, sunulan delili ikame eder. Çok istisnai sebeplerle bir delil ikamesi dilekçesi reddedilir. Delil ikamesi talebinin kabule şayan olmaması nedeniyle reddi de mümkündür (HUMK m. 213 vd., 218).

Karşılaştırmalı hukukta son gelişmeler, kanun koyucunun ispat yasaklarını açık bir şekilde düzenleme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Örneğin, Avrupa Birliği Kartel yargılamasında delilin kullanılması yasağı mevcuttur. Avrupa birinci derece mahkemesi kartel davasında, Avrupa Komisyonu'nun inceleme kararını iptal ederse veya tamamlayıcı incelemeyi kısmen veya tamamen geçersiz sayarsa, komisyon müfettişlerinin hazırlamış oldukları raporlar imha edilir, bu raporlardan elde edilen bilgilerin daha sonra yargılamada kullanılmasına izin verilmez.⁴⁶⁸

Yıldırım'a göre, Anayasa'daki hüküm, münhasıran suç ve cezalara ilişkin olduğundan, medeni usul hukuku alanında doğrudan kullanılamaz. Bunun nedeni

⁴⁶⁸ YIDIRIM, Kamil: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, Erdoğan Teziç'e Armağan, sy 862.

olarak da, Ceza yargılamasında devletin, birey karşısında güçlü olması ve her imkânı kullanabilme tehlikesinin bulunması hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin değerlendirilmesine engel olunması gerektirdiğini buna karşın, Medeni Usul Hukukunda ise, eşitler arasında bir yargılama söz konusu olduğundan, ceza usul hukuku literatürünün, medeni usul hukukunda doğrudan değerlendirilemeyeceğini göstermektedir.

Yargıtay'ın bu konudaki 1975 ve 1987 yıllarına ait içtihadında ise, teyp bandı ile sınırlı olmak üzere, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş olsa da delilin değerlendirilebileceği yönünde olmuştur.⁴⁶⁹

En son olarak da, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.09.2002 tarih ve E.2002/2-617 ve K.2002/648 sayılı kararında, günlük sahibinin rızası dışında ele geçirilen "hatıra defteri"nin, davada delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı tartışılmıştır. Yargıtay kararında, "hatıra defteri"nin delil olarak kullanılıp kullanılamayacağını değerlendirirken, özel hayatın gizliliğinin korunmasının esas olduğu; delilin çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş olması halinde hukuka aykırılığın var olacağı, hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş delillerin ise yasak delil olarak değerlendirilmeyeceği, boşanma davasının zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendirdiği, birlikte yaşadıkları mekanda ele geçirilmiş eşe ait fotoğraf, mektup ve not defterinin hukuka aykırı yoldan elde edilmedikleri için delil olarak değerlendirileceği, hatta evde saklanmış bir not defterinin ele geçirilmesi halinde bu mekanın müşterek yaşamın sürdürüldüğü yer olması nedeniyle, kadın için gizli mekan kabul edilemeyeceği, özel hayatın gizli alanlarının, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebileceği, evlilik süresince sadakatin yasal bir zorunluluk olduğu, kadının bu konulardaki özel yaşamının hayat arkadaşı olan kocayı da en azından kadın kadar ilgilendirdiği, hatıra defterinin delil olarak değerlendirilebileceği görüşüne yer vermiştir.

Sonuç olarak, medeni usul yasasında, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin yasaklanması yolunda açık düzenlemelerden kaçınıldığı, bu alanın bilinçli

⁴⁶⁹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 30.06.1975 tarih ve E. 2494, K. 3306 sayılı kararı için bkz.: YKD 1976/7, s. 1023; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 23.03.1987 tarih ve E. 1795, K. 3418 sayılı kararı için bkz. : İBD 1987/4-5-6, s. 397.

bir şekilde gri bir alan olarak bırakıldığı tespit edilmektedir. Görüşümüze göre, hukuku aykırı yoldan elde edilen delilin, elde edilmesi esnasında çiğnenen maddi hukuk kuralı, kişinin anayasa ile teminat altına alınmış insan haysiyetine ve onuruna (şeref ve haysiyetine) ilişkin ise, değerlendirme yasağı söz konusu olmalıdır.

SONUÇ

Modern devlet anlayışı ile birlikte hukuk devleti ilkesinin gelişimi sayesinde yargı ve yargılama hukukuna ilişkin hak ve ilkeler de yeniden şekillenmiştir. Hukuk devleti, her şeyden önce vahşi demokrasiyi sınırlandıran ve güç odakları karşısında bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan bir güvenceler sistemidir. Hukuk devleti anlayışının yerine getirilmesinin güvencesi olan yargı erkinin en temel görevi, temel hak ve özgürlükleri korumaktır. Günümüzde insan haklarının güvence altına alınması ve korunması iç hukuku aşan ve uluslar arası seviyede koruma gerektiren bir hal almıştır. Bu bağlamda insan haklarının hem içeriği hem de korunması yöntemleri bakımından bir takım uluslar arası normlar oluşmuştur ve halen de oluşmaya devam etmektedir.

T.C. Anayasası'nın 2. maddesi "Türkiye Cumhuriyeti toplumunun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." hükmünü taşımaktadır. Görüldüğü üzere bu maddede devletin adalet anlayışı içinde bir hukuk devleti olduğu benimsenmiştir.

Hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Bilindiği gibi hukuk devleti üç sütun üzerine kuruludur. Bunlardan birincisi insan haklarının gerçekleştirilmesi, ikincisi, adaletin sağlanması ve nihayet üçüncüsü de; toplumsal barış ve kamu düzeninin temin edilmesidir. O halde insan hakları ve adaletin yanında ülkesinde, kamu düzenini ve toplumsal barışı sağlamak her hukuk devletinin varlık sebebidir.⁴⁷⁰

⁴⁷⁰ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 2000, Seçkin Yayınevi, s. 611-612

Ceza verme hakkının esasını, adaletle sınırlandırılmış toplumsal yarar düşüncesi oluşturur. Bunun doğal sonucu olarak da, bir düzenlemeye giderken yasa koyucu kamu yararını en az kişi yararı kadar düşünmek durumundadır. Kamu yararının takdiri ise Yasama Organının yetkisindedir. Ne var ki yasakoyucu kamu yararı düşüncesiyle eylemlere dilediği miktarda ceza saptayamayacağı gibi, kişinin temel hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlayamaz. Yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını “hukuk devleti ilkesi” oluşturur.

Anayasa’da belirli konuları düzenleyen genel kurallar yanında, özel kurallara da yer verilmiştir. Bir konu özel kurallarla düzenlenmemişse, sorunların çözümünde genel kurallar uygulanır. Ancak, o konuda özel düzenlemeler varsa artık genel kurallara başvurulmaz. Anayasa kuralları etki ve değer bakımından eşit olup, hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanmaları zorunludur ⁴⁷¹.

Uluslararası belgelerde, kişilerin mahkemeler önünde davacı ve davalı olarak hak arama hürriyetlerini kullanmaları bakımından geçerli olan en temel hak ve ilkeler konusunda düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu metinlerde belirlenen bu hak ve ilkeler, adil yargılanma hakkının temel unsurları olarak karşımıza çıkmış ve ülkemiz açısından da anayasamız tarafından güvence altına alınmıştır.

03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa’nın bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin kanunun, 15. maddesinde “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” hükmünü 1982 Anayasasının 38. maddesine 8. fıkra olarak yerleşmiştir ⁴⁷². Türk Anayasa koyucusu madde

⁴⁷¹ Esas Sayısı :2001/361 Karar Sayısı :2001/106 Karar Günü : 18.07.2001(www.kazanci.com)

⁴⁷² SOYASLAN, Doğan: a.g.e’ndeki makalesinde “ Her şeyden önce, esasen Ceza Usul Kanununda yer alan bir hükmü Anayasaya yerleştirmeye gerek var mıydı sorusu akla gelmektedir. Aslında böyle bir hükmün Anayasaya yerleştirilmesine neden yoktur. Çünkü aynı hüküm 18.11.1992 tarih ve 3842 sayılı kanunla Ceza Usul Kanunumuza zaten konulmuştur. Bu açıdan başka hükümle Anayasaya koymak doğru değildir.” şeklinde görüş

gerekçesinde de belirtildiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uyum gereği böyle bir hükmü Anayasaya koymuştur.

Bu açıklamalarımız ışığı altında, hukuka aykırılığın genel bir kavram olduğu, ancak hukuk düzenine aykırı her türlü aykırılığın değerlendirme yasağı getirmesinin kabulü halinde, suçlulukla mücadele edilemeyeceği, kavramın "kanun" ya da "pozitif hukuk" şeklinde anlaşılması yönündeki görüşleri doğru bulmuyorum. Hukuka aykırılık ve kanuna aykırılık kavramları birbirlerine karıştırılamaz. Zira kullanılan kavram ispat yasakları da olsa, hukuka aykırı deliller de olsa, bununla anlatılmak istenen şey, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin yargılamada kullanılmamasıdır. Bu konuda suç teşkil eden aykırılıkların değerlendirme yasağına tabi olması, suç teşkil etmeyenlerin değerlendirmeye alınabileceği şeklinde bir ayırım yapılamaz. Diğer taraftan "hukuka aykırılık" kavramı sadece anayasada ya da kanunlarda belirlenen haklarla sınırlı tutulamaz. "İnsan hakları" kavramı kanunlar ve anayasalar üstü evrensel ilkeler de yerini bulmaktadır. Kanun koyucunun hukukun evrensel ilkelerine uygun kanun yapma yükümlülüğünü ihlal ederek, insan haklarını çiğneyecek şekilde düzenlemeler yapması durumunda, sırf kanuna ya da anayasaya uygun olmasından hareket edilerek, yapılan işlemin hukuka uygun olduğunu kabul etmek ve elde edilen delilin yargılamada kullanılması kabul edilemez.

Sonuç olarak, bizim katıldığımız görüşe göre, Anayasa'mızın ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun düzenlemelerine göre delil yasakları için şu sonuçlar çıkarılabilir⁴⁷³: "Anayasa'daki düzenleme sadece ceza yargılamasında değil, bütün yargılamalar açısından geçerli olacak, hatta disiplin soruşturmaları da bu kurallara tabi olacaktır. 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'ndaki kural sadece soruşturma ve kovuşturma makamlarını bağlarken, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenleme ile özel kişilerin elde ettiği hukuka aykırı delillerin de kullanılmasına imkan vermemektedir. Ancak özel kişilerce tesadüfen elde edilen deliller açısından bu yasak geçerli olmayıp, aktif olarak bunlar

bildirerek, Anayasa'nın 38. maddesine eklenen fıkranın hiçbir Avrupa ülkesinin Anayasasında mevcut olmadığını beyan etmiştir. Yazar makalesinde, söz konusu maddenin yerini de eleştirmektedir. Zira, söz konusu maddenin Anayasa'nın 59. maddesinin son fıkrasından önce konulması gerektiğini beyan etmektedir.

⁴⁷³ ÜNVER/HAKEİRİ: s. 614-615

tarafından hukuka aykırı olarak toplanan deliller açısından bu yasak söz konusudur. Kanunumuz "hukuka aykırılık" kavramını kullandığından, sadece kanuna değil, hukuka aykırı, yani özellikle evrensel hukuk normlarına aykırı deliller de kullanılamayacaktır, 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu, kanuna aykırı delilin hükme esas alınmasını engellerken, kamu davasının açılmasına, tutuklamaya vs. esas alınmasına engel teşkil etmiyordu. Ancak 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında, bu deliller hiçbir şekilde kullanılmayacaktır. Hukuka aykırı delilin dosyaya girmesine esasen ilke olarak yeni düzenlemeler imkân vermemektedir, delil yasaklarının uzak etkisi bakımından da, zehirli ağacın meyvelerinin de zehirli olduğu söylenmelidir".

KAYNAKÇA

AKBULUT, İlhan: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık ve Tanıklıktan Çekinme", İBD, Cilt.70, Sayı.1-2-3, (1996)

AKYAZAN, Ahmet: Emrah Teknik Araçlarla İzleme, Terazi Dergisi, Şubat 2007 Ankara

ARAS, Bahattin: Türk Hukukunda İletişimin Denetlenmesi Tedbirinde Yargısal Denetim, Terazi Dergisi, Sayı 30 , Şubat 2009, Ankara

ARMAĞAN, Servet: İslam Hukukunda Özel Hayatın Gizliliği, İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 3-4, İstanbul, 1976

AKMANLAR, Bülent: "Avrupa Konseyi Üyesi Bazı Devletlerde Telefon Konuşmalarının Dinlenmesi ve Telekomikasyonun Kaydedilmesi," YD, Sayı.4, 1982

ALACAKAPTAN, Uğur: İşlenemez Suç, AÜHF Yayınları No:223, Ankara (Tarihsiz)

ALACAKAPTAN, Uğur: 1929'dan Bugüne Ceza Muhakemesi Yasası-Güncel Sorunlar, CMUK Sempozyumu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında 70. Yıldönümünde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (9 Nisan 1999-İstanbul), İstanbul, 1999

ALDERSON, J. : İnsan Hakları ve Polis, Ankara 1989, (Çev. İhsan Kuntbay)

ALİKAŞİFOĞLU, Kemalettin/DOĞU, Engin: Son değişiklikleriyle İctihatlı Notlu Türk Ceza Kanunu CMUK ve Polis Mevzuatı 5. Bası, Ankara 1988

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açıdan Adil Yargılanma Hakkı," Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiriler, Anayasa Yargısı, Sayı.10, Ankara, 1993

AKILLIOĞLU, Tekin: İnsan Hakları I, Ankara, 1995

ALPKAYA, Gökçen: Osmanlı Hukuk Reformu ve Kişi Özgürlüğü (1839-1908), İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 12, 1990

ANAYURT, Ömer: Strazbourg İctihatlarında, Türk ve Fransız Hukuklarında Telefon Dinlemeleri, MBD C. XXI

AŞÇIOĞLU, Çetin: Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkımız Var!, Ankara, 1995.

BARDAK, Cengiz: Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması, Ankara 1996, Yetkin Basımevi

BAYRAKTAR, Köksal: Özel Yaşamın Güzelliğine Saygı İlkesi, Maltepe Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, Aydın Aybay'a Armağan, 2007/1

BAYRAKTAR, Köksal: 'İşkenceyi Önlemenin Yolları', Bülent DAVRAN'a Armağan, İstanbul 1998, s. 189

BAYRAKTAR, Köksal: 'Faal Nedamet', İHFM, C: XXXIII, sy: 3-4

BAYINDIR, Abdülaziz: İslam Muhakeme Hukuku, (Osmanlı Devri Uygulaması), İstanbul, 1986

BERKİ, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle, İstanbul, 1990

BELGESAY, Mustafa Reşit: Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul, 1940

BELGESAY, Mustafa Reşit: "İnsan Hakları," Adalet Dergisi, Sayı.5-6, (1964)

BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukuku İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, Cilt. III, İstanbul, 1976

BIÇAK, Vahit: Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti; Katı ve Esnek Yaklaşımlar, İnsan Hakları Yıllığı 17 -18, TODAİE

BIÇAK, Vahit: Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbetinin Mantıksal Çerçevesi, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009

BOUZAT, Pierre: "Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanması Doğruluk Kuralları," YD, Cilt. III, Ayrı Bası, 1977. (Çev. Hasan İ. Bıyıklı)

CAMCI, Ömer: "İfade Almada ve Sorguda Avukat Bulundurma Tayini ve Cevap Vermeme" İBD, Cilt.67, Sayı. 4-5-6, (1993)

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, 4. Bası, 2006, İstanbul

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım, 5. bası, İstanbul, 2008

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım Yayım, 6. bası, İstanbul, 2008

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008

CENTEL, Nur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, Kazancı Yayınları, İstanbul 1984

CENTEL, Nur: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi," 10. Yıl Armağanı MÜHF. Yayınları, İstanbul 1993

CİHAN, Erol: "Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi," İHFM, Cilt. XXXVIII, Sayı. 3-4, (1967)

CİHAN, Erol: "50. Yılda Ceza Muhakemesi Sujesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu," İHFM, Sayı. 1-4, (1984)

CİHAN, Erol: "Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri," MHAD, Yeni Seri, Yıl.5, Sayı.7, (1971)

CİHAN, Erol: "Ceza Muhakemesi Hukukunda İkrar," İHFM, Cilt. CXXXI, Sayı. 1-4, (1966)

CİHAN, Erol: "Narkoanaliz," MHAD, Yeni Seri, Yıl;3, Sayı;5, (1969)

CİHAN, Erol: "Ceza Muhakemesi Hukukunda İkaz, İhtar; Hukuka Aykırı Vaad ile Telkin Kavramları" İHFM Cilt. XXXV, Sayı. 1-4, (1970)

CİHAN, Erol / YENİSEY, Feridun: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 1996

COLOMBİNİ, Albert:) "Tahrikçi Ajan (Ajan Provakatör) Hakkında Bir Fransız Temyiz Mahkemesi Kararı ve Tahlili," MHAD, Yıl. 5, No. 7, 1971. (Çev. M. İlhan Alniak)

COŞKUN, Enis: Gizli Dinleme, May Yayınları, İstanbul 1974

ÇAVUŞOĞLU, Naz: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine (Kısaltma: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi...), Ankara 1994

ÇOLAK, Haluk / TAŞKIN, Mustafa: Ceza Muhakemesi Kanunu,Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005

ÇAĞLAYAN, Muhtar: Gerekçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Cilt. 1, Ankara, 1980

ÇALIŞKUR, Bedrettin: Suç Kovuşturması ve Teknik Yazılar, İstanbul 1982

DANIŞMAN, Ahmet: Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991

DEMİRBAŞ, Timur: Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir, 1996

DEMİRBAŞ, Timur: Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Ankara, 1992

DEVELLİOĞLU, Ferit / KILIÇKINI, Neval: Osmanlıca-Türkçe Okul Sözlüğü, İstanbul 1976

DONAY, Süheyl: İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, 1982

DONAY, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul, 1978

DONAY Süheyl, Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı Üzerine Kuzey Ülkeleri Hukukçularının Kongresi, İHFM, Cilt: XXXIX, Sayı: 1-4, 1974

DOĞRU, Osman: İnsan Hakları Avrupa Muhakemesi İçtihatları I, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2003

DOĞRU, Osman: İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998

DONNELLY, Jack: Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Yetkin Yayınları, Ankara 1998. (Çev: Mustafa ERDOĞAN-Levent KORKUT)

DÖNMEZER, Sulhi: Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri, CMUK Sempozyumu, İnsan Hakları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısında 70. Yıldönümünde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (9 Nisan 1999-İstanbul), İstanbul 1999

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku. Cilt. 2, İstanbul 1986

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt. 1, 8. Bası İstanbul (Tarihsiz)

DÖNMEZER, Sulhi: 'Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler', Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul 1998

DÖNMEZER, Sulhi: 'Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri', Yargı Reformu 2000 Sempozyumui İzmir, 2000.

DURAL, Mustafa: Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1987

Demokratikleşme ve Yargı Reformu, Cilt. 1 Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 1994

ERDOĞAN, Feyyiz: "Amerikan Hukukunda Sanıkların Kendilerini Suçlayıcı İfade Vermelerini Düzenleyen Kurallar," Askeri Adalet Dergisi, Yıl. 22, Sayı. 90, (1994)

ERDURAK, Yılmaz Güngör: Notlu-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu 3. Baskı, Ankara 1994

ERDURAK, Yılmaz Güngör: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1988

EREM, Faruk: "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı," AÜHFD, Sayı. 1, (1943)

EREM, Faruk: "Kışkırtıcı Ajan," AÜHFD Cilt. XXXII, Sayı. 1-4, (1975)

EREM, Faruk: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Ankara 1985

EREM, Faruk: "İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliği," TODAİ, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt. 14, (1992)

EREM, Faruk: Diyalektik Açıdan, Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1986

EREM, Faruk: Ümanist Doktrin Bakımından Türk Ceza Hukuku, Cilt.1, 12. Baskı, Ankara 1984

EREM, Faruk: Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1986

ERDEM, Mustafa Ruhan: Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001

ERMAN, Sahir: Sahtekarlık Suçları, İstanbul 1981

ERMAN, Sahir: Kunter'e Armağan, 1998

ERMAN, Sahir: 'Sentez Raporu', Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu (10-11-12 Mart 1995), İstanbul 1996

ERYILMAZ, Bedri: Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, 2003, Seçkin Yayınevi

ESEN, Bülent Nuri: Anayasa Hukuku, Ankara 1970

ESER, Ablin: "Alman Ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu", YD, Sayı. 3, (1980) (Çev. Nur Centel)

FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Mevzuatımızda ve Önceki Hukukumuzda Özel Hayatın Gizliliğin Korunması, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 6/1993,

FENDOĞLU, Hasan Tahsin: Hukuk Tarihimizde Temel Haklar, Konya, 1994

FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996

FEYZİOĞLU, Metin: Tanıklık ve Dürüst Muhakeme, Ankara 1998

FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, İstanbul, 2002

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1979

GEMALMAZ, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Basım Yayım, İstanbul 1997

GOTTLIEB, David J.: "Tebliğ", Birleşik Devletlerde Arama ve Elkoyma Hukuku", Uluslar arası Mukayeseli Hukuk Sempozyumu, Kamusal Yaşamda Son Gelişmeler Maliye ve Hukuk Sorunları Avrupa Amerika ve Türkiye, İstanbul ve Ankara, 27 Mayıs-1 Haziran 1996

GÖKÇE, Abbas: Cezada Kanıt Değerlemesi, Yasa Hukuk Dergisi, C: II, sy: 4, İstanbul 1979

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz. "Sanık Gerçeği Söylemeye Mecbur mudur?" AÜSBFD Cilt. X, Sayı. 2, (1955)

GÖKÇE, Teoman: Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık, Adalet Dergisi, Ekim,2002,13. sayı

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Kitle Haberleşme Hukuku, Ankara, 1970

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: Doğru Yargılama ve Kanıtların Değerlendirilmesi

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: İngiliz Adli Teşkilatı, SBFD, C: X, sy: 1, Mart 1955,

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılama' (Kısaltma: Adil Yargılama), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Doğru Yargılama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri Mart-Haziran 1995

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: 'Avrupa İnsan Hakları Divanı İçtihadına Göre Doğru Yargılama ve Kanıtların Değerlendirilmesi' (Kısaltma: Doğru Yargılama ve Kanıtların Değerlendirilmesi), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Doğru Yargılama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Kişisel Haklar Semineri Mart-Haziran 1995

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: "Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinde Adil Yargılama" AÜSBFD, Cilt. 49, No. 1-2, (İlhan Öztrak'a armağan) (1994)

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: "Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı," AÜSBFD, Cilt. X, Sayı. 2, (1954)

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994

GÖKÇEN, Ahmet: Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma, Ankara 1994

GÖREN, Zafer/İZGİ, Ömer: Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, TBMM Basımevi, Ankara 2002

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt. 3, 4. Bası, İstanbul 1980

GROPP, Walter. "Organize Suçlulukla Mücadelede Yeni Araştırma Metodları," Facultatis Desima Anniversaria Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993

Grolier International Americana Encyclopedia, Cilt. 7, Sabah Gazetesi Yayını, İstanbul, 1993

HAFIZOĞULLARI, Zeki: "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine," AÜHFD, Cilt. 43, Sayı. 1-4, 1993

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye-Yargı Reformu Özel Sayısı-, y: 2, sy: 10, Temmuz-Ağustos 1996

HERMANN, Joachim: Der Amerikanische Strafprozeß

HEİN: 'Landesbericht Italien' Eser/Überhofen/Huber

İÇEL, Kayıhan: "Tebliğ", "Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları," Yargıtayın 127. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla Düzenlenen "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Kanıtlar "Sempozyumu, Ankara, 28.4.1995, Yayınlandığı Yer: (Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu, Cilt. I, Ankara 1995)

İÇEL, Kayıhan-YENİSEY, Feridun: Uygulamalı ve Karşılaştırmalı Ceza Kanunları, 3. Bası, İstanbul 1990

İÇEL, Kayıhan-YENİSEY, Feridun: Uygulamalı ve Karşılaştırmalı Ceza Kanunları, 4. Bası, İstanbul 1994

İÇEL, Kayıhan /DONAY, Süheyl: Ceza Hukuku 1. Kitap, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006

İÇEL, Kayıhan: 'Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları', Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul 1998

İŞGÜZAR, Hasan: 'Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları', Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1990/6, Yıl: 47

İNCEOĞLU, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Avrupa Komisyonu Destek Projesi, Ankara 2007

İMRE, Zahit: "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler," İHFM, Cilt. 39, Sayı. 1-4, 1974

İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, Genişletilmiş 2. Bası, AÜSBF İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayınları, Ankara 1992

KANTAR, Baha: Ceza Muhakemeleri Usulü, I. Kitap, 4. Bası, Ankara 1957

KANMAZ, Fatih: Haksız Yakalama Tutuklama Ve Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat , Adalet Yayınevi , Ankara 2008

KANADOĞLU, Sabih: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, 3. Bası, Seckin Yayıncılık, Ankara, 2007

KAYIHAN, İçel: 'Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları', Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998

KAYMAZ, Seydi: Uygulama ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller (kısaltma: Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller), Ankara 1997

KAZANCI, Behiye: 'Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m.134 çerçevesinde Korunması' ,Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1,İzmir 2007

KESKİN, İbrahim: İletişim Denetlenmesi, Adalet Dergisi, Sayı 33, Ocak 2009

KESKİN, Serap: Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Alfa Basım, İstanbul, 1997

KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1993

KOCA, Mahmut : Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller,Ceza Hukuku Dergisi ,Yıl; 1, Sayı; 2 Seçkin Yayınevi 2006

KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku 8. Bası, İstanbul 1986

KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku 9. Bası, İstanbul 1989

KUNTER, Nurullah / NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, 15 Bası, İstanbul

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2006

KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak, Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap 17. Bası, İstanbul, Kasım 2009

KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Kitap 'Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı', 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009

KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi; Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000

KUZU, Burhan, "T.C Anayasalarının İnsan Hakları Açısından Karşılaştırmalı İncelenmesi", İÜHFM.C.LIV.S.1-4, Gür-Ay Matbaası, İstanbul 1994

LANGCMAK, Hans: "Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümü," İHFM Cilt. 39, 1974 (Çev. Erdener Yurtcan)

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi, Polise Görev Yetki Ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi Tebliğleri II,EGM,2007

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami:'İnsan Hakları Açısından Tutuklama ve Türk Hukuku', Prof. Dr. Nurullah KUNTER'e Armağan, İstanbul 1998

MALKOÇ, İsmail: "Tebliğ" Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri" (yayınlanmamış) Yargıtay'ın 127. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla Düzenlenen

"Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Kanıtlar" Sempozyumu, Ankara 28.4.1995

MALKOÇ, İsmail/GÜLER, Mahmut: Ceza Yargılamasında Temel Yasalar, Ankara 1998

MALKOÇ, İsmail/GÜLER, Mahmut: Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Cilt. 2, Ankara 1994

MALKOÇ, İsmail/GÜLER, Mahmut: Uygulamada Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (kısaltma: Uygulamada CMUK), C: I, Ankara 1998

MOURGEON, Jacques: İnsan Hakları, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 1991

MOLE, Nuale / HARBY, Catharina: Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6.Maddesinin Uygulanması İlişkin Kılavuz ,Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü,

MÜDERRİSOĞLU, Feridun: "Anayasal Hak ve Özgürlükler", Prof. Dr. Sıdık Sami Onar'a Armağan

Meydan Larousse cilt. 4, Sabah Gazetesi Yayını, İstanbul 1992

ODMAN, M. Tefvik: "Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Kullanılma Sorunu," AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt. III, Sayı. 4, (Kasım 1995)

ODMAN, M. Tefvik: "Askeri Yargıtay'ın Hukuka Aykırı Deliller Konusunda Verdiği Kararlar, Askeri Adalet Dergisi, Yıl. 24, Sayı. 95, (Ocak 1996)

OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer: Eşya Hukuku, İstanbul 1978

ÖHLER, Dietrich: "Postanın Gizliliği," İÜMHED, Yeni Seri, Yıl. 5, NO. 7 den Ayrı Bası, (1971) (çev. Servet Armağan)

ÖNDER, Ayhan: "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Arama," İHFM, Cilt. XXIX, Sayı. 3, 1963

ÖNDER, Ayhan: "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı," İHFM Sayı. 4, (1964)

ÖNDER, Ayhan/CİHAN, Erol: Özet Ceza Muhakemesi Hukukuna 1992 Değişiklikleri İle İlgili Ek, İstanbul 1993

ÖZBEK, Veli Özer: Yeni Ceza Muhakemesi Kanunun Anlamı, Seçkin Yayınevi, 2005 Ankara

ÖZBEK, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 9.Baskı, Ankara, 2006

ÖZEK, Çetin: Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, İstanbul, 1972

ÖZEK, Çetin: Adliye Karşı İşlenen Suçların Hukuksal Konusu, İÜHFM, Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, C.LV, S.3, İstanbul, 1997

ÖZEK, Çetin: Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, 3-25 Şubat 1995, İstanbul 1996

ÖZEK, Çetin: "Organize Suç" Prof Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998

ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu. İstanbul, 1982

ÖZEK, Çetin: Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu, İÜHFM (Prof. Dr. Türkan RADO'ya Armağan Sayısı), y: 1997, C: LV, sy: 3, İstanbul 1997

ÖZGENÇ, İzzet: İnsan Haklarının Felsefi Temeli, İnsan Hakları, İstanbul, 1985

ÖZGEN, Eralp: "İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması," TBBD, 1998

ÖZGEN, Eralp: "Askeri Yargıtayın Delil ve Savunma Hakkı Konularına Bakışı," Askeri Adalet Dergisi, Yıl. 22, (Mayıs 1994)

ÖZMEN, İsmail/AKTALAY, Uygur: Son Değişiklerle Gerekçeli Açıklamalı, İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ankara 1993

ÖZMEN, Münci: Adil Yargılama İlkelerinden Olan Suçlanan Kişiye Suçlama Hakkında Kendi Dilinde Bilgi Verilmesi ve Mahkemenin Dilini Anlamayan Saniğe Ücretsiz Tercüman Sağlanması, İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması: Hukuksal Kollokyum, Ankara 13-14 Eylül 1990, Ankara 1992

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖZBEK, Veli Özer: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1999

ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖZBEK, Veli Özer: Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Basım Yayım, Ankara 2006

ÖZTÜRK, Bahri /TEZCAN, Durmuş /ERDEM, Mustafa /SIRMA, Özge/SAYGILAR Yasemin/ALAN Esra: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Basım Yayım, Ankara 2010.

ÖZTÜRK, Bahri: Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti. (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991

ÖZTÜRK, Bahri: Hazırlık Soruşturması, Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989

ÖZTÜRK, Bahri: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası Ankara 1995

ÖZTÜRK, Bahri: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası Ankara

ÖZTÜRK, Bahri: Delil Yasakları, Ankara, 1995

ÖZTÜRK, Bahri: "CMUK Reformu ve Delil Yasakları", SÜHFD. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt. 4, Sayı. 1-2, 1994

ÖZTÜRK, Bahri: "Özel Hayatın Gizliliği ve Arama," Manisa Barosu Dergisi, Yıl:11, Sayı. 4, 1992

ÖZTÜRK, Bahri: "CMUK Reformu ve Delil Yasakları", İzmir Barosu Dergisi, (Nisan 1993)

ÖZTÜRK, Bahri: CMUK Reformu, Dizi Yazı, Cumhuriyet, 7-10 Ekim 1992

ÖZTÜRK, Bahri: 'CMUK Reformu ve Uygulama', Yargı Reformu, Temmuz-Ağustos 1996

ÖZTÜRK, Bahri: Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanı ve Özel Hayata Karşı Suçlar, Manisa Barosu Dergisi, Y.6, S. 22

ÖZTÜRK, Bahri: 'Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri' Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000

ÖZTÜRK, Bahri: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2010

ÖZTÜRK, Nejat: Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Cilt. I, 2. Bası, İstanbul 1970

ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi

ÖZÜN, Mustafa Nihat: Osmanlıca-Türkçe sözlük, İstanbul 1979

REID, Karen: Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, Scala Yayıncılık, İstanbul, 2000 (Çev. Bahar Öcal DÜZGÖREN)

ROXİN: BGHSt 14, 358; 1987, 148.

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

PEUKERT, Wolfgang: Delillerin İkamesi ve Değerlendirilmesinin İHAS 6. Maddesine Göre Değerlendirilmesi (kısaltma: Delillerin İkamesi...,) in: Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi, İstanbul 1999SABATİNİ, Giuseppe. (Çev. Öztekin Tosun). "Poligraf ve Vicdan Hürriyeti", İHFM, Cilt: XXVIII, Sayı. 2, 1962 (Çeviren: Feridun Yenisey)

SAĞLAM, Fazıl: "Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı," AÜSBFD, Cilt. XXX sayı. 1-4, (1977)

SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982

SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu, Cilt. 1-2 Ankara 1995

SELÇUK, Sami: "Kanıtların Toplanması Yasallık Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti" YD, Sayı. 3, 1977

SELÇUK, Sami: "Çıplak Devletten Hukuk Devletine", Yeni Türkiye Dergisi, Türkiye Günlüğü. S.36 Ankara 1995

SENKERİ, Tarık: Ceza Hukuku Günleri (70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler-26/27 Mart 1997 İstanbul), İstanbul 1998, Üçüncü Oturum Tartışma Bölümü

SİTTİ, Sevil-ÖZKAN, Cafer. "3842 sayılı Yasa Gerçekten Bir Reform mu," İzmir Barosu Dergisi, Ocak 1993

SÜRÜCÜ, Mehmet. "Suç Soruşturmasında İnsan Onuru," İzmir Barosu Dergisi, Sayı. 3, Temmuz 1993

SOKULLU-AKINCI, Füsün: Polis, Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990

SOKULLU-AKINCI, Füsün: Polis, Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, (Doktora Tezi), İstanbul 1986

SOKULLU-AKINCI, Füsün: "Tebliğ", "Yasak Kanıtlar ve Nedenleri," Yargıtayın 127. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla Düzenlenen "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Kanıtlar" Sempozyumu, Ankara, 28.4.1995

SOKULLU-AKINCI, Füsün: "Kişinin Üzerinin Aranması ve İnsan Hakları" İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl. 9, Sayı, 1-3, 1988

SOKULLU-AKINCI, Füsün: Recent Attempts to Guarantee Human Rights in the Turkish Penal Procedure Law

SOYASLAN, Doğan: Hukuka Aykırı Deliller, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: VII Sayı: 3-4

SOYASLAN, Doğan: Hukuka Aykırı Deliller, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: VII Sayı: 3-4,

SCHROEDER, Friedrich Christian: Ceza Muhakemesinde "Fair Trial" ilkesi, Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi, İstanbul 1999, (Çeviren: Feridun Yenisey)

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

ŞAHİN, Cumhur: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994

ŞAHİN, Cumhur: 'Polis Tarafından Yapılan Sanık Sorgusunun Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi', SÜHFD, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı, Cilt. 4, Sayı. 1-2, (1994)

ŞAHİN, Cumhur: Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi), Yetkin Yayınları, Ankara 2001

ŞEN, Ersan: "Gizli Dinleme ve Görüntüleme Fiillerinin Türk Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme," İBD, Cilt. 68, Sayı. 7-8-9, 1993

ŞEN, Ersan: Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2008

ŞEN Ersan: Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996

ŞEN, Ersan: Türk Ceza Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Basım Yayım, İstanbul 1998

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

ŞEN, Ersan: "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. Maddesinin Değerlendirilmesi" 2009

ŞENTOP, Mustafa: 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukuna Etkisi', Argumentum, y: 7-8, sy: 53 Temmuz-Aralık 1997

ŞEKER, Murat: "İnsan Hakları ve Yalan Makinesi," İnsan Hakları Yıllığı, Cilt. 7-8, (1985-1986)

ŞEHNAZ, İbrahim: İletişim Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009

ŞEN, Ersan: İletişim Denetlenmesi Tedbiri, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 2, Sayı 4, Seçkin Yayınevi, Ağustos 2007

TANER, Tahir: Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955

THAMAN, Stephan: Landesbericht USA

TANDOĞAN, Haluk: 'Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması', AÜHFD, Cilt: XX Sayı: 14

TANRIVER, Süha: 'Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi' ,Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 65, 2006 Ankara

TAŞKIN, Mustafa: Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınevi, 2008 Ankara

TAŞKIN, Mehmet: Telekomünikasyon Yoluyla Gerçekleştirilen İletişim, Önleme(İstihbari) Amaçlı Olarak Denetlenmesinin Amaç, Kapsam ve Sınırları, Terazi Dergisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ocak 2009

Türk Ceza Kanunu Öntasarısı İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara, 1989

TURAN, Hüseyin: 'Adil Yargılanma Hakkı', Yargıtay Dergisi, C: 27, sy: 4, Ekim-2001

TOLGA, Emin: Ceza Muhakemesi Usulü, 2. Bası, İstanbul, 1972

TOSUN, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt. I, 4. Bası İstanbul 1984

TOSUN, Öztekin: Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İsbat Kuvveti, İstanbul 1976

TOSUN, Öztekin: "Narko-Analiz ve Ceza Hukuku," İHFM, Cilt. XXXIX, Sayı. 1-2, 1963

TOSUN, Öztekin: "Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme," İHFM, Cilt. XLI, Sayı. 3-4, 1976

TOSUN, Öztekin: (Çev.) 8. Nisan 1974 Tarihli ve 98 Sayılı "Özel Yaşantının ve Haberleşme Serbestliğinin ve Gizliliğinin Korunması" Hakkındaki İtalyan Kanunu, MHAD, Yeni Seri, Yıl. 10, Sayı. 13, (1976)

TOSUN, Öztekin / GÜRELLİ, Nevzat: "Heyecan Göstergesi İle Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku," İHFM, Cilt. XXX, Sayı. 3-4, (1964)

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Günleri '70. Yılında Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler' 26/27 Mart 1997 İstanbul

TOROSLU, Nevzat: 'Hukuka Aykırı Deliller Sorunu', Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara 1995

TÜSİAD: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

TÜMERKAN, Somay: "Anayasa Mahkemesinin 'Hakaret Davalarında İspat Hakkı'na İlişkin Bir Kararı Üzerine," Yargı Aylık Dergisi, Sayı. 23, (1978)

UYGUN, Mehmet/SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: (Derleyenler) Ceza Genel Kurulu Kararları (1988-1989-1990-1991) Ankara 1991

TÜRKMEN, Ali: İslam İletişim Hukuku, Samsun, 1996

TÜRK HUKUK LÜGATİ; Türk Hukuk Kurumu Tarafından Hazırlanmıştır, Ankara 1991

VELİ/ÖZER/ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 2005

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Kışkırtıcı Ajan Sorunu, Cumhuriyet, 7. Nisan 1973

ÜNVER, Yener: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ceza Hukuku Günleri, 70.yılda Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Beta Yayınları, 26-27 Mart, İstanbul 1997

ÜNVER, Yener: 'İsbata İlişkin Bir İBK İncelemesi' İÜFHM C. 55 1994 -1995

ÜNVER, Yener: Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1 Sayı 2 ,Seçkin Yayınevi, İstanbul 2006

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, üçüncü baskı, Adalet Basım Ankara 2010

UMAR, Bilge/YILMAZ, Ejder: İsbat Yüğü, 2. Bası, İstanbul 1980

YAZIR, M. Hamdi: Hak Dini Kur'an Dili, Cilt. 6, İstanbul 1935

YENİSEY, Feridun: 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil', Ceza Hukuku Dergisi, sayı 4, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007

YENİSEY, Feridun: CMUK Eki, 3842 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Zabıta İlgilendiren Maddeler, İstanbul 1993

YENİSEY, Feridun: "Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller" Yayınlandığı Yer; SAVAŞ, Vural-MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu, Cilt. 1-2, Ankara 1995

YENİSEY, Feridun: "Tebliğ" Yasak Kanıtlar ve Sonuçları" Yargıtayın 127. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Kanıtlar Sempozyumu, 28.4.1995 Ankara

YENİSEY, Feridun: "Hukuka Aykırı Deliller," Polis Dergisi, Sayı 3, 1995

YENİSEY, Feridun: İnsan Hakları Açısından Arama Elkoyma Yakalama ve İfade Alma, Ankara 1995

YENİSEY, Feridun: "Tebliğ", "Yargıtay ve Askeri Yargıtay Kararları İle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller" Semineri İstanbul Barosu Başkanlığı ve Marmara Üniversitesi Rektörlüğü, İstanbul 3-24 Şubat 1995. İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1996

YENİSEY, Feridun: Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987

YENİSEY, Feridun: Hazırlık Soruşturması ve Polis, 3. Bası, İstanbul 1993

YENİSEY, Feridun: "Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması", Anayasa Mahkemesinin 33. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma Sunulan Bildiri, Anayasa Yargısı (12), Ankara 1995

YENİSEY, Feridun: Duruşma ve Kanun Yolları, 2. Baskı İstanbul, 1990

YENİSEY, Feridun: Strafgesetzbuch Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınları, İstanbul 2009

YILDIRIM, Mehmet Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990

YILDIZ, Ali Kemal: 'Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi', Doktora Tezi, İstanbul 2002

YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1984

YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1994

YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2007

YURTCAN, Erdener: CMUK Ceza Yargılaması Hukuku 1992 Değişiklikleri, İstanbul 1993

YURTCAN, Erdener: 'Hukuka Aykırı Deliller', Sempozyum, İstanbul Barosu Başkanlığı ve Marmara Üniversitesi Rektörlüğü, İstanbul 1995, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1996

YÜCE, Turhan Tufan: "Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri," TBB, Sayı. 1, 1988

YÜCE, Turhan Tufan: "Ceza Yargılaması Hukukunda Meslek Adamının Tanıklıktan Çekinme Hakkı," YD, Sayı. 1-2, 1980

YÜCE, Turhan Tufan: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları", Erzurum, 1968

ZEVKLİLER, Aydın: Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku, Ankara 1992

ZEVKLİLER, Aydın: Medeni Hukuk, Ankara, 1992

ZEVKLİLER, Aydın: Kişiler Hukuku- Gerçek Kişiler Hukuku, Ankara 1981

ASLAN, Zehredin, Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları,

http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/36/wep/idarehukuku/prof_dr_zehreddin_aslan.htm

BIÇAK, Vahit: "İnsan Hakları İhlallerinde Yönelimler: Baskıdan Hileye", <http://www.bilkent.edu.tr/vahit/ar6.htmw>

ÇOKSEZEN, Atakan: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Tedbiri Olarak İletişimin Dinlenmesi, İstanbul 2006

http://www.turkhukuksitesi.com/makale_229.htm

DOĞAN, Yusuf Hakkı: Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/145.doc>

ERDEM, Mustafa Ruhan: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/115.doc>

HAKERİ, Hakan: Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda İletişim Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması
<http://portal.hakanhakeri.com>

KEKLİK, Ramazan: Ceza Yargılanmasında iletişimin Denetlenmesi ,
www.yayin.adalet.gov.tr/25_sayi,

UĞUR, Hüsamettin: Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/makale-1.doc>.

SELÇUK, Selçuk: Kanıtların Toplanmasında Yasallık, s: 51
<http://hukuk.gsu.edu.tr/hukukkutuphane/cezausulhukuku>

SEVER, Hanifi: Bant Kayıtları Açısından Özel Hayatın Gizliliği – Haberleşme Hürriyeti ve Hukuka Aykırı Deliller
<http://www.caginpolicisi.com.tr/67/42-43-44-45-46-47.htm> 8.6.2008

TÜRMEN, Rıza: " Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri"
<http://www.anayasa.gov.tr/anayargi/turmen.pdf>

YENİSEY, Feridun/ALTUNÇ, Sinan: İletişimin Denetlenmesi Hakkında
<http://hakanevcin.blogspot.com/2007/07/iletimin-denetlenmesi-hakkinda-prof-dr-html>

YERDELEN, Erdal: 5237 Sayılı TCK'da Güvenlik Tedbirleri:
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>

ZABUNOĞLU, Yahya:
http://www.izmirbarosu.org.tr/yargi_reformu_2000/yahya_zabunoğlu.htm

<http://www.answers.com/topic/criminal-procedure>

http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/ukpga_20050015_en_1

<http://www.anayasa.gov.tr/anayargi/turmen.pdf>.

<http://www.nyulawglobal.org/globalex/switzerland.htm>

<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>

http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/en/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_strafprozess.html