Av. Meltem DENİZ*

HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN CEZA YARGILAMASINA ETKİSİ

THE EFFECT OG UNLAWFUL EVİDENCE ON CRIMINAL PROCEEDINGS

ÖZET

Her zaman gündemde olan ve uygulama neticesinde de gündemde olamaya devam edecek olan hukuka aykırı deliller, ceza muhakemesi hukukunu da yakından ilgilendirmektedir. Hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasındaki önemi adil yargılanma ve özel hayatın gizliliği gibi pek çok temel hakkı da yakından ilgilendirmektedir. Bu denli önemli bir konuma sahip olan hukuka aykırı delillerin gerek Türk yargısı ve AİHM içtihatları gerekse doktrindeki yeri bu çalışma kapsamında değerlendirilmiş ve mevcut hukuk sistemimiz açısından sonuçları değerlendirilerek ceza yargılamasında hukuka aykırı delillerin, ne amaca hizmet ederse etsin, muhakemede değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ve dava dosyası dışında tutulması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Delil, hukuka aykırı delil, delil yasakları, delillerin değerlendirilmesi, hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisi, karşılaştırmalı hukuk, AİHM, hukuk devleti.

ABSTRACT

Unlawful evidence, which is always on the agenda and will continue to be on the agenda as a result of the implementation, is also closely related to the criminal procedure law. The importance of unlawful evidence in criminal proceedings is closely related to many fundamental rights such as fair trial and privacy. The place of unlawful evidence, which has such an important position, both in the Turkish judiciary and ECtHR case-law and in the doctrine has been evaluated within the scope of this study, and its consequences in terms of our current legal system have been evaluated and it is not possible to evaluate the unlawful evidence in criminal proceedings, regardless of its purpose, outside the case file. concluded that it should be retained.

Keywords: Evidence, illegal evidence, prohibitions of evidence, evaluation of evidence, the effect of illegal evidence, comparative law, ECHR, rule of law.

Araştırma Makalesi

Makale Geliş Tarihi: 01.10.2022 **Kabul Tarihi:** 23.01.2023

İzmir Barosu

I. GİRİŞ

Ceza yargılamasında amaç maddi gerçekliğe ulaşmaktır.[1] Ceza Muhakemesi Hukuku'nda maddi gerçeğe, delil serbestliği ve delillerin değerlendirilmesi serbestliği yani vicdani delil sistemi çerçevesinde ulaşılmaya çalışılmaktadır. Ancak bu amaca ulaşmak için kullanılan yönetimlerin hukuka uygun olması gerekmektedir. Hukuka aykırılık sonucu ele geçirilen veya elde edilen hukuka aykırı delillerin kullanılmasıyla suçlu açığa çıkarılıp maddi gerçeğe ulaşılsa da, bu şekilde hareket edildiğinde kişilerin hak kaybına uğraması söz konusu olacaktır. Bu nokta da elde edilen delillerin adil yargılanma ve özel hayatın gizliliği gibi temel hakları ihlal edecek düzeyde olmaması gerekmektedir.[2] Ceza muhakemesinde suçlunun cezalandırılması kadar masum kişilerin korunması da önemli bir husustur. Dolayısıyla her ne pahasına olursa olsun kişilerin cezalandırılması değil bu ceza sisteminin hukuka uygun olarak işletilmesi esas unsur olmalıdır.[3] Ceza muhakemesi ile sanığın ve şüphelinin hakları belirlenerek, yargılama yapacak olan makamlarının görev ve yetkilerinin kapsamı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile kişilerin haklarına halel getirilmemesi sağlanmaktadır. Adil yargılanma için usulüne uygun olarak muhakeme yapılmalı ve hukuki güvenirlik sağlanmalıdır. İşte bu adil kararın çıkması için ceza muhakemesi hukuku vardır. Diğer bir anlatımla ceza muhakemesinin amacı usule uyularak, adil bir şekilde hareket edilerek, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, adaletin gerçekleşmesidir.

Delillerin hukuka aykırılığı konusu ceza yargılamasını yakından ilgilendirmektedir. Bu noktada çalışmada öncelikle ceza muhakemesinde "delil" ve "hukuka aykırı delil" kavramlarının ana hatlarına yer verildikten sonra delil yasaklarının nasıl değerlendirildiği ve hukukumuzda na-

[1] Dülger, Murat Volkan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)*, Ankara 2014, s. 38; Akyürek, Güçlü, "*Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 101, 2012, s. 61;

[2] Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,* 12.Baskı, Ankara 2008, s. 66; Doğan, Gedik, "*Ceza Muhakemesinde Hâkimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)*", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 924.

[3] Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* 14.Baskı, Ankara 2021, s. 39-40.

sıl ele alındığına kısaca değinilmektedir. Makalede konuyla ilgili teorik yaklaşımlar ile karşılaştırmalı hukukta ve Türk Hukuku'nda ileri sürülen çeşitli bilimsel görüşlere, ayrıca uygulamada Yargıtay'ın hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini konu edinen başlıca içtihatları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi'nin meseleye bakış açısına, makale boyutunu aşmayacak ölçüde yer verilmektedir.

II. CEZA MUHAKEMESİNDE DELİLLER

1) Delil Kavramı

Delil; bir şeyin varlığını, aslını, ne olduğunu ispatlamaya yarayan, yol gösteren, ipucu, iz, işaret, nişan veya alamet anlamına gelen Arapça bir kelimedir.[4]

Delil kavramı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkla tanımlanmamıştır. Delil ile ilgili doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmaktadır. ŞEN, " (...) Ceza normlarında soyut tanımlamaları bulunan suçlardaki tipe uygun hareketlerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleşmişse bu fiilin kim tarafından işlendiğini tespite ve ortaya koymaya yönelik her türlü iz, eser, belge ve kayıtlar"[5], KANTAR "Bir kimsede bir hadisenin doğru olduğu ya da olmadığı hususunda kanaat husulüne "ispat" denildiği gibi ispat zımnında müracaat edilen şahsı veya şey"[6], ÜNVER/HAKERİ ise, "Yargılama konusu olayın açıklığa kavuşturulması, başka anlatımla, maddi gerçeğin bulunabilmesi için ispat amacıyla kullanılan araçlara delil denilir"[7] şeklinde tanımlamalar yapmıştır. Doktrindeki tanımlamalardan da açıkça ortaya çıktığı üzere delil somut olguyu soyut hale getirmeye yarayan, yargı mercilerinin ceza muhakemesinin evrelerinde muhakemeye konu olayla ilgili sonuca ula-

[4] Gökçen, Ahmet / Çakır, Kerim, "*Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi Ve Delil Yasakları*", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s.2912'den nakden.

[5] Şen, Ersan, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir,* 2. Baskı, Ankara 2008, s.19.

[6] Kantar, Baha, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, I. Kitap, 4. Bası, Ankara 1957, s. 259

[7] Ünver, Yener / Hakeri, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. baskı, Ankara 2010, s. 12.

şarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik kullanılan insan veya eşyadan elde edilebilen her türlü ispat aracıdır.

2) Delillerin Özellikleri

Ceza muhakemesinde her şey delil olabilmekle birlikte, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında başvurulacak delillerin belli özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bu özelliklere sahip olmayan bir şey delil olarak nitelendirilemeyecektir. Keza hukuka uygun yollardan elde edilmemiş bir şey de değerlendirme yasağı kapsamında kalacak olup delil olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Doktrinde delilin özellikleri ile ilgili pek çok belirleme yapılsa da çalışmamız kapsamında KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU'nun görüşü esas alınıştır.[8] Yazarlara göre deliller gerçekçi, akılcı, olayı temsil edici, ispat bakımından önemli, hukuka uygun ve müşterek olmalıdır.

CMK'nın 206/2-b maddesi gereğince de, delil ile ispat edilmek istenilen şeyin olayı doğrudan aydınlatıcı yönü yoksa ve olay başka delilerle aydınlatılmışsa ortaya konulan delil reddolunacaktır.[9]

a) Delillerin Hukuka Uygun Olması

Delillerin en önemli özelliklerinden biri de delilin hukuka aykırı olmaması gereğidir. Zira yukarıda sayılan özelliklerin hepsine sahip bir delilin, ceza muhakemesi bakımından bir kıymete sahip olabilmesi için hukuka uygun olarak elde edilmiş olması zorunludur. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması gayesi mutlak olarak görülmemelidir. Bu itibarla bir olayın ispatı işinde kullanılan delil vasıtalarının

8 Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Basım, İstanbul 2010, s. 1328-1333.

9 Y.16. CD., E. 2015/3, K. 2017/3, T. 24.4.2017 "*Savunma tanıklarının dava açan belge niteliğindeki son soruşturmanın açılması kararındaki anlatıma göre, sanıkların Fetö/PDY Silahlı Terör Örgütü ile irtibatlarını sağladığı ileri sürülen kişi ya da olaylarla ilgili olduğu görülmüştür. Suç oluşturan eylemlerle ilgili doğrudan görgüleri olduğu da ileri sürülmüş değildir. Heyetimiz toplanan diğer delilleri mahkumiyet hükmü kurulan suçların sübutu için yeterli gördüğünden ve savunma tanıklarının beyanları ile isbat edilecek, karara etkili olay ya da olgu bulunmadığından 5271 Sayılı CMK'nın 206/2-b maddesi gereğince savunma tanıklarının dinlenme talepleri reddedilmiştir.*" (Kazancı, E. T. 1.08.2022)

hukuk düzenince kabul edilen vasıtalardan 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 kapsamda maddi gerçek her ne pahasına olursa olsun ulaşılması gereken mutlak bir değer değildir ve bazı değerler maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gayesinden üstün tutulmuştur. Dolayısıyla maddi gerçeğin, insan hakları ve insanlık onuru gibi temel değerleri koruyarak ve hukuka uygun yollardan ortaya çıkarılması gerekir. Bu doğrultuda hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde delil olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. İnsan haklarını koruyan, adaleti ve güvenliği sağlayan ve hukuk kurallarına bağlı olan bir hukuk devletinde hukuka aykırı delillere yer olmamalıdır.

Anayasa'nın 38/6. maddesinde yer alan kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceği; CMK 206/2-a maddesinde yer alan kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin ortaya konulamayacağı; CMK 217/2. maddesinde yer alan yüklenen suçun, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edileceği; CMK 148/3. Maddesi'ne göre yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemeyeceği; CMK 148/4 maddesinde müdafi hazır edilmeksizin kolluk tarafından alınan ifadenin hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadığı müddetçe hükme esas alınamayacağı düzenlemeleri gereğince delillerin hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerekmektedir. Bu kapsamda vicdani delil sisteminin sınırını oluşturan hukuka aykırı deliller, ceza muhakemesinde hiçbir aşamada kullanılamayacak, dolayısıyla vicdani kanaate ve hükme de esas alınamayacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu konuya ileride detaylı olarak değinilecektir.

III. HUKUKA AYKIRI DELİLLER

1- Genel Olarak Tanımı

Delillerin hangi durumlarda hukuka aykırı olarak nitelendirilebileceğinin sınırlarını belirleyebilmek amacıyla hukuka aykırılıktan neyin kastedildiğinin açıklanması gerekmektedir. Doktrindeki baskın görüşe göre, hukuka aykırı delil ifadesindeki hukuka aykırılık sadece ceza hukuku normlarına değil her türlü hukuk normuna aykırılığı ifade etmektedir. Bu kapsamda Ceza Muhakemesi Kanunu veya Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş olmakla birlikte Anayasa, TBMM tarafından onaylanan uluslararası sözleşmeler, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Türk Medeni Kanunu vb. herhangi bir hukuki düzenlemeye aykırı olarak temin edilen delil, hukuka aykırı delil niteliğinde olacaktır. Bu kapsamda tüzük ve yönetmeliklere aykırılıkların da hukuka aykırı delil niteliğini kazandıracağı ifade edilmektedir.[10]

Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun belirttiği gibi hukuka aykırılık, pozitif hukuk metinleri ile sınırlı olmayıp, evrensel uygulamaya kavuşmuş hukuk ilkelerini de içermektedir. *" 'Yasadışılıktan' daha geniş bir içeriğe sahip olan 'hukuka aykırılık' kavramının çerçevesi ve kapsamı saptanırken, gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığı gözetilmeli ve aykırılığın varlığı halinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir"*.[11]

Yine AYM kararında *"Ceza muhakemesinin amacı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ancak bu amacın gerçekleştirilmesi için yapılan araştırma faaliyetleri sınırsız değildir. Maddi gerçeğin hukuka uygun bir şekilde ortaya çıkarılması, ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesi için gereklidir. Bu bakımdan ceza yargılamasında hukuka uygun yöntemlerle delil elde edilmesi, hukuk devletinin temel ilkelerinden sayılmaktadır. Bu*

10 Dündar, Meltem, *İngiliz Ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2014, s. 14.

11 Y. CGK., E. 2005/7-144, K.2005/150, T. 29.11.2005 tarihli karar(Kazancı, E. T. 05.08.2022)

kapsamda Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında da kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır." ifade edilmiştir.[12] AYM de delil elde edilmesinin daha kapsayıcı olan hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

2- Hukuka Aykırı Delil Kavramının Amacı

Türk Ceza Muhakemesi Hukuku doktrininde ağırlıklı olarak dile getirilen görüşe göre, Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nde hukuka aykırı delil kavramının amacı temel hak ve hürriyetleri korumak; buna karşın Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi'nde kolluğu disiplin altına almaktır.

Bugün hukuka aykırı delil teorisinin amacının, anayasa ve uluslararası sözleşmelerde garanti altına alınmış bulunan insan hakları ile temel hak ve hürriyetlerin korunması olduğu yolunda geniş bir mutabakat sağlanmıştır.[13] Her ne kadar temel hak ve özgürlüklerin korunması ve onlara saygı gösterilmesi hukuk devletinin temel öğelerinden olsa da hukuka aykırı delillerin kullanılmamasının amacı bunun da ötesinde görülebilir. Bir hukuk devletinde mahkemelerin tek amacı temel hak ve özgürlerin ihlal edilip edilmediğini belirlemek değildir, hukuk devletinin bir parçası olarak hukuku uygulamakla görevli olan bağımsız ve tarafsız mahkemelerin yaptıkları her işlem ve verdikleri her kararda hukuku amaçlamak, hukuku uygulamak zorunda olduğunu kabul etmek gerekir.[14] Esas amacın hukuku uygulamak, hukuk düzenini ve hukukun üstünlüğünü korumak olduğu aşikardır. Bu kapsamda hukuka aykırı deliller hüküm verilirken değerlendirme dışı bırakılmalı, hukuka aykırı delil teorisinin altında yatan fikir de bu olmalıdır.

Ceza muhakemesinin hukuk devletinin sınırları içerisinde ve hukuka uygun bir şekilde yürütülmemesi neticesinde toplumda pek çok

12 AYM, Baş. No.2017/4704 T.1.2.2018; https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, E.T.05.08.2022

13 Yılmaz, Yeşim, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin İspat Değeri*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 71..

14 Akyürek, s. 73-75.

kişi devletin gücü karşısında cezalandırma gayesiyle devletin aşırı muamelesine maruz kalacaktır. Bununla birlikte, ceza muhakemesinin ve özellikle soruşturma aşamasının, kamu gücünün en etkili kullanıldığı alanlardan biri olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu kapsamda hukuka aykırı delilin kullanılmaması, aynı zamanda kolluğun hukuka aykırı delil toplama gayretinden uzak durmasını ve kanundaki kurallara da uymasını sağlayacaktır. Dolayısıyla, hukuka aykırı delillerin kullanılmaması aynı zamanda kolluk üzerinde dolaylı olarak çekince yaratmakla birlikte terbiye etkisi doğuracaktır. Bunun en iyi yolu ise disiplin cezası, cezai yaptırım ve tazminattır. Ancak Kıta Avrupası sisteminde, Anglo-Sakson sisteminin tam tersine, kolluğun üzerindeki bu etki hukuka aykırı delillerin amacı olmayıp, sadece arzu edilen bir yan etki olarak ortaya çıkmaktadır.[15]

Suçluların serbest kalmasının topluma zarar vereceği gerçeği kabul edilse de hukuka aykırı bir delili kullanarak hüküm vermek daha sonraki hukuka aykırılıklara basamak oluşturur. Sanığın ve kamunun menfaatinin sağlanması açısından hukuka aykırı deliller kullanılmamalıdır. Hukuka aykırı delillerin kullanılması insan haklarına ve hukukun ihlal edilmesine neden olduğundan bu delillerin kullanılmaması insan hakları ve hukukun ihlalini engeller.[16]

3- Hukuka Aykırı Delillerin Tarihsel Gelişimi

1412 sayılı CMUK, 1992 tarih ve 3842 sayılı kanunla değiştirilmeden önce mevzuat, hukuka aykırı delillere ilişkin sınırlı sayılı düzenleme barındırmakta idi. İkamesi kanun hükümlerince mucip olmayan delilin reddine ilişkin 1412 sayılı CMUK m.238/2(a), Anayasa m.38/5'de düzenlenen hiç kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve delil göstermeye zorlanamayacağına ilişkin düzenleme, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler bu kapsamda belirtilebilecek düzenlemelerdir. 1992 yılından çok önceki tarihlerde yürürlüğe girmiş olan, temel hak ve özgürlüklerin ihlali sure-

15 Centel, Nur / Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, İstanbul 2012, s. 677.

16 Yılmaz, 72.

tiyle elde edilen delillerin reddi yönünde ihtiyaç duyulan argümanı verme gücünü haiz çok sayıda uluslararası sözleşme ise uygulamada kendisine yer edinememiştir.

Hukuka aykırı delillerin yargılamadaki konumunun açıklığa kavuşturulması ve mutlak ret prensibinin kanuni olarak benimsenmesi, 1992 yılında CMUK'a 254. maddenin 2. fıkrası olarak yapılan ekleme ile gerçekleşmiştir. Bu düzenleme mutlak ret prensibini pekiştiren ve 2001 yılında yapılan değişiklikle yürürlüğe giren Anayasa m.38/6 ile desteklenmiştir. 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK, hukuka aykırı delilin yargılamaya kabulünü mutlak surette yasaklayan anlayışı devam ettirmiştir. 5271 sayılı CMK'nın gizli soruşturmacı, teknik araçlarla izleme, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması gibi, 1412 sayılı CMUK kapsamında yer almayan ancak uygulamada başvurulan delil elde etme yöntemlerine ilişkin getirdiği düzenlemeler, hukuka aykırı delil uygulamasının netlik kazanmasına yardımcı olmuş; mevzuatın getirdiği mutlak yasak ışığında, belirlenmesi bir zaruret olan hukuka uygunluk sınırlarının belirlenmesini sağlamıştır. Buna karşılık, uygulamada yerleşmiş olan "delilin, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsa da kabul edileceği" yönündeki anlayışın, getirilen yeni düzenlemelere karşın varlığını korumayı sürdürdüğü gözlemlenmektedir.

4- Delili Hukuka Aykırı Hale Getiren Bazı Durumlar

Anayasa ve CMK'da belirtildiği üzere hükmün hukuka uygun olabilmesi için ispat faaliyetinde kullanılan delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş olması gerekmektedir. Yani bir delil hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğinde bu delil ispat faaliyetinde kullanılamayacak ve kullanıldığı takdirde CMK'nın ilgili maddeleri gereğince bozma sebebi yapılacaktır. İspat faaliyeti amacıyla deliller toplanırken çeşitli şekillerde hukuka aykırılıklar oluşabilir. Aydınlatma yükümlülüğü ihlal edilerek, kanunda aranan şartlara uygun olarak arama faaliyeti yapılmayarak, müdafi huzurunda alınması zorunlu olan bir ifadenin müdafi yokluğunda alınarak ve benzer şekillerle işlem tesis edilerek elde edilen deliller hukuka aykırı yöntemler ile elde edilen delillerdendir. Hakları

hatırlatılmadan alınan beyanlarda, yasak usullerle alınan ifadeler ve sorgularda usule uyulmayarak elde edilen deliller hukuka aykırı delil vasfında olacaktır.

a) Aydınlatma Yükümlülüğüne Aykırı Davranış

Hak sahiplerine sahip oldukları haklar hatırlatılmadan ilgili işlemlerin yapılması durumunda delil yasakları meydana gelir ve elde edilen deliller hukuka aykırı hale gelerek hükme esas alınamaz. "İfade ve Sorguda Yasak Usuller" başlığında değineceğimiz CMK'nın 148. maddesinde " (...) delil olarak değerlendirilemez (...)" ifadesi açık bir şekilde bulunmasına rağmen 147. maddede bu şekilde bir ifade bulunmamaktadır. Ancak genel delil değerlendirme yasağı düzenlemesi olan CMK'nın 217. maddesinin 2. fıkrası gereğince hak sahiplerine hakları bildirilmeden yapılan işlem sonucunda elde edilen delil, aydınlatma yükümlülüğüne aykırı olduğundan hükme esas alınamaz.[17]

Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ilk olarak şüpheli veya sanığa kendisine yüklenen suç anlatılır. Hangi suçlama ile karşı karşıya olduğunun yetkili merciler tarafından kişiye bildirilmesi, anlatılması gerekmektedir. İkinci olarak müdafi seçme hakkının olduğu, ekonomik vb. anlamda müdafi seçecek durumda olmadığı takdirde kendisine baro tarafından müdafi görevlendirileceği bildirilir. CMK'da belirlenen bazı durumlarda zorunlu müdafilik mevcuttur. Zorunlu müdafiliğin mevcut olduğu durumlarda şüpheli veya sanığın müdafi yardımından yararlanmak isteyip istemediğinin sorulmasından ziyade dosyaya doğrudan müdafi görevlendirilmesi şarttır. Adil yargılanma hakkı kapsamında önemli bir hak olan susma hakkı da aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kişinin bilgilendirilmesi gereken durumlardandır. Kişi kendisini suçlayıcı ve suçla ilgili olarak herhangi bir açıklama yapmak zorunda olmadığı konusunda bilgilendirilmelidir. Kişiye lehine delil toplanmasını isteyebileceği gibi lehine olan hususları da belirtebileceği bildirilir.

17 Özbek / Doğan / Bacaksız, 670 vd.

CMK'nın 147. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde düzenlenen susma hakkı şüpheli ve sanığın hür iradesine dayalı olarak ifadesinin alınması ve kendini suçlamaya zorlanamama ilkesi gereği büyük öneme haizdir. Şüpheli hiçbir şekilde kendini suçlamaya zorlanamaz. Susma hakkına sahip olduğu aydınlatılma yükümlülüğü kapsamında kendisine hatırlatılmalıdır. Şüpheli ve sanık her halükarda konuşturulmaya çalıştırılmamalıdır. Devletin ifade alma hakkına değil şüpheli ve sanığın susma hakkına sahip olduğu gerçeği dolayısıyla şüphelinin veya sanığın zorla konuşturulmaya çalışılması hukuka aykırıdır ve olması gereken tam tersidir. Şüpheli ve sanığın susma hakkından döndürmeye yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü baskı, zorlama gibi iradeyi etkileyen hareketler hukuka aykırıdır. Bu tür davranışlarda bulunmak daha önce yapılmış olan haklara ilişkin aydınlatmayı kısmen geri almak ve bu hakların önemini azaltmak anlamına gelecektir.

Aydınlatma yükümlülüğüne uyulmayarak beyanın alınması hukuk aykırılık oluştursa da daha sonra bu hukuka aykırılığın giderilmesi mümkün olabilmektedir. Örneğin kişinin ifadesi alınırken susma hakkı hatırlatılmamış, ifadesi alınmışsa ifade, hukuk aykırı delil statüsündedir. Ancak daha sonra alınan ifadelerde ve önceki, yani susma hakkı hatırlatılmadan alınan ifadesinin değerlendirme dışında olacağı kişiye bildirilirse sonradan alınan ifadelerde -haklar hatırlatılmış, hukuka aykırılık bulunmuyorsa- hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır.[18]

Uygulamada ise aydınlatma yükümlülüğünün ihlali suretiyle elde edilen ikrar veya ifadenin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi ve yargılamada kullandırılmaması ile yetinilmediği; bu ihlalin mutlak bozma sebebi olarak kullanıldığı görülmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün ihlaline rağmen şüpheli veya sanığın konuşmadığı, yani hükmün bu ihlalle lekelenmiş ifade veya ikrara istinat etmediği durumlarda dahi, bu ihlal bozma sebebi olarak kullanılmaktadır. Şüpheli veya sanığın hakları bildirilmeden -bildirilmişse dahi tutanağa geçirilmeden- sorgulanma-

18 Haydar, Nuran, *Susma Hakkı,* Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 166.

sı, mahkûmiyet hükümlerinin bozulmasına sebep olmaktadır.[19] Hatta, YCGK 1995 yılında verdiği bir kararda, beraat hükmüne rağmen sanığa yargılamanın hiçbir aşamasında haklarının bildirilmemiş olmasını emredici usul kurallarının uygulanmadığı gerekçesiyle usuli bozma nedeni olarak kabul etmiştir.[20]

Yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarından da görüleceği üzere uygulama aydınlatma yükümlülüğüne riayetsizliğin, hüküm üzerinde etki doğurup doğurmadığına bakılmaksızın bozma sebebi olarak değerlendirilmesi yönündedir. Yargıtay, aydınlatma yükümlülüğünün ihlalini, emredici usul kuralına aykırılık olarak değerlendirmektedir.

b) İrade Serbestliğinin İhlali

Hukuk düzenimizde, bir işlemin geçerli olabilmesi için, o işleme varlık kazandıran iradenin geçerli bir irade olması gerekmektedir. Geçen yüzyılda geçerli olan "Amaç aracı kutsal kılar" anlayışı günümüzde artık geçerli değildir ve artık çok tehlikeli bir suç failinin serbest kalma-

19 Y. 2. CD., E. 2020/3855, K. 2020/12533, T. 11.11.2020 "Suça sürüklenen çocuğun, savunmasının alındığı 13/03/2015 tarihli celsede savunmasını müdafi huzurunda yapacağını beyan etmesine karşın, baro tarafından bir müdafi görevlendirilmesi sağlanmadan ve bu hususta olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeden, yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle 5271 Sayılı CMK'nın 147/1-c maddesine aykırı davranılması,.... Bozmayı gerektirmiştir." ; Y.1. CD., E.2009/6897, K.2011/5118, T. 12.09.2011 "İddianame okunmadan, kendisine yüklenen suç anlatılmadan ve yasal hakları hatırlatılmadan, iddianamenin kabulü kararının okunması ile yetinilerek sorgusu yapılmak suretiyle 5271 sayılı CMK m.147 ve m.191/3(b), (c) maddelerine aykırı davranılması usule aykırı olup... sanık A. hakkında kurulan hükmün bu nedenle .... bozulmasına" şeklindeki kararlar (Kazancı, E. T. 06.08.2022)

20 YCGK E. 1995/6-238, K. 1995/305, T. 24.10.1995. "...kamu düzeni ile ilgili ve buyurucu hüküm olan CMUY.nın 135. maddesine uyulmadığının saptanmasına rağmen dosyanın esasının incelenmesi, diğer usuli hataların da göz ardı edilmesi ve dosyanın esasına girilmesi sonucunu doğuracaktır." İlgili karara göre: "(Ö)ncelikle, emredici usul kurallarının uygulanıp uygulanmadığı, usuli bir hata olup olmadığı incelenmeli, olmadığı takdirde dosyanın esasına girilmelidir. Usulü hükümlerin, emredici kurallarının bir tarafa bırakılarak önce işin esasının incelenmesi, sübut olmadığı takdirde hükmün onanması, sübutun varlığında ise bu usuli eksiklik nedeniyle hükmün bozulması, ikili uygulamaya ve yanlış anlamalara neden olacaktır. ... (Ö)nemli usuli eksikliğe rağmen esasa ilişkin bir inceleme yapılarak bozma kararı verilmesi durumunda sübutun varlığı kabul edilmiş olacağından; artık bundan sonra CMUY.nın 135. maddesi hükmünün uygulanmasının mantıki ve hukuki bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü, suçun oluştuğu Yargıtay'ca peşinen kabul edilmiş ve üst mahkemenin görüşü belli olmuştur. Ayrıca bu durum "oy'un açıklanması" niteliğinde olduğu gibi, böyle bir bozma sadece yasa hükmünü şeklen yerine getirmeye yönelik hiçbir yararı bulunmayan anlamsız bir bozma olacak ve maddenin amacı ile bağdaşmayacaktır.

sı olasılığında dahi, şüpheli veya sanığa cebir, tehdit, hile, işkence, kötü muamele ve benzeri muameleler yapılamaz. CMK, ifade ve sorguda, şüpheli ve sanığın özgür iradesini etkileyen yöntemlerin uygulanmasını yasaklamıştır. Savunma hakkının insan haysiyetinden kaynaklanan bir hak olması ve insan haysiyetinin de özgür irade olarak tanımlanması karşısında, özgür iradeye müdahale teşkil eden her davranış, aynı zamanda savunma hakkının ihlali olarak anlaşılmalıdır.[21]

Anayasamızın 17/3. maddesi uyarınca, *"Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz"*. İfade alma ve sorguda yasak usuller CMK'nın 148. maddesinde düzenlenmiştir. CMK m.148/1'e göre, şüpheli ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Sayılan davranışlar örnekleme yöntemi kullanılarak sayılmıştır, sınırlı sayma söz konusu değildir. Bu sayılan durumların ortak özellikleri bedensel ve zihinsel olarak iradeye müdahalede bulunularak irade bozukluğunun oluşmasına neden olmalarıdır. Şüpheli veya sanığın beyanı alınırken özgür iradesi herhangi bir şekilde zarar görürse maddenin ortaya koyduğu hür iradeye dayalı olarak beyan verilmesi gereği yerine getirilmemiş olur.[22] CMK'nın 148. maddesinde ifade edilen kötü davranma; işkence boyutuna varmayan, normal bir insana yapılması makul olmayan her türlü davranış kapsamında değerlendirilir. Uyutmama, saatlerce ayakta tutma gibi fiiller kötü davranma kapsamındadır. CMK m.148/2'ye göre ise kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. Kanuna aykırı vaat kavramı da illa maddi olanak sağlamak gibi somut bir yarar sağlama olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Örnek olarak 'şunu yaptığın takdirde seni serbest bırakacağız' gibi bir vaat de kanuna aykırı vaat kapsamındadır. CMK m.148/3'e göre yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. CMK m.148/4'e göre, müdafi hazır

21 Koca, Mahmut, "*Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı*", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998, s. 301 vd Ünver, Yener, "Ceza Muhakemesinde İspat, C.M.K. ve Uygulamamız", Ceza Hukuku Dergisi, Y.1, S.2, Ankara 2006, s. 130.

22 Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, 1.Basım, Ankara 2005, s.170.

bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz. Bu düzenleme ile kolluk ifade alırken müdafi bulundurmaya özen gösterecek ve böylece disipline edilerek uygulamada delilden sanığa gitme esası ağırlık kazanacaktır. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU'na göre bu düzenleme, "dolaylı bir mecburi müdafilik" sistemidir.[23] ÜNVER/HAKERİ ise, hükmü yanlış ve sakıncalı bulmakta, hükmün kaldırılmasını ve bu durumda da zorunlu müdafilik kurumunun kabulünü önermektedir. Yazarlara göre bir delilin kullanılıp kullanılmayacağı şüpheli veya sanığın iradesine bırakılamaz.[24] CMK m.148/5'e göre, şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir. Uygulamada, kolluğun "ek ifade tutanağı" adı altında tekrar aldığı ifadeler ilgili düzenlemeye açıkça aykırı olup, delil olarak kullanılamazlar.[25]

Yargıtay kararına konu olan olayda sanık hakkında yerel mahkemece tehdit suçlamasından beraat kararı verilmiş, savcılık kararı temyiz etmiştir. Yargıtay, suçun ikrarına yönelik olarak beyanda bulunulmuş olsa da kollukta verilen ifade esnasında müdafi olmadığı durumda ifade mahkemede doğrulanmadığı takdirde hükme esas alınamayacağını belirtmiştir. Bu sebeple tebliğnamedeki görüşe uyulmayarak onama kararı verilmiştir. [26]

Yargıtay kararına konu olan olayda sanık resmi belgede sahtecilik suçundan hüküm giymiştir. Sanık hakkında diğer sanıklarla iştirak halinde suça konu çekte sahte imza atmak suretiyle resmi belgede sahtecilik suçunun işlendiğinin kabul edildiği olayda kullanılan delillerden biri de sanıklardan birinin Cumhuriyet Savcısı huzurunda ifadesi alınırken sanığın telefonla aranması ve bu esnada verdiği beyanın ifade tutanağına geçirilmesidir. Yargıtay, bu şekilde elde edilen delilin, CMK'nın 148.

23 Kunter / Yenisey / Nuhoğlu, C.2 s. 158.

24 Ünver/Hakeri, s.591.

25 Ünver/Hakeri, s.597.

26 Y. 4.CD., E.2015/16309, K.2019/15553 ,T.09.10.2019 (Kazancı, E. T. 06.08.2022)

maddesinin 3. fıkrasına aykırı olduğu ve CMK madde 217/2 uyarınca delil olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından suç sübut bulmadığı için *bozma* kararı vermiştir.[27]

c) Delil Aracı Yasakları

Moleküler genetik inceleme yapılması, arama, el koyma faaliyeti, iletişimin dinlenmesi, tanığın dinlenmesi gibi işlemler delil elde etmek için yapılan faaliyetlerdir. Bu gibi işlemlerin hangi usule uyularak yapılması gerektiği kanunda açık bir şekilde ifade edilmiştir. Belirtilen usullere aykırı olarak delil elde edilirse yani delillerin elde edilmesi için kullanılan araçlarda hukuka aykırılık olursa delil hukuka aykırı hale gelecektir.

Delil aracı yasakları, delil elde etme ve koruma tedbirleri konusunda karşımıza çıkmaktadır. Delil elde etme ve koruma tedbirleri noktasında düzenlenen yetki ve usullerin yetkili kişilerce ve usulüne uygun olarak kullanılıp kullanılmamasına göre delil hukuka aykırı veya hukuka uygun şeklinde sınıflandırılacaktır. CMK'da arama konusu düzenlenmiştir. Hangi usullere uyularak arama faaliyetinin gerçekleştirileceği açıktır. CMK'daki usul ve esaslara uygun olmayacak şekilde yapılan arama hukuka aykırı olacaktır. Örnek olarak makul şüphe durumunda arama gerçekleştirilir. Bu koşul, aramanın esasına ilişkin bir koşuldur. Makul şüphe koşulu akla, mantığa ve hukuka uygun bir şekilde gerekçelendirilmelidir. Aksi durumda ilgili işlem hukuka aykırı hale gelecektir.[28]

Önemli bir delil aracı olan arama faaliyetinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Hukuka uygun olmayan arama sonucunda hukuki ve cezai yaptırımlar bulunmaktadır. Hukuka aykırı arama faaliyetine izin veren, dahil olan yargılama makamları ve kolluk görevlileri açısından cezai sorumluluk doğabileceği gibi, mağdur açısından tazminat talep etme hakkı da doğabilecektir. Ayrıca hukuka uygun gerçekleş-

27 Y. 11.CD., E.2019/3287, K.2019/6788, T.30.09.2019 (Kazancı, E. T. 06.08.2022)

28 Özen, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, , Ankara 2017, s. 335, 407.

meyen arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınmaması yaptırımı da mevcuttur.[29]

5- Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirmesindeki Yaklaşımlar

Adaletin sağlanması, suçluların cezalandırılması ve suçsuzların korunarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ceza muhakemesinin en önemli amacıdır. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi maddi gerçeği ortaya çıkarmak ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemez. Hukuka uyulmayarak, hukukun temel ilkelerine aykırı hareket edilerek maddi gerçek ortaya çıkarılamaz. Doktrin ve uygulamada yoğun olarak ilgilenilmesine rağmen hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesindeki akıbeti konusunda tek bir teori yoktur. Bu konuda doktrinde, bazı ülke uygulamalarında ve Yargıtay kararlarında farklı teoriler benimsenmiş olup görüş birliği bulunmamaktadır. Hukuka aykırı deliller konusunda Yargıtay'ın verdiği birtakım kararlar bulunmakla birlikte, Yargıtay'ın tüm bu kararlarına rağmen hukuka aykırı deliller teorisi yerine oturmuş bir teori değildir ve doktrinde bu konuda farklı görüşler vardır.[30]

İşte hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda aşağıda açıklayacağımız yaklaşım türleri bu delillerin değerlendirilmesi noktasında farklı görüşler içermektedir. Delil hukuka aykırı da olsa maddi gerçeği ortaya çıkarma amacıyla kullanılabileceğini savunan mutlak kabul yaklaşımı, hukuka aykırı delillerin asla kullanılamayacağını içeren mutlak ret yaklaşımı ve bazı kıstaslara uyulduğu ve bazı hakları ihlal etmediği takdirde hukuka aykırı delilin değerlendirmeye tabi tutulabileceğini savunan esnek yaklaşımı bu görüşlerdir.[31]

29 Aldemir, Hüsnü, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma,* Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, Ankara 2018, s. 262.

30 Yılmaz, s.73.

31 Koca, Mahmut, "*Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı*", AÜEFHD, C.4, S.1-2, 2000, s. 110.

a) Mutlak Kabul

Klasik hukukta genel olarak kabul görmüş olan tutum "*Male Captem, Bene Receptum*" sözü ile ifade edilen, hukuka aykırı delilin aykırı değilmişçesine ele alınması ilkesine göre hukuka aykırı olarak elde edilen deliller hükme esas teşkil etmiştir. Böylece suç işleyerek delili elde eden kişi cezalandırılmış, fakat delil değerlendirme dışı tutulmayarak maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmıştır.[32]

Maddi gerçeğe ulaşmanın ve suçluların cezalandırılmasının, ceza muhakemesinin en önemli gayesi olduğunu varsayan bu yaklaşıma göre, bütün ilgili ve faydalı deliller nasıl elde edildiğine bakılmaksızın mahkemelerce kabul edilmelidir. Bu yaklaşım, ceza muhakemesinin temel gayesinin isnat edilen suçun işlenip işlenmediğinin tam ve doğru olarak karara bağlaması olduğu, ceza muhakemesinin konusunun isnat edilen suçun işlenip işlenmediğini araştırmakla sınırlı olduğu, suçluların cezalandırılmasında kamu menfaatinin bulunması ve toplumdaki suç olgusunun azaltılmasına katkıda bulunacağı gerekçeleriyle savunulmuştur.[33] Kanaatimizce maddi gereceğin ortaya çıkarılması yaklaşımı bu derece katı olarak uygulanmamalı, delillerin hukuk kuralları çerçevesinde elde edilmesi sonucu maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmalıdır. Aksi takdirde pek çok hak kaybı meydana gelebilecektir.

1992 yılında ve birkaç zaman sonrasına kadar da Yargıtay "delil, delildir" görüşüyle delilin nasıl ve nereden elde edilmiş olduğuna bakmaksızın delil olarak değerlendirmiş ancak hukuka aykırı delili elde edenleri de ihbar etmiştir.[34]

Mutlak kabul yaklaşımı benimseyenlerin bir diğer argümanı ise ceza muhakemesinin konusunun suçun işlenip işlenmediğini araştırmakla sınırlı olduğu, delillerin usulsüz olarak elde edilip edilmediği sorununun

32 Akyürek, s. 65.

33 Yılmaz, s.74.

34 Tatar, Muvaffak, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, İkinci Gün, İkinci Oturum, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği, 2011, s. 288.

ceza muhakemesi açısından uygun bir mekanizma olmadığıdır. Bu görüşe göre delillerin akıbetini araştırmak ceza muhakemesini asıl amacından uzaklaştıracaktır.[35]

Diğer bir argüman ise suçluların cezalandırılmasında kamu menfaatinin olmasıdır. Suçluların cezalandırılması kamunun menfaatine ise de öngörülen normlar çerçevesinde, uygun bir şekilde muhakeme yapılması da kamunun menfaatinedir. Mahkemelerin usulsüzlüğe ortak olmasına yol açması, usulsüzlüğün meşrulaştırılması, halkın hukuka saygısının azalma ihtimali de mutlak kabul yaklaşımına karşı getirilen eleştirilerdendir. Kolluğun tembelliğe itilmesine sebep olabileceği eleştirisi de mutlak kabul yaklaşımını benimseyenlere yöneltilen bir diğer eleştirilerdendir.[36]

Modern ceza muhakemesinde nasıl olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak amacı kabul edilmemektedir. Maddi gerçeğe insan haklarına saygılı bir şekilde hukukun korunarak ulaşılması kabul edildiğinden, bunu kabul eden devletler açısından mutlak kabul yaklaşımının kabul görmesi mümkün değildir. Ceza muhakemesi faaliyetleri, ceza muhakemesi ilkelerine uyularak, insan hakları gözetilerek ve hukuka aykırı davranılmayarak gerçekleştirilmelidir.[37]

Bununla birlikte, ceza muhakemesi sadece maddi boyutu olan bir hukuk sistemi değil, moral boyutu da çok önemli olan bir sistemdir. Bu nedenle, hukuka aykırılıklara göz yummak muhakemenin moral boyutunu ihmal edeceğinden vatandaşlar nezdindeki saygınlığı kaybolacaktır. Son olarak, modern ceza muhakemesinde bu kabulün terk edildiğini ifade etmek gerekir.[38]

35 Bıçak, Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 572.

36 Bıçak, s. 573.

37 Yılmaz, s. 74.

38 Koca, "*Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı*" s. 111.

b) Mutlak Ret

Çağdaş ceza muhakemesinde her şeye rağmen gerçeğin bulunması artık reddedilmektedir. Hukuka aykırı olan delilin ne olursa olsun değerlendirme dışında bırakıldığı sistem mutlak ret yaklaşımında geçerlidir. Yani delilin elde edilirken hangi hakka, ne ölçüde zarar verdiği gibi herhangi bir değerlendirme yapmaksızın elde edilen delilin değerlendirme dışında bırakıldığı yaklaşım türüdür.[39] Hatta yalnızca delil elde etme kuralları değil delilin suç işlenerek elde edilmiş olması da bu bağlamda dikkate alınacaktır.

Sanığın suç işlemeden önce belirlenmiş kurallara göre yargılanma hakkı bulunması nedeniyle, önceden saptanmış hukuk kurallarına uymama durumunda hiçbir değerlendirme yapma gereksinimi duymadan tüm hukuka aykırı kanıtların değerlendirilmesinin yasak olduğu kabul edilen yöntem *mutlak değerlendirme yasağı* yöntemidir. Bu yöntemde en küçük hukuka aykırılıkta dahi delil hüküm kurulurken dikkate alınmaz.

Yasa hükümlerinin de hukuk kuralı olması dolayısıyla ve yasaya aykırılığın her halde hukuka aykırılık anlamına gelmesi, az ya da çok hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceği ve bu yüzden yasaya aykırılık sonucunda hukuka aykırılık oluşarak elde edilen delilin hukuka aykırılıktan mutlak olarak değerlendirme dışında tutulması gerektiği görüşü mutlak ret yaklaşımı kapsamındadır.[40] Türk hukukunda Anayasa ve CMK'nın, hukuka aykırı deliller konusunda mutlak ret yaklaşımını benimsediği genellikle kabul edilmektedir.[41]

YCGK'nın 29.11.2005 tarih, 2005/7-144 E., 2005/150 K. sayılı kararı ise hukuka aykırı delillerin mutlak olarak kullanılamayacağını belirt-

39 Akıncı, Fatih, "*Türk Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağının Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde İncelenmesi*", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2020, s. 97.

40 Akyürek, s. 66. ; Koca,"Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", s.224.

41 Akbulut, Berrin, "*Delil Değerlendirme Yasakları*", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Y.2, S.13, Aralık 2010, s. 19. Centel / Zafer, s. 682; Ünver / Hakeri, s. 164 vd.; Koca, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, s. 224 vd.

mesi bakımından önemlidir. Buna göre, *"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."*

Yine bir Yargıtay kararına konu olayda sanık 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 3 yıl hapis cezası ve 459.708.000 TL ağır para cezası ile cezalandırılmıştır. Giriş katta sahte rakı üretildiği şekilde yapılan ihbar neticesinde yapılan arama sonucunda suç unsurları ele geçirilmiş, tespit ve zapt sonucunda kamu davası açılarak yargılama neticesinde sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. Kararda Anayasa'nın 20. maddesindeki arama şartları gösterilmiş, arama kararının usulü belirtilmiştir. Yine Anayasa'nın 21. maddesindeki konut dokunulmazlığı ve mülkiyet hakkına ilişkin güvenceden bahsedilmiştir. Olay tarihindeki mevzuat gereğince arama kararı verme yetkisi hakimindir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise cumhuriyet savcıları ve savcıların muavini sıfatını haiz emirlerini icrayla yetkili zabıta memurları da arama yapabilmektedir. Hakim ve cumhuriyet savcılarının olmadığı takdirde meskun mahalde ve kapalı yerde arama yapılabilmesi için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşularından iki kişi arama esnasında hazır bulundurulmalıdır. Hakim kararı olmaksızın el koyma işlemi yapıldığı takdirde bu işlem yirmi dört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur ve hakim kararını el koymadan kırk sekiz saat içinde açıklar. Olay tarihindeki mevzuattaki düzenlemeler bu şekildedir. Somut olayda hakimden alınacak arama kararı veya gecikmesinde sakınca bulunma durumu izah edilerek daha sonra hakim onayına sunularak gerçekleşmesi gereken arama işlemi, gecikmesinde sakınca bulunan durum gerekçelendirilmeden, hakim kararı da olmaksızın arama faaliyeti gerçekleştirilmesi hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı şekilde gerçekleşen arama sonucunda mahkumiyet hükmü kurulmuştur. Kurul, hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşen arama sonucunda elde edilen delillerin ceza yargılamasında

kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin olarak; delil serbestisi geçerli olsa da bunun belirli sınırlar içerisinde kullanılması gerektiğini, hukuk düzenince yasaklanan yöntemler ile elde edilen kanıtların mahkemece dikkate alınamayacağını belirtilmiştir. Bu sebeple "sanığın işyerindeki usulsüz arama sonucu ele geçirilen maddi kanıt ve tutanağın yerel mahkeme tarafından dikkate alınması mümkün değildir" denilmiştir.[42] Bahse konu Yargıtay CGK kararından anlaşılacağı üzere mutlak ret yaklaşımına dönük hareket edilmiş, hukuka aykırı yöntemle elde edilen delilin hükme esas alınamayacağı ifade edilmiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2009 yılında kişilerin görüntü ve seslerinin, ancak hukuka ve yöntemine uygun olarak kaydedilmesi halinde delil olarak kabul edilebileceği gerekçesiyle gizli kaydı değerlendirme dışı tutmuştur.[43]

Yakın zamanda verilen Yargıtay 8. CD'nin kararında hukuka aykırı gizli dinlemeden elde edilen delillerin kullanılamayacağı şu gerekçelerle ifade edilmiştir: "*Sanıklar hakkında "uyuşturucu madde ticareti yapma" suçu nedeniyle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararları alınmıştır. Bu kararlara dayanılarak dinlenen telefon görüşmeleri, ancak "uyuşturucu madde ticareti yapma" suçu yönünden delil olarak kullanılabilir. "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma" suçları yönünden dinleme kararı bulunmadığından, sözü edilen telefon konuşmaları bu suçlarda delil olarak kullanılmaz. Öte yandan, CMK'nın 135. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin hükümler "suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma" suçu için uygulanamaz."* Söz konusu kararda *"Somut olayda, örgüt oluşturmak için sanıkların sayısı yeterli ise de; suç işleme iradelerinde devamlılık ve aralarında hiyerarşik ilişki bulunduğuna ilişkin delil olmadığından, TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen "suç işlemek için örgüt kurma" ve dolayısıyla "suç işlemek için kurulan örgüte üye olma" suçlarının unsurlarının oluşmadığı; hukuka aykırı delil niteliğindeki telefon konuşmalarının bu suçlar yönünden hükme esas alınamayacağı*

42 Y. CGK., E.2009/7-160, K. 2009/264 T. 17.11.2009. (Kazancı, E. T. 07. 08.2022)

43 Y. 4.CD. E. 2007/11957, K.2009/21077, T.22.12.2009 . (Kazancı, E. T. 07. 08.2022)

gözetilmeden, sanıkların bu suçlardan beraatleri yerine mahkûmiyetlerine karar verilmesi" bozma sebebi sayılmıştır.[44]

c) Esnek Yaklaşım

Esnek yaklaşım, hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesine esas alınıp alınamayacağı sorununa ilişkin olarak, hukuka aykırı delillerin kabul edilebilirliğine karar vermede sabit bir kural kabul etmemektedir. Buna göre, hukuka aykırı deliller, yapılacak değerlendirme sonrasında bazı durumlarda hükme esas alınabilecek, bazı durumlarda ise alınamayacaktır. Bu teori, kanunda açıkça yasaklanmış bir delil elde etme yöntemine aykırılık dışındaki hukuka aykırılıklarda her somut olayı ayrıca değerlendirmek görüşündedir. Böylece bu yaklaşım, mahkemelere açıkça takdir yetkisi tanımaktadır. Takdir hakkı kuralının, yarışan düşünceler arasında -en azından derhal- bir seçimi gerektirmediğinden ve her olayın koşullarını ve gerçeği hesaba katmak suretiyle daha çok onları uzlaştırmayı ya da birini diğerine karşı kıyaslamayı önerdiğinden katı kurallara oranla bazı avantajları bulunduğu ifade edilmektedir. Bu durumda, bazı hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine, bazılarının ise değerlendirilmemesine olanak tanıyan ve olaya göre değişen nispi ölçütün benimsendiği nispi değerlendirme yasağından bahsedilmektedir.[45]

Bu yaklaşım çerçevesinde Alman hukuku kökenli, Alman içtihatları ve yaygın görüş tarafından kabul edilen hakların dengelenmesi teorisi gereği; hukuka aykırı elde edilen delilin elde ediliş yöntemi sanığın belirli haklarını ihlal etmektedir. Böyle bir durumda, ihlal edilen haklar ile delilin kabul edilmemesi halinde ihlal edilecek menfaatler arasında sanığın işlediği iddia edilen suç da gözetilerek bir denge kurulması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, yalnızca hukuk kurallarında yer alan koşulların yerine getirilip getirilmediğine bakılmaz, bununla birlikte bu kurallara uyulmaması nedeniyle sanığın haklarının ne ölçüde ihlal edildiğine de ayrıca bakılacaktır. Sanığın hakları önemli ölçüde ihlal edilmiş

44 Y. 8. CD., E. 2012/22375, K. 2013/1077, T. 31.01.2013. (Kazancı, E. T. 07. 08.2022)

45 Centel / Zafer, s. 678.

ise, bu delilin değerlendirme dışında tutulması ve eğer değerlendirilmişse bunun bir temyiz nedeni sayılması gerekecektir. Hukuka aykırı delillerin, istisnasız bir şekilde değerlendirme dışı kalmasının doğru olmadığı; delil elde edilirken ihlâl edilen kuralın, bazen çok önemli, bazen ise, basit olduğu ileri sürülmüştür.[46] Bu kabulün sebebi olarak da delilin çok bulunan bir şey olmadığı, elde edilen deliller yok sayılırsa suç işleyenlere ceza verilemeyeceği, görevliler hata yaptı diye toplumun bunun bedelini ödememesi gerektiği ileri sürülmektedir.

Alman Hukuku ile birlikte, AİHM kararlarında da esnek yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bu görüş çerçevesinde AİHM, davanın bütünlüğü içinde başta yapılan hata giderilmiş ve sonuçta adil yargılanma hakkı sağlanmışsa, hukuka aykırı delillerin hüküm verilirken kullanılabileceğini kabul etmektedir.[47] AİHM tarafından kabul edilen bu görüşe göre, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğine bakılmalıdır. Somut olayda hukuka aykırılık bile olsa, bir delilin kullanılması adil yargılanma sonucunu doğuruyorsa o delil kullanılabilecektir. O halde bu görüşe göre, her somut olay tek tek incelenmelidir. Bu doğrultuda, kullanılabilecek deliller vicdani kanaat oluşturuyorsa o halde mahkumiyet kararı verilebilecektir. AİHM, genel olarak yargılamaya bakarak karar veriyor olsa da, söz konusu yaklaşımın üye devletin hukuka aykırı delilleri mutlak olarak yasaklaması için bir engel oluşturmayacağını ifade etmek gerekir.[48]

Bir görüşe göre, CMK 217/2 ve CMUK 254. maddesinin 2. fıkrasındaki delil yasağında mutlak bir yasak söz konusu 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 hakkın ihlal edilmiş olduğunu saptadığında da; sanığın işlediği suçun topluma vermiş olduğu zarar ile delil toplanırken devlet güçlerinin sanığa ait anayasal hakkı ihlal

46 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1471.

47 Bkz. Khan v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 35394/97, 12 Mayıs 2000; P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 44787/98, 25 Eylül 2001.

48 Akyürek, s. 77.

etmiş olmalarından doğan toplumsal zararı karşılaştırmalıdır. Sanığın topluma verdiği zarar daha büyük ise ve 148. maddede olduğu gibi açıkça yasaklanmış bir delil de söz konusu değil ise, hukuka aykırı nitelik taşıyan delili, hâkim hüküm verirken kullanabilmelidir.[49]

Türk hukukunda mutlak delil yasağının benimsendiği, ancak en iyi çözümün, kişi hak ve özgürlüklerini koruyan her türlü hukuka aykırılıklar için kesin olarak delilin kabul edilmemesi yaklaşımı korunurken, basit, teknik veya detaya ait hukuka aykırılıklarda delilin kabul edilip edilmeyeceğini hâkimin takdirine bırakmak olduğu ileri sürülmüştür.283 Yine bu doğrultuda, her düzenlemeye aykırılığı delil olarak kabul etmemenin de doğru olmadığı, insan haklarını ihlal etmeden maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde, hakları ihlal etmeyen bir kurala aykırılığın delil olarak değerlendirilmemesi tekniğine uygun düşmediği, yalnız şüpheli/sanığı dikkate alan, bununla birlikte mağduru veya suçtan zarar görenleri gözardı eden bir ceza muhakemesinde adaletin gerçekleştiğinden, bozulan toplum düzeninin yeniden inşa edildiğinden bahsedilemeyeceği, bunun için haklara aykırılığın ceza muhakemesinde ölçü alınması, hak ihlali yoksa delilin değerlendirilmesinin önünün açılması, bu sebeple düzenlemelerde değişikliğe gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir.[50]

Yargıtay kararına konu olayda kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçundan sanık hakkında hukuka uygun olarak verilmemiş arama kararı ve ikrar dışında delil bulunmadığından delil yetersizliğinden beraat kararı verilmiştir. Temyiz sonucunda bozulan karar yerel mahkemeye gönderilmiş fakat yerel mahkeme beraat kararında direnmiştir. Tekrar temyiz edilen kararın inceleyen Yargıtay CGK bozma kararı vermiştir. Kurul, hukuka aykırı arama konusunda doktrindeki basit hukuka aykırılıkların sebep olduğu delillerin kullanılmamasının haksız beraat kararlarına neden olacağı görüşünü ifade etmiştir. Yargıç delil elde edilirken ihlal edilen kurallar nedeniyle sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğini değerlendirmeli, sanığın hakları ihlal edilmemişse hukuka aykırı delilin kullanılmasında sorun olmamalıdır. Sanığın hak-

49 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1425 - 1426.

50 Akbulut, Delil Değerlendirme Yasakları, s. 19-20.

ları ihlal edilirse de ihlal dolayısıyla meydana gelen kişisel zarar ve suçun toplumda neden olduğu toplumsal zarar karşılaştırılmalıdır. Sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı delil elde edilirken sanığın hakkı ihlal edilmiş olsa dahi kullanılmalıdır. Aksi durumlarda hukuka aykırı delil değerlendirme dışında tutulmalıdır.[51]

Yargıtay kararına konu bir diğer olayda ise delil elde etmeye ilişkin hukuka aykırılık üzerinde durulması gerektiği, ihlal nedeniyle hak ihlali oluşmuyor ve yargılama bütün olarak adil olmaktan çıkmıyorsa o delilin değerlendirilmesinde sorun olmadığını ifade edilmiştir. Aksi takdirde hakkaniyete aykırı sonuçlar oluşarak adalet ve eşitlik ilkesinin zarar görmesi sonucu ortaya çıkacaktır. CMK'nın 217. maddesinin gerekçesi kararda gösterilmiş ve hukuka aykırılık ile kastedilenin daha doğrusu hukuka uygun yöntem dışında kalan delillerin sanığın temel haklarını ihlal ederek elde edilen deliller olduğu belirtilmiştir. [52]

Hakların dengelenmesinin, önemsiz aykırılıkların göz önüne alınarak sanığın beraat etmesinin hak ihlaline sebep olacağının kabul edildiği esnek yaklaşımda, hukuka aykırı delillerin mutlak olarak reddedilmek suretiyle değerlendirme dışı bırakılmasının aksine hakime takdir hakkı tanınmaktadır. Suçluların cezalandırılması, ceza muhakemesinin amaçlardan biri olsa da suçsuzların korunması ve hukukun korunması da ceza muhakemesinin amaçlarındandır. Hukuki öngörülebilirlik kamu menfaati açısından gereklidir. Bireyler davranışları neticesinde hangi yaptırımla karşılaşacaklarını bilmek isterler. Sanıklar açısından da hukuki öngörülebilirlik sağlanmalıdır. Kişi yargılama sırasında hangi haklara sahip olduğunun ve bu hakların devlet tarafından korunacağının bilincinde olmak ister. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilemeyeceği konusunda Türk hukukunda amir hükümler bulunmaktadır. Özellikle CMK ve Anayasa kapsamında hukuka aykırı delillerin kullanılmasının yasak olduğu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Tüm bunlara rağmen kuvvetli-zayıf, basit-basit olmayan gibi ayrımlara tabi tutularak hukuka aykırılıkları küçük görerek karar vermek hukuka uygun değildir. Hukuka aykırı

51 Y. CGK., E.2005/10-15, K.2005/29, T.15.03.2005. (Kazancı, E. T. 08. 08.2022)

52 Y. CGK., E.2013/10-468, K.2014/268, T.20.05.2014. (Kazancı, E. T. 08. 08.2022)

deliller konusunda bu şekilde ayrımlarla ilgili mevzuattaki düzenlemeler görmezden gelinerek değerlendirme yapmak hukuk devleti olmanın gerekliliklerine aykırılıktır. Bir delilin nasıl elde edilmesi gerektiğine ilişkin olarak mevzuatta açık bir düzenleme varsa buna uyulmadığı takdirde o delil hukuka aykırı hale gelecek ve bu aykırılığı küçük bir aykırılık olarak nitelendirip o delili değerlendirmeye tabi tutmak yanlıştır olacaktır. Öncelikle şayet o küçük aykırılık önem ihtiva etmiyor ise mevzuat düzenlemesi yapılması gereksizdir. Mevzuatta düzenlenmiş ise düzenlemeye uygun hareket edilmelidir. Sanığın menfaati düşünüldüğünde bu şekilde hareket edilmemelidir. Kamusal menfaat ile bireysel menfaatin karşılaştırılması gerektiği, kamuya verilen zarar daha yüksek olduğunda hukuka aykırı delilin değerlendirilebileceği görüşüne katılmamız ise mümkün değildir. Çünkü bu gerekçe dolayısıyla kamunun zararının çok yüksek olduğu bazı suçlarda her türlü hukuka aykırı delilin kullanılabilmesinin önü açılabilir. Örnek olarak bomba patlatma eyleminde bulunan bir kişinin kamuya verdiği zarar aşikardır. Kamunun zararının yüksek olması gerekçesiyle savunma haklarına zarar verilerek hukuka aykırı delillerin kullanılmasını makul gösteren görüş, daha ileriye gitmesi gereken hukukun geriye gitmesine sebep olacaktır. Bize göre esnek yaklaşım mevcut mevzuat düzenlemeleri göz önüne alındığında uygun bir yaklaşım türü değildir. Şayet mevzuatta değişikliğe gidilir ve hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi noktasında farklılık oluşturulursa esnek yaklaşım benimsenebilir. Fakat mevcut düzenlemeler karşısında esnek yaklaşımı benimsemek uygun değildir. Mevcut düzenlemeler gereği mutlak ret yaklaşımını benimsemek gerekmektedir.

6- Karşılaştırmalı Hukukta Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi

Yirminci yüzyılın başlarından itibaren devlet ve hukuk kavramları alanında yaşanmaya başlanan değişim ile insan hakları düşüncesinin gelişmesi gibi etkenler, delil ve ispat hukuku alanında da değişime yol açmıştır. Bu değişimde, ceza muhakemesinin anayasal metinlerin çizdiği perspektifte temel hak ve hürriyetlere müdahale usulünün düzenlendiği maddi içeriğe sahip bir hukuk dalı olarak kabul edilmesi önemli ölçü-

de etkili olmuştur[53]. Böylece hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin, ihlâlin niteliğine göre en azından kimi durumlarda yargılamada kullanılmaması gerektiği düşüncesi ceza muhakemesi alanında kabul görmeye başlamıştır. Bu düşünce çerçevesinde, konunun ilk olarak gündeme geldiği Amerika, İngiltere ve Alman hukuk sistemleri içerisinde, kanuni düzenleme bulunmamasının da etkisiyle, öğreti ve uygulama tarafından ülkenin hukuk kültürü çerçevesinde belirlenen farklı ölçütleri esas alan çözümler üretilmiştir[54]. Böylelikle hukuka aykırı delillerin yargılama dışı bırakılmasında hâkime değerlendirme yetkisi verilmiştir[55]. Zaman içerisinde bu ülkelere ilaveten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de konuyu adil yargılanma hakkı çerçevesinde insan hakları sorunu olarak ele alan bir yaklaşım çerçevesinde incelemeye başlamıştır.

a) ABD

ABD hukukunda delillerin dışlanması kuralı (*exclusionary rule*) Anayasanın Dördüncü, Beşinci ve Altıncı Ek'lerinin ihlal edilmesi ile sınırlıdır. Modern delillerin dışlanması kurallarının önemli ihlaller veya temel ihlaller olarak sınırlanması, kuralların insan hakları ile ilgili olmayan sadece teknik ihlallerin sair surette geçerli olan delilin dışlanmasını gerektirmediği yönünde bir pozisyonu yansıtmaktadır. ABD mahkemeleri, istisnalar dışında, anayasal haklar ihlal edilerek delil elde ediliyorsa, delili dosyadan çıkarmaktadır. Aynı zamanda, Amerikan hukuk sisteminde hukuka aykırı delilleri dosyadan çıkarmaya ilişkin çok sert kurallar olmakla birlikte, bazı durumlarda, hâkim kararı ile anayasal hakların ihlal edilmediğine ilişkin kararlar da verilmiştir. [56]

53 Centel/Zafer, s.691

54 Şenol, Cem, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2015, s. 85.

55 Bıçak, s. 446.

56 Optican, Scott, *"Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda'da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar"*, (öz.N. Ziyalar ve M. Özaşçılar) Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, 2. Bası, s. 41.

Hukuka aykırı delillerin ceza davalarının dışında bırakılması kuralı ABD'de, özellikle kolluğun aşırı güç kullandığı ve sert eylemler gerçekleştirdiği cezai soruşturmaların engellenmesi için çözüm olarak görülmüştür. Esas olarak ABD'de hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı bırakılmasının amacı kolluğun disiplin altına alınmasıdır. Ancak özellikle ABD Yüksek Mahkemesi, delillerin dışlanması kuralına istisnalar getirdikçe ve bu istisnaları caydırıcı şartlarda haklı gösterdikçe, söz konusu çözüm hem kapsam ve hem de amaç açısından daralmıştır.[57]

b) İngiltere

İngiliz delil hukukunun temelini delilin kabul edilebilirliği (admissibility) kavramı oluşturmaktadır. Bir delilin yargılamada kullanılmasının temel koşulu, ispatı istenen olayla "ilgili (relevance)" olması, yani delilin ispatı gereken olayla mantıksal bir bağlantı içerisinde bulunmasıdır. İlgili delilin ispat açısından değer taşımasıysa, doğru ve "güvenilir (reliability)" olmasına bağlıdır. Söz konusu hukuk sisteminde "hukuka aykırı (illegally)" veya "usulsüz (improperly)" olarak elde edilen delillerin kullanılması sorunu da bu temel üzerinde gelişmiştir. Bu nedenle hukuka aykırı delillerin kullanılması sorunu müstakil bir konu olmaktan ziyade, delilin kabul edilebilirliğine ilişkin hâkimin sahip olduğu takdir yetkisinin bir parçası olarak kabul edilmiştir[58].

İngiliz delil hukukunda hukuka aykırı deliller ve bu nitelikteki delilerin değerlendirilmesi sorunu ilk olarak Common Law döneminde tartışma konusu olmuştur. Ancak 1984 yılında çıkarılan PACE Yasası'nda konuya ilişkin yasal düzenleme yapılarak sorun normatif hukuk (statutory law) sahasına dâhil edilmiştir. Bu kanunun amacı özellikle kolluğun sınırsız güç kullanmasını engelleyerek kolluk güçlerini disiplin altına almaktır. Bu kapsamda bu kanun, kolluğun hak, yetki ve görevlerinin sınırlarını belirlemekle birlikte aynı zamanda, hukuka aykırı şekilde delil elde edilmesini önleyecek hükümleri de ihtiva etmektedir.

57 Yılmaz, s. 90.

58 Şenol, s. 90.

İtirafların delil olarak kabul edilebilirliğine ilişkin PACE 1984 76. maddeye göre, kolluk ve mahkemede, baskı ve hile veya o anki şartlar içerisinde baskıya benzer koşullarda elde edilen itiraflar, hâkimin takdiri doğrultusunda güvenilmez addedilip delil olarak kabul edilmemektedir. 76. madde, hukuka aykırı elde edilen itiraf ile ilgili iki kural koymaktadır. Sanığın suçu kabul ettiğine dair beyanı işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele, baskı, şiddet ve hilenin neticesi elde edilmiş olmamalı ve bu beyan, beyanın güvenilirliğini etkileyecek bir davranış neticesinde ortaya çıkmış bulunmamalıdır [59].

İngiltere'de PACE 1984'ün 78/1. maddesi[60] gereğince, herhangi bir yasal işlemde mahkeme, elde edildiği koşullar dahil olmak üzere bütün koşulları dikkate almak sureti ile davanın adilliği üzerinde olumsuz etki yaratacağına ve ibraz edilmemesi gerektiğine mahkemenin kanaat getirdiği şartlarda, savcılık tarafından sunulan ve iddia makamının dayandığını belirttiği bir delilin mahkemede kullanılmasını reddedebilir. Buna göre, hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmamasına ilişkin olarak hâkime bir takdir yetkisi verilmiştir. Hukuka aykırı delilin kabulü yargılamanın adilliğini olumsuz bir şekilde etkiliyorsa, mahkeme bu delili değerlendirme dışı tutmada takdir yetkisine sahiptir. Dolayısıyla bir delilin hukuka aykırı olması mahkemede delil olarak kullanılmaması için yeterli olmayıp ayrıca delilin kabulü yargılamanın adilliği üzerinde olumsuz bir etki yaratmalıdır. PACE 1984 78. madde tarafından hâkime tanınan takdir yetkisi doktrinde "geniş kapsamlı ve yapılandırılmamış" şeklinde tarif edilmekte olup bunun nedeni aşağıda da yer alan hâkimin takdir yetkisini kullanırken dikkate alacağı faktörlerin fazlalığıdır. Bu faktörler şunlardır: Polisin eylemlerinin ne kadar yasal olduğunun gözden geçirilmesi, suçun ciddiyeti, tetkiki yapmakta olanların kötü niyeti, delilin tipi ve potansiyel olarak buna ne

59 Eryılmaz, Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003, s. 280.

60 Police and Criminal Evidence Act 1984 section 74/1 "*In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.*"

kadar güvenilebileceği, diğer delillerin mevcudiyeti, davada delile karşı çıkılması imkanı, olaya dahil olan uygunsuzluk tipi ve ihlal edilen hak veya koruma tipidir.

İngiliz Hukuku'nda, 76. Madde'ye aykırı elde edildiği için delil olarak kullanılamayan itiraflara dayanarak elde edilen maddi deliller mahkemede delil olarak kullanılabilir; dolayısıyla zehirli ağacın meyvelerinin zehirli olmadığı kabul edilmektedir[61]. Son olarak ifade etmek gerekir ki, PACE 82. [62]madde uyarınca bu kanun, hâkimin takdir yetkisi kapsamında delilleri değerlendirme dışında tutma yetkisine halel getirmeyecektir. Dolayısıyla hâkim delilleri değerlendirirken bu yetkisini her alanda kullanabilecektir.

c) Almanya

Alman hukuk sistemi, hukuka aykırı delillerin, belirli koşulları sağlaması halinde mahkeme kararlarına esas teşkil edebileceğini kabul etmiş görünmektedir[63]. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen ifadeler bakımından mutlak değerlendirme yasağı öngörmektedir.

Alman CMK'sının 136/a maddesi, yasak sorgu yöntemlerinin kullanılmasını yasaklamış ve bu yöntemler kullanılarak alınan ifadenin delil olarak değerlendirilemeyeceğini hüküm altına almıştır: *"Şüpheli veya sanığın karar verme ve iradesini açığa vurma özgürlüğü işkence, kötü muamele, fiziksel müdahale, yorma, ilaç verme, aldatma ve hipnozla engellenemez. Zor kullanma ancak kanunun izin verdiği hallerde mümkündür. Şüpheli veya sanığı ceza muhakemesi kanununun izin vermediği eylemlerle tehdit etmek veya yasayla öngörülmemiş bir menfaat vaadinde bulunmak yasaktır. Şüpheli veya sanığın belleğini veya belirli bir durumu anlama ve kabul etme*

61 Eryılmaz, s.280.

62 Police and Criminal Evidence Act 1984 section 82/2 " Nothing in this Part of this Act shall prejudice any power of a court to exclude evidence (whether by preventing questions from being put or otherwise) at its discretion."

63 Yarsuvat, Duygun,*"Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği"*, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008, s.307.

(Einsichtsfähigkeit) yeteneğini zayıflatan eylemler yasaktır. Bu maddenin (1) ve (2). fıkralarındaki yasaklar, şüpheli veya sanık [yapılması düşünülen eyleme] rıza göstermiş olsa dahi uygulanır. Bu yasağa aykırı olarak alınan ifadeler, şüpheli veya sanık bunların kullanılmasına rıza gösterse dahi, [delil olarak] kullanılamaz."[64]

Almanya'nın yasak sorgu yöntemleri dışındaki hukuka aykırı delillere ilişkin olarak herhangi bir genel anayasal veya yasal ve kullanımı yasaklayıcı kuralı bulunmamaktadır. Alman Hukuku kökenli olan yaklaşımlardan haklar alanı teorisine göre, ihlalin sanığın hak alanını önemli bir şekilde zedeleyip zedelemediğine bakılmaktadır. Bu konuda Alman Hukuku'nda ortaya konulan bir başka teori ise koruma amacı teorisidir. Bu görüşe göre, delilin elde edilmesi aşamasında ihlal edilen hükmün koruma amacı göz önünde bulundurulmakta ve sanığın korunmasına yönelik hükümlerin ihlal edilmesi durumunda delil değerlendirilmemektedir. Alman içtihatları ve yaygın görüş tarafından benimsenen hakların dengelenmesi teorisi uyarınca ise her somut olayda ayrı değerlendirme yapılmalı ve bu değerlendirmede bir tarafa sanığın ihlal ettiği, diğer tarafa muhakeme kuralının ihlal edilmesinin etkilediği çıkar konulmalıdır[65]. Bu doğrultuda Federal Yüksek Mahkeme çok basamaklı bir dengeleme süreci uyarınca hukuka aykırı delilleri değerlendirmektedir. Yüksek Mahkeme, yasak sorgu yöntemleri dışında elde edilen hukuka aykırı delillerin kullanılıp kullanılamayacağı konusunda her somut olayı ayrıca değerlendirmek görüşündedir. Buna göre, hukuka aykırılığın sanık haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakılacaktır. Sanığın hakları önemli bir şekilde ihlal edilmiş ise hukuka aykırı delil kullanılmayacak, buna karşılık, yapılan ihlal ikinci derecede kalmakta veya sanığın hakları açısından hiçbir önem taşımamakta ise, hukuka aykırı olmasına rağmen, delil hüküm verirken kullanılabilecektir. Bu konuda bir değerlendirme yapılırken, ihlal edilmiş bulunan normun kimin yararına konmuş bulunduğuna bakılacaktır[66].

64 Yılmaz, s. 99.

65 Centel/Zafer, s. 678.

66 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1473.

Alman Hukuku, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi konusunda da genel bir kural koymak yerine somut olayın özelliklerine ve delil elde etme yasağının niteliğine göre karar verilmesini tercih etmektedir. Almanya'da hâkim, delilin kullanılmaması talebi hakkında karar vermekte olup, bir delilin mahkemeye sunulamaması bahse konu delilin inceleme dosyasından çıkarılması anlamına gelmemektedir.[67]

7- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Hukuka Aykırı Delillere Yaklaşımı

Günümüzde Avrupa'da, mahkeme tarafından oluşturulan en etkili delillerin dışlanması doktrini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) ait olup AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) ihlal edecek şekilde toplanan delilin kullanılmasının 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali ile sonuçlanıp sonuçlanmayacağına dair bir dengeleme testi oluşturmuştur.

Hukuka aykırı olarak bir telefon konuşmasının kaydedilmesini içeren Schenk İsviçre'ye karşı davasında AİHM şu şekilde hükümde bulunmuştur: *"Sözleşme'nin 6. maddesi adil yargılanma hakkını güvence altına almakla birlikte, delillerin kabul edilebilirliği konusunda herhangi bir kurala yer vermemiştir; bu nedenle bu konu, öncelikle ulusal hukukun bir düzenleme konusudur. O halde Mahkeme, prensip olarak ve soyut bir biçimde, bu türden hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin kabul edilebilirliğini reddedemez. Mahkeme sadece, bay Schenk'in yargılanmasının, bir bütün olarak adil olup olmadığı tespit etmek durumundadır."*[68]

Bu doktrin birçok davada ve çoğunlukla hukuka aykırı dinleme ile ilgili Birleşik Krallık davalarının ele alınmasında takip edilmiştir. Allan Birleşik Krallık'a karşı davasında AİHM aşağıdaki hüküm ile ilgili olarak Schenk'i örnek vermiştir: *"Prensip olarak belli tipte delillerin – örneğin hukuka aykırı elde edilmiş delillerin – mahkemeye sunulup sunulamayacağına ve başvuruyu yapanın suçlu olup olmadığına karar vermek mahkemenin*

67 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1476.

68 Schenk v. İsviçre, Başvuru No: 10862/84, 12 Temmuz 1988, p. 4.

görevi değildir. Burada yanıtlanması gereken soru, yasal işlemin bir bütün olarak ve delilin elde edilme yolu da dahil olacak şekilde adil olup olmadığıdır. Bu sorgulanmakta olan "hukuka aykırılığın" incelenmesini ve diğer bir Sözleşme hakkının ihlali söz konusu olduğunda ihlalin tipinin bulunmasını içermektedir."[69]

Khan Birleşik Krallık'a karşı davasında, AİHM, olayların geçtiği tarihte iç hukukta gizli dinleme cihazlarının kullanılmasıyla ilgili yasal bir düzenleme bulunmadığından gizli dinlemenin başvurucunun AİHS'in 8. maddesindeki hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bununla birlikte, AİHM, delilin elde edilme yolu dahil, olayın şartları içinde yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını incelerken, başvurucunun konuşma kayıtlarının AİHS'in 8. maddesine aykırı olarak elde edilmiş olmasına rağmen, iç hukuka aykırılık anlamında hukuka aykırı olmadığını gözlemlemiş ve gizli olarak kaydedilen konuşmaların kullanılması, AİHS'in 6/1. maddesinde güvence altına alınan adilliğin gerekleriyle çelişmediğinden 6. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir[70].

P.G Birleşik Krallık'a karşı davasında, sanıklar hakkında örgüt oluşturarak suç işledikleri kuşkusu üzerine konutlarına dinleyici böcek yerleştirilmiş, yapılan dinlemelerden sanıkları suçlayıcı deliller elde edilmiş ve tüm bu deliller mahkumiyet kararına dayanak yapılmıştır. İngiliz kanunlarına göre böcek yerleştirilmesi için polis şefinin yazılı emri gerekmekte olup bu izin dinleme için yeterlidir, ayrıca hâkim kararı aranmamaktadır. Olayda polis şefi sözlü emir vermiş olup kanuna aykırılık söz konusudur. AİHM, eve yerleştirilen dinleme cihazıyla soygun suçuna teşebbüs eden sanıklar hakkında dinleme yapılması, eve gizli dinleme cihazı yerleştirilmesi hukuken öngörülmüş bir müdahale olmadığından 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, delillerin kabul edilebilirliğine ve hukuka aykırı delile dayanan mahkumiyete ilişkin olarak ise, gizli dinleme cihazlarıyla kaydedilmiş görüşmelerin delil olarak kul-

69 Allan v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 48539/99, 5 Kasım 2002, p. 42.

70 Khan v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 35394/97, 12 Mayıs 2000.

lanılmasının tüm müdafaa hakları sağlandığından ve sanıklar bunlara karşı kendilerini savunma imkanı bulduğundan 8. maddeye aykırı bir işlem olsa da 6. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir[71].

Bykov Rusya'ya karşı davasında, gizli operasyon çerçevesinde başvurucu ile gizli soruşturmacı arasında yapılan görüşmeyi içeren ses kayıtlarının hukuka aykırı delil olduğu ve hükme esas alınamayacağı iddiası incelenmiştir. AİHM, delillerin güvenilirliği ve kabul edilebilirliği yönünden, bu delillerin gerek bir baskı ve zorlama ürünü olmaması gerekse bunların kullanılması usulü yönünden AİHS ve önceki içtihatlarda belirlenen asgari güvencelere riayet edilmiş olması nedeniyle; başvurucunun mahkumiyetine yol açan yargılama sürecinin bir bütün olarak değerlendirildiğinde adil yargılanma hakkının gereklerini ihlal etmemiş olduğu sonucuna ulaşmıştır[72].

AİHM, bir yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığına karar verirken, savunma haklarına saygı gösterilip gösterilmediğini ve özellikle başvurucuya delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği göz önünde tutmaktadır. Ayrıca AİHM, delillerin kalitesi, delillerin elde edildiği koşullar ve bu koşulların delillerin gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde kuşku doğurup doğurmadığını da dikkate almakta; bir delilin başka materyallerle desteklenmiş olmaması halinde mutlaka adillik sorunu doğmayacağını; bir delil çok kuvvetliyse ve güvenilirliği konusunda bir risk yoksa, buna karşılık destekleyici delile olan ihtiyacın azalacağını ifade etmiştir[73]. AİHM ayrıca söz konusu delilin davanın sonucu üzerinde belirleyici olup olmadığı konusuna da önem vermektedir[74].

71 P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 44787/98, 25 Eylül 2001.

72 Bykov v. Rusya, Başvuru No: 4378/02, 10 Mart 2009.

73 Khan v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 35394/97, 12 Mayıs 2000, p. 35 ve 37; Allan v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 48539/99, 5 Kasım 2002, p. 43; Jalloh v. Almanya, Başvuru No: 54810/00, 11 Temmuz 2006, p. 96.

74 Yılmaz, s. 105.

Dolayısıyla AİHM'e göre, eğer temel haklar ihlal edilerek delil elde edilmişse ancak adil yargılanma hakkı sağlanmışsa, bu takdirde hukuka aykırı delil kullanılabilecektir. AİHM, genel olarak, bir delilin hukuka aykırı olarak elde edilmesinin her zaman onun kullanılmayacağı anlamına gelmeyeceği ve hukuka aykırı delilin sahteliği iddia edilmiyor ise delilin kullanılabileceği görüşündedir. Ancak hem AİHS ihlal edilerek delil elde edilmiş hem de adil yargılanma hakkının ihlal edilmemiş olduğu kabul edildiğinden, P.G ve Khan kararları eleştiri konusu yapılmıştır. Khan kararında karşı görüş belirten Hâkim Loucaides, adil olma kavramının, AİHS bağlamında incelendiğinde, hukukun üstünlüğünün gözetilmesi anlamı taşıdığını ve bu nedenle AİHS'te düzenlenen haklara saygı duyulduğunu varsaydığını ifade etmekle birlikte hukukun ihlali söz konusu olduğunda adil yargılanmadan bahsedilemeyeceğini belirtmiştir.

Funke Fransa'ya karşı davasında konutta arama bakımından yapılan incelemede AİHM, gümrük yetkililerinin arama ve el koyma konusunda çok geniş yetkilere sahip olması ve yargısal bir arama kararı bulunmaması gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir[75].

Jalloh Almanya'ya karşı davasında olayda, uyuşturucu madde ile ilgili delil elde etmek için şüpheliye kusturucu madde verilmesine hükmedilmiş, kişinin rızasının bulunmamasına ve aktif direnç göstermesine karşılık midesine indirilen sonda ile söz konusu madde kişiye verilmiştir. AİHM bu müdahaleyi, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olarak nitelendirerek, AİHS'in 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiş ve aynı zamanda olayın içinde bulunduğu özel şartlar nedeniyle AİHS'in 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır[76].

Saunders Birleşik Krallık'a karşı davasında özellikle sessiz kalma hakkıyla doğrudan bağlantılı olan kendini suçlandırmama hakkının, suçlanan kişiye yöneltilen ceza muhakemesinin sübuta ulaşmasında, bu kişinin iradesi üzerinde baskı ve zorlama yöntemleri kullanılarak delil

75 Funke v. Fransa, Başvuru No: 10828/84, 25 Şubat 1993; Aynı yönde bkz. Miailhe v. Fransa, Başvuru No: 12661/87, 25 Şubat 1993; Cremieux v. Fransa, Başvuru No: 11471/85, 25 Şubat 1993.

76 Jalloh v. Almanya, Başvuru No: 54810/00, 11 Temmuz 2006.

yaratılmasını önleyen bir niteliğe sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu doğrultuda AİHM, susma ve kendini suçlandırmama hakkı ihlal edilerek ifade vermeye zorlama ve yasal yaptırım tehdidi altında verilen ifadenin delil olarak kullanılması sonucu mahkumiyet kararı verilmesini 6. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir[77].

AİHM, hukuka aykırı delillerin kullanılmasının yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirip getirmediğini değerlendirirken çoğu zaman AİHS'in ihlali ile toplanan delilin kullanılmasının AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali ile sonuçlanmadığına karar vermektedir. AİHM, AİHS 3. maddesinin ihlal edilmesi sureti ile alınan ifadeler bakımından işkence anlamına gelmesi halinde fiziksel delili dışlamayı kabul etmektedir.

8- Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Mahkeme'nin hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesiyle ilgili içtihadının belirlenmesi için ayırdına varılması gereken ilk husus, Mahkeme'nin delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi başlığı altında yaptığı incelemelerde; bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağına ilişkin AY m.148/4 hükmünü vurgulamasıdır.

Mahkeme, başvurucuların hukuka aykırı delillerin derece mahkemeleri önündeki yargılamada değerlendirildiği şeklindeki iddialarına AİHM'nin yukarıda açıklanan içtihadı ile benzer bir doğrultuda yanıt vermektedir. Mahkeme'ye göre; *"Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir. Mevcut yargılamada sunulan delilin geçerli olup olmadığını ve delil sunma ve inceleme yöntemlerinin yasaya uygun olup olmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında olmayıp, Mahkemenin görevi başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir"*.

77 Saunders v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 19187/91 17 Aralık 1996.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında, yargılamada kullanılan delillerle ilgili karar verme yetkisinin derece mahkemelerine ait olduğu, bununla birlikte kanuni bir temele dayanmadan veya hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasıyla ilgili olarak ileri sürülen iddiaların adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında inceleneceğini belirtmiştir[78].

Şayet Mahkeme, başvurucunun iddia ettiği hususların bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelemediği ve bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren bir değerlendirmenin bulunmadığı kanaatine ulaşmışsa bu durumda, başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikayeti kapsamında olduğunu vurgulayarak açıkça dayanaktan yoksun olma nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermektedir[79].

Mahkeme, AY m. 148/4 hükmünden yola çıkarak -delillerin değerlendirilmesiyle ilgili AY m.38/6 hükmünü tartışmadan- delillerin değerlendirilmesinin aslen derece mahkemelerinin yetkisinde olduğunu, ancak bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren yorum, uygulama ve sonuçların Mahkeme'nin denetim yetkisinde olduğunu belirterek; hukuka aykırı delillerle ilgili "delillerin incelenmesi ve kabul edilebilirliğinin ulusal mahkemelerin görev alanında olduğu" yönündeki AİHM içtihadı ile benzer doğrultuda "delillerin incelenmesi ve kabul edilebilirliği derece mahkemelerinin görev alanında olduğu" şeklinde görüş bildirerek kendi denetim yetkisini sınırlandırmaktadır[80].

78 AYM, Orhan Kılıç [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018, § 44; AYM, Şehdavut Demircan, B. No: 2014/12014, 11/12/2018, §15.

79 AYM Nedim Balta, B. No: 2017/26129, 21/7/2020, § 28-29; aynı yönde AYM, Şehdavut Demircan, B. No: 2014/12014, 11/12/2018, §21-22; AYM, Halis Uluer, B. No: 2018/12576, 27/1/2021, § 27-29; AYMİ Deniz Seki, B. No: 2014/5170, 25/6/2015, §73.

80 AYM, Bülent Gayretli, B. No: 2018/1932, 27/1/2021, §16; AYM, Bayram Siviş, B. No: 2014/5844, 5/11/2014, §42; AYM, Nedim Balta, B. No: 2017/26129, 21/7/2020, § 7; AYM, Zeynep Yeter, B. No: 2018/20039, 27/1/2021, §70-71.

Özetle, Mahkeme kanun yolu şikâyeti niteliğindeki bireysel başvuruları bariz takdir hatası veya açık keyfilik bulunmadıkça incelememektedir. Öte yandan, hukuka aykırı delilin hükme esas alınması halinde, Mahkeme belli kriterlerin bulunması durumunda adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle bireysel başvurularda ihlal kararı verilmiştir.

Yaşar Yılmaz (B.No 2013/6183) [81] kararında, başvurucu aleyhinde delil olarak kullanılan eşyaların, açıkça adres belirtilmeyen ve bu nedenle hukuka uygun olmayan arama kararına dayanılarak yapılan arama sonucu ele geçirildiğini, aramanın kanunda belirtilen usule aykırı olarak işlem tanığı bulundurulmadan yapıldığını, hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen hukuka aykırı delillerin hükme esas alındığı, bu nedenlerle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme kararında, somut olaya ilişkin delillerin değerlendirilmesi görevinin aslen derece mahkemelerine ait olduğunu, delillerin hukuka uygun olup olmadığını denetlemenin Mahkeme'nin görevi kapsamında olmadığını, bunun istisnasının derece mahkemelerinin delilleri değerlendirmesinde bariz takdir hatası ve açık keyfilik bulunması olduğu, Mahkeme'nin görevinin başvuru konusu yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını değerlendirmek olduğunu belirtip; aynı yöndeki AİHM kararlarına atıf yapmıştır. Bu kararda, Mahkeme'nin AY m.36 hükmündeki "hak arama özgürlüğünün ancak meşru vasıtalardan yararlanmak suretiyle kullanılabileceği" ifadesine dayanarak adil yargılanma hakkı bakımından, aramanın icrasındaki "kanuna aykırılığın" bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisinin incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Kararda dikkat çeken bir diğer nokta; Mahkeme'nin hukuka aykırılığı ileri sürülen arama işlemi ile elde edilen eşyaların yargılama "tek ve belirleyici delil" olarak kullanıldığını belirlemesidir. Mahkemeye göre, hükmün esas ve belirleyici unsuru, gerçekleştirilen hukuka aykırı arama işlemi sonucunda elde edilen delillerdir. Mahkeme, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen arama işlemi sonucu elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediğine ve aramanın icrasındaki "kanuna aykırılığın" yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nite-

81 AYM, Yaşar Yılmaz, B. No: 2013/6183, 19/11/2014.

likte olduğuna kanaat getirerek, başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Orhan Kılıç (B.No 2014/4704)[82] başvurusunda, başvurucu hukuka aykırı olarak elde edilen delillere dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Mahkeme, AY m. 36 kapsamında yaptığı değerlendirmelerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasıyla ilgili olarak ileri sürülen iddiaları adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında incelediğini belirterek, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmelerde Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasının da dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, delillerin değerlendirilmesiyle ilgili görevin esasen derece mahkemelerine ait olduğu yönündeki görüşünü tekrarladıktan sonra, Mahkeme'nin görevinin, hukuka aykırı olduğu ilk bakışta anlaşılabilen veya derece mahkemelerince hukuka aykırı olduğu tespit edilen delillerin yargılamada tek veya belirleyici delil olarak kullanılıp kullanılmadığını ve bu "hukuka aykırılığın" bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemek olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, somut olayda hükme esas alınan delillerin konutta icra edilen arama sonrası ele geçirilen eşyalar olduğunu; ancak konutta yapılan aramanın 5271 Sayılı Kanun'un ilgili maddelerine aykırı olarak icra edildiğini, keza kolluk görevlilerinin arama yapması için bir hakim kararı veya cumhuriyet savcısının yazılı emri bulunmadığını, aramanın 18 saat sonra nöbetçi savcıya bildirildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen arama sonucu elde edilen delillerin belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediğine, aramanın icrasındaki "kanuna aykırılığın" yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

[82] AYM, Orhan Kılıç [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018

B.P.O. (B.No: 2015/19012)[83] kararında, yabancı uyruklu başvurucunun iç beden muayenesi sırasında uyuşturucu madde ele geçirilmiş, yapılan yargılama sonucunda başvurucu uyuşturucu ve uyarıcı madde ithal etme suçundan mahkum edilmiştir. Başvurucu bireysel başvuruda bulunarak adil yargılanma hakkı bakımından, yasal olmayan bir biçimde iç beden muayenesine tabi tutulduğunu, söz konusu muayene neticesinde elde edilen uyuşturucu maddenin hukuka aykırı delil olduğunu, hukuka aykırı delilin mahkûmiyete esas alındığını ileri sürmüştür. Mahkeme, delillerin değerlendirilmesiyle ilgili hususların esasen derece mahkemelerinin görevi olduğu, Mahkeme'nin görevinin, hukuka aykırı olduğu ilk bakışta anlaşılabilen veya derece mahkemelerince hukuka aykırı olduğu tespit edilen delillerin yargılamada tek veya belirleyici delil olarak kullanılıp kullanılmadığını ve bu hukuka aykırılığın bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemek olduğu yönündeki içtihadını tekrarlamıştır. Mahkeme, bu kapsamda delilin hukuka aykırı olarak elde edilen bir delil olup olmadığına, bu delilin hükme esas alınıp alınmadığına, hükme esas alınmışsa tek veya belirleyici delil niteliğinde olup olmadığına ve son olarak tek veya belirleyici delil ise bu delilin kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini etkileyip etkilemediğine bakarak bir inceleme yapacaktır. Mahkeme kararında, başvurucunun hukuka aykırı şekilde elde edildiğini ileri sürdüğü uyuşturucu maddenin mahkûmiyet hükmünde tek veya belirleyici delil niteliğinde olup olmadığını incelemiş, derece mahkemesinin gerekçeli kararında elde edilen uyuşturucu madde dışında başvurucuda ele geçirilen ve hukuka aykırı bir şekilde elde edildiği ileri sürülmeyen uyuşturucu maddeye de dayanıldığına işaret etmiştir. Ayrıca, başvurucunun Türkiye'deki planlı seyahat süresinin kısa olması ve ele geçirilen maddenin ambalajlanma biçimi de gözetilmiştir. Derece mahkemesinin kararının bu gerekçesi gözetildiğinde, Mahkeme hukuka aykırılığı ileri sürülen delilin tek olmadığı gibi belirleyici bir niteliğinin de bulunmadığı sonucuna ulaşarak başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

83 AYM, B.P.O. [GK], B. No: 2015/19012, 27/3/2019.

Anayasa Mahkemesi delilin hukuka aykırılığı sorununu, CMK'nın 206. maddesi çerçevesinde ikame aşamasında değil, hüküm için delillerin değerlendirilmesi aşamasında ele almıştır. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak elde edilen deliller önce yargılamada ikame edilerek tartışılmış, ardından hüküm verilirken hukuka aykırı oldukları gerekçesiyle değerlendirme dışı bırakılmıştır. Kanaatimizce Mahkeme, hukuka aykırı delilin ikame aşamasında reddedilmesini öngören 206. maddeyi gözardı ederek hatalı davranmıştır.

IV. SONUÇ

Maddi gerçeğe ulaşmak ceza muhakemesinin en önemli amacıdır. Yargılama yapılarak suç olan olayın aydınlatılmasına çalışılmaktadır. Önemli olan tek şeyin maddi gerçeğe ulaşmak olduğu geçmiş ceza yargılama sistemlerinde, maddi gerçeği ortaya çıkarmak için her türlü araca başvurmak mümkün kılınmıştır. İşkence gibi yöntemler kullanılarak suça konu olayın ispatlanması sağlanmıştır. Ancak gelişen hukuk sayesinde maddi gerçeğe ulaşmak için hukuka uygun yöntemlerin kullanılması gerektiği benimsenmiş, hukuka uygun delillerin kullanılması ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gerektiği görüşü zamanla hakim olmuştur. Hukuka aykırı deliller ile suç ispatlanmaya çalışıldığında ne pahasına olursa olsun maddi gerçeği ortaya çıkarmaya yönelik hareket edilmiş olunacağından modern hukuk sistemlerinin dışına çıkılmış olacaktır. Maddi gerçeği ortaya çıkarmak için kullanılan araçlar delillerdir. Deliller kullanılarak olay aydınlatılmaya çalışılmaktadır. Ceza yargılamamızda delillerin serbestçe ortaya konulması ve değerlendirilmesi sistemi mevcuttur. İddia ve savunma makamı delillerini CMK 206. maddenin 2. fıkrasında belirtilen kanuna aykırılık, olayla ilişkili veya davayı uzatmak maksadıyla yapılmış olmama şartlarıyla serbestçe ortaya konulabilir. Mahkeme tarafından da delil toplama işlemi gerçekleştirilebilir. Hakim yargılamanın sonunda vicdani olarak kanaate ulaşacak ve buna yönelik olarak kararını verecektir.

Hukuka aykırı yöntemler kullanılarak elde edilen veya mevzuatça yasaklanmış olan deliller hukuka aykırı delillerdir. Taraflara haklarının

açıklanmaması ile aydınlatma yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş olunacaktır. İfade ve sorguda da belirlenen usullere aykırı olarak beyan alınırsa alınan beyan hukuka aykırı delil statüsünde olacaktır. Delil elde etme yöntemlerinden olan araçların kullanılması esnasında hukuka aykırılık mevcut olursa elde edilen delilin de hukuka aykırı delil statüsünde olacağı aşikardır. İşte aydınlatma yükümlüğüne aykırı davranılarak, ifade ve sorguda yasak usuller uygulanarak ve delil elde etme araçlarında usule uyulmayarak delillerin hukuka aykırı hale gelmesi söz konusu olacaktır.

Hukuka aykırı delillerin kullanımına karşı çeşitli yaklaşımlar bulunmaktadır. Ne olursa olsun maddi gerçeği ortaya çıkarmak gerektiği görüşüne hakim olan ve hukuka aykırı da olsa delilin yargılamada kullanılması gerektiğini savunan mutlak kabul yaklaşımı modern hukuk sistemlerinde kabul edilmemektedir. Hukuka aykırı delilin hiçbir surette yargılamada kullanılmaması gerektiği görüşünü savunan mutlak ret yaklaşımı da çeşitli hukuk sistemlerinde kabul görmüştür. Mevzuatımızdaki hükümler dikkate alındığında Türk ceza yargılamasında da mutlak ret görüşü hakimdir. Esnek yaklaşımda ise hakların dengelenmesi, bireysel menfaat ile kamusal menfaat arasında dengenin sağlanması, basit ve şekli aykırılık durumunda delilin kullanılabileceği gibi farklı gerekçelerle, kimi durumlarda hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılabileceği görüşü benimsenmiştir. Bizce Türk ceza yargılamasında Anayasa'nın 36. maddesinin 6. maddesi, CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının a bendi ve CMK'nın 217. maddesinin 2. fıkrası gereğince mutlak ret yaklaşımı benimsenmelidir.

Hukuka aykırı deliller yoluyla ulaşılan dolaylı delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesinin önünü açan yaklaşımların doğru olmadığını ifade etmek gerekir. Hukuka aykırı delilin önce veya sonra elde edilmiş olması önemli olmadığı gibi, hukuka aykırı delile dayanan tüm deliller hukuka uygun yollardan elde edilip edilmediğine bakılmaksızın kullanılmamalıdır. Yine sanığın lehine olan ve beraat etmesini sağlayacak olan hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde kullanılabileceği düşüncesini de kabul etmek mümkün değildir. Hukukun üstünlüğü

ilkesi kapsamında hukuka aykırı deliller, sanık lehine olup olmadığına bakılmaksızın delil olarak kabul edilemeyecek ve ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır

Hukuka aykırı delillerin kullanılması sonucunda adil yargılanma hakkının ihlali gündeme gelecektir. Yargı mercileri hukuka aykırı delillerin kullanılması suretiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarını incelerken bazı kıstasları kullanmaktadır. Tek veya belirleyici delil olmak bu kıstaslardan biridir. Hukuka aykırı delil, ispat amacıyla kullanılan tek delilse yargılamanın adilliğinden söz edilemez. Belirleyici delil ise, birden fazla delilin olduğu ancak bir delilin asli delil, diğer delillerin tali delil niteliğinde olduğu yargılamalarda gündeme gelecektir. Tali deliller ile olayın ispatı mümkün değilken asli delilin ispat amacıyla etkisi büyükse asli delil belirleyici delil niteliğinde olacaktır. İşte bu durumlarda belirleyici delil hukuka aykırıysa, tali delillerle ispat sağlanamadığından asli delil yani belirleyici delil de hukuka aykırı olduğundan yargılamanın adil olduğundan bahsedilemez.

Yargı mercilerinin kullandığı kıstaslardan biri de yargılamanın tümüyle adil olup olmadığıdır. Yani yargılamanın adilliği konusunda inceleme yapılırken yargılamanın tamamıyla adil olup olmadığı değerlendirilmektedir. Örneğin yargılamanın ilk evrelerinde bir hukuka aykırılık gerçekleşmiş ancak bunun telafisi açısından işlem tesis edilerek hukuka aykırılık giderilmişse, zamanında hukuka aykırılık gerçekleşmiş olsa da yargılamanın tümüne zarar gelmesi söz konusu olmadığından adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden bahsedilemez. Bununla beraber delillerin güvenilirliği ve deliller üzerindeki şüphenin test edilmesi de merciler tarafından kullanılan kıstaslardandır. Derece mahkemeleri tarafından yargılamada kullanılan delillerin güvenilirliği test edilmezse adil yargılama hakkının ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Delillerin hukuka aykırı olup olmaması AİHM ve AYM'nin inceleme konusu kapsamında değildir. Mahkemeler kararlarında, delillerin hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinin derece mahkemelerinin görevi olduğunu, bariz takdir hatası ve açıkça keyfilik olmadığı takdirde yargılamanın tümünün adilliğinin değerlendirilmesinin incelenmesinin görevleri olduğunu belirtmişlerdir.

Son olarak tekrar etmek gerekirse, ceza muhakemesinde ispat faaliyeti çerçevesinde delil elde edilmesi amacıyla başvurulan yöntemlerin hukuk kuralları çerçevesinde gerçekleşmesi gerektiği, bu doğrultuda her şeyin delil olarak kabul edilmesi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi serbestliklerinin hukuk kuralları ve insanlık onuru ile sınırlandırıldığı, delil elde ederken hukuka aykırı yöntemlere başvurulması halinde delilin hukuka aykırı olacağı, hukuka aykırı delillerin, ne amaca hizmet ederse etsin, muhakemede değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ve dava dosyası dışında tutulması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

KAYNAKÇA

Aldemir, Hüsnü, Adli-Önleme Arama ve Elkoyma, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, Ankara 2018

Akbulut, Berrin, "Delil Değerlendirme Yasakları", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Y.2, S.13, Aralık 2010

Akıncı, Fatih, "Türk Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağının Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde İncelenmesi", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2020

Bıçak, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2013

Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2012

Dündar, Meltem, İngiliz Ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2014

Dülger, Murat Volkan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi), Ankara 2014

Eroğlu, Fulya, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009

Eryılmaz, Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara 2003

Haydar, Nuran, Susma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Kantar, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, I. Kitap, 4. Bası, Ankara 1957.

Koca, Mahmut, "Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998, s. 301 vd Ünver, Yener, "Ceza Muhakemesinde İspat, C.M.K. ve Uygulamamız", **Ceza Hukuku Dergisi**, Y.1, S.2, Ankara 2006.

Koca, Mahmut, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", AÜEFHD, C.4, S.1-2, 2000.

Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Basım, İstanbul 2010.

Optican, Scott, "Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda'da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar", (öz.N. Ziyalar ve M. Özaşçılar) Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, 2. Bası, İstanbul 2007.

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.Baskı, Ankara 2021.

Özen, Mustafa, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, , Ankara 2017.

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.Baskı, Ankara 2008.

Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, 1.Basım, Ankara 200.

Şahin, Cumhur / Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 7.Bası, Ankara 2018.

Şen, Ersan, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, Ankara 2008.

Şenol, Cem, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2015.

Tatar, Muvaffak, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, İkinci Gün, İkinci Oturum, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği, 2011.

Ünver, Yener / Hakeri, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. baskı, Ankara 2010.

Yarsuvat, Duygun,"Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği", Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3 yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008.

Yılmaz, Yeşim, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin İspat Değeri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013