

CEZA YARGILAMASINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ SORUNU

THE ISSUE OF THE EVALUATION OF ILLEGAL EVIDENCES IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Güçlü AKYÜREK*

Özet: Bu çalışmada, günümüzün en önemli konularından biri olan hukuka aykırı deliller konusu, ceza yargılaması bağlamında ele alınmıştır. Öğretideki mevcut görüşler ve içtihadındaki yansımaları gösterilmiş, bir hukuk devletinde kabul edilmesi gereken çözüm önerisi açıklanmıştır. Bu önerinin olası sonuçları ve başka tartışmalardaki etkileri de vurgulanmıştır.

Anahtar kelimeler: Hukuka aykırı deliller, delilin değerlendirilmesi, hukuk devleti.

Abstract: The paper deals with the illegal evidence in the context of criminal procedural law. After having presented actual opinions in the doctrine and case law, the proposition, which is acceptable in the rule of law, is explained. Then probable results of this proposition and its effects in the other filed are emphasized.

Key words: Illegal evidence, evaluation of evidence, rule of law.

I. Giriş

Ceza yargılamasında amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğundan, delil serbestisi ve vicdani delil sistemi kabul edilmiştir. Buna göre bir ceza davasında kural olarak her şey delil olabilmektedir (CMK m. 217/2) ve yargıç, bu delilleri vicdani kanaatine göre takdir eder (AY m. 138/1, CMK m. 217/1 c.2). Ancak gerek hukuk devletinin gerekse Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrası gereği bu takdir yetkisi,

* Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

hukuk kurallarının çizdiği çerçevede ve keyfilikten uzak biçimde kullanılmak zorundadır¹. Aksi halde insan haklarına saygı ve hukuk güvenliği ilkelerinin bir anlamı kalmaz. Nitekim 1994 tarihli bir Yargıtay kararında da açıkça ifade edildiği gibi ceza yargılamasının temelinde bulunan, eylemle ilgili maddi gerçeği ortaya çıkarma amacı “*ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemez. Yapılan araştırma ve soruşturma, mutlak ve sınırsız değildir. Bu etkinlikler sırasında kişisel ve/veya toplumsal değerlerin korunması zorunludur*”².

Burada karşımıza hukuka aykırı deliller çıkmaktadır. Zira ceza yargılamasında amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğu ve her şey delil olabildiğine göre hukuka aykırı olarak elde edilse de delillerin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilebilmektedir. Buna karşın günümüz Ceza Yargılaması Hukuku’nun artık ne pahasına olursa olsun gerçeğin bulunmasını reddettiği de belirtilmektedir³. Dolayısıyla hukuka aykırı deliller sorunu çok uzun zamandır tartışıl原因 bir konudur. Temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale edilmesinin gündeme geldiği ceza yargılaması hukuku bakımından daha da çok önem taşımakta ve yoğun biçimde tartışılmakta, sorunu çözmeye çalışan birçok çözüm önerisi dile getirilmektedir. Mahkemeler de çeşitli gerekçelerle benimsedikleri çözüm yolları çerçevesinde, hukuka aykırı biçimde elde edilip dava dosyasına girmiş delilleri hüküm verirken değerlendirmekte veya reddetmektedir.

II. Hukuka aykırı delil kavramı

a) Tanım: Hukuka aykırı delil kavramı, yabancı unsurlara başvurmada, bizatihi kendisinden yola çıkarak “*hukuk sistemine, dolayısıyla da hukuk kurallarına aykırı biçimde elde edilmiş delil*” olarak tanımlanabilir. Bu bağlamda dikkate alınması gereken yalnızca bir ülkede hâlihazırda uygulanan yasalar ve ilgili mevzuat değil evrensel ve uluslar üstü dü-

1 Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, 18. Bası, İstanbul, 2010, s. 1327; Yener Ünver – Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet, 4. Bası, Ankara, 2011, s. 634.

2 Y. 4.CD. E:1994/7351 K:1994/7693 T:4.10.1994, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt:21 Sayı:9, Ankara, Eylül 1995, s. 1477.

3 Erdener Yurtcan, “*Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı*”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1998, s. 519.

zeyde geçerli olan hukuk kurallarıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 22.06.2001 tarihli kararında şu ifadeleri kullanmaktadır: *“Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır”*⁴. Keza Mahkeme, atf yaptığı 17.03.1986 tarihli bir başka kararında⁵ da hukukun genel ilkelerini kabul etmenin hukuk devleti için zorunlu olduğunu ve bunu yasakoyucu tarafından bile ortadan kaldırılamayacağını belirterek anayasa, yasa ve içtihadı birleştirme kararı gibi ulusal mevzuat ve kuralların yanında uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler ve hatta hukukun genel kabul gören ilkelerini de bir hukuk devleti açısından bağlayıcı kabul etmiştir.

Öte yandan gerek mahkeme kararlarında gerekse öğretilerde de çok doğru biçimde dile getirildiği gibi *“hukuka aykırılık”, “yasaya aykırılıktan”* daha geniş bir anlama sahiptir, dolayısıyla da *“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”*⁶.

b) Uygulama: Yukarıdaki açıklamaların ışığında ulusal kurallarla açıkça yasaklanmış yöntemlerle elde edilen deliller tartışmasız biçimde hukuka aykırı olduğu gibi açık bir yasaklama olmasa da ilgili kurallara aykırı biçimde elde edilen deliller de hukuka aykırıdır. Bütün bunların yanında ulusal kuralların sessiz kaldığı hallerde uluslararası / evrensel kurallara aykırılık oluşturan yöntemlerle ulaşılan delilleri de hukuka aykırı kabul etmek bir hukuk devleti açısından zorunludur. Bu bağlamda birinci duruma örnek olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 148. maddesi verilebilir. Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 135a maddesinin benzeri olan dü-

4 AYM E:1999/2 (siyasi Parti Kapatma) K:2001/2, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 30.12.2011).

5 AYM E:1985/31 K:1986/1, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı:22, s. 115.

6 YCGK E:2005/7-144 K:2005/150 T:29.11.2005, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt:32 Sayı:3, Ankara, Mart 2006, s. 470; Yener Ünver – Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 635; aynı yönde bkz. Nur Centel – Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, 8. Bası, İstanbul, 2011, s. 687.

zenlemede ifade alma veya sorguda başvurulması yasak olan yöntemler açıkça ortaya konmuş ve 3. fıkrada da bu yöntemlerden birine başvurulması halinde rıza bulunsa bile ifadelerin delil olarak kullanılması yasaklanmıştır. O halde işkence altında alınan bir ifadenin, içeriğinde ne olursa olsun, hukuka aykırı olduğu tartışmasızdır.

İkinci duruma örnek ise yine Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan "arama" tedbirinin düzenlendiği 116 ve devamı maddeleridir. Her ne kadar yukarıdaki örnekte olduğu gibi açık bir yasaklama düzenlemesi olmasa da, Anayasa'nın 20 ve 21. maddeleri ile birlikte bir değerlendirme yapıldığında "makul şüphe" olmaksızın (CMK m. 116), yargıç kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan halde Cumhuriyet savcısının ya da kolluk amirinin yazılı emri bulunmaksızın (CMK m. 119/1), koşulları oluşturmaksızın gece vakti yapılan arama (CMK m. 118) hukuka aykırı olacak ve elde edilen delillerin de hukuka aykırı delil kategorisinde değerlendirilmesi gerekecektir.

Son duruma yani ulusal kuralların sessiz kaldığı ve fakat uygulanmanın evrensel kurallara aykırı olduğu hale örnek de 5271 sayılı yasa yürürlüğe girmeden önce, 1412 sayılı yasanın gönderilere el konulmasıyla ilgili 91 ve 92. madde hükümleri kıyasen uygulanarak telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesidir. Konuyu 6 Aralık 2005 tarihli *Ağaoğlu-Türkiye* kararında inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu uygulama ile başvurucunun özel hayatının gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (paragraf 53-54-55). Zira mevcut hükümler gerekli güvenceleri sağlayan bir yasa olmaktan uzaktır. Dolayısıyla bu yolla elde edilen deliller de hukuka aykırı olmaktadır.

Bir delilin hukuka aykırılığının belirlenmesi, yukarıdaki açıklamaların ışığında göreceli kolay olmakla birlikte asıl sorun yaratan nokta hukuka aykırılığı belirlenen bir delilin, maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlayan ceza yargılamasında kullanılıp kullanılamayacağıdır. Zira maddi gerçeğe ulaşma amacıyla hukuka aykırı davranmama amacı arasında bir seçim yapmak durumunda kalılabilmektedir.

III. Değerlendirme açısından ileri sürülen görüşler

a) Genel olarak: Klasik hukukta genel olarak kabul görmüş olan tutum "MALE CAPTEM, BENE RECEPTUM" sözü ile ifade edilen, hukuka aykırı delilin aykırı değilmişçesine ele alınması ve böylece de delilin

gerçeği kanıtlamasıyla hukuka aykırı biçimde elde edilmesi arasında ayırım yapılması şeklinde olmuştur⁷. Böylece suç işleyerek delili elde eden kişi cezalandırılmış ve fakat delil değerlendirme dışı tutulmaya-
rak maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmıştır⁸. Ancak daha önce de değinildiği gibi modern ceza yargılamasında bu anlayış terk edilmiş ve hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı tutulması gündeme gelmiştir.

Bunun için iki amaç ileri sürülmüştür. Birincisi daha çok Amerikan hukuku kökenli olan “*kolluk güçlerini disiplin altına alma*” amacı, diğer ise Kıta Avrupa’sı kökenli “*temel hak ve özgürlükleri koruma*” amacıdır. Bu bağlamda Amerika Birleşik Devletleri’nde kolluğun aşırı güç kullandığı son derece sert eylemlerinin cezai soruşturmalar ve tazminat davalarıyla engellenmemesi nedeniyle bu şekilde elde edilen deliller değerlendirme dışı tutulmaya başlanmıştır. Böylece örneğin 1914 tarihli *Weeks v. United States* kararında Anayasa’nın konut dokunulmazlığı ile ilgili ek 4. maddesi’ni gösteren mahkemeler yapılan aramayı, 1936 tarihli *Brown v. Missisipi* davasında da “*çivili bir kemerle devamlı dövülen*” sanığın ifadesini geçerli saymamıştır⁹. Amerikan hukukunda eyaletler düzeyinde de 1961 yılından itibaren bu ilkeler yerleşmiştir¹⁰. Ancak bu yaklaşımın bir diğer sonucu da devlet görevlisi olmayan kişilerce elde edilen (örneğin hukuka aykırı arama) delillerin değerlendirme dışı bırakılmamasıdır¹¹.

Kıta Avrupa’sına bakıldığında ise şüpheli-sanık haklarının ön plana çıktığı görülmektedir. Buna göre ancak şüpheli-sanığın temel haklarını ihlal eden hukuka aykırılık dikkate alınmalıdır¹². Zira sistemin amacı kişilerin temel haklarını ve özgürlüklerini korumaktır¹³. Nitekim yukarıda da değinilen 1994 tarihli Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararında da kişisel ve toplumsal değerlerin korunması gerekliliğine

7 Öztekin Tosun, *Ceza ve medeni muhakeme hukuku açısından hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin ispat kuvveti*, İstanbul, 1976, s. 19-20.

8 Öztekin Tosun, *Özel Hayatın Gizliliği, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu*, İstanbul, 1977, s. 433-434.

9 Öztekin Tosun, *Ceza ve medeni muhakeme hukuku açısından hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin ispat kuvveti*, s. 34-39; Ersan Şen, *Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, Beta, İstanbul, 1998, s. 102.

10 Hyman Gross, *Privacy – Its legal protection*, New York, 1964, s. 83.

11 Hyman Gross, *a.g.e.*, s. 78.

12 Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 1412.

13 Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Seçkin, Ankara, 1997, s. 250.

vurgu yapılmaktadır. Hatta öğretilerde “hata yapmanın” insanlara has bir özellik olduğu ifade edilerek, “insanların, bu tür hatalardan, temel hak ve hürriyetleri ihlal etmeyenleri ile yaşamasını öğrenmeleri gerekir” sonucuna ulaşılmaktadır¹⁴. Fransa’da delilin kabul edilebilirliği açısından ileri sürülen koşullar; özel hayatın gizliliğine gayrimeşru biçimde müdahalede bulunulmaması, devlet görevlilerinde kısırcılık yapılmaması ve nihayet savunma hakkına saygıdır¹⁵. Bir diğer Avrupa örneği olarak İsviçre’de de yasalar tarafından açıkça yasaklanmış olanlar dışında, delillerin hukuka uygun olması için hukukun genel ilkelerine ve “insan haysiyetine” uygun olmasından söz edilmektedir¹⁶.

b) Mutlak değerlendirme yasağı görüşü: Bu görüş uyarınca hukuka aykırı bir delilin soruşturma veya kovuşturma aşamasında kullanılmaması gerekir. Böylece delil toplama kurallarına aykırılık mutlak bir aykırılık olarak kabul edilecek, sonuca etkili olup olmaması dikkate alınmayacaktır¹⁷. Hatta yalnızca delil elde etme kuralları değil delilin suç işlenerek elde edilmiş olması da bu bağlamda dikkate alınacaktır¹⁸.

Hukuka aykırı delillerin mutlak olarak değerlendirme dışı tutulması görüşünün dayandığı esaslardan biri de yasa hükmünün de bir hukuk kuralı olmasından hareketle yasaya aykırılığın her halde hukuka aykırılık anlamına geldiği ve “az ya da çok” hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğidir¹⁹. Nitekim mahkeme hükmünün hukuka aykırı bir delile dayanması, hiçbir niceliksel değerlendirme yapılmaksızın temyiz aşamasında mutlak bir bozma sebebi oluşturmaktadır.

Gerek Yargıtay gerekse Askeri Yargıtay’ın bu görüşü yansıtan kararları vardır. Örneğin Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2005 yılında, yargıç kararı olmadan ve “gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığını gösteren bir tespit, bilgi ve belge de bulunmamakta” iken yapılan aramayı Anayasa’nın 21, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’nun 2 ve 9, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 97. maddeleri nedeniyle hukuka ay-

14 Bahri Öztürk, “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4 Sayı:1-2, 1994, s. 45-46.

15 Edouard Verny, “Des sonorisations et des fixations d’images décidées par le juge d’instruction”, Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2004/4, s. 779.

16 Thomas Legler, *Vie privée et image volée*, Staempfli, Berne, 1997, s. 202.

17 Erdener Yurtcan, a.g.e., s. 520.

18 Nur Centel – Hamide Zafer, a.g.e., s. 688.

19 Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1 Sayı:2, İstanbul, Aralık 2006, s. 224.

kırı kabul etmiş, bu delile dayanılarak verilen mahkumiyet kararını da bozmuştur²⁰. Aynı şekilde 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 tutmuştur²¹. Askeri Yargıtay 2. Dairesi ise 26 Nisan 1973 tarihli kararında “*kanuna, ahlaka ve genel adaba aykırı surette toplanan delilleri, hakim, telakki etmekten kaçınmak zorundadır*” biçiminde görüş bildirmiş²², 5. Dairesi ise 11 Ocak 1995 tarih ve 1995/30-34 sayılı kararında usulüne uygun başlayan aramanın daha sonra yetki aşılarak hukuka aykırı hale geldiği olayda işlemi değerlendirme dışı tutmuştur²³.

Zaten Anayasa’nın 38. maddesine 2001 yılında 6. fıkra olarak eklenen “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilmez*” emredici hükmünün yanında gerek eski dönemde mülga 1412 sayılı yasanın 254. maddesine 1992 yılında 3842 sayılı yasa ile eklenen 2. fıkradaki “*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*” hükmü, gerekse yürürlükteki 5271 sayılı yasanın 217. maddesinin 2. fıkrasındaki “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*” hükmü, hiçbir istisna veya farklı uygulamaya izin vermeksizin hukuka aykırı delilleri mutlak olarak değerlendirme dışı bırakmaktadır. Bazı yazarlar, kimi istisnaların bulunması gerektiğini ifade etseler de genel kabul bu yöndedir²⁴.

Avrupa’daki benzer bir örnek ise Fransa’dır. Öğretide yasak delil ile basit usule aykırılık arasında ayırım yapmanın gereksiz olduğu ifade edilmekte ve hukuka aykırı delilin her halde değerlendirme dışı bırakılması gerektiği söylenmektedir. Fransız Yargıtayı da zamanla esnetmekle birlikte kural olarak bu ilkeyi kabul etmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme, yasada öngörülen usulün “*dolanılması*” anlamına gelecek yetkilere başvurulması halinde delili reddederken, açık yasak-

20 Y. 7.CD. E:2003/13539 K:2005/8098 T:20.6.2005, www.kazanci.com (Erişim: 29.11.2011); Yener Ünver – Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 643.

21 Y. 4.CD. E:2007/11957 K:2009/21077 T:22.12.2009, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt:37 Sayı:10, Ankara, Ekim 2011, s. 1889.

22 Yener Ünver – Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 635.

23 Tevfik Odman, “*Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Kullanılma Sorunu*”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt III Sayı 4, Ankara, 1995, s. 27.

24 Tevfik Odman, *a.g.e.*, s. 22; Bahri Öztürk, *a.g.e.*, s. 45; Seydi Kaymaz, *a.g.e.*, s. 265-266; Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 697-698; Mahmut Koca, *a.g.e.*, s. 223.

lama bulunmadığı gerekçesiyle yargılamadaki tarafların sunduğu hukuka aykırı delilleri reddetmeyip değerlendirmektedir²⁵.

c) Çıkarların dengelenmesi / nispi değerlendirme yasağı görüşü: Alman hukuku kökenli bir görüş olup ("*Abwägungstheorie*") delilin elde edilmesi sırasında ihlal edilen hak/çıkar ile delilin hukuka aykırı olmasından dolayı kabul edilmemesi halinde ihlal edilecek hak/çıkar arasında orantılı bir değerlendirme yapılmasını ifade eder. Yöntemin bir diğer adı da yukarıda değinilen "*mutlak değerlendirme yasağı*" görüşüne kıyasen "*nispi değerlendirme yasağıdır*"²⁶. Yalnızca somut olayda kişinin ihlal edilen hakkının, devletin suçların cezalandırılmasına dair çıkarından üstün olması halinde hukuka aykırı delil değerlendirme dışı tutulmaktadır²⁷. Aynı yaklaşım içerisinde yargılanan kişinin yani sanığın hakları "*önemli bir şekilde ihlal edilmişse*", ilgili delilin değerlendirme dışı tutulması gerekmekte, "*ihlal ikinci derece kalmakta veya sanığın hakları açısından hiçbir önem taşımamakta ise*" hukuka aykırı delil kullanılabilir²⁸. Söz konusu değerlendirmeyi, kuşkusuz, dosya önünde bulunan ve yargılamayı hâlihazırda yürüten mahkeme, somut koşullar çerçevesinde yapacaktır. Ancak hakların karşılıklı olarak değerlendirilip dengelenmeye çalışıldığı bu tip uygulamalar, pek de haksız olmayan biçimde, "*aldatıcı*" "*göz boyayıcı*" olmakla eleştirilmekte ve denge sağlanmaya çalışırken hak veya çıkarlardan birinin mutlaka feda edildiği savunulmaktadır²⁹. Bu görüş aslında uygulamada en çok karşılaşılan yöntemi ortaya koymaktadır.

- AİHM: Öncelikle kararları hemen hemen bütün Avrupa için geçerli olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Mahkeme, hukuka aykırı delillerin kabul edilebilirliğini tartıştığı önemli kararlarından olan 1988 tarihli *Schenk-İsviçre* ve 2000 tarihli *Khan-İngiltere* davalarında, konuyu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen "*adil yargılanma hakkı*" bakı-

25 Gaston Stefani – Georges Levasseur – Bernard Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 19^e éd., Paris, 2004, s. 116-118; Serge Guinchard – Jacques Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 4^e éd., Paris, 2008, s. 443 vd.

26 Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 690.

27 Jérôme Bénédicte, *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*, Thèse, Editions Pro Schola, Lausanne, 1994, s. 56; Seydi Kaymaz, *a.g.e.*, s. 263; Tevfik Odman, *a.g.e.*, s. 29.

28 Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoglu, *a.g.e.*, s. 1473.

29 François Rigaux, "*Les paradoxes de la protection de la vie privée*", *La protection de la vie privée dans la société d'information* (sous la direction de Pierre Tabatoni), T. I, PUF, Paris, 2000, s. 37.

mından ele almıştır³⁰. İlk kararda Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddede “*adil yargılanma hakkını*” güvence altına almakla birlikte delillerin kabul edilebilirliğini düzenlemediğini ve bunun yerel mahkemelerin görevi olduğunu ifade etmiş (paragraf 46) ve somut olayda başvurunun savunma hakkının da ihlal edilmediği gerekçesiyle 6. madde yönünden ihlal bulunmadığına karar vermiştir (paragraf 47-49). İkinci kararda ise yerel polisin uyguladığı gizli dinleme önleminin, “*yasa ile öngörülmüş olma*” koşulunu içermemesi nedeniyle Sözleşme'nin özel hayata saygı hakkının koruyan 8. maddesini ihlal ettiğine karar veren Mahkeme (paragraf 27-28), bu yolla elde edilen delilin kullanılması açısından genel olarak bütün yargılama sürecinin adil olması gerektiğini belirterek, bu yönde bir ihlal bulunmadığı gerekçesi ile 6. maddeye yönelik başvuruyu reddetmiştir (paragraf 38-40).

Dolayısıyla AİHM, 1996 tarihli *Miaillhe-Fransa* kararında olası usulsüzlükleri dikkate aldığını ve ulusal yargı makamlarının usulsüzlükleri giderip gidermediğini denetleyerek genel bir inceleme yaptığını belirtmiş, böylece kişiye zorla kusturucu ilaç verip uyuşturucuların ele geçirilmesini davayı adaletsiz kıldığı sonucuna ulaşırken (*Jalloh-Almanya*, 2006), başvurucuya yargılamanın her aşamasında video kayıtları ile ilgili itiraz hakkının tanınması nedeniyle hukuka aykırı elde edilen kayıtların kullanılmasını ihlal olarak görmemiştir (*Perry-İngiltere*, 26 Eylül 2002 tarihli kabul edilebilirlik kararı)³¹.

- Ülke uygulamalarından örnekler: Avrupa'daki ulusal mahkemelerin uygulamaları da birbirine oldukça yakındır. Örnek olarak, görüşün çıkış ülkesi olarak Almanya'da hukuka uygun olarak alınmış bir kararla dinlenen telefonda elde edilen bilgilerin, katalogda yer almayan suçların kanıtlanması için kullanılmasını³², hücredeki sanığı konuşturmak için yanına konulan kişiyi tanık olarak dinlemeyi kabul eden³³ mahkemeler; hukuka aykırı olarak yapılan dinlemeleri veya bu dinlemeleri bizzat yapan kişilerin tanık olarak dinlemesini reddetmek-

30 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000, s. 848.

31 Serkan Cengiz – Fahrettin Demirağ – Teoman Ergül – Jeremy McBride – Durmuş Tezcan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008, s. 154-161.

32 Feridun Yenisey, “Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi”, *Güncel Hukuk*, Ekim 2004, s. 25.

33 Yener Ünver – Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 657.

tedir³⁴. Diğer yandan İsviçre Federal Mahkemesi, ilgilinin yani somut olayda sanığın “*kişisel haklarının korunmasına yönelik meşru çıkarı söz konusu ise*” hukuka aykırı delilin reddedilmesini aksi halde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁵. Belçika’da da Yargıtay, yasak deliller dışındaki hukuka aykırı deliller açısından yerel mahkemenin bir değerlendirme yapması ve delilin güvenilirliğine ya da adil yargılanma hakkına zarar veriliyorsa delili reddetmesi gerektiği görüşündedir³⁶.

Hatta Avrupa dışında Yeni Zelanda Temyiz Mahkemesi de *R. v. Garyson and Taylor* (1997, 1 NZLR 21, 24) kararında devlet görevlilerinin, karar olmaksızın konuta girmesinin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturduğunu kabul etmekle birlikte, hukuka aykırı arama ile elde edilen delilin, ancak sanığa karşı “*adaletsizlik*” (“*unfairness*”) oluşturması halinde reddedilebileceği sonucuna ulaşmıştır³⁷.

Görüşün somut bir yasa maddesi olarak yansımaları İsviçre’de görülmektedir. 5 Ekim 2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu ile ülke çapındaki ceza yargılamasını birleştiren bu ülkenin adı geçen yasasının 139 ve devamı maddeleri hukuka aykırı deliller konusunu düzenlemektedir. Bu bağlamda “*Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılması*” başlıklı 140. maddenin 2. fıkrası şu hükmü içermektedir: “*ceza makamları tarafından hukuka aykırı bir biçimde veya geçerlilik kuralı ihlal edilerek ikame edilen deliller kullanılamaz, meğerki kullanılmaları, ağır suçların aydınlatılması için vazgeçilmez olsun*”. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılmasını yasaklayan İsviçre yasakoyucusu, buna bazı suçlar açısından bir istisna getirmekte ve gerçeğe ulaşma / aydınlatma amacını üstün tutmaktadır. Böylece ağır bir suç olarak düşünülebilecek, kasten adam öldürme ile ilgili bir davada, yasak olmayan (örneğin, işkence) ama hukuka aykırı biçimde elde edilen bir delil, başka bir delil bulunmaması veya yeterli delilin bulunmaması halinde kullanılabilir.

- Türkiye’de Yargıtay içtihadı: Ülkemizin anayasal ve yasal mevzuatı yukarıda da belirtildiği gibi hukuka aykırı delillerin, istisnasız, mutlak

34 Feridun Yenisey, *a.g.e.*, s. 26.

35 ATF 109 Ia 244 bkz. Thomas Legler, *a.g.e.*, s. 206.

36 Benjamin Docquir, *Le droit de la vie privée*, Bruylant, Bruxelles, 2008, s. 329; Konuyla ilgili ayrıntılı Belçika (Flaman ve Valon) içtihadı için bkz. Laurent Kennes, *La preuve en matière pénale*, T. 1, Kluwer, Bruxelles, 2005, s. 59 vd.

37 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *a.g.e.*, s. 875.

olarak değerlendirme dışı tutulması gerektiğini ortaya koyarken (AY m. 38/6, mülga CMUK m. 254/2, CMK m. 217/2 ve m. 289/1-i) hatta söz konusu hükümlerin olmadığı 1961 Anayasası döneminde Anayasa'nın hukuk devletiyle ilgili 2. maddesi ve bağlayıcılıkla ilgili 8. maddesinden hareketle hukuka aykırı elde edilen delillerin kesinlikle değerlendirilmemesi gerektiği savunulurken³⁸, Yargıtay'ın "*nispi değerlendirme yasağı*" görüşü çerçevesinde bir içtihadı da bulunmaktadır. 5. Ceza Dairesi, yasa gereği tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi gerekirken buna uymayan mahkemenin verdiği kararı, "*sonuca etkili olmadığı*" gerekçesi ile bozmamış ve onamıştır³⁹. Öte yandan Ceza Genel Kurulu'nun 2007 tarihli kararında⁴⁰, söz konusu görüşü açıkça ifade etmiştir. Somut olayda yapılan arama sırasında bulunması gereken kişiler konusundaki hükme (CMK m. 120/1) uyulmadığı gerekçesiyle aramanın hukuka aykırı olduğu iddia edilmiştir. Ceza Genel Kurulu, değerlendirme yapılırken "*iliyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine*" yer verilmesi gerektiğini ifade ederek aslında "*nispi değerlendirme yasağı*" görüşünü tanımlamış, hak ihlali yokken değerlendirme yasağı getirmenin "*uzun vadede son derece ağır sonuçları da birlikte getireceğini*" ifade etmiştir. Hatta Kurul, şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesinin elde edilen delilleri "*hukuka aykırı hale*" getirmeyeceğini da savunarak hukuka aykırı delil konusunun içeriğini ölçsüz biçimde daraltan, usul kurallarını da "*uyulması zorunlu olmayan*" şekli ilişkin koşullar ve esas ilişkin koşullar / diğer koşullar (?) olarak ikiye ayırmış, ancak ayırımın ölçütünü belirlemediştir.

d) Delilin hukuka uygun olarak elde edilebilirliği görüşü: İsviçre kaynaklı bir görüş olup yoğun biçimde İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ortaya konmuştur. Buna göre özellikle "*ağır suçlarda*", hukuka aykırı biçimde elde edilen bir delil, gerçekte hukuka uygun olarak da elde edilebilecekse değerlendirme dışı tutulmaz. Bu bağlamda hukuka aykırı delilin "*yalnızca hukuka uygun biçimde elde edilmesi imkânsız ise*" reddedilebileceği İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ifade edilmiştir⁴¹. Hatta 9 Kasım 1978 tarihli kararda, resmi görevli olmayan bir kişi

38 Oya Araslı, *Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasındaki Düzenleniş, Doçentlik Tezi*, Ankara, 1979. s. 239.

39 Y. 5.CD. E:1992/174 K:1992/465 T:12.12.1992 bkz. Nurullah Kunter - Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 1473.

40 YCGK E:2007/7-147 K:2007/159 T:26.6.2007, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:82 Sayı:1, İstanbul, Ocak-Şubat 2008, s. 451-466.

41 ATF 96 I 437, JdT 1972 I 217 bkz. Jean Gauthier, "*Les résultats de l'audio-surveillance*

tarafından konut dokunulmazlığı ihlal edilerek elde edilen belgeler, savcının da yasal yollardan ulaşabileceği gerekçesi ve “Sırf özel bir kişi hukuka aykırı hareket etti diye soruşturma işlemlerinin gerçekleşmemesinin anlaşılabilir olacağı” ifadesiyle değerlendirilmiştir⁴². Aynı uygulamayı daha sonra da sürdüren Mahkeme, 2007 yılındaki kararında⁴³ “kamu- nun gerçeğe ulaşma çıkarı” ile “kişinin özel çıkarı” arasında bir denge kurulması gerektiğini de belirterek kendi görüşünü “nispi değerlendirme yasağı” görüşüyle birleştirmiştir. Aynı kararda yasal olarak yasak olan delillerin kapsam dışında olduğu da eklenmiştir. Söz konusu görüş Türk öğretisinde de farklı bir bakış açısıyla da olsa savunulmuştur. Özellikle yargıç kararı gerektiren işlemlerde bu kararın alınmamış olması yargıcın yetkisinin alınması anlamına gelmeyip karar alınmış olsaydı dahi neler yapılacaksa aynı eylemlerin gerçekleştiği hallerde delilin hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir⁴⁴.

e) Hukuka aykırı delillerin uzak etkisi (“*Fernwirkung der Beweisverbote*”): Öğretide ve uygulamada tartışılan bir başka konuda hukuka aykırı delillerin uzak etkisi sorundur. Bir başka deyişle, hukuka aykırı bir delilden hareketle elde edilen delillerin nasıl bir işleme tabi tutulacağıdır. Kolluğu disiplin içerisinde alma anlayışı çerçevesinde Federal Yüksek Mahkeme 1920 tarihli kararı ile söz konusu içtihadını geliştirip yalnızca hukuka aykırı elde edilmiş delilleri değil bunlardan hareketle elde edilen delilleri de reddetmiştir⁴⁵. Alman hukukunda tıpkı hukuka aykırı delillerde olduğu gibi uzak etkinin de mutlak olarak algılanmaması ve somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁶. Buna yakın bir görüş olarak da suç oluşturan eylemlerle elde edilen deliller bakımından uzak etkinin ve değerlendirme yasağının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁷. Do-

comme prévue pénale en droit suisse”, Rapports suisses présentés au XIIème Congrès international de droit comparé, Zurich, 1987, s. 84.

42 Thomas Legler, *a.g.e.*, s. 209.

43 Tribunal fédéral Cour de droit pénal, 9 octobre 2007, X c. Ministère public du canton de Zurich, 6B_170/2007, *La Semaine juridique*, n.13, 2008/1, s. 171-173.

44 Öztekin Tosun, *Ceza ve medeni muhakeme hukuku açısından hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin ispat kuvveti*, s. 51.

45 Silverthorne Lumber Co v. United States 251 U.S. 385 (1920) bkz. Hyman Gross, *a.g.e.*, s. 36.

46 Yener Ünver – Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 658-659; Konuyla ilgili ayrıntılı tartışma için bkz. Ersan Şen, *a.g.e.*, s. 144 vd.

47 Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoglu, *a.g.e.*, s. 1477.

layısıyla suç oluşturmayan ama hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller vasıtasıyla ulaşılan deliller değerlendirilebilir.

Türk ceza yargılaması hukuku açısından ise mevzuatın istisnasız düzenlemesi karşısında özellikle yasak deliller açısından uzak etkinin, yani değerlendirme yasağının geçerli olduğu ileri sürülmektedir⁴⁸. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 2005 yılında verdiği kararda⁴⁹, yargıç kararı olmadan yapılan aramanın, gecikmesinde sakınca bulunan hali gösteren bilgi veya belge bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle aramada ele geçen “*hint kenevirlerini*” değerlendirme dışında tutan Kurul, sanığın ikrarına dayanan mahkûmiyet kararını onamıştır. Bir başka deyişle uzak etkiyi kabul etmemiştir. Zira karardaki karşı oy gerekçesinde de belirtildiği gibi “*hukuk kurallarına uyulmadan yapılan arama sonucu hint kenevirlerinin bulunduğu dair arama zabıtları (sanığın) önüne konulmuştur. Köşeye sıkıştırıldığını hisseden sanık bu baskı altında itirafta bulunmak zorunda kalmıştır*”.

IV. Kişisel görüş

a) Genel olarak: Hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerin ceza yargılamasında değerlendirilmesi sorununu tartışırken ilk önce değerlendirmeme yönündeki görüşün çıkış noktasını, amacını ortaya koymak gerekmektedir. Özellikle Amerikan mahkemelerince konulan “*kolluğu disiplin altına alma*” amacının sistemin doğasına aykırı olduğunun ve sonuçlarının da kabul edilebilir olmadığı belirtilmesi gerekmektedir. Zira hukuka aykırı eylemlerde bulunan kolluğa cezai/idari/hukuki yaptırımların uygulanması, doğru ve gerekli eğitimin verilmesi, başta yargı makamları olmak üzere çeşitli resmi organlara etkin denetim yetkisinin, söz konusu eylemlerden zarar görenlere de etkili hukuk yollarının sağlanması bu alandaki sorunları çözmeye yönelik önerilerdir. Yargılamanın işleyişi üzerinden kolluğu cezalandırmak, sistemin doğasına aykırı olduğu gibi beklenen etkiyi yaratmamak ve yukarıda da değinildiği gibi özel kişilerin hukuka aykırı biçimde elde ettiği delillere karşı çaresiz/çözumsuz kalmaktadır. O halde bu amaçla hareket edilemez.

48 Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 698.

49 YCGK E:2005/7-144 K:2005/150 T:29.11.2005, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt:32 Sayı:3, Ankara, Mart 2006, s. 460-486.

Daha çok Kıta Avrupa'sı ülkelerinde ileri sürülen “temel hak ve özgürlükleri korumak” amacı da kısmen doğru olmakla birlikte yeterlidir. Çünkü aşağıda açıklanacağı üzere sistemin tamamına değil bir kısmına bakmakta, ayrıca şüpheli veya sanığın temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmediği ya da ihlal edilmediğinin ileri sürülebildiği hallerde hukuka aykırı delillerin kullanılabilmesinin yolunu açmaktır. Mahkemelerin tek amacı temel ve hak özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini belirlemek değildir. Bunu da kapsayacak ama içeriği daha geniş ve daha nesnel bir amaca sahiptirler.

Bu da “hukuku uygulamaktır”. Bir ceza mahkemesi, maddi gerçeğe ulaşma çabası içerisinde önüne getirilen bir olayla ilgili yargılama ve değerlendirme yaparken yargılanan kişilerden ve hatta yargılama konusu olay hakkında verilecek kararın olası etkilerinden bağımsız olarak hukuku uygulamayı amaçlar. Bunun da mevzuattaki en somut karşılığı Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrasındaki hükümdür. Böylece “Hâkimler (...) Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”. O halde karar verirken hukuka uymak zorunda oldukları gibi hukuku uygulamayı da amaç edinmek zorundadırlar. Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülüp değiştirilmesi teklif bile edilemeyen “hukuk devleti” ilkesinden çıkan kaçınılmaz sonuç da budur. Zaten hukuk devleti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de kararlarında sürekli gönderme yaptığı ve değerlendirmeleri sırasında dikkate aldığı vazgeçilmez bir kavramdır⁵⁰.

Elbette uygulanacak olan “hukuk” kavramı içerisine başta şüpheli/sanık olmak üzere yargılamaya dahil olan herkesin temel hak ve özgürlüklerinin dikkate alınmasını, korunmasını içermekle birlikte mahkemenin yargılama yaparken amacı yalnızca bu değerleri korumak değil daha üst ve geniş bir kavram olan hukuku uygulamaktır. Aksi anlayış aşağıda da değinildiği üzere yanlış sonuçlara ve uygulamalara yol açabilecektir.

O halde hukuk devletinin bir parçası olarak hukuku uygulamakla görevli olan bağımsız ve tarafsız mahkemelerin, yaptıkları her işlem ve verdikleri her kararda hukuku amaçlamak, hukuku uygulamak zo-

50 Örneğin bkz. *Streletz, Kessler, Krenz - Almanya*, 22.3.2001, par. 81-82; *Assanidzé - Gürcistan*, 8.4.2004, par. 173 ve 175; *Markovic ve diğerleri - İtalya*, 14.12.2006, par. 79; *Nejdet Şahin, Perihan Şahin - Türkiye*, 20.10.2011, par. 56-57 (www.echr.coe.int Erişim: 2.3.2012).

runda olduklarını kabul etmek sistemin doğasına uygun olduğu gibi var olan somut mevzuatın da gereğidir. Böylece her halde ve koşulda hukuku uygulamayı amaçlayan mahkemelerin, ne sebeple ulursa olsun, hukuka aykırı hareket etmeleri söz konusu olamayacağından ceza yargılamasında hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin mutlak olarak değerlendirme dışı tutulması zorunludur. *“Hukuka aykırılığın hiçbir mazereti olamaz. Çünkü mazeret aramaya kalkarsak, hukukun üstünlüğü kağıt üstünde kalır ve uygulamaya geçemez”*⁵¹.

b) İleri sürülen görüşlerle ilgili değerlendirmeler: Şurası açıktır ki ileri sürülen ve mutlak yasaklamayı reddeden görüşler de tam olarak kalıcı çözümler üretmekten uzaktır. Böylece hemen her zaman bir kural konmakta (*“hukuka aykırı deliller kullanılamaz”*), buna bazı istisnalar getirilmekte (*“bazı koşulların varlığı halinde kullanılabilir”*) daha sonra istisnanın istisnası belirlenerek (*“ancak yasa ile yasaklanmış olanlar bunun dışındadır”*) konu daha da tartışmalı hale getirilmektedir.

Öncelikle çıkarların dengelenmesi / nispi yasaklama görüşü son derece muğlak bir yapıya sahip olup başta hukuk güvenliği olmak üzere temel hak ve özgürlükleri tehdit etmektedir. Çünkü karşı karşıya gelen hak veya çıkarların değerlendirilmesi çoğu kez nesnel değil öznel ölçütlere dayanmak zorunda kalacak ve daha önce de belirtildiği gibi bir denge kurulması değil bir hakkın ya da çıkarın feda edilmesi söz konusu olacaktır. Özellikle kasten adam öldürme (TCK m. 81), nitelikli cinsel saldırı (TCK m. 102/2, 3) veya doğrudan devletin güvenliği ile ilgili olan suçlar (örneğin TCK m. 302, 309, 314 vb.) söz konusu olduğunda hemen her somut olayda bu suçlarla korunan hukuki menfaat, şüpheli/sanığın ihlal edilen hakkından daha üstün olduğundan uygulama hukuka aykırı delillerin değerlendirmeye katılması sonucunu doğurabilecek, böylece bu alanda hukuka uyma gerekliliği fiili olarak ortadan kalkabilecektir.

Ayrıca hukuka aykırı eylemleri böylece hukukun içine alabilmek amacıyla yapılacak karşılaştırma niteliksel değil niceliksel olduğundan ulusal güvenlik gibi her türlü kural ya da istisnayı aşabilme özelliğine sahip değerlerin karşısında bugün kesinlikle reddedilen uygulamaların da kabullenilmesi sonucu doğabilecektir. Nitekim Amerika Birle-

51 Çetin Özek, *“Hukuka Aykırı Davranmanın Mazereti Olamaz”*, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1999, s. XVII.

şik Devletleri'nin Guantanamo'daki uygulamaları ile ilgili tartışmalar halen sürmektedir. Ek olarak niteliksel değil niceliksel olan bir yaklaşım, hukuk güvenliği ilkesine de zarar verecektir. Zira uygulamalar ve karşılaştırmalar her mahkemeye göre değişebilecek, farklılaşabilecektir. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2005 yılında yargıç kararı ile gecikmesinde sakınca bulunan hali ortaya koyan veri bulunmayan aramayı hukuka aykırı sayıp değerlendirme dışı tutarken⁵² 2007 yılında aramada bulunacak kişilerle ilgili kurala uyulmamasını “*basit şekil aykırılığı*” saymış ve bir hak ihlal edilmediği için delili kabul etmiştir⁵³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, kendi anlayışı içinde anlaşılabilir olsa da, “*çıkarların dengelenmesi*” görüşüne benzer bir yaklaşım sergileyerek nispi yasaklamadan yana olması da söz konusu görüşü zorunlu hale getirmez. Birincisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin görevi üye devletin yaptıkları uygulamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri'nde korunan temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini belirlemektir. Bu bağlamda, hukuk ve yasa gibi kavramlara yoğun biçimde vurgu yapmakla birlikte tanımlanan haklar çerçevesinde çok daha dar ve özel bir değerlendirme yapmaktadır. Dolayısıyla Strasbourg Mahkemesi açısından, hukuka aykırı delilin değerlendirilmesinden çok genel olarak bütün soruşturma ve kovuşturma sürecinin Sözleşme'nin 6. maddesinde korunan “*adil yargılanma*” hakkına uygun olarak yürütülüp yürütülmediğidir. Mahkeme'nin ulusal yargı makamlarının yerine geçerek karar veriyor durumuna düşmemek için özenle kaçınmasından da doğan bu içtihattan vazgeçip mutlak değerlendirme yasağını benimsemesinin önünde hiçbir hukuksal engel de bulunmamaktadır. Zaten delil elde edilirken, örneğin, Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan “*özel hayata saygı*” hakkının ihlal edilip edilmediği ayrıca denetlenmekte ve ihlal kararları da verilebilmektedir. Nitekim 12 Mayıs 2000 tarihli *Khan-Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, başvurucunun gizlice sesinin kaydedilmesini 8. maddenin ihlali olarak kabul ederken, 6. maddede korunan adil yargılanma hakkı bakımından bir ihlal bulunmadığına karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile ilgili olarak vurgulanması gereken ikinci nokta, ülkeler açısından asgari standartları belirleme-

52 Bkz. n. 49'daki karar.

53 Bkz. n. 40'daki karar.

sidir. Bu nedenle ihlal kararı verilirse ilgili devlet buna uymak zorundadır. Ancak müdahale olmadığı ya da müdahalenin hukuka uygun olduğu yönündeki bir karar ilgili devletin, daha geniş düzenlemeler yapmasını engellemez. Bir başka deyişle Mahkeme genel olarak yargılamaya bakarak karar veriyor olsa da söz konusu yaklaşım üye devletin hukuka aykırı delilleri mutlak olarak yasaklaması için bir engel oluşturmaz. Zaten Mahkeme, üye devletlere belli bir takdir yetkisi tanısa da ihlal edilmemesi gereken bir asgari sınırı da göstermektedir⁵⁴.

Delillerin hukuk uygun elde edilebilirliği görüşü ise bir hukuk devletinde geçerli olmamalıdır. Zira böyle bir anlayış yasal usulleri tamamen uygulanamaz hale getirebilir, hatta Türkiye gibi ceza yargılaması koruma tedbirlerine yönelik neredeyse bütün istemlerin onaylandığı bir ülkede sistemi bütün güvencelerden yoksun bırakabilme tehlikesini de beraberinde getirir. Zira kamu görevlisinin ya yetkisi vardır ve bu çerçevede yaptığı eylemler hukuka uygundur ya da yetkisi yoktur ve eylemi hukuka aykırıdır. Aksi bir yaklaşım sistemi, yabancı unsurlarla zorlamak ve tamamen öznel değerlendirme/uygulamalara yol açmak anlamını taşır.

Dolayısıyla hem gerçek amacın hukuk olduğu hem de diğer görüşlerdeki eksikler dikkate alındığından hukuka aykırı delillerin istisnasız biçimde değerlendirme dışı tutulması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Zaten herhangi bir niceliksel değerlendirme olmaksızın, hukuka aykırı bir işlem veya eylemin hukuka aykırılık oluşturduğunun ve bir hukuk devletinin hiçbir zaman hukuka aykırılığı kabul edemeyeceği / mazur göremeyeceğini saptadıktan sonra varılması gereken tek nokta budur.

c) Mutlak yasağın sonuçları: Yargılamanın amacının “*hukuku uygulamak*” olarak konmasından sonra aslında özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı deliller ve şüpheli/sanık lehine olan hukuka aykırı deliller sorunları kendiliğinden aydınlanmaktadır. Hukuk devleti çerçevesinde bir delil, kim tarafından elde edilmiş olduğundan bağımsız olarak, eğer hukuka aykırı ise mutlak olarak değerlendirme dışı kalmalıdır⁵⁵. Zira amaç Amerika Birleşik Devletleri’ndekinin aksine

54 Emine Eylem Aksoy Rétornaz, *La sauvegarde des droits de l’Homme dans l’exécution de la peine privative de liberté, notamment en Suisse et en Turquie*, Schultess, 2011, s. 39-40.

55 Aynı yönde Yener Ünver – Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 660.

“kolluğu disiplin altına almak” değildir. Böylece 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 217. maddesinin 2. fıkrası, mülga 1412 sayılı yasanın 254. maddesinin 2. fıkrasına göre hem sistemin ruhuna hem de Anayasa’nın 38. maddesinin 6. fıkrasına çok daha uygundur. Zaten kamu görevlilerine tanınmayan bir yetkinin özel kişilere tanınması, Anayasa Mahkemesi’nin de çok doğru biçimde dikkat çektiği gibi özel kişilere, bir hukuk devleti için kabul edilemez biçimde temel hak ve özgürlükleri ihlal etme olanağı sağlar ve *“mafya oluşumlarını”* destekler⁵⁶. Hatta ne pahasına olursa olsun delil elde etmek isteyen ve fakat görevi gereği bazı yöntemlerden kaçınmak zorunda olan kamu görevlilerine de özel kişiler aracılığı ile *“hukuku dolanma”* yolu bulunmuş olur.

Aynı anlayıştan hareketle, hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir delilin şüpheli veya sanığın lehine ya da aleyhine olmasının bir önemi yoktur. Amaç yalnızca temel hak ve özgürlükleri korumak değil daha geniş anlamda hukuk olduğundan hukuka aykırı bir delil, içeriğinden bağımsız olarak, değerlendirme dışı tutulmalıdır. Aksi bir yaklaşım hukuk devletiyle bağdaşmayacağı gibi özel kişilere, *“kendilerini kurtarmak”* için hukuk dışı yollarla başvurma olanağı da sağlanmış olacaktır. Bu bağlamda Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 290. maddesi de bir istisna oluşturmamaktadır. Zira başlık *“sanığın yararına olan kurallara aykırılık”* olup maddenin gerek metni gerekse gerekçesi incelendiğinde kastedilenin sanığın lehine bir hukuka aykırılık değil ve fakat sanık lehine olan bir hukuk kuralının somut olayda uygulanmaması olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Örneğin zorunlu müdafî bulundurulması gereken bir yargılamada (CMK m. 150/3) buna uyulmamış veya hükümden önce son söz sanığa verilmemiş (CMK m. 216/3) ancak sanık beraat etmişse, Cumhuriyet savcısı bu eksiklikleri öne sürerek sanığın mahkûm edilmesi istemiyle temyiz yoluna başvuramaz. Her ne kadar öğretideki ağırlıklı görüş aksi yönde olsa da⁵⁷, hukuk devleti hukuksuzluğu hiçbir gerekçeyle kabul etmemeli ve kişilere *“hukuku dolanma”* olanağı tanımamalıdır.

Amacı hukuku uygulamak olan hukuk devleti yargı organlarının hukuka aykırılığa hiçbir hal ve koşulda başvurması söz konusu olama-

56 AYM E:1999/2 (siyasi Parti Kapatma) K:2001/2, www.anayasa.gov.tr (Erişim: 30.12.2011).

57 Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 697; Ersan Şen, *a.g.e.*, s. 142 vd.; Seydi Kaymaz, *a.g.e.*, s. 266.

yacağından uzak etki bakımından da hukuka aykırı delilin mutlak reddi gerekir⁵⁸. Örneğin usule uyulmadan yapılan bir dinleme sonucunda belli bir adreste uyuşturucu olduğunu öğrenen kolluk görevlilerinin bu kez usule uyarak aldıkları karar çerçevesinde arama yapmaları halinde elde edilen deliller hukuka aykırı olmaktan kurtulamayacaktır. Eğer uzak etki kabul edilmezse hemen hukuk devletin hukuka aykırılığa izin vermiş olacaktır hem de uygulamada ilk hukuka aykırılığın üstünü kapatıp kalanları yargılamada kullanmak gibi yanlış bir sonuca varılabilecektir.

Son olarak değinilmesi gereken konu ise hukuka aykırılığı belirlenen delilin dosyadan çıkarılıp çıkarılamayacağı sorunudur. Öncelikle mevzuata bakıldığında zaman, hukuka aykırı bile olsa, bir delilin dosyadan çıkarılmasının söz konusu olmadığı görülmektedir. Örneğin 1 Haziran 2005 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Adli Kolluk Yönetmeliği’nin 6. maddesinin 6. fıkrası uyarınca soruşturma aşamasında adli kolluğun Cumhuriyet savcısına sunduğu fezlekede hukuka aykırı delilleri göstermesi gerekmektedir. Aynı şekilde kovuşturma sonunda hükmü veren mahkeme, gerekçeli kararda dosya içerisindeki hukuka aykırı delilleri ortaya koymalıdır (CMK m. 230/1-b). Zaten verilen kararın temyiz aşamasında Yargıtay tarafından denetleneceği dikkate alındığında, hukuka aykırılığı konusunda karar verilen delillerin de bu durumunun incelenip gerekirse kabule göre değerlendirilmeye alınabilmesi için delillerin dosyadan çıkartılmaması ve fakat ayrı bir bölümde saklanması uygun olacaktır. Öğretideki genel eğilim de bu yöndedir⁵⁹. Yargıcın, dosyada duran hukuka aykırı delilden etkileneyeceği endişesinin ise mahkemenin kararının mantıklı ve hukuki bir gerekçeye dayanması zorunluluğu düşünüldüğünde pek de haklı olmadığı belirtilmelidir⁶⁰.

Bu bağlamda yapılacak bir öneri de soruşturma sırasında Cumhuriyet savcılığının, özellikle de kovuşturma sırasında mahkemenin, koruma tedbirleri de dâhil elde edilen her türlü delilin, dava konusu suçun ispatına ilişkin kısmına girmeden hukuka uygun olup olmadığını denetlemesi; hukuka aykırılığın belirlenmesi halinde de delili ayrı

58 Aynı yönde Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 698.

59 Nurullah Kunter – Feridun Yenisey – Ayşe Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 1481; Seydi Kaymaz, *a.g.e.*, s. 278; Aksi yönde Ersan Şen, *a.g.e.*, s. 206 vd.

60 Nur Centel – Hamide Zafer, *a.g.e.*, s. 699.

bir kısma koymasındır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da aynı gün verdiği iki kararda⁶¹ benzer bir anlayışı ortaya koymuştur. İlkinde sanığın ikrarı söz konusudur ancak kurallara uyulmadan alındığından hukuka aykırı olduğuna karar veren Genel Kurul, “oyun açıklanmasına” neden olmamak ve kendi deyimiyle “anlamsız bir bozmadan” kaçınmak amacıyla esas ilişkin tartışmalara girmeksizin kararı bozmuştur. “Sırf davaların uzayacağı düşüncesiyle, (...) usul aykırılığını mazur ve meşru” görmeyi reddetmiştir. İkinci kararda da sanığın yine usule uygun yapılmayan sorgusu söz konusudur. Ceza Genel Kurulu, sorgunun “sadece sanık lehine konulmuş bir usul kuralı” olmadığını belirtip, ancak emredici usul kurallarına uyulduğunun anlaşılması halinde işin esasına girilebileceğini belirterek esasa girmeden bozma kararı vermiştir.

V. Sonuç

Ceza yargılaması, gerek mağdur gerekse şüpheli/sanık açısından temel hak ve özgürlüklere en açık ve doğrudan müdahale eden yargılama dalıdır. Bu bağlamda hem mağduriyetlerin engellenmesi / giderilmesi hem de yargılananların haklarının korunması arasındaki hassas dengeye her zaman dikkat edilmek zorundadır. Söz konusu diyalektik yapının en uygun çözümü de hukukun tam ve etkin olarak uygulanmasıdır. Somut tartışma konusu açısından ne temel hak ve özgürlükler mutlak delil bulma anlayışı içinde feda edilmeli ne de yalnızca hakları korumak adına hukuktan vazgeçilmeli.

Sonuç olarak hukuka aykırı bir delil her hal ve koşulda reddedilmeli, dosyada ayrı bir bölüme konup inceleme dışı bırakılmalıdır. Herhangi bir etkilenmeyi engellemek adına da soruşturmada savcılık, kovuşturmada mahkeme öncelikle delilin hukuksallığını tartışmalıdır.

61 YCGK E:1995/7-165 K:1995/302 T:24.10.1995, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt:22 Sayı:1, Ankara, Mart 1996, s. 103-115; YCGK E:1995/6-238 K:1995/305 T:24.10.1995, *Yargıtay Kararları Dergisi*, Cilt:21 Sayı:12, Ankara, Aralık 1995, s. 1884-1898.

KAYNAKLAR

- Aksoy Rétornaz Emine Eylem, *La sauvegarde des droits de l'Homme dans l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en Suisse et en Turquie*, Schultess, 2011.
- Araslı Oya, *Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasındaki Düzenlenişi*, Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.
- Bénédict Jérôme, *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*, Thèse, Editions Pro Schola, Lausanne, 1994.
- Cengiz Serkan – Demirağ Fahrettin – Ergül Teoman – McBride Jeremy – Tezcan Durmuş, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008.
- Centel Nur – Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, 8. Bası, İstanbul, 2011.
- Clayton Richard – Tomlinson Hugh, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Docquir Benjamin, *Le droit de la vie privée*, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- Gauthier Jean, *“Les résultats de l'audio-surveillance comme prévue pénale en droit suisse”*, Rapports suisses présentés au XIIème Congrès international de droit comparé, Zurich, 1987.
- Gross Hyman, *Privacy – Its legal protection*, New York, 1964.
- Guinchard Serge – Buisson Jacques, *Procédure pénale*, LexisNexis, 4^e éd., Paris, 2008.
- Kaymaz Seydi, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Seçkin, Ankara, 1997.
- Kennes Laurent, *La preuve en matière pénale*, T. 1, Kluwer, Bruxelles, 2005.
- Koca Mahmut, *“Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1 Sayı:2, İstanbul, Aralık 2006.
- Kunter Nurullah – Yenisey Feridun – Nuhoğlu Ayşe, *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, 18. Bası, İstanbul, 2010.
- Legler Thomas, *Vie privée et image volée*, Staempfli, Berne, 1997.
- Odman Tevfik, *“Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Kullanılma Sorunu”*, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt III Sayı 4, Ankara, 1995.

- Özek Çetin, “Hukuka Aykırı Davranmanın Mazereti Olamaz”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1999.
- Öztürk Bahri, “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4 Sayı:1-2, 1994.
- Rigaux François, “Les paradoxes de la protection de la vie privée”, La protection de la vie privée dans la société d’information (sous la direction de Pierre Tabatoni), T. I, PUF, Paris, 2000.
- Stefani Gaston – Lévassieur Georges – Bouloc Bernard, *Procédure pénale*, Dalloz, 19^e éd., Paris, 2004.
- Şen Ersan, *Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, Beta, İstanbul, 1998.
- Tosun Öztekin, *Ceza ve medeni muhakeme hukuku açısından hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin ispat kuvveti*, İstanbul, 1976.
- Tosun Öztekin, *Özel Hayatın Gizliliği, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu*, İstanbul, 1977.
- Ünver Yener – Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet, 4. Bası, Ankara, 2011.
- Verny Edouard, “Des sonorisations et des fixations d’images décidées par le juge d’instruction”, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2004/4.
- Yenisay Feridun, “Medyanın Oluşturduğu ‘Dolaylı Aleniyetin’ Kamuoyunu Etkilemesi”, *Güncel Hukuk*, Ekim 2004.
- Yurtcan Erdener, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasağı”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1998.