

Reformun 9. Yılında Ceza Muhakemesi Hukukuna İlişkin Değerlendirme ve Yargıtay Uygulamaları*

Raportör: İbrahim DÜLGER**

Rapora konu oturum Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM başkanlığında, Yargıtay 13. Ceza Dairesi üyesi Vuslat DİRİM, Yargıtay 12. Ceza Dairesi üyesi Gürsel YALVAÇ, Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Recep GÜLŞEN, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. Çetin ARLAN'ın konuşmacı ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Doç. Dr. İbrahim DÜLGER'in rapor-tör olarak katılımıyla gerçekleşmiştir.

Oturumda konuşmacılar sırasıyla tebliğlerini sunarak ilgili konu-larda görüşlerini açıklamışlardır. Bu tebliğ ve görüşler:

I- Vuslat DİRİM (Yargıtay 13. Ceza Dairesi Üyesi)

Adil Yargılanma Hakları

Sayın Vuslat DİRİM, sunmuş olduğu tebliğinde adil yargılanma hakkı bağlamında makul sürenin aşılması, ölçülülük ve oranlılık ilke-lerinin önemini belirtmiştir.

Konuşmasının başında bir önceki gün tartışılan konulardan olan meramını anlatma ilkesi ve buna bağlı olarak savunma hakkının kı-sıtlanamayacağına dair bir Yargıtay kararı üzerinden görüşlerini bil-dirmiştir. Karara konu olayda, birden çok sanık ve birden çok suçun

* Bu çalışma hakem incelemesi dışında tutulmuştur.

** Doç. Dr., Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

bulunduğu dosyada sanığın tehdit suçundan cezalandırılması için hakkında ceza davası açılmıştır. Cumhuriyet Savcısının mütalaasında tehdit suçundan cezalandırılmasına ya da beraatine dair herhangi bir görüş bildirmemiş olmasına rağmen sanığın tehdit suçundan mahkum edilmiş olmasını Yargıtay'ın ilgili Ceza Dairesi, Cumhuriyet Savcısı beyanda bulunmaya zorlanamaz gerekçesiyle onamıştır. Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu ise meramını anlatma ilkesinin adil yargılama ilkesinin gereği olduğunu; sanığın kendisine yönelik suçlamanın ne olduğunu bilmesi gerektiğini, bu nedenle de mahkum olduğu suç konusunda Cumhuriyet Savcısının mütalaada suçla ilgili herhangi beyanda bulunulmamasının meramını anlatma ilkesini zedeleyeceğine ve adil yargılanma hakkının kısıtlanmış olduğuna hükmederek kararı bozmuştur. Aynı yönde Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği benzer kararının olduğunu da vurgulamıştır.

Aynı konu bağlamında Yargıtay 7. Ceza Dairesinin bir kararına da değinmiştir. Olayda mahkeme Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa muhalefet suçundan somut bir ihbara dayanmaksızın belli bir sokakta bulunan birden çok (1 numaradan 25 numaraya kadar) işyerinde bandrolsüz kitap satışı olup olmadığının tespiti için arama kararı vermiştir. Bu karara istinaden bir işyerinde bandrolsüz satış yapıldığı tespit edilmiş ve sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. 7. Ceza Dairesi aramanın mahkeme kararı ile yapılmış olmasına karşın bu kararın herhangi bir somut suç şüphesine dayanmaksızın verildiğini ve bu karara binaen yapılan aramanın usulsüz olduğunu, bu nedenle elde edilen delili hukuka aykırı delil kabul edilerek mahkumiyet hükmünü bozmuştur.

Adil yargılanma hakkının en çok ihlal edildiği hallerin başında yargılamaların makul sürede yapılamaması olduğunu ve bu konuda da ülkemizin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince birçok kez mahkum edilmiş olduğunu bildirdi. Bireysel başvuru hakkının tanınması makul sürenin aşılmasının önlenmesi ve bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde aleyhimize açılan davaların azaltılması açısından atılan önemli bir adım olduğunu; Ayrıca çıkarılmış olan 6384 sayılı kanunun da bu mahkumiyetlerin önüne geçmede önemli oldu-

ğunu, bu sayede ikibinin üzerinde davanın taraflarla anlaşarak tazminat ödenmesi suretiyle sonlandırıldığını belirtti.

Türk Yargıtay'ının iş yükünün çok fazla olduğunu, Alman Yargıtay'ına hukuk ve caza davası olarak yılda sekizbin dosya gelmesine karşın Türk Yargıtay'ına yılda birmilyon dosya geldiğini; Yargıtay'ın geçen yıl dokuzyüzbine yakın karar verdiğini, sadece 13. Ceza Dairesinin geçen yıl kırkikibine yakın karar vermiş olduğunu; ülkemizde bu konuda bir filtre sisteminin bulunmamasının da bunda önemli bir faktör olduğunu ifade etti. Ülkemizde Cumhuriyet Savcılarının uygulamasında dava açmak esas takipsizlik kararı vermek istisnadır gibi bir anlayış içerisinde bulunduğunu; yargılamada yer alan hakim, savcı, avukat herkesin insan haklarını ve hukuk devleti ilkesini öncelikle özümsemesi gerektiğine işaret etti.

Mahkemelerin ve Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması, bu sayede yargılamaların makul sürede gerçekleştirilebilmesi için bir takım filtre mekanizmalarının kanunla getirildiğini; uzlaşma, kamu davasının ertelenmesi, iddianamenin iadesi kurumlarının kabul edildiğini; fakat bunların çok da sağlıklı uygulanmadığını; bu kurumlara uygulamada işlerlik kazandırılması ve hakim - savcı açığının kapatılması gerektiğini ifade etti. Cumhuriyet Savcısının delil takdir yetkisinin olmadığı konusundaki Yargıtay'ın yerleşik düşüncesini eleştirerek bu anlayışın gereksiz dava açılmasında önemli bir etken olduğuna, bunun yanlış bir yaklaşım olduğuna, Cumhuriyet Savcısının da delil takdiri yapabileceğine bu sayede gerekiyorsa takipsizlik kararı verebileceğine vurgu yaptı. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının Yargıtay'ın iş yükünü azaltmada önemli bir kurum olması yanında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna işlerlik sağlanması için kanuni değişiklik yapılarak bir yıllık sınırın artırılması gerektiğini; kamu davasının açılmasının ertelenmesi için erteleme koşullarının kabul edilmesi gerektiğini belirtti.

Ölçülülük ve orantılılık konusunda ise yeni Ceza Kanunumuzun 3. ve 61. maddeleriyle önemli bir düzenleme getirildiğini fakat uygulamada özellikle ilk derece mahkemelerince buna pek dikkat edilmediğini söyleyerek sözlerine son verdi.

II- Gürsel YALVAÇ (Yargıtay 12. Ceza Dairesi Üyesi)

Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat

5320 sayılı kanunla 466 sayılı kanunun yürürlükten kaldırıldığını, 466 sayılı kanunun, kanuna aykırı olarak gerçekleştirilen tutuklama ve yakalamalardaki tazminat sorumluluğunu düzenlediğini; bu kanunun 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırıldığını fakat bu tarihten önce gerçekleştirilen tutuklama ve yakalamalarda 466 sayılı kanun hükümlerinin geçerli olacağını düzenlediğini; 1 Haziran 2005 tarihinden sonraki tutuklama ve yakalamalarda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141, 142, 143 ve 144. maddelerine göre işlem yapılacağı ve karara bağlanacağını düzenlenmiş olduğunu; bu itibarla da hala daha 466 sayılı kanuna göre söz konusu tazminat davalarının devam ettiğini; bunun ise ülkemizde kesinleşmiş kararların tebliğine ilişkin açık bir kanuni düzenlemenin olmasından kaynaklandığını; bu sorunun hem adli yargı açısından hem de bireysel başvuru nedeniyle Anayasa Mahkemesi açısından da mevcut olduğunu belirtti.

Geçmişte de bu sıkıntıların yaşandığını, bunun üzerine 21.04.1975 tarihli 3/5 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla tazminat talebine dair üç aylık sürenin kesinleşmiş beraat kararının ilgiliye tebliğiyle başlayacağını hususunun belirtilmiş olduğunu; böyle bir düzenlemenin bu gün kanuni bir hüküm olarak getirilmesi gerektiğini; kararların kesinleşmesine rağmen bu karardan hak sahiplerinin haberdar olmadıklarını, haberdar olmadıkları için de bu sürenin işlemeyeceğini fakat bu konuda açık bir yasal düzenleme bulunmadığını ifade etti.

Söz konusu içtihadı birleştirme kararı uyarınca hak sahiplerinin aradan onbeş, yirmi yıl geçmiş olmasına rağmen “benim hakkımda verilen beraat kararı kesinleşmiş, bu kararı bana tebliğ et ve ben bu tebliğden sonra tazminat davası açacağım” şeklinde taleplerde bulduklarını, akabinde dava açtıklarını; bunun üzerine Yargıtay’da konunun hakkın kötüye kullanılmasını oluşturup oluşturmayacağı tartışıldı; bu tartışmalar sonucunda Ceza Genel Kurulunca, hiçbir hakkın sınırsız olmadığı gerekçesiyle eğer kişi beraat kararının kesinleşmesinden itibaren tazminat talebine ilişkin hakkını on yıl içinde kullanmamış ise bu hakkın düşeceğine dair karar verildiğini;

gerek ilgili Ceza Dairelerinin gerekse Genel Kurulun bu yönde istikrarlı kararlar verdiğini belirtmiştir.

Sayın Gürsel konuya ilişkin olarak sözlerine aşağıda belirtilen şekilde devam etmiştir.

“CMK 141. maddesinin 1. fıkrasının d) bendinde *Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen* kişilerden bahsedilmektedir. Yargıtay olarak biz yol tutuklamasından kaynaklanan bir olayda bu hükmü işleterek tazminat yönünde karar verdik. Ancak burada iki sorun var. İlki acaba devam eden davalarda bu hüküm nasıl işleyecektir? Biz bu konuda bir kısım tazminat nedenlerinin yargılaması devam eden davalarda da işletilebileceğini düşünmekteyiz. Örneğin makul sürede hakim huzuruna çıkartılmayan kişilerle ilgili olarak tazminata hükmedilebilecektir. Bu yöndeki düşünce, tespit ve ya karar hükmün sonucunu etkilemeye, değiştirmeye yönelik bir karar olmayacaktır.

Yine tutuklu olarak yargılanan kişilerin haklarındaki yargılamanın makul sürede yargılamanın bitirilememesi halinde kanun tazminata talep edileceğini belirtmesine karşın acaba tutuklu olmadan yargılanan kişilerin makul sürede yargılamasının bitirilmemiş olması halinde de bu hüküm işletilecek midir? Kişisel olarak Anayasamızın 90. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddelerindeki hükümlerden hareketle bu durumda da tazminata hükmetmek gerekir. Fakat tutuklu olmayanlarla ilgili olarak daire üyelerinin çoğunluğu bunun aksini düşünmektedir.

Kanuni gözaltı süresi içinde hakim önüne çıkartılmaması durumunda ve yasal hakları hatırlatılmayan kişiler açısından da henüz yargılama devam ederken tazminata ilişkin dava açılabilir ve bu şekildeki davalar Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Ancak tazminata ilişkin verilecek karar asıl davanın sonucunu, hükmünü etkileyecek nitelikteyse burada çok ihtiyatlı yaklaşmak gerekir.

Arama kararının ölçsüz olarak gerçekleştirilmesi yani arama kararının infazının ölçsüz olarak gerçekleştirilmesi halinde tazminata hükmedilecektir fakat arama kararının kendisi, hukukun aradığı şartlara dikkat edilmeksizin verilmesi halinde de tazminat hakkı ka-

bul edilecek midir? Biz verdiğimiz bir kararda bu durumda da yani arama kararının kendisinin mutlak surette hukuka aykırı olması halinde de arama şartlarının gerçekleşmemiş olduğu gerekçesiyle tazminata hükmettik. Ama bu karar istisnai bir karardır ve bütün arama kararlarına ilişkin böyle bir sonuca gitmemek gerekir. Zira yargılama devam ederken bir arama kararının hukuka aykırı olduğu yönündeki bir tespit daha sonra verilecek hükümden kullanılabilir bir delili baştan hukuka aykırı kabul etmek anlamına gelir. Bu nedenle özellikle arama kararlarında çok dikkatli yaklaşmakta ancak çok spesifik olaylarda bu yönde karar vermekteyiz. Yargılamanın sonucunu etkileyebilecek, asıl mahkemenin delil olarak değerlendirebileceği hususlarda dava devam ederken tazminata ilişkin talepler hakkında tazminat şartlarının oluşmadığı yönünde kararlar veriyoruz.

Koruma tedbirlerine ilişkin tazminat davaları 12. Ceza Dairesine intikal ettikten sonra daha önceki yaklaşımları değiştirdik. Örneğin öğrencilere yönelik yakalama ve tutuklamalarda bu kişilerin herhangi bir iş ve gelir getirici faaliyetlerinin olmaması nedeniyle 466 sayılı kanun hükümlerine göre tazminat talepleri reddedilmekteydi. Bu yöndeki yaklaşım değişerek bu durumda da öğrenciler maddi, manevi tazminat talep edebilir şeklinde karar verdik. Öğrenciler gelirleri olduğuna dair belge sunmuşlarsa buna göre, sunmamışlarsa kendi yaş gruplarına dair asgari ücret baz alınarak tazminatın belirlenmesi yoluna gidiyoruz.

Bir diğer görüş değişikliği ise yakalanan, tutuklanan kişilerin tazminatları hesaplanırken resmi, dini tatiller gibi tatil günleri tazminat miktarından düşülmekteydi. Bu anlayış terkedilerek yakalama ya da tutukluluk süresi içerisinde yer alan tatil günleri de tazminat miktarının hesabında göz önüne alındı. Aslında bence yakalama ya da tutukluluk nedeniyle bayram ya da resmi tatil günlerini içeride geçirenlere bu günler için daha fazla miktara hükmetmek gerekirdi.

Geçmiş dönemlerde koşullu salıverilme süresi tazminatta esas alınmamaktaydı. Fakat biz koşullu salıverme süresinin yanlış hesap edilmesiyle bu haklarını geç kullandırılanlar için de tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde karar veriyoruz.

Tazminata neden olan işlemlerin bir kısmı 1 Haziran 2005 yılından önce, bir kısmı da bu tarihten sonra gerçekleştirilmişse bu durumda dava açma konusunda bir takım sıkıntılar var.

İnfazdaki yanlışlıklar tazminata neden olabilecek midir? Örneğin müddetnamesi yanlış hesap edildiği için cezaevinde fazla kalan kişi açısından bana göre tazminata hükmetmek gerekir ama daire üyelerinin çoğunluğu aksi görüşte.

Başka bir suçtan dolayı mahsup işlemi yapılmış olsa da tazminata hükmedilmesi gerektiği ancak bu durumda miktarın belirlenmesinde mahsup işleminin göz önünde tutulmasıyla hakkaniyet ölçüsüyle hareket edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.”

III- Prof. Dr. Recep GÜLŞEN (Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Deliller

Konuşmacı hukuka aykırı aramada elde edilen deliller konusunu bazı Yargıtay kararları çerçevesinde değerlendirmiştir.

Sayın GÜLŞEN tebliğinde aşağıda belirtilen açıklamalarda bulunmuştur.

“Kolluk kuvvetleri herhangi bir arama kararı olmaksızın aldıkları bir ihbar üzerine bir kişinin evine gider, eşinin muvafakatiyle evde arama yaparlar ve evin damında Hint keneviri yetiştirdiğini tespit ederler. Kişi ilk derece mahkemesinde ikrarda bulunur. Hakkında dava açılır ve mahkumiyet kararı verilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu oy çokluğuyla yasal prosedürü gerçekleştirilmeksizin arama yapılamayacağını fakat kişinin samimi ikrarının tek başına yeterli olduğunu kabul ederek mahkumiyet kararını onamıştır. Bu karara katılmak mümkün değildir çünkü delil kanuna aykırı olarak elde edilmiştir. Anayasamızın 38. maddesi kanuna aykırı olarak elde edilen deliller delil olarak kabul edilemez der.

Yine Yargıtay 2009 yılında benzer bir kararda ise tam tersi bir hüküm vermiştir. Sahte rakı üretildiği konusundaki bir ihbar üzerine kolluk güçleri baskın yapar ve sahte olarak üretilen rakıları ele geçirir ve yine sanığın ikrarı gerekçe gösterilerek mahkumiyete karar verilir. Yargıtay velev ki sanık ikrar etmiş olsa bile kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin mahkumiyete esas alınamayacağını belirtmiştir ki bu karar doğru bir karardır.

Bir başka kararda polis bir kişiyi durdurur. Durdurulan kişinin önceden sabıkası olduğu tespit edilir ve kişi üzerinde arama yapılır ve aramada silah bulunur. Yargıtay 2. Ceza Dairesi 20.11.2013 tarihli kararında yine aramanın hukuka aykırı olduğu, dolayısıyla delilin hukuka aykırı olarak elde edildiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Savcının arama emriyle de hukuka aykırı delil elde edilebilir. 2004 yılında gerçekleşen bir olayda müşteki vekilinin müvekkiline ait kitapları yasaya aykırı olarak çoğalttığı iddiasıyla şikayette bulunur. Savcı 5846 sayılı kanuna muhalefetten dolayı ilgili işyerinin aranması yönünde kolluğa yazılı talimat verir ve bunun üzerine gerçekleştirilen aramada iki nüsha çoğaltılmış kitap bulunur. Buna göre verilen mahkumiyet kararı üzerine Yargıtay 7. Ceza Dairesi 22.02.2007 tarihli kararında Cumhuriyet Savcısının ancak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda arama kararı verebileceği aramada asıl olanın mahkeme kararı olduğu ve somut olayda gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun olmadığı gerekçesiyle mahkumiyet kararını bozmuştur.

Hakimin arama kararına rağmen de hukuka aykırı delil elde edilmiş olabilir. Buradaki hukuka aykırılık bizzat hakimin kararından da kaynaklanabilir. Yargıtay 2013 yılında vermiş olduğu kararda korsan kitapla ilgili olarak 1 numaradan 25 numaraya kadar olan bütün işyerlerinde arama yapılması yönündeki hakim kararının arama yapılacak yerin belirsiz olması nedeniyle yasaya aykırı olduğunu belirtmiş; arama kararında aranacak yerin somut olarak belirtilmesi gerektiği, bu itibarla somut bilgi içermeyen karara göre elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu gerekçeleriyle mahkumiyet hükmünü bozmuştur.

Şüphe üzerine durdurulan bir araçta sahte parfüm ele geçirilir ve mahkumiyet kararı verilir. Hukuka aykırı deliller açısından iki tür yaklaşım mevcuttur. Birinci yaklaşım zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir ifadesiyle ortaya konan hukuka aykırı elde edilen delillerin delil olarak değerlendirilemeyeceği görüşü bir diğeri ise menfaatlerin dengelenmesi görüşüdür. Kamusal menfaat üstün ise delil hukuka aykırı elde edilmiş olsa bile delil olarak kullanılabilir. Bu ikinci yaklaşım sakıncalıdır ve bu görüş kabul edilirse sınırsız olarak özgürlüklere müdahaleyi de kabul etmiş oluruz ki bu kabul edilemez.

Rızaya dayalı aramayla elde edilen deliller de hukuka aykırıdır.

Hukuka uygun arama kararı olmasına rağmen aramada kanunda belirtilen şekli şartlara uyulmaması halinde elde edilen deliller hukuka aykırı yolla elde edilmiş delil olarak kabul edilir. Örneğin aramada arama tanıklarının bulunmaması hukuka aykırılık teşkil eder.”

IV- Doç. Dr. Çetin ARSLAN (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Telekomünikasyonun Denetlenmesi ve Dijital Deliller

Sayın ARSLAN Dijital deliller ve telekomünikasyonun denetlenmesi ile ilgili tebliğinde aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur.

“Günümüzde dijital deliller gerek sayı ve gerekse çeşitlilik anlamında bir hayli fazladır. Dijital delil internetteki bir resim ya da yazı olabileceği gibi telefonda tutun da, aracınızın freninden, taşınabilir belleğe varana kadar birçok dijital delile hayatın her alanında karşılaşabiliriz. Dijital delil Ceza Muhakemesinin bel kemiğidir. Dijital deliller yeni bir kavram olduğundan klasik delillere göre değerlendirilmesi ve hukuk sistemine aktarılması yönünden birçok zorlukla karşı karşıya kalınmaktadır. Elektronik delili dijital delille karıştırmamak gerekir. Elektronik delil dijital delili de kapsayan daha geniş bir kavramdır. Bir kasetteki ses ve görüntü kayıtları elektronik delilken bunların bilgisayar ortamına aktarılması halinde bu deliller dijital delil halini alır.

Dijital delili, iddia edilen bir fiilin ispatında kullanılmak istenilen, kullanılan, elektronik ortamda oluşan ya da oluşturulan, değiştirilen, iletilen, saklanan veri, kayıt ve belgeler olarak tanımlayabiliriz. Dijital deliller sanık ikrarı, tanık beyanı gibi benzeri delillerden farklı olarak delilin özünü veya özelliğini ifade eder.

Dijital deliller değiştirildiği dönüştürüldüğü için teknik olarak hiçbir zaman orijinal bir delil olarak nitelendirilemez. Hukukta gerçek kişiyle tüzel kişi ne kadar farklıysa klasik delille dijital delil aynı şekilde farklıdır. O nedenle de orijinalliği tartışılır.

Örneğin bilgisayara kayıtlı bir ses ya da görüntü kaydının dinlenmesi ya da izlenmesi halinde ilgili konu hakkında ayrıntılı ve so-

mut bilgi vermesi nedeniyle temsil ve tespit gücü yönünden üstünlük niteliğine sahip olsa da sakıncalı yönü bu delillerin müdahale edilebilir, değiştirilebilir, ekleme ya da çıkarmalar yapılabilir, farklılaştırılabilir ya da bozulabilir olmasıdır.

Yargıtay uygulamasından da bu hususa işaret edilerek dijital delillerin yapısı gereği manipülasyona açık olması nedeniyle bu delillerin değiştirilmeye, bozulmaya elverişli olması nedeniyle delil olarak tek başına yeterli olamayacağını, bunların diğer maddi delillerle desteklenmesi gerektiğini belirtilmektedir. Yargıtay ayrıca bu deliller üzerinde ekleme, çıkarma, oynama olup olmadığı yönünde incelemenin yaptırılmamasını da bozma gerekçesi olarak kabul etmektedir.

Dijital delillerin bu özelliklere sahip olması, diğer delillerin elde edilmesi konusundaki kurallara uyulmayacağı anlamına gelmez. Diğer deliller nasıl elde ediliyorsa bunlar da aynı şekilde hukuka uygun, yasal yollarla elde edilmesi gerekir. Hukuka aykırı olarak elde edilen dijital delillerin de ispat kabiliyeti yoktur.

Yargıtay 13. Ceza Dairesi üniversite öğretim üyesinin kendi talebiyle ve odasında yapılan hırsızlığı tespit amacıyla yerleştirilen görüntü kaydedici cihazla elde edilen görüntülerin hakkın kullanılması suretiyle hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Burada Yargıtay hukuka uygunluk yönünden bir değerlendirmede bulunmuştur ki bu değerlendirmenin çok doğru bir değerlendirme olmadığını belirtmek gerekir.”

Bilgisayarlarda aramalar konusunda ise, bu hususun kanunla düzenlenmiş olması halinin ihtiyacı tam olarak karşılamadığını, bilgisayarlardaki aramaların belirli suç ya da suçlar için öngörülmemiş olmasının bireylerin hukuki güvenliği açısından sakıncalı ve yanlış olduğunu; bu konuda da kanunda bir suç kataloğunun belirlenmesi gerektiğini, bilgisayarlardaki aramaların her suç için değil belli bazı suç tipleri için öngörülmesi gerektiğini belirtti. Mevcut şekliyle bilgisayarlardaki yapılan aramaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, Anayasaya ve Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesine aykırılık teşkil ettiğine işaret etti. Bu nedenle bilgisayarlardaki aramalar için mutlaka bir katalog suç düzenlemesinin yapılması gerektiğini vurguladı.

Uygulamada dijital delillere daha çok örgütlü suçların soruşturmasında müracaat edildiğini belirtti.

V- SORULAR VE AÇIKLAMALAR

Oturumdaki konuşmacıların tebliğ sunumlarının tamamlanmasının ardından tartışma bölümüne geçilerek dinleyicilerin soru ve katkıları alındı

Bu bölüm ilk soruyu **Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili Alparslan ALTAN** Yargıtay 12. Ceza Dairesi üyesi Gürsel YALVAÇ'a yöneltti. Sayın ALTAN, YALVAÇ'ın tebliğde de belirtildiği gibi kesinleşmiş mahkumiyet kararlarının tebliği hususunun özellikle bireysel başvuru süresinin hesaplanması açısından sorun oluşturduğunu, bu ve devam eden davalarla ilgili haksız tutukluluk ve uzun süren yargılamalarla ilgili olarak yasal düzenleme yapılması gerektiğini ve konuya ilişkin görüşlerini Adalet Bakanlığına ilettiklerini; bitmiş davalarla ilgili haksız tutukluluk konusunda ya da hüküm verilmiş dosyalarla ilgili kendilerine yapılan bireysel başvuruları başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul etmediklerini fakat devam eden davalardaki ihlal iddiaları ile sorunun hala devam ettiğini belirterek, Yargıtay'da, devam eden davalardaki haksız tutukluluk konusunda tazminat verilmesi yönünde bir eğilimin olup olmadığını, bu konudaki yeni kararların bulunup bulunmadığını sordu.

Daha sonra **Hakim Mehmet Reşat Koparan** söz aldı. Arama konusunda en duyarlı hakimlerden biri olduğunu, Türk Ceza Kanununun 120. maddesinde haksız aramanın düzenlendiğini fakat 25 yıllık meslek hayatı boyunca böyle bir davaya rastlamadığını, İstanbul'da iki yıla yakın bir süredir hakimlik yaptığını bu sürede hukuka uygun yapılan bir tek aramaya rastlamadığını, konuyla ilgili olarak Cumhuriyet Savcılarının, hakimlerin hatta Avukatların çok fazla kafa yoramadıklarını düşündüğünü belirtti. Kayseri'de Asliye Ceza Hakimi olarak görev yaptığı sırada Jandarmanın tarihi eser kaçakçılığıyla ilgili arama sonucu elde edilen delillerle kamu davası açıldığını; tek delilin arama tutanağı olduğunu; arama tutanağında "... mahkemesinden alınan ... tarihli sayılı arama kararı uyarınca gelindi, arama yapıldı ve suç delilleri tespit edilerek el konuldu" denildiğini ve oniki kişinin imzasının bulunduğunu; tutanakta ne mahkemenin adının ne tarihin ne de sayının yer aldığını; arama zamanının 19:25 ve Kasım ayı yani arama gece yapılmış olduğunu; Jandarma komutanı yazılı

emir var demek için Cumhuriyet Savcısından yazılı emir aldığını fakat bunun saatinin ise 22:45 olduğunu, aslında bu durumun bile aramanın kanuna aykırı olarak yapıldığını gösterdiğini ifade ederek tek delilin arama tutanağı olduğunu bunun da kanuna aykırı olduğunu gerekçe göstererek iddianameyi iade ettiğini; Savcının bu karara Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde itiraz ettiğini ve Ağır Ceza Mahkemesinin iade kararını kaldırması üzerine mecburen dosyaya baktığını; sanık avukatının bu yargılamada sanığının suçsuz olduğu üzerine savunmasını oluşturduğunu; sanık müdafinin, kendisinin iddianameyi iadeye ilişkin gerekçesini okumuş olsa bütün savunmasını onun üzerine kurup davaya kazanabileceğine rağmen bunun farkına varmamış olduğunu; kendisinin bu davada hem hakim, hem savcı hem de avukat gibi davranarak CMK 217 ye göre beraat kararı verdiğini söyledi. Hakimlerin, Savcılarının ve Avukatların bu konuda gereken özen ve ilgiyi göstermeleri gerektiğine işaret etti.

Avukat Naim KARAKAYA da katkı sağlamak istediğini belirterek; hukuka aykırı delillerde değerlendirmeye ilişkin olarak duruşmanın sıranın değiştirilmesi gerektiğini; CMK 191. maddeye göre duruşmanın iddianamenin okunması ve sanığın sorgusuyla başladığını; bu sırada sorguyu yapan hakimin arama tutanağı, el koyma tutanağı gibi tüm tutanakları okuduğunu; avukatın araya girerek bunların hukuka aykırılığı yönünde bir karar aldırmasının mümkün olmadığını; özellikle arama tutanakları gibi bazı delillerin hukuka aykırılığına dair değerlendirmelerin duruşma hazırlığı aşamasına çekilmesi gerektiğini; aslında Amerika'da olduğu gibi tali dava niteliğinde bunların tartışılıp değerlendirilmesi gerektiğini; hatta sulh ceza hakimlerinin soruşturma aşamasında delillerin hukuka aykırılığını değerlendirerek bu konuda bir karar vermesinin ve bu kararını kapalı bir zarfla dosyala eklemesinin faydalı olacağını belirtti. Ayrıca CMK.'nın 135. maddesiyle ilgili kısımda Yargıtay'ın meşru savunma kabul ederek tehdit ya da hakarete uğrayan kişinin kayıt yapabileceğini belirten görüşüne katılmadığını; 135. maddenin disiplin soruşturmasında kullanılmasını maddenin 1. fıkrasına aykırılık teşkil ettiğini; 138/2 deki düzenlemenin yanlış uygulandığını iletişimin tespiti esnasında yeni bir suç işlenmesinden bahsedildiğini yeni bir kişiden bahsedilmediğini, bu dinleme esansında dinlemeye konu olan kişinin dışında onunla görüşen

kişiler hakkında da yeni bir suça ulaşıldığının kabulüyle dava açılmasının kanuna aykırı olduğunu; yine CMK.'nın 122. maddesinin de uygulamada yanlış uygulandığını belirtti.

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN, sorusunu Recep GÜLŞEN'e yönelterek tebliğindeki itiraf eden sanığın itirafına istinaden mahkum edilmesini hukuka aykırı bulmasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları özellikle Gäfken/Almanya kararı çerçevesinde bunu nasıl yasak delil olarak değerlendirdiğini sordu. Gäfken/Almanya kararında mahkeme işkence ya da işkence tehdidiyle sanık ikrarın yasak delil olmasına karşın hakim önündeki samimi ikrarın hukuka uygun delil olarak değerlendirdiğini, ikrarın geçerli olduğunun kabul edildiğini belirtti. Gürsel YALVAÇ'a yönelik olarak da yol tutuklaması konusundaki karar başta olmak üzere Yargıtay'ın verdiği benzer kararları takdir ettiğini; buradan Yargıtay'ın, koruma tedbirleri ile mağdur olan kişiler lehine 141 ile 144. maddeler arasındaki düzenlemeleri Ceza Muhakemesinde kıyasın serbest olduğunu kabulle benzer hallerde de uygulamasının mümkün olup olmayacağını yoksa Yargıtay'ın bu düzenlemelerdeki sınırının dışına çıkmama gibi bir yaklaşımının mı geçerli olduğunu sordu. Son olarak Çetin ARSLAN'ın sunumuna ek olması adına Ceza Muhakemesi Kanununun hazırlık çalışmalarında bilgisayar ortamında oluşturulan belgelerin de delil olacağı yönünde düzenleme yaptıklarının fakat bu düzenlemenin Mecliste çıkarıldığını ifade etti.

Yrd. Doç. Dr. Volkan Murat DÜLGER, Çetin ARSLAN'a yönelik olarak yeni yapılan değişikliklerle CMK.'nın 134. maddesinde somut delillere dayalı suç şüphesinden bahsedildiğini; bunun karşıtı olarak soyut delilin ne olduğunu; zaten somut suç şüphesinin bulunduğu yerde bilgisayara neden girildiğinin izahının ne olduğunu; görevli herkesin digital delillerin nasıl değerlendirilmesi gerektiğini tartışmaları gerektiğini bu konudaki mevcut eserlerin iyi bir şekilde incelenmesi gerektiğini ifade etti. Hukuka aykırı delillerle ilgili olarak da Vuslat DİRİM'e yönelik olarak bir hafta önce katıldığı bilimsel bir toplantıda Cumhuriyet Savcısının bir soruşturmada hukuka aykırı delili tespit ettiğini, soruşturmaya ilişkin tek delilin de bu olması karşısında soruşturmaya yer olmadığına dair karar verdiğini, daha sonra bu kararı nedeniyle hakkında soruşturma yapıldığını, bu nedenle de bir daha hukuka aykırı elde edilen delil nedeniyle kovuşturmaya yer

olmadığına dair karar vermeyeceğini belirttiğini dolayısıyla sadece hakim, savcı ve avukatların değil Adalet müfettişlerinin de konuyu bilmeleri ve önemsemeleri gerektiğini ifade etti.

Gäfken/Almanya kararıyla ilgili olarak da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ülkelerin bu konudaki delil değerlendirme yasaklarına karışmayacağını belirttiğini; Gäfken/Almanya kararıyla verilen Hint keneviri örneğinin benzer olmadığını; Gäfken/Almanya olayının Rusya ya da Türkiye’de gerçekleşmesi halinde mahkemenin böyle bir karar vermeyeceğine inandığını, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu kararıyla hata yaptığını, sınıfta kaldığını söyledi.

İstanbul Bilgi Üniversitesinden Araştırma Görevlisi (İsmi anlaşılamadı) suça muhatap olan kişinin kendi telefonunu kayda almasının meşru müdafaa kapsamında kabul edilmemesi gerektiğini; burada saldırıyı defetmek gibi bir amacın bulunmadığını belirterek 135/7. maddedeki hüküm mevcutken kişinin başkasıyla yaptığı telefon konuşmasını kaydetmesini ve bu kaydın da delil olarak kabul edilmesini nasıl izah edebilirsiniz diye sordu.

Avukat Cesim PARLAK, arama ve haksız gözaltı, yakalama ve tutuklamaya ilişkin tazminat davalarında avukatların olumlu bir sonuç alamadıklarını; tazminat miktarının belirlenmesinde nasıl bir kriter uygulandığını merak ettiğini; çünkü özellikle maddi tazminatta gerçekçi bir tazminatın belirlenmediğini; tazminata ilişkin yargılamaların seri bir şekilde gerçekleştirilmesi için düzenleme yapılması gerektiğini; Yargıtay’ın iş yükünün çok olduğunu belirttiğini fakat Yargıtay’dan kesin olarak olumlu bir sonuç çıkmayacağını bilen bir avukatın temyiz etmemesi nedeniyle müvekkili tarafından görevi kötüye kullandığı iddiasıyla yargılandığını ve Yargıtay’ın da bu görüşte olduğunu; dijital verilerle ilgili olarak CMK’nın 135. Maddesinde değişikliğe gidildiğini, Ceza Muhakemesi kurallarında derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğunu bu itibarla da henüz kesin hüküm verilmeyen davalarda önceki dinlemelerin dikkate alınmaması gerektiğini belirterek bu konuda Yargıtay’ın görüşünün ne olduğunu Cetin ARSLAN’a sordu. Ayrıca bu türdeki sonraki toplantılarda avukatlara da yer verilmesinin daha isabetli olacağını, konunun bir başka pencereden de ele alınmasının sağlanmış olacağını ifade etti.

Sorulara ilişkin verilen cevaplarda ise:

Vuslat DİRİM:

Kendi dairelerinin verdiği ve meşru müdafaa olarak kabul edilen kararda mağdurun odasından hırsızlık yapıldığını, fakülte yönetimiyle görüşerek odasına kamera taktırdığını; bu sayede hırsızlık yapanın kim olduğunun tespit edildiğini; bu görüntü kaydı şeklindeki delile dayalı olarak mahkumiyete karar verildiğini; dairenin bu olayda meşru müdafaa değil TCK.'nın 26. maddesinde, Anayasanın 36. maddesinde ve sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen iddia ve savunma hakkı çerçevesinde elde edilen meşru bir delil olarak kabul ettiğini; bu durumun hakkın kullanılması olarak değerlendirildiğini; mobeselerden elde edilen delillerin meşru kabul edilip, suça muhatap olmuş mağdurun elde ettiği kayıtların delil olarak değerlendirilmesinin çelişki olacağını belirtti.

Diğer bir soruyla ilgili olarak kendisinin de savcılık yaptığını, savcılığın iş yükünün ve sıkıntılarının ne olduğunu çok iyi bildiğini kendisi olsa soruşturma geçirmesine rağmen doğru bildiğini yapmaya devam edeceğini; hukuka aykırı delil karşısında defalarca takip-sizlik kararı vereceğini ifade etti.

Çetin ARSLAN:

CMK.'da yapılan değişikliklerin kesinleşmiş mahkumiyetler dışında derhal uygulandığını; bu konuda bir tereddüt olmadığını; örnek olarak daha önceden belli durumlarda dosya inceleme yasağının bulunduğunu, daha sonra yapılan değişiklikle bunun kaldırıldığını, bu eski düzenleme nedeniyle dosya inceleyememiş olmanın savunma hakkının kısıtladığı bir durum olduğu takdirde Yargıtay'ın vereceği bir kararla bozma sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğine inandığını belirtti.

Dijital delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi konusunda eksiklik bulunduğunu kabul ettiğini, bu konuda hukuk fakültelerinin de bu konuda eğitim çalışması yapmasının önemli olacağını; kuvvetli suç şüphesi varsa somut delilin varlığını kabul etmek gerektiğini düşündüğünü; getirilen değişikliği tasvip etmediğini çünkü ağır ceza mahkemesinin hapis cezasına mahkumiyete ilişkin ikiye bir karar vermesine rağmen koruma tedbirine ilişkin kararı oy birliğiyle alması zorunluluğunun anlaşılır olmadığını ifade etti.

Gürsel YALVAÇ

Devan eden yargılamalardaki tazminat konusunda CMK.'nın 141. maddesinde sınırlı bir sayma olması nedeniyle bir kısmında yargılamanın mutlaka tamamlanmış olmasının gerektiğini; fakat hakları belirtilmeden ve kullandırılmadan yargılama yapılmışsa bu durumda yargılamanın tamamlanmış olması şartının aranmasına gerek bulunmadığını; kanunda belirtilen koşullara uyulmaksızın gerçekleştirilen yakalama ve tutuklamalarda ya da tutukluluğun devamı kararlarında kendisinin devam eden yargılamalarda da tazminatın sınırlı bir şekilde kabul edilmesi gerektiğini düşündüğünü; fakat daire üyelerinin çoğunluğunun yargılamada verilecek kararı etkileyebileceği gerekçesiyle bu görüşte olmadığını belirtti.

Kıyas yapılabilir mi sorusuna ilişkin olarak da pekala yapılabileceğini fakat kıyastan çok Anayasanın 90. maddesine göre ve sözleşmeden hareketle bu kapsamın genişletilebileceğini düşündüğünü; adalet komisyonunda bulunan değişikliğin yasalaşması halinde zaten bu değişiklik çerçevesinde bunun sınırının genişletilebileceğini ifade etti.

Tazminat miktarının belirlenmesi hususunda ise ceza hakimlerinin hukuk hakimlerine nazaran daha cimri davrandıklarını, dairedeki bu yöndeki kararlara muhalif olduğunu ve tek başına muhalif olmasının da bir anlam ifade etmediğini, Genel Kurulun da daire çoğunluğuyla paralel düşündüğünü; askeri ücretin esas alındığını, yetersizliği faiz işletmekle kısmen gidermeye çalıştıklarını ifade etti.

Prof. Dr. Recep GÜLŞEN

Ceza yargılamasında vicdani delil sisteminin geçerli olduğunu ve hakimlerin bütün delilleri dikkate alması gerektiğini ancak daha yolun başında hukuka aykırı bir aramayla elde edilmiş bir delilin söz konusu olduğunu; bu delile oluşturulan baskıyla o itirafın gerçekleşmiş olduğunu; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dışında daha özgürlükçü bir karar vermeye herhangi bir engelin bulunmadığını belirtmiştir.

Tebliğlerin sununu, dinleyicilerin soru ve katkılarının ardından konuşmacılarca sorulara verilen cevaplarla birlikte oturum sona ermiştir.