

FAILİN TEŞHİSİ

Kanıtlama Değeri ve Tekrarlanması (*)

Yazan: Otto Schweling

Çeviren: Asis. Erdener YURTCAN

«Adli hataların tarihçesi, insanların benzerlikler karşısında nasıl inanılmıyacak derecede yanıldıklarını gösterir (1). «Ünlü adli hataların büyük bir bölümü yanlış teşhisten doğmaktadır.» (2).

I. Kriminoloji ve psikoloji bilimleri, failin teşhisi için tanıklarla yüzleştirilmelerinde, genel olarak kabul edilen şu hükümlere varmıştır:

1. Önce yüzleştirme için şu belli ana şartlara uymak zorunludur.

a) Şayet faillik şüphesi altında bulunan veya fail olduğu sanılan kişi, bu kişiyi gören tanıkla yüzleştirileceği zaman, bu yüzleştirmenin, tanığa bir seçme imkânı verme yoluyla yapılması gerekir, yani şüpheli tanığın karşısına bir gurup şahıs içinde çıkarılmalıdır (3). Bu kişilerin sayısı da az olamaz (4).

(*) Ç. N.: Alman Federal Mahkemesi Başsavcısı Otto Schweling tarafından yazılmış olan bu makale, MDR, 1969, Heft 3, s. 177 - 179 da yayınlanmış ve yazarın izni ile çevrilmiştir.

(1) Gross/Seelig, «Handbuch der Kriminologie» Bd. 1, 8 Aufl. 1942, S. 383, 384 başka psikoloji literatüründen fikirler, yazarın kendi fikirleri yer almaktadır.

(2) Seelig, Lehrbuch der Kriminologie, 2 Aufl. 1951, S. 221.

(3) Lipmann, Grundriss der Psychologie für Juristen, 2. Aufl. 1914 S. 118, Hellwig, Über die Technik von Gegenüberstellungen zur Feststellung der Personengleichheit, Tatbiki psikoloji Dergisinde, Leipzig 1929 S. 214; Gross/Seelig, S. 388, Seelig, 221, Grassberger, Psychologie des Strafverfahrens, Wien 1950, S. 141; Hellwig, Psychologie der Vernehmungstechnik bei Tatermittlungen, 4. Aufl. 1951, S. 293; Meixner, Kriminaltaktik, 1954, S. 122.

(4) Polisin uygulaması 6-8 kişiyi birlikte yüzleştirmektir, Kriminalbeamte und sein Arbeitsgebiet, 1964, s. 205.

b) Bu seçimlik yüzleştirme esnasında şüpheli kişi, bu gurup içindeki kişilerden kolayca ayrılabilir nitelikte olmamalıdır, yani bu kişilerin, aynı boyda, benzer giyimli olmaları ve şüpheli kişiyle aynı sosyal çevreye ait olmaları gerekir (5).

c) Yüzleştirmeden önce görgü tanığına, failin belli bir özelliğinin olup olmadığı, yani sakal veya aksayan bir yürüyüş gibi, sorulmalıdır. Tanığın cevabı olumlu olduğu takdirde, diğer bütün yüzleştirmede bulunan kişilerin bu özelliğe sahip olması gerekir (6).

d) Yüzleştirmeden önce tanığın şüpheliyi göze batacak biçimde görmesine, örneğin bir kolluk memurunun refakatinde veya kelepçeli olarak, engel olunmalıdır (7).

e) Görgü tanığına daha önce, aranılan failin mutlaka bu kendisine gösterilen kişiler içinde olmadığı da hatırlatılmalı ve anlatılmalıdır. Aksine bir telkin hatalı bir sonucu doğuracaktır (8).

2. Bu kadarı yeterli değildir. Teşhisin ne kadar güvenilir olduğu konusunda karar verecek olan yargıç, aşağıda sayacağımız muhtemel hatalardan korunmak için tanığı bu konuda dikkatle dinlemelidir.

a) Fiilin işlendiği sıradaki koşullar tanığın gözlem ve anılarını zamanla bozabilir. Belirli bazı koşul ve olayların bu duruma yatkınlığı vardır. Bunlar arasında birinci plânda şunlar sayılabilir: fiilin oluş anında tanığın içinde bulunduğu psikolojik gerginlik, —korku ve heyecan gibi, ve fiilin oluşundaki özellik, — olayın çabuk cereyan etmesi, psikolojik durumların çokluğu, ışık durumları, failerin çokluğu ve mağdurun çığlıkları gibi (9).

(5) Hellwig, Psychologie, S. 295, Gross/Seelig S. 388, Seelig, S. 237 Grassberger, Meixner, S. 123. Bunun dışında şüpheli kendi elbisesini giymiş olmalıdır, Gross/Seelig, Hellwig, Über die Technik.

(6) Seelig, S. 237, Grassberger, S. 141/142, Hellwig, Über die Technik.

(7) Seelig, S. 237.

(8) Seelig, S. 221, die Hauptquelle der Fehldiagnostizierungen liegt in der suggestiven Wirkung, die von der Erwartung ausgeht; aynı şekilde Gross/Seelig S. 384, Grassberger, Lipmann, S. 96, Plaut, der Zeuge und seine Aussage im Strafprozess, Leipzig 1931, S. 10, 11.

(9) Altavilla, Forensische Psychologie, 1955, Bd. 1, Kapitel 11, S. 320/322. Teşhiste hataların en önemli bölümü birinci teşhisteki şartlardan doğmaktadır, aynı şekilde Hellwig, Über die Technik, S. 214.

b) Faili aranan fiil, tanık tarafından yaşanmış başka bir olaya, örneğin yıllar önce yaşanmış ve dış görünüşüyle, özellikle failin davranışından dolayı, aynı bankanın iki defa soyulması gibi, bir başka olaya benziyorsa, böyle bir benzeyişin, sözügeçen olayın algı ve anısını önceki olayın algı ve anısı ile gölgeleme ihtimali çok fazladır (10).

c) Kişiler arasındaki benzerliklerin yanılgılar yarattığı bilinen bir gerçektir. Ancak daha az bilinen bir nokta, hısımların, özellikle kardeşlerin, «aileye çekme» durumu dolayısıyla kolayca karıştırıldıklarıdır (11). Benzerlik duyguları bunların dışında büyük sayıda diğer niteliklerden de doğabilir, ses tonunun benzerliği veya aynı parfümün kullanılması gibi (12).

3. Özellikle ilginç olan, her yeni teşhisin ilk teşhise olan durumudur.

a) Yalnızca tanığın, olay sırasındaki gözlemi ile yüzleştirme sırasındaki gözlemine karşılaştırması halinde hatasız bir sonuç ortaya çıkacaktır. İlkinden sonra yapılacak her teşhis, ilk teşhisin gözlemine etkisi altında kalacaktır. Bu etkileme öyle kuvvetli ve canlı olabilir ki, ikinci teşhis yalnızca birinci teşhisi yansıtmaktan başka bir işe yaramaz (13).

b) Bunun anlamı şudur: Bu ilk teşhis bir yanılgıya dayanıyorsa, her sonraki teşhis de bu yanılgıdan etkilenecektir şayet birinci teşhis sırasında yanılgıyı doğuran bir noktaya dikkat edilmemişse, her sonraki teşhiste bu nokta ve yanılgı kökeni etkisini göstermekte devam edecektir. Demek ki birinci teşhis sırasında uğranılan zarar «onarılamıyacak» bir zarar olmaktadır (14).

c) Birinci teşhisin bu tehlikeli etkileme hususu tanık tarafından bilinmeyecektir, çünkü bu tip psikolojik etkiler bilinç altında

(10) Lipmann, S. 107.

(11) Altavilla, S. 328.

(12) Altavilla, S. 329.

(13) Aşağıdaki yazarlar da aynı görüşte, Altavilla, S. 339, her sonraki teşhis faydasızdır, Hellwig, über die Technik, S. 221, sonraki teşhislerin ispat gücü yoktur, Karş, Schrenk, Einführung in die Psychologie der Aussage, Leipzig 1921, S. 54.

(14) Hellwig, «Zur Psychologie», s. 129, 130, 293, 295; Altavilla, s. 339 ve Hellwig, «Über die Technik».

kalacaktır. Tanığın, önceki teşhislerin etkisi altında kalmadığı hakkında yemin etmesinin de faydası yoktur (15).

II. Kriminalistik uygulama bu hükümleri kabul etmiş, bunların dışında deneyler edinmiş ve bunları kanıtama değerinin yükseltilmesi veya kanıtama değerini düşürecek nedenlerden korunma alanında faydalanmıştır (16).

Nürnberg suç polisi (17) yüzleştirmeler için, Venezuela aynası denilen bir aynayla ayrılmış iki odayı kullanmaktadır. Odalardan birinde, kendisini görmeyen ve kendisine gösterilen kişilerin bulunduğu diğer odayı görebilen tanık bulunmaktadır. Bu yöntem tanığın korku, utanma ve heyecan duygularını kaldırmaktadır. Yüzleştirme konusunda şüpheliye önceden haber verilmektedir (18). Bu şekilde hazır olan ve numaralar taşıyan kişiler tarafından fotoğraflar çekilmekte ve yüzleştirmenin sonuçları elde edilmektedir (19).

III. Hukuk bilimi ve uygulaması bu alana gerektiği kadar, hak ettiği ölçüde önem vermiş değildir (20).

Ancak hukuk bilimi (I) altında verdiğimiz sonuçları itirazsız kabul etmiş görünüyor. Löwe/Rosenberg dahi yüzleştirme için aynı

(15) Hellwig, «Psychologie...», S. 130; sonradan dahi tanık teşhis kabiliyeti konusunda kontrol edilse dahi, onun yanılmıyacağı kanaatine varılamaz»; karş. Grelin, «Zur Psychologie der Aussage», 2. Aufl., s. 11, 12; Schrent.

(16) Karş. «Der Kriminalbeamte und sein Arbeitsgebiet», Schriftenreihe des Bundeskriminalamtes, 1964, s. 205 ve d.; bundan başka Kleinschmidt'in «Lehrbuch für den praktischen Kriminaldienst», 1953, s. 159 adlı eseri de belirtilmelidir; Taschenbuch für Kriminalisten, Verlag Deutsche Polizei, Hamburg, 3. Jahrg. 1953, S. 166 ve Zeitschrift» Kriminalistik vom. Aug. 1954, S. 213 und ff. Bu son sayılan eserlerde, yargıca tanık dinlerken düşünmesi mümkün hataların eksiksiz bir listesi de veriliyor.

(17) Yazara verilen bilgi.

(18) Yazara verilen bilgiye göre, Dortmund suç polisi de aynı biçimde davranmaktadır.

(19) Yazar yalnız Nürnberg ve Dortmund polis müdürlerinden bu konuda bilgi edinmekle yetinmiştir, çünkü daha derinlemesine bir araştırma, bu makalenin kapsamını aşacaktı. Nordheim - Westfalen ve Bayern eyaletleri polis müdürlerinin ifadelerine göre, bu eyaletlerde yerleşmiş tek yönlü bir uygulama yoktur.

(20) Bu konudan Hellwig de 38 yıl önce «über die Technik...» adlı yazısında şikâyet etmektedir.

(21) Komm. zur SETPO, 21. Aufl., § 58 Aum. 3.

giyim, saç biçimi ve sakalı koşulluyorlar (22). Eberhard Schmidt (23) Hellwig'in «Psikoloji» sine dikkati çekiyor, Müller/Sax (KMR) (24) Hellwig'i takiben seçimlik bir yüzleştirme istiyorlar ve yenilenen teşhisin tehlikesine işaret ediyorlar.

Genel olarak yapılan açıklamalar, (II) altında verilen açıklamalarla karşılaştırıldığında, uygulayıcı düşülebilecek yanılgılar alanında fazla aydınlatmış gözüküyor (25).

Federal Mahkeme gecikmiş olarak yalnız «yinelenecek teşhis» konusunu ele almıştır (26). Bu olayda da yinelenen teşhisin kanıtlanma değeri, özel bazı nedenlerin varlığından dolayı şüpheli kalmaktaydı.

Buna rağmen, karar dikkatle okunduğu zaman içinde üç cümle dikkati çekmekte ve yukarıda I de varılan sonuçlarla birleşmektedirler:

a) «Yinelenen teşhisin ne kadar güvenilir olduğu, her teşhis bir öncekinin etkisi altında kaldığından çok şüpheli olmaktadır (27)».

b) «Daha önceki teşhislerde yanılmış olması bu şüpheyi artırmaktadır (28)».

c) «Tanık — kendisi farkında olmaksızın — sonraki teşhis sırasındaki durumunu ilk teşhisdeki durumuyla karşılaştırmaktadır.»

Bu arada mahkeme, Hellwig'in «Psikoloji» adlı eserine ve Altavillaya dikkati çekmektedir (29).

Sonuç olarak Federal Mahkeme, olay hakiminin kendisi tarafından (a-c) altında açıklanan sonuçları ve deneyleri göz önünde tutmasını istiyor. Fakat buna rağmen fiili yargılayan mahkeme, bütün şüpheli durumuna rağmen, son teşhise değer veriyorsa, bunu da

(22) Zeitschrift für die gesamte kriminalistische Wissenschaft und Praxis, 1951, s. 19.

(23) Lehrkommentar zur StPO, G. Aufl. 1966, § 58 Anm. 4.

(24) Komm. zur StPO, G. Aufl. 1966, § 58 Anm. 4.

(25) Schwarz - Kleinknecht, Komm. zur StPO, 1967, § 58 Anm. 5., Müller Sax'ın bir tavsiyesi ile kendilerini sınırılıyorlar.

(26) BGHSt 16, 204.

(27) S. 205.

(28) S. 206.

(29) S. 205, S. 206.

açıklamasını istiyor. Ve olay yargıcı bu «daha derinlemesine» açıklamayı yapmadığı takdirde, yargıcın bu son teşhisin şüpheli durumunun farkında olmadığı sonucuna varılacağını da ekliyor (30).

Federal Mahkeme daha yeni ve yayımlanmamış bir kararında (31), ilk teşhise en büyük önem, ve yinelenen teşhise de yalnız «onay» değeri verilmesi gerektiğini belirtiyor.

Ayrıca Federal Mahkemenin diğer kararlarındaki açıklamalar, özellikle yargıcın tanık psikolojisi konusundaki bilimsel deney kurallarına dikkat etmesi gerektiği hakkındaki uyarılar (32), Yüksek Mahkemenin ilke olarak teşhis sorununu ve psikolojik deney kurallarını bildiğini göstermektedir.

IV — (I) altında açıklanan kriminolojik ve psikolojik hükümlerden hukukî sonuçlar çıkarmak zorunlu olmaktadır.

Bu sonuçlar şöylece sıralanabilir:

1 — Yinelenmiş teşhis daima ve kuraldışı olarak, nerede yapılsa yapılsın, ister kollukta, ister yargıç önünde, ister ön, isterse son soruşturmada, hiçbir kanıtlama değerine sahip değildir (33). Bu teşhis, Alman CMUK 244/3 anlamında tamamen değersiz bir delildir. Ancak bir tanığın olay sırasında sahip olduğu algıyı koruması ve bundan sonra ilk teşhisin kendisini bu konuda yanıltmamış olması ihtimal dahilindedir. Ancak hiçbir zaman, hatta en emin tanığın yüzleştirilmesinde veya dinlenmesinde dahi, yanıltıcı bir durumun meydana geldiğini reddetmeye imkân yoktur. Her insanda, bu insan hangi zekâ derecesinde olursa olsun, böyle bir durum (kendisinin de bundan haberi olmaksızın) meydana gelir. Bu hüküm Federal Mahkemenin kararındaki hükmü aşmaktadır (34). Ancak uygulama alanında bu hükümden faydalanılmak yoluna gidilmeli, bu bir kazanç olarak kabul edilmelidir.

Sonuç şudur: İkinci bir yüzleştirme denemesi yapılmamalıdır. Böyle bir deneme yalnız faydasız olmakla kalmayacağı (35), hukuki yönden bir değeri de olmayacağı gibi, ayrıca bu deneye lâyık o-

(30) S. 206.

(31) 4 StR 637/67 vom 8.3.1968.

(32) Z. B. BGHct 6, 70 und 17, 385.

(33) Hellwig için zaten daha 1330 bak, yukarı.

(34) Bak. yukarda, BGHSt 16, 204 und 4 StR 634/67 vom 8.3.1968.

(35) Bak. Altavilla, Anm. 13.

madığı bir kanıtlama kuvveti tanındığı ve gerçeği yansıttığı sanıldığı zaman, kararın yanıltıcı bir kanıtlamaya dayanması nedeniyle, tehlikeli olması da söz konusudur. Diğer yönden ikinci bir teşhis değer olarak bir ikinci denetim değerini de taşımayacaktır, çünkü her denetimin en az belirli bir öz değeri olması gerekir; ayrıca bir onay değeri de yoktur (36) çünkü her onayda şimdiye kadar elde bulunan kayıtlama araçlarının yetmediği hükmü yer almaktadır (37).

2. Bu nedenle, bütün ağırlık birinci teşhiste yatmaktadır. Bu durumda da bu teşhisin bilimsel gereklere uygun olarak yapılmış olması bir zorunluktur (38).

3 — Bu ilk yüzleştirme hemen hemen daima ön soruşturma safhasında gerçekleşeceğine göre, yargıç, son soruşturmanın bu en önemli kanıtlama sorununda delil ortaya koymanın hazırlık soruşturması devresine kaydığının bilincine varmış olmalıdır. Yargıç bu kanıtlama olayını yeniden kurmak ve denetlemek için, elinde bulunan bütün imkânları kullanmalıdır. Bu nedenle fiilin aydınlanması bakımından, fiilin saptanmasına eş durumda olan bu «ikinci delil ortaya koymada» yargıç, kararını verirken ve teşhisin ne kadar güvenilir olup olmadığını saptama aşamasında, sanığın, teşhis tanığının ve yüzleştirmeyi yöneten kolluk memurunun sözlerinden, elde edilmiş olan fotoğraflardan, tape bandlarından, stenolardan yararlanarak durumu canlı bir şekilde tutmaya çalışmalıdır. Ayrıca kendisi (I) altında sayılan hükümleri de göz önünde tutmalıdır (39).

4 — Yargıç bu «ikinci delil ortaya koyma» nın sonuçlarını, vereceği kararın gerekçeleri arasında belirtmelidir. Çünkü ancak bu biçimde davrandığı takdirde, sanık ve temyiz mahkemesi için yar-

(36) BGH 4 StR 634/67 v.m. 8.3.1968.

(37) Uygulamada faili daha önce teşhis ettiğini sanan tanığa sorulacak soru şu biçimde sorulmamalıdır: **Şimdi** de sanığı fiilin faili olarak tekrar teşhis edebiliyor musunuz? «O zaman hangi özelliklerinden dolayı sanığı fail olarak teşhis etmişsiniz?»

(38) (II) altında belirtilen kriminalistik deneyler gözden uzak tutulmamalıdır.

(39) Delil ikamesinin bu biçimde sınırlandırılması Alman ceza mahkemesi için alışılmamış bir durum değildir. Delil ikamesinin hazırlık soruşturması yapılması ve maddî veya hukukî sebeplerden dolayı duruşmada tekrarlanmadığı haller vardır, örneğin § 251 StPO.

gıcın doğru hareket edip etmediği, yanılıya düşüp düşmediğini yeniden denetim imkânı var olacaktır.

Yargıca böyle bir görev şimdiye kadar Federal Mahkeme tarafından yüklenmiş değildi. Fakat bu yüküm «özel koşulların zorlanması halinde (40) ve sanığın yüzleştirmeye çıkarılmadan önceki durumundaki özelliğın aydınlatılması halinde Federal Mahkemece kabul edilmişti (41). Ancak Federal Mahkemece bu yüküm başka vasilelerle, yargıca kararının gerekçelerinde belirtmek şeklinde yüklenmiştir. Özellikle yargılamada başka kişilerden, örneğın bilirkişi, yararlanılmasında olduğu gibi.» Aksi halde yargıç yönünden kararının sorumluluğunu bir başka kişiye yükleme durumu ortaya çıkacaktır (42). Konumuz yönünden yüzleştirmeyi yöneten kolluk memuruna bu sorumluluk yüklenecektir (43). Bu nedenle bilirkişi için olan bu durumun kolluk memuru için olmaması haklı görülemez.

V — Temyiz yönünden şu noktalar önem taşır:

1 — Yukarda da sözü edilen hükümler genel olarak genel deney kurallarıyla ilgilidir. Ve bazı özel koşulların yatkınlığı dolayısıyla kişilerin karıştırılması sonucunu doğurmaktadır (44). Deney kurallarına uymamak maddî - hukukî bir hatadır ve kararın bozulmasını gerektirebilir (45).

2 — Ayrıca böyle bir maddî - hukukî hata düzeltilemez. Ve bu nedenlere dayanan bir bozma, — başka delillere dayanmadığı takdirde — kural olarak ikinci bir duruşmada beraat kararı ile sonuçlanacaktır.

3 — Mahkûm olan sanık temyiz aşamasında, yüzleştirme sıra-

(40) BGH StR 634/67 vom. 8.3.1968 tarihli kararda, «bu yönde anıların belirtilmesi veya diğer sebeplerle duyulan tereddüt, yüzleştirmede bazı hükümlerin gözden uzak tutulması sonucunu doğuracağı», belirtiliyor.

(41) BGHSt 16, 207.

(42) BGHSt 7, 238, 240; 8, 113, 118; 12, 311, 314; aynı zamanda bak. BGHSt. 15, 1, 3.

(43) BGHSt, 7, 240.

(44) Doğaldır ki, «aileye çekme» nin kardeşlerin karıştırılması sonucunu doğurması bir tecrübe kuralı değildir. Ancak böyle bir çekmenin karıştırma sonucunu doğurabileceği, bir tecrübe kuralıdır.

(45) Kökleşmiş uygulama, karş. Schweling, «die vespätete Prozessrüge», NJW 1968, 535; 1969, 125.

sında deney kurallarının çiğnendiğini (46) kanıtlama, ayrıca ilâ yargılamayı yapan yargıcın yinelenen teşhise bir kanıtlama kuvveti tanıdığını, tamamen yersiz bir delile dayandığını ileri sürebileceği gibi, kararın gerekçelerinde poliste yapılan yüzleştirmenin aktarılmadığı veya yeterince buna yer verilmediğini, eksik bir delil değerlendirilmesi yapıldığını ve maddî - hukuki hataların yapıldığını da ileri sürebilir.

Asis. Erdener YURTCAN

(46) Bu durum gerekçelerden çıkarılsa bile!