

GEÇİKMELERE BAKIŞ: ÇOCUĞA CİNSEL SALDIRI DAVALARINDA ADLİ DEZAVANTAJ*

David Hamer**

Çeviren: Yrd. Doç. Dr. Ramazan Akçan***

Konu: Suç delili

Diğer İlgili Konu: Ceza hukuku

Anahtar Sözcükler: Avustralya; Çocuk cinsel suçları; Suç delili; Gecikme; Adli delil; Masumiyet karinesi

GİRİŞ

Çocuk cinsel saldırı suçlarının olaylardan yıllar sonra yargılamaları son yıllarda giderek daha yaygın hale gelmiştir. Böylesi vakalarda kanıtla dair sorunların nispeten daha az sayıda olacağı düşünülebilmektedir. Bu durumlarda, tipik olarak teknik nitelik taşımayan ve az sayıda delil barından “sıklıkla iç ilişkiler ortamından köken alan basit bir ihtilaf” ile karşılaşılmaktadır (1). Ek olarak, önceden yapılan yasal müdahalenin yargılamayı olumlu yönde etkileyeceği, kolaylaştıracağı kanısı hâkimdir. Aksi halde, cinsel saldırı alanındaki uygulama sorunlarının yanı sıra gecikme ve delil yetersizliği savcılığın ağır ispat yükümlülüğünü yerine getirmesini son derece zorlaştıracaktır (2).

Tabii ki her iki beklentinin de hatalı olabileceği göz önüne alınmalıdır. İngiltere ve Avustralya’da gecikmeli kovuşturmalar ciddi bir delil hukuku yükü meydana getirmiş olup bu durum savcılık ve yargılama değil sanık yararına olmuştur. Hukuk, söz konusu gecikmenin iki olası sonucuna işaret etmektedir; Şikâyetçinin güvenilirliğine zarar verebilir ve sanık açısından adli dezavantaj oluşturur. Son dönemde yapılan reformlarla sanık ve savcılık tarafsız bir şekilde değerlendirilmekle birlikte özellikle adli dezavantaj alanında dengesizlik devam etmektedir.

* Çeviriden önceki adı *Trying delays: forensic disadvantage in child sexual assault trials*, yayımcısı Sweet & Maxwell and its Contributors olan makale, *Criminal Law Review* adlı dergide [Crim. L.R. 2010, 9, 671-689] yayımlanmıştır. Makale, bu dergiden temin edilmek suretiyle Türkçe’ye çevrilmiştir. Makalenin Türkçe’ye çevirilerek *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*’nde yayımlanmasına izin veren yazar David Hamer’a, *Criminal Law Review Dergisi*’ne ve yayımcı Sweet & Maxwell and its Contributors’a teşekkür ederim.

** Associate Professor in The University of Sydney

*** Yrd. Doç. Dr. Ramazan Akçan, Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı

Bu makalede adli dezavantaj konusunda daha dengeli bir uygulamaya değinilecektir. Gecikme nedeniyle kanıtların kaybolması sanığın aklanması ya da suçlanmasına neden olabilmektedir. Bu durumu sanığın lehine yorumlamaya gerek yoktur. Delillerin kaybolması mahkemenin gecikmiş şikâyetleri değerlendirmesini zorlaştırmaktadır ve mahkemenin pozitif bir bulguya direnmesi doğaldır. Ancak, şikâyetçinin iddialarının yeterince güvenilir olduğu durumlarda, mahkemenin isteksizliğini aşması gerekmektedir. Gecikmiş şikâyet vakalarında verilen mahkûmiyet kararları savcılığın delillerinin tamamlanmış olmasına değil, mevcut delillerin gücüne dayanmalıdır.

GÜVENİLİRLİK, ADLİ DEZAVANTAJ VE DENGE

Potansiyel adli dezavantaja ek olarak şikâyetteki gecikme de müştekinin güvenilirliği hakkında soru işaretleri uyandırmaktadır. Geleneksel olarak hukuk “müştekiye yönelik belirgin bir şüphelik” göstermektedir (3). Jüriler genelde “müştekinin uygun zamanda ve mantıklı bir sürede şikâyet etmemiş olması” durumunu “müştekiye inanıp inanmama hususunu değerlendirmelerinde” bir kıstas olarak göz önüne almaktadırlar (4). Spigelman C.J.’nin ifade edildiği gibi, bu uygulama yargı erdeminin bir ürünü olmasından ziyade “hemen hepsi erkek olarak yargıçların deneyimsizliğini yansıtmaktadır” (5).

Yasa zaman içerisinde gelişmiştir. Avustralya yargıçları artık yasal olarak “jüriyi, bir cinsel saldırı mağdurunun şikâyet etme konusunda gecikme veya tereddüt etmesinin haklı gerekçeleri olabileceği hususunda bilgilendirmek” ile yükümlü kılınmışlardır (6). Crofts’ta (7) Yüksek Mahkeme, halen adilane bir dengeyi sağlamak için geleneksel uyarının gerekli olabileceğini ifade etmektedir (8).

İngiltere’de Yargı Araştırmaları Kurulu (JSB) da dengeli bir yaklaşım önermektedir: “Bu konuların neden daha erken gün yüzüne çıkmadığını göz önünde bulundurma hakkına sahipsiniz. Bu müştekinin güvenilirliği üzerine bir yansıma mı? Ya da bu sanığın davranışlarından mı kaynaklanıyor?” (9).

Bu makale, gecikmiş şikâyet vakalarından - adli dezavantajdan kaynaklanabilecek diğer önemli bir konu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Gecikme,

“sadece müştekinin delillerinin doğasındaki zayıflık hakkında değil, aynı zamanda gecikme nedeniyle sanığın iddialara cevap vermesindeki güçlük bağlamında” kaygı uyandırmaktadır (10).

İstisnai olarak bir mahkeme sanığın karşılaştığı zorlukların adil bir yargılamayı imkânsız hale getirecek kadar büyük olduğu kanaatine ulaşır, ancak çoğu durumda bu sorun yargılama sürecinde halledilmektedir **(11)**. JSB'nin gecikmiş kovuşturmalar için önerileri şöyle devam etmektedir:

“Söz konusu olaya ve yargılamaya bir de sanık açısından bakmanız gerekmektedir, zira iddia edilen olay üzerinden geçen süre ne kadar uzunsa sanığın ithamlara cevap vermesi o kadar zor olacaktır. Bu durumu, yargılama sonucunda sanığın suçundan emin olduğunuz takdirde de karar verme aşamasında sanık lehine göz önünde bulundurunuz”.

Ortak hukuk kapsamında Avustralya uyarıları Longman ile uyuşmalıdır **(12)**. Birçok yüksek mahkeme:

“Jüriye, üzerinden yirmi ya da daha fazla yıl zaman geçen olaylarda, özellikle müştekinin delillerinin yeterince test edilemediği durumlarda, şayet jüri delileri çok dikkatlice incelememiş, şartları kendi içerisinde değerlendirmemiş, mahkeme uyarılarını dikkate alarak delillerin doğruluğu konusunda tatmin olmamış ise sadece söz konusu delile göre mahkûmiyet kararı vermesinin tehlikeli olacağı yönünde uyarılması gerektiği” düşüncesine destek vermektedir **(13)**.

Muhtemelen Longman ikazının gücü nedeniyle, Avustralya mahkemeleri gecikmenin tamamen adil bir yargılama yapılmasını engellediği savına destek vermede İngiliz mahkemelerine göre daha az istekli olmuştur **(14)**.

Müştekinin güvenilirliği ve adli dezavantaja dair dengesiz yasal uygulamalar nedeniyle özellikle Avusturalya'da yoğun tartışmalar ve temyiz durumları ortaya çıkmıştır **(15)**. Longman ikazı “yargıca gizlice bir aklama cesareti verdiği **(16)** ve orta dereceli mahkemeler tarafından artan yoğunlukta yumuşatıldığı **(17)**” gerekçeleri ile eleştirilmiştir. İngiliz mahkemelerinin aksine **(18)**, Avustralya Yüksek Mahkemesi duruşmalarda savunma tarafından talep edilmemiş olsa bile bir talimat gerekebileceğini öngörmektedir **(19)**.

Avustralya yargılama sistemindeki son düzenlemelerle “ortak hukukta var olan müşteki ve sanık arasında denge sağlanmaya” çalışılmıştır **(20)**. Uniform Delil Hukuku Bölüm 165B(2)'e **(21)** göre bir yargıç jüriyi sadece “sanığın talebi üzerine” “önemli adli dezavantaj” konusunda bilgilendirmelidir **(22)**. Bölüm 165B(4)'e göre “bu amaçla özel bir form veya ifade kullanılmasına gerek olmadığı” ancak

yargıcın “jüriye, sadece gecikme ya da adli dezavantaja dayanarak sanığı mahkûm etmenin tehlikeli olduğu yönünde hiçbir şekilde telkinde bulunmaması” gerektiği ifade edilmektedir (23). Bu durum Avustralya hukukunu bir ölçüde İngiliz hukuku ile uyumlu hale getirmekle beraber aşağıda ele alındığı gibi sorunun kalbine inememektedir.

Dengesiz adli dezavantaj uygulaması yeni düzenlemenin kabulünden sonra ancak yürürlüğe girmesinden önce sonuçlandırılan son Victorian davasında *Taylor* (No.2), (24) göze çarpmıştır (25). Sanık, 14 yaşında bir erkek çocuğa karşı cinsel suç işleme iddiası ile olaydan 20 yıl sonra, hem müştekinin güvenilirliğine hem de adli dezavantaja dair değerlendirme hataları olduğu tartışmasına rağmen mahkûm edilmiştir. Müşteki güvenilirliğine dair değerlendirmeler savcılığın lehine idi. Mahkemenin yargıcı jüriye söz konusu gecikme noktasında “iyi gerekçeler olabileceğini” ifade etmiştir:

“Bu durumdaki bir çocuk, cezalandırılma korkusu, inanılmama korkusu, kafa karışıklığı, suçluluk duygusu gibi çok çeşitli sebeplerden dolayı şikayet etme hususunda isteksiz olmuş olabilir” (26).

4

Ancak duruşma yargıcı “Böyle bir gecikme nedeniyle müştekinin kanıtlarının güvenilirliği üzerinde şüphe oluşturabileceği” konusuna dikkat çekmekte başarısız oldu (27). Böylelikle mahkeme sanığın “adil bir yargılama yapılmadığı” konusundaki iddiasını reddetti (28).

Adli dezavantaj temelinde bir yargılamanın önemli ölçüde sanık yararına olduğu görülmektedir. Bu “geleneksel Longman yaklaşımı” (29) olup, bir vakada duruşma yargıcı sanığın gecikme nedeniyle gerekçelerini “kesin bir şekilde aktarmadığını” ifade etmektedir (30). Ancak, yargıç, sanığın diğer gerekçelerini aktarmasındaki zorluğa ve “müştekinin iddia edilen tecavüz suçuna yakın bir zamanda tıbbi açıdan değerlendirmesini” talep etme fırsatına sahip olmamasından bahsetmemesi noktasında eleştirilmiştir (31). Bu mahkeme özellikle yargıcın,

“polisin, olayı bütüncül olarak inceleme, olayı tam olarak araştırma, fiziksel delilleri ve şahitleri belirleme şansına sahip olmadığı”nı ifade etmesi bağlamında kritik öneme haizdi (32).

Yargılamanın zorluklarına atıfta bulunmak Longman ikazı ile “alakasız” (33), “anlamsız” (34), olmakla beraber bu ikazı “çok belirsiz” (35) hale getirmeyi

amaçlamaktadır. Diğer yandan yargılamanın hakkaniyeti ile başvuranın çıkarları arasında bir denge sağlanmaya çalışılması hatalı olacaktır (36).

Taylor (No.2)'daki dengesiz adli dezavantaj uygulamaları yelpazenin sonuna doğru yer tutmaktadır ancak çokta nadir değildir. İngiliz mahkemeleri genellikle daha ılımlı olmakla beraber halen tarafsızlıktan biraz uzaktır. Yinede aşağıda ifade edeceğim gibi, gecikme kaynaklı adli dezavantajın dengeli bir yaklaşım gerektiren simetrik bir husus olduğuna dair çok güçlü mantıksal bir tartışma mevcuttur.

GECİKME KAYNAKLI DELİL KAYBI

Gecikme nedeniyle delillerin kaybolduğu gerçeği yadsınamaz. Ancak, bu durum delil kaybının sanık açısından olumsuz sonuçlara neden olup olmadığı sorusundan ayrılmalıdır. Burada ilk kısımda sözü edilen durum ele alınacak, ikinci soruya bir sonraki bölümde değinilecektir.

Dellilerin kaybolması çok yönlü bir sorundur. Bu kayıp kesin olarak kanıtlanmalı mı yoksa varsayım yeterli mi? Sınırlı delil kayıpları dikkate alınmalı mı? Delil kaybı durumu ulaşılabilir deliller tarafından ne ölçüde telafi edilebilmektedir?

Kesin ve Varsayılmış Delil Kaybı

Penney Lewis, Avustralya mahkemelerinin özellikle uzun gecikme durumlarında delil kaybını varsaydıklarını ancak İngiltere’de delil kaybı “ispat edilmelidir” demektedir (37). Otoriteler bu geniş farklılığı desteklemektedir, ancak, Avustralya’da yasama reformu ile bir yakınlaşma sağlanarak her iki yargı sistemi de orta yolu bulmuşlardır.

İngiliz mahkemeleri savunmanın kesin delil kayıplarını vurgulamasını onaylamaktadır. Yakın zamanda görülen *Joynson* (38) vakasında, mahkeme aradan geçen on yıllar içinde konuyla ilgili son derece önemli belgelerin imha edildiğine vurgu yapmıştır. Örneğin, iddia edilen olay döneminde aynı sanık veya aynı okulun başka bir öğretmeni ile ilgili şikâyet olup olmadığı hususu belli değildi. Bu durumu ortaya koyabilecek olan Sosyal Güvenlik Departmanının kayıtları kaybolmuştu. Temyiz mahkemesi (Ceza Dairesi) temyizi kabul ederken “önemli gecikmeye ve bu gecikmenin spesifik iddialara dair olası sonuçlarına” vurgu yapmıştır (39). Nitekim Mahkeme “tespit edilen belirgin önyargının hükümsüz kılınması veya güçlü bir talimatla zararsız hale getirilmesi gerekliliği”ne (40) hükmetmiş ve yeniden yargulamaya gerek görmeksizin mahkûmiyet kararını bozmuştur (41).

Avusturalya mahkemeleri adli dezavantajı ele alırken spesifite/özgüllük önemsenmemektedir. “Uyarının etkin olduğundan emin olmak için, duruşma yargıcı, savunmanın gecikme nedeniyle karşılaştığı özel zorluklara ikincil tehlikeye dikkat çekmek durumundadır” (42). Diğer yandan, ortak hukukta spesifik önyargılara delil göstermek her zaman gerekli değildir. “Aşırı gecikme bulunan durumlarda, kesin olarak ortaya konamazsa bile sanığın bu gecikmeden zarar göreceği kanısı yaygındır” (43). Avustralya karinesi eleştirilere kaynaklık etmiştir. James Wood, C.J. at CL in NSW, dava dışı olarak “dengenin çok başlı olduğu” (44) gerekçesi ile aşağıdaki yasal reformları önermektedir (45). “Belirgin adli dezavantajın tek kaynağının gecikme olduğu şeklinde algılanmaması gerektiği”ni öngören Bölüm 165B(6)(b) Uniform Delil Hukukuna eklenmiştir (46).

Bu karinenin gevşekliği haklı endişelere neden olmakla birlikte, yeni hüküm de çok katı bir şekilde uygulanmamalıdır. Zira gecikme nedeniyle, unutulmuş, kaybolan ya da artık elde edilemeyen deliller asla gün ışığına çıkmayabilir (47). Kaybolan deliller “gerçek olup olmadığına dair bir emare dahi bırakmayabilir” (48). Burada müştekinin çapraz sorgusu önem arz etmektedir. NSW Ceza Temyiz Mahkemesi’nin birçok kez işaret ettiği gibi; gecikme nedeniyle müştekinin delili “belirsiz ve detaylardan yoksun” olabileceği, sanık açısından da “çapraz sorguda çelişkilere ve güvensizliğe” yol açabilir (49). Ancak, açıkça, kaybolmuş çelişkileri tespit etmek ve ortadan kaldırmak tamamen mümkün olmayacaktır.

Daha genel olarak, gecikmiş şikâyetlerdeki tutarsızlık kaçınılmaz olarak tutarsız bir savunmayı (kapsamlı ret) sonuç verecektir (50). Kesinliği tercih etmesine rağmen, İngiliz Temyiz Mahkemesi (Cesa Dairesi) “dezavantaj olasılığının sadece iddianın çelişkiye neden olacak kadar kesin olduğu durumlarda ortaya çıktığı” kanaatinin doğru olmadığını vurguladı (51). İddia edilen suç ile mahkeme arasında çok uzun bir süre olduğu durumlarda açık bir ikazın yapılması uygundur (52). Bu durum Avustralya karinesine göre “bir hukuk kuralı ya da vazgeçilmez uygulama” (53) olarak kabul görmezken, İngiliz hukuku da, delil kaybını kesin olarak ortaya koymayı gerektirmemektedir.

Delil Kaybının Önemi

Delil kaybı olduğu varsayıldığı ya da kanıtlandığı zaman, bu kaybın kayda değer önemde olup olmadığı sorgulanmalıdır (54). Birçok vakada, olay tazeliğini

koruduğu erken dönemlerde saptanabilen birtakım küçük detaylar gecikme durumunda anlaşılabilir. Fakat,

“Adil bir duruşma her zaman mükemmel bir duruşma değildir. Tüm olası tanıklar ifade veremediği ve tüm delillerin elde edilemediği durumlar bile bir mahkemenin haksız karar verdiğini göstermemektedir” (55).

“W” (56) olayında, sanığın karısı aradaki dönemde ölmüştü. Hâlbuki onun açıklık getirebileceği -ulaşılabilir olup olmadığı, evlilik içi cinsel yaşam kalitesi-gibi çeşitli detaylar mevcuttu. Fakat Lord Bingham bu durumu “önyargı kıvılcımı”nı tetikleyen “çok uç” bir durum olarak niteledi (57).

Kayıp adli ve tıbbi delil durumlarında ileri derecede realizme ihtiyaç duyulmaktadır. *Hancock* (58) olayında, sanık halı üzerindeki semen lekelerine adli inceleme yaptırma ve şahsın bakireliğini ne zaman kaybettiğine dair tıbbi delil elde etme fırsatını kaçırdığını iddia etti. İfade edilen deliller dava için çok önem arz edebilirdi, ancak bu deliller hiç elde edilmedi. Hiçbir muayene ve inceleme yapılmamıştı. Sanık “geçen zaman içerisinde önemli tanıkların ulaşılabilir olabileceğine” değinmedi (59). O “olayın üzerinden geçen zamanın kendisi için haksız yargı” oluşturduğu hususuna dikkat çekmeyi başaramadı (60). Bu yaklaşım, *AM*deki Miller JA’nın hayal kırıklığına neden olan mükemmeliyetçiliğine tercih edilmektedir (61). Miller JA sanığın,

“1. Müştekinin kıyafetlerinin adli incelemesini, 2. İddia edilen olay yerinin adli incelemesini, 3. Semenle bulaşık peçete olup olmadığına dair çöp incelemesini yaptırabilmesi ” nedeniyle haksızla uğradığına dikkat çekti (62).

Böylesi hiperbolik adli inceleme beklentileri “CSI-etkisi” bulgularını andırmaktadır (63).

Cinsel saldırı davalarında, kayıp delil durumlarının önemi değerlendirilirken, gecikme olsun ya da olmasın,

“ifadelerin müşteki ve sanık arasında kelimesi kelimesine çelişkilerle karakterize olduğu” gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır. Böylesi vakalarda, sorun şu ki cinsel saldırı olduğu şeklindeki temel iddiayı doğrulayacak bağımsız bir mekanizma yoktur (64).

Adli deliller hızlıca kontamine olabilir ve bozulabilir. Birçok vakada, sanık ve müşteki ya bir aile ortamında beraber kalmakta ya da çocuğun ailesi sanığa aynı

ortamda bulunabilecek çok fırsat sunmaktadır (65). Sanığın çok net mazeretinin olduğu vakalar daha nadirdir (66). Gecikmenin her zaman önemli delillerin kaybına neden olduğu düşünülmemelidir. Her değerlendirmede, kayıp delil öneminin vurgulandığı vakalar gerçeğe daha uygundur (67).

Cinsel saldırı vakaları, taraflar arasındaki harfi harfine zıt doğası gereği adli inceleme beklentilerini düşürürken bir yandan da güvenilirliğin önemini arttırmaktadır. Çünkü bu durum detay bulguları verebilecek çapraz inceleme fırsatını zayıflatmaktadır. Güvenilirlik delili her zaman çok ekstrem veya gereksiz olarak görülmemelidir (68). Örneğin Turner (69) vakasında, Temyiz Mahkemesi (Ceza Dairesi) önceden yapılmış ancak takip edilmemiş şikâyete ait polis dokümanlarının yok edilmesine dair çekincelerini dile getirdi. Mahkeme,

“Vakanın kaderini değiştirecek şekilde güvenilirlik sorusunun merkezindeki dokümanların sayfalarının bulunmaması, bizim yargı anlayışımıza göre, bu mahkûmiyet kararının güvenilirliği üzerinde kabul edilemez bir soru işareti olarak durmaktadır” ifadelerini kullandı (70).

8 **Mevcut Deliller Kaybolan Delillerin Eksikliğini Telafi Eder mi?**

Çocuk cinsel istismarı vakalarında sıklıkla, gecikme olmazsa bile, sorulara cevap veren az sayıda delile ulaşılabildiği gözlemlenmektedir. Acaba gecikme nedeniyle kaybolmuş bazı delillerin yerini mevcut deliller doldurabilir mi? Bu konuda çok çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.

Temyiz Mahkemesi (Ceza Dairesi)'nin delillerin tamamlanmış olmasını değerlendirirken bütüncül ve esnek bir yaklaşım sergilediği görülmektedir. *TE* (71) vakasında, Mahkeme'nin ifadelerine göre, sanık yararına delillerin varlığı “onun, müştekinin iddialarına karşı koyamama” iddiasını ortaya atmasını güçleştirecektir (72). *MacKreth* (73) vakasında, mevcut deliller yargılamayı kolaylaştırmıştı. Bu vakada mahkeme “geçen zamanın uzunluğuna ve boşluklara rağmen hala olağandışı derecede çok belge olduğunu” ve bir görgü tanığı tarafından “önemli destek bulunduğunu” ifade etti (74). Mevcut deliller hangi tarafın yararına olursa olsun, sanığa müştekinin delillerini test etme fırsatı vermekte ve bu durumda karar, sanığın adli dezavantajından değil yargılamanın gücünden kaynaklanıyor gibi görünmektedir.

Kaybolmamış delillerin kayıp delillerin kompanse ettiği durumlarda bile önemli delil kayıplarının varlığı bir endişe kaynağı olabilmektedir. *B* (75) vakasında, mahkeme diğer mahkûmlar tarafından da benzer iddialarda bulunulması durumunun potansiyel olarak “temyiz talebine karşı çok güçlü bir delil sağladığı” şeklinde kaydetti. Ancak bu durum halen “temyiz talebinin önemli belgelerin olmamasından dolayı adil bir yargılama yapılamaması nedeniyle engellendiği” şeklinde anılmaktadır (76).

Avustralya’da bütüncül yaklaşım bir ölçüde destek bulmuştur. Mevcut delillerin savunmanın yararına olduğu savı ile *BWT* (77) vakasındaki *Wood C.J.*,

“Bir uyarı ya da talimatın, -özellikle sanığın adil yargılandığı, vakanın detaylarına hâkim olduğu ve iddiaları çürütme noktasında olumlu, objektif delil sunabildiği durumlarda- yanlış yönlendirici olabileceğine” işaret etmiştir (78).

Mevcut delillerin iddia makamının yararına olduğu durumlarda, *Dogget* vakasında muhalif olan *McHugh J.* “genel bir önerme olarak, delilleri/iddiaları kanıtlanmış bir kişinin delillerine dayanarak karar vermenin yanlış olmadığını” ifade etmiştir (79). Ancak çoğunluk farklı bir bakış açısı ile “iddia makamının çok güçlü olduğu davalarda bile” bir uyarının gerekebileceğine işaret etmiştir (80). Burada “doğru yaklaşım” öncelikle, “kanıtlanmış iddialar da dâhil olmak üzere bütün delillerin genel bir değerlendirmesi ile” nelerin kayıp/eksik olduğu hususuna yoğunlaşmaktır (81). Haliyle:

“Jürinin, gerekçesinde özellikli adli hataları/dezavantajları dikkate almaksızın müştekinin iddialarının kabulünü esas alabileceği” gibi tehlikeler bulunmaktadır (82).

Çoğunluğun atomistik yaklaşımı, potansiyel olarak kayıp delil meselesini evrensel bir sorun haline dönüştürmektedir. Bununla birlikte, bunun bütün etkilerine direnç gösterilmiştir. *BTW* vakasında, *Sully J.*, *Doggett* “kanıtlanmış delillerinin olmasının, tek başına, uygun *Longman* talimatını uygulanması ihtiyacını ortadan kaldırmaz” (83). Bu durum, duruşma yargıçlarının:

“Kanıtlarla desteklenmeye rağmen vaka bütünlüğündeki açıklıklara ikincil adli dezavantajın *Longman* talimatını vermeyi gerektirip gerektirmediğini” ortaya koymak için destekleyici, kanıtlanabilir bulguları “özenle analiz” etmesini gerektirmektedir (84).

Avustralya yasal reformları bu konuya doğrudan bir açıklık getirmemekle beraber Sully J.'nin yaklaşımı teyit eden bir eğilim mevcuttu. Yasal talimatlar, “önemli adli dezavantajın” bütüncül olarak değerlendirilmesini esas almaktadır (85).

DELİL KAYBININ ETKİLERİ

Bu yazının önceki bölümünde delil kaybı ile ilgili çeşitli konulara değinildi. Bu sadece gecikme durumunun savunma için adli dezavantaj oluşturduğuna dair ilk tanımlama basamağı idi. Bu bölüm ikinci basamak olarak söz konusu kaybının sanığa zarar verip vermediğine değinilecek ve daha ciddi hukuki konular ele alınacaktır. İlk basamakta aslında birçok vakada basit bir cevabı olan bir soru mevcuttur. Bu durum çok önemli bir delilin kaybolduğı ve yerinin doldurulamadığı vakalarda açıkça görülecektir. İkinci basamakta, delil kaybı nedeniyle haksız bir yargılama yapıldığının mantıksal olarak gösterilemeyeceğine dair bir tartışma mevcuttur. Böyle bir haksız yargılama elbetteki mevcuttur, ancak, bu durum kovuşturmanın haksızlığa uğrama olasılığı ile eşittir. Çünkü kaybolan delilin hangi aşamada dezavantaj oluşturduğu bilinemeyecektir. Böylesi vakalara, sanığı gözeten bir müdahale yerine daha dengeli ve nötral bir yaklaşım daha uygun olacaktır.

10

Haksız Yargılamaya Dair Yanlış İzlenimler

Bazı vakalarda kaybolan delilin içeriğinin bilindiğı ve haksız yargılamanın kanıtlandığı düşüncesi hâkimdir. Örneğin, *Dutton* (86) vakasında mahkeme, “ölen ve savunmanın öne sürmek istediğı şahidin gerçekte savunmaya yardımcı olmasının beklendiğı” kaydedildi (87).

Bu varsayımlar çoğunlukla savunmanın kanıtlanmamış başvuruları ve düzeltmeleri gibi görünmektedir. Daha nadir olarak da, eldeki delillerden kullanılarak kayıp delillerin içeriğine dair bir çıkarım yapılabilir. Fakat böylesi bir vakada delil tamamen kaybolmamıştır. Delil içeriğinin bilinmesi ölçüsünde değerlendirme yapılarak haksız yargılama riski ortadan kaldırılmış olacaktır.

Turner (88) vakasında sanık yeğeni aleyhine dokuz suç nedeniyle mahkûm edildi. Sanığın yeğeni 15 yıl öncesinde polise şikâyetle bulunmuştu. Şikâyetin içeriğı ve yetkililerin cevabı olayla ilişkili idi, ancak belgeler tahrip olmuştu. Yine de sonraki olaylardan şikâyete dair çıkarımlar yapılabilmişti. Şikâyet nedeniyle sadece göreceli olarak küçük bir ceza verildi ve delil yetersizliğinden dolayı şahıs taburcu edildi. Bu,

“müştekinin polise vaktinde şikâyetinde bulunmaması, diğer sebepler veya müştekiye inanılmamasından kaynaklanmadı.” (89)

Mahkeme burada “hem savunmaya karşı ciddi önyargı hem de savcılığın avantajlı konumda olması gibi iki olasılıkla” kayıp delile atıfta bulundu (90).

Fakat bu dava içeriği bilinen bir kayıp delilin önyargıya neden olduğu davalardan değildi. Bu dikkate alındığında mahkeme kendisi ile çelişmekte idi. Belge kayıplarının,

“C’ye 1985-1986 belgeleri ile doğrulanamayacak olduğuna güvenerek istediği iddiayı ortaya atma şansı verdi.” (91)

Fakat mahkeme aynı zamanda,

“C’nin delillerini -eldeki verilerle- 1985-1986 yıllarında polise yaptığı şikayet konusu ile bağdaştıramayacağını” ifade etti (92).

Kayıp delilin içeriği bilindiği ölçüde çıkarımlar yapılabilir ve haksız yargılamanın önüne geçilebilir (93). Gecikmeyle belgelerdeki delillerin içeriğine dair şüpheler ölçüsünde de her iki taraf için olası haksız kararlar verilebilmektedir.

Davalı lehine kayıp delillerin tekrar keşfedildiği durumlarda haksız yargılamaya dair yanlış izlenimlerle karşılaşılabilir. JS (94) vakasında, müşteki 18 yıl önce sonlandırılan gebeliği için elindeki video kanıtına dayanarak sanığın baba olduğunu iddia etmekte idi. Duruşma öncesinde ise sanığın baba olmadığına dair bir tıbbi rapor ortaya çıktı (95).

Mahkeme,

“ciddi bir iddiaya dair bir belgenin var olmasına karşılık sadece başvuranın gecikmiş sözlü ret cevabı olduğu” hususuna dikkat çekti (96).

Diğer yandan tıbbi rapora rağmen müşteki sanığın baba olduğu yönündeki iddiasında ısrar etmekteydi. Mahkeme burada müştekinin “yıllar boyunca kendisini bunun doğru olamayacağına dair ikna ettiği” hususuna işaret etti (97).

Bu gibi vakalar “önyargının alarm veren potansiyelini” ortaya koymaktadır (98). Şayet davalı lehine bir delil kaybolmuş ise davalı haksız yargılamaya maruz kalabilir. Ancak, malumdur ki eğer delil bulunur ve içeriği öğrenilirse haksız yargılama riski ortadan kalkar. Zira delil bulunamadığı sürece içeriği bilinemeyecektir.

Kayıp delilin savcılık lehine olduğu durumlarda da delil kaybı davalının haksız yargılanmasına değil lehine olacaktır.

Kayıp Delilin Her Yöne Çekilebilme Potansiyeli

Geleneksel olarak kayıp delil durumunda iddia makamının değil de davalının zarar gördüğü düşünülmektedir. Bu varsayımla ilgili mantıksal zorluğu Ali ve Altat resmetmektedir (99). Duruşma yargıcı jüriye;

“özdeki detaylara dair spekülasyonlarda bulunmadan -iddia makamının sizi suçta dair ikna ettiğini düşündüğünüzde- mevcut durumun sanık aleyhine olduğunu düşünüyorsanız bunu göz önüne alınız.” Uyarısında bulundu (100).

Temyiz mahkemesi (Ceza Dairesi) bu talimatın kendi içerisinde tutarsız olduğuna işaret etti. Spekülasyon yapmadan “jüri, sanıkların dezavantajlı duruma düştüklerine dair bir sonuca nasıl ulaşacaktır?” (101) Talimat, “doğru ve geleneksel olmasına karşın jüriye açık bir kılavuzluk yapmıyor gibi görünmektedir” (102).

Bvakasında, mahkeme “potansiyel görgü tanıklarının olmaması durumunun davalı açısından haksız yargılamaya neden olduğu görüşünün çok spekülatif” olduğuna dikkat çekti (103). İddia edilen olayın mahkemeye gelmesi sürecinde ölen şahidin delilleri sanık lehine kullanıldı, halbuki müşteki lehine de kullanılabilirdi (104). Burada mahkeme şahitlerden birinin olmamasını sanığın lehine yorumladı. “Savcılık burada davanın seyri için sanığa çapraz sorguda soracağı daha fazla veri elde edebilirdi” (105). *M* (106) vakasında, sanık olay zamanında “müştekinin bir tıbbi raporla bakire olduğunun kanıtlanması gerektiğini” (107) belirterek duruma itiraz etti. Mahkeme bunu “eğer 1985 yılında yapılmış bir tıbbi muayene olsaydı bu sanık aleyhine çok daha güçlü deliller ortaya koyabilirdi” şeklinde yanıtladı (108).

Bu Avustralya Yüksek Mahkemesi’nin daha az denge gösterdiği başka bir alandır. CLdeki Wood C.J.’nin *BTW* vakasında ifade ettiği gibi “gerçek olmasında ziyade haksız yargılama olasılığının olabileceği konuşulmaktaydı” (109), mahkemenin temel duruşu,

“iddia edilen suç ve şikâyetin farklı zamanlarda olmasından dolayı mahkeme sanığın öngörülen suçlamalara uygun cevap verebilme fırsatını sağlamak olmalıdır” (110).

CL'deki Wood C.J. sorusunda bu tek taraflılığın, kendi görüşüne göre;

“Savcılık açısından olay zamanı, yerleri ve ilgili şahitleri belirlemeyi güçleştirdiği için gecikmenin etkileri çift yönlüdür” (111).

Ancak, o Yüksek Mahkeme tarafından kısıtlandığını hissetti (112). NSW Ceza Temyiz Mahkemesi'nin daha sonraki vakalarında “gecikmenin olası önyargı/haksız yargılama yerine gerçek önyargıya neden olduğunu” (113) varsayan geleneksel bakış açısı benimsendi.

Diğer birçok Avustralya yargı makamı da tek taraflı varsayımı benimsedi. Örneğin, Victorian Temyiz Mahkemesinden Lasry A.J.A “İkazın tamamen sanık lehine olması gerektiğini, bunun tarafları dengeleyen bir durum olmadığını” ifade etti (114). Bununla birlikte, diğer bakış açıları da nadiren dile getirilmiştir. SA Ceza Temyiz Mahkemesi *Dawson-Ryan* (115) vakasında hem müştekinin hem de sanığın benzer şekilde delilleri toplama noktasında sorun yaşadığına simetrik atıfta bulundu. Bu karara benzer olarak *Inston* (116) vakasında Vanstone J.;

“Sanığın adli problem/dezavantaj durumu sadece geçen zamana bağlı olduğundan aynı durumun müşteki içinde geçerli olduğunun varsayılması gerektiği” (117) ifade edildi.

Yukarıda belirtildiği gibi, Avustralya yargı reformu savunma ve kovuşturma arasında daha etkin bir dengeyi amaçlamakla beraber burada sözü edilen konuya atıfta bulunulmadığı görülmektedir. Yeni düzenleme birçok Avustralya mahkemesi ve daha az orandaki İngiliz mahkemesinin kabullendiği, adli dezavantajın sadece sanığı etkileyen bir durum olduğu varsayımını benimsemektedir (118).

DENGESİZ MASUMİYET KARİNESİ

Yukarıda bölüm 1'de sanığın sahip olduğu delilleri kaybetmiş olması nedeniyle kovuşturmanın haksız yargılama yapabileceği olasılığı tartışıldı. Bu sanık lehine bir yaklaşımdan çok daha tarafsız dengeli bir yaklaşımı desteklemektedir. Bölüm 1 masumiyet karinesinden türetilen ve adli dezavantajın dengesiz dağıtıldığına dair birçok tartışmayı ele aldı. Söz konusu varsayım yanlış mahkûmiyete karşı korumak amacıyla tabii ki çok asimetrik olup, aslında dengelenebilecek olan kanıtları başka yöne çekme potansiyeli taşımaktadır.

Savcılığın Yüğü

Delil kaybı durumunun iddia makamı üzerinde büyük bir etkiye sahip olabileceği açıkça görülmektedir. Ağır bir ispat yükü taşıyan savcılık makamı delillere büyük bir ihtiyaç duymaktadır ve diğer tüm şartlar eşit olduğunda kanıt eksikliği daha derin hissedilmektedir. Bu durum Avustralya Yüksek Mahkemesi tarafından da kabul edilmektedir;

“Bir sanığın makul şüpheden yararlandığı kararına varıldığı durumlarda, gecikme nedeniyle konuya dair ifadelerin ve delillerin belirsizliği, kanıtlanamaması sanıktan çok iddia makamına zarar vermektedir” (119).

“Birçok jüri de önemli kayıpların savunmadan çok iddia ve karar makamını güç durumda bıraktığı kanaatindedir” (120).

Bu durum adli dezavantaja dair yargı talimatları için alternatif bir gerekçe oluşturmaktadır. Burada amaç delil kaybını sanığın aleyhine hesaba katmak değil, iddia makamının aleyhine de hesaba katılmasını da önleyerek masumiyet karinesinin korunmasıdır. Jürinin;

14

“zorla hatta mükerrer uyarılarla jürinin dikkatini gecikme ve sonuçları ile bağlantısız olarak iddia makamının sorumluluklarına çekerek, savcılığın yükü ve kanıt standartları için uygun karar vermesi” sağlanmalıdır (121).

“İddia makamının, ne zorluklarla karşılaşırsa karşılaşsın, iddialarını kanıtlama yükümlülüğü vardır. Sanığın masum olduğu varsayılır” (122).

Mahkemeler, her ne kadar bu mantıkla hareket etmeseler de, “iddia makamının pratikte karşı karşıya olduğu belirtilen zorluklara yapılan gereksiz atıflara” karşı duruşlarını korumaktadırlar (123). Bu atıflarda “iddia makamı ve savunmanın aynı olumsuzluklarla karşı karşıya oldukları” (124) savı ile “iddia makamının yükümlülüklerini ve delil standartlarını küçümsediği” ifade edilmektedir (125). Aynı zamanda, tam tersi durumda olabilir. Sadece savunma makamının karşılaştığı zorluklara odaklanmanın da,

“ceza durumu jüri tarafından çok kolaylıkla kabul edilebilir. Çünkü sanık iddiaları karşılayamayabilir (jüri vaka hakkında hukuki olarak bilgilendirilmişse) ve suçluluk kararına kolayca ulaşılabilir” (126).

Bu bağlamda, sanık “hem iddia ve hem de savunma makamlarına olası etkilere” (127) yönelik ikaz ve masumiyet karinesinin gücü hatırlatılarak en iyi şekilde korunabilir.

Kayıp Kanıtların Aklayıcı Olduğu Varsayımı

Bir önceki bölümde ifade edilen görüşe göre masumiyet karinesinin etkisi olarak gecikmenin savcılık açısından daha büyük adli dezavantaja neden olmaktadır. Karşıt olarak, geleneksel, yaklaşıma göre, üstelik bu da masumiyet karinesinden destek alarak, adli dezavantajın savunmayı daha fazla etkilediği görülmektedir. Hüküm verilmeden önce sanık masum olarak kabul edilip ona göre muamele görmelidir. Bu bağlamda, kayıp delil durumları suçlayıcı olmak yerine aklayıcı gibi görünmektedir. Böylece gecikmeye ikincil adli dezavantaj iddia makamından ziyade savunmayı etkilemektedir (128).

Bu durum masumiyet karinesinin abartılması ve istismar edilmesine neden olabilmektedir (129). Masumiyet karinesinin esas amacı hatalı hükümlerin “adaletsizliğine” (130) karşı perde olmaktadır. Bu karine sonucu belirleyici olmayıp, duruşmanın en temel fonksiyonu suç kanıtlarının, karinenin yerini alıp almadığını ortaya koymaktadır. Karine gerçeği-bulma-görevi için bir çerçeve belirlemektedir. Burada esas yaklaşım sanığın masumiyeti yönündedir ve güvenilir bir mahkûmiyet kararı için suç varlığı yüksek derecede kanıtlanmalıdır. Fakat bu çerçevede deliller objektif olarak değerlendirilmelidir. İddia makamı yükü ve delil standartları asimetriktir. Karine duruşmayı sanık lehine orantısız şekilde yönlendirebilmektedir.

Lewis, karineye ekstra güç verilmemesinin masumiyet karinesinin özüne aykırı olacağını dile getirmektedir. Ek olarak “adli dezavantaj olmadığını ortaya koymanın sanığın suçlu olduğunu varsaymak anlamına geldiğini” ifade etmektedir (131).

“Bu bir ceza davası sırasında herhangi bir aşamada olmaması gereken bir *ex post facto* gerektirir. Duruşma yargıcı jüriye yetki verirken sanığın masum olarak algılanması varsayılmalıdır” (132).

Fakat bunun tersi de doğrudur. Kayıp delilin aklayıcı olduğu ve sanık aleyhine adli dezavantaj bulunduğu varsayımı *ex post facto* gerekçe ile ilişkilidir. Kayıp delil durumunun hem aklayıcı hem de suçlayıcı olduğunu kabul etmek, uygunsuz öncelik hakkı vermektен koruyucu dengeli bir yaklaşımdır.

Sanığın Adli Çapraz Sorgu Silahını Körleştirme

Başka bir tartışma da, sanık aleyhine daha yoğun adli dezavantajın masumiyet karinesinden örtülü bir destek alınmasını sağladığı konusundadır. İddia makamı iddiasını kanıtlamak için yeterli delil sunmalıdır. Sanık hiçbir şeyi kanıtlamak zorunda değildir, fakat o müşteki ve diğer şahitlerin çapraz sorgusu bağlamında iddia makamının iddiasını test etme fırsatı bulacaktır. Eğer sanık şahit çağırmasza iddia makamı çapraz sorguya müracaat edemeyecektir. Bu noktada, çapraz sorgunun iddia makamından çok savunmanın bir adli silahı olduğu görülmektedir. Gecikme nedeniyle çapraz sorgunun etkinliğinin zayıfladığı durumlarda, sanık iddia makamından daha fazla zarar görecektir:

“Gecikmenin, sanığın mahkemede iddialara karşı koyma ve delilleri test etme yeteneğini etkilediği durumlarda, çapraz sorgu ile müştekinin güvenilirliğinde herhangi bir sorun olup olmadığını ortaya koymak güçleşecektir. Bu gecikmenin en önemli etkisidir” (133).

Her ne kadar fazlaca dikkat çekmese de, bu tartışma bir önceki bölümdeki dengesizlikten etkilenmektedir. Detayların kaybolması sanık açısından müştekinin delillerini test etmeyi zorlaştıracaktır, fakat müştekinin testten kaldığı ve geçemediği neden varsayılır? Lewis’in cevabı, çapraz sorgunun -önemli ölçüde doğru olduğu durumlarda bile- detaylı ifadeye zarar verme potansiyeli bulunmaktadır:

“Suçlu bir sanığın yeni işlenen bir suç iddiası ile karşılaşması durumunda kanıtlar için mazeret üretmediği ya da müştekinin özellikli bulgularına karşı koyamayacağı gibi müştekinin delillerindeki uyumsuzlukları da kolayca ortaya koyabilecektir. Gecikme nedeniyle ‘müştekinin delillerinin kesinliğini ve özgüllüğünü belli ölçüde yitirdiği’ durumlarda, suçlu veya suçsuz bir sanık için benzer ölçüde adli dezavantaj olacaktır: burada güçlü adli silah olan çapraz sorgu körleşmiş olacaktır” (134).

Bu makul bir yanıttır. Mirjam Damaşka’nın gözlemine göre,

“Çapraz sorgu iki ucu keskin bir kılıçtır. Yargıç Frankel’in ifade ettiği şekilde ‘diğer silahlar gibi hem kahramanlar hem de kötü adamlar için öldürücüdür’. Güvenilir bir ifade kolayca tartışmalı gibi görünebilir ve çok açık bir bilgi karartılıp kafa karıştırıcı hale gelebilir” (135).

Bu durumun çapraz sorgunun geleneksel olarak “doğruyu ortaya çıkarmak için icat edilmiş en büyük yasal makine” (136) gibi kabulünden ve çekişmeli sistemlerde önemli bir rol oynayan (137) bir modelden daha septik bir yaklaşıma yönelme olduğu ifade edilmelidir. Çapraz sorgunun olgusal etkinliği konusundaki şüpheler hak iddialarının savunulması noktasında zayıf bir zemin oluşturmaktadır. Birçok gözlemci için, çapraz sorgunun gerçeği gizlemek yerine ortaya çıkarmak noktasındaki potansiyeli esas odak noktası ve reform için bir uyarıcı şeklinde rol oynamaktadır (138). Sanık haklarının savunulmasını tartışmalı çapraz sorguya dayandırmak sorgulanabilir. Bu durum Jeremy Bentham tarafından eleştirilen “Tilki avcısı gerekçesi” ne benzemeye başlamaktadır:

“Suçlu veya suçsuz sanık, centilmen bir avcı tarafından avlanmakta olan bir tilki gibi, adil bir kaçma hakkına sahip olmalıdır” (139).

Masumiyet karinesi, açık şekilde iddia makamına karşı sanığa fırsat tanırken gecikmeli vakalarda sanık merkezli bir yaklaşımı haklı göstermemektedir. Zira bu karine delil kaybının kesinlikle aklayıcı bir unsur olmasını öngörmez ve suçlu sanığın şaşırtmalı çapraz sorguyu kullanmasını salık vermez. Gecikme iddia makamının yükünü ağırlştırabilir ki bu da yanlış mahkûmiyet değil hatalı beraat riskini arttırmaktadır. Ancak, masumiyet karinesinden köken alan sanık lehine yaklaşım için daha ayrıntılı bir tartışma bulunmaktadır. Bu sonraki bölümde ele alınacaktır.

ADLİ DEZAVANTAJ VE DELİL AĞIRLIĞI

Adli dezavantajın dengeli veya tarafsız uygulamasına dair argüman göreceli olarak çok açıktır ve aslında birçok komponenti daha önceden mahkemeler ve yorumcular tarafından onaylanmıştır. Bu nedenle “prensipde adli dezavantaj hakkında ikazın gerekliliğine” neden bulunmaktadır? (140) Bu bölüm 1’de buna cevap arayacaktır.

Mantıksal olarak, gecikmeye ikincil delil kaybı hem savunmaya hem de iddia makamına zarar verebilmektedir. Adli önyargı riski iki taraf içinde dengelenmiştir ve böylece tarafsız uygulama amaçlanmaktadır. Fakat bu durum “mahkemenin geçen zamanla paralel olarak gerçekte ne olduğunu ortaya koyma şansının giderek azaldığı gerçeğini” reddetmez (141). Tabii ki delilin kaybolmamış olması tercih edilmektedir. Delillerin kaybolmuş olması adli dezavantaja sonuç vermektedir. Burada savunmanın mı yoksa iddia makamının mı dezavantajlı olduğu

bilinmemektedir ama her halükarda mahkeme için adli dezavantaj durumu vardır. Esas soru, hukukun bu duruma nasıl bir cevap vermesi gerektiğidir.

Bir delil hukuku ekolü, ispat yükümlülüğünün sadece delilin gücü ile ilgili olmadığı aynı zamanda delilin “bütünlüğü” (142), “kapsayıcılığı” (143), veya “ağırlığı” na da (144) dayandığını ortaya koymaktadır. Bir mahkeme “daha ileri gerçekler” gerektiği savı ile saptama yapmayı reddedebilir (145). Muhtemelen, şikâyetle önemli gecikme yaşandığı durumlarda, savcılığın iddiaları güçten ve ağırlıktan yoksun olacaktır. Savcılık iddialarının yeterince güçlü olduğu ancak ağırlıktan yoksun olduğu durumlarda vaka aciliyet kazanmaktadır. Bu *Longman*'daki Deane J.'nin işaret ettiği duruma benzemektedir.

“Müştekinin delilleri ikna edici olarak algılanır. Jürinin müştekiyi dürüst bir şahit olarak kabul etmesi şaşırtıcı değildir. Aynısı başvuranın kanıtları için söylenemez ve jürinin başvurana şahit olarak kabul etmeyeceği de şaşırtıcı değildir. Söylenen her şeye rağmen sanığın suçu için tek delilin müştekinin sözel ifadesi olabileceği görülmektedir” (146).

Longman vakası gibi vakalarda, adli önyargıya dair yargı talimatı savcılığın iddiaları kanıtlama yükümlülüğünden ziyade ağırlığın yokluğuna atıfta bulunmaktadır. Müştekinin delillerinin yeterince test edilemediğine dair talimatlar (147); mahkûmiyet vermek tehlikeli olacaktır; müştekinin delilleri özel incelemeye tabi tutulmalıdır; sanığın lehine bir yaklaşım olmalıdır; masumiyet karinesin geliştirilmesi savcılığın yükünü arttırmaktadır.

Ancak kayıp delil durumuna ikincil sonuçları neden savcılık makamının tek başına yüklenmek zorunda olduğu hala açık değildir. Bu dengesizlik epistemik olarak adil değildir. Hafif delillere dayanarak verilen mahkûmiyet kararları cahillikten kaynaklanan bilgi şeklinde kınanabilmektedir (148). Fakat elde edilen delilin gücünü görmezlikten gelmek daha büyük cahillik olarak kabul edilmektedir. “Kayıp delilin farklı bir sonuç ortaya çıkarmada realize edilmemiş potansiyeli”ne dair çekinceler dile getirilmektedir (149). Fakat kayıp delil ulaşılan sonucu doğrulayabileceği gibi ona karşı da olabilir (150). Kayıp şahit durumu savunmanın mazeretlerini kanıtlamasını olanaksız kılabilir. Kayıp tıbbi rapor genç müştekinin bekâretini iddia edilen cinsel saldırıda kaybettiğini ortaya koyabilirdi. Eğer adli incelemeler yapılmış olsaydı iddia edilen cinsel saldırının olduğu ortamdaki halı üzerinde semen lekelerinin olduğu ortaya konabilirdi. Bu olasılıklar neden göz ardı edilsin ki?

SONUÇ

Delil kaybı durumunun sadece sanık açısından haksız bir yargılamaya neden olacağını varsaymak inandırıcı olmayacaktır. Olay ne olursa olsun, kayıp durumu mahkemenin gerçekleri ortaya koyma gayretlerini zedelemektedir. Savcılığın iddiaları güçlü olabilir, müşteki sanığa göre çok daha güvenilir olabilir, fakat düşük delil ağırlığı ve müştekinin ifadesini uygun şekilde test edememek endişelere kaynaklık edecektir. Gecikme nedeniyle tanımlayıcı delillerin elde edilemediği vakalarda bu endişeler daha da artacaktır. Durağan kovuşturmalar ve sanık lehine bir yaklaşım mahkemenin hafif ağırlıktaki delile dayanarak saptama yapma konusundaki isteksizliğini yansıtmaktadır. Fakat bu isteksizliğin üzerinden gelinmelidir. Eğer savcılığın iddiaları yeterince güçlü ise mahkeme düşük delil ağırlığına bakmaksızın mahkûmiyet kararı vermelidir.

Mahkemeler gecikmiş şikâyet vakalarında bozulmuş mahkûmiyet kararlarına gerekçe olarak masumiyet karinesini göstermektedirler:

“Toplum suçluya verilen mahkûmiyet kararını, mahkemelerin masum kişileri de mahkûm edebileceğine dair kaçınılmaz riske eş tutmamalıdır” (151).

“Birtakım suçlu insanlar cezadan kurtulabilir ancak daha da önemlisi masum insanların yanlışlıkla mahkûm edilmemesidir” (152).

Altında yatan prensip tartışmasızdır. Jüriye sıklıkla mahkûmiyet kararının, savcılığın delillerle ilgili zorluklarını dikkate almaksızın, çok güçlü kanıt gerektirdiğinin hatırlatılması uygun olacaktır. Diğer yandan, savcılık üzerindeki *ağırlık* gerekliliğini dayatmak uygun değildir. Bu masumiyet karinesinin düzgün işletilmesinin üzerinde bir önyargıya neden olacaktır. Kayıp delil durumunun suçlayıcı nitelik taşıyabileceği gibi aklayıcı da olabileceği hususunu tekrar vurgulamak gerekmektedir. Hatalı mahkûmiyetlerin maliyetini yönetmek yerine, ağırlık gereksinimi hatalı beraatların maliyetini arttırmaktadır (153).

Teşekkür

Nisan 2010’da, University of New South Wales’ta, Suç Delilleri ve İnsan Hakları Çalıştay’ında, bu makalenin önceki versiyonu üzerine yorum yapan meslektaşlarıma şükranlarımı sunarım. Ayrıca, yazıyı değerlendiren hakemlere de yapıcı geribildirimleri için teşekkür ederim.

1. *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [33] (Wood C.J. at CL).
2. Bkz. e.g. Jennifer Temkin and Barbara Krahé, *Sexual Assault and the Justice Gap: A Question of Attitude* (Hart Publishing: 2008); Bkz., *A (Complainant's Sexual History)* [2001] UKHL 25; [2002] 1 A.C. 45, 71 (Lord Hope).
3. *Johnston* (1998) 45 N.S.W.L.R. 362 at 367 (Spigelman C.J.); Bkz., *M* (1994) 181 C.L.R. 487 at 514 (Gaudron J.).
4. *Johnston* (1998) 45 N.S.W.L.R. 362 at 367, Alıntılanan kaynak, *Kilby* (1973) 129 C.L.R. 460 at 465.
5. *Johnston* (1998) 45 N.S.W.L.R. 362 at 367.
6. Crimes Act 1958 (Vic.) s. 61(1)(b)(i); Bkz., e.g. Criminal Procedure Act 1986 (N.S.W.) s.294(2)(b).
7. Bkz. *Crofts* (1996) 186 C.L.R. 427.
8. Bkz. *Crofts* (1996) 186 C.L.R. 427 at 451-452.
9. Judicial Studies Board, *Online Reference, Criminal Law, Evidence*, para.37.1. http://www.jsboard.co.uk/criminal_law/cbb/mf_04b.htm [Erişim Tarihi Haziran 23, 2010].
10. *GPP* (2001) 129 A. Crim. R. 1 at [70] (Heydon J.A.).
11. *Attorney General's Reference (No.1 of 1990)* [1992] Q.B 630; *Smolinski* [2004] EWCA Crim 1270; 2 Cr. App. R. 40; *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691; *MacKreth* [2009] EWCA Crim 1849; [2010] Crim. L.R. 226; *Jago* (1989) 168 C.L.R. 23 at 49-50, 76; *Williams / Spautz* (1992) 174 C.L.R. 509; 529; *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [140].
12. *Longman* (1989) 168 C.L.R. 79.
13. *Longman* (1989) 168 C.L.R. 79 at 91 (Brennan, Dawson and Toohey JJ.).
14. Bkz. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [140] (Kirby J.). Recent English decisions resulting in a permanent stay of prosecution: *Joynson* [2008] EWCA Crim 3049; *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691; *Sheikh* [2006] EWCA Crim 2625; *B* [2003] EWCA Crim 319; [2003] 2 Cr. App. R. 13 (p.197); *O'Dell* Unreported November 10, 2000; Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3 March 27, 2000; cf. *MacKreth* [2009] EWCA Crim 1849 at [39]; [2010] Crim. L.R. 226.

15. *Collard* [2008] W.A.S.C.A. 47 at [4]; *BFB* (2003) 87 S.A.S.R at 278, 283; *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [67].

16. *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [35] (Wood C.J. at CL); Bkz. at [118] (Sully J.); *Riggall* (2008) 37 W.A.R. 211 at [26].

17. *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [95]; *WRC* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [111], [118]-[119]; *DRE* (2006) 164. A. Crim. R. 400 at [14]; *AM* (2008) 188 A. Crim. R. 457 at [128]; *TJ* [2009] N.S.W.C.C.A 257 at [78], [126]; *Inston* (2009) 103 S.A.S.R. 265 at [58]-[61], [109]-[110], [124]; *Dawson-Ryan* (2009) 104 S.A.S.R. 571 at [79]; *GBT* [2009] W.A.S.C.A. 19 at [27].

18. Bkz. e.g. *Hancock* EWCA, Crim Div, 9606335 Y5, October 22, 1997; *W* [1999] 2 Cr. App. R. 201 CA (Crim Div).

19. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343; Bkz. *GPP* (2001) 129 A. Crim. R. 1 at [60]; *Hunt* [2008] W.A.S.C.A. 210 at [97], [19]; cf. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [9] (Gleeson C.J., dissenting); at [87]-[88] (McHugh J., dissenting); *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [76]-[77], [97], [115] (Sully J.); *Tully* (2006) 230 C.L.R. 234 at [132] (Callinan J.), at [178] (Crennan J.); C.R. Williams, “Warnings occasioned by delay in paedophile prosecutions” (2003) 27 Crim. L.J. 70, 75.

20. *Seigneur* [2009] S.A.S.C. 59 at [13] (Gray J.).

21. Bu durum bütün Avustralya yargı organlarında benimsenmemiştir ve bunu uygulayan yargı mekanizmalarının tümüne uygunluk göstermemektedir: Stephen Odgers, *Uniform Evidence Law*, 8th edn (LBC Information Services, 2009), pp.1, 14-16.

22. Evidence Act 2008 (Vic.) and Evidence Act 1995 (Cth.). Evidence Act 1995 (N.S.W.) “Kısmi uygulamaya” atıfta bulunulmuştur. Note s.165B(3): “Bu uygulamayı yapmamak için iyi gerekçeler varsa yargıç alt başlıklara uymak durumunda değildir (2).” Evidence Act 2001 (Tas.) son değişiklikleri içermemektedir. Benzer versiyonu önceden Crimes Act 1958 (Vic.) ss. 61(1A); Criminal Procedure Act 1986 (N.S.W.) s.294(3) olarak yapılmıştı. Yakın zamanda eklene Evidence Act 1929 (S.A.) s.34CB talimat vermenin talep üzerine olmamasını öngörmektedir.

23. N.S.W. aynıdır, Cth. and Vic. Acts. Evidence Act 1929 (S.A.) s.34CB(3)(b) çok benzemektedir. Bkz. Crimes Act 1958 (Vic.) ss.61(1)(b)(iii), 61(1B).

24. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613.
25. Crimes Act 1958 (Vic.) s.61, bazı açılardan Evidence Act 2008 (Vic.) s.165B. ile örtüşmektedir.
26. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [65](2)-(4).
27. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [75].
28. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [72] (Kellam J.A.), alıntılanan kaynak *Crofts* (1996) 186 C.L.R. 427, 451-452. Bkz (2008) 18 V.R. 613 at [101] (Hansen A.J.A., agreeing), cf. at [41]-[46] (Ashley J.A.).
29. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [85] (Kellam J.A.).
30. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [65](15), at [85].
31. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [90] (Kellam J.A.), at [5], [40] (Ashley J.A., aynı fikirdedir), at [101] (Hansen A.J.A., agreeing).
32. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [65](14).
33. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [88], [92] (Kellam J.A.), at [40] (Ashley J.A.).
34. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [90], [92] (Kellam J.A.), at [40] (Ashley J.A.).
35. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [91] (Kellam J.A.).
36. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [93] (Kellam J.A.), at [5], [40] (Ashley J.A., aynı fikirdedir), at [101] (Hansen A.J.A., agreeing).
37. Penney Lewis, *Delayed Prosecution for Childhood Sexual Abuse* (Oxford University Press, 2006) p.140.
38. *Joyson* [2008] EWCA Crim 3049.
39. *Joyson* [2008] EWCA Crim 3049 at [35] (Vurgu eklendi).
40. *Joyson* [2008] EWCA Crim 3049 at [34] (Vurgu eklendi).
41. See also *Wilkinson* [1996] 1 Cr. App. R. 81 at 86.
42. *MM* [2004] N.S.W.C.C.A 81 at [115] (Vurgu eklendi).
43. *MM* [2004] N.S.W.C.C.A 81 at [115]; Bkz *Inston* (2009) 103 S.A.S.R. 265 at [112]; *Hunt* [2008] W.A.S.C.A. 210 at [16].

44. James Wood, “Complaint and Medical Examination Evidence in Sexual Assault Trials” (2003) 15 *Judicial Officers’ Bulletin* 63, 64; see also *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [19] (Wood C.J. at CL), [95], [116]-[117] (Sully J.); *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [10] (Gleeson C.J., muhalefet etmiştir); Lewis, *Delayed Prosecution*, 2006, p.152.

45. *Report into Uniform Evidence Law* (A.L.R.C. Report 102, N.S.W.L.R.C Report 112, V.L.R.C. Final Report), para.18.121; N.S.W.L.R.C. muhalefet etmiştir, para.18.141.

46. Bkz. önceki Criminal Procedure Act 1986 (N.S.W.) s.294(5); Crimes Act 1958 (Vic.) s.61(1C). Evidence Act 1929 (S.A.) s.34CB karşılaştırılabilir bir hüküm yoktur. Bkz *Inston* (2009) 103 S.A.S.R. 265 at [107] (Vanstone J.).

47. *GS* [2003] N.S.W.C.C.A 73 at [61] (Smart J.).

48. Stephen Odgers, “Editorial: Sexual Offences Procedural Reform” (2005) 29 *Crim. L.J.* 5.

49. *WRC* (2002) 130 A. *Crim. R.* 89 at [143] (Kirby J.), Bkz. [100] (Greg James J.); *MM* [2004] N.S.W.C.C.A 81. at [160], [182]; *DBG* (2002) 133 A. *Crim. R.* 227 at [37]-[38]; *JJB* (2006) 161 A. *Crim. R.* 187 at [95]; *GS* [2003] N.S.W.C.C.A 73 at [143].

50. *C* [2002] EWCA *Crim* 312 at [24]; Bkz. *Crampton* (2000) 206 C.L.R. 161 at [45] (Gaudron, Gummow and Callinan J.J.), at [130]-[132] (Kirby J.).

51. *C* [2002] EWCA *Crim* 312 at [24].

52. *M* [2000] 1 *Cr. App. R.* 49; [1999] *Crim. L.R.* 922 CA (Crim Div); 49 *C* [2002] EWCA *Crim* 312 at [23] kaynak olarak kullanmıştır. Bkz. *DF* (EWCA *Crim Div*, No.9805760/X2, May 4, 1999): “Otoriteler bir yargıcın normal şartlar altında jüriye gecikmiş bir şikayet nedeniyle yıllar sonra sunulan bir vakanın savunmasını yaparken karşılaştıkları zorluklara dair uyarması ile aynı fikirdedir.”

53. *W* [1999] 2 *Cr. App. R.* 201 at 202 CA (Crim Div); *GJ* [2006] EWCA *Crim* 1939 at [27].

54. Bkz, Scott Henchcliffe, “Abuse of process and delay in criminal prosecutions -- Current law and practice” (2002) 22 *Australian Bar Review* 1, 10.

55. *Polyukhovich* (S.A.S.C., Dec 22, 1992) 10; Bkz. *McCarthy* (N.S.W.C.C.A, Aug 12, 1994, Gleeson C.J.); *W.R.C.* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [80] (Hodgson J.A.).
56. *W* [1999] 2 Cr. App. R. 201 at 202 CA (Crim Div).
57. *W* [1999] 2 Cr. App. R. 201 at 212 CA (Crim Div).
58. *Hancock* [1997] EWCA Crim 2561.
59. *Hancock* [1997] EWCA Crim 2561. Bkz. *M* [2000] 1 Cr. App. R. 49, 54-55, 58; [1999] Crim. L.R. 922 CA (Crim Div).
60. *Hancock* [1997] EWCA Crim 2561.
61. *AM* (2008) 188 A. Crim. R. 457.
62. *AM* (2008) 188 A. Crim. R. 457 at [143], Bkz. [20] (Steytler P.); *Taylor* (No.2) (2008) 18 V.R. 613 at [90] (Kellam J.A.); *Crampton* (2000) 206 C.L.R. 161at [130]-[132] (Kirby J.).
63. Bkz, e.g. N.J. Schweitzer & Michael J. Saks, “The CSI Effect: Popular Fiction About Forensic Science Affects The Public’s Expectations About Real Forensic Science” (2007) 47 *Jurimetrics Journal* 357, 358.
64. *Johnston* (1998) 45 N.S.W.L.R. 362, 370 (Spigelman C.J.).
65. Bkz, e.g. *MacKreth* [2009] EWCA Crim 1849 at [48]; *TE* [2004] 2 Cr. App. R. 36 at [18]; *W* [1999] 2 Cr. App. R. 201 at 212; *Wilkinson* [1996] 1 Cr. App. R. 81 at 86; *B, J* [2009] S.A.S.C. 110 at [34]; *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [19]-[20]; N.S.W.L.R.C, *Jury Directions* Consultation Paper 4 (2008), para.7.50.
66. *Jones* (1997) 191 C.L.R. 439 at 455 (Gaudron J., McHugh J. and Gummow J.), Bkz. 446 (Brennan C.J.); *B* [2005] EWCA Crim 29 at [40]-[41].
67. *MacKreth* [2009] EWCA Crim 1849 at [39], [47].
68. Henchcliffe tarafından önerildiği gibi, “Abuse of Process” (2002) 22 *Australian Bar Review* 1, 10.
69. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000.
70. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000 at [34]; Bkz. *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691.

71. *TE* [2004] 2 Cr. App. R. 36.
72. *TE* [2004] 2 Cr. App. R. 36 at [19].
73. *MacKreth* [2009] EWCA Crim 1849.
74. *MacKreth* [2009] EWCA Crim 1849 at [62]; adli dezavantaja dair bir talimat savunmanın eleştirisi olmaksızın yapılmıştır: at [27], [51].
75. See *B* [2005] EWCA Crim 29.
76. See *B* [2005] EWCA Crim 29 at [19]. Bu vakada, *TE* [2004] 2 Cr. App. R. 36, aksine, mahkeme, savunmanın adli dezavantajını dengelemek yerine mahkûmiyet kararının güvenliğini sağlamak için müştekinin delillerinin zayıflığını göz önünde bulundurdu.
77. See *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241.
78. See *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [19].
79. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [81]. Gleeson C.J. and McHugh J. Herikisi de strateji olarak savunmanın öne sürebileceği destekleyici delil olduğu durumlarda *Longman* talimatına gerek görmeyebileceğini vurgulamaktadırlar: *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [87]-[88] (McHugh J.), at [9] (Gleeson C.J.); Bkz. yukarıdaki fn.9.
80. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [137] (Kirby J.).
81. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [54] (Gaudron and Callinan J.J.).
82. *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [136] (Kirby J.).
83. *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [95](3)(e) (italics in original).
84. *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [95](3)(e); Bkz. *AM* (2008) 188 A. Crim. R. 457 at [17] (Steytler P.). For more liberal interpretations: *FVK* [2002] VSCA 225 at [130]-[131] (Phillips J.C.J.), see also [145] (Ormiston J.A.). For stricter interpretations: *GPP* (2001) 129 A. Crim. R. 1 at [61]-[63] (Heydon J.A.); *WRC* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [83] (Greg James J.), at [150] (Kirby J.), cf. [74]-[76] (Hodgson J.A., muhalefet etmiştir).
85. Section 165B(2) of the N.S.W., Cth. and Vic. Evidence Acts; Evidence Act 1929 (S.A.) s.34CB(2).

86. *Dutton* [1994] Crim. L.R. 910.
87. Quoted in *W* [1999] 2 Cr. App. R. 201, 207-08 CA (Crim Div).
88. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000.
89. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000 at [19].
90. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000 at [19].
91. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000 at [19].
92. Turner EWCA Crim Div, 1999/01555/X3, March 27, 2000 at [19].
93. Bkz. *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691. S ve T kodlu her iki şikâyetçi yaralanma nedeniyle tazminat başvurusu yapmıştır. S'nin başvurusunun "önemli ölçüde hatalı olduğu" gösterildi ve bu durum onun güvenilirliğini zedeledi [16]. T'nin başvurusu kaybolmuştu. "Olayı bilen herkes bu başvurunun duruşmada T'nin lehine olduğunu biliyordu". S'nin iddiası doğru olmayıp göreceli olarak abartılmış idi. Söylenen göre, her iki kız hala arkadaş olup birbirlerine yakın çevrede yaşamakta idi. "Başvurularını CICA ile tartışmadıkları pek olası değildir" (At [34].)
94. *JS* [2008] EWCA Crim 2788.
95. *JS* [2008] EWCA Crim 2788 at [13].
96. *JS* [2008] EWCA Crim 2788 at [27].
97. *JS* [2008] EWCA Crim 2788 at [27].
98. *Percival* (EWCA Crim Div, 97/6746/X4, June 19, 1998). Duruşmada müşteki önceden sanık hakkında ortaya attığı birçok iddianın aslında aynı okulda çalışan Lamarck adında başka bir adamla ilgili olduğuna dair ifade verdi. Müşteki bu durumu Percival'in duruşmasından kısa bir süre önce Lamarck'ın duruşmasında ifade verirken fark etti.
99. *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691.
100. *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691 at [36].
101. *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691 at [37].
102. *Ali / Crown Prosecution Service* [2007] EWCA Crim 691 at [36]-[37].
103. Bkz. *B* [2005] EWCA Crim 29 at [43].

- 104.** Bkz. *B* [2005] EWCA Crim 29 at [43].
- 105.** Bkz. *B* [2005] EWCA Crim 29 at [42].
- 106.** *M* [2000] 1 Cr. App. R. 49; [1999] Crim. L.R. 922 CA (Crim Div).
- 107.** *M* [2000] 1 Cr. App. R. 49 at 54. [1999] Crim. L.R. 922 CA (Crim Div).
- 108.** *M* [2000] 1 Cr. App. R. 49 at 58; [1999] Crim. L.R. 922 CA (Crim Div).
Bkz. *Ferrisey* [2002] EWCA Crim 2405 at [17]-[19].
- 109.** *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [22] alıntulandığı kaynak e.g. *Jones* (1997) 191 C.L.R. 439 at 455 (Gaudron J., McHugh J. and Gummow J.).
- 110.** *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [13] (orjinalinde vurgulanmıştır); e.g. “önemli”, “büyük” ve “ciddi” dezavantaja atıfta bulunulmuştur, *Crampton* (2000) 206 C.L.R. 161 at [45] (Gaudron, Gummow and Callinan J.J.), at [140] (Hayne J.), at [131], [132] (Kirby J.).
- 111.** *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [23].
- 112.** *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 163 at [2], [40], Bkz. [107]-[118] (Sully J.).
- 113.** *JJB* (2006) 161 A. Crim. R. 187 at [97]; Bkz. *MM* [2004] N.S.W.C.C.A 81 at [124] (Howie J.).
- 114.** *GVV* (2008) 20 V.R. 395 at [65] (Maxwell P. and Ashley J.A. agreeing); Bkz. *Taylor (No.2)* (2008) 18 V.R. 613 at [92]; *IAB* [2009] V.S.C.A. 229 at [88]-[90]; *GBT* [2009] W.A.S.C.A. 19 at [30]; *AM* (2008) 188 A. Crim. R. 457 at [142], [146] (Miller J.A.), cf. at [204] (Murray A.J.A.J.A.).
- 115.** *Dawson-Ryan* (2009) 104 S.A.S.R. 571 at [70], [80]-[82].
- 116.** *Dawson-Ryan* (2009) 103 S.A.S.R. 265.
- 117.** *Dawson-Ryan* (2009) 103 S.A.S.R. 265 at [112].
- 118.** Bölüm 165B(2) - N.S.W., Cth. and Vic. Evidence Acts; Evidence Act 1929 (S.A.) s.34CB(2).
- 119.** *Jago / District Court of N.S. W.* (1989) 168 C.L.R. 23 at 60 (Deane J.); Bkz. *Longman* (1989) 168 C.L.R. 79 at 100 (Deane J.).
- 120.** *Doggett* (2001) 208 C.L.R. 343 at [94] (McHugh J.).

121. *Percival* EWCA Crim Div, 97/6746/X4, June 19, 1998; see also *JS* [2008] EWCA Crim 2788 at [26]; *Bowley* [1996] Crim. L.R. 406 at 407 CA (Crim Div); Bu kaynağa *Jamieson* (EWCA Crim Div, 96/3404/W3, October 15, 1996) atıfta bulunulmuştur.

122. *GBT* [2009] W.A.S.C.A. 19 at [30] (Martin C.J. ve Miere A.J.A.J.A. aynı fikirdedi); Bkz. Odgers “Editorial” (2005) 29 Crim. L.J. 5, 6.

123. *GBT* [2009] W.A.S.C.A. 19 at [30].

124. *Percival* EWCA Crim Div, 97/6746/X4, June 19, 1998.

125. *JS* [2008] EWCA Crim 2788 at [26].

126. *WRC* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [118] (Greg James J.).

127. *WRC* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [118] (Greg James J.).

128. Bkz. e.g. *PC* [1999] 2 I.R. 25 at 78 (Lynch J.), buna Lewis, *Delayed Prosecution*, 2006, pp.84-85’te atıfta bulunulmuştur.

129. Bkz. *BWT* (2002) 54 N.S.W.L.R. 241 at [15]-[16] (Wood C.J.).

130. *Van der Meer* (1988) 82 A.L.R. 10 at 31 (Deane J.).

131. Lewis, *Delayed Prosecution*, 2006, p.148.

132. Lewis, *Delayed Prosecution*, 2006, p.148.

133. *WRC* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [100]; Bkz. yukarıda fn.49.

134. Lewis, *Delayed Prosecution*, 2006, p.148, alıntılanan kaynak Wood, “Complaint” (2003) 15 *Judicial Officers’ Bulletin* 63; Bkz. *WRC* (2002) 130 A. Crim. R. 89 at [141] (Kirby J.); N.S.W.L.R.C 112, para.18.135.

135. Mirjam Damaska, “Presentation of evidence and fact-finding precision” (1975) 123 *University of Pennsylvania Law Review* 1083, 1094, alıntılanan kaynak M.E Frankel, “The search for truth: An umpireal view” (1975) 123 *University of Pennsylvania Law Review* 1031, 1039; Bkz. John Langbein, “The German advantage in Civil Procedure” (1985) 52 *University of Chicago Law Review* 823, 833-834.

136. John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* § 1367 (Peter Tillers edn, 1983). Bkz. yakın zamanda yayınlanan Jules Epstein, “Cross-

examination: Seemingly Ubiquitous, Purportedly Omnipotent, and At Risk” (2009) 14 *Widener Law Review* 427; Chris William Sanchirico, “What Makes the Engine Go? Cognitive Limitations and Cross-examination” (2009) 14 *Widener Law Review* 507.

137. M. Hale, *The History of the Common Law of England* (1739, C.M. Gray edn, 1971) p.164.

138. Bkz. Symposium, “Cross-Examination: The Great (?) Engine” (2009) 14 *Widener Law Review*.

139. H.L.A. Hart, ‘Bentham and the demystification of the law’ (1973) 36 *Modern Law Review* 2, 15; *Works of Jeremy Bentham* VII (Bowring edn, 1838-1843), p.454.

140. N.S.W.L.R.C 112, para.18.145, ek olarak “ya da ... gecikmeden kaynaklanan adli dezavantaj ile ilgili tartışmalarla adil bir şekilde başa çıkılabilir mi?”.

141. *Allen / Sir Alfred McAlpine & Sons Limited* [1968] 2 Q.B. 229 at 255 [1968] 2 W.L.R. 366 (Diplock L.J.); Bkz. *Longman* (1989) 168 C.L.R. 79 at 108 (McHugh J.).

142. Richard Friedman, “Assessing Evidence” (1996) 94 *Michigan Law Review* 1810, 1819; Nance, “The Weights of Evidence” [2008] *Episteme* 267, 268.

143. Hock Lai Ho, *A Philosophy of Evidence Law -- Justice in the Search for Truth* (Oxford University Press, 2008), p.166.

144. Nance, “Weights” [2008] *Episteme* 267, 268; L Brilmayer and L Kornhauser, “Review: Quantitative Methods and Legal Decisions” (1978) 146 *University of Chicago Law Review* 116, 144; Alex Stein, *Foundations of Evidence Law* (Oxford University Press, 2005), pp.47-48.

145. *Hotson / East Berkshire Health Authority* [1987] A.C. 750 at 787; [1987] 3 W.L.R. 232 HL (Lord Mackay); discussing *Herskovits / Group Health Cooperative of Puget Sound* (1983) 664 P2d. 474 at 491 (Brachtenbach J., muhalefet etmiştir); Bkz. L.J. Cohen, “Can human irrationality be experimentally demonstrated?” (1981) 4 *The Behavioral and Brain Sciences* 317, 329; James Brook “The Use of Statistical Evidence of Identification in Civil Litigation: Well-Worn Hypotheticals, Real Cases, and Controversy.” (1985) 29 *St Louis University Law Journal* 293-346.

146. Longman (1989) 168 C.L.R. 79 at 98-99.

147. JSB, *Criminal Law, Evidence*, para.37.1, http://www.jsboard.co.uk/criminal_law/cbb/mf_04b.htm [Accessed June 23, 2010]; Longman (1989) 168 C.L.R. 79 at 91.

148. W.C. Salmon, *The Foundations of Scientific Inference* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1967), p.65; Cohen, *Probable and Provable*, (USA: Oxford University Press, 1977), p.19; Stein, *Foundations*, (2005), p.79.

149. Stein, *Foundations*, (2005), p.120; Bkz. pp.97-100, 228. Stein ve Ho bunun tevatür/dile getirilenlerle oluşmuş kural olduğunu ve “bizim tevatürlerden çıkarsama yaptığımız gerekçeleri ortadan kaldıran şahidin ortaya koyduğu delili” riske ettiğini ifade ettiler.”: Ho, *A Philosophy of Evidence Law--Justice in the Search for Truth* (2008), p.278.

150. Bkz. Mike Redmayne, “Exploring the Proof Paradoxes” (2008) 14 *Legal Theory* 281, 291.

151. *Davis* BC9507899 (June 23 1995) 21.

30 152. *B* [2003] EWCA Crim 319; [2003] 2 Cr. App. R. 13 at [27].

153. Bkz. Nance, “Weights” [2008] *Episteme* 267, 274-277; J. Koehler and D.N. Shaviro, “Veridical Verdicts: Increasing Verdict Accuracy through the use of Overtly Probabilistic Evidence and Methods” (1990) 75 *Cornell Law Review* 247; David Kaye, “Naked statistical evidence” (1980) 89 *Yale Law Journal* 601.