

TÜRK CEZA MUHALEMESİNDE MADDİ GERÇEĞE ULAŞMANIN ÖN KOŞULU OLARAK HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ YASAĞI

*Prohibition of Evaluation of the Unlawful Evidence as Prerequisite of
Reaching to Material Fact in Turkish Criminal Procedure*

Mehmet GÖDEKLİ*

ÖZ

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Gerçekliğe ulaşmaya çabalarken yargıcın hukuka uygun delillerle kendini sınırlaması gerekir. Türk hukukunda delil değerlendirme yasağının mutlak olduğu genel kabul görmektedir. Hukukumuzda delillerin değerlendirilmesinde kamusal makamlar ile özel kişiler arasında bir fark gözetilmemektedir. Ancak usule aykırı olarak ulaşılan delillerden söz edilmesi, delilin başından itibaren hukuka aykırı olmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla delilin hukuka aykırı olması özel şahıslar ve yetkili kamu görevlileri açısından birbirinden farklı değerlendirilmelidir. Çalışmada söz konusu ayrıma da yer verilmek suretiyle hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı teorik ve pratik açıdan tartışılmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Hukuka aykırı deliller, delil yasakları, delillerin değerlendirilmesi, özel kişilerce elde edilen deliller, hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisi, tesadüfen elde edilen deliller.

* Arş. Gör., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, (mehmetgodekli@gmail.com).

ABSTRACT

The purpose of the criminal proceedings is to achieve to the material facts. Judge should limit himself with accordance with the law of evidence when trying to reach to reality. In Turkish law it is accepted that inhibition of evaluation of the unlawful evidence is absolute. In our legal system there is no difference between public authorities and private persons with regard to evaluation of the evidence. However it is to be mentioned from the evidence that achieved as violation of procedure, necessitates that the evidence is to be unlawful from the beginning. Therefore the evidence to be contrary to law should be considered different from each other in terms of the private individuals and the authorized public servants. In this study, the inhibition of evaluation of the unlawful evidence is discussed as theoretical and practical by giving place to this distinction.

Keywords: Unlawful evidence, evidence prohibitions, evaluation of evidence, the evidence obtained by private persons, the indirect effect of unlawful evidence, the evidence obtained by chance.

GİRİŞ

Hukuka aykırı deliller, üzerinde kapsamlı şekilde düşünülen ve tartışılan bir konu olmakla birlikte, gerek öğretide gerekse yargı kararlarında “hukuka aykırı delil” veya “kanuna aykırı delil” kavramlarından anlaşılması gerekenin ne olduğu hususunda görüş birliğine varılmadığı görülmektedir. Uyuşmazlık, kavramın öncelikle tanımına ve fakat esas itibarıyla onun muhtevasına yöneliktir. Hukuka aykırı deliller, ceza muhakemesi hukukumuzda ilk kez 1992 yılında 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun (CMUK)¹ delilleri takdir yetkisi başlıklı 254/2. maddesinde 3842 sayılı Kanun²la getirilen düzenleme sonucu ifadesini bulmuştur³. Söz konusu düzenlemenin pekiştiricisi niteliğinde olduğu söylenebilecek 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK)⁴ yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde

¹ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK), Kanun No: 1412, Mülga Kanun No: 5320/18, Kabul Tarihi: 4.4.1929, RG Tarihi: 20.4.1929, RG No: 1172.

² Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No: 3842, Kabul Tarihi: 18.11.1992, RG Tarihi: 1.12.1992, RG No: 21422.

³ Mülga CMUK m. 254/2: “Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz”.

⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), Kanun No: 5271, Kabul Tarihi: 4.12.2004, RG Tarihi: 17.12.2004, RG No: 25673.

hukuka aykırı delil elde edilmesi ve böyle bir delilin kullanılması, Kanun'un 206/2-a⁵ ve 217/2⁶ maddeleri doğrultusunda açık şekilde yasaklanmıştır. Bu yasağa aykırı hareket edilmesi halinde CMK m. 289/1-i⁷ gereğince söz konusu aykırılığın mutlak temyiz sebebi sayılacağı kabul edilmiştir.

Delillerin hukuka aykırılığı konusu hem ceza hem de hukuk yargılamasını yakından ilgilendirmektedir. Çalışmamızda hukuk yargılamasında geçerli olan delil ve değerlendirme yasaklarına değinilmeksizin konu yalnızca ceza muhakemesi boyutuyla ele alınmaktadır. Bu doğrultuda çalışmada öncelikle ceza muhakemesinde “delil” ve “hukuka aykırı delil” kavramlarına ve bu kavramların yasal dayanaklarına ana hatlarıyla yer verildikten sonra delil yasaklarının hukukumuzda nasıl ele alındığına kısaca değinilmektedir. Makalede konuyla ilgili teorik yaklaşımlar ile karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda ileri sürülen çeşitli bilimsel görüşlere, ayrıca uygulamada Yargıtay'ın hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini konu edinen başlıca içtihatları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi'nin meseleye bakış açısına, makale boyutunu aşmayacak ölçüde yer verilmektedir. Nihayet tesadüf sonucu ele geçen deliller ve özel kişilerce elde edilen delillerin ceza usul hukukumuzdaki karşılığı ile hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisi ve hukuka aykırı delili elde eden şahısların ceza sorumluluğunun tespiti konuları çalışmada kısaca incelenmektedir.

I. KAVRAMSAL BOYUT

Soruşturma ve kovuşturma makamlarının görevlerini ifa ederken başvurmak zorunda oldukları, ispat hukukunun maddi gerçeğe ulaşma amacının yegâne vasıtasını deliller teşkil etmektedir. Taraflar bakımından “ispat”, hâkim bakımından “sübut” denilen faaliyetler için kullanılan vasıtalara “ispat vasıtası” veya “sübut vasıtası” ya da kısaca “delil” adı verilir⁸. Bir kimsede bir hadisenin doğru olup olmadığı hususunda kanaat oluşması “ispat”, ispat zımında kendisine müracaat edilen şahıs veya şey de “sübut

⁵ CMK m. 206/2-a: “Ortaya konulması istenen bir delil aşağıda yazılı hallerde reddolunur: a) Delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse...”.

⁶ CMK m. 217/2: “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir”.

⁷ CMK m. 289/1-i: “Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır: ... i) Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması”.

⁸ Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, No. 85.1, s. 1325.

vasıtası” ya da “delil” olarak adlandırılır⁹. Diğer bir tanımla ifadeler, belgeler ve maddi varlığa sahip şeyler dâhil olmak üzere, iddia edilen bir gerçeğin varlığını kanıtlamak veya çürütmek amacıyla hizmet eden her türlü şey “delil” olarak değerlendirilir¹⁰. Ceza mahkemesi davayı karara bağlarken uyuşmazlığın gerçekten bulunup bulunmadığını, delilleri kullanarak, geçmişte aramak durumundadır¹¹. Dolayısıyla deliller “*yargıcın yargılama sonucunda maddi olayı çözmeye ve böylece bunu sabit görmesine veya görmemesine hizmet eden araçlar*” biçiminde tanımlanabilir¹².

Ceza muhakemesinde deliller, vicdani delil sistemi doğrultusunda hâkimin delil olarak ileri sürülen argümanların gerçekten olayı ispat etmeye yeterli olup olmadığına yönelik yapacağı serbest bir değerlendirme sonucu kabul edilmektedir¹³. Bununla birlikte ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesinin sınırsız biçimde dikkate alındığı söylenemez. Ceza muhakemesi hukuku her şeyden evvel delillerin belli bazı özellikleri taşımasını gerekli kılmaktadır. Ceza yargılamasında delillerin taşıması gereken özellikler özetle şu şekilde sıralanabilir¹⁴: “*i) Deliller gerçekçi olmalıdır. ii) Deliller akılcı olmalıdır. iii) Deliller olayı temsil edici olmalıdır. iv) Deliller sağlam ve güvenilir olmalıdır. v) Deliller elde edilebilir olmalıdır. vi) Deliller ispat bakımından önemli olmalıdır. vii) Deliller kanuna (hukuka) uygun olmalıdır*”.

⁹ Baha Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap: Muhakeme Usulü, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1946, s. 137.

¹⁰ Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary, West Group, St. Paul Minnesota, 2010, s. 499.

¹¹ Öztekin Tosun, Suç Muhakemesi Hukuku El Kitabı, AR Yayınları, İstanbul, 1983, s. 204.

¹² Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 2008, s. 169.

¹³ Ceza yargılamasında deliller, doktrinde farklı başlıklar altında tasnif edilebilmekle birlikte, genellikle beyan, belge ve belirti delilleri olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Beyan delili, suçun maddi yönüne ilişkin tanık, sanık ve diğer kişilerin açıklamalarını; belge delili, somut olayı temsil edici nitelikteki insan yapısı olan ispat vasıtalarını; belirti delili ise fiilin ardında kalan ve suçun dolaylı olarak ispatına yarayan doğal veya yapay iz ve emareleri ifade etmektedir. Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 86.2, s. 1345-1346; Toroslu/Feyzioğlu, s. 177 vd. Bunlardan belge ve beyan delilleri, kişisel anlatım biçimindeki deliller; belirtiler ise kişisel anlatım biçimi dışındaki deliller olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Tosun, Suç Muhakemesi, s. 227 vd.

¹⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 85.4, s. 1328-1333; Toroslu/Feyzioğlu, s. 171. Delillerin özelliklerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ali Kemal Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 160 vd.; Ali Eryılmaz, Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil, HUKAB Yayınları, Ankara, 2013, s. 24-31.

Ceza muhakemesinin temel amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak, uyumsuzluk sonucu verilen kararlar işlenen fiil arasında tutarlılığın bulunmasını temin etmektir. Özgen'e göre, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçek ise aralarında bağ bulunan birkaç hakikatin ortaya çıkarılmasını gerekli kılar. Buna göre hakikate ulaşmak için “i) İddia edilen fiil işlenmiş midir? ii) Bu fiil, kanunların öngördüğü ve ceza müeyyidesine bağladığı bir suç mudur? iii) İşlendiği ve kanunen suç olduğu tespit edilen fiili iddia edilen şahıs mı işlemiştir? iv) Bu fiili işlemiş olan şahıs sorumlu mudur?” sorularının yanıtlanması gerekir¹⁵. Amaç maddi gerçeğe ulaşmak olduğunda, doğal olarak bu soruların gereği gibi yanıtlanması bakımından ceza yargılamasında “her şeyin her şeyle ispat olunabileceği” neticesi ortaya çıkmaktadır¹⁶. Buna “delil serbestisi” adı verilmektedir. Medeni muhakemeden farklı olarak, ceza muhakemesinde “kanuni delil sistemi”nden değil, “vicdani delil sistemi”nden söz edilir¹⁷. Hukukumuzda vicdani delil prensibine 5271 sayılı CMK'nın 217. maddesinde yer verilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında hâkimin, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği ifade edildikten sonra, bu delillerin hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edileceğine vurgu yapılmıştır. Maddenin gerekçesinde Türk sisteminin, maddenin birinci fıkrasında ifade edildiği üzere, suçun varlığının ve sanığın sorumluluğunun, kanunun ayrıca hüküm koyduğu hâller dışında her türlü delille saptanabileceğini kabul etmiş bulunduğu belirtilmiştir¹⁸.

Ceza yargılamasında, hukuk yargılamasından farklı olarak maddi anlamda haklı olan bir kimsenin şekli anlamda haksız gözükmesi gibi bir durumdan bahsedilmesi ihtimali çoğu kez daha düşüktür. Medeni yargılamada tamamen şekillere bağlı bir kanıt yöntemi uygulanırken ceza yargılamasında

¹⁵ Eralp Özgen, Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 232, Ankara, 1968, s. 3.

¹⁶ Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 181, Ankara, 1964, s. 316.

¹⁷ Türk hukukunda vicdani delil sistemi yalnızca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçların yargılanmasında değil, suç ve ceza içeren diğer kanunlarda düzenlenen fiillere ilişkin ceza yargılamasında da geçerli olan temel bir prensiptir. Bu bağlamda terör veya terörizmin finansmanı suçu gibi “*lato sensu*” uluslararası suçlara ilişkin muhakemede de “*in dubio pro reo*” (şüpheden sanık yararlanır) ilkesi doğrultusunda duruşmada tartışılmış ve “hukuka uygun” her türlü delille fiil ispat olunabilir. Bkz. Mehmet Gödekli, Terörizmin Finansmanı Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2013, s. 288, ayrıca bkz. s. 177-178.

¹⁸ Gerekçe için bkz. Gürsel Yalvaç, Gerekçeli Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, s. 787.

yargıç kanıtları değerlendirmede tamamen bağımsız olup, kanıtların değerlendirilmesinde serbestliğe sahiptir¹⁹. Yani vicdani delil sistemi, bir yandan delil serbestisini diğer yandan delillerin değerlendirilmesi serbestisini içermektedir²⁰. Vicdani delil sisteminin benimsenmesinin en önemli nedenlerinden birisi, yasa koyucunun olayların oluşum şeklini önceden tahmin edememesinden kaynaklanan sakıncaları ve adil olmayan sonuçları bertaraf etmektir²¹. Bununla birlikte maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılırken, bu amacın her ne pahasına olursa olsun gerçekleşmesini aramak değil, insanlık onuru ve hukukun temel prensiplerini dikkate almak suretiyle insan hakları ihlallerine yol açmamak gerekir²². Ayrıca *Taner*'in ifadesiyle gerek delillerin aranması ve toplanmasında gerekse bunların irad ve münakaşasında adli makamların kanun tarafından konulan kurallara riayet etmesi gerekir²³. Bir suç işlediği iddia olunan sanık, suç işlemediğini ispat edemediği için mahkûm olmamalı; aksine, mahkeme tarafından, suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı kendiliğinden ve adilâne biçimde dikkate alınmalıdır. Kısacası maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde bir yandan delil serbestliği ilkesi geçerli iken, diğer yandan ceza hâkimine delil olarak ileri sürülen hususların delil olabilme potansiyelini yani ispat değerini serbestçe takdir etme yetkisi verilmiştir. Bu yetkiye ise “delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi” denilmektedir²⁴.

Bununla birlikte ceza muhakemesinde delil serbestliğinin ve vicdani delil prensibinin kabul edilmiş olması, herhangi bir delilin mahkûmiyete yeterli ve ispata etkili olacağı anlamı taşımamaktadır. Delilin her şeyden evvel araç, konu, kişi, yer, zaman bakımından kanun ve yönetmeliklerle çizilen sınırların

¹⁹ Süheyl Donay, *Ceza Yargılama Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 54. Bkz. YCGK, E: 2012/11-1086, K: 2013/40, 5.2.2013 (Çalışmada yer verilen ve atıf yapılan yargı kararları için “<http://www.sinerjimevzuat.com.tr/>” adresinden erişilen “Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı” ile “<http://www.hukukturk.com/>” adresinden erişilen “Hukukturk Veri Tabanı”ndan faydalanılmıştır).

²⁰ Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 49.

²¹ Yener Ünver, “*Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK'nın İncelenmesi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 55, Sayı: 1-2, İstanbul, 1995-1996, s. 196.

²² Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 63.

²³ M. Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 128, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s. 154.

²⁴ Mahmut Koca, “*Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1-2, Erzincan, 2000, s. 105.

dışına çıkılmadan yani “hukuka uygun olarak” elde edilmesi gerekir. Öyle ki delilin hukuka uygun olması, öğretide “bir delilde bulunması gereken en önemli özellik” olarak vasıflandırılmaktadır²⁵.

Delillerin hukuka aykırılığının tanımını yapmak, bu aykırılığın içeriğini ve kapsamını saptamak kadar karmaşık değildir. Zira hukuka aykırılık bizatihi hukukun tanımlanmasını ve elde edilen delilin ise yapılan tanıma uygun olmamasını gerektirir. Bu bağlamda hukuk sistemine vesilesiyle de hukuk kurallarına aykırı biçimde elde edilmiş olan deliller, hukuka aykırı delilin tanımını oluşturabilir²⁶. Dolayısıyla ispat vasıtası olan ve mahkeme tarafından dikkate alınan bütün delillerin, hukukun çerçevesini çizdiği sınırlar içerisinde elde edilmesi ve değerlendirilmesi gerekir. Delilin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmesi halinde hukuka aykırı delilden söz edilir²⁷. En basit şekliyle hukuka aykırı yollardan elde edilen delil, bir kanun hükmünün ya da bir kimseye ait anayasal bir hakkın ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delilleri ifade etmektedir²⁸.

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusu, ceza muhakemesi hukukunun en tartışmalı konularından biri olarak kabul edilmektedir. Delil değerlendirme yasakları konusunda gerek öğretide gerekse uygulamada birçok görüş ortaya atılmakla birlikte, Alman hukukunun aksine, Türk hukukunda genel kabul gören bir ispat yasağı öğretisinin oluşmadığı ileri sürülmektedir²⁹. Gerçekten Türk hukukunda hukuka aykırı delillerin hükme esas alınamayacağı konusunda geniş ölçüde görüş ayrılığı bulunmamasına rağmen, hangi hallerde hukuka aykırı delilden bahsedilmesi gerektiği hususunda görüş birliğine varılmış olduğu da söylenemez. Aşağıda yasak delilleri değerlendirme serbestisinin sınırları konusunda öğretisi ve yargı kararlarına değinilmek suretiyle ceza muhakemesinde hukuka aykırı delillerin konumu incelenmektedir.

²⁵ Mahmut Koca, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006, s. 213.

²⁶ Güçlü Akyürek, “*Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 101, Ankara, 2012, s. 62.

²⁷ Uğur Alacakaptan, “*Delil Yasakları*”, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir, 2000, s. 519.

²⁸ Bryan A. Garner, *A Handbook of Criminal Law Terms*, West Group, Minnesota, 2000, s. 238.

²⁹ Yener Ünver/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2012, s. 669.

II. YASAL DAYANAK

Türk hukukunda ceza yargılaması boyutuyla “hukuka aykırı delil” kavramına yönelik tartışmaların, CMUK’un yürürlükte olduğu dönemde, konuyu ilk defa düzenleyen 3842 sayılı Kanun’un ihdası sonucu 1992 yılında getirilen kuralla başladığı söylenebilir. Bu değişiklikten önceki süreçte konuyu düzenleyen açık bir pozitif hukuk normu mevcut olmadığından, mahkemeler, içtihadî ilkelerle hukuka aykırı kanıtlar konusunda çözüm geliştirmişlerdir. Örneğin *Askeri Yargıtay 2. Dairesi* 26 Nisan 1973 tarihli bir kararında “...kanuna, ahlaka ve genel adaba aykırı surette toplanan delilleri, hâkim, telakki etmekten kaçınmak zorundadır” görüşüne yer vermiştir³⁰. Fakat 3842 sayılı Kanun’un 24. maddesiyle birlikte CMUK’un, mahkemenin irat ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir edeceğine dair “delilleri takdir salahiyeti” başlıklı 254. maddesine yeni bir fıkra eklenerek, “*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*” kuralına yer verilmiştir. *Yurtcan*’a göre bu kural Türk ceza yargılaması sistemine çağdaş bir boyut kazandırmıştır. Nitekim söz konusu kuralla birlikte bu hukuk alanında her şey delil olur anlayışı, insanlık onuru ve yasaların tanıdığı sınırlar içinde geçerli olmakta ve her şeye rağmen gerçeğin bulunması anlayışı artık reddedilmektedir³¹. Böylece her türlü takdir yetkisini ortadan kaldıran mutlak bir delil değerlendirme yasağı yaratılmıştır³². *Özen*’e göre, hukuka aykırı delil elde etme yasağını düzenleyen CMUK m. 254 ile yasak sorgu yöntemlerini ve bu arada işkence yasağını düzenleyen CMUK m. 135/A³³ hükmünde 1992 yılında yapılan reform niteliğinde düzenlemelerle birlikte hükmün dayanağını oluşturan delillerin niteliği açıklanarak yasak delillerin delil teorisine etkisi vurgulanmıştır³⁴. *Hafizoğulları*’na göre de kanunun söz konusu

³⁰ Bkz. YCGK, E: 2005/7-144, K: 2005/150, 29.11.2005; YCGK, E: 2009/7-160, K: 2009/264, 17.11.2009.

³¹ Erdener Yurtcan, CMUK Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 597.

³² Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar/Esra Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 369.

³³ CMUK m. 135/A ile ilk kez “*İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.*” kuralına yer verildikten sonra, maddede bahsedilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadelerin rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği esası kabul edilmiştir.

³⁴ Muharrem Özen, “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar*”, Sempozyum:

düzenlemesinden ortaya çıkan sonuç şudur: “Bir delil hukuka uygun surette elde edilmişse sahih, öyleyse muteber, hukuka aykırı surette elde edilmişse sahih değildir, öyleyse muteber değildir. Böyle olunca, ortaya, aksi ispat edilemeyen bir karine konulmuş olmaktadır”³⁵.

Mülga CMUK tarafından kabul edilen delil değerlendirme yasağı, 4709 sayılı Kanun³⁶’un 15. maddesi ile ilk kez “anayasal bir hüküm” görünümüne kavuşmuştur. 1982 Anayasası³⁷’nin 38. maddesine eklenen yedinci fıkra gereğince “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez”. Anayasa’da yer verilen bu düzenleme özellikle iki açıdan önemlidir. İlk görüldüğü üzere Anayasa’da kanuna aykırı “delilden” değil, kanuna aykırı “bulgudan” bahsedilmektedir. Bulgu ise bulunan şeyi ifade etmekle, olaydan geriye kalan iz ve eser niteliğinde keşfe konu olan emare delillerini çağrıştırmaktadır³⁸. Kanuna aykırı bulgular kavramının, arama sonucu elde edilen şeyleri yani belge, doküman, silah mermi, kan izi gibi bulguları ifade etmekle birlikte, tanık ifadesini kapsayıp kapsamadığı şüphelidir³⁹. Ancak öğretilerde Anayasa m. 38’in kanuna aykırı biçimde elde edilmiş olan emare delillerinin değerlendirilemeyeceği şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilerek, kanuna aykırı bulgu kavramının “kanuna aykırı delil” olarak kabul edilmesinin hükmün düzenleniş amacına uygun olacağı isabetli olarak savunulmaktadır⁴⁰. Anayasa m. 38 hükmünün

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (26-27 Eylül 2003), Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 72, Ankara, 2004, s. 152.

³⁵ Zeki Hafizoğulları, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayrı Basım, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1994, s. 44.

³⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun No: 4709, Kabul Tarihi: 3.10.2001, RG Tarihi: 17.10.2001, RG No: 24556.

³⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG Tarihi: 9.11.1982, RG No: 17863.

³⁸ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 660.

³⁹ Doğan Soyaslan, “Hukuka Aykırı Deliller”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 3-4, Erzincan, Aralık 2003, s. 12.

⁴⁰ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 660; Ersan Şen, Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 57. Öğretilerde bir görüş ise, Anayasa’da kanuna aykırı bulgular delil olarak değerlendirilmez dendiğine göre, henüz klasik delil vasfını kazanmış tüm iz ve eserlerle belirtilerin delil sayılamayacağını ileri sürmektedir. Bkz. Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 494; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 369. Buna karşılık öğretilerde AY m. 38’de geçen bulgu kavramının, soruşturma ve kovuşturma evresinde delil olarak nitelendirilebilecek her türlü emare şeklinde algılanması gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Çetin Arslan/Fatih Özkul, “Yargı

ikinci temel özelliği ise adı geçen düzenleme sonrasında sadece ceza muhakemesinin değil; anayasa yargısı, medeni yargı, idari yargı, askeri yargı hatta disiplin soruşturmalarının kısacası tüm yargılama hukukunun etkilenmesidir⁴¹. Bu hükmün bir sonucu olarak, uyuşturucu kaçakçılığına ilişkin bir ceza davasında olduğu gibi, söz gelimi bir tazminat davasında, miras davasında, boşanma davasında, iptal davasında veya siyasi parti kapatma davasında verilecek hükmün de kanuna aykırı delillere dayanmaması zorunluluğu istisnasız biçimde kabul edilmiş olmaktadır.

III. DELİL YASAKLARI

Hukuk devleti temelleri üzerine kurulu olan bir ceza muhakemesi sisteminde yalnızca hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delillere dayanılarak sonuca ulaşılmaya çalışılmalıdır. İşte ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine hukuk devleti esaslarına uygun şekilde sınırlama getirilmesine “delil yasakları” adı verilmektedir⁴². Delil yasaklarını “ispat yasağı”⁴³ veya “delil aracı yasağı”⁴⁴ olarak adlandıran yazarlar da vardır. İlk kez 1903 yılında *Ernst Beling* tarafından kullanıldığı bilinen delil yasakları kavramı, ceza yargılamasında maddi gerçeğin araştırılması prensibinin, tüm ilkeleri kapsayan en yüksek değer olarak algılanmasını ötelemektedir⁴⁵.

Delil yasakları öğretilde genel olarak Alman hukukundan esinlenilmek suretiyle “delil elde etme yasakları (*Beweiserhebungsverbote*)” ve “delil değerlendirme yasakları (*Beweisverwertungsverbote*)” olmak üzere iki grupta

Kararları Işığında 1982 Anayasasında Suç ve Cezaya İlişkin Temel İlkelerin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 15, Ankara, Ekim 2013, s. 55.

⁴¹ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 493-494; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 369.

⁴² Zeki Hafizoğulları, “Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi”, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Sayı: 10, Temmuz-Ağustos 1996, s. 638; Bahri Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s. 6; Veli Özer Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”, Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: 3, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 18, İstanbul, 2010, s. 913.

⁴³ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 261.

⁴⁴ Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayınları, Ankara, 1996, s. 91.

⁴⁵ Timur Demirbaş, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 71, İzmir, 1996, s. 247.

değerlendirilmektedir⁴⁶. Bazı delillerin elde edilmesine sınırlama getirilebilir ki buna “delil elde etme yasağı” denir. Delil elde etme yasağı kendi içinde “delil konusu yasağı (*Beweisthemaverbote*)”, “delil aracı yasağı (*Beweismittelverbote*)” ve “delil yöntemi yasağı (*Beweismethodenverbote*)” olmak üzere üçe ayrılmaktadır⁴⁷. Bazı delillerin ise ceza muhakemesinde ortaya konulması, değerlendirilmesi ve hükme esas alınması kabul edilmemiştir ki bu durum da “delil değerlendirme yasağı” olarak adlandırılır⁴⁸. Delil değerlendirme yasağına öğretide “delil aracı değerlendirme yasağı”⁴⁹ da denilmektedir.

Türk ceza muhakemesi hukukunda 3842 sayılı Kanun öncesinde tanıklıktan çekinme hakkının hatırlatılmaması, yemin verilmeden tanık dinlenmesi gibi klasik delil yasakları bulunmakta iken, adı geçen düzenleme ile birlikte üç yeni hüküm getirilmiş ve 5271 sayılı CMK ile de bu hükümler kabul edilerek genişletilmiştir⁵⁰. *Özbek*'e göre yeni delil elde etme yasakları kendi içinde üç grupta toplanmaktadır. Bunlar i) *aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi*, ii) *ifade alma ve sorguda yasak usuller* ve iii) *delil aracı yasaklarından* ibarettir⁵¹.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, CMK'nın 147. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde şu hususlara uyulması zorunludur: a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin

⁴⁶ “Delilin ileri sürülmesi” aşamasını da delil yasağı sorununa dâhil eden yazarlar vardır. Bkz. *Özbek*, “*Delil Yasakları*”, s. 913.

⁴⁷ Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, C. F. Müller, München, 2010, s. 294, Rn. 455; Stefan Seiler, *Strafprozessrecht*, Facultas Verlags, Wien, 2010, s. 100, Rn. 331-332.

⁴⁸ *Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk*, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 74.

⁴⁹ *Feyzioğlu*'na göre (Tanıklık, s. 98), delil aracı değerlendirme yasağı, delil aracı hâline gelmiş bir ispat gerecinin, muhakemenin sonunda değerlendirilerek “delil” niteliği kazanmasını engelleyen yasaktır.

⁵⁰ *Öztürk/Erdem*, *Ceza Muhakemesi*, s. 488; *Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan*, s. 364.

⁵¹ Veli Özer *Özbek*, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 673-674; Veli Özer *Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe*, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 678-679; *Özbek*, “*Delil Yasakları*”, s. 916-917. *Feyzioğlu* ise (Tanıklık, s. 91) genel anlamda delil aracı elde etme yasaklarını “i) *Kanun tarafından delil aracı zorunluluğu getirilmesi nedeniyle oluşan delil aracı elde edilmesi yasağı*, ii) *İzin veya haktan feragatin yokluğu nedeniyle delil aracı elde edilmesi yasağı* ve iii) *Delil aracı elde etme yöntemi yasağı*” olmak üzere üç başlıkta incelemektedir.

soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür. b) Kendisine yüklenen suç anlatılır. c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir. d) 95 inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir⁵². e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir. f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır. g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır. h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanır. i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır⁵³. CMK m. 147’de, maddeye aykırı davranılması halinde hangi sonuçların ortaya çıkacağı belirtilmemekle birlikte⁵⁴, bu hakların hak sahiplerine hatırlatılmaması suretiyle işlem yapılmasının delil yasaklarının ortaya çıkmasına neden olacağı ve delilin hükme esas alınmasını engelleyeceği düşünülmektedir⁵⁵.

İfade alma ve sorguda yasak usuller, CMK’nın 148. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereğince, a) Her şeyden evvel şüphelinin ve sanığın beyanı, özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma,

⁵² Yakalanan veya gözaltına alınan durumunun yakınlarına bildirilmesini düzenleyen CMK m. 95’e göre; “(1) Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir. (2) Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsoloslukuna bildirilir”.

⁵³ CMK m. 147’ye göre bu tutanakta yer alması gereken hususlar şunlardır: “1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih. 2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği. 3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri. 4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı. 5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri”.

⁵⁴ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 490; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 366.

⁵⁵ Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 673-674; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 679. CMK m. 147’ye aykırı hareket edilmesi sonucu elde edilen açıklamalar, genel bir delil yasağı düzenlemesi olan CMK m. 217/2 nedeniyle yargılamada kullanılamaz. Özbek, “Delil Yasakları”, s. 917.

bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. b) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. c) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. d) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz. e) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir. CMK m. 148'e aykırılığın ne olacağını yasa koyucu, m. 147'den farklı olarak, m. 217/2'ye ihtiyaç bulunmaksızın madde metninde açıkça belirtmiştir⁵⁶. Buna göre yasak usulle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa bile delil olarak değerlendirilemeyecektir. Görüldüğü üzere CMK'nın 148. maddesi doğrudan doğruya kamu görevlilerini muhatap kılacak biçimde kaleme alınmıştır. Bununla birlikte, maddenin özünde şüpheli veya sanığın beyanını elde ederken onun özgür iradesinin ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak eylemler yasaklandığına göre, özgür iradeyi sakatlayan fiillerin yetkili veya yetkisiz kişilerden kaynaklanması arasında herhangi bir fark aranmamalıdır⁵⁷.

Delil aracı yasakları ise, delillerin elde edilmesine vasıta olan tedbirlerdeki hukuka aykırılıkların delilleri de hukuka aykırı hale getirmesi anlamına gelir. Koruma tedbirlerinin kanunda belirtilen usullere uygun olarak yerine getirilmesi zorunludur. Bu usullere uyulmadan yapılan işlemlerin tümü hukuka aykırı delil olarak değerlendirilerek hükme esas alınmayacaktır⁵⁸. Örneğin soybağının şüpheli, sanık veya mağdura ait olup olmadığını belirlemek açısından zorunlu olması halinde, CMK m. 78 hükmü uyarınca moleküler genetik inceleme yaptırılabilir. Bahsi geçen delil elde etme aracına karar verme yetkisi ise CMK m. 79'a göre sadece hâkime aittir. Bu nedenle söz gelimi Cumhuriyet savcısı yahut kolluk amiri tarafından alınan bir moleküler genetik inceleme kararı sonucu elde edilen veriler hukuka aykırı delil oluşturur ve mahkeme tarafından yargılamada kullanılamaz.

⁵⁶ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 491; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 368.

⁵⁷ Muharrem Özen/Mustafa Özen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları (Illegal Evidence in Criminal Procedure Law)", Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, İstanbul, 2012, s. 316.

⁵⁸ Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 674; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 679. Tanıklıktan veya yeminden çekinme hakkını kullanan kimselerin hukuka aykırı biçimde tanık olarak dinlenmeleri örneğinde de delil aracı yasağına aykırı hareket edilmektedir. Bkz. Demirbaş, s. 253.

IV. DELİL DEĞERLENDİRME YASAĞI KONUSUNDA TEORİK YAKLAŞIMLAR

Hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde dikkate alınarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda öğretide belli başlı üç yaklaşımın varlığından söz edilmektedir. Bu üç yaklaşım sırasıyla “mutlak (kesin) kabul yaklaşımı”, “mutlak (kesin) ret yaklaşımı” ve “esnek (nispi) yaklaşım” başlıkları altında incelenmektedir.

1. Mutlak (Kesin) Kabul Yaklaşımı

Mutlak kabul yaklaşımı, hukuka aykırı delillerin akıbeti konusunda kabul edilen en eski yaklaşımdır⁵⁹. Bu yaklaşım temel olarak üç argümandan hareket etmektedir. Bunlardan ilki, ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğu noktasından hareketle uyumsuzlukla bağlantılı ve olayı açıklamakta faydalı olan tüm delillerin, ne surette elde edildiğine bakılmaksızın yargılamada kullanılması gerektiğine ilişkindir⁶⁰. İkinci argüman ise ceza muhakemesinin konusunun itham edilen suçun işlenip işlenmediğini araştırmakla sınırlı olduğudur. Buna göre delillerin ne şekilde elde edildiğini araştırmak ve incelemek, mahkemenin asıl uyumsuzluğa odaklanmasını engelleyecek ve uyumsuzluğun çözümünü geciktirecektir⁶¹. Son olarak, kesin kabul yaklaşımını haklı çıkarmak için gösterilen bir diğer gerekçe, suçluların cezalandırmasında kamunun menfaatinin bulunmasıdır⁶². “Klasik görüş” olarak da adlandırılabilir bu yaklaşıma göre, örneğin arama yapmak için hâkimden izin alınması gerekirken bu izin alınmamışsa, sırf memurun bilgisizliği nedeniyle hâkimin arama sonucu ele geçen eşyayı

⁵⁹ Koca, “Değerlendirme Yasağı”, s. 110; Feridun Yenisey, “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 4, Ankara, Ağustos 2007, s. 51.

⁶⁰ Özen/Özen, s. 304; İbrahim Şahbaz, “Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Ankara, 2006, s. 105; İbrahim Şahbaz, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 21; Eryılmaz, Hukuka Aykırı Delil, s. 77; Özgün Öztunç, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 63.

⁶¹ Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Kısım, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 685, İstanbul, 1984, s. 809.

⁶² Vahit Bıçak, “Usulsüz Olarak Elde Edilen Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımlar”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 17-18, Sayı: 1, TODAİE Yayınları, Ankara, 1997, s. 248-249; Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 437-438; Eryılmaz, Hukuka Aykırı Delil, s. 78; Öztunç, s. 65.

kullanamayacağı söylenememelidir. Bu durum Latince olarak “*Male captum, bene retentum (Elde edilmesi haksız delilin kullanılması haklıdır)*” biçiminde açıklanmaktadır⁶³.

Öğretide mutlak kabul yaklaşımına 2006 öncesi İsrail ceza muhakemesi örnek gösterilmektedir⁶⁴. İsrail Yüksek Mahkemesi’nin 1978 tarihli *Meiri v. Israel* kararından itibaren uygulanagelen, hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında dikkate alınmak zorunda olması ancak bu delillerin hükme etkisinin mahkeme tarafından takdir edilmesi gerektiği yönündeki içtihadı, 2006 yılında verilen *Issacharov v. Chief Military Prosecutor* kararıyla birlikte değiştirilmiştir. İsrail ispat hukukunda bir devrim olarak kabul edilen bu kararlar birlikte mahkemelerin hukuka aykırı delillerin dışlanması konusunda takdir yetkisinin bulunduğu anlayışı kabul edilmiştir⁶⁵.

Kesin kabul yaklaşımı, günümüz modern ceza muhakemesi hukukunda benimsenen bir yaklaşım değildir. Ceza muhakemesinin tek amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğu anlayışından vazgeçilmesi sonucunda, mutlak kabul görüşü savunulur olmaktan çıktığı için günümüzde bilinen herhangi bir hukuk sisteminde bu düşüncenin istisnasız biçimde kabul edilmediği görülmektedir⁶⁶. Her şeyden önce modern ceza muhakemesinin amacı, ne olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak değil, ancak hukuka uygun yollarla elde edilen delillere dayanarak maddi gerçeği ortaya koymaktır. Bunun yanı sıra mutlak kabul yaklaşımının mahkemeleri hukuka aykırılığa ortak etme, hukuka aykırılığı meşrulaştırma, halkın hukuka olan saygısını azaltma ve kolluğu tembelleğe itme gibi olumsuz sonuçlar doğurma tehlikesi bulunmaktadır⁶⁷.

2. Mutlak (Kesin) Ret Yaklaşımı

Mutlak ret yaklaşımının temelinde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin kural olarak hükme esas alınmaması gerektiği düşüncesi yer almaktadır. Mutlak ret yaklaşımı, delilin hukuka aykırı şekilde elde

⁶³ Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s. 809; Tosun, Suç Muhakemesi, s. 224.

⁶⁴ Olgun Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 411-412.

⁶⁵ Binyamin Blum, “*Doctrines Without Borders: The ‘New’ Israeli Exclusivary Rule and the Dangers of Legal Transplantation*”, Stanford Law Review, Vol: 60, No: 6, April 2008, s. 2135-2136.

⁶⁶ Cem Şenol, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 80.

⁶⁷ Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 439; Bıçak, “*Yaklaşımlar*”, s. 249-250; Yenisey, s. 51, dn. 95; Eryılmaz, Hukuka Aykırı Delil, s. 79-80; Öztunç, s. 66.

edildiğinin anlaşıldığı hallerde ikinci bir araştırmaya gerek duyulmaksızın söz konusu delilin yargılama dışı bırakılmasını sonuçlamaktadır⁶⁸. Bu yaklaşımı haklı çıkarmak için de birçok argüman ileri sürülmüştür. Bu argümanlar öğretide esas itibarıyla beş teori kullanılmak suretiyle açıklanmaktadır.

Kişisel hak teorisi (Personal right theory), değerlendirme yasağını, sanığın subjektif hakları temelinde ele almaktadır. Buna göre eğer hukuka aykırı delillerin hükme esas alınması kabul edilecek olursa, vatandaşların hukuka aykırı eylemlere karşı güvende olma hakkını belirten anayasal korunma değersiz kalacaktır⁶⁹. Anayasanın bireylere tanıdığı güvencelere uymak, devletin bütün erklerinin ödevi olduğuna göre, hukuka aykırı delilin sanık aleyhine kullanılması vatandaşa yönelik anayasal güvencelerinin anlamını kaybetmesine yol açar⁷⁰.

Güvenilmezlik teorisi (Unreliability theory), usulsüz olarak ulaşılan delillerin güvenilir olmadığını, dolayısıyla amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesinde bu delillerin kullanılmayacağını ileri sürmektedir⁷¹. Güvenilmezlik teorisinin olumsuz tarafı, hukuka aykırı birçok delili hükme esas alınamayacak delillerin dışında değerlendirmesidir. Elde edilen delil güvenilir ise ona ne şekilde ulaşıldığının bir önemi yoktur⁷². Bu anlayışın kabul edilmesi durumunda örneğin işkence ile elde edilen itiraf, bu itirafın güvenilirliğini gösteren başka delillerle desteklenmesi durumunda hükme esas alınabilir. Bu nedenle kolluğun hukuka uygunluk standartlarını zayıflatan güvenilmezlik teorisinin ceza muhakemesini ciddiye alan hukuk sistemlerinde uygulanması düşünülemez⁷³.

⁶⁸ Şenol, s. 93.

⁶⁹ Koca, “Değerlendirme Yasağı”, s. 111. Amerikan Anayasası tarafından hüküm altına alınan ve *Mapp v. Ohio* davasında Ek 4’te yer alan hukuka aykırı arama ve elkoyma yasağının, Ek 5’te düzenlenen kendini suçlamaya zorlanma yasağı ile birlikte ele alınarak hem masum hem de sanık için geçerli olan anayasal değerlendirme yasağının hukuki temellerini oluşturduğu düşünülmektedir. Bkz. Yenisey, s. 52, dn. 96.

⁷⁰ Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s. 813.

⁷¹ Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 440; Bıçak, “Yaklaşımlar”, s. 250; Koca, “Değerlendirme Yasağı”, s. 112; Öztunç, s. 67. Nitekim “Hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin mahkemeye sunulması ile ortaya çıkan gerçekleri hukuka uygun biçimdeki delillerle ortaya koymak her zaman olanak içindedir. Bu yüzden tehlikeli yolu açık koymakta bir anlam yoktur”. Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s. 813.

⁷² Mesut Bedri Eryılmaz, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 651.

⁷³ Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 440; Bıçak, “Yaklaşımlar”, s. 251; Yenisey, s. 52, dn. 96.

*Koruma teorisi (Protective theory)*⁷⁴, mutlak ret yaklaşımının temel hak ve hürriyetleri korumak amacına hizmet etmek üzere benimsenmesi esasına dayanır. Buna göre usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınmamasının nedeni, haklarının ihlali neticesinde karşılaşılabileceği sorunlara karşı sanığı korumak ve onun ihlale uğrayan hakkını onarmaktır⁷⁵. Koruma teorisi açısından kolluğun delili hukuka aykırı biçimde elde etmesi, delilin davada kullanılamaması için gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla usulsüz delilin kasten mi yoksa ihmal ya da hata sonucu mu elde edildiğinin yahut elde edenin kusurlu olup olmadığının delilin hukuka aykırılığına bir etkisi bulunmamaktadır⁷⁶. Koruma teorisinin ikili bir sınırlandırma getirdiği ifade edilmektedir. İlk olarak sanığı delillerin toplanmasına karşı doğrudan korumayı amaçlayan normların ihlali durumunda deliller hükme esas alınabilir. Örneğin tutuklama tedbiri doğrudan delil toplamaya yönelik olmadığından, tutuklamanın hukuka aykırı olması, usulüne uygun olarak yapılan sorguda elde edilen delillerin hükme esas alınmasını engellemez. İkinci olarak sanığı delil elde edilmesine karşı korumayı amaçlayan bir norma aykırılık bulunsa bile, eğer delil bu ihlal neticesinde elde edilmemişse delilin reddinden söz edilemez⁷⁷.

*Caydırma (disiplin altına alma) teorisi (Deterrence theory)*⁷⁸, hukuka aykırı delillerin hükme esas alınmamasının amacını, kolluk kuvvetlerini ceza

⁷⁴ Şenol (s. 90-91), delilin kullanılması sonucu ortaya çıkacak hak ihlali ile delilin yargılamada değerlendirme dışı tutulması arasında nedensellik bağının arandığından hareketle “Hakların korunması teorisi” olarak ele aldığı koruma teorisini mutlak delil değerlendirme yasağı kapsamında değerlendirmemektedir.

⁷⁵ Şenol, s. 89-90.

⁷⁶ Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 440; Bıçak, “Yaklaşımlar”, s. 251; Koca, “Değerlendirme Yasağı”, s. 113; Şenol, s. 90.

⁷⁷ Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 441; Bıçak, “Yaklaşımlar”, s. 251; Koca, “Değerlendirme Yasağı”, s. 113; Yenisey, s. 52, dn. 96; Eryılmaz, Ceza Muhakemesi, s. 652.

⁷⁸ Şenol’a göre, “caydırıcılık teorisi”, hukuka aykırılık taşıyan bütün delillerin yargılama dışı bırakılması sonucunu doğurmadığından mutlak ret yaklaşımı çerçevesinde değil, nispi delil değerlendirme yasağı kapsamında mütalaa edilmelidir. Yazara göre amacı kolluğu disipline etmek olan teoriden hareketle ulaşılan bu kabulün iki gerekçesi bulunmaktadır. Birincisi teorisinin yöneldiği suje dikkate alındığında kolluk sıfatı taşımayan kişilerce elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasının mümkün hale gelmesidir. İkincisi ise yine benzer şekilde kolluğun elde ettiği delilin hukuka aykırılığına hâkim ve savcı gibi kolluk dışında kalan kamu görevlilerinin neden olması halinde delilin yargılamada dikkate alınmamasının artık kolluğu disipline etme amacına hizmet etmesinin olanaklı olmamasıdır. Bkz. Şenol, s. 83-84. Biz, caydırma teorisinin, kolluk görevlilerince hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerin kullanımının yasaklanması anlamına gelmesi ve dolayısıyla teorisinin bunlar dışında kalan suçluları muhatap almaması nedeniyle, mutlak delil değerlendirme yasağı başlığı

soruşturması kural ve ilkelerini ihlal etmekten alıkoymak biçiminde açıklamaktadır. Buna göre mutlak ret yaklaşımı bir yandan soruşturma görevlilerini hukuka aykırı delillere başvurmaktan caydırarak disiplin altına alacak, diğer yandan bu tür uygunsuz ve yasa dışı yollara başvurmak konusundaki cesaretlerini kıracaktır⁷⁹. Dolayısıyla bu teoride kesin ret kuralının amacı, hakkı ihlal edilen bireyi korumaktan ziyade, ileride gerçekleşecek hak ihlallerine karşı toplumu korumaktır⁸⁰. *Bıçak*'a göre caydırma teorisinin, kendi içerisinde özel, genel ve sistematik olmak üzere üç farklı boyutu bulunmaktadır: “*Özel caydırma*”, kesin ret kuralının, delil elde edilmesi yasağını bizzat ihlal eden kolluk görevlisi üzerindeki caydırma etkisini; “*genel caydırma*”, hukuka aykırı delili elde eden kolluk görevlisi dışında kalan diğer kolluk mensuplarını ihlalden alıkoyma etkisini; “*sistematik caydırma*” ise kesin ret kuralının herhangi bir kolluk mensubu üzerinde kolluk teşkilatı tarafından olan etkisini ifade eder⁸¹.

*Yargının haysiyeti teorisi (Judicial integrity theory)*⁸², kesin ret yaklaşımı konusunda ortaya atılan bir diğer teori olarak, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin, her şeyden evvel hukuka olan saygıyı sürdürmek ve önce devletin kendi hukuk normlarına bağlı olduğunu vatandaşlara göstermek amacıyla hükme esas alınmaması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre eğer mahkemeler hukuka aykırı delilleri kabul ederlerse, hukuka aykırılığa iştirak etmiş ve işlenen fiili meşrulaştırmış olurlar⁸³. Yargının meşruluğunu

altında incelenmesinin daha isabetli olacağını düşünmekteyiz. Burada önemli olan, kanun koyucunun hukuka uygun delil elde etmekle bizzat görevlendirdiği ve aykırı faaliyet karşılığında işlem için geçersizlik yaptırımını öngördüğü suçlularca (soruşturma işlemleriyle yetkili kollukça) elde edilen delillerin hukuka uyarlığı ve bu kişiler tarafından elde edilen yasak delillere belli koşullar altında istisna tanınıp tanınmadığıdır. Yoksa zaten kanunda belirtilenler dışında kalan yani muhatap olarak düzenlenmeyen kişiler için mutlak veya nispi yaklaşım değerlendirilmesi yapılması kanaatimizce söz konusu olmamalıdır.

⁷⁹ Murat Volkan Dülger, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 152-153.

⁸⁰ Bıçak, *Suç Muhakemesi*, s. 441; Bıçak, “*Yaklaşımlar*”, s. 252; Koca, “*Değerlendirme Yasağı*”, s. 114; Yenisey, s. 52-53, dn. 96.

⁸¹ Bıçak, *Suç Muhakemesi*, s. 442; Bıçak, “*Yaklaşımlar*”, s. 252-253. Bu tür caydırmalarla birlikte delilin yargılama dışı tutulması, bir nevi ceza muhakemesi yaptırımını, vesilesiyle kolluğa verilen bir ceza olarak düşünülebilir. Şenol, s. 83.

⁸² Şenol, “*Yargısal dürüstlük ve hükmün meşruiyeti teorisi*” adı altında incelediği söz konusu teorisinin de esnek (nispi) yaklaşıma dâhil olduğu görüşündedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şenol, s. 76 vd.

⁸³ Bıçak, *Suç Muhakemesi*, s. 444; Bıçak, “*Yaklaşımlar*”, s. 255; Koca, “*Değerlendirme Yasağı*”, s. 115; Yenisey, s. 52-53, dn. 96.

sarsmayacak ise delilin kabulünü olanaklı gören ve öğretide “*adli dürüstlük*” veya “*meşruiyet kuralı*” olarak da adlandırılan bu kurala göre, delilin kabul edilmesi de reddedilmesi de gerekçelendirilmelidir⁸⁴. Bu teoriye göre hukuka aykırı bir delilin yargılamada kullanılmamasıyla birlikte bir bakıma devletin cezalandırma hakkından yargının dürüstlüğü ve hükmün meşruluğu adına feragat edilmektedir⁸⁵.

Kesin ret yaklaşımına karşı da öğretide birtakım eleştiriler getirilmektedir. Bunlardan ilki, sanığın mahkûmiyetini gerektirecek delillerin başlangıçta reddedilmesinin mahkûmiyetle sonuçlanacak bazı davalarda beraat sonucunu doğurabileceği endişesidir⁸⁶. İkinci olarak, mutlak ret kuralının, kimin suç işlediği belli olduktan sonra yalnızca suçlu lehine işleyen bir mekanizma olduğu yönünde tenkitler vardır. Hukuka aykırı bir davranıştan dolayı mağdur olan kişiler, kendi mağduriyetlerini kanıtlayacak hukuka uygun delillere ulaşamadığı için bu kuralın dışında kalmaktadır. Keza çok basit teknik ayrıntıların suçluların serbest kalması sonucu doğurabileceğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır. Bir diğer eleştiri noktası ise, kolluğun bazı hukuka aykırılıkları salt bazı suçluları ceza adaletinden kaçırmak amacıyla bilerek gerçekleştirme tehlikesinin bulunmasıdır⁸⁷. Şenol’a göre, hukuka aykırı olarak elde edilen bütün delillerin yargılama dışı bırakılması anlamındaki mutlak yasak yaklaşımı çoğunlukla demokratik sisteme kısa süre önce geçmiş, ekonomisi gelişmekte olan ve hukuk uygulaması sorunlu bazı ülkelerde uygulama alanı bulmaktadır. Buna karşılık gelişmiş ülkelerde, temel hakların ihlaliyle elde edilen deliller dışında, mutlak değerlendirme yasağını öngören genel nitelikte düzenlemelere yer verilmeyerek nispi değerlendirme yasağı kabul edilmektedir⁸⁸.

⁸⁴ Dülger, Dışlama Kuralı, s. 148-149.

⁸⁵ Şenol, s. 87.

⁸⁶ Ancak ABD’de yapılan çalışmalarda mutlak değerlendirme yasağının işletilmesi sonucunda toplam davaların yalnızca yüzde birlik bir kısmının kaybedildiği, bunların da ciddi suçlar olmadığı ortaya çıkmıştır. Birçok davada usulsüz ulaşılan deliller reddedildiği halde, geride kalan hukuka uygun delillerle yine de mahkûmiyet kararına ulaşılmıştır. Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 445; Bıçak, “Yaklaşımlar”, s. 255; Koca, “Değerlendirme Yasağı”, s. 115; Şahbaz, “Hukuka Aykırı Deliller”, s. 105-106; Şahbaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 21.

⁸⁷ Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 445; Bıçak, “Yaklaşımlar”, s. 256; Koca, “Değerlendirme Yasağı”, s. 116; Yenisey, s. 53, dn. 97; Şahbaz, “Hukuka Aykırı Deliller”, s. 106; Eryılmaz, Hukuka Aykırı Delil, s. 81.

⁸⁸ Şenol, s. 93-94.

3. Esnek (Nispi) Yaklaşım

Esnek yaklaşım, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda mutlak kabul ve mutlak ret yaklaşımlarından bağımsız biçimde, henüz başlangıçta konuya dair net bir sınır/çerçeve çizmemektedir. Nitekim esnek yaklaşıma göre, hukuka aykırı delillerin hükme esas alınması veya alınmaması gerektiği yönünde kesin bir kural koymak yerine, her uyumsuzlukta mahkeme tarafından somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle deliller hakkında ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekir. Dolayısıyla mutlak kabul ve mutlak ret yaklaşımlarından farklı olarak, esnek yaklaşımda hâkime açıkça takdir yetkisi tanınmaktadır⁸⁹. Yargıcın delil değerlendirmede takdir yetkisi, somut olayın özelliklerine göre, gecikmede sakınca bulunup bulunmadığı, hukuka aykırılığın derecesi, işlenen suçun türü, soruşturmanın niteliği, sanığın durumu, hukuka aykırı delil elde eden kişinin saiki gibi birtakım kıstaslara dayanmaktadır⁹⁰.

Öğretide esnek yaklaşımın olumlu özellikleri içerisinde bazı hususlara değinildiği vakidir. Buna göre kesin kabul kuralı kolluğun hukuka aykırı davranışlarına göz yumma, kesin ret kuralı ise toplumu suçlulardan koruma görevini yerine getirememeye neticesine yol açma tehlikesini haizdir. Bundan dolayı usulsüz deliller mahkemeler tarafından bazı hallerde kabul edilmeli bazı hallerde ise reddedilmelidir⁹¹. Bu konuda ikinci argüman, adaletin bireyselleştirilmesine olan ihtiyaçtır; zira hâkime takdir yetkisi vermeksizin somut olayın kendine özgü tüm özellikleri dikkate alınarak adaletin bireyselleştirilmesi güçleşecektir. Bir diğer argüman olarak kolluğun delil elde etmek için kullandığı yöntemlerin yargı denetiminden geçirilmesine olanak sağlayan esnek yaklaşımın, kolluğun hukukun üzerinde olmadığını hatırlatmaya elverişli olması düşüncesi kullanılmaktadır⁹².

⁸⁹ Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 446; Bıçak, “Yaklaşımlar”, s. 256; Koca, “Değerlendirme Yasağı”, s. 116; Şenol, s. 81; Yenisey, s. 53, dn. 97; Şahbaz, “Hukuka Aykırı Deliller”, s. 106.

⁹⁰ Değirmenci, s. 412-413.

⁹¹ Türk hukukunda esnek yaklaşım kategorisi içinde niteleyebileceğimiz bir görüşe göre, değerlendirilmesi yasak delilleri “mutlak yasaklı deliller” ve “nispi yasaklı deliller” şeklinde bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. Tanıklıktan çekinme hakkı olanların beyanlarında olduğu gibi bir delil varsa (mutlak yasaklı delil) bu delil hiçbir zaman kullanılmamalıdır. Buna karşılık hukuka aykırılığın sadece elde edilme biçimine bağlı olduğu bir delil söz konusu ise (nispi yasaklı delil) hâkim bu delili hükme esas alabilmeli ancak delili elde edenin sorumluluğu da devam etmelidir. Bkz. Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s. 817.

⁹² Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 447; Bıçak, “Yaklaşımlar”, s. 257; Öztunç, s. 71.

Nispi yaklaşıma yönelik olumlu görüşlerin yanı sıra hukuka aykırı deliller konusunda bu yaklaşımın doğuracağı sakıncalara da yer vermek gerekir. Bu yaklaşıma getirilen ilk eleştiri, hâkime takdir yetkisi tanıdığı için, onun kesin bir sonuca ulaşmaktan uzak ve keyfilik oluşturmaya müsait olmasıdır. İkinci eleştiri, bu yaklaşımın, delilin hükme esas alınıp alınmayacağını önceden tahmin etmeye olanak vermemesidir. Dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ceza muhakemesini tam anlamıyla yansıtmaktan uzaklaşılması tehlikesini ortaya çıkarabileceği düşünülmektedir. Son olarak, esnek yaklaşımın, mahkemeye tanınan takdir yetkisinin bir sonucu olarak, mahkeme kararının kamu tarafından denetimini imkânsız kılması mümkündür⁹³. Diğer deyişle bir ceza uyumsuzluğunda hukuka aykırı delil mahkeme tarafından kabul edilip sanık mahkûm edilebilecekken, hemen hemen aynı özellikleri taşıyan bir başka uyumsuzlukta elde edilen usulsüz delil yargılamaya esas alınmayarak sanık hakkında beraat kararı verilebilecektir.

V. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

Öğretide usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınıp alınamayacağı konusunda Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde farklılık bulunduğu görüşü egemendir. Buna göre Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan ülkelerde hukuka aykırı delillerin reddinin gerekçesi, insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri korumak ekseninde şekillenmiştir. Buna karşılık Anglo-Amerikan hukuk sistemine dâhil olan ülkelerde polisi disiplin altına almak amacıyla hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı kabul edilmektedir⁹⁴.

Anglo-Sakson hukuk sisteminde delil yasaklarına “dışlama kuralı” veya “bastırma doktrini” adı verilmektedir⁹⁵. Öğretide baskın görüş tarafından Anglo-Amerikan ceza adalet sisteminde hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirilmemesinin gerekçesi olarak “kolluk teşkilatının disipline edilmesi” gösterilmektedir. Bu nedenle adı geçen sistemde, bazı yazarların yalnızca şekli aykırılık olarak değerlendirdikleri basit hukuka aykırılık hallerinde bile, elde edilen delil kural olarak hüküm kurulurken

⁹³ Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 447; Bıçak, “Yaklaşımlar”, s. 258; Şenol, s. 81-82; Öztunç, s. 72.

⁹⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 93.1, s. 1425; Öztürk, s. 9; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 656; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 676.

⁹⁵ Dülger, Dışlama Kuralı, s. 101. Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarına dayanan ve “*exclusionary rule*” olarak adlandırılan bu kural, öğretilerde “hariç tutma kuralı” olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. Şenol, s. 126 vd.

dikkate alınmaz⁹⁶. Ancak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde delil değerlendirme konusunda kabul edilen yaklaşımları genel bir yargıya ulaştırmaktan kaçınarak açıklamak gerekir. Amerika Birleşik Devletleri'nde kabul edilen sistem, kolluğun aşırı güç kullandığı son derece sert eylemlerinin cezai soruşturmalar ve tazminat davalarıyla engellenmemesi nedeniyle mutlak değerlendirme yasağı yaklaşımına dayanmaktadır⁹⁷. ABD'de delil değerlendirme yasağı ilk kez 1884 tarihli *Hopt v. Utah Territory*⁹⁸ ve 1886 tarihli *Boyd v. United States*⁹⁹ davalarında Amerikan Yüksek Mahkemesi'nce tartışılmıştır. Daha sonra 1914 tarihli *Weeks v. United States*¹⁰⁰ davasında Anayasa'nın konut dokunulmazlığı ile ilgili Ek 4. maddesi'ne atıf yapan Yüksek Mahkeme, bu davada arama ve elkoyma işlemini, 1936 tarihli *Brown v. Mississippi*¹⁰¹ davasında da işkence edilen sanığın ifadesini geçerli saymamıştır¹⁰². Amerikan Yüksek Mahkemesi 1966 yılında *Miranda v. Arizona*¹⁰³ davasında verdiği kararında ise bir kişinin kendisi aleyhine delil sağlamaya mecbur edilemeyeceğini vurgulayarak, sanığa hakları hatırlatılmadan yapılan sorgu sonucunda elde edilen delillerin değerlendirilmesini kabul etmemiştir.

Amerikan delil değerlendirme sisteminde kural olarak delil yasaklarına karşı dürüstlük, güvenilirlik ya da hukuka uygunluk gibi kavramlara dayanılarak istisna getirilmesi mümkün değildir. Öyle ki Birleşik Amerika'da delil elde edilmesi yasağı ve delil değerlendirme yasağı biçiminde ikili ayrıma

⁹⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 93.1, s. 1425; Öztürk, s. 10; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 656; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 676. Karşıt düşünceye göre, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde delil değerlendirme yasağının yalnızca kolluğu disipline etmek amacıyla açıklanması, genelleme anlamına gelebilecek abartılı bir ifadedir. Hâlbuki Anglo-Amerikan sisteminde de delil değerlendirme yasağı farklı yargı kararlarında birbirinden farklı teorilere dayanmaktadır. Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 436; Bıçak, "Yaklaşımlar", s. 247.

⁹⁷ Koca, "Değerlendirme Yasağı", s. 117; Akyürek, s. 65.

⁹⁸ Şenol, s. 126. Karar için bkz. Cornell University Law School (CULS) Legal Information Institute [LII], "*Hopt v. People of the Territory of Utah*", 110 U.S. 574 (4 S.Ct. 202, 28 L.Ed. 262), 3 March 1884, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/110/574>.

⁹⁹ Koca, "Değerlendirme Yasağı", s. 117; Şenol, s. 126; Şahbaz, "Hukuka Aykırı Deliller", s. 108. Karar için bkz. CULS [LII], "*Boyd and Others, Claimants, etc., v. United States*", 116 U.S. 616 (6 S.Ct. 524, 29 L.Ed. 746) (1886), 1 February 1886, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/116/616>.

¹⁰⁰ CULS [LII], "*Weeks v. United States*", 245 U.S. 618 (38 S.Ct. 219, 62 L.Ed. 513), 4 February 1918, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/245/618>.

¹⁰¹ CULS [LII], "*Brown et al. v. State of Mississippi*", 297 U. S. 278 (56 S.Ct. 461, 80 L.Ed. 682), 17 February 1936, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/297/278>.

¹⁰² Ersan Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 102.

¹⁰³ CULS [LII], "*Miranda v. Arizona*", No. 759, 384 U.S. 436, 13 June 1966, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/384/436>.

yer verilmemekte, elde edilmesi açısından delili hukuka aykırı hale getiren her yasağın değerlendirme açısından da hukuka aykırı olacağı kabul edilmektedir¹⁰⁴. Bu açıdan mahkemeler, delil değerlendirme yasağı hakkında takdir yetkisine sahip bulunmamakta, hükme esas alınmaması gereken bir delilin kararda kullanılması “kendiliğinden” temyiz sebebi olarak değerlendirilmektedir. Fakat öğretide bu kuralın özellikle üç istisnasının bulunduğundan söz edilmektedir¹⁰⁵. Bunlardan ilki “*iyi niyet doktrini*”¹⁰⁶, ikincisi “*kaçınılmaz buluş*”¹⁰⁷ ve üçüncüsü de “*kamu güvenliği kuralı*”¹⁰⁸ olarak adlandırılmaktadır.

¹⁰⁴ Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 369.

¹⁰⁵ Bu istisnalar dışında öğretide ayrıca değinilen “bağımsız kaynak (*independent source*)”, “hukuka aykırılık bağının zayıflaması (*attenuation*)” ve “kapıyı çal ve kimliğini açıkla (*knock and announce*)” istisnalarının ayrıntılı incelemesi için bkz. Şenol, s. 149-154. Bağımsız kaynak kuralı, arındırılmış leke istisnası (hafifleme doktrini), çal-uyar kuralı ve etkin sebep teorisi açısından krşl. Dülger, Dışlama Kuralı, s. 575 vd.

¹⁰⁶ İyiniyet (*good faith*) ölçütü, ABD Yüksek Mahkemesi’nin *United States v. Leon* davasında vermiş olduğu kararlar birlikte ortaya çıkmıştır. Bu karara göre, mutlak değerlendirme yasağı kuralı, tarafsız ve objektif bir hâkim tarafından verilen bir arama izni üzerine makul inançla hareket eden bir memurun elde ettiği delilin kullanılmasına engel değildir. Koca, “Değerlendirme Yasağı”, s. 118; Soyaslan, “Hukuka Aykırı Deliller”, s. 17; Şenol, s. 143; Şahbaz, “Hukuka Aykırı Deliller”, s. 109; Şahbaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 27-28; Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat, s. 84; Değirmenci, s. 416. Bkz. CULS [LII], “*United States v. Leon*”, 468 U.S. 897, 104 S.Ct. 3430, 104 S.Ct. 3405, 82 L.Ed. 2d 677, 5 July 1984, http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0468_0897_ZS.html. Zarar doğurmayan hatalar da bu kapsamda ele alınmaktadır. Bkz. Duygun Yarsuvat, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği”, <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article2.pdf>, s. 4. Bu kararlar aynı gün sonuçlanan *Massachusetts v. Sheppard* davasında verilen kararda da iyiniyet istisnasına vurgu yapılmaktadır. Bkz. Şenol, s. 143. İyiniyet istisnasına temel oluşturan her iki karar ve aynı minvalde *Colorado v. Quintero* davasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Dülger, Dışlama Kuralı, s. 533 vd.

¹⁰⁷ Kaçınılmaz buluş (kaçınılmaz keşif) (*inevitable discovery*) ölçütü, ABD Yüksek Mahkemesi’nin *Nix v. Williams* davasında ortaya atılan bir ölçüttür. Buna göre bir delile ulaşmak için kanun dışı başka bir delile başvurulmuş olsa bile, bu yasa dışı delile başvurmadan da olasılıklar dâhilinde hukuka uygun yollarla delile ulaşılabilirliği yani yasal delilin ele geçirilmesi kaçınılmaz ise elde edilen delil yargılamada kullanılabilir. Koca, “Değerlendirme Yasağı”, s. 118; Soyaslan, “Hukuka Aykırı Deliller”, s. 17; Şenol, s. 147; Dülger, Dışlama Kuralı, s. 557-558; Şahbaz, “Hukuka Aykırı Deliller”, s. 109; Şahbaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 29; Değirmenci, s. 416. Bkz. CULS [LII], “*Crispus Nix, Warden, Petitioner v. Robert Anthony Williams*”, 467 U.S. 431 (104 S. Ct. 2501, 81 L. Ed.2d 377), 11 June 1984, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/431>.

¹⁰⁸ Kamu güvenliği (*public safety*) ölçütüne, ABD Yüksek Mahkemesi tarafından *New York v. Quarles* davasında başvurulmuştur. Bu ölçüte göre, yakalanan şüpheli, hakları konusunda uyarılmadan önce kendisine polis tarafından silahın yerinin sorulması halinde, elde edilen

İngiliz hukukunda kural olarak delillerin değerlendirilmesi konusunda esnek yaklaşımın kabul edildiği görülmektedir. Diğer deyişle İngiliz hâkiminin delil değerlendirmede takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu takdir yetkisinin temelini oluşturan hükümler, 1984 tarihli Polis ve Ceza Delili Kanunu¹⁰⁹ bünyesinde yer almaktadır. Adı geçen Kanun'un 78. maddesi gereğince, eğer hukuka aykırı yollarla veya adil olmayan biçimde (*unfair*) elde edilen delilin kabul edilmesi "mahkemenin dürüstlüğü/muhakemenin adaletini olumsuz şekilde etkiliyorsa", mahkeme tarafından bu delil yargılamada değerlendirme dışı tutulabilir¹¹⁰. Buna karşılık zorla konuşturulan sanığın suç aletinin yerini söylemesinde olduğu gibi dolaylı olarak ulaşılan delillerin yargılamada kullanılabilmesi kabul edilmektedir¹¹¹. İngiliz hukukunda, kabul edilmesinin sanığa karşı büyük bir adilik (*slealtà*) oluşturacağı ve onun açısından dürüst yargılamayı geçersiz kılacağı hallerde istisna olarak hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin reddedilmesi yoluna gidilmektedir¹¹².

İskoç hukukunda da İngiliz hukukunda olduğu gibi esnek yaklaşım modelinin benimsendiği söylenebilir. Yargıcın, bir yandan temel hakların korunması diğer yandan ceza adaletinin sağlanması arasındaki dengeyi gözetmek suretiyle, hukuka aykırı delillerin yargılamada değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında kullanacağı takdir yetkisinin temelinde, 1950 yılında verilen *Lawrie v. Muir* kararı yer almaktadır¹¹³.

delil yargılamada kullanılamaz denmemelidir. Çünkü Yüksek Mahkeme'ye göre böyle bir durumda kamu güvenliğini sağlama ihtiyacı, şüpheliyi uyarma ve haklarını hatırlatma ihtiyacından daha ağır basmaktadır. Koca, "Değerlendirme Yasağı", s. 118-119; Soyaslan, "Hukuka Aykırı Deliller", s. 17, Şenol, s. 143, dn. 748; Şahbaz, "Hukuka Aykırı Deliller", s. 109-110; Şahbaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 29. Bkz. CULS [LII], "New York v. Benjamin Quarles", 467 U.S. 649 (104 S. Ct. 2626, 81 L. Ed.2d 550), 12 June 1984, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/467/649>.

¹⁰⁹ Police and Criminal Evidence Act (PACE) 1984, Sec. 78, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/78>.

¹¹⁰ Koca, "Değerlendirme Yasağı", s. 120; Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat, s. 70; Dülger, Dışlama Kuralı, s. 177; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 94.1, s. 1474; Şahbaz, "Hukuka Aykırı Deliller", s. 107; Şahbaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 26. Bu cümlede bahsi geçen "tutulabilir" ifadesine olanak tanıyan İngilizce "may" yardımcı eyleminin, hâkimin takdir yetkisine işaret etmediği, bu nitelikte delillerin zorunlu olarak yargılamada kullanılmaması gerektiği görüşü için bkz. Şenol, s. 113, dn. 512.

¹¹¹ Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s. 804; Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat, s. 70; Şenol, s. 122 vd; Şahbaz, "Hukuka Aykırı Deliller", s. 107; Şahbaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 29.

¹¹² Tosun, Türk Suç Muhakemesi, s. 811; Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat, s. 69.

¹¹³ Değirmenci, s. 417.

Kara Avrupası hukuk sisteminde ise, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağının temelinde “bireysel temel hak ve hürriyetler” yer almaktadır. Kural olarak Kara Avrupası hukuk sisteminde sanığın haklarının önemli ölçüde zedelenmesi sonucunu doğurmayan kanuna aykırı delillerin yargılamada kullanılabilmesi, bu nitelikte olmayan delillerin ise istisnaen hükme esas alınabileceği belirtilmektedir. Bu doğrultuda Kıta Avrupası ispat hukukunda usulsüz deliller konusunda çeşitli teoriler ortaya atılmıştır.

Alman hukukunda usulsüz elde edilen deliller Al. CMK'nın (*StPO*) “Yasak sorgu usulleri” başlıklı 136a maddesinde düzenlenmiştir. Maddede yorma, fiziksel müdahalede bulunma, işkence etme, aldatma, bazı ilaçları kullandırma veya hipnoz gibi iradeyi etkileyen yöntemler sayılarak, bu tür yöntemlerle elde edilen delillerin yargılamada kullanılması yasaklanmıştır¹¹⁴. Ancak bu yöntemler dışında diğer delil elde etme şekilleri hakkında kanunda herhangi bir yasak bulunmamaktadır¹¹⁵.

Öğretide “*Sanık hakları teorisi*” de denilen Alman hukuku kökenli “*Haklar alanı teorisi*”ne (*Rechtskreisstheorie*) göre¹¹⁶, mahkemelerin

¹¹⁴ Claus Roxin/Gunther Arzt/Klaus Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003, s. 123. Bkz. Bundesministerium der Justiz, *Strafprozessordnung §136a*, http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_136a.html. StPO § 136a'ya göre, “(1) *Kötü davranma, yorma, vücuda yapılan müdahaleler, ilaç vermek, işkence, aldatma veya hipnoz suretiyle, şüphelinin iradi karar verme ve iradi faaliyette bulunma özgürlüğü engellenemez. Zorlama, sadece Ceza Muhakemesi Hukukunun izin verdiği hallerde mümkündür. Bu hükümlere göre izin verilmeyen bir tedbir uygulamakla tehdit ve kanunda öngörülmemiş bir yarar vaad etmek yasaktır. (2) Şüphelinin hatırlama kabiliyetini veya idrak etme kabiliyetini engelleyen tedbirler uygulanamaz. (3) 1 ve 2'nci fıkralardaki yasaklar, şüphelinin rızası olsa dahi geçerlidir. Bu yasakların ihlali ile elde edilen ifadeler, sanık değerlendirmeye rıza gösterse dahi delil olarak değerlendirilemez*”. Feridun Yenisey/Salih Oktar, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Strafprozessordnung (StPO), Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 212-213.

¹¹⁵ Soyaslan, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, s. 17. Ayrıca delil yasakları içinde delil elde etme yasakları ile delili kullanma yasakları farklı incelenmekte olup, delil elde etme yasaklarının aksine, istisnai düzenlemeler dışında genel bir delil kullanma yasağına mevzuatta yer verilmemiştir. Bu nedenle delil elde etme yasağının kendiliğinden değerlendirme yasağı içermediği hususunda büyük oranda görüş birliği vardır. Bkz. Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat, s. 54. Şenol (s. 172-181), Alman hukukunda değerlendirme yasağının kanunda düzenlenmediği halleri, bir delil elde etme yasağının ihlaline dayanan “bağımlı değerlendirme yasağı” ve böyle bir ihlale dayanmayan “bağımsız değerlendirme yasağı” şeklinde kendi içinde ikili bir ayrım ile incelemektedir. Yine yazar (s. 75), Türk hukuku açısından ise delil elde etme yasağının müstakil bir yasak olmadığını; delili kullanma ve değerlendirme yasağının delil elde etme yasağını da kapsamına aldığı savunmaktadır.

¹¹⁶ Türk hukukunda haklar alanı teorisine atıf yapan karşıoy gerekçelerine örnek için bkz. YCGK, E: 1995/6-238, K: 1995/305, 24.10.1995; YCGK, E: 1995/7-165, K: 1995/302, 24.10.1995. Karar içerikleri için bkz. Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku

duruşmada hüküm vermeden önce, delilin elde edilmesi ile ortaya çıkan kanuna aykırılığın sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakması gerekir. Şayet sanığın temel hakları önemli derecede ihlal edilmişse, elde edilen hukuka aykırı delil kullanılamaz¹¹⁷. Buna karşılık ihlal ikincil nitelikte ise ve sanığın hakları açısından hiçbir önem taşımamakta ise, delil hukuka aykırı olsa da yargılamada hükme esas alınabilir. Kısacası sanık hakları teorisinde ihlal edilmiş olan normun kimin yararına konulduğuna bakılmaktadır¹¹⁸. Normun yöneldiği yararın kime ait olduğu saptanırken *i*) ihlal edilen normun muhakemede koruduğu menfaat, *ii*) normun amacı, *iii*) ihlalin sanığın hukuki durumunda meydana getirdiği sonuçlar dikkate alınır¹¹⁹. Sanık hakları teorisinden farklı olarak “*Normun koruma amacı teorisi (die Lehre vom Schutzzweck der Norm)*”, delil elde etmeye ilişkin kurallara aykırılık durumunda hakların karşılaştırılmasını değil, hukuka aykırı yöntemle delil elde etmeyi yasaklayan kuralın konuluş amacını dikkate almaktadır¹²⁰.

Yine Alman hukukunda ortaya atılan “*Hakların dengelenmesi (Hakların karşılaştırılması, menfaatlerin tartımı) teorisi*”ne (*Abwägungstheorie*) göre, kanuna aykırı deliller konusunda kamu menfaati ile bireysel çıkar arasında orantılılık ilkesi doğrultusunda bir değerlendirme ve karşılaştırma yapmak gerekir. Öte yandan sanığın ihlal ettiği hakkın niteliği ve önemi ile muhakeme kurallarına aykırılığın ihlal ettiği hak ve menfaatler karşılaştırılarak, hangisi ağır basıyorsa, delilin kullanılıp kullanılmayacağı buna göre belirlenmelidir¹²¹. Alman hukukunda genel olarak kabul gören ve yargı kararlarına yansıyan görüş, “*Nispi değerlendirme teorisi*” adı da verilen hakların dengelenmesi teorisidir¹²².

Pratik Çalışma Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 604 vd. Bu teoriyi “*Temyiz hakları teorisi*” olarak adlandıran yazarlar da vardır. Bkz. Şenol, s. 173, dn. 825.

¹¹⁷ Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat, s. 55-56; Ali Rıza Çınar, “*Hukuka Aykırı Kanıtlar*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 55, Ankara, 2004, s. 44. Alman Federal Mahkemesi, yasak sorgu yöntemleri dışında kalan hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde haklar alanı ölçütünü esas almaktadır. Şahbaz, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, s. 111; Şahbaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 29. Haklar çerçevesinin tespit ve derecelendirmesinin hakkaniyeti zedelemeyen yapılamayacağı görüşü için bkz. Özen/Özen, s. 305.

¹¹⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 94.1, s. 1473; Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 2. Cilt, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988, s. 173; Çınar, s. 45.

¹¹⁹ Özbek, “*Delil Yasakları*”, s. 920.

¹²⁰ Şenol, s. 174.

¹²¹ Beulke, s. 296, Rn. 458.

¹²² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 94.1, s. 1474; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 657; Şenol, s. 175; Akyürek, s. 68; Çınar, s. 44.

Görüldüğü üzere Alman hukukunda kanuna aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda mutlak bir değerlendirme yasağının kabul edilmiş olduğunu söylemek güçtür¹²³. Almanya’da temelde yargı içtihatları ile düzenlenen bir değerlendirme sistemi karşımıza çıkmaktadır. Alman yargısı temel olarak hakların dengelenmesi teorisini esas almakta ve sanığın haklarının zedelenmemiş olması gerektiğini aramakta ise de Alman Federal Mahkemesi içtihatlarında bu konuda bir yeknesaklık yoktur. Örneğin doktor olmayan birinin polisin emri ile şüpheliden kan alması olayında, her ne kadar kanın alınış şeklinde hukuka aykırılık bulunsa bile elde edilen kanın delil olarak kullanılabilmesine hükmedilmiştir¹²⁴. Buna karşılık yine Alman Federal Mahkemesi’ne göre, şüpheli veya sanığın polis tarafından ilk defa ifadesi alınırken kendisine susma hakkı bulunduğu hatırlanmamışsa, elde edilen delilin hükümde kullanılması söz konusu olamaz¹²⁵. Keza Federal Mahkeme, telefon kulaklığının yanlış kapatılması nedeniyle konuttaki bütün konuşmaların dinlendiği bir davada da değerlendirme yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir¹²⁶.

İsviçre hukukunda delilin elde ediliş biçiminden hareket edilmekte ve yalnızca hukuka uygun biçimde elde edilmesi olanaksız olan delillerin hükme esas alınabileceği kabul edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ortaya konan ve “delilin hukuka uygun olarak elde edilebilirliği” olarak nitelenen bu görüş uyarınca, hukuka uygun olarak elde edilmesi mümkün olan delillerin hukuka aykırı yolla elde edilmesi, bu delillerin değerlendirilmemesi sonucuna yol açacaktır¹²⁷. Ayrıca İsviçre hukuk sisteminde suçun ağırlığı ve ihlal edilen hakkın önem derecesine vurgu yapıldığı söylenebilir. Devletin suçu aydınlatmaya yönelik menfaati, muhakeme kurallarına uyulmadan elde edilen delilin her durumda uygulanamaz olduğuna ilişkin kabulün önüne geçmektedir¹²⁸. Bu doğrultuda İsviçre doktrini ve yargı makamları, ilginç bir yöntem kabul ederek, deliller özelinde kanuna aykırılık ile düzensizlik kavramlarını birbirinden ayırmaktadır. Buna göre yalnızca şekli bir kurala aykırılığa “düzensizlik”; buna karşılık önemli bir hakkın ihlali sonucunu doğuran ve delilin doğrudan geçersiz sayılmasına neden olan kurala aykırılığa ise “kanuna aykırılık” adı verilmektedir¹²⁹.

¹²³ Benzer yönde bkz. Yarsuvat, s. 3. Aksi yönde bkz. Koca, “Değerlendirme Yasağı”, s. 120.

¹²⁴ Yarsuvat, s. 3.

¹²⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 94.1, s. 1473.

¹²⁶ Erdem, s. 368.

¹²⁷ Akyürek, s. 71. Bkz. Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat, s. 76.

¹²⁸ Erdem, s. 369.

¹²⁹ Yarsuvat, s. 3.

Fransız hukukunda delil değerlendirme yasağı konusunda açık yasal düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Fransa’da “kanun tarafından yasaklanmış” ve “kanun tarafından yasaklanmamış” deliller şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre yasanın açıkça yasakladığı konularda delil elde edilmişse bu delillerin değerlendirilmesi söz konusu değildir. Örneğin avukatın telefonlarının dinlenmesi kanunda açıkça yasaklandığı için, bu yasağa aykırı delil geçersizdir. Buna karşılık kanunda yer almayan aykırılıklar konusunda ise hâkime takdir yetkisi tanınarak, her somut olayı değerlendirmek suretiyle elde edilen delilin kanuna aykırı olup olmadığını saptama görevi verilmiştir¹³⁰. Böylelikle Fransız delil değerlendirme yasağının, kanunda yer alan aykırılıklarda mutlak değerlendirme yasağı sistemine, kanunda yer almayan aykırılıklarda ise hakların dengelenmesi teorisine yani nispi değerlendirme yasağı sistemine yaklaştığı söylenebilir.

İtalyan hukukunda delil değerlendirme yasağı konusunda kanunda açık düzenlemelere yer verilmiş ve bu düzenlemelere aykırılığın elde edilen delili her halde geçersiz hale getireceği kabul edilmiştir¹³¹. *Yarsuvat*, İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 191. ve 526. maddelerini örnek göstererek bu ülkedeki sistemin mutlak delil yasağına örnek olduğunu ifade etmektedir. Nitekim İt. CMK’nın 191. maddesinde “kanunun koyduğu yasağın ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delillerin kullanılamayacağı” ve “kullanılamazlığın yargılamanın her derece ve safhasında re’sen göz önüne alınabileceği”¹³²; 526. maddesinde ise “hâkimin karar verirken hukuka uygun olarak elde edilmiş delillere dayanacağı” biçiminde dar yorumlanması gereken hükümlere yer verilmiştir¹³³.

Avrupa Birliği üyesi on beş ülkenin 2004 öncesi ceza yargılaması sistemlerini karşılaştırarak genel bir değerlendirme yapan *Çınar*, özetle bunlardan bir kısmında mutlak ret yaklaşımının, diğer bir kısmında ise esnek yaklaşımın kabul edildiği sonucuna ulaşmaktadır. Buna göre Avusturya¹³⁴,

¹³⁰ *Yarsuvat*, s. 3. Kanunda aksine düzenleme bulunmadıkça suçun ispatının herhangi bir delille yapılabileceğine ilişkin kabulün istisnaları için bkz. Yıldız, *Ceza Muhakemesinde İspat*, s. 60.

¹³¹ Alacakaptan, s. 524; Soyaslan, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, s. 19.

¹³² *Yarsuvat*, s. 5; Soyaslan, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, s. 19; Yıldız, *Ceza Muhakemesinde İspat*, s. 81.

¹³³ *Yarsuvat*, s. 5. İt. CMK m. 526: “*Hâkim, duruşmada kanuna uygun olarak ortaya konulmayan hiçbir delili hükmünde kullanamaz*” (Yıldız, *Ceza Muhakemesinde İspat*, s. 80).

¹³⁴ Avusturya hukukunda özel kişiler tarafından yasa dışı yollarla elde edilen delilin, ilke olarak yargılamada kullanılabileceği kabul edilmektedir. Buna örnek olarak Av. CMK m. 120’de düzenlenen izinsiz ses kaydı gösterilmektedir. Bkz. Seiler, s. 100-101, Rn. 333.

Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, İsveç ve İngiltere ceza yargılaması sistemlerinde, hukuka aykırı deliller peşinen reddedilmeyerek, somut olayın özelliğine göre ihlalin ağırlığı, delilin güvenilirliği ve önem derecesi dikkate alınmak suretiyle değerlendirme yapılmaktadır. Buna karşılık Belçika, İspanya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda ve Portekiz’de ise, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller ceza yargılamasında hiçbir şekilde kabul edilmemektedir¹³⁵.

VI. TÜRK ÖĞRETİSİ

Türk hukukunda hukuka aykırı deliller konusunda öğretide ve yargı kararlarında yeknesaklık bulunduğunu söylemek güçtür. Hukukumuzda her şeyden evvel kavramın mevzuatta düzenlenişi farklı değerlendirmelere yol açacak niteliktedir. Nitekim 1982 Anayasası “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular”dan (m. 38), 1412 sayılı CMUK “hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller”den (m. 254), 5271 sayılı CMK ise “hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delil”den (m. 217) ve “kanuna aykırı olarak ortaya konulan delilin reddolunacağı”ndan (m. 206) söz etmektedir. Bu düzenlemeler sonucunda kavramın “hukuka aykırı delil” olarak mı yoksa “kanuna aykırı delil” olarak mı ele alınacağı konusunda öğretide farklı düşünceler ortaya atılmıştır¹³⁶.

Bir görüş, hukuka aykırılık ile kanuna aykırılığın aynı anlama gelmediğini belirterek isabetli olan kavramın, CMK’nın 217. maddesi doğrultusunda “hukuka aykırı delil” olduğunu kabul etmektedir. Buna göre Anayasa’da geçen kanuna aykırı delil ifadesi, Avrupa Birliği’ne uyum yasaları çerçevesinde alelacele getirilen isabetsiz bir düzenlemedir. Oysa hukuka aykırılık, “haklara aykırılık” anlamına geldiğinden, ortada bir hak ihlali yoksa hukuka aykırılıktan da söz edilemez¹³⁷. Öztürk tarafından savunulan bu görüş uyarınca, “Hitler döneminde Almanya’da, Stalin döneminde Sovyetler Birliği’nde, Mussolini döneminde İtalya’da, Franko zamanında İspanya’da kanunlar vardı, fakat milyonlarca insanın hakları

¹³⁵ Çınar, s. 45-46.

¹³⁶ Öğretide hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmaya müsait olup olmadığı incelenirken, meseleyi açıklamak için birçok kavram kullanılmaktadır. Bunlar arasında “yasak delil”, “yasak kanıt”, “usulsüz delil”, “gayri adil delil”, “delil yasağı”, “ispat yasağı” gibi kavramlar sıralanabilir. Bu konudaki örnekler ve geniş bilgi için bkz. Şenol, s. 72-74. Çalışmamızda özellikle tartışma konusu olan “hukuka aykırı delil” ve “kanuna aykırı delil” kavramlarının karşılaştırılmasıyla yetinilmiştir.

¹³⁷ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 493-494.

yoktu. Bu nedenle kanun devleti her zaman hukuk devleti olmadığı gibi, kanuna aykırılık kavramı da hukuka aykırılık kavramı ile karıştırılmamalıdır”¹³⁸. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu da bir delilin “kanuna aykırı” olarak elde edilmiş olmasına rağmen, bazı koşullar altında “hukuka uygun” şekilde kullanılabilmesi görüşünü ileri sürmekle, hukuka aykırılığın kanuna aykırılıktan geniş bir anlama sahip olduğu savını desteklemektedir¹³⁹. Benzer şekilde mülga CMUK döneminde Kaymaz, pozitif hukuk metinlerinde yer alan hakların ihlal edilmesi halinde delilin hukuka aykırı hale geldiğini, hak ihlalinin olmaması durumunda ise hukuka uygun bir delilden bahsedilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁰.

Hukuka aykırılığı kanuna aykırılıktan ayıran bir başka görüş, ilkinin daha geniş bir anlam içerdiğini ifade etmektedir. Buna göre pozitif hukuk metinlerine ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık halinde hukuka aykırılıktan söz edilir. Ayrıca hukuka aykırılık ulusal hukuk sisteminde yürürlükte bulunan tüm kurallara da aykırılığı ifade etmektedir. Bu bağlamda Anayasa’ya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, yasalara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına, teamül hukukuna ve hukukun genel ilkelerine aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık içerisinde yer alır¹⁴¹. Anayasa’nın 38. maddesi ile CMK’nın 217. maddesi arasında uyumsuzluk bulunmadığını düşünen Özbek ise, Anayasa’nın CMK’ya göre daha geniş bir alanda delil yasağı getirdiğini ifade etmektedir¹⁴². Ünver, CMK m. 206’daki “kanuna aykırı delil” ibaresinin, AY’nın 36. ve 38. maddeleri ile CMK’nın 217. ve 288/2. maddelerinin yardımıyla “hukuka aykırı delil” biçiminde anlaşılması gerektiği; söz konusu hukuka aykırılığın ise büyük-küçük, önemli-önemsiz, şekli-maddi olarak tasnif edilemeyeceği kanaatindedir¹⁴³. Soyaslan’a göre de delillerin kanuna aykırılığında bahsedilmesi halinde sadece “kanun” isimli pozitif bir tasarruf akla gelir. Oysa hukuka aykırılık yazılı veya yazısız tüm normları ve mahkeme içtihatlarını da kapsamına alır. Aynı yazar, hukuk kurallarına uygunluk ve aykırılığın bir bütün olarak ele alınması gerektiği kanaatindedir. Diğer deyişle hukukun bir

¹³⁸ Öztürk, s. 37.

¹³⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 94.1, s. 1470.

¹⁴⁰ Seydi Kaymaz, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 17.

¹⁴¹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 653. Bkz. AYM, Fazilet Partisi Kararı, E: 1999/2, K: 2001/2-2, 22.6.2001, RG Tarihi: 5.1.2002, RG No: 24631 (1. Mükerrer).

¹⁴² Özbek, “Delil Yasakları”, s. 927.

¹⁴³ Yener Ünver, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006, s. 132.

dalına veya bir kanununa aykırı sayılan bir husus, diğer bir kanuna veya hukuka uygun sayılamaz¹⁴⁴. Yıldız da aynı şekilde Anayasa'nın delil değerlendirme yasağı konusundaki yaklaşımında eleştirilecek yönün, "kanuna aykırı" ifadesi olduğunu; bu ifadeyi yasayı, anayasayı ve evrensel ilkeleri de içeren "hukuka aykırı" biçiminde algılamak gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁵. Keza Değirmenci de Anayasa'daki kanuna aykırı ifadesine rağmen, bu tür delillerin "hukuka aykırı" olarak adlandırılması ve CMK m. 217'nin mefhumu muhalifinden, ifadenin, tüm hukuk kurallarına aykırı deliller biçiminde algılanması gerektiği düşüncesindedir¹⁴⁶. Şen ise hukuka uygunluğun genel etkisine vurgu yapmaktadır. Yazara göre ceza yargılaması hukukuna uygun sayılan deliller, tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun delil sayılırlar; fakat diğer hukuk dalları farklı ispat şekilleri öngörebilirler. Diğer hukuk dallarının öngördüğü farklı ispat şekilleri ise ceza yargılamasındaki hukuka uygun delili aykırı hale getirmez, yalnızca bunun diğer bir hukuk dalında kullanılmasının önüne geçer¹⁴⁷.

Bu görüşlere karşılık kanuna aykırılık kavramının hukuka aykırılığa nazaran daha isabetli olduğunu düşünen Yarsuvat, yukarıda özetlenen düşünceleri eleştirirken şu ifadelerle yer vermektedir: "*Kanun sözcüğü, Ceza Hukukunun birçok prensibinde yer almıştır. Suçta ve cezada kanunilik gibi. Eğer yazar gibi düşünürsek, suçta ve cezada hukukilik (!) prensibi dememiz gerekir ki, böyle bir kavram çok geniş olabileceği için Ceza Hukukunda kabul edilmez. 'Hukuka uygun' sözcüğünün kullanılmasıyla, kanuna aykırı şekilde elde edilmiş olan delillerin mutlak olarak yasaklanması kuralından kaçamaklar yapılması imkânı da tanınmış olmaktadır*"¹⁴⁸. Kanunda geçen "hukuka aykırı şekilde" ifadesini isabetli bulmayan Hafizoğulları ise, bu ifadenin belli bir tür hukuka aykırılığı değil, hükümsüzlük de dâhil her türlü hukuka aykırılığı kastettiğini, bu nedenle hükmün daraltılarak yorumlanamayacağını ileri sürerek, böyle bir durumda delil ne kadar sahih olursa olsun hükme esas alınamayacağından, kişinin suç işlemiş olduğu halde beraat edebileceği veya suç işlememiş olduğu halde mahkûm olabileceği endişesini taşımaktadır¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Soyaslan, "Hukuka Aykırı Deliller", s. 15.

¹⁴⁵ Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat, s. 187. Keza aynı yönde bir başka görüş, hukukun öngördüğü kurallar çerçevesinde elde edilmeyen her türlü delili yasak delil olarak değerlendirmektedir. Bkz. Şahbaz, "Hukuka Aykırı Deliller", s. 105.

¹⁴⁶ Değirmenci, s. 431.

¹⁴⁷ Şen, Hukuka Aykırı Deliller, s. 18.

¹⁴⁸ Yarsuvat, s. 8.

¹⁴⁹ Hafizoğulları, "Ceza Muhakemeleri Usulü", s. 45.

Kanımızca, pratiğe yansımaları değerlendirilmek babında “kanuna aykırı delil” ve “hukuka aykırı delil” kavramları arasında özgürlükçü ceza yargılaması sistemlerinde mutlaka bir tercih yapılması zorunluluğu söz konusu olmamalıdır. Nitekim kavramın adının net biçimde saptanması tek başına uygulamadaki problemleri çözmeye elverişli değildir. Bu nedenle asıl olarak kavramın içeriğinin nasıl ele alındığı/alınacağı ve algılandığı/algılanacağı üzerinde yoğunlaşmak gerekir. Bununla birlikte normun koruma amacı genişletilmek isteniyorsa, temel hak ve hürriyetleri korumaya yönelik daha kapsamlı ve kuşatıcı bir mefhum olarak “hukuka aykırı deliller” kavramından bahsedilmesi mümkün gözükmemektedir. Çünkü hukuka aykırılık aynı zamanda kanuna aykırılığı da kapsayan üst bir tabirdir ve bütün hukuk düzenine aykırılık teşkil eden davranışları içermektedir.

Ceza hukuku açısından hukuka aykırılığı tanımlayan *Hafizoğulları/Özen*'e göre, “... suç özünde bir ilişkiden ibaret bulunmaktadır. İlişki cürmi fiille hukuk düzeni arasındadır ve mahiyeti bakımından bir inkâr, bir çatışma, bir karşıtlık ilişkisidir. Bu biçimde algılandığında, suçu belirleyen özellik, suç ceza hukukunun ihlali olduğundan, hukuk düzeniyle çatışma olmaktadır. İşte söz konusu bu çatışmaya, doktrinde, ‘hukuka aykırılık’ denmektedir”¹⁵⁰. Yine yazarlara göre, hukuka aykırılık, esasen beşeri fiille hukuk normu arasında bir çatışma ilişkisinin ifadesi olduğundan, mahiyetinin bir gereği olarak, çokluk kabul etmez, tektir¹⁵¹. Hukuka aykırılık kavramının sözü edilen şekilde tanımlanması, kanaatimizce iki önemli neticeyi ortaya çıkmaktadır. Birincisi, bir hukuk dalı için hukuka aykırı olan bir hususun, diğer hukuk dalı bakımından hukuka uygun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu itibarla şekli ceza hukukuna aykırılığın, bazı hallerde maddi ceza hukukuna uygunluk anlamına gelebileceğinden bahsedilemez. Eğer bir hukuka uygunluk nedeni varsa, bu neden hem şekli hem maddi hukuk açısından hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. İkincisi, hukuka aykırılık kavramı “*haklara aykırılık*” ile sınırlı olarak değil, aksine “*herhangi bir hukuk kuralına aykırılık*” veya “*bir bütün olarak hukuk düzeninin emrettiği veya yasakladığı davranışlara aykırılık*” tanımını doğrultusunda ele alındığı takdirde elde edilen deliller ceza yargılamasının nihai amacına hizmet edecektir.

Hukuka aykırılık kavramı öğretide maddi ve öze ilişkin olmak üzere öteden beri kabul gören bir ayırımla da açıklanmaya çalışılmaktadır. *Franz von*

¹⁵⁰ Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 219.

¹⁵¹ Hafizoğulları/Özen, s. 220. Aynı yönde bkz. Soyaslan, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, s. 15.

Liszt tarafından ortaya atılan ayrıma göre, kanunun bir emir ya da yasağını ihlal eden davranışlar “biçimsel anlamda hukuka aykırılık”, buna karşılık bir menfaati tehdit eden yahut normun amacına aykırılık taşıyan davranışlar ise “maddi anlamda hukuka aykırılık” kapsamında değerlendirilmektedir¹⁵². Maddi ceza hukukunda hukuka aykırılık bizatihi suçun kendisini ifade etmekle birlikte, şekli ceza hukuku bakımından delillerin değerlendirilmesi sırasında hukuka aykırılıktan bahsedildiği hallerde de kanımızca hem şekli hem maddi aykırılıkları anlamak gerekir¹⁵³. Ne var ki somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması istisnası dışında, maddi anlamda hukuka uygun olan eylemin şekli anlamda hukuka aykırı olmasından söz edilemeyeceği düşüncesindeyiz.

Böyle olunca “*kanuna aykırı olan fakat hak ihlali doğurmayan hukuka aykırılık*”tan bahsetme olanağının önüne geçilerek, hak ihlali doğursun veya doğurmasın her türlü kanuna aykırılık hali, kendiliğinden, hukuka aykırılık çerçevesinde ele alınacaktır. Kaldı ki kendisini “hukuk devleti”¹⁵⁴ olarak tanımlayan bir devlette herhangi bir faaliyetin, hiçbir hukuka uygunluk nedeniyle ilişkilendirilemediği halde, “*kanuna aykırı fakat hukuka uygun*” görülmesi söz konusu olamaz. Diğer deyişle kanuna aykırı şekilden hareketle hukuka uygun esasa ulaşılamaz. *Koca* da aynı noktaya vurgu yaparak, kanuna aykırı olanın her halde hukuka uygun olamayacağı çıkarımına ulaşmaktadır¹⁵⁵.

¹⁵² Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 36-37.

¹⁵³ Nitekim CMK m. 288/1’de temyizcinin ancak hükmün hukuka aykırı olması nedeniyle dayanacağı belirtildikten sonra; herhangi bir ayrıma gidilmeksizin hukuka aykırılık, “*bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması*” olarak tanımlanmıştır. Şen’e göre de, hukuka aykırılık kavramında geçen hukuk ibaresi, bütün hukuk kurallarını kapsamına almaktadır. İster CMK’daki isterse CMK dışındaki bir kurala aykırılık bulunsun, ceza muhakemesi hukukunun kaynağını oluşturan her norma aykırılık, buradan hareketle elde edilen delili de kendiliğinden hukuka aykırı hale getirir. Bkz. Ersan Şen, *Yorumluyorum*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 144.

¹⁵⁴ “*Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir*” [AYM, E: 2013/20 (5271 sayılı Kanun ile ilgili), K: 2013/50, 3.4.2013].

¹⁵⁵ Yazara göre (*Koca*, “*Değerlendirme Yasağı*”, s. 141), “... ‘hukuka aykırılık’ ve ‘kanuna aykırılık’ kavramı, ancak otoriter devlet anlayışının bulunduğu hallerde geçerli olan ve devleti hukuka uydurmaya zorlayan bir yaklaşım biçimidir. Nazi Almanyası’nın faşist yönetiminden hareketle ‘orada da kanunlar vardı’ biçimindeki yaklaşımın bugün artık kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bir hukuk devletinde zaten kanunların hukuka aykırı olması

Bu nedenle hukuka aykırı delil, “*hem kanuna hem de kanun dışında kalan tüm hukuk kurallarına aykırı delil*” olarak ele alındığında, hukuka uygunluk kalkarıyla kanuna aykırılığın ötelenmesinin de önüne geçilmiş olacaktır. Bununla birlikte eğer delilin elde edilmesi başlı başına bir hukuka uygunluk nedeninden kaynaklanmakta ise, bu halde kanımızca delilin kendisi de hukuka uygun olacağından, kanuna veya hukuka aykırı delilden söz edilemeyecek; hukuka uygunluk nedenine dayanılarak elde edilen delil, yine aynı nedenle yargılamada kullanılabilir.

Türk hukukunda bir diğer tartışma noktası ise kavramın uygulamaya geçirilmesinin ne yönde olacağına, diğer bir ifadeyle hukukumuzda delil değerlendirme yasağı özelinde hangi sistemin kabul edileceğine ilişkindir. Öğretide bir görüş, hukukumuzda delil yasakları konusunda esnek sisteme atıf yaparak konuyu açıklarken; karşıt görüş, mutlak delil yasağı ölçütünden hareket etmektedir. Gerçekten *Centel/Zafer*'e göre, usulsüz elde edilen deliller iki noktadan hareketle değerlendirme yasağına tabi tutulabilir. Ya tüm hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasaklanabilir ve bu delillerin hiçbir şekilde kullanılmaması kabul edilebilir ki bu halde “mutlak değerlendirme yasağı”ndan söz edilir. Ya da bazı hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine, bazılarının ise değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilebilir ki bu halde de “nispi değerlendirme yasağı”nın varlığından söz edilir.¹⁵⁶

Tosun, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin değerlendirilmesi hususunda ikili bir ayrıma gitmektedir. Buna göre örneğin hâkimin sorguyu nasıl yapacağı yasa tarafından saptanmış olduğundan, bu kurallara aykırı bir sorgu mümkün değildir. Buna karşılık elde edilmesi hâkime yasaklanmamış deliller açısından ülkemizde klasik görüşle yetinilmeli, yani mahkeme şekil koşulu karşısında maddi gerçeğe gözlerini kapatmadan yargılama yapmalı; bu halde sadece delili hukuka aykırı olarak elde eden memur, suç teşkil eden hareketinden dolayı cezalandırılmalıdır.¹⁵⁷

Öztürk/Erdem, değerlendirme yasağına dair Anayasa'nın 38. maddesinin mutlak anlaşılmasının doğuracağı sakıncalara vurgu yapmakta ve “hak ihlali”

düşünülemeyeceğinden, delil elde edilmesinin yöntemini belirleyen yasalara her aykırılık mutlak anlamda hukuka aykırılık oluşturur. Hem ‘hukuka aykırılık’tan bahsedip hem de bunun ‘hak’ ihlaline yol açmadığını söylemek mümkün değildir. Hukuka aykırılık varsa mutlaka bir hak ihlali var demektir. Şekle uygun bir muhakemenin sürdürülmesi dahi bir hak olarak kabul edilmek gerekir”.

¹⁵⁶ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 656.

¹⁵⁷ Tosun, Suç Muhakemesi, s. 223-225.

kriterine yer vermeyen değerlendirmelerin uzun vadede son derece ağır sonuçların doğmasına yol açabileceğini düşünmektedir. Buna göre herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılması yerinde değildir¹⁵⁸. Yazarlar bu düşüncelerini özetle şu şekilde gerekçelendirmektedir: “...Burada her şekli aykırılık aynı zamanda hak ihlaline de yol açar gibi toptancı bir iddianın ileri sürülmesi mümkündür; ancak böyle bir iddianın gerçeklerle alakası bulunmamaktadır. Gündüz yapılması gereken arama gece yapılmışsa, bundan başka hiçbir hukuka aykırılık söz konusu değilse, burada hangi hak ihlal edilmiştir? Hiçbir hak ihlal edilmemiştir. Sadece şekli bir aykırılık söz konusudur. CMK’da hâkim veya savcı hazır olmaksızın yapılan aramada mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur¹⁵⁹ hükmüne yer verilmiştir. İki değil de bir kişi bulundurulursa hangi hak ihlal edilmiş olur? Yine burada da şekli bir aykırılık söz konusudur ve hiçbir hak ihlal edilmiş değildir¹⁶⁰. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bazı olaylarda da durum acil olabilir; örneğin AY m. 20¹⁶¹ ve 21¹⁶²’de öngörülen sürelerin alınabilmesi için fiili bir imkânsızlık

¹⁵⁸ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 498-499; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 374. Aynı yönde bkz. Mustafa Albayrak, Ceza Muhakemesi Kanunu Öz Kitap, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 542.

¹⁵⁹ CMK m. 119/4: “Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur”.

¹⁶⁰ Ancak aynı eserin bir başka yerinde (Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 584) “Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur. Bu kişilere adli tanık adı verilmektedir. İki değil bir kişi bulundurulması aramayı batıl kılar. Bu suretle toplanan delilleri kullanılamaz hale sokar” ifadeleriyle, tamamen farklı bir düşünceye yer verilerek, aramada tek bir arama tanığının bulunması halinde dahi delilin hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir.

¹⁶¹ AY m. 20/2: “Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”.

¹⁶² AY m. 21: “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin

bulunabilir. Bu durumda bir şahsı konutuna girerek domuz bağından kurtarmak, orada arama ve elkoyma işlemi yaparak faillerin yargılanmalarını sağlayacak delillerin toplanması halinde; toplanan bu deliller AY m. 38/6 hükmünden sonra hiçbir işe yaramayacak; failler rahat nefes alabilecektir. Bu mudur istenen?”¹⁶³. Görüldüğü üzere bu görüş, kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin iki halde hükme esas olabileceğini ileri sürmektedir. Bunlardan ilki, kanuna aykırılığın basit bir şekli aykırılıktan ibaret olması yani hak ihlali doğurmaması; ikincisi ise, öngörülemeyen acil bir durumun ortaya çıkmış olmasıdır.

Türk doktrininde hukuka aykırı delil yasağının mutlak anlaşılması gerektiğini savunan bir başka görüşün dayanak noktası ise, kolluk kuvvetlerinin delil elde ederken iyi niyetle hareket etmiş olması ve hak ihlaline yol açan bir işleme sebebiyet verilmemiş olmasıdır. *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu* tarafından savunulan bu görüş uyarınca, CMK m. 217/2’de mutlak bir yasak yer almamakta, aksine hâkimin takdir yetkisini kullanabileceği bir düzenleme bulunmaktadır. Yazarlara göre, hâkim, takdir yetkisini kullanırken “sanığın temel haklarının” yapılan işlem ile ihlal edilip edilmediğine bakmalı ve iki şekilde hareket etmelidir. Eğer hukuka aykırı delille anayasal bir hak ihlal edilmişse ve devlet güçlerinin delil toplarken sanığa verdikleri zarar, sanığın işlemiş olduğu suçtan dolayı toplumun gördüğü zarardan fazla ise, elde edilen delil hükme esas alınmamalıdır¹⁶⁴. Buna karşılık sanığın topluma verdiği zarar, kolluğun sanığın haklarına verdiği zarardan fazla ise ve CMK m. 148’deki gibi açıkça yasaklanmış bir delil de söz konusu değilse, bu takdirde delil kanuna aykırı da olsa hâkim hüküm verirken bu delili kullanabilmelidir¹⁶⁵. Öğretideki şekle - esasa ilişkin hukuka aykırılık ayırımını benimseyen ve delilin hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmek için ihlal edilen hakkın niteliğini dikkate alarak nispi yaklaşımı kabul eden bir diğer görüş, CMK m. 217’nin ifadesinden hukuka aykırı delillerin hükme esas alınabileceğinin sınırlı da olsa anlaşılmasına

kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”.

¹⁶³ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 499; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 374. Bu görüşü destekleyen bir başka yazar, kolluğun kasıtlı olmaksızın şekle aykırı davranması durumunda, adil yargılanma ilkesi zedelenmemişse ve delil güvenilirlik niteliği taşıyorsa, mağdurun hakları açısından adil olanın elde edilen delillerin kullanılması olduğunu düşünmektedir. Bkz. Eryılmaz, Hukuka Aykırı Delil, s. 112-113.

¹⁶⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 93.1, s. 1425; Yenisey, s. 60.

¹⁶⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 93.1, s. 1426; Yenisey, s. 60.

rağmen, madde gerekçesinde yapılan açıklamaların böylesi bir kanaate ulaşmaya elverişli olduğunu düşünmektedir¹⁶⁶.

5271 sayılı CMK yürürlüğe girmeden önceki dönemde, soruşturma ve kovuşturmayla görevli olanların hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınmayacağı yönündeki kuralın CMK Tasarısı'nda aynen kabul edilmiş olması, *Şahin/Özgenç*'e göre, isabetli olmamıştır. Bu görüş uyarınca,

¹⁶⁶ Yalçın Şahinkaya, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 192. Yazar, bu görüşünü, 217. maddenin son fıkrasının gerekçesine dayandırmaktadır. Görüşte, Kanun'un ilgili fıkraya ilişkin şu gerekçesi esas alınmıştır: "...Ayrıca şu hususa işaret edilmelidir ki, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin geçersiz sayılacağı hâlleri sınırlandırmak amacı ile de, bazı hukuk sistemlerinde çaba gösterilmektedir: Söz gelimi İngiltere'de delilin geçersiz sayılması, ağır kusur, kabulünün davanın adilliğine, hakkaniyete zarar vereceği anlaşıldığı hâllerde söz konusu olmakta, yani mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Anayasal hakları ihlâl suretiyle yapılmış soruşturma işlemlerinin geçersiz olduğunu kabul eden Amerika Birleşik Devletleri hukuku bu hususta iki sınırlama getiriyor: Kanuna aykırı eylemlere hedef kılınan kişi sanık değilse, kanuna aykırı olarak elde edilen delil geçersiz sayılmamaktadır. Delil, her ne suretle olursa olsun keşif olunacak idi ise geçerli sayılmaktadır". Kanaatimizce, madde gerekçesinde yer alan ifadeler, yazarın Türk hukukunda nispi yaklaşımın kabul edilebileceğine ilişkin görüşlerine dayanak gösterilmeye müsait değildir. Birincisi, delil değerlendirme sistemine ilişkin kanun gerekçesinden hareketle bir çıkarım yapılmak isteniyorsa, son fıkraya ilişkin gerekçenin öncesinde kaleme alınan ifadelere de bir bütün olarak yer verilmesi gerekir. Kanun koyucu 217. maddenin son fıkrasını gerekçede açıklarken yukarıdaki ifadelerden önce delil sistemine dair benimsediği kuralı zaten şu sözlerle ortaya koymaktadır: "Maddenin son fıkrası, usul hukuku yönünden olağanüstü önem taşıyan ve adil yargılama ile bağlantılı bir ilkeyi belirtmektedir. İlke, delilin doğruluğunu, haklılığını, hakkaniyete uygunluğunu sağlamak amacıyla gütmektedir. Böylece ister soruşturma ister kovuşturma evrelerinde olsun, hukuka aykırı olarak, örneğin, işkence, narko analiz, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne saldırılar yolu ile elde edilmiş deliller hükme esas alınmayacaktır. Böylece son fıkra soruşturma ve kovuşturma ile görevli olanların hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınmayacağını belirterek bunlara ilişkin usul yaptırımını düzenlemiş olmaktadır. Son fıkra ayrıca, 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla Anayasanın 38 inci maddesinde yapılan değişikliğin Tasarıya yansıtılması niteliğindedir. Delili böylece elde etmiş olanlar hakkında ceza ve disiplin soruşturması da yapılması gerekeceği ise açıktır". Görüldüğü üzere CMK m. 217/2'ye ilişkin temel açıklamaya, esasen gerekçenin başındaki bu cümlelerde yer verilmiştir. İkincisi, gerekçenin devamında yalnızca Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki örneklerle değinilerek, bazı ülkelerde bu kurala uygun olmayan birtakım istisnaların yer alabildiğine dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla madde gerekçesinin amacının, mahkemelere bazı hallerde nispi delil değerlendirme sisteminin uygulanabileceği işaretini/iznini vermek değil, aksine bazı hukuk sistemlerinde kabul edilen bu çabanın Türk hukukunda geçerliliğinin bulunmadığını belirtmek olduğu kanısındayız. Benzer yönde bkz. Ünver, "Ceza Muhakemesinde İspat", s. 135.

hükmün alanının ve mutlaklığının bir biçimde sınırlandırılması uygun olacaktır. Aksi takdirde ceza muhakemesinin suçlulukla mücadele fonksiyonu zaafa uğramaya devam edecektir¹⁶⁷.

Yenisey, CMK'nın kullanılmasını yasakladığı ve yok edilmesini emrettiği deliller ile Kanun'un 148. maddesinde rıza ile verilse bile yasak usullerle elde edildiği için geçersiz sayılan ifadeler dışında kalan tüm delillerin, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilse bile, istisnaen kullanılabilir olduğunu düşünmektedir. Yazar, hukuka aykırılıktan, sanığın haklarını ihlal eden davranışları anlamakta ve böylece Alman öğretisinde baskın olan sanık hakları teorisini esas almaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilin kullanılabilirlik ölçütünün, mahkemece ulaşılan hükmün adilliği olduğu kanısını taşımaktadır¹⁶⁸.

Öğretide bir görüş, hukuka aykırı delillerin kullanılması konusunda soruşturma ve kovuşturma evreleri arasında bir ayrım yapmaktadır. Buna göre hukuka aykırı deliller Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma açılması için gereken basit suç şüphesinin oluşması açısından dikkate alınabilmeli; buna karşın hukuka uygun başka delillerle desteklenmediği müddetçe sırf bu delile dayanılarak iddianame düzenlenmemeli ve suçun ispatında söz konusu delil kullanılmamalıdır¹⁶⁹.

Doktrinde bazı yazarlar ise, konuyu, ses ve görüntü kayıtlarının kullanılması özelinde değerlendirerek ikili bir ayrıma gitmektedir. Örneğin *Şen*, kayıt yapan kişiye yönelik olarak işlenen bir suçun kanıtlanması amacıyla, kaydın, planlı olmaksızın kendiliğinden gerçekleşmesi dolayısıyla

¹⁶⁷ *Cumhur Şahin/İzzet Özgenç*, "CMUK Tasarısı (2002) Üzerine Düşünceler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1-2, Haziran-Aralık 1999, Ankara, 2003, s. 225.

¹⁶⁸ *Yenisey*, s. 34-35: "...*'Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller'* kavramındaki *'hukuka aykırılık'* sanığın temel haklarını ihlal eden bir hukuka aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Muhakemenin sonunda, yapılan işlemler bir bütün olarak değerlendirilmeli ve muhakeme neticesinde, hukuka uygun veya aykırı yöntemlerle elde edilen deliller kullanılarak verilen hüküm, Anayasanın 36'ncı maddesinde gösterildiği biçimde *'adil'* ise, bir delil hukuka aykırı bir yöntemle elde edilmiş olsa dahi, kullanılabilirlidir. Mahkemenin vardığı sonuç *'adil yargılanma hakkını'* ihlal etmiyorsa, *'yasaklanmış'* olanlar dışında kalan, fakat hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olan diğer delillerin hüküm verilirken kullanılması, istisna olmakla birlikte, mümkündür".

¹⁶⁹ *Değirmenci*, s. 431. Yazar bu düşüncesini, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar" diyen CMK m. 160/1'in savcıya yüklediği göreve dayandırmaktadır.

hukuka uygun görülebileceğini; fakat aynı kaydın, kayıt sahibi dışındaki bir kişiye yönelik olarak işlenen suçta kanıt olarak ileri sürülebilmesinin olanaklı bulunmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla bu görüş uyarınca, gizli kamerayla yapılan ses ve görüntü kayıtlarının, yalnızca ve koşulları oluştuğunda savunma hakkına dayalı olarak delil olabileceği; ancak belirtilen istisna dışında, hukuka aykırı delil olarak vasıflandırılmak suretiyle, suçun kanıtlanmasında kullanılmayacağı kabul edilmektedir¹⁷⁰.

Yukarıdaki düşüncelerin aksine, Türk ceza muhakemesinde hukuka aykırı delil yasağının mutlak olduğunu ifade eden yazarlar ise, genel olarak kavramın istisnalarına Anayasa ve kanunlarda yer verilmemesi noktasından hareket etmektedir. Örneğin *Yurtcan*'a göre, yargılama kuralları, delil toplama kuralları ile sınırlıdır. Dolayısıyla bir kural eğer yargılamaya delil toplama kuralı niteliği taşıyorsa, buna aykırılık mutlak bir aykırılıktır. Bunların sonuca etkili olmaları ya da olmamaları tartışılmaz¹⁷¹. Yazar ayrıca CMK'nın 289. maddesindeki mutlak bozma nedenlerinden hareketle de hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin hükümdeki sonucu etkilemesi ya da etkilememesi tartışmasına girilmesi gerekmeksizin¹⁷², hukuka aykırı delil elde edilemeyeceği ilkesine tanınacak bir istisnanın Türk ceza yargılaması sisteminde yeri olamayacağını ifade etmektedir¹⁷³.

Yaşar'a göre Anayasal haklar ihlal edilerek toplanan hukuka aykırı delillerin, bunlar ister kasten ister savsama sonucu elde edilmiş olsun, hükme esas alınması mümkün değildir. Aynı şekilde genellikle sanık aleyhine toplanmakla birlikte, yasanın açık ifadesi gereği, sanık lehine olan deliller de

¹⁷⁰ Şen, *Telefon Dinleme*, s. 129. Aynı yönde bkz. Seydi Kaymaz, *İletişimin Denetlenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 464. Şen'e göre, "Hukuka aykırı delil, şüpheli/sanık aleyhine kesinlikle kullanılamaz, ancak bu delilin sanık lehine olduğu tespit edilmişse, masum bir kişinin cezalandırılmaması için istisnai olarak bu delilin soruşturma ve kovuşturmada değerlendirmeye alınması yerindedir". Bkz. Ersan Şen, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 4, Ankara, Ağustos 2007, s. 131.

¹⁷¹ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 428; Erdener Yurtcan, *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının El Kitabı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2002, s. 312.

¹⁷² Nitekim "Hukuka kesin aykırılık halleri" başlıklı CMK m. 289/1-i bendine göre, temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da "hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması" durumunda hukuka kesin aykırılık var sayılır. Hükümün gerekçesinde de maddenin kesin temyiz veya kesin bozma nedenleri de denilen hukuka kesin aykırılık hallerini gösterdiği; bu haller varsa aykırılığın hükme etki ettiğinin kabul edileceği ve temyiz merciinin artık bunların bozmayı gerektirip gerektirmediğini araştırma ve takdir etme yetkisini haiz olmayacağı kabul edilmektedir.

¹⁷³ Yurtcan, *Ceza Yargılaması*, s. 429.

hukuka aykırı olması koşuluyla kullanılmamalıdır. Bu görüş uyarınca, delillerin hukuka aykırılığının değerlendirme yasağını ortaya çıkarması açısından, yetkili makamlar ile özel kişiler arasında herhangi bir fark aranmamıştır¹⁷⁴. *Şahbaz*'a göre de somut olaylarda değerlendirme yapılırken yasaya en ufak bir aykırılık bulunması halinde delilin hükme esas alınmaması, delil elde edilmesinde mutlaka yasaya uygun hareket edilip edilmediğinin gözetilmesi gerekir. Nitekim bu tür kararlı uygulamalar hukuka aykırı delil elde edilmesinin de önüne geçmektedir¹⁷⁵. *Evik*, Kara Avrupası sistemini benimseyen ülkemizde, ayrıma yer verilmeksizin tüm hukuka aykırı deliller açısından mutlak yasak anlayışı kabul edilmekle, delil değerlendirme yöntemi bakımından Anglo-Amerikan sisteminin benimsendiği görüşündedir¹⁷⁶. CMK m. 217/2'nin açık hükmü karşısında nispi teorilerin mevcut hukukumuzda hiçbir geçerliliği olmadığını savunan *Dülger*'e göre de, özellikle ağır suçlar söz konusu olduğunda, delil hukuka aykırı olarak elde edilmesine rağmen, mahkeme üzerinde sanığı mahkûm etmeye yönelik bir baskının olduğu hallerde bile hukuk ve yasaların emri doğrultusunda karar verilmesi gerekir¹⁷⁷.

Toroslu, hukuka aykırı deliller konusuna “baskıcı ceza muhakemesi” ve “özgürlükçü ceza muhakemesi” ayrımı perspektifinden yaklaşmaktadır. Yazara göre problem nasıl bir ceza muhakemesi hedeflendiği noktasına ilişkindir. Sanığı peşinen suçlu kabul eden baskıcı ceza muhakemesi

¹⁷⁴ Osman Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2005, s. 864. Aksi yönde düşünen *Şen*'e göre, maddi gerçeğe ulaşmak amacından kaynaklanan ve sanık aleyhine elde edilen hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmamasına karşın, masumiyet/suçsuzluk karinesinin bir yansıması olan ve sanık lehine toplanan hukuka aykırı delillerin kullanımına dair bir istisnanın kabul edilmesi gerekir. Bkz. *Şen*, Yorumluyorum, s. 163. Belirtelim ki biz bu görüşe iştirak etmemekteyiz. Kanımızca bir delil, hukuka uygunsa örneğin kanun hükmünü ifa veya meşru savunma gibi bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı üzerine ele geçirilmişse, bu delil ister sanığın lehine ister aleyhine olsun, kullanılabilir; aksi halde yani delilin “hukuka aykırı” olduğunu zaten başlangıçta kabul ettiğimiz durumlarda, sırf sanığın haklarını korumak adına “delil hukuka aykırı olsa da lehe kullanılabilir” demek, bir hukuk devleti açısından çelişki teşkil edecektir. Biz, ifrat ile tefritten kaçınmak adına, ne maddi gerçeğe her ne pahasına olursa olsun ulaşmak düşüncesini, ne de sanığı her ne pahasına olursa olsun korumak anlayışını isabetli bulmaktayız. Gerek devletin yargı erkinin maddi gerçeğe ulaşmadaki çıkarının, gerekse de şüpheli veya sanığın suçsuz olduğunu ispat etme hakkının lehine olsun, hukuka uygun olmayan/hukuka uygunluk nedeninden faydalanmayan hiçbir delilin ceza muhakemesinde hükme esas alınmaması gerektiğini düşünüyoruz.

¹⁷⁵ *Şahbaz*, İletişimin Denetlenmesi, s. 24; *Şahbaz*, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, s. 124.

¹⁷⁶ Ali Hakan Evik, “Yasak İfade Alma Yöntemleri ve Önlenmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 23, İstanbul, Kasım 2004, s. 3153.

¹⁷⁷ *Dülger*, Dışlama Kuralı, s. 89, 91.

sistemlerinde, ceza muhakemesinin amacı sadece mahkûmiyeti haklı gösterecek delilleri elde etmektir. Bu nedenle böyle bir sistemde işkence dâhil her türlü yol meşru görülür. Oysa özgürlükçü toplumlar, suçlulukla mücadelede toplumsal menfaat ile bireysel menfaatin aslında çatışmadığını kabul eder¹⁷⁸ ve bu esas doğrultusunda suçluları ortaya çıkarmaya çalışır¹⁷⁹.

Yarsuvat, Türk hukukunca kabul edilen sistemi, karşılaştırmalı hukuka atf yaparak ortaya koymaktadır. Yazara göre kanuna aykırı deliller konusunda üç tür hukuk sistemi söz konusu olabilir. Bunlardan ilki kanuna aykırı delillerin geçerli olabileceğini kabul eden hukuk sistemleridir ki, yazara göre delillerle ilgili hiçbir hükme yer vermeyen Çin Ceza Usul Kanunu¹⁸⁰ buna örnek verilebilir. İkincisi Fransız, İsviçre ve Alman hukukunda olduğu gibi, kanuna aykırı delillerin kural olarak geçersiz olduğunu, fakat belli şartlar altında mahkeme kararlarına esas teşkil edebileceğini kabul eden sistemdir. Üçüncüsü ise kanuna aykırı delillerin kesinlikle geçersiz olduğu hukuk sistemleridir ki, yazar, bunlara örnek olarak İtalyan ve Türk hukuk sistemlerini göstermektedir. Hatta öyle ki Türk hukuku, İtalyan hukukundan da öteye giderek, Anayasası'na bu yönde bir hüküm dahi koymuştur¹⁸¹.

Centel/Zafer'e göre, hükmün hukuka aykırı delillere dayanması CMK m. 289'da kesin hukuka aykırılık kapsamında değerlendirildiği için, böyle bir durumda toplanan diğer delillere göre aynı şekilde hüküm kurulacak olması, ilgili hükmün bozulmasını engellemeyecektir. Kanun yolu incelemesi yapan

¹⁷⁸ CMK m. 206'nın gerekçesinde kanun koyucu şu ifadelerle aksi düşüncede olduğunu ortaya koymaktadır: "*Delil, ceza yargılama usulünün bütün dallarının en çok ve en karmaşık kısmıdır. Bir yazarın doğru olarak açıkladığı gibi delil iki karşılıklı, belki de birbirine zıt mantığın kesişme noktasında bulunmaktadır. Bir tarafta bireyin hakları diğer yanda ise toplumun hakları söz konusudur*".

¹⁷⁹ Nevzat Toroslu, "*Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*", Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 498, Ankara, 1995, s. 55. *Toroslu*'nun bu görüşüne atf yapan bir karşıoy gerekçesi için bkz. YCGK, E: 2007/7-147, K: 2007/159, 26.6.2007.

¹⁸⁰ Çin'de 2012 yılında kabul edilen değişiklikte birlikte, kolluk tarafından usule ilişkin hükümler ihlal edilerek toplanan delillerin mahkemede kullanılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla bu tarihten itibaren, elde edilen delilin, insan onuruna aykırı olması veya usulî bir noksanlık içermesi arasında değerlendirme noktasında ayırım yapan Çin ceza usul hukukunun, artık kanuna aykırı delillerin geçerli sayılabileceği sistemler kategorisinde yer aldığı söylenemez. Bu konuda bkz. Victoria M. Time, "*Delil Toplama: Çin'de Delil Yasakları*", Çev: Bengü Öz, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Ed: Yener Ünver, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 114, 117. Çin ispat hukukunda geçerli olan sistemin "sınırlı esnek yaklaşım" olduğu hususunda bkz. Değirmenci, s. 413.

¹⁸¹ *Yarsuvat*, s. 1-5. Avrupa ülkeleri içerisinde hiçbirinin Anayasasında bu yönde bir hüküm mevcut değildir. Bkz. Soyaslan, "*Hukuka Aykırı Deliller*", s. 9.

mahkeme, hükmün hukuka aykırı delile dayanıp dayanmadığını inceleyebilir; buna karşılık hükümle hukuka aykırılık arasında nedensellik ilişkisi kurduktan sonra hükmün değişebilirliğini denetleyemez. Diğer deyişle mahkeme, “hukuka aykırı delil olmasaydı da yine aynı hüküm verilecekti” diyerek hükmü onaylayamaz. Yazarlara göre yasa koyucu bu düzenlemesi ile aslında nispi bir bozma sebebi kabul etmiş değildir¹⁸².

Şahin/Göktürk'e göre, delil elde etme yasaklarının önemli bir kısmını şüpheli veya sanığın ifadesi ve sorgusu sırasında ortaya çıkabilecek yöntemler (CMK m. 147, 148) oluşturmaktadır. Gerek bu yöntemlerle gerekse başka hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin, CMK m. 217/2 gereğince yargılama yapılırken ve hüküm kurulurken kullanılmaları yasaktır¹⁸³.

Özbek'e göre, delil yasaklarının niteliği konusundaki sınırı, CMK'nın 217. maddesi çizmektedir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda CMK m. 217'ye benzer bir düzenleme olmadığı için, bu ülkede gerek teori gerekse yargı kararları ile haklar alanı teorisi geliştirilmiştir. Türk hukukunda da buna benzer bir değerlendirme yapılabilmesi için ya CMK m. 217 hükmünün bulunmaması ya da söz konusu hükmün mutlak – nispi ayrımı yapmaya elverişli olması gerekir¹⁸⁴.

Soyaslan, hükmün hukuka aykırı şekilde elde edilen delillere dayanmasının hukuka kesin aykırılık oluşturduğunu ve CMK m. 289/1-i gereğince mutlak bozma sebebi olduğunu ifade etmektedir. Buna göre örneğin zaruret ve arama kararı olmaksızın gece vakti konuta girilerek arama yapılması ve arama sonucunda ruhsatsız bir tabanca bulunması halinde, bu delilin elde edilmesi hukuka aykırı olduğundan yalnızca tabancaya dayanılarak hüküm verilemeyecektir¹⁸⁵.

Eryılmaz'a göre, kanun koyucu “hukuka aykırı olarak” ifadesiyle CMK m. 217/2'yi geniş yorumlanacak şekilde kaleme almak suretiyle mutlak delil yasağını benimsemiş; dolayısıyla hâkimin suçun ağırlığı, elde edilen delillerin güvenilirliği, hukuka aykırılığın boyutu, ihlal edilen hak ve özgürlüğün önemi, suçlunun tehlikeliliği veya sanığın serbest kalmasının toplum vicdanında oluşturacağı tatminsizlik gibi hususlar üzerinde bir değerlendirme yapma yetkisini elinden almıştır¹⁸⁶.

¹⁸² Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 662.

¹⁸³ Şahin/Göktürk, s. 74.

¹⁸⁴ Özbek, “Delil Yasakları”, s. 927-928.

¹⁸⁵ Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 401.

¹⁸⁶ Eryılmaz, Ceza Muhakemesi, s. 658. Aynı şekilde *Yıldız* (Ceza Muhakemesinde İspat, s. 191) henüz mülga CMUK'un 254/2 nci maddesi yürürlükteyken, Türk hukukunda bu

Kanımızca, Türk hukukunda gerek AY m. 38/6 ve gerekse CMK'nın 206/2, 217/2 ve 289/1-i maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, adına ister hukuka aykırı delil isterse kanuna aykırı delil denilsin, soruşturma ve kovuşturma ile yetkili organ veya kişiler tarafından usulü dairesinde elde edilmeyen ya da -hukuka uygunluk nedeni olmadığı halde- delil toplama yetkisine sahip olmayan özel kişiler tarafından her nasılsa elde edilen usulsüz veya yasak delillerin yargılamada kullanılamayacağı, tereddüde imkân tanımayacak ölçüde açık bir şekilde belirtilmiştir. Hukuka aykırı deliller, mevzu hukukumuzda Anayasa'nın 38 inci maddesine göre "kabul edilemez olma"; CMK'nın 206/2 nci maddesine göre "reddolunma", CMK'nın 217/2 nci maddesine göre "ispat edilebilir olmama"¹⁸⁷ ve yine CMK'nın 289/1-i bendine göre ise "hukuka kesin aykırılık teşkil etme" niteliği taşıyacaktır. Hem Anayasa'da hem de CMK'da hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağına hiçbir istisna getirilmemiş olması, yasa koyucunun iradesinin "mutlak delil değerlendirme yasağı" yönünde olduğu düşüncesini uyandırmaktadır. Özel kişilerce elde edilen delillerden farklı şekilde, kamu görevlilerince görevin ifasına aykırı hareket etmek suretiyle elde edilen delillerin, bir hukuka uygunluk nedeninden kaynaklı olarak, hukuka uygunluğundan söz etmek olanağı bulunmamaktadır. Buradan hareketle, yetkili makamlarca elde edilen delilin hukukiliği ile -mutlak delil yasağının istisnası olmamakla birlikte- yetkisiz kişilerce elde edilen delilin hukukiliğinin, "hukuka uygunluk nedenleri özelinde" farklı değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini de ifade etmek gerekir¹⁸⁸.

maddeyle mutlak bir değerlendirme yasağı getirildiği görüşünü savunmuştur. Yazar, söz konusu maddenin yürürlüğe girmesiyle, karşılaştırmalı hukukun aksine, delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesinin istisnası olan hukuka aykırı delillerin "hepsinin" istisna olamayacağı yönündeki görüşün geçerliliğinin kalmadığı kanısındadır.

¹⁸⁷ Ünver ("Ceza Muhakemesinde İspat", s. 131-132), CMK m. 217/2'nin sadece ispat yargılaması açısından bir yasağa yer vermesini eksik ve hatalı bulmakta, hukuka aykırı delillerin ispat faaliyeti dışında da ceza muhakemesinde hiçbir şekilde kullanılamayacağına ilişkin bir düzenlemeye gidilmesi gerektiğini düşünmektedir. Koca ("Deliller", s. 225), CMK'nın hukuka aykırı delille suçun kanıtlanmasını yasaklayan 217/2 nci maddesinin tüm muhakeme işlemleri açısından geçerli bir "genel değerlendirme yasağı" niteliğinde olduğunu, kanunda bu maddenin yanı sıra bazı durumlara ilişkin delil elde etme ve değerlendirmeyi yasaklayan "özel değerlendirme yasağı" niteliğindeki hükümlerin (örneğin CMK m. 75/1; m. 76/1, 4; m. 101/3; m. 135/2, 7; m. 148/3, 4 gibi) bulunduğunu ifade etmektedir.

¹⁸⁸ Bu konudaki görüşlerimiz çalışmanın "Özel Kişilerce Elde Edilen Delillerin Hukuka Aykırılığı ve Kullanılabilirliği Sorunu" başlığı altında yer almaktadır.

Yargılama hukukunda Anayasada ve kanunda yer almayan bir istisnanın mahkeme kararları yoluyla kabul edilmesi, hukuk devletine ve onun alt unsuru olan kanunilik ilkesine aykırılık oluşturur. Dolayısıyla hukukumuzda delillerin, delil elde etmeye yönelen kanun normlarına aykırı olması, hukuka aykırı olduğunun kabulü için tek başına yeterli olacaktır. Yargı organına yasak delilleri değerlendirme konusunda herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Bu nedenle “*de lege lata*” yönüyle Türkiye’de delil değerlendirme sistemi açısından mutlak (kesin) ret yaklaşımının benimsendiğini ifade etmek mümkündür. Bunun haricinde eğer ceza yargıcının, bazı yargı kararlarında sadece “şekli aykırılık” olarak nitelendirilen muhakeme kurallarına aykırı biçimde elde edilen delilleri, suçlunun cezasız kalmaması ve kamu vicdanının tatmin olması adına hükme esas alabilmesi sağlanmak isteniyorsa, “*de lege ferenda*” açısından yasal değişikliğe gidilmesi kanımızca zorunlu gözükmektedir. Bunun için başta AY m. 38/6 olmak üzere, CMK m. 206 ve 217’de değişiklik yapılarak, Fransız hukukunda olduğu gibi, ceza mahkemesine “yasayla açık şekilde yasaklanmamış delillerin” değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda takdir yetkisi tanınabilir. Bu yönde bir takdir yetkisi tanınmaksızın resmi makamların usule aykırı biçimde elde ettikleri delillerin hükme esas alınması halinde, yargı organı, yasama tarafından açıkça tanınmayan bir yetkiyi kullanmış olacaktır. Bu halde “kuvvetler ayrılığı” ve “yasama yetkisinin devredilmezliği” prensiplerine uygun hareket edildiğinden söz edilemez.

Öğretide bir görüş, arama kararını örnek göstererek, hâkim tarafından usulüne uygun olarak alınan bir arama kararı üzerine şüphelinin konutunda sadece kolluk tarafından gerçekleştirilen bir aramada, arama tanıkları hazır bulunmaksızın elde edilen suç delillerinin, örneğin silah veya uyuşturucu maddelerin, sırf bu basit şekli aykırılık yüzünden yargılamada kullanılmamasının adalete aykırı sonuçlar doğuracağını ifade etmektedir¹⁸⁹. Oysa arama ve elkoyma tedbirlerinin CMK m.119 ve m.127’ye uygun yapılması¹⁹⁰; aynı şekilde bilgisayar programlarında, hafızalarında yapılacak

¹⁸⁹ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 499; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 374.

¹⁹⁰ Arama koruma tedbirinin hukuka uygun gerçekleştirildiğinden ve dolayısıyla elde edilen delillerin meşruiyetinden söz edilebilmesi için, aramanın aynı zamanda Adalet ve İçişleri Bakanlıkları tarafından Kanun’un uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin (Kabul Tarihi: 1.6.2005, RG Tarihi: 1.6.2005, RG No: 25832) ikinci bölümünde yer alan adli arama düzenlemelerine ilişkin koşulları karşılaması gerekir. Zira yönetmelik halen yürürlükte ve kanuna aykırı olmayan hükümleri iptal edilmedikçe bağlayıcıdır. Bununla birlikte öğretide *Hafizoğulları* söz konusu yönetmeliğin, Anayasa’nın

arama, kopyalama ve elkoyma tedbirinin de CMK m. 134'te gösterilen şekilde yerine getirilmesi gerekir. Aksi halde hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller gündeme gelecek ve bu deliller yargılamanın hiçbir aşamasında delil olarak değerlendirilemeyecektir¹⁹¹.

Kanımızca, CMK m. 119 gereğince aramada hazır bulunması gereken tanıklar hazır olmadan konutta yapılan bir aramanın¹⁹², salt şekli bir aykırılık olarak ele alınması, son derece sakıncalı sonuçlar doğurmaya müsaittir. Nitekim arama tanıkları yalnızca şüpheli veya sanığın haklarını korumak adına aranan kişiler olmayıp, bunları şartlayan düzenleme aynı zamanda dolaylı olarak devletin yetkili makamlarını da korumanın kapsamına almaktadır. Örneğin arama tanıkları olmaksızın konutta yapılan bir aramada ele geçirilen ruhsatsız silahların veya uyuşturucu ya da uyarıcı maddelerin polisler tarafından önceden eve yerleştirildiğini ileri süren bir şüphelinin bu iddiasını arama tanıkları hazır olmaksızın çürütmek zorlaşacaktır. Böyle bir durumda arama kararını yerine getiren polis memurları hakkında iftira suçundan dolayı şikâyetle bulunulması bile olanaklı hale gelecektir. Kaldı ki arama tanıklarının bulundurulması gerektiğine dair hüküm basit bir şekil koşulu olarak değerlendiriliyorsa, söz konusu basit şeklin maddi gerçeğin önüne geçmesinin ne ölçüde adil olacağı sorusunun yanı sıra, neden bir hukuk devletinin kendi koyduğu basit şekli kuralları dahi uygulamada tam anlamıyla yerine getiremediği sorusunun öncelikle yanıtlanması gerekmektedir.

Bununla birlikte “mutlak delil değerlendirme yasağı” ile “yasak delilin somut olayda hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla meşru yöntemlerle ele geçirilmesi” durumunu birbiriyle karıştırmamak gerekir. Aşağıda özel

düzenleyici işlem yapma yetkisi tanıyan hükümlerine aykırılık taşıdığını ve yok hükmünde olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüş ve gerekçeleri için bkz. Zeki Hafızoğulları, “24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan ‘Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’ Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Ankara, 2004, s. 13-26.

¹⁹¹ Ersan Şen, “Ceza Yargılaması Süreci”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 97, Ankara, Kasım-Aralık 2011, s. 270.

¹⁹² CMK m. 119/1'e göre, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, “konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda” arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Aynı maddenin 4. fıkrasında, Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın “konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde” arama yapabilmek için “o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin” bulundurulması gerektiği düzenlenmiştir. Öğretide konutta aramada yer alan bu kişilere “arama tanığı” veya “adli tanık” adı verilmektedir.

kişilerce elde edilen deliller bahsinde ele alınacağı üzere, hukuka aykırı delil, ister kamu makamlarınca isterse özel kişilerce elde edilmiş olsun, hükümde gözetilmesi mümkün olmayan delildir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedeninin varlığından yararlanan bir kimsenin yasak delili elde etmeye yönelik fiilinin hukuka aykırı kabul edilmemesi, Türk hukukunda açıkça benimsenen mutlak delil değerlendirme yasağının istisnası olarak görülmemelidir.

VII. YARGITAY'IN İÇTİHATLARI

Türk Yargıtayı hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda mutlak ret yaklaşımını çağrıştıran kararlar verdiği gibi, esnek yaklaşımı kabul ettiği sonucuna ulaştıracak kararlar da vermektedir. Bununla birlikte hukuka aykırı delillerin değerlendirilemeyeceği şeklindeki CMK m. 217/2'de geçen ilkeyi, uygulamada Yargıtay çoğunlukla Alman hukukunda benimsendiği şekliyle yorumlamaktadır. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağını kabul etmekle birlikte, Yargıtay'ın da öğretide olduğu gibi hukuka aykırı delil kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında görüş farklılığı içeren kararlarının bulunduğu söylenebilir. Yüksek Mahkeme hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağını yorumlarken her olayı kendi şartları içerisinde ele almakta, hukuka aykırılığın şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu noktasından hareket etmekte ve sanığın ihlal edilen bir hakkı olup olmadığına bakarak karar vermektedir¹⁹³.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, hukuka aykırılık kavramını ve delil değerlendirme yasağını yorumladığı bir uyuşmazlıkta, yasa dışılıktan daha geniş bir içeriğe sahip olan hukuka aykırılık kavramının çerçevesi ve kapsamı saptanırken, gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığının gözetilmesi ve aykırılığın varlığı halinde hukuka aykırılığın mevcudiyetinin kabul edilmesi gerektiği düşüncesinde olduğunu belirtmiştir¹⁹⁴. 4733 sayılı Kanun¹⁹⁵'ün 8/1. maddesine göre sahte rakı imalatı suçuna dair söz konusu uyuşmazlıkta şüphelinin işyeri olduğu iddia edilen yerde, sahte rakı imal edildiğinin ihbarı üzerine "hâkim kararı alınmaksızın" bir arama işlemi yapılmış ve yapılan aramada birinin yarısı diğerinin tamamı

¹⁹³ Eryılmaz, Ceza Muhakemesi, s. 661.

¹⁹⁴ YCGK, E: 2009/7-160, K: 2009/264, 17.11.2009.

¹⁹⁵ Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Kanun No: 4733, Kabul Tarihi: 3.1.2002, RG Tarihi: 9.1.2002, RG No: 24635.

dolu iki adet 750 litrelik varil içinde saf alkol, bir adet rakı ve votka şişelerinin kapaklarını sabitlemede kullanılan yaylı üç kollu elektrikli makine, kapakları düzeltmede kullanılan elektrikli ve motorlu makineler, varille bağlantılı şekilde musluklar ve bunlara bağlı hortumlarla birlikte birbirlerine aktarmada kullanılan motorlu makine, 12 adet 30 litre kapasiteli boş bidon, 1850 adet boş rakı şişesi tespit edilip zapt edilmiştir. Bununla birlikte düzenlenen tutanakta hâkim kararına dayanılmadan arama yapılmasının gerekçesi olarak gecikmede sakınca bulunduğuna ilişkin hiçbir belirlemeye yer verilmediği gibi, dosya içeriğine, gerçekleştirilen arama için hâkim kararı alınmasının gecikme yaratacağını ve bunun da sakınca doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de konulmamıştır. Yargıtay “sahte rakı kararı” olarak anılan bu kararında, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği söz konusu arama işleminin hukuka aykırı olduğu kanaatine ulaşmıştır¹⁹⁶. Ayrıca YCGK’ya göre, hukuk sistemimiz “hukukun genel ilkeleri” adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, söz konusu ilkelerin hukuken bağlayıcılığının bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla sanığın işyerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi kanıt ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmasında isabet bulunmadığına karar verilmiştir¹⁹⁷. Bu kararda Yargıtay’ın usulüne uygun hâkim kararı alınmış olsaydı yine aynı delillere ulaşılabilirdiği ihtimalinden hareket etmeyerek esnek yaklaşımdan uzaklaştığı söylenebilir.

Buna karşılık sanığın ikametgâhında on dört kolluk görevlisi ve sanığın katılımıyla arama yapıldıktan sonra bir adet uzun namlulu silahın, bu silaha ait şarjörler ve mermiler ile bir adet av tüfeğinin ele geçirilmesi olayında, Yargıtay, öğretide *Öztürk/Erden/Özbek*¹⁹⁸ tarafından savunulan “mutlak hak ihlali” ve “nispi hak ihlali” biçimindeki ayrıma ve “basit şekli aykırılıkların delillerin değerlendirilmemesi sonucunu doğurmaması” gerektiği görüşüne yer vermek suretiyle arama sonucu elde edilen silahları hukuka uygun delil olarak kabul etmiştir. Yargıtay kararının gerekçesinde özellikle dikkat çeken ifadeler şu şekildedir: “5271 sayılı CYY’nin 217. maddesinin 2. fıkrasında;

¹⁹⁶ YCGK, E: 2009/7-160, K: 2009/264, 17.11.2009.

¹⁹⁷ YCGK, E: 2009/7-160, K: 2009/264, 17.11.2009.

¹⁹⁸ Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

‘Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir’ şeklindeki hüküm uyarınca, arama sonucu elde edilen delilin hukuka uygun biçimde elde edilen delil niteliğinde bulunmadığı ileri sürülebilir ise de; usulüne göre alınmış bir arama kararı bulunan somut olayda, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itiraz vaki olmadığı gibi, arama işlemine ve arama yapılırken birtakım haklarının ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınma da bulunmamaktadır. Bu nedenle, sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı ve ele geçirilen delillerin ‘hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil’ olarak nitelenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir... Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle ‘hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil’ sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez”¹⁹⁹.

Yargıtay, hak ihlali doğurmayan basit şekli aykırılık ölçütünü uyguladığı ve öğretide “bornoz kararı” olarak adlandırılan bir başka kararında da sanıktan gelen yakınmanın bulunmadığı ve somut olayda hak ihlali doğmadığı gerekçeleriyle, elde edilen delili şekli açıdan hukuka aykırı ancak maddi açıdan hukuka uygun olarak nitelendirmiş ve bu delilin muhakemede dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir: “...Buna göre; somut olaydaki arama işlemi de işyerinde yapıldığına göre; arama sırasında; - hâkimin, - (veya) Cumhuriyet savcısının, - (veya) ihtiyar heyetinden iki kişinin, - (veya) iki komşunun, hazır bulundurulmasının şart olduğu; Oysa, dosyadaki uygulamaya bakıldığında; aramaya, iki adet polis memurunun, müşteki vekilinin ve sanığın katıldığı, bununla birlikte; yasanın bulunmalarını emrettiği yukarıdaki kişilerden hiçbirisinin katılmadığının görüldüğü, Öyleyse; varabileceğimiz ilk sonucun aramanın şeklen hukuka aykırı olduğu yönünde ortaya çıktığı, Bu durumda; arama hukuka aykırı ise; arama sonucunda elde edilen delillerin kullanılabilmesi mümkün müdür, sorusuna

¹⁹⁹ YCGK, E: 2011/8-278, K: 2012/96, 13.3.2012. Kunter/Yenisey/Nuhoglu (Ceza Muhakemesi Hukuku, No. 93.1, s. 1426) da “...basit kanuna aykırılıklarda, yani temel hakları ihlal etmeyen kanuna aykırılıklarda delilin etkilenmemesini, temel hakları ihlal eden kanuna aykırılıklarda ise, ilke olarak bu delilin hüküm verilirken kullanılmamasını, fakat ağır suçlarda istisnai olarak bunların da ‘sanık hakları teorisi’ çerçevesinde değerlendirme kapsamına alınmasını benimsiyoruz” ifadelerine yer vererek Yargıtay’ın ilgili kararının isabetli olduğunu düşünmektedir.

yanıt bulmak gerektiği, ... Metne ilk bakıldığında oluşan kanaatin, usule aykırı yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılmayacağı yönünde olduğu, Nitekim aynı konunun; Genel Kurulumuzun 29.11.2005 gün ve 144-150 sayılı kararında da tartışıldığı ve netice olarak <arama kararı alınmadan hukuka aykırı biçimde yapılan arama sonunda elde edilen delillerin Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamayacağına> karar verildiği, Ancak, olayımızın daha farklı olduğu, zira; somut olayda, usulüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın da vaki olmadığı, hatta, sanığın <arama sonucunda ele geçen bornozların, kendi işyerinden ele geçirildiğine ilişkin> açık ikrarının mevcut olduğu, daha da önemlisi, arama işlemine ve arama yapılırken birtakım haklarının ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın bulunmadığı, Hâl böyle iken; sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı, bir başka deyişle; sadece bu nedenle, ele geçen delillerin <hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil> olarak nitelenemeyeceği... ”²⁰⁰.

Yargıtay, uyuşturucu madde ticareti suçundan dolayı yapılan yargılamada, sanıklar hakkında teknik araçlarla izleme kararı alınmaksızın elde edilen görüntü ve ses kayıtlarını hukuka aykırı delil olarak kabul etmiştir²⁰¹. Keza bir başka kararda, sanıkların birbirleriyle yaptıkları telefon görüşmelerine ilişkin detay bilgileri, CMK'nın 135/1. ve 6. bentleri doğrultusunda alınmış bir iletişimin tespiti kararı olmaksızın temin edilmiş olduğundan bahisle yasal olmayan kanıtlar içerisinde değerlendirilmiştir²⁰². Dolayısıyla kural olarak ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinin kanuni şartlarının açıkça ihlali halinde Yüksek Mahkeme'nin bozma kararı verdiği görülmektedir. Örneğin gündüz vakti cadde üzerinde yürürken kolluk güçlerince durdurulan sanığın üzerinin ve elinde bulunan poşetin aranması için ortada makul şüpheyi gerektiren olgular ve buna bağlı olarak da arama kararı ya da emri verilebilmesinin koşulları bulunmadığı halde, sanık

²⁰⁰ YCGK, E: 2007/7-147, K: 2007/159, 26.6.2007. Yukarıda ifade edildiği üzere arama tanıklarının bulunmamasının sanık açısından herhangi bir hak ihlali doğurmadığı yönündeki gerekçenin isabetli olmaması bir yana, böyle bir ihlal ortaya çıkmaya bile “şekle aykırılığın hak ihlali doğurması zorunluluğu” biçiminde bir koşulun mevzuatta bulunmamasına rağmen yasadaki hükme ilaveten uygulamada aranmasını “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı”, “yasama yetkisinin devredilmezliği”, “hukuk devleti” ve “kuvvetler ayrılığı” prensiplerine uygun bulmamaktayız.

²⁰¹ Y.10.CD, E: 2012/17806, K: 2013/1225, 11.2.2013.

²⁰² YCGK, E: 2010/5-187, K: 2011/131, 21.6.2011.

hakkında yalnızca “çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu gerekçesiyle” hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu elde edilen deliller ile buna ilişkin düzenlenen tutanağa dayanılarak, hırsızlık ve 6136 sayılı Kanun²⁰³’a aykırılık suçlarından sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur²⁰⁴. Keza usul kurallarına aykırı hareket edilerek, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kimsenin ifadelerinin, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan hükme “belirleyici kanıt” olarak esas alınması da bozma nedenidir²⁰⁵. Aynı şekilde bir internet kafede çalışır durumdaki gizli kamera kullanılmak suretiyle ses veya görüntü kaydı gerçekleştirildiği durumlarda, hukuka aykırı olduğu saptanan bu gizli kamera çekimine ilişkin kayıtların delil olarak kullanılamayacağına hükmedilmiştir²⁰⁶. Sanığın konuşmalarının katılan tarafından gizli olarak kasete kaydedildiği olayda, ilgili kaset, hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmiş ve hükme esas alınmamıştır²⁰⁷. Buna karşılık bir başka kararda, telefon dinlemelerinin hâkim veya savcı kararına dayanmadan gerçekleştirilmesi, hukuka aykırılık incelemesinden uzak tutulmuştur²⁰⁸.

Yargıtay, bir kararında ise Anglo-Amerikan hukukunda ortaya atılan “iyiniyet teorisi” ile Alman hukukunda dikkate alınan “sanık hakları teorisi”ni birlikte kullanma yoluna gitmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, pazar yerinde üzerindeki esrarı saklamak biçiminde kuşku uyandıracak davranışlarda bulunan sanık hakkında emniyet amir vekili tarafından yazılı değil fakat sözlü olarak arama kararı verilmiş ve arama işlemi gerçekleştirilerek uyuşturucu maddeye ulaşılmıştır. Yargıtay söz konusu olayda, kolluk görevlilerinin, başlangıçtan itibaren elde ettikleri tüm bilgileri Cumhuriyet savcılığına

²⁰³ Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun, Kanun No: 6136, Kabul Tarihi: 10.7.1953, RG Tarihi: 15.7.1953, RG No: 8458.

²⁰⁴ Y.2.CD, E: 2012/29290, K: 2013/27219, 20.11.2013. Aksi yönde başka bir kararda, suç tarihinde görevli sulh ceza mahkemesi tarafından, somut şüphe sebepleri gösterilmeksizin, otuz gün süreyle önleme araması yapılmasına izin veren arama kararına istinaden gerçekleştirilen bir aramada ele geçirilen kaçak sigaraların, hukuka uygun olarak elde edilen delil olup olmadığının incelenmediği görülmektedir. Bkz. Y.7.CD, E: 2013/12864, K: 2014/8324, 14.4.2014. Buna karşılık aynı yıl içinde verilen daha yeni tarihli bir kararda ise, usulüne uygun adli arama emri veya kararı olmadan, delil elde etmek amacıyla olaydan sekiz gün önce verilmiş olan mevcut önleme araması kararı uyarınca yapılan arama işlemine dayanılarak elde edilen delillerin, usulüne uygun verilmiş bir arama kararı bulunmaması nedeniyle açıkça hukuka aykırı olduğu ve hükme esas alınamayacağı kabul edilmiştir. Bkz. YCGK, E: 2013/9-610, K: 2014/512, 25.11.2014.

²⁰⁵ YCGK, E: 1999/1-213, K: 1999/219, 28.9.1999.

²⁰⁶ Y.4.CD, E: 2007/11957, K: 2009/21077, 22.12.2009.

²⁰⁷ Y.8.CD, E: 2009/9930, K: 2009/13934, 9.11.2009.

²⁰⁸ Y.10.CD, E: 2012/8410, K: 2012/18470, 13.12.2012.

ulaştırıp arama konusunda hâkim kararı alınması için girişimde buldukları, bu suretle “hukuka uygun işlem yapma gayreti içinde oldukları” hususuna değinerek, sanık haklarının ihlalinin söz konusu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Delilin elde edilmesindeki her türlü hukuka aykırılığın, o delilin değerlendirme kapsamı dışında tutulması gerektiği biçiminde yorumlanamayacağı görüşüne yer verilen bu karara göre, delil değerlendirme yasağına yönelik hüküm, hukuk devleti ilkesinin diğer iki unsuru olan “adaleti” ve “hukuki güvenliği” gerçekleştirmeyi engellememelidir. Öztürk’ün basit hukuka aykırılıklar nedeniyle delillerin değerlendirme dışı tutulmasının haksız beraat kararları verilmesine ve yargılamanın kilitlenmesine neden olabileceği görüşünün²⁰⁹ referans alındığı kararda, bu nedenle hükmün uygulanmasında yargıcın takdir yetkisini kullanabilmesinin olanaklı olduğuna vurgu yapılmıştır. Aynı kararda, takdir yetkisinin gerekçesine yönelik olarak “*Yargıç, yasaklanmış deliller dışında, takdir yetkisini kullanıp değerlendirme yaparken, delil elde edilmesi faaliyeti sırasında ihlal edilen kurallar nedeniyle sanığın haklarının ihlal edilip edilmediğine bakmalı, sanığın haklarının ihlal edilmediği hallerde, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilleri yargılamada kullanabilmelidir. Sanığın haklarının ihlal edilmesi halinde ise, suçun topluma verdiği zarar ile devlet görevlilerinin sanığa ait hakları ihlal etmelerinden doğan kişisel ve toplumsal zarar karşılaştırılmalıdır. Sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yargılamada kullanılmalı, aksi takdirde değerlendirme dışı bırakılmalıdır*” ifadelerine yer verilmiştir²¹⁰. Kanuna aykırı arama sonucu sanığın ihlal edilen hakkı ile sanık tarafından ihlal edilen hak arasındaki menfaat çatışması kriterine yer verilen bir başka kararda, sahte ve kaçak parfümün insan sağlığına zararlı olması, yaşam hakkının ise diğer hakların üzerinde olması nedeniyle aramada ele geçirilen kaçak eşyanın delil olarak değerlendirilmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır²¹¹. Bununla birlikte 2015 tarihli bir kararında Yargıtay koruma tedbirlerinden herhangi birine ilişkin yasal şartların, kanunda ayrıca düzenlenen diğer bir koruma tedbiri hakkında uygulanamayacağını isabetli olarak kabul etmiştir. Konut veya işyerinde yapılacak arama ile bilgisayarda, bilgisayar kütüklerinde veya programlarında yapılacak aramanın usulî şartlarının farklılığından hareket edilen söz konusu kararda, sanık tarafından işletilen iki ayrı işyerinde arama yapılmasına karar

²⁰⁹ Öztürk, s. 44-45.

²¹⁰ YCGK, E: 2005/10-15, K: 2005/29, 15.3.2005.

²¹¹ Y.7.CD, E: 2013/5127, K: 2013/17549, 3.7.2009.

verilmesine ve fakat aynı işyerinde bulunan bilgisayarlar üzerinde arama yapılabilmesine olanak tanıyan bir arama kararı bulunmamasına rağmen, burada bulunan bilgisayarlar üzerinde de arama yapılması sonucunda elkonulan harddiskler ve CD'lerin hukuka aykırı delil niteliğinde olup hükme esas alınmayacağına hükmedilmiştir²¹². Bu tespit tahdîdî niteliği haiz bulunan koruma tedbirlerinde kanunilik ilkesinin ve kıyas yasağının mutlaklığının doğal bir sonucudur.

Yargıtay'ın tesadüf sonucu elde edilen delillerin hukuka uygunluğuna dair birbirinden farklı kararları bulunmaktadır. Örneğin Ceza Genel Kurulu, telefon görüşmeleri esnasında ulaşılan delillerin, kanuna aykırı delil niteliğinde olmayıp, CMK'nın 138/2. maddesi gereği tesadüfen elde edilen delil niteliği taşıdığını düşünmektedir. Karara konu olan uyumsuzluğun esasını teşkil eden olayda, iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma ile ilgisi olmayan ancak CMK'nın 135/6. maddesinde²¹³ sayılan (katalog) suçlar kapsamında kalan bir suçla ilgili kayıt alınmıştır. Karara göre, elde edilen bilgiler ihbar kabul edilerek soruşturma yapılabilecektir. Zira hâkim kararı ile kişinin özel alanına girildiğinden, haksız ve keyfî değil, yasaya uygun bir müdahale söz konusudur. Yasanın bu düzenlemesi karşısında, dinlenmesine karar verilen kişilerle sınırlı delil elde edilebileceği ve kullanılabilmesi düşüncesi kabul edilemez. Bir hâkim tarafından karar verildiği için dinleme tamamen yasal değildir. Resmî olarak kendisi dinlenmeyen bir kişinin söyledikleri, hatta bir suç itirafı delil olarak kullanılabilir. Önemli olan delil araştırmasındaki doğruluktur ve bunların kötüye kullanılmamasıdır. Kararı açıklamak için verilen örnek şöyledir: (A) resmî olarak dinlenmektedir. Aslında resmî olarak dinlenmek istenen (A) ile konuştuğu bilinen (Y)'dir. Sonuç olarak, hattı dinlenmeyen bir kişinin itirafının yer aldığı kayıtlar, soruşturmada yoklukla batıl olmayan bilgiler, yani "hukuka uygun delil" olarak kullanılabilir. Yasanın bu düzenlemesi karşısında, dinlenmesine karar verilen kişilerle sınırlı delil elde edilebileceği ve kullanılabilmesi düşüncesi kabul edilemez²¹⁴. Buna karşılık YCGK'nın bir başka kararında "*İletişimin tespiti kararı Av. Çağatay Ö.....'e ait cep telefonu için alınmış*

²¹² Y.19.CD, E: 2015/2092, K: 2015/1175, 6.5.2015.

²¹³ 6526 sayılı Kanun'un (Kabul Tarihi: 21.2.2014, RG Tarihi: 6.3.2014, RG No: 28933 - Mükerrer) 12. maddesi ile 6572 sayılı Kanun'un (Kabul Tarihi: 2.12.2014, RG Tarihi: 12.12.2014, RG No: 29203 - Mükerrer) 42. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra kanun koyucu yeni bir düzenleme yapıncaya kadar bu ifadeyi "CMK'nın 135/8. maddesi" olarak dikkate almak gerekir.

²¹⁴ YCGK, E: 2007/5-101, K: 2008/3, 22.1.2008.

olup, sanık Ömer G..... S.... hakkında verilmiş herhangi bir iletişimin dinlenmesi kararı bulunmamaktadır. Sanığa ait olan iletişimin tespiti tutanakları, tesadüfen elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Bu konuşmalarda tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı Yasa²¹⁵da herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, iletişimin tespitine ilişkin bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Kaldı ki, 5271 sayılı CMY'nın 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt üzerine, ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra durum C. savcısına bildirilmiş, sanık hakkında herhangi bir iletişimin tespiti kararı olmaksızın tespit yapılmış olduğundan, bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır” görüşlerine yer verilerek, olayda kişi özelinde tesadüfen elde edilen delillerin, hukuka aykırı delil niteliği taşıdığı kabul edilmiştir²¹⁶. Gerçekten delil vasıtalarına hangi kişiler hakkında karar verilmişse, ancak bu kişiler bakımından elde edilen deliller hukuka uygundur. İlk derece mahkemesince kanıt olarak kabul edilen konuşma tutanakları, haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasındaki konuşmalara ilişkin ise elde edilen deliller kullanılamayacaktır²¹⁷.

²¹⁵ Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (Mülga Kanun No: 5320/18), Kanun No: 4422, Kabul Tarihi: 30.7.1999, RG No: 23773, RG Tarihi: 1.8.1999.

²¹⁶ YCGK, E: 2007/5-23, K: 2007/167, 3.7.2007. Karara karşıoy kullanan ve elde edilen delillerin değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren üye A. S. Ertosun, ABD delil hukuku sistemine atıf yaparak, görüşlerini bu sistemin istisnalarından iyiniyet kriterine dayanmaktadır. Karşıoy gerekçesine göre “...Kanuna aykırılığın tanımı, değerlendirilmesi ve bağlanan hukuki sonuçlar yere, zamana ve hukuk sistemine göre farklılık göstermektedir. Bu konuda Delil Hukuku (Evidence Law) adı ile ceza muhakemesi hukukunda ayrı bir dal da oluşmuş ve özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde kendini göstermiştir. Anılan Ülkede ve Anglo-Amerikan Hukuk Sisteminde, mahkumiyet için makul şüphenin yenilmesi (beyond reasonable doubt) ilkesi ortaya konulmuştur. Eldeki deliller, suçun işlendiği yönündeki makul şüpheyi yeniyorsa, bu mahkumiyet kararı için yeterlidir. Burada dikkat edilmesi gereken, her türlü şüphenin değil, makul şüphenin yenilmesidir. Buna bağlı olarak hukuka aykırı olarak elde edilen delil, iyi niyetle elde edilmişse, hukuka aykırılığın giderilebileceği ve delilin yok hükmünde sayılamayacağına ilişkin iyi niyet ilkesi de (good faith principle) bulunmaktadır. İyi niyetle elde edilen deliller, ilgili mahkeme kararı veya onayı olmasa da yok sayılamayacak ve eldeki diğer delillerle birlikte değerlendirilecektir. Bu bağlamda, tesadüfen elde edilen deliller, hukuka aykırı ve yok hükmünde sayılamaz”.

²¹⁷ Aynı kararda ayrıca tesadüfen elde edilen konuşmaların, iletişimin denetlenmesi için yer verilen katalog suçlar dışında kalan bir suça yönelik olduğundan bahisle, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliği taşıdığından da söz edilmektedir. Bkz. YCGK, E: 2006/4-122, K: 2006/162, 13.6.2006. Kararı isabetli bulmayan kurul üyesi O. Koçak, “...Uluslararası

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tesadüfen elde edilen deliller konusunda 2014 yılında verdiği ve “dinlemelerin alanının genişlediği” yönünde basında ve kamuoyunda önemli ölçüde yankı uyandıran kararında Adana 8. Ağır Ceza Mahkemesi’nin kararını yerinde bularak 10. Ceza Dairesi’nin kararını bozma yoluna gitmiştir. YCGK ile 10. Daire’nin farklı kararlar almasına neden olan olay özetle şu şekilde gelişmiştir: Adana 8. Ağır Ceza Mahkemesi, uyuşturucu ticareti suçundan dolayı iletişimin denetlenmesi kararı verdiği sekiz sanığı, iletişimin denetlenmesi tedbirinde açıkça yer verilmeyen örgüt kurma ve örgüte üye olma suçundan dolayı mahkûm etmiştir. Yargıtay 10. Ceza Dairesi, ilk derece mahkemesinin kararını, CMK’nın 135. maddesindeki usule uyulmadığı gerekçesiyle bozmuştur. Daire kararına göre, iletişimin denetlenmesi tedbiri açısından hangi suç için delil elde etme vasıtalarına başvurulmuşsa, bu vasıtalar sonucu elde edilen deliller, münhasıran o suçla ilişkin yargılamada kullanılabilir. Dolayısıyla sanıklar hakkında “uyuşturucu madde ticareti yapma” suçu nedeniyle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararı alınmışsa, bu karara dayanılarak dinlenen telefon görüşmeleri ancak uyuşturucu madde ticareti yapma suçu yönünden delil olarak kullanılabilir. “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” veya “suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma” suçları yönünden sarih bir dinleme kararı bulunmadığından, sözü edilen telefon konuşmaları, bu suçlarda delil olarak kullanılmaz. Aksi halde elde edilen delilin hukuka aykırılığından söz edilir²¹⁸. Fakat 10. Ceza Dairesi’nin bu kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet

uygulamalardan da birkaç örnek vermek gerekirse; Amerika, LEON davasında aranan uyuşturucunun arama izni verilen yerin dışında bulunması halinde yargılamada delil olarak kullanılabileceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre polis uyuşturucunun elde edildiği yere ilişkin arama izni istemiş olsaydı, mahkeme bu izni verecekti. O halde uyuşturucunun bulunduğu yer arama izni kapsamındadır. The Good Faith ‘iyi niyet istisnası’ görüldüğü gibi mahkeme yarar dengesine bakmaktadır. Alman hukukunda elde edilen deliller çok gizli ve özel hayat alanına ilişkinse delil olarak kullanılmaz. Ancak normal gizli hayata ilişkin ise devletin cezalandırmadaki menfaati ile sanığın kişiliğinin korunmasına ilişkin menfaat arasındaki dengeye bakılacaktır. İşlenen suç ağır ise delil olarak kullanılacaktır. Burada da yarar dengesine bakılmaktadır. Bu konuda çarpıcı bir örnek vermek istiyorum. A şahsı için dinleme izni alınmış telefonda A’nın yakını olan B şahsı bir yakınına cinayet itirafında bulunarak cesedin yerini de söyledi. O yerde ceset bulundu. Bu deliller karşısında sanık da suçunu itiraf etti. Bu durumda sanık telefon dinleme tespiti sonucuna göre suçunu itiraf etti. Şimdi biz telefon dinleme yasal değil, o delil sonucu suçunu itiraf etmiştir diye tüm delilleri yok sayarak sanığı beraat mi ettireceğiz. Sonuç olarak; yasak delil de uluslararası hukukun dikkate aldığı ‘Yarar Dengesi’ni biz de Anayasa’nın 90/son fıkrası gereği gözetip, sanık hakları olduğu kadar mağdur hakları olduğunu da düşünerek usulü esasa tercih edip, o da bir insan olan mağdurun haklarını ihlal etmemeliyiz” görüşü ile karşı oy kullanmıştır.

²¹⁸ Y.10.CD, E: 2012/22375, K: 2013/1077, 31.1.2013.

Başsavcılığı'nın yaptığı itiraz sonucunda Ceza Genel Kurulu, mutlak ve nispi hak ayrımı yaparak yeniden esnek yaklaşımı dikkate almak suretiyle olağanüstü itirazın kabulüne ve Daire kararının bozulmasına karar vermiştir. YCGK, elde edilen delilin kullanılabilmesine dair kararını, “nitelik değiştirmesi mümkün bulunan suçlar” yönünden de elde edilen delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilen delil olarak kabulü ile hükme esas alınmasının olanaklı olduğu düşüncesine dayandırmıştır. Genel Kurul, ayrıca mutlak delil değerlendirme yasağının kabulünün, ceza yargılamasında adalet ve hakkaniyet ilkelerini zedeleyeceği kanaatindedir. Bu nedenle hükümde, adil yargılanma ilkesine ve sanığın temel haklarına aykırı olmamak kaydıyla, usulsüz ulaşılan delillerin de yargılamada değerlendirilebileceği kanaatine varılmıştır²¹⁹.

²¹⁹ Kararın gerekçesinin önemli olduğunu düşündüğümüz bir bölümünde, CMK m. 217'nin gerekçesine ve doktrinde bazı yazarlara atıfla şu görüşlere yer verilmiştir: “5271 sayılı CMK'nun 217. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin gerekçede; ‘Maddenin son fıkrası, usul hukuku yönünden olağanüstü önem taşıyan ve adil yargılama ile bağlantılı bir ilkeyi belirtmektedir. İlke, delilin doğruluğunu, haklılığını hakkaniyete uygunluğunu sağlamak amacını gütmektedir. Böylece ister soruşturma ister kovuşturma evrelerinde olsun, hukuka aykırı olarak, örneğin, işkence, narko analiz, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne saldırılar yolu ile elde edilmiş deliller hükme esas alınmayacaktır’ denilerek, delilin hükme esas alınmasına engel oluşturan hukuka aykırılıkların ‘sanığın temel haklarını’ ihlal eden aykırılıklar olduğu belirtilmiştir. Basit şekle aykırılıklar da dahil olmak üzere hukuka uygun şekilde elde edilmeyen her türlü delilin hükme esas alınmaması gerektiği yönünde öğretide bir kısım yazarların görüşleri olmakla birlikte, bazı yazarlar da bu hususta; ‘Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller’ kavramındaki ‘hukuka aykırılık’, sanığın temel haklarını ihlal eden bir hukuka aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Muhakemenin sonunda, yapılan işlemler bir bütün olarak değerlendirilmeli ve muhakeme neticesinde, hukuka uygun veya aykırı yöntemlerle elde edilen deliller kullanılarak verilen hüküm, Anayasanın 36 ncı maddesinde gösterildiği biçimde ‘adil’ ise, bir delil hukuka aykırı bir yöntemle elde edilmiş olsa dahi kullanılabilir’ (Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onaltıncı Baskı, Beta Yayınevi, 2007 yılı, s. 1080), ‘Hak ihlali kriterlerine yer vermeyen böyle bir değerlendirme, herhangi bir hak ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını gerektireceğinden uzun vadede son derece ağır sonuçların doğmasına yol açabilir. Burada her şekli aykırılık aynı zamanda hak ihlaline de yol açar gibi toptancı bir iddianın ileri sürülmesi mümkündür; ancak, böyle bir iddianın gerçeklerle alakası bulunmamaktadır. Gündüz yapılması gereken arama gece yapılmışsa, bundan başka hiçbir hukuka aykırılık söz konusu değilse, burada hangi hak ihlal edilmiştir? Hiçbir hak ihlal edilmemiştir. Sadece şekli bir aykırılık söz konusudur.’ (B.Ö., D. T., M. R. E., Ö. S., Y. F.S., E. A. Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 376) şeklinde görüş bildirmişlerdir” (YCGK, E: 2013/10-468, K: 2014/268, 20.5.2014). Mevzu hukuk karşısında basit şekle aykırılık ve hak ihlali doğurmama ölçütlerine yönelik eleştirilerimizi daha önce ifade etmiştik. Ancak bu karar özelinde ayrıca YCGK'nın, CMK m. 217/2'nin

Görüldüğü gibi Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları birlikte değerlendirildiğinde, hukuka aykırı delillerin hangi yaklaşım doğrultusunda kabul veya reddedileceğine ilişkin kesin bir ölçüt kullanıldığını söylemek güçtür. Bununla birlikte, öğretide ileri sürüldüğü üzere, Yüksek Mahkeme tarafından şüphelinin veya sanığın önemli ve esasa ilişkin bir temel hakkının zedelenmesi sonucunu doğuran hukuka aykırılıkların hükme esas alınmadığı²²⁰; bunun dışında kalan ve şekle ilişkin olduğu düşünülen kanuna aykırılıkların ise hukuka aykırılığa yol açmadığı gerekçesiyle yerel mahkemelerce delillerin değerlendirilmesinde kullanılmasına ve hükme esas alınmasına müsaade edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme'nin özellikle yakın tarihli içtihatlarında “hak ihlali” ve “basit şekle aykırılık” kıstaslarından yola çıkarak çoğunlukla “nispi delil değerlendirme yaklaşımı”nı kabul ettiği ve bu tutumun giderek bir yerleşik içtihadı dönüştüğü fark edilmektedir.

VIII. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)²²¹, hukuka aykırı deliller sorununu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS)²²² 6. maddesinde yer

gerekçesine atıfla, delilin hükme esas alınmasına engel olan hukuka aykırılıkların, “sanığın temel haklarını ihlal eden hukuka aykırılıklar olduğu” yönündeki çıkarımını iki nedenle isabetli bulmamaktayız. Bir kere, ilgili madde, gerekçede de belirtildiği üzere, sanığın temel haklarının zedelenmemesini amaçlamak için değil, bundan daha kapsamlı biçimde AY m. 38 doğrultusunda bizzat “delilin doğruluğunu, adillliğini ve hakkaniyete uygunluğunu sağlamak amacıyla” hukuk sistemimize girmiştir. İkinci olarak, madde gerekçesinde yer verilen yasaya aykırı delil elde etme vasıtalarının bir yandan “baskı” ve “saldırıları” gibi araçlarla maddi ve manevi olarak geniş kapsamlı tutulması, öte yandan kanun koyucunun bu yasak araçları sıralamaya “örneğin” sözcüğüyle başlayarak hukuka aykırı delillerin mutlaka sınırlı vasıtalarla elde edilmek zorunda olmadığını kabul etmesi, hem kanunda hem de gerekçesinde “temel hakları zedeleyen veya zedelemeyen delil” ayrımının esas alınmadığını göstermektedir.

²²⁰ Eryılmaz, Ceza Muhakemesi, s. 665.

²²¹ AİHM, İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) ile kurulmuş ve adı geçen Sözleşme'nin 2. bölümünde düzenlenmiştir. AİHS'nin “Mahkemenin kuruluşu” başlıklı 19. maddesinde, AİHM'nin kuruluş amacının, Sözleşme ve Protokolleri gereği yüksek âkit taraflara yüklenen taahhütlere uyulmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir. Bkz. Council of Europe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. ve 14. Protokoller ile Değiştirilen Metin*, Avrupa Antlaşmaları Serisi No: 5, s. 15. Çalışmada “Mahkeme” olarak da anılacaktır.

²²² AİHS, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin Dışişleri Bakanları tarafından, Strazburg'da, 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'yi, 10.3.1954 tarihli ve 6366 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile onaylayarak iç hukukta yürürlüğe koymuştur. Bkz. *“İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma*

alan “adil yargılanma hakkı” ve 8. maddesinde yer alan “özel hayat ve aile hayatına saygı” ekseninde değerlendirmektedir²²³. Nitekim bir ceza muhakemesi kurallar bütünü olmamasının ve yalnız klasik haklara yer veren bir insan hakları enstrümanı olmasının doğal sonucu olarak, Sözleşme’de, hukuka aykırı delillerin kullanılıp kullanılmayacağına dair açık bir hüküm sevk edilmiş değildir²²⁴. Bundan dolayı AİHM, önüne gelen başvurularda Sözleşme’nin 6. maddesine aykırılık bulunup bulunmadığı ile sınırlı bir inceleme yapmakta ve hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerin yargılamanın bütünü üzerindeki etkisini incelemektedir²²⁵. Buna karşılık Mahkeme, delillerin ne şekilde elde edildiği hususunda bir incelemeye girişmeksizin, delillerin kabul edilebilir olup olmadığı değerlendirmesini, ulusal mahkemelerin yetki alanı içerisinde görmektedir. Dolayısıyla Mahkeme’nin tutumu, hukuka aykırı delillerin iç hukukta adil yargılamayı zedeleyip zedelediğinin denetlenmesi ile sınırlı kalmaktadır.

Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun”, RG Tarihi: 19.3.1954, RG No: 8662, Düstur: 3, Cilt: 35, s. 8690 vd. Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>. Çalışmada “Sözleşme” olarak da anılacaktır.

²²³ Sözleşme’nin AİHM kararlarında temel alınan 6/3. maddesi uyarınca, bir suç ile itham edilen herkes, “a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek” haklarına sahiptir. AİHM’nin delilleri ilgilendiren bir diğer hükmü olan 8. maddede ise herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu vurgulandıktan sonra; bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesinin, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir niteliği taşıması durumunda söz konusu olabileceğinden söz edilmiştir.

²²⁴ Değirmenci, s. 418; Şenol, s. 187-188, dn. 900.

²²⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 94.5, s. 1480; Soyaslan, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, s. 22-23; Eryılmaz, Ceza Muhakemesi, s. 665; Akyürek, s. 69. Bu yaklaşımın, Mahkeme açısından, genel bir mutlak değerlendirme yasağının benimsenmesi ihtimalini ortadan kaldırdığı düşünülmektedir. Bkz. Şenol, s. 193.

AİHM, 1988 tarihli *Schenk v. İsviçre*²²⁶ kararında, Sözleşme'nin, 6. maddesinde “*adil yargılanma hakkını*” güvence altına almakla birlikte, delillerin kabul edilebilirliğini düzenlemediğini ve bunun yerel mahkemelerin görevi olduğunu ifade etmiş (par. 46) ve somut olayda başvuru hakkının da ihlal edilmediği gerekçesiyle, 6. madde yönünden ihlalin bulunmadığına karar vermiştir (par. 47-49)²²⁷. Aynı şekilde Mahkeme'nin 2000 tarihli *Khan v. Birleşik Krallık*²²⁸ davasında da yerel polisin uyguladığı gizli dinleme önleminin, “*yasa ile öngörülmüş olma*” koşulunu içermemesi nedeniyle, Sözleşme'nin özel hayata saygı hakkını koruyan 8. maddesini ihlal ettiğine karar verilmiş (par. 27-28); fakat bu yolla elde edilen delilin kullanılması açısından, genel olarak bütün yargılama sürecinin adil olması gerektiği ifade edilerek, bu yönde bir ihlal bulunmadığı gerekçesi ile 6. maddeye yönelik başvuru reddedilmiştir (par. 38-40)²²⁹. *P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık*²³⁰ davasında, teknik araçla izleme kararının, iç hukukta tüzük gereği yazılı olarak alınması gerekirken, kolluk amiri tarafından sözlü olarak alınması, birkaç gün sonra kararın geçmişe etkili şekilde yazılı hale getirilmesi ve tedbir sonucu elde edilen delillerin yargılamada kullanılması, AİHM tarafından, yargılamanın bütününe etkilemediği gerekçesiyle adil yargılanma hakkına aykırı görülmemiştir²³¹.

²²⁶ Bkz. European Court of Human Rights, “*Case of Schenk v. Switzerland*”, App. No: 10862/84, Strasbourg, 12 July 1988, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57572#{%22itemid%22:\[%22001-57572%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57572#{%22itemid%22:[%22001-57572%22]}).

²²⁷ Akyürek, s. 69; Soyaslan, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, s. 23; Şahbaz, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, s. 113.

²²⁸ Bkz. European Court of Human Rights, “*Case of Khan v. The United Kingdom*”, App. No: 35394/97, Strasbourg, 12 May 2000, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58841#{%22itemid%22:\[%22001-58841%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58841#{%22itemid%22:[%22001-58841%22]}).

²²⁹ Akyürek, s. 69; Soyaslan, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, s. 24; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 658-659; Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 683; Değirmenci, s. 418. Buna karşılık *Klass ve diğerleri v. Almanya* davası (6.9.1987, A 28, par. 41) ile *Malone v. İngiltere* davasında (2.8.1984, A 84, par. 64), telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kayda alınması ile posta gönderilerinin açılması ve okunması işlemleri, haberleşmenin gizliliğini ihlal ve özel hayata müdahale olarak değerlendirilmiştir. Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 335.

²³⁰ Bkz. European Court of Human Rights, “*Case of P.G. and J.H. v. The United Kingdom*”, App. No: 44787/98, Strasbourg, 25 September 2001, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59665#{%22itemid%22:\[%22001-59665%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59665#{%22itemid%22:[%22001-59665%22]}).

²³¹ Karar metni için bkz. Centel/Zafer, Pratik Çalışma, s. 654-655.

*Gäfgen v. Almanya*²³² davasında, AİHM, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığına karar verilirken, savunma haklarına saygı gösterilmiş olup olmadığına da göz önünde tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Özellikle başvuruçuya, delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği incelenmelidir. Buna ek olarak, delillerin kalitesi ile birlikte delillerin elde edildiği koşullar ve bu koşulların delillerin gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde kuşku doğurup doğurmadığı da dikkate alınmalıdır. Ayrıca Mahkeme, söz konusu delillerin davanın sonucu üzerinde belirleyici olup olmadığı konusuna da önem vermektedir. Buna göre Sözleşme'nin 3. maddesi²³³'nin ihlali suretiyle elde edilen delilin ceza davasında kullanılması konusunda farklı bir düşünce devreye girmektedir. Sözleşme'de güvence altına alınan mutlak nitelikte çekirdek haklardan birinin ihlali sonucu elde edilen bu tür bir delilin kabulü, mahkûmiyet üzerinde belirleyici olmasa bile yargılamanın adilliği üzerinde ciddi sorunlar doğuracaktır. Dolayısıyla ikrarlar konusunda işkence veya Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı diğer kötü muameleler sonucu elde edilmiş ifadelerin, maddi olayları kanıtlamak üzere ceza davasında delil olarak kabulünün, yargılamayı bir bütün olarak adil olmayan bir duruma getirdiği hallerde, elde edilen delillerin muhakemede kullanılmaması gerekir²³⁴.

Adamkiewicz v. Polonya davasında ise Mahkeme, susma ve kendini suçlandırmama hakkı ihlal edilmek suretiyle elde edilen bir delilin kullanılması konusunda, sözü edilen hakların adil yargılama kavramının

²³² Kararın ayrıntılı analizi için bkz. Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 111, Ankara, Mart-Nisan 2014, s. 325 vd. Ayrıca bkz. Şenol, s. 228 vd.

²³³ AİHS'nin 3. maddesinde “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz” ifadelerine yer verilerek “işkence yasağı” mutlak çekirdek haklar içerisinde düzenlenmiştir.

²³⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Gäfgen v. Almanya Davası*”, Çev: Osman Doğru, B. No: 22978/05, Strazburg, 1 Haziran 2010, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/aihm_kararlari/1_GAFGEN-ALMANYA.pdf. Bununla birlikte 3. maddedeki işkence yasağının ihlal edildiğine karar verilen söz konusu başvuruda; somut olayın özellikleri dikkate alınarak, başvuruçusu Magnus Gäfgen'den işkence sonucu elde edilen itirafların değil, mahkeme önünde hür iradeye dayanan beyanların iç hukuktaki mahkûmiyet kararına dayanak alındığı gerekçesiyle, 6. maddedeki adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmedilmiştir. Mahkeme'ye göre, işkence sonucu elde edilen beyan delili, sanığın iradesi doğrultusunda verdiği sonraki ifadesi ile nedensellik ilişkisi içinde değildir. Şenol (s. 229), bu kararla AİHM'nin, Amerikan hukukundaki “hukuka aykırılık bağının zayıflaması” istisnasına benzer bir içtihat geliştirdiğini düşünmektedir. Kararın eleştirisi için bkz. Şen, Yorumluyorum, s. 152.

merkezinde yer alan, yaygın olarak tanınmış uluslararası normlar olduğunu hatırlatmaktadır²³⁵. Sanık çoğunlukla yargılamanın soruşturma aşamasında özellikle korunmasız bir durumda bulunmaktadır ve bu korunmasızlık, ceza muhakemesine ilişkin mevzuatın, özellikle de delillerin toplanması ve kullanılmasıyla ilgili kuralların giderek daha karmaşık hale gelmesiyle artmaktadır. Bu nedenle bir ceza yargılamasının adilliği, genel olarak şüphelinin/sanığın yakalandığı veya tutulduğu andan itibaren bir avukat yardımından yararlandırılma imkânına sahip olmasını gerektirir. Dolayısıyla *Adamkiewicz v. Polonya* davasında, delillerin toplandığı soruşturma evresinde, başvurucuya bir avukat tarafından uygun desteğin sağlanmamış olması ve mahkemeler tarafından başvurucunun soruşturma sırasında elde edilen ifadelerinin tek başına delil olarak kullanılması, AİHM tarafından, AİHS'nin 6. maddesine aykırı görülmüştür²³⁶.

AİHM'nin Türkiye hakkında vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi noktasında benimsediği tutumu devam ettirdiği söylenebilir. Örneğin *Desde v. Türkiye* davasında başvuran, ifadelerinin baskı altında alındığını ve gözaltında tutulduğu süreçte avukatı ile görüşürülmediğini, bu şekilde alınan ifadelerin ise adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHM, kararında, AİHS'nin koruması altında bulunan ihlal edilmiş haklara ve özgürlüklere sahip olmadıkları sürece, ulusal bir mahkemenin olaylara ya da hukuka ilişkin yaptığı hatalara bakmanın kendi görev alanı dışında kaldığını belirterek; 6. maddenin, adil yargılanma hakkını güvence altına aldığını ancak öncelikli olarak iç hukuk bağlamında düzenlenmesi gereken bir konu olan “delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kurallar” a yer vermediğini ifade etmiştir. Bu nedenle prensip gereği belirli delil türlerinin - örneğin iç hukuk açısından kanuna aykırı olarak elden edilen delillerin – kabul edilebilir olup olmadığına ya da başvuranın suçlu olup olmadığına karar vermek AİHM'nin görevi değildir. Bununla birlikte AİHM'ye göre cevaplanması gereken soru, delillerin toplanma şekli de dâhil olmak üzere, yargılamanın bütün olarak adil olup olmadığıdır. Bütün olarak adil olma ise söz konusu “kanuna aykırılık” durumunun incelenmesini ve AİHS bağlamındaki bir başka hakkın daha ihlal edilmesi halinde tespit edilen

²³⁵ Susma hakkı ve kendi kendini suçlamaya zorlama yasağı gerekçesiyle *Funke v. Fransa* davasında (25.2.1993, A 256-a, par. 43), varlığı yalnızca tahmin edilen delillerin elde edilmesi için sanığın zorlanması ve bu yöndeki isteği yerine getirmemesi nedeniyle cezalandırılması, AİHS m. 6/1'in ihlali olarak görülmüştür. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 294.

²³⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Adamkiewicz v. Polonya Davası*”, Çev: Hülya Dinçer, B. No: 54729/00, Strazburg, 2 Mart 2010, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/aihm_kararlari/13ADAMKIEWICZ-POLONYA.pdf.

ihlalin niteliğini içermektedir. Bu kapsamda AİHM, söz konusu uyuşmazlıkta, başvuranın duruşmada ve takip eden temyiz aşamasında aleyhindeki delillere itiraz etme fırsatı olduğu halde, kuşkulu delillerin dava dosyasına dâhil edilmesinin ve polis tarafından gözaltında tutulduğu süreçte başvuranın adli yardım alamamasının “savunma haklarını telafi edilemez şekilde etkilediği” gerekçesiyle, AİHS’nin 6/3 (a) maddesinin 6/1 maddesi ile birlikte ihlal edildiği sonucuna varmıştır²³⁷. Aynı şekilde AİHM’nin *Söylemez v. Türkiye* davasında gösterdiği gerekçeler uyarınca, ceza yargılamalarında işkence yasağını düzenleyen AİHS m. 3 ihlal edilerek ele geçirilen delillerin kullanılması, “bu tür delillerin kabul edilebilirliği mahkûmiyete karar vermede belirleyici olmasa dahi” yargılamanın adillliğini ihlal edebilmekte ve taraf devletin Sözleşme’yi ihlal ettiği anlamına gelebilmektedir²³⁸.

Yukarıdaki kararlardan hareketle, AİHM’nin kanuna aykırı delillerin değerlendirilmesi konusundaki yaklaşımının sınırları, şüpheli veya sanığın Sözleşme’de düzenlenen temel hak ve hürriyetlerine aykırılık oluşturup oluşturmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Özellikle “savunma hakkının kısıtlanması” ve “işkence ya da kötü muamele teşkil eden eylemlerin gerçekleştirilmesi” durumlarında, elde edilen delile bağlı olarak mahkûmiyet hükmünün kurulması, adil yargılanma hakkına aykırılık kapsamında değerlendirilmektedir.

IX. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN TUTUMU

Anayasa Mahkemesi (AYM), hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde hükme esas alınıp alınamayacağına ilişkin sorunun ilk elden muhatabı değildir. Bununla birlikte AYM, bir yandan ceza mahkemesi olarak görev yaptığı Yüce Divan yargılamalarında esas aldığı tavır, diğer yandan henüz yeni bir yol/yöntem olmakla birlikte ceza mahkemelerinin kararlarının anayasal güvenceye bağlanmış temel hak ve hürriyetleri zedeleyip zedelediğini incelediği bireysel başvurularda sergilediği tutum itibarıyla, hukuka aykırı delillerle ilgili olarak “ikincil başvuru kaynağı” niteliğine bürünmektedir. Bu nedenle AYM’nin hukuka aykırı deliller konusundaki yaklaşımını, Yüce Divan yargılaması ve bireysel başvuru incelemesi olmak üzere ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır.

²³⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Desde v. Türkiye Davası*”, B. No: 23909/03, Strazburg, 1 Şubat 2011.

²³⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Söylemez v. Türkiye Davası*”, B. No: 46661/99, Strazburg, 21 Eylül 2006.

Anayasa Mahkemesi, adalet müfettişlerinin, Yargıtay üyeleri ile hâkim ve savcı olmayan kişiler hakkında soruşturma yapamayacaklarını, iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme kararı talep etme veya resen karar verme yetkisi kullanamayacaklarını kabul ettiği; buna mukabil somut olayda adalet müfettişinin bu kurallara uymadan yetkisiz olarak topladığı delillerin hukuka aykırı olduğunun sanık ve müdafilerce ileri sürüldüğü bir Yüce Divan yargılamasında, Adalet Başmüfettişinin “yetkisi olmadığı halde savunmada ileri sürülen koruma tedbirlerine başvurduğuna” kanaat getirmiştir. Yüce Divan, söz konusu delillerin hukuka aykırı olduğuna karar vererek bu delilleri yargılamada dikkate almamış, bunları dışarıda bırakarak dava dosyasında kalan diğer delillerden hareketle hüküm kurmuştur. Böylece kanaatimizce, AYM'nin, yukarıda ana hatlarıyla değinilen söz konusu muhakeme özelinde, koruma tedbirlerindeki usule ilişkin aykırılıkların esasa etki edeceği karinesiyle -temel hakların ihlali kaydına bağlı kalmaksızın- “mutlak delil değerlendirme yasağı” yaklaşımını benimsediği görülmektedir²³⁹.

²³⁹ “Burada öncelikle Adalet Başmüfettişi'nin yasal yetkisi olmadan hukuka aykırı olarak talepte bulunarak aldığı mahkeme kararlarına ve gecikmesinde sakınca bulunduğu belirtilerek resen verdiği kararlara dayanılarak uygulanan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması sonucu elde edilen delillerin hükme esas alınmamasının belirlenmesi, hükme esas alınmayacak deliller bulunmakta ise bunlar dışarıda bırakıldıktan sonra kalan deliller dikkate alınarak sanıkların hukuki durumlarının tayin edilmesi gerekmektedir. Ceza yargılamasının temel amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Çağdaş hukuk sistemlerinde, hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında hükme esas alınıp alınmayacağı hususunda iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki kamu yararı ile kişinin hukuka aykırı olarak delil toplanması sırasında ihlal edilen hakkının dengelenmesi, kamu yararının ağır basması halinde hukuka aykırı olarak toplanmış olan delillerin hükme esas alınması, aksi halde bunların hükme esas alınmaması gerekir. İkinci görüşe göre ise delillerin hukuka aykırı olarak toplanması sırasında kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilip edilmediği, maddi gerçeğin araştırılmasındaki kamu yararının ağırlığı dikkate alınmaksızın elde edilen hukuka aykırı deliller hükme esas alınmamalıdır. Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında, ‘Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak değerlendirilemez’; 5271 sayılı Kanun'un 217. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, ‘Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir’ denilmiştir. Aynı Kanun'un 206. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, ortaya konulması istenilen bir delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması halinde reddolunacağı; 230. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtileceği, bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterileceği kurala bağlanmıştır. Söz konusu kurallar dikkate alındığında, hukukumuzda toplanmaları sırasında kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılması yasaklanarak ikinci görüşün benimsendiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte doktrinde ve kimi Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında belirtildiği üzere, delillerin toplanması için yapılan işlemlerin geçerliliğini etkilemeyen şekilde ilişkin

AYM'nin hukuka aykırı deliller konusundaki kesin ret yaklaşımının, 2010 yılında AY m. 148'e eklenerek mahkemenin görevleri arasına giren bireysel başvurular döneminde de devam ettiğini kesin olarak söylemek güçtür. Çünkü AYM, söz konusu başvurularda, Yüce Divan muhakemesinden farklı olarak, cezai uyuşmazlığı ilk elden inceleyen bir yargı merci olmayıp, incelenen ve hükme bağlanan mevcut dava dosyasındaki hak ihlali iddialarının sonuçlanması ile sınırlı bir görev ifa etmektedir. Dolayısıyla bir başvuru, hukuka aykırı delile dayanılarak aleyhinde hüküm kurulduğu ve bu nedenle Anayasa korumasındaki haklarının zedelendiği iddiasında ise, AYM'nin, ilki şekle dair, ikincisi esasa ilişkin olmak üzere yapacağı "iki dereceli inceleme" ile muhatap olacağı söylenebilir.

Her şeyden önce başvurunun usule ilişkin incelemesinde, Mahkeme'ye bireysel başvuru yapılabilmesinin şartlarından biri olan "başvuru yollarının tüketilmiş olması" koşulu, başvuru, delillerin hukuka aykırılığını ilk kez AYM önünde ileri sürmesi yasağının dayanağını oluşturmaktadır. Böylece ilk derece ve üst derece ceza mahkemeleri önünde ileri sürülmeyen "hukuka aykırı delil iddiası" ilk kez bireysel başvuruda ileri sürülemeyecektir. Nitekim olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler huzurunda dayanılmayan iddiaların bireysel başvurunun konusu olamayacağı, keza genel mahkemelere sunulmayan bilgi ve belgelerin de AYM'ye sunulamayacağı kabul edilmektedir²⁴⁰.

Aynı nedenle henüz ilk derece mahkemesinde yargılanmakta olan veya hâlihazırda istinaf yahut temyiz incelemesinde bulunan bir dava dayanak gösterilerek, bireysel başvuruda, usulsüz delil iddiasında bulunulama-

basit usul hatalarının bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir. Yüce Divan yargılamasına konu olayda, Adalet Başmüfettişi'nin yetkisi olmadan talepte bulunarak çeşitli mahkemelerden aldığı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde resen kendisinin verdiği kararlara dayanılarak iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine başvurularak delil toplanması basit bir usul hatası olarak kabul edilemez. Çünkü yetkisiz olarak bir işlemin yapılması, onun geçerliliğine etki eder. Yetkisiz olarak başvuru söz konusu tedbirler ile kişilerin özel hayatlarının gizliliğine ve haberleşme özgürlüklerine müdahale edilmiş olması da hukuka aykırılığın basit bir usul hatası olarak kabul edilmesine engeldir. Açıklanan nedenlerle, görülmekte olan davada olayda hukuka aykırı olarak uygulanan iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirleri sonucu elde edilen delillerin hükme esas alınması mümkün değildir. 10.11.2008 tarihinde Koza Sokak'ta meydana geldiği iddia edilen olayla ilgili olarak aşamalarda ve Yüce Divan yargılaması sırasında ilgili emniyet görevlileri de tanık olarak dinlenmiş iseler de bu kabulün sonucu olarak, bunların beyanlarının da hukuka aykırı delil kapsamında değerlendirilmesi gerekir" (AYM Genel Kurul, E: 2011/1, K: 2012/1, 19.12.2012).

²⁴⁰ Bayram Gök Başvurusu, B. No: 2012/946, 26.3.2013, § 20.

yacaktır²⁴¹. Ancak Yüksek Mahkeme'nin bu içtihadının bazı üyelerce isabetli bulunmadığını söylemek gerekir. Buna gerekçe olarak, iç hukuk yollarının tüketilmesi ile delillerin usulsüz elde edildiği iddiasının birbirinden farklı olduğu gösterilmekte; beraat talebinin delillerin usulsüzlüğünü de içerdiği ve hukuka aykırılığın AYM tarafından da bireysel başvuru incelemesinde kendiliğinden gözetilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁴².

Şayet başvuruda usule ilişkin bir noksanlık bulunmamakta ise AYM, bireysel başvurular hakkında karar verirken, esasa ilişkin incelemesinin başında, tıpkı AİHM gibi, belirli bir davaya ilişkin delilleri değerlendirme veya ortaya konulmak istenen delilin uyumsuzlukla bağlantılı olup olmadığını karara bağlama yetkisine sahip olmadığını öncelikle vurgulamaktadır. Kural olarak Mahkeme'nin görevi, delillerin hukuka aykırı veya uygun olduğunu saptamak değil, yargılamanın "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" prensipleri doğrultusunda kendi içinde bir bütün olarak adil olup olmadığını değerlendirmektir²⁴³. Adil yargılanma hakkı ise dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama yöntem ve prosedürünün adaleti ile sınırlı bir denetime imkân tanımaktadır. Bu bağlamda karşı tarafın delilleri ve görüşleri hakkında bilgi edinilememesi, bunlara etkili şekilde itirazda bulunulamaması, iddia ve delillerin ortaya konulmasının engellenmesi, sunulan iddia ve delillerin mahkeme tarafından açıkça keyfi biçimde dikkate alınmaması gibi hususlara ilişkin bilgi veya belge sunulması durumunda, adil yargılanma hakkına dair değerlendirme yapılmaktadır²⁴⁴.

²⁴¹ Yüksel Bozkurt Başvurusu, B. No: 2014/13319, 16.4.2015, § 30; Murat Durmaz Başvurusu, B. No: 2013/5956, 15.4.2014, § 27.

²⁴² Örneğin üyeler O. A. Paksüt ve M. Topal'a ait bir karşıoy gerekçesinde, hukuka aykırı deliller bahsinde başvuru yollarının tüketilmesi şartının aranmaması gerektiği özetle şu ifadelerle açıklanmıştır: "*Başvuru konusu olayda Başvurucu, gerçekten de, telefon dinleme kayıtlarının 'delil değerlendirilmesi yasağı' kapsamında olup olmadığı hususunda bir beyanda veya itirazda bulunmamıştır. Ancak değerlendirilsin veya değerlendirilmesin, tüm dosya içeriğine göre suçsuz olduğunun anlaşılacağını düşünerek, beraatini istemiştir. 'Çoğun içinde az da vardır' kuralı gereğince, beraat talep eden sanığın delillerin içeriğine olduğu kadar kullanılmasına da itirazı olduğunun kabulü gerekir. Temyiz eden ve beraat isteyen sanığın delil kullanımına ilişkin tartışmaya girmesini beklemek, delil değerlendirilmesi yasaklarının resen incelenmesi gereken konular olduğu da gözetildiğinde, savunma tarafına makul ve adil olmayan biçimde, bir külfet yüklemek anlamına gelir. Bu nedenle, temyiz aşamasında delillerin değerlendirilme yasağı noktasından itiraz etmeyen Başvurucunun, iç hukukta düzenlenen başvuru yollarını tüketmediğinden söz edilemez*" (Metin Polat Başvurusu, B. No: 2013/1145, 10.6.2015, Karşıoy Yazısı, § 14).

²⁴³ Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, B. No: 2013/1213, 4.12.2013, § 27.

²⁴⁴ Naci Karakoç Başvurusu, B. No: 2013/2767, 2.10.2013, § 22.

Mahkeme, ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddî olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi²⁴⁵, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması vakalarının, bireysel başvuru incelemesine konu olamayacağı fikrini benimsemektedir. Ancak bu kuralın tek istisnasının, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayacak biçimde bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermesi nedeniyle kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmesi olduğu da AYM tarafından kabul edilmektedir. Diğer deyişle delillerin hukuka aykırı biçimde elde edildiği iddiasına ilişkin dahi olsa, mahkemenin yerleşik hale gelen kabulü uyarınca, kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvuruların, “bariz takdir hatası” veya “açık keyfilik” bulunmadıkça, Anayasa Mahkemesince incelenmesi söz konusu değildir²⁴⁶.

Mahkeme'nin esasa dair incelemesi sonucunda, delillerin değerlendirilmesi noktasında bariz takdir hatası veya açık keyfilik yoksa ve silahların eşitliği ile çelişmeli yargılama prensiplerine uygun hareket edilmişse, başvuruçunun hukuka aykırı delil iddiası hakkında “açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle”, “kabul edilemezlik kararı” verilmektedir²⁴⁷. Mahkeme bu kararı verirken AY m. 148/4 ile 6216 sayılı Kanun²⁴⁸'un 48/2. maddelerine dayanmaktadır.

²⁴⁵ Bununla birlikte AYM'nin, kabul edilebilir bir başvuruda, hukuka aykırı delil iddiasında bulunulmuşsa, delillerin hukuka uygun olup olmadığını da inceleme yoluna gittiği görülmektedir. Örneğin bir başvuruda Mahkeme, CMK m. 135'teki koruma tedbirinin koşullarının gerçekleştiğine, bu nedenle başvuruçunun iddiasının aksine, elde edilen telefon kayıtlarının hukuka aykırı delil niteliğinde olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Rıdvan Bayram Başvurusu, B. No: 2013/1171, 9.9.2015, § 60.

²⁴⁶ M. E. Başvurusu, B. No: 2013/2661, 9.9.2015, § 103. Bu konudaki içtihadın bir örneği için bkz. Onur Gür Başvurusu, B. No: 2012/828, 21.11.2013, § 21.

²⁴⁷ Deniz Seki Başvurusu, B. No: 2014/5170, 25.6.2015, § 72-73. Söz konusu başvuruda üye S. *Özgüldür*, başvuranın konutta bulunmaması nedeniyle otele arama yapılışının, şehir içindeki arama faaliyetinin adli kolluk yerine jandarmaya yaptırılmasının, başvuranın avukatının hazır bulundurulması için gereken çabanın gösterilmemesinin ve kapalı yerde icra edilen aramada arama tanıklarının yer almamasının, delilleri hukuka aykırı hale getirdiği, bu aykırılığın basit bir usul hatası olmadığı ve usulsüz delillerin hükme esas alınması suretiyle başvuranın adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle karşıoy kullanmıştır.

²⁴⁸ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Kanun No: 6216, Kabul Tarihi: 30.3.2011, RG Tarihi: 3.4.2011, RG No: 27894.

Buna karşılık şayet yargılamanın adilliği bir bütün olarak tehdit altında ise bu halde, başvuru AY m. 36'da yer alan "adil yargılanma hakkının ihlal edildiği" sonucuna ulaşılmaktadır. Örneğin bir başvuruda başvuru dört gün boyunca gözaltında tutulduğu, gözaltında bulunduğu esnada avukat talep etmeyeceğine ilişkin matbu olarak verilen metni imzalaması nedeniyle müdafî yardımından yararlandırılmadığı, bu süreçte verilen ve hükme esas alınan ifade tutanaklarındaki beyanların zor ve baskı altında alındığı yönündeki iddiaların aksinin kanıtlanamaması ve sonraki aşamalarda atanan müdafinin yardımının husule gelen zararı giderememesi nedeniyle, savunma hakkına verilen zararın kendiliğinden adil yargılamayı etkilediği kabul edilmiştir²⁴⁹.

X. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN UZAK ETKİSİ

Öğretide ve yargı kararlarında tartışmalı olan bir diğer husus, hukuka aykırı delillerden yola çıkılarak ulaşılan delillerin akıbetinin ne olacağı, diğer deyişle bu şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınıp alınamayacağıdır²⁵⁰. Delil değerlendirme yasağı kabul edildiğinde, bu yasağın yalnızca doğrudan elde edilen delillere mi ilişkin olduğu, aksine dolaylı olarak elde edilen delillere de sirayet edip etmeyeceği tartışması "hukuka aykırı delillerin uzak (dolaylı) etkisi"ni tespit açısından önem taşımaktadır. Söz gelimi şayet uyuşturucu madde aracılığıyla konuşturulan şüpheli, soruşturma konusu cesedin gizlendiği yeri söylerse, ceset buna istinaden bulunursa ve ceset üzerinde kendisinin kan izleri saptanırsa; acaba ispat yasağının uzak etkisi, kan izlerinin o kişinin suçluluğunun ispatında kullanılmamasını sağlamaya yeterli olacak mıdır?²⁵¹ Aynı şekilde örneğin kendisine tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmayan bir tanık, ifadesinde olay mahallinde bulunan başka

²⁴⁹ Burak Çileli Başvurusu, B. No: 2013/2541, 9.9.2015, § 96-99.

²⁵⁰ Her şeyden evvel CMK m. 217'de hukuka aykırı delillerin kullanılması yasaklanmış olmakla birlikte, hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisi konusunda ayrıca bir düzenlemeye yer verilmediğini belirtmek gerekir. Bu nedenle öğretilde, bir genel hüküm olarak CMK'nın 217. maddesi düzenlenirken önemli bir fırsatın kaçırıldığı, yasada hukuka aykırı delillerin elde edilmesi ve kullanılması konusunda bir yasağın varlığında kuşku bulunmamakla birlikte, mukayeseli hukuktaki kimi olumsuz örneklerle karşılaşmamak adına, yasak delilden elde edilen delilin de yasak olduğu düzenlemesine kanunda açıkça yer verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Yener Ünver, "Deliller ve Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005, s. 2904; Ünver, "Ceza Muhakemesinde İspat", s. 138.

²⁵¹ Claus Roxin, "İspat Hukukunun Esasları", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Çev: Yener Ünver, Yıl: 4, Sayı: 8, İstanbul, Güz 2005/2, s. 287.

kişilerin adını verirse, acaba bu yeni tanıkların ifadesine delil değeri atfedilebilecek midir?²⁵² Bu soruna ilişkin olarak Amerikan ceza muhakemesi hukukunda “zehirli ağacın meyvesi kuramı (*fruit of the poisonous tree doctrine*) (*Theorie der Früchte des verbotenen Baumes*)”²⁵³ geliştirilmiş ve bir delil değerlendirme yasağının dolaylı olarak elde edilen delilleri de kapsayacağı yani zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olacağı kabul edilmiştir²⁵⁴.

Kıta Avrupası hukukunda ise mesele tartışmalıdır. Örneğin Alman hukukunda *Federal Yargıtay*’ın, somut olay ile delil yasaklarını gözetmediği ve hukuka aykırı delillerin uzak etkisini kabul ettiği bazı kararları bulunmaktadır²⁵⁵. Bununla birlikte *Alman Federal Mahkemesi*, çoğunlukla yine somut olayın özellikleri ve ihlal edilen değer niteliğini dikkate almak suretiyle, ilk muhakeme hatasına dayanarak bütün muhakemenin geçersiz kılınmasını kural olarak reddetmektedir²⁵⁶. Ancak öğretide mahkemenin bu tutumunun eleştirisiyle karşılandığı söylenebilir. Örneğin uzak etki noktasında ikili bir ayırım yapan *Roxin*’e göre, hukuka aykırı delillerin uzak etkisinin kabul edilmemesi halinde kolayca ispat yasaklarının arkasına dolanılması mümkündür. Bununla birlikte bir delil, araştırmaların o zamanki gidişatına göre, yüksek bir ihtimalle muhakeme ihlali olmaksızın da elde edilebilecek idi ise, o takdirde artık dolaylı olarak ulaşılan delillerin değerlendirilmesi söz konusu olabilir²⁵⁷.

Beulke’ye göre, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi sorununa yönelik olarak koruma teorisinin uygulanması mümkündür. Al. CMK m. 136a kapsamına giren yasak delil yöntemleri uygulanarak örneğin işkence sonucu doğrudan delil elde edilmesi halinde, failin işkence olmasaydı da fiili itiraf

²⁵² Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 663.

²⁵³ Söz konusu kurama ilk kez Amerikan Yüksek Mahkemesi hâkimi *Felix Frankfurter* tarafından *Nordone v. United States* davasına (509 US 558, 1939) ilişkin kararda yer verilmiştir. Bkz. Yarsuvat, s. 11; Değirmenci, s. 433, dn. 174. “Zehirli ağacın meyvesi” yerine, hukuka aykırı delilden hareketle ulaşılan deliller için öğretide “türev delil (*derivative evidence*)” kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Dülger, Dışlama Kuralı, s. 106. Yine öğretide bu nitelikteki deliller “türemiş delil” veya “türeyen delil” kavramlarıyla da ifade edilmektedir. Bkz. Şenol, s. 120, 362 vd.

²⁵⁴ Roxin, s. 287; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 663; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 94.4, s. 1478.

²⁵⁵ Al. CMK (*StPO*) m. 100a’ya aykırılıkla elde edilen telefon kayıtlarının okunması sonucu sanıktan elde edilen ifadelerin delil olarak kullanılmayacağına dair karar için bkz. Yenisey, s. 55.

²⁵⁶ Erdem, s. 370.

²⁵⁷ Roxin, s. 287-288.

edeceği varsayımından hareketle değerlendirme yapılamaz. Bu kapsamda olmayan deliller ise, hukuka aykırı hareket edilmeseydi de kolluk tarafından yine elde edilebilecek idiyse, kullanılabilir delil olarak kabul edilir²⁵⁸.

Şen'e göre, hukuka aykırı olarak uygulanan bir delil elde etme vasıtasından yola çıkılarak ulaşılan diğer delillerin de yargılamada kullanılabilmeleri ve hükme esas alınabilmeleri mümkün değildir. Bu sebeple örneğin hakkında elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu konusunda değerlendirme yapabilme olanağı bulunmayan şüpheliden alınan beyanların da yargılamada kullanılmaması gerekir²⁵⁹.

Hafizoğulları'na göre, hukuka aykırılığın derecelendirmeye tabi tutulması olanaklı değildir. Bu bakımdan önemli veya önemsiz ya da az veya çok olan bir hukuka aykırılık ayırımına yer vermeksizin zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olduğunun kabulü gerekir²⁶⁰.

Yurtcan'a göre, hukukun uygulanmasında meşru ve hukuka uygun olmayan bir şeyin üzerine meşru ve hukuka uygun bir şey bina edilemeyeceğinden, son delilin de değerlendirme dışı bir delil olarak kabul edilmesi gerekmektedir²⁶¹.

Özbek'e göre, bu şekilde ulaşılan delil, elde edilirken kanuni düzenlemeye uygun hareket edilse dahi hukuka aykırıdır. Örneğin işkence yapılarak elde edilen bir adreste hukuka uygun bir arama yapılsa bile, burada elde edilen delillerle suçun ispatlanması mümkün değildir²⁶².

Centel/Zafer'e göre, Anayasa ve CMK birlikte değerlendirildiğinde, Türk hukukunda deliller arasında herhangi bir ayırımın yapılmadığı görülecektir. Bu nedenle delil yasaklarına ilişkin teori, delil yasaklarının uzak

²⁵⁸ Beulke, s. 318-319, Rn. 483.

²⁵⁹ Şen, "Ceza Yargılaması Süreci", s. 282.

²⁶⁰ Hafizoğulları, "Hukuka Aykırı Deliller", s. 648. Aynı yönde bkz. Koca, "Değerlendirme Yasağı", s. 144. Eski kanun döneminde *Demirbaş* (s. 305), mülga CMUK m. 254/2'deki yeniliği isabetli bulmamakla birlikte, adı geçen fıkrada yapılan değişiklik sonucu "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz" şeklinde kaleme alınan bu düzenlemenin, zaten yok hükmünde kabul ettiği hukuka aykırı bir delile dayanılarak elde edilen diğer delillerin dikkate alınıp alınmayacağı sorununun da esastan hallettiğini düşünmektedir.

²⁶¹ Yurtcan, Ceza Yargılaması, s. 403.

²⁶² Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 676; Özbek, "Delil Yasakları", s. 925-926; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 682.

etkisi için de geçerli olmalıdır. Nitekim CMK m. 217'nin gerekçesinde²⁶³ de bu hususa vurgu yapılmıştır²⁶⁴.

Ünver/Hakeri'ye göre, çocuğun zorunlu müdafî hazır bulunmadan alınan ifadesi üzerine, mahkeme tarafından usulüne uygun olarak verilen arama kararıyla aranan evde suç vasıtası silah bulunacak olursa, müdafî olmadan alınan ifade, çocuk veya kanuni temsilcisi tarafından doğrulansın ya da doğrulanmasın hukuka aykırı olacağından, elde edilen silahın da delil olarak kesinlikle dikkate alınmaması gerekir²⁶⁵.

Uzlaşma kurumu açısından öğretilerde bazı yazarlar hukuka aykırı delillerin uzak etkisinin yasada gözetilmediğini düşünmektedir. *Ünver*'e göre, uzlaşmacı olarak savcının görev alabilmesi ve uzlaştırıcının elde ettiği verileri savcıya vermesinin düzenlenmiş olması (CMK m. 253)²⁶⁶, yasak ağacın zehirli meyvesi kuramını ihlal anlamına gelmekte ve birçok sakıncayı beraberinde getirmektedir²⁶⁷.

Yıldız'a göre, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillere örneğin ses ve/veya görüntü kayıtlarına dayanılarak yapılan ceza muhakemesi işlemleri hukuka aykırı olacağı gibi, bu tür kayıtlardan hareket edilerek ulaşılan diğer deliller de hukuka aykırı olacaktır. Söz gelimi bir telefon

²⁶³ CMK'nın 217. maddesinin gerekçesinde (4. paragraf), maddenin son fıkrasının (*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*), usul hukuku yönünden olağanüstü önem taşıyan ve adil yargılama ile bağlantılı bir ilkeyi belirttiği; bu ilkenin, delilin doğruluğunu, haklılığını, hakkaniyete uygunluğunu sağlamak amacını güttüğü; böylece ister soruşturma ister kovuşturma evrelerinde olsun, hukuka aykırı olarak, örneğin işkence, narko analiz, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne saldırılar yolu ile elde edilmiş delillerin hükme esas alınmayacağı ifade edilmektedir.

²⁶⁴ Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi*, s. 663-664; Aynı yönde bkz. Çınar, s. 41.

²⁶⁵ Ünver/Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, s. 697-698. Aksi yönde, ceza muhakemesinde suçun ortaya çıkarılmasını sağlamak ve suç işleyen kişilerin cezasız kalmasını engellemek amacıyla, yargı kararları ile kaçınılmaz keşif veya iyiniyet istisnasına benzer bir yaklaşımın sergilenebileceği görüşü için bkz. Değirmenci, s. 435.

²⁶⁶ CMK m. 253/9 gereğince "*Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir*". Aynı maddenin 15. fıkrasına (c. 1) göre "*Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir*".

²⁶⁷ Yener Ünver, "*Türk Ceza Hukuku ve Avrupa*", *Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich (Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku)*, Ed: Eric Hilgendorf, İstanbul, 2009, s. 396.

konuşmasında mağdurun ölümüne yol açan bir silahtan bahsedilmiş ve bu silah ele geçirilmişse, telefon dinlemesi veya kaydının hukuka aykırı olması durumunda, silahın da hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil olarak kabul edilmesi gerekir²⁶⁸.

Özen/Özen'e göre, AY m. 38 ve CMK m. 217, CMUK m. 254'te geçen "hükme esas alınmaz" ifadesini kabul etmeyerek, zehirli ağacın meyvesinin kullanılabilirliği noktasında ortaya çıkan tartışmaları sona erdirmiş ve böylesi delillerin her aşamada değerlendirilmesini yasaklamıştır. Hatta zehirli ağacın meyvesi olarak kabul edilen deliller, sadece ilgili suç tipine dair muhakemenin tüm aşamalarında değil, aynı zamanda başka bir suça ilişkin soruşturmada başlangıç şüphesi olarak da dikkate alınmamalıdır²⁶⁹.

Yargıtay ise arama tedbirinin hukuka aykırı olduğunu kabul ettiği bir kararında, bu tedbirden yola çıkılarak elde edilen deliller konusunda aksi yönde hareket etmek suretiyle, bunların yargılamada kullanılabilmesine hükmetmiştir. Karara konu olan olayda, sanığın evinin damında Hint keneviri yetiştirdiği yolunda duyum alınması üzerine, Narkotik Şube görevlilerince, eşinin rızasıyla, sanığın konutunda, hâkim kararı olmaksızın arama gerçekleştirilmiştir. Sanık, mahkeme huzurunda gerçekleştirilen sorgusu esnasında yirmi beş yıldır uyuşturucu kullandığını, esrar elde etmek için olaydan iki ay önce evinin damına Hint keneviri bitkisi ekip yetiştirdiğini, bunların yapraklarını kurutarak esrar elde edip içtiğini, bilahare hakkında ihbar vaki olduğunu ikrar etmiştir. Yargıtay, hâkim kararı olmadan konutta yapılan aramanın -rıza üzerine olsa bile- tedbiri hukuka aykırı kıldığı hususunda tereddüt bulunmadığını belirtmekle birlikte, hakkındaki ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanığın ihbarla uyumlu olup hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarının varlığını gerekçe göstererek, uyuşturucu madde elde etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekme suçunun sübuta erdiği yönünde karar vermiştir²⁷⁰.

²⁶⁸ Ali Kemal Yıldız, "Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006, s. 263. Yazar (Ceza Muhakemesinde İspat, s. 194) ayrıca, yasak delilden hareketle ulaşılan delillerin muhakemede kullanılabilceğini kabul etmenin, AY m. 38'de hiç kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı şeklinde düzenlenen "nemo tenetur" ilkesine aykırı olacağını ve bu ilkeyi anlamsız hale getireceğini savunmaktadır.

²⁶⁹ Özen/Özen, s. 325.

²⁷⁰ YCGK, E: 2005/7-144, K: 2005/150, 29.11.2005. Karara karşıoy kullanan üyeler S. Çilesiz ve S. Saka ise karşıoy gerekçelerinde özetle "...Sanığın ifade, sorgu ve savunmasının alındığı her üç aşamada da hukuk kurallarına uyulmadan yapılan arama sonucu hint kenevirlerinin bulunduğuna dair arama zabutları önüne konulmuştur. Köşeye sıkıştırıldığını

XI. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tesadüfen elde edilen delil, hukuka uygun olarak yetkili makamlarca delil elde etme yöntemlerinin uygulanması esnasında soruşturma veya kovuşturma konusu suç dışında bir başka suçun işlendiğine dair şüphe uyandıran delildir. Tesadüfen elde edilen delil ile kanuna aykırı delil aynı anlamı ifade etmediği için tesadüfi delillerin kendiliğinden hukuka aykırı veya yok hükmünde sayılması söz konusu değildir²⁷¹. Tesadüfi deliller konusunda öğretide özellikle arama ve elkoyma, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirleri üzerinde durulmaktadır²⁷². Tesadüfen elde edilen deliller başlığını taşıyan CMK m. 138 ise yalnızca “arama ve elkoyma” ile “iletişimin denetlenmesi” tedbirleriyle sınırlı olarak uygulama alanı bulmaktadır²⁷³. Ayrıca hukukumuzda tesadüfen elde edilen delillerin, Alman hukukundan farklı olarak, önleme amacıyla kullanılması kabul edilmemiştir²⁷⁴.

Arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulandığı esnada tedbirin uygulandığı suçtan başka bir suçun işlendiğine dair tesadüfi deliller elde edilirse, bu şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılabilmesi kabul

hisseden sanık bu baskı altında itirafta bulunmak zorunda kalmıştır. Sanığın hissettiği bu baskı ve köşeye sıkışmışlık, CMUK.nun 135/a maddesinde sayılan yasak yöntemler arasında bulunmamakla birlikte hukuka aykırı arama ile elde edilen delilden yani arama sonucu bulunan hint kenevirlerinin bulunduğuna dair tutanağın kendisine her ifade alınışında gösterilmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece sanıktan, hukuka aykırı elde edilmiş delil sayesinde itiraf delili elde edilmiş, sanığın kendisini suçlaması sağlanmıştır. İtiraf dolaylı yoldan hukuka aykırı olarak elde edilmiştir. CMUK. 254/2. maddesi hükmüne göre bu itiraf hükme esas alınmamalıdır... Hukuka aykırı yolla yapılan arama sonucu elde edilen delil yok sayıldığından maddî konusu (hint kenevirleri) ele geçmeyen olayımızda makul şüphe ile de desteklenmeyen mücerret ikrar sanığın mahkûmiyetine yeterli değildir” görüşlerine yer vermiştir. Hukuka aykırı delilin kirlettiği delilden hareketle ulaşılan delilin kullanılamazlığı gerekçesiyle ilgili kararın eleştirisi için bkz. Şen, Yorumluyorum, s. 151. Yine özel hukuka ilişkin örneklerle, Yargıtay’ın, ilgilinin rızasının varlığı halinde delilin kullanılmasına izin veren tutumuna dair isabetli bulduğumuz eleştiriler için ayrıca bkz. Ünver, “Ceza Muhakemesinde İspat”, s. 139-141, dn. 142.

²⁷¹ YCGK, E: 2007/5-101, K: 2008/3, 22.1.2008.

²⁷² Ünver, “Türk Ceza Hukuku ve Avrupa”, s. 396.

²⁷³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 93.2, s. 1435.

²⁷⁴ Al. CMK m. 100/f’de yer alan ve bir kimsenin yaşamına, vücut bütünlüğüne veya hürriyetine yönelik ağır bir tehlikenin bulunması halinde tehlikenin önlenmesi amacıyla da delillerin kullanılabilmesine olanak tanıyan düzenlemenin CMK’ya eklenmesi önerilmişse de yasalaşması mümkün olmamıştır. Yener Ünver/Hakan Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, s. 202.

edilmektedir²⁷⁵. Örneğin kasten öldürme suçuna ilişkin usulüne uygun olarak alınan arama kararına istinaden hareket eden kolluğun, konutta yaptığı arama esnasında insan ticareti veya göçmen kaçakçılığı suçlarının işlendiği şüphesini uyandıran bir delile elkoyması mümkündür.

Buna karşılık telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, tedbirin uygulandığı suç dışında bir başka suçla ilgili delil ele geçirilirse, bu delil ancak iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanacak katalog suçlardan²⁷⁶

²⁷⁵ CMK m. 138/1 uyarınca, arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınacak ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilecektir. Aslına bakılırsa maddede delilin kullanılabilmesi açıkça ifade edilmemiştir. Fakat öğretide ve yargı kararlarında delilin muhafazası ve savcılığa bildirim zorunluluğundan hareketle, onun hukuka uygunluğu ve kullanılabilirliği kabul edilmektedir. Bkz. Özen/Özen, s. 310. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin (Adalet ve İçişleri Bakanlıkları, Kabul Tarihi: 1.6.2005, RG Tarihi: 1.6.2005, RG No: 25832) "Aramada emir ya da karar kapsamı dışında elde edilen bulgular ve ele geçirilen kişiler" başlıklı 10. maddesine göre de, "Usulüne uygun yapılan aramada; a) Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen, b) Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek, bir delil elde edilirse; bu delil koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet savcılığına derhâl bildirilerek el koyma işlemi gerçekleştirilmek için Cumhuriyet savcısından yeni bir yazılı emir istenir. Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemi gerçekleştirebilir". CMK'da değinilmemiş olan, "ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen" delillerin, Yönetmelik kapsamında tesadüfi delil olarak dikkate alınmasının kanunilik ilkesine uygun olduğunu düşünmüyoruz. Aynı yönde bkz. Özbek, "Delil Yasakları", s. 921.

²⁷⁶ Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı katalog suçlar (CMK m. 135/8) şunlardır: a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), 3. İşkence (madde 94, 95), 4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), 5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103), (Eklenmiş Alt Bent RGT: 6.3.2014 RG No: 28933 Mükerrer Kanun No: 6526/12) 6. Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149), 7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 8. Parada sahtecilik (madde 197), 9. (Mülga Alt Bent RGT: 6.3.2014 RG No: 28933 Mükerrer Kanun No: 6526/12) (Eklenmiş Bent RGT: 1.6.2005 RG No: 25832 Kanun No: 5353/17) 10. Fuhuş (madde 227 (Mülga İbare RGT: 6.3.2014 RG No: 28933 Mükerrer Kanun No: 6526/12) , 11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), 12. Rüşvet (madde 252), 13. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), (Değişik Alt Bent RGT: 12.12.2014 RG No: 29203 Mükerrer Kanun No: 6572/42) 14. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302), (Eklenmiş Alt Bent RGT: 12.12.2014 RG No: 29203 Mükerrer Kanun No: 6572/42) 15. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316), 16. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları. b) Ateşli

birinin kapsamına girmekte ise²⁷⁷ geçerli bir delil olacaktır²⁷⁸. Eğer ulaşılan deliller katalog suçlarla ilgili değilse, derhal yok edilmesi gerekir; aksi halde bunlar Anayasa m. 38'in açık hükmü gereği kanuna aykırı delil teşkil edeceği için yargılamada kullanılamaz²⁷⁹. Örneğin fuhuş suçuna ilişkin olarak

Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları. (Eklenmiş Bent RGT: 1.6.2005 RG No: 25832 Kanun No: 5353/17 c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar. e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

²⁷⁷ CMK'nın 135. maddesinde yer alan katalog suçların kapsamı 6526 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi sonucu değişikliğe uğramıştır. Değişiklikten önce CMK'nın 135. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan katalog suçlar içerisinde düzenlenmiş bulunan "suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, TCK m. 220) suçu", 6526 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile birlikte maddenin yedinci fıkrasına kaydırılan suç kataloğundan çıkarılmıştır. Bununla birlikte değişiklik öncesinde CMK m. 135/6'da yer almayan "nitelikli hırsızlık" ve "yağma" suçları ilk kez 6526 sayılı Kanunla iletişimin denetlenmesinin mümkün olduğu suçlar arasına eklenmiştir. Ayrıca söz konusu değişiklikte birlikte TCK m. 227'de düzenlenen fuhuş suçu için yalnızca üçüncü fıkra dolayısıyla tedbire izin veren hüküm ilga edilerek TCK m. 227'de düzenlenen tüm fiiller açısından iletişimin denetlenmesi tedbirinin yerine getirilmesine olanak sağlanmıştır. Keza 6572 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte ise "silahlı örgüt (TCK m. 314) veya bu örgütlere silah sağlama (TCK m. 315) suçları" katalog listeden çıkarılmış, yerine "Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçu (TCK m. 302)" eklenmiştir. Yine "Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (TCK m. 309-316, m. 310 hariç)" ilk kez 6572 sayılı Kanunla katalog suç listesinde yer almıştır. Ayrıca bahsi edilen Kanunla CMK m. 135/6'ya tedbirin uygulanma şartlarını genişleten bir hüküm sevk edildiği için iletişimin denetlenebileceği katalog suç listesi sekizinci fıkraya alınmıştır.

²⁷⁸ CMK m. 138/2 uyarınca telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında (6526 sayılı Kanun ve 6572 sayılı Kanun değişiklikleri ile birlikte CMK m. 135/8) sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınacak ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilecektir. Aynı yönde bir içtihat uyarınca "... 5271 sayılı CMK'nun 138 inci maddesinin ikinci fıkrası göz önünde bulundurulduğunda, 01.06.2005 tarihinden sonra yapılacak olan iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında, yapılan soruşturma veya kovuşturmayla ilgili olmayan, fakat anılan kanunun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasında sayılan suç veya suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilmesinde, tesadüfen elde edilen delil olarak adlandırılan bu delilin belirtilen suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında kullanılması mümkündür" (YCGK, E: 2013/10-483, K: 2013/599, 10.12.2013). Ayrıca bkz. Y.1.CD, E: 2008/8783, K: 2009/437, 6.2.2009.

²⁷⁹ Erdener Yurtcan, Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2009, s. 30. İsaabetli bulduğumuz bir görüşe göre (Özen/Özen, s. 311), bu şekilde elde edilen bulgulardan bir başka suça ilişkin yargılamada başlangıç delili olarak yararlanmak da mümkün olmamalıdır.

telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi veya kayda alınmasına dair usulüne göre alınan bir tedbirin uygulanması esnasında, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun işlendiği kuşkusunu uyandıracak deliller elde edilirse, tesadüfen elde edilmelerine rağmen, yasa gereği bu delillerin kullanılabilmesi açıktır. Buna karşılık rüşvet suçunun işlendiğine yönelik kuvvetli şüphe sebepleri üzerine şüphelinin iletişiminin denetlenmesine karar verilmesi halinde, bu denetim sırasında katalog suçlardan olmayan (Bankalar Kanunu m. 22/3-4 dışında kalan) zimmet suçunun işlendiğine yönelik deliller elde edilmişse, bunların mahkemece kullanılması söz konusu olamaz. Ayrıca telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin yasal koşulları sağlanmış olsa bile, örneğin kanuna uygun olarak yapılan telefon dinlemesi esnasında tedbirle ilgisi olmayan kişinin sözlerinin veya suçla ilgisi olmayan konuşmaların kayıt altına alınması halinde, ulaşılan kayıtlar yasa dışı delil niteliğinde olduğu için soruşturma ve kovuşturmada dikkate alınamaz²⁸⁰.

Dolayısıyla arama ve elkoyma ile telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirleri arasında, tesadüfi delillerin değerlendirilmesine yönelik önemli bir farklılık bulunmaktadır. Arama ve elkoymada tesadüfi delilin kullanılabilmesi için, onun ele geçirildiği suçun türü önemli olmadığı ve bu konuda fiillerin sayılması suretiyle bir sınırlandırmaya gidilmediği halde; iletişimin denetlenmesinde katalog suçlar dışında kalan bir suç için tesadüfi delillerin kullanılmasına cevaz verilmemiştir. Elbette arama ve elkoyma ile iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen delillerin yargılamada dikkate alınması, bu tedbirler arasındaki bir ortak yön olarak tedbirin hukuka uygun olmasını gerektirir²⁸¹. Bu itibarla söz gelimi yasaya aykırı bir arama kararı sonucunda elde edilen tesadüfi deliller de yasaya aykırı olacaktır²⁸².

Yargıtay konuya ilişkin bir kararında CMK'nın 138/2. maddesinin atfıyla 135/6. madde kapsamına girmeyen bir suç için iletişimin denetlenmesi tedbiri

²⁸⁰ Mehmet Gödekli, "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (Telecommunications Presidency)", Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, İstanbul, 2013, s. 537.

²⁸¹ "Cumhuriyet savcısı veya hâkim kararı olmadan sanık S. G.'in telefon konuşmalarının dinlenmesi hukuka aykırı olup delil olarak hükme esas alınmaz. Bu konuşmaların <tesadüfen elde edilen delil> olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir; çünkü konuşmalar soruşturması yapılan suçla ilgilidir" (YCGK, E: 2011/10-19, K: 2011/60, 19.4.2011).

²⁸² Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 443.

sonucu elde edilen delilleri dikkate almamıştır. Buna göre, “*Dinlemeye konu olan telefon, H.S.Ş. adlı kişi adına kayıtlıdır. İstanbul 6 Nolu DGM’ce 15.03.2004 gün ve 2004/90 sayı ile H.S.Ş.’ye ait cep telefonunun, Aleattin ve yönettiği kabul edilen suç örgütü hakkında yürütülen soruşturma sırasında, 4422 sayılı Yasa’nın 2 ve 16. maddeleri uyarınca 3 ay süreyle dinlenilmesi ve tespitine karar verilmiştir. Ancak, dosyada kanıt olarak kabul edilen 22.03.2004 tarihli konuşmanın tutanakları incelendiğinde, bu görüşmenin haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiği açıktır. Bu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı yasa da herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Kaldı ki, 5271 sayılı CMY’nin 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır*”²⁸³.

Bununla birlikte *Yargıtay Ceza Genel Kurulu*, bir başka kararında iletişimin denetlenmesi tedbirinin kural olarak katalog suçlar dışındaki suç türleri için tesadüfi delillere olanak vermediğini kabul etmekle birlikte, “nitelik değiştirebilen suçlar” söz konusu olduğunda elde edilen tesadüfi delillerin hükümde kullanılabileceği sonucuna ulaşmıştır. *Yargıtay*’ın ilgili kararına göre, “*Rüşvet suçu 5271 sayılı CYY’nin 135/6. fıkrasında yer aldığından, bu suç yönünden iletişimin tespiti suretiyle elde edilen kanıt, CYY’nin 138/2. maddesi fıkrası uyarınca, hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için de kanıt olarak değerlendirilir. Özel Dairece isnat edilen eylemlerin bir kısmından beraat bir kısmından ise suç niteliğinin değişmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyet kararı tesis edilmiş ise de, başlangıçtaki iddia rüşvet suçuna yönelik olup, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olan rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan, nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de, elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir*”²⁸⁴.

Ayrıca hukukumuzda gizli soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgilerin, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması

²⁸³ YCGK, E: 2006/4-122, K: 2006/162, 13.6.2006.

²⁸⁴ YCGK, E: 2006/5-154, K: 2007/145, 12.6.2007.

dışında kullanılamayacağı ve suçla ilgili olmayan bilgilerin derhâl yok edileceği konusunda açık hüküm getirilerek, gizli soruşturmacının yalnızca ilgili suç tipine ait delil niteliğinde bilgiler edinebileceği kabul edilmiştir (CMK m. 139/6). Aynı şekilde iletişimin denetlenmesinde olduğu gibi, teknik araçlarla izleme tedbiri açısından da elde edilen deliller, CMK m. 140/1’de yer alan katalog suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; şayet ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı anlaşılırsa Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edilir (CMK m. 140/4)²⁸⁵.

Türk hukukunda CMK m. 138 kapsamına giren tedbirlerin dışında kalan soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin yapıldığı esnada tesadüf eseri başka birtakım suçların işlendiğine dair delillerin elde edilmesi halinde nasıl hareket edileceği kanunda düzenlenmemiştir. Bununla birlikte CMK’da düzenlemeye yer verilmemesinin, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun (PVSK)²⁸⁶ Ek 4. maddesi dolayısıyla, bir yasa boşluğu olarak görülmemesi gerekir²⁸⁷. PVSK’nın Ek 4. maddesinin 1. fıkrası gereğince “*Polis, görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde, hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmaksızın, bir suçla karşılaştığında suça el koymak, önlemek, sanık ve suç delillerini tesbit, muhafaza ve yetkili zabıtaya teslim etmekle görevli ve yetkilidir*”. Kolluğa verilen yetkinin, arama ve elkoyma ile iletişimin denetlenmesi konusunda CMK’nın açık hükümleri saklı kalmak üzere, tesadüf eseri ele geçirilen delilleri de kapsadığı ifade edilebilir. Türk hukukunda kolluğun tesadüfen elde ettiği delilin hukuka aykırı olması, bu delilin yargılamada kullanılamaması sonucuna yol açar²⁸⁸.

²⁸⁵ Öğretide CMK m. 135’in kıyas yoluyla genişletilmesi olanağı bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Koca, “*Deliller*”, s. 218-219; Yenisey, “*Delil*”, s. 55. Bizce de, “tahdîdî nitelikte” olması nedeniyle, 135. madde hükmünün benzetme yoluyla genişletilmesi, kıyas yasağı kapsamına girmektedir. Bununla birlikte gizli soruşturmacı ve teknik takip tedbirlerinde tesadüfi delillerin kullanılması yasağının, genel hüküm olan CMK m. 135’ten değil, özel hükümler olan 139. ve 140. maddelerden kaynaklandığını düşünmekteyiz.

²⁸⁶ Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (PVSK), Kanun No: 2559, Kabul Tarihi: 4.7.1934, RG Tarihi: 14.7.1934, RG No: 2751.

²⁸⁷ Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 476.

²⁸⁸ Alman hukukunda da tesadüfen elde edilen hukuka aykırı deliller kovuşturma aşamasında delil olarak kullanılamamakla birlikte, bu vasıftaki delillerin soruşturma evresinin başlaması açısından “şüphe sebebi” olarak dikkate alınabileceği ve ilk soruşturmadan bağımsız bir ceza soruşturmasının dayanağı olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Feridun Yenisey/Sinan Altunç, “*İletişimin Denetlenmesi Hakkında*”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Ceza Hukuku Derneği, Cilt: II, Ankara, 2008, s. 1313.

XII. ÖZEL KİŞİLERCE ELDE EDİLEN DELİLLERİN HUKUKA AYKIRILIĞI VE KULLANILABİLİRLİĞİ SORUNU

Deliller yalnızca ceza yargılaması organları tarafından değil, fakat aynı zamanda bu vasfı taşımayan özel kişiler tarafından da elde edilmiş olabilir²⁸⁹. Suçun ortaya çıkarılması için devlet görevlileri dışında özellikle mağdur ve suçtan zarar gören başta olmak üzere, diğer sujelere de delil elde etme gayretine girişmiş olabilir. Bize göre, özel kişi, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, delil elde etme konusunda devlet tarafından genel ve objektif bir düzenleyici işleme, kural olarak kanunla, kişi, konu, yer veya zaman bakımından açıkça yetkilendirilmemiş ve/veya görevlendirilmemiş olan herkesi ifade eder²⁹⁰. İşte özel kişilerin yani delil elde etme konusunda kanunun kendisine yetki tanımadığı kimselerin, delil elde ederken, kanunda yazılı izleğe aykırı birtakım eylemlerde bulunması halinde, elde edilen delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı hususunda öğretide farklı görüşler ortaya atılmıştır.

Alman ceza muhakemesi hukukunda CMK'nın (*StPO*) muhakemeye dair hükümlerinin (özellikle ispat metodu yasaklarının) yalnızca ceza kovuşturması ile görevli organlara yönelik olduğu, dolayısıyla özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin ilke olarak yargılamada kullanılabileceği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla örneğin özel kişiler tarafından hırsızlık yapılması yoluyla veya Al. CMK m. 136a kapsamındaki delil yasaklarının ihlal edilmesi suretiyle elde edilen deliller kural olarak kullanılabilecektir²⁹¹. *Roxin* bu ilkenin sınırını, yalnızca “aşırı biçimde insan haklarına aykırı fiiller”in oluşturduğunu düşünmektedir. Örneğin özel bir şahıs ıstıraplı

²⁸⁹ Haluk Çolak/Mustafa Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 962.

²⁹⁰ Şenol (s. 300 vd.), kamusal yetkiyi haiz olmamalarını gerekçe göstererek “özel kişi” yerine “yetkisiz kişi” kavramını tercih etmekte; yetkisiz kişileri, delil toplama yetkisi hiç bulunmayan veya delil elde ettiği sırada böyle bir yetkiye sahip olmayan ya da kanunun öngördüğü şekilde yetkilendirilmemiş olan kimseler şeklinde tanımlamaktadır. Bir diğer görüş ise (Öztunç, s. 178 vd.), özel kişiler veya yetkisiz kişiler yerine doğrudan “resmi sıfatı bulunmayan kişiler” kavramını kullanmaktadır. Belirtmek gerekir ki, “özel”, dilbilimsel açıdan “kamusal”ın ve “resmi”nin karşıtı olduğu kadar “genel”in de karşıtıdır. Ancak hukuka aykırı deliller bahsinde öteden beri doktrin ve uygulama, “özel kişiler”i, resmi görevi ve yetkisi bulunmayan kimseler olarak kabul etmiştir. Bu doğrultuda biz, “özel kişi”, “yetkisiz kişi”, “resmi sıfatı bulunmayan kişi” kavramlarının, her halde hukuken suje, konu, yer veya zaman bakımından yetki ve resmi görev sahibi olmayan kimseyi ifade etmek babında aynı manayı verdiğini düşündüğümüz için çalışmada her üç kavramı birbiri yerine kullanmaktayız.

²⁹¹ Beulke, s. 310, Rn. 478.

davranışlarla yani işkence aracılığıyla bir başkasını ikrara zorlarsa elde edilen delil hukuka aykırı hale gelir²⁹².

Beulke de aynı şekilde özel kişilerce elde edilen delillerin, bazı istisnaların varlığı halinde, hükme esas alınamayacağını belirtmektedir. Öncelikle özel kişilerce insan onurunu açık biçimde zedeleyen fiiller kullanılarak elde edilen deliller geçersizdir. Örneğin maktulün kocasının faile işkence yapmak suretiyle onun işlediği öldürme fiilini zorla itiraf ettirmesi böyledir²⁹³. Yine özel yaşam alanına müdahale niteliği taşıyan günlük veya ses kayıtlarının elde edilmiş olmasının, kolluk ya da üçüncü kişi marifetiyle gerçekleştirilmesi arasında bir fark yoktur²⁹⁴. Özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin mutlak geçerli olduğunu kabul etmek, kolluk kuvvetlerinin özel kişileri hukuka aykırı surette delil elde etmeye ikna etmeleri sonucunu doğurabilir. Bu şekilde elde edilen deliller de hukuken geçersizdir²⁹⁵.

Türk hukukunda 1412 sayılı CMUK döneminde bir görüş, hukuka aykırı delillerin ancak soruşturma ve kovuşturma organları tarafından elde edilmesi durumunda ceza yargılamasında delil olarak kullanılamayacağını, buna karşılık özel kişiler tarafından hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin hükme esas alınabileceğini ileri sürmekteydi. Nitekim bu dönemde Anayasa'da hukuka aykırı deliller konusunda düzenleme olmaması, CMUK'ta sadece soruşturma ve kovuşturma organlarından bahsedilmiş olması²⁹⁶ ve özel kişilerle ilgili açık hüküm bulunmamasının bir sonucu olarak, yasak delil metodlarının özel kişileri bağlamadığı kabul edilmekte olduğundan²⁹⁷, örneğin çalıntı bir belgenin yetkili makamlara verilmesi halinde bu belge değerlendirilmekteydi²⁹⁸.

Bununla birlikte gerek Anayasa m. 38'de yapılan değişikliğin gerekse 5271 sayılı CMK'nın kabul ettiği sistemin, Anayasa değişikliği öncesi

²⁹² Roxin, s. 288-289.

²⁹³ Beulke, s. 310, Rn. 479

²⁹⁴ Beulke, s. 311, Rn. 480.

²⁹⁵ Beulke, s. 311, Rn. 480a.

²⁹⁶ "Delilleri takdir salahiyeti" başlıklı mülga CMUK m. 254'ün, 18.11.1992 tarihinde 3842 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile eklenen 2. fıkrasında açıkça "*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz*" düzenlemesine yer verilmiştir.

²⁹⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 94.4, s. 1478; Erdem, s. 371.

²⁹⁸ Öztürk, s. 115. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Yıldız, Ceza Muhakemesinde İspat, s. 197-198.

dönemden ayrıldığı söylenebilir. Anayasa'nın 2001 düzenlemesinden sonraki dönemde, aslında özel kişilerden açıkça bahsedilmemekle birlikte, kullanılan genel ifadeden hareketle ve Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi gereğince artık mutlak delil yasağının sadece kamusal makamları değil özel kişileri de kapsamına aldığı düşünülmektedir²⁹⁹. Gerçekten -temel haklar ihlal edilsin veya edilmesin- kanuna aykırı olarak toplanan deliller, özel kişiler tarafından da elde edilmiş olsa, hükme esas alınmaması gerekir. Bununla birlikte öğretilerde *Öztürk/Erdem* tarafından savunulan görüş uyarınca, Anayasa ve CMK "kanuna aykırı delil elde etmeyi" yasakladığı için, soruşturma ve kovuşturma makamlarına veya özel kişilere başkaları tarafından getirilen veya tesadüfen bulunan deliller bu yasak kapsamında değildir. Çünkü "elde etmek" ibaresi, aktif olarak delil toplamak anlamına gelmektedir³⁰⁰. Kanaatimizce, "elde etmek" ile "toplamak" eş anlamlı kavramlar değildir. Toplamak her halde icrai hareket gerektirse de elde etmek mutlaka aktif bir davranışa ihtiyaç duymamaktadır. Bunun sonucu olarak mevzuatta geçen "kanuna aykırı delil elde etmek" ibaresinin, ister icrai ister ihmali olsun veya ister bizzat ele geçirilmiş ister üçüncü kişi eliyle iletilmiş bulunsun, kanuna aykırı delillere herhangi bir biçimde ulaşmayı ifade ettiği düşüncesindeyiz.

Türk doktrininde baskın görüş, özel kişilerce elde edilen delillerin de hukuka aykırılık bakımından kamusal makamlardan farklı olmadığı, bu nedenle bilgi veya belge hukuka aykırıysa delil olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönündedir. Örneğin *Özbek*'e göre soruşturma ve kovuşturma organları için dahi yasaklanmış olan hukuka aykırı delillerin özel kişiler için evleviyetle yasaklanmış olacağı söylenebilir. Bu nedenle soruşturma ve kovuşturma organları için geçerli olan delil yasaklarının özel kişiler bakımından da kabul edilmesi gerekir³⁰¹. *Erman* da özel kişilerin hukuka aykırı yollardan topladıkları delillerin hükme esas alınabileceğini kabul etmenin hakkın kötüye kullanılmasına neden olabileceğini düşünmekte ve hukuka aykırı delil toplama yasağının herkes bakımından geçerli olduğunu savunmaktadır³⁰². *Hafizoğulları*, sanığın veya mağdurun, örneğin cebir veya

²⁹⁹ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 500-501; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 376; Özen/Özen, s. 323; Koca, "Deliller", s. 233; Yıldız, "İspat Fonksiyonu", s. 263.

³⁰⁰ Öztürk/Erdem, Ceza Muhakemesi, s. 501; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 376.

³⁰¹ Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 676; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 681-682.

³⁰² Sahir Erman, "Sentez Raporu", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 80.

tehdit kullanarak bir belgenin elde edilmesinde olduğu gibi, hukuka aykırı surette elde ettiği delillerin de hukuka aykırı olacağı, çünkü kanunun düzenlemesi sonucu hukuka aykırı delilin kim tarafından elde edildiğinin önemli olmadığı görüşündedir³⁰³. Şen'e göre de hukuk kuralları herkes için vardır ve herkesi aynı derecede bağlar. Bu nedenle delillerin elde edilmesi ile ilgili normların sadece devlet makamlarını bağladığını söylemek ve bu makamlar dışında kalan kişilerin, fiilleri suç teşkil etmemek şartıyla topladıkları hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılabileceğini iddia etmek, hukuk adına büyük bir yanlışır³⁰⁴.

Bununla birlikte azınlıkta kalan görüş, özel kişiler tarafından hukuka aykırı yöntemlerle delil elde edilmesi halinde, delilin kabul edilebilirliği noktasında ikili bir ayırım yapılması gerektiğini düşünmektedir. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre, özel kişiler tarafından elde edilen delillerin değerlendirilmesi "ihlalin ağırlığına göre" değişecektir. Eğer özel kişinin uyguladığı delil elde etme metodu, kişi hak ve özgürlüklerini ağır biçimde ihlal etmemekte ise elde edilen delil yargılamada kullanılabilir. Buna karşılık özel kişi, işkence gibi önemli ağırlık derecesi arz eden bir yöntemle delil elde ederse, bu durum hukuka aykırı delil yasağı kapsamına girer³⁰⁵. Bir diğer görüş ise üçüncü kişiler tarafından elde edilen delillerin henüz başlangıçta hükme esas alınamayacağını söylemenin güç olduğunu, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin açık düzenleme haricinde yargıcın bu nitelikte bir delili değerlendirme serbestisinin bulunduğunu ileri sürmektedir³⁰⁶.

Her şeyden önce, Anayasa'nın 38. maddesinde, özel kişilerin elde ettikleri delillerin soruşturma ve kovuşturma makamlarının elde ettikleri delillerden salt suje boyutuyla hukuksal değer, etki ve nitelime bakımından farklı değerlendirilmesine yol açacak bir hüküm sevk edilmiş değildir³⁰⁷. Aynı şekilde bu yönde bir farklılığa CMK da müsaade etmemektedir. Koşulları olduğu takdirde, özel kişilerin kamusal makamlardan farklı değerlendirilmesine yol açacak husus, delilin, elde edildiği anda hukuka aykırı olup olmayacağı değerlendirmesine tabi tutulmasından ibaret olmaktadır.

³⁰³ Hafizoğulları, "Ceza Muhakemeleri Usulü", s. 44-45.

³⁰⁴ Şen, Hukuka Aykırı Deliller, s. 175.

³⁰⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 94.4, s. 1478-1479. Aynı yönde bkz. Yenisey, s. 58.

³⁰⁶ Şahbaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 188.

³⁰⁷ Ünver/Hakeri, Sorularla CMH, s. 425.

Bu nedenle Anayasa'da geçen "kanuna aykırı deliller" ve CMK'da ifade edilen "hukuka aykırı deliller" kavramlarını, devletin soruşturma ve kovuşturma ile yetkilendirilmiş olan makamları ile bu tür yetkiye sahip olmayan özel kişiler bakımından "hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanma açısından" birbirinden farklı yorumlamak gerektiğini düşünmekteyiz. Yukarıda değinildiği üzere hukukumuzda mutlak delil değerlendirme yasağı kabul edilmektedir. Bu nedenle ceza yargılaması makamlarının hukuk kurallarına aykırı biçimde elde ettikleri deliller, bütün durumlarda yani muhatabın temel hak ve hürriyetlerini zedeleyip zedelediğine bakılmaksızın, yargılamada kullanılamamalıdır. Fakat özel kişilerce hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, kural olarak mutlak delil yasağına tabi olmakla birlikte, özel kişilerin kamusal yetkileri ve soruşturma makamlarının delil elde etme vasıtalarını haiz olmamalarının bir sonucu olarak³⁰⁸, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde, artık bu şekilde edinilen deliller hukuka aykırılık vasfı taşımayacağından³⁰⁹, bu andan itibaren farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Yani hukuka aykırı delilin kim tarafından elde edildiği dikkate alınmamakta; ancak hangi hallerde delilin hukuka uygun olacağı büyük önem taşımaktadır. Kanımızca özel kişilerce elde edilen delillerin hukuka uyarlık veya aykırılık açısından değerlendirilmesi bakımından "işlenen suç ile ihlal edilen hak arasında makul bir orantının bulunması" ön koşuluyla "başka surette delil elde etme olanağının bulunmaması"³¹⁰ ölçütünün kullanılması, diğer deyişle "resmi makamlara

³⁰⁸ "Belirli tür delil elde etme, araştırma vs. yetkisinin çoğu kez yalnızca soruşturma ve kovuşturma organlarına tanındığı ve özel şahısların bu tür yetkileri olmaması nedeniyle bunların belirtilen amaç ve nedenlerle delil elde etmeleri veya elde etmeye çalışmalarının suç veya hukuka aykırı veyahut kanuna aykırı olacağı gözden kaçırılmamalıdır". Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 701.

³⁰⁹ Bu nedenle öğretide ileri sürülen "özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin kullanılabilmesi" yönündeki görüşü, mutlak delil yasağını kabul ettiğini düşündüğümüz hukuk sistemimiz açısından isabetsiz bulmaktayız. Gerek kamusal gerekse özel kişilerce elde edilen delilleri kullanılabilir kılan, bunların hukuka uygun olması; hukuka uygunluğu sağlayan ise somut olaya uyan bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmasıdır. Yıldız (Ceza Muhakemesinde İspat, s. 198), bu durumu şöyle özetlemektedir: "Eğer bir haklı savunmadan söz ediliyorsa ortada hukuka aykırı bir eylem yoktur. Hukuka aykırılık yoksa zaten bir delil yasağı da yoktur".

³¹⁰ Hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanma koşullarının geniş yorumlanması sonucu ulaşılan ve Yargıtay'ın da çeşitli kararlarında değinilen bu ölçütün, kararlarda açıkça ifade edilmese bile, kayıt ve izleme faaliyetleri için öngörülen koruma tedbirlerinin yasal uygulanma sınırından kaynaklandığı ifade edilebilir. Gerek uzaktan iletişimin tespitine, dinlenmesine ve kayıt altına alınmasına izin veren CMK m. 135'in gerekse teknik vasıtalarla izlemeye ve ses veya görüntü kaydı almaya olanak tanıyan CMK m. 140'ın ancak "başka surette delil elde edilememesi" koşuluyla uygulanabildiğine dikkat etmek gerekir.

hiçbir şekilde başvuru imkânının olmaması” kriterinin esas alınması, ceza yargılamasının amacına uygunluk açısından adil ve isabetli olacaktır. Böylelikle özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delil, mutlak delil değerlendirme yasağının sonucu olarak, sanık hakkında zaten resmi makamlarca hukuka uygun şekilde ele geçirilmiş deliller karşısında korumasız kalacak; buna karşılık sanık hakkında hiçbir delil elde edilememişse, özel kişinin elde ettiği delil, hukuka aykırı değil fakat “hukuka uygun delil” kabul edilerek yargılamada kullanılabilir.

Örneğin bir kimsenin, kendisini cep telefonu ile arayıp cinsel saldırı suçunu işlediğini söyleyen bir komşusunun sesini, ondan habersiz olarak kaydetmesi halinde, başka surette delil elde etme olanağının olmaması ölçütü kullanıldığında, bu ses kaydının hükme esas alınması mümkün olmamalıdır. Çünkü burada CMK m. 135/8-a (4) bendi gereğince soruşturma makamları tarafından da iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurularak delil elde edilmesi pekâlâ mümkündür. Fakat kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı fiilini yetkili makamlara haber verme olanağı olmayan mağdurun, her nasılsa faili oyalayarak, o sırada tesadüfen açık olan bir kameraya kaydetmek suretiyle yani önceden sırf bu delili elde etmek amacıyla planlanmış olmayan bir mekanizma vasıtasıyla saldırıyı kaydetmesi halinde, somut olayda başka türlü herhangi bir delile ulaşması mümkün olmayan muhakeme sujelerinin, artık bu kamera kayıtlarını yargılamada kullanmasının, Anayasa’ya ve CMK’ya aykırılık teşkil etmediğini kabul etmek gerekir. Öyle ki bu halde mağdurun hareketinin “hukuka uygunluk nedenleri” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden söz edilmelidir. *Özbek* de aynı yönde örneğin şantaj ya da tehdit suçuna maruz kalan kişinin kaydettiği sesin delil olarak kullanılabilirliğini, çünkü burada özel hayata müdahalenin bir hukuka uygunluk sebebinden kaynaklandığını düşünmektedir³¹¹. Keza *Yargıtay* da bir kararında, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu bakımından, belli fiiller kendisine karşı işlenen suç failinin hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağını kabul etmiş ancak hukuka uygunluk nedeninin türüne açıkça yer vermemiştir³¹². *Yüksek Mahkeme*’nin bir diğer kararında ise

³¹¹ Bununla birlikte yazar, özel kişilerce elde edilen delillerin suç oluşturmasını önleyen hukuka uygunluk nedeninin, TCK’da düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinden hangisi ile ilişkilendirileceğini açıkça belirtmemektedir. Bkz. *Özbek*, “*Delil Yasakları*”, s. 925.

³¹² “*Sanığın kendisini arayıp hakaret ve tehditte bulunan katılanın konuşmalarını telefonuna kaydetmekten ibaret eyleminde, TCK’nın 133/1 ve 133/2. maddesindeki suçların yasal unsurlarının gerçekleşmediği gözetilmeksizin mahkemece sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi, kanuna aykırıdır*” (Y.12.CD, E: 2011/13850, K: 2012/8229, 26.3.2012). Aynı yönde bkz. YCGK, E: 2010/131, K: 2010/31069, 7.4.2010 (Karar için bkz.

kendisine karşı suç işlenen mağdurun, konuşmaları kayda alması halinde, meşru müdafaa dan yararlanacağına ilişkin öğretilerdeki görüşlere atıf yapılarak, bu halde elde edilen delilin hukuka uygun olacağı kabul edilmiştir. Bahsi geçen karara göre, “...Diğer taraftan, katılan tarafından elde edilmiş olan kayıtların 5237 sayılı TCY'nın Özel Hükümler başlıklı İkinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir. Zira katılan eylemi bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyerek, yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına almaktır. Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur. Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur. Öğretilerde, 'Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır' (Prof. Dr. Ersan Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, sf. 74), ‘... kayıt altına alma’ gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı, ‘kayıtları takip organlarına verme’ ise tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Yani her ikisi de meşrudur. Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suçta vücut vermediği gibi, yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekala delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir.’ (Yrd.Doç. Dr. Ali İhsan Erdağ, TBB Dergisi, 2011(92), sf. 54) şeklinde görüşler mevcuttur”³¹³.

Değirmenci, s. 440). Yenisey (“Delil”, s. 57), özel şahıs tarafından elde edilen bir delilin, kendisine karşı işlenmiş olan suçun delili olması halinde değerlendirme yasağının dışında kalacağını düşünmektedir.

³¹³ YCGK, E: 2012/5-1270, K: 2013/248, 21.5.2013. Konuşmaların kaydedilmesinin suç olup olmadığını yanıtlayan Hakeri/Özkan da bu karara atıf yapmaktadır. Bkz. Hakan Hakeri/Halid Özkan, Sorularla Ceza Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 214, dn. 365. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay’ın, özel kişilerce plansız ve başkaca delil elde etme olanağından yoksun şekilde elde edilen ses kayıtlarının yargılamada kullanılabilmesine dair içtihadı önemli ölçüde yerleşmiştir. Nitekim bir başka kararda, yukarıda referans alınan kararda benimsenen ölçütlere atfen “...saniğin telefonla aradığı katılan ile arasında geçen

Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda yetkisiz kimselerce elde edilen delillerin usule uygun, meşru ve yasal hale gelmesini sağlayan doğrudan bir hukuka uygunluk nedenine ne Anayasa’da ne de kanunlarda yer verilmiştir. Lâfzî yorum yöntemiyle değerlendirilecek olursa, suç mağduru özel kişilerce delil elde edilmesi fiili, kıyas yöntemine başvurmaksızın, gerek meşru savunma gerekse de hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenlerinin yasal koşullarını karşılamamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce başka türlü delil elde etme ve yetkili makamlara ulaşma olanağından yoksun olan suç mağdurunun veya suç işlendiğini gören üçüncü şahısların, orantıyı aşmayan, işkence yasağını delmeyen, hayatın olağan akışına aykırı ve atipik nitelikte olmayan delil elde etme girişimlerinin, 5271 sayılı CMK’da “yetkili olmayan kişilerce ulaşılan deliller” başlığı altında açık bir düzenlemeye kavuşturulması veya CMK m. 217’ye ayrı bir fıkra olarak eklenmesi gerekmektedir. Bu yönde bir düzenlemeyle birlikte bir yandan hem öğretide hem de yargıda süregelen görüş ayrılıkları ve içtihat farklılıkları sonlandırılmış, öte yandan failin yarışan kanun hükmünü ifa ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanmasının kanuni koşulları sağlanmış olacaktır.

Mevcut CMK’da -olması gereken hukuk açısından- yukarıda önerilen veya benzer şekilde özel kişilerce elde edilen delili hukuka uygun hale getirmeye matuf açık hüküm bulunmadığı müddetçe, ceza hukukundaki adalet ve usul hukukundaki maddi gerçeğe ulaşma prensiplerinin sonucu olarak, bir hukuka uygunluk nedeni ile ilişkilendirmek zorunluluğu ortaya çıktığında, kanımızca, hukuka uygunluk nedenlerinde kıyas yapmak ve TCK m. 25/1’in uygulama alanını delil toplayarak kendisini savunan lehine genişleterek, başka

konuşmaların, önceden bir plan dahilinde bu konuda hazırlığa girişmeyen ve sanığı böyle bir görüşme ve konuşma gerçekleştirmeye yöneltmeyen katılan tarafından gizlice kaydedilmesi, kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi tehlikesini ortadan kaldırmaya yönelik ve zorunlu bir önlem niteliğinde olduğundan, ayrıca telefon görüşmesi vakası, içeriği dışında sanık tarafından da doğrulandığından, hukuka uygun biçimde elde edildiği saptanan bu ses kaydının delil olarak kabulü” ne karar verilmiştir. Bkz. Y.4.CD, E: 2014/12152, K: 2014/15473, 7.5.2014. Ayrıca söz konusu içtihadı bir internet sitesinin hukukçular arasında yaptığı oylamada “2013 yılının en iyi Yargıtay kararı” seçilmesi nedeniyle basında da yer verilmiştir. Bkz. T24, Yargıtay: Yasa dışı ses kaydı suç varsa delildir, <http://t24.com.tr/haber/yargitay-yasa-disi-ses-kaydi-suc-varsa-delildir,258326>. Yargıtay’ın meşru müdafaa gerekçesiyle delillerin değerlendirilebileceğine dair kararlarının isabetli olduğunu savunan bir görüş (Öztunç, s. 182-183), telefon görülmelerinin kayda alınması durumunda, arayanın kim olduğundan hareketle, ikili bir ayırım yapılması gerektiği düşüncesindedir. Yazara göre, delili kullanan kişi telefonda suç işleyeni arayıp, onu aldatarak planlı biçimde ses kaydı yapıyorsa, delil hukuka aykırıdır; aksi halde yani kendisini arayan kimsenin sesini kayda alıyorsa, bu ses kaydı hukuka uygun bir delildir.

surette delil elde etme ve resmi makamlara başvurma olanağından yoksun olan bir özel kişinin ihlal edilen hakkı ile orantılı şekilde elde ettiği delilin “meşru savunma” kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmalıdır.

Öğretide bir görüş, *Yargıtay CGK*'nın 5-1270/248 sayılı kararında da atıf yapıldığı üzere, TCK m. 133 bağlamında “kayıt altına alma” fiilinin “gerçekleşen” haksız saldırıya karşı, buna karşılık “kayıtları ceza takip organlarına verme” fiilinin ise “tekrarı muhakkak” bir haksız saldırıya karşı yapıldığı; bu nedenle kayıt işleminden sonra haksız saldırının artık bittiğinden bahisle kayıtların verilmesi durumunda meşru müdafanın uygulanmaması gerektiği düşüncesinin isabetli olmadığı, yani her iki durumun da meşru savunmanın örneği olduğu düşüncesindedir³¹⁴. Kanımızca kayıt altına alma ve kaydı yetkili makamlar huzurunda ileri sürme fiillerini hukuka uygunluk nedenleri bakımından ikiye ayırmak gerekir. Kabul ettiğimiz düşünceye göre kayıt altına alma eylemi meşru savunma olarak kaydı zaten hukuka uygun kılmaktadır. Kaydın ileri sürülmesi ise hukuka uygun hale gelen delilin hak arama hürriyeti çerçevesinde kullanılmasından ibarettir. Diğer bir deyişle “savunma” fiilinin meşruluğu kayıt altına alma ile sınırlı olup, bu kaydın ileri sürülmesini savunma değil “hak arama” olarak değerlendirmek gerekir.

Bir diğer görüş ise meseleyi ikili bir ayrımla inceleme yoluna gitmektedir. Buna göre ardı ardına hakaret veya tehdit fiillerine maruz kalan kimsenin -işlediği fiilin tipik olması koşuluyla- elindeki kayıt cihazını göstererek konuşmayı kaydetme yoluna gideceğini belli etmesi örneğinde olduğu gibi, saldırıyı savuşturma amacı taşınması halinde, meşru müdafadan söz edilebilir. Buna karşılık saldırıya maruz kalan kişi, kayıt eylemini, saldırgandan habersiz biçimde ve sadece kanıtların kaybolmasını engellemek maksadıyla gerçekleştiriyorsa, bu hukuka uygunluk nedeni delil toplamayı kapsamadığından, meşru müdafaa mümkün olamaz. Bu ikinci olasılıkta, ses kaydı yapan kimsenin TCK m. 30/4’te düzenlenen haksızlık yanılığ³¹⁵ nedeniyle kusurluluğunun kalkacağı ileri sürülmektedir³¹⁶. Kanımızca, bu ikinci olasılık açısından haksızlık yanılığına dayanmak, TCK m. 133’teki

³¹⁴ Ali İhsan Erdağ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 92, Ankara, 2011, s. 53.

³¹⁵ TCK m. 30/4: “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz”.

³¹⁶ Yusuf Yaşar, “Bir Suçun İspatı Amacıyla İletişimin Kayda Alınmasının Hukuki Niteliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 4, Ankara, Temmuz 2013, s. 393-394.

tipik fiili gerçekleştirdiği sabit bulunan kimsenin, bu fiil sonucu elde ettiği delilleri yargılamada kullanamaması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Nitekim haksızlık yanılığısı halinde failin işlediği fiilin suç olma özelliği etkilenmemekte, yalnızca kusuru bulunmadığı gerekçesiyle kendisine ceza verilmemektedir. Hukukun -her ne kadar failine ceza verilemese de- bir yandan saldırıyı kaydeden tarafından işlenen fiilin suç vasfını sürdürdüğünü kabul etmesi, fakat öte yandan bu suç sonucu elde edilen delilin tehdit veya hakaret edenin kovuşturulduğu bir başka muhakemede ileri sürülebilmesine olanak tanınması çelişki oluşturmaktadır. Bu nedenle kusurluluğu kaldıran nedenlerin veya diğer adıyla mazeret nedenlerinin, işlenen fiili ve bu fiilden elde edilen delillerin hukuka aykırı niteliğini etkilemeyeceği açıktır. O halde özel kişilerce görünüşte usul kurallarına aykırı olarak elde edilen delilin meşru ve geçerli bir delil olarak ileri sürülebilmesinin tek şartının, bu kurallara aykırılığı bertaraf edecek ve gerek maddi gerekse şekli ceza hukuku bakımından fiilin hukuka uygun olduğu sonucunu doğuracak bir “hukuka uygunluk nedeni” bulunması olduğu ifade edilebilir³¹⁷. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin türünün saptanması son derece tartışmalı olmakla birlikte, TCK sistematığı dikkate alındığında, açık bir yasal düzenlemeye kavuşturuluncaya dek, yetkisiz şahısların muhakeme kurallarına şeklen aykırı görünen fakat içerik itibarıyla hukuk sistemine uygun olan fiillerini meşru müdafaa kapsamında mütalaa etmek en uygun çözüm olarak görünmektedir.

Bu noktada meşru müdafaa savunmanın saldırıyı defedebilecek ölçüde yapılması gerektiği, hâlbuki özel kişinin delil elde etmeye yönelik hareketinin (örneğin ses veya görüntü kaydetme ya da saldırganın ait malvarlığı değerini ele geçirme gibi) saldırıyı savuşturacak boyuta ulaşmadığı, saldırganın ve bazı hallerde savunmanın dahi savunma fiilinden haberdar olmadığı eleştirisi yöneltilebilir. Ne var ki meşru müdafaa ölçülülük koşulu, saldırı ile savunma arasında eşdeğerliği değil savunma hareketinin ölçüsüzlüğünü önlemek açısından fiilin üst sınırını tespit etmektedir. Savunmanın saldırı ile orantılı olması, meşru müdafaa ile ölçüsüz ve kanunsuz şahsi mücadele arasındaki sınırı tayin eder³¹⁸. Bu sınır, saldırı ve savunmada kullanılan

³¹⁷ Aksi yönde, meşru savunma halindeyken suç işleyen kimseye ceza verilemeyeceği, ancak bu kişinin hukuka aykırı olarak elde ettiği delilin hukuka uygun hale de gelmeyeceği görüşü için bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 678.

³¹⁸ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: II, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s. 117, par. 813; Kayıhan İçel, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 325.

araçlara ve bunların konusunu oluşturan haklara göre belirlenir³¹⁹. Bir hakkın korunması için daha değerli bir hakkın zarara uğratılması, değerler arasında dengesizlik anlamına gelmez³²⁰. O halde savunma, saldırıdan daha hafif olabilir; ancak orantının aşılması için saldırıdan çok daha ağır olmamalıdır³²¹. Dolayısıyla “Çok, azı kapsar” prensibinden hareketle, haksız bir saldırıyı, o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile –şartları oluştuğunda saldırganın hayatına ve vücut dokunulmazlığına karşı dahi olsa- işlenen fiillerden dolayı savunmanın fiilini hukuka uygun kabul eden³²² ceza hukukunun, aynı saldırı karşısında failin yalnızca sesi ve görüntüsü üzerindeki kişilik hakkının veya özel hayatının yahut mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelebilecek bir savunmaya cevaz vermemesi düşünülemez³²³. Böylesi bir yorumun ceza hukukunda kıyas yasağına aykırı olmadığı düşüncesindeyiz. Nitekim ceza hukukunda kıyas yasağının kanunen suç ve ceza içeren hükümlere özgülenmesinin yanı sıra genel hükümlerde yasaklananın aleyhe kıyas olduğu; ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde karşılığını bulduğu üzere, failin lehine olan hallerde, kıyas yöntemine başvurmanın kanunilik ilkesine aykırı olmayacağı öğretide savunulmaktadır³²⁴.

³¹⁹ Muharrem Özen, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 122.

³²⁰ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s. 336-337.

³²¹ “Saldırgana yapılan kötülük, bu kişi tarafından tehdit edilen veya gerçekleştirilmek istenen kötülükten hafif veya ona eşit yahut hoşgörü ile karşılanabilecek oranda ondan ağır olduğunda bu oran var demektir”. Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara, 2005, s. 146.

³²² TCK m. 25/1’e göre, “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faille ceza verilmez”.

³²³ Aksi görüşte olan Ünver/Hakeri’ye göre (Ceza Muhakemesi, s. 676) “Haklı savunma haksız bir saldırıyı defetmek amacıyla yapılan bir saldırı olduğuna göre, suç işlenmesini veya buna teşebbüsü önleme veya yarıda kesme olanağı bulunmayan, aksine suç işlenmesine göz yumularak sadece bunun ispatı için tespit yapma eyleminin, saldırıyı defetmeye yönelik yapılmamasına ve saldırıyı engelleme etkisi bulunmadığına göre, nasıl haklı savunma hareketi sayıldığı, mantık kurallarınca izah edilebilir bir şey değildir”.

³²⁴ Hukuka uygunluk nedenlerinde kıyas görüşü için bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 20; Toroslu, Ceza Hukuku, s. 61; Hakeri, s. 303. Ceza hukukunda hâkim hukuk yaratamaz, suç ve ceza koyamaz, ancak hukuka uygunluk nedenlerinde hem örf ve âdetten yararlanabilir hem de kıyas yoluna başvurabilir. Bkz. Zeki Hafizoğulları, “Sanığın Siyasi Hakları”, Konferans, Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi, Ankara, 9.5.2011, s. 35-36. Aksi yönde bkz. Arslan/Özkul, s. 47-48.

Burada ayrıca meşru müdafanın saldırıya ilişkin koşulları arasında yer alan “mevcut saldırı”nın bulunmadığı, zira elde edilen delilin saldırı sona erdikten sonra kullanıldığı yönündeki bir endişenin yerinde olmayacağını da belirtmek gerekir³²⁵. Keza delil elde eden özel kişinin, salt bu delili elde etmeye yönelik davranışları –başlı başına savunma sayılarak- meşru müdafaa oluşturacaktır³²⁶; yoksa bu kimsenin elde ettiği delili soruşturma ve kovuşturmaya yetkili organlar huzurunda ileri sürmesi, hukuka aykırılık veya uygunlukla ilgili olmayıp, meşru savunma nedeniyle zaten hukuka uygun hale gelen fiil dolayısıyla elde edilen delilin ispat hakkı çerçevesinde ileri sürülmesinden ibarettir. Öğretide de söz gelimi TCK m. 133’te düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunda, meşru müdafanın, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak ortaya çıkabileceğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır. Buna örnek olarak kendisini telefonla tehdit eden karşı tarafın sesini kaydeden kişinin işlediği fiil gösterilmektedir³²⁷. Aynı şekilde Alman Ceza Kanunu’nun 201. maddesinde yer alan konuşmaların gizliliğinin ihlali suçu bakımından, şantaj suçunun mağduru olan kimse tarafından gizlice alınan ses kaydını haklı kılan nedenler arasında meşru müdafanın kabul edildiği görülmektedir³²⁸. Burada

³²⁵ Koca/Üzülmez’e göre, bir kimsenin, kendisine karşı yüz yüze veya telefonla söylenen hakaret, tehdit, şantaj ve cinsel taciz fiillerini kaydetmesi halinde, hukuka uygunluk nedeninin varlığından değil, “fiilin tipik olmadığından” söz edilmelidir. Bununla birlikte bu tür davranışlar hukuka uygunluk nedeni içinde değerlendirilecek olursa, meşru müdafaa değil fakat “ihbar veya şikâyet ya da savunma hakkının kullanılması” kapsamında mütalaa edilerek hukuka uygun görülmesi mümkündür. Çünkü tehdit, şantaj, hakaret ve cinsel taciz içeren ifadelerin söylendiği anda suç tamamlanacağı için meşru müdafanın mevcut saldırı şartı problemlili hale gelmektedir. Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s. 495.

³²⁶ Nitekim delili elde eden özel kişinin fiilinin yöneldiği amaç, sonuç olarak bu kişinin saldırıya uğrayan hak veya menfaatini yani cinsel dokunulmazlığını, şerefini veya hürriyetini korumaktan ibarettir. Bu korumadan saldırganın haberinin olup olmaması, savunmanın varlığı veya zorunluluğuna etki etmemelidir. Meşru savunmada bulunanın savunma iradesi ile hareket etmesi bizce sırf hareket suçlarında delili elde etmeye yönelik davranışın yapılması anı ile sınırlıdır. Bu nedenle daha sonra ileri sürülecek delilin savunmada zorunluluk koşulunu sağlamadığı gerekçesi yetersiz kalmaktadır. Zira savunmada zorunluluk koşulu, her durumda aynı nedenlere tabi olmayıp, içinde bulunulan yere, olayın gerçekleşme koşullarına ve fiilin sujelerine göre değişmektedir. Savunmada zorunluluk şartı hakkında bkz. Özen, Meşru Müdafaa, s. 114; Toroslu, Ceza Hukuku, s. 144.

³²⁷ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 515; Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt: 2, Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 938.

³²⁸ Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999, s. 949, § 201, Rn. 12; Bernd-Rüdeger Sonnen,

şantajcının sesinin belirlenebilmesi ve suçun savuşturulabilmesi bakımından failin telefon konuşmalarının “devam eden saldırı” olarak dikkate alındığı söylenebilir³²⁹. Kamuya hitap etmeyen konuşmaların gizliliğini ihlal suçu için de Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 100a ve 100b maddelerinde kamusal makamlara yönelik bile sınırlı tutulan hukuka uygunluk sebepleri, özel kişiler tarafından sözün gizliliğinin ihlal edilmesi halinde daha zor şartlara tabi olan meşru müdafaa içinde mütalaa edilmektedir³³⁰. Özellikle yüz yüze veya telefonda işlenmesi durumunda yetkili makamların delil elde etmesinin mümkün olmadığı, hakaret ve cinsel taciz gibi bazı sırf hareket suçlarını kanıtlamak amacıyla alınan ses ve görüntü kayıtlarını da aynı nedenle hukuka uygun kabul etmek gerekir. Elbette tüm bu hallerde, kanunen yetkili olmayan özel kişi, delil elde etme konusunda sınırsız bir serbestiye sahip değildir. Delilin ne zaman hukuka uygun olacağı noktasında öğretide ileri sürülen şu ayrımın, hukukumuzda geçerli olan mutlak delil yasağı açısından isabetli olduğunu düşünmekteyiz: “*Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır. Suç mağduru olduğunu iddia eden kişinin, önceden kurduğu düzenek yoluyla telefon görüşmelerini kaydettiğinin anlaşılması halinde, elde edilen bu kayıt hukuka aykırı delil sayılacaktır*”³³¹. Aynı şekilde suç işlenip tamamlandıktan sonra, delillerin tespiti ve elde edilmesi kanunla yetkili kılınmış makamlara ait olacağından, bu aşamadan sonra özel kişilerce elde edilecek deliller de hukuka uygun kabul edilemez³³².

Strafrecht Besonderer Teil, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005, s. 83; Fazıl Sağlam, “*Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 1-4, Ankara, 1977, s. 109.

³²⁹ Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2012, s. 168, § 12, Rn. 533.

³³⁰ Hans-Heinrich Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev: Feridun Yenisey, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 95.

³³¹ Şen, Telefon Dinleme, s. 129; Şen, “*İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*”, s. 114. Bir diğer görüş ise (Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 296), mağdurun, karşı tarafı kışkırtmamak koşuluyla önceden hazırladığı düzenek vasıtasıyla, kendisine yönelen ve suç oluşturan sözleri kaydetmesi halinde de hukuka uygun bir delilden söz edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Biz, bu halde sesi kaydeden kişinin, suç teşkil eden sözlerin sarf edilmesi ihtimaline binaen önceden bir düzenek kurmak yerine, suçun işlenmesini önlemekle görevlendirilmiş makamlara gerçekleşmesi muhtemel olan fiili haber verme olanağı bulunduğunu, bunun doğal sonucu olarak salt suçun işlenmesini beklemek amacıyla oluşturulan bir düzenekle elde edilen her türlü delilin hukuka aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

³³² Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 297.

Yukarıdaki kabulün doğal sonucu olarak, resmi makamlarca elde edildiğinde hukuka aykırı sayılacak bir delili, özel kişilerce elde edilmesi durumunda -koşulları varsa- hukuka uygun hale getiren nedenin “hak arama hürriyeti” olduğunun ileri sürülmesi, kanımızca olanaklı gözükmemektedir³³³. Nitekim hak arama hürriyetini düzenleyen 1982 Anayasası’nın 36. maddesinin ilk fıkrası gereğince, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkı bulunmaktadır. Başka surette delil elde edemeyen ve soruşturma makamlarını harekete geçiremeyen bir kimsenin ölçülülük ilkesine uygun biçimde elde ettiği delilin, hak arama hürriyeti bağlamında meşru bir delil olarak kabul edilmesi gerektiği zaten ortadadır. Ne var ki hak arama hürriyeti, delili “*meşru hale getiren*” bir hukuka uygunluk nedeni değil, AY m. 36/1’de “meşru vasıta ve yollar” ibaresiyle de belirtildiği üzere, “*zaten meşru olan*” bir delile dayanarak davacı ve davalı olabilme özgürlüğüdür³³⁴. O halde bir kimsenin belli bir delile dayanarak hak arama

³³³ Öğretide bir görüş, cinsel saldırı, tehdit, iftira, hakaret gibi suçlar bakımından mağdurun hem haberleşmenin içeriğini kaydetmesini ve hem de delil olarak soruşturma makamlarına iletmelerini, savunma hakkının kullanılması yani “hakkın icrası” hukuka uygunluk nedeni içerisinde değerlendirmektedir. Bkz. Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 508; Hamide Zafer, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukuku Yoluyla Korunması (TCK m. 132-134), Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 121. Aynı yönde bkz. *Değirmenci* (s. 437), (A) ile (B) arasında bilgisayar üzerinden gerçekleşen görüntülü konuşma esnasında, (A)’nın, kendisine hakaret ve tehdit içeren cümleler kuran (B)’nin görüntüsünü ve sesini kaydetmesi halinde, TCK m. 132/3’ün tipikliğini karşılandığı söylene bile, (A)’nın eyleminin ihbar ve şikâyet hakkının kullanılması kapsamında hukuka uygun kabul edilmesi ve elde edilen delilin bu nedenle yargılamada kullanılabilmesi gerektiğini savunmaktadır.

³³⁴ Aksi görüşte olan *Şenol*’a göre (s. 312-313), yetkisiz kişilerin kendi menfaatleri ile ilgili uyuşmazlıklarda kullanılmak üzere delil toplayabilmesinin Anayasal dayanağını hak arama hürriyeti oluşturmaktadır. Yazar, hak arama hürriyetinin, kişinin kendi davasının delillerini hazırlayabilmesini de içereceğini; ayrıca AY m. 36’daki “meşru vasıta ve yollar” ibaresinin, elde edilen delilin hukuka uygunluğu veya aykırılığıyla ilgisinin bulunmadığını, çünkü söz konusu maddenin amacının ihkak-ı hakkı yasaklamak olduğunu ileri sürmektedir. Biz, “meşru vasıta ve yollar” ibaresinde geçen “meşru” ifadesinin “hukuka uygun” anlamına geldiğini düşündüğümüzden, delili ayrıca hukuka uygun hale getiren bir neden bulunmadıkça, ispat hakkının olay anına kadar geriye yürütülemeyeceği kanaatindeyiz. Nitekim *Anayasa Mahkemesi* de, meşru vasıtalarından “yasal ve hukuki yolları” anladığını şu cümlelerle belirtmektedir: “Hiç kuşku yok ki, bu ‘meşru vasıta ve yollar’, hukuk devletinde saygıyla karşılanan, yurttaşların en doğal hakları içinde yer alan, hukuksal nitelikleri tartışmasız, yasal yollar ve yöntemlerdir” (AYM, E: 1988/36, K: 1989/24, 2.6.1989). Kaldı ki yazarın dayanağının (bkz. s. 313) aksine, hukuk düzenimizde hak arama hürriyetinin koşulları arasında, kişinin kolluk güçlerini harekete geçirme imkânının bulunmamasını veya

hürriyetinden yararlanabilmesi için, delili “*hak arama hürriyetinin kullanılmasından önce*” hukuka uygun hale getiren bir nedenin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle özel kişilerce saldırı ile orantılı biçimde ve kendisini yargı mercileri önünde savunmak amacıyla elde edilen delilin “meşru savunma” sınırı içerisinde kalacağı; fakat savunmanın meşruluğunun doğal sonucu olarak, elde edildiğinde “meşru” olduğu kabul edilen delilin muhakemede kullanılmasının da “hak arama hürriyeti” içerisinde değerlendirilebileceği söylenebilir. Diğer bir deyişle hakkın kullanılması ancak meşru savunma sonucu elde edilen delilin yetkili makamlar önünde ileri sürülmesi ile sınırlıdır. Nitekim hakkın kullanılmasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için hukuk düzeni tarafından korunan ve doğrudan kullanılmaya müsait olan subjektif bir hakkın bulunması gerekir³³⁵. Söz konusu hak, herhangi bir hukuk kuralından (Anayasa, yasa, düzenleyici işlem, sözleşme, örf ve âdet vs.) kaynaklanabilir³³⁶. Hâlbuki bir kimsenin kendisine yönelik suç teşkil eden eylemler karşısında “delil elde etme hakkı”nın bulunduğuna dair bir hükme Türk hukukunda açıkça yer verilmiş değildir³³⁷. Keza medeni hukukla ilgili iddiaların oluşumu açısından, örneğin Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) 229. maddesinde olduğu gibi, devlet makamlarına ulaşılamaması halinde ve tehlike nedeniyle acil müdahaleye gereksinim duyulan durumlarda kişilere tanınan “kendiliğinden hak alma hakkı”³³⁸ da hukukumuzda kabul edilmemektedir. İddia ve savunma hakkının olayın henüz gerçekleştiği delil elde etme anına kadar geri götürülmesi ise mümkün gözükmemektedir.

delilin derhal ele geçirilememesi halinde kaybolma ihtimalinin yüksek olmasını arayan bir norm bulunmadığı gibi, ispat hakkının hangi gerekçeyle bu koşulları kapsamına aldığı da belirsizdir. Oysa olan hukukta söz konusu şartların, meşru savunmanın aciliyet ve orantılılık koşulları içerisinde değerlendirilmeye müsait olduğu söylenebilir.

³³⁵ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 288; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 214.

³³⁶ Faruk Erem, “*Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 41, Sayı: 1-4, Ankara, 1990, s. 9; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 266.

³³⁷ Kanımızca, kanun koyucu şayet delil elde etmeyi bir hak olarak görseydi, 5271 sayılı CMK’nın 90. maddesindeki yakalama hakkına benzer bir maddenin yasada istisna hüküm olarak yer alması gerekirdi.

³³⁸ Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku, Genel Kısım-I*, Ed: Yener Ünver, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 326-328. Bkz. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 229 Selbsthilfe, <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>.

Üçüncü kişilerce elde edilen delillerin hukuka uygun olması halinde delili meşru hale getiren nedenin varlığı konusunda ileri sürülebilecek bir diğer argüman da delil elde eden ile delili kullananın aynı kişi olmaması durumudur. Bu tür bir ihtimalde, delilin elde edilmesi aşamasında üçüncü kişi lehine meşru müdafanın mümkün olduğu, buna karşılık üçüncü kişi lehine hak arama hürriyetinden yararlanmanın mümkün olmadığı söylenebilir. Örneğin bir arkadaşının tehdit edildiğini gören kişinin, fail ve mağdurdan habersiz olarak onları cep telefonunun kamerasıyla görüntülemesi halinde, yapılan davranışın, görüntüyü kaydeden açısından, hak arama hürriyeti kapsamına girdiğini söylemek güçtür. Buna karşılık aynı davranış, kaydı yapan açısından, üçüncü kişi lehine meşru müdafaa kapsamında değerlendirilebilir. Bu halde görüntüleri kaydeden yani meşru savunmayı gerçekleştiren kişi ile görüntüleri muhakemede delil olarak ileri süren yani hak arama hürriyetinden faydalanan kişi birbirinden ayrılmaktadır.

Ancak önemle ifade etmek gerekir ki, özel kişilerce elde edilen delillerin hukuka uyarlık koşulunu ifade etmek üzere yukarıda kullanılan ölçütün bir yansıması olarak, başka surette delil elde edilemeyecek ve soruşturma makamları harekete geçirilemeyecek olsa bile, bir özel kişinin bir başkası üzerinde işkence olarak nitelendirilebilecek fiillerde bulunması halinde, elde edilen delilin hiçbir biçimde hükme esas alınması mümkün olmamalıdır. Nitekim işkence yasağı³³⁹, mutlak bir yasak olup³⁴⁰, hangi koşul altında

³³⁹ AİHS'nin işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi uyarınca “Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz”. Hüküm, hemen aynı ifadelerle 82 Anayasası'nın 17. maddesinin 3. fıkrasında da yer almaktadır.

³⁴⁰ AİHS'nin 2. maddesinin 2. fıkrasında, koşullarının gerçekleşmesi halinde yaşam hakkının bile istisnalarına yer verildiği halde, 3. maddedeki işkence yasağına yönelik, olağanüstü haller dâhil olmak üzere, herhangi bir istisnanın kabul edilmediği görülmektedir. Nitekim AİHM tarafından da işkence yasağı, istisnası olmayan mutlak bir yasak olarak görülmektedir. AİHM'ye göre, “Madde 3, demokratik toplumların en temel değerlerinden birisini içerip korumaktadır. Sözleşmenin bu maddesi, hatta çok zor şartlarda, mesela terörizm ve organize suçlara karşı sürdürülen mücadelede bile, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezanın kullanılmasını mutlak olarak yasaklamaktadır. Madde 3, Sözleşmenin ana metninde ve protokollerinde yer alan birçok maddeden farklı olarak, bir istisna içermediği gibi, bu maddenin bir ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hallerde madde 15/2 gereği askıya alınması da mümkün değildir”. Bkz. European Court of Human Rights, “Case of Ireland v. The United Kingdom”, App. No: 5310/71, Strasbourg, 18 January 1978; “Case of Soering v. The United Kingdom”, 14038/88, 07 July 1989; “Case of Chahal v. The United Kingdom”, 22414/93, 15 November 1996; “Case of Selmouni v. France”, 25803/94, 28 July 1999. AİHS m. 3'ün ihlaline yönelik Türkiye aleyhine verilen bir karar için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Aktaş/Türkiye Davası”, B. No: 24351/94, Strazburg, 24.4.2003. Öldürme ve insan üzerinde deney yapma fiillerinden farklı

işlenirse işlensin, bir hukuka uygunluk sebebi olarak suça etki etmesi ya da bir delil vasıtası olarak muhakemeye konu edilmesi olanağı bulunmamaktadır. Aynı şekilde öldürme veya ağır yaralama boyutuna ulaşan fiillerle hukuka uygun delil elde edilmesi de mümkün değildir. Aslında tüm bu fiiller kuralın birer istisnası olarak ele alınmamalıdır. Keza bu gibi hallerin tümünde, meşru müdafada savunma hakkına ilişkin orantılılık koşulunun gerçekleşmediği ve meşru müdafada sınırın kasten aşıldığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı ve insan onuru dışında kalan hakların, ispat edilmeye çalışılan suçun koruduğu hukuksal değerle orantılı olup olmadığının tespiti ise tek tek inceleme konusu yapılamayacak ölçüde geniş olduğu için, bunların, somut olay açısından mahkemenin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Özetle, özel kişiler tarafından elde edilen ve başlangıçta ceza muhakemesi kurallarını şekli açıdan ihlal ettiği düşünülen delillerin *meşru savunma* sayılarak hukuka uygun delil olarak kabul edilmesi için, i) *özel kişinin delil elde ederken ihlal ettiği hak ile delile ulaşılarak ispat edilmek istenen hak arasında bir orantının bulunması (örneğin, hangi suç ispat edilmeye çalışılırsa çalışılsın, orantı şartını her halde öteleyeceği için, işkence, ölüm veya neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama gibi ciddi/ağır fiillere başvurulmamış olması), ii) başkaca herhangi bir surette delil elde etme olanağının bulunmaması* koşullarının birlikte aranması gerektiğini düşünmekteyiz.

Özel kişilerce delil elde etme yasağının, mutlak delil yasağı açısından değil fakat hukuka uyarlık noktasında resmi makamlardan farklı uygulamaya tabi tutulması gerektiğine yönelik bir diğer gerekçe olarak, kanımızca, “yasak delili elde eden özel kişinin ceza sorumluluğu” gösterilebilir. Nitekim delilin her durumda hukuka aykırı olduğu kabul edilecek olursa, delili hukuka aykırı şekilde elde eden özel kişinin, bu hukuka aykırı fiilinden dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir. Örneğin kendisini tehdit eden kişinin sesini telefona kaydeden özel kişi, TCK’nın 133. maddesinde düzenlenen “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu”³⁴¹ndan sorumlu tutulabilecektir. Bu halde aslında maddi gerçeklikte fail olan kişi, bir suçun mağduru; maddi gerçeklikte mağdur olan ve kendini savunma saikiyle hareket

olarak, işkence ve insan onuruna aykırı davranma yasağının, Anayasa’nın 17. maddesinin emredici düzenlemesi gereği iç hukuk yönüyle aynı zamanda bir “mutlak anayasal yasak” olduğu söylenebilir.

³⁴¹ TCK m. 133/1 gereğince “Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

eden kişi ise işlenen suçun faili gibi değerlendirilecektir. Hâlbuki bu örnekte başka surette delil elde etme olanağının bulunmaması ölçütü kullanıldığında, özel kişi tarafından elde edilen delil –meşru müdafanın ölçülülük koşulunu ortadan kaldırarak elde edilmediği müddetçe- yargılamada kullanılabilmesi için³⁴², ceza sorumluluğunun yöneldiği kişi ile maddi gerçeğe ulaşma amacı arasında tutarlılık sağlanacağı ifade edilebilir.

XIII. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DOSYADAN ÇIKARILMASI

Hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerin dava dosyasından çıkarılıp çıkarılmayacağı sorunu öğretilerde tartışılan bir konudur. Her şeyden evvel, bir delilin hukuka aykırılığını, taraflar ileri sürebilir veya mahkeme kendiliğinden bu hususu inceleme konusu yapabilir. Öğretilerde esas uyuşmazlığı görmeye yetkili olan mahkeme tarafından yapılacak bu inceleme, bir tâli ceza muhakemesi olarak ele alınmakta ve “delil yasakları davası” olarak adlandırılmaktadır³⁴³. Bu sorunun çözümü konusunda özetle iki görüş bulunduğu ifade edilebilir. Görüşlerden ilki, usulsüz kanıtların dosyadan çıkarılması gerektiği; ikinci görüş ise, delillerin hiçbir şekilde dosyadan çıkarılmayacağı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

1412 sayılı CMUK döneminde, çoğunluk görüşü, yasak delillerin dosyadan çıkarılmaması gerektiği yönünde şekillenmiştir³⁴⁴. Örneğin *Öztürk*'e göre, delilin dosyadan çıkarılması kesinlikle mümkün değildir. Yazar, bu görüşünü esasen üç temel gerekçeye dayandırmaktadır. Birincisi, delil dosyadan çıkarıldığında, üzerinde denetim sağlanamayacağından, ceza muhakemesi tekniği buna engeldir. İkincisi, hukuka aykırı elde edildiği belirlenen önemli bir delilin, bir süre sonra adli hata sebebiyle bu şekilde

³⁴² Tehdit suçu, CMK m. 135/8'de yer verilen katalog suçlar içerisinde yer almadığından, yetkili makamlar bu suç açısından iletişimin denetlenmesi tedbirine başvuramaz. Bu durum, mağdurdan yetkili makamlara başvurmasını beklemek ihtimali açısından, uygulamada işlenen suçla ilişkin delil elde edilememesi sonucunun ortaya çıkması anlamına gelir.

³⁴³ Öztürk, s. 45; Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 664; Şen, Hukuka Aykırı Deliller, s. 206. Belirtmek gerekir ki, bu yönde bir prosedür kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Öğretilerde (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 94.5, s. 1480; Yenisey, s. 58), tutukluluk veya yer yönünden yetkisizlik kararlarında olduğu gibi, bir tâli ceza davasının kanunda açıkça yer alması gerektiği; kanuna aykırılık konusundaki kararın ise soruşturmada hâkim, kovuşturmada esas mahkemesi tarafından verilmesinin isabetli olacağı ileri sürülmektedir.

³⁴⁴ Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 676; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 682.

değerlendirildiğinin ortaya çıkma ihtimali vardır. Üçüncü olarak, yasak delilin hâkimi etkilemesi söz konusu olamaz, zira bu kadar kolay etkilenen bir hâkimin genel anlamda tarafsız ve bağımsız olacağı söylenemez³⁴⁵. Fakat yine de bu delillerin hâkimi etkileyebileceği iddialarının önüne geçmek için, hukuka aykırı deliller, dava dosyasında ancak ayrı bir zarf içinde muhafaza edilebilir³⁴⁶.

Ünver'e göre, hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılmaması halinde, bu delillere dayanılarak hüküm kurulması, bilhassa maddi ve manevi unsurun ispatında, yok hükmünde olan bir delile dayanılarak karar verilmesi niteliğinde olacağından, ceza muhakemesi açısından objektif sorumluluk anlamına gelecektir³⁴⁷. *Toroslu* ise bu görüşü eleştirerek, hukuka aykırı delile dayanılarak sanığın cezalandırılmasının sorumluluk kapsamında değil, ispat konusu içerisinde tartışılması gerektiğini belirtmektedir³⁴⁸.

Şen'e göre, kanunda bu yönde açık hüküm bulunması gerekmeksizin, yargı makamı, hukuka aykırı olduğunu belirlediği bir delili dosya dışına çıkarma yetkisine sahiptir. Buna karar verilmesi halinde, yargıcın herhangi bir sorumluluğu da söz konusu olmaz. Yargı makamı, bir delilin hukuka aykırılığını kabul ettiğinde; birincisi, bu delilden etkilenmemek için, ikincisi, dava dosyasının tümüyle hukuka uygunluk arz etmesi gerektiği için, bu delili dosyadan çıkarma hakkına sahiptir³⁴⁹. Bununla birlikte şayet hukuka aykırı delil kullanılmamış fakat dosyadan da çıkarılmamışsa, bu durumda hükmün bozulmaması gerekir³⁵⁰.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre, kanuna aykırı olduğu tespit edilen delilin kullanılmaması yeterli değildir. Aynı zamanda dosyayı daha sonra okuyacak olan yargılama sujelerini tesir altında bırakmamak amacıyla, bu delilin dosyadan tamamen çıkarılması gerekir³⁵¹. Aynı şekilde *Erman* da

³⁴⁵ Öztürk, s. 45.

³⁴⁶ Öztürk, s. 46. Benzer yönde bkz. Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 466.

³⁴⁷ Yener Ünver, "Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk", Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (İstanbul, 26-27 Eylül 1997), Ed: Kayıhan İçel, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 185; Ünver, "Ceza Muhakemesinde İspat", s. 161.

³⁴⁸ Nevzat Toroslu, "Üçüncü Oturuma İlişkin Tartışmalar", Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (İstanbul, 26-27 Eylül 1997), Ed: Kayıhan İçel, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 216. Benzer yönde bkz. Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 665.

³⁴⁹ Şen, Hukuka Aykırı Deliller, s. 211.

³⁵⁰ Yaşar, Uygulamalı ve Yorumlu, s. 864.

³⁵¹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 94.5, s. 1480; Yenisey, s. 58.

kanuna aykırı şekilde elde edilen delillerin dosyadan çıkarılması gerektiği düşüncesindedir³⁵².

5271 sayılı CMK döneminde, kanun koyucu, önceki dönemde vuku bulan tartışmaları önleyici nitelikte iki hüküm sevk etmiştir. Bunlardan ilki, CMK'nın, delilin kanuna aykırı olarak elde edilmesi halinde reddolunacağını düzenleyen 206/2-a maddesidir. Bu hükmün sonucu olarak, i) Esas davaya bakan mahkeme ile hukuka aykırılığı incelemeye yetkili mahkeme aynı olmak zorundadır³⁵³. ii) Hukuka aykırı bir delil varsa, bu delil dava dosyasına girmez³⁵⁴. CMK'nın konuyla ilgili ikinci hükmü ise, 230/1-b maddesidir³⁵⁵. Dosya içerisinde bulunan hukuka aykırı delillerin ayrıca gösterilmesi gerektiği yönündeki bu hüküm doğrultusunda, dava dosyasında usulsüz delillerin bulunması halinde, bu delillerin dosyadan çıkarılması mümkün olmayıp, bunlar mahkeme tarafından ayrıca değerlendirilmek durumundadır³⁵⁶. Hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılması gerektiği yönünde öğretide egemen olan genel anlayışı yansıtmayan CMK m. 230/1-b hükmü, bazı yazarlarca eleştirilmekte ve yasak delillerin dosyadan çıkarılması mekanizması oluşturulmak suretiyle, iddia ve yargılama makamlarının bu tür delillerle temasını henüz başlangıçta olanaksız kılacak bir düzenlemeye yer

³⁵² Erman'a göre (s. 79, 81), bir yandan delilin hukuka aykırı olduğunu kabul ederken diğer yandan bu delili dosyada muhafaza etmek, hem çelişkilidir hem de sonuçta hukuka aykırılığa geçerlilik tanımak anlamına gelecektir. Yazar, delilin hukuka aykırılığı iddiasının soruşturmada savcıya yapılabilmesi ve böylece dosyanın böyle bir delilden ayıklanmış biçimde mahkeme huzuruna sevk edilmesi gerektiği kanısındadır.

³⁵³ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 665.

³⁵⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 682; Özbek, "Delil Yasakları", s. 926.

³⁵⁵ CMK m. 230/1-b gereğince, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde "Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi" gerekir.

³⁵⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, No. 94.5, s. 1481; Özbek, Ceza Muhakemesi, s. 676; Özbek, "Delil Yasakları", s. 926; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 682; Koca, "Deliller", s. 225. Adli kolluğun hukuka aykırı delil elde edildiğini saptaması halinde, Adli Kolluk Yönetmeliği (RG No: 25832, RG Tarihi: 1.6.2005) gereğince, fezlekede bu durumu ayrıca belirtmesi gerekir. Nitekim adı geçen Yönetmeliğin 6/8. maddesine göre, "Adli kolluk görevlileri, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, Cumhuriyet savcısının emirleri doğrultusunda şüphelinin lehine veya aleyhine olan tüm delilleri, kanunda ön görülen koşullara uyarak toplamak, muhafaza altına almak ve bunları bir fezleke ile Cumhuriyet savcısına sunmakla yükümlüdür. Hukuka aykırı delil elde edildiğinin tespiti hâlinde, fezlekede bu hususa da yer verilir. Adli kolluk görevlileri diğer soruşturma işlemlerini de aynı titizlikle yerine getirir".

verilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁵⁷. Aksi görüş ise, Yargıtay'ın denetim yetkisinin ortadan kaldırılamayacağı prensibinin dayanağını oluşturan Anayasa hükmü³⁵⁸ uyarınca, üst derece muhakemesinin yapılabilmesi amacıyla, delillerin ayıklanmaksızın dosyada bulundurulmasına ilişkin düzenlemenin isabetli olduğu kanaatindedir³⁵⁹. Kanımızca, CMK'nın hukuka aykırı delillerin dava dosyasında kalacağına işaret eden 230/1-b hükmüne ilişkin bir uygunluk/yerindelik değerlendirmesi yapmaya gerek yoktur. Çünkü hukuka aykırı delilin kullanılmasını mutlak surette yasaklayan açık Anayasal ve yasal hükümlerin sonucu olarak, mademki yasal olmayan bir delil nasılsa kesinlikle dikkate alınmamaktadır; o halde bir hâkimin, böyle bir delili karara esas alması bile, sadece ondan esinlenerek ulaştığı hükmün de kanun yolu incelemesinde hukuk devleti, kanunilik ve adil yargılanma ilkeleri uyarınca geri çevrilmesi gerekir³⁶⁰.

XIV. HUKUKA AYKIRI DELİL ELDE EDEN SUJELERİN CEZA SORUMLULUĞU

Hukuka aykırı delil elde eden kimseler, fiili uyduğu ölçüde, Türk Ceza Kanunu'nun 94, 95, 116, 120, 257/2, 267, 281/2 ve 288. maddeleri gereğince sorumlu tutulabilirler³⁶¹. Bu noktadan hareketle, kamu görevlisinin delil elde

³⁵⁷ Ünver, "Deliller ve Değerlendirilmesi", s. 2904; Ünver, "Objektif Sorumluluk", s. 185 vd. Yenisey ("Delil", s. 59), bir bulgunun hukuka aykırı delil olup olmadığını incelemekle "özgürlükler hâkimi" statüsündeki bir hâkimin görevlendirilmesini, bu hâkimin, delilde bir hukuka aykırılık saptaması halinde, iddianamede kullanılmamak ancak denetim muhakemesinde göz önünde tutulmasını sağlamak amacıyla delilin muhafaza altına alınmasına karar vermesini önermektedir.

³⁵⁸ AY m. 154/1: "Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar".

³⁵⁹ Şahbaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 198. Buna karşılık Yıldız'a göre (Ceza Muhakemesinde İspat, s. 205), isabetli olan, bu delillerin dosyadan çıkarılmasıdır; zira hukuka aykırı olup hiçbir şekilde kullanılamayacağı kabul edilen bir delilin dava dosyasında neden bulunduğu, açıklanması mümkün olmayan bir durumdur.

³⁶⁰ Ancak bu görüşü savunurken, hukuka aykırı delillerin dava dosyasından çıkarılması halinde üst derece muhakemesinin denetim yetkisinin elinden alınmış olacağına ilişkin öğretî görüşüne katılmadığımızı da belirtmemiz gerekir. Nitekim görebildiğimiz kadarıyla, hukuka aykırı delillerin dava dosyasından çıkarılması gerektiğini savunan hiçbir yazar, bu delillerin başlangıçtan itibaren yok sayılmasını veya Yargıtay'ın ya da bölge adliye mahkemesinin incelemesinden geçirilmemesini (denetim muhakemesinin ortadan kaldırılmasını) talep etmemekte, aksine bu yazarlar yalnızca ilk derece hâkiminin usulsüz delillerle muhatap olmaması gerektiğini ileri sürmektedir.

³⁶¹ Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 666; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 702; Bıçak, Suç Muhakemesi, s. 480; Eryılmaz, Hukuka Aykırı Delil, s. 124.

etmek amacıyla bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve onun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine yahut aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştirilmesi halinde, işkence suçunun varlığından söz edilir. Örneğin işlendiği iddia edilen suç u ikrar ettirmek veya suç un maddi delillerine ulaşmak amacıyla, mağdurun aç ve susuz bırakılması, vücuduna elektrik verilmesi, iradesini etkileyecek birtakım ilaçların kullanılması veya bunlara benzer eylemlerde bulunulması suretiyle elde edilen delil, hukuka aykırı bir delil olacağı için hükme esas alınmayacaktır. Hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri olmaksızın, şüpheli gördüğü kişinin evinde veya işyerinde arama yapan kolluğun elde ettiği delil, hukuka aykırı olacağı gibi, işlenen fiil de konut dokunulmazlığının ihlali suçunu oluşturacaktır. Keza söz gelimi makul şüphe olmaksızın yoldan geçen bir kimsenin üstünü zorla arayan ve bu arama esnasında suç aletine tesadüf eden kamu görevlisinin eyleminin, haksız arama suçunu oluşturacağından bahsedilebilir.

Kamu görevlisi tarafından görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması halinde, görevi kötüye kullanma suç u söz konusu olur. Örneğin konutta yapılacak aramanın koşullarının kasten yerine getirilmemesi suretiyle hukuka aykırı bir delilin elde edilmesi böyledir. Yetkili makamlara ihbar veya şikâyetle bulunarak, işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat edilmesi halinde, iftira suç undan söz edilir. İftira suç unda hukuka aykırı delillerin aynı zamanda fail tarafından uydurularak fiilin işlenmesi halinde, nitelikli iftira suç u oluşacaktır. Buna örnek olarak, hakkında koruma tedbiri uygulanmadan önce suç konusunun mağdura ait olduğu izlenimini doğuracak fiillerde bulunmak, söz gelimi uyuşturucu maddeyi veya bulundurulması yasak ateşli silahı yahut patlayıcı maddeyi arama tedbiri öncesinde mağdurun evine yerleştirmek gösterilebilir. Eğer hukuka aykırı delil, gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla delillerin değiştirilmesi suretiyle elde edilirse, fail, suç delillerini gizleme, yok etme veya değiştirme suç undan sorumlu olmalıdır. Örneğin mağdurun ancak kendi kişisel kullanımına yetecek ölçüde bulundurduğu uyuşturucu maddenin miktarının, bir başkası tarafından, mağdurdan habersiz olarak artırılması halinde, elde edilen delil, uyuşturucu madde imal ve ticareti suç u açısından hukuka aykırı hale gelir. Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı delil elde edilmesini temin etmek için yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla

alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunulması halinde ise adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu gündeme gelecektir. Bu halde işlenen fiil bir kalkışma suçu niteliğinde olduğundan, failin cezalandırılması için ayrıca delilin adli makamlarca hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması şartı aranmaz.

SONUÇ

Ceza yargılamasının temel amacı, maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bu amacın gerçekleşmesi için öncelikle ceza içeren normlarla yasaklanan bir eylemin olup olmadığı, daha sonra bu eylemi işleyen kişinin, hakkında suç iddiası ileri sürülen kişi olup olmadığı ayrıntılı biçimde incelenmelidir. Ortada bir fiil varsa, fiil suç teşkil ediyorsa ve fiilin sanık tarafından işlendiği sabit ise suçun sübut bulduğundan, buna mukabil sayılanlardan birisi eksikse suçun sübut bulmadığından söz edilecektir³⁶². Suçun sübut bulup bulmadığını incelerken, mahkemenin yegâne dayanak noktasını deliller oluşturmaktadır. Delilsiz bir muhakeme sonucunda sanık hakkında bir kanaate ulaşılması mümkün değildir. Mahkemenin sanık hakkındaki olağan şüphesini kanaate çevirmeye elverişli olan delillerin, hukuka uygun biçimde elde edilmesi ve değerlendirilmesi zorunludur. Yasak delil, ister delilin elde edilmesi aşamasında (delil elde etme yasağı) isterse delilin ileri sürülmesi ve mahkemece dikkate alınması aşamasında (delil değerlendirme yasağı) söz konusu olsun, hukuka uygun delillerden farklı olarak, maddi gerçekliği temin etmeye elverişli değildir.

Hukukumuzda sorun, bir delile hukuka aykırılık vasfının hangi hallerde verileceği, hangi hallerde ise elde edilen delilin hukuka uygun sayılacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce hukuka aykırılık kavramını, “*bir bütün olarak hukuk düzeninin emrettiği veya yasakladığı davranışlara aykırılık*” noktasından hareketle ele almak gerekir. Böylece Anayasaya, uluslararası sözleşmelere, kanunlara ve diğer düzenleyici işlemlere aykırı hareket edilmesi, kural olarak delili hukuka aykırı hale getirecektir. Bu şekilde “Usulsüz olarak edinilen bir delil ceza muhakemesinde kullanılabilir mi?” sorusunun yanıtı, hukuk sistemlerine göre farklılık göstermektedir. İstisnalar bir yana bırakılacak olursa, delil yasakları ile kolluğu disipline etmeyi amaçlayan Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, hukuka aykırı deliller yargılamada kullanılamayacağı gibi, bu delillere dayanılarak ulaşılan deliller de (zehirli ağacın meyveleri) hükme esas alınamaz. Anglo-Amerikan

³⁶² Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, s. 139.

hukukunda, kural olarak, yasa delillerin değerlendirilmesi konusunda mutlak ret yaklaşımının benimsendiği görülmektedir. Buna karşılık Kara Avrupası hukuk sisteminde ise hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağının temelinde “bireysel temel hak ve hürriyetler” yer almaktadır. Dolayısıyla kural olarak Kara Avrupası hukuk sisteminde, sanığın haklarının önemli ölçüde zedelenmesi sonucunu doğurmayan kanuna aykırı delillerin yargılamada kullanılabilmesi, bu nitelikte olmayan delillerin ise istisnaen hükme esas alınabileceği belirtilmektedir. Böylelikle Kıta Avrupası’nda genel anlamda esnek yaklaşımın kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan Türk hukuku açısından ise, tıpkı İtalyan hukukunda olduğu gibi, bir istisna olarak mutlak delil değerlendirme yasağının varlığından söz edilebilir. Gerek Anayasa m. 38 gerekse CMK m. 206 ve 217 birlikte değerlendirildiğinde, Türk kanun koyucusu, istisnası olmayan bir kural kabul etmiştir. Bu kurala göre hukuka aykırı deliller hükme esas alınamayacaktır. Öğretide de hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda baskın görüş olarak mutlak yaklaşımı savunun yazarlar bulunduğu gibi, Alman ceza yargılamasında referans alındığı üzere, esnek yaklaşımın uygulanması gerektiğini savunan ve azınlıkta kalan görüşler de bulunmaktadır.

Yargıtay’ın her iki görüş doğrultusunda da verdiği kararlar mevcuttur. Yüksek Mahkeme’nin özellikle son dönemde oluşturduğu içtihatlarla bakılacak olursa, azınlık görüşünden hareketle, hukuka aykırı delillerin hükme esas alınması konusunda esnek yaklaşıma daha yakın olduğu görülmektedir. Yargıtay, şüpheli veya sanığın haklarının ihlali sonucunu doğurmayan şekli aykırılıklarda, elde edilen delillerin yargılamada kullanılabilmesi kanaatinde. Buna karşılık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin tutumu, herhangi bir yaklaşımın kabul veya reddedilmesi yönünde olmayıp, bu hususu ulusal hukuk sistemlerine terk etmek ve uyumsuzlukları yalnızca “adil yargılanma hakkı” ve “özel hayatın gizliliği” ile sınırlı olarak incelemek yönünde seyir izlemiştir. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvurularda, kendisini özellikle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri doğrultusunda, yargılamanın kendi içinde bir bütün olarak adil olup olmadığı incelemesiyle sınırlamakta; buna karşın Yüce Divan yargılamasında, mutlak delil değerlendirme yasağını kabul etmektedir.

Kanaatimizce Türk ceza muhakemesi hukukunda usulsüz delil değerlendirme yasağı konusunda kabul edilen mutlak delil yasağı sistemini “hukuka uygunluk ölçütü özelinde” ikiye ayırarak incelemek gerekir. Soruşturma makamları ve devletin yetkili organları tarafından usulüne aykırı

biçimde elde edilen deliller, şekli veya maddi anlamda aykırılık ayırımına gidilmeksizin, mutlak değerlendirme yasağına tabi olmalıdır. Diğer deyişle devlet görevlilerince, görevin ifası sırasında elde edilen hukuka aykırı deliller, mutlak değerlendirme yasağı kapsamında mütalaa edilmelidir. Çünkü devletin soruşturma ve kovuşturma ile yetkili makamları, hukuk kurallarını usul ve esas açısından bütünüyle bilmekte (en azından bildiği varsayılmakta), kanuna aykırı hareket edilmesi halinde doğacak neticelerden haberdar olmakta ve bu nedenle özel kişilerin aksine her türlü delili elde etme yetkisi ve vasıtası ile donatılmaktadır. Hâl böyle olunca, devletin görevli/yetkili kıldığı kamu görevlilerinin, hukuka aykırı delil elde etme veya bunu yargılamada kullanma gibi bir seçeneği olmamalıdır. Aksine bir kamu görevlisinin bilerek usulsüz delil elde etmesi halinde işlenen fiilin cezai sorumluluk boyutu dikkate alınmalıdır.

Hâlbuki soruşturma makamlarının dışında kalan, ceza yargılaması prosedürü ve bilgisinden tamamen yoksun olan ve yetkili makamlar gibi delil elde etme olanağı da bulunmayan bir özel kişinin, işlenen suçtu açığa çıkarmak amacıyla, örneğin hırsızlık yapması, özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi veya delilleri yok etmek isteyen faili tehdit etmesi ya da kendisine karşı işlenen fiili gizlice kaydetmesi gibi hallerde, onun elde ettiği delilin hukuka aykırı sayılması ve hüküm kurarken her ne şart altında olursa olsun dikkate alınmaması durumunda, kamuoyunun adalete ve yargı sistemine olan inancı sarsılacaktır. Dolayısıyla özel kişiler tarafından elde edilen delillerin salt hukuka uygunluk/aykırılık boyutunun kamu otoritelerine kıyasla farklı yorumlanması, ceza muhakemesinin amacına daha uygun düşmektedir. Bununla birlikte özel kişiler tarafından elde edilen delillerin hukuka aykırı delil olarak kabul edilmemesi için, i) *özel kişinin delil elde ederken ihlal ettiği hak ile delile ulaşarak ispat edilmek istenen hak arasında bir orantının bulunması (örneğin, hangi suç ispat edilmeye çalışılırsa çalışılsın, orantı şartını her halde öteleyeceği için, işkence, ölüm veya neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama gibi ciddi/ağır fiillere başvurulmamış olması), ii) başka surette delil elde etme olanağının bulunmaması* koşullarının birlikte aranması gerekir. Böylece kolluk harekete geçirilerek hukuka uygun delil elde etme imkânı varken, yetkisi bulunmayan özel kişi tarafından bu imkân kullanılmaksızın işlenen, vesilesiyle savunma sınırını aşan fiiller “ihkak-ı hak” olarak değerlendirilecek; buna karşılık ölçülülük ve zorunluluk bulunan hallerde, delili elde eden özel kişi, yetkili mercilere erişim olanağından da yoksunsa “meşru savunma” hukuka uygunluk nedeni gündeme gelecektir.

Hukukumuzda usulsüz olarak elde edilen delillerin dava dosyasından çıkarılmasını sonuçlayacak bir hüküm sevk edilmiş değildir. Kovuşturma evresinde ceza hâkimi dava dosyasında bulunan hukuka aykırı delilleri ayrıca ve açıkça gösterecek, fakat bunları hüküm verirken kullanamayacaktır. Son olarak bir delilin “hukuka aykırı delil” olduğu tespit edildiğinde, bu delili kasten yürürlükteki mevzuata aykırı hareket etmek suretiyle elde eden ve dava dosyasına girmesini sağlayan kişiler hakkında, adil yargılamaya müdahale ederek maddi gerçeğe ulaşmada adliye için, işledikleri fiilin niteliğine göre ceza müeyyidesi uygulanması gündeme gelecektir.

KAYNAKÇA

- Akyürek, Güçlü,** “*Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 101, Ankara, 2012.
- Alacakaptan, Uğur,** “*Delil Yasakları*”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 2000.
- Albayrak, Mustafa,** Ceza Muhakemesi Kanunu Öz Kitap, Adalet Yayınları, Ankara, 2015.
- Arslan, Çetin / Özkul, Fatih,** “*Yargı Kararları Işığında 1982 Anayasasında Suç ve Cezaya İlişkin Temel İlkelerin Değerlendirilmesi*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 15, Ankara, Ekim 2013.
- Beulke, Werner,** Strafprozessrecht, C. F. Müller, München, 2010.
- Bıçak, Vahit,** Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010 (Suç Muhakemesi).
- Bıçak, Vahit,** “*Usulsüz Olarak Elde Edilen Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımlar*”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 17-18, Sayı: 1, TODAİE Yayınları, Ankara, 1997 (“*Yaklaşımlar*”).
- Blum, Binyamin,** “*Doctrines Without Borders: The ‘New’ Israeli Exclusivary Rule and the Dangers of Legal Transplantation*”, Stanford Law Review, Vol: 60, No: 6, April 2008.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide,** Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2008 (Ceza Muhakemesi).
- Centel, Nur / Zafer, Hamide,** Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013 (Pratik Çalışma).

- Çınar**, Ali Rıza, “*Hukuka Aykırı Kanıtlar*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 55, Ankara, 2004.
- Değirmenci**, Olgun, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Demirbaş**, Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 71, İzmir, 1996.
- Donay**, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Dönmezer**, Sulhi / **Erman**, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: II, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.
- Dülger**, Murat Volkan, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi İle Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 111, Ankara, Mart-Nisan 2014 (“*Gäfgen Kararı*”).
- Dülger**, Murat Volkan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi), Seçkin Yayınları, Ankara, 2014 (Dışlama Kuralı).
- Erdag**, Ali İhsan, “*İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 92, Ankara, 2011.
- Erdem**, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Erem**, Faruk, “*Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 41, Sayı: 1-4, Ankara, 1990.
- Erem**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 181, Ankara, 1964.
- Erman**, Sahir, “*Sentez Raporu*”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1998.
- Eryılmaz**, Ali, Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil, HUKAB Yayınları, Ankara, 2013 (Hukuka Aykırı Delil).
- Eryılmaz**, Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012 (Ceza Muhakemesi).
- Evik**, Ali Hakan, “Yasak İfade Alma Yöntemleri ve Önlenmesi”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 23, İstanbul, Kasım 2004.

- Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayınları, Ankara, 1996 (Tanıklık).
- Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002 (Vicdani Kanaat).
- Garner**, Bryan A., A Handbook of Criminal Law Terms, West Group, Minnesota, 2000.
- Garner**, Bryan A., Black's Law Dictionary, West Group, St. Paul Minnesota, 2010.
- Gödekli**, Mehmet, “*Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (Telecommunications Presidency)*”, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, İstanbul, 2013.
- Gödekli**, Mehmet, Terörizmin Finansmanı Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2013.
- Gözübüyük**, Şeref / **Gölcüklü**, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Hafizoğulları**, Zeki, “*24 Mayıs 2003 Tarih ve 25117 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanarak Yürürlüğe Konan 'Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği' Adli Zabıt ve Aramalar Yönünden Yok Hükmündedir*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Ankara, 2004.
- Hafizoğulları**, Zeki, “*Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayrı Basım, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1994 (“*Ceza Muhakemeleri Usulü*”).
- Hafizoğulları**, Zeki, “*Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi*”, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Sayı: 10, Temmuz-Ağustos 1996 (“*Hukuka Aykırı Deliller*”).
- Hafizoğulları**, Zeki, “*Sanığın Siyasi Hakları*”, Konferans, Başkent Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Merkezi, Ankara, 9.5.2011.
- Hafizoğulları**, Zeki / **Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2015.
- Hakeri**, Hakan / **Özkan**, Halid, Sorularla Ceza Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

- Heinrich**, Bernd, Ceza Hukuku, Genel Kısım-I, Ed: Yener Ünver, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.
- İçel**, Kayıhan, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Jescheck**, Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çev: Feridun Yenisey, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
- Kantar**, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap: Muhakeme Usulü, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1946.
- Katoğlu**, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Kaymaz**, Seydi, İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Kaymaz**, Seydi, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Koca**, Mahmut, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller*”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006 (“*Deliller*”).
- Koca**, Mahmut, “*Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1-2, Erzincan, 2000 (“*Değerlendirme Yasağı*”).
- Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınları, Ankara, 2013.
- Kunter**, Nurullah / **Yenisey**, Feridun / **Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Lackner**, Karl / **Kühl**, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1999.
- Özbek**, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006 (Ceza Muhakemesi).
- Özbek**, Veli Özer, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları*”, Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt: 3, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 18, İstanbul, 2010 (“*Delil Yasakları*”).
- Özbek**, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt: 2, Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

- Özbek**, Veli Özer / **Kanbur**, Mehmet Nihat / **Doğan**, Koray / **Bacaksız**, Pınar / **Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012 (Ceza Muhakemesi).
- Özbek**, Veli Özer / **Kanbur**, Mehmet Nihat / **Doğan**, Koray / **Bacaksız**, Pınar / **Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Özen**, Muharrem, “*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Bağlamında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağına İlişkin İç Hukuktaki Düzenlemeler ve Uygulamadaki Sorunlar*”, Sempozyum: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (26-27 Eylül 2003), Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 72, Ankara, 2004.
- Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Seçkin Yayınları, Ankara, 1995 (Meşru Müdafaa).
- Özen**, Muharrem / **Özen**, Mustafa, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları (İllegal Evidence in Criminal Procedure Law)*”, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 2, İstanbul, 2012.
- Özgen**, Eralp, Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 232, Ankara, 1968.
- Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Öztunç**, Özgün, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Öztürk**, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995.
- Öztürk**, Bahri / **Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Öztürk**, Bahri / **Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008 (Ceza Muhakemesi).
- Öztürk**, Bahri / **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Özbek**, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Öztürk**, Bahri / **Tezcan**, Durmuş / **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Sırma**, Özge / **Saygılar**, Yasemin F. / **Alan**, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.

- Roxin**, Claus, “*İspat Hukukunun Esasları*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Çev: Yener Ünver, Yıl: 4, Sayı: 8, İstanbul, Güz 2005/2.
- Roxin**, Claus / **Arzt**, Gunther / **Tiedemann**, Klaus, Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003.
- Sağlam**, Fazıl, “*Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 1-4, Ankara, 1977.
- Seiler**, Stefan, Strafprozessrecht, Facultas Verlags, Wien, 2010.
- Sonnen**, Bernd-Rüdeger, Strafrecht Besonderer Teil, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005.
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Soyaslan**, Doğan, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 3-4, Erzincan, Aralık 2003.
- Şahbaz**, İbrahim, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009 (İletişimin Denetlenmesi).
- Şahbaz**, İbrahim, “*Karşılaştırmalı Hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hukuka Aykırı Deliller*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, Ankara, 2006 (“*Hukuka Aykırı Deliller*”).
- Şahin**, Cumhur / **Göktürk**, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Şahin**, Cumhur / **Özgenç**, İzzet, “*CMUK Tasarısı (2002) Üzerine Düşünceler*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1-2, Haziran-Aralık 1999, Ankara, 2003.
- Şahinkaya**, Yalçın, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında ve Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- Şen**, Ersan, “*Ceza Yargılaması Süreci*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 97, Ankara, Kasım-Aralık 2011.
- Şen**, Ersan, “*İletişimin Denetlenmesi Tedbiri*”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 4, Ankara, Ağustos 2007.
- Şen**, Ersan, Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011 (Telefon Dinleme).

- Şen**, Ersan, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınları, İstanbul, 1998 (Hukuka Aykırı Deliller).
- Şen**, Ersan, Yorumluyorum, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Şenol**, Cem, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- Taner**, M. Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 128, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.
- Tezcan**, Durmuş / **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Önok**, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Time**, Victoria M., “*Delil Toplama: Çin’de Delil Yasakları*”, Çev: Bengü Öz, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Ed: Yener Ünver, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Toroslu**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınları, Ankara, 2005 (Ceza Hukuku).
- Toroslu**, Nevzat, “*Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 498, Ankara, 1995.
- Toroslu**, Nevzat, “*Üçüncü Oturuma İlişkin Tartışmalar*”, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (İstanbul, 26-27 Eylül 1997), Ed: Kayıhan İçel, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.
- Toroslu**, Nevzat / **Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 2008.
- Tosun**, Öztekin, Suç Muhakemesi Hukuku El Kitabı, AR Yayınları, İstanbul, 1983 (Suç Muhakemesi).
- Tosun**, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I, Genel Kısım, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 685, İstanbul, 1984 (Türk Suç Muhakemesi).
- Ünver**, Yener, “*Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*”, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler (İstanbul, 26-27 Eylül 1997), Ed: Kayıhan İçel, Beta Yayınları, İstanbul, 1998 (“*Objektif Sorumluluk*”).
- Ünver**, Yener, “*Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız*”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006 (“*Ceza Muhakemesinde İspat*”).

- Ünver**, Yener, “*Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK’nin İncelenmesi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 55, Sayı: 1-2, İstanbul, 1995-1996.
- Ünver**, Yener, “*Deliller ve Değerlendirilmesi*”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 32, İstanbul, Ağustos 2005.
- Ünver**, Yener, “*Türk Ceza Hukuku ve Avrupa*”, Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich (Alman - Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku), Ed: Eric Hilgendorf, İstanbul, 2009.
- Ünver**, Yener / **Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, 2012 (Ceza Muhakemesi).
- Ünver**, Yener / **Hakeri**, Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006 (Sorularla CMH).
- Wessels**, Johannes / **Hettinger**, Michael, Strafrecht Besonderer Teil 1, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2012.
- Yalvaç**, Gürsel, Gerekeçeli Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.
- Yarsuvat**, Duygun, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği*”, <http://www.yarsuvat-law.com.tr/articles/article2.pdf>.
- Yaşar**, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, 2005 (Uygulamalı ve Yorumlu).
- Yaşar**, Yusuf, “Bir Suçun İspatı Amacıyla İletişimin Kayda Alınmasının Hukuki Niteliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 4, Ankara, Temmuz 2013.
- Yenisey**, Feridun, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil*”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 4, Ankara, Ağustos 2007 (“*Delil*”).
- Yenisey**, Feridun / **Altunç**, Sinan, “*İletişimin Denetlenmesi Hakkında*”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Ceza Hukuku Derneği, Cilt: II, Ankara, 2008.
- Yenisey**, Feridun / **Oktar**, Salih, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Strafprozeßordnung (StPO), Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- Yıldız**, Ali Kemal, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002 (Ceza Muhakemesinde İspat).

Yıldız, Ali Kemal, “*Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu*”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Ankara, Aralık 2006 (“*İspat Fonksiyonu*”).

Yurtcan, Erdener, Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2009.

Yurtcan, Erdener, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 2. Cilt, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988.

Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2007 (Ceza Yargılaması).

Yurtcan, Erdener, CMUK Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

Yurtcan, Erdener, Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının El Kitabı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2002.

Zafer, Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukuku Yoluyla Korunması (TCK m. 132-134), Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

<http://www.anayasa.gov.tr/>

<http://www.gesetze-im-internet.de/>

<http://www.hukukturk.com/>

<http://www.law.cornell.edu/>

<http://www.legislation.gov.uk/>

<http://www.resmigazete.gov.tr/>

<http://www.sinerjimevzuat.com.tr/>