

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA KANUNA AYKIRI ELDE EDİLEN DELİLLERİN GEÇERLİLİĞİ

Bir ceza davasında hakim önüne konular delilin kabul edilebilir nitelikte olması gerektiği, İnsan Haklarına saygıyı kendine esas almış modern ceza hukukunun temel prensiplerinden biridir. Delillerin kanuna uygun olarak elde edilmiş olmaları asıldır. Bir delil kanuna aykırı bir şekilde elde edildiği zaman, bu olaya karşı değişik yaptırımlar ortaya çıkar. İlk akla gelen, kanuna aykırı delilleri toplayanların kişisel sorumluluğudur. Ayrıca, bir takım ceza hukuku muhakemesi tedbirlerinin de uygulanması gündeme gelmektedir: İddianamenin reddi, ya da özellikle delilin geçersizliği. Delilin geçersizliği, en etkili ve en önemli bir ceza muhakemesi yaptırımı olarak ele alınmalıdır. Kara Avrupası hukukçuları, kanuna aykırı delillerin “yokluğundan” yok sayılmasından, Anglosakson hukuku akademisyenleri ise, kanuna aykırı olan delillerin “ortadan” kaldırılmasından dosyadan çıkarılmasından söz ederler. Modern ceza kanunları, 18 ve 19. yüzyılda yapılan kanunların aksine, bu şekilde ele alınan delillerin geçersiz olduğunu belirten hükümler ihtiva etmektedir. Örnek vermek gerekirse, Fransız Ceza Usul Kanunu’nun 170-174. maddeleri, İtalyan Ceza Usul Kanunu’nun 177-186. maddeleri gösterilebilir. Anglosakson hukukunda ise, özellikle ABD’de mahkeme içtihatları bu konuda önemli bir rol oynadığını da söyleyebiliriz.

Delilin geçersizliği meselesine baktığımızda, ülkede uygulanmakta olan siyasi sistemin ve bu siyasi sistemin etkisi olarak oluşan ceza siyasetine uygun olarak değişik görünüm almaktadır. Şayet bir ülkede kişi hak ve özgürlükler ön planda tutuluyorsa, kanuna aykırı elde edilmiş delillerin geçersiz olduğu, buna karşılık otoriter bir siyasi sistemin yerleşik olduğu ülkelerde ise, delillerin kanuna uygun olarak toplanıp toplanmadığı önem kazanmamaktadır. Sonuçta bu hukuk sistemlerinde Mahkemeler kanuna aykırı şekilde elde edilmiş delillere dayanarak karar vermektedir.

a) Kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin geçerli olabileceği görüşünü kabul eden hukuk sistemleri

Hukuk sistemlerini sınıflandırabilirsek, geçerli delil sistemi anlayışına uzak olan siyasi sistemlerin özellikle sosyalist devletlerde, kanunsuz delillere dayanılamayacağı ilkesinin pek revaç bulmadığı görülmektedir. Buna örnek olarak 1980 tarihli Çin Ceza Usul Kanunu’nu gösterebiliriz. Bu kanunun içinde delillerle ilgili olarak hiçbir hükme yer verilmemektedir. Çin Ceza Usul Kanunu, sadece adli denetimden söz etmekte, şayet alt mahkeme kararında bir

hata yapılmış ise, yüksek mahkemenin bunu inceleyerek alt mahkemenin kararını bozmak yetkisi bulunmaktadır. Bu hukuki hataların bulunması ve ileri sürülmesi de halk savcısına aittir.

Buna benzer bir gelişim, Birleşik Krallıkta da yaşanmıştır. İngiliz Ceza Hukuku geleneklerine baktığımızda, 18. yüzyılda yer alan bir düşünce kanunsuz delilin tamamen Ceza Hukukunda geçerli olduğunu belirtmektedir. Tanınmış İngiliz Hakimi Crompton 1861 yılında “nasıl elde edilirse edilsin, hatta çalınmış bile olsa deliller kabul edilmelidir” demiştir. (Jean Pradel, Droit pénal comparé, Dalloz, 1995, Syf. 452) Bununla beraber, 1984 yılına geldiğimizde, Police and Criminal Evidence Act’ın 76’ncı maddesinde, sanığın ikrarının normal yollardan elde edilmiş olmasının gerektiği belirtilmiştir. Yine aynı kanunun 78’inci maddesi, mahkemelere bir delilin zorla elde edildiğini ve adil olmayan yollara müracaat edildiğini gördüğü takdirde, delili kabul etmeyeceği gibi, ortadan da kaldırabilecektir. 1993 yılında Lordlar Kamarası verdiği bir kararla, “hakimin hukuk devletini korumak için hükümetin aldığı tedbirleri ve hukuk devletinin, insan haklarını tehlikeye sokacak tüm davranışları reddetme hakkı bulunduğunu” ifade etmiştir. (Bıçak Vahit, Improperly Obtained Evidence, Ankara, 1996, Syf. 80-81-83)

b) Kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin geçerli olmayacağı görüşünü kabul eden hukuk sistemleri

Bu başlık altında meseleyi iki gruba ayırarak incelemek mümkündür.

aa. Fransız, İsviçre ve Alman hukuk sistemleri, kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin, belli şartlar altında mahkeme kararlarına esas teşkil edebileceğini kabul etmiş görünmektedirler.

Fransız hukukuna baktığımızda, Fransız kanun koyucusu, kanuna aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin geçersizliği konusunda yasalar yapmıştır ve özellikle 1959 yılında yapılan bir kanunla bu ilke hayata geçirilmiştir. Buna göre iki türlü geçersizlik vardır: Birincisi Kanuna aykırı olan delillerin geçersiz olduğu, ikincisi ise kanun tarafından öngörülmemekle beraber, önemli bir normun ihlali sonucunda elde edilmiş olan delillerin kararlara dayanak yapılamayacağı; 1993 yılında yapılan bir kanunla Fransız hukukundaki uygulamaya açıklık getirilmiştir.

Bugün Fransız hukukunda, kanun tarafından yasaklanmış olan konularda, bu yasalara rağmen delil elde edilmiş ise, bu deliller geçersizdir. Örnek olarak; bir avukatın telefonlarının dinlenmesi ve tespiti gösterilebilir. (CPP. 100-7) Diğer yanda kanunlarda gösterilmemekle beraber, Ceza Usul Kanunu'nun bir hükmünde yer alan bir şekle uyulmaması da elde edilen delilin geçersizliğini sonuçlamaktadır. (CPP 171) Fransız sistemi, hakime önemli bir görev vermiş, kanunda yer almayan aykırılıkları her olay bazında kendisinin değerlendirmesini ve bu delilin kabul edilip edilemeyeceğine karar vermesini öngörmüştür. (Pradel, Jean, Procedure Penale, 6eme edition, Cujas, 1997, paragraf 277 ve 310.)

bb. İsviçre Hukuk Sistemi ise, kanuna aykırı elde edilmiş delillerin geçersizliğinin sonuçlarını azaltabilmek amacıyla, değişik bir yol kabul etmiştir. İsviçre hukukuna göre, kanuna aykırılık ve düzensizlik arasında ayırım yapılmaktadır. İsviçre hukukuna göre düzensizlik, bir şekil kuralının ihlal edilmesidir. Buna karşılık, kanuna aykırılık ise, önemli bir hakkın ihlal edilmesidir ve delilin otomatik olarak geçersiz olmasıyla sonuçlanır, Federal Ceza Usul Kanunu'nun 77 ve 83. maddelerinde bu yolda bir hüküm yer almaktadır. (Bolle, Piene Henri, La Preuve en procedure penal compagne: Le Draf suisse, Revme Internationale de Droit penal N.S. 63 Toulouse, 1992, 335)

cc. Alman hukukunda ise, kanuna aykırı olarak elde edilmiş deliller konusu çok tartışılmıştır. Alman Ceza Usul Kanununun 136. maddesinin 3. fıkrası uygun olmayan yöntemlerle, ikrar elde edilmesini yasaklamıştır. Temelde konu içtihatlarla düzenlenmektedir ve karmaşık bir görünümde. Kanuna aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesi işi hakime bırakılmıştır. Yine Alman içtihatlarına göre, kanuna aykırılık olaydan olaya değişebilen bir haldir. Alman Federal Mahkemesi'nin (BGH 24, 215) bir kararında, doktor olmayan birinin polisin emri ile şüpheliden kanın alınması halinde, kanın alınış şeklinde kanuna aykırılık olmasına rağmen delil olarak değerlendirilmesi ve bunun mahkemeye sunulması yasal olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık Alman hukukunda yerleşmiş bulunan bu içtihat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (11.07.2006 tarih ve Başvuru No: 54810/00 Jalloh Almanya'ya karşı) davada verdiği kararda, "Devlet görevlilerinin başvuruçunun fiziki ve manevi bütünlüğüne kasten saldırıda buldukları, delil elde edebilmek için kendisini zorla kusturduklarını esas alarak, insanlık dışı muameleye başvuruçuyu maruz bıraktıkları, dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde yer alan işkence veya insanlık dışı muameleyi yasaklayan hükmünün ihlal edildiği" sonucuna varılmış ve bu davranışın delil elde etmek için yapılmış olsa dahi, bunun adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu davaya konu olan olayda, Alman Yerel Mahkemeleri polis tarafından

kullanılan delil elde etme yönteminin iç hukuka uygun olduğu gerekçesiyle, bu delilin dosyadan tamamen çıkartılmasına karar vermediğinin de altını çizen Strazbourg Mahkemesi 6. maddenin ihlal edildiğini öngörmüştür.

Alman Federal Mahkemesi içtihatlarına göre, sanığın haklarına karşı yapılan saldırılar sonucu elde edilen deliller geçersiz olarak kabul edildiğine de rastlamaktayız. Söz gelimi bir şahidin beyanlarının kendini de suçlayıcı nitelik kazanacağı uyarısı yapılmadan, ifadesinin tespiti, delil olarak kabul edilmiş, buna karşılık sanığın susma hakkı olduğu belirtilmeden ifadesinin alınması geçersiz bir delil teşkil ettiğine hükmedilmiştir. (Alman Federal Mahkemesi, BQH11.2/3)

dd. Bu konudaki en ilginç gelişme Amerikan hukukunda yaşanmıştır. Amerikan hukuku, 1960 ila 1970 seneleri arasında vermiş olduğu kararlarda, temel haklara ilişkin konulardaki kanuna aykırılıklara önem vermiş ve bir delilin geçersizliği kuralını ortaya koymuştur. Amerikan Yüksek Mahkemesinin bir kararına göre, kanuna aykırı olarak elde edilen bir ikrarın, 5'inci ekte yer alan kendi kendine itham etmeme prensibinin ihlali olarak kabul etmiş ve bu delilin dosyadan çıkartılmasını öngörmüştür.

Daha sonra eyaletler hukukunda da kanuna aykırı elde edilen delillerin kabul edilemeyeceği ilkesi yerleşmiştir. Özellikle hukuk devleti kavramına aykırı olduğu belirtilmiştir. 1961 yılında Mapp v. Ohio olayında, Anayasanın 4'üncü ekinin ihlal edildiği ve daha önemlisi Miranda v. Arizona'ya karşı olan kararda ise, avukatının hazır bulunmadığı bir zamanda Sanığın ifadesinin alınmasının 6'ncı ekte öngörülen garantilere karşı olduğu görüşüyle, bu delilin geçersiz olduğu kabul edilmiştir. Bütün bu kararlarda, hakim E.Warren'in imzası bulunmaktadır ve sanığın haklarını koruma konusunda bu kararların alındığını belirtmektedir. Hakim E. Warren, kanuna aykırı usuller sonucu yaşamın ve özgürlüklerin tehlikeye atılacağı, gerçek suçlular ile normal insanların karıştırılarak haksız sonuçlara varılacağını ifade etmiştir.

1970'lerden sonra delillerin dava dosyasından çıkartılması konusunda Amerikan Yüksek Mahkemesi daha ihtiyatlı davranmaya başlamıştır. Zarar doğurmayan hatalar (harmless error) ile polislerin iyi niyetleri esas alınmıştır (US Werses Leon, 1984, 468 US 897).

c) Kanuna aykırı elde edilen delillerin kesinlikle geçersiz olduğunu kabul eden hukuk sistemleri

Bu hukuk sistemlerinin içine İtalyan ve Türk Hukuk sistemini getirebiliriz. Kanun koyucuların delil elde etmek için yasaklar koyması yetmemektedir. Kanuna karşı elde edilen delillerin geçersiz olduğunun kabul edilmesiyle, uygulamada geçerli bir kuralın yerleşmesi sağlanabilmiştir. Söz gelimi TCK'nun 286. maddesi kanunsuz delil elde etmek için yapılan eylemlere karşı ceza yaptırımını getirmiştir.

aa. İtalyan Ceza Usul Kanunu, Türk Ceza Muhakemesi Kanununda olduğu gibi, delil elde etmek konusunda düzenlemelere sahiptir ve bu düzenlemelere aksi hareket edilmesi karşısında, elde edilen delilin geçersiz olacağı öngörülmektedir. İtalyan Ceza Usul Kanunu'nun 191'inci maddesi, "kanun tarafından öngörülen yasakların ihlal edilmesi suretiyle elde edilmiş olan delillerin kullanılmayacağını" öngörmektedir. Yine aynı kanunun 526'ıncı maddesi, "hakimin karar verirken hukuka uygun olarak elde edilmiş delillere dayanarak karar vereceğini" belirtmektedir. Görüldüğü gibi bu hüküm, çok dar şekilde yorumlanması gereken bir hükümdür. Bu nedenle, aynı kanunun 526'ıncı maddesinde delilin niçin geçersiz olduğunun gerekçelerinin belirtilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Yine aynı kanunun 191-2'inci maddesine göre, delilin kullanılmayacağını, yargılamanın her safhasında ileri sürülebileceği öngörülmektedir.

bb. **Türk Hukuk sistemini de bu grup içine sokabiliriz. Türk hukuk sistemi İtalyan hukukundan daha ileri giderek, Anayasa'ya bu yolda hüküm de koymuştur.**

Her şeyden önce belirtmek icap eder ki, 1992 yılı Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda devrimin yapılmış olduğu yıldır. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda 1992 yılında yapılan değişikliklerle, bir hukuk devletinde bulunması gereken prensipler, adil yargılanmayı temin edecek normlar, Türk hukuk sistemine getirilmiştir. Her ne kadar bu değişiklikler kamuoyu önünde bazı akademisyenler, devlet adamları, polis tarafından alayla istihsa ile değerlendirilmiş ise de, bu değişiklikler Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'na damgasını vurmuş ve Türkiye hukuka dayalı devlet anlayışını ileriye götürmüştür.

3842 sayılı kanun 1992 yılında Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun delillerin takdiri yetkisini düzenleyen 254'üncü maddesine bir fıkra ekleyerek, bu yoldaki en önemli adımı atmıştır. "*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller, hükme esas olmaz.*"

Daha sonra ise, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle, Anayasa'nın 38'inci maddesine son bir fıkra eklenerek, "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak*

kabul edilemez” şeklinde hukuka aykırı yollarla elde edilen delillere dayanma yasağı Anayasal bir nitelik kazandırılmıştır.

Tabiidir ki, 1992 yılında yapılan bu değişiklik, 1928’den beri uygulanmakta olan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun uygulayıcıları arasında şaşkınlık yaratmış ve Mahkeme kararlarında değişik çözümler getirilmiştir. Ancak Anayasa değişikliği ve içtihatların yerleşmesi sayesinde, bu konu Türk Ceza Hukuku sisteminde yerini almıştır. Bu kural, hukuk devleti prensiplerinin ülkede yerleşmesi amacını taşır ve hukukta her şey delil olur ilkesinin sınırlanabileceği fikrinin yerleşmesidir. Bu fikir, insanlık onuru ve kanunların çizmiş olduğu sınırlar içinde delil elde etme ve bunların muhakeme sonunda verilecek kararda kullanılmasıdır. Eğer yasalara aykırı bir şekilde delil elde edilmiş ise, bu deliller karara esas olamayacaktır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu bazı değişikliklerle eski kanunun yerini almıştır. Anayasada değişiklik olmadığı için, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’ndan evvel yerleşmiş olan içtihat ve görüşler geçerlidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 148’inci maddesi, “İfade alma ve sorguda yasak usuller” başlığı altında, bir evvelki kanunun 135-a maddesinde yer alan hükümleri tekrarlamıştır. Anılan maddenin 3’üncü fıkrasında, “*yasak usullerle elde edilen ifadeler, rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez*” denildikten sonra, 4’üncü fıkrada, “*müdafii hazır bulunmaksızın, kollukça alınan ifade hakim veya mahkeme huzurunda sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz*” hükmünü getirmiştir. 148’inci maddenin bu hükümleri sanığın ifadesinin özgür bir şekilde alınmasının ve savunma hakkıyla ilgili olarak bir müdafinin yardımından yararlanması halini düzenlemiş bulunmaktadır. Bu iki husus Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 6’ncı maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının temel direklerindedir.

Yine Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 206’ncı maddesinde, “*deliller kanuna aykırı olarak elde edilmiş ise*” reddedilebileceği öngörülmüştür. Aynı kanunun 217’inci maddesinde de delillerin hakim tarafından takdir edilirken, “*yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*” hükmüne yer verilmiştir. Bu fıkranın gerekçesinde, “*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 alınamayacaktır.” demek suretiyle, prensibin temeli tespit edilmiştir.

Hukukumuzda girmiş olan yasak yollarla elde edilen delillere dayanılmayacağına dair bu prensibin, Yargıtay içtihatları açısından da değerlendirilmesi gerekir. Yargıtayın bu ilkeyi benimsemesi ve bu prensibi mutlak olarak uygulama eğiliminde olması en büyük arzumuzdur. Düşüncemize göre her somut olayda Ceza Muhakemesi faaliyetini başından sonuna kadar kanunlarda öngörülmüş bulunan kuralların aynen uygulanması, bu kurallara aykırılık teşkil edecek delillerin karara esas alınmaması amaçtır. Bu amaç, Hukuk Devletinin amacıdır.

Ancak, Türk Hukuk sistemi içinde gerek akademisyenler arasında, gerek mahkeme kararları içinde tam bir uygunluk mevcut değildir.

İlk ihtilaf, kullanılan tabirlerden ortaya çıkmaktadır. Bazı yazarlar “*hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş*” tabirinin doğru olduğunu, Anayasada yer alan “*hukuka aykırı şekilde elde edilmiş*” tabirinin ise yanlış olduğunu, Avrupa Birliği’ne katılmak için yapılan acele Kanun değişikliklerinin sonucu olduğunu ileri sürmektedirler. (Öztürk Bahri – Erdem Ruhan M. Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2007, s. 483-484) Oysa, bize göre doğru olan, Anayasa’da kullanılan tabirdir. Hukuka uygunluk geniş bir yelpazeyi ortaya çıkartır ve Kanuna aykırı şekilde elde edilmiş birçok delil, karara esas alınabilir. En büyük tehlike de budur. Nitekim, Türk Hukuk doktrininde bazı yazarlar Anayasa’daki “kanuna aykırı” tabirinin yanlış olduğunu, bunun “hukuka uygun”lukla yer değiştirmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu konuda da epeyce açıklama yapmaktadırlar. Bu yazarlara göre, “*hukuk devleti ilkesine uygun olarak hazırlanmış Anayasa, milletlerarası anlaşmalar ve bunlara uygun olarak çıkartılmış olan kanunlarla düzenlenen haklar... o halde hak ihlali yoksa hukuka aykırılıktan da söz edilemez. Öyleyse hukuka aykırılık kavramı, kanuna aykırılık kavramı ile karıştırılmamalıdır.*” (Öztürk-Erdem, ags. 484) Bu açıklama bizce biraz gariptir. Haklardan bahsederken, bütün bu hakların kanunlarla düzenlenmiş olduğundan söz etmektedir. Dolayısıyla “kanuna aykırılık”dan söz etmek, konuya berraklaştırıcı bir nitelik kazandırır. “Kanun” sözcüğü, Ceza Hukukunun birçok prensibinde yer almıştır. Suçta ve cezada kanunilik prensibi gibi. Eğer yazar gibi düşünürsek, suçta ve cezada hukukilik! prensibi dememiz gerekir ki, böyle bir kavram çok geniş olabileceği için Ceza Hukukunda kabul edilemez. “Hukuka uygun” sözcüğünün kullanılmasıyla, kanuna aykırı şekilde elde

edilmiş olan delillerin mutlak olarak yasaklanması kuralından kaçamaklar yapılması imkanı da tanınmış olmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, çok iyi olduğunu bu yazarlar tarafından ileri sürülen Ceza Muhakemesi Kanununun, kendi maddeleri arasında çelişkiler bulunmaktadır. 217'inci maddenin 2'inci fıkrasında, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delilden söz edilirken, aynı kanunun 206'ıncı maddesinin 2'inci fıkrasının (a) bendinde, “delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse” demektedir. Her iki maddeyi yapan da aynı kanun koyucu olduğuna göre, bu kavram karmaşasına yer verilmemesi gerekir idi. Bu da kanunun niteliği hakkında bir fikir verebilmektedir.

Yine doktrinde bir başka yazar, bazı Amerikan mahkeme kararları etkisi altında kalarak, kolluk kuvvetlerinin iyi niyetle davranmış olmasının, elde edilen delili kanuna aykırı olarak elde edilmiş olsa dahi hukuka uygun sayılabileceğini, hüküm verilirken hükme dayanak yapılmayan bir delili hukuka aykırı olarak elde edilmiş ise de, karara etkili olmayacağını ve prensibi ihlal etmeyeceğini ifade etmektedir. (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, 2006, s. 1036) Buna karşılık Türk doktrininde ve görüşüne katıldığımız Yurtcan, “*Yargılama kurallarına aykırılık oluşturmaları, aksi halde bunların sonuca etkili olmamaları ilkesi, ülkemizde artık bir sınırlamaya tabidir. O sınırlama da, bu yargılama kurallarının delil toplama kuralları olmalarıdır. Bir yargılama kuralı, yargılamada gerçeği bulmak için delil toplama kuralı niteliği taşıyorsa, artık bu kuralların yargılamanın sonucuna etkisi tartışılmaz. Bir sonuç mutlak olarak kabul edilir. O sonuç şudur: Bir kural yargılamaya delil toplama kuralı niteliği taşıyorsa, buna aykırılık mutlak bir aykırılıktır. Bunların sonuca etkili olmaları ya da olmamaları tartışılmaz.*” demek suretiyle kanuna aykırılığın mutlak olarak uygulanması gerektiği düşüncesini vurgulamaktadır. Aynı yazar, “*CMK, bu konuyu bir başka yaklaşımı ile bir kez daha perçinlemiştir. Yasanın 289'uncu maddesinde sayılan mutlak bozma nedenleri arasında, 'hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması' diyerek, sözü edilen ilkenin zedelenmesinin Türk ceza yargılaması sisteminde yeri olamayacağını belirtmiştir. Bundan böyle, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin hükümdeki sonucu etkilemesi/etkilememesi tartışması yapılamaz.*” demektedir. (Yurtcan Erdener, Ceza Yargılama Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2005 s. 429, 428)

Yine Türk doktrininde Nevzat Toroslu, “Hukuka aykırı deliller sorunu” başlıklı makalesinde, “*Hukuka aykırı veya yasak deliller konusunda sorulması gereken ilk soru, nasıl*

bir Ceza Muhakemesi istediğimiz sorusudur. Ne pahasına olursa olsun bütün suçluları cezalandırmayı amaçlayan bir ceza muhakemesi mi, yoksa hukuki yollarla elde edilen delillerle suçlu bulunanları cezalandırmayı amaçlayan bir ceza muhakemesi mi istiyoruz? Bir başka deyişle de, eski mutlakiyetçi rejimlere özgü olan ve günümüzde de daha az mutlakiyetçi olmayan baskıcı rejimlerde benimsenen ve sanığı peşinen suçlu kabul eden, ceza muhakemesinin amacını sadece mahkumiyeti haklı gösterecek delilleri elde etmek olarak anlayan, bunun için de, işkence de dahil, her yolu meşru gören baskıcı bir ceza muhakemesi mi, yoksa özgürlükçü toplumlarda benimsenen ve suçlulukla mücadele konusunda çatışır gibi gözükten toplumsal menfaat ile bireysel menfaat arasında bir paralellik bulunduğunu kabul eden, böylece suçluların ortaya çıkarılmasını da amaçlayan bir ceza muhakemesi mi istiyoruz?” demektedir.

Bu görüşün tamamen karşısında yer alan bir görüş ise, delil yasağının mutlak olarak kanuna aykırılık şeklinde anlaşılmasının basit şekli aykırılıklarında mutlak bozma sebebi sayılacağı gibi, ağır sonuçlar doğurabileceğini, basit şekli aykırılıkların son derece önemli başka delilleri de kullanamaz duruma sokacağı, insanları, özellikle suçtan zarar görenleri başka yollardan öç almaya yönlendirebileceği, delil elde edilirken kovuşturma makamlarınca yapılan basit şekli aykırılıklar yüzünden failerin cezalandırılmaması, özellikle organize suçluluk ile mücadeleyi zorlaştıracığı ve “ülkemizde doğru dürüst bir ceza muhakemesi alt yapısı bulunmadığı ve bu tür aykırılıkların çok olacağını” söylemenin mümkün olduğunu ileri sürerek, karşı çıkmaktadır. Anılan yazar, insan haklarının uygulamada gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması, güvenliğin temin edilmesini demokratik bir ülkede gerektiğini ileri sürmesi yanında, hukuka aykırılıkların basit ve önemli şekilde ayırımını yaparak, hukuk devleti sınırlarının dışına çıkmaktadır. Ülkenin doğru dürüst bir ceza muhakemesi alt yapısının olmaması, o ülkenin otoriter bir sisteme sahip olması demek değildir. Aynı yazar, kitabının girişinde, insan haklarına saygı, güvenliğin temin edilmesi, adaletin sağlanmasının niçin bir arada bulunmadığı konusunda şikayette bulunmakta, ve kitabına yazdığı önsözlerde de bu konuyu vurgulamaktadır. (Öztürk Bahri, Erdem, Ruhan M; s. 489) Bu sorunun cevabı basittir. İnsan haklarına saygılı ve güveni sağlamak istiyorsanız, kanunlara uygun bir şekilde hareket etmek zorundasınız.

Yukarıdaki görüşe paralel bir başka görüş de, “Anayasalar intihar paktı değildir” özdeyişine atıf yaparak, Anayasadaki kuralların bir bütün olarak uygulanmasını, delil yasaklarının adil yargılanma hakkıyla birlikte mütalaa edilmesini gerekli gördüğünü belirtmektedir. Ancak, hiçbir itirazımız olmayan bu görüşe karşı aynı yazar bir ayırım

yapmakta, basit hukuka aykırılıklarda delilin etkilenmemesini, temel hakları ihlal eden hukuka aykırılıklarda ise bu delilin hüküm verilirken kullanılmamasını belirtmekte, yine bir istisna getirerek, “ağır suçlarda istisnai olarak bunların da sanık hakları teorisi çerçevesinde benimsiyoruz” demektedir. (Kunter, Yenisey, Nuhoglu, age. S. 1075) Kaba bir teşbih ile çorbanın içine sinek düşmüş ise, sineği çıkartıp çorbayı içersiniz sonucuna gelinmektedir ki, Bu görüşlere katılmadığımızı, açıkça beyan etmemiz gerekir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararlarına baktığımızda, en ilgi çekici kararlardan birisi, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 tarih, 2005/7-144 E., 2005/150 K. sayılı içtihatıdır. *“Hukuka aykırı olarak sanıktan alınan ifadeden veya hukuka aykırı yapılmış bir ev araması sonucunda elde edilen delilden yola çıkılarak başka delillere ulaşılabilir. İşte bu durumda ortada hukuka aykırı delil niteliği taşıyan bir ifade veya arama sonucunda elde edilen bir delil vardır ki bu deliller de yargılamada kullanılamaz. Hukuka aykırı yapılan arama sonucu elde edilen delili yargılamada kullanmamak yeterli değildir. Bu deliller vasıtasıyla elde edilen deliller de hukuka aykırı olduğundan yargılamada kullanılmamalıdır.”*

Açıklanan pozitif hukuk normları ve uygulamayı yansıtan yargı kararları karşısında belirtmek gerekir ki; “kanuna aykırı biçimde” elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınmaz. Bu bakımdan, sanığın konutunda hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen ekspertiz raporlarının Yerel Mahkemece hükme esas alınması isabetsiz bulunmuştur.

Davada yer alan hukuka aykırı delil, hakim kararı ya da savcı emri olmadan yapılan aramanın mahallin sahibinin rızası olmasına rağmen, kanunsuz addedilmesidir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 9. maddesi hükmünün Danıştay tarafından iptal edilmesi karşısında, rıza ile aramanın Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan arama hükümlerine uygun düşmeyeceği, üzerinde tartışılmayacak derecede açık bir konudur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 26.6.2007 tarih, 2007/7-147 E., 2007/159 K. sayılı içtihatında, *“Hukuka aykırı elde edilen delil, sanığın ikrarı, ürünlerin raflarda satışa hazır yakalanması ve bilirkişi raporu ile desteklenmektedir. Arama sırasında ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulunması halinde de delillerin takdirinde herhangi bir farklılık meydana çıkmayacaktır. CMUK'nun 97/2. maddesine aykırı davranılması sonucu elde edilen hukuka aykırı kanıt, ceza yargılamasında kullanılamayacaktır. Ancak 29.11.2005 gün, 144/150 sayılı CGK kararında da belirtilen biçimde sanığın ikrarı ve bu ikrarın rafta*

ürünlerin bulunması ve bilirkişi raporuyla desteklenmesi halinde mahkumiyete yeterlidir.” denmektedir.

Aynı kararın muhalefet şerhini yazan S. Çilesiz ve S. Saka isimli hakimler, “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 bulunduğu 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.” demektedir.

d) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş delilin, buna dayanarak ileride elde edilen deliller üzerindeki etkisi

Bu problemin çözümü, büyük tartışmalara sebep olmuştur ve bu konuda değişik sistemlerin ileri sürüldüğünü görüyoruz. Bunlardan birincisi, yasa dışı olarak elde edilmiş olan delilin daha sonra elde edilecek delillere etkisini kabul eden sistemdir. Bu sistem, Amerika Yüksek Mahkemesi hakimi Frankfurter tarafından (Nordone v. US, 1939, 509 US 558) davasında, “zehirli ağacın meyveleri” teorisi ile açıklanmıştır. Buna göre, kanuna aykırı olarak elde edilmiş olan delil, kendisinden sonra gelen delillere de etki yapacaktır. Gerçi, Amerikan Yüksek Mahkemesi bu teoriyi yumuşatmak için yeni yaklaşımlar ortaya atmış olmasına rağmen, bu husus Hollanda, İtalya ve Kanada hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir.

Bir diğer sistem ise, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bir delilin, kanuna aykırılığının aynı delil ile sınırlandırılmasıdır. Alman içtihatları genelde kanuna aykırı delile dayanılarak elde edilmiş olan diğer delillerin de geçerli olabileceği görüşünü ortaya koymaktadır. Söz gelimi Alman Federal Mahkemesi 24 Ağustos 1983 tarihli bir kararında, kanuna aykırı olarak dinlemelerin daha sonra yapılmış olan ikrarların geçerliliğini ortadan kaldırmayacağına karar vermiştir. Bununla beraber, Yüksek Mahkemenin bazı kararları ve Alman doktrini uzak sonuçlar açısından bu teoriyi kabul etme eğilimindedir.

Bir başka görüş ise, hakimin serbest değerlendirmesine bırakmaktadır. Buna örnek olarak, Fransız Ceza Usul Kanunu’nun 174’üncü maddesinin 2’inci fıkrasındaki hükmü gösterebiliriz. Sorgu Hakimliği sırasında bir delilin iptaline karar verilmiş ise, bundan sonraki muhakeme safhalarında da o delile dayanılarak yeni bir işlem yapılmaması öngörülmektedir.

Keza kovuşturma safhasında, bir delilin soruşturma safhasında geçersiz olarak ele alındığı ileri sürüldüğü taktirde, mahkemenin kararına göre soruşturmanın geçersizliğine karar verilebilecektir. Aynı duruma İngiliz hukukunda da rastlamaktayız. İngiliz hukukunda hakim, *Police and Criminal Evidence Act 1984*'un 78'inci maddesine göre, kanuna aykırı olan delilin dosyadan çıkartılmasına karar verebilmektedir.

Türk hukukunda ise, Erdener Yurtcan "*hukuka uygun olmayan bir şeyin üzerine, hukuka uygun bir şey inşa edilemeyeceğini, bu durumda son delillerin değerlendirme dışı kabul edilmesi gerektiğini*" belirtmiştir.

26.6.2007 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında ise, Prof. Dr. Öztürk'e yollama yapılarak, mutlak delil yasakları, nisbi delil yasakları kavramının ortaya çıktığı, mutlak delil yasaklarının sanığın kendisini suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, bir kimsenin yakınlarını suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, sanığın kendisi ile temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının hatırlatılmaması, hayatın gizli alanına (özel hayata değil) yapılan müdahalelerin dışında kalan durumlarda hakim tarafından orantılılık ilkesi göz önünde tutularak kamu yararı bakımından bir değerlendirme yapılması gerektiğinden bahsedilmesi gerektiği ileri sürmüştü ve bunun sonucunda da şekle aykırılığın, hak ihlaline yol açacağı şeklindeki bir kabulün doğru olmadığı sonucuna varılmıştır.

Katılmadığımız Mahkeme kararında, hakim, savcı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu bulunmadan yapılan bir aramada, kanuna şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiğini söylemenin son derece güç olduğu ileri sürülerek, hukuka aykırı bir delilin geçerli sayılabileceği kabul edilmiştir. O zaman bu mahkeme kararında çoğunluğu oluşturan hakimlere sormak gerekir. Hakimin, savcının, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşunun bulunmasını öngören kanun hükmü ne için yapılmıştır? Buradaki ihlal edilen hak, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı değil midir? Başka bir açıdan baktığımızda, "şekli" sayılan şartlar yerine getirilmeden yapılan bir aramanın, hukuken sağlıklı olup olmadığı, aranılan şahıs açısından bir suç ile itham edilebilmesi için uydurma delillerin yerleştirileceğinin söz konusu olup olmadığı da üzerinde durulması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *F.P.G. and J.H. v. The United Kingdom* kararında, muhalefet şerhi yazan hakim Mrs. Tullkens, olayda mahkeme tarafından karakolda yapılan konuşmaların dinlenmesinin sözleşmenin 8'inci maddesini ihlal olduğu kabul edildikten sonra, 6'ncı maddede yer alan "dürüst yargılanma" maddesinin ihlal edilmediğinin

kabul edilmesini tehlikeli gördüğünü belirterek, bu sonucu bilen polisin davranışlarının kontrol edilmesinin ve suçu hukuk devletindeki kurallara uygun olarak önlenmesinin sağlanmasının mümkün olmayacağını belirtmiştir. Hakim Tullkens, mahkemenin bu konuda sınırının ne olacağını, hangi hakların garantisinin sınır teşkil edeceğini, söz gelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinin ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delillerin yasa dışı delil olup olmayacağı konusunda mahkemenin nasıl bir tavır alacağını beklediğini belirtmiştir. 2001 yılında verilmiş bu karardan sonra, Strazbourg Mahkemesi Örs ve Diğerleri /Türkiye (Başvuru No. 46213/99, Karar Tarihi: 20.06.2006) kararında, hakim Tullkens'in muhalefet görüşüne uygun bir içtihat ortaya koymuştur. Polisler hakkında başlatılan soruşturma zamanaşımına uğramıştır. Doktor raporları göz ardı edilmiştir. Başvurucuların yargılanması esnasında polisler hakkında açılmış bir soruşturma olmasına ve işkence yapıldığının ispatlayan doktor raporlarının mevcudiyetine rağmen, başvurucuları yargılayan DGM gözaltında alınmış olan ifadeleri delil olarak kabul etmiştir. Her ne kadar Türk hükümeti, DGM'nin kararının bu ifadelere dayanmadığını, mahkumiyet kararı için başka delillerin mevcut olduğunu ileri sürmüştü de, Mahkeme, avukat yardımından yoksun bir şekilde, işkence altında alınmış ifadelerin dosyada bulundurulmuş olmasının dahi adil bir yargılanmanın gerçekleştirilmesine engel olduğu düşüncesindedir. Mahkeme kararının satır araları dikkatle okunduğunda, kanuna aykırı delillerin dosyadan çıkartılmamış olmasının “adil yargılanma” prensiplerine aykırı olduğunun vurgulandığı görülmektedir.

Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çok yakın tarihli (Illiya Stefanov/Bulgaristan (Başvuru No: 44009/02, Karar Tarihi; 22.05.2008) kararında, suç şüphesine dayanarak verilen arama emrinin çok geniş düzenlenmesi ve avukat olan başvurucunun mesleki gizlilik gerektiren bilgilerinin ortaya çıkartılması, bilgisayarlarına ve disketlerine iki ay boyunca el konulmuş olması, 8'inci maddenin ihlalinin teşkil ettiği, aramada hazır bulunan hiçbir hukuki eğitimi olmayan komşuların, polisin, başvurucunun özel hayatına orantısız müdahale etmesini durdurabilmek imkanına sahip olmadığını belirterek, 8'inci maddenin ihlal edildiğini belirlemiştir.

Bu kararlar da göstermektedir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla, kamu gücünü elinde tutan kimselerin, bu gücü keyfi olarak kullanmalarını, hatta kendilerine verilen hakları kötüye kullanmalarını İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlali olarak görmektedir. Demokratik hukuk devletinin var olduğu ortam da bunu gerektirmektedir.