

Karşılaştırmalı Hukukta Delil Değerlendirme Yasakları^(*)

Evaluation of Illegally Obtained Evidence in Comparative Law

Dr. Öğr. Üy. Gülşah BOSTANCI BOZBAYINDIR^(**)

Öz

Delil değerlendirme yasakları, ana hatlarıyla ortaya koymaya çalışacağımız üzere birçok ülke mevzuat ve uygulamasında yerleşik bir kurum olmasına karşın, bu kurumun hukuki esası ve pratik etkisi öteden beri sorgulanmaktadır. Bu nedenle delil değerlendirme yasaklarının hukuki esası ve dayanağı, bir başka deyişle ratio legis konusundaki doktriner çalışmalarda bir artış söz konusudur. Bu çalışmalardaki esas tartışma, elde edilen delillerin hangi durumlarda hukuka aykırı sayılacağı ve hangi durumlarda kullanılıp kullanılmayacağıdır. Bu sorunun cevabı delil elde edilmiş biçimi ve hukuka aykırılığın nevine göre farklılık göstermektedir. Özellikle güncel gelişmelerin etkileriyle, inceleme konusu ülkelerin kanuni düzenlemelerinin değiştiği, uygulamada içtihat haline gelmiş kararların çeşitlendiği gözlemlenmektedir. Çalışmamızda İsviçre ceza muhakemesi kanunundaki değişikliklerin yanı sıra Alman ve Amerikan ceza muhakemesi sisteminde delil değerlendirme yasaklarına ilişkin yaklaşımlar izah edilecektir.

Anahtar Kelimeler

Hukuka Aykırı Delil, Değerlendirme Yasağı, İsviçre, Alman, ABD Ceza Muhakemesi Hukuku.

Abstract

As we will try to reveal with outlines, despite the evidence assessment restrictions are institutional in legislations and in practice of many countries, legal basis and practical effect of this institution is questioned all along. Therefore there is an increase in academic writings on legal basis and justifications of evidence assessment restrictions, in other words of ratio legis. The main debate in those writings is in which cases the obtained evidence would be considered as illegal and in which cases it will be used. The answer of such question differs depending on the way of acquisition of the evidence and the kind of illegality. It is observed that the legal arrangements of the countries subject matter of the analyzing differ and the decisions which became case law in practice have gotten diversified especially with the effects of current developments. In our study approaches with regards to the evidence assessment restrictions in German and American criminal procedure system as well as the amendments in the Swiss Code on Criminal Procedure.

Keywords

Illegal Obtained Evidence, Assessment Restriction, Swiss, German, US Code on Criminal Procedures.

I. Giriş

Ceza muhakemesinde suçun işlendiğinin ispatlanması ve suçlunun cezalandırılması için kullanılan delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi süreci, insan hakkı ve onuru lehine geçmişten günümüze değin çeşitlenmiş ve gelişmiştir.¹ Bu gelişmeler, neticesinde delil elde etme ve elde edilen delillerin değerlendirilmesi hususunda belli başlı temel sınırlamaların oluşturulmasına neden olmuştur. Maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasının

^(*) Hakemli makale | Peer Reviewed Article

^(**) İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi | Ceza ve Ceza Usul Hukuku

Anabilim Dalı | Öğretim Üyesi

E-posta: gulsah_bostanci@yahoo.com

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-0602-2713>

Makalenin yayınevine geliş tarihi: 16.07.2019

Makalenin kabul tarihi: 10.08.2019

¹ Hukuka aykırı delil kavramının tarihsel gelişimi için bkz: YILDIZ, Yeşim: *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin İspat Değeri*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 48.

esas olduğu ve bunun için delillerin serbestçe değerlendirilebileceği muhakeme sürecinde, delil serbestliğine ve ceza muhakemesi hukukunda delil elde edilmesi, ileri sürülmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen bu sınırlamalardan en önemlisi² olan delil değerlendirme yasaklarının temel işlevi, bir yandan temel hakların ve hürriyetlerin korunması bir yandan da hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak adil bir yargılanmanın vazgeçilemez esaslarının garanti altına alınmasıdır.

Çalışmamızda ana hatlarıyla ortaya koymaya gayret ettiğimiz üzere, delil değerlendirme yasakları ele alınan ülke mevzuat ve uygulamalarında yerleşik bir kurumdur. Ancak yine de kurumun hukuki esası üzerinde öteden beri tartışmalar bulunmakta ve pratik etkisi öteden beri sorgulanmaktadır. Bu nedenle kurum inceleme konusu yapılmış ve ele alınan ülke hukuklarında da kurum üzerinde gerçekleştirilen doktriner çalışmalarda bir artış tespit edilmiştir. Bu çalışmalardaki esas tartışma ise, elde edilen delillerin hangi durumlarda hukuka aykırı sayılacağı ve hangi durumlarda kullanılıp kullanılmayacağı yönündedir. Kurumun ratio legisine dair tartışmalarda varılan sonuçlar delillerin elde edilmiş biçimi ve hukuka aykırılığın nevine göre farklılık arz etmektedir. Güncel gelişmelere paralel olarak inceleme konusu ülkelerin kanuni düzenlemelerinin değiştiği, uygulamada içtihat haline gelmiş kararların çeşitlendiği gözlemlenmektedir. Yine inceleme konusu ülkelerin ceza muhakeme hukuklarında meydana değişikliklerde genel kabul gören yaklaşımların aleyhine taraftar kazandığı görülmektedir.

Çalışmamızda, son dönemde esaslı değişiklik geçiren İsviçre ceza muhakeme sisteminin yanı sıra, hukuka aykırı delillere zıt denilebilecek bakış açısına sahip iki ana sistem olan Alman ceza muhakemesi sistemi ile Amerikan ceza muhakemesi sistemi arasındaki temel farklar ortaya konmuştur.

II. Karşılaştırmalı Hukukta Delil Değerlendirme Yasakları

A. Genel Olarak

Delil değerlendirme yasakları ceza muhakemesi hukukunun en tartışmalı konularından biri olma niteliğini taşımaktadır. Genel olarak delil yasağının söz konusu olması halinde, ilgili delil mevcut olmasına rağmen, delillerin tartışılması aşamasında (*Beweiswürdigung*) dikkate alınmaz.³ Gerek Türk gerek mukayeseli hukuk ceza yargılama sistemlerinde delil değerlendirme yasağı sıklıkla ele alınmıştır. Ancak son zamanlarda bu kurum kanunkoyucuyu, doktrini ve uygulamayı daha fazla meşgul etmekte ve ülkeden ülkeye farklılık arz eden neticelere varıldığı görülmektedir. Örneğin, İsviçre ve Çin Halk Cumhuriyeti gibi bazı ülke hukuk-

larında delil yasaklarına ilişkin kurallara kanunlarda doğrudan yer verilmektedir. Gerçekten, 2011 tarihli İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu ve 2012 tarihli Çin Ceza Muhakemesi Kanunu reformuyla birlikte bu ülke kanunkoyucuları delil yasakları konusunda açık düzenlemeler yapma yoluna gitmişlerdir. Buna karşılık, ABD ve Almanya gibi ülkeler ise delil değerlendirilme yasakları konusunda genel düzenlemelere mevzuatlarında yer vermemekte ve mesele daha ziyade yargısal içtihatlarla çözümlenmeye çalışılmaktadır.⁴

Bu bağlamda mukayeseli hukukta, delil değerlendirme yasaklarının varlığını tespitinde hangi ölçütlerin uygulanacağına dair iki sistem mevcuttur. Bunlardan ilki hakların tartımı çözümü (*Abwägungsmodell*); ikincisi ise kodifikasyon modelidir (*Kodifizierungsmodell*). Menfaatlerin veya hakların tartımı modelinde, hukuk uygulayıcısı (*Rechtsanwender*) somut olaydaki tüm menfaatleri karşılıklı olarak tartmak suretiyle somut olayda ilgili delili değerlendirip değerlendirmemek konusunda bir karar vermektedir. Bu model, yargıya geniş takdir yetkisi tanımakta ve somut olaya uygun bir çözümün bulunmasına imkân sağlamaktadır. Buna karşılık, bu model hukuk güvenliğini zedeleme ve keyfîlik risklerini de bünyesinde barındırmaktadır.⁵ Hakların tartımı modeline örnek olarak Alman yargısının içtihatları gösterilebilir. Bu bakımından, mukayeseli hukuk başlığı altında Alman öğretisinin ve uygulamasının delil değerlendirme yasakları konusundaki yaklaşımı bir model olarak incelenecektir. Delil değerlendirme yasakları konusunda ikinci yaklaşım olan kodifikasyon modeli ise, kanunkoyucunun bir delil değerlendirme yasağının içerdiği hakların tartımını bizzat yapma anlayışına dayanmaktadır. Bir başka deyişle, bu modelde kanunkoyucu, hangi delillerin örneğin mutlak değerlendirme yasağına tabi olduğunu kanuni düzenlemelerde açıkça ortaya koymaktadır.⁶ Bu modele örnek olarak karşılaştırmalı hukukta öncelikle İsviçre Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili hükümlerini ele alacağız.

B. İsviçre

1. Genel Olarak

İsviçre'de tüm kantonlarda uygulanacak federal düzeyde bir ceza muhakemesi kanunu yapma çabası 1800'lü yıllara kadar gitse de, bu ancak 2000 yılındaki Anayasa değişikliği ile birlikte yasal zemine kavuşabilmiş ve yapılan çalışmalar neticesinde tüm kantonlar için geçerli olan yeni İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu 2007 yılında kabul edilerek 1.1.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun yürürlük tarihinin kabulünden oldukça ileri bir tarih olarak belirlenmiş olması, kantonların mahkeme teşkilatlarını yeni kanuna uydurma ihtiyacından kaynaklanmıştır.⁷

² ÖZBEK, Veli Özer: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları", Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, 2010, (913-928), s. 914.

³ Bkz. WOHLERS, Wolfgang / BLÄSI, Linda: "Dogmatik und Praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz", Recht, Zeitschrift für Jüristische Weiterbildung und Praxis (2015), (158-175), s. 158.

⁴ GLESS, Sabine: "Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbote - Strafprozessuale Wahrheitssuche und ihre Grenzen im Rechtsvergleich", Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 137, (2019) 1, (1-31), s. 2-3.

⁵ WOHLERS / BLÄSI: s. 160.

⁶ WOHLERS / BLÄSI: s. 160.

⁷ İsviçre Ceza Kanununun yasalaşma süreci için bkz. PIETH, Mark: *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, s. 32-34.

Öğretide İsviçre kanunkoyucusu tarafından delil yasakları konusunda Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan düzenlemeler, Avrupa sathında öncü rol üstlenebilecek bir model niteliğinde (*Modellcharakter*) başarılı hükümler olarak değerlendirilmektedir.⁸ Buna gerekçe olarak, normun temel meseleleri düzenlemekle yetinmesi ve esnek olması gösterilmektedir. Kanun ve norm, esas itibarıyla Kıta Avrupa ceza muhakemesi geleneği içinde kalarak, yani maddi gerçeğin araştırılması ve ortaya konması temel düsturundan hareketle delil yasaklarını düzenlemektedir. Bunun sonucu olarak da bir delil, ancak ağır basan nedenlerin; bir başka deyişle gerçeğin araştırılmasından daha büyük önem taşıyan menfaatlerin varlığı halinde değerlendirilememektedir.⁹

2. 2007 Ceza Muhakemesi Kanununda Delil Değerlendirme Yasakları

İsviçre Ceza Muhakemesi Kanununa bakıldığında, delillerin değerlendirilmesi ve değerlendirme yasağı konularının üç hükümle düzenlendiği görülmektedir. Genel olarak delillerin değerlendirilmesine ilişkin yasaklar, ceza muhakemesinde delillerin ortaya konulmasını (*Beweisführung*) sınırlayan ve maddi gerçeğin araştırılmasına bazı hallerde engel olan hükümler olarak tanımlanmaktadır.¹⁰ Kanunun m.139 hükmü ceza makamlarının (*Strafbehörde*) gerçeği bulmak için bilimsel ve tecrübi birikime dayanan her türlü delili, hukuken cevaz verilmiş olması (*rechtlich zulässig*) kaydıyla, kullanabileceği temel ilkesini ihtiva etmektedir. Kanunun takip eden m.140 hükmü ise, yasadik delil etme yöntemleri (*verbotene Beweiserhebungsmethoden*) kenar başlığını taşımaktadır. İsviçre CMK m.140 hükmü şu şekildedir:

1. Delillerin elde edilmesinde zorlayıcı yöntemler ile şiddet uygulanması, tehdit, hukuka aykırı vaat, aldatıcı davranışlar ve bir kişinin düşünce yeteneği veya irade hürriyetini etkileyebilecek araçların kullanılması yasaktır.
2. Bu gibi yöntemlere müracaat edilmesi, bunlara maruz kalan kişinin rızasıyla gerçekleşmiş olsa da geçersizdir.

Kanunun 141'inci madde hükmü ise, 'hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin değerlendirilebilirliği' başlığını (*Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise*) taşımakta ve delil değerlendirilme yasaklarına ilişkin tasnif, kıstas ve hukuki sonuçları düzenlemektedir. Bu noktada dikkat çeken husus, kanunun, bu ülke doktrininde de tartışmalı olan mutlak ve nispi değerlendirme yasağı kategorilerini benimsemiş olma-

sıdır.¹¹ İsviçre CMK'sının 141'inci maddesinin ilgili hükümleri şu şekildedir:

1. 140'inci maddeye aykırı olarak elde edilen deliller hiçbir şekilde kabul edilemez. Yukarıda belirtilenler ayrıca Kanun'un delilleri geçersiz kabul ettiği durumlarda da geçerlidir.
2. Ceza adalet makamlarının suç teşkil eden yollarla ya da mevzuata aykırı şekilde elde ettikleri deliller, ciddi bir suçtan mahkûmiyeti sağlamak için kabul edilmesinin gerekli olmadığı durumlar hariçinde, kullanılamaz.
3. Delillerin elde edilmesinde sadece muhakeme düzenine ilişkin kuralların ihlal edildiği deliller değerlendirilebilir.

İsviçre CMK m.141/1 hükmüne göre, 140'inci maddenin ihlal edilmesi suretiyle elde edilmiş olan deliller hiçbir şekilde değerlendirilemez¹² ve yine bu fıkranın ikinci cümlesine göre, Ceza Muhakemesi Kanununda bir delilin değerlendirilemez (*unverwertbar*) olarak tavsif edildiği durumlarda da mutlak bir değerlendirme yasağı söz konusudur.¹³ Örneğin, İsviçre CMK m.158/2'de, sanığın polis veya savcılık sorgusunda hatırlatılması gereken susma hakkı, tercüman isteme hakkı veya müdafî talep etme hakkı gibi, m.158/1 hükmünde sayılan haklarının hatırlatılmadan ifadenin alınmış olması halinde, bunların değerlendirilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir.¹⁴

Kanunun m.141/2 hükmü ise, ceza makamlarının suç teşkil edecek şekilde veya geçerlilik hükümlerinin (*Gültigkeitsvorschriften*) ihlaliyle elde ettiği deliller de kural olarak mutlak değerlendirme yasağı kapsamına alınmaktadır. Suç teşkil edecek şekilde delil elde edilmesine örnek olarak, arama emri olmaksızın konutta arama yapılması verilebilir. Geçerlilik hükümleri ise sanığın haklarını düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleridir. Ancak bu gibi durumlarda elde edilen delillerin değerlendirilememesi kuralına kanunkoyucu tarafından bir istisna getirilmiştir. O da, bu şekilde elde edilen delillerin ağır suçların (*schwerer Straftaten*) aydınlatılması bakımından vazgeçilmez nitelikte olduğu durumlardır. Kanun bu istisnai hali kabul etmek suretiyle nispi bir delil yasağı kabul etmiştir.¹⁵

Kanunun m.141/3 hükmüne göre, delillerin elde edilmesinde, sadece muhakeme düzenine ilişkin kuralların (*Ordnungsvorschriften*) ihlal edildiği deliller değerlendirilebilir.¹⁶ Bu kanuni düzenlemelerin anlaşılabilirliği bakımından, geçerlilik hükmü ile muhakemenin düzenine ilişkin hükümler arasındaki farkın ortaya

⁸ GLESS, Sabine: "Gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverboten - die Schweiz als Vorreiter?", in: Strafrecht als Ultima Ratio, Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine, Walter Gropp et al (Hrsg.), Mohr Siebeck, Tübingen 2016, (127-141), s. 129, 136; karşı. SCHMID, Niklaus / JOSITSCH, Daniel: *Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts*, 3. Auflage, Dike, Zürich 2017, s. 317.

⁹ RIKLIN, Franz: *StPO Kommentar*, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2014, s. 282; GLESS: *Gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverboten*, s. 130, 136, 141.

¹⁰ RIEDI, Claudio: *Auslandsbeweise und ihre Verwertung im Schweizerischen Strafverfahren*, Schulthess, Basel 2018, s. 20.

¹¹ GLESS: *Gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverboten*, s. 131.

¹² Cebir, tehdit, aldatma ve diğer yasadik yöntemlere ilişkin örnekler için bkz. SCHMID / JOSITSCH: s. 315-316.

¹³ Kanunda düzenlenen diğer mutlak delil yasakları hakkında bkz. RIEDI: s. 27-28; WOHLERS / BLÄSI: s. 163-164.

¹⁴ Bu ve başka örnekler ile mutlak delil yasaklarını içeren bir liste için bkz. RIKLIN: s. 283-284; ayrıca bkz. GLESS: *Gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverboten*, s. 131-133.

¹⁵ Bkz. SCHMID / JOSITSCH: s. 320; WOHLERS / BLÄSI: s. 164-165.

¹⁶ Bkz. RIEDI: s. 29; WOHLERS / BLÄSI: s. 165-166.

konulması gerekmektedir. Geçerlilik hükümleri, sadece veya ağırlıklı olarak sanığın veya şüphelinin haklarını koruyan hükümlerdir. Tanıkların dinlenilmesi veya arama kararının verilmesindeki usul, geçerlilik hükümlerine örnek olarak verilmektedir. Buna karşılık, muhakemenin düzenine ilişkin hükümler, yargılamanın harici düzenine ilişkindir. Örneğin, geçerli bir arama kararına dayanılarak yapılan, ancak konut sahibi veya yasal temsilcisi bulunmadan konutta yapılan arama neticesinde elde edilen delilin değerlendirilmemesi yolundaki karar, Federal Mahkeme tarafından bozulmuştur. Mahkeme'ye göre, konutta aramada hazır bulunulması, sadece muhakemenin harici düzenine ilişkin olduğundan (*äusseren Ordnung*), değerlendirme yasağı kapsamında mütalaa edilemez.¹⁷ Burada bir normun niteliğinin belirlenmesine ilişkin olarak, ilgili normun koruduğu menfaatten (*Schutzzweck der Norm*) yola çıkılarak gai yönteme müracaatla değerlendirme yapılmaktadır.¹⁸ Öğretide, Federal Mahkeme'nin sanığın haklarını koruyan hükümleri, muhakemenin düzenine ilişkin kurallar olarak sınıflandırmak suretiyle, ilgili kanun hükmünün ihlaliyle elde edilen delilleri mutlak değerlendirme yasağı kapsamında çıkardığı eleştirisi yapılmaktadır.¹⁹

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, İsviçre Ceza Muhakemesi Kanununun 141'inci maddesi, değerlendirme yasaklarının derece ve hukuki sonuçlarını sistematize etmiş ve açıkça düzenlemiştir. Kanunun 141'inci maddesinin birinci fıkraya hükmü mutlak delil yasağı, ikinci fıkraya hükmü nispi delil yasağı ve nihayet üçüncü fıkraya hükmü açıkça kanunun ihlaliyle elde edilmiş olsa da söz konusu delilin değerlendirilebileceği halleri düzenlemektedir.²⁰ Bilhassa, m.141/1 hükmüyle getirilen ve maddede yer alan şekilde elde edilen delillerin mutlak bir değerlendirme yasağına tabi olduğu kuralıyla birlikte bu hususta kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemdeki tartışmalar sonuçlandırılmıştır.²¹

Mutlak delil yasağı kapsamındaki delillerin, ceza yargılama dosyasından çıkarılması gerekmektedir. Buna karşılık, temyiz denetimine tabi kılınması açısından, mutlak delil yasağı kapsamında olduğu belirlenen delillerin ayrı bir dosyada tutulması gerekmektedir. Ayrıca, mutlak delil yasağı kapsamındaki delillerin sanığın lehine olması halinde bunların kullanılabilmesi de ileri sürülmektedir.²²

3. Özel Şahıslar Tarafından Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu, özel şahıslar tarafından elde edilen delilleri düzenleyen bir hüküm içermemektedir. Öğretide bu durum, kanunkoyucunun delil yasaklarına ilişkin bu ve benzeri konularda bilinç-

li bir şekilde susma yoluna gittiği şeklinde yorumlanmaktadır.²³ İsviçre Federal Mahkemesi, söz konusu delilin ceza makamları tarafından hukuka uygun yollarla elde edilebileceği olaylarda, özel kişiler tarafından elde edilen delilleri değerlendirme yasağı kapsamı dışında tutmaktadır. Buna karşın öğretide, örneğin işkence ve benzeri ağır hak ihlalleri kullanılmak suretiyle delil elde edilmesi veya kamu düzenini ilgilendiren ağır ihlallerin söz konusu olması halinde, bunların özel kişiler tarafından kullanılması suretiyle elde edilen delillerin değerlendirme dışı tutulması gerektiği düşüncesi hâkimdir.²⁴ Buna karşılık araç kamera kayıtlarının (*Dashcams*) delil olarak kullanılabilmesi örneğinde olduğu gibi, mahkemeler özel şahıslar tarafından elde edilen delillerin kullanılması bakımından ilkesel olarak bir yasağın söz konusu olduğu yolunda değerlendirme yapmaktadır.²⁵

Özel şahısların delil elde etmelerine ilişkin teknolojik imkânların artması nedeniyle, delil elde edilmesi bakımından zaruret hali (*Beweisnotstand*) olayları da önem kazanmaya başlamıştır. Bu anlamda bir zaruret halinde, özel şahısların elde ettiği delil, bu delili elde eden şahsın hukuki alanına tecavüz ediyor ve devletin yardımına da zamanında ulaşma imkânı yoksa hukuka uygun delil olacaktır. Bu nedenle, kanunkoyucunun özel şahısların elde ettikleri deliller bakımından bilinçli susmayı tercih ettiği vurgulanmaktadır.²⁶

4. Delil Yasaklarının Uzak Etkisi

İsviçre Ceza Muhakemesi Kanununda delil yasaklarının uzak etkisi konusunda düzenleme bulunmaktadır. Kanunun m.141/4 hükmüne göre, m.141/2'ye göre değerlendirilme yasağı olan bir delil vasıtasıyla bir başka delil elde ediliyorsa ve bu ikinci delilin birinci delil olmaksızın elde edilmesi mümkün olmayacak idiyse bu ikinci delilin de değerlendirilmesi yasaktır.²⁷ Kanuna son anda eklenen bu hüküm halen tartışılmaktadır. Öğretide, İsviçre kanunkoyucusunun delil yasaklarının uzak etkisi konusundaki düzenleme konusunda ABD hukukundaki zehirli ağacın meyvesi doktrini (*"fruit of the poisonous tree"*) benimsediği ifade edilmektedir.²⁸ Ancak yargı içtihatlarında söz konusu hüküm dar yorumlanmaktadır.²⁹ Federal Mahkeme kanun maddesini eğer ikinci delilin, ancak kesine yakın bir ihtimalle birinci hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delile ilişkin bilgi olmaksızın elde edilebilecek nitelikteyse değerlendirilebileceği şeklinde yorumlamaktadır. Mahkeme bu hususta karar verilirken belirleyici olanın somut olayın şartları olduğunu vurgulamıştır. 2012 yılında verilen bir kararda, İsviçre makamlarının yabancı bir devlet tarafından gerçekleştirilen yasa dışı bir dinleme üzerine aldıkları ihbarı değerlendirerek sınırdaki gümrük kontrolü sırasında ilgili araçta uyuşturucu buldukları olaya iliş-

¹⁷ PIETH: s. 191.

¹⁸ Bu hususta bkz. DONATSCH, Andreas / SCHWARZENEGGER, Christian / WOHLERS, Wolfgang: *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Schulthess, Zürich 2014, s. 125; Bkz. SCHMID / JOSITSCH: s. 319.

¹⁹ Bkz. GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 7.

²⁰ Bkz. GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 5.

²¹ SCHMID / JOSITSCH: s. 318.

²² RIKLIN: s. 289; PIETH: s. 196-197; SCHMID / JOSITSCH: s. 323.

²³ SCHMID / JOSITSCH: s. 317.

²⁴ Bu hususta bkz. PIETH: s. 195-196; WOHLERS / BLÄSI: s. 162.

²⁵ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 7-8.

²⁶ RIEDI: s. 22.

²⁷ RIEDI: s. 30; WOHLERS / BLÄSI: s. 166.

²⁸ GLESS: *Gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverbotten*, s. 135; SCHMID / JOSITSCH: s. 321.

²⁹ GLESS: *Gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverbotten*, s. 136.

kin olarak Federal Mahkeme yaptığı değerlendirmede, gümrük geçişi sırasında bir aracın aranması ihtimalinin yüksek olduğunu ve şoförün gergin davranışlarının şüpheli bulunması nedeniyle gümrük görevlileri tarafından yapılacak aramada uyuşturucu maddeye ulaşılması ihtimalinden yola çıkarak, elde edilen ikinci delilin değerlendirilmesinde kanuna aykırılık olmadığına kanaat getirmiştir.³⁰ Mahkeme bu şekilde varsayımsal soruşturmada hukuka uygun elde edilebilecek delil kıstasına (*hypothetischen Ermittlungsverlauf*) başvurmak suretiyle, kanuna aykırı ilk delil olmaksızın da diğer delilin elde edilebileceği sonucuna ulaşmıştır.³¹

C. Almanya

1. Genel Olarak

Alman ceza muhakemesi hukukunun temelleri, Kıta Avrupası tahkik sistemi geleneğine (*die Tradition des Inquisitionsverfahrens*) dayanmaktadır. Tahkik sistemi, sanığın lehindeki ve aleyhindeki delilleri toplamak suretiyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılması anlayışı esasına dayanan bir gelenektir. Buna göre, ceza makamları tarafından, ilgili suç hakkında verilecek adil bir hüküm marifetiyle hukuk barışını yeniden tesis etmek üzere yürütülen maddi gerçeğe ulaşılması faaliyeti, esasen gerçeğin bulunması noktasında uygun olan her türlü delilin kullanılabilmesini gerekli kılar.³² Maddi gerçeğin araştırılması, geçmişte vukuu bulmuş bir olay hakkında, şimdiki zamanda ulaşılmış bilgiler ve bulgular aracılığıyla karar verilmesi anlamına gelmektedir. Sanığın veya diğer kişilerin olaya ilişkin delillere ulaşmak için yardımına güvenemeyecek olan kanunkoyucu, ceza makamlarına delillere ulaşmalarını temin etmek üzere çok sayıda yetki ve araç sağlamıştır.³³

Bu anlayışın sonucu olarak, maddi gerçeğe ulaşmayı sağlamaya elverişli bir delilin, usuli gerçeğin değil; maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasından başka amaçlarla değerlendirme dışı tutulması adeta Alman sisteminde eğreti (*Fremdkörper*) durmakta, bu gibi durumlar gerekçelendirilmesi zorunlu istisnai haller (*begründungsbedürftige Ausnahme*) olarak görülmektedir.³⁴ Bununla birlikte, günümüz ceza muhakemesi

sisteminde, gerçeğin ne pahasına olursa olsun araştırılması anlayışı (*Wahrheitsforschung um jeden Preis*) terk edilmiş, maddi gerçeğin aranması faaliyeti hukuki sınırlamalara tabi tutulmuştur.³⁵ Delillerin değerlendirilmesi bakımından da yargılamanın adil olması ve muhakeme işlemlerine maruz kalan kişilerin temel haklarına ve hürriyetlerine orantısız müdahalelerden kaçınılması gerektiği kabul edilmektedir.³⁶ Alman ceza usul hukukunda da bir ceza muhakemesinde maddi gerçeğin aranmasına delil yasakları marifetiyle getirilen sınırlama hükümlerinin temel hakları uygulama hükümleri (*Ausführungsbestimmungen zu den Grundrechten*) olduğu ifade edilmektedir.³⁷ Öğretide delillerin elde edilmesi faaliyetleri getirilen sınırlamalar ile maddi gerçeğin araştırılması arasında bir çatışma (*Antagonismus*) söz konusu olmadığı, bu sınırlamaların aynı zamanda maddi gerçeğin araştırılmasına hizmet ettiği ifade edilmektedir.³⁸ Ancak insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi başta olmak üzere belli toplumsal değerlerin korunması adına gerçeğin araştırılması faaliyetleri ertelenebilir ve hatta bu değerler adına bu faaliyetten vazgeçilebilir. Aynı şekilde mutlak delil yasaklarının ihlali suretiyle elde edilen deliller, maddi gerçeği ortaya çıkarma amacına hizmet etseler bile ceza muhakemesinde değerlendirme dışı tutulmalıdırlar.³⁹

Günümüz Alman ceza muhakemesi sisteminde delil yasakları, kanunla öngörülmüş olan haller veya büyük önemi haiz nedenlerin (*übergeordneten wichtigen Gründen*) varlığı halinde kabul edilen, istisnai bir kurum niteliğindedir.⁴⁰ Öğretide Alman Ceza Muhakemesi Kanunundaki delil elde etmeye ilişkin hükümlerin (*Beweisgewinnungsvorschriften*) gittikçe daha dar kapsamlı ve detaylı düzenlemeler niteliğinde olduğu ve ceza makamlarının yetkilerinin sınırları konusunda tereddütler yaşamalarının bu nedenle doğal olduğu; bütün bu gerekçelerle mutlak bir değerlendirme yasağının uygun olmadığını ifade eden görüşler de bulunmaktadır.⁴¹ Bu bağlamda delil değerlendirme yasakla-

³⁰ *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts*, Amtliche Sammlung, 138. Band, IV. Teil Strafrecht, Stämpfli Publikationen, 2012, (169-178), s. 174.

³¹ *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts*, Amtliche Sammlung, 138. Band, IV. Teil Strafrecht, Stämpfli Publikationen, 2012, s. 169, 178; RIKLIN: s. 289; DONATSCH / SCHWARZENEGGER / WOHLERS: s. 126; RIEDI: s. 30-31; WOHLERS / BLÄSI: s. 168.

³² RADTKE, Hennig: in: *Strafprozessordnung, Kommentar*, Hennig Radtke, Olaf Hohmann (Hrsg.), Verlag Franz Vahlen, München 2011, Einleitung kn. 68; ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 29. Auflage, C. H. Beck, München 2017, s. 170.

³³ FEZER, Gerhard: *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1995, s. 1-2; VOLK, Klaus: *Grundkurs StPO*, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010, s. 260.

³⁴ RADTKE: Einleitung kn. 68; GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbote*, s. 16-17; WEIGEND, Thomas: "Throw It All Out? Judicial Discretion in Dealing with Procedural Faults", in: *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context*, Michele Caianiello ve Jacqueline S. Hodgson (Eds.), Carolina Academic Press, Durham 2015, (185-205), s. 190.

³⁵ VOLK: s. 260; JOECKS, Wolfgang: *Studienkommentar StPO*, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2015, s. 35; EISENBERG, Ulrich: *Beweisrecht der StPO*, 10. Auflage, C. H. Beck, München 2017, kn. 329; OSTENDORF, Heribert: *Strafprozessrecht*, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2018, s. 192; HEGER, Martin / POHLREICH, Erol: *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2018, s. 153; FISCHER, Thomas: in: *Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung*, Rolf Hannich (Hrsg.), 8. Auflage, C. H. Beck, München 2019, Einleitung kn. 313; GERCKE, Björn / TEMMING, Dieter: in: *Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung*, Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Dieter Temming, Mark A. Zöllner (Hrsg.), 6. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2019, Einleitung kn. 38, 108.

³⁶ KREY, Volker: *Deutsches Strafverfahrensrecht*, Band 2, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2007, s. 183; WOHLERS, Wolfgang: in: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Jürgen Wolter (Hrsg.), Band I, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2018, Einleitung kn. 193; OSTENDORF: s. 192.

³⁷ OSTENDORF: s. 192; EISENBERG: s. 139-140; KUHNE, Hans-Heiner: *Strafprozessrecht*, 9. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2015, kn. 880-880.1; BEULKE, Werner: *Strafprozessrecht*, 13. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2016, s. 320-321.

³⁸ EISENBERG: kn. 329.

³⁹ EISENBERG: kn. 330-331.

⁴⁰ RADTKE: Einleitung kn. 68.

⁴¹ FEZER: s. 1-2.

rı, Al.CMK m.244 II hükmünde yer alan maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla, hüküm için önemli tüm olguları ve delilleri kapsayacak şekilde delillerin ortaya konulması yükümlülüğünün de bir istisnası niteliğinde olduğundan, ne zaman bir delil değerlendirme yasağının söz konusu olduğunun tespiti büyük önem taşımaktadır.⁴²

Alman ceza muhakemesi hukukunda delil yasakları (*Beweisverbote*) üst kavram olarak, delil hukuku bakımından izin verilmeyen davranışları ifade etmek üzere kullanılmakta ve hem delil elde etme hem delil değerlendirme yasaklarını kapsamaktadır.⁴³ Delil elde etme yasakları da genellikle delil konusu yasakları (*Beweisthemensverbote*), delil aracı (*Beweismittelverbote*) yasakları, delil metodu (*Beweismethodenverbote*) yasakları ile delillerin elde edilmesinin, sadece belli kişiler tarafından emredilebildiği veya icra edilebildiği halleri ifade eden nispi delil yasakları (*relative Beweisverbote*) şeklinde sınıflandırılmaktadır.⁴⁴ Esasen, Kanunda genellikle delil elde edilmesine ilişkin hükümler delil elde etmeye ilişkin yasaklardan daha ziyade nasıl delil elde edileceğine ilişkin emredici nitelikte kurallardır. Bu nedenle, Kanunda belirlenmiş usule riayet edilmeden elde edilen deliller umumiyetle delil elde etme yasaklarını teşkil etmektedir.⁴⁵

Alman kanunkoyucu özellikle CMK'ya yeni eklenen bazı hükümlerde delil kullanma yasağı (*Verwendungsverbot*) tabirini kullanarak bazı delillerin kullanılmasını açıkça yasaklamaktadır. Örneğin, Al.CMK m.100a/4 hükmünün ikinci cümlesi bir delil kullanma yasağını içermektedir: Buna göre, 'kişinin özel hayatının çekirdek alanı hakkında birinci fıkraya göre uygulanan tedbir neticesinde elde edilen deliller delil olarak kullanılamaz (*dürfen nicht verwendet werden*)'. Bu hüküm ve Al.CMK m.160a'daki gibi kullanılamaz ifadesinin yer aldığı hükümlerde yasak mutlak (*absolut*) niteliktedir.⁴⁶

2. Delil Değerlendirme Yasaklarına İlişkin Düzenlemeler

Delil değerlendirme yasakları, somut olayda mevcudiyetleri halinde söz konusu delilin, delillerin değerlendirilmesi sırasında dikkate alınmasına engel olan yasaklardır. Alman Ceza Muhakemesi Kanununda doğrudan delil yasaklarını düzenleyen genel bir hüküm yoktur. Buna karşılık Alman kanunkoyucu, belli hallerde şüphelinin veya sanığın haklarını korumak amacıyla özel değerlendirme yasaklarını açık bir şe-

kilde düzenlemiştir.⁴⁷ Bunlardan ilki, yasak sorgu yöntemlerinin uygulanması sonucunda elde edilmiş delillerin değerlendirilemeyeceğini düzenleyen Al.CMK m.136a/3 hükmüdür.⁴⁸ Söz konusu madde, Al.CMK'ya özellikle Nazi dönemine bir tepki olmak üzere 1950 yılında eklenmiştir.⁴⁹ Al.CMK m.136a'da, bir delil etme metodunun ihlali suretiyle ortaya çıkan kanuni ve zorunlu bir delil değerlendirme yasağı yer almaktadır.⁵⁰ Bu hükmün uygulanması bakımından, ifadelerin sanığın lehine veya aleyhine, doğru veya yanlış olmalarının bir önemi yoktur.⁵¹

Kanuna 2000'li yıllarda, özel hayatın gizliliğini korumak amacıyla, iletişimin denetlenmesi veya ilgilinin bilgisi dışında yapılan araştırma işlemleri sırasında özel hayatın çekirdek alanının ihlali suretiyle elde edilen bir delilin değerlendirilemeyeceği yolunda hükümler de eklenmiştir.⁵² Benzer şekilde, mahkeme ile muhakeme süjeleri arasında uzlaşmayı düzenleyen Al.CMK m.257c/4'te, uzlaşma sırasındaki ikrarın, şayet uzlaşmaz veya mahkeme tarafından uzlaşma kararı iptal edilirse, değerlendirilmeyeceği düzenlenmektedir.⁵³ Bunun gibi, Kanunun açıkça değerlendirme yasağı öngördüğü hükümler dışında, delil etme yasaklarının ihlali suretiyle elde edilen deliller zorunlu olarak bir değerlendirme yasağı sonucunu doğurmamaktadır.⁵⁴ Bu noktada delil yasaklarının, sadece ceza muhakemesi veya diğer kanunlardaki düzenlemelerle sınırlı olmadığı, bu yasakların doğrudan Anayasa hükümlerinden çıkarılabildiği söylenebilir.⁵⁵

Alman Ceza Muhakemesi Kanununda delil yasaklarına ilişkin genel bir hükmün bulunmamaktadır. Bu nedenle, büyük önemi haiz nedenlerin (*übergeord-*

⁴² Bkz. FEZER: s. 2-3, 29; JOECKS: s. 36; WEIGEND: *Throw It All Out?*, s. 196; GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweiswertungsverboten*, s. 17; MEYER-GOSSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 50.

⁴³ Türk Ceza Muhakemesi Kanunu m.148 hükmüne karşılık gelen m.136a hükmü şu şekildedir:

(1) Kötü davranma, yorma, vücuda yapılan müdahaleler, ilaç verme, 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. YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih: *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu*, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2015, s. 212-213.

⁴⁴ ROXIN / SCHUNEMANN: s. 173.

⁴⁵ EISENBERG: kn. 357; WEIGEND: *Throw It All Out?*, s. 190; GERCKE / TEMMING: Einleitung kn. 109.

⁴⁶ AHLBRECHT, Heiko: in: *Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung*, Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Dieter Temming, Mark A. Zöller (Hrsg.), 6. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2019, § 136a kn. 51.

⁴⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m.100a f.4; m.100c f.5; Al.CMK'nda düzenlenmiş diğer delil değerlendirme yasakları için Beulke, s. 322; ROXIN / SCHUNEMANN: s. 173; OSTENDORF: s. 193.

⁴⁸ EISENBERG: kn. 357.

⁴⁹ ROXIN / SCHUNEMANN: s. 173-174; MEYER-GOBNER / SCHMITT: Einleitung kn. 55.

⁵⁰ FISCHER: Einleitung kn. 313.

⁴² JOECKS: s. 35; MEYER-GOSSNER, Lutz / SCHMITT, Bertram: *Strafprozessordnung*, 62. Auflage, C.H. Beck, München 2019, Einleitung kn. 50; GERCKE / TEMMING: Einleitung kn. 108.

⁴³ VOLK: s. 259; KUHNE: kn. 907; EISENBERG: kn. 332; FISCHER: Einleitung kn. 313; GERCKE / TEMMING: Einleitung kn. 108.

⁴⁴ Bu yasaklar hakkında bilgi için bkz. KREY: s. 183; RADTKE: Einleitung kn. 69; JOECKS: s. 35; KUHNE: kn. 881-906.1; BEULKE: s. 321; EISENBERG: kn. 337-352; ROXIN / SCHUNEMANN: s. 171; OSTENDORF: s. 192; HEGER / POHLREICH: s. 153; MEYER-GOSSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 52-54; FISCHER: Einleitung kn. 313-314.

⁴⁵ OSTENDORF: s. 192.

⁴⁶ Bu hususta bkz. SCHROEDER, Friedrich-Christian / VERREL, Torsten: *Strafprozessrecht*, 7. Auflage, C. H. Beck, München 2017, s. 87; EISENBERG: kn. 335, 358-361b; WEIGEND: *Throw It All Out?*, s. 190-191; FISCHER: Einleitung kn. 323.

neten wichtigen Gründen) somut olayda mevcut olup olmadığı ve neticeleri hususundaki tartışmalar büyük önem taşımaktadır.⁵⁶ Bu hususta yargı içtihatlarında somut olaylar değerlendirilirken yukarıda da ifade edildiği gibi, ilgili menfaatleri tartmak suretiyle değerlendirme yapılmaktadır. Bu çerçevede, muhakeme kurallarının ihlalinin derecesi ve ağırlığı, yargılama konusu suçun ağırlığı ve mevcut delillerin durumu gibi hususlar değerlendirmeye dahil edilmektedir.⁵⁷ Bu alanda Alman öğretisinde, neredeyse sayılamayacak kadar çok teori geliştirilmiş ve bu şekilde delil değerlendirme yasakları konusunda tutarlı bir sistem ortaya koyulmaya çalışılmıştır.⁵⁸

Bir olayda delil değerlendirme yasakları kapsamında bir delil, delillerin ortaya konulması sırasında en azından sanığın aleyhine olacak şekilde dikkate alınmayacaktır.⁵⁹ Genel olarak kabul gören görüşe göre, şayet sanık hakkında yalnızca değerlendirilme yasağı kapsamındaki bir delile dayanılarak hüküm kurulacaksa beraat kararı verilmelidir.⁶⁰ Sanığın lehine olan delillerin değerlendirme yasağı kapsamında olup olmadıkları ise öğretide tartışmalıdır.⁶¹ Ayrıca delil değerlendirme yasaklarının ihlali suretiyle elde edilmiş bilgilerin ve bulguların, karara başlangıç şüphesi kapsamında dahil edilip edilemeyeceği de tartışmalıdır.⁶² Genel olarak öğretide, delil değerlendirme yasaklarının uygulamada pek bir etkisinin olmadığı; çünkü değerlendirme dışı tutulan bir delilin ilk derece hâkiminin bilgisi dahilinde olması nedeniyle delil değerlendirme yasakları nedeniyle kullanmadığı bilgiyi dikkate almazlık edemediği yada en azından aklının bir köşesinde durduğu ifade edilmektedir.⁶³

Genel olarak ifade etmek gerekirse, Alman ceza muhakemesi hukukunda da, İsviçre ceza muhakemesi hukukunda olduğu gibi, delil yasakları konusunda nüanslı bir yaklaşım benimsenmiştir. Bunun sonucu olarak, mutlak değerlendirme yasağının söz konusu, bir başka deyişle kanunkoyucunun mutlak bir şekilde bir değerlendirme yasağı öngördüğü haller dışında yargı somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapmakta, öğretide ise ilgili normun koruduğu amacı ihlal eden bir şekilde elde edilen bir delil söz konusuysa bunun değerlendirme dışı kalmasını savunmaktadır. Bunun sonucu olarak uygulamada, delil değerlendirme yasakları

bakımından, öğretiye nazaran daha esnek bir yaklaşım benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.⁶⁴

3. Öğreti ve Uygulama

Elde edilmiş birtakım delillerin değerlendirilmesi ve/veya kullanılması yasaklanan deliller anlamına gelen delil değerlendirme yasaklarında (*Beweisverwertungsverboten*),⁶⁵ gerek delil elde etme gerek delil değerlendirme yasaklarıyla maddi gerçeğe ulaşma zorlaştırılmakta ve hatta engellenmektedir. Bu nedenle, aşağıda ele alacağımız, bu kurumun meşruiyeti üzerindeki tartışmalar halen devam etmektedir. Alman öğretisinde hâkim olan görüşe göre delil yasakları, temelendirilmeye muhtaç istisnai kurallar niteliğindedir.⁶⁶ Anayasa Mahkemesi de bu hususta yerleşik hale gelen içtihatlarında, bir delil elde etme yasağının veya bir temel hak ihlalinin her halükârda bir delil değerlendirme yasağı anlamına gelmediğini vurgulamaktadır.⁶⁷ Mahkeme 2009 yılında verdiği bir kararda, usulüne uygun olmayan konutta arama neticesinde elde edilen delillerin, sadece delil elde etme yasağının ihlali nedeniyle değerlendirme dışı bırakılmalarının yerinde olmadığını, yerleşik içtihatlarda olduğu gibi ilgili delilin değerlendirme dışı bırakılması için ilgili usul kuralının ağır bir şekilde ihlal edilmiş olması ile söz konusu ihlalinin bilinçli veya keyfi bir davranış neticesinde ortaya çıkmış olması gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁸ Mahkemelerin maddi gerçeği araştırma ve hukuk devletinde faillerin yakalanması, yargılanması ve adil bir cezaya çarptırılması sorumluluklarını vurgulayan Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda delil değerlendirme yasaklarının istisnai nitelikte olduklarını, ancak açıkça kanunda düzenlenmiş olmaları veya ağır basan önemli nedenlerin varlığı halinde somut olay bakımından uygulanabileceklerini ifade etmiştir.⁶⁹ Mahkeme, somut olay bakımından değerlendirme yapılırken cezai takibatın ihtiva ettiği menfaat (*Strafverfolgungsinteresse*) ile müdahaleye maruz kalan kişinin şahsi menfaati (*Individualinteresse*) arasında bir tartım (*Abwägung*) yapılması yolundaki yerleşik içtihatlarda uygulanan kıstası yinelemiştir. Bunun akabinde, somut olay bakımından hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama kararının mutlaka bu arama sırasında elde edilen tesadüfi delillerin değerlendirilmemesi anlamına gelmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁰ Mahkeme, bu konuda değerlendirme yaparken ölçülülük ilkesine müracaat etmektedir.⁷¹ Yinelemek gerekirse, Mahkemenin bu konudaki değerlendirme kıstasları iddia konusu suçun ağırlığı ve ilgili suçla korunan hukuki değerlerin önemi ve değerlendirmeye konu delilin vakanın aydınlatılması bakımından taşıdığı önem ile deyim yerindeyse terazinin diğer ucunda ilgili temel hakkın değeri ve

⁵⁶ RADTKE: Einleitung kn. 68; MEYER-GOSSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 55; BEULKE: s. 323.

⁵⁷ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverboten*, s. 17.

⁵⁸ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverboten*, s. 17-18; WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 206-208 (s. 96-97). Buna rağmen, delil yasakları konusunda kapsamlı düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle ne yargı ne de öğretide delillerin hukuka uygun bir şekilde kullanılması ve hukuka uygunluk sınırının aşılmasına bağlanacak netice konusunda genel kabul gören kurallar geliştirmeye muvaffak olabilmıştır. RADTKE: Einleitung kn. 68; GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverboten*, s. 17.

⁵⁹ RADTKE: Einleitung kn. 85; EISENBERG: kn. 356; FISCHER: Einleitung kn. 315.

⁶⁰ MEYER-GOSSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 55.

⁶¹ EISENBERG: kn. 356 dipnot 39.

⁶² EISENBERG: kn. 356.

⁶³ KUHNE: kn. 907; WEIGEND: *Throw It All Out?*, s. 188-189.

⁶⁴ OSTENDORF: s. 195.

⁶⁵ OSTENDORF: s. 193.

⁶⁶ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 194 (s. 91).

⁶⁷ RADTKE: Einleitung kn. 75; JOECKS: s. 35.

⁶⁸ BVerfG: *Neue Juristische Wochenschrift* (2009), s. 3225-3226.

⁶⁹ BVerfG: *Neue Juristische Wochenschrift* (2009), s. 3225.

⁷⁰ BVerfG: *Neue Juristische Wochenschrift* (2009), s. 3225-3226.

⁷¹ FEZER: s. 6.

söz konusu temel hakka yönelik müdahalenin şekli ve niteliği arasında bir tartım yapılmasıdır.⁷² Bu değerlendirilmede, somut olay bazında haklar alanı ve normun koruma amacına ilişkin değerlendirmeler de dikkate alınmaktadır.⁷³

Bu kıstaslara dayanarak karar veren Anayasa Mahkemesi, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin her halükârda değerlendirme dışında tutulmasını gerektiren bir Anayasa hükmü olmadığını yerleşik içtihatlarında ifade etmektedir. Mahkeme, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi noktasında karar mercisinin ceza mahkemeleri olduğunu vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesinin hazırladığı bu anayasal çerçeve temelinde hareket eden Federal Yüksek Mahkeme de yerleşik içtihatlarında hukuka aykırı elde edilmiş bir delilin her zaman bir değerlendirme yasağıyla sonuçlanmayacağına hükmetmektedir. Federal Mahkeme, somut olayın şartlarını (*Umstände des Einzelfalles*) göz önünde bulundurmaya suretiyle olaya ilişkin tüm önemli hususları ve çatışan menfaatleri göz önünde bulundurarak bir tartım (*Abwägung*) yapma kıstasını uygulamaktadır.⁷⁴ Somut olayda menfaatlerin tartılması yaklaşımının doğal sonucu olarak, şayet kişilerin hukuki değerlerine, hukuk devletinin temel ilkelerinin ihlali suretiyle gerçekleştirilen ağır müdahaleler söz konusu ise artık o delilin değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir.⁷⁵ Federal Yüksek Mahkeme, örneğin konut aramalarında hâkim kararı alınması şartının bilinçli olarak dolandırıldığı olaylar bakımından, bu şekilde gerçekleştirilmiş bir arama neticesinde elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir.⁷⁶

Alman hukukunda delil değerlendirme yasakları çeşitli kıstaslara göre sınıflandırılmaktadır. Bu hususta ilk ayırım kanunda düzenlenmiş olan ve olmayan delil değerlendirme yasakları arasında yapılmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Alman Ceza Muhakemesi Kanununda açıkça düzenlenmiş çok az sayıda delil değerlendirme yasağı mevcuttur.⁷⁷ Öğretide neredeyse genel kabul gören bir diğer tasnife göre delil değerlendirme yasakları bağımlı (*unselbständige Beweisverwertungsverbote*) ve bağımsız delil değerlendirme yasakları (*selbständige Beweisverwertungsverbote*) olarak ikiye ayrılmaktadır.⁷⁸ Bağımlı delil yasakları bir delil elde etme yasağının ihlaline bağlı olarak ortaya çıkan delil değerlendirme yasakları iken; bağımsız delil yasakları, delil elde etmenin veya değerlendirmenin ceza muhakemesi kanuna uygun olarak yürümüş olmasından bağımsız olan delil yasaklarıdır. Bağımsız delil yasakları, muhakeme sürecinde elde edilmiş olan bir delilin, öncelik arz eden başka nedenlerle redde-

dilmesini gerektiren halleri ifade etmektedir.⁷⁹ Öğretide bazı yazarlara göre, delil değerlendirme yasakları konusundaki tartışmaların merkezinde, bağımlı delil değerlendirme yasakları yer almaktadır.⁸⁰ Burada esas tartışma delillerin elde edilmesi safhasındaki her hukuk ihlalinin bir değerlendirme yasağı sonucunu doğurup doğurmadığı; şayet her delil elde etme yasağı her durumda bir değerlendirme yasağı neticesini ortaya çıkarmıyorsa değerlendirme yasaklarının somut olayda tatbik edilmesi veya edilmemesi noktasında hangi ilkelere dayanılacağı meseleleri etrafında cereyan etmektedir.⁸¹

Yukarıda izah edildiği gibi Federal Yüksek Mahkeme, delil değerlendirme yasakları konusunda, ister bağımlı ister bağımsız değerlendirme yasağı söz konusu olsun metodolojik olarak tartım teorisini tatbik etmekte, ilgili delil elde etme yasağına ilişkin değerlendirme yaparken söz konusu muhakeme normunun koruduğu menfaati (*Schutzzweck*) de dikkate almaktadır.⁸² Alman kanunkoyucu tarafından Al.CMK m.100c/6 hükmünde düzenlenmiş olan kanuni delil değerlendirme yasağında, güvenin korunması ilkesi ve maddi olgunun ortaya çıkarılması menfaatleri arasında bir tartım yapıldıktan sonra ilgili delile ilişkin kararın verilmesi öngörülmektedir.⁸³ Bu noktada, Alman Federal Mahkemesinin önceki içtihatlarında haklar alanı teorisini (*Rechtskreisstheorie*) olarak adlandırılan yaklaşımı benimsediği kaydedilmelidir. Bu teori, ihlal edilen muhakeme kuralının sanığın hukuki alanına esaslı bir müdahale (*wesentlich berührt*) teşkil edip etmediği, bir başka deyişle bu müdahalenin çok önemli olup olmadığı kıstasını esas almıştır.⁸⁴ Federal Mahkeme, Al.CMK m.55/2 uyarınca tanığa bilgi vermekten çekinme yetkisi olduğu izah edilmeden ifadesinin alındığı olayda, sanığın temyiz talebini bu gerekçeye dayandıramayacağına karar vermiştir. Zira Mahkemeye göre, tanklıktan çekinme sanığın değil; bilakis tanığın haklarını koruma amacına yönelik bir normdur.⁸⁵ Öğretide haklar alanı teorisinin, ilgili muhakeme kuralının ratio legisini dikkate almak suretiyle gai bir değerlendirmeye imkân tanıdığından, esas itibarıyla doğru bir zemine oturduğu ifade edilmektedir.⁸⁶ Bununla birlikte Federal Mahkeme, artık günümüzde haklar alanı teorisini genel olarak terk etmiş ve ana hatlarını belirttiğimiz somut vakaya ilişkin tüm şartları dikkate alan tartım teorisini kabul etmektedir.⁸⁷ Bu noktada, Federal Mah-

⁷² FEZER: s. 6, 21; VOLK: s. 262-263; OSTENDORF: s. 194-195; SCHROEDER / VERREL: s. 89.

⁷³ BEULKE: s. 323; ROXIN / SCHUNEMANN: s. 174; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 297.

⁷⁴ RADTKE: Einleitung kn. 76; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 297.

⁷⁵ RADTKE: Einleitung kn. 78; MEYER-GOSSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 55.

⁷⁶ RADTKE: Einleitung kn. 78; EISENBERG: kn. 363.

⁷⁷ KREY: s. 184-185; RADTKE: Einleitung kn. 73.

⁷⁸ EISENBERG: kn. 362; KINDHÄUSER, Urs / SCHUMANN, Kay H.: *Strafprozessrecht*, 5. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2019, s. 295.

⁷⁹ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 208; MEYER-GOSSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 50; OSTENDORF: s. 193.

⁸⁰ RADTKE: Einleitung kn. 75; ayrıca bkz. EISENBERG: kn. 364.

⁸¹ RADTKE: Einleitung kn. 75; bkz. aynı yönde KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 296.

⁸² VOLK: s. 262; RADTKE: Einleitung kn. 77.

⁸³ RADTKE: Einleitung kn. 77.

⁸⁴ JOECKS: s. 36; KUHNE: kn. 908; EISENBERG: kn. 365; OSTENDORF: s. 194; GERCKE / TEMMING: Einleitung kn. 111.

⁸⁵ *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes im Strafsachen*, 11. Band, Carl Heymanns Verlag, Köln 1958, ss. 213-219, s. 218; EISENBERG: kn. 365; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 296; SCHROEDER / VERREL: s. 88-89.

⁸⁶ KREY: s. 186.

⁸⁷ KREY: s. 186; BEULKE: s. 324; MEYER-GOSSNER / SCHMITT: v kn. 55a.

kemenin zaman zaman haklar alanı teorisine müracaat ettiğini de belirtmek isteriz. Örneğin Federal Mahkeme yakın tarihli bir kararında AL.CMK m.136/1'in ihlaliyle elde edilen delile ilişkin değerlendirme yasağının davanın diğer sanıkları (*Mitbeschuldigte*) bakımından söz konusu olmadığına hükmetmiştir.⁸⁸ Bununla birlikte Mahkeme, genel olarak hakların tartımı teorisinin önerdiği kıstaslara uygun karar vermektedir.⁸⁹ Bu durumda Mahkemenin, ihlal edilen muhakeme kuralının sanığın korunması amacına hizmet etmemesi veya öncelikli olarak bu amaçla ihdas edilmediği hallerde bir delil değerlendirme yasağının varlığını kabul etme ihtimali oldukça zayıflamaktadır.⁹⁰ Ancak bu yaklaşım delil değerlendirme yasaklarının sanığa tanınmış bir ayrıcalık olmadığı, bilakis diğer sanıklar da dahil olmak üzere tüm yargılamayı etkileyen yargının hukuka aykırı davranışına karşı bir yaptırım olduğu şeklinde eleştirilmiştir.⁹¹

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda yüksek yargının benimsediği hakların tartımı teorisi öğretide de -belli farklılıklar içermekle birlikte- taraftar bulmuştur.⁹² Örneğin, bağımlı delil değerlendirme yasakları bakımından hakların tartımı teorisini reddeden görüşe göre, bu konuda kanunkoyucunun kanunda bir yasak koymak suretiyle haklar arasında tartımı zaten yaptığı ve bu nedenle bağımlı delil değerlendirme yasakları bakımından normun koruma alanı (*Schutzbereich der betreffenden Norm*) hakkında yapılacak bir değerlendirme neticesinde karar verilmesi gerektiğini savunan görüşler bulunmaktadır.⁹³ Buna karşılık, kaynağını Anayasa'da bulabilecek olan bağımsız bir delil yasağı bakımından yapılacak olan değerlendirmede, kanunkoyucu bu konuda halihazırda bir değerlendirme yapmadığından hakların tartımı teorisine başvurulmalıdır.⁹⁴

Buna mukabil, genel olarak öğretide hâkim olan teori, normun koruma amacı teorileridir (*Schutzzwecklehren*) ve temel düşünce bakımından haklar alanı teorisine örtüşmektedir.⁹⁵ Öğretide büyük ölçüde, delil değerlendirme yasağını doğrudan, delil elde edilirken ihlal edilen muhakeme normunun koruma amacından yola çıkarak açıklamaya çalışan bu teorik anlayış hâkimdir.⁹⁶ Bağımlı delil yasakları konusunda öğretinin genel yaklaşımına bakıldığında, delillerin elde edilmesi sırasında yapılan her türlü hatanın zorunlu olarak bu şekilde elde edilen delillerin değerlendirme dışı

tutulmasının istisnalar dışında kabul edilmediği görülmektedir.⁹⁷ Keza, öğretide önceleri yaygın bir şekilde savunulan usuli hatanın ağırlığını kıstas alan yaklaşım da günümüzde artık bir önem arz etmemektedir.⁹⁸ Öğretide hâkim olan normun koruma amacı teorileri ise, temel değerlendirme kıstası olarak somut vakada delil elde etme yasaklarına aykırı şekilde elde edilmiş olan delilin kullanılmasının ilgili delil elde etme yasağının ihdas gayesine aykırı olup olmadığını esas almaktadır. Bir başka deyişle, delil elde etme yasağına aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmemesi, ilgili yasağın garanti altına aldığı değerini muhafazasının doğal sonucu olarak görülmektedir. Normun koruma amacı teorilerinin, hakların tartımı teorisinden ayrıldığı nokta, normun koruma amacı teorisinin delil değerlendirme yasağı hakkındaki meseleyi ilgili normun yorumu olarak kabul etmesidir. Buna karşılık tartım teorisi meseleyi bir değerlendirme sorunu olarak konumlandırmaktadır.⁹⁹ Daha açık bir ifadeyle, yargının benimsediği yaklaşımda ihlal edilmiş olan muhakeme normunun değerlendirmede bir ağırlığı olsa da bu, değerlendirmede göz önünde olan ölçütlerden sadece biriyken; normun koruma alanı teorisinde yegâne değerlendirme ölçütü ilgili normun amacı hakkındaki düşüncelerdir (*Schutzzwecküberlegungen*).¹⁰⁰ Öğretide, delil elde etme normlarının devletin cezai takibat sırasında kendi faaliyetlerini sınırladığı (*Selbstbeschränkung des Staates*) hükümler olarak değerlendirildiği de görülmektedir. Bunun doğal sonucu olarak, değerlendirme yasağı ilgili delil etme normunun içeriğine dahilse artık bu nevi bir delil değerlendirme dışı bırakılmıdır.

Devletin, maddi gerçeğin araştırılması faaliyeti delillerin araştırılmasına ilişkin hükümlerde yetkisini sınırlamış olması bireysel hakların korunması düşüncesiyle açıklanamaz. Devletin kendi faaliyet alanını sınırlamasının (*Selbstbeschränkung*) altında yatan düşünce, 19. yüzyılda tahkik sisteminde yapılan reformun amaçlarından biri olmasıdır. Zira, reform neticesinde engizisyon muhakemesinin maddi gerçeği araştırma amacı muhafaza edilmesine rağmen bu amaçla ulaşmak için her türlü imkânın kullanılması bir yana bırakılmıştır.¹⁰¹ Burada uygulanması gereken ölçüt ilgili normun devletin maddi gerçeği arama faaliyeti sırasında kendi kendini sınırlama niteliği taşıyan bir hüküm mü olduğu, yoksa ilgili normla ulaşılacak istenen amacın devletin kendini sınırlama işlevinin (*Beschränkungsfunktion*) kapsamı dışında kalan bir hüküm mü olduğu hakkında, gai yoruma başvurulmak suretiyle yapılacak olan değerlendirmedir.¹⁰² Bu nedenle örne-

⁸⁸ BGH: *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs-Report*, 2016, s. 377; ayrıca bkz. EISENBERG: kn. 365.

⁸⁹ Bkz. EISENBERG: kn. 367; WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 280-282.

⁹⁰ KREY: s. 187.

⁹¹ KUHNE: kn. 913.

⁹² Bu teori çerçevesinde değerlendirilen görüşler hakkında detaylı bir inceleme için bkz. WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 297-305.

⁹³ BEULKE: s. 323; aynı yönde görüş için bkz. EISENBERG: kn. 370.

⁹⁴ BEULKE: s. 323-324.

⁹⁵ RADTKE: Einleitung kn. 79; KUHNE: kn. 908.1; EISENBERG: kn. 366; WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 205; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 296-297.

⁹⁶ Bkz. Fezer, s. 17-18; JOECKS: s. 36.

⁹⁷ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 291 (s. 138).

⁹⁸ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 291 (s. 138).

⁹⁹ RADTKE: Einleitung kn. 79; WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 306; MEYER-GOSSNER / SCHMITT: v kn. 55a.

¹⁰⁰ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 309.

¹⁰¹ FEZER: s. 23.

¹⁰² FEZER: s. 23, 28.

ğin, AL.CMK m.81a'da düzenlenmiş olan beden muayenesi ve kan örneği alınmasında veya AL.CMK m.81c'de düzenlenmiş olan diğer kişilerin beden muayenesinde doktor tarafından tatbik edilme şartının yerine getirilmemiş olması, bu şekilde elde edilen delilin değerlendirme yasağına tabi olması sonucunu doğurmaz.¹⁰³

Normun koruma amacı teorileri, muhakeme hukuku kurallarının tek bir *ratio legis* olmadığı ve bu nedenle ilgili normun gayesini tespit etmenin metodolojik olarak zor olduğu ve salt normun amacına isnat edilmesinin tek başına yeterli olmadığı eleştirisine uğramıştır.¹⁰⁴ Gerçekten bu teorinin zayıf noktası normun koruma amacının ne olduğu konusundaki farklı görüşlerin nasıl dönüştürüleceği meselesidir.¹⁰⁵ Bu eleştiriler bir yana bırakılacak olursa, maddi gerçeğin araştırılması sürecinde sanığın muhakeme süjesi olarak konumunu garanti eden hükümlerin ihlali suretiyle elde edilen delillerin her halükârda değerlendirme dışı bırakılması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁰⁶ Bu aslında İsviçre ceza muhakemesi sisteminde olduğu gibi muhakeme normlarının bazılarının, sadece muhakemenin düzenine ilişkin hükümler (*Ordnungsvorschriften*) oldukları kabulüne dayanmaktadır.¹⁰⁷

Bağımsız delil değerlendirme yasakları konusundaki tartışmanın merkezinde ise bir temel hak ihlaline dayanılarak elde edilmiş bir delilin, bunun karşısında yer alan toplumsal, kolektif menfaatlerin söz konusu olması durumunda değerlendirmeye esas alınıp alınmayacağı yer almaktadır.¹⁰⁸ Bağımsız değerlendirme yasaklarının hukuki dayanağı bir kanun hükmü (örneğin AL.CMK m.257c/4) olabileceği gibi; bu değerlendirme yasakları bilhassa kanunda düzenlenmemiş olan halde hukuki kaynağını adil yargılanma hakkı (AL.Anayasası m.20/3) ve kişilik haklarının korunması (AL.Anayasası m.1 ve m.2) örneklerinde olduğu gibi doğrudan Anayasa'dan da alabilmektedir.¹⁰⁹ Anayasa Mahkemesi, bağımlı delil değerlendirme yasaklarında olduğu gibi temel hakların ve hürriyetlerin ihlal edilmesi suretiyle delil olarak elde edilmiş her durumun bir değerlendirme yasağı sonucunu otomatik olarak beraberinde getirmeyeceğini istikrarlı bir biçimde yerleşik hale gelen içtihatlarında kabul etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, kişiliğin dokunulmaz çekirdek alanı (*unantastbaren Kernbereich der Persönlichkeit, Intimsphäre*) olarak tabir edilen alana müdahale niteliği taşıyan bir eylem veya işlem ile elde edilen delilin Anayasa'nın 1'inci maddesinde düzenlenmiş olan insan onurunu

mutlak şekilde koruyan hükmünün ihlali olarak gördüğünden, bu şekilde elde edilmiş deliller bakımından herhangi bir tartıma gitmeden mutlak değerlendirme yasağının varlığına ve ilgili delilin değerlendirilmesi işleminin Anayasa'ya aykırılığına hükmetmektedir.¹¹⁰ Anayasa Mahkemesinin bu nevi olaylarda uyguladığı kıstaslar alanlar teorisi (*Sphärentheorie*) olarak adlandırılmaktadır.¹¹¹ Buna karşılık Mahkeme, kişiliğin çekirdek alanının dışında kalan, kişinin sadece özel alanının (*Privatsphäre*), yani sadece genel kişilik hakkının ihlali suretiyle elde edilen deliller bakımından ise genel değerlendirme kıstaslarını uygulamakta; ihlal edilen bireysel hak ile cezaî takibatın ihtiva ettiği menfaat arasında bir karşılaştırma yapmak suretiyle karar vermektedir.

Anayasa Mahkemesi uygulamada, özel hayatın çekirdek alanı kavramını dar yorumlamaktadır.¹¹² Örneğin Mahkeme, kişinin günlüğüne yazdıklarını özel hayatın çekirdek alanına dahil görmemiştir.¹¹³ Federal Yüksek Mahkeme de Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihadına uygun kararlar vermektedir.¹¹⁴ Federal Mahkemenin bu konudaki içtihadına bakıldığında, Mahkeme iki kişi arasındaki konuşmaları bu kapsama dahil etmezken; kişinin kendi kendine konuşma (*Selbstgespräch*) halinde söylediklerinin dokunulmaz çekirdek alanına dahil olduğuna hükmetmiştir.¹¹⁵ Nihayet, Federal Mahkemenin itiraz çözümü olarak adlandırılan ve delil değerlendirme yasaklarının ileri sürülmesi bakımından zamansal sınır koyarak kurumun uygulama kapsamını daraltan içtihadına da değinilmelidir. Mahkeme delil değerlendirme yasaklarının ileri sürülmesi bakımından AL.CMK m.257'ye dayanmak suretiyle sanığın dinlenmesinden sonra kendisine deliller konusunda açıklayacak bir şeyi bulunup bulunmadığı sorulana kadar imkân tanımaktadır.¹¹⁶ Bir başka deyişle, müdafî AL.CMK m.257'de belirtilen zamana kadar delillerin değerlendirilmesi yasağının söz konusu olduğunu itiraz usulüyle ileri sürmesini talep etmektedir. Öğretide ağır eleştirilere uğrayan bu usuli sınırlama, müdafîye itiraz yükümlülüğü yüklediğinden itiraz çözümü (*Widerspruchslösung*) olarak adlandırılmaktadır.¹¹⁷

¹⁰³ FEZER: s. 28.

¹⁰⁴ FEZER: s. 17-18; WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 313-315.

¹⁰⁵ OSTENDORF: s. 194; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 297.

¹⁰⁶ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 315.

¹⁰⁷ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 315.

¹⁰⁸ RADTKE: Einleitung kn. 76; WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 257.

¹⁰⁹ EISENBERG: kn. 362, 385-393; WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 258-259; MEYER-GOSSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 56; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 303.

¹¹⁰ RADTKE: Einleitung kn. 80; WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 260; MEYER-GOSSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 56a; FISCHER: Einleitung kn. 319.

¹¹¹ Detaylı bilgi için bkz. JOECKS: s. 40-42; OSTENDORF: s. 197-198; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 303.

¹¹² Son zamanlarda Anayasa Mahkemesi'nin dokunulmaz çekirdek alan kavramını geniş yorumlama eğilimi içinde olduğu yolunda görüş için bkz. HEGER / POHLREICH: s. 156.

¹¹³ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 262; krşl. MEYER-GOSSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 56a; OSTENDORF: s. 198-199; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 303-304.

¹¹⁴ RADTKE: Einleitung kn. 80; WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 261-262.

¹¹⁵ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 262; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 304; FISCHER: Einleitung kn. 321.

¹¹⁶ BEULKE: s. 324-325; OSTENDORF: s. 197.

¹¹⁷ KUHNE: kn. 908.4; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 297.

4. Özel Şahıslar Tarafından Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi

Özel şahısların bizzat delil elde etmeleri ve elde ettikleri bu delilleri ceza yargılaması makamlarına sunmaları halinde, bu delillerin nasıl değerlendirileceği konusunda Alman Ceza Muhakemesi Kanununda açık bir hüküm yoktur. Öğretide hâkim olan görüşe göre, Alman CMK kuralları bu nevi olaylara uygulanamaz; çünkü ceza muhakemesi kuralları devletin yürüttüğü ceza muhakemesini düzenlemekte ve devlet görevlilerini muhatap almaktadır.¹¹⁸ Bunun sonucu olarak özel şahıslar tarafından hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş delillerin kural olarak değerlendirilebilir nitelikte oldukları kabul edilmektedir.¹¹⁹ Örneğin, Al.CMK m.136a'nın ihlal edilmesi suretiyle, çalarak veya hileyle de olsa özel şahıslar tarafından elde edilen delillerin değerlendirilebileceği görüşü ağırlıktadır.¹²⁰

Bununla birlikte, ilk derece mahkemesi hâkiminden bu nevi delillere özel bir ihtimamla ve temkinli bir şekilde değerlendirme yapması beklenmektedir.¹²¹ Özel şahısların elde ettikleri deliller konusundaki genel kural bu olmakla birlikte, bunun istisnaları da söz konusudur. Örneğin, özel şahıs söz konusu delili insan onuruna veya insan haklarına ağır bir aykırılık teşkil eden bir davranışla, örneğin özellikle işkenceyle elde etmişse, artık bu delil, delil değerlendirme yasağı kapsamında değerlendirilecektir.¹²² Buna karşılık, özel şahıslar tarafından elde edilen delillerin değerlendirilmesinde, özel şahısların kontrol edilmesi güç soruşturma faaliyetlerine girişmeleri sonucunu doğurabileceği kaygısıyla karşı çıkan görüşler de mevcuttur. Bu görüşe taraftar olanlar, üçüncü kişilerden kaynaklanan insan haklarına ve insan onuruna aykırılık teşkil eden davranışlar bakımından da devletin koruma yükümlülüğü ve insan haklarının yatay etkisinin söz olduğunu vurgulamaktadır. Bu görüşe taraftar olan yazarlar, özel şahıslar tarafından elde edilen deliller bakımından, ya oldukça geniş bir değerlendirme yasağı ya da mutlak değerlendirme yasağını savunmaktadır.¹²³ Bu konuda adil olanın burada çatışan menfaatlerin, yani etkin adil yargılanma ilkesi çerçevesinde bir temel hak korumasının garanti edilmesi ve etkin bir ceza yargısı sistemi ihtiyacının dengelenmesi gerektiği görüşleri ileri sürülmektedir.¹²⁴

Bu istisnanın da gösterdiği gibi, özel şahıslar bakımından delil yasakları, sadece temel hak ihlallerine dayanan bağımsız delil yasakları bakımından gündeme gelmektedir. Buna karşılık, özel şahıslar ceza makam-

ları adına hareket ediyorlarsa, bunların elde ettiği deliller bakımından Al.CMK hükümleri uygulanacaktır.¹²⁵ Bu şekilde, devletin kendi yetkisinin sınırlarını özel şahıslar aracılığıyla dolanmasının önüne geçilmek istenmektedir.¹²⁶

5. Delil Yasaklarının Uzak Etkisi

Delil yasaklarının uzak etkisi, en basit haliyle daha evvel delil elde etme yasaklarının ihlaliyle elde edilmiş bir delil sayesinde elde edilen ikinci, sonraki delinin nasıl değerlendirileceği sorudur. Bu konu halen Alman ceza muhakemesi hukukunda da oldukça tartışmalıdır.¹²⁷ Bir başka deyişle, delil yasaklarının uzak etkisi kapsamında, delil değerlendirme yasağının, sadece bunun doğrudan muhatabı olan delil üzerinde mi yoksa daha ötesinde bu yasağın delil vasıtasıyla elde edilen diğer delillere de sirayet edip etmeyeceği sorusuna cevap aranmaktadır.¹²⁸ Buna değerlendirme yasağı kapsamındaki bir tanık beyanına dayanarak bulunan ceset örneği verilebilir.¹²⁹ Bu anlamda, delil yasaklarının uzak etkisi, delil değerlendirme yasaklarının tatbik şartlarıyla değil; bunların tatbik sahasının kapsamı ve sınırlarıyla ilgilidir. Bu nedenle, delil değerlendirme yasaklarının uzak etkisinden söz edebilmek için halihazırda bir delil değerlendirme yasağı söz konusu olmalıdır.¹³⁰ Alman Federal Yüksek Mahkemesi, kural olarak delil yasaklarının uzak etkisini kabul etmemektedir. Delil değerlendirme yasaklarının istisnai nitelikte oluşu ve elde edilen sonraki delile hukuka aykırı olarak ulaşılmış delil olmadan ulaşılabilirliği ihtimali karşısında genel kabul gören anlayışa göre somut olay çerçevesinde tartıma dayanan bir değerlendirme yapılmaktadır.¹³¹ Federal Mahkeme, tek bir muhakeme kuralının ihlalinin tüm ceza yargılamasını felç etmemesi gerektiği gerekçesiyle uzak etki görüşünü reddetmektedir.¹³²

Bununla birlikte öğretide, ABD ceza muhakemesindeki zehirli ağacın meyvesi öğretisi (*fruit of the poisonous tree doctrine*) çerçevesinde delil yasaklarının uzak etkisinin kabul edilmesi gerektiği; çünkü aksi takdirde delil değerlendirme yasaklarının anlamsız hale geleceği ileri sürülmüştür.¹³³ Ancak öğretide, bu doktrinin Almanya'ya alıntılanmasının hatalı olacağını; çünkü bu doktrinin ABD'de polisi disiplin altına alma amacına hizmet ettiği ifade edilmekte, buna karşılık Almanya'da delil yasaklarının amacının muhakemenin

¹¹⁸ BEULKE: s. 338; EISENBERG: kn. 395-396; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 301.

¹¹⁹ BEULKE: s. 338; SCHROEDER / VERREL: s. 95; ROXIN / SCHUNEMANN: s. 191; OSTENDORF: s. 199; HEGER / POHLREICH: s. 157; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 301.

¹²⁰ Bkz. JOECKS: s. 42.

¹²¹ EISENBERG: kn. 397.

¹²² JOECKS: s. 42; BEULKE: s. 338; EISENBERG: kn. 397; ROXIN / SCHUNEMANN: s. 191-192; OSTENDORF: s. 199; HEGER / POHLREICH: s. 157; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 301.

¹²³ Bu görüşler için bkz. EISENBERG: bkz. 398.

¹²⁴ EISENBERG: kn. 399.

¹²⁵ RADTKE: Einleitung kn. 84; JOECKS: s. 42; WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 208; HEGER / POHLREICH: s. 157.

¹²⁶ ROXIN / SCHUNEMANN: s. 192; OSTENDORF: s. 199; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 301.

¹²⁷ BEULKE: s. 346.

¹²⁸ KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 302.

¹²⁹ OSTENDORF: s. 195.

¹³⁰ KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 302.

¹³¹ VOLK: s. 274; RADTKE: Einleitung kn. 82; KUHNE: kn. 912.3; EISENBERG: kn. 403-404; SCHROEDER / VERREL: s. 94; MEYER-GOSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 57.

¹³² Bkz. BGH: *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, (1361-1363), s. 1363; JOECKS: s. 43-44; OSTENDORF: s. 196; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 302.

¹³³ BEULKE: s. 346; EISENBERG: kn. 407; OSTENDORF: s. 196; HEGER / POHLREICH: s. 154-155; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 302.

hukuk devletinin gereklerine uygunluğunu (*Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens*) temin etmek olduğu vurgulanmaktadır.¹³⁴ Bununla birlikte, özellikle yargının delil değerlendirme yasaklarını polislin ilgili usul kuralları ihlal ettiği olaylara ilişkin bir yaptırım olarak gördüğü ve bu nedenle disiplin teorisinin (*Disziplinierungstheorie*) Almanya’da önem taşıdığı da ileri sürülen görüşlerdendir.¹³⁵ Ancak bu noktada, polislin gerçekten failin cezalandırılmasını istediği ve failin cezalandırılmaması nedeniyle disipline olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Öğretide, çok açık bir delili devre dışı bırakmak için polislin tahrik edilerek kanun hükümlerini ihlal etme yolunda teşebbüslerin söz konusu olduğu da ifade edilmektedir.¹³⁶ Zehirli ağacın meyvesi doktrininin de önemli istisnalarının olduğu ve bu nedenle aslında muhteva bakımından ABD’de bu konudaki tartışmanın, Almanya’daki tartışmadan çok farklı olmadığını ifade eden görüşler de mevcuttur.¹³⁷ Örneğin, ABD ceza muhakemesi hukukunda bu konunun istisnalardan biri olan kaçınılmaz keşif (*inevitable discovery*) veya varsayımsal temiz yol (*hypothetical clean path doctrine*) doktrinini, varsayımsal nedenselliğe başvurmak suretiyle, hukuka aykırı delilin kullanılmasına imkân tanımaktadır. Bu doktrinin uyguladığı ölçüt, söz konusu delilin hukuka uygun olarak da kaçınılmaz şekilde keşfedilebilecek olmuş olmasıdır.¹³⁸

Federal Mahkeme, bugüne kadar delillerin uzak etkisini, sadece ‘G 10’ olarak tabir edilen Posta ve Telekomünikasyon Sırrı Kanunu hükümleri bakımından kabul etmiştir.¹³⁹ Bir başka görüşe göre de, delil yasaklarının uzak etkisi konusunda olay temelli karar verilmelidir. Bu hususta da hakların tartımı teorisinin kıstaslarının uygulanması teklif edilmektedir.¹⁴⁰

Federal Yüksek Mahkeme, gerek bağımlı gerek bağımsız değerlendirme yasaklarına ilişkin menfaatler arasında tartım yaparken, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delilin hukuka uygun bir yolla da elde edilmesinin mümkün olması halinde söz konusu delili değerlendirmeye almaktadır.¹⁴¹ Varsayımsal hukuka uygun olarak delil etme imkânı (*Möglichkeit einer hypothetisch rechtmäßigen Beweiserlangung*) şeklinde de adlandırılan bu değerlendirme kıstasının, kişinin haklarına ağır müdahalelerin söz konusu olmadığı hallerde kabul edilebileceği görüşü öğretide savunulmaktadır.¹⁴² Bu noktada, varsayımsal hukuka uygunluk bakımından yapılan değerlendirmeyle delil yasaklarının tamamen devre dışı bırakılmamasına dikkat edilmelidir. Burada

uygulanacak olan ölçüt, olayın somut şartları çerçevesinde gerçekten hukuka uygun hareket etme imkânının (*die Möglichkeit legalen Handelns*) olup olmadığı araştırılmasıdır.¹⁴³ Buna karşılık, bu şekilde varsayımlar üretilmesi suretiyle kanuna aykırı delilin değerlendirilmesi eleştirilmektedir. Buna göre, kanuna aykırı elde edilmiş bir delilin kanuna uygun elde edilebilecek olmuş olmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır.¹⁴⁴ Öğretide bu hususta doğrudan (*unmittelbare Beweismittel*) ve dolaylı delil (*mittelbare Beweismittel*) araçları ayırımı yoluyla ikili bir değerlendirme yapılmaktadır. Buna göre örneğin, AL.CMK m.136a’nın ihlaliyle yasak sorgu yöntemlerinden biriyle elde edilen suçun ikrarı gibi bir doğrudan delil hakkında varsayıma gidilmek suretiyle, ‘*zaten suçunu ikrar ederdi*’ şeklinde bir varsayıma dayalı olarak delilin hukuka uygun hale getirilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, ceza makamlarının zaten yasal yollarla ulaşabilecekleri dolaylı deliller bakımından varsayıma dayalı hukuka uygunluk mümkün olabilecektir.¹⁴⁵ Anayasa’dan kaynaklanan, delil elde etmeye yönelik sınırlamalar konusunda hukuka uygun yollardan delil elde imkânı genel değerlendirmenin bir parçasıdır.¹⁴⁶

D. ABD

1. Genel Olarak

Amerika Birleşik Devletleri ceza muhakemesi sistemindeki delil yasakları (exclusionary rules), taraf muhakemesi modeline uygun, kendine has özellikleri olan, kaynağını ABD Anayasası ve içtihat hukukunda bulan bir kurallar bütünüdür.¹⁴⁷ Bu noktada, ABD ceza muhakemesi sisteminin son otuz yılda Kıta Avrupası’nda bazı ülkelerde yapılan köklü reformlarda model alındığı hususunun altı çizilmelidir. Bu durum öğretide, Avrupa ceza muhakemesi sistemlerinin ‘Amerikanlaşması’ ya da ‘taraf muhakemesine dönüşmesi (*adversarialization*)’ olarak tabir edilmektedir. Birçok ülkeyi tesiri altına alan bu olgunun sonucu olarak, aralarında delil değerlendirme yasaklarının da olduğu iddia pazarlığı (*plea bargaining*), soruşturma hâkimliklerinin kaldırılması, çapraz sorgu (*cross-examination*) ve bazı ülkelerde jüri sisteminin benimsenmesi örneklerinde olduğu gibi birçok kurum, bazı değişikliklere uğramakla birlikte iktibas edilmektedir. Gerçekten, yakın geçmişte Kıta Avrupası ülkelerinden Portekiz, İtalya ve İspanya gibi ülkeler, ABD delil yasakları modelini esas alan delil yasaklarını benimsemiştir. Bununla birlikte, bu iktibas faaliyetinin, Avrupa ceza muhakemesi sistemlerinin taraf muhakemesine dönüşmekten ziyade mevcut tahkik sistemlerini ve ilkelerini güçlendirdiği ileri sürülmektedir.¹⁴⁸

¹³⁴ MEYER-GOSSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 57; ayrıca bkz. KUHNE: kn. 912; ROXIN / SCHUNEMANN: s. 191.

¹³⁵ OSTENDORF: s. 195.

¹³⁶ SCHROEDER / VERREL: s. 88.

¹³⁷ KUHNE: kn. 912.

¹³⁸ JOECKS: s. 44; VOLK: s. 274.

¹³⁹ MEYER-GOSSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 57; BEULKE: s. 346; OSTENDORF: s. 196; GERCKE / TEMMING: Einleitung kn. 114.

¹⁴⁰ KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 302.

¹⁴¹ Örneğin bkz. BGH: Urt. v. 17-2.2016- 2 StR 25/15 (LG Meiningen), NSZ 2016, s. 551-553; ayrıca bkz. JOECKS: s. 44; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 300; GERCKE / TEMMING: Einleitung kn. 113.

¹⁴² RADTKE: Einleitung kn. 81; EISENBERG: kn. 409; OSTENDORF: s. 196.

¹⁴³ MEYER-GOSSNER / SCHMITT: Einleitung kn. 57c.

¹⁴⁴ KUHNE: kn. 912.2; KINDHÄUSER / SCHUMANN: s. 301.

¹⁴⁵ BEULKE: s. 347.

¹⁴⁶ BEULKE: s. 347.

¹⁴⁷ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverboten*, s. 12.

¹⁴⁸ GRANDE, Elisabetta: ‘Comparative Approaches to Criminal Procedure’, in: *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Darryl K. Brown, Jenia I. Turner ve Bettina Weisser (eds.), Oxford University Press, New York 2019, ss. 67-88, s. 67-68, 73.

Bu bağlamda, ABD ceza muhakemesi sisteminde delil yasakları kurumunun ve işlevinin anlaşılabilmesi için, Kıta Avrupası ve Common Law ceza muhakemesi sistemleri arasında gerçeğin aranması sürecinde tarafların ve hâkimin oynadığı rol bakımından söz konusu olan fark ortaya konulmalıdır. Common law modelinde, iki karşı taraf iddialarını ve delillerini sunmak suretiyle kendi maddi gerçek anlatımları konusunda jüriyi ikna etmeye çalışmaktadır. Buna karşılık Kıta Avrupası sisteminde, gerçeğin araştırılması başta hâkim olmak üzere resmi görevlilerin vazifesidir. Muhakemede tarafların oynadıkları rol bakımından bu sistemler arasındaki fark şüphesiz gerçeğin araştırılması konusundaki yaklaşımlar bakımından da kendini göstermektedir. Kıta Avrupası sisteminde, üçüncü bir kişinin gerçeği tarafsız bir şekilde araştıracağı anlayışı hâkimken, common law sisteminde üçüncü kişilerin ön yargılı davranacakları düşüncesiyle tarafların kendi gerçek anlatımlarını ortaya koyarak objektif değil, yoruma dayalı bir gerçekliği ortaya koymaları anlayışı benimsenmektedir.¹⁴⁹ Bu nedenle ABD’de ceza makamlarının, Kıta Avrupası’ndan farklı olarak, maddi gerçeği araştırma yükümlülüğü yoktur. Bunların amacı, ceza muhakemesini adil ve etkin bir şekilde sonuçlandırmaktır. Soruşturma makamlarının, soruşturmadan çıkaracakları sonuç, bir iddianame düzenlenmesi veya somut olayların çoğunda olduğu gibi iddia pazarlığı sonucunda suçun ikrarına (*guilty plea*) ilişkin uzlaşma da olabilmektedir.¹⁵⁰ Savcılıkla şüpheli arasındaki uzlaşma suçun ikrarına ilişkin olabileceği gibi olaya ilişkin gerçekler (*fact bargaining*) konusunda da gerçekleşebilmektedir. Suçun şartları bakımından gerçekleşen uzlaşma karşılığında şüpheli jüri yargılaması hakkından feragat etmektedir.¹⁵¹ Jüri yargılamasının söz konusu olduğu hallerde, delil değerlendirme yasakları stratejik olarak kullanılabilir. Kıta Avrupası’ndan farklı olarak, tarafların ileri sürmesine bağlı olan delil değerlendirme yasakları, taraflardan biri bu hakkını kullandıktan sonra, jüri yargılaması öncesinde profesyonel hâkimler tarafından değerlendirilmektedir. Bu sayede, ilgili delil hakkında daha jürinin bu delil hakkında bilgisi olmadan karar verilmekte, şayet ilgili delilin değerlendirilmemesine karar verilirse karar verici konumundaki jürinin bu delil hakkında hiçbir bilgisi olmamaktadır.¹⁵² Bu durum esasen, Kıta Avrupası’nda delil yasaklarına yönelik en büyük eleştirilerden birine de temas etmektedir. Zira, tahkik sisteminde hukuka aykırı delil hakkında bilgisi olan hâkimden, bu delili delillerin tartışılmasına dahil etmemesi ve unutmaması beklenmektedir. Bu durumun, psikolojik bakımdan son derece zor olduğu ve işlevsel bakımdan ABD hukukundaki delil değerlendirme yasaklarıyla, Kıta Avrupası delil değerlendirme yasakları arasındaki esas fark olduğu ifade edilmektedir.¹⁵³

¹⁴⁹ GRANDE: s. 69.

¹⁵⁰ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 12.

¹⁵¹ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 12.

¹⁵² GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 13.

¹⁵³ GRANDE: s. 77.

Common law sisteminde tarafların adil bir şekilde kendi argümanlarını ortaya koyabilmeleri bakımından, karar verici konumundaki jürinin adil karar verebilmesini sağlayacak tedbirler, bu sisteminin ispat hukukunun esasını teşkil etmektedir.¹⁵⁴ Bir başka deyişle, jürinin rasyonel karar verme yetkinliğine duyulan şüphe ve öngörülemezlik, belli delillerin *ex ante* olarak kontrolden geçirilip, jürinin tarafsızlığına zarar verilecek delillerden korunması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Diğer muhakemeden dışlamaya ilişkin kurallar gibi kanuna aykırı delillerin değerlendirme dışı bırakılması (*exclusion of illegally obtained evidence*) da adil yargılanma, taraf muhakemesinde tarafların eşitliğinin korunması ve jüri ile ilgili düşüncelerden kaynaklanmaktadır.¹⁵⁵ Bu nedenle, sistemin bir gereği olarak, ABD’de delil değerlendirme yasakları önemli bir rol oynamaktadır.¹⁵⁶

2. İlgili Anayasa Hükümleri ve İçtihat Hukuku

ABD hukukunda delil değerlendirme yasakları önemli bir rol oynamakla birlikte, federal düzeyde bu hususta yasal bir düzenleme yoktur. Bu alan ABD Anayasası’na 1789’da eklenmiş olan dördüncü, beşinci ve altıncı değişiklik hükümlerinin nesiller boyu geliştirilen yorumu, yani içtihatlarla düzenlenmiştir.¹⁵⁷ Bunlardan özellikle dördüncü değişiklik hükmü, kanuna aykırı delillerin hukuki dayanağını teşkil etmektedir.¹⁵⁸ ABD hukukunda federal seviyede delil değerlendirme yasakları ilk defa 1914 tarihli *Weeks v. United States* davasında kabul edilmiştir. Bu davada Yüksek Mahkeme, federal yargılamalarda dördüncü değişiklik hükmünün, federal yetkililerce, Anayasaya aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin kullanılmasına mani olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁹ 1961 yılında karara bağlanan *Mapp v. Ohio* davasıyla birlikte federal düzeyde uygulanan delil değerlendirme yasağının, federe düzeyde de uygulanmaya başlandığı görülmüştür.¹⁶⁰

ABD hukukunda delil değerlendirme yasağı, Anayasa’da korunan haklardan birinin ihlali suretiyle elde edilmesi hallerinde gündeme gelmektedir. Kanuna aykırı delillerin dışlanması da denilen bu durum, beş halde gündeme gelmektedir. Bunlar; kanuna aykırı delil elde edilmesi ve el koyma, ABD Anayasası’nın beşinci ve altıncı değişiklik hükümlerinin ihlali edildiği ikrar, nemo tenetur ilkesinin ve müdafiden yararlanma haklarının

¹⁵⁴ GRANDE: s. 74.

¹⁵⁵ GRANDE: s. 74-75.

¹⁵⁶ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 13.

¹⁵⁷ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 13; ABD hukukunda Federal hukukta delil değerlendirme yasakları bakımından köşe taşı niteliğindeki içtihatlar hakkında bilgi için bkz. DRESSLER, Joshua / MICHAELS, Alan C.: *Understanding Criminal Procedure, Volume 1: Investigation*, 6th Edition, Lexis Nexis, New Providence NJ 2013, s. 339-342.

¹⁵⁸ Detaylı bilgi için bkz. BEYDOUN, Khalil: *Beweisverwertungsverbote, Ein Vergleich zwischen der Schweizerischen und der US-Amerikanischen Handhabung der Beweisverwertungsverbote*, Schulthess, Zürich 2017, s. 139-145.

¹⁵⁹ DRESSLER / MICHAELS: s. 339; ayrıca bkz. BEYDOUN: s. 128-129; CHEMERINSKY, Erwin / LEVENSON, Laurie L.: *Criminal Procedure: Adjudication*, 3rd Edition, Wolters Kluwer, New York 2018, s. 593.

¹⁶⁰ Olaya ilişkin detaylı bilgi için bkz. DRESSLER / MICHAELS: s. 342; BEYDOUN: s. 132-134; CHEMERINSKY / LEVENSON: s. 593.

ihlali halleri ve nihayet vicdanları rahatsız eden polis yöntemleridir.¹⁶¹ Bu nedenle, delil değerlendirme yasaklarının, suçluların cezalandırılmasının onlar gibi suç işleyebilecek kişileri suç işlemekten caydırmasının yanı sıra polis memurlarının da delil değerlendirme yasakları aracılığıyla anayasal kuralları ihlal etmekten caydırılması düşüncesine dayandığı söylenebilir.¹⁶²

Genel olarak ABD hukukunda delil değerlendirme yasakları, yukarıda da ifade edildiği gibi, delilin tamamen değerlendirme dışı kalması sonucunu doğurmaktadır. Bu katı yaklaşımın arkasında, aşağıda da ele alınacağı gibi, polisin disipline edilmesi düşüncesinin yattığı ifade edilmektedir. Hukuki netice bakımından kendini gösteren bu katılık, ABD hukukunda delil değerlendirme yasağı kararının kolay verildiği şeklinde anlaşılmalıdır.¹⁶³ ABD mahkemelerinin bu konuda verdiği kararlarda ABD’li hâkimlerin güvenilir bir delili değerlendirme dışında bırakmak zorunda kaldıkları durumlarda, delil değerlendirilmesinin yasaklanmasının gerçeğin bulunmasına mani olacak ağır bir bedel olarak gördüklerini ifade eden tespitler de bulunmaktadır.¹⁶⁴ Maddi gerçeği aydınlatılabilecek nitelikteki delillerin değerlendirme dışı kalma ihtimalini göz önüne alan mahkemeler, delil değerlendirme yasaklarını geniş yorumlamaktan kaçınmaktadır. Bunda, ABD hukukunda delil yasakları konusunda esasen suçun ağırlığının, delil hakkındaki hukuka aykırılık değerlendirmesi üzerinde etkisinin olmaması da etkili olmaktadır.¹⁶⁵

Buna karşılık ABD öğretisinde, delil değerlendirme yasakları ağır eleştirilere de maruz kalmıştır. Örneğin öğretide, dördüncü değişiklik hükmünde tazminat (*tort*) imkânı olmasına karşın, cezai sorumluluğu kanıtlayabilecek olan güvenilir delilin değerlendirme dışı bırakılmasının tercih edilmesinin uydurma ve utanç verici bir yaptırım olduğu görüşü bulunmaktadır. Bu görüşe göre, Yüksek Mahkeme’nin bu yaptırımın ağır sonuçları nedeniyle belli olaylarda uygulamamaktadır.¹⁶⁶ Zira anayasal temelden yoksun ve yargının saygınlığı veya caydırma düşünceleriyle tevsik edilen görüşlerin delillerin değerlendirilmesi yasağına ilişkin doktrini açıklamaktan uzak olduğu vurgulanmıştır. Örneğin İngiltere’deki ve diğer birçok ülkedeki mahkemelerin, genel olarak olayla ilgili materyali veya delili kabul etmeleri sebebiyle daha az saygın ve adil olup olmadıkları sorusu sorulmaktadır. Diğer medeni ve saygın yargı sistemlerinin, delil değerlendirme yasakları meselesini nasıl çözdüğünün, ABD tarafından örnek alınması gerektiğine işaret edilmektedir.¹⁶⁷ Öyle ki hükümetin kendi hatasından istifade etmemesi gerektiği doktrini (*preventing government from profiting from*

its own wrong) de eleştirilmiş, toplumun kasten öldürme veya cinsel saldırı faillerinin, ceza adalet makamlarının hatalarından hiçbir şekilde yararlanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Katilin suçta kullandığı bıçak delil olarak değerlendirildiğinde, bundan sadece devlet değil; aynı zamanda mağdur ve toplum da yarar görecektir. Polisin aşırına gidebilecek tutumlar içine girmekten caydırılması için cezai tazminat (*punitive damages*) yaptırımının yerinde olacağı da ileri sürülmüştür.¹⁶⁸ Buna karşılık, delil değerlendirme yasakları kuralını savunanlar, kuralın kabul edilmesi bakımından tarihi kanunkoyucunun belirleyici olmaması gerektiği kanaatindedir. Bu nedenle, dördüncü değişiklik hükmünde açıkça öngörülmemiş olsa da Anayasada mündemiç değerlerden (*values*) yola çıkılarak delil değerlendirme yasağı yaptırımının meşruiyeti savunulmaktadır.¹⁶⁹

3. Delil Yasaklarının Uzak Etkisi

ABD ceza muhakemesi hukukunda delil değerlendirme yasağı, sadece hukuka aykırı delil bakımından değil; aynı zamanda zehirli ağacın meyvesi olarak tabir edilen ikincil delilleri (*secondary evidence*) de kapsamaktadır.¹⁷⁰ Örneğin, polisin kanuna aykırı bir arama sırasında el koyduğu günlükte, cinayete ilişkin bir tanığın isminin bulunması ve bu tanığın sanık aleyhine ifade vermeye karar vermesi halinde, Anayasaya aykırı olarak gerçekleştirilen arama ilk olarak hukuka aykırılıktır (*the initial illegality*) ve devamındaki deliller de zehirli ağaçtır (*the poisonous tree*). Genel kurallar çerçevesinde, günlük de delil olarak kullanılamaz; çünkü bu delil doğrudan doğruya kanuna aykırı bir aramanın ürünüdür. Buna karşılık, bu kuralın uygulamada önemli istisnalara ve sınırlamalara tabi olduğu vurgulanmalıdır.¹⁷¹

Gerçekten de delil değerlendirme yasakları bakımından genel olarak söz konusu olan sınırlayıcı ve temkinli yaklaşım kendisini, zehirli ağacın meyvesi doktrinine getirilen sınırlamalarda da göstermektedir.¹⁷² Bu doktrinin yukarıda da ifade ettiğimiz genel kuralına göre, hukuka aykırı delil araçları vasıtasıyla elde edilen müteakip deliller kural olarak değerlendirilemez. Bu karşılık Alman hukuku hakkında yukarıda yaptığımız açıklamalarda belirttiğimiz gibi, ilk delil ile sonraki delil arasındaki bağın yeterince zayıfladığı veya soruşturma makamlarının söz konusu delili her halükarda elde edebilme imkânlarının var olması durumunda (*hypothetical clean path*), müteakip deliller değerlendirilebilir. Keza, ilgili delilin, soruşturma makamları tarafından kaçınılmaz olarak keşfedileceği (*Inevitable Discovery Doctrine*) kanaatine ulaşırsa da delil yasaklarının uzak etkisi kabul edilmemektedir.¹⁷³ ABD Yüksek

¹⁶¹ BEYDOUN: s. 124-125, s. 154-155.

¹⁶² DRESSLER / MICHAELS: s. 343; CHEREMINSKY / LEVENSON: s. 594.

¹⁶³ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 13.

¹⁶⁴ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 13; ABD Yüksek Mahkemesi’nin delil değerlendirme yasağı kuralının kapsamını daralttığı içtihatlar için bkz. DRESSLER / MICHAELS: s. 345-346.

¹⁶⁵ BEYDOUN: s. 196-197.

¹⁶⁶ AMAR, Akhil Reed: *The Constitution and Criminal Procedure*, First Principles, Yale University Press, New Haven 1997, s. 20-25.

¹⁶⁷ AMAR: s. 25.

¹⁶⁸ AMAR: s. 41-42; DRESSLER / MICHAELS: s. 352-353, s. 355-357.

¹⁶⁹ Bkz. DRESSLER / MICHAELS: s. 347-348.

¹⁷⁰ DRESSLER / MICHAELS: s. 374.

¹⁷¹ DRESSLER / MICHAELS: s. 374.

¹⁷² Zehirli ağacın meyvesi doktrininin istisnaları için bkz. DRESSLER / MICHAELS: s. 374, s. 375-382.

¹⁷³ BEYDOUN: s. 199; GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 13-14; DRESSLER / MICHAELS: s. 363-378-379.

Mahkemesi de delil değerlendirme yasakları hakkında karar verirken, ihlal edilen muhakeme kuralının niteliği ve ihlalin ağırlığı ile somut olaydaki suçun ağırlığını dikkate almaktadır. Keza, örneğin arama kararı olmaksızın arama yapan polisin iyi niyetli olduğunun tespit edilmesi halinde, ilgili arama neticesinde elde edilen delil kabul edilebilmektedir (*good faith rule*). Benzer şekilde, ilk delil ile ikinci delil arasındaki bağlantının yeterince zayıfladığı kanaatine ulaşıldığı (*Attenuated Connection Principle*) olaylarda da bu doktrin uygulanmamaktadır. Örneğin, *Wong Sun v. United States* davasında, sanık kanuna aykırı tutuklamadan birkaç gün sonra kendi iradesiyle polis karakoluna gitmiş ve kendi rızasıyla ifade vermiştir. Mahkeme bu olayda, ilk kanuna aykırı tutuklamaya rağmen, sanığın verdiği ifadenin delil olarak değerlendirilebileceğine hükmetmiştir; çünkü tutuklama ve sanığın ifadesi arasındaki bağlantı oldukça zayıflamıştır. Zayıflamış bağlantı ilkesinin kabul edilmesine gerekçe olarak, kanuna aykırı fiil ile diğer delil arasındaki bağlantının zayıflığının, delil değerlendirme yasağının caydırıcı etkisi bakımından taşıdığı değeri azaltması gösterilmektedir; çünkü bu vakalarda, delili değerlendirme dışı tutmanın maliyeti caydırma faydasına ağır basmaktadır. Kanuna aykırı delil ile sonradan elde edilen delil arasındaki bağlantının zayıflığının tespitinde zamansal yakınlık, failin özgür iradesiyle gerçekleştirdiği fiiller gibi araya giren başka olayların varlığı, ilk delildeki ihlalin ağırlığı ve elde edilen ikinci delilin niteliği gibi kıstaslar belirleyici rol oynamaktadır.¹⁷⁴

ABD Yüksek Mahkemesi bu doktrini, polisin makul bir şekilde (*reasonably*) yanlış bilgi sonucu mahkemeden arama kararının gelmekte olduğu düşüncesiyle arama yaparak elde ettiği delil bakımından uygulamıştır. Mahkeme bir çalışanın hatası sebebiyle, delilin değerlendirme dışı bırakılmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme buna gerekçe olarak, delil değerlendirme yasağının yargıdan ziyade polisin usulsüz eylemlerini ve işlemlerini azaltmak amacıyla ihdas edildiğini; mahkeme çalışanlarının dördüncü değişiklik hükmünü etkisiz kılmaya teşebbüs etmeleri ihtimalinin çok düşük olduğu ve en önemlisi, somut vakada delil değerlendirme yasağı kararı verilmesinin bu nevi hatalar bakımından pek bir caydırıcı etkisinin olmayacağını göstermiştir. Mahkemeye göre, delil değerlendirme yasağının gündeme gelebilmesi için polisin davranışının yeterince bilinçli (*sufficiently deliberate*) olması gerekir ki delilin değerlendirme dışı bırakılması onu caydırabilsin ve polisin yeterince kusurlu olması (*culpable*) gerekir ki caydırmak için adalet sisteminin ödediği bedele değsin.¹⁷⁵ Bu noktada, polisin gerçekten kanuna aykırı delil değerlendirme yasakları neticesinde cayıp caymadığı noktasında bir veri yoktur. ABD’de polisin bağımsız oluşu ve iddia makamını mahkemede temsil etmemesi de caydırma düşüncesinin geçerliliğini sorgulanır hale getirmektedir.¹⁷⁶ Öğretide bu kurala yönelik eleştirile-

re bakıldığında, kuralın kabul edilmez derecede ağır bir maliyeti olmasına karşılık, polisin davranışını disipline etme noktasında pek de etkili olmadığı ileri sürülmektedir.¹⁷⁷ Buna karşılık, hakları ihlal edilmemiş olan sanıklar bakımından delil değerlendirme yasağının söz konusu olmaması ve ceza muhakemesinin %80’nin ikrar pazarlığıyla neticelenmesi ile bunlar bakımından kanuna aykırı delillerin sanık aleyhine kullanılabilmesi nedeniyle eleştirilerin abartılı olduğu ifade edilmektedir.¹⁷⁸ Öğretide bu şekilde ABD hukukunda, ikrar-kusur (*guilty plea*) usulüyle delil değerlendirme yasaklarına ilişkin kuralların dolanıldığı vurgulanmıştır.¹⁷⁹

III. Delil Değerlendirme Yasaklarının Hukuki Esası ve İşlevi Hakkındaki Görüşler

A. Genel Olarak

Delil değerlendirme yasakları yukarıda ana hatlarıyla ortaya koymaya çalıştığımız üzere, birçok ülke mevzuatında ve uygulamasında yerleşik bir kurum olmasına karşın, bu kurumun hukuki esası ve pratik etkisi öteden beri sorgulanmaktadır. Bu nedenle, delil değerlendirme yasaklarının hukuki esası ve dayanağı, bir başka deyişle ratio legis konusundaki doktriner çalışmalarda bir artış söz konusudur.¹⁸⁰ Öğretide, delil değerlendirme yasaklarının genellemeye müsait bir amaca hizmet ettiği veya bir işlevi olduğu ortaya konulduğu takdirde bu yasakların meşruiyet kazanacağı anlayışı büyük önem kazanmıştır.¹⁸¹ Bu noktada delil yasaklarının işlevi olarak maddi gerçeğin araştırılmasının korunması, ceza makamlarının disipline edilmesi veya ceza hukukunun genel ve özel önleme amaçlarının teminat altına alınması veya bireysel hakların korunması gibi işlevler yüklenmek suretiyle kuruma meşruiyet sağlanmaya çalışılmıştır. Bir başka deyişle, delil değerlendirme yasakları kurumunun kabulü bu amaçlardan veya işlevlerden birine bağımlı kılınmıştır.¹⁸² Bu bağlamda, delil değerlendirme yasaklarının meşruiyetini izah eden teorilerin, öğreti ve uygulamada en çok kendisine müracaat edilenleri aşağıda ele alınacaktır.

B. Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkarılması

İlk bakışta delil değerlendirme yasaklarının maddi gerçeğin araştırılmasına, başka gerekçelerle sınırlama ve engeller koyan bir kurum niteliğinde olduğu söylenebilir. Buna karşılık, özellikle belli delil yasaklarının ihlal edilmesi halinde maddi gerçeğin tespit edilmesi amacına zarar verilmesi ve hatta tehlikeye sokulması ihtimali ortaya çıkabilmektedir.¹⁸³ Örneğin, yasadışı sorgu yöntemleri veya tanıklıktan çekinmeye

¹⁷⁷ Delil değerlendirme yasağı kuralına yönelik ABD öğretisindeki eleştiriler hakkında bkz. BEYDOUN: s. 156-158, s. 202.

¹⁷⁸ BEYDOUN: s. 158.

¹⁷⁹ BEYDOUN: s. 197.

¹⁸⁰ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverboten*, s. 4.

¹⁸¹ FEZER: s. 18.

¹⁸² FEZER: s. 18, 28-29.

¹⁸³ EISENBERG: kn. 329; GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverboten*, s. 20.

¹⁷⁴ DRESSLER / MICHAELS: s. 379-383.

¹⁷⁵ Bkz. *Herring v. United States*, 555 US (2009); ayrıca bkz. BEYDOUN: s. 162-163; DRESSLER / MICHAELS: s. 363-368.

¹⁷⁶ Bkz. BEYDOUN: s. 157; GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverboten*, s. 16.

ilişkin delil etme yasaklarının ihlali neticesinde, bu ihlale muhatap olan kişi, maruz kaldığı baskıdan veya sanıkla olan ilişkinin ortaya çıkarılabileceği çatışma hali nedeniyle gerçeğe aykırı bilgiler verme durumunda kalabilecektir.¹⁸⁴ Maddi gerçeğin araştırılmasının korunması gerekçesiyle delillerin değerlendirilmesinin meşrulaştırılması, özellikle 1950'li ve 1960'lı yıllarda Almanya'da yasak sorgu yöntemlerinin uygulanması bağlamında tartışılmıştır.¹⁸⁵ Bununla birlikte, bu görüş delillerin değerlendirilmesine ilişkin yasakların, sadece bir kısmını izah edebilmesi nedeniyle eleştirilmiştir. Zira, uyuşturucu maddelerin kanuna aykırı ele geçirilmesi veya hâkim kararı olmadan gerçekleştirilen telefon dinlemeleri neticesinde ele geçirilen deliller örneğinde olduğu gibi, bu delillerin maddi gerçeği ortaya çıkarmak bakımından değerlerinde bir azalma söz konusu değildir. Bu nevi delillerin değerlendirme dışı tutulması, maddi gerçeğin aydınlatılmasından çok, bu amacın gerçekleştirilmesine mani olacaktır.¹⁸⁶ Bu nedenle, maddi gerçeğe ulaşılması gerekçesi, yalnızca güvenilirliği tartışmalı olan deliller bakımından önem arz etmektedir.¹⁸⁷ Ayrıca, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi kapsamında kanunkoyucu tarafından hâkime delilleri niteliklerine göre değerlendirme imkânı tanınması karşısında da maddi gerçeğin araştırılmasının muhafazası görüşünün pek bir işlevi olmadığı ileri sürülmektedir.¹⁸⁸

C. Yargının Saygınlığının Muhafazası

Delillerin değerlendirilmesi yasaklarının işlevine ve meşruiyetine ilişkin görüşlerden biri de yargının saygınlığının muhafaza edilmesidir. Daha genel nitelik arz eden bu görüş, mahkemelerin sürekli olarak kararlarını rutin bir şekilde, hukukun ağır bir şekilde ihlal edilmesi suretiyle elde edilmiş deliller üzerine bina etmelerinin, onların şöhretini ve ağırlığını zedeleyeceği temeline dayanmaktadır. Mahkemeler, hukuka aykırı delilleri değerlendirmedikleri takdirde halka, devlet görevlilerinin kanuna aykırı davranışlarına müsamaha gösterilmeyeceği fiilen ortaya konulmuş olacaktır. Bu şekilde kanuna aykırı delilleri kullanmayı reddeden mahkemeler, hukukun üstünlüğünü pekiştirerek ceza muhakemesinin meşruiyetine katkı sağlayacaklardır.¹⁸⁹ Bu noktada, sistemin dengeli olması hususunun altı çizilmelidir. Bir başka deyişle, delil değerlendirme yasakları çok katı tatbik edildiklerinde, ceza adaleti sisteminin meşruiyetine zarar da verebilirler. Bunun tipik örneği, çok ağır suç işledikleri ihtimali oldukça

kuvvetli olan kişilerin soruşturulmaması veya beraat etmesidir. Gerçekten, mahkemelerin sıklıkla güvenilir delilleri değerlendirme dışı bırakmaları sonucunda, belirleyici delillerin değerlendirme dışı kalması nedeniyle mahkûmiyet kararı veremedikleri takdirde halk, sisteme olan inancını yitirebilecektir.¹⁹⁰ Bu nedenle öğretilerde, ceza adaletinin saygınlığı bakımından çok faktörlü bir hakların tartımı teorisinin daha uygun olacağı görüşü ileri sürülmektedir.¹⁹¹ Kıta Avrupası öğretisinde, değerlendirme yasakları bakımından söz konusu olan ceza muhakemesinin meşruiyetinin değil; ceza muhakemesinin kanuniliğinin, mevzuata uygunluğunun garanti edilmesi olduğu ifade edilmektedir.¹⁹²

D. Ceza Muhakemesinde Delil Elde Eden Görevlilerin Disipline Edilmesi

Ceza muhakemesi sistemlerinin birçoğunda, özellikle polis, soruşturma işlemlerini yürüttüğünden, delillerin elde edilmesine ilişkin kuralları da ihlal edilmektedir. Bunun sonucu olarak, delil değerlendirme yasaklarının, ceza makamlarının hukuku ihlal etmekten caydırma işlevi gördüğü ileri sürülmektedir. Delil değerlendirme yasaklarının bu işlevine ilişkin görüşler ülkeden ülkeye değişmektedir. Disipline etme, caydırma (*deterrence*) gayesine ulaşmak için delillerin değerlendirme dışı bırakılması, polis memurlarının suçlarını cezalandırılmasını arzu ettikleri ve hukuka aykırı elde ettikleri delillerin değerlendirilmediğini görünce delil elde etmeye ilişkin kurallara riayet etme eğilimi gösterecekleri varsayımına dayanmakta ve ABD hukukunda delil değerlendirme yasakları esasen bu gerekçeyle açıklanmaktadır.¹⁹³ Delil değerlendirme yasaklarının bu işlevi, ABD bakımından, 1960'lı yıllarda polislerin şüphelilerin haklarını ağır ve sistematik bir şekilde ihlal ettiklerinin açığa çıkmasının üzerine büyük önem ve ağırlık kazanmıştır. Bu nedenle, kanuna aykırı polisiye yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirme dışı tutulması, Amerikan ceza adaleti sisteminin saygınlığı ve kamuoyu tarafından tekrar benimsenmesini temin etmek bakımından vazgeçilmez bir araç olarak görülmüştür.¹⁹⁴ Alman öğretisinde ise ceza makamlarını disipline etme düşüncesi, delil değerlendirme yasaklarının arzu edilen bir yan neticesi olarak kabul edilmektedir. Bu görüşü haklılaştırmak üzere yukarıda delil yasaklarının uzak etkisi tartışmasında da ifade edildiği gibi, Almanya'daki durumun ABD'den farklı olduğu, bu nedenle oradaki yapısal unsurların farklılığı ve Almanya bakımından disiplin ihtiyacının hatırı sayılır derecede az olduğu argümanlarına dayanılmaktadır.¹⁹⁵ Disipline etme düşüncesine karşı mesafeli tutum, sadece Almanya değil; genel

¹⁸⁴ EISENBERG: kn. 329; TURNER, Jenia Iontcheva / WEIGEND Thomas: "The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview", in: Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules, Sabine Gless ve Thomas Richter (Eds.), Springer Open, 2019, (255-282), s. 257; ayrıca bkz. GRANDE: s. 75; RIEDI: s. 34.

¹⁸⁵ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 213.

¹⁸⁶ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 213; TURNER / WEIGEND: s. 257.

¹⁸⁷ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 213.

¹⁸⁸ RIEDI: s. 34-35.

¹⁸⁹ TURNER / WEIGEND: s. 258.

¹⁹⁰ TURNER / WEIGEND: s. 258-259; ayrıca bkz. DRESSLER / MICHAELS: s. 343.

¹⁹¹ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 219; TURNER / WEIGEND: s. 259.

¹⁹² WOHLERS / BLÄSI: s. 159.

¹⁹³ WOHLERS / BLÄSI: s. 159; TURNER / WEIGEND: s. 259.

¹⁹⁴ TURNER / WEIGEND: s. 259; DRESSLER / MICHAELS: s. 343; ayrıca bkz. RIEDI: s. 38-40.

¹⁹⁵ Bu hususta bkz. WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 214; RIEDI: s. 39-40.

olarak diğer Kıta Avrupası ülkeleri bakımından da söz konusudur.¹⁹⁶ Ancak öğretilerde bu görüşe karşı çıkanlar da bulunmaktadır. Karşı görüşe göre, son zamanlarda koruma tedbirlerinde savcılarının da desteğiyle hâkim kararı şartının devre dışı bırakılması örneğinde olduğu gibi, belli noktalarda disiplin ihtiyacı söz konusu olabilmektedir.¹⁹⁷ İsviçre bakımından da koruma tedbirlerinde hâkim şartının bilinçli olarak dolandırıldığı olaylarda öğretilerde ve bazı yargı kararlarında disipline etme düşüncesiyle değerlendirme yasağının söz konusu olması gerektiği görüşü kabul görmektedir.¹⁹⁸

Disipline etme görüşüne getirilen en esaslı itiraz, ceza muhakemesindeki görevlilerin disipline edilmesi bakımından disiplin veya ceza hukuku gibi araçlara müracaat edilmesinin mümkün olduğu, sırf ilgili görevlilerin disipline edilmesi için ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması amacından sapılmaması gerektiği yolundaki görüştür.¹⁹⁹ ABD Yüksek Mahkemesi de son zamanlarda verdiği bir kararda, delillerin değerlendirilmemesinin sosyal maliyetinin, caydırmanın temin ettiği faydalara göre ağır basabileceği sonucuna ulaşmıştır.²⁰⁰ Bu maliyet-kâr hesabının neticesinde ABD Yüksek Mahkemesi, uygulanacak alternatif disiplin yaptırımlarının memurları daha bir maliyetle disipline edebileceğini de hesaba katmıştır.²⁰¹ Bunun sonucu olarak mahkeme, caydırma işlevinin, sadece polis memurlarının muhakeme hukuku kurallarını bilinçli veya aldırmaçlık içinde ihlal ettiği halleri önlemekte yararlı olabileceği kanaatine ulaşmıştır.²⁰² Bunlara ilave olarak, disipline etme görüşü tam olarak uygulandığı takdirde, her türlü usul hatasının kapsamlı ve katı bir değerlendirme yasağı sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir.²⁰³

E. Adil Yargılanma İlkesi ve İnsan Haklarının Korunması

Günümüzde ağırlık kazanmaya başlayan görüşe göre delil değerlendirme yasaklarının işlevi, bir yandan temel hakların ve hürriyetlerin korunması ile diğer yandan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak adil bir yargılanmanın vazgeçilemez esaslarının garanti altına alınmasıdır. Bu şekilde, içinde, hem bireyin hem kolektif menfaatlerin rol oynadığı bir sistem arzu edilmektedir.²⁰⁴ Gerçekten, insan hakları hukuku doğrudan veya dolaylı bir şekilde insan haklarının korunması

amacıyla oluşturulan delil değerlendirme yasaklarının genişlemesine katkıda bulunmuştur.²⁰⁵

Delil değerlendirme yasaklarının işlevini bireysel hakların korunmasında gören görüşün esas argümanı, hakları ihlal edilmek suretiyle hakkında delil elde edilmiş kişiye bu delili değerlendirme dışında tutmak suretiyle adeta uğradığı zararın tazmin edilmesini düşüncedir. Bu görüş, delil değerlendirme yasaklarının insan hakları ihlallerinin çok az bir kısmını kapsadığı ve tazmin edici etkisinin de kuşkulu olduğu noktasında eleştiriye uğramıştır. Keza, ağır bir suç işlemiş failin, usuli haklarına ilişkin küçük bir ihlal nedeniyle beraat ettirilmesi de sınırı aşan bir tazmin (*over-compensation*) olacaktır. Örneğin, iyi niyetle yasal şartların oluşturduğu düşüncesiyle araçta arama gerçekleştiren memurun yaptığı arama işlemi sonradan mahkeme tarafından hukuka aykırı bulunarak, arama neticesinde kasten öldürmede kullanılan silahın delil olarak değerlendirilmemesi, failin ihlal edilen mahremiyet hakkına karşı orantısız bir tazminat olacaktır.²⁰⁶ Bu nedenle öğretilerde, delilin yargılama sırasında değerlendirilmesinin bir insan hakkı ihlali teşkil ettiği durumlarda değerlendirme yasaklarının kabul edilmesine taraftar olan görüşe göre, örneğin kanuna aykırı olarak kaydedilmiş sanık ve karısı arasındaki telefon konuşması kamuya açık yargılamada okunursa bu çiftin özel hayat hakkının yeni bir ihlali niteliği taşıyacaktı; buna karşılık, kanuna aykırı bir arama neticesinde sanığın aracında bulunan uyuşturucuların delil olarak kullanılması, kendi başına sanığın insan haklarını ihlal etmeyecektir.²⁰⁷

IV. Delil Değerlendirme Yasaklarına Yönelik Eleştiriler ve Alternatif Öneriler

Suçların aydınlatılması sırasında hiçbir sınıra tabi olmayan bir muhakeme sistemi birçok toplumsal ve şahsi değeri yıpratma riskini beraberinde getirecektir. Bu nedenle, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin aranması en önemli amaç olmasına karşın, mutlak bir değer olarak görülmemektedir. Bu durum, özellikle delillerin elde edilmesine ilişkin hükümler bakımından kendisini göstermektedir. Örneğin, sanığın yakın akrabalarına tanıklıktan çekinme hakkı tanınmaması, aile içindeki güven ilişkisini sarsabilir. Bu nedenle, Almanya örneğinden yola çıkılacak olursa, Alman Anayasası m.6 l'da düzenlenmiş olan ailenin korunması, AL.CMK m.52 hükmüyle hayata geçirilmiş olmaktadır.²⁰⁸

Buna karşılık son zamanlarda öğretilerde, delil değerlendirme yasakları kurumuna karşı eleştiriler artışı göstermiştir. Öğretilerde delil değerlendirme yasaklarının, günümüzde tüm ülkelerde bu kuruma yer verilmesine rağmen, aynı zamanda sürekli olarak maddi gerçeğin bulunması faaliyetini sınırladığı eleştirisine uğramasının dikkat çekici olduğunu ifade eden; bir taraftan da delil değerlendirme yasaklarını netice itibarı

¹⁹⁶ WOHLERS / BLÄSI: s. 159.

¹⁹⁷ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 214; krşl. WEIGEND: *Throw it all out?*, s. 189.

¹⁹⁸ WOHLERS / BLÄSI: s. 159.

¹⁹⁹ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 214.

²⁰⁰ Herring v. United States, 555 US 135, 141 (2009). Nakleden TURNER / WEIGEND: s. 260.

²⁰¹ Hudson v. Michigan, 547 US 586, 591, 599 (2006). Nakleden TURNER / WEIGEND: s. 260; DRESSLER / MICHAELS: s. 348-352.

²⁰² Herring v. United States, 555 US 135, 144 (2009). Nakleden TURNER / WEIGEND: s. 260.

²⁰³ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 216.

²⁰⁴ WOHLERS: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Einleitung kn. 219; RIEDI: s. 35-37.

²⁰⁵ TURNER / WEIGEND: s. 262.

²⁰⁶ TURNER / WEIGEND: s. 262.

²⁰⁷ TURNER / WEIGEND: s. 263.

²⁰⁸ ROXIN / SCHUNEMANN: s. 172.

rıyla etkisiz bir kurum olarak nitelendiren görüşler de bulunmaktadır.²⁰⁹ Keza, delil değerlendirme yasakları kurumunun işlevine ilişkin olarak teorik açıklamaların, somut olaylarda ulaşılan neticeler üzerinde doğrudan etkili olmadığı görüşü de öteden beri savunulmaktadır.²¹⁰

Bu noktada, Kıta Avrupası tahkik sistemlerinin delil değerlendirme yasaklarının etkinliği noktasında daha büyük yapısal sorunlar yaşadıkları bir gerçektir. Bunun başlıca nedeni, hâkimin soruşturma makamlarının hazırladığı değerlendirme yasaklarına tabi olan deliller de dahil olmak üzere, her türlü evrakın bilgisine sahip olmasıdır. Bu nedenle hâkimin, önündeki dava hakkında karar verirken değerlendirme dışı tutulan delili ihtiva ettiği bilgiyi veya bilgileri zihninden silmesinin mümkün olmadığı; sadece usuli bir hata nedeniyle dikkate alması yasaklanan delili değerlendirme dışı tutmak noktasında hâkimlerin psikolojik olarak isteksiz oldukları ifade edilmektedir.²¹¹ Bu durum karşılaştırmalı hukuk bahsinde de ele aldığımız gibi ABD hukukundan farklıdır; çünkü jüri yargılaması usulünde, değerlendirilmeleri hâkim tarafından uygun görülmeyen deliller hakkında jürinin hiçbir bilgisi yoktur.²¹²

Delil değerlendirme yasakları kurumuna yönelik bu eleştiriler neticesinde, öğretide delil elde etme yasaklarının ihlal edildiği durumlarda, değerlendirme yasağı dışında yaptırımlar arama arayışı ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Örneğin, Alman öğretisinde yeni tarihli bir çalışmada, delil değerlendirme yasaklarının ceza muhakemesinin maddi gerçeği araştırma gayesiyle bağdaşmadığını ve bu nedenle delil elde etmeye ilişkin yasakların ihlali halinde bu şekilde elde edilen delilin değerlendirme dışı bırakılmasını; bunun yerine yasak sorgu yöntemlerinin veya kişilik haklarının ağır şekilde ihlal edildiği haller dışında, delil elde etmeye ilişkin kuralın ihlali halinde tazminat vb. yaptırımların öngörülmesi teklif edilmektedir.²¹³ Bu kapsamda, devlete veya ilgili soruşturmayı yürüten kimselere (örneğin savcıya) tazminat yükümlülüğü getirilmesi teklif edilmektedir.²¹⁴ Bunun dışında, caydırma yerine, eğitim programları yoluyla gittikçe karmaşık hale gelen muhakeme hükümleri hakkında soruşturma makamlarının bilgilendirilmesi ve kurallara belli sayıda olayda uygun hareket edenlerin ödüllendirilmesi önerilmektedir. Bu önerinin dezavantajlı yanı, hukuka aykırı elde edilmiş bir delilin herhangi bir yaptırıma uğramadan değerlendirilebilmesine imkân tanınmasıdır.²¹⁵ Bir başka alternatif çözüm önerisi ise, delil elde etme ya-

saklarına ilişkin ağır ihlallerin söz konusu olduğu olaylarda, kamu davasının açılmasının ertelenmesidir.²¹⁶ Buna mukabil, Almanya özelinde yargı bu tür önerilere karşı mesafeli bir tutum sergilemektedir.²¹⁷ Alman yargısı, bu hususta daha çok cezanın belirlenmesi çözümü (*Strafzumessungslösung*) olarak adlandırılan çözümü tercih etmektedir. Bu anlayışa göre, delilin değerlendirme dışı bırakılması veya ceza takibinden imtina edilmesi değil; bilakis failin cezasında indirim yapılması ile yapılan usuli hata telafi edilebilecektir.²¹⁸ Alman mahkemeleri bu yaklaşımlarını, polislin faili suç işlemeye tahrik etmek suretiyle elde ettiği delillerin kullanılmamasını talep eden AİHM'in Furcht/Almanya ve Scholer/Almanya kararlarına rağmen sürdürmektedir.²¹⁹ Burada ele alınan delillerin değerlendirilmesi yasaklarına alternatif yasakların ortak özelliği, bir yandan kanuna aykırı davranışla hakları ihlal edilen kişinin bu hukuka aykırılık nedeniyle uğradığı zararın tazminat, ceza indirimi veya kamu davasının ertelenmesi yoluyla telafi edilmeye çalışılması; diğer taraftan da kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin sanık aleyhine kullanılmasına zemin hazırlamalarıdır.²²⁰

V. Sonuç

Çalışmamızda incelediğimiz Kıta Avrupası ve Amerikan ceza yargılama hukuku sistemlerinde görüldüğü üzere, her iki sistemi zamanla birbirine yakınlaştıran, gerek uygulamada gerek öğretide görüşler bulunmakta ve güncel gelişmelere paralel olarak ceza muhakeme sistemlerindeki değişimler devam etmektedir.²²¹ İnceleme konusu olan bütün sistemlerde, maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun araştırılmasının mümkün olmadığı görüşü hâkimdir ve bu hususta bir tereddüt bulunmamaktadır.²²² Yine, incelenen sistemlerde uygulayıcıların somut olaya göre, mutlak delil değerlendirme yasağından kimi durumlarda kaçındıkları ya da kaçınmaya çalıştıkları da görülmektedir. Öyle ki somut olay bakımından elde edilen delilde meydana gelen hukuka aykırılık ile suçun ağırlığı arasında bir tartıma gitmektedirler. Gerek hakların tartımı gerek kodifikasyon yönteminde somut olaya göre hâkimin uygun çözüm bulma çabası bulunmaktadır. Kodifikasyon yöntemine göre delillerin değerlendirilmesine ilişkin en güncel kanuna sahip olan İsviçre ceza muhakemesi hukukun-

²⁰⁹ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 20-21.

²¹⁰ FEZER: s. 18.

²¹¹ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 23, s. 25.

²¹² GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 23-24.

²¹³ GRECO, Luis: "Warum gerade Beweisverbot? Ketzerische Bemerkungen zur Figur des Beweisverwertungsverbots", in: *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung*, Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018, Ulrich Stein / Luis Greco / Christian Jäger / Jürgen Wolter, Duncker & Humblot, Berlin 2018, (485-515), s. 512-515.

²¹⁴ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 26.

²¹⁵ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 25-26.

²¹⁶ JULIUS, Karl-Peter / SCHMIDT, Eike C.: in: *Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung*, Björn Gercke / Karl-Peter Julius / Dieter Temming / Mark A. Zöller (Hrsg.), 6. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2019, § 206a kn. 8.

²¹⁷ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 26.

²¹⁸ BGH: "Rechtsstaatswidrige Tatprovokation", *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (2018), ss. 355-362.

²¹⁹ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 28-29.

²²⁰ GLESS: *Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverbotten*, s. 30-31.

²²¹ Türk Anayasa tarihinde delil yasaklarının gelişimi için bkz. SÖZÜER, Adem: "Das Beweisverwertungsverbot im Türkischen Recht als Garant Eines Rechtsstaatlichen Verfahrens", in: *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, Martin Heger / Brigitte Kelker / Edward Schramm (Hrsg.), Verlag C. H. Beck, München 2014, (831-850) s. 833-834.

²²² Öğretide Sözüer, ceza muhakemesinde sadece usuli gerçeğin araştırıldığı, bunun maddi gerçeğe örtüşebileceği gibi, bazı hallerde örtüşmeyebileceği görüşündedir. Bkz: SÖZÜER: s. 831.

da, delillerin değerlendirmeye alınıp alınmayacağına ilişkin üçlü bir ayırımı kanunda düzenlemesi ile belirginleşmektedir. Delil değerlendirme yasağı, delil elde edilirken ihlal edilen kurala göre şekillenmektedir. Bunlar kesin mutlak delil yasakları olarak kabul edilen ve özellikle sanığın temel hakları ihlal edilerek elde edilen delillerin değerlendirilmesini yasaklayan durumlar, geçerlilik hükümleriyle muhakeme düzenine ilişkin hükümlere aykırılık durumlarıdır. Son iki halde İsviçre ceza muhakemesi sistemi nispi delil yasağını uygulamaktadır. İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu, özel şahıslar tarafından elde edilen delilleri düzenleyen bir hüküm içermemektedir. İsviçre Federal Mahkemesi ise, ceza makamları tarafından söz konusu delili yasal olarak elde edebileceği olaylarda özel kişiler tarafından elde edilen delilleri değerlendirme yasağı kapsamı dışında tutmaktadır; ancak öğretide temel hakların ve özgürlüklerin ihlal edildiği durumlarda elde edilen delillerin değerlendirme yasağına tabi olduğu düşüncesi egemendir. İsviçre CMK'da delil yasaklarının uzak etkisine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, değerlendirme yasağı olan bir delil vasıtasıyla bir başka delil elde ediliyorsa ve bu ikinci delilin birinci delil olmaksızın elde edilmesi mümkün olmayacak idiyse bu ikinci delilin de değerlendirilmesi yasaktır.

Alman kanunkoyucu, Al.CMK'ya yeni eklenen hükümlerle bazı deliller bakımından açıkça delil değerlendirme yasağı getirmişse de kanun, doğrudan delil yasaklarını düzenleyen genel bir hüküm içermemektedir. Şüphelinin veya sanığın haklarını korumak amacıyla getirilen özel değerlendirme yasakları açık bir biçimde ifade edilmiştir. Mutlak değerlendirme yasağının söz konusu olduğu haller dışında Alman yargı makamları somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapmakta, öğreti ise ilgili normun koruduğu amacı ihlal eden bir şekilde elde edilen bir delil söz konusuysa bunun değerlendirme dışı kalmasını savunmaktadır. Bunun sonucu olarak uygulamada delil değerlendirme yasakları bakımından öğretiye nazaran daha esnek bir yaklaşım benimsenmektedir. Alman öğretisinde egemen olan görüşe göre, delil yasakları temellendirilmeye muhtaç istisnai kurallar olarak kabul etmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi de bu hususta yerleşik hale gelen içtihatlarında, her durumda delil elde etme yasağının veya bir temel hak ihlalinin delil değerlendirme yasağı anlamına gelmediğini vurgulamaktadır. Yüksek Mahkemenin özellikle usulüne uygun olmayan konutta arama neticesinde elde edilen delillerin, sadece delil elde etme yasağının ihlali nedeniyle değerlendirme dışı bırakılmalarının yerinde olmadığını vurguladığı görülmektedir. Alman mahkemelerinin uygulaması somut olay bakımından değerlendirme yapılırken cezai takibatın ihtiva ettiği menfaat ile müdahaleye maruz kalan kişinin şahsi menfaati arasında bir tartım yapılması şeklindedir. Özel kişiler tarafından elde edilen delillerin değerlendirilmesi hususunda Alman öğretisine hâkim olan görüş, Al.CMK kurallarının bu nevi olaylara uygulanamayacağı, zira ceza muhakemesi kurallarının devletin yürüttüğü ceza muhakemesini düzenlediği ve devlet görevlilerini muhatap aldığı yönündedir. Bunun sonucu olarak özel şahıslar tarafından hukuka aykırı bir

şekilde elde edilmiş delillerin kural olarak değerlendirilebilir nitelikte oldukları kabul edilmektedir. Ancak özel kişi de olsa insan onuru ve insan haklarına aykırı yollarla elde edilen deliller değerlendirme kapsamı dışındadır. Al.CMK'da delil yasaklarının uzak etkisine ilişkin bir düzenleme yer almamakta, Yüksek Mahkeme tartıma dayanan bir değerlendirmede bulunmaktadır.

Farklı ceza muhakemesi sistemine sahip olan ABD hukukunda taraflar iddialarını ve delillerini sunmak suretiyle jüriyi ikna etmeye çalışmaktadırlar. Kıta Avrupası'ndan farklı olarak tarafların ileri sürmesine bağlı olan delil değerlendirme yasakları, taraflardan biri bu hakkını kullandıktan sonra, jüri yargılaması öncesinde profesyonel hâkimler tarafından değerlendirilmektedir. Bu sayede, ilgili delil hakkında daha jürinin bu delil hakkında bilgisi olmadan karar verilmekte, şayet ilgili delilin değerlendirilmemesine karar verirse karar verici konumundaki jürinin bu delil hakkında hiçbir bilgisi olmamaktadır. Bu durum esasen, Kıta Avrupası'nda delil yasaklarına yönelik en büyük eleştirilerden birine de temas etmektedir. Zira, tahkik sisteminde hukuka aykırı delil hakkında bilgisi olan hâkimden, bu delili delillerin tartışılmasına dahil etmemesi ve unutmaması beklenmektedir. Bu durumun, psikolojik bakımdan son derece zor olduğu ve işlevsel bakımdan ABD hukukundaki delil değerlendirme yasaklarıyla, Kıta Avrupası delil değerlendirme yasakları arasındaki esas fark olduğu ifade edilmektedir. ABD hukukunda delil değerlendirme yasakları önemli bir rol oynamakla birlikte, federal düzeyde bu hususta yasal bir düzenleme yoktur. Bu alan ABD Anayasası'na 1789'da eklenmiş olan dördüncü, beşinci ve altıncı değişiklik hükümlerine ilişkin içtihatlarla düzenlenmiştir. ABD hukukunda delil değerlendirme yasağı, Anayasa'da korunan haklardan birinin ihlali suretiyle delil elde edilmesi hallerinde gündeme gelmektedir. Polisin disipline edilmesini de esas alan delil değerlendirme yasağı ABD'de de eleştiri konusudur. Öyle ki Yüksek Mahkeme, delil değerlendirme yasaklarını dar yorumlama eğilimine girmiştir. Zehirli ağacın meyvesi doktrininin ağırlık kazandığı ABD hukukunda Yüksek Mahkeme, ilk delil ile ikinci delil arasındaki bağlantının zayıflaması halinde ikinci delilin kullanılabileceğine yönelik eğilim gösteren kararlara imza atmaktadır.

Yukarıda izah edilen ceza muhakeme sistemlerinde, temel olarak dayandıkları ilkelere dayanan, delil değerlendirme yasaklarının hukuki esası ve işlevine dair görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar maddi gerçeğin ortaya çıkartılması, yargının saygınlığının muhafazası, ceza muhakemesinde delil elde eden görevlilerin disipline edilmesi, adil yargılanma ilkesi ve insan haklarının korunması gibi çeşitli amaçlara matuf mülahazalara dayanmaktadır. Ancak son zamanlarda öğretilerde, delil değerlendirme yasakları kurumuna karşı eleştiriler artmış ve delil değerlendirme yasağına alternatif arayışlar kendini göstermiştir.

Kaynakça

- AHLBRECHT, Heiko: in: *Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung*, Björn Gercke, Karl-Peter Julius / Dieter Temming / Mark A. Zöller (Hrsg.), 6. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2019.
- AMAR, Akhil Reed: *The Constitution and Criminal Procedure*, First Principles, Yale University Press, New Haven 1997.
- BEYDOUN, Khalil: *Beweisverwertungsverbote*, Ein Vergleich Zwischen der Schweizerischen und der US-Amerikanischen Handhabung der Beweisverwertungsverbote, Schulthess, Zürich 2017.
- BGH: *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs-Report*, 2016.
- BGH: Urt. v. 17-2.2016- 2 StR 25/15 (LG Meiningen), NStZ 2016.
- BVerfG: *Neue Juristische Wochenschrift*, (2009).
- DONATSCH, Andreas / SCHWARZENEGGER, Christian / WOHLERS, Wolfgang: *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Schulthess, Zürich 2014.
- DRESSLER, Joshua / MICHAELS, Alan C.: *Understanding Criminal Procedure, Volume 1: Investigation*, 6th Edition, Lexis Nexis, New Providence NJ 2013.
- EISENBERG, Ulrich: *Beweisrecht der StPO*, 10. Auflage, C. H. Beck, München 2017.
- Entscheidungen des Bundesgerichtshofes im Strafsachen*, 11. Band, Carl Heymanns Verlag, Köln 1958.
- Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts*, Amtliche Sammlung, 138. Band, IV. Teil Strafrecht, Stämpfli Publikationen, 2012.
- FEZER, Gerhard: *Grundfragen der Beweisverwertungsverbote*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1995.
- FISCHER, Thomas: in: *Karlsruher Kommentar Strafprozessordnung*, Rolf Hannich (Hrsg.), 8. Auflage, C. H. Beck, München 2019.
- GERCKE, Björn / TEMMING, Dieter: in: *Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung*, Björn Gercke / Karl-Peter Julius / Dieter Temming / Mark A. Zöller (Hrsg.), 6. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2019.
- GLESS, Sabine: "Gesetzliche Regelung von Beweisverwertungsverböten - die Schweiz als Vorreiter?", in: *Strafrecht als ultima ratio*, Gießener Gedächtnisschrift für Günter Heine, Walter Gropp et al (Hrsg.), Mohr Siebeck, Tübingen 2016, (127-141).
- GLESS, Sabine: "Sinn und Unsinn von Beweisverwertungsverböten - Strafprozessuale Wahrheitssuche und ihre Grenzen im Rechtsvergleich", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Band 137, (2019) 1, (1-31).
- GRANDE, Elisabetta: 'Comparative Approaches to Criminal Procedure', in: *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Darryl K. Brown, Jenia I. Turner ve Bettina Weisser (eds.), Oxford University Press, New York 2019, ss. 67-88.
- GRECO, Luis: "Warum gerade Beweisverbot? Ketzerische Bemerkungen zur Figur des Beweisverwertungsverböts", in: *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung*, Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018, Ulrich Stein, Luis Greco, Christian Jäger, Jürgen Wolter, Duncker & Humblot, Berlin 2018, (485-515).
- HEGER, Martin / POHLREICH, Erol: *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Verlag W- Kohlhammer, Stuttgart 2018.
- JOECKS, Wolfgang: *Studienkommentar StPO*, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2015.
- JULIUS, Karl-Peter / SCHMIDT, Eike C.: in: *Heidelberger Kommentar Strafprozessordnung*, Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Dieter Temming, Mark A. Zöller (Hrsg.), 6. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2019.
- KREY, Volker: *Deutsches Strafverfahrensrecht*, Band 2, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2007.
- KUHNE, Hans-Heiner: *Strafprozessrecht*, 9. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2015.
- MEYER-GOSSNER, Lutz / SCHMITT, Bertram: *Strafprozessordnung*, 62. Auflage, C.H. Beck, München 2019.
- OSTENDORF, Heribert: *Strafprozessrecht*, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2018.
- ÖZBEK, Veli Özer: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları", *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt III, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2010, (913-928).
- PIETH, Mark: *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016.
- RADTKE, Hennig: in: *Strafprozessordnung, Kommentar*, Hennig Radtke, Olaf Hohmann (Hrsg.), Verlag Franz Vahlen, München 2011.
- RIEDI, Claudio: *Auslandsbeweise und ihre Verwertung im Schweizerischen Strafverfahren*, Schulthess, Basel 2018.
- RIKLIN, Franz: *StPO Kommentar*, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich 2014.
- ROXIN, Claus / SCHUNEMANN, Bernd: *Strafverfahrensrecht*, 29. Auflage, C. H. Beck, München 2017.
- SCHMID, Niklaus / JOSITSCH, Daniel: *Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts*, 3. Auflage, Dike, Zürich 2017.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian / VERREL, Torsten: *Strafprozessrecht*, 7. Auflage, C. H. Beck, München 2017.
- SÖZÜER, Adem: "Das Beweisverwertungsverbot im Türkischen Recht als Garant Eines Rechtsstaatlichen Verfahrens", in: *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, Martin Heger / Brigitte Kelker / Edward Schramm (Hrsg.), Verlag C. H. Beck, München 2014, (831-850).
- TURNER, Jenia Iontcheva / WEIGEND Thomas: "The Purposes and Functions of Exclusionary Rules: A Comparative Overview", in: *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? A Comparative Perspective on Evidentiary Rules*, Sabine Gless ve Thomas Richter (Eds.), Springer Open, 2019, (255-282).
- VOLK, Klaus: *Grundkurs StPO*, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010.
- WEIGEND, Thomas: "Throw It All Out? Judicial Discretion in Dealing with Procedural Faults", in: *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context*, Michele Caianello ve Jacqueline S. Hodgson (Eds.), Carolina Academic Press, Durham 2015, (185-205).
- WOHLERS, Wolfgang / BLÄSI, Linda: "Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverböte im Strafprozessrecht der Schweiz", *Recht, Zeitschrift für Juristische Weiterbildung und Praxis* (2015), (158-175).
- WOHLERS, Wolfgang: in: *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, Jürgen Wolter (Hrsg.), Band I, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2018.
- YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih: *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu*, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2015.
- YILDIZ, Yeşim: *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin İspat Değeri*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.

Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Değerlendirme Yasağı^(*)

The Evaluation of Illegally Obtained Evidence in Turkish Criminal Procedure Law

Dr. Öğr. Üy. Gülşah BOSTANCI BOZBAYINDIR^(**)

Öz:

Delil değerlendirme yasakları Türk Ceza muhakemesi Kanunu ve uygulamasında yerleşik bir kurumdur. Ancak bu kurumun hukuki esası ve pratik etkisi 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu döneminden beri tartışmalıdır. Çalışmamızda ele alacağımız ana meseleler arasında hukuka aykırı delil değerlendirme yasağı, bu yasağın tarihi gelişimi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki delil değerlendirme yasaklarının düzenlenişi ile uygulamada delil değerlendirme yasaklarının kapsam ve sınırları yer almaktadır. Ayrıca özel kişiler tarafından elde edilen delillerin durumu ile hukuka aykırı delillerin uzak etkisi de çalışmada ele alınan konular arasında yer almaktadır. Buna ilave olarak, Türk ceza muhakemesi hukukunda delil değerlendirme yasağına yönelik yargı içtihatlarının yanı sıra doktrinde delil değerlendirme yasaklarına ilişkin yaklaşımlar da izah ve tahlil edilmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Türk Ceza Muhakemesi Hukuku, Hukuka Aykırı Deliller.

Abstract:

Illegally obtained evidence, that is, exclusion of the improperly obtained evidence is one the well-established legal institutes of the Turkish Criminal Procedure Law. Thus being so, legal nature and the practical effect of the institute have been debated since the era of former Criminal Procedure Code (no. 1412). In our study we will deal with, among others, main issues concerning the exclusionary rules in Turkish Criminal Procedure Law, namely, its historical development, exclusionary rules contained in the Turkish Criminal Procedure Code (no. 5271), and its ambit and delimitation in jurisprudence. Furthermore we will analyze the legal status of evidence obtained by private persons and the doctrine of fruits of poisonous tree. In addition to this, besides the case laws on assessment restriction for evidences in the Turkish criminal procedure law, the approaches with regard to the assessment restrictions in doctrine shall also be elaborated and analyzed.

Keywords:

Turkish Criminal Procedure Law, Illegally Obtained Evidences.

I. Giriş

Suç işlendiğine yönelik ihbar veya şikâyet üzerine başlatılan ceza muhakeme sürecinde delil ikamesi ile bunları değerlendirme yetkisini haiz kişiler tarafından serbest bir biçimde elde edilen delillerin (delil serbestisi) değerlendirilmesi suretiyle sonuç çıkarma¹ aşamalarında, elde edilen delillerin hukuka aykırı yollarla edinilmesi halinde, bu delillerin yargılamada değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu, gerek 1412 sayılı Ceza Muhakeme Usulü Kanununda

^(*) Hakemli makale | Peer Reviewed Article

^(**) İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi | Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı | Öğretim Üyesi
E-posta: gulsah_bostanci@yahoo.com
Orcid id: <https://orcid.org/0000-0003-0602-2713>
Makalenin yayınevine geliş tarihi: 16.07.2019
Makalenin kabul tarihi: 10.08.2019

¹ ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / GÖZLER SİRMA, Özge / KIRIT SAYGILAR, Yasemin / AKCAN ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / TÛTÛNCÛ ERDEN, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Bası, Seçkin, 2018, s. 382.

(CMUK) gerek 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda farklı açılardan ele alınmış, kanuni düzenlemeler farklı sonuçlara ve yorumlara sebebiyet vermiştir.² Bu kapsamda her iki kanun zamanında öğretide ve uygulamada da birçok farklı görüş ileri sürülmüştür, günümüzde de sürülmektedir.³ 1412 sayılı CMUK döneminde 1992 tarihli kanun değişikliğiyle, daha önce açık bir biçimde yer almayan hukuka aykırı delil kavramı Kanuna dahil edilmiş, mevzuatta düzenleniş biçimi doğrultusunda elde edilen bazı hukuka aykırı delillerin mutlak delil yasağına tabi olmadığı ifade edilmiştir. Bu dönemde, hukuka aykırı delil elde etme yasağının, sadece soruşturma ve kovuşturma makamlarını bağladığı, mutlak-nispi hukuka aykırı delil yasağı değerlendirmelerinin yapıldığı görülürken;⁴ 5271 sayılı CMK'nın istisnasız bir biçimde ve birden çok hüküm ile hukuka aykırı delillerin mutlak delil yasağına tabi olduğunu vurgulayan düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Bireysel hakların güvenceye alınması bakımından önemli olan ve maddi gerçeğin bulunması sürecinde insan haklarıyla temel hakların ve özgürlüklerin korunmasını esas alan delil yasakları,⁵ 5271 sayılı CMK'ya göre, sadece soruşturma ve kovuşturma makamlarını bağlayacak türden olmayıp özel kişiler ile daha önce delil elde etme yasaklarına aykırı bir biçimde elde edilmiş bir delil sayesinde elde edilen sonraki delili de kapsamaktadır. Ancak CMK'daki düzenlemelere rağmen, gerek mutlak-nispi delil yasağı gerek elde edilen delillerin uzak etkisi ya da özel kişiler tarafından elde edilen delillerin nasıl değerlendirileceği sorununa yönelik tartışmalar "Karşılaştırmalı Hukukta Delil Değerlendirme Yasakları" başlıklı makalemizde incelediğimiz diğer ülke hukuklarında olduğu gibi, Türk ceza muhakemesi hukukunda devam etmektedir.

II. Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağına İlişkin Düzenlemeler

A. 1412 Sayılı Ceza Muhakeme Usulü Kanunu (CMUK)

1412 sayılı CMUK'da 3842 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden önce, mevzuatta hukuka aykırı delillerin değerlendirilmeyeceğini hükme bağlayan bir

düzenleme bulunmamakta iken,⁶ 3842 sayılı Kanunla⁷ delil değerlendirme yasaklarına ilişkin olarak kovuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınmayacağına yönelik ifade eklenmiştir. Böylelikle Türk ceza muhakemesi sistemine delillerin sınırsız bir biçimde takdir yetkisini ortadan kaldıran mutlak delil değerlendirme yasağı getirilmiştir.⁸ Bir diğer hukuka aykırı delil değerlendirme yasağına ilişkin hüküm de yasak sorgu ve ifade alma metotları ile elde edilen delillerin değerlendirilmesine ilişkin 135/a maddesi olmuştur. Bu hüküm özel değerlendirme yasağı olarak adlandırılırken, diğer hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin CMUK m.254/2'de düzenlenen genel değerlendirme yasağına tabi olacağı ifade edilmektedir.⁹ Bu değerlendirmeye göre, ifade verenin ve sanığın beyanını etkileyen kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, cebir, şiddete maruz bırakma gibi iradeyi bozan bedeni ve ruhi müdahalelerin yapılamayacağı, kanuna aykırı vaatte bulunulamayacağı öngörülmekle, bu tür hukuka aykırı delillerin dışında elde edilen ve temel hakları ihlal eden delillerin, özellikle özel hayatın gizliliğine ve haberleşmenin gizliliğine dokunularak elde edilecek delillerin diğer haklara (örneğin, susma hakkının ihlali) dayandırılarak delil niteliği taşımaması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁰ CMUK m.135/a üçüncü fıkrada, bi-

² Anayasa m.38/6'da 'kanuna aykırı delil' kavramını kullanırken, 1412 sayılı CMUK 254/2. fıkrada ve 5237 sayılı CMK'da hukuka aykırı delil kavramı kullanılmıştır. Hukuka aykırılık ile kanuna aykırılığın aynı kavramlar olup olmadığı tartışmaları için bkz: DÜLGER, Volkan Murat: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralları ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi", Seçkin, 2014, s. 61 vd; AYDIN, Devrim: *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin, 2014, s. 173; YARSUVAT, Duygun: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği", Ceza Muhakemesi Kanununun 3. Yılı Sempozyumu, TCHD, 2009, s. 312.

³ ÇINAR, Ali Rıza: "Hukuka Aykırı Kanıtlar", TBB Dergisi, Sayı: 55, 2004, s. 40.

⁴ Anayasa'da 2001 değişikliği ile getirilen m.38/6 hükmü sebebiyle, sadece soruşturma ve kovuşturma organlarını bağlamadığının ortaya konduğu ifade edilmiştir. YILDIZ: s. 187.

⁵ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin, 2017, s. 668.

⁶ SÖZÜER, Adem: "Das Beweisverwertungsverbot im türkischen Recht als Garant eines rechtsstaatlichen Verfahrens", in: *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, Martin Heger, Brigitte Kelker ve Edward Schramm (Hrsg.), Verlag C. H. Beck, München, 2014, s. 834-838. Ancak CMUK m.238/2-a bendinde yer alan ve kanun hükümleri mucibince caiz olmayan delillerin ikame talebinin reddolunabileceği şeklindeki düzenlemenin, hâkime takdir yetkisi tanımakla birlikte, bu hüküm sebebiyle takdir yetkisini kullanarak hukuka aykırı delilleri değerlendirmemesi gerektiği ifade edilmiştir. ŞEN, Ersan: *Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, Beta, 1998, s. 42. Yine 3842 sayılı Kanundan önce, özellikle hukuka aykırı delil elde etme yöntemlerine ilişkin olarak ağır insan hakları ihlali neticesinde elde edilen delillerin kullanılmayacağı yönünde görüşler için bkz: TOROSLU, Nevzat: "Hukuka Aykırı Deliller Sorunu", Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara Üni. Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 498, 1995, s. 58 vd. 1992'ye kadar değerlendirme yasağı öngören tek hüküm olarak BM İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani ve Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi Sözleşmesinin 15'inci maddesiyle iç hukuka dahil olduğu ifade edilmiştir. KOCA, Mahmut: "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", AÜEHFD, Cilt: IV, Sayı: 1-2, 2000, s. 124; TOSUN, Öztekin: "Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti", Yenilik, 1976, s. 47; YILDIZ, Ali Kemal: *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2002, s. 185.

⁷ 18.11.1992 tarihli ve 3842 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG: 1.12.1992 - 21422).

⁸ ÖZTÜRK, Bahri: *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, A.Ü. SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 14, 1995, s. 27. Yazar, "bir hak ihlali yol açmayan en küçük kanuna şekli aykırılıkların dahi 'mutlak delil yasağı' ile karşılanmasını, kanun değişikliğine örnek teşkil eden Miranda Kararında ve diğer kararlarda dahi bulunmanın mümkün olmadığını" kaydetmiştir.

⁹ ŞENOL, Cem: *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı*, XII Levha, 2015, s. 253.

¹⁰ GÜLŞEN, Recep: "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Köklü Değişiklikler", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 6/1993, s. 309. CMUK m.135/a'da sınırlı olarak sayılmadı-

rinci ve ikinci fıkrada belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceği hüküm altına alınarak, yasak sorgu metotlarıyla elde edilen delillerin, rıza olsa bile delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

CMUK'a 3842 sayılı Kanununun 24'üncü maddesiyle, delil değerlendirme yasaklarına ilişkin genel nitelikte doğrudan getirilen norm neticesinde CMUK m.254/2 şekillenmiştir.¹¹ Maddede düzenlenen yasak 135/a maddesine göre, sadece yasaklarına riayet edilmeksizin elde edilen delillerin akıbeti düzenlenmişken, m.254/2 her türlü delil yasaklarını kapsar bir hüküm olarak mevzuata dahil edilmiştir.¹² Madde, "delil elde etme ile delilin sahihliği arasında karinesel bir bağlantı kurulduğu, delilin hukuka uygun elde edilmişse sahih ancak hukuka aykırı elde edilmişse muteber olmadığı, böylelikle aksi ispat edilemeyen bir karine konulduğu, hatta ceza muhakemesi hukuk düzeni sisteminin değiştirildiği" yönünde eleştirilere maruz kalmıştır.¹³ Öyle ki, sahih olan delil hukuka aykırı elde edildi diye, örneğin sanığın suçsuzluğunu kanıtlaya bile kullanılamayacak ve sanık mahkûm olabilecektir ya da bunun tersi olarak mahkûm olabilecek sanık beraat edebilecektir. Bu nedenle düzenleme, ne hukuk devletinin gereğini yerine getirmekten ne de sanığı korumaktan çok uzaktır.¹⁴ 1412 sayılı CMUK zamanında bu değişiklik, adalet ve hukuk güvenliğine de içine alan hukuk devleti ilkesini gerçekleştirilmekten uzak olduğu ve insan haklarını da koruyamayacağı yönünde eleştirilmiştir.¹⁵ Maddenin mutlak delil yasağını getirdiği göz önüne alındığında özellikle temel hakları ve hürriyetleri ihlal etmeyen basit hukuka aykırılıkların elde edilen delilleri kullanılamaz hale getirmesi ve hükme esas alınmaması sonucunu doğuracağı, bunun da suçlarla mücadele etmek, sosyal disiplini ve hukuki barışı sağlamak mecburiyetinde olan hukuk devletinde kabul edilmemesi gerektiği yönünde eleştirilere maruz kalmıştır.¹⁶ Bu eleştiriler doğrultusunda, hukuka aykırılığın şekli ve maddi olarak ikiye ayrılması, temel hakların ve hürriyetlerin özüne dokunmayan şekli aykırılıkların dikkate alınmaması yönünde bir çözüm önerisi de sunulmuştur.¹⁷ Ancak doktrinde, Kanunun ifadesinden de yola çıkarak mutlak delil yasağının bütün hukuka aykırılıkları kapsadığı, bu nedenle şekli-maddi hukuka aykırılık ayrımı yapılmaksızın yasağın bütün delil elde etme ve değerlendirme sürecine uygulanması gerektiği ifade

edilmiştir.¹⁸ Nihayetinde Anayasa'da 2001'de yapılan değişiklikle eklenen m.38/6'da kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kullanılamayacağı açık bir biçimde metne dahil edilmiştir.

B. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan delil yasaklarının, genel olarak delil elde etme, delil ikamesi ve delil değerlendirme yasakları olarak üç ana başlık altında ele alınması mümkünse de¹⁹ hukuka aykırı elde edilen delilin aynı zamanda delil değerlendirme yasağı kapsamında olduğu ifade edilmelidir. Ancak CMK m.206/2-a ile m.217/2, m.230/1-b ve m.289/1-i hükümlerinde hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı bırakılacağı açık bir biçimde yer almaktadır. Gerek CMK'da gerek Anayasa'da, hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmasında mutlak değerlendirme yasağı benimsenmiş, hukuka uygun olmayan delillerin yargılama sürecinin dışında tutulması öngörülmüş;²⁰ ancak m.230/1-b uyarınca da mahkûmiyet hükmü verilmesi halinde, dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin hükmün gerekçesinde ayrıca ve açıkça gösterilmesi aranmıştır. 5271 sayılı CMK'da, değerlendirme yasağı kapsamında elde edilen delilin şüpheli ya da sanık lehine ve aleyhine bakılmaksızın, hukuka aykırı olacağı kabul edilmiştir.²¹ Ancak doktrinde, sanığın lehine hukuka aykırı delillerin kullanılabilmesi kabul eden görüşler de bulunmaktadır.²² Bu görüşlere göre CMK'nın 217'nci maddesinde yer alan "yüklenen suçun ispat edilmesi" ifadesiyle, suçun işlendiğinin ispatı kastedilmekte, bu nedenle hükümde sanık lehine olan hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi ve beraat kararı verilmesine engel olmamaktadır.²³

Mutlak değerlendirme yasağının benimsendiği Türk ceza yargılama sisteminde, suç ancak hukuka uygun elde edilen delillerin, hukuka uygun bir biçimde değerlendirilmesi suretiyle ispatlanacaktır. CMK'nın belli aşamalarında delillerin hukuka uygunluğunun denetiminin gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Bu aşamalar, daha önce de değinildiği üzere, delil elde etme, delil değerlendirme ve kanun yolları aşamasındaki denetimdir.²⁴ Bu kural, sadece hâkimler için değil; aynı zamanda savcılar için de geçerlidir. Bu kuralın geçerliliğine ilişkin olarak CMK 171'inci maddesi gösterilmektedir.²⁵ Kanun yolları aşamasında delil değerlendirme yasağının uygulanması ise, hukuka aykırı delilin, özellikle mahkûmiyet hükmünde dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça hükmün gerekçesinde gösterilmesi suretiyle olmaktadır.

ğ, bunların örnek olarak verildiği, özgür irade ve insan onurunu koruyan her türlü duruma aykırı davranışın yasak sorgu yöntemi kapsamında sayılacağı yönünde bkz: KOCA: "Delil Değerlendirme Yasağı", s. 125.

¹¹ CMUK m.254/2'deki değerlendirme yasağının anlamına ve kapsamına ilişkin değerlendirmeler için bkz: YILDIZ: s. 187 vd.

¹² ÇINAR: s. 41; YILDIZ: s. 191.

¹³ HAFIZOĞULLARI, Zeki: "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1993, s. 44.

¹⁴ HAFIZOĞULLARI: s. 44.

¹⁵ ÖZTÜRK: s. 28.

¹⁶ ÖZTÜRK: s. 29; KAYMAZ, Seydi: *Uygulama ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Seçkin, Ankara 1997, s. 265 vd.

¹⁷ ŞENOL: s. 259.

¹⁸ KOCA: "Delil Değerlendirme Yasağı", s. 137; ŞEN: s. 69.

¹⁹ ÖZBEK: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları*, s. 918.

²⁰ ŞENOL: s. 267.

²¹ GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Adalet, 2018, s. 315.

²² ŞEN: s. 143.

²³ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, Beta, 2018, s. 797.

²⁴ Aynı yönde bkz: ŞENOL: s. 282.

²⁵ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE: s. 665 vd.

Delil değerlendirilmesinin yapıldığı ve delillere dayanarak hükmün kurulduğu aşama olan kovuşturma aşamasında delilin hukuka aykırılığının tespiti kadar, hukuka aykırılığı belirlenen bir delilin, amacı maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza yargılamasında nasıl değerlendirileceği meselesi ön plana çıkmaktadır.²⁶ Hukuka aykırı delil değerlendirme yasağına ilişkin olarak CMK m.206 genel bir delil ikame yasağı, m.217 ise, genel ve mutlak bir değerlendirme yasağı getirmekte,²⁷ m.289'da ise delil yasağına aykırı kararlar temyiz sebebi sayılmaktadır.²⁸ CMK m.206/2-a uyarınca, delil kanuna aykırı olarak elde edilmiş ise duruşma evresinin delil ikamesi sırasında reddedilmiş olur. Böylelikle, daha delil ikamesi aşamasında, hukuka aykırılığın tespit edilmesi ve değerlendirmede esas alınmaması amaçlanmaktadır. Delilin hukuka aykırılığının ikame aşamasında tespit edilememesi ya da daha sonradan hukuka aykırı elde edildiğinin anlaşılması halinde, CMK m.217/2 gereği hüküm kurulma aşamasında ayrıca değerlendirme yapılacaktır. CMK m.289/1-i'de de, yapılan bir diğer inceleme neticesinde hükmün kanun yolu aşamasında denetlenmesi ve hukuka aykırı delilin temyiz aşamasında bir temyiz nedeni olarak kabul edilmesi düzenlenmiştir.

III. Öğretide ve Uygulamada Mutlak Delil Yasağı

A. Genel Olarak

Hukukumuzda, gerek öğretide gerek uygulamada, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi hususunda görüş ve uygulama birliği bulunmamakla birlikte, öğretide ağırlıklı görüş olarak kabul edilen, hukuka aykırı delillerin, gerek soruşturma gerek kovuşturma aşamasında mutlak olarak kullanılmayacağı, hatta yok sayılacağıdır. Kesin ret olarak da adlandırılan mutlak delil yasağına göre, delillerin elde edilmesinde ve değerlendirilmesinde kanuna aykırılığın az ya da çok olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılamaz.²⁹ Bu yaklaşımda, delilden önce hukuka öncelik tanınacak ve hukuka aykırı olarak elde edilen delil suçun ispatında kullanılmayacaktır.³⁰ Daha önce belirtildiği üzere, delillerin hukuka uygun elde edilmediğine ilişkin değerlendirme muhakemenin her aşamasında yapılacaktır. Bu nedenle hâkimin, delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin takdiri değerlendir-

dirme yetkisine sahip olmadığı, zira bu yasağın bizzat kanundan kaynaklandığı söylenebilir.³¹ Delil yasaklarının en temel amacı hakların ve özgürlüklerin korunması olmakla birlikte, Kanun sadece hukuka uygun şekilde elde edilen delilden söz ettiğinden delil yasağının varlığı için mutlaka temel hakkın ve özgürlüğün ihlal edilmiş olması da gerekmez.³² Bu nedenle temel hakların ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediği ayrımına dayanan, mutlak-nispi hukuka aykırılık olarak da adlandırılan şekli-maddi hukuka aykırılık ayrımı kabul edilemez. Bu nevi bir derecelendirme yoluyla yapılan ayırım, gerek Anayasa'nın gerek CMK'nın delil değerlendirme yasaklarına aykırılık teşkil etmemektedir.³³ Mutlak delil yasağının dayandırıldığı teorilerden biri güvenilirlik teorisi. Buna göre, usulsüz ulaşılan deliller güvenli değildir.³⁴ Bir diğer teori olan koruma teorisine göre de, sanığın yararı ile suçların ortaya çıkartılmasına ilişkin kamu yararı arasındaki denge- nin kanunkoyucu tarafından değerlendirildiği, sanığın temel haklarının ihlali suretiyle elde edilen delillerin geçerli sayılmayacağı ifade edilmektedir.³⁵

Mutlak delil yasağına göre, ceza yargılamasında suçun ve suçlunun bulunması ancak kişi haklarının ve özgürlüklerinin özüne dokunmaksızın, ölçülü ve amaca uygun biçimde ve mutlak yasayla belirlenmiş yollarla elde edilen delillerin kullanılması suretiyle yapılmalıdır.³⁶ Böylelikle hukuk devletinde, ceza yargılama süreci ile yargılama neticesinde verilen hükmün hukukiliği ve meşruluğu zedelenmemelidir.³⁷ Mutlak delil yasağı gereğince şekli hukuka aykırılık ile temel hakkın ihlal edilmediği yönündeki düşüncenin hukuksal bir dayanağı yoktur.³⁸ Bu ayırımın tehlikelerinden biri de bir olguyu ortaya çıkartan herhangi bir delilin, bir süre sonra temel hakkı ihlal etmediği gerekçesine sığınmak suretiyle hukuka aykırılığın veya suç teşkil eden eylemlerin göz ardı edilmesi suretiyle kullanılması, hatta Kanunda yer alan düzenlemelerin keyfi bir biçimde uygulanmayacağı ve bu surette delil-ihlal tartışımına girileceğidir. Bu durumun ise, hukukumuzdan tamamen dışlandığı ifade edilmektedir.³⁹ Dolayısıyla, herhangi bir koruma tedbirine veya ispat aracına yönelik olarak kanunlarda yer alan bütün kurallar için temel şart hukuka uygun olmalarıdır. Herhangi bir hükmün amacından hareketle veya kanun hükmünün hatalı bir biçimde uygulanmasından sonra bunun etkilerini değerlendirmek suretiyle ihlal edilen normun ve hukuka aykırılığın maddi ya da şekli

²⁶ AKYÜREK, Güçlü: "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", TBB Dergisi, 2012, (101), s. 64.

²⁷ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE: s. 671.

²⁸ BİRTEK, Fatih: *AlHm, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Adalet, 2016, s. 294. Yazar, hukuka aykırılık kavramının geniş yorumlanması gerektiği, ulusal ve uluslararası bütün hukuk normları ve daha genel mahiyette dürüst işlem ilkesine aykırılık teşkil edecek bütün işlemlerin aynı zamanda delil olarak ikamesi ve hükme esas alınabilmesinin imkânsız olduğunu ifade etmektedir. s. 295. CMK m.289 ile, mutlak delil yasağı ilkesinin zedelenmesinin yerinin olmayacağı açık bir biçimde perçinlenmiştir. YARSUVAT: s. 313.

²⁹ KOCA, Mahmut: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Aralık 2006, (207-225), s. 224. <http://jurix.com.tr/article/2889> Delil yasaklarının işlevi hususunda bkz: DÜLGER: s. 71.

³⁰ ŞENOL: s. 93.

³¹ ŞENOL: s. 93.

³² ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE: s. 667.

³³ ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet, 14. Baskı, 2018, s. 624.

³⁴ BIÇAK, Vahit: *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, 2010, s. 440; BIÇAK, Vahit: "Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbetinin Mantıksal Çerçevesi", 3. Yılında Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yarattılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin, Ankara 2009, (525-539), s. 529.

³⁵ Ayrıca caydırma ve hak alanı teorisi gibi diğer teoriler için bkz: BIÇAK: *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 441 vd.; BIÇAK: "Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbetinin Mantıksal Çerçevesi", s. 530 vd.

³⁶ ÜNVER / HAKERİ: s. 607.

³⁷ AYDIN: s. 201.

³⁸ ÜNVER / HAKERİ: s. 609.

³⁹ ÜNVER / HAKERİ: s. 610.

veyahut da önemli ya da önemsiz şeklinde ayırt edilmemesi mümkün değildir, bir işlem kanunda yer alan şartlara aykırı yapılması halinde sonuçları değerlendirilmeksizin hukuka aykırı kabul edilecek; hukuka aykırılık var ise mutlak bir hak ihlali de doğacaktır.⁴⁰ Bazı durumlarda bir delil hukuka uygun sayılırken bu delilin belli bir kapsam dışında kullanılması halinde de hukuka aykırı delil gündeme gelebilecektir. Örneğin, iletişimin denetlenmesi esnasında tesadüfen elde edilen deliller, katalogta yer almayan bir suçun işlendiği izlenimi uyandırması halinde hukuka aykırı kabul edilecektir. Böyle durumlarda ortaya konulan çözüm önerisi elde edilen delilin yok edilmesidir.⁴¹ Ancak özel kişiler tarafından hak ihlali yapılmaksızın tesadüfen elde edilen deliller açısından delil yasağının söz konusu olmayacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır.⁴²

Genel olarak öğretide mutlak delil yasağına sıkı sıkıya bağlı kalındığı görülmekte ve Türk ceza muhakeme sisteminde mutlak delil yasağına ilişkin kanuni düzenlemeler gerçekleştirilmişse de delillerin elde edilmesi esnasında basit şekli aykırılıklar sebebiyle faillerin cezalandırılmamalarının da hukuk devleti ilkesine uygun düşmediği, şekli aykırılıkların bir hak ihlaline yol açmaması halinde esasa etkili şekli hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceği ve buna benzer şekilde mutlak delil yasağına yönelik eleştiriler de varlığını sürdürmektedir.⁴³

B. Mutlak Delil Yasağına Yönelik Eleştiriler

1412 sayılı CMUK döneminde olduğu gibi, 5271 sayılı CMK döneminde de, gerek öğretide gerek uygulamada delillerdeki hukuka aykırılıkları, hak ihlali içerip içermemesine göre, nispi ve mutlak delil yasağı olarak ayıran ve mutlak delil yasağını eleştiren görüşler olmuştur.⁴⁴ 1412 sayılı CMUK döneminde, nispi ya da görelî yasak delil elde etme hususunda hâkime bir yasak olmadığı, bu yasağın hâkimin haricinde başkalarını bakımından olduğu savunulmuş, örneğin arama kararı gerekli olduğu durumlarda arama kararı almadan kolluğun bir konuta girmesi ve suç delillerini ele geçirmesi halinde, bu delillerin suçun ispatında kullanılacağı; ancak kolluğa işlediği suç sebebiyle ceza verileceği ifade edilmiştir.⁴⁵

5271 sayılı CMK'ya göre, delil serbestisi ilkesi gereği sanığa yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde

⁴⁰ BİRTEK: s. 313.

⁴¹ ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Nestihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 7. Bası, Seçkin, 2018, s. 98.

⁴² BİRTEK: s. 318.

⁴³ Hükme etki etmeyen basit usul hatalarından dolayı delillerin dikte alınmamasının doğru olmadığı yönündeki görüş için bkz: OSMANOĞLU, Kerem: "Ceza Muhakemesi Açısından Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 18, 2012 (137-172). <https://jurix.com.tr/article/3019>.

⁴⁴ Hukuka aykırı delillere ilişkin diğer tasnifler için bkz: AYDIN: s. 197 vd.

⁴⁵ TOSUN: s. 51. Yazar, hâkimin daha önceden karar vererek delilden faydalanma olanağına sahip olması durumunda, kolluğun daha önceden almadığı izni sonradan vererek gerçeğe varma yetkisine sahip olduğunu, hâkim kararı olmadan yapılacak işlem sonunda elde edilen deliller hâkim kararı olsaydı da ele geçirilecek delillerdir ve dolayısıyla bunlar muhakemede kullanılmalıdır.

edilmiş delille ispat edilmelidir. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilme dışı bırakılacağına ilişkin hükümlerin başında CMK m.206 ve m.217 gelmektedir. CMK'nın 217'nci maddesine göre hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Ancak delil serbestisi ilkesi gereği akla uygun olan her şeyin yargılamada delil olarak kullanılabilmesi ve hâkimin vicdani kanaati ile serbestçe takdir etmesini içeren delil serbestisi ilkesine, yargılama hukukunun özüne ters düşecek şekilde sınırlama getirdiği gerekçesi ile 217'nci madde eleştirilmekten kurtulamamıştır.⁴⁶ Mutlak delil yasağının istisnasız bir biçimde uygulanması, delil serbestisi ilkesine, hâkimin vicdani kanaatine uygun olarak delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine de aykırı görülmekte, sanığın sadece lehine değil aleyhine de sonuç doğurabileceği ileri sürülmektedir. Zira hâkim olayın aydınlatılabilmesi için her türlü kanıtı gözetmeli ve tartışmalıdır.⁴⁷ Kanun düzenlemesi de mutlak bir yasağı değil, hâkimin takdir yetkisini kullanabileceği şeklindedir.⁴⁸ Öğretide, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması hususunda delil elde etme yetkisini kısıtlayan ve herhangi bir faydası da olmayan kuralların hüküm verilirken delillerin kullanılmasını engellemeyeceğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır.⁴⁹ Delil değerlendirme yasağı, mahkemenin hüküm verme aşamasında da değerlendirme yapmak suretiyle elde edilen delilin hukuka uygun bir biçimde elde edilip edilmediğini denetlemesidir.⁵⁰ Buna göre, kanuna aykırılık temel hak ihlaline neden olan hukuka aykırılıklardır. CMK m.217/2'nin hukuka uygun bir şekilde elde edilen delilden bahsetmiş olduğu, hukuka uygunluğun belirlenirken şekli hukuka aykırılığın nazara alınmaması ve hukuka aykırılığın öze ilişkin olup olmadığının denetlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Böylelikle, delil yasakları ile korunan hukuki menfaat görüşü birlikte ele alınarak elde edilmiş delilin kanuna aykırı olup olmadığının belirlenmesi sağlanmalıdır.⁵¹ Delil değerlendirme yasağı, mahkemenin hüküm verme aşamasında da değerlendirme yapmak suretiyle elde edilen delilin hukuka uygun bir biçimde elde edilip edilmediğini denetlemesidir.⁵²

CMK'nın 206'ncı maddesinde, delilin kanuna aykırı şekilde elde edilmesi durumunda reddedileceği düzenlenmektedir. Böylelikle, delillerin henüz duruşmada ileri sürülme aşamasında reddedilmekle bunların değerine ilişkin bir değerlendirme yapılmasının önüne geçilmektedir. Ancak bu durum, maddi gerçeğe ulaşmaya engel olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁵³ Zira, kararların gerekçeli olmasını düzenleyen

⁴⁶ ÖZKUL, Fatih: "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl: 5, Sayı: 9, Haziran 2017, s. 413.

⁴⁷ ÖZKUL: s. 414.

⁴⁸ YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin, 2018, s. 534.

⁴⁹ YENİSEY / NUHOĞLU: s. 522.

⁵⁰ YENİSEY / NUHOĞLU: s. 751.

⁵¹ YENİSEY / NUHOĞLU: s. 523.

⁵² YENİSEY / NUHOĞLU: s. 751.

⁵³ ÖZKUL: s. 415.

34'üncü maddenin 230'uncu maddeye atıf yoluyla, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde hukuka aykırı delillerin gösterilmesinin gerekliliği karşısında 217'nci ve 206'ncı maddelere ihtiyaç olmadığı, hatta içtihat yolunu kapattığı ve 34'üncü maddeyi işlevsizleştirdiği; aynı şekilde CMK m.289/1-i'nin mutlak temyiz sebebini düzenleyen maddenin varlığının da 217'nci ve 206'nci maddeleri gereksiz hale getirdiği yönünde görüşler bulunmaktadır.⁵⁴ Dolayısıyla, mutlak delil yasağı yerine, hâkime somut olayın özelliklerine göre takdir hakkının tanınması, hâkimin somut olayda delilin hukuka aykırılık derecesi, işlenen suçun türü, soruşturma niteliği, sanığın durumu ve delili kimin elde ettiğine göre değerlendirme imkânının tanınması gerekmektedir. Söz konusu delilin temel haklar ve insan onuruna aykırı elde edilmesi halinde mutlak delil yasağı uygulanmalı iken diğer hukuka aykırılıkların hâkimin takdirine bırakılmasının daha yerinde olacağı ifade edilmektedir.⁵⁵ Her temyiz sebebini bozma sebebi olmaması gibi işlemdeki her hukuka aykırılık da delilin hüküm verilirken kullanılmasını engellemeyecektir.⁵⁶ Öğretide, nasıl maddi ceza hukukundaki hukuka aykırılık ile temyiz hukukundaki hukuka aykırılık arasında fark bulunuyorsa ispat hukukundaki kanuna aykırılığın da farklı olduğu, bu nedenle delil elde etme bakımından sınır konulurken, sadece korunmak istenen hukuki menfaatin ihlal edilmesi halinde kanuna aykırılık doğacağı ifade edilmektedir. Böylelikle, yapılan işlemin hukuki menfaati zedelemesi durumunda hukuka aykırılık doğacaktır. Şekli aykırılık mevcut olmakla birlikte netice olarak normun korumak istediği hukuki menfaatin ihlal edilmemesi halinde delil açısından hukuka aykırılık olmamaktadır. Korunan hak ile hukuki menfaat arasındaki ilişkiye dayanarak delillerin elde edilmesinde ve değerlendirilmesinde korunan hukuki menfaat ile delil yasaklarını birlikte değerlendirmek suretiyle, sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi durumunda kanuna aykırı olan delil hükümde kullanılabilir. Bunun tek sınırı kanunda delilin kullanılmasının tümünden yasaklandığı bir normun mevcudiyetidir.⁵⁷ Hâkim takdir hakkını kullanırken sanığın temel haklarının ihlal edilip edilmediğine bakmalı ve anaya-

sal bir hak ihlalin gerçekleştiğini tespit ettiğinde ise, sanığın işlediği ve dolayısıyla topluma verdiği zarar ile delil toplanırken devlet güçlerinin sanığa ait hakları ihlal etmesinden doğan toplumsal zararı mukayese etmelidir. Bu mukayese neticesinde, sanığın topluma verdiği zarar daha büyükse ve kanunda da açıkça delilin kullanılmasını yasaklayan bir hüküm yok ise hâkim o delili kullanmalıdır.⁵⁸

Anayasa m.38/6'da yer alan kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez, hükmünün temel hakların ve hürriyetlerin garantisi olarak görmeyi tehlikeli bulan görüşler Anayasa'daki ilgili hükme hak ihlali kriterinin yüklenmesinin, basit şekli hukuka aykırılıkların da bozma nedeni sayılmasına yol açtığı, bunun da uzun vadede ağır sonuçlar doğurabileceği endişesini taşımaktadır.⁵⁹ Buna göre, her şekli aykırılığın aynı zamanda hak ihlaline yol açacağı "toptancı" anlayışın gerçeklerle alakası bulunmamaktadır. Örneğin, arama kararının iki değil de bir komşu ile yerine getirilmesi ya da gündüz değil de gece arama yapılması hallerinde olduğu gibi, herhangi bir hak ihlalinin bulunmadığı örneklerde ya da acil durumlarda elde edilen delillerin hukuka aykırı sayılması ile zor şartlar ve tekrar imkânsız haller neticesinde elde edilen deliller kullanılmaz duruma sokulacaktır.⁶⁰ Bir diğer sakınca mağdurların veya suçtan zarar görenlerin öç almaya itilmesidir. Bütün bu durumlar, hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır; zira basit şekli hukuka aykırılıklar sebebiyle faillerin cezasız kalması suçlulukla mücadeleyi etkisiz kılacağı gibi suç işlediği bilinen faillerin basit şekli hukuka aykırılıklar sebebiyle toplum içinde gezmeleri toplum güvenliğini tehdit edici bir hale getirebilecektir.⁶¹ Bir başka eleştiri de, sanığın mahkûmiyetine yol açacak delillerin reddi neticesinde beraat etmesi, ispat kuvveti yüksek olan delillerin değerlendirme dışı kalması, mutlak delil yasağı sebebiyle kolluğun aşırı şekilde sınırlandığı, basit ve teknik usulsüzlükler sonucu sanıkların serbest kalabileceği ve dolayısıyla halkın hukuk ve yargı sistemine duyduğu saygının azalacağıdır.⁶² Öğretide, gerek

⁵⁴ ÖZKUL: s. 415.

⁵⁵ ÖZKUL: s. 418. Doktrinde bu surette hak ihlallerinde karşılaştırma yapılması suretiyle hukuka aykırı delillerin uygulayıcılar tarafından değerlendirilmesinin yolunun açılmasının, uygulayıcıya keyfi hareket etmeye izin verdiği, bunun kabul edilemez ve hukuk güvenliği ilkesi ile Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırılık teşkil edeceği yönünde bakınız: GÜLŞEN, Recep: "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi", CHKD, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 242.

⁵⁶ YENİSEY / NUHOĞLU: s. 524. Yazarlara göre, sanığın temel haklarının korunduğu durumlarda ve mutlak bozma sebeplerinin varlığı durumunda bunların kullanılmaması gerekir.

⁵⁷ YENİSEY / NUHOĞLU: s. 524, s. 527. Yazarlara göre, soruşturma evresinde ileride delil olabilecek bulgunun hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmesi halinde bunun tespitinin tali dava yoluyla değerlendirilmesi, bu delilin hukuka aykırı delil olup olmadığı, elde edilirken kanunun ihlal edilmediği incelemesi yapılmaması gerektiği, kanuna aykırı olması halinde iddianamede kullanılmaması ve fakat üst merci incelemesinde kullanılmak üzere saklanması gerekmektedir. s. 534. Ancak yargı kararlarında hukuka aykırı delilin elde edilmiş biçimi olarak en sık karşılaşılan koruma tedbirlerine hükmetme bakımından CMK'da açık bir delil yasağı hükmü bulunmadığına ilişkin olarak bkz: ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE: s. 667.

⁵⁸ YENİSEY / NUHOĞLU: s. 534.

⁵⁹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER SIRMA / SAYGILAR KIRIT / AKCAN ALAN / ÖZAYDIN / TÜTÜNCÜ ERDEN / ALTINOK VILLEMIN / TOK: s. 402. Delil elde edilmesi yöntemini belirleyen kanunlara karşı her aykırılığı mutlak anlamda hukuka aykırılık; her hukuka aykırılığı da mutlak anlamda hak ihlali olduğu yönünde görüşler için bkz: KOCA: "Delil Değerlendirme Yasası", s. 141. Yenisey / Nuhoğlu ise Anayasa değişikliği paketinde kanuna aykırı bulgular ile adil yargılanma ilkesinin bir arada bulunduğuna dikkat çekerek, adil yargılanma ilkesi zedelenmedikçe kanuna aykırı da olsa delil olarak kullanılabilirliğini, delil yasaklarının adil yargılanma hakkı ile birlikte değerlendirilmesini gerekli görmektedir. s. 535.

⁶⁰ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER SIRMA / SAYGILAR KIRIT / AKCAN ALAN / ÖZAYDIN / TÜTÜNCÜ ERDEN / ALTINOK VILLEMIN / TOK: s. 403.

⁶¹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER SIRMA / SAYGILAR KIRIT / AKCAN ALAN / ÖZAYDIN / TÜTÜNCÜ ERDEN / ALTINOK VILLEMIN / TOK: s. 403.

⁶² BIÇAK: *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 445. Ancak mutlak-nispi delil yasağı ayırımı getireceği birtakım sorunlara da işaret edilmektedir. Nispi delil yasağının kullanılmasında, delilin kullanılıp kullanılmayacağına yönelik takdir hakkının hangi prensipler ışığında kullanılacağı, bu takdir hakkını kullanırken dikkate alınması gereken faktörlerin belirlenmesi önem arz etmektedir. Bunlara yönelik değerlendirmeler için bkz: BIÇAK: *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 448.

CMK'da gerek Anayasa'da yer alan ifadelerden mutlak delil yasağı (ya da kesin ret yaklaşımı) ilkesinin benimsendiği şeklinde anlam çıkartılamayacağı, böyle bir sonuca ulaşılmamasının mümkün olmadığı, "hukuka aykırılık" kavramından usulsüz elde edilen delillerin otomatik olarak hukuk düzeninin bütününe aykırı elde edildiği sonucu çıkmayacağı, bu nedenle Türk hukukunda esnek yaklaşım olan nispi-mutlak delil yasağının var olduğu yönünde görüş de bulunmaktadır.⁶³

C. Uygulama

1412 sayılı CMUK'da yapılan değişiklik sonrası Yargıtay, ilk zamanlarda delil değerlendirme yasağını sınırlandırma gayreti içinde olmuş, ifade alma ve sorgu yöntemlerinde meydana gelen hukuka aykırılıkları değerlendirme yasağına tabi tutmuştur.⁶⁴ 5271 sayılı CMK döneminde de devam eden ve özellikle delil elde etme yöntemlerinin başında gelen koruma tedbirlerine yönelik şekli hukuka aykırılıkların elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirip getirmediği hususunda Yargıtay'ın yeknesak bir uygulamada bulunmadığı görülmektedir. Yargıtay'ın, 5271 sayılı CMK'nın yeni yürürlüğe girdiği yıllarda nispi-mutlak delil değerlendirme yasağı ayırımı yapmak suretiyle şekli hukuka aykırılıkları değerlendirme yasağı kapsamı dışında tuttuğu, hukuka aykırı işlemle hüküm arasında nedensellik bağının bulunmasını ve kanuna aykırılığın hükme tesir etmesini aradığı görülmüştür.⁶⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26.6.2007 tarihli ve E. 2007/7-147, K. 2007/159 sayılı kararında, arama kararı bulunmasına rağmen, arama sırasında ihtiyar heyetinden iki kişinin veya iki komşunun bulunmadığı bir arama gerçekleştirildiği, arama sırasında ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulunsaydı bile neticede herhangi bir farklılık meydana çıkmayacağı, sanığın samimi ikrarı ve arama yapılırken herhangi bir hakkın ihlal edilmesine yönelik sanıktan herhangi bir yakınma bulunmadığı, bu nedenle sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı ifade edilmiştir.⁶⁶ Buna benzer Yargıtay 13. Ceza Dairesinin E. 2012/14836, K. 2013/26422 sayılı

kararında da her şekilde aykırılığın aynı zamanda bir hak ihaline neden olacağı kabulünün isabetli olmayacağı, şekle aykırı hareketler sebebiyle elde edilen delillerin hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak alınmamasını kabul edilemez bulmaktadır.⁶⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.3.2012 tarihli ve E. 2012/8-279, K. 2012/96 sayılı kararında, şekli hukuka aykırılıkların hak ihaline yol açmayacağını ve bunun nispi hukuka aykırılık olduğunu kabul etmiş, verilen arama kararının usulüne uygun olmakla beraber işlem gerçekleştirilirken meydana gelen birtakım şekli hukuka aykırılıkların elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirmeyeceği ifade edilmiştir. Sanığın bu durumdan yakınmaması da bir gerekçe olarak gösterilmiştir.⁶⁸

Ceza Genel Kurulu 2009 tarihinde verdiği bir kararında ise, delil serbestisi ilkesini hatırlattıktan sonra bu serbestinin sınırına vurgu yapmakta, yasak yöntemlerle elde edilen delillerin dikkate alınmayacağını, yasadışıktan daha geniş bir kavram olan hukuka aykırılık kavramının çerçevesini ve kapsamını belirlerken, sadece pozitif hukuk metinlerine değil; aynı zamanda kişilerin temel haklarına ve özgürlüklerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine de aykırılık bulunup bulunmadığının gözetilmesi gerektiğini, neticede aykırılık var ise hukuka aykırılığın da var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Kararda, delil serbestisi ve delillerin yargıçların kanaatine göre takdir yetkisi ilkelerinin belli sınırları bulunduğu, bunlardan biri olan mahkemenin, ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabilecek olması olduğu, hukuk düzeninin yasakladığı yöntemlerle toplanan kanıtların mahkemece dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir.⁶⁹ Yargıtay'ın başka kararlarında, mut-

⁶³ BIÇAK: *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 455. Yazar, hakkın özünün zedelenip zedelenmemesi kriterini benimsemiş ve bu görüşü destekleyici olarak da Yargıtay'ın kararlarını örnek göstermektedir. s. 456 vd.

⁶⁴ ÖZTÜRK: s. 28.

⁶⁵ DÜLGER: s. 82.

⁶⁶ YCGK 15.3.2005 tarihli ve 10-15/29 sayılı kararında, kolluğun başlangıçtan itibaren elde ettikleri bilgileri savcı ile paylaşarak arama kararı alınması için girişimde bulunmaları ve elde edilen deliller doğrultusunda hukuka uygun hareket etmek istemeleri ancak yazılı olması gereken arama emrinin sözlü verilmesi şeklindeki biçimsel eksikliğin, elde edilen delillerin değerlendirme dışı kalmasına engel oluşturacağına hükmetmiştir. Biçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, s. 457. Kararda, sanığın, üzerindeki esrarı atmak veya saklamak biçiminde kabul edilebilecek davranışlarda bulunmak suretiyle kuşku uyandırması, olayın pazaryeri gibi kalabalık bir ortamda gelişmesi nedeniyle delillerin yok edilebilmesi olasılığının yüksek olması karşısında eski CMUK'un 97. maddesinde belirtilen "gecikmesinde sakınca bulunan" halin somut olayda gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, aynı yasa maddesi uyarınca, emniyet amir vekilinin de arama kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, arama ile elde edilen delil hukuka aykırı sayılmamıştır. GÜLŞEN: "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi", s. 239.

⁶⁷ GÜLŞEN: "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi", s. 247-248.

⁶⁸ "... Dava ruhsatsız silah bulundurma suçuna ilişkindir. Her şekilde aykırılığın aynı zamanda bir hak ihaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, "Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu" bulunmadan yapılan bir aramada, CYY'nin 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir. Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihaline neden olunmadan yapılan arama sonunda elde edilen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişiler orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak alınmaması kabul edilemez..." YCGK, 13.3.2012 - E. 2011/8-278, K. 2012/96.

⁶⁹ "... Yasadışıktan" 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 bulunmadığı gözetilmeden ve aykırılığın varlığı halinde hukuka aykırılığın mevcudiyeti kabul edilmelidir. Bu kavram, Anayasa Mahkemesi'nin 22.06.2001 gün ve 2-2 sayılı kararında da benzer biçimde tanımlanmıştır.

Sözü edilen kararda: "Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, Anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararname, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihatı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır.

Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel

lak delil değerlendirme yasağına -birkaç istisna mevcut olmakla birlikte⁷⁰- riayet ettiği ve bu hususta istikrar kazandığı net bir biçimde görülmektedir.⁷¹ Örneğin, Cumhuriyet savcısının ya da kolluk amirinin yazılı emri olmaksızın, kamuya açık alan olduğuna yönelik de bir tespit bulunmayan sanığın işyerinde, ihtiyar heyetinden ya da komşularından herhangi bir kişi hazır bulunulmadan arama yapıldığı, yazıcıya ve bilgisayar sabit diskine el konulduğu, bu el koyma işleminin de 24 saat içerisinde hâkim onayına sunulmadığı, bu haliyle emanete alınan sabit diskin ve yazıcının hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu ve hükme esas alınmayacağı kabul ederek yerel mahkeme hükmünü bozmuştur.⁷² CMK m.289 kapsamında hukuka kesin ayrılık hallerinden biri olan hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanmasına ilişkin olarak verilen bölge adliye mahkemesi kararlarında da, özellikle usulüne uygun alınmamış koruma tedbirlerine ilişkin kararlara

ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasakoyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini hükme bağlamıştır (örneğin bkz. E. 1985/31 K. 1986/1, KT 17.03.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 22. s. 115). Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasalın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir” denilmektedir. YCGK, 17.11.2009 - E. 2009/7-160, K. 2009/264.

⁷⁰ YCGK, 13.3.2012 - E. 2011/8-278, K. 2012/96.

⁷¹ Y. 7. CD, 4.5.2016 - E. 2014/26034, K. 2016/6920; Y. 20. CD, 30.5.2016 - E. 2015/15558, K. 2016/3273; 6.6.2016 - E. 2015/11357, K. 2016/3453; 16.2.2016 - E. 2015/14678, K. 2016/809. Suçüstü halinde elde edilen delillerin muhafaza altına alınıp savcıya haber verildiği olayda Yargıtay'ın; "... uyuşturucu madde alışverişinin gerçekleştiğini anlayan kolluk görevlilerinin, tanık ...'ye ait araçtan sanık ve tanığı indirip aracı dışarıdan kontrol ettiklerinde, iki kolluk arasında görünür şekilde duran suç konusu eroini, sanık ve tanığın rızalarıyla muhafaza altına aldıkları, bu haliyle sanık ile tanığın suçüstü yakalandıkları ve yapılan kontrolün de suçüstü hükümlerine göre yapıldığının kabulünde zorunluluk bulunduğu anlaşılmaktadır. Buna göre; kolluk görevlilerince deliller tespit edilip muhafaza altına alındıktan sonra, Cumhuriyet savcısına bilgi verilmiştir. Bu sebeple yapılan işlemler hukuka uygun olup, elde edilen delilin hükme esas alınmasında bir engel bulunmamaktadır. ... somut olayda ele geçirilen suç konusu uyuşturucu maddenin, hukuka uygun yöntemle elde edildiği, buna bağlı olarak hükme esas alınmasında bir isabetsizlik bulunmadığı, hukuka aykırı yöntemle elde edildiği kabul edilse dahi, sanık ve tanığın kontrol ve muhafaza altına alma işleminin içeriğine yönelik bir itirazlarının bulunmaması, elde edilen delilin sıhhatini şüpheli hale getiren bir durumun söz konusu olmaması, sanık ve tanığın aşamalarda değişmeyen beyanlarından suç konusu maddenin sahibinin sanık olduğunun anlaşılması, sanığın ve tanığın yakalanış şekli, suç yeri, suç konusu uyuşturucu maddenin bulunduğu yer, hükmün münhasıran arama sonucu elde edilen delile dayanmaması karşısında, suçun sübutuna dair yerel mahkeme kararında bir isabetsizlik görülmemiştir." şeklinde verdiği kararın ayrıntıları için bkz: YCGK, 26.6.2018 - E. 2016/20-761, K. 2018/305.

⁷² Y. 19. CD, 25.9.2018 - E. 2016/8278, K. 2018/9380, www.kazanci.com. Aynı şekilde, kaba üst araması neticesinde elde edilen delilin, adli arama kararına dayanmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı delil kapsamında değerlendirdiği karar için bkz: Y. 8. CD, 21.3.2018 - E. 2016/7687, K. 2018/3110, www.kazanci.com. Yargıtay, arama kararlarının söz konusu olduğu olaylar bakımından, somut olayda karara gerekçe olan gecikmesinde sakınca bulunan halin olup olmadığını da araştırılması suretiyle, gecikmesinde sakınca bulunan hal olmadığı ve karara dayanarak elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Y. 7. CD, 19.10.2017 - E. 2015/23918, K. 2017/8075; Y. 8. CD, 26.1.2017 - E. 2016/2625, K. 2017/744, (www.kazanci.com).

dayanılarak elde edilen delillerin kesin hukuka aykırı delil olarak değerlendirildiği görülmektedir.⁷³

D. Özel Şahıslar Tarafından Elde Edilen Delil

Hukuka aykırı yollarla özel kişiler tarafından elde edilen delillerin delil yasağı oluşturup oluşturmayaacağına ilişkin olarak 1412 sayılı CMUK ile 5237 sayılı CMK hükümleri arasında farklılık bulunmaktadır. 1412 sayılı CMUK m.254/2, "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz" şeklinde iken,⁷⁴ 5237 sayılı CMK m.217/2 uyarınca yüklenen suçun, ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği ifade edilmekte, bu hükmün, delil özel kişiler tarafından elde edilse bile hukuka uygun yollardan elde edilmesi gerektiği, aksi takdirde ispat vasıtası olarak kullanılamayacağı, delil elde etme yasaqlarının, sadece kamu değil, özel kişiler için de geçerli olduğu ifade edilmektedir.⁷⁵ Anayasa'nın 38'inci madde hükmü de hukuka aykırı delil yasağını düzenlerken hukuka aykırılığın kaynağını belirtmeksizin, gerek kamu görevlileri gerek yargılama sùjeleri de dahil olmak üzere herkesi kapsamaktadır. Anayasa Mahkemesi de hukuka aykırı delillerin, kim tarafından elde edildiğine bakılmaksızın, hükümdede göz önüne alınmaması gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁶

⁷³ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi, 29.6.2017 tarihli ve E. 2017/550, K. 2017/952; 26.5.2017 tarihli ve E. 2017/596, K. 2017/749; 16.5.2017 tarihli ve E. 2017/223, K. 2017/653; 2.12.2016 tarihli ve E. 2016/220, K. 2016/160; 1.12.2016 tarihli ve E. 2016/166, K. 2016/150; 28.11.2016 tarihli ve E. 2016/216, K. 2016/132 sayılı kararlarında, gerek arama gerek şüphelinin veya sanığın beden muayenesi koruma tedbirlerinde, şekli hukuka aykırılıkların varlığı neticesinde, elde edilen delilleri hukuka aykırı kabul etmiştir. Aynı yönde verilen farklı Bölge Adliye Mahkemeleri kararları için bkz: YÜKSEKTEPE, Mert Asker: *Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Dairelerinin Bozma İlamlarına Göre Hukuka Kesin Aykırılık*, Aristo, 2018, s. 1230-1280.

⁷⁴ Kanunun ifadesinden yola çıkarak, 1412 sayılı Kanun döneminde özel kişilerin elde ettiği delillerin geçersiz sayılmaması gerektiği yönünde görüşler ağırlık kazansa da mutlak delil yasağının bu hükmü de kapsadığı, bu nedenle de soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından elde edilmemiş olsa da hukuka aykırı elde edilen delilleri değerlendirmek de yasak olduğundan, özel kişilerce elde edilen deliller de kullanılamayacaktır. Tartışmalar için bkz: ŞENOL: s. 260; KESKİN, Serap: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, Alfa, 1997, s. 183. Aynı yönde bkz: ÇINAR: s. 41. Yazar, CMUK m.254/2'nin soruşturma ve kovuşturma organları dahi hukuka aykırı yollardan elde ettikleri delillerin hükme esas alınmayacağı belirtildiğine göre, bunların dışındaki organ ve kişiler bakımından da elde edilen hukuka aykırı delillerin kesinlikle hükme esas teşkil edemeyeceği şeklinde yorumlanması kanaatindedir. Anayasa değişikliği ile metne giren Anayasa m.38/6 da görüş aykırılıklarını gidermiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin de, söz konusu hukuka aykırı delillerin üçüncü kişiler tarafından elde edilmesinin hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağını içeren kararı ile 1412 sayılı CMUK döneminde de özel kişiler tarafından elde edilen delillerin hukuka aykırı olabileceği yönünde bkz: Anayasa Mahkemesi, 22.6.2001 - E. 1992/2, K. 2001/2; YILDIZ: s. 195 vd.

⁷⁵ ÖZBEK: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları*, s. 925; ŞENOL: s. 174.

⁷⁶ BİRTEK: s. 317. *Yenisey / Nuhoğlu* ise, delilin özel kişiler tarafından elde edilmesi esnasında hukuka aykırılığın ağırlığı esas almakta, çok ağır hallerde özel kişiler bakımından da delillerin hukuka aykırı olduğunu kabul etmektedir. Kişi haklarını ve özgürlüklerini ihlal eder nitelikte ise o delil değerlendirme kapsamı dışında kalmalıdır. YENİSEY / NUHOĞLU: s. 537 vd.

Özel kişiler tarafından elde edilen delillerin hukuka uygun olup olmadığı hususundaki asıl mesele, özel kişiler tarafından, gerek yüz yüze gerek telefon görüşmeleri esnasında gerçekleştirilen konuşma içeriğinin bir suç oluşturması karşısında veya bakıcıya emanet edilen çocuğun durumundan endişe edilip eve gizli kamera yerleştirilmesi durumunda, mevcut durumu ispat endişesiyle mağdur tarafından yapılan kayıtların niteliğinin ne olacağıdır.⁷⁷ Alınan bu kayıtların hukuka aykırı kabul edilmesi halinde, delil yasağı kapsamında değerlendirilerek, başkaca delil de yok ise, beraat kararı verilecektir. Eğer tersine deliller hukuka uygun kabul edilirse beraat haricinde bir karar verilecektir.⁷⁸ Ayrıca, özel kişilerin elde ettiği delillerin elde edilme metoduna dayanılarak açıkça insan haysiyetinin dokunulmazlığı ihlal edilmek suretiyle elde edilen deliller ile soruşturma makamlarının amaçladığı görevin özel kişiler tarafından hukuka aykırı olarak üstlenilmesi durumunda, elde edilen delillerin kullanılmayacağı; özel hayata müdahale teşkil etmekle beraber üçüncü kişilerin ilgilinin özel hayatına müdahalesinin haklı olarak kabul edilebileceği ve olayda özellikle şantaj ve tehdit suçları bakımından hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde delilin kullanılabilirliği yönünde görüşler de bulunmaktadır.⁷⁹ Yargıtay ise, bazı gizli kayıtların meşru savunma kapsamında değerlendirmektedir.⁸⁰ Yargıtay kararlarında, içeriği suç teşkil eden kayıtların gizli gerçekleştirilmesi halinde "kayıtların kaybolmasını engelleyerek, yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına alınması; yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda, karşı tarafla yaptığı konuşmaları

kayda alması" halini hukuka uygun kabul etmektedir.⁸¹ Şu durumda, bir daha kanıt elde edilememesi ile yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen haller açısından istisnai bir durum yaratılarak delil hukuka uygun hale getirilmektedir. Böylelikle öğretide, özellikle mutlak delil yasağının özel kişiler için de uygulandığı sistemde, kanunda olmayan şartlar getirilerek ya da somut olayda olduğu gibi meşru savunmanın şartları olduğu ileri sürülerek istisna yaratıldığına işaret edilmektedir.⁸² Bu istisnai haller, delil elde edilmek istenen suç tipine göre değişecek, hakaret, cinsel taciz, tehdit gibi suçlar bakımından hukuka uygun kabul edilirken, diğer suç tipleri açısından hukuka uygun kabul edilmeyecektir.⁸³ Bu nedenle, içeriği suç teşkil eden bir olayı ispatlamak amacıyla, hal ve şartlar sebebiyle suçun başka şekilde ispatlanmaması ve gerek kendi gerek üçüncü kişi aleyhine işlenen haksız saldırıya karşı savunma amacıyla elde edilen deliller meşru savunma kapsamında değerlendirilecek ve hukuka uygun sayılacaktır.⁸⁴ Yargıtay bir başka kararında da, kişilerin yalnızca hukuka ve yöntemine uygun biçimde elde ettiği ses kayıtlarının ve görüntü kayıtlarının delil niteliği taşıdığını, bir kimsenin yaptığı görüşmenin gizlice kaydının hukuka aykırı olduğundan delil olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiş, kararında YCGK'nın 21.5.2013 tarihli ve E. 2012/5, K. 2013/248 sayılı kararını işaret ederek, kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara da başvurma imkânının bulunmadığı ani gelişen durumlarda, karşı tarafla gerçekleştirilen konuşmaların kayda alınmasının hukuka uygun olduğu kabulüne vurgu yapılmıştır. Somut olayda, hakaretin ve tehdidin gerçekleştiği olayda mağdurun maruz kaldığı fiili ispatlaması amacıyla daha önce planlanmamış suç unsuru içeren telefon görüşmesini kayda alması,

⁷⁷ Yargıtay, yalnızca mağdur tarafından kullanılan fakülte binasında bulunan odaya kendi isteği ile yerleştirilen güvenlik kamera görüntülerinin "hakkın kullanılmasına hukuka uygunluk nedenleri"nden kabul edilen "iddia ve savunma hakkı"nın kullanılmasını kapsamında bir delil olması ve bu delilin de hukuka uygun bulunması karşısında, kabulde ve nitelendirilmede yasaya aykırılık bulunmamıştır. Y. 13. CD, 2011/7180 E. 2012/8523 K. 26.3.2012 tarihli kararı.

⁷⁸ Öğretide bu kayıtların haklı görülebileceği hallerde delil olarak kullanılabilirliği, bazı durumlarda zorunluluk hali teşkil edebileceği ya da bir iddianın ispatı açısından delilin bulunabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: ZAFER, Hamide: *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, İstanbul 2010, s. 111; AKYÜREK, Güçlü: *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, Seçkin, 2011, s. 257.

⁷⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ / TEPE: s. 673.

⁸⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmelerin cep telefonu ile kayda alınması suretiyle elde edilen delilleri hukuka uygun bulmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre; "... 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..." YCGK, 21.6.2011 - E. 2010/5-187, K. 2011/131. Ancak Yargıtay 4. CD, içeriğinde kendisine yönelik tehdit barındıran ve Mahkemeye sunulan CD'yi hukuka aykırı delil olarak kabul etmiş ve hatta bu CD'yi sunan katılan ve eşi hakkında suç duyurusunda bulunulması gerektiğine hükmetmiştir. Y. 4. CD, 6.12.2018 - E. 2018/7276, K. 2018/21206, www.kazanci.com.

⁸¹ YCGK, 21.06.2011 - E. 2010/5-182, K. 2011/131, Y. 12. CD, 11.9.2012 - E. 2012/20608, K. 2012/18217. BAŞBÜYÜK, İsa: "İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, 2017, s. 181.

⁸² BAŞBÜYÜK: s. 183.

⁸³ Buna ilişkin hukuki düzenleme yapılması önerisi için bkz: BAŞBÜYÜK: s. 200. Doktrinde, bu yöndeki kararlara karşı bizim de katıldığımız eleştiriler için bkz: ÜNVER / HAKERİ: s. 620, s. 631. Yargıtay, Ceza Genel Kurulu, 14.6.2011 tarihli ve 5-187/131 sayılı kararında, rüşvet suçunu ispatlamak amacıyla, sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak bir daha delil elde edilme olanağının bulunmadığından bahisle, kanıtların yetkili makamlara sunulması amacıyla toplanmasını hukuka uygun kabul etmiş, bu görüşünü de doktrinde bu fiili meşru savunmanın haksız saldırıya karşı savunma unsuruna dayandıran görüşlere atıf vermek suretiyle desteklemeye çabalamıştır. Ancak doktrinde bu karara karşı görüş bildiren ve bizim de taraftar olduğumuz görüşler de mevcuttur. Zira meşru savunmanın şartlarından olan haksız saldırıyı defetmek, suç işlenişini veya buna teşebbüsü önleme veya yarıda kesme özelliği bulunmayan hatta sadece ispat amacıyla yapılan kayda saldırıyı defetme ya da engelleme etkisi bulunmadığı, bu nedene haklı savunma olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz: ÜNVER / HAKERİ: s. 631 vd. Ancak Yargıtay'ın kararları 2011'den sonra bu delillerin bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmaması ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda hukuka uygun kabul edilmesi yönündedir. Y. 12. CD, 28.4.2014, 26087/10205.

⁸⁴ CMK m.217/2'ye ek bir düzenleme getirilerek suçüstü hallerinde özel kişilerce yapılan ses ve görüntü kayıtlarının geçerli olacağı yönünde öneri için bkz: AYDIN: s. 214.

saldırının başka türlü ispatlanamaması, bir plan dahilinde ve muhatabı kışkırtmak suretiyle yapılmayan ses kaydı hukuka uygun kabul edilmiştir.⁸⁵ Dolayısıyla Yargıtay, özel kişiler tarafından elde edilen delillerin, sanıkla mağdur arasında gerçekleştirilen telefon görüşmelerinin gizlice kayıt altına alınmasında, bu kaydın bir planlama dahilinde olması, sanığı kışkırtarak gerçekleştirilmesi halinde elde edilen delili hukuka aykırı delil olarak değerlendirmektedir.⁸⁶ Yargıtay, bir evde temizlikçi ve şoför olan karı koca hakkında, evde hırsızlık yaptığı şüphesi ile ev sahipleri tarafından çekmeceye seri numaraları alınıp para bırakılması ve daha sonradan paranın 200 TL'sinin çalındığının anlaşılması üzerine temizlikçi ve şoför ile konuşma yapıldığı esnada, bu görüntünün ve konuşmaların gizlice cep telefonuna kaydedildiği olayda; "... öncelikle müştekinin delil olarak sunduğu ve sanığın; eşinin olaya dahil olmadığı, kendisinin de önceki hırsızlığı inkâr etmekle birlikte daha sonraki hırsızlık suçunu ikrarı içeren ses ve görüntü kaydının hukuka aykırı bir delil olup olmadığının irdelenmesi gerektiğine işaret edilerek, yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği cihetle şikayetçi tarafından eve çağrılan sanıkla yapılan konuşma sırasında gizlice cep telefonuna kaydedilen ikrarı içeren ses ve görüntü kayıtlarının hukuka uygun olarak elde edilmemesi nedeniyle hükme esas alınamayacağına gözetilmesi" gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁷

Bir diğer sorun da, elde edilen delilin ceza yargılamasında hukuka aykırı değerlendirilirken, örneğin boşanma davası gibi hukuk yargılamalarında hukuka uygun delil olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Anayasa'nın 38'inci maddesi, sadece ceza yargılamaları için değil; aynı zamanda bütün yargılamalar için geçerli bir üst normdur. Bu nedenle, son zamanlarda sıklıkla karşılaşılan ve eşlerin birlikte yaşadıkları konut içerisinde gizlice alınan ses kayıtlarının, özellikle sa-

dakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışları ispat etmek amacıyla kullanılmasının hukuka aykırı sayılmayacağı,⁸⁸ delilin önceden hazırlıklı ve planlı şekilde alınan ortam dinlemesi şeklindeki ses kaydı, video kaydı ve benzeri kayıtların hukuka aykırı;⁸⁹ ani gelişen bir durum karşısında bir vakıanın ispatını sağlayabilmek amacıyla plansız, önceden kurduğu bir düzenek olmaksızın aldığı ses, video ve benzeri kayıtların hukuka uygun olduğu Yargıtay hukuk dairelerince benimsenmektedir.⁹⁰

⁸⁸ ÜNVER / HAKERİ: s. 620.

⁸⁹ YHGK, 15.2.2012 - E. 2011/2-703, K. 2012/70. Kararda; "... HMK 189/2. fıkraya göre hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmayacağı düzenlenmek suretiyle, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde edilmiş biçiminin mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınması ve delilin her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi halinde, diğer tarafta bir itiraz ileri sürülmesi dahi mahkemeye caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir...". "... öncelikli olarak özel hayatın gizliliğinin korunmasının esas olduğu; ancak somut olayın özelliğinin bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içerdiği; kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılığın olacağı, hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş delillerin ise yasak bir delil olarak değerlendirilemeyeceği;

Boşanma davasının zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir dava olduğu ve kocanın eşi ile birlikte yaşadıkları mekanda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verilmesi halinde, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirileceği; aynı evde yaşayan kadının, kocanın bu delilleri ele geçirebileceğini bilebilecek durumda olduğu, kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde yada yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesinin, bu mekan eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri bir yer olduğundan kadın için gizli mekan kabul edilemeyeceği; hiç kimsenin evindeki bir mekanda bulunduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılmayacağı, özel hayatın gizli alanlarının, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebileceği..." kabul edilmiştir.

⁹⁰ Y. 12. CD, E. 27.1.2014 - E. 2013/8151, K. 2014/1609. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 20.10.2008 tarihli ve E. 2007/17220, K. 2008/13614 sayılı kararına göre: "Sunulan delil, eşlerin birlikte yaşadıkları konutta, davalının bilgisi dışında koca tarafından hazırlanan bir sistemle elde edilmiştir. Yapılan bilirkişi incelemesi sonucu, CD'deki ses kayıtlarının, orijinal olduğu, üzerinde eklemeye, çıkarmaya, kesinti ve kopyalama bulunmadığı tespit edilmiştir. Davalı-davacı, kayıt altına alınan konuşmaların kendisine ait olmadığına ilişkin bir iddia ileri sürmemekte, bu delilin özel hayatının gizliliği ihlal edilerek elde edildiğini belirterek karşı çıkmaktadır" ... "Bir delilin elde edilmesi, kişilerin Anayasa ile tanınmış haklarının ihlali suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeceğinden duraksama bulunmamaktadır. Delilin elde edilmesinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkar. Kuşkusuz Anayasaya göre; herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Ancak, evlilik birliğinde eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları da yasal bir zorunluluktur. (TMMK m.185/3) Eşlerden birinin, bu alana ilişkin özel yaşamı, evlilikle bir araya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşları olan diğer eşi de kendisinin kadar yakından ilgilendirir. O nedenle, evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alana ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekânı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirilerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalinin söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz".

⁸⁵ Y. 1. CD, 24.12.2014 - E. 2013/5029, K. 2014/35998, GEDİK, Doğan / TOPALOĞLU, Mahir: Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, 2. Baskı, Adalet, 2015, s. 314, dipnot: 793.

⁸⁶ Y. 4. CD, 11.6.2014 - E. 2013/37160, K. 2014/21301, GEDİK / TOPALOĞLU: s. 315.

⁸⁷ Y. 13. CD, 10.9.2014 - E. 2014/10489, K. 2014/25006, www.kazanci.com.tr. Cumhuriyet savcısının görevi kötüye kullanma ve hakaret suçuna ilişkin uyuşmazlıkta, "Savcının, adliyedeki odasında telefon veya benzeri bir iletişim aracı kullanılmaksızın konuşma esnasında söylediği iddia olunan ve kimliği bilinmeyen kişi ya da kişilerce ortam dinlemesi suretiyle kaydedilen, internette yayımlanan, içeriği sanık tarafından kabul edilmeyip, tanıklarca da doğrulanmayan ses kayıtlarının elde edilmesine ilişkin olarak, yetkili mercilerce verilmiş herhangi bir iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi veya teknik araçlarla izleme koruma tedbiri kararı bulunmayıp, dolayısıyla bu kayıtların hukuka aykırı yollarla elde edilen delil niteliğinde oldukları sabit olup, mahkûmiyet hükmüne esas alınması mümkün değildir. Hukuka aykırı yollarla elde edildikleri hususunda herhangi bir tereddüt bulunmayan ses kaydı ile bu ses kayıtlarının yayımlandığı internet ve gazete haberleri dışında, sanığın üzerine atılı kamu görevlilerine karşı görevlerinden dolayı hakaret suçunu işlediğini gösterir mahiyette, cezalandırılmasını gerektirecek nitelikte somut, yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı başka delil de bulunmamaktadır. Sanık hakkında kamu görevlilerine karşı görevinden dolayı hakaret suçundan verilen beraat kararı isabetlidir." şeklinde karar verilerek savcının odasında gerçekleştirdiği konuşmaların kayda alınması suretiyle elde edilen delilleri hukuka aykırı kabul edilmiştir. YCGK, 21.10.2014 - E. 2012/4-1283, K. 2014/430, (www.kazanci.com.tr).

E. Delil Yasaklarının Uzak Etkisi

1412 sayılı CMUK döneminde de tartışılan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanarak elde edilen yeni delillerin de kullanılıp kullanılmayacağı, delil yasaklarının uzak etkisi ya da sıklıkla kullanılan ifade ile “yasak ağacın ya da zehirli ağacın meyvesi”nin nasıl değerlendirileceği hususu, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk ceza muhakemesi sisteminde de ele alınmış; bu durum 1992 tarihinde meydana gelen CMUK değişikliğiyle m.254/2 kapsamında değerlendirilmiş, ağırlıklı olarak bu delillerin de hukuka aykırı kabul edilmesi düşüncesi taraftar bulmuştur.⁹¹

5271 sayılı CMK döneminde de hukuka aykırı bir biçimde elde edilen delillerin belirleyici delil olarak kullanılması bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediğinden⁹² mutlak hukuka aykırı delillerin uzak etkisi de yasak delil kapsamında değerlendirilmiştir.⁹³ Dolayısıyla, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillere dayanarak elde edilen diğer delillerin de yargılamada kullanılmaması veya kullanılması halinde hüküm esnasında değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir.⁹⁴ CMK m.217/2 gereğince, gerek doğrudan doğruya gerek dolaylı olarak elde edilmiş olursa olsun, hukuka aykırı elde edilen delillerin hiçbir önemi bulunmamakta, her iki şekilde de delillerin hukuka aykırı olarak kabul edildiği görülmektedir.⁹⁵ Hukuka aykırı delilden türetilen yeni delillere dayanılarak başka bir suç soruşturmasında bunların kullanılıp kullanılmayacağı da tartışma konusu olmuştur.⁹⁶ 1412 sayılı CMUK döneminde bu neviden delilleri başlangıç delili kabul eden görüşler bulunmuşsa da⁹⁷ Anayasa m.38/6 ve CMK m.217/2 karşısında yasak hukuka aykırı delillerin uzak etkisine de sirayet etmekte, bu deliller başlangıç delili olarak kullanılmamaktadır.⁹⁸ Delillerin uzak etkisini, delilin doğrudan ya da dolaylı olarak elde edilmesinden ziyade mutlak ve nispi delil yasağını kabule ya da redde göre de tasnif eden görüşlere göre de nispi hukuka aykırı olarak elde edilen delilden türeyen diğer deliller kullanılabilir.⁹⁹

IV. Sonuç

Türk ceza muhakeme sistemi, mutlak delil değerlendirme yasağını en açık ve net bir biçimde, gerek Anayasa’da gerek kanunlarda düzenleyen sistemlerin

başında gelmektedir. 1412 sayılı CMUK’a ve Anayasa’ya eklenen hükümler neticesinde, daha önceleri uygulamada da kullanılan nispi - mutlak delil yasağına dayanan ayırım kaldırılmıştır. Özellikle 5271 sayılı CMK yürürlüğe girdikten sonra, genel olarak öğretide mutlak delil yasağına, delillerin uzak etkisi bağlamında da sıkı sıkıya bağlı kalındığı görülmektedir. Bu yasak kapsamına özel kişiler tarafından elde edilen deliller de girmektedir. Ancak özellikle son dönemlerde özel kişiler tarafından elde edilen delillerin, meşru savunma ile birlikte değerlendirildiği vakalara da rastlanmaktadır. Kaybolma olasılığı bulunan kayıtların, kaybolmasını engelleyerek yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına alınması; özellikle yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda hukuka uygun değerlendirme kapsamında ele alındığı da görülmektedir. Her ne kadar kanunkoyucu, mutlak delil değerlendirme yasağını benimsemişse de doktrinde, özellikle Alman ve İsviçre ceza muhakemesi sistemlerinde kendini bulan, somut olaya göre hâkimin uygun çözüm bulma yöntemine yakın görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler genel olarak, basit şekli hukuka aykırılıklar sebebiyle faillerin cezalandırılmalarını hukuk devleti ilkesine aykırı gören ve şekli aykırılıkların bir hak ihlaline yol açmaması halinde esasa etkili hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceği ve benzeri birtakım düşünceler etrafında toplanmaktadır. Netice olarak, doktrindeki görüşler ile Yargıtay kararları birlikte ele alındığında, CMK’nın ve Anayasa’nın ilgili hükümleri karşısında nispi - mutlak hukuka aykırılık ayırımının yapılmasının ve nispi hukuka aykırı delillerin kullanılmasının imkânı olmadığı sistemimizde tartışmaların son bulmayacağı görülmektedir.

⁹¹ KOCA: “Delil Değerlendirme Yasağı”, s. 135; ŞEN: s. 161; YILDIZ: s. 194.

⁹² GÖKÇEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR: s. 317.

⁹³ CENTEL / ZAFER: s. 800.

⁹⁴ ŞENOL: s. 370.

⁹⁵ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / GEZER SIRMA / SAYGILAR KIRIT / AKCAN ALAN / ÖZAYDIN / TÜTÜNCÜ ERDEN / ALTINOK VILLEMIN / TOK: s. 417; BİRTEK: s. 337; DÜLGER: s. 108, s. 120.

⁹⁶ DÜLGER: s. 109.

⁹⁷ DÜLGER: s. 113.

⁹⁸ DÜLGER: s. 110 vd.

⁹⁹ Bu yöndeki görüşler için bkz: DÜLGER: s. 114 vd.; ÖZTUNÇ, Özgün: *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s. 191 vd.

Kaynakça

- AKYÜREK Güçlü:** *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, Seçkin, 2011.
- AKYÜREK, Güçlü:** “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, TBB Dergisi, 2012, (101).
- AYDIN, Devrim:** *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin, 2014.
- BAŞBÜYÜK, İsa:** “İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, 2017.
- BIÇAK, Vahit:** “Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbetinin Mantıksal Çerçevesi”, 3. Yılında Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin, Ankara 2009, (525-539).
- BIÇAK, Vahit:** *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, 2010.
- BİRTEK, Fatih:** *AlHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, Adalet, 2016.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide:** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, Beta, 2018.
- ÇINAR, Ali Rıza:** “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, TBB Dergisi, Sayı: 55, 2004.
- DÜLGER, Volkan Murat:** “Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi”, Seçkin, 2014.
- GEDİK, Doğan / TOPALOĞLU, Mahir:** *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, 2. Baskı, Adalet, 2015.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin:** “Gizli Kamera Kaydı Delil Olarak Kabul Edilebilir mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 42, Şubat 2010.
- GÖKÇEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim:** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Adalet, 2018.
- GÜLŞEN, Recep:** “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Köklü Değişiklikler”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 6/1993.
- GÜLŞEN, Recep:** “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, CHKD, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki:** “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1993.
- KAYMAZ, Seydi:** *Uygulama ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Seçkin, Ankara 1997.
- KESKİN, Serap:** *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, Alfa, 1997.
- KOCA, Mahmut:** “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 2, Aralık 2006, (207-225).
- KOCA, Mahmut:** “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı”, AÜEHFD, Cilt: IV, Sayı: 1-2, 2000.
- OSMANOĞLU, Kerem:** “Ceza Muhakemesi Açısından Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt 7, Sayı 18, Nisan 2012, (137-172).
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞIZ, Pınar / TEPE, İlker:** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin, 2017.
- ÖZKUL, Fatih:** “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 9, Haziran 2017.
- ÖZTUNÇ, Özgün:** *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhana / GEZER SİRMA, Özge / KIRIT SAYGILAR, Yasemin / AKCAN ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / TÜTÜNCÜ ERDEN, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can:** *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Bası, Seçkin, 2018.
- ÖZTÜRK, Bahri:** *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, A.Ü. SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 14, 1995.
- SÖZÜER, Adem:** “Das Beweisverwertungsverbot im türkischen Recht als Garant eines rechtsstaatlichen Verfahrens”, in: Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, Martin Heger, Brigitte Kelker ve Edward Schramm (Hrsg.), Verlag C. H. Beck, München, 2014.
- ŞAHİN, Cumhuriyet / GÖKTÜRK, Neslihan:** *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 7. Bası, Seçkin, 2018.
- ŞEN, Ersan:** *Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, Beta, 1998.
- ŞENOL, Cem:** *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı*, XII Levha, 2015.
- TOROSLU, Nevzat:** “Hukuka Aykırı Deliller Sorunu”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara Üni. Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 498, 1995.
- TOSUN, Öztekin:** “Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti”, Yenilik, 1976.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan:** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet, 14. Baskı, 2018.
- YARSUVAT, Duygun:** “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği”, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Sempozyumu, TCHD, 2009.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe:** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin, 2018.
- YENİSEY, Feridun / OKTAR, Salih:** *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu*, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2015.
- YILDIZ, Ali Kemal:** *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2002.
- YÜKSEKTEPE, Mert Asker:** *Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Dairelerinin Bozma İlamlarına Göre Hukuka Kesin Aykırılık*, Aristo, 2018.
- ZAFER, Hamide:** *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, İstanbul 2010.
- www.jurix.com.
- www.kazanci.com.