

HUKUKA AYKIRI KANITLAR

Doç. Dr. Ali Rıza ÇINAR*

GİRİŞ

“*Hukuka Aykırı Kanıtlar / Deliller*” konusu, birçok hukuk dalını ilgilendirmektedir. Biz, konuyu ceza yargılaması hukuku açısından incelemeye çalıştık. Bununla birlikte, yeri geldiğinde, Anayasa yargısı ve medeni yargılama hukuku ile ilgili olarak da konuyu değerlendirmeye çalıştık. İlk defa, “*hukuka aykırı kanıtlar*”, 1992 yılında 3842 sayılı Yasa’yla, Ceza Yargılama Yasası’nda (CYY’de) yapılan değişiklikle açık bir biçimde ifade edilmiştir. Bu yasa değişikliği konuyla ilgili bilim çevreleri tarafından, özellikle, CYY’nin 135/a ve 254/2. maddelerindeki düzenlemeler, “*büyük bir reform*” olarak kabul edilmiştir.¹ Anayasa’nın 38. maddesine 2001 yılında eklenen bir fıkrayla hiçbir duraksamaya neden olmayacak bir biçimde, açıkça; “*Kanun’a aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*” ilkesi Anayasa metnine girmiştir.²

Ceza yargılaması hukuku açısından, “*Hukuka Aykırı Kanıtlar / Deliller*” konulu incelememizi, dört ana bölüm içinde yaptık.

Birinci bölümde, konunun iyi anlaşılması bakımından genel bilgilere yer verdik. Ceza yargılaması hukukunun amacını kısaca açıkladıktan sonra “*hukuku aykırılık*” ve “*delil*” kavramları üzerinde durarak, inceledik.

* Yargıtay Üyesi.

¹ Bkz., İstanbul Barosu Başkanlığı ve Marmara Üniversitesi Rektörlüğü tarafından 3-10-17-24 Şubat 1995 tarihinde İstanbul’da düzenlenen, “*Hukuka Aykırı Deliller Semineri ve Sempozyumu’nda*” sunulan bildirimler ve yapılan konuşmalarla ilgili *Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul 1995*, kitabına (İstanbul Barosu Yayınları).

² 3.10.2001 günlü ve 4709 sayılı Yasa’nın 15. maddesi uyarınca, Anayasa’nın 38. maddesine ek fıkra olarak 6. fıkra eklenmiştir (Bkz., 4709 sayılı Yasa, 17.10.2001 gün ve 24556 mükerrer sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanmıştır.).

İncelememizin ikinci bölümünde, Ceza Yargılama Yasası'nda, 3842 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle öngörülen hukuka aykırı kanıtları açıkladık. Burada, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, yasak sorgu yöntemleri konularını inceledik.

Üçüncü bölümde, hukuka aykırı kanıtların (delillerin) değerlendirilmesi incelenmiştir. Burada, ceza yargılamasında "*vicdani delil sistemi*" de açıklanmıştır. Hukuka aykırı yollarla elde edilen kanıtlarla/delillerle ilgili değerlendirme yasakları ve bu tür "*kanıtların hükme dayanak*" yapılmaması konuları incelenirken de, Yargıtay'ın bu konudaki görüşlerine yer verilmiştir. Özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı kanıtlar da bu bölümde incelenmiştir. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta hukuka aykırı kanıtların durumu açıklanmıştır.

Dördüncü bölümde ise, konuyla ilgili mahkeme kararlarına yer verilmiştir. Burada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi'nin, Yargıtay'ın, Danıştay'ın ve Askeri Yargıtay'ın yakın tarihte verdiği önemli kararları incelenmiştir.

Son olarak da çalışmamız hakkındaki düşüncelerimiz, sonuç bölümünde özet olarak yer almıştır.

I. GENEL BİLGİLER, KAVRAM VE TANIMLAR

1. Ceza Yargılamasının Amacı

Ceza yargılamasında, suçun işlenip işlenmediği ve failin kim olduğu araştırılmaktadır.³ Bu araştırmada, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için yapılır. Nitekim, Yargıtay'da, ceza yargılama hukukunun amacının, yargılamanın hangi aşamasında olursa olsun maddi gerçeğin bulunması olduğunu bir kararında açıkça belirtmiştir.⁴

Öyle ise, ceza yargılamasının amacı: "*Önceden işlenmiş olan bir eylemle ilgili olarak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır.*" diyebiliriz.⁵

Ceza yargılamasında, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması önemlidir. Çünkü failerin cezasız kalmaları toplum düzeni ve kamu otoritesi için daha da önemlidir. Ancak, suçu işlemeyenlerin cezalandırılmaları ise, suç

³ Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. I, Genel Kısım, 4. Bası, İstanbul 1984, s. 38.

⁴ CGK, 7.19.1991, 4/227 - 255 (Yaşar, Osman, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Ankara 1998, C.II, s. 1559-1561).

⁵ Selçuk, Sami., *Karşıoylarım*, Ankara 2001, s. 158 (CGK, 19.2.1994 günlü, 1994/6-322 esas, 1994/343 sayılı karara yazdığı karşıoy yazısı).

işleyenlerin cezasız kalmaları kadar, hatta ondan daha fazla, hukuki barışı ve düzeni bozma açısından sakıncalıdır.

Bu nedenle, maddi gerçeği araştırma, ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemez. Ceza yargılamasında yapılan araştırma ve soruşturma mutlak ve sınırsız değildir. Maddi gerçeğe, hukuk kurulları içinde kalınarak ulaşılmaya çalışılmalıdır. Sanığın ve diğer sujuelerin, kişisel ve toplumsal değerleri korunmalıdır.

Bu nedenlerle, Ceza Yargılaması Yasası'nın çeşitli maddelerinde, kanıtı elde etme (m. 135/a) ve hukuka aykırı olarak elde edilen kanıtların değerlendirilmesi konusunda (m. 254/2) çeşitli sınırlamalar ve yasaklar getirilmiştir.

AİHS'nin 6. maddesinde yer alan "*adil yargılama*" hakkı ile ilgili ilkelere de, hukuka aykırı yollara başvurulmaması için, ceza yargılamasında maddi gerçeğin araştırılmasında, uyulması zorunlu bazı sınırlamalar öngörülmektedir. Anayasa'nın bu hakkı düzenleyen 36. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik ile, "*adil yargılanma*" hakkı madde metnine eklenerek AİHS ile daha uyumlu hale getirilmiştir.⁶ Yine 2001 yılında Anayasa'nın 38. maddesine eklenen bir fıkrayla, "*Kanun'a aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" ilkesi Anayasa metnine girmiştir. 1982 Anayasası'nın 2. maddesiyle "*insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olma*" ilkesi kabul edilmiştir. Ceza yargılamasında maddi gerçek araştırılırken, Anayasa'daki bu ilke ışığında öngörülmüş hukuk kurullarına da uygun davranılacaktır.

Avrupa hukukundaki "*adil yargılanma ilkesi*" kavramına, Birleşmiş Milletler tarafından 10.12.1948 tarihinde yayımlanan İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi de, ceza hukuku ve ceza yargılamasına ilişkin ilkelere yer vermiştir. İşkence veya insanlık dışı veya küçültücü muamele veya ceza yasağı (m. 6), keyfi tutuklama ve hapsedme yasağı (m. 9) ve suçsuzluk (masumluk) karinesi (m. 11) beyannamede yer alan haklardır. Yine, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 39/46 sayılı kararıyla, 10 Aralık 1984 de kabul edilerek 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren "*İşkenceye ve Başka Zalimce İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışlara Karşı Sözleşme*", insan onuruna saldırılar oluşturan bilgi ya da itirafları elde etmeye yönelik işkence ve başkaca davranışları yasaklamaktadır.⁷

⁶ Yüzbaşıoğlu, Necmi, "2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme", *Anayasa ve Uyum Yasaları*, Ankara 2003, s. 38 (Yargıtay ve Türkiye Barolar Birliği Tarafından 13-14 Aralık 2002 tarihinde Ankara'da düzenlenen "Anayasa ve Uyum Yasaları" adlı açık oturumda sunulan tebliğler).

⁷ Türkiye, İşkenceye Karşı Sözleşme'yi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalayarak, 3441 sayılı ve 21 Nisan 1988 tarihli Yasa'yla onaylanmasını uygun bulmuştur (RG 29 Nisan 1988

Bu kurallardan dolayı da, ceza yargılamasında, maddi gerçeğin araştırılmasına bir çok sınırlamalar getirilmiş bulunmaktadır.

Görülüyor ki, çağdaş ceza yargılamasının amacı, her şeye karşın maddi gerçeğin araştırılması değildir.⁸ Ceza yargılamasında, suçlunun cezalandırılması amaçlanırken, suçsuzun korunması, yargılamanın yasalara ve yargılama kurallarına uygun yürütülmesi de önemlidir. Böylece, maddi gerçeğin araştırılmasına bazı sınırlamalar getirilerek, kişisel ve toplumsal değerler korunmaya çalışılmaktadır.⁹

2. Kanıt (Delil) Kavramı

Ceza yargılaması, suçun işlenmesinden sonra yapılmaktadır. Bu nedenle, ceza yargıcının işinin, tarihçinin işine benzediği ileri sürülmektedir.¹⁰ Gerçekten, her ikisi de geçmişte kalmış olayları araştırmaktadır.

Ceza yargılamasında, gerçeği araştıran yargıç, bazı araçlara başvurmak zorundadır. Bu araçlar, "ispat araçları" ya da "kanıt (delil)" diye adlandırılmaktadır. Böylece, maddi gerçeğin araştırılmasında, daha doğrusu suçun işlenip işlenmediğini araştırmada, yararlanılan her türlü araçlar, kanıttır (delildir).¹¹ Ceza yargılamasında, biçimsel kanıt (delil) yöntemi kabul edilmiştir.¹² Bu nedenle, her şey delil sayılmaktadır, yeter ki hukuka uygun elde edilsin.

Geçmişte kalmış olay hakkında, kanıt; onun objektif (maddi), sübjektif (manevi) öğeleri, ağırlatıcı ve hafifletici nedenleri, nedensellik bağı üzerinde yargıcı aydınlatmaktadır. Bu nedenle, kanıt, suç ile ilgili olmalıdır. Kanıtın, suç ile ilgili olması doğrudan ya da dolayısıyla olabilir. Suç ile ilgili olmayan kanıtlar ceza yargılamasında gözetilmez.

günlü ve 19799 sayılı). Bakanlar Kurulu'nun 88/13023 sayılı ve 16 Haziran 1988 tarihli kararıyla onaylanan sözleşme 10 Ağustos 1988 tarihinden itibaren yürürlüğe girerek bağlayıcılık kazanmıştır (RG 10 Ağustos 1988 günlü ve 19895 sayılı). İşkenceye Karşı söz konusu bu sözleşmeyle ilgili geniş bilgi için bkz., Gülmez, Mesut., *Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması* (Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 275-303).

⁸ Yurtcan, Erdener, *CMUK Ceza Yargılaması Hukuku 1992 Değişiklikleri*, İstanbul 1993, s. 37.

⁹ Öztürk, Bahri., *Delil Yasakları*, Ankara 1995, s. 7.

¹⁰ Tosun, *Türk Suç Muhakemesi'nin...*, Genel Kısım, C. I, s. 706.

¹¹ Tosun, *Genel Kısım, C. I, s. 707*; Öztürk, *Delil Yasakları...*, s. 4.

¹² Centel, Nur-Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemeleri Hukuku*, İstanbul 2003, s. 5.

3. Hukuka Aykırılık Kavramı

Hukuka aykırılık, geniş anlamda, eylemin (fiilin) hukukça korunan hak ve yararlar saldırı, yani eylemin (fiilin) hukuk düzenine uygun bulunmamasıdır.¹³ Ceza hukuku anlamında “*hukuka aykırılık*”, suçun oluşması için bulunması gereken kurucu öğelerden biridir. Bu bağlamda, hukuka aykırılık; eylemin yalnızca ceza hukukuyla değil, tüm hukuk düzeniyle çelişmesi, tüm hukuk düzenine aykırı bulunması anlamındadır.¹⁴ Bir eylemin suç oluşturabilmesi için, hukuk düzeniyle çelişki içinde olması gereklidir.¹⁵

Hukuka aykırılık, tüm hukuk düzenine aykırılık olarak kabul edildiğinden, “*hukuka aykırılık*” kavramını açıklarken ceza hukukundan yararlanılabilir. Ancak, ceza yargılaması hukukunda, hukuka aykırılık sınırını belirlemek, hangi durumlarda kanıtların hukuka aykırı sayılacağı açısından önemlidir. Ceza hukukunda, hukuka aykırılığın sınırını saptamanın ise, bir eylemi suç olmaktan çıkaran hukuka uygunluk nedenlerini göstermesi bakımından önemi bulunmaktadır.¹⁶

Ceza yargılaması hukukunda, “*hukuka aykırılık*” kavramı, temyiz nedeni olarak yer almaktadır. Ceza Yargılama Yasası’nın 307. ve kaynak Alman Ceza Yargılama Yasası’nın 337. maddelerine göre, temyiz davası, ancak, hükmün Yasa’ya aykırılığına dayandırılabilir. Söz konusu yasa maddelerinin ikinci fıkralarında ise, Yasa’ya aykırılık açıklanmıştır. Buna göre, Yasa’ya aykırılık, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması demektir. Yasa’ya aykırılığı, salt Yasa’ya aykırılık olarak anlamamak, geniş olarak anlayıp, tüm hukuk kurallarına aykırılık olarak kabul etmek gerekir. Bu bağlamda, Anayasa’ya, uluslararası sözleşmelere, tüzük ve yönetmeliklere aykırılıklar da hukuka aykırı olduğu için temyiz nedeni sayılır.¹⁷

Hukuka aykırılık; yargılama yasaları, maddi hukuk ve yargılama hukukuna aykırılık biçiminde olabilir. Nitekim, Yargıtay da, hukuka aykırılığın, Yargılama Yasası kuralları yanında, maddi ceza yasalarına aykırılık hallerini de kapsadığını bir kararında açıkça belirtmiştir.¹⁸

Öğretide de, Yasa’daki “*hukuki kaide*” teriminin “*hukuk normuna aykırılık*” olarak kabul edildiği ve hukuk deyince de yazılı olan ve olmayan hukuk anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle, CYY’nin 307.

¹³ Kunter, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949, s. 77.

¹⁴ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002, s. 221.

¹⁵ Dönmezer, Sulhi, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 2003, s. 144.

¹⁶ Şen, Ersan, *Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, İstanbul 1998, s. 11 vd.

¹⁷ Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C.II, Muhakeme’nin Yürütüşü, İstanbul 1976, s. 212.

¹⁸ CGK, 10.12.1990, 305/328 (Yaşar, *Ceza Muhakemeleri...*, C. II, s. 1562-1563).

maddesindeki “*hukuki kaideden*” amacın, yasa normu olmayıp, “*hukuk normlarına*” aykırılık ya da kısaca “*hukuka aykırılık*” olduğu açıklanmıştır.¹⁹

Temyiz nedeni olarak “*hukuka aykırılık*”, konumuz dışındadır. Bizim konumuzu ilgilendiren hukuka aykırı kanıtlardaki “*hukuka aykırılık*” kavramı, bu kavramın kapsam ve sınırlarını belirlemektedir. “*Hukuka aykırı kanıtlar*” konusu, ceza yargılaması hukukunda, “*ispat hukuku*” içinde yer almaktadır. Bundan dolayı, “*hukuka aykırılık*” kavramının tanımı, kapsamı, içeriği ve özellikleri bakımından, temyiz nedeni olarak “*hukuka aykırılık*” ile hukuka aykırı kanıtlarda geçen “*hukuka aykırılık*” kavramı arasında bir ayırım bulunmamaktadır.²⁰ Her ikisi de ceza yargılaması içinde yer alan kavramlardır.

Ceza Yargılama Yasası’nın çeşitli maddelerinde, kanıtın kendisi ve elde edilmesiyle ilgili birçok sınırlamalar ve yasaklar getirilmiştir. Ceza Yargılama Yasası’nda, 3842 sayılı Yasa’yla yapılan değişiklik de bu bağlamda olmuştur. Bu değişikliklerle, kanıt elde etme (m. 135/a) ve hukuka aykırı olarak elde edilen kanıtlarla ilgili değerlendirme (m. 254/2) yasakları getirilmiştir. Bu nedenle, bir kanıtın hukuka aykırı kanıt olup olmadığı ve ceza yargılamasında kullanılarak hükme dayanak yapılıp yapılmadığı, temyiz aşamasındaki hukukilik denetimi kapsamında değerlendirilecektir. Daha doğrusu, ceza yargılamasında kullanılan hukuka aykırı kanıtlar, temyiz aşamasında kararın bozulmasını gerektiren bir hukuka aykırılık olarak gözetilecektir. Ancak, hukuka aykırı işlemle, hüküm arasında nedensellik bağı, CYY’nin 320/1. maddesi uyarınca aranarak, Yasa’ya aykırılığın, kuralan hükmü etkilemesi gözetilecektir.

¹⁹ Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemeleri Hukuku*, İkinci Kitap, Onikinci Bası, İstanbul 2003, No: 61-3 (528), s. 1139; Tosun, C. II, s. 212; Erem, Faruk, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Şerh)*, Ankara 1996, s. 681; Cihan, Erol-Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemeleri Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1997, no: 534; Öztürk, Bahri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2001, s. 813; Keskin, Serap, *Ceza Muhakemesinde Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, İstanbul 1997, s. 36 vd; Cenel-Zafer, s. 595, 596; ŞEN, s. 12; Yurtcan, Erdener, *CMUK Şerhi*, 3. Bası, İstanbul 2000, s. 743 vd; yazar, CYY’nin 307/2. maddesinde belirtilen “*hukuki bir kaidenin...*” kavramının “*hukuka aykırılık*” kapsamı içinde değerlendirmek gerektiğini belirtmekle birlikte, temyiz nedeni olarak “*Hukukun Zedelenmesi*” kavramını kullanmaktadır.

²⁰ Şen, s. 13 vd.

II. CEZA YARGILAMA YASASI'NDA 3842 SAYILI YASA İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLE ÖNGÖRÜLEN HUKUKA AYKIRI KANITLAR

1. Aydınlatma Yükümlülüğü'nün Yerine Getirilmemesi (Hakların Bildirilmemesi)

Sanığa, yargıç tarafından sorguya çekilmeden önce, Cumhuriyet Savcısı ya da kolluk amir ve memurları tarafından ifadesi alınmadan önce, CYY'nin 135. maddesi uyarınca haklarının bildirilmesi gerekir. Aydınlanma hakkı ve aydınlatma yükümlülüğüne uyulmayarak ve Yasa'da yazılı hakların tümü bildirilmeden, yapılan sorgu ya da ifade alınma ile elde edilen anlatım kanıtı, "herkes kendisini suçlayıcı kanıt vermeye zorlanamaz" kuralının ihlali niteliğinde olduğundan, hukuka aykırıdır.²¹

Ceza Yargılama Yasası'nın 135. maddesinde yapılan değişiklikle getirilen sanığı aydınlatma yükümlülüğü, yani, sanığa haklarının bildirilmesi zorunluluğunun yerine getirilmemesi, sanığın savunma hakkının, geniş anlamda "adil yargılama" hakkının ihlali sayılır. Çünkü, sanığın aydınlanma hakkı vardır, bu haktan yararlandırılmamıştır.

Nitekim, Yargıtay da sanığın sorgusunun CYY'nin 135. maddesine uygun biçimde yapılması gerektiğini, savunma hakkı ile ilgili olan bu hüküm uygulanmamışsa, dosyanın esasına girilerek inceleme yapılamayacağını açıkça belirtmiştir.²²

Sorgu, yalnız sanık yararına konulmuş bir yargılama kuralı değildir. Maddi gerçeği bulmak için kamusal niteliği ağır basan bir usul kuralıdır. Bu nedenle CYY'nin 135. maddesine uygun biçimde sorgunun yapılması, kamu düzeni ile ilgili ve buyurucu nitelikte olduğu için uyulması zorunludur. Söz konusu madde ile sanığa tanınan haklar yalnız susma hakkı olmayıp maddede belirtilen tüm haklardır.²³ Hazırlık soruşturması sırasında hakları hatırlatılan sanığa, duruşmada müdafî hazır olsa dahi hatırlatılmalıdır.²⁴

²¹ Kunter-Yenisey, İkinci Kitap, no 61.3 (528), s. 1143; CYY'nin 135. maddesinde belirtilen haklarla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz., Şahin, Cumhuriyet, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara 1994, s. 233 vd; Demirbaş, Timur, *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, İzmir 1996, s. 100-145; Çınar, Ali Rıza, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 3842 sayılı Yasa'yla Değiştirilen 135. maddesinin Ceza Yargılama Sistemimize Getirdiği Yenilikler", *Yargıtay Dergisi*, 1997/7, s. 261-279.

²² CGK, 21.10.1997, 4-116/203 (Kaban, Mater-Aşaner, Halim-Güven, Özcan-Yalvaç, Gürsel, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2001, s. 765-767): Aynı nitelikte, 10 CD, 14.6.2001, 13498/18708; 6. CD, 8.10.2001, 12273/11797; Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz., Kaymaz, Seydi, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (yasak) Deliller, Ankara 1997, s. 49-86; Erol, Haydar, İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002, s. 341-352.

2. Yasak Sorgu Yöntemleri

Hukuka aykırı kanıtlarla ilgili 3842 sayılı Yasa'yla getirilen ikinci bir düzenleme ise, CYY'nin 135/a maddesi olup, ifade alma ve sorgu sırasında kanıt elde etme yasaklarıdır. Kaynak Alman Ceza Yargılaması'nın 136/a maddesinde benzer niteliktedir. CYY'nin 135/a maddesi hükmüne göre, ifade verenin ve sanığın anlatımı (beyanı) özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni ya da ruhi müdahaleler yapılamaz; Yasa'ya aykırı bir menfaat vaat edilemez.²⁵ Burada belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi kanıt (delil) olarak değerlendirilemez.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iradeyi bozan nedenler yalnız maddede sayılanlar değildir. Çünkü, maddede iradeyi bozabilecek çeşitli yöntemler sayıldıktan sonra "*gibi iradeyi bozan bedeni ve ruhi müdahaleler*" terimine yer verilmiştir. Bu nedenle, maddede sayılanlara benzerlik gösteren ve iradeyi bozan diğer bedeni ve ruhi müdahalelerle alınan anlatımlar (ifadeler) kanıt (delil) olarak değerlendirilmeyecektir.²⁶ Böylece ikrarı sağlamak için "*işkence*" kesin olarak yasaklanmıştır.²⁷

CYY'nin 135/a maddesiyle, ifade alma ve sorguda, sanığın anlatımının (beyanının) özgür iradesine dayanacağı öngörülmektedir. Bu hükme göre, özgür iradeye dayanmayan anlatım hiçbir surette ceza yargılamasında, kanıt olarak kullanılamayacaktır. Söz konusu maddede, önce kural konmuş, daha sonra bu kurala aykırılık durumunda yaptırım açıkça gösterilmiştir.

CYY'nin 135/a maddesinin 3. fıkrasında "*... rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.*" hükmüne yer verilmiştir. Yasa koyucunun, hiçbir biçimde yasak yöntemlerle alınan ifadelerin kanıt olarak kullanılmaması için bu hükmü koyduğu öğretiler ileri sürülmektedir.²⁸ Ayrıca öğretiler, CYY'nin 254/2. maddesine gerek olmadan, aynı yasanın 135/a maddesine göre yasak yöntemlerle elde edilen kanıtların ceza yargılamasında kulla-

²³ CGK, 17.12.1996, 6-263/282 (Kaban-Aşaner-Güven-Yalvaç, s. 767-768).

²⁴ CGK, 24.10.1995, 165/302 (Yaşar, Osman, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu*, Ankara 1998, s. 569-581).

²⁵ Yasa'da sayılan yasak yöntemlerle ilgili ayrıntı bilgi için bkz., Erem, Faruk, "*İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Değişikliği*" (*İnsan Hakları Yıllığı*, C. 14, yıl 1992, s. 25-46); Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı...*, s. 89-119.

²⁶ Toroslu, Nevzat, *Ceza Muhakemesinde Yapılan Son Değişiklikler*, (*İnsan Hakları Yıllığı*, C. 14, Yıl 1992, s. 13-24).

²⁷ Erem, *İnsan Hakları ve Ceza Muhakemeleri...*, s. 39.

²⁸ Şen, s. 66; söz konusu fıkranın eleştirisi için bkz., Şahin., *Sanığın Kolluk...*, s. 233-234.

nılamayacağı ve kullanılması durumunda mutlak temyiz nedeni olduğu belirtilmiştir.²⁹

Yargıtay da, yasadık sorgu yöntemleriyle toplanan kanıtlara dayanarak hükümlülük kararı verilmeyeceğini öngörmektedir.³⁰ Sanığın, yüklenen suçı işlediğine dair, baskı ve zor altında alındığını ileri sürdüğü ikrarı dışında, hakkında her türlü kuşkudan arınmış, yeterli, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmaması durumunda, hükümlülüğüne karar verilemeyeceği ise, birçok Yargıtay kararında açıkça belirtilmiştir.³¹

III. HUKUKA AYKIRI KANITLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Ceza Yargılamasında Vicdani Delil Sistemi

Vicdani delil sistemi terimi ile ifade edilmek istenen, hem kanıt/delil serbestliği, hem de kanıtların değerlendirilmesi serbestliğidir.³² Bu bağlamda, ceza yargılamasında her şey delil olabilmektedir. Ceza yargıcısı belli bir durumun sabit olduğu hakkındaki hükmünü, kanıtları (delilleri) değerlendirerek, tam bir inanışla, bir vicdani kaniya vararak verebilmektedir. Bugün, çağdaş ülkelerde, ceza yargılamasında “*vicdani delil sistemi*” benimsenmiştir. Yani, yasal kanıt/delil sistemi, belli durumların yasalarda gösterilen kanıtlarla ve yargıcısı bağlayacak biçimde ispat edilmesi sistemi, terkedilmiştir.

Ceza yargılamasında, maddi gerçek araştırılır. Bu nedenle, her şey kanıt olabilir. Ceza yargılamasında her şeyin kanıt olması, hem kanıtın konusu, hem de “*ispat aracı*” olarak kullanılan şeylerle ilgilidir. Bu nedenle her şeyin, her şey ile ispatı olanağı, ceza yargılamasında kuraldır. Ancak, yasanın ya da ahlakın yasadık etmediğı alan ve araçlar sözkonusu olmamalıdır.³³

Olay yargıcısı, yargılamanın akışı içerisinde, bir kaniya ulaşmasını sağlayan olguları, CYY'nin 254. maddesine göre, duruşmadan edinmek zorundadır. Duruşmadan edinilen vicdani kaniya göre de, karar vermek zorunluluğı bulunmaktadır. Bundan dolayı, yargıcısının görevi duruşmada, olayın aydınlatılması için sunulan her türlü kanıtı gözetmek, duruşmada tartışılmamış olanını ise hükme temel almamaktır.³⁴ Bu nedenle kanıt

²⁹ Öztürk, *Delil Yasakları...*, s. 21; Keskin., s. 182.

³⁰ CGK, 4.10.1993, 6-192-217 (Yaşar, *Ceza Muhakemesi...*, C. I, s. 627-628.

³¹ CGK, 18.10.1993, 6-236/255 (Erol, s. 554); 6. CD, 25.9.2001, 11363/11275; 6. CD, 13.9.2001, 12587/10568 (Erol, s. 352-353).

³² Kunter-Yenisey, *Birinci Kitap*, no 41.3 (323), s. 532.

³³ Erem, *Ceza Muhakemeleri...*, s. 552.

³⁴ Fezer, Gerhard, Grenzen der Beweisaufnahme durch das Revisionsgericht, in *Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege*, herausgegeben von Udo Ebert, 1991, s. 94.

değerlendirmesi, olay yargıcına aittir. Kanıt değerlendirilmesi, çelişkiler, boşluklar ya da belirsizlikler gösteriyorsa; akıl, deneyim ve mantık kurallarına, bilimsel verilere aykırı ise, olay yargıcı kanıtları tümüyle tüketmeden değerlendirmiş, akla uygun diğer olasılıkları göz ardı etmişse; hukuka aykırılık söz konusudur.³⁵ Temyiz mahkemesince bu durum, bozma nedeni yapılabilir.

Nitekim Yargıtay da, sağlıklı bir vicdani kanı ve yargının oluşabilmesi için, duruşmanın temel ilkeleri doğrultusunda, kanıt kaynakları ile yüzyüzelik ve doğrudanlık kuralları uyarınca ilişki kurulmak; sözlülük ilkesi gereğince de tanıklar, duruşma yapan yargıçlarca bizzat dinlenmek; duruşmada edinilen izlenimlere göre kanıtlar değerlendirilerek hüküm kurulması gerektiğini açıkça belirtmiştir.³⁶

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne (BGH) göre, olay yargıcının esasa ilişkin her kararının temeli, yargıcın, kendisinin bir kanıya ulaştığı olay akışıdır. Alman Ceza Yargılama Yasası (StPO) 261'e göre, (CYY 254) mahkeme kanıt sunumunun sonucunu kendi özgür ve duruşmadan elde ettiği kanısına göre karara bağlar. Kanıt sunumunun değerlendirilmesi, yalnızca olay yargıcına aittir.³⁷

2. Hukuka Aykırı Kanıtların Değeri

Hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtın, ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı konusunda, öğretide, birlik bulunmamaktadır.³⁸

Ceza yargılaması hukukunda, daha önce de belirtmiştik, her şey kanıt olabilir. Ancak, hukuka uygun yollarla elde edilmiş olma koşuluyula. CYY'nin 254. maddesine, 3842 sayılı Yasa'yla 2. fıkra olarak eklenen hükümde, "*soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*" düzenlemesine açıkça yer verilmiştir. Bundan başka, 3842 sayılı Yasa ile Ceza Yargılama Yasası'na eklenen 135/a maddesine göre, yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen ifadelerin rıza olsa bile delil olarak değerlendirilemeyeceği öngörülmüştür. CYY'nin 254/2. maddesindeki soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı biçimde elde ettikleri kanıtların hükme esas alınmayacağı ilkesi, kanıt

³⁵ Keskin, s. 76-80.

³⁶ 4. CD, 30.5.1996, 2746/5001; 4. CD, 22.5.1996, 3631/4731; (Erol, s. 552); CGK, 18.3.1991, 60/85 (Erol, s. 554).

³⁷ BGH 7.6.1979 JR 1980/168 (Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin (BGH) Türkçe'ye çevrilmiş, bu kararı için bkz., Keskin, s. 95,96, dip not : 330).

³⁸ Öğretideki bu konudaki görüşler ve bunların irdelenmesi ile ilgili açıklamalar için bkz., Şen, s. 96-161.

toplamaya ilişkin tüm yargılama kurallarını ve hukuka aykırı kanıtları kapsamaktadır.

Görülüyor ki, CYY'nin 135/a ve 254/2. maddelerindeki düzenlemelerde, kendisi hukuka aykırı kanıtlar ile hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtların, yargılamada kullanılmayacağını ve hükme etki ettirilemeyeceğini açıklamaktadırlar. Bu hukuka aykırı kanıt, yargılamada kullanılır ve hükme etki ederse, olay/ilk derece mahkemesince verilen karar hukuka aykırılık nedeniyle bozulacaktır. Bir hukuka aykırı kanıt, yargılamada değerlendirilmeye alınmış ve kullanılmış ise, CYY'nin 254/2. göre hükme esas alınmış demektir. Bu nedenle, araştırılması gereken hukuka aykırı kanıt ile mahkeme kararı arasında da nedensellik bağının bulunup bulunmadığıdır (CYY 320/1).

Bizce, bunun anlamı hiçbir biçimde hukuka aykırı kanıtın hükme etki edemeyeceği, yok sayılacağıdır. Hukuka aykırı kanıtların dolaylı ya da bir başka deyişle uzak etkisi de kabul edilemez. Yani "zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur".³⁹ Çünkü; CYY'nin 254/2. maddesi, hukuka aykırı kanıtlar ve bu kanıtlar aracılığıyla elde edilen diğer kanıtlar ayrımı yapmadan, hepsini hukuka aykırı kanıtlar kapsamına alarak bunların yargılamada değerlendirilemeyeceğini öngörmüştür.⁴⁰

3. Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Kanıtlar

Hukuka aykırı kanıtların, ancak soruşturma ve kovuşturma organları tarafından elde edilmesi durumunda ceza yargılamasında kanıt olarak kullanılmayacağı, ancak, özel kişiler tarafından hukuka aykırı yollarla elde edilen kanıtların ceza yargılamasında kullanılabilmesi, öğretide, ileri sürülmektedir.⁴¹

Bizce, CYY'nin 254/2. madde tüm kanıtları içermektedir. Başka bir deyişle, CYY'nin 254/2. maddesi yalnızca soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı yollardan elde ettikleri kanıtlar değil, tüm hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtları kapsamaktadır.

Hukuka aykırı bir kanıt elde edilmişse, bunun özel kişiler tarafından ya da kovuşturma ve soruşturma organlarınca elde edilmiş olup olmadığı önemli değildir. Önemli olan, kanıtın kendisinin hukuka aykırı bulunması ya da hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olmasıdır. Bir kanıt, hukuka

³⁹ İçel, Kayıhan, *Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları* (Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 121/127); Keskin, s. 183; Şen, s. 144-146.

⁴⁰ Aynı görüş için bkz., Erdem, Mustafa Ruhan, *Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Ankara 2001, s. 370.

⁴¹ Öztürk, *Delil Yasakları...*, s.115 vd.

aykırı ya da hukuka aykırı yollardan elde edilmişse hükme esas alınmamalıdır. CYY'nin 254/2. maddesi, soruşturma ve kovuşturma organlarından söz etmektedir. Bunların dahi hukuka aykırı yollardan elde ettikleri kanıtların hükme esas alınamayacağı belirtildiğine göre, bunların dışındaki organ ve kişilerin; yani özel kişilerin elde ettikleri kanıtların kesinlikle hükme esas alınmaması, kanıt olarak değerlendirilmemesi gerektiği kanısındayız.⁴² Kanıt toplamakla görevli ve yükümlü olan soruşturma ve kovuşturma organlarınca başvurulması yasaklanmış olan bir yolun, böyle bir görevleri dahi bulunmayan özel kişilere tanınması açıklanması mümkün olmayan bir çelişki yaratacaktır. Kaldı ki, özel kişilerin hukuka aykırı yollardan topladıkları kanıtların hükme esas alınabileceğini kabul etmek, hakkın kötüye kullanılmasına da neden olabilecektir. Hakkın kötüye kullanılmasını ise hiçbir yasa korumaz.⁴³

Anayasa Mahkemesi de; parti kapatma davası ile ilgili olarak verdiği bir kararında, özel kişiler tarafından hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtın (delilin) hükme esas alınamayacağını belirtmiştir. Bu kararda, CYY'nin 254/2. maddesindeki kuralla, hukuka aykırı biçimde elde edilen kanıtların hükümde göz önüne alınmaması amaçlandığı açıkça belirtilmiştir. Bu bağlamda, söz konusu kanıtların üçüncü kişiler tarafından elde edilmesinin (sağlanmasının) hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı nedeniyle, hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulüne karar vermiştir.⁴⁴

4. Anayasa'nın 38. Maddesine 4709 sayılı Yasa'yla Eklenen Fıkra Göre, Hukuka Aykırı Kanıtların Değerlendirilmesi

Anayasa'nın 38. maddesine, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile, ek fıkra olarak altıncı fıkra eklenmiştir. Söz konusu bu fıkrada, "*Kanun'a aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" denilmektedir. Böylece, Anayasa metnine giren bu hükümle, açıkça ve hiçbir duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde, hem kovuşturma ve soruşturma organları tarafından, hem de özel kişiler tarafından, hukuka aykırı olarak elde edilen

⁴² Aynı görüş için bkz., Odman, Tevfik, *Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1995, s. 210-215; Şen, s. 174; Keskin, s. 184; Sartık, İhsan, Haberleşmenin Denetlenmesi Bağlamında Telefon Dinleme ve Ulusal ve Uluslararası Hukuktaki Uygulamaları, *Adalet Dergisi*, Temmuz 2002, sayı 12, s. 200; Değişik düşünce için bkz., Çanak, Erkan, Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, *Adalet Dergisi*, Temmuz 2002, sayı 12, s. 68; Erdem, s. 371.

⁴³ Erman, Sahir, *Hukuka Aykırı Deliller*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1995, s. 222, 223 ile 386, 387.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 22.6.2001 günlü, 1992/2 (Siyasi Parti Kapatma) esas ve 2001/2 sayılı kararı, (Bkz., karar için; 5 Ocak 2002 günlü ve 24631 (mükerrer) sayılı *Resmî Gazete*; *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, C. II, sayı 37, s. 922-1552).

bulguların kanıt olarak kabul edilemeyeceği öngörülmektedir. Başka bir deyişle, hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş kanıtlar, kim tarafından elde edilmiş olursa olsun, Anayasa'nın 38. maddesine eklenen söz konusu bu altıncı fıkra uyarınca kullanılamayacaktır.

Biz, Anayasa'ya eklenen bu fıkradaki düzenlemeyle; *"soruşturma ve kovuşturma"* organları dışındaki kişi ya da organ tarafından, hukuka aykırı bir biçimde elde edilen kanıtların kabul edilip edilmeyeceği konusunda, öğretilerdeki görüş ayrılıklarına son verildiği kanısındayız.

Ayrıca, Anayasa'ya eklenen bu fıkra uyarınca, hukuka (Yasa'ya) aykırı olarak elde edilen *"bulguların"*, *"kanıt/delil olarak kabul edilemeyeceği"* öngörülmüştür. 3842 sayılı Yasa'yla değişik CYY'nin 254/2. maddesinde ise, hukuka aykırı biçimde elde edilen kanıtların yalnızca hükme esas alınmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, CYY'nin 238. maddesi uyarınca hukuka aykırı biçimde elde edilen kanıt/delil mahkemeye sunulabilmekteydi. Anayasa'ya eklenen fıkra; hukuka aykırı biçimde elde edilen bulguları, kanıt/delil olarak kabul etmemektedir. Böylece, hukuka aykırı bir biçimde elde edilen kanıtın/delilin kullanılması mutlak olarak yasaklanmaktadır. Çünkü, yeni düzenlemeye göre Anayasa'nın, hukuka aykırı biçimde elde edilen bulguları kanıt/delil olarak saymamaktadır. Anayasa'ya eklenen bu hüküm nedeniyle, CYY'nin 238. maddesi uyarınca, hukuka aykırı bir biçimde elde edilen bulguların kanıt/delil olarak mahkemeye sunulamayacağı kanısındayız.

Cumhuriyet Savcısı, hazırlık soruşturması evresinde, ceza kovuşturmasını gerektirecek durumlarda yeterli kanıt/delil bulunması durumunda, kamu davasını açmakla yükümlüdür (CYY 148/2). Hazırlık soruşturması evresinde de, Cumhuriyet Savcısı'nın, hukuka aykırı biçimde elde edilen bulguları, kanıt/delil olarak, Anayasa'nın 38. maddesine eklenen söz konusu fıkra gereğince, kabul edemeyeceği görüşündeyiz. Bu nedenle, Cumhuriyet Savcısı'nın, hazırlık soruşturması sonunda, kamu davasını açarken, iddianamede de bunları kanıt olarak (CYY m. 163/2) gösteremeyeceği kanısındayız.

5. Karşılaştırmalı Hukukta, Hukuka Aykırı Kanıtların Durumu

Karşılaştırmalı hukukta, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş ya da hukuka aykırı olan, kanıtların değerlendirilmesi konusunda, iki yöntemden birisinin benimsendiği görülmektedir.

Birinci yöntemde, tüm hukuka aykırı kanıtların değerlendirilmesi yasaklanmaktadır. Çünkü, sanığın, suç işlemeden önce belirlenmiş yasa kuralları uyarınca yargılanma hakkı bulunmaktadır. Önceden saptanmış

kurallara uymama durumunda, hiçbir değerlendirme yapmadan, bu hukuka aykırı kanıtların kullanılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Yani “mutlak değerlendirme yasağı” kabul edilmektedir. Anglo–Amerikan ceza adalet sisteminde, bu birinci yöntem benimsenmiştir. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların/delillerin, değerlendirilmeyeceğine dair mutlak kural geçerlidir. Bu nedenle, en küçük bir hukuka aykırılık halinde dahi, elde edilen kanıt hüküm kurulurken değerlendirilemez. Bu sistem, hukuka aykırılık nedeniyle, sanığın hangi haklarının ve ne derecede ihlal edildiği konusunda ilgilenmemektedir.⁴⁵ Kanıtın değerlendirilmesi açısından, yalnızca bir hukuka aykırılık durumunun var olup olmadığına bakılmaktadır. Amerikan sisteminde, kolluk tarafından yapılan ve herhangi bir temel hak ve özgürlüğü zedelemeyen bir hukuka aykırılık durumunda dahi, elde edilen kanıt yargılamada kullanılmamaktadır. Anglo–Amerikan Hukuku’nda, “zehirli ağacın meyveleri” olarak anılan hukuka aykırı kanıtların uzak (dolaylı) etkisi de kabul edilmemektedir.⁴⁶

İkinci yöntem ise; Kara Avrupa’sı hukuk sisteminde benimsenen, bazı hukuka aykırı kanıtların değerlendirilmemesine, bazılarının ise değerlendirilmesine, her somut olayın özelliğine göre olanak tanımaktadır. Bu sistemde; sanığın haklarını koruma altına almayan kurallara aykırı yöntemlerle ya da onun haklarını önemli ölçüde zedelemeyen elde edilen kanıtların, kullanılma olanağı bulunmaktadır. Burada, hangi kurala aykırı davranılarak hukuka aykırı kanıtın elde edildiği önemlidir.

Alman Yüksek Mahkemesi, hangi hukuka aykırılıklar durumunda, kanıtın değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda, “haklar alanı teorisi (Rechtskreis theorie)” denilen bir ölçüt benimsemiştir. Bu teoriye göre, öncelikle hukuka aykırı yollardan kanıt elde edilirken, bu hukuka aykırılık nedeniyle sanığın ne ölçüde haklarının ihlal edildiğine bakılmaktadır.

Bu konuda ortaya konulan diğer teori ise, ihlal edilen kuralın koruduğu yararı (menfaati) gözetmektedir. Buna göre, sanığın, yalnızca temel haklarının ihlali sonucu elde edilen kanıtlar, değerlendirilemeyecektir.⁴⁷

Diğer bir teori ise, hakların dengelenmesi (değerlerin tartılması) teorisidir.⁴⁸ Buna göre, bireysel yarar, ceza kovuşturması yapmakla ulaşılmak istenen yarara göre daha ağır basıyorsa, bu durumda hukuka aykırı yollarla elde edilen kanıt değerlendirilemeyecektir.⁴⁹ Alman Federal Yüksek

⁴⁵ Centel, Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 540, 541.

⁴⁶ Öztürk, *Delil Yasakları...* s. 9, 10, 32 vd.

⁴⁷ Volk, Klaus, *Strafprozessrecht*, München 2001, prg. 28, no. 9-10.

⁴⁸ Centel, Zafer, s. 541 (Yazarlar “hakların değerlendirilmesi” teorisi diye adlandırmışlardır); bkz., Erdem, s. 366’da “değerlerin tartımı” teorisi kavramını kullanmıştır.

⁴⁹ Roxin, Claus, *Strafverfahrenrecht*, 23 Aufl, München 1993, prg. 24, no. 23.

Mahkemesi'nin yerleşik görüşü bu son teori doğrultusundadır.⁵⁰ Alman Yüksek Mahkemesi, yoğun eleştiriler üzerine, sanığın polis tarafından ifadesi alınırken haklarının ona anlatılmamasının önemli bir temel hak ihlali olduğuna ve sanığın ifadesinin kullanılamayacağına karar vermiştir.⁵¹

Alman Yüksek Mahkemesi, sanıkla müdafii arasında yasayla özel olarak korunan ilişkinin dokunulmazlığına uyulmaksızın, bunlar arasında geçen bir telefon konuşmasının, gizlice dinlenmesi sonucu elde edilen kanıtın değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.⁵² Öğretide, ceza yargılama hukukuna ilişkin kuralların ağır biçimde ihlal edilmiş olması durumunda; örneğin telefon dinlemeye kolluk tarafından karar verilmesi gibi, elde edilen kanıtın değerlendirilemeyeceği ileri sürülmektedir. Buna karşılık, önemsiz hukuka aykırılıklarda, örneğin; tedbirin üç gün içinde yargıç onayına sunulmaması ya da sunulmuş olup da reddedilmesi nedeniyle hükümsüz kalması durumunda, bu süre içinde hukuka uygun olarak elde edilmiş olan kanıtların (bilgilerin) değerlendirilebileceği kabul edilmektedir.⁵³

İtalyan Ceza Yargılama Yasası'na göre ise, hukuka aykırı ya da yasal olmayan yollardan elde edilen kanıtlar/deliller hiçbir biçimde kullanılamaz ve bunlardan yararlanılamaz (m. 191). Ayrıca, bu durumun soruşturmanın her evresinde re'sen gözetilmesi gerektiğine dair yasada hükümde bulunmaktadır.⁵⁴

Avrupa Birliğine üye ülkelerde "hukuka aykırı kanıtların" ceza yargılamasındaki durumunu da incelemeye çalıştık. Özellikle, Avrupa Birliği'nin 1 Mayıs 2004 tarihinden önceki on beş üye ülkesindeki durumu araştırdık.⁵⁵

Bu ülkelerden, Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, İsveç ve İngiltere (Birleşik Krallık) olmak üzere yedi ülkede; ilke olarak, ceza yargılamasında, özel yaşama saygı hakkı çiğnenerek elde edilen kanıtlar, her somut olayın özelliğine göre, kabul edilip edilmeyeceği değerlendiril-

⁵⁰ Volk., prg. 28, no. 11.

⁵¹ Bgh. Beschluss v. 27.2.1992 – 5 StR 190/191; JZ 18/1992, 918 (Bu karar, İçel, Kayıhan., Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Sorgulamada Hukuka Aykırılık, s. 126'dan alınmıştır.).

⁵² Bghst 33, s. 347, 352.

⁵³ Kleinkecht, Meyer Grosser, Prg. 110 b no.11 (Bu karar, Erdem, s. 367, 368'den aynen aktarılmıştır).

⁵⁴ İtalyan Ceza Yargılama Yasası'ndaki, hukuka aykırı kanıtlarla ilgili düzenleme konusundaki açıklamalar için bkz., Alacakaptan, Uğur, *Delil Yasakları Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir Barosu, s. 524 (519-524)

⁵⁵ Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union, 30 November 2003, s.9-25 (http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr/cdf/index.en.htm)

mektedir. Hukuka aykırı olarak elde edilen kanıtları/delilleri ilk baştan kabul edilemez olarak görmeyen bu ülkelerde, kanıt değerlendirmede, bir takım ölçütler gözetilmektedir. Bunlar, kanıt elde edilirken yapılan ihlalin ağırlığı, kanıtın güvenilirliği, kanıtın/delilin o olay için önem derecesidir. Ancak, hukuka aykırı biçimde elde edilen kanıta/delile tek başına dayanılarak hükümlülük (mahkumiyet) kararı verilememektedir. Almanya da, bu grupta olmasına karşın, özel yaşamın gizliliğinin çok ağır biçimde ihlali durumunda, bu biçimde elde edilen kanıtları/delilleri mahkemeler kabul edilemez olarak görmektedirler.

Avrupa Birliğinin diğer sekiz ülkesi; Belçika, İspanya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda ve Portekiz’de ise, hukuka aykırı olan ya da hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtlar/deliller, sanığın lehine olması durumu dışında, kabul edilemez nitelikte görülmektedir. Daha doğrusu, bu sekiz ülkede, “*hukuka aykırı kanıtlar*” kesinlikle kabul edilmemektedir.

IV. MAHKEME KARARLARI

Bu bölümde, hukuka aykırı kanıtlar konusunda, özellikle yakın tarihte verilen ve önemli olarak gördüğümüz mahkeme kararlarını açıklayacağız. Böylece, mahkeme kararlarından, uygulamada hukuka aykırı kanıtlarla ilgili yasaların nasıl yorumlandığı daha iyi anlaşılacaktır.

Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Anayasa Mahkemesi’nin, Yargıtay’ın, Danıştay’ın ve Askeri Yargıtay’ın hukuka aykırı kanıtlarla ilgili verdiği önemli kararların, konuyla ilgili bölümlerini kısaca aktarmaya çalışacağız.

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) kanıtların sunulması, kabulü ya da değerlendirilmesi konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ulusal mahkemeye sunulan kanıtları değerlendirmemektedir. Kanıtın kabul edilip edilmemesi, iç hukuk kurallarına göre, toplanan kanıtların değerlendirilmesi, ilke olarak ulusal mahkemelere aittir.⁵⁶

Mahkemeye sunulan kanıtların ulusal Yasa’ya göre değerlendirilmesinin, ilke olarak ulusal mahkemeye ait olduğu, AİHM’nin bu konuda yetkisi

⁵⁶ Bkz., Van Mechelen ve diğerleri Hollanda kararı, 23.4.1997, 50.

⁵⁷ 6.12.1988 tarihli Barbero, Messegue ve Jabardo-İspanya kararının özet olarak Türkçe çevirisi için bkz., Hakimlerin Yarattığı Hukuk, B II. Avrupa İnsan Hakları Mahke-

olmadığı Barbera, Messegue ve Jabardo-İspanya⁵⁷ kararında açıklamıştır. AİHM bu kararında, ceza davalarında kanıt sunulurken, yargılamanın, adil yargılama kurallarına uygun bir biçimde, sözleşmenin 6/2. ve 6/3. maddelerine uygun yapıp yapılmadığını denetleme yetkisinin bulunduğunu açıkça belirtmiştir. Özel yaşamın gizliliğinin ihlal edilmesi suretiyle, daha doğrusu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesine aykırı bir biçimde elde edilen kanıtların (delillerin), AİHS'nin 6. maddesinde yazılı adil yarılanma güvenceleri yerine getirilmesi durumunda kullanılacağını kabul etmektedir.⁵⁸

AİHM, hukuka aykırı bir biçimde elde edilen bir kanıtın hüküm verirken kullanılmasının, tek başına sözleşmenin 6. maddesine aykırılık oluşturmayacağını, ancak somut olaya göre aykırılık oluşturabileceğini kabul etmektedir. Schenk⁵⁹ davasında, savunma makamına, hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş ses kayıtları hakkında, karşı görüş bildirme olanağının yeteri kadar sağlanmış olması ve sanığın hükümlülüğüne karar verilmesini haklı gösterecek diğer kanıtların da bulunması nedeniyle sözleşmenin 6 (I) maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

AİHS'nin 8. maddesinde, özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkı korunmaktadır.

Bir kişinin haberleşmesine; saygı gösterilmesi hakkı da sözleşmenin 8. maddesiyle güvence altına alınmıştır. Haberleşme hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurmadır.

Haberleşme, posta yoluyla gönderilenleri içermektedir. Ancak, bu kavrama AİHM telefonla iletişim⁶⁰ ve teleksi⁶¹ de katmıştır. Mahkeme, konut kavramını, bu yerlerin aranması bağlamında bazı işyerlerini kapsayacak biçimde nasıl genişletmişse,⁶² haberleşme kavramını da teknolojiye gelişmelere ayak uyduracak ve e-posta gibi haberleşme yöntemlerini de koruma altına alacak biçimde yapmalıdır.

mesinin Kararları B II. 1- Yenisey, Feridun-Altunç, Sinan-Öztezel, Aslıhan, *AİHM Karar Özetleri*, Nisan 2004, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, s. 87; Aynı nitelikteki AİHM'nin diğer kararları için bkz., Gözübüyük, A. Şeref-Gölcüklü, A. Feyyaz., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 4. Bası, Ankara 2003, s. 153.

⁵⁸ Khan-İngiltere Kararı, 12.5.2000 (Bkz., Yenisey-Altunç-Öztezel, *AİHM Karar Özetleri*, s. 100).

⁵⁹ Schenk-İsviçre Kararı, 12.7.1988 (Bkz., Yenisey-Altunç-Öztezel, *AİHM Karar Özetleri*, s. 109).

⁶⁰ Klass-Almanya kararı, 6.9.1978, Prg. 41.

⁶¹ Melone-İngiltere , 2.8.1984, A 82, Prg. 64.

⁶² Mutatis Mutandis Niemitz-Almanya, 16.12.1992, A 251-b, 30-31.

Halford-İngiltere⁶³ davasında, mahkeme (AİHM), iş telefonu ya da özel telefondan yapılan telefon görüşmelerinin ve büro telefonunun kullanımının, sözleşmenin 8. maddesinin sağladığı koruma kapsamında bulunduğuna, karar vermiştir.

Komisyon ve mahkeme özellikle, ceza ve tutukevlerinde bulunan kişilerin, dışarıdaki yakınları ya da avukatları arasındaki mektuplara ve diğer haberleşme yöntemlerine sağlanan korumanın, çok büyük olduğunu, açıkça kararlarında belirtmiştir.⁶⁴

Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına giren haklara saygı gösterilmesinde, devletin pozitif yükümlüğü de bulunmaktadır.

Mahkemeye göre; sözleşmenin 8. maddesi yalnızca devleti müdahale etmekten kaçınmaya zorlamaz. Bu negatif yükümlülüğünün yanında, özel yaşama ve aile yaşamına etkin biçimde saygı gösterilmesinin doğası gereği, devletin pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu yükümlülükler, kişilerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile, özel yaşama saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içermektedir.⁶⁵

Mahkemeye göre, pozitif yükümlülüğün olup olmadığını belirlemek için devlet, toplumun çıkarları ve bireyin çıkarları arasında adil bir dengeyi kurulum kurulmadığına bakmalıdır.

Sözleşme'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında korunan haklara yapılan herhangi bir müdahalenin, sözleşmeyle tutarlı olabilmesi için, sözleşmenin aynı maddesinin 2. fıkrasında belirtilen ölçütlere uygun olmalıdır.

Öncelikle müdahalenin yasalara uygun olması önemlidir. Müdahalenin yasalara uygun olması için, her şeyden önce yasal dayanağının bulunması gerekir. Mahkeme, Malone-İngiltere⁶⁶ davasında, telefon görüşmelerine müdahale yetkisinin yasal dayanağı olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu dava sonunda, mahkeme, kamu otoritelerinin telefon görüşmelerini gizli olarak dinleme yetkisini kullanmasının kapsamı ya da yöntemi konusunda açıklık olmadığını belirtmiştir. Çünkü idari bir uygulama olduğu için, herhangi bir zamanda değiştirilebilirdi. Bundan dolayı da sözleşmenin 8. maddesinin ihlali anlamına geliyordu.

⁶³ Halford-İngiltere (Birleşik Krallık) davası, 25 Haziran 1997 tarihli karar (Bu kararın özet çevirisi için bkz., Kilkelly, Ursula, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi, İnsan Hakları El Kitapları*, No. 1, Kasım 2001, s. 19).

⁶⁴ Labita-İtalya, 6.4.2000; Niedbal-Polanya, 4.7.2000; Messina-İtalya, 28.9.2000 (Konuyla ilgili kararlar ve açıklamalar için bkz., Gözübüyük-Gölcüklü., s. 342).

⁶⁵ Kilkelly, s. 20.

⁶⁶ Malone-İngiltere (Birleşik Krallık) davası, 2 Ağustos 1984 tarihli karar.

Telefon dinleme ile ilgili olarak Fransa'ya karşı açılan Kruslin ve Huvig davalarında, polisin telefon dinlemesini düzenleyen Fransız Yasası'nın, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasındaki tahmin edilebilirlik koşuluna uyup uymadığı, mahkeme tarafından değerlendirilmiştir.⁶⁷

Mahkeme kararına göre;

"Telefon görüşmelerine dinleme veya diğer yöntemlerle müdahale edilmesi, özel yaşama ve haberleşmeye ciddi bir müdahaledir. Bu nedenle, müdahale özellikle kesin olan Yasa'ya dayanmalıdır. Kullanılabilecek teknolojiler çok çeşitli olduğu için, bu konuda açık ve ayrıntılı kuralların olması gerekir. Bu konudaki Fransız yasaları, kamu yetkililerine verilen takdir yetkisinin, kullanma biçimini ve kapsamını makul bir açıklık düzeyinde belirtmemektedir. Bu durum, söz konusu dönemde daha da geçerliydi; böylece Bay Kruslin, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü kapsamında yurttaşların hak ettiği asgari koruma düzeyine sahip olmamıştır."

Mahkeme, Rotaru-Romanya davasıyla ilgili kararında, yürütmenin, yetkilisini gizli kullandığı durumlarda, keyfi uygulama olma riskinin özellikle yüksek olacağını açıkça belirtmiştir.

Mahkeme ayrıca kararında şu açıklamayı yapmıştır:

*"Gizli gözetim önlemlerinin uygulamaya geçirilmesi, söz konusu kişiler veya genel olarak kamu tarafından eleştiriye açık olmadığı için yürütmeye verilen yasal takdir yetkisinin sınırsız bir güç olarak ifade edilmiş olması hukukun üstünlüğüne karşıdır. Bu nedenle yetkililere verilen takdir yetkisinin kapsamı ve uygulama yöntemi, bireye keyfi müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayacak biçimde ve alınan önlemin meşru amacı göz önünde bulundurularak, kanunda yeterince açıklıkla belirtilecektir."*⁶⁸

Bu kararlardan çıkan sonuca göre, posta gönderilerinin denetimi ya da telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin resmi makamlarca dinlenilmesi, denetimi veya kaydedilmesi konusunda, keyfi uygulamalara olanak vermeyecek bir biçimde yasal düzenleme yoksa, yasal amaçlara yönelik de olsa her türlü müdahale, mahkemece, sözleşmenin 8. maddesine aykırı kabul edilmektedir.

2. Anayasa Mahkemesi

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, Anayasa Mahkemesi'ne bir siyasi parti hakkında temelli kapatma davası açılmıştır. Daha sonra, bu siyasi

⁶⁷ Kruslin-Fransa davası, 24 Nisan 1990 tarihli karar; Huvig-Fransa davası, 24 Nisan 1990 tarihli karar (bu kararların özet çevirisi için bkz., Kilkelly, s. 26).

⁶⁸ Rotaru-Romanya davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar, paragraf 55 (Kararın özet Türkçe çevirisi, Kilkelly, s. 26, 27'den aynen alınmıştır).

parti kapatma davası ile ilgili olarak, parti genel başkanı ile parti yetkilisi arasında araç telefonu ile yapılan konuşmanın kaydedildiği kasetin, isminin açıklanmasını istemeyen bir kişi tarafından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na verilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca, bu kaset Anayasa Mahkemesi'ne, kanıt olarak değerlendirilmek üzere sunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu kasetin kanıt olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini tali dava olarak ele alıp incelemiştir.

Yüksek mahkeme önce, yargı yerlerince uyuşmazlık konusu eylem ya da hukuki olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanmasında, bir kanıt lama aracı olan kanıtın (delilin) hükme esas alınabilmesi için, yasalarla kullanılmasına izin verilmesinin gerekli olduğunu özellikle vurgulamıştır.

Daha sonra, CYY'nin 254. maddesinin ikinci fıkrasında, *"soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri kanıtlar hükme esas alınamaz"* kuralına yer verildiğini belirtmiştir. Bu kurala, hukuka aykırı biçimde sağlanan kanıtların hükümde göz önüne alınmaması amaçlandığından, söz konusu kanıtların, üçüncü kişiler tarafından sağlanmasının hukuka aykırılığını ortadan kaldıramayacağını Anayasa Mahkemesi, kararında açıklamıştır. Ayrıca, kanıtın elde edilme biçimi, kişilerin Anayasa ile tanınmış haklarını ihlal ediyorsa, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeceğini belirtmiştir.

Yüksek mahkeme;

"Anayasa'nın 22. maddesine göre, herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Kanun'un açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Kanunla yetkili kılınan merci emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunla belirlenir" ilkelerine değinmiştir. Daha sonra da bu ilkeler bağlamında, *"iddianameye eklenen deliller arasında yer alan ve üçüncü kişiler tarafından getirildiği belirtilen parti genel başkanı ile partinin diğer yetkilisi arasındaki araç telefonundan yapılan konuşma kaydının, Anayasa'nın 22. maddesinde belirtildiği biçimde, usulüne uygun bir yargıç kararına ya da kanunla yetkili kılınan merci emrine dayanmadığı, bu nedenle de haberleşme özgürlüğünü ihlal ettiği açık olduğundan, hukuka uygun olarak elde edilmediği sonucuna varılan söz konusu konuşmaya ait kasetin, CYY'nin 254. maddesinin ikinci fıkrası gereğince hükme esas alınmamasına"* oyçokluğuyla karar vermiştir.⁶⁹

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 22.6.2001 gün, 1999/2 (siyasi parti kapatma) esas ve 2001/2 sayılı kararı (Bkz., *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, C. II, sy. 37, (S. 922-1552) s. 1465. Ayrıca bkz., 5 Ocak 2002 günlü ve 24631 (mükerrer) sayılı *Resmi Gazete*).

3. Yargıtay

Yukarıdaki açıklamalarımızda, 3842 sayılı Yasa'yla Ceza Yargılama Yasası'nda yapılan değişiklikten sonra, Yargıtay tarafından konuyla ilgili olarak verilen bazı kararları, yeri geldikçe sunmaya çalıştık. Burada ise yine, 3842 sayılı Yasa'yla, Ceza Yargılama Yasası'nda yapılan değişiklikten sonra, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Özel Ceza Daireleri'nin vermiş olduğu, daha önce değinilmeyen ve önemli bulduğumuz bazı kararları hakkında açıklamada bulunacağız.

a. Ceza Genel Kurulu Kararları

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, CYY'nin 135. maddesinde öngörülen aydınlanma hakkı ve aydınlatma yükümlülüğüne uyulmayarak hakları bildirilmeden yapılan sorguyu, Yasa'ya aykırı ve savunma hakkının kısıtlanması olarak kabul etmektedir. Bu nedenle, aydınlatma yükümlülüğünün hatırlatılmamasını bir bozma nedeni kabul ederek hükümleri bozmaktadır.⁷⁰ Hatta Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sanığın, beraat ettiği hallerde de aydınlatma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle hükmü bozmaktadır.⁷¹ Çünkü, CYY'nin 135. maddesinde yazılı hakların, savunma hakkı ile ilgili, kamu düzeninden ve emredici bir usul kuralı olarak kabul edildiği, söz konusu Ceza Genel Kurulu'nun kararının gerekçesinde açıkça belirtilmiştir.⁷²

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 8.4.2003 tarihli kararında; *"...eylemlerin sanığın talimatları sonucu gerçekleştiği yönünden herhangi bir kanıt elde edilememiş, gönderilen eylem evraklarında da sanığın ismine rastlanılmamıştır. Telefonla yapılan konuşmaların dinlenmesi sonucu tespit edildiği bildirilen kasetlerin çözümlerindeki talimatları veren kişinin sanık olduğu da kesin biçimde saptanamamıştır. Diğer yönden ses benzetilmesi veya montaj yapılmak suretiyle düzenlenmeleri olasılığı karşısında diğer delillerle doğrulanmadıkça bunların kanıt olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. Kaldı ki somut olayda telefon konuşmalarının dinlenilmesi için usulüne uygun olarak verilmiş bir mahkeme kararı da dosyada bulunmamaktadır. CYUY'nin 254. maddesinin açık hükmü uyarınca, hukuka uygun olarak elde edildiği saptanamayan kanıtlar hükme esas alınamaz."* görüşüne yer verilmiştir.⁷³ Böylece, hukuka uygun yollarla elde edilmemiş; başka bir deyişle, hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş kanıtların CYY'nin 254. maddesi uyarınca hükme esas alınamayacağı, Ceza Genel Kurulu kararında açıkça belirtilmiştir.

⁷⁰ CGK, 21.10.1997, 4/116-203; CGK, 17.12.1996, 1996/6-263 1996/282 (YKD., 1997/3, s. 434-436); CGK, 24.10.1995, 1995/7-165, 1995/302 (YKD., 1996/1, s. 103-115).

⁷¹ CGK, 19.12.1994, 1994/6-322, 1994/343 (YKD., 1995/7, s. 1119-1125).

⁷² Bu kararın yerinde olmadığına ilişkin düşünce için bkz., Şen., s. 199-202.

⁷³ CGK, 8.4.2003, 2003/9-30, 2003/98.

Ceza Genel Kurulu, başka bir kararında, “...Demokratik bir hukuk devletinde; delil elde etme, soruşturmanın temel amacı ve kolluğun görevi olmakla birlikte, bu amaç ve görev insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamaz; kolluk görevlileri, insan haklarına saygılı kalarak, hukuka uygun bir şekilde delil elde etme görevlerini yerine getirmelidir...” demektedir. Ayrıca, söz konusu kararda; sanıkların, hukuka aykırı bir biçimde ikrarlarını sağlamak ve kanıt elde etmek için, katılanlara karşı yaptıkları eylemlerin, işkence suçunu oluşturduğunu ve işkence suçunda, insanlığa karşı işlenen bir “insanlık suçu” olduğunu, açıkça belirtmiştir.⁷⁴

Ceza Genel Kurulu’nun 28.9.1999 tarihli kararında; “... Bir kanıt, yasa koyucunun öngördüğü koşullara göre elde edilmemişse, hükümde, bu kanıtı dayanılamayacaktır...” demektedir.⁷⁵

b. Özel Ceza Daireleri Kararları

Yargıtay 1. Ceza Dairesi bir kararında; kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirten sanıkla, sohbet havasında yapılan konuşmanın, habersiz olarak videoya kaydedilmesi olayında, video kasetinin kanıt olarak hükme esas alınamayacağını açıkça belirtmiştir.⁷⁶ Kararda; sanığın, aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapması engellendiği ve CYY’nin 135/a maddesinde sayılan yasak yöntemlerden “aldatma” yoluyla elde edildiği için video kasetindekilerin kanıt olarak kabul edilip, değerlendirilerek hükümlülük kararı verilemeyeceği vurgulanmıştır. Bu nedenlerle, Yüksek 1. Ceza Dairesi’nce, “...Sanık C. nin ikrarını içeren video kasetinin tamamı hukuken geçersiz kabul edilerek, bunun dışındaki delillerin (kanıtların) değerlendirilmesi suretiyle, oluşacak kanaate göre sanıkların hukuki durumlarının tayin edilmesi gerekirken, gerekçede yazılı olduğu şekilde yasak yöntemlerle elde edildiğinde şüphe bulunmayan delile (kanıt) dayanılarak hüküm kurulması suretiyle, CMUK’nun 3842 sayılı Kanun ile değişik 135/a ve 254/2. maddelerine muhalefet edilmesi nedeniyle...” (aykırı davranıldığından) hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nce verilen başka bir kararda da; yakalanarak özgürlüğü fiilen kısıtlanan kişinin gözaltı süresi bu kişi ya da kişilerin yakalanması ile başladığından, yakalanıp serbest bırakılmayan sanıkların CYY’nin 128. maddesinde öngörülen yasal süre içerisinde yargıç önüne çıkarılmaması nedeniyle, kollukça alınan ifadelerindeki suçu işlediğine ilişkin anlatım kanıtının, hükme dayanak yapılamayacağı açıklanmıştır.⁷⁷

⁷⁴ CGK, 15.10.2002, 2002/8-191, 2002/362.

⁷⁵ CGK, 28.9.1999, 213/219 (Genel, Erdoğan, “Uygulamada Hukuka Aykırı Deliller Sorunu”, 2 Temmuz 2004 tarihinde Bahçeşehir Üniversitesi tarafından düzenlenen “Hukuk Devleti ve Devletin Yetkileri” adlı sempozyumda sunulan tebliğ, s. 11.

⁷⁶ 1. CD, 16.2.2004, 2003/3819, 2004/299.

Yüksek 1. Ceza Dairesi'nin bu kararında; "CYUY'nin 128. maddesinde öngörülen ve yakalanıp gözetime alınan şahsın yol hariç yirmi ört saat içinde sulh hakimi önüne çıkarılmasını, üç veya daha fazla kişinin katılımı ile toplu olarak işlenen suçlarda ise kanıtların toplanmasındaki güçlük, fail sayısının çokluğu veya benzer nedenlerle bu sürenin Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri ile dört güne kadar uzatılabileceğini" belirten hüküm ile 135/a maddesi son fıkrasında öngörülen; "yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez" ve 254. maddesi 2. fıkrasındaki "soruşturma organlarının hukuka aykırı olarak elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" tarzındaki buyurucu hükümler karşısında; yakalanıp gözetime alınışı 2.11.2000 günü gerçekleştirilen sanıklar (R. L. ve N.)'ın savcılığın yazılı emri olmadan 6.11.2000 tarihinde kollukça alınmış ikrarları ile yakalanıp gözetime alınışı 2.11.2000 tarihinde yapılmış olan sanık (S.)'ın yine savcılığın yazılı emri ve onayı olmadan 5.11.2000 tarihinde kollukça saptanan itirafının hükme dayanak alınması... açıkça Yasa'ya aykırı bulunmuştur.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 9.6.2004 günlü kararında; aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin, yani, CYY'nin 135. maddesinde yazılı olan hakların, sorgu sırasında sanığa açıklanmamış olmasının, Yasa'ya aykırılık oluşturacağını ve bozma nedeni sayılacağını belirtmiştir.⁷⁸

Yargıtay 2. Ceza Dairesi bu kararında; "... dava konusu suçtan dolayı CMUK'nun 236. maddesinin yollamada bulunduğu aynı Yasa'nın 3842 sayılı Yasa ile değişik 135. maddesi dairesinde sorguya çekilmesi gereken sanıklara bu madde ile tanınıp savunmaya ilişkin bulunan hakları hatırlatılmadan, hatırlatılmış ise bu husus tutanağa geçirilmeden hüküm tesisi..." durumunu Yasa'ya aykırı bularak, bu aykırılığı bozma nedeni kabul etmiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi de; sanığa, iddianame okunmadan ve yasal hakları öğretilmeden (bildirilmeden) alınan savunmanın, hükme dayanak yapılamayacağını açıkça belirtmiştir.⁷⁹ Bu nedenle, Yüksek 4. Ceza Dairesi; "...Sanığın savunmasının alındığı 23.8.2001 günlü oturumda iddianame okunmayarak CYY'nin 236. ve yasal hakları hatırlatılmayarak 135. maddesine aykırı davranılmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanması ve bu suretle hukuka aykırı biçimde elde edilmiş bulunan anılan savunma hükme dayanak yapıp CYY'nin 254/2.maddesinin göz ardı edilmesi, ..." durumunu Yasa'ya aykırı bularak hükmün bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 4.10.1994 tarihli kararına göre, "...Ceza Yargılama Yasası'nın 3842 sayılı Yasa'yla değişik 135. maddesinde öngörülen

⁷⁷ 1. CD,6.11.2002, 2002/2940, 2002/3985.

⁷⁸ 2. CD, 9.6.2004, 2003/4094, 2004/11538.

⁷⁹ 4. CD, 21.1.2004, 2003/891, 2004/433; aynı nitelikte, 4. CD, 13.5.1998, 4011/5101; 4. CD, 7.5.1998, 2560/4845.

aydınlanma hakkı ve aydınlatma yükümlülüğüne uyulmayarak ve özellikle; susma, savunma ve bir savunmadan yararlanma hakları bildirilmeden yapılan sorgu ve bu sorguyla elde edilen anlatım kanıtı da, kuşkusuz hukuka aykırı bir kanıttır ve değerlendirme yasağı kapsamındadır.

(.....)

Bu tür kanıtlar hükme dayanak yapılamazlar.

(.....)

Ancak, olağanüstü ve sıra dışı bir yasa yolu olan yazılı emir yolu, yeniden duruşma yapılamayacağından, Yargıtay'ın ilk mahkemenin yerine geçerek karar verebileceği durumlarla sınırlıdır.

Dosya incelendiğinde; hükümlünün 3842 sayılı Yasa değişikliğinden sonra sorgusu yapıldığı anlaşılmakta ve savunma/anlatım özgürlüğünü kullanıp kullanmama ve aydınlanma konularında, Ceza Yargılama Yasası'nın 135. maddesinde öngörülen hakların kendisine bildirildiğine ilişkin bir deyişe duruşma tutanağında rastlanmamıştır. Bu durumuyla sorgu Yasa'ya aykırıdır.

Ancak, hükümlü, aşamalardaki savunmalarında, okunan son soruşturma kararındaki suçlamaları reddetmekle yetinmiş, kanıt oluşturacak ikrar ya da benzeri bir anlatımda bulunmamıştır.

Öte yandan yerel mahkemenin, bir ikrar ve kabulü içermeyen savunmaya dayanması esasen olanaksızdır. Nitekim mahkeme hükmü, öbür kanıtlara dayanılarak kurulmuştur.

(...) Söz konusu hukuka aykırı işlemin, kurulan hüküm açısından nedensel (illi) değer ve gücü bulunmamaktadır..."⁸⁰ Daire, söz konusu kararında, açıklanan nedenlerle yazılı emre dayalı tebliğ namedeki bozma isteğinin reddine karar vermiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 30.10.1995 tarihli kararında ise, "...CYY'nin değişik 135. maddesinde öngörülen yöntem çerçevesinde sorgusu yapılmayan ve bu yüzden de 254/son madde ve fıkrası uyarınca hukuka aykırı bulunan sanığın ikrarına dayanılarak hüküm (mahkumiyet) kurulması..." durumunu Yasa'ya aykırı bularak hükmün bozulmasına karar vermiştir.⁸¹

Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nce verilen bir kararda, mahkeme kararı olmaksızın sanığın telefonunun dinlenmesiyle elde edilen kanıtın, Yasa'ya (Usul Yasası'na) aykırı şekilde elde edildiğinden, hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir.

⁸⁰ 4. CD, 4.10.1994, 1994/7351, 1994/7693 (YKD., 1995/9, s. 1476-1478).

⁸¹ 4. CD, 30.10.1995, 1995/6017, 1995/6940 (YKD., 1996/2, s. 295, 296).

Yüksek 8. Ceza Dairesi, "...Zabitaca yapılan araştırma sırasında sanıkta 9 mm. çaplı bir adet tabanca ile değişik türde mermilerin elde edildiği, somut olgunun bundan ibaret bulunduğu sanığın hukuki sorumluluğunun bu sınırlar içerisinde saptanması gerekeceği, silah ticareti yaptığı konusunda başkaca maddi bulgu elde edilemeyip polisin duyum üzerine bu kişinin haberleşme özgürlüğüne aykırı olarak mahkeme kararına dayanmaksızın özel hayata müdahale biçiminde telefonun dinlenmesi sürecinde öğrenilen harici bilgilerin kanıt olarak gösterildiği, CMUK'nun 254. maddesine 3842 sayılı Yasa ile eklenen son fıkrada" soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağı "ilkesi ön görülüp maddenin gerekçesinde de soruşturma organlarının kasti hareketleri sonucu hukuka aykırı şekilde sağladıkları delillerin yasal değişikliğin esprisine uygun olarak hükme dayanak alınamayacağı belirtildiği halde, bu yolla elde edilen bilgilere dayanılarak suça yazılı biçimde vasf verilmesi, ..." durumunu Yasa'ya aykırı bularak, hükmün bu nedenle bozulmasına karar vermiştir.⁸²

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 26.10.1995 tarihli kararına göre, "...Her ne kadar sanıklar (...) ile örgüt lideri (...) arasında geçtiği ileri sürülen telefon konuşmasına ilişkin olup (...) çözümü yaptırılan bant metni hükme dayanak alınmışsa da; bu bantı, elde edilişi itibarıyla Anayasa'nun haberleşme özgürlüğüne dair 22. maddesinin Haberleşme gizliliği esastır. Kanun'un açıkça gösterdiği hallerde usulüne uygun verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin emri bulunmadıkça, haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz" şeklindeki; CMUK'nun ise 238/a ile 254. maddesinin "soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz" şeklindeki zorlayıcı hükümleri karşısında geçerli kanıt olarak kabul etmeye olanak yoktur...⁸³

c. Hukuk Genel Kurulu Kararları

Hukuka aykırı yoldan elde edilmiş kanıtların değerlendirilmesi konusunda, medeni usul hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ancak, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş kanıta dayanılarak hüküm verilip verilemeyeceği, Hukuk Genel Kurulu'nun değişik somut olaylarla ilişkin verdiği kararlarda, öğretideki görüşlere de yer verilerek, ayrıntılı biçimde tartışılmıştır.

Hukuk Genel Kurulu'nun somut olayla ilgili verdiği bir kararında; "...Dava, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanan boşanma istemine ilişkindir.

⁸² 8. CD, 9.6.1999, 1999/9021, 1999/9538.

⁸³ 9. CD, 26.10.1995, 1995/4186, 1995/5414.

(.....)

Yerel mahkeme, davalı kadının izni alınmadan, kendisi tarafından tutulan "günlük" isimli defterin içeriğinin bu davada, koca tarafından delil olarak ileri sürülemeyeceği, günlük içeriğinin davalı kadının gizlilik alanına, sırlarına dahil olduğu, davalının "kişilik haklarını" ilgilendirdiği, incelenmesi ve değerlendirmeye tabi tutulmasının mümkün olmadığı; Tek başına tanık beyanlarının da davacı savını kanıtlamadığı, davacı kocanın davalı kadını döverek ağır kusur içinde olup davalıya yüklenilecek herhangi bir kusurun varlığı ispatlanamadığı gerekçesiyle direnme kararı vermiştir.

Uyuşmazlık; davalı kadının güven sarsıcı davranışlar içerisinde bulunup bulunmadığı, sözü edilen davranışların ispatı ile ilgili olarak davalı tarafından tutulan "GÜNLÜK" isimli defterin delil niteliğinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktalarındadır.

(.....)

Davalı tarafından tutulan "GÜNLÜK" defterinin delil olarak değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği konusu gelince;

"Zehirli ağacın meyveleri" olarak ifade edilen hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda medeni usul hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Öncelikle konuyu öğretici bakımından incelemekte yarar vardır.

Berkin, usulsüz veya kanunsuz yahut hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delile dayanılarak hüküm verilemeyeceği görüşündedir. Yazara göre, posta memuru ile anlaşarak ele geçirilmiş ve mahkemeye sunulmuş olan başkalarına yazılmış mektupların veya evli erkeğin ilişki kurduğu ve ileride evlenmek istediği kadına yazdığı mektupların çalınarak boşanma davasında delil olarak kullanılması caiz değildir" görüşünü ileri sürmüştür. (Bkz., Prof. Dr. Berkin N., *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi* İst. S. 734)

Üstündağ "hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan delillerin değerlendirilmesi konusunda usul kanunumuzda bir hüküm bulunmadığını belirtmekte, kitabının bir başka yerinde" sesin gizlice banda alınması halinde buna daha sonra bir ispat vasıtası olarak dayanmanın mümkün olduğunu açıklamaktadır. Örnek olarak Alman Mahkemesi'nin kararına göre, insan seslerinin konuşanın muvafakati olmaksızın tespiti kişilik haklarına bir saldırı olmakla beraber, gizli ses almayı haklı kılan nedenlerin mevcudiyeti halinde bu şekilde bir tecavüze müsaade edilmesi gerektiğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Alman Mahkeme kararına esas teşkil eden olayda evli kadın, kocasına defalarca hakaret etmiş ve bütün bunları da mahkemede inkar edeceğini de ilave etmiştir. Bunun üzerine koca açmayı tasarladığı boşanma

davası için bu sahneleri teybe almıştır. (Bkz., Prof. Dr. Üstündağ S., *Medeni Yargılama Hukuku C. I-II*, İst. 2000 S. 627 ve 762).

Prof. Dr. Pekcanitez'e göre, kişilik haklarının, özel yaşam alanı ve sır alanının ihlali sonucu elde edilen teyp bandı, fotoğraf, çalınmış veya el konulmuş aşk mektupları delil olarak değerlendirilemez. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesi konusunda medeni usul hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı esas alınarak karar verilmeli ve bu konuda her somut olayda değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda ihlal edilen kanun hükmü ile ispatlanmak istenen menfaat arasında amaca uygunluk hususu da esas alınmalıdır. Diğer taraftan gizli şekilde ele geçirilen tüm deliller hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmemelidir. Örneğin; bir telefon görüşmesinde, telefondaki ses yükseltici veya ikinci bir dinleme aleti sayesinde tarafların söylediklerinin duyulması sonucu yapılan açıklamalar ve bu konudaki tanıklık geçerli olmalıdır. Kişilik hakkının ihlali sonucu elde edilen delilin kullanılmasına hakkı ihlal edilen kişi izin verirse bu delil mahkemece kullanılabilir (Pekcanitez-Atalay-Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2001/s. 390 vd).

Hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda medeni usul hukukunda açık bir yasa hükmü olmadığı halde, Ceza Yargılamaları Usulü Yasası'nda açık düzenleme yapılmıştır. Bu Yasa'nın (CMUK) 254/2. maddesinde "*kovuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükmü esas alınmaz.*" denilmiştir. Burada sözü geçen hukuka aykırılıklardan birisi de özel hayata yapılan haksız müdahaledir. Ancak özel hayatın gizli alanı dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alanın hiçbir şekilde müdahale edilemeyecek alandır. Örneğin; kişinin cinsel yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmiş ise, bunu, kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun söz konusu delil ceza mahkemesinde delil olarak kullanılamaz. Zira hayatın gizli alanı bir delil elde etme yasağı teşkil eder (Öztürk, B., *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ank.1995, S. 116 vd.).

(...)

Öncelikli olarak özel hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılık vardır. Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş deliller ise yasak bir delil olarak değerlendirilemez. Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekanda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı

evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekanın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri bir yer olduğundan kadın için gizli mekan kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekanda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz.

Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulundurulmuş not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez.

Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir,⁸⁴ denmektedir.

4. Danıştay

Danıştay'ın ve idare mahkemelerinin de, hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtlara bağlı olarak yapılan idari işlemlerin, iptaline dair vermiş olduğu kararlar, bulunmaktadır.

İdare mahkemesince verilen bir kararda, özel yaşamın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü ihlal edilerek ve amirlik nüfuzu kullanılarak elde edilen bilgilere (kanıtlara) dayanılarak davacı başkomiserin devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin kurulan işlemde; hukuka uyarlık (uygunluk) görülmediği gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline, bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı maddi haklarının dava tarihinden itibaren işletilecek faiziyle birlikte davacıya ödenmesine hükmedilmiştir.⁸⁵

Ayrıca, hem hukuk dışı yollardan telefonların dinlenmesini önleyecek tedbirleri almamayı ve hem de Yasa'ya aykırı olarak idare ajanlarınca telefon dinlenmelerini, idarenin ağır hizmeti kusuru olarak kabul eden, idare mahkemesi ve Danıştay'ın kararları bulunmaktadır.

Danıştay 10. Dairesi'nce, "...devletin güvenliğine ve yüksek menfaatine ilişkin çok gizli belge olduğu belirtilerek mahkemeye bile ibraz edilemeyen bu raporun

⁸⁴ HGK, 25.9.2002, 2002/2-617, 2002/648; Hukuka aykırı kanıtların tartışıldığı diğer bir karar ise; HGK, 28.5.2003, 2003/1-374, 2003/370 sayılı karardır.

⁸⁵ Kırkkale İdare Mahkemesi'nin 13.11.2000 gün ve 2000/394, 2000/585 sayılı kararı.

basına sızdırılmasının idarenin ağır hizmet kusuru olduğu, diğer taraftan, bu raporun basında yer alması nedeniyle bakan olarak görev yapmakta olan davacının (...) kişilik haklarına saldırı niteliğinde bulunduğu, bu itibarla idarenin hizmet kusuru nedeniyle davacının manevi zarara uğradığının kabul edilerek idarece manevi tazminat ödenmesine..." ilişkin idare mahkemesince verilen karar, usul ve hukuka uygun bulunarak onanmıştır.⁸⁶

Danıştay 10. Dairesi başka bir kararında, davacının resmi telefonunun, davalı idarede çalışan görevlilerce yasal olmayan yollardan dinlenmesini önleyecek tedbirleri almayarak, Anayasal güvence altında bulunan haberleşme özgürlüğünün zedelenmesine neden olmak suretiyle idarenin ağır hizmet kusuru işlediğinden, davacının uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁸⁷

Danıştay 10. Dairesi bir kararında ise, Anayasa'yla güvence altına alınmış bulunan haberleşmenin gizliliği esasının göz ardı edilerek, yargıç kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yasayla yetkili kılınan merciin emri olmaksızın, davacıya ait telefon konuşmalarının idare ajanlarınca dinlenilmesinde, idarenin ağır hizmet kusurunun bulunduğu, bu durumda davacının uğradığı manevi zararın ödenmesinin yerinde olduğunu açıklamıştır.⁸⁸

5. Askeri Yargıtay

Askeri Yargıtay; 3842 sayılı Yasa'yla CYY'de yapılan değişiklikten önce, hukuka aykırı kanıtlar konusuyla ilgili bir çok karar vermiştir.

Askeri Yargıtay İkinci Dairesi, 26.4.1973 tarihli kararında; *"hukuka aykırı biçimde, kişinin temel hak ve özgürlüklerine aykırı bir biçimde, onun özel yaşamı, haberleşme özgürlüğünün ihlal edilerek gizlice elde edilmiş ses ve görüntü bandının yargılamada delil olarak kullanılması da, vicdani delil sisteminin hukuka uygunluk sınırına takılmaya ve mahkemede delil olarak kabul edilmemeye mahkumdur..."* diyerek hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtın kullanılamayacağını açıkça belirtmiştir.⁸⁹

3842 sayılı Yasa'yla CYY'de değişiklik yapılmadan önce Askeri Yargıtay'ın yerleşik görüşünün, hukuk aykırı kanıtların yargılamada kullanılması gerektiği şeklinde olduğunu kararlarında açıkça görmekteyiz.

⁸⁶ Danıştay 10. Dairesi 13.10.1999, 1997/2216, 1999/4812.

⁸⁷ Danıştay 10. Dairesi, 6.12.2000, 2000/2926, 2000/6227.

⁸⁸ Danıştay 10. Dairesi 6.12.2000, 2000/3896, 2000/6228.

⁸⁹ Askeri Yargıtay İkinci Dairesi'nin, 26.4.1973 gün ve 1973/35 esas, 1973/100 sayılı kararının özeti için bkz., Sartık, s. 196.

Askeri Yargıtay 1. Dairesi'nin 25.11.1974 günlü kararında, ses bantlarının ancak hukuka uygun elde edilmesi durumunda yargılamada kullanılabilmesi açıkça vurgulanmıştır.⁹⁰ Bu karar hukuka aykırı kanıtların kullanılmayacağını, 3842 sayılı Yasa'yla, Ceza Yargılama Yasası'nda değişiklik yapılmadan önce açılması bakımından önemlidir.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu 2.10.1971 tarihli kararında; sanığa suçunu söyletmeye yönelik maddi ya da manevi zora dayalı eylemlerle, elde edilen anlatımın, yasak kanıt kapsamında olduğunu ve bu şekilde elde edilen ikrara dayanarak sanık hakkında hükümlülük kararı verilemeyeceğini, açıkça belirtmiştir.⁹¹

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 10.12.1992 günlü kararında ise, CYY'nin 135/a maddesinde yer alan yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen kanıtlara dayanarak hükümlülük kararı kurulamayacağını açıklamıştır.⁹² Daireler Kurulu, bu kararında, CYY'nin 135/a maddesi hükmünün zaman yönünden uygulama yönünü de tartışmıştır. Sanık yararına bir hüküm olması nedeniyle, geçmişteki eylemlere davanın halen görülmekte olması koşuluyla uygulanacağına karar vermiştir.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 24.12.1992 günlü kararında, askeri savcı tarafından, sanığın, kefen giymek ya da az bir ceza ile kurtulmak gibi seçenekler arasında bırakılmak suretiyle, aldatılarak ayrıntılı bir biçimde ikrarının alınmasına ilişkin ifadenin, yasak yöntemle alındığından dolayı, CYY'nin 135/a maddesi uyarınca kanıt olarak kullanılmayacağını açıklamıştır.⁹³

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 20.01.1994 günlü kararı ise, yukarıda açıkladığımız konudaki kararların temelini oluşturması bakımından çok önemlidir.⁹⁴ Bu karara göre, 353 sayılı Yasa,⁹⁵ CYY karşısında özel nitelikte bir yasa olup, 353 sayılı Yasa'da özel düzenleme bulunan konularda

⁹⁰ Askeri Yargıtay 1. Dairesi'nin 25.11.1974 gün ve 1974/704-1008 sayılı kararı için bkz., Odman, M. Tefvik, Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Kullanılma Sorunu, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi* (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınıdır) C. III, sy. 4, Kasım 1995, s. (20-30), 26.

⁹¹ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun, 2.10.1971 gün ve 1971/65-70 sayılı kararının özeti için bkz., Odman, s. 26, Dipnot: 28.

⁹² Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 10.12.1992 gün ve 1992/119-140 sayılı kararı için bkz., Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Yorumu*, C. I, Ankara 1995, s. 793-800.

⁹³ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 24.12.1992 gün ve 1992/145-146 sayılı kararı için bkz., Kaymaz, s. 128.

⁹⁴ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun, 20.1.1994 gün ve 1994/9-7 sayılı kararın özeti için bkz., Genel, s. 13.

⁹⁵ Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu.

CYY'nin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır. 353 sayılı Yasa'da genel bir yollama/gönderme (atıf) maddesi bulunmadığından, askeri mahkemelerde, CYY'nin uygulanabilmesi için ya açıkça yollama yapılmış olması ya da bir konuda 353 sayılı Yasa'da boşluk bulunması gerekmektedir. CYY'nin 135/a maddesinde düzenlenen "*yasak sorgu yöntemleri*" konusunda ise, 353 sayılı Yasa'da hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, CYY'nin 135/a maddesinde yer alan "*yasak sorgu yöntemleri*" konusunu düzenleyen bu hüküm, Askeri Ceza Yargılaması'nda da uygulanmalıdır. Görülüyor ki, açıkladığımız ilke niteliğindeki bu karar, CYY'nin 135/a maddesinin Askeri Ceza Yargılaması'nda da uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Bundan dolayı önemli bir karardır.

Daireler Kurulu'nun söz konusu bu kararında ayrıca, CYY'nin 135. maddesinde yer alan, "*ifade ve sorgunun tarzı*" konusunu düzenleyen hükmün, karşılığının, 353 sayılı Yasa'nın 83. maddesinde yer aldığı kabul edilmiştir. Kararda, 353 sayılı Yasa'da CYY'nin 135. maddesine açıkça bir yollama da yapılmadığı belirtilmiştir. Bundan dolayı da, Askeri Ceza Yargılaması'nda sanığın ifadesinin alınması ve sorgusunun yapılması sırasında CYY'nin 135. maddesinin uygulanamayacağı kararda açıklanmıştır.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu; bir hırsızlık olayının araştırılması sırasında, cüzdanın kendisi tarafından çalınıp çalınmadığına ilişkin soruya, başlangıçta çalınmadığını söyleyen sanığın, teğmenin, "*Senin aldığını biliyorum, itirafet, aramızda kalacak.*" şeklindeki ısrarı üzerine, cüzdanı kendisinin çaldığını kabul etmesini ve soruşturma sırasındaki ifadelerinde suçlamayı reddederek teğmenin kendisine baskı yaptığını ileri sürmesini değerlendirerek, CYY'nin 135/a maddesine yollama yapmak suretiyle, sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiğini belirterek, bu iadeye dayanan mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.⁹⁶

Hukuka aykırı arama konusunda, Askeri Yargıtay 5. Dairesi 11.1.1995 günlü kararında, konutta yapılan aramanın başlangıçta yöntemine uygun olmasına karşın, daha sonra görevlilerin yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle, kapıyı zorla kırmaları sonucu, aramayı haksız işleme dayandırmaları dolayısıyla böylelikle hizmet dışına çıkmaları nedeniyle, bu aramanın ve hizmet halinin değerlendirmeye alınamayacağı ve üste hakaret suçunun hizmet sırasında olmadığı belirtilmiştir.⁹⁷

⁹⁶ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 28.1.1999 gün ve 1999/35-17 sayılı kararın özeti için bkz., Genel, s. 16.

⁹⁷ Askeri Yargıtay 5. Dairesi'nin 11.1.1995 gün ve 1995/30-34 sayılı kararın özeti için bkz., Genel, s. 16: Odman, s. 27.

Askeri Yargıtay 5. Dairesi, 25.1.1995 günlü bir kararında ise, tanıkların usulüne uygun olarak ifadelerinin alınmamış olmasını, hukuka aykırılık olarak kabul etmiştir.⁹⁸

Görüldüğü gibi, Daire, her iki kararında da, CYY'nin 254. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hukuka aykırı olarak elde edilen kanıtların hükme esas alınmayacağına dair hükme yollama yapmadan, Ceza Yargılama Yasası'ndaki kurullara uyulmayarak, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

Yine, Askeri Yargıtay 5. Dairesi, telefon dinlemesi ve bant kaydına ilişkin olarak 14.2.2001 günlü başka bir kararında " ... Devlet gücünün, bireylerin özel yaşantılarını ihlal etmesini önlemek amacıyla, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetini anayasal teminat altına almıştır. Taraf olduğumuz İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesi, herkesin özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamayacağı hükümlerini içermektedir.

Yabancı Devletin ... Başkonsolosluğu'nda görev yapan ve Gizli haber alma servisinin elemanı olduğu saptanan'ye ait telefonların, istihbarat elemanları tarafından, ulusal güvenliğin korunması amacıyla dinlenilmesi sırasında, sanıkla konuşmalarına tesadüf edilmesi ve bu konuşmaların banda kaydedilmesi, sanığın anayasa ile teminat altına alınmış haklarından birine, devlet organı tarafından yapılmış ihlal olarak kabul edilemez.

Sanığın ses örnekleri, kendi rızası ile ve mahkeme huzurunda saptanmış, yapılan işitsel tanı ve spektografik inceleme sonunda, orijinal kasette yabancı ak-sanla konuşan şahsa bilgi veren kişiye ait seslerin, sanıktan alınan ses örnekleriyle %99 benzer olduğu ve kasetlerde yer alan kayıtlar üzerinde montaj bulunmadığı tespit edilmiştir.

Bu nedenle, istihbarat elemanlarının yapmış olduğu operasyonda kullandığı bu yöntemin hukuka aykırı olduğu söylenemez. Ancak, sanığın istihbarat elemanlarınınca yapılan sorgusu sırasında hukuka aykırı yöntemler kullanıldığına ilişkin bulgular nedeniyle, burada saptanan ifadesinin hükme esas alınmaması uygun görülmüştür." demektedir.⁹⁹

⁹⁸ Askeri Yargıtay 5. Dairesi'nin 25.1.1995 gün ve 1995/77-76 sayılı kararı için bkz., Odman, s. 27; Genel, s. 17.

⁹⁹ Askeri Yargıtay 5. Dairesi'nin, 14.2.2001 gün ve 2001/5-109 sayılı kararının özeti için bkz., Genel, s. 19.

CYY'nin 254. maddesinin 353 sayılı Yasa'daki karşılığı 163. maddedir. 353 sayılı Yasa'nın, kanıtların sunulması ve değerlendirilmesi ile ilgili 163. maddesine, 22.1.2004 gün ve 5078 sayılı Yasa'yla, "*Kanun'a aykırı elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği*" hükmü eklenmiştir.¹⁰⁰ Böylece, 4709 sayılı Yasa'yla, 2001 yılında Anayasa'nın 38. maddesine eklenen fıkraya paralel bir düzenleme getirilmiştir.

Kanımızca, 353 sayılı Yasa'nın 163. maddesine eklenen bu fıkra, objektif bir anlam taşıyan "*kabul edilemez*" deyimine yer verildiği için, hukuka aykırı yollarla elde edilen kanıtların herhangi bir biçimde kullanılmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Yani, hukuka aykırı bulgular kanıt/delil niteliğini taşımadıkları için soruşturma ve kovuşturma evresinde hiçbir zaman kullanılamayacaklardır.

SONUÇ

Yukarıda açıkladığımız gibi, ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Başka bir deyişle, daha önce işlenmiş olan eylemle ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, ceza yargılamasının temel amacını oluşturmaktadır. Bu amaç, yani, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemez. Yapılan araştırma ve soruşturma sınırsız değildir. Çünkü, kişisel temel hak ve özgürlükler ile toplumsal değerlerin, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için yapılan etkinlikler (araştırma ve soruşturma vs.) sırasında da, korunması zorunludur. Bu nedenlerle, Ceza Yargılama Yasası'nın çeşitli maddeleriyle, kanıtın (delilin) kendisi ve elde edilmesi konusunda birçok sınırlamalar ve yasaklar getirilmiştir. Ceza Yargılama Yasası'nda 842 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklik de bu yönde olmuştur. Bununla, kanıtı elde etme bakımından bazı yasaklar getirilmiştir. Bu yasa ile, hukuka aykırı kanıtlar için değerlendirme yasağı yanında, bu tür kanıtların "*hükme dayanak*" yapılamayacağı, yapıldığı takdirde, hükmün bozulacağı da öngörülmüştür.

"*Hukuka aykırılık*" kavramı tüm hukuk kurallarını kapsamaktadır. Hukuk devletinde, yasalar uyulması için yasa koyucu tarafından yapılır. Bu nedenle, hukuka aykırılığın derecesi olmaz. Yani ağaç zehirliyse, meyvesi de zehirlidir. Hukuka aykırı kanıtların dolaylı ya da başka bir deyişle uzak etkisi kabul edilemez. Önemli olan kanıt elde edilmesi, sırasında, bir şekilde herhangi bir hukuk kuralına aykırı davranılmasıdır. Çünkü, CYY'nin 254/2.

¹⁰⁰ 22.01.2004 günlü ve 5078 sayılı Askeri Ceza Kanunu ile Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 9. maddesiyle 353 sayılı Yasa'nın 163. maddesine fıkra eklenmiştir (Bkz., 5078 sayılı Yasa 29.1.2004 gün ve 25361 sayılı RG yayınlanmıştır).

maddesi hukuka aykırı bir şekilde elde edilen kanıtın hükme esas alınmayacağı mutlak bir biçimde öngörülmektedir. Kaldı ki, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 38. maddesine eklenen fıkrada; "*Kanun'a aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" denilmektedir. Böylece, Anayasa metnine giren bu hükümle, açıkça ve hiçbir duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde, hukuka aykırı bir biçimde elde edilen bulguların dahi, kanıt olarak kabul edilemeyeceği öngörülmektedir.

Hukuka aykırı bir kanıt elde edilmişse, bunun özel kişilerin ya da kovuşturma ve soruşturma organlarınca elde edilmiş olup olmadığı da önemli değildir. Önemli olan, kanıtın kendisinin hukuka aykırı olması ya da hukuka aykırı bir biçimde elde edilmiş bulunmasıdır. Bir kanıt, hukuka aykırı ya da hukuka aykırı yollardan elde edilmişse, CYY'nin 254/2. maddesi uyarınca değerlendirme yasağı kapsamındadır. Çünkü, kanıt toplamakla görevli ve yükümlü olan soruşturma ve kovuşturma organlarınca başvurulması yasaklanmış bir yolun (hukuka aykırı kanıt elde etme), böyle bir görevi olmayan özel kişilere tanınması açıklanması mümkün olmayan çelişki yaratırdı. Bu konuyu açık bir biçimde düzenleyen, hiçbir duraksamaya neden olmayacak bir hüküm, Anayasa'nın 38. maddesine, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile ek fıkra (altıncı fıkra) olarak eklenmiştir. Buna göre, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, kim tarafından elde edilmiş olursa olsun kanıt olarak kullanılamayacaktır.

Böylece, hukuka aykırı yollardan elde edilen kanıtların kullanılması kesin bir biçimde yasaklanmıştır. Bundan dolayı, hükme esas alınıp alınmayacağı değil, soruşturma evresinde dahi, kullanılamayacaktır. Çünkü, Anayasa'ya göre, hukuka aykırı yollardan elde edilen bulgular, kanıt olarak kabul edilmemektedir.