



Bu proje Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmektedir.
This Project is co-funded by the European Union and the Council of Europe.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

CEZAI KONULARDA DELİLLERİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ TÜRKİYE REHBERİ



"Ceza Adalet Sisteminin Güçlendirilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesi için Yargı Mensuplarının Kapasitesinin Artırılması" Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi

Hazırlayanlar
Levent YALÇIN
Martyna KUSAK



**CEZAI KONULARDA DELİLLERİN
KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ
-TÜRKİYE REHBERİ-**

CEZAİ KONULARDA DELİLLERİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ -TÜRKİYE REHBERİ-

Hazırlayanlar

- Levent YALÇIN
- Martyna KUSAK

Proje kapsamında hazırlanan bu kılavuza katkılarından dolayı, çalışma grubu katılımcılarına teşekkür ederiz.

Çalışma Grubu Üyeleri

- Cemalettin ŞİMŞEK, Ankara Cumhuriyet Savcısı
- Dr. Akif YILDIRIM, Raportör, Anayasa Mahkemesi
- Dr. Aydın TURHAN, Mardin Cumhuriyet Başsavcısı
- Dr. Hakan Abdülhamid Yavuz, Yargıtay Cumhuriyet Savcısı
- Fatih KURTOĞLU, Tetkik Hâkimi, Hâkimler ve Savcılar Kurulu
- İray PAZARBAŞ, Tetkik Hâkimi, 3. Ceza Dairesi, Yargıtay Başkanlığı
- Kenan ARSLANBOĞAN, 2. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, İzmir Adliyesi
- Mehmet YÜKSEK, Daire Başkanı, Adana Bölge Adliye Mahkemesi
- Ramazan TEKİN, Tetkik Hâkimi, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı
- Şamil INAN, Daire Başkanı, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi
- Yunus Emre YUMUŞAKBAŞ, Tetkik Hâkimi, Hâkimler ve Savcılar Kurulu

Bu Kılavuz "Ceza Adalet Sisteminin Güçlendirilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesi için Yargı Mensuplarının Kapasitesinin Artırılması" Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi kapsamında hazırlanmıştır. Bu Proje Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmekte, Avrupa Konseyi tarafından yürütülmektedir. Projenin sözleşme makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.

Bu yayın, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmiştir. Burada ifade edilen görüşler hiçbir şekilde tarafların resmi görüşünü yansıtmamaktadır. Bu kitapta yer alan görüş ve düşünceler yazarların sorumluluğundadır.

Tasarım

EPAMAT BASIM YAYIN PROMOSYON SAN.VE TİC.LTD.ŞTİ.

Ağaçışleri Sanayi Sitesi 1357. Sok. No: 41

Yenimahalle/ANKARA

Tel : (0312) 394 48 63 - 64

Faks : (0312) 394 48 65

Baskı

Tam Pozitif Reklam&Matbaa

Çamlıca Mahallesi Anadolu Bulvarı 145. Sokak 10/11

Yenimahalle/ANKARA

Tel: 0312 397 00 31 | Faks: 0312 397 86 12


E-Posta: pozitif@pozitifmatbaa.com

www.coe.int/tr/web/ankara

Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi

 cas.ankara@coe.int

 Ceza Adalet Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi

 cas_projesi

 @project_cas

 Ceza Adalet Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi

Proje Paydaşları

- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi
- Yargıtay Başkanlığı
- Hakimler ve Savcılar Kurulu
- Türkiye Barolar Birliği
- Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK)
- Jandarma Genel Komutanlığı
- Emniyet Genel Müdürlüğü
 - Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı
 - Terörle Mücadele Dairesi Başkanlığı
 - Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
- Adli Tıp Kurumu

ÖNSÖZ

Bu rehber, ceza davalarında delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin olarak AİHM ve AYM tarafından geliştirilen bir dizi standarttan oluşmaktadır. Rehberde bir delilin bir davada kabul edilip edilmeyeceği ve mahkûmiyet için kullanılıp kullanılmayacağı sorusuyla karşı karşıya kalan yerel makamlar için kullanışlı olabilecek belirli kilit noktalar sentezlenmektedir.

Rehberin A Bölümü'nde hem AİHM içtihatlarına hem de CMK'da belirlenmiş delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin genel kurallar sunulmaktadır. Bu bölümde özellikle yerel mahkemelerin delillerin hukuka uygunluğunu ve adil yargılanma üzerindeki etkisini inceleme görevi vurgulanmaktadır.

Bölüm B'de ise, delillerin elde edilmelerine ilişkin olarak alınan tedbirler hakkında daha ayrıntılı bilgi veren aşağıdaki alt başlıklar bulunmaktadır:

- Şüpheli kişi aracılığıyla toplanan deliller: duruşma öncesi sorgulama, kamuya açık duruşma ve gizli soruşturmacı,
- Tanık aracılığıyla toplanan deliller: hazır bulunmayan tanığın ifadesi, gizli tanık,
- Özel hayata müdahale yoluyla elde edilen deliller (izleme, ev araması, telefon dinlemesi, coğrafi konum belirleme vb.).

Her bölüm ve alt başlıkta, ilk olarak AİHM'nin yaklaşımı ve ikinci olarak Türkiye'deki bakış açısı ele alınmıştır.

Hiç şüphesiz, delillerin kabul edilebilirliğini belirleyecek her durumda geçerli tek bir genel kural yoktur. Bu nedenle, bu rehber, her şeyden önce, delillerin hukuka uygunluğu ve adil yargılanma hakkı üzerindeki etkisi konusunda delilin kabul edilebilirliğine ilişkin karar sürecinde ulusal makamları destekleyebilecek kilit noktaları vurgulamayı amaçlamaktadır.

Bu amacı gerçekleştirmek için rehber şunları içerir:

- Ulusal makamların delillerin yasallığını ve belirli delillerin adil yargılanma hakkı üzerindeki etkisini incelemede yol göstermek için kontrol listeleri (Bölüm B’de, her bir özel nlemlle birlikte),
- Hem AİHM hem de AYM’nin Türkiye odaklı kilit içtihatlarının ana hatları, yerel makamların delillerin kabul edilebilirliğini incelerken benimsemeleri gereken yaklaşıma ilişkin standartlar.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	5
A.DELİLLERİN YÖNETİMİ – GENEL AÇIKLAMALAR.....	8
I. GİRİŞ	8
II. AİHS KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME	10
2.1. DOĞRUDAN KABUL EDİLEMEZLİK	11
2.2. DOLAYLI KABUL EDİLEMEZLİK.....	12
2.2.1. İŞKENCE KAPSAMINA GİRMEKLE BİRLİKTE, AİHS'NİN 3. MADDESİ İHLAL EDİLEREK ELDE EDİLEN GERÇEK DELİLLER.....	12
2.2.2. AİHS'NİN 8. MADDESİ İHLAL EDİLEREK ELDE EDİLEN DELİLLER.....	13
III. TÜRK HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRME.....	16
3.1. DELİL SERBESTİSİ İLKESİ	16
3.2. KATI YASAL UYUMLULUK KRİTERLERİ	18
3.3. DELİLLERİN GEREKÇELİ KARARDA TARTIŞILMASI	20
3.4. ÖZEL DURUMLAR.....	22
3.5. YASAK DELİLLER DOSYADAN ÇIKARILMALI MI?	23
IV. KONTROL LİSTESİ: DELİLLERİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ DEĞERLENDİRİLİRKEN ATILACAK ADIMLAR.....	24
B. ÖZEL SORUŞTURMA YÖNTEMLERİNE ODAKLANMA	25
I. ŞÜPHELİDEN ELDE EDİLEN DELİLLER	25
1.1. SORUŞTURMA EVRESİNDE SORGU	26
1.1.1. AVUKATSIZ GERÇEKLEŞEN SORGUNUN ADİL YARGILANMA HAKKINI OLUMSUZ ETKİLEYİP ETKİLEMEYECEĞİNE İLİŞKİN KONTROL LİSTESİ... 35	35
1.2. DURUŞMANIN ALENİLİĞİ	36
1.2.1. SANIĞIN YOKLUĞUNUN ADİL YARGILANMA HAKKINI OLUMSUZ ETKİLEYİP ETKİLEMEYECEĞİNİ BELİRLEMEK İÇİN KONTROL LİSTESİ.....	40

1.3. İŞKENCE VEYA İNSANLIK DIŞI YA DA AŞAĞILAYICI MUAMELE YASAĞININ İHLALİ YOLUYLA ELDE EDİLEN İFADE.....	41
1.4. GİZLİ SORUŞTURMACI	43
1.4.1. GİZLİ SORUŞTURMACI KULLANILARAK YÜRÜTÜLEN OPERASYONUNUN ADİL YARGILANMA HAKKINI OLUMSUZ ETKİLEYİP ETKİLEMEMEYECEĞİNİ DEĞERLENDİRMEK İÇİN KONTROL LİSTESİ	48
II. TANIK YOLUYLA ELDE EDİLEN DELİL	48
2.1. HAZIR OLMAYAN TANIK BEYANI	50
2.1.1. HAZIR BULUNMAYAN TANIĞIN İFADESİNİN KULLANILMASININ ADİL YARGILANMA HAKKINI OLUMSUZ ETKİLEYİP ETKİLEMEMEYECEĞİNİ DOĞRULAMAK İÇİN KONTROL LİSTESİ.....	56
2.2. GİZLİ TANIK.....	56
2.2.1. GİZLİ TANIĞIN KULLANILMASININ ADİL YARGILANMA HAKKINI OLUMSUZ ETKİLEYİP ETKİLEMEMEYECEĞİNİ DOĞRULAMAK İÇİN KONTROL LİSTESİ:.....	61
III. MÜDAHALECI ÖNLEMLERLE ELDE EDİLEN DELİLLER.....	61
3.1. ADİL YARGILANMA HAKKI ÜZERİNDEKİ ETKİNİN ÖLÇÜLMESİ.....	62
3.1.1. MÜDAHALECI TEDBİR YOLUYLA TOPLANAN DELİLLERİN KULLANIMININ ADİL YARGILANMA HAKKINI OLUMSUZ ETKİLEYİP ETKİLEMEMEYECEĞİNİ DOĞRULAMAK İÇİN KONTROL LİSTESİ:.....	72
3.2. MASAK RAPORLARININ DELİL OLARAK KULLANILMASI.....	73
3.2.1 . MASAK RAPORUNUN DELİL OLARAK KABUL EDİLEBİLİRLİĞİNİ DEĞERLENDİRMEK İÇİN KONTROL LİSTESİ	74
İÇTİHAT LİSTESİ.....	75

Kısaltmalar listesi

S ya da ŞŞ	Paragraf ya da Paragraflar
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	Anayasa Mahkemesi
[BD]	Büyük Daire
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
Mad.	Madde
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu

A. DELİLLERİN YÖNETİMİ – GENEL AÇIKLAMALAR

I. Giriş

Delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin karar, ceza yargılamasının en zorlu unsurlarından biridir. Nitekim, yargılamayı yapan mahkemenin hem delillerin elde edilme şekline ilişkin geniş ve kapsamlı bir değerlendirme yapması gerekirken hem de herhangi bir ihlal durumunda, bu ihlalin türü ve niteliğini, bunun delilin güvenilirliği ve kalitesi üzerindeki etkilerini ve aynı zamanda adil yargılanma hakkı üzerindeki etkisini de değerlendirmesi gerekmektedir.

Delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kurallar, cezai kovuşturma modeliyle doğrudan bağlantılıdır. Bazı modeller, hangi delillerin davada kullanılabilmesine ilişkin kuralları önceden belirlerken, bazıları ise nelerin delile dönüşemeyeceğine odaklanır. İkinci yaklaşıma genellikle, yargılamadan usulsüz bir şekilde toplanan delilleri ekarte etmeyi amaçlayan bir dizi dışlayıcı kural eşlik eder. Bu tür dışlayıcı kurallar açık olabilecekleri gibi (ihlalin doğasına ve güvenilirliğine bakılmaksızın deliller otomatik olarak hariç tutulur – doğrudan kabul edilemezlik) ihlalin telafi mekanizmaları yoluyla giderilip giderilemeyeceğini değerlendirmeyi amaçlayan dengeleme testine de dayanabilir (delil otomatik olarak hariç tutulmaz, ancak yargılamada kullanımı değerlendirmeye tabidir – dolaylı kabul edilemezlik).

AİHS, usulsüz olarak elde edilen delillerin kabul edilebilirliği veya hariç tutulmasına ilişkin kurallar içermemektedir. AİHM delillerin kabul edilebilirliği sorusuna (özellikle delil AİHS'ye aykırı olarak toplanmışsa), adil yargılanma hakkı merceğinden yanıt verir. Dolayısıyla, böyle bir inceleme, delillerin elde edilme şekli de dahil olmak üzere, bir bütün olarak ele alınan yargılamaların, AİHS'nin 6. Maddesi'nin gerektirdiği şekilde adil olup olmadığını tespit etmeyi amaçlamaktadır. AİHM'nin içtihadından, yalnızca AİHS'nin 3. maddesine aykırı olarak elde edilen delillerin başlı başına adil yargılanma hakkının ihlaline yol

açacağı sonucu çıkar. AİHS’de güvence altına alınan diğer hakların ihlal edilmesi durumunda, AİHM, delillerin elde edilme şeklinin adil yargılanma hakkına halel getirip getirmediğini veya telafi mekanizmaları kullanılarak adaletin yeniden sağlanıp sağlanamayacağını değerlendirmek için dengeleme testi kullanır. Bu tür delillerin kullanımı, bu testin sonucuna bağlıdır.

AİHM, ceza yargılamalarının adil olup olmadığını incelerken, özellikle, sanık tarafından ileri sürülen belirli, yerinde ve önemli bir noktanın göz ardı edilmesi durumunda, yerel mahkemelerin AİHS’nin 6. Maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediğine karar vermiştir.

Önemli noktalar

- ✓ AİHM, delillerin elde edilme şeklinin adil yargılanma hakkına uygun olmasını şart koşmaktadır.
- ✓ AİHS’nin bazı maddelerinin ihlali, yargılamayı otomatik olarak adaletsiz kılarken, diğerlerinin ihlali telafi mekanizmaları yoluyla adaleti yeniden sağlayabilir.

Türk hukuk sistemi söz konusu olduğunda, kanun, bu tür delillerin ceza yargılamasında kabul edilebilirliğine ve kullanılmasına karşı kesin bir duruş sergileyerek, hukuka aykırı olarak elde edilen delillere karşı güçlü usuli güvenceler sağlamaktadır. Her şeyden önce, Anayasa’nın 38/6 maddesi, hukuka aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğini öngörmektedir. Benzer şekilde, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 206/2-a maddesi, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kabul edilemez olduğunu düzenlemektedir. Aynı Kanun’un 217/2. maddesinde, bir suçun hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği hükme bağlanmıştır. Kanunun diğer hükümleri, yargılamayı yapan mahkemeye, delillerin kabul edilebilirliğine karar verme ve hukuka aykırı olarak elde edilen delilleri açıkça belirtme görevi yükler. Ancak, güçlü hukuka uygunluk kuralına rağmen, Anayasa Mahkemesi, AİHM’nin yaptığına benzer bir dengeleme testi kullanarak bazı usulsüzlüklerin telafi mekanizmaları kullanılarak giderilebileceğini kabul etmiştir.

Önemli noktalar

- ✓ Türk hukukuna göre (hem Anayasa hem de CMK) ceza yargılamasında sadece kanuna uygun edilen bulgular delile dönüşebilir.
- ✓ Bazı hukuka aykırılıklar dengeleme testi ile telafi edilebilir ve cezai yargılamasında kabul edilebilir.

II. AİHM kapsamında değerlendirme

AİHM'nin belirli delil türlerinin – örneğin hukuka aykırı olarak elde edilen deliller – kabul edilebilir olup olmayacağı sorusuyla ilgilenmediği baştan vurgulanmalıdır. Bu, öncelikle ulusal yasalara göre faaliyet gösteren ulusal yargıçların yetkisindeki bir konudur (*Schenk / İsviçre*, § 46). AİHM yalnızca usulsüz delil kullanımının sonuçlarına, özellikle de usulsüz delil kullanımının adil yargılanma hakkını güvence altına alan AİHS'nin 6. Maddesini ihlal edip etmediği sorusuna odaklanmaktadır (*Dragojević / Hırvatistan*, § 128). Başka bir deyişle, AİHM, delillerin elde edilme şekli de dahil olmak üzere, bir bütün olarak ele alınan yargılamanın AİHS'nin 6. maddesinin gerektirdiği şekilde adil olup olmadığını tespit etmektir. Bu, iddia edilen hukuka aykırılığın ve AİHS kapsamındaki başka bir hakkın ihlali söz konusu olduğunda, bulunan ihlalin niteliğinin incelenmesini içerir (*Allan / Birleşik Krallık*, § 42).

Bu nedenle, AİHM'nin delilin kabul edilebilirliğine ilişkin yaklaşımı, bazen iki aşamalı analitik modele dayalı koruyucu bir sistem oluşturan 'delillerin adil kullanım hakkı' olarak adlandırılmaktadır. Mahkeme ilk aşamada, Sözleşme haklarının ihlal edilip edilmediğini analiz eder. İkinci aşamada ise, birinci aşama normunu ihlal ederek elde edilen delillerin kabul edilmesinin veya kullanılmasının AİHS'nin 6. Maddesini ihlal edip etmediğini inceler (*Gäfgen / Almanya*, § 169-188).

Çok sayıdaki içtihadında AİHM, yargılamanın adilliğini etkileyen delillerin kullanımına ilişkin iki yaklaşım geliştirmiştir:

- Doğrudan kabul edilemezlik: hukuka aykırı olarak elde edilen ve

kullanımları her zaman yargılamayı adil olmayan hale getirecek kadar yüksek bir adalet riski arz eden deliller (AİHS 3. Maddenin ihlali yoluyla elde edilen deliller);

- Dolaylı kabul edilemezlik: Yargılamanın adilliği açısından risk oluşturan kusurlu deliller, ancak yargılama sırasında onarılabilir.

2.1. Doğrudan kabul edilemezlik

Önemli Madde

AİHS Madde 3 (İşkence yasağı)

Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.

İşkence yoluyla elde edilen gerçek deliller

Önemli noktalar

- ✓ Aşağıdaki deliller otomatik olarak yargılamayı haksız kılar ve bu nedenle kabul edilebilir olarak değerlendirilemezler:
 - İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yoluyla elde edilen (sanık veya üçüncü kişinin) ifadesi,
 - İşkence yoluyla elde edilen gerçek deliller.
- ✓ Mahkeme işkenceyi, çok ciddi ve acımasız acılara neden olan kasıtlı insanlık dışı muamele olarak tanımlamaktadır.
- ✓ Aşağılayıcı muamele, fiziksel ve zihinsel ıstırapın aksine aşağılamayı ve alçalmayı içerir, örneğin şüpheli kaçakçılar tarafından yutulmuş uyuşturucuları kurtarmak için yapılan tıbbi müdahale.
- ✓ İnsanlık dışı muamele, asgari bir ciddiyet düzeyine ulaşmalı veya fiili bedensel zarara ya da yoğun zihinsel acıya neden olmalıdır.

AİHM, AİHS'nin 3. maddesinin AİHS tarafından güvence altına alınan temel ve mutlak haklardan biri olduğu düşünöldüğünde, bu madde ihlal edilerek elde edilen delillerin, mahkumiyet kararında belirleyici olmasalar da, her zaman yargılamanın adilliği konusunda ciddi sorunlar doğurduğu görüşündedir (*Jalloh / Almanya*, § 99). Şiddet veya gaddarlık ya da işkence olarak nitelendirilebilecek diğer muamele biçimleri sonucunda elde edilen bu tür delilleri -ister itiraf isterse gerçek delil şeklinde olsun-, kanıtlayıcılık değeri ne olursa olsun asla mağdurun suçluluğunun delili olarak kullanılmamalıdır (*Harutyunyan / Ermenistan*, § 63; *Jalloh / Almanya*, § 105, *Gäfgen / Almanya*, § 167).

Sonuç olarak, AİHM'nin tutumuna göre, işkence yoluyla elde edilen deliller (hem ifade hem de gerçek delil):

- kanıtlayıcılık değeri ne olursa, ve
- kullanımının sanığın mahkumiyetine karar vermede belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın

her zaman ve otomatik olarak yargılamayı haksız hale getirecektir.

AİHM'nin yaklaşımı aşğıdaki argümanlarla desteklenmektedir. Birincisi, işkence yasağını ihlal eden muamelenin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen delillerin kabulü, bu yasağın mutlak niteliğinin sorgulanmasına yol açacaktır. İkinci olarak, AİHS'nin 3. Maddesini ihlal eden muamelenin doğrudan bir sonucu olarak elde edilen ifadeler zaten güvenilmezdir (*Gäfgen / Almanya*, § 178).

2.2. Dolaylı Kabul Edilemezlik

2.2.1. İşkence kapsamına girmemekle birlikte, AİHS'nin 3. maddesi ihlal edilerek elde edilen gerçek deliller

Önemli Nokta

- ✓ AİHS'nin 3. maddesine aykırı olmakla birlikte işkence olmadan elde edilen gerçek delillerin kullanılması, mahkûmiyeti etkilemesi halinde adil yargılanma hakkını ihlal edecektir.

Mahkeme, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak sınıflandırılan, ancak işkence olarak tanımlanmayan bir fiille elde edilen gerçek delillerin kullanılmasının bir yargılamayı her zaman adillikten yoksun kılıp kılmadığı sorusunu, özellikle, delile atfedilen ağırlıktan, kanıtlayıcılık değerinden ve sanığın bu delillerin kabulüne ve kullanımına duruşmada itiraz etme fırsatlarına bakmaksızın, açık bırakmaktadır (*Jalloh / Almanya*, §§ 106-107). Bu nedenle, AİHS'nin 3. maddesine aykırı olarak insanlık dışı muamele olarak nitelendirilen ancak işkence teşkil etmeyen bir eylem sonucunda elde edilen bu tür delillerin kabulü, AİHS'nin 6. Maddesi'ni ancak AİHS'nin 3. Maddesine aykırılığın davalı aleyhine yürütülen yargılamanın sonucuyla ilgili olması, yani davalının mahkumiyeti üzerinde etkisi olması durumunda ihlal edecektir (*Haski / Belçika*, § 85).

AİHS'nin 3. Maddesi ihlal edilerek elde edilen İFADE



AİHS'nin 3. Maddesine aykırı olarak elde edilen GERÇEK DELİLLER



2.2.2. AİHS'nin 8. Maddesi ihlal edilerek elde edilen deliller

Önemli Maddeler

AİHS Madde 8 (Özel ve aile hayatına saygı hakkı)

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

AİHS Madde 6 § 1 (Adil yargılanma hakkı)

Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

Önemli Noktalar

- ✓ AİHS'nin 8. Maddesini ihlal eden delillerin kullanılması, hatanın yargılama sürecinde giderilmiş olması koşuluyla, yargılamanın bir bütün olarak adilliğine halel getirmeyebilir.
- ✓ Bu eksikliğin yargılama sürecinde giderilip giderilmediğine veya yargılamanın adilliğine telafi edilemez bir şekilde zarar verip vermediğine ilişkin bir değerlendirmenin yapılmaması, kendi başına adil yargılanma hakkının gerekleriyle çelişmektedir.

Özel hayatın gizliliği ihlalleri yoluyla elde edilen delillerin kabul edilebilirliğine karar verilirken (örneğin, yasadışı izleme), delilin elde edilme şekli de dahil olmak üzere, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı sorusu yanıtlanmalıdır (*Schenk / İsviçre*, § 46). Bir ihlal durumu ortaya çıkarsa, bu eksikliğin yargılamalar sırasında giderilip giderilmediği veya genel adilliğine telafi edilemez bir şekilde zarar verip vermediği konusunda değerlendirme yapmak yerel mahkemelere düşer (*Budak / Türkiye*, § 70). Bu yönde bir değerlendirmenin yapılmaması (delillerin güvenilirliğine ilişkin herhangi bir şüpheyi ortadan kaldırmak amacıyla davanın tüm koşullarının kapsamlı ve çekişmeli bir şekilde yürütülmesi gerekir) kendi başına, ilk bakışta AİHM'nin 6 § 1 maddesinin güvence altına aldığı adil yargılanma hakkı ile çelişkilidir. (*Mehmet Zeki Çelebi / Türkiye* § 51; *Ayetullah Ay / Türkiye*, § 194-196).

AİHM, bu tür bir değerlendirmeyi iki aşamadan oluşan dengeleme testini kullanarak yapmaktadır:

Aşama 1: Savunma haklarının incelenmesi

İlk adım, sanığa delillerin hukuka uygunluğu, gerçekliği, doğruluğu ve kabul edilebilirliğine ve kullanımına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediğinin incelenmesinden oluşur (*Budak / Türkiye*, § 81; *Bykov / Rusya*, § 90; *Allan v Birleşik Krallık*, § 43). Şüpheli/suçlu bir kişiden gelen herhangi bir argümanın ulusal mahkemeden yeterli bir yanıt alması gerekir. Mahkeme, yeterli gerekçe göstermeden bunları yanıtızsız bırakamaz veya reddedemez (*Ayetullah Ay / Türkiye*, § 194-196).

Aşama 2: Delillerin mahkumiyet üzerindeki etkisinin incelenmesi

Bu adımda, delilin bir mahkumiyette baskın bir rol oynayıp oynamadığı, yani delilin yargılamanın sonucu için belirleyici olup olmadığı incelenir. Bu tür bir incelemenin niteliği ve kapsamının ölçüleceği kıstas, söz konusu delilin önemine göre belirlenecektir – bir başvuranın mahkumiyeti için delilin rolü ne kadar önemliyse, yerel mahkemelerin incelemesi de o kadar titiz olmalıdır (*Budak / Türkiye*, § 81; *Bykov / Rusya*, § 90).

Sonuç olarak, delil değerlendirmelerinde savunma haklarına saygı duyulmuşsa ve söz konusu deliller sanığın suçluluğunun tespiti için belirleyici değilse, şüpheli delillerin kullanılması yargılamayı haksız hale getirmeyecektir.

III. Türk hukuku kapsamında değerlendirme

3.1. Delil serbestisi ilkesi

Önemli Maddeler

Anayasa'nın 138/1 maddesi

CMK'nın 217/1 maddesi

Türk ceza adalet sistemi, delillerin serbestliği ilkesine dayanmaktadır. Anayasa'nın 138/1. maddesine göre "hakimler vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler". 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217/1 maddesine göre ise "deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir". Bu ilkeye göre her olayın her türlü delille ispat edilebileceği kabul edilmektedir.

Bu ilke, hem her şeyi delil olarak görme yeteneğini hem de delilleri özgürce değerlendirme özgürlüğünü yansıtır. Nitekim maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik ceza yargılamasında, belirli hususların kesin delillerle ispat edilmesi gerekmez ve hâkim, tarafların ileri sürdükleri delillerle bağlı değildir. Bu nedenle ceza yargılamasında her şey delil olarak kabul edilebilir.

CMK 217/1 maddesine göre, "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir". Bu nedenle, delillerin değerlendirilmesi hakimnin kendisi tarafından ve sadece duruşmada sunulan delillere dayanarak yapılabilir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" denilmektedir. Bu, yasaya uygun olduğu sürece her şeyin delil olarak kabul edilebileceği anlamına gelir.

Yargıtay bu ilkeyi şu şekilde yorumlamaktadır: “Ceza yargılamasının amacı, insan onuru açısından maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu nedenle bir suçun varlığı ve sanığın cezai sorumluluğu, hukuka uygun olarak elde edilmesi şartıyla her türlü delil ile tespit edilebilir. Ancak çekişmeli yargılama ilkesi gereği, karara esas mahkûmiyet kararının mahkemede getirilen ve tartışılan delillere dayandırılması esastır (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 217. maddesi). Bu tür delillerin hukuka uygun olarak elde edilmiş olması, gerçekçi ve rasyonel olması, maddi gerçeği yansıtması ve ispatlamaya yeterli olması gerekmektedir (YCGK, 22.12.2009, E. 2009/9-93, K. 2009/308, ayrıca bkz., Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 06.02.2019, E. 2018/3296, K. 2019/606.)”

Birkaç istisna dışında¹, CMK’da delilin değerine ilişkin olumlu veya olumsuz açık bir hüküm bulunmamaktadır. Özetlemek gerekirse, tüm deliller aynı değere sahiptir. Önemli olan delillerin güvenilirliğidir. Hâkim, delilin güvenilir, doğru, hukuka uygun olup olmadığını incelemeli ve nihayet delilin gerçekleri ispat edip etmediğini özgürce değerlendirmelidir.

Ancak delillerin değerlendirilmesindeki özgürlük keyfilik anlamına gelmez. Delillerakla, mantığa ve bilimsel kurallara aykırı olarak değerlendirilmemelidirler (Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 16.04.2018, E. 2018/4, K. 2018/1470). Keyfiliğe karşı en önemli güvencelerden biri, hakimin hangi delilleri göz önünde bulundurduğunu ve bunun gerekçelerini açıkça ve somut gerçeklere dayanarak belirtme yükümlülüğüdür (bkz. gerekçeli karar bölümü).

Önemli Noktalar

- ✓ Hakim delilleri özgürce değerlendirir.
- ✓ Bu değerlendirme hürriyeti keyfi, mantığa ve bilime aykırı olamaz.
- ✓ Hakimin görevi, delillerin güvenilir, hukuka uygun olup olmadığını incelemek ve gerçekleri ispatlamaktır.

1 CMK'nın 222. maddesi (duruşma tutanağının ispat gücü); CMK 210/2 maddesi (duruşmada ifade vermektan kaçınan tanığın önceki ifadesini okuma yasağı); CMK Madde 148 ve 217/2 (yasaklı deliller). Ayrıca bkz. Tanık Koruma Yasası'nın “hüküm yalnızca gizli tanığın ifadesine dayandırılmayacağını” öngören 9/8 maddesi.

3.2. Katı yasal uyumluluk kriterleri

Önemli Maddeler

Anayasa madde 38/ 6
CMK madde 206/2-a
CMK madde 217/2
CMK madde 230/1-b
CMK madde 289/1

Türk hukukunda, Anayasa ve 5271 sayılı CMK'da delil elde etme yöntemleri, delil yasakları, diğer hukuka aykırılıklar ve delilin ceza yargılamasında kullanılma imkanına ilişkin çeşitli hükümler yer almaktadır. Anayasa'nın 38/6. maddesi ile CMK'nın 206/2-a, 217/2, 230/1-b ve 289/1 maddelerine göre, karara dayanak olarak kullanılacak deliller yasaya uygun şekilde elde edilmelidirler.

Bu kapsamda 2001 yılında Anayasa'nın 38. maddesine eklenen bir fıkra ile Anayasa metnine "Kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen bulgular delil sayılmaz" hükmü getirilmiştir. Anayasa'nın bu hükmü sayesinde, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller yargılamaya dayanak olarak kabul edilemez ve yargılamanın hiçbir aşamasında kullanılamaz. Bu nedenle ceza yargılamasında hukuka aykırı delillerin dikkate alınmaması ve yargılamada kullanılmaması gerekir.

Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217/2 maddesi delillerin değerlendirilmesi konusunda genel bir yükümlülük getirmektedir. Bu hükmü göre, "İsnat edilen suç, hukuken elde edilen her türlü delil kullanılarak ispat edilebilir". Bu hükümden, bir suçun hukuka aykırı olarak elde edilen delillerle ispat edilmesinin yasak olduğu anlaşılmaktadır. Bu hüküm, suçun her türlü delille ispat edilebileceğini belirterek ceza yargılamasında serbest delil ilkesini vurgularken, sınırlar da getirmektedir. Suçun ispatında kullanılacak delillerin hukuka uygun olarak elde edilmesi gerekir.

Ceza Muhakemesi Kanununun "Delillerin ortaya konulması ve reddi" başlıklı 206/2-a maddesinde, delillerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi halinde, bu delillerin ortaya konulmasının reddedileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, yargılamayı yapan mahkeme, bir delilin sunulması talebini değerlendirirken, delilin hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirmek

zorundadır. Bu değerlendirme sonucunda delilin hukuka aykırı olduğu tespit edilirse, delilin ortaya konulması reddedilmelidir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217/2. maddesinde olduğu gibi 206/2-a maddesinde de Anayasa'nın 38/6. maddesindeki düzenlemeye uygun olarak, hukuka aykırı delillerin hiçbir şekilde ceza yargılamasında kullanılmamasını sağlamak, bu tür bulguların delil olarak kullanılmayacağını hükme alınmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 230/1-b maddesine göre, yargılamayı yapan mahkeme delilleri incelemek ve değerlendirmek, hangi delillerin karara dayanak teşkil ettiğini ve hangi delillerin reddedildiğini belirtmekle yükümlüdür. Bu bağlamda, yetkili mahkemenin dava dosyasındaki hangi delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğini ayrıca ve açıkça göstermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda mahkeme hukuka aykırı delilleri tespit etmek ve ifşa etmekle yükümlüdür.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 289/1-i maddesi, kararın hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayandırılmasını mutlak bir hukuka aykırılık olarak görür. Yargıtay'a göre hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayalı böyle bir kararın bozulması gerekir (Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2016/13786, K. 2018/13303).

DELİL KABUL EDİLMESİ AŞAMASI (206/2-a CMK) – Delillere ilk bakış
<ul style="list-style-type: none">• Delillerin nasıl elde edildiğine ilişkin değerlendirme• Kanuna aykırı delillerin reddi
YARGILAMA AŞAMASI (230/1-b CMK) – Delillere ikinci bakış
<ul style="list-style-type: none">• Yargılamada sunulan delillerin tamamının hukuka uygun olup olmadığının doğrulanması amacıyla değerlendirilmesi• Hukuka aykırı delillerin tespit edilmesi halinde – bunların reddedilmesi ve gerekçelerin kararda belirtilmesi
KANUNSUZ DELİLDEN ARINDIRILMIŞ MAHKÜMİYET (Anayasa madde 38/6, CMK madde 217/2) Aksi takdirde: CMK madde 289/1

3.3. Delillerin gerekçeli kararda tartışılması

Önemli Maddeler

Anayasa madde 141/3
CMK madde 34

Mahkemelerin kararlarını gerekçelendirme yükümlülüğü Anayasa'nın 141/3'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 34. Maddesinde "hakim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır" hükmü yer almaktadır. Ayrıca CMK'nın 230. maddesi hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususları düzenlemektedir. Buna göre hâkim, sanık tarafından ileri sürülen tüm delil ve iddiaları tartışmalı ve değerlendirmeli, kararını dayandırdığı delilleri ve hariç tutulan delilleri göstermelidir. Bu bağlamda hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrı ve açık bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir.

Yargıtay içtihatlarına göre, hakim, tarafların iddialarını ayrıntılı bir şekilde ortaya koymadan ve delilleri tartışmadan sadece tarafların yaptığı açıklamalara gerekçeli kararda yer veremez (Yargıtay 15. Ceza Dairesi, E. 2014/9639 K. 2016/8970). Ayrıca Yargıtay'a göre, kararın dayandırıldığı tüm deliller, bu delillerden çıkarılan sonuçlar, kovuşturmanın değerlendirilmesi ve davalının araçları, tanık beyanları ve dava dosyasındaki diğer materyaller, sanığın fiillerinin ve iddia edilen suçun içeriği ve öncelik verilen deliller gibi hususlar gerekçeye açıkça yansıtılmalıdır. Bu nedenle verilen cezanın bireyselleştirilmesi gerekir (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 30/11/2016, E. 2014/12506, K. 2016/14770).

Ceza yargılamasında maddi hakikat arandığından, hâkimin hakikati tespit etmesine yardımcı olan her şey, delilin serbest idaresi ilkesi uyarınca delil teşkil edebilir. Ancak bu ilke her türlü delil için geçerli olmadığı için sınırsız değildir. Bu ilkenin Türk hukukunda tanınması, hüküm verilmesinde her türlü bulgunun esas alınacağı anlamına gelmez.

Delilin en temel özelliği hukuka uygunluğudur. Nitekim yukarıda anılan CMK'nın 217/2 maddesi hükümlerine göre bir delilin delil olarak kabul edilebilmesi için sahip olması gereken özelliklerden biri de kanuna uygun olarak elde edilmiş olmasıdır. Nitekim CMK'nın 206. maddesinin 2 (a) bendinde, ortaya konulmak

istenen delilin hukuka aykırı olarak elde edilmiş olması halinde reddedileceği ve hukuka uygun olarak elde edilmeyen delillerin delil olarak kabul edilemeyeceği ve hükme esas alınmayacağı açıklanmıştır. Kural olarak, bir sanık ancak yasal yollardan elde edilen delillere dayanarak mahkûm edilebilir.

Yargıtay'a göre, CMK'nın 217. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ceza yargılamasında genel kural, her şeyin delil olarak kullanılabilmesidir. Ancak, delillerde her zaman belirli özelliklerin arandığını, bunların arasında hukuka uygunluğunun da bulunduğunu yinelemiştir. Yargıtay, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin karara dayandırılmayacağını ve isnat edilen suçun ancak kanuni delillerle ispatlanabileceğini vurgulamıştır (Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 21/04/2016, E. 2015/4672, K. 2016/2330, delilin diğer özellikleri için karara bakınız).

Anayasa Mahkemesi de bir kararında, Anayasa'da güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunması için davaya bakan mahkemenin " tarafların dayanaklarını, iddialarını ve delillerini etkili bir biçimde inceleme görevi " görevi olduğunu belirtmiştir. Aynı kararda Anayasa Mahkemesi, başvurusunun bazı önemli iddialarına ilk derece mahkemesince cevap verilmemesini, adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri olan mahkemelerin kararı gerekçelendirme yükümlülüğü ve tarafların iddialarının incelenmesi hakkı ile ilişkilendirmiştir (*Ahmet Gökhan Rahtuvan*, No:2014/4991, 20/06/2014). Anayasa Mahkemesi, gerekçeli karar hakkının sağlanabilmesi için, hükmün içerik ve kapsamı ile bu hükme varılırken mahkemenin neleri dikkate aldığı ya da almadığını gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçe bölümünün bulunması gerektiğini vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında ise, derece mahkemelerin dava konusu maddi olay ve olguların kanıtlanmasını, delillerin değerlendirilmesini, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasını, uyumsuzlukla ilgili vardığı sonucu, sonuca varılmasında kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini makul bir şekilde gerekçelendirmek zorunda olduğunu belirtmiştir (*İbrahim Ataş*, No: 2013/1235, 13/6/2013).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gelince, adaletin düzgün işleyişiyle bağlantılı bir ilkeyi yansıtan yerleşik içtihadına göre, mahkemelerin kararlarının dayandırıldığı gerekçeleri yeterli ölçüde açıklamaları gerekmektedir. Bu

gerekçe gösterme yükümlülüğünün kapsamı, kararın niteliğine göre değişebilir ve davanın koşulları ışığında belirlenmelidir. AİHM'ye göre, bu yükümlülük başvuru tarafından ileri sürülen her argümana ayrıntılı bir cevap verilmesini gerektirmemekle birlikte, dava taraflarının, davanın sonucu için belirleyici olan savlara spesifik ve açık bir cevap almaları gerektiğini öngörür ((bkz. *Ruiz Torija / İspanya*, 9 Aralık 1994 ve *Moreira Ferreira / Portekiz (no. 2)* [BD], no. 19867/12, 11 Temmuz 2017, § 84).

Önemli Noktalar

- ✓ Hakim, göz ardı edilen delilleri gerekçeleriyle birlikte belirtmeli ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilleri ayrı ve açık bir şekilde göstermelidir.

3.4. Özel durumlar

CMK ayrıca belirli özel durumlarda delil elde etmenin ve değerlendirmenin yasaklanmasıyla ilgili özel kurallar belirlemiştir. Bu hükümleri, genel değerlendirme yasağının özel bir düzenleme biçimi olarak nitelendirmek gerekir. Delil elde etme yasağının bu şekilde özellikle getirilmediği durumlarda, CMK 217/2'deki hükmün delil doğuran tüm işlemler için geçerli olduğu varsayılmalıdır. Özel durumlara ilişkin bazı örnekler:

- Fiziki muayene sırasında elde edilen örneklerin hakim tarafından onaylanmadıkça delil olarak kullanılmasının yasaklanması (CMK m. 75/1 ve 76/1);
- Aile bağlarını belirlemek dışında bir nedenle moleküler-genetik test yaptırma yasağı (CMK madde 78/1);
- Genetik test sonuçlarının gizliliği ve imhası yükümlülüğü (CMK madde 80/2);
- Fizik kimliğin tespiti için kullanılan kişisel verileri imha etme yükümlülüğü (CMK madde 81/2);
- Kolluk kuvvetlerinin olay yeri ziyareti yapma yasağı (CMK madde 85);

- Kişiyeye ait belge veya evrakları inceleme yasağı (CMK madde 122);
- Mektuplara el koyma yasağı (CMK madde 126);
- El koyma mahkeme kararı olmaksızın hakim tarafından onaylanmazsa, kendiliğinden kalkması (CMK madde 127/3);
- Kovuşturma yapılmaması durumunda iletişimin dinlenmesi yoluyla elde edilen verilerin imhası (CMK madde 137/3);
- Teknik Araçlarla İzleme yoluyla elde edilen delillerin imhası (CMK madde 140/4);
- İfade alma ve sorgu sırasında yasak olan işlemler (CMK madde 148);
- Arbuluculuk müzakereleri sırasında yapılan açıklamaların bir soruşturma, kovuşturma veya yargılamada delil olarak kullanılmasının yasaklanması (CMK madde 253/20).

Bu nedenle, Türk ceza muhakemesi, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kabulüne mutlak bir yasak getirmiştir. Bu bağlamda, hukuka uygun olarak elde edilmiş olması, delil niteliği olarak kabul edilebilirlik şartıdır.

3.5. Yasak deliller dosyadan çıkarılmalı mı?

Önemli Maddeler

CMK madde 206/2-a

CMK madde 230/1-b

CMK madde 289/1-i

Yasaklı delillerin dosyadan çıkarılmasına ilişkin CMK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, CMK'nın yukarıda tartışılan iki maddesi aydınlatıcı olabilir.

Madde 206/2-a'ya göre, delillerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi halinde, delillerin ortaya konulması hakim tarafından reddedilmelidir. Bu durumda hâkim tarafından reddedilen deliller aynı zamanda dosyaya konulamaz.

Ayrıca CMK 230/1-b maddesine göre hâkim, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilleri dosyada göstermek zorundadır. Böyle bir delilin dosyada olması halinde artık dosyadan çıkarılmayacak, mahkeme bunu ayrı olarak inceleyecektir.

Son olarak, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayalı bir cezanın, kanuna kesin bir şekilde aykırılık teşkil ettiği ve bir temyiz sebebi olduğu hatırlatılmalıdır (CMK m. 289/1-i). Bu anlamda, mahkemenin cezanın gerekçesinde göstermesi gereken ve Yargıtay'ın incelemesine sunulan kararda gösterilen delillerin davadan çıkarılması söz konusu olmayacaktır.

Önemli Nokta

- ✓ Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kararda gösterilmesi ve ayrıca incelenmesi

IV. Kontrol listesi: delillerin kabul edilebilirliği değerlendirilirken atılacak adımlar

1. Delillerin elde edilme şekli CMK 206/2-a maddesine göre değerlendirildi mi?
2. Yukarıdaki değerlendirme yapıldıysa, hukuka aykırı deliller reddedildi mi?
3. Duruşmada sunulan delillerin hukuka uygunluğu incelendi mi?
4. Hukuka aykırı delillerin tespit edilmesi durumunda bunlar reddedildi mi?
5. 4. Madde'nin cevabı olumlu ise, gerekçeli kararda ret nedenleri belirtildi mi?

B. ÖZEL SORUŞTURMA YÖNTEMLERİNE OAKLANMA

I. Şüpheliden elde edilen deliller

Şüpheli kişi aracılığıyla delil toplanması, ceza yargılamasının temel ilkelerine uyulmasını gerektirir: silahların eşitliği, kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı ve susma hakkı. Bu ilkeler, ceza muhakemesi hukuku, delil toplama ve kullanma konusunda giderek daha karmaşık hale geldiğinden, özellikle şüphelilerin kendilerini savunmasız bir konumda bulabilecekleri yargılama öncesi aşamada önem arz etmektedir.

Silahların eşitliği, özellikle yargılamanın ilk safhasında, şüphelinin savunmasız konumuna karşı önemli bir denge ağırlığı oluşturur. Hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi'ne göre, ceza davalarında adil yargılanmanın temel unsuru olan silahların eşitliği ilkesi, iddia makamı ve sanığın yargılamada eşit fırsatlara sahip olması anlamına gelmektedir. Silahların eşitliği ilkesi sanığın savunma hakkının temel bir garantisidir çünkü savcılık makamı ceza davalarında bütün bir devlet mekanizmasına sahip olduğundan, taraflardan her birine kendisini karşı taraf önünde avantajsız duruma düşürmeyecek olan koşullar altında davasını takdim etme olanağı verilmesini sağlar (*Öcalan / Türkiye*, § 140).

Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usul hakları bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir (*Devran Duran* [GK], No: 2014/10405, 25/5/2017, § 86). AYM ayrıca silahların eşitliği ilkesinin savcılık tarafından gösterilen ve elde edilen maddi bilgilerin asgari düzeyde açıklanması gerektirdiğine ve dava dosyasının incelenmesinde iddia makamı ile savunma arasında bir ayırım yapılmaması gerektiğine hükmetmiştir.

Silahların eşitliği ilkesi kapsamında davanın tarafları arasında hak ve yükümlülükler bakımından tam eşitlik mahkeme huzurunda yargılama sürecinde sağlanmalı ve bu eşitlik yargılama boyunca devam etmelidir. Yargılama sırasında yapılan delil ve karşı delil sunma, iddia ve karşı iddia gibi

her türlü usuli işlem silahların eşitliği ilkesine uygun olarak yapılmalıdır (*Yankı Bağcıoğlu vd.* [BD], No: 2014/253, 9/1/2015, § 63-64).

Çoğu durumda, silahların eşitliği, diğerlerinin yanında, görevi bir sanığın kendini suçlamama hakkına saygı gösterilmesini sağlamaya yardımcı olmak olan bir avukatın yardımıyla sağlanabilir. Bu hak, bir ceza davasında iddia makamının, sanığın susma hakkına saygı göstermesini ve iradesini hiçe sayarak zorlama veya baskı yöntemleriyle elde edilen delillere başvurmadan, iddialarını sanık aleyhine kanıtlamaya çalışmasını şart koşar. Bu hakların hedefi, sanığa kamu otoriteleri tarafından uygulanabilecek uygunsuz baskıya karşı koruma sağlamak ve böylece adaletin bozulmasını önlemek ve AİHS'nin 6. maddesinin amaçlarını güvence altına almaktır (*Salduz / Türkiye*, §§ 52-54; *Beuze / Belçika*, §§ 125-130; *AYM, Orhan Patarya* [BD], No: 2019/42695, 20/5/2021, özellikle §§ 63-65).

1.1. Soruşturma evresinde sorgu

Önemli Noktalar

- ✓ Dava öncesi sorgulamada elde edilen ifadenin kabul edilebilirliğini güvence altına almanın kilit unsuru, bir avukata erişimin sağlanmasıdır.
- ✓ Hem AİHM hem de Türk hukukuna göre, bir şüphelinin avukatı olmadan yapılan yargılama öncesi sorgusunun adil yargılanma hakkına geri dönülemez şekilde zarar vermesi çok muhtemeldir.
- ✓ Türk hukuku, kural olarak, müdafinin hazır bulunmaksızın polis tarafından elde edilen ifadelerin, şüpheli veya sanık tarafından hâkim veya mahkeme huzurunda teyit edilmedikçe, hüküm verilmesine dayanak olarak kullanılmayacağını belirtmektedir.

Önemli Maddeler

AİHS Madde 6 § 1 ve 3 (c)

“1.Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir. (...)

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: (...)

(c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; (...)

CMK madde 148/4

AİHM UYGULAMASI

Önemli Noktalar

- ✓ Avukat eşliğinde yapılan sorgulama, sorgulamanın hukuka uygunluğunu, silahların eşitliğini, kendini suçlamama hakkına uyulmasını sağlar ve dolayısıyla ifadenin kabul edilebilirliğini artırır.
- ✓ Avukata erişim olmaksızın yapılan sorgulama, yardımın daha sonra sağlanmış olmasına bakılmaksızın, adil yargılanma hakkının ihlaline yol açabilir.
- ✓ Bu nedenle, avukattan faydalandırılmaksızın yapılan sorgulamada elde edilen delillerin kullanılması, yargılama sırasında bu eksikliğin giderilip giderilmediğini tespit etmek için bu kısıtlamanın yargılamanın genel adaleti üzerindeki etkisinin analizini gerektirir.
- ✓ Bu etki, AİHM tarafından geliştirilen kriterler kullanılarak incelenmektedir.

Adil yargılanma hakkını sağlayan temel unsurlardan biri de avukata erken erişimdir. Adaletin yanlış işleminin önlenmesine ve hepsinden önemlisi, AİHS'nin 6. maddesinin, özellikle soruşturma veya kovuşturma makamları ile sanıklar arasında silahların eşitliğinin yanı sıra sanığın kendisini suçlamama hakkına saygının yerine getirilmesine katkıda bulunur. (*Salduz / Türkiye*, § 54-55; *İbrahim ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, § 255; *Beuze / Belçika*, § 125).

Kural olarak, AİHM içtihadından doğan standart, sanığın polis sorgusunun ilk aşamalarında ve polis tarafından gözaltına alındığı veya mahkemece tutuklandığı andan itibaren bir avukatın yardımından yararlanmasına izin verilmesini gerektirmektedir (*Dayanan / Türkiye*, § 31).

Ancak, avukata erişim hakkı geçerli nedenlerin varlığı durumunda kısıtlamalara tabi olabilir. Bununla birlikte, avukata erişime yönelik bu tür bir kısıtlamanın adil yargılanma hakkıyla uyumlu olup olmadığının değerlendirilmesini gerektirir. Bu değerlendirme, aşağıda açıklanan iki aşamadan oluşan "Salduz testi" (*İbrahim ve Diğerleri*'nde daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır) kullanılarak yapılır.

İlk aşamada, hukuki yardıma erişimin ertelenmesi için zorlayıcı nedenlerin olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu kriter katı bir kriterdir: özellikle şüphelinin ilk sorgusunda olmak üzere hukuki yardıma erken erişimin temel doğası ve önemi göz önünde bulundurularak, hukuki müdafî yardımından faydalanma hakkına getirilecek kısıtlamalar:

- Sadece istisnai durumlarda uygulanmalı,
- Geçici nitelikte olmalı,
- ve her davanın özel şartları göz önüne alınarak yapılan bireysel değerlendirmeye dayanmalıdırlar.

Zorlayıcı nedenlerin gösterilip gösterilmediği değerlendirilirken, müdafî yardımının kısıtlanması kararının iç hukukta bir dayanağı olup olmadığı ve bu yardıma ilişkin herhangi bir kısıtlamanın kapsamının ve içeriğinin kanun tarafından, bunları uygulamaktan sorumlu olanların operasyonel karar verme süreçlerine rehberlik edecek şekilde, yeterince sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı önem arz etmektedir.

Daha da önemlisi, AİHM, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini incelerken yargılanmanın bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve AİHS'nin 6 § 3 maddesine ilişkin hakların kendi başlarına amaçlardan ziyade genel adil yargılanma hakkının belirli yönleri olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle, zorlayıcı nedenlerin yokluğu, tek başına AİHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin bir sonuca yol açmaz (*İbrahim ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, § 262).

Mahkemenin zorlayıcı nedenlerin varlığına ikna olduğu durumlara ilişkin örnekler:

- ✓ Yaşam, özgürlük veya fiziksel bütünlük için ciddi olumsuz sonuçları önlemek ve delillerin yok edilmesi ve diğer şüphelilerin kaçması riskinden kaçınmak için acil bir ihtiyaç bulunmaktaydı. Bu gibi durumlarda, yetkililerin potansiyel veya fiili mağdurların haklarını koruma konusunda önemli bir görevi vardır (*İbrahim ve Diğerleri*, § 259).

Mahkemenin zorlayıcı nedenlerin varlığına ikna olmadığı durumlara ilişkin örnekler:

- ✓ Avukata erişim hakkının yasal dayanağı olan genel ve zorunlu kısıtlama. AİHM'ye göre, bu durum ulusal makamların, avukat yardımına erişimi kısıtlamak için herhangi bir zorlayıcı neden olup olmadığını bireysel ve davaya özgü bir değerlendirme yoluyla belirleme gerekliliğini ortadan kaldırmaz (*Beuze / Belçika*, §142).
- ✓ Başvuran, polis nezaretindeyken hukuki yardım almamıştır, çünkü o tarihte yürürlükte olan kanuna göre bu mümkün değildir. AİHM'ye göre, ilgili yasal hükümler temelinde bu tür sistematik bir kısıtlama, başvuranın polis tarafından sorgulandığında sessiz kalmasına rağmen, AİHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiğinin tespit edilmesi için başlı başına yeterlidir (*Dayanan / Türkiye*, § 33).

Zorlayıcı nedenlerin bulunduğu durumlarda, AİHS'nin 6 § 1 maddesi bakımından "adil" olup olmadıklarını belirlemek için yargılamaların bütünsel bir değerlendirmesi yapılmalıdır. Müdafiyeye erişimi kısıtlamak için zorunlu nedenlerin olmadığı durumlarda, yargılamanın adilliğine ilişkin çok daha sıkı bir inceleme yapılmalıdır (İbrahim ve Diğerleri / Birleşik Krallık, § 265). Bunun nedeni, bu tür nedenlerin yokluğunun, ceza yargılamasının genel adaleti değerlendirilirken teraziye daha ağır basması ve dengeyi bir ihlalin bulunması yönünde değiştirebilmesidir (*Ekrem Can ve Diğerleri / Türkiye*, § 61).

İkinci aşamada avukata erişimin kısıtlanmasının savunma haklarına zarar verip vermediği değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle, AİHM, eksikliğin yargılamanın bütünü üzerindeki etkisini inceler ve yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığına karar verir. Yargılama öncesi aşamadaki usuli eksikliklerin ceza yargılamasının genel adaleti üzerindeki etkisini değerlendirmek için yargılamaları bir bütün olarak incelenirken, AİHM içtihadından alınan aşağıdaki kapsamlı olmayan etkenler listesi, şartlara uygun olduğu ölçüde, dikkate alınmalıdır (*İbrahim ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, § 274):

- başvuranın, örneğin yaşı veya zihinsel kapasitesi nedeniyle özellikle savunmasız olup olmadığı;

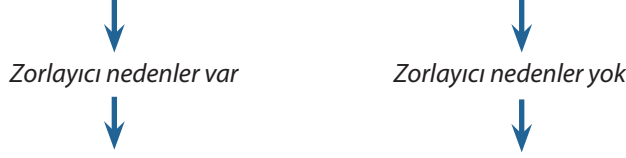
- duruşma öncesi işlemleri ve yargılamada delillerin kabul edilebilirliğini düzenleyen yasal çerçeve ve buna uyulup uyulmadığı – şayet burada dışlayıcı bir kural uygulanmışa, yargılamanın bütününe adil olmadığı sonucuna ulaşmak çok olası değildir;
- başvuranın delilin gerçekliğine itiraz etme ve kullanımına karşı çıkma olanağına sahip olup olmadığı;
- delilin kalitesi ve elde edildiği koşulların, özellikle herhangi bir baskının derecesi ve niteliği dikkate alındığında, delilin güvenilirliği veya doğruluğu hakkında şüphe oluşturup oluşturmadığı;
- Delil hukuka aykırı olarak elde edildiğinde, söz konusu hukuka aykırılık, ve AİHS'nin başka bir maddesinin ihlalden kaynaklanıyorsa, bulunan ihlalin niteliği;
- bir beyan olması durumunda, beyanın niteliği ve derhal geri çekilip çekilmediği veya değiştirilip değiştirilmediği;
- delilin ne amaçla kullanıldığı ve özellikle delilin mahkumiyetin dayandırıldığı delilin ayrılmaz veya önemli bir parçasını oluşturup oluşturmadığı ve davadaki diğer delillerin gücü;
- Suç değerlendirmesinin profesyonel hakimler veya meslekten olmayan hakimler tarafından mı yoksa meslekten olmayan jüri üyeleri tarafından mı gerçekleştirildiği ve bu kişilere verilen herhangi bir talimat veya yönlendirmenin içeriği;
- söz konusu suçun soruşturulması ve cezalandırılmasında kamu yararının ağırlığı; ve
- iç hukuk ve uygulama tarafından sağlanan diğer ilgili usuli güvenceler.

AİHM, Türkiye bağlamında müdafî yardımından faydalanma hakkından feragatin geçersizliğine ilişkin içtihadında, yerel mahkemelerin başvuruların avukat hakkından feragat ettikleri iddiasını çevreleyen koşulları ve bu koşullar altında verilen ifadenin güvenilirliğini veya kabul edilebilirliğini incelemeyeceğine defalarca işaret etmiştir. (*Ekrem Can ve Diğerleri / Türkiye*, § 61-65; *Bozkaya / Türkiye*, § 39-54; *Türk / Türkiye* § 43-59).

Özetle, AİHM yaklaşımı şu şekilde sunulabilir:

Şüphelinin sorgusu avukata erişim olmadan gerçekleşti

Aşama 1: Erişimi kısıtlamak için zorlayıcı nedenlerin olup olmadığının incelenmesi



Aşama 2: Yargılamaların adilliğinin bütünsel değerlendirmesi

Adilliğin çok sıkı bir şekilde incelenmesi

ULUSAL UYGULAMA

Önemli Noktalar

- ✓ CMK'nın 148/4 maddesine göre, şüphelinin avukatı bulunmaksızın yapılan sorgulama sırasında alınan ifadeler, sanık tarafından mahkeme huzurunda teyit edilmedikçe dikkate alınamaz.
- ✓ Kovuşturma aşaması öncesi yapılan sorgulama sırasında avukat tutma hakkı, istisnai durumlarda kısıtlanabilir.
- ✓ Yargılamayı gerçekleştiren mahkeme gerekli özeni göstermeli ve neden güç veya zorlama yoluyla elde edilen delillere dayandığını açıklamalıdır.
- ✓ Sorguda avukat bulunmaksızın alınan ifadelerin mahkumiyet için tek veya belirleyici delil olarak kullanılması adil yargılanma hakkının ihlaline yol açabilir.

Türk hukukunda, polis sorgusu sırasında müdafinin hazır bulunup bulunmayacağı konusu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148/4 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: "Müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz."

Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148/4 maddesine göre, sorgulama sırasında şüphelinin avukatının hazır bulunması zorunludur. Başka bir deyişle, soruşturma aşamasında kolluk kuvvetlerince alınan ifadenin hukuka uygun sayılabilmesi için ya şüphelinin sorgulama sırasında avukatı hazır bulunacak ya da kolluk kuvvetlerince avuksuz olarak alınan ifade sanık veya şüpheli tarafından mahkeme huzurunda kabul edilecektir.

Yukarıda belirtilenler doğrultusunda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, avukatsız alınan ifadenin sanık tarafından kabul edilmediği gerekçesiyle [sonraki bir aşamada] karara esas alınamayacağına hükmetmiştir. (08.05.2018, E. 2016/7-405, K. 2018/201)².

Anayasa Mahkemesi, şüphelinin ifadesinin polis tarafından avukatı olmaksızın alındığı durumlarda uygulanacak bazı ilkeler belirlemiştir. İlk olarak, "avukattan yardım alma hakkının, yalnızca savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakla kalmayacağını, aynı zamanda silahların eşitliği ilkesini işler kılacağını" kabul etmiş (*Yusuf Karakuş ve diğeri*, No: 2014/12002, 8/12/2016, § 74), ve "bu hakkın, ilke olarak, şüphelinin kolluk kuvvetleri tarafından ilk sorgulanmasından itibaren sağlanması" gerektiğini vurgulamıştır (*Aligül Alkaya ve diğeri* [BD], No: 2013/1138, 27/10/2015, § 118). Anayasa Mahkemesi'ne göre "özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşamasında cezai yargılamaya ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hâle geldiğinden sanık, kovuşturmanın bu aşamasında kendisini savunmasız bir durumda bulabilir ve ancak bu savunmasızlık ya da kendini suçlamaya karşı koruma hakkı bir avukatın yardımı ile gereği gibi telafi edilebilir" (*Sami Özbil*, No: 2012/543, 15/10/2014, § 64).

Ancak Anayasa Mahkemesi, avukat yardımından faydalanma hakkının mutlak olmadığı ve istisnai durumlarda bu hakkın sınırlandırılabilceği kanaatindedir. Ancak her halükarda, avukata erişime izin verilmemesi için istisnai olarak zorlayıcı nedenler bulunsa dahi, böyle bir kısıtlama, şüpheli/sanığın adil yargılanma güvencesi altındaki haklarına halel getirmemelidir (*Aligül Alkaya ve diğeri* [BD], §§ 118, 137). Bu itibarla Anayasa Mahkemesi, bir ceza davasında kendini suçlamama ve ifade vermeye zorlanmama hakkının, sanığın iradesi

2 Yargıtay, kararında, sanığın polise verdiği ifadenin daha sonra mahkeme tarafından doğrulanmadığı göz önüne alındığında, kesin ve inandırıcı hiçbir delil bulunmadığından, şüpheye yer bırakmayacak şekilde beraat ettirilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

dışında cebren elde edilmiş delillere başvurmadan suç isnadının ispat edilmeye çalışılması gerektiğinin altını çizer. Nitekim avukatla görüşme hakkı tanınmayan sanığın ikrarının mahkûmiyet kararında kullanılması halinde savunma hakkının onarılamaz şekilde zarar görmüş olduğu kabul edilmelidir. Soruşturma evresinde elde edilen ikrarın, kötü muamele ve işkence altında verildiği belirtilerek reddedilmesi durumunda mahkemece bu husus irdelenmeksizin ikrarın dayanak olarak kullanılması önemli bir özen eksikliğidir (Yusuf Karakuş ve diğerleri, § 79).

Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde, her davanın kendine özgü koşulları dikkate alınmalıdır (*Aligül Alkaya ve diğerleri* [BD], § 144).

Örneğin, bireysel başvuruçunun avukatı olmadan ifadesinin alınması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia ettiği bir kararda, Anayasa Mahkemesi başvuruçunun söz konusu ifadelerinin kararın dayanağını oluşturan tek delil olarak kullanılmadığını değerlendirmiştir. AYM, ilk derece mahkemesinin, başvuruçunun avukatı eşliğinde duruşmada alınan ifadeleri, tanıkların ifadeleri ve diğer delil unsurları gibi başka delillere dayandığı kanaatine varmıştır. AYM ayrıca, ilk derece mahkemesinin tanıkların beyanlarının birbirleri ile ve diğer sanıkların yargılamalarının yapıldığı dosyadaki deliller ile örtüştüğünü değerlendirerek mahkûmiyet sonucuna ulaştığının altını çizmiştir (*Burhan Kuş*, No: 2017/26497, 8/7/2020, § 48).

Bununla birlikte AYM başka bir kararında şu gerekçelerle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir: "Başvuruçuların diğer deliller yanında müdafî olmaksızın alınan ve daha sonra Mahkemede doğrulanmayan ifadeleri doğrultusunda isnat edilen suçtan mahkûmiyetlerine karar verildiği, gözaltında iken alınan bu ifadelerin mahkûmiyet için belirleyici biçimde delil olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır" (*Cevdet Ayaz ve diğerleri*, No: 2016/13689, 19/11/2019, §§ 57-58).

Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin uygulamalarının ilke olarak Avrupa standartlarına uygun olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Özellikle Anayasa Mahkemesi, yargılama öncesi aşamada sanık haklarının ihlal edildiği iddiasını incelerken AİHM ile aynı metodolojyi takip etmektedir.

1.1.1. Avukatsız gerçekleşen sorgunun adil yargılanma hakkını olumsuz etkileyip etkilemeyeceğine ilişkin kontrol listesi

1. Sorgulama sırasında avukata erişim hakkına herhangi bir kısıtlama getirildi mi?
2. Değilse, şüpheli/sanık polise verdiği ifadeleri mahkeme huzurunda avukatı olmadan teyit etmiş midir?
3. Değilse, avukat yardımından yararlanma hakkını kısıtlamak için herhangi bir zorlayıcı sebep var mıydı?
4. Yargılama öncesi aşamada meydana gelen usuli kusurları gideren herhangi bir önlem var mıydı, örneğin: bir kişi gözaltındaysa, önceden bir avukata danışabiliyor muydu veya bir avukatın bulunmasını sağlayabiliyor muydu ve müteakip adli soruşturma sırasında avukat yardımından faydalandı mı?
5. Kişi, susma hakkı konusunda yeterince açık bir şekilde bilgilendirildi mi?
6. Daha sonra olayların farklı versiyonlarını sundu ve bir avukatın yokluğunda verilen farklı açıklamalarda bulundu mu?
7. Şüpheli, örneğin yaşı veya zihinsel kapasitesi nedeniyle özellikle savunmasız mı?
8. Şüphelinin, delillerin gerçekliğine itiraz etme ve bu tür delillerin kullanılmasına karşı çıkma fırsatı var mıydı?
9. Delilin kalitesi nedir? Elde edildiği koşullar, zorlamanın derecesi ve niteliği dikkate alındığında güvenilirliği veya doğruluğu konusunda şüphe uyandırıyor mu?
10. İfade derhal geri çekildi veya değiştirildi mi?
11. İfade, mahkumiyetin dayandırıldığı kanıtlayıcı delillerin ayrılmaz veya önemli bir parçasını oluşturuyor mu?
12. Söz konusu suçun soruşturulması ve cezalandırılmasında kamu yararının ağırlığı nedir?

1.2. Duruşmanın aleniliği

Önemli Maddeler

AİHS madde 6 § 1

Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş , bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

CMK madde 192

CMK madde 193

AİHM UYGULAMASI

Önemli Noktalar

- ✓ Sanığın duruşma salonunda hazır bulunma hakkı, adil yargılanma hakkının temel gereklerinden biridir.
- ✓ Sanık, açıkça veya davranışlarıyla hazır bulunma hakkından feragat etmişse, gıyabında duruşma yapılabilir.
- ✓ Mahkeme, sanığı uygun şekilde çağırarak sanığın hazır bulunmasını sağlamak için gerekli özeni göstermelidir.
- ✓ AİHS ile uyumlu olması için video konferans yoluyla katılım meşru bir amaca hizmet etmeli ve adil yargılanma gerekliliklerine uymalıdır.

AİHS'nin 6 §1 Maddesinde açıkça belirtilmemesine rağmen, sanığın duruşmaya katılma hakkı, bütün maddenin konusu ve amacından kaynaklanır. Hazır bulunmadan, bu kişinin 6. maddenin 3. fıkrasının (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilen belirli hakları, yani "kendini şahsen savunma", "tanıkları sorguya çekmek veya sorguya çektirmek" ve "mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşmıyorsa bir tercümanın ücretsiz yardımını almak" haklarını nasıl kullanabileceğini anlamak güçtür. Bu nedenle, bir sanığın mahkeme salonunda hazır bulunma hakkını güvence altına alma görevi, AİHS'nin 6. maddesinin temel gerekliliklerinden biridir (*Sejdovic / İtalya*, § 81; *Hermi / İtalya*, § 58-59; *Sanader / Hırvatistan*, § 67).

AİHM hem duruşma hakkı olması hem de ifadelerinin doğruluğunu teyit etme ve bunları, menfaatleri gözetilmesi gereken mağdurlarınla karşılaştırma ihtiyacı nedeniyle bir sanığın duruşmada dinlenmesinin büyük önem taşıdığını kaydetmiştir (*Poitrinol / Fransa*, § 35).

Ancak AİHM, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmesi durumunda gıyabında duruşma yapılmasına izin vermektedir. Böyle bir feragat, kişinin davadan kaçmaya çalıştığı durumlarda olduğu gibi, açık veya zımnî de olabilir (*Sanader / Hırvatistan*, § 69). Bunu doğrulamak için AİHM, sanığın duruşma hakkından zımnî feragat edip etmediğine ve örneğin mahkemeden kaçma niyetiyle başka bir şekilde savunma yapıp yapmadığına karar vermek amacıyla sanığın ceza yargılamalarından yeterince haberdar olup olmadığını kontrol eder (*M.T.B. / Türkiye*, § 50). Bu, yerel mahkemelere, haksız mazeretlere karşı caydırıcı olma (*Medenica/İsviçre*, § 54) ve sanığı uygun şekilde çağırarak hazır bulunmasını sağlamak için gerekli özeni gösterme yükümlülüğünü yükler (*M.T.B. / Türkiye*, §§ 50-51).

Nitekim, Türkiye ile ilgili bazı davalarda AİHM, yerel mahkemelerin başvuranın yerini belirleme ve cezai takibat hakkında onu bilgilendirme çabalarını yetersiz bulmuş ve sonuç olarak 6. Madde'nin ihlal edildiğine karar vermiştir (*M.T.B. / Türkiye*, §§ 48-64; *Davran / Türkiye*, § 45).

Sanığın video konferans yoluyla yargılamaya katılması söz konusu olduğunda, bu tedbire başvurmak meşru bir amaca hizmet ettiği (örneğin düzensizliğin önlenmesi, suçun önlenmesi, tanıkların ve yaşam, özgürlük ve güvenlik haklarına karşı işlenen suçların mağdurlarının korunması ve adli süreçlerde "makul süre" şartına saygı gerekleriyle uyumlu olması) delil sunumu ile ilgili

düzenlemelerin Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan yargı sürecine saygı şartlarının yerine getirilmesi sağlandığı sürece AİHS'ye aykırı değildir (*Marcello Viola / İtalya*, § 67). Özellikle, sanığın yargılamayı takip edebilmesi, teknik bir engel olmaksızın dinlenebilmesi ve bir avukatla etkili ve gizli bir iletişim sağlaması gerekmektedir (*Sakhnovskiy / Rusya*, § 98).

ULUSAL UYGULAMA

Önemli Noktalar

- ✓ Mahkeme huzuruna çıkma hakkı, CMK tarafından garanti edilen usuli bir güvencedir.
- ✓ Bu hak mutlak değildir. İstisnai durumlarda kısıtlanabilir veya feragat edilebilir.

Birlikte okunduğunda, CMK'nın 192 ve 193. maddeleri (i) sanığın hakim tarafından sorgusu için duruşmada hazır bulunmasını ve (ii) delil ve karşı delillerin sanığın huzurunda tartışılmasını gerektirmektedir³.

Gerçekten de, bir sanığın ceza yargılamasına etkin katılımı, özellikle de mahkeme huzuruna çıkması, adil ceza yargılaması açısından büyük önem taşımaktadır⁴. Sanığın duruşma salonunda hazır bulunma hakkını güvence altına alma görevi, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biridir⁵.

AYM, yakın tarihli bir kararında⁶, adil yargılanmanın ancak sanığa kendisine yöneltilen iddialara karşı kendini savunma hakkının verilmesi halinde

3 CMK madde 192: Başkan veya Hâkimin Görevi

"(1) Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmayı yönetir ve sanığı sorguya çeker; delillerin ikame edilmesini sağlar"

CMK madde 193: Sanığın Duruşmada Hazır Bulunmaması

"(1) Kanunun ayrıntılı tuttuğu hâller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir.

(2) Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir."

4 *Sejdovic / İtalya* [BD], § 92.

5 *Hermi / İtalya* [BD], § 58.

6 *Murat Tezel*, No: 2017/20307, 13.10.2020, §§ 33-36.

güvence altına alınabileceğini dikkate alarak, duruşmada hazır bulunma hakkının önemine vurgu yapmıştır. Özellikle mahkeme kararını etkileyebilecek değerlendirmelerin veya diğer esaslı yargılamaların yapıldığı kritik aşamalarda sanığın duruşmada hazır bulunmasının büyük önem taşıdığına altını çizmiştir. AYM'ye göre duruşmada hazır bulunma hakkı, kişinin kendi davasının duruşmasına bizzat veya avukatı ile birlikte katılması anlamına gelir. Böylece olayı en iyi bilen sanık, delillerin tartışılmasını sağlayarak aleyhindeki delilleri çürütme ve mahkemenin kararını etkileme imkânına sahip olacak ve böylece savunmasının doğruluğunu ispatlamış olacaktır⁷.

İstisnai durumlar

“İstisnai durumlar” saklı kalmak koşuluyla, duruşma yapılması esastır. Davanın esasını ilgilendirmeyen ve kişinin suç işleyip işlemediği ile ilgili olmayan usuli bir konuda ise duruşmasız karar verilebilir (*Mustafa Ersen Erkal*, No: 2013/4770, 16/4/2015, § 31). Örneğin, AYM, yargılamanın sonucuna herhangi bir etkisi olmayacağı açıksa, duruşma yapılmadan dava dosyasına dayanarak kovuşturmanın ertelenmesine karar verilmesinin mümkün olduğunu kabul etmiştir. (*Fatih Taş* [GK], No: 2013/1461, 12/11/2014).

Feragat

Duruşmada hazır bulunma hakkından açıkça veya zımnen feragat edilebilir. Feragat (i) tereddüte mahal vermeyecek kadar açık olmalı ve (ii) kamu yararına aykırı olmamalıdır (savunma için asgari güvenceler sağlanmadıkça feragat kamu yararına olmayabilir).

Zımnî feragatin geçerli olması için, davalının eylemlerinin sonuçlarını makul bir şekilde öngörebildiğinin gösterilmesi gerekir; yetkili yargı organları bu konuda varsayımsal bir değerlendirme yapmamalıdır (*Şehrivan Çoban* [BD], No: 2017/22672, 6/2/2020, § 95).

Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi

AYM'ye göre⁸, sanıkların SEGBİS ses ve görüntü sistemi (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi, bundan sonra “SEGBİS” olarak anılacaktır) aracılığıyla duruşmaya

7 Yargıtay'ın yaklaşımı AYM'nin içtihatlarıyla uyumludur. Örneğin bkz. YCGK, 22.01.2019, E.2018/14-429, K.2019/33.

8 AYM tarafından belirlenen ilkeler için bkz. *Şehrivan Çoban*, [BD], No: 2017/22672, 6/2/2020, §§ 72-104.

katılmalarının sağlanması adil yargılanma hakkına müdahale teşkil etmektedir. Bu tür bir müdahale, kanunla öngörülümüşse, meşru bir amaç gütmüşse ve orantılıysa Anayasa'ya uygun kabul edilebilir.

AYM, duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin hedeflenen amaca uygun olması gerektiğine; hedeflenen amaç için gerekli olduğunun kanıtlanması ve kişinin hakkına yapılan müdahale ile izlenen amaç arasında makul bir dengenin kurulması gerekir. Bu bağlamda, ceza davalarında mahkemede bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir önlemin esasen gerekli olduğu gösterilmelidir. Bu bağlamda sanığın duruşmada hazır bulunmama zorunluluğunu doğuran bir olgunun varlığı, yargılamayı yapan mahkemeler tarafından somut ve gerekçeli bir gerekçe ile gösterilmelidir.

Müdahalenin gerekli olduğunun gösterildiği durumlarda, sanığın duruşmada bulunmamasının bir bütün olarak yargılamanın adilliğine zarar verip vermediği ölçülülük açısından incelenmelidir. Bu bağlamda, duruşmada bizzat bulunmayan tarafın, diğer tarafın ileri sürdüğü görüş ve deliller hakkında bilgi sahibi olup olmadığı veya bu görüşler hakkında yorumda bulunup bulunamayacağı ve dezavantajlı olmadan duruşmaya etkin bir şekilde katılmak için makul bir fırsatının bulunup bulunmadığı ayrıntılı olarak incelenmelidir. Ölçülülük yönünden yapılacak değerlendirmede, gıyabında gerçekleştirilen fiilin sanığın duruşmada fiziken hazır bulunmasını gerektiren (önemli) nitelikte olup olmadığına da bakılmalıdır⁹.

1.2.1. Sanığın yokluğunun adil yargılanma hakkını olumsuz etkileyip etkilemeyeceğini belirlemek için kontrol listesi

1. Sanığın, duruşma hakkından feragat ederken bilinçli bir karar verebilmesi için cezai kovuşturma hakkında yeterince bilgilendirildi mi?
2. Yargılamayı yapan mahkeme, sanığı uygun şekilde çağırarak sanığın hazır bulunmasını sağlamak için gerekli özeni gösterdi mi?

Video konferansın kullanılması durumunda:

1. Bu tedbire başvurulması, düzensizliğin önlenmesi, suçun önlenmesi, tanıkların ve suç mağdurlarının yaşam, özgürlük ve güvenlik hakları bakımından korunması ve "makul süreye" uyulması gibi meşru bir amaca hizmet ediyor mu?

9 Sevil Karaaslan, No: 2018/24006, 15/9/2021, §§ 36-38.

2. Sanığın yargılamayı takip edebilmesi ve teknik bir engel olmaksızın dinlenebilmesi sağlandı mı?
3. Sanığa bir avukatla etkili ve gizli bir iletişim sağlandı mı?

1.3. İşkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağının ihlali yoluyla elde edilen ifade

Önemli Madde

AIHS madde 3

Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.

AIHM Uygulaması

Önemli Nokta

- ✓ AIHS'nin 3. maddesinin ihlali sonucunda elde edilen ifadenin kullanılması muamelenin işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak sınıflandırılmasına bakılmaksızın, ve delilin mahkumiyette belirleyici bir faktör olup olmadığı dikkate alınmadan, yargılamayı bir bütün olarak otomatik olarak adillikten yoksun kılar (daha fazla bilgi için bölüm A, 2.1'e bakınız).

AIHM içtihadına göre, işkence (*Örs ve Diğerleri / Türkiye*) veya 3. maddeyi ihlal eden diğer kötü muamele (*Söylemez / Türkiye*) sonucunda elde edilen herhangi bir ifade, ceza davasında ilgili olguları kanıtlamak için delil görevi görmüşse, yargılamayı bir bütün olarak adillikten yoksun kılmıştır. Bu yaklaşım, ifadelerin kanıtlayıcı değerinden bağımsız olarak ve kullanımalarının sanığın mahkumiyetini sağlamada belirleyici olup olmadığına bakılmaksızın uygulanmıştır.

Mahkeme, işkenceyi, çok ciddi ve zalimane acılara neden olan kasıtlı insanlık dışı muamele olarak tanımlar (*Gäfgen / Almanya*, § 90). Mahkeme tarafından işkence teşkil ettiği tespit edilen eylemlere örnek olarak tecavüz, aileye zarar verme tehditleri, gözleri bağlı tutulma ve sahte infazlar sayılabilir.

Aşağılayıcı muamele, fiziksel ve zihinsel ıstırabın aksine aşağılamayı ve alçalmayı içerir, örneğin şüpheli kaçakçılar tarafından yutulan uyuşturucuları almak için yapılan tıbbi müdahale.

İnsanlık dışı muamele, asgari bir ciddiyet düzeyine ulaşmalı veya fiili bedensel zarara ya da yoğun zihinsel acıya neden olmalıdır.

AİHS tarafından güvence altına alınan temel ve mutlak haklardan birinin ihlali sonucunda elde edilen bu tür delillerin kullanımı, bu tür delillerin kabulü kararda belirleyici olmasa bile, yargılamanın adilliği konusunda her zaman ciddi sorunları gündeme getirir. (*Jalloh / Almanya; Göçmen / Türkiye* (daha fazla bilgi için bölüm A, 2.1'e bakınız).

Ulusal Uygulama

Anayasa Mahkemesi, bir ceza davasında kendini suçlamama ve ifade vermeye zorlanmama hakkının, sanığın iradesi dışında cebren elde edilen delillere başvurmadan suç isnadının ispatlanmaya çalışılmasını gerektirdiğinin altını çizer. Avukatla görüşme hakkı tanınmayan sanığın ikrarının kararda kullanılması durumunda savunma hakkının onarılamaz şekilde zarar görmüş olduğu kabul edilmelidir. Soruşturma evresinde elde edilen ikrarın, kötü muamele ve işkence altında verildiği belirtilerek [sanık tarafından] reddedilmesi durumunda mahkemece bu husus irdelenmeksizin ikrarın [kararda] dayanak olarak kullanılması önemli bir özen eksikliğidir (*Yusuf Karakuş ve diğeri*, § 79) [Bkz, Önemli Noktalar sayfa 26].

1.4. Gizli soruşturmacı

Önemli Madde

AİHS madde 6 § 1

Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

CMK madde 139/1

AİHM Uygulaması

Önemli Noktalar

- ✓ Gizli soruşturmacının kullanımı açık kısıtlamalara ve güvencelere tabi olmalıdır.
- ✓ Sanığın suç işlemeye tahrik edildiğini ileri sürmesi halinde, ceza mahkemeleri bu konuyu dikkatli bir şekilde incelemelidir.
- ✓ AİHS'nin 6 § 1 maddesi anlamında yargılamanın adil olabilmesi için, polisin suça teşvik etmesi sonucu elde edilen tüm deliller hariç tutulmalıdır.
- ✓ Bu, özellikle polis operasyonunun yeterli yasal çerçeve veya yeterli güvence olmadan gerçekleştiği durumlarda geçerlidir.

AİHM, özellikle uyuşturucu kaçakçılığı veya yolsuzlukla ilgili suçların soruşturulmasında etkili olan gizli ajanların kullanımına – tedbirin açık kısıtlamalara ve güvencelere tabi olması şartıyla – tolerans göstermektedir (*Sepil / Türkiye*, § 32). Özellikle, yetkililerin iyi niyetini ve yasanın doğru uygulanması hedeflerine uymasını sağlamak için açık ve öngörülebilir bir yetkilendirme ve denetleme prosedürü uygulamaya konmalıdır (*Khudobin / Rusya*, § 135).

AİHM, içtihadında, gizli ajan kullanımının kısırtma çizgisini aşıp aşmadığını sıklıkla inceler. Polisin tahriki, ilgili memurların kendilerini esasen pasif bir şekilde suç faaliyetini soruşturmakla sınırlandırmadıkları, ancak delil sağlamak ve bir kovuşturma başlatmak için, aksi takdirde işlenemeyecek bir suçun işlenmesini teşvik edecek şekilde olaya tesir ettikleri durumlarda meydana gelir (*Ramanauskas / Litvanya*, § 49-50 ve 55).

Gizli ajan ile tahrik arasındaki çizgi bazı durumlarda bulanıklaşabileceğinden, davaya ilişkin olguları incelemek ve herhangi bir tahrik olup olmadığının tespiti için gerekli adımları atmak adli makamların görevidir. Böyle bir tahrikin olduğunu tespit etmeleri halinde, bu şekilde elde edilen delilin kullanımının adil yargılanma hakkı üzerindeki etkisinin denetlenmesi gerekir (*Sepil / Türkiye*, § 37).

Aşağıdaki içtihat örneklerinde AİHM, bu tür kısıtlamaların ve güvencelerin bulunmadığını tespit etmiştir:

- Sanık, paranın cazibesine kapıldı ve gizli görevliler için uyuşturucu aldı; operasyon adli denetimli bir operasyonun parçası değildi ve ulusal makamların başvuranın önceden uyuşturucu kaçakçılığına karıştığından şüphelenmek için geçerli nedenleri yoktu: başvuranın sabıka kaydı yoktu ve polis kendisine ulaşana kadar uyuşturucu ticaretine karışma eğilimi olduğunu gösteren hiçbir şey yoktu (*Teixeira de Castro / Portekiz*, § 38);
- gizli ajan kamu görevlisi değildi ve operasyon polis tarafından etkin bir şekilde organize edilmemiş ve denetlenmemiştir (*Vanyan / Rusya*, § 45-50);
- dava, polisin “provokasyonu” olmasaydı suçun işlenmeyeceğine dair tuzağa düşürme delilleri içeriyordu; polis, tuzağa düşürülen kişinin polis tarafından bilinen bir uyuşturucu satıcısı olmadığını

gösteren delilleri görmezden geldi; polis operasyonuna, daha sonra operasyonu gerçekleştirecek olan organın basit bir idari kararı ile izin verilmişti ve bu karar, planlanan “deneme satın alınımının” nedenleri ve amaçları hakkında çok az bilgi içeriyordu; son olarak operasyon yargı denetimine veya başka herhangi bir bağımsız denetime tabi tutulmamıştır (*Khudobin / Rusya*, § 132-137).

- polis memurlarının eylemleri, başvuruları mahkum edildiği suçu işlemeye teşvik etme etkisine sahipti; ayrıca, yerel mahkeme, kışkırtma olup olmadığını belirlemesine yardımcı olabilecek ilgili olgusal ve yasal unsurları analiz etmemiştir (*Sepil / Türkiye*, § 28-41).

Ulusal Uygulama

CMK madde 139/1'e göre, soruşturma konusu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin bulunması hâlinde ve delil elde etmek için başka imkânların bulunmaması hâlinde bir kamu görevlisi, gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Söz konusu madde fıkrasında kararın hâkim tarafından verileceği belirtilmektedir.

Önemli noktalar

Gizli soruşturmacı atamak için ön koşullar:

Önemli Noktalar

- ✓ güçlü bir şüphenin varlığı;
- ✓ başka yollarla delil elde etmenin imkânsızlığı;
- ✓ hakim tarafından yetkilendirme.

Gizli soruşturmacının tanık sıfatıyla dinlenmesi

CMK'nın 139/3'üncü maddesinde, gizli soruşturmacının, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinleneceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanıkların Korunması Hakkında Kanunun 9 uncu maddesi hükümleri kıyasen uygulanır.

Gizli ajanın görevi ve yetkisinin yasal sınırları

Gizli ajan sadece suç örgütü ile ilgili soruşturma yapabilir (CMK madde 139/4) ve sadece CMK maddede 139/7'de sayılan suçlar soruşturulabilir¹⁰. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesi, yalnızca bir suç örgütü tarafından işlendiğinden şüphelenilen ve aynı maddenin 7. fıkrasında sayılan bir suç durumunda gizli ajan kullanımına izin vermektedir.

Ayrıca, gizli ajan görevini yerine getirirken herhangi bir suç işleyemez (CMK madde 139/5).

Yargıtay içtihatları

(i) Bir kimseyi suça teşvik etme yasağı

"Mevcut olan bir soruşturmada, suçun ortaya çıkarılmasını sağlamak için görevlilerin faaliyette bulunmaları mümkündür. Ancak Devletin görevi suç işlenmesini önlemek olup, organları vasıtasıyla kişilere suç işletmesi veya suç işleme eğilimini kuvvetlendirmesi, teşvik etmesi düşünülemez. Hukuk Devleti bireylerin hak ve özgürlüklerini korur. Devlet organlarının birtakım nedenlerle kişilere suç işletmesi ve sonra da failleri cezalandırması, cezalandırma hakkının kötüye kullanılmasıdır. Kamu görevlileri, görevlerini yerine getirirken Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa ve yasalarla bağlı olup kabul edilen ilkelere aykırı davranamazlar. Bir kimseyi suça kışkırtma hukuka aykırıdır. Devlet organları, bireyleri kışkırtarak suç işlemelerini sağlayıp sonra yakalayıp cezalandırılmalarını isteyemezler. Böyle bir uygulama yani bireyin hileli davranışlarla aldatılarak suç işlemesinin sağlanması devlete olan güveni zayıflatacağı gibi temel hakları da ihlal edecektir.

Suç işleme düşüncesi bulunmayan bir kişinin heyecanlandırılarak, tahrik

10 Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), (1)

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

edilerek, duygularından yararlanılarak kışkırtılıp suçüstü yakalatmak veya cezalandırılmasını sağlamak amacıyla bir suç işlemeye yöneltilmesi, suç işlemesine yardım edilmesi, suç işlemesi için olanak tanınması halinde ona verilecek ceza adil olmayacaktır. Zira fail tarafından, hiçbir etki olmadan özgür iradesiyle işlenmesine başlanmış bir fiil olmayıp kışkırtma olmadığı takdirde belki de bu suçun işlenmesi söz konusu olmayacaktır. Manevi duyguların ön plana çıkarılarak aldatılıp suç işletilmesi, özgür iradesinin etki altına alınması halinde suç kastı olaysal olarak değerlendirilmeli delillerin elde edilmiş biçimi üzerinde durulmalı, hukuka aykırı olup olmadığı tartışılmalıdır” (Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 21/01/2021, E. 2019/16283, K. 2021/878).

(ii) Suça teşvik yoluyla elde edilen delilin değeri

Failin, atılı suçu işlediğine dair yoğunlaşmış kuşku bulunması, bir soruşturmaya başlanmış olması halinde, bu kuşkuların giderilmesi için adli makamların bilgisi dahilinde gizli soruşturmacı, muhbir, gizli görevli kullanılması mümkündür. Görevlinin müdahalesi adil yargılama hakkını ihlal edici nitelikte olduğu takdirde, sanığın suçu işlediğini gösteren diğer delillerin mahkumiyete yeterli olup olmadığı, suçun nasıl işlendiği, suç eşyasının nerede ve nasıl bulunduğu, değerlendirilip sonucuna göre karar verilmelidir (Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 21/05/2013, E. 2013/5397, K. 2013/15729).

(iii) Kanuna uygun delil elde etme şartları

Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için aşağıda belirtilen koşulların varlığı aranmalıdır:

- a. Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi hiç bir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket etmemeli, önceden failde bulunmayan suç işleme kastı oluşturularak, fail suç işlemeye azmettirilmemeli.
- b. CMK'nın 160 ve devamı maddeleri uyarınca bir görevlendirmenin bulunması gerekir.
- c. Kolluk görevlisinin tutanağı delil olarak kabul edildiğinde, diğer delillerle birlikte tutanağa da dayanılıyorsa mutlaka tutanak düzenleyiciler dinlenilmeli, sanığa, tutanak ve düzenleyicilerin anlatımlarına karşı savunma yapma imkanı verilmelidir. (Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 10/01/2019, E.2016/17207, K.2019/1034).

Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenen esaslar (Muhsin Hükümdar (no. 2), No: 2016/69274, 5/3/2020, §§ 45-49):

- Polis memuru, kendisini suçun pasif bir incelemesi ile sınırlandırmalıdır, yani suçun işlenmesinde aktif bir rol oynamamalıdır.
- Hakim, müdahalenin hukuka ve anayasal güvencelere uygun olup olmadığını tartışmak zorundadır. Aksi takdirde hâkim, iddia edilen suçun işlendiğine dair başka delil olup olmadığını araştırmak zorundadır.
- Gizli soruşturmacının Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen suçları soruşturmakla görevli olup olmadığı değerlendirilmelidir (Madde 139/5 ve Madde 139/7).

1.4.1 Gizli soruşturmacı kullanılarak yürütülen operasyonun adil yargılanma hakkını olumsuz etkileyip etkilemeyeceğini değerlendirmek için kontrol listesi

1. Mahkeme, operasyonun nedenlerini belirlemek ve polis memurlarının CMK 139. maddesine uygun hareket edip etmediğini belirlemek için kapsamlı bir inceleme yaptı mı?
2. Sanığın polis tarafından suç işlemeye teşvik edilip edilmediği konusunda herhangi bir şüphe var mı?
3. Polis operasyonuna yeterli yasal çerçeve veya yeterli güvenceler eşlik etti mi?

II. Tanık yoluyla elde edilen delil

Önemli Madde

AİHS madde 6 § 3(d)

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

(...) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek.

CMK madde 58/2

Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir.

Tanık Koruma Kanunu madde 9/8

Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez.

Ceza yargılamasında sanığın, aleyhindeki tanıkları sorgulama veya sorguya çekme ve lehteki tanıkların, aleyhindeki tanıklarla aynı koşullar altında çağrılmasını ve dinlenmesini talep etme hakkı olmalıdır. Tanıkların sorgulanabilmesi, karşı karşıya getirilebilmesi ve ceza yargılaması sırasında tanıkların ifadelerinin doğruluğunu teyit etme olanağına sahip olmak adil yargılanma hakkının özelliklerinden biridir. Bu aynı zamanda, çekişmeli bir yargılamanın en önemli özelliklerinden biridir.

Ancak tanıkları sorgulama ve yüzleştirme hakkı mutlak bir nitelik taşımaz. Makul kısıtlamalar, bazen hem AYM hem de AIHM içtihatları uyarınca, sanığın savcılık tarafından sunulan tanıkları sorgulamasını ve yüzleşmesini engelleyebilir.

Öte yandan, bir mahkumiyet – yalnızca veya belirleyici ölçüde – sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya yüzleşme fırsatı bulamadığı bir kişinin ifadelerine dayanıyorsa, sanığın haklarının Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde sınırlandırılması söz konusu olacaktır.

(İlgili Anayasa Mahkemesi kararları için bkz., *Atıla Oğuz Boyalı*, No: 2013/99, 20/3/2014, §§ 34-56; *Az. M.*, No: 2013/560, 16/4/2015, §§ 46-67; *Levent Yanlık*, No: 2013/1189, 18/11/2015, §§ 67-77; *İsmet Özkorul*, No: 2013/7582, 11/12/2014, §§ 44, 45).

Bu nedenle, tanık ifadesinin kabul edilebilirliği, yargılamanın genel adilliği bakımından değerlendirilmelidir. Herhangi bir eksiklik olması durumunda,

yerel mahkeme, bu tür delillerin kullanılmasının sanığın adil yargılanma hakkını olumsuz etkileyip etkilemediğini doğrulamalıdır. Hem AİHM hem de AYM, bunu yaparken yardımcı olabilecek kriterler geliştirmiştir.

2.1. Hazır olmayan tanık beyanı

AİHM Uygulaması

Önemli Noktalar

- ✓ Kural olarak, tüm deliller, açık bir duruşmada sanığın huzurunda, çekişmeli olarak sunulmalıdır.
- ✓ Savunma haklarına saygı gösterilmesi koşuluyla, soruşturma aşamasında alınan tanık ifadesini duruşmada öne sürmenin mümkün olabileceği bazı durumlar vardır.
- ✓ Bu tür delillerin kabul edilebilirliği, aşağıdaki kriterler kullanılarak yargılamanın genel adilliği bakımından değerlendirilmelidir:
 - Tanığın hazır bulunmaması için geçerli bir neden bulunup bulunmadığı,
 - Tanık ifadesinin mahkumiyet için belirleyici olup olmadığı,
 - ve bu delilin güvenilirliğinin adil ve uygun bir şekilde değerlendirilmesini sağlayan herhangi bir dengeleyici faktörün uygulanıp uygulanmadığı.
- ✓ Hazır bulunmayan tanığın test edilmemiş delillerine ihtiyatla yaklaşılmalıdır – mahkeme, bunun daha az ağırlıklı olduğunun farkında olduğunu göstermeli ve sonuçta neden güvenilir olarak kabul edildiğine dair ayrıntılı muhakeme yapmalıdır.

AİHS'nin 6 § 3 (d) maddesi, bir sanığın mahkum edilmesinden önce, aleyhindeki tüm delillerin, çekişmeli bir yargılama yoluyla açık bir duruşmada

huzurunda sunulması gerektiği ilkesini benimser. Savunma hakları, genel bir kural olarak, sanığa, kendisi aleyhindeki tanığa, ya tanık ifadesini verdiği anda ya da yargılamanın daha sonraki bir aşamasında itiraz etmesi ve sorgulaması için yeterli ve uygun bir fırsat verilmesini gerektirir. AİHS'nin 6 § 3 (d) maddesi, tanıkların çağırılması ve dinlenmesi bakımından ceza yargılamasında savunma ile iddia makamı arasında eşitliği sağlamayı amaçlamakla birlikte, sanığa mahkemede tanıkların katılımını sağlama konusunda sınırsız bir hak vermemektedir. Bu nedenle, iç hukuk, her iki taraftaki tanıklar için aynı koşullar olması koşuluyla, tanıkların kabulü ve sorgulanması için hükümler belirleyebilir (*Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık*, § 118).

Benzer şekilde, yerel mahkeme, AİHS hükümlerine uymak kaydıyla, savunma tarafından önerilen tanıkları çağırılmayı, örneğin delillerin ortaya çıkarılmasına yardımcı olma olasılığının düşük olduğu gerekçesiyle, reddetmekte özgürdür (*Hüseyn ve Diğerleri / Azerbaycan*, § 196).

İfadenin değerlendirilmesi, sanığın, bu ifadelerin alındığı zaman veya yargılamanın sonraki aşamalarında, bu tür ifadelere itiraz etmek için yeterli ve elverişli fırsata sahip olup olmadığına bağlıdır. Eğer öyleyse, böyle bir ifadenin kullanılması AİHS'nin 6 § 1 ve 3 (d) maddesine aykırı değildir. Ancak, savunma hakkı güvence altına alınamıyorsa, bu tür bir beyanın kullanılması yargılamanın adilliyini olumsuz etkilememesi için son derece dikkatli bir şekilde ele alınmalıdır (*Faysal Pamuk / Türkiye*, § 48).

AİHM, duruşmanın herhangi bir aşamasında sanık tarafından hiç sorgulanmayan bir tanığın ifadesine dayanan bir mahkumiyetin adil yargılanma hakkına uygun olup olmadığını belirlerken, üçlü bir test geliştirmiştir:

- tanığın duruşmaya katılmamasının geçerli bir nedeninin bulunup bulunmadığı,
- tanık ifadesinin mahkumiyet için belirleyici olup olmadığı veya bu açıdan önemli bir ağırlık taşıyıp taşımadığı,
- ve hazır bulunmayan tanığın sunduğu delillerle karşılaştırıldığında savunmanın maruz kaldığı handikapları telafi etmek için yeterli dengeleyici faktörlerin bulunup bulunmadığı.

Aşağıdaki tablo, bu testin uygulandığı AİHM içtihadını özetlemektedir.

1. Tanığın hazır bulunmamasının geçerli nedeni

Geçerli nedenlere örnekler:

- Tanığın ölümü
- Misilleme korkusu (*Ferrantelli ve Santangelo / İtalya*) – bu korku için delillerle desteklenen nesnel gerekçeler olması gerekmektedir (*Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık*)
- Tanık yurt dışında yaşıyor ve makul bir süre içinde dinlenme olasılığının bulunmaması (*Schatschaschwili / Almanya*)

Geçerli nedenlerin eksikliğine örnekler:

- Tanıkların, yargılamanın yapıldığı yerden başka bir yerde ikamet etmeleri halinde ikamet ettikleri yerdeki mahkemeler tarafından sorgulanmaları (*Faysal Pamuk / Türkiye, § 51-58¹¹*)
- Duruşma yeri ile tanık konutu arasındaki mesafe (258 km) ve iki şehir arasındaki kalitesiz yollar (*Süleyman / Türkiye, § 76-80*)
- Özgürlüğünden yoksun bırakılan sanığın tanığın duruşmasına katılmasına izin verilmemesi ve mahkemenin bu kısıtlamaya ilişkin herhangi bir açıklama yapmaması (*Fikret Karahan / Türkiye, § 42-44*).
- Mahkemenin tanıkları çağırmak veya nerede olduklarını belirlemek için hiçbir çaba göstermemesi, bunun yerine kovuşturma öncesi evrede alınan ifadeleri delil olarak kullanması (*Sağlam / Türkiye, § 47*)
- Mahkemenin, herhangi bir gerekçe göstermeksizin sanıkların sunduğu tanıkların dinlenmesi talebini reddetmesi (*Cevat Soysal / Türkiye, § 72-79*)

11 CMK'nın 180. maddesinin yorumlanması.

2. Hazır bulunmayan tanığın ifadesinin mahkûmiyet kararı için tek veya belirleyici dayanak olup olmadığı	<p><i>Mahkumiyetin tek veya belirleyici temelini oluşturan tanık ifadesinin örnekleri:</i></p> <ul style="list-style-type: none">- Hazır bulunmayan tanığın ifadesinin davanın sonucu için belirleyici olması (<i>Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık</i>)- Mahkumiyeti desteklemek için dayanılan diğer delillerin gücünün daha az olması (<i>Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık</i>)- Kalan delillerden hiçbirinin sanığı suçlu bulmak için tek başına yeterli olamayacağı düşünüldüğünde, hazır bulunmayan dört tanığın verdiği ifadenin, mahkûmiyet kararının merkezinde yer alması (<i>Faysal Pamuk / Türkiye, § 59-62</i>).
3. Delillerin güvenilirliğinin adil ve uygun bir şekilde değerlendirilmesine izin verecek yeterli dengeleyici faktörlerin varlığı	<p><i>Bu tür faktörlerin varlığına ilişkin örnekler (Schatschaschwili / Almanya):</i></p> <ul style="list-style-type: none">- Sanık, delillere itiraz etme ve tanıklar tarafından verilen delillerin doğruluğunu ve güvenilirliğini test etme konusunda etkili bir fırsata sahipti- Mahkeme, iddia makamı ve savunmanın sorgulanan tanığın tavrını gözlemleyebilmesi ve güvenilirliği hakkında kendi izlenimlerini oluşturabilmesi için duruşma sırasında hazır bulunmayan tanığın soruşturma aşamasındaki sorgusunun video kaydının gösterilmesi- Test edilmemiş tanık ifadesini destekleyen doğrulayıcı delillerin duruşmada mevcudiyeti- Savunmaya, duruşma sırasında tanığa, örneğin yazılı olarak, kendi sorularını dolaylı olarak sorma imkanı verilmesi- Sanık veya müdafiyeye soruşturma sırasında tanığı sorgulama fırsatı verilmesi- Sanığa, diğer tanıkların ifadeleriyle herhangi bir tutarsızlık veya tutarsızlığa işaret ederek, olayların kendi yorumunu verme ve hazır bulunmayan tanığın güvenilirliği hakkında şüphe oluşturma fırsatı verilmesi.

	<p><i>Bu tür faktörlerin yokluğuna örnekler:</i></p> <ul style="list-style-type: none">- Mahkemenin hazır bulunmayan tanıklardan delil elde etmek için, görsel-işitsel araçlar gibi alternatif tedbirler araştırmaması (<i>Faysal Pamuk / Türkiye, § 63-76</i>)- Mahkemenin, CMK'nın 180. maddesinin uygulanmasına ilişkin temel gereklilik, yani tanığı ilk derece mahkemesi önüne çıkarmanın imkansızlığı veya zorluğu, konusunda sessiz kalması (<i>Faysal Pamuk / Türkiye, § 63-76</i>)- Dava dosyasında, ulusal mahkemelerin, gaip tanığın verdiği ifadeye özel bir dikkatle yaklaşıtlıklarına veya duruşmada bulunmaması nedeniyle daha az ağırlık taşıdığıının farkında olduklarına dair herhangi bir belirti olmaması (<i>Daştan / Türkiye § 30-36; Sağlam / Türkiye, § 51-55</i>)- Mahkemenin, hazır bulunmayan tanığın ifadelerinin güvenilirliğini incelemeye girişmemesi (<i>Süleyman / Türkiye, § 85-103</i>)
--	---

Daha da önemlisi, AİHM, hazır bulunmayan bir tanığın test edilmemiş delillerine ihtiyatla yaklaşılması gerektiğini vurgulamaktadır – mahkemeler, mevcut diğer delilleri de göz önünde bulundurarak, delilin daha az ağırlık taşıdığıının farkında olduklarını ve neden güvenilir olarak kabul edildiğine ilişkin ve ayrıntılı gerekçelendirmelidirler. Bu nedenle, bu tür bir ifadenin kararda kullanımı açıklamasız bırakılmaz.

Ulusal Uygulama

Önemli Noktalar

- ✓ Kural olarak, tüm deliller, açık ve çekişmeli bir duruşmada ve sanığın huzurunda sunulmalıdır.
- ✓ Uygulanacak iki aşamalı test: (i) geçerli bir nedenin varlığı ve (ii) hazır bulunmayan tanığın ifadesinin tek veya belirleyici delil olması durumunda adil yargılama garantisi.

Türk hukuku, bir yargılama öncesi veya yargılama dışı elde edilen tanık ifadelerinin delil olarak kabul edilmesinin yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediğini değerlendirmek için ALHM'e benzeri iki aşamalı bir test benimsemiştir.

İlk olarak, tanığın mahkemede hazır bulunmaması için geçerli bir neden olmalıdır.

İkinci olarak, tanık ifadesinin yegane ya da belirleyici delil olup olmadığı, böyle bir durum söz konusuysa savunma hakkının adil yargılanmanın gereklerini karşılamayacak ölçüde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığının incelenmesi gerekir.

a) Geçerli neden

"Geçerli neden" şartı, öncelikli olarak gözetilmelidir. Çünkü tek veya yegâne ispat unsuru olmasa dahi ifadesi hükme esas alınan bir tanığın geçerli bir neden olmaksızın duruşmada dinlenmemesi tek başına adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturabilir. Kamu makamları bu nedenle ifadesi hükme dayanak yapılacak tanıkların duruşmada hazır edilmesi için makul bir çaba sergileme yükümlülüğü altındadır (*Abdurrahim Balur*, No: 2013/5467, 7/1/2016, § 81).

b) Tek delil & Belirleyici delil¹²

Anayasa Mahkemesi Cezair Akgül kararında şu tespitlerde bulunmuştur:

Somut olayda başvuru ve müdafî, aynı olaydan ötürü başlatılan soruşturma kapsamında dosyası tefrik edilip başka bir dosyada yargılanan ve aleyhte beyanda bulunan suç ortağının huzurda dinlenilmesi ve sorgulanması için talepte bulunmuştur. (...) Mahkeme, tanığın (başvurucunun suç ortağı) mahkûm olduğu mahkemede ifadesinin tespit edildiği gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

Başvurucu hakkındaki gerekçeli karar incelendiğinde adı geçen tanığın (A.Ç.) başvuru aleyhine verdiği ifadenin tek olmamakla birlikte belirleyici nitelikte delil olarak kabul edildiği görülmektedir. İlk Derece Mahkemesi, bu kişinin ifadelerinin dosyaya konulmasıyla yetinmiştir.

Başvurucuya, beyanları mahkûmiyette belirleyici ölçüde esas alınan tanığın sorgulama veya sorgulatma imkânı verilmediğinden ve savunma haklarının korunması için hiçbir tedbir alınmadığından başvuru hakkı Anayasa'nın

12 "Tek delil", sanık aleyhindeki tek delil anlamına gelir ve "kesin delil", ağırlıklı olarak davanın sonucunu etkileme eğiliminde olan delil anlamına gelir (*Baran Karadağ*, No: 2014/12906, 7/5/2015, § 65).

36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmıştır (Cezair Akgül, No: 2014/10634, 26/10/2016, §§ 41-43).

2.1.1. Hazır bulunmayan tanığın ifadesinin kullanılmasının adil yargılanma hakkını olumsuz etkileyip etkilemeyeceğini doğrulamak için kontrol listesi

1. Sanık, hazır olmayan tanığın ifadesinin alındığı sırada veya yargılamanın sonraki bir aşamasında bu ifadeye itiraz etmek için yeterli ve elverişli bir imkana sahip miydi?
2. Tanığın hazır bulunmamasının geçerli bir nedeni var mı?
3. Tanığın ifadesi mahkûmiyet için tek veya belirleyici bir delil mi?
4. Yargılama sırasında, bu delilin güvenilirliğinin adil ve uygun bir şekilde değerlendirilmesine izin veren yeterli dengeleyici faktörler var mı?
5. Mahkeme, bu tür delillerin daha az ağırlığının olduğunun farkında olduğunu gösterdi mi?
6. Mahkeme, hazır bulunmayan tanığın ifadelerinin güvenilirliğini incelemeye girişti mi?

2.2. Gizli tanık

AİHM Uygulaması

Önemli Noktalar

- ✓ AİHM, gizli tanıklar bağlamında, tanıkların hazır bulunmadığı davalarda izlediği yaklaşıma benzer bir yaklaşım benimser.
- ✓ AİHM, yargılamaların genel adillliğini değerlendirmek için üç aşamalı bir test yürütür ve aşağıdakileri göz önünde bulundurur:
 - bu delili kullanmak için iyi nedenlerin varlığı,
 - Mahkumiyetteki rolü,
 - Ve bu delilin güvenilirliğinin adil ve uygun bir şekilde değerlendirilmesine izin veren dengeleyici faktörlerin varlığı.
- ✓ Gizlilik sağlamak için iyi bir gerekçe, belirli bir davanın özel koşullarını dikkate alan bireyselleştirilmiş değerlendirmeyi gerektirir.

AİHM'ye göre, gizli ve hazır bulunmayan tanıklar tarafından gündeme getirilen sorunlar aynı olmamakla birlikte, her biri davalı için potansiyel bir dezavantajla sonuçlandığından, iki durum ilke olarak farklı değildir. (Süleyman / Türkiye, § 62).

Duruşma salonunda hazır bulunmayan tanıklar, güvenilirliklerinin savunma avukatları tarafından sorgulanamayacağı gibi bir sorun teşkil etmektedir. Ancak, kimlikleri savunmaya bildirilmiştir ve böylece savunma bu tanıkları yalan söylemeye iten nedenleri araştırabilir (Ellis ve Simms / Birleşik Krallık, § 74).

Öte yandan, gizli tanıklar, kendilerine ifadelerindeki herhangi bir tutarsızlıkla ilgili baskı yapabilen savunma avukatları ile yüz yüze görüştürülür. Hâkim, jüri ve savunma avukatları tanığın sorgulama esnasındaki tavırlarını gözlemlenebilir ve bu şekilde tanıkların güvenilirliğine ve ifadelerinin doğruluğuna ilişkin bir görüş sahibi olurlar. Tanığın tamamen gizlendiği ve tanık hakkında tanığın kimliğine ve geçmişine dair hiçbir bilgi olmadığı durumlarda, savunma, tanığı yalan söylemeye iten nedenleri tanığa ve jüriye gösterememe gibi bir zorlukla karşılaşır. Ancak, uygulamada, çapraz sorgulama için veri temin edecek bir açıklama yapılır. Bu açıklamanın boyutu, savunmanın karşılaştığı engelin boyutu üzerinde etkilidir (Ellis ve Simms / Birleşik Krallık, § 74).

Hazır bulunmayan tanık	Gizli tanık
<ul style="list-style-type: none">- Savunma tarafından şahsen sorgulanamaz- Kimliği bilinir ve savunma tanığın güvenilirliğini ve inanılabilirliğini sorgulayabiliyor	<ul style="list-style-type: none">- Savunma ile şahsen yüzleşebilir- Kimliğine ilişkin hiçbir ayrıntı bilinmiyor, bu da doğruluğunun ve güvenilirliğinin sorgulanmasının zor olduğu anlamına gelir

Bu nedenle, AİHM, gizli tanıklar bağlamında, tanıkların bulunmadığı davalarda izlediği yaklaşıma benzer bir yaklaşım benimsemiştir ve yargılamaların genel olarak adil olup olmadığını değerlendirmek için üç aşamalı test uygular. Bu test aşağıdakileri değerlendirir:

- Gizlilik sağlamak için iyi sebepler vardı,
- Mahkumiyetin tek veya belirleyici temeli bu tanıkların ifadeleriydi,

- Ve bu delillerin güvenilirliğinin adil ve uygun bir şekilde değerlendirilmesine izin vermek için usule ilişkin kuvvetli güvencelerin mevcudiyeti de dahil olmak üzere yeterli dengeleyici faktörler vardı (*Ellis ve Simms / Birleşik Krallık; Asani / « Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti »*).

Uygulamada, gizli tanıkların yer aldığı davalarda, tanıkların kimliklerinin açıklanmasını istememelerinin nedeni genelde sanıkların kendilerinden intikam alacağı korkusudur. Ancak, öznel bir korku yeterli değildir ve yargılamayı yapan mahkeme tarafından söz konusu korkunun nesnel dayanakları olup olmadığına dair gerekli araştırmanın yürütülmesi gerekmektedir (*Ellis ve Simms / Birleşik Krallık, § 76*). Daha da önemlisi, Türkiye aleyhine açılan davalarda AİHM, kanuni hükümlerde yer alan ifadelerin tekrarının ("başvuran veya yakınları için "ağır tehlike"), davanın özel koşullarını dikkate alan bireyselleştirilmiş bir değerlendirme olmaması halinde, gizlilik sağlanması için yeterli bir neden sayılamayacağını tespit etmiştir (*Süleyman / Türkiye, § 69-75 ; Balta ve Demir / Türkiye, § 46 ; Şık / Türkiye, § 62, Cevat Soysal / Türkiye, § 78*).

Ulusal uygulama

Önemli Nokta

- ✓ AYM üç aşamalı bir test uygular: (i) tanığın kimliğini gizlemek için geçerli nedenlerin bulunup bulunmadığı; (ii) gizli tanığın ifadesinin, mahkûmiyet kararında tek veya belirleyici temel olup olmadığı; (iii) hükmün büyük ölçüde veya yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanması durumunda, yargılama detaylı incelemelere tabi tutulmalıdır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 58. maddesi iki tür tanık koruma tedbiri öngörmektedir. Biri tanığın kimliğinin gizli tutulması, diğeri ise, tanığın hakim tarafından hazır bulunma hakkına sahip tarafların yokluğunda dinlenmesidir. 5726 sayılı Tanıkların Korunması Hakkındaki Kanun'un 5. maddesi, tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulmasını ve kendisine yapılacak tebligatlar için ayrı bir adres tespit edilmesini ve duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesini düzenlemektedir.

Tanık koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için 5726 sayılı Kanun'da belirtilen suçlardan birinin soruşturulması veya kovuşturulması gerekir¹³. Tedbir uygulanacak kişinin tanık veya yakınlarından biri olması, kişinin hayatı, beden bütünlüğü ve malvarlığı için ciddi ve ağır bir tehlikenin bulunması gerekir.

- Üç aşamalı test

Anayasa Mahkemesi aşağıdaki üç aşamalı testi uygular:

- tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçelerin olup olmadığı;
- gizli tanık ifadesinin, verilecek hükmün dayandığı tek veya belirleyici temel olup olmadığı;
- hükmün büyük ölçüde veya yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanması durumunda, yargılama detaylı incelemelere tabi tutulması.

AYM'ye göre eğer sanık veya müdafî tarafından güvenilirliğinin ve doğruluğunun saptanması amacıyla sorgulanmamış tanık delili, mahkeme kararının dayandığı esas veya belirleyici delil ise ve dengeleyici güvenceler sağlayan bir usul öngörülmemiş ise, adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olabilecektir (*Baran Karadağ*, No: 2014/12906, 7/5/2015, § 68).

Tanığın kimliğini gizlemek için geçerli nedenler:

Anayasa Mahkemesi, Baran Karadağ kararında, tanığın kimliğinin gizlenmesine ilişkin gerekçe eksikliğini belirleyici unsur olarak dikkate almıştır (§§ 69 ve 75).

Tek veya belirleyici delil:

Gizli tanık ifadesinin tek veya belirleyici delil olup olmadığının incelenmesi önemlidir. Başka delillerle desteklenmeyen ve doğrulanmayan gizli tanığın ifadesi mahkumiyete dayanak olarak kullanılamaz. 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9/8 inci maddesine göre; (...) Hakkında koruma tedbiri uygulanan tanığın ifadesi, karara esas teşkil edemez.

Yargıtay, gizli tanığın ifadesinin başka bir delille desteklenmemesi halinde karara esas alınamayacağına karar vermiştir (Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2019/2233, K. 2019/4810).

¹³ Bkz. 5726 sayılı kanun Madde 3.

Anayasa Mahkemesi de aynı görüşe sahiptir:

Olayın tek tanığı varsa ve sadece bu tanığın ifadesine dayanılarak hüküm kurulacak ise, bu tanık duruşmada dinlenmeli ve sanık tarafından sorgulanmalıdır. Bu tanığın, sanığın sorgulamadığı bir dönemde alınan önceki ifadesine dayanılarak mahkumiyet kararı verilemez. (Atila Oğuz Boyalı, No: 2013/99, 20/3/2014, § 46).

Gizli tanığı sorgulamak için yeterli olanak:

Anayasa Mahkemesi'ne göre sanık, gizli tanığın verdiği ifadelerin güvenilirliğini test etme hakkına sahip olmalıdır.

Başvurucu, gizli tanığın beyanlarının tespiti sırasında hazır bulunmadığından ses bağlantısı yoluyla da olsa onu sorgulayamamış; sorulan sorulara verdiği cevaplar hakkında kişisel izlenim edinme fırsatı elde edememiştir. Bu yüzden (...) savunma tarafı sorgulama yoluyla gizli tanığın güvenilirliğini test edememiştir.

(...) başvuru tarafından bir biçimde gizli tanık beyanının içeriğinin öğrenilmiş olduğu anlaşılırsa da somut olayda gizli tanık beyanına karşı başvurucuya (saniğe) yeterli bir itiraz imkânı tanındığını kabul etmek mümkün değildir (Önder Sığırcıkoğlu (2), No: 2014/13176, 17/7/2018, §§ 65-66).

Teknik ve fiziki imkanların olmaması nedeniyle tanığın sorgulanamaması

Anayasa Mahkemesi, sanığın gizli tanığın duruşmada dinlenmesine ilişkin talebinin, yalnızca gerekli teknik ve maddi imkanların bulunmadığı gerekçesiyle reddedilemeyeceğine karar vermiştir. Gizli tanığın ifadelerini okumak yeterli bir garanti sağlamaz.

Gizli tanığın beyanlarının tespit edildiği sırada hazır bulunmayan başvuru ve müdafii, yargılamanın yapıldığı Mahkemede ses ve görüntülü aktarma sisteminin mevcut olmaması nedeniyle ses bağlantısı yoluyla da olsa gizli tanığı sorgulayamamış ve gizli tanığa sorulan sorulara gizli tanığın verdiği cevaplar hakkında kişisel izlenim edinme fırsatı bulamamıştır. Savunma tarafı böylelikle sorgulama yoluyla gizli tanığın güvenilirliğini test edememiştir. Söz konusu tanık beyanlarının daha sonra sanık (başvurucu) ve müdafinin huzurunda okunmuş olması, tanık beyanına karşı yeterli bir itiraz imkânı olarak değerlendirilemez. (Serdar Batur, No: 2014/15652, 24/5/2018, § 53).

2.2.1. Gizli tanığın kullanılmasının adil yargılanma hakkını olumsuz etkileyip etkilemeyeceğini doğrulamak için kontrol listesi:

1. Soruşturma ya da yargılama, 5726 sayılı kanunda belirtilen suçlardan biri ile ilgili midir?
2. Davanın kendine özgü koşulları dikkate alındığında tanığın kimliğini gizlemek için geçerli bir sebep var mı? Cevap evet ise, bu geçerli sebepler savcı ve/veya yargılamayı yapan mahkeme tarafından mı ileri sürülmüştür?
3. Gizli tanığın ifadeleri tek veya kesin delil midir? Evet ise, sanık veya avukatı gizli tanığı sorgulama fırsatına sahip oldu mu?
4. Yargılamalar sırasında, bu delilin güvenilirliğinin adil ve uygun bir şekilde değerlendirilmesine izin veren yeterli dengeleyici faktörler var mıydı?
5. Mahkeme, bu tür delillerin daha az ağırlığı olduğunun farkında olduğunu gösterdi mi?
6. Mahkeme, hazır bulunmayan tanığın ifadelerinin güvenilirliğini incelemeye girişti mi?

III. Müdahaleci önlemlerle elde edilen deliller

Bu rehber müdahaleci önlemleri, AİHS'nin 8. ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddelerinde yer alan özel hayatın gizliliği hakkına derin bir şekilde müdahale eden önlemler olarak değerlendirmektedir. Bu, diğerlerinin yanı sıra şunları içerir:

- İletişimin dinlenmesi,
- Arama ve el koyma,
- Gözetleme,
- Bir bilgisayar sisteminin aranması ve e-delil toplanması,
- Konum belirleme.

Mahremiyet hakkına yapılan bu müdahale, delil kullanımının yargılamayı adaletsiz kılıp kılmayacağı konusunda çoğu zaman şüphe uyandırmaktadır. Bu nedenle hem AİHM hem de Türkiye Anayasa Mahkemesi, söz konusu delillerin

kabul edilebilirliğine karar vermek amacıyla bunların adil yargılama hakkına etkilerini değerlendirmek için standartlar geliştirmiştir.

Önemli Madde

AİHS madde 8 (Özel ve aile hayatına saygı hakkı)

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

CMK madde 116, 128, 134, 135 ve 140

3.1. Adil yargılama hakkı üzerindeki etkinin ölçülmesi

AİHM Uygulaması

Önemli Noktalar

- ✓ AİHS'nin 8. maddesini ihlal edilerek elde edilen delillerin kullanılması, kusurun yargılama sürecinde giderilmiş olması koşuluyla, yargılamanın genel adaletine halel getirmeyebilir.
- ✓ Mahkeme bunu değerlendirmek için, savunma hakları ve delillerin mahkumiyet üzerindeki etkisine ilişkin 2 aşamalı bir dengeleme testi gerçekleştirir.
- ✓ Kusurun yargılamanın adilliği üzerindeki etkisinin değerlendirilmemesi, başlı başına AİHS'nin 6 § 1 maddesi tarafından güvence altına alınan adilliğin gerekleri ile ilk bakışta çelişmektedir.

AlHM'ye göre, özel hayatın gizliliği hakkını ihlal eden müdahaleci tedbirlerle toplanan deliller, telafi mekanizmaları yoluyla yine de kullanılabilir. Bu eksikliğin müteakip yargılamalar sırasında giderilip giderilmediği veya yargılamanın genel adaletine telafi edilemez bir şekilde hanel getirilip getirilmediğine ilişkin değerlendirme, savunma haklarının dengelenmesi testi ve delillerin sanığın mahkumiyeti üzerindeki etkisi değerlendirilerek yapılır. Söz konusu eksikliğin devam eden yargılama esnasında telafi edilip edilmediğine ilişkin değerlendirme yapmak ilk etapta yerel mahkemelere düşer; bu yönde bir değerlendirmenin olmamasının tek başına ilk bakışta (*prima facie*) Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca adil yargılanma hakkı gereklilikleriyle uyumlu değildir (*Mehmet Zeki Çelebi / Türkiye* § 51).

Sonuç olarak, delillerin tartışılması aşamasında savunma haklarına saygı duyulmuşsa ve söz konusu deliller sanığın suçluluğunun tespiti için belirleyici değilse, şüpheli delillerin kullanılması yargılamayı haksız hale getirmeyecektir.

Yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını belirlemeye yardımcı olan dengeleme testi iki aşamadan oluşur:

Aşama 1: Savunmanın haklarının değerlendirilmesi

İlk adım, sanığa delillerin hukuka uygunluğu, gerçekliği, doğruluğu ve kabul edilebilirliğine ve kullanımına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediğinin doğrulanmasından oluşur (*Budak / Türkiye*, § 81; *Bykov / Rusya*, § 90; *Allan v Birleşik Krallık*, § 43). Şüpheli/suçlu bir kişiden, mahkumiyetin dayandırıldığı delillerin gerçekliği, doğruluğu ve kalitesine ilişkin herhangi bir argümanın, ulusal mahkemeden yeterli bir yanıt alması gerekir. Mahkeme, yeterli gerekçe göstermeden bunları reddedemez veya gözardı edemez (*Ayetullah Ay / Türkiye*, § 194-196).

Aşama 2: Delillerin mahkumiyet üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi

Bu gereklilik, delilin mahkumiyet kararında baskın bir rol oynayıp oynamadığını, yani delilin yargılamanın sonucu için belirleyici olup olmadığını inceler. Bu adımda, delilin bir mahkumiyette baskın bir rol oynayıp oynamadığı, yani

delilin yargılamanın sonucu için belirleyici olup olmadığı incelenir. Bu tür bir incelemenin niteliği ve kapsamının ölçüleceği kıstas, söz konusu delilin önemine göre belirlenecektir – bir başvuranın mahkumiyeti için delilin rolü ne kadar önemliyse, yerel mahkemelerin incelemesi de o kadar titiz olmalıdır (*Budak / Türkiye*, § 81; *Bykov / Rusya*, § 90).

Aşağıdaki tablo, AİHM'nin dengeleme testini ve bulgularını özetlemektedir. Özellikle, Türkiye ile ilgili içtihadta AİHM, yerel mahkemelerin aşağıdaki eksiklikleri sebebiyle AİHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmektedir:

- Söz konusu delilin hukuka uygun olup olmadığını, suçlanan kişiyi delille itiraz etme fırsatından neyin mahrum bıraktığını doğru bir şekilde ele almama ve incelememe (dengeleme testinin 1. aşaması),
- Kararda değerlendirilen delille ilgili argümanların uygun şekilde ele alınmaması (dengeleme testinin 2. aşaması).

Adil yargılanma hakkını ihlal eden kusurlu delil örnekleri	
<i>Budak / Türkiye (ev araması)</i>	
Aşama 1 Belirli bir delilin iç hukuka ve AİHS'ye aykırı olarak elde edildiğine dair doğrulanmış bir iddiaya yerel mahkemelerden uygun bir yanıtın gelmemesi. Bu nedenle yerel mahkemeler, delillerin hukuka aykırılığına ilişkin olarak Anayasa'da ve CMK'da, itiraz edilen delilin kabul edilebilirliğine ilişkin karar verilmesi gerektiğini öngören görevleri yerine getirmemişlerdir.	Aşama 2 Arama sırasında bulunan belgeler, başvuranın mahkum edilmesinde merkezi bir rol oynamıştır. Bundan bağımsız olarak, mahkeme kararında başvuranın delillerin hukuka uygunluğuna ilişkin iddialarına ilişkin herhangi bir açıklamada bulunmamıştır.

Aşama 1

Şüpheli, bu delillerin gerçekliğini ve doğruluğunu ve bu eşyaların keşfedilme şeklini sorgularken, yargılamayı yapan mahkeme, bu hususlarda herhangi bir inceleme yapmamış ve şüpheli şahsı, delillere etkili bir şekilde itiraz etme hakkından mahrum bırakmıştır.

Yerel mahkeme özellikleri:

- şüpheli tarafından tekrarlanan itirazlara rağmen, arama kayıtlarındaki çelişkileri (bulunan eşyayla ilgili olarak) ele almamış;
- aramanın polis tarafından şüphelinin, avukatının ve tanıkların yokluğunda yapıldığını göz önünde bulundurmamış;
- aramayı yapan polis memurlarından herhangi birinin delilini dinlememiş;
- şüphelinin, söz konusu eşyanın aynı evin ilk iki aramasında bir şekilde bulunmadığı ve bu eşyanın yerleştirilmiş olabileceğine dair şüphelere yol açtığı yönündeki beyanını dikkate almamıştır.

Aşama 2

Bununla birlikte, bulunan eşya (cep telefonu) mahkumiyetin merkezinde yer almakta olup, yargılamayı yapan mahkeme bu önemli delile karşı pasif bir yaklaşım benimsemiş ve delillerin güvenilirliğini incelememiş ve şüphelinin bu konudaki itirazlarına kayıtsız kalmıştır.

<i>Botea / Romanya, § 31-44 (telefon dinlemesi)</i>	
<p>Aşama 1 Mahkeme, sanığın kayıtların hukuka aykırılığına ve gerçekliğinin şüpheli olduğuna ilişkin şikayetlerine yanıt vermedi.</p>	<p>Adım 2 Söz konusu kayıtlar, tek olmasa bile, en azından sanık aleyhine belirleyici delillerdi.</p>
Adil yargılanma hakkını ihlal etmeyen kusurlu delil örnekleri	
<i>Schenk / İsviçre, § 47-48 (izleme)</i>	
<p>Aşama 1 Başvuran, kayıtların gerçekliğine ve kullanımlarına karşı çıkma fırsatına sahip olmuş ve bu fırsatı kullanmıştır; ayrıca, kaydın içeriği ile ilgili bir tanık da dahil olmak üzere tanıkları sorgulayabildi.</p>	<p>Adım 2 Mahkûmiyet, delillerin bir kombinasyonuna (özellikle tanık ifadelerine) dayanıyordu ve mahremiyet hakkını ihlal ederek toplanan telefon görüşmesinin kaydı, tek suçlayıcı delil değildi.</p>
<i>Bykov / Rusya, § 94-105 (izleme)</i>	
<p>Aşama 1 Başvuran, ilk derece mahkemesi önündeki çekişmeli yargılama usulünde ve temyiz gerekçesinde, gizli operasyona ve bu şekilde elde edilen her türlü delile itiraz edebilmiştir. İtiraz gerekçelerinin her biri mahkeme tarafından ele alındı ve gerekçeli kararlarla reddedildi.</p>	<p>Adım 2: İddia makamı için kilit delil tanık ifadesiydi, dolayısıyla gizli operasyondan elde edilen delil, başvuranın mahkûmiyetinin tek dayanağı değildi.</p>

Ulusal Uygulama

a. Arama ve el koyma önlemleri

CMK'nin 116 maddesi yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir hükmüne yer vermektedir.

Önemli Noktalar

✓ **CMK madde 116'ya göre makul bir şüphenin varlığı söz konusu olmalıdır.**

Anayasa Mahkemesi'ne göre arama kararı verilebilmesi için gerekli olan makul şüphe, her bir olayın özelliğine göre değişkenlik göstereceğinden makul şüphelinin hangi koşullarda gerçekleşeceğini önceden öngörülebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucu dava konusu kuralla genel bir belirleme yapmış ve her bir olayın özelliğine göre arama kararı verilebilmesi için makul şüphenin bulunup bulunmadığını belirleme yetkisini arama kararı vermeye yetkili mercilere bırakmıştır. Bu çerçevede, makul şüphe kavramının, doktrin, uygulama ve yargı kararlarında anlam ve içeriğinin gelişip değiştiğinde kuşku yoktur.

AYM'ye göre, arama kararı verilebilmesi için somut delillere dayalı kuvvetli şüphe yerine makul şüphelinin yeterli görülmesi, soruşturma veya kovuşturmalarda arama tedbirine daha kolay bir şekilde başvurulabilmesine olanak tanımakla birlikte bu husus tek başına kuralı Anayasa'ya aykırı kılmaz. Arama tedbiriyle özel hayata ve konut dokunulmazlığına yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığının, makul şüphe koşulu yanında, kanunda yer alan diğer güvencelere bakılarak bir bütünlük içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasaya uygunluk denetimi bakımından önemli olan husus, arama kararı verilebilmesi için yetkili mercilere sınırsız bir takdir hakkı tanınarak, arama tedbirinin keyfi olarak uygulanmasına sebebiyet verilip verilmediğidir (Norm Denetimi, E. 2014/195, K. 2015/116, 23.12.2015).

Arama emri: Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir.

Uygun bir arama emri olmaksızın yapılan arama sonucunda elde edilen delillerin mahkûmiyette kullanılması adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir (*Orhan Kılıç [BD]*, No: 2014/4704, 1/2/2018, §§ 53-56).

Önemli Noktalar

✓ Gecikmesinde sakınca bulunan haller:

“Gecikmesinde sakınca bulunan haller” kavramı CMK’da değil, Adli Arama ve Önleme Yönetmeliği’nin 4. maddesinde tanımlanmıştır¹⁴.

Yargıtay bu terimleri şu şekilde tanımlamaktadır:

“Gecikmede sakınca bulunmasından, delillerin karartılması endişesi, şüpheli ya da sanığın kaçma tehlikesi veya aramanın amaçları açısından bir zarar doğması riskinin bulunması nedeniyle, hakime gidilmekle meydana gelebilecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi ya da imkansız hale getirmesi anlaşılmalıdır. Başka bir ifadeyle, bu halde hakimden karar alınmasının beklenemeyeceği acele bir durum söz konusu olmalıdır. (...) (YCGK, 17.01.2019, E. 2016/75, K. 2019/18)”.

¹⁴ Bu maddeye göre “gecikmesinde sakınca bulunan hal” kavramı aşağıdaki durumlar için geçerlidir:

- Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hakimden karar almak için vakit bulunmaması hali,
- Önleme aramaları bakımından; derhal işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hali.

Arama emrinin içeriği: Arama karar veya emrinde; (i) aramanın nedenini oluşturan fiil, (ii) aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya ve (iii) karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, açıkça gösterilmelidir.

Cumhuriyet savcısının katılımı: Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın süknada veya iş görmeğe mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulmalıdır. Aksi takdirde, arama ve sonuçları hukuka aykırı olacaktır (*Yaşar Yılmaz*, No: 2013/6183, 19/11/2014, §§ 55-59).

Aramada hazır bulunabilecekler: Zorunlu olmamakla birlikte, aranacak yerin sahibi veya eşyanın zilyedi arama sırasında hazır bulunabilir. İlgili kişi yoksa temsilcisi, akrabası veya komşusu bulunmalıdır. Aranan kişinin avukatı da arama sırasında hazır bulunabilir. Avukatın mevcudiyeti, aramanın kanuniliği için bir şart değildir. Ancak avukat, ilgilinin haklarını korumak amacıyla arama alanına girmek ve aramayı izlemek isterse, aramaya katılması engellenemez.

b. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El koyma

CMK madde 134'e göre, bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve el koyma tedbirlerine başvurulabilmesi için:

- (i) "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı" ve;
- (ii) başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması gerekir.

Önemli Noktalar

✓ Başka yollarla delil elde edilememesi.

İlgili iç hukuk metinlerinde bu terimler şu şekilde tanımlanmıştır:

"Soruşturma veya kovuşturma sırasında başka tedbirler alınsa dahi sonuç alınamayacağı veya diğer yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilemeyeceği beklentisinin varlığı ve delilin ancak bu tür önlemlerle elde edilebilecek olması".

Yasal temeller

Arama emri: CMK madde 116'ya benzer şekilde 134 üncü maddede de hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine karar verileceği düzenlenmiştir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler derhâl imha edilir.

El koyma: 134. maddede, aranacak cihazlara el koyulması istisna olarak düzenlenmiştir. El koyma prosedürü aşağıdaki koşullardan birinin yerine getirilmesine tabidir: şifrenin çözülememesi; gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması, ya da işlemin uzun sürecek olması.

Mahkeme Uygulaması

Yargıtay, cep telefonu, savcının emri veya mahkeme kararı olmaksızın polis tarafından incelendiği için, arama ve incelemenin hukuka aykırı olduğuna ve yapılan inceleme sonucunda elde edilen delillerin mahkumiyet için temel teşkil edemeyeceğinden kullanılamayacağına hükmetmiştir (Yargıtay 17. Ceza Dairesi, 15/02/2017, E. 2015/27517 K. 2017/1716).

c. İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması

Haberleşmenin telekomünikasyon yoluyla dinlenmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. Maddesinde öngörülmüştür. Bilgisayarların aranmasını öngören 134. Madde ile aynı metodolojiyi takip eder.

Karar: Hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

Bu tedbire başvurabilmek için:

(i) suç işlendiğine ilişkin “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı”; ve

(ii) başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması gerekir.

Talep ve kararın içeriği:

Talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge veya rapor eklenir.

Kararda (i) yüklenen suçun türü, (ii) hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, (iii) iletişim aracının türü, (iv) telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, (v) tedbirin türü, (vi) kapsamı ve (vii) süresi belirtilir.

Bu yöndeki bir tedbir kararı ancak CMK madde 135/8’de sayılan suçlar için verilebilir.

Süre: Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir. Bu süre, bir ay daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir.

İstisnai kişiler ve yerler: (i) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleşikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir. (ii) Müdafinin işyeri, mesken ve ikametgahındaki telekomünikasyon cihazları için 135 inci madde kapsamındaki tedbirler uygulanamaz.

d. Teknik araçlarla izleme

İçerik: CMK madde 140/1’e göre şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir. Bu tedbire konu olabilecek suçlar 140/1. maddede sayılmıştır. Dolayısıyla bu tedbir her suçta ve her yerde uygulanamaz.

CMK 140/4’e göre, elde edilen deliller, madde 140/1’de sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz. Ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı taktirde Cumhuriyet savcısını gözetiminde derhâl yok edilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140/1. maddesine göre teknik yollarla gözetleme tedbiri, ancak "şüpheli veya sanığın halka açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerini" kapsayabilir. CMK madde 140/5, tedbirin kişinin konutunda uygulanamayacağını açıkça hüküm altına almıştır. Yargıtay'ın teknik araçlarla izleme bağlamında mesken kavramını geniş yorumladığı söylenebilir. Yargıtay'a göre "Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları birlikte değerlendirildiğinde konutlarda veya mesken sayılan yerlerde teknik yollarla gözetim ve koruma tedbiri talep edilmesi mümkün değildir (YCGK, 21.10.2014, E. 2012/1283, K. 2014/430).

Şüphenin derecesi: Yukarıda incelenen tedbirler doğrultusunda (116. madde kapsamındaki arama hariç), bu tedbire başvurulabilmesi için:

(i) suç işlendiğine ilişkin "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı"; ve

(ii) başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması gerekir.

Süre: Madde 140/3'e göre teknik araçlarla izleme kararı en çok üç haftalık süre için verilebilir. u süre gerektiğinde bir hafta daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi hâlinde, hakim yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir. Teknik araçlarla izleme tedbiri ile gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde yukarıda belirtilen süreler bir kat artırılarak uygulanır.

3.1.1. Müdahaleci tedbir yoluyla toplanan delillerin kullanımının adil yargılanma hakkını olumsuz etkileyip etkilemeyeceğini doğrulamak için kontrol listesi:

1. Delillerin nasıl toplandığı konusunda herhangi bir şüphe var mı?
2. Kanuni bir usul güvencesine karşı mı toplandı?
3. Delillerin toplanma biçiminde güvenilirliği veya doğruluğu konusunda şüphe uyandıran herhangi bir eksiklik var mıydı?

Öyleyse:

1. Savunmaya, delilin yasallığına ve gerçekliğine itiraz etme ve davada kullanılmasına karşı çıkma fırsatı verildi mi?

2. Şüpheli/sanık kişi, delillerin gerçekliğine ve doğruluğuna ve ilk derece mahkemesi tarafından keşfedilme, toplanma ve incelenme şekline itiraz etmeyi amaçlayan argümanlar sundu mu?
3. Bu talepler mahkeme tarafından ele alındı mı?
4. Sanığın suçluluğunun tespitinde deliller belirleyici mi, yoksa destekleyici başka deliller var mı?

3.2. MASAK raporlarının delil olarak kullanılması

MASAK'ın görev ve yetkileri, 10.07.2018 tarih ve 30474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin (KHK) 231'inci maddesinde düzenlenmiştir.

231 inci maddenin (e) ve (f) bentlerine göre, MASAK, görev alanına giren suçların işlendiğine dair ciddi şüphelerin bulunması halinde, konuyu Cumhuriyet savcılığına bildirmek zorundadır. Ayrıca MASAK, karapara aklama ve terörün finansmanı suçlarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkemece intikal eden hususları ntikal ettirilen konuları analiz etmek ve incelemekle görevlidir ((g) bendi)¹⁵.

Sonuç olarak, soruşturma aşamasında savcı, yargılama aşamasında ise mahkemeler MASAK'ı görevlendirebilecektir. Ancak kararnameye göre MASAK'ın yetki alanları kara para aklama ve terörün finansmanı suçlarıyla sınırlıdır.

Yukarıdaki düzenlemelerden MASAK raporlarının ceza davalarında delil olarak kullanılabilmesi anlaşılmaktadır. Ancak, MASAK tarafından sağlanan bu delilleri değerlendirirken, yargılamayı yürüten mahkeme, sanığa garanti edilen usuli güvenceleri dikkate almalıdır.

Ceza yargılaması sırasında savunma haklarına ilişkin aşağıdaki sorunlar ortaya çıkabilir:

15 MASAK'ın iş ve işlemlerini yürütürken kolluk ve istihbarat birimlerinden yardım alabileceği, işbirliği yapabileceği ve bilgi alışverişinde bulunabileceği, her türlü kamu kurum ve kuruluşlarından, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlardan bilgi talep edebileceği ve yabancı ülkelerdeki benzer yetkilere sahip kurumlarla ilişkiler yürütebileceği diğer fıkralarda yer almaktadır.

Ceza muhakemesi sürecinde savunma haklarına ilişkin aşağıdaki hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir:

- Bir kararda yegâne veya kesin delil olarak MASAK raporlarına dayanmak, yargılamanın adilliğini şüpheye düşürebilir;
- MASAK'ın statüsü ve raporlarının gizliliği, sanığın veya avukatının raporu hazırlayan görevliler hakkında çapraz sorgulama yapmasına izin vermeyebilir.

3.2.1. MASAK raporunun delil olarak kabul edilebilirliğini değerlendirmek için kontrol listesi

1. Rapor usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş mi?
2. Sanık veya avukatının raporu inceleme ve doğruluğunu çürütme (örneğin karşı rapor sunma) imkanı var mı?
3. Rapor belirleyici ya da tek delil mi yoksa destekleyici başka deliller de var mı?

İçtihat listesi

AİHM

Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık, başvuru no. 26766/05 ve 22228/06
Allan / Birleşik Krallık, başvuru no. 48539/99
Asani v "Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti", başvuru no. 27962/10
Ayetullah / Türkiye, başvuru no. 29084/07 ve 1191/08
Balta ve Demir / Türkiye, başvuru no. 48628/12
Beuze / Belçika, başvuru no. 71409/10
Botea / Romanya, başvuru no. 40872/04
Bozkaya / Türkiye, başvuru no. 46661/09
Budak / Türkiye, başvuru no. 69762/12
Bykov / Rusya, başvuru no. 4378/02
Cevat Soysal / Türkiye, başvuru no. 17362/03
Daştan / Türkiye, başvuru no. 37272/08
Dayanan / Türkiye, başvuru no. 7377/03
Davran / Türkiye, başvuru no. 18342/03
Dragojević / Hırvatistan, başvuru no. 68955/11
Ekrem Can ve Diğerleri / Türkiye, başvuru no. 10613/10
Ellis and Simms / Birleşik Krallık (komite), başvuru no. 46099/06 and 46699/06
Faysal Palmuk / Türkiye, başvuru no. 430/13
Ferrantelli and Santangelo / İtalya, başvuru no. 19874/92
Fikret Karahan / Türkiye, başvuru no. 53848/07
Gäfgen / Almanya, başvuru no. 22978/05
Göçmen / Türkiye, başvuru no. 72000/01
Harutyunyan / Ermenistan, başvuru no. 36549/03
Haski / Belçika, başvuru no. 649/08
Hermi / İtalya, başvuru no. 18114/02
Huseyn ve / Azerbaycan, başvuru no. 35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05
Ibrahim ve Diğerleri / Birleşik Krallık, başvuru nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09
Jalloh / Almanya, başvuru no. 54810/00
Khudobin / Rusya, başvuru no. 59696/00
Marcello Viola / İtalya, başvuru no. 45106/04

Medenica / İsviçre, başvuru no. 20491/92
Mehmet Zeki Çelebi / Türkiye, başvuru no. 27582/07
M.T.B. / Türkiye, başvuru no. 47081/06
Öcalan / Türkiye, başvuru app. no. 46221/99
Örs ve Diğerleri / Türkiye, başvuru no. 46213/99
Poitrimol / Fransa, başvuru no. 14032/88
Ramanauskas / Litvanya, başvuru no. 74420/01
Sağlam / Türkiye, başvuru no. 22963/08
Sakhnovskiy / Rusya, başvuru no. 21272/03
Sanader / Hırvatistan, başvuru no. 66408/12
Salduz / Türkiye, başvuru no. 36391/02
Schatschaschwili / Almanya, başvuru no. 9154/10
Schenk / İsviçre, başvuru no. 10862/84
Sejdovic / İtalya, başvuru no. 56581/00
Sepil / Türkiye, başvuru no. 17711/07
Şık / Türkiye, başvuru no. 53413/11
Söylemez / Türkiye, başvuru no. 46661/99
Süleyman / Türkiye, başvuru no. 59453/10
Teixeira de Castro / Portekiz, başvuru no. 44/1997/828/1034
Türk / Türkiye, başvuru no. 22744/07
Vanyan / Rusya, başvuru no. 53203/99

AYM

Abdurrahim Balur, No: 2013/5467, 7/1/2016
Ahmet Gökhan Rahtuvan, No: 2014/4991, 20/06/2014
Aligül Alkaya and others [BD], No: 2013/1138, 27/10/2015
Atila Oğuz Boyalı, No: 2013/99, 20/3/2014
Az. M., No: 2013/560, 16/4/2015
Baran Karadağ, No: 2014/12906, 7/5/2015
Burhan Kuş, No: 2017/26497, 8/7/2020
Cevdet Ayaz and others, No: 2016/13689, 19/11/2019
Cezair Akgül, No: 2014/10634, 26/10/2016
Devran Duran [BD], No: 2014/10405, 25/5/2017
Fatih Taş [BD], No: 2013/1461, 12/11/2014
İbrahim Ataş, No: 2013/1235, 13/06/2013

İsmet Özkorul, No: 2013/7582, 11/12/2014
Levent Yanlık, No: 2013/1189, 18/11/2015
Mustafa Ersen Erkal, No: 2013/4770, 16/4/2015
Orhan Kılıç [BD], No: 2014/4704, 1/2/2018
Orhan Patarya [BD], No: 2019/42695, 20/5/2021
Önder Sığircıkoğlu (2), No: 2014/13176, 17/7/2018
Sami Özbil, No: 2012/543, 15/10/2014
Serdar Batur, No: 2014/15652, 24/5/2018
Sevil Karaaslan, No: 2018/24006, 15/9/2021
Şehrivan Çoban [BD], No: 2017/22672, 6/2/2020
Yankı Bağcıoğlu and others [BD], No: 2014/253, 9/1/2015
Yaşar Yılmaz, No: 2013/6183, 19/11/2014
Yusuf Karakuş and others, No: 2014/12002, 8/12/2016



Bu proje Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmektedir.
This Project is co-funded by the European Union and the Council of Europe.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Bu Kılavuz "Ceza Adalet Sisteminin Güçlendirilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İhlallerinin Önlenmesi için Yargı Mensuplarının Kapasitesinin Artırılması" Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi kapsamında hazırlanmıştır.

Bu Proje Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmekte, Avrupa Konseyi tarafından yürütölmektedir. Projenin yararlanıcı kurumları Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ve Türkiye Adalet Akademisidir. Projenin sözleşme makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.

Avrupa Konseyi, Avrupa kıtasının önde gelen insan hakları kuruluşudur. Kuruluş bünyesinde 46 üye devlet bulunmaktadır. Avrupa Konseyi üye devletlerinin tamamı; insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün korunmasını teminat altına almak üzere tasarlanmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin üye devletlerdeki uygulanmasını denetler.

