

**A. Vahit BIÇAK\***

## **USULSÜZ ULAŞILAN DELİLLERİN AKİBETİ: KATI VE ESNEK YAKLAŞIMLAR**

### **GİRİŞ**

Türk hukukçuları arasında usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınmamasının işlevinin Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde farklı olduğu inancı yaygındır. Bu yaygın kanağe göre, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde usulsüz elde edilen delillerin reddi "insan haklarıyla temel hak ve hürriyetleri korumak" iken, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde "polis disiplini altına almak" tır.<sup>1</sup> Ancak kanaatimizce, usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınıp alınmamasını açıklayan birbirinden farklı, tek bir teorenin Kıta Avrupası veya Anglo-Amerikan hukuk sisteminde tek başına etkin olduğu iddiası aşırı genellemeler içeren, abartılı bir ifadedir. Çeşitli ülkelerin yargı kararları incelendiğinde, değişik zamanlarda farklı teorilerin usulsüz ulaşılan delillerin akıbetini açıklamak için kullanıldığı görülmektedir.<sup>2</sup> Aynı şekilde, herhangi bir ülkenin akademisyenlerince kaleme alınan eserlerde de usulsüz ulaşılan delillerin akıbetini açıklamak için farklı teoriler kullanıldığı göze çarpmaktadır. Ayrıca, son yıllarda farklı hukuk sistemlerine mensup ülkelerin soruna yaklaşım tarzları arasında bir benzeşme de gözlenmektedir.<sup>3</sup>

Usulsüz ulaşılan delillerin akıbetinin ne olması gerektiği ve CMUK 135/A ve 254/2 maddelerinin yorumu tartışmalarının sağlıklı bir altyapıya oturmasına katkı sağlayacağı düşüncesiyle bu makalede usulsüz ulaşılan delillerin akıbeti konusundaki yaklaşımlar ve bu yaklaşımların temel aldıkları mantıklar herhangi bir hukuk sistemiyle sınırlı olmaksızın inceleme konusu yapılmaya çalışılmıştır.

Usulsüz ulaşılan delillerin akıbetinin ne olması gerektiği konusunda üç ana yaklaşım ortaya konulabilir. Bunlardan ilki, eğer delil, yargılanan uyumsuzlukla ilgili ve olayı açıklamakta faydalı ise, bu delilin nasıl elde edildiğinin araştırılmasına gerek olmaksızın hükme esas alınmasıdır (kesin kabul). Bu yaklaşımın tam zıddı ise, usulsüz ulaşılan delillerin hiçbir şekilde hükme esas alınmamasıdır (kesin red). Üçüncü çözümde esnek yaklaşımdır. Buna göre

---

\* Dr., Polis Akademisi Ceza Hukuku Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Bahri Öztürk, *Delil Yasakları*, Ankara, 1995, s.9.

<sup>2</sup> A. Vahit Biçak, A Comparative Study of the Problem of the Admissibility of Improperly Obtained Evidence, Basılmamış Doktora Tezi, Nottingham Üniversitesi, İngiltere, 1995.

<sup>3</sup> A. Vahit Biçak, "Europeanisation of Approaches to Admissibility of Improperly Obtained Evidence: Turkish and English Solutions Compared", Tebliğ, First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence, The Hague, 1-5 Aralık 1995.

usulsüz ulaşılan deliller bazı durumlarda hükme esas alınabilecek, bazı durumlarda ise, alınamayacaktır. Her bir yaklaşımı savunmak ve eleştirmek için ileri sürülen veya sürülebilecek olan görüşlerin irdelenmesi bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

### KESİN KABUL YAKLAŞIMI

Kesin kabul yaklaşımını savunmak için ileri sürülebilecek olan argümanlardan ilki, ceza yargılamasının temel amacının isnad edilen suçun işlenip işlenmediğinin tam ve doğru olarak karara bağlanması olduğudur. Bütün delillerin değerlendirilmeye alınması yargılama makamlarının tam ve doğru karar vermesine katkıda bulunarak, ceza muhakemesinin amacı olan sanığın itham edilen suçu işleyip işlemediğine ilişkin maddi hakikatin bulunmasını kolaylaştıracaktır. Dolayısıyla, bütün ilgili ve faydalı deliller, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın mahkemelerce kabul edilmelidirler. Bu görüş, maddi hakikate ulaşmanın ceza muhakemesinin yegane amacı olduğunu varsaymaktadır. Kuşkusuz, maddi hakikate ulaşılması, ceza muhakemesinin önemli bir amacıdır; ancak maddi hakikat her ne pahasına olursa olsun ulaşılması gereken bir amaç değildir. Maddi hakikate ulaşmak için mümkün olan her yolun denenmesi meşru olmayıp, maddi hakikate hukukun sınırları içinde kalınarak ulaşılmaya çalışılmalıdır.

İkinci argüman, ceza muhakemesinin konusunun itham edilen suçun işlenip işlenmediğini araştırmakla sınırlı olduğu iddiasıdır. Bu argümana göre, ceza muhakemesi suçun işlenip işlenmediğine ilişkin uyumsuzlukla ilgili olmayan, tali bir uyumsuzluk olan, delillerin usulsüz elde edilip edilmediğini çözmek için uygun bir yer ve mekanizma değildir. Wigmore'un ifade ettiği gibi, "hakim, belediye otobüsünde duruşma yapan ve ücretini ödemedi otobüse binen herkesi yargılayan kişi değildir. Aynı şekilde hakim ceza muhakemesi esnasında kazaen karşılaştığı bütün suçları araştırmak ve sorumlularını cezalandırmak durumunda olan kişi de değildir".<sup>4</sup> Bu argümana göre, ceza muhakemesi sanığın itham edilen suçu işleyip işlemediğine ilişkin uyumsuzluğu çözmek üzere dizayn edilmiştir. Delillerin ne şekilde elde edildiğinin inceleme konusu yapılması mahkemenin dikkatini asıl sorundan uzaklaştıracak, kafasını karıştıracak ve asıl uyumsuzluk konusunun çözümünü geciktirecektir. Bundan dolayı delillerin nasıl elde edildiğinin araştırılmasına girilmemelidir. Bu argüman delil elde edilmesini düzenleyen bazı kuralların olması gerektiğini reddetmemektedir; ancak bu normların ihlalinin ayrı bir muhakeme konusu olması gerektiği iddiasındadır. Ceza muhakemesinin moral yönünü bu argüman ihmal etmektedir. İngiliz hukukçu Zuckerman'ın belirttiği gibi ceza muhakemesi, neticede bireyin yasal sorumluluğa katlanmak yanında acı çekeceği ve aşağılanacağı bir moral ithamın yerinde olup olmadığı ile ilgilidir. Toplumun, ceza mahkemelerini meşru adalet dağıtıcıları olarak görmesi, ceza

<sup>4</sup> John Wigmore, "Using Evidence Obtained By Illegal Search and Seizure", *American Bar Association Journal*, 1922, s. 479.

muhakemesi, sisteminin moral açıdan meşru olduğuna inancının boyutuna bağlıdır. Sistemin meşruluğu, yargının bağımsızlığı, yolsuzluklardan uzaklığı gibi birçok faktöre bağlıdır. Bu faktörler arasında usulsüzlüklere karşı yargının takındığı tavırda sayılmalıdır. Usulsüzlüklere göz yuman, bunları teşvik eden bir sistem kendi normlarına vatandaşlarının uymasını bekleyemez.<sup>5</sup>

Kesin kabul yaklaşımını haklı çıkarmak için ileri sürülen diğer bir argüman da suçluların cezalandırılmasında kamu menfaatinin olmasıdır. Kuşkusuz suçluların cezalandırılmasında kamu menfaati vardır. Ancak, kamunun sadece ceza muhakemesinin sonucuyla ilgilendiğini varsaymak doğru değildir. Ceza muhakemesinin öngörülen normlar çerçevesinde, kaliteli olarak yapılmasında da kamunun menfaati vardır. Dolayısıyla kamu menfaatinin çoğulculuğu kabul edilmelidir.

Kesin kabul yaklaşımının toplumda suç olgusunun azaltılmasına katkıda bulunacağı ileri sürülmüştür. Amerika'lı yazar Wilkey'e göre, kesin kabul yaklaşımının benimsenmesi kumar, narkotik, kadın ticareti, silahlı soygun gibi suçları azaltacaktır.<sup>6</sup> Bu iddia, herhangi bir alan çalışması ile desteklenmiş değildir. Diğer taraftan, kesin kabul yaklaşımının benimsenmesi, kolluğun kendilerini sınırlandıran kurallarla kendilerini bağlı saymamaları sonucunu doğuracağından kolluğun işleyebileceği suçları arttırabilecektir.

Son olarak, kesin kabul yaklaşımı hukuka itaat edilmesi gerektiğini hatırlatacağı denilebilir. Şöyle ki, yargı kararları insan davranışları üzerinde belli bir etkiye sahiptir. Hukuk sistemlerinin fonksiyonlarından biri de, vatandaşların hukuk normlarını kendi davranışları içerisinde asimile etmelerini teşvik etmek olmalıdır. Ceza muhakemesinin amacı, sadece maddi hakikatin keşfi olmayıp aynı zamanda vatandaşların davranışlarını etkileyecek mesajlar vermek olmalıdır. Kesin kabul yaklaşımı ile verilen temel mesaj, "eğer vatandaşlar olarak sanığın fiillerini yapacak olursanız siz de cezalandırılacaksınız" yolundadır. Bu yaklaşım, hukukun mutlak itaat edilmesi gerektiğini, itaatsizliğin, delilin nasıl elde edildiğine bakılmaksızın mutlaka müeyyide ile neticeleneceğini hatırlatacağıdır. Fakat, kesin kabul yaklaşımı aynı şekilde topluma bir mesaj daha verecektir; bu da kolluğun kendisini sınırlandıran hukuk kuralları ile bağlı olmadığı ve dilediği gibi hareket edebileceği mesajıdır.

Kesin kabul yaklaşımın haklı çıkarmak için ileri sürülebilecek argümanları incelendikten sonra, bu yaklaşıma yöneltilebilecek eleştirilerin de ele alınması yerinde olacaktır.

İlk eleştiri, kesin kabul yaklaşımının mahkemelerin usulsüzlüğe ortak olmalarına yol açacağıdır. Bu iddiaya göre, mahkemeler delilin usulsüz elde

<sup>5</sup> Andrian Zuckerman, *The Principles of Criminal Evidence*, Oxford, 1989, s. 344.

<sup>6</sup> Malcolm Richard Wilkey, "The Exclusionary Rule; Why Suppress Valid Evidence?", *Judicature*, Vol., 62, Yıl 1978, s. 215.

edildiğini öğrendikleri halde bu delili hükme esas alırlarsa, bu tavır açıkça mahkemeleri hukuka aykırılığa ortak edecektir.

İkinci olarak, kesin kabul yaklaşımı usulsüzlüğü meşrulaştıracaktır. Hazırlık soruşturmasının yürütülmesinde kolluğun kayıtsız hareket edemeyeceği, hazırlık soruşturmasının bazı kurallar çerçevesinde yürütülmesi gereği herkesce kabul edilmektedir. Usulsüz ulaşılan delillerin kesin kabulü, mahkemelerin usulsüz tavırlara müsamaha gösterdiği şeklinde algılanacak, bu durum usulsüzlüğü bir anlamda meşrulaştıracaktır. Vatandaşlar hazırlık soruşturmasının yürütülmesi sırasında kolluğun bazı davranışlara başvurmalarının gerçekte yasaklanmadığı inancına kapılacaklardır.

Üçüncü olarak, kesin kabul yaklaşımının halkın hukuka saygısını azaltacağı iddia edilebilir. Şöyle ki, hukuku uygulamakla görevli kişilerin davranışları vatandaşlar için bir model oluşturmaktadır. Kolluk ve vatandaşlar, hukuka itaat noktasında aynı standartlara tabi olmalıdırlar. Usulsüz davranışlar, kolluk da dahil, bu fiillerinden menfaat temin etmemelidirler. Usulsüz ulaşılan delilleri hükme esas alarak, devlet kendi hukuka aykırı davranışından menfaat sağlamaktadır. Dolayısıyla kesin kabul yaklaşımı, topluma muhtemelen şu mesajı verecektir: Hukuku uygulamakla görevli kişiler, kamu makamları, özel suçluları yakalamak için suç işleyebilirler. Bu mesaj halkın hukuka saygısını, kuşkusuz, azaltacaktır.

Son olarak, kesin kabul yaklaşımının kolluğu tembelliğe iteceği söylenebilir. Demokratik toplumda kolluk, görevini usul kuralları çerçevesinde icra etmelidir. Kesin kabul yaklaşımının benimsenmesi, kolluğun usul kurallarına uygun davranma hususunda motivasyonunu azaltacağından, kolluğu tembelliğe itici bir etki yapabilecektir.

## KESİN RED YAKLAŞIMI

Kesin red yaklaşımı usulsüz ulaşılan delillerin hiçbir şekilde hükme esas alınmaması gereğini ifade eder. Bu yaklaşımı haklı çıkarmak için ileri sürülebilecek argümanlar neler olabilir?

İlk olarak, usulsüz ulaşılan delillerin güvenilir olmadığı, dolayısıyla amacı maddi hakikate ulaşmak olan ceza muhakemesinde kullanılamayacağı ifade edilmiştir. Sanığın adil yargılanma hakkı, delillerin güvenilir olmaması durumunda mahkumiyet kararı verilmemesini gerektirir; güvenilir olmayan delil, büyük bir ihtimalle yanlış mahkumiyet kararına yol açacaktır. Yanlış mahkumiyet kararı verme riskini azaltmak için güvenilir olmayan delillerin hükme esas alınmaması gerekir. Dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki, güvenilirmezlik teorisi usulsüz ulaşılan birçok delili "hükme esas alınmaz" kategorisi dışına taşımaktadır. Örneğin, işkence ile elde edilen itiraf, bu itirafın güvenilirliğini gösteren başka deliller olması durumunda hükme esas alınabilecektir. Bu örnekte de açıkça görüldüğü gibi, güvenilirmezlik teorisi esas alınacak olursa,

ifade alma sürecinde baskıcı metodların kullanılması, bu baskılar güvenilir olmayan ifadelere yol açma riski taşımadıkça, delilin reddine yol açmayacaktır. Bir diğer örnek, kolluğun yetkilerini aşarak sanığı alkol ölçme aletine sokması, aletin verdiği sonuçların güvenilirliğine zarar vermeyeceği için delil olabilecektir. Verilen örneklerde açıkça görüldüğü gibi güvenilmezlik argümanı, kolluğun ceza muhakemesini yürütürken bağlı olması gereken standartları önemli ölçüde zayıflatmaktadır. Ceza muhakemesini düzenleyen kuralları ciddiye alan hukuk sistemlerinin usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınmamasını güvenilmezlik teorisi ile açıklamaları mümkün olmasa gerektir.

İkinci olarak, kesin red yaklaşımının temel hak ve hürriyetleri korumak için benimsenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Koruma teorisi olarak isimlendirilebilecek olan bu argümana göre, bireylere tanıdığı hakları ciddiye alan bir hukuk sistemi, haklarının ihlali neticesi karşılaşılabileceği risklere karşı bireyleri korumalıdır. Usulsüz ulaşılan delilin hükme esas alınmaması, haklarının ihlali neticesi karşılaşılabileceği dezavantajlara karşı sanığı korumaktır. Usulsüz ulaşılan delil red edildiğinde, sanık sanki ihlaller hiç olmamış gibi bir durumda olacaktır. Koruma teorisi açısından kolluğun ihlali kasden mi, ihmal sonucu mu, yoksa hataen mi yaptığının önemi yoktur. Çünkü, bu teorinin yoğunlaştığı husus, usulsüz davranışın neticede sanığı dezavantajlı konuma sokup sokmadığıdır. Bu teori temel alınacak olursa, usulsüz ulaşılan delillerin reddedilmesi ancak sanığı, aleyhine delil elde edilmesine karşı korumayı amaçlayan bir normun ihlali halinde mümkün olacaktır. Bundan dolayı bu teori ikili bir sınırlama getirmektedir. İlk olarak, hazırlık soruşturmasını düzenleyen normlardan herhangi birinin ihlali, delilin kaybolmasına yol açmayacaktır. Bir diğer ifadeyle, sanığı delillerin toplanmasına karşı doğrudan korumayı amaçlamayan normların ihlali durumunda deliller hükme esas alınabilecektir. Örneğin, tutuklama doğrudan delil toplamaya yönelik bir işlem olmadığı için tutuklamanın hukuka aykırı olması, usulüne göre yapılan sorguda elde edilen delillerin hükme esas alınmaması sonucunu doğurmayacaktır. İkinci olarak, sanığı kendi aleyhine delil elde edilmesine karşı koruyan normun ihlali ile delilin elde edilmesi arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Sanığı delil elde edilmesine karşı korumayı amaçlayan bir norm ihlal edilmiş olsa bile, eğer delil bu ihlal neticesi elde edilmemişse delilin reddi söz konusu olmayacaktır.

Koruma teorisi, usulsüz ulaşılan delillerin kesin reddini haklı çıkarmak için yeterli değildir. Bu yetersizliklerin bir kısmı, İngiliz akademisyen Zuckerman tarafından ortaya konulmuştur. Buna göre, hazırlık soruşturmasında kolluğun yetkilerinin sınırlamalara tabi tutulmasının sebebi, masum kişilerin makul sebep olmadıkça kolluk tarafından rahatsız edilmelerinin önüne geçmektir. Usulsüz ulaşılan delilin hükme esas alınıp alınmaması sorusu karşısında sorun makul şüphe olmaksızın bireyleri rahatsız edebilir olup olmamız değil, aleyhinde delil olan bireyin sanki aleyhinde delil yokmuş gibi

muameleye tabi tutulup tutulmamasıdır.<sup>7</sup> Kabul edilen standartlara uyulmamasının ortaya çıkardığı dezavantajlara karşı suçluluğu ortaya çıkmış sanığı korumanın bedeli ise, delili hükme esas almayarak suçlunun beraat ettirilmesi olmaktadır. Bu durumun uygun bir tepki, koruma mekanizması olduğu tartışmaya açık bir husustur.

Koruma teorisinin yetersizlikleri bu teoriyi ortaya atan Ashworth tarafından da farkedilmiştir. Şöyle ki, hakların tanımlanması ve kapsamlarının tesbiti problemlere yol açmaktadır. Hukuk sisteminin kabul ettiği her standartın veya prosedürün ihlali, delilin kesin reddine yol açmamalıdır. Hakim, sanığın ihlalden dolayı herhangi bir dezavantaja uğramadığı kanaatinde değilse delili hükme esas almamalıdır.<sup>8</sup> Aksi halde delil hükme esas alınabilir diyerek kesin red yaklaşımını açıklamak için yola çıkan koruma teorisi, neticede esnek yaklaşıma doğru yönelmiştir.

Üçüncü olarak, kesin red yaklaşımını haklı çıkarmak için ileri sürülen argüman caydırma (disiplin altına alma) teorisidir. Bu teoriye göre, usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınmamasının nedeni, kolluk kuvvetlerini hazırlık soruşturmasının kurallarını ihlal etmekten caydırmaktır. Caydırma teorisi, usulsüz ulaşılan delillerin mahkemede değerlendirilemeyecek olmasının kolluğu hukuka aykırı yollara başvurmaktan alıkoyacağı, caydıracağı varsayımına dayanmaktadır. Caydırma teorisine göre, kesin red kuralı, hakkı ihlal edilen bireyi korumak, tazmin etmekten ziyade kamuyu gelecekte olabilecek hukuka aykırı davranışlara karşı koruyacaktır. Nasıl? Kesin red kuralı, kolluğu usulsüz yollara başvurmaktan caydıracak, hatta bu yollara başvurmamasını teşvik edecek, dolayısıyla daha az usulsüzlük yaşayarak kesin red yaklaşımından genel olarak toplum fayda görecektir.

Caydırma teorisi "caydırma" kavramını vurguladığı için bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğinin ele alınması kuşkusuz faydalı olacaktır. Özel, genel ve sistematik caydırma olmak üzere caydırmanın üç farklı boyutu ortaya konulabilir. "Özel caydırma", kesin red kuralının ceza muhakemesi normunu bizzat ihlal eden kolluk görevlisi üzerindeki caydırma etkisini ifade eder. Bir kolluk görevlisini elde ettiği delili mahkemeye sunmaktan mahrum etmek, delil elde etmek için usulsüz yollara başvurarak gösterdiği çabanın boşuna olduğu mesajını vermek olacaktır. Bu mesaj, gelecekte daha dikkatli olması, normlara itaat etmesi hususunda (usulsüz davranan kolluğu) ikna edici olacaktır. Böyle bir etkinin olup olmayacağı veya olacaksa boyutunun ne olacağı konusu, kuşkusuz alan çalışmasına ihtiyaç duymaktadır. Ayrıca, kesin red kuralı usulsüz delil elde eden kolluğun kendisinin usulsüz hareket ettiğini gizleyecek yeni arayışlar içine girmesine de yol açabilecektir.

<sup>7</sup> Andrean Zuckerman, "Illegally Obtained Evidence- Discretion as a Guardian of Legitimacy", *Current Legal Problems*, Vol. 40, 1987, s. 57.

<sup>8</sup> Andrew Ashworth, "Excluding Evidence as Protecting Rights", *Criminal Law Review*, 1977, s. 729.

"Genel caydırma", usulsüz davranışı fiilen icra eden kolluk dışındaki diğer kolluk mensuplarının normları ihlal etmekten alıkonulmasını ifade eder. Kesin red yaklaşımı, toplumun bu tür tavırları onaylamadığını açıkça ortaya koyarak kolluk mensuplarında normlara uyma yönünde bir davranış modeli gelişmesine katkıda bulunabilir. Ayrıca, kesin red yaklaşımı, hukuk normları içinde kalan kolluk mensuplarının bu davranışlarını normları dikkate almayan kolluk mensuplarına karşı haklı çıkarmalarını sağlar. Genel caydırma beklentisinin gerçekleşmesi bir takım faktörlere bağlıdır: Kollukla mahkemeler arasında sağlıklı bir iletişimin olması, delil elde etmeyi düzenleyen normların kolluk tarafından bilinmesi ve anlaşılması, normlara uymakla uymamanın getirisi ve götüüsü hakkında kolluğun sahip olduğu kanaatler bu faktörlerden bazılarıdır.

"Sistematik caydırma" ise, kesin red kuralının herhangi bir kolluk mensubu üzerinde kolluk teşkilatı tarafından olan etkisini ifade eder. Kesin red tehdidi kolluk teşkilatını ve dolayısıyla kolluk mensuplarını etkileyecektir. Kolluk mensuplarının aksine, kolluk teşkilatı, en azından resmi olarak, delil elde edilmesini düzenleyen normlara karşı düşmanlık, benimsemezlik tavrı sergileyemezler. Bu durum teşkilatların, mensuplarını usulsüz delil elde etmeme konularında eğitmeleri, soruşturma sırasında nasıl hareket edeceklerini açıklayan bröşürler hazırlamalarına yol açabilecektir.

Caydırma teorisine birtakım eleştiriler yöneltilebilir. İlk olarak, kesin red kuralının işlev alanı son derece sınırlıdır. Şüpheli veya sanıkların birçoğu hakkında polis takibatı yapılmadığı, savcılığa sevk edilmediği veya savcılıkça iddia-name hazırlanarak mahkemeye sevk edilmediği gerçeği gözönünde bulundurulacak olursa, kolluğun icra ettiği usulsüzlüklerden sadece küçük bir bölümünün mahkemelerin önüne geleceği açıktır. Soruşturma sırasında usulsüzlük yapılan olaylar mahkemelerin önüne gelmiş olsa bile, savcılık usulsüz ulaşılan delili mahkemeye delil olarak sunmadıkça mahkemenin yapacağı hiçbir şey yoktur. Netice olarak kesin red kuralının caydırıcı etkiye sahip olacağı alan son derece sınırlıdır. Birçok usulsüzlüğün mahkemelerin dikkatine gelmeyeceği dikkate alındığında kesin red kuralının kolluğu ne dereceye kadar caydırıcı etkiye sahip olacağı her zaman tartışmaya açık olacaktır.

İkinci olarak, kolluğun usulsüz davranmakla delil elde etme dışında amaçları olabilir. Kolluğun suç işlediğine inandığı kişileri delil toplayıp, ceza muhakemesi organlarına sevk ederek mahkum ettirmek dışında söz konusu olabilecek amaçlarına İngiliz akademisyen Heydon<sup>9</sup> tarafından örnekler verilmiştir. Heydon'a göre, delil toplamak dışında, kolluk şu saiklerle usulsüz davranabilir: Sanığın suç işlediğine ilişkin elde delil bulundurup bu delilleri sanığa karşı kullanarak sanığı muhbir olarak kullanmak, özellikle örgütlü suçlarda sanıklara karakolda kötü muamele ederek veya onların mallarına zarar vererek gözdağı vermek ve suç işlenmesinin bir ölçüde önüne geçmek. Bu

<sup>9</sup> John Heydon, "Illegally Obtained Evidence", *Criminal Law Review*, 1973, s. 690.

örneklerde de görüldüğü gibi usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınmayacağı kuralı (kesin red) kolluğu usulsüz davranmaktan her zaman caydırma-yacaktır. Bu durum doğru olmakla birlikte, kesin red kuralından hukuka aykırı bütün fiillerden kolluğu caydırmasını beklemek belki doğru olmayabilir. Eğer kesin red kuralı kolluğu bir takım usulsüz fiillere başvurmaktan caydıramıyorsa, bu durumlar için ek kontrol mekanizmaları geliştirilmelidir. Örneğin, hırsızlığa karşı mücadele etmek için şahsi eşyaların sökülemeyecek şekilde işaretlenmesi politikası kapsamında işaretlerin konulması, satmak amacıyla eşya çalan hırsızları bir ölçüde caydıracaktır, çünkü bu eşyaları satmak güçleşecektir. Fakat eşyaları işaretleme politikası, zevk almak, kendisi kullanmak veya öç almak gibi nedenlerle hırsızlık yapanları caydırmayacaktır. Ancak eşyaları işaretleme politikasından, anılan saiklerle çalan kişilere karşı caydırıcı etkiye sahip olmadığı için vazgeçilmemeli, anılan saiklerle çalanlar için ek mekanizmalar geliştirilmelidir. Benzer şekilde, kesin red kuralının kolluğu her halükarda caydırmadığı gerçeği, hiçbir şekilde caydırıcı etkiye sahip olmadığı şeklinde anlaşılamaz. Kesin red kuralının etkisiz olduğu alanlarda başka mekanizmalar geliştirilmelidir.

Üçüncü olarak, kesin red kuralının kolluk üzerinde etkisi son derece dolaylıdır. Özel caydırıcılık etkisi açısından düşünülecek olursa usulsüz ulaşılan delilin reddi hukuka aykırı fiili icra eden kolluk görevlisini cezalandırmak olmadığı gibi, onun meslekte ilerlemesini, aldığı ücreti de etkilememektedir. Kolluğun işini iyi yapıp yapmadığı mahkemeye gönderdiği olayların mahkumiyetle sonuçlanıp sonuçlanmadığına göre değerlendirilmemektedir. Varsayıldığının aksine, mahkumiyet kararı elde edilmesi kolluk için çok önemli olmayabilir. Kesin red kuralının etkisini büyük ölçüde savcı hissedecektir. Savcı kolluğa bu davranış biçimini değiştirmesi yönünde hazırlık soruşturmasının amiri olarak yönlendirmede bulunabilir, ancak unutulmamalıdır ki kolluk özlük işleri açısından savcılığa bağlı değildir. Kendi usulsüz tavrı ile sanığın beraat etmesine sebep olan kolluk mensuplarının dosyalarına bu durum konulmalı, meslekteki ilerlemeler açısından dikkate alınmalıdır. Kesin red kuralının kolluk üzerindeki etkisi dolaylı olmakla birlikte, kolluğun elde ettiği delillerin mahkemelerce kabul edilip edilmeyeceği olgusundan kendisini büsbütün uzak tutması da mümkün değildir. Kolluğun kusurlu davranışları sebebiyle suçluların beraat etmesi, kolluk üzerinde hukuka uygun davranmalarını yönünde toplumsal bir baskı oluşturabilir.

Dördüncü olarak, delil elde edilmesini düzenleyen normlar yeterince açık değildir. Gerçekten, çok sayıda kanun boşluğu ve sıradan kolluk mensubunun anlamakta güçlük çekeceği normlar söz konusudur. Bu karmaşa kolluğa faaliyetinin yasal olup olmadığını önceden değerlendirme imkanı vermediğinden kesin red yaklaşımının caydırıcı etkisini azaltabilecek niteliktedir. Bu eleştiri, delil elde edilmesini düzenleyen normların daha açık hale getirilmesi ve kolluğun eğitilmesi ile ortadan kaldırılacak niteliktedir.

Kesin red kuralını haklı çıkarmak için ileri sürülen bir diğer teori de, yargının haysiyetinin korunmasına vurgu yapan yargının haysiyeti teorisidir. 1928'de karara bağlanan *Olmstead v. United States*<sup>10</sup> davasında rastlamak mümkün olan bu teori, "ceza muhakemesinin bölünmezliği" varsayımına dayanır. Delil toplayan ve delilleri değerlendiren devletin organları arasındaki görev dağılımının katı sınırlamalar çerçevesinde anlaşılmaması gerekir. Delillerin toplanması ile değerlendirilmesi arasında çok sıkı bir bağ olduğunu kabul eden bu teoriye göre, mahkemeler delillerin nasıl elde edildiği sorununa eğilmekle yükümlüdürler. Usulsüz ulaşılan delilleri kabul eden mahkemeler bu aykırılıklara zımni olarak destek vermekte ve usulsüz davranışa bir anlamda ortak olmaktadır. Usulsüz bir davranış sergilendiğinde bu fiili yapan kolluk görevlisinin bir kusuru söz konusudur, mahkemeler- veya devlet- kusursuzdur. Fakat usulsüzlüğü öğrendikten sonra mahkemeler bu delilleri kabul ederse usulsüz tavrı onaylayanın tüm şartları gerçekleşmiş olur. Kuşkusuz devletin veya mahkemelerin usulsüz fiile ortak olmaları veya bu fiile göz yummaları veya görmezden gelmeleri yanlıştır. Mahkemeler usulsüz delilleri reddederek bu fiili meşrulaştırmayı, fiile ortak olmayı reddetmiş olurlar.

Diğer bir husus, kendi hukuk normlarına bağlı olmayan bir devletin vatandaşlarından hukuk normlarına itaat etmesini beklemesi çelişkili bir durum olacaktır. Mahkemelerin hukuka saygılı olduklarını göstermek, kendi haysiyetlerini korumak için usulsüz ulaşılan delilleri kabul etmemek dışında bir seçeneği olmasa gerektir. Bu deliller reddedildiğinde kolluğu usul sınırları içinde kalan devletle kolluğu usulsüz davranan devlet arasında avantajlı bir durum söz konusu olmayacaktır.

Yargının haysiyeti teorisi kesin red yaklaşımını her durumda haklı çıkarılabılır. Şöyle ki, kesin red yaklaşımı da birtakım teknik sebeplerle sanıkların beraat etmesine yol açacağından yargının haysiyetini zedeleyebilir.

Kesin red yaklaşımına birtakım eleştiriler yöneltilebilir. İlk olarak, kesin red kuralı sanığın mahkumiyetine yol açabilecek delillerin reddini gerektireceği için mahkumiyetle sonuçlanabilecek bazı davaların beraatle sonuçlanmasına yol açabilecektir. Bu durum açıkça ortaya koymaktadır ki, kesin red kuralının bir maliyeti vardır. Kesin red kuralının benimsenmesi durumunda, toplam davalar içinde bu kural dolayısıyla kaybedilecek olan davaların oranı merak konusudur. Amerika'da yapılan alan çalışmaları, bu oranın sanıldığından aksine yüksek olmadığını ortaya koymuştur: Sadece toplam davaların %1'i kesin red kuralının işlemesi neticesi kaybedilmiştir, bunların çoğu da çok ciddi suçlar değildir. Birçok davada usulsüz ulaşılan deliller reddedildiği halde yine de mahkumiyet kararına ulaşılmıştır.

<sup>10</sup> 277 U.S. 438 (1928). Hatta *Olmstead v. U.S* davasından 14 yıl önce *Weeks v. United States* - 232 U.S. 383 (1914)- davasında benzer görüşler ifade edildi, ancak yargının haysiyeti kavramı kullanılmadı.

İkinci olarak, kesin red kuralı sanığın suçu işlediğine yönelik isbat kuvveti yüksek delillerin değerlendirme dışında kalmasına yol açabilmektedir. Bundan dolayı bu kural suçluları serbest bırakma mekanizması olarak görülebilir. Kesin red kuralı delil ortaya çıktıktan, kimin suçu işlediği belli olduktan sonra işleyen, sadece suçlunun lehine işleyen bir mekanizmadır. Hukuka aykırı davranışa muhatap olan masum kişiler, aleyhlerine delil ele geçirilemediği için, bu kuraldan hiçbir şekilde istifade etmemektedirler. Ancak, eğer caydırma teorisi kesin red kuralının gerisindeki mantık ise kesin red kuralından sadece suçluların istifade edeceği iddiasına katılmak güçtür. Zira, caydırıcılık etkisi sayesinde daha az usulsüzlük olacağı için bu kuraldan masumlar da istifade edeceklerdir.

Üçüncü olarak, artan suç oranlarına dikkat çekilerek kesin red kuralının kolluğu aşırı şekilde sınırladığı iddia edilebilir. Suçlular nasıl suç işlemek için istedikleri silahı seçmekte tam bir serbestliğe sahiptirler, kollukta bunlarla mücadelede herhangi bir sınırlamaya tabi olmamalıdır denilebilir. Kolluğu sınırlayanın, kesin red kuralı değil hazırlık soruşturmasını düzenleyen normlar olduğu dikkate alınacak olursa, bu argümanın doğru adrese yöneldiğinden kuşku duyulacaktır.

Dördüncü olarak, kesin reddin katı olarak işlemesi çok basit, teknik bir takım usulsüzlükler sonucu sanıkların serbest kalmasına yol açabileceğinden halkın hukuk ve yargı sistemine duyduğu saygıyı azaltır, hukuk sisteminin itibarını zedeler denilebilir.

Son olarak, kesin red kuralı kolluğun icra edebileceği bazı usulsüz fiilleri teşvik edebilir. Örneğin, kolluk delil elde etmek için değil, bazı suçluları başışıklığa kavuşturup ceza adaletinden kaçırmak için kasıtlı olarak usulsüz davranabilir. Böyle bir durumda aynı zamanda kamuya suçlularda mücadele edildiği mesajı da verilecek, fakat gerçek amaç suçluları başışıklığa kavuşturmak olacaktır. Kesin red kuralının arttırabileceği diğer bir suç tipi ise, kolluğun kesin red kuralının etkisinden kaçmasına olanak sağlayan yalancı şahitliklerdir.

## ESNEK YAKLAŞIM

Usulsüz ulaşılan delillerin akıbetinin ne olması gerektiği sorununa üçüncü çözüm şekli olarak esnek yaklaşım benimsenebilir. Bu yaklaşıma göre, usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınacağı veya alınmayacağı gibi kesin bir kural koymak yerine somut olayın özelliklerini dikkate alarak her davada usulsüz ulaşılan delilin hükme esas alınıp alınmamasına karar verilmelidir. Bu yaklaşım açıkça mahkemelere takdir yetkisi vermektedir.

Kesin kabul ve kesin red çözümleri, ceza muhakemesine iki farklı yaklaşımı yansıtmaktadır. Bunlardan ilki, maddi hakikatin bulunmasının ve suçluların cezalandırılmasının ceza muhakemesinin en önemli amacı olduğunu vur-

gulayan faydacı yaklaşımdır. İkincisi ise, delil elde edilmesini düzenleyen normların korunmaları gerektiğinin ve bu ihtiyacın suçluların cezalandırılması gibi diğer birtakım amaçların önüne geçebileceğini vurgulayan moral yaklaşımdır. Kesin kabul ve kesin red yaklaşımları arasındaki uyumsuzluğun çözülememiş olması ve hukuk sistemlerinin bu iki yaklaşımdan birini diğerine tercih edemeyecek olması, sorunun ancak hakime takdir hakkı veren esnek yaklaşımla çözülebileceği kanaatini oluşturmaktadır.

Kesin kabul ve kesin red çözümlerinin mahkemelerce uygulanması kolay olmakla birlikte, her iki yaklaşımı da savunmak için ileri sürülen argümanlar tamamen ikna edici olmaktan uzaktır. Her ikisi de istenmeyen birtakım sonuçlar doğurmaktadır. İngiliz akademisyen Zuckerman tarafından belirtildiği gibi, "kesin kabul ve kesin red çözümlerinin sonuçları arasında acayip bir benzerlik vardır. Tutarlı olarak uygulanacak olurlarsa, her ikisi de halkın ceza muhakkemesine olan güvenini zedeleyecektir. Eğer mahkemeler usulsüz ulaşılan delilleri her zaman kabul edecek olursa, hukuka aykırı davranan kolluğun bu fiiline göz yumduğu şeklinde değerlendirilecektir. Eğer usulsüz ulaşılan delilleri her durumda reddederlerse, bu durumda da mahkemeler toplumu suçlardan koruma görevini yerine getirmeyen organlar olarak görüleceklerdir."<sup>11</sup> Bundan dolayıdır ki hukuka aykırı elde edilen deliller bazı durumlarda kabul edilmeli, bazı durumlarda ise reddedilmelidir. Bu tür esnek bir yaklaşım, kesin kabul ve kesin red yaklaşımlarının katı, kabul edilemez sonuçlarını ortadan kaldıracaktır.

Esnek yaklaşımı haklı çıkaran bir diğer husus ise, adaletin bireyselleştirilmesine olan ihtiyaçtır. Hukukun uygulanmasında daha önceden öngörülme-  
meyen durumların ortaya çıkabileceği gerçeği kesin kurallar koymanın her zaman adil sonuçlar üretmek açısından yeterli olmadığını göstermektedir. Hakime veya daha geniş anlamda uygulayıcıya, takdir hakkı vermeyen kurallar somut olayın kendine özgü tüm özelliklerinin değerlendirilmesine imkan veremeyecektir. Adalet ilkesi, her somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasını gerekli kılmakta ve bu durum adaletin bireyselleştirilmesi olarak ifade edilmektedir.<sup>12</sup> Hakime takdir hakkı vermeksizin adaletin bireyselleştirilmesinin gerçekleştirilmesi oldukça güç olacaktır. Birçok durumda kesin kabul ve kesin red yaklaşımlarından birinin mekanik olarak tatbiki adaletsizliğe yol açacaktır.

Esnek yaklaşımı savunmak için ileri sürülebilecek diğer bir argüman da, kolluğun delil elde etmek için kullandığı metodların yargı denetiminden geçirilmesine bu yaklaşımın olanak sağlıyor olması olabilir. Böyle bir denetim kolluğun hukukun üzerinde olmadığı gerçeğinin bir kez daha vurgulanması anlamına gelecektir.

<sup>11</sup> Andean Zuckerman, *The Principles of Criminal Evidence*, Oxford, 1989, s. 345.

<sup>12</sup> K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Buton Rouge, 1970, s. 17.

Esnek yaklaşıma birtakım eleştiriler yöneltilebilir. İlk eleştiri, esnek yaklaşımın kesinlikten uzak olduğu hususudur. Hakime takdir hakkı verilmesi kesinlikten uzak olmayı beraberinde getirir de, bu kesinlikten uzaklık keyfilik şeklinde anlaşılmamalıdır. Esnek yaklaşım hakimın hukuk devleti çerçevesinde, makul sınırlar içinde gerekçeli olarak karar vereceğini varsayar. Somut olayda kesin, katı bir kuralın uygulanmayacak olması olayın rastgele, keyfi olarak çözüme kavuşturulacağı anlamına gelmez. Takdir hakkı sınırsızlık ve keyfilik değildir.

İkinci olarak, esnek yaklaşımın delilin hükme esas alınıp alınmayacağını önceden tahmin etmeye imkan tanımadığı eleştirisi öne sürülebilir. Fakat takdir hakkının çerçevesinin belirlenmesi somut olaylarda usulsüz ulaşılan delilin hükme esas alınıp alınmayacağını tahmin etmeye imkan sağlayacaktır. Bununla birlikte, gelecekte verilecek kararların yüzde yüz önceden tahmin edilebilmesini beklemekte doğru olmasa gerektir. Zira, takdir hakkının şu an çizilen çerçevesi gelecekte her davada adil sonuçlar üretmeyeabilir.

Üçüncü olarak, esnek yaklaşımın somut olayda hakimın vereceği, hükme esas alma veya almama kararlarının kamu tarafından denetimini imkansız kılacağı ileri sürülebilir. Bu endişe, yine takdir hakkının çerçevesinin ve hangi prensipler ışığında kullanılacağını belirlenmesi ile izale edilebilecektir. Hakimın ilgisiz ve keyfi faktörleri dikkate alıp almadığı bu şekilde denetim konusu olabilecektir.

Yukarıdaki eleştiriler açıkça ortaya koymaktadır ki, takdir hakkının hangi prensipler ışığında kullanılacağını belirlenmesi gerekmektedir. Bu prensiplerin geliştirilmesi mahkeme kararları arasındaki tutarlılığı da arttıracaktır. Usulsüz ulaşılan delillerin hükme esas alınıp alınmaması hususunda takdir hakkını kullanırken mahkemelerin dikkate alması gereken prensiplerin neler olması gerektiği hususu bir başka çalışmamızda ele alınacaktır.

## SONUÇ

Usulsüz ulaşılan delillerin akıbetinin ne olması gerektiği sorununa üç farklı çözüm önerilebilir. Bunlardan ilki, delil nasıl elde edilirse edilsin, hakim tarafından değerlendirilmesini öngören kesin kabul yaklaşımıdır. İkincisi, usulsüz ulaşılan delillerin kesinlikle değerlendirme dışı kalmasını gerekli gören kesin red yaklaşımıdır. Üçüncüsü, usulsüz ulaşılan delillerin bazı durumlarda değerlendirilmesini, bazı durumlarda değerlendirilmemesini öngören esnek yaklaşımıdır.

Kesin red yaklaşımı suçlarla mücadele düşüncesiyle çelişirken, kesin kabul yaklaşımı ceza muhakemesinin moral yönünü ihmal ederek suçla mücadeleye vurgu yapmaktadır. Bu katı yaklaşımların herhangi birinin benimsenmesi problemlere yol açabilecek niteliktedir. Şöyle ki, kesin red yaklaşımı suç ve suçlulukla mücadeleyi olumsuz yönde etkileyeceğinden kamu düzeninin

bozulmasına yol açabilir. Diğer taraftan kesin kabul yaklaşımı mafya devleti oluşturmak isteyenlerin bu arzularına hizmet edecektir. Kanaatimizce somut olayın özelliklerini dikkate alan esnek yaklaşım, kesin red ve kesin kabul yaklaşımlarına tercih edilmelidir. Böyle bir tercihi, takdir yetkisinin kullanılmasında esas alınacak prensiplerin ortaya konulması izlemelidir. Anılan prensiplerin ortaya konulmaması durumunda, esnek yaklaşım muğlak ve karışıklıklara meydan verir olmaktan kurtulamayacaktır.

Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nda 1992 yılında yapılan değişiklikle, Türk hukukunda usulsüz ulaşılan delillerin akıbetinin ne olması gerektiği, hususunda iki yeni hüküm getirilmiştir. Bunlardan CMUK m. 254/2, usulsüz ulaşılan her türlü delilin akıbetine ilişkindir. CMUK m. 135/A, ise usulsüz ulaşılan beyan delilinin akıbetini düzenlemektedir. Bu maddelerde, yukarıda inceleme konusu yapılan yaklaşımlardan hangisinin benimsendiği bir başka çalışmamızda kısmen inceleme konusu yapılmıştır.<sup>13</sup> Kanaatimizce, Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin iddia ettiği gibi,<sup>14</sup> anılan maddeler kesin red yaklaşımını benimsemeye "zorlayıcı" hükümleri içermemektedir.

---

<sup>13</sup> Bkz. A. Vahit Bıçak, "Infringement of Procedural Rights: Article 254/2 of CMUK", *Turkish Yearbook of Human Rights*, Vol., 17, 1995.

<sup>14</sup> DEP Davası, Esas No: 1995/4186, Karar No:1995/5414.