

HAFIZOĞULLARI'NIN HUKUKİ BULUŞU “DÖRTLÜ ÖNERME” VE DEMOKRATİK DÜZENLERDE MEŞRU OLMAYAN ARAÇ KULLANMA YASAĞI

Av. Dr. Bülent Hayri ACAR

GİRİŞ

Giriş'te hemen belirtelim ki, **Hafizoğulları'nın Dörtlü Önermesi, bir 'hukuki buluş'tur.** Türk Dil Kurumu'nun Güncel Türkçe Sözlük'te “buluş” sözcüğünün karşılığında, “bulma işi, ilk defa bir şey yaratma, icat” açıklamasına yer verilmiştir.

Dörtlü Önerme, gerçekten hukuki buluştur; çünkü, hukukta o güne kadar eşine rastlanmayan, ilk kez, Hafizoğulları tarafından, demokratik düzenlerde propaganda suçlarıyla ifade özgürlüğünün sınırlanmasında, (a) AİHS 9, 10, 11 maddelerdeki ölçütler dışında, (b) Amerikan hukukundaki yakın tehlike ölçütü dışında, (c) cebir / ifadede şiddet ölçütünden tamamıyla ayrı, kendine özgü, yeni, başka bir yerde kullanılmayan bir ölçüttür.

İncelemede, Hafizoğulları'nın Dörtlü Önerme ile ilgili farklı yazılardaki görüşlerinden hareketle, ifade özgürlüğü kapsamında Dörtlü Önerme ele alınacaktır. Dörtlü Önerme'deki “gayrimeşru amaç - meşru araç” önermesine konu davranışlar, demokratik düzenlerle diğer düzenleri ayırmada eldeki tek sağlam ölçüttür.

Demokratik düzenlerde, meşru araç kullanılması, hukuki düzenin işletilmesinin de temelinde yer almaktadır. Gerçekten, **demokratik düzende, her türlü kamusal faaliyet, bu kapsamda, yargı faaliyeti, salt meşru araçlarla yapılabilir, meşru olmayan araçlarla (gayrimeşru araçlarla)**

yapılamaz. Bunun içindir ki, **demokratik düzende, yargı faaliyetinde, “meşru olmayan araç kullanma yasağı” geçerlidir.**

‘Meşru olmayan araç kullanma yasağı’, kesin / mutlak yasaktır. Demokratik düzeninde, maddi gerçeğin araştırılması, salt meşru araçlarla yapılabilir. Bu demektir ki, bu kapsamda, demokratik ceza düzeninde maddi gerçeğin araştırılması, -gayrimeşru araçla da olsa- her ne pahasına olursa olsun, ulaştırılması gereken üstün değer olması mümkün değildir. Dolayısıyla, **maddi gerçeğin, salt meşru araçla araştırılması zorunluluğu, demokratik düzende adli / yargısal faaliyette meşru olmayan araç kullanma yasağının sonucudur.**

Türk hukuk düzeni, akli / laik - liberal demokratik düzendir. Türk hukuk düzeninde her türlü kamusal faaliyet, bu bağlamda, **adli / yargısal faaliyet, işlem ve eylem, salt meşru araçlarla yapılabilecektir.** Bunun içindir ki, Türk Hukuk düzeninde, ceza davasında her şeyin kanıt olabileceği, yargıcın veya mahkemenin görevinin maddi gerçeği bulmak olduğu, dolayısıyla, önüne getirilen her şeyi değerlendirmek zorunda olduğu “sloganı” tutarlı değildir, yanlıştır, uydurmadır.

İncelemede, Dörtlü Önerme'nin incelenmesinden sonra, Dörtlü Önerme'den yararlanarak, önemli işlevlerinden olan, demokratik düzenlerde, genelde kamusal işlemlerde, özelde yargıda meşru olmayan araç kullanma yasağının kuramsal çerçevesi oluşturulmaya çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAFIZOĞULLARI'NIN HUKUKİ BULUŞU “DÖRTLÜ ÖNERME”

1. HAFIZOĞULLARI'NIN “DÖRTLÜ ÖNERME” ÖNCESİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASINA İLİŞKİN GÖRÜŞÜ

A) 765 sayılı TCK 141, 142, 163 maddeleriyle ifade özgürlüğünün kısıtlanması

İfade özgürlüğü, demokratik düzenlerin ‘olmazsa olmaz’ (sine qua non), temel, ana özgürlüğüdür. 1961 ve 1982 Anayasalarında, Devlet, “laik, demokratik ve sosyal bir hukuk devleti” olarak nitelenmiştir. Buna karşın, Türk hukuk uygulamasında, en tartışmalı, en kötü, insanına en çok zarar veren ve demokrasinin tüm ilke ve kurallarıyla işlemlerini, yerleşmesini ve derinleşmesini engelleyen uygulamalar, ifade özgürlüğüyle ilgilidir.

Geniş ve gereksiz tartışmalara girmeden, konumuzla sınırlı olarak, Türk hukuk düzeninde ifade özgürlüğü uygulanmasına özetle değinilecektir. Öncelikle, konuyla ilgili temel bir yanlış vurgulamak için, 765 sayılı TCK 125, 146, 147, TCK 141, 142, 163 ve TCK 311, 312 madde hükümleriyle düzenlenen eylemlerin ve hukuki değerlerin tamamıyla birbirinden ayrı, farklı olduklarını açıklamak gerekmektedir. TCK 125, 146, 147 madde hükümleri, devletin şekli düzenine ¹, diğer ceza normları ise devletin maddi düzenine ² ilişkindirler.

Türk hukukunda ifade özgürlüğüyle ilgili en tartışmalı ceza normları, TCK 141, 142, 163 maddeleridir. TCK 141, 142 madde hükümleri, İtalyan Rocco Kanununun 270, 272 madde hükümlerinin karşılığıdır ³. TCK 163 madde hükmü bize özgüdür ⁴. “**141, 142. maddeler**, 1.3.1926 tarih ve 765

¹ “Zanardelli Kanunu’nda devlet kendisi, bir değer olarak cezai himayenin konusunu oluşturmamaktadır. Bu kanunda cezai himayenin konusu, bir kişi olarak devletin değerleri ve menfaatleridir. Devletin cezai himayenin konusunu oluşturan en temel değeri veya menfaati, devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne, insan unsuruna ve anayasası ile kurulmuş olan düzenine ilişkin menfaatidir. Buna “devletin şekli düzeninin himayesi” denmektedir” (HAFIZOĞULLARI, Zeki: **Laiklik İnanç, Düşünce Ve İfade Hürriyeti, Ankara 1997**, s. 91 (HAFIZOĞULLARI, Laiklik İnanç, Düşünce Ve İfade Hürriyeti).

² “Devletin hukuk düzeninin cezai himayesi meselesi, ilk kez faşist, nazist, komünist devlet düzenleri ve ideolojileri ile birlikte ortaya çıkmıştır. Gerçekten, bunlar, karşıtları veya hasımları saydıkları düşüncelere ve devlet düzenlerine karşı kendi düzenlerini korumak amacıyla o düşüncelerin örgütlenmesini, propagandasını, o devlet düzenlerinin övülmesini suç saymıştır. İşte buradan “devletin maddi düzeninin cezai himayesi” kavramı ortaya çıkmıştır. Bu kavram, en mükemmel ifadesini 1930 tarihli İtalyan Rocco Kanunu’nun özellikle 270, 272. maddelerinde bulmuştur. Çoğu kez faşist düşünce ve devlet düzeninin zorunlu bir sonucu görülen, o nedenle özellikle faşizme karşı olanlarca şiddetle eleştirilen ve kaldırılması istenen bu hükümler, bugün, insan hakları ve ana hürriyetlerine ilişkin uluslar arası mevzuata imza koyan ve bunları çekincesiz iç hukuk kuralı haline getirmiş bulunan ve ayrıca Avrupa Topluluğu ve Ortak Pazar ülkesi olan İtalya’da halen yürürlükte dir ve etkindir” (HAFIZOĞULLARI, Laiklik İnanç, Düşünce Ve İfade Hürriyeti, s. 92-93).

³ HAFIZOĞULLARI, Laiklik İnanç, Düşünce Ve İfade Hürriyeti, s. 100.

⁴ “İtalya’da Zanardelli Kanunu yürürlükten kaldırılıp Rocco Kanunu yürürlüğe konulunca, bu durum bizi de etkilemiştir. Böylece Rocco Kanunu’nun 270, 272. maddeleri maruf 141, 142 maddeler olarak ceza kanunu’na konunca, devletin şekli düzeni yanında, maddi düzeni de himayeye kavuşturulmuştur. Başlangıçta aslına uygun olarak alınan bu maddeler daha sonra değiştirilmiş, hükmün esasını, özünü oluşturan “cebiri unsur”, “Zaten hükmün bünyesinde varsayılarak” madde metninden çıkarılmıştır. Tabii, ortaya çıkan hüküm, artık Rocco Kanununun 270, 272. maddelerindeki hüküm değildir. Bu, tamamen bize ait, bizim icat ettiğimiz bir hükümdür. / Daha sonra, yapılan bu değişiklikle yetinilmemiş, 141, 142 maddeler model alınarak ceza kanununa 163. madde konulmuştur. Tabii, bu madde hükmünde de “cebiri unsuruna” yer verilmemiştir” (HAFIZOĞULLARI, Zeki: **Liberal**

sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer almış değildir. Bu maddeler, hukuk düzenine, TCK'nun Bazı Maddelerini Değiştiren 1936 tarih ve 3038 sayılı Kanunla **kaynağına uygun olarak cebir unsuruyla birlikte girmiştir. Daha sonra**, TCK'nun Bazı Maddelerini Değiştiren 1938 tarih ve 3531 sayılı kanunla söz konusu **maddelerden cebir unsuru çıkarılmıştır**"⁵.

B) Türk hukukunda ifade özgürlüğü ile kötü uygulamanın temel nedeni

Türk hukukunda **ifade özgürlüğüyle ilgili kötü uygulamanın temel nedenini ve kaynağını, TCK 141, 142 maddelerdeki "cebir" unsurunun, madde metnin çıkarılması oluşturmaktadır.** Cebir unsurunun çıkarılması, madde hükümlerindeki düşüncelerin bizzat cebri içinde, yapısında taşıdığı kabulüdür. Böylece, ifadede cebirden, düşüncede cebre geçilmiştir.

Türk hukukunda, 1954 yılında kabul ile iç hukuk mevzuatı haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, görülmediği, görmezden gelindiği için, hemen bireysel başvurunun kabulüne kadar uygulanmamıştır. AİHS'nin 9, 10, 11 madde hükümlerinin uygulanmaması ve **TCK 141, 142 madde hükmünden cebir unsurunun çıkarılmasıyla, düşüncelerin ifadesinde cebir, yani "ifadede şiddet" değil, bizzat "düşüncede şiddet" varsayılarak, düşüncenin kendisinin yasaklanmasına neden olmuştur.**

Demokratik düzenlerde, düşünce, inanç, kanaat mutlak değerdir, dokunulamaz, sınırlanamaz⁶; düşüncenin, inancın, kanaatin açıklanması belli ölçütlerle sınırlanabilir. TCK 141, 142 maddelerden cebir unsurunun çıkarılmasıyla, yani "ifadede şiddet" ölçütünün terkiyle bizzat düşüncenin yasaklanmasıyla ortaya çıkan sorunun çözümünde, AİHS 9, 10, 11'deki sınırlama ölçütleri ileri sürülmemiş, buna ilişkin görüşler geliştirmek yerine, işin kolayına kaçılarak, ifadenin sınırlanamayacağı görüşü ileri sürülerek, bir yanlış diğer bir yanlışla önlenmeye çalışılmıştır.

C) Hafizoğulları'nın Dörtlü Önerme öncesinde ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin "ifadede şiddet" ölçütü görüşü

Hafizoğulları, 1980 yılların ikinci yarısında, ifade özgürlüğüyle ilgili olarak, **TCK 141, 142, 163 madde hükümlerinin, İtalyan Ceza**

Demokratik Bir Hukuk Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı, İHMD C. II S.2 Ekim 1999, s. 17). (HAFIZOĞULLARI, İHMD II)

⁵ HAFIZOĞULLARI, Laiklik İnanç, Düşünce Ve İfade Hürriyeti, s. 135-136.

⁶ HAFIZOĞULLARI, Laiklik İnanç, Düşünce Ve İfade Hürriyeti, s. 100.

Kanunundaki karşılığı hükümlere dayanarak, bizzat düşüncenin içinde şiddetin bulunduğu varsayılarak düşüncenin kendisinin yasaklanamaya-cağını, buna karşın, ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığını, sınırlandırılabilirliğini, sınırlamada “ifadede şiddet” ölçütüne başvurulması gerektiğini ileri sürmüştür ⁷.

Hafizoğulları, Adalet Bakanlığının isteği üzerine hazırladığı, “**Düşünce ve kanaat hürriyetinin açıklaması ile eyleme dönüşmesindeki sınır**” başlıklı **Rapor**’unda, **ifade özgürlüğü ve sınırlanmasında**, İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin ilgili maddeleri ile İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmesinin (**AİHS**) **9, 10 maddelerindeki sınırlamaya dikkat çekmiştir** ⁸. Hafizoğulları, Amerikan hukukundaki “yakın tehlike” ölçütünün sınırlamaya esas olamayacağını ⁹, sınırlamanın “cebir”, yani “ifadede şiddet” unsuruna göre yapılması görüşünü, gerekçeleriyle açıklamıştır.

Sonuç olarak, Hafizoğulları, “Dörtlü Önerme” öncesi dönemde, ifade özgürlüğüyle ilgili olarak, karşılıklı iki yanlış görüşü, (a) TCK 141, 142, 163’deki düşüncelerin yapısında şiddetin mevcut olduğunu, (b) ifade özgürlüğünün sınırlanamayacağı görüşünü reddetmiştir.

Hafizoğulları, anılan süreçte, önce AET üyesi **İtalyan Rocco Kanunundan**, sonra **AİHS 9, 10 maddelerinden hareketle, düşüncenin mutlak değer olup sınırlanamayacağını, düşüncenin açıklanmasının / ifadenin sınırlanabileceğini, bu sınırlamada “ifadede cebir”, yani “ifadesinde şiddeti araç kılan düşüncenin, “yani “ifadede şiddetin” ölçüt olması gerektiğini savunmuştur.**

⁷ Bkz. **HAFIZOĞULLARI, Zeki: TCK’nun 142. Maddesi Üzerine Bilirkişi Raporları**, AÜSBFD C. XLIII, S. 1-2, Ankara 1988. **HAFIZOĞULLARI, Zeki: Bir Bilirkişi Raporu**, AÜHFD C. XXXIX, S. 1, Ankara 1987. **HAFIZOĞULLARI, Zeki: TCK’nun 142. Maddesinin Türk / İtalyan Hukuk Düzeninde Anlamı, Kapsamı Ve Sınırları**, ABD 1989/6.

⁸ **HAFIZOĞULLARI, Zeki: İfade Hürriyetinin Sınırı Meselesi (Rapor)**, yayınlanmamıştır, s. 3-4 -özel arşivimdedir)) (Hafizoğulları, bu yazısını, “ ‘Düşünce ve kanaat hürriyetinin açıklaması ile eyleme dönüşmesindeki sınır’ konusunda yaptığım çalışma bir rapor halinde ekte sunulmuştur” üst yazısıyla, bir Rapor olarak, talebinin gereği olarak Adalet Bakanlığına sunmuştur).

⁹ **HAFIZOĞULLARI İfade Hürriyetinin Sınırı Meselesi (Rapor)**, s. 6.

2. HAFIZOĞULLARI'NIN “DÖRTLÜ ÖNERMESİ”

A) Hafizoğulları'nın bir Rapor'unda yer alan ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin “ifadede şiddet” ölçütü görüşü

Hafizoğulları, yukarıda anılan Raporunda, İtalyan Anayasasının ifade özgürlüğünü tüm açılımlarıyla düzenlediğini, hangi halde, hangi esas ve usule göre sınırlandırılabilirliğini gösterdiğini belirtmiştir. Rapordaki ifadeyle, Anayasa, “ifade hürriyetini “azaltma” veya “eksiltme” amacını gütmemiş, tersine sınırlandırmalarında “zaruretin” sınırları içinde kalarak hürriyeti olabildiğince etkin hale getirmek istemiştir”¹⁰.

Raporda, İtalya'da ifade özgürlüğüyle ilgili olarak, Rocco Kanununun ilgili normlarının Anayasa Mahkemesi tarafından denetimden geçirildiği, Rocco Kanunu 272/2 madde hükmü dışındaki normların Anayasaya uygun bulunduğu açıklanmıştır¹¹. İtalyan Anayasa Mahkemesi, anılan 272/2 madde hükmünü Anayasaya aykırı bulmuş, iptal etmiştir. İptal edilen maddenin, “milli duyguyu azaltmak veya yoketmek için propaganda yapmayı” yasaklamakta olduğuna değinilmiştir¹².

Hafizoğulları, anılan Rapor'unda, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesiyle, bir düşüncenin, failin salt düşüncesinin suç sayıldığını, ifade özgürlüğünün yok edildiği eleştirisinin ciddi olduğunu belirttiikten sonra, çözümünü ortaya koymuştur.

Hafizoğullarına göre, “Hükmü bu özründen kurtarmanın tek “yolu, düşünce, kanaat ve inanç açıklama veya yaymada, yani **“propaganda suçlarında” suç olmayan davranışı suç olan davranıştan ayırmada muteber ölçüt “cebir unsurunun” hükmün bünyesine sokulmasıdır.** Bugün, Türkiye'nin terörün yoğun baskısı altında bulunması, Anayasanın 2. maddesi karşısında, devlete, demokratik bir ceza hukuku düzeninde geçerli temel normları ihlal etme hakkı bahşetmez”¹³.

B) Hafizoğulları'nın yayınlanmayan Rapor'unda demokratik düzenlerde ceza normu konulmasında Dörtlü Önermeyi açıklaması ve kullanması

Hafizoğulları, yukarıdaki Raporunda, demokratik ceza düzenlerinde, hangi beşeri davranışların cezalandırılacağını, hangilerin cezalandırıla-

¹⁰ HAFIZOĞULLARI İfade Hürriyetinin Sınırı Meselesi (Rapor), s. 11.

¹¹ HAFIZOĞULLARI İfade Hürriyetinin Sınırı Meselesi (Rapor), s. 12.

¹² HAFIZOĞULLARI İfade Hürriyetinin Sınırı Meselesi (Rapor), s. 12.

¹³ HAFIZOĞULLARI İfade Hürriyetinin Sınırı Meselesi (Rapor), s. 15-16.

mayacağını, Dörtlü Önermesi'yle bağlantılı dile getirmiştir. Böylece, “Dörtlü Önerme”, ilk kez bir yazıda ifade edilmiştir.

Hafizoğulları'na göre, “Demokratik ceza hukuklarında, beşeri davranışlar, ancak “vasıta gayrimeşru - amaç gayrimeşru”, “vasıta gayrimeşru - amaç meşru” ifadesinin doğrulandığı hallerde, cezalandırmanın konusudur. Bunun dışındaki hallerde, yani “amaç meşru - vasıta meşru” “amaç gayrimeşru - vasıta meşru” ifadesinin doğrulandığı hallerde beşeri davranışlar cezalandırılmaz. Eğer bir yerde “amaç gayrimeşru - vasıta meşru” ifadesini sağlayan beşeri bir davranış cezalandırılıyorsa, bu halde liberal / demokratik bir toplum / hukuk / devlet düzeninden değil, ismine biçimde ne denirse denilsin, özde örtülü totaliter bir toplum / hukuk / devlet düzeninden söz etmek gerekecektir. Yıkıcı propaganda yapma, demokratik toplumsal düzeni yok etmek amacıyla örgüt kurma suçlarında, “suç modelinde” “cebir unsuruna” yer verilmediği takdirde, hep “amaç gayrimeşru - vasıta meşru” ifadesini doğrulayan beşeri davranışlar cezalandırılmış olur. Bu, uygar bir toplumda kabul edilebilir bir durum değildir”¹⁴.

Hafizoğulları'nın Dörtlü Önermesi ile ilgili yukarıdaki görüş, yayın olarak, ilk kez, “Türk Hukuk Düzeninde İnsan Haklarını Kayıtlayan Hükümler” başlıklı makalede yer almıştır¹⁵.

C) Hafizoğulları'nın kamuya açık şekilde demokratik düzenlerde ceza normu konulmasında Dörtlü Önermeyi açıklaması ve kullanması

Demokratik hukuk devleti, özgürlüklerin asıl, yasakların / kısıtlamaların istisna olduğu; kamunun her türlü faaliyetinin, eylem ve işleminin hukuka uygun olduğu devlettir. Hafizoğulları, kullanılan amaç ve kullanılan araçtan hareketle, “Dörtlü Önerme” adı altında ceza hukuku hükümlerini sınıflandırmıştır.

Hafizoğulları'nın buluşu bu “**Dörtlü Önerme;**

“**meşru amaç - meşru araç**”,

“**gayrimeşru amaç - gayrimeşru araç**”,

“**meşru amaç - gayrimeşru araç**”,

“**gayrimeşru amaç - meşru araç**” önermeleridir.

¹⁴ HAFIZOĞULLARI İfade Hürriyetinin Sınırı Meselesi (Rapor), s. 16.

¹⁵ HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Hukuk Düzeninde İnsan Haklarını Kayıtlayan Hükümler, İnsan Hakları Merkezi Dergisi (İHMD) C. III S. 1 Ocak 1995, s. 18.

Hukuk düzeninde “amacın gayrimeşru olması”, toplumun düzeninin hukukun uygun görmediği usullerle değiştirilmesi, ortadan kaldırılması, yasaklanan faaliyetlerin yapılması ve eylemlerde bulunulmasıdır. “Aracın gayrimeşru olması” ise, belirtilen biçimde gayrimeşru amacın gerçekleştirilmesi için hukukun tanımadığı, yani uygun görmediği, yasakladığı usullerin ve araçların kullanılmasıdır.

3. DÖRTLÜ ÖNERME GÖRÜŞÜ VE İŞLEVLERİ

A) Hafizoğulları'nın demokratik ceza düzeninde ceza normu koymada “yakın tehlike” ölçütünün yetersizliği düşüncesi

Hafizoğulları, AIHS 9, 10, 11 maddelerinde, demokratik hukuk devletinde ifade özgürlüğünün genel sınırının gösterildiğini, bu genel sınırın, propaganda suçlarında, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında yeterli olmadığını belirtmektedir. Buna göre, “İfade hürriyetinin hangi hukuki değerlerin korunmasına ilişkin olarak ve ne biçimde sınırlandırılabileceğinin gösterilmiş olması, çoğu kez, ceza hukukunun ihtiyaçlarını karşılamamaktadır”¹⁶.

Hafizoğulları, konuya ilişkin çözümlerin, “kendi dirençleriyle bağıntılı olarak, hukuk sistemlerinde birbirinden farklı” olduğunu belirterek, Amerikan hukukundaki “yakın tehlike” ölçütüyle, Avrupa hukuk sistemlerindeki iki farklı düşünüşün ortaya atıldığına değinmiş ve Dörtlü Önerme ile görüşünü açıklamıştır.

B) Hafizoğulları'nın Dörtlü Önerme ile görüşü

İncelemede, Hafizoğulları'nın Dörtlü Önermesi'nin hukuki buluş olması niteliği göz önüne alınmış, Dörtlü Önerme ile ilgili görüşünün tarafımdan aktarılması yerine, işin önemi ve görüşün özgünlüğünün korunması yeğlenerek, özgün görüşe yer verilmesinin doğru olacağı düşünülmüştür

Hafizoğulları'na göre, “Amerikan hukuk sisteminde, bir düşüncenin zararlı veya tehlikeli sayılan ifadenin suç oluşturması, o düşüncenin ifadesinin somut olarak “yakın tehlike” yaratmış olması şartına bağlanmıştır.

Yakın tehlike ölçütü, Avrupa hukuk sistemlerine yabancı olması bir yana, bu hukuk sisteminin gerekleriyle de bağdaşmamaktadır. Avrupa hukuk sistemlerinde bünyesine uyan iki farklı düşüncenin ortaya atılmış olduğu gözlenmektedir.

Kimi, bizatihi ifade edilen düşüncenin şiddet içerip içermediğine bakmakta, düşüncenin kendisi şiddeti içeriyorsa, şiddeti içeren düşüncenin ifade

¹⁶ HAFIZOĞULLARI, Laiklik İnanç, Düşünce Ve İfade Hürriyeti, s. 75.

edilmesini suç saymaktadır. Komünizm, anarşizm, faşizm vs düşünceleri, kendileri özeleri bakımından şiddeti içermektedirler. Gerçekten, bu düşüncenin ancak şiddet kullanarak gerçekleşebileceğine inanılmaktadır. Bundan ötürü, ne biçimde ifade edilirse edilsin, bunların suç olması istenmektedir. Görüldüğü üzere, burada yasağın konusu, ifadenin kendisi değil, gerçekleşmesinin yolu olarak bünyesinde şiddet bulunan düşüncedir.

Kimi, düşüncenin şiddeti içermesine veya içermemesine bakmamakta, özellikle ifadenin şiddeti içermesine veya içermemesine bakmakta, dolayısıyla şiddeti içeren ifadenin suç sayılmasını istemektedir. Denmektedir ki, bir düşüncenin ifadesi şiddeti içeriyorsa, hiçbir hukuk düzeni, düşünce açıklaması adı altında, şiddetin propagandasının yapılmasına ilgisiz kalmaz. Görüldüğü üzere, burada, yasağın konusu, ne düşüncenin kendisidir, ne düşüncenin ifadesidir, ama sadece düşüncenin ifadesi görüntüsü altında şiddetin ifadesidir.

Bu iki düşünce dışında ifade hürriyetini kısıtlamada ölçü olma yeteneği olmayan düşünceler de ortaya atılmıştır. Kimi “propaganda” kavramının bir ölçü olabileceğini ileri sürmüş, kimi “bilim”, “eleştiri” kavramlarını ölçü almak istemiştir. Ancak, bugün, her iki düşüncenin de temelsiz olduğu kanıtlanmıştır.

Bu durum karşısında, ifade hürriyetini kısıtlamada, işe yarar iki ölçü bulunmaktadır. Burada iki ölçüden birini seçmeye zorunluyuz. Gerçekten, **ifade hürriyeti kısıtlanırken, “düşüncede şiddet” ölçüt alındığında, totaliter bir hukuk düzeni karşısında bulunulurken, “ifadede şiddet” ölçüt alındığında, mümkün en geniş hürriyet alanı sağlandığından, liberal - demokratik bir hukuk düzeni karşısında bulunulmaktadır.** Bu bağlamda olmak üzere, **bir ceza hukuku düzenini önermeler mantığı içinde kalarak açıklamaya çalıştığımızda, ceza hukuku önermelerinin tümünü dört temel önermeye indirgeyebiliriz.**

- Amaç meşru - vasıta meşru
- Amaç gayrimeşru - vasıta meşru
- Amaç gayrimeşru - vasıta gayrimeşru
- Amaç meşru - vasıta gayrimeşru”¹⁷.

C) Dörtlü Önerme'nin işlevlerine genel bakış

Yukarıdaki açıklamada görüldüğü üzere, **Hafizoğulları, hukuki buluşu Dörtlü Önermeyi, özelde propaganda suçlarının, genelde devletin maddi düzeninin korunmasıyla ilgili suçlarla ilgili kullanmıştır.**

¹⁷ HAFIZOĞULLARI, Laiklik İnanç, Düşünce Ve İfade Hürriyeti, s. 76-77.

Hafizoğulları, sonradan, Dörtlü Önerme'nin iki farklı işlevine değinmiş, ancak, bu işlevlere özel bir değer vermemiş ve ayrıntılı değerlendirmeye gitmemiştir. **Dörtlü Önerme'nin bu işlevlerinden birisi**, yukarıda özetlenen **“ceza normunun konulmasında” ölçüt olarak kullanılmasıdır. Diğer işlev ise, demokratik düzenlerle, diğer düzenleri (teokratik, akli / laik - otoriter / totaliter) ayırmada ölçüt olarak, “gayırimeşru amaç - meşru araç” önermesinin kullanılmasıdır.**

Diğer yandan, Dörtlü Önerme'nin işlevleri, bu işlevlerle sınırlı değildir. Görüşüme göre, bu üç işlev kadar önemli **diğer bir işlevi, “demokratik düzenlerde meşru olmayan araç kullanma yasağı ve uygulaması” ile ilgilidir.** Gerçekten, bu işleviyle Dörtlü Önerme aracılığı ile, demokratik düzenlerde meşru olmayan araç kullanma yasağının kuramsal açıklama yapılabilmekte, çerçevesi çizilebilmektedir. Anılan son işlev, tarafımdan belirlenmiş ve ilk kez Yüce Divan'ın 2011/1 esas sayılı davasında kamusal savunmada kullanılmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

DÖRTLÜ ÖNERME İLE DEMOKRATİK DÜZENDE YARGISAL FAALİYETLERİN “MEŞRU ARAÇLARLA” YAPILABİLMESİNİN KURAMSAL AÇIKLANMASI

1. DEMOKRATİK HUKUK DEVLETİNDE MEŞRU ARAÇ KULLANIMINA GENEL BİR BAKIŞ

A) Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik hukuk devleti niteliği ve Devletin demokratik ceza düzenine genel bakış

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, “hukuk devletidir” (AY 2). Anayasa Mahkemesi, kararlarında, farklı yönleriyle hukuk devletinin tanımını yapmış, kapsam ve sınırlarını göstermiştir. Genel bir tanımla hukuk devleti, hukuk kuralını koyanın koyduğu kurala uymasındır. Hukuk kuralını koyanın, her zaman koyduğu kurala tam ve gereği gibi uymadığı görülmüştür. Hukuk devleti ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesi ile güvence altına alınmıştır. Hukukun üstünlüğü ilkesi, yasamanın ve yürütmenin işlemlerinin yargı denetimine bağlanması, yargının iki dereceli olmasıdır. Bu bağlamda, Türk ceza ve ceza usulü hukuku düzeni, demokratik ceza hukuku düzenidir.

“Hukuk devletinin, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir. .. Hukuk devleti her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli

bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir”¹⁸.

Hafizoğulları, Türk demokratik ceza düzenini, Anayasayla bağlantılı açıklamaktadır:

“Türk Ceza Hukuku düzeni, Anayasanın 2. maddesinin mutlak emri gereğince, demokratik bir ceza hukuku düzeni olmak zorundadır. Siyasi tartışmalar bir yana, Türk demokrasisi, pozitif bir değerdir. Kapsamı ve sınırları, Anayasanın 1, 2, 3. maddeleri ve Anayasanın 2. maddesinin göndermede bulunduğu hukukun genel ilkeleri, AİHS ve Ek protokolleri ve Devletin kabul edip yürürlüğe koyduğu insan haklarını korumaya ilişkin uluslararası anlaşmalarla muayyendir. Bugün, hukukun genel ilkelerine, Anayasaya, AİHS ve eki protokollere ve diğer antlaşmalara aykırı bir ceza normunun ve uygulamasının, düzenin geliştirdiği kendisini koruma cihazları karşısında, düzende geçerli olması mümkün bulunmamaktadır. Gerçekten, Anayasa yargısı, AİHM yolunun açık olması, demokratik bir ceza hukukunun teminatıdır”¹⁹.

Liberal / demokratik devlet düzenlerinde de, diğer devlet düzenlerindeki gibi, Dörtlü Önerme’deki “amaç gayrimeşru - araç gayrimeşru” önermesine konu beşeri davranış, suçun / yasağın / kısıtlamanın konusudur. Ancak, bu önermeye konu bir beşeri davranış, ceza kanunu ve/ya “özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlarla” (TCK 5), bir suçun konusu veya unsuru yapılmadıkça, hukuka aykırı fiil olmalarına karşın, suç sayılamazlar. Kanunilik ilkesi gereğince, bir davranışın suç olabilmesi için bir ceza normuyla suç sayılması gerekir²⁰.

¹⁸ AYM 27.03.1986, 1985/31 - 1986/11 kararı (AMKD S.22, Ankara 1987, s.115).

¹⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2010**, s.16.

²⁰ Örneğin, Anayasa’nın 24/son maddesi, din ve vicdan özgürlüğünün, teokratik devlet yanlısı düzen oluşturma amacıyla kullanılamayacağını belirtmiş, bu özgürlüğün sınırlarını göstermiştir. AY 24/son’a göre, “Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma ve siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz”. AY 24/son maddesinin, ifadesinde şiddeti araç kılan dinci / teokratik devlet yanlısı düşünceleri önlemesi olanağı yoktur. AY 24/son’a aykırı davranışın doğrudan bir yaptırımını bulunmamaktadır.

B) Demokratik ceza düzeninde meşru araç kullanma zorunluluğu

Demokratik düzende, her türlü kamusal faaliyet, bu kapsamda yargı faaliyeti, salt 'meşru araçlarla' yapılabilir, meşru olmayan araçlarla (gayrimeşru araçlarla) yapılamaz.

Akli / laik - liberal / demokratik bir hukuk devleti olan **Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde her türlü kamusal faaliyet, işlem, eylem, belirtilen Dörtlü Önerme'den; "amaç gayrimeşru - araç gayrimeşru" ve "amaç meşru - araç gayrimeşru" önermelerine konu olamayacaktır.** Bu demektir ki, **Türk Hukuk düzeninde bu iki önermeye konu davranışlarla, kamusal işlem, eylem yapılamayacaktır, faaliyette bulunulamayacaktır.**

Böyle olunca, **Türk hukuk düzeninde, her türlü kamusal faaliyetin görülmesinde tek geçerli araç, "meşru araçtır".** "Hukukun uygun ve gerekli saydığı nitelikleri taşıyan eylem ve işlemler meşrudur. "Meşru" teriminin anlamı da Anayasanın hazırlanması sırasında Kurucu Mecliste görüşülmüş ve Anayasadaki "meşru vasıta ve yollar" deyiminin "hukuk düzenine uygun vasıta ve yollar" anlamında kullanıldığı belirlenmiştir"²¹.

Türk hukuk düzeninde her türlü kamusal faaliyet, bu bağlamda, adli / yargısal faaliyet, işlem ve eylem, salt meşru araçlarla yapılabilir. Bunun içindir ki, Türk Hukuk düzeninde, ceza davasında her şeyin kanıt olabileceği, yargıcın veya mahkemenin görevinin maddi gerçeği bulmak olduğu, dolayısıyla, önüne getirilen her şeyi değerlendirmek zorunda olduğu "sloganı" tutarlı değildir, yanlıştır.

Gerçekten, AY 24/I maddesine aykırı davranışı, suç sayan 765 sayılı TCK 163. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. 765 sayılı TCK 163 maddesinin yürürlükten kaldırılmasıyla, "gayrimeşru amaç - gayrimeşru araç" önermesine konu bir davranış olmasına karşın, ifadesinde şiddeti araç kılan dinci / teokratik devlet yanlısı düşünce açıklamaları serbest / özgür bırakılmıştır, bir suç veya bir suçun unsuru sayılmamaktadır. Belirtilen nedenle, Anayasanın bir normuna aykırılık kanuni yaptırıma bağlanmadıkça, anayasaya aykırılığın önlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, anayasa suçu diye bir suç yoktur, bu kavram uydurmadır. AY 24/son, din ve vicdan özgürlüğünün sınırını göstermiştir.

Kurulu iktidar olarak TBMM, AY 14 maddesi hükmünün mutlak emri olarak, AY 24/son'a aykırılık oluşturan dinci terörü ve ifadesinde şiddeti araç kılan dinci / teokratik devlet yanlısı düşünce açıklamalarını, propagandalarını önlemekle yükümlüdür. Buna karşın, TBMM, bilinçli olarak, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da, AY 24/son'a aykırılık oluşturan dinci terörü ve ifadesinde şiddeti araç kılan dinci / teokratik devlet yanlısı düşünce açıklamalarını, propagandalarını suçun ve cezai korumanın konusu yapmamış, anayasal düzeni korumasız bırakmaya devam etmiştir.

²¹ AYM 02.06.1977, 1977/43-84 kararı (AMKD S.15, Ankara 1978, s.391).

C) Adil yargılanma hakkı kapsamında her türlü adli / yargısal faaliyetin salt ‘meşru araç’ ile yapılabilmesi

Adil yargılanma hakkı, Anayasanın 36/I. maddesinde pozitif norm olarak yer almıştır. Ayrıca, Anayasanın 90/son maddesiyle kanunlara üstün konuma getirilmeden önceki dönemde, adil yargılanma hakkı, iç hukuk mevzuatı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6. maddesiyle pozitif norm olarak, Türk Hukuk düzeninde mevcut bulunmaktadır. Ancak, 1954 yılında kabulü ve iç hukuk mevzuatı olarak yürürlükte olmasına karşın, AİHS ve AİHS 6. maddesi, Türk yargısında uygulanmamış, öğreti tarafından görmezden gelinmiştir. Deyim yerindeyse, AİHS 6 maddesi ile adil yargılanma hakkı, iç hukuk mevzuatının bir süsü olarak kalmıştır.

“Anayasanın değişik 90. maddesi hükmü, uluslararası antlaşmalara aykırı bir kanun hükmünün varlığına imkan vermemekte, dolayısıyla doğrudan anlaşma hükmünün uygulanmasını emretmektedir. Öyleyse, Anayasa yanında, AİHS, ceza normunun doğrudan kaynağı olmaktadır. Bu, ceza kanunlarının, AİHS’ne aykırı olamamaları demektir”²².

Adil yargılanma hakkının kapsamı ve sınırları, AİHS 6. maddesinde uygulama yönüyle gösterilmiştir. Buna karşın, adil yargılanma hakkının tanımı yapılmamıştır. Adil yargılanma hakkını, genel bir tanımla, hukukun genel ilkelerine, Anayasaya ve AİHS’ne uygun yargılamanın süjesi olma hakkı olarak tanımlayabiliriz. Bu demektir ki, adil yargılanma hakkı, demokratik ceza hukuku düzeninde geçerli temel bir insan hakkıdır. **Adil yargılanma hakkı, kişinin meşru araçlarla elde edilen delillerle yargılanması hakkını da kapsar.** Böyle olunca, **Türk ceza hukuku düzeninde, yargılamada, salt meşru araçlar kullanılabilir, meşru araç dışında bir başka araç kullanılamaz.**

2. DEMOKRATİK CEZA HUKUKU DÜZENİNDE “MEŞRU OLMAYAN ARAÇLARIN KULLANILMASI YASAĞI”

A) Yargı faaliyetinde ‘meşru olmayan araç kullanma yasağı’

Demokratik ceza hukukunda, kamusal faaliyetlerin, işlem ve eylemlerin, “amaç gayrimeşru - araç gayrimeşru” ve “amaç meşru - araç gayrimeşru” önermelerine konu davranışlarla yapılamaması, her türlü kamusal faaliyetin görülmesinde tek geçerli aracın, salt “meşru araç” olması nedeniyle, meşru

²² HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.24.

araç dışında bir başka aracın kullanılabilmesi olanağı bulunmamaktadır. Bu demektir ki, **demokratik hukuk düzeninde kamusal faaliyetlerde, bu kapsamda, ceza hukuku düzeninde adli / yargısal faaliyetlerde, “meşru olmayan araçların kullanılması yasağı” vardır.**

Meşru olmayan araç kullanma yasağı, kayıtsız şartsız Türk Ulusuna ait olan egemenliği kullanan **kurucu iktidarı**, Anayasanın koyduğu kurallara göre kullanma yetkisine sahip organları olan **yasama, yürütme, yargı ve genel idareyi bağlar. Kurucu iktidar, TBMM, yürütme ve yargı ile genel idare, kamusal faaliyet, eylem ve işlemlerinde, meşru olmayan araçları / gayrimeşru araçları kullanamazlar.**

Demokratik hukuk düzeninde meşru olmayan araç kullanma yasağına aykırı davranışa konu her faaliyet, eylem ve işlem hukuka aykırıdır. Hukuk devletinde, hukuka aykırı her işlem keyfidir ve sorumluluğa / yaptırıma bağlıdır.

Böyle olunca, **Türk Hukuk düzeninde her türlü kamusal faaliyette**, bu kapsamda, **adli / yargısal faaliyet, işlem ve eylemlerde, “meşru olmayan araçların kullanılması yasağı” geçerlidir.** Yargısal faaliyetin meşru araçlarla yapılması, “kişilerin hukuki güvenceleriyle” ilgilidir.

“Meşru olmayan araç kullanma yasağı” kesin / mutlak yasaktır. Demokratik ceza düzeninde, maddi gerçeğin araştırılması, meşru araçlarla yapılabilir. Bu demektir ki, demokratik ceza düzeninde maddi gerçeğin araştırılması, -gayrimeşru araçla da olsa- her ne pahasına olursa olsun, ulaşılması gereken üstün değer değildir. Dolayısıyla, **maddi gerçeğin salt meşru araçla araştırılması zorunluluğu, demokratik düzende adli / yargısal faaliyette meşru olmayan araç kullanma yasağının sonucudur.**

Anayasa ve CMK, nelerin doğrudan ve dolaylı delil olduğunu, hangi şüphe sebeplerinin göz önüne alınabileceğini, bunların hangi usul ve esaslarla elde edebileceğini, yargılamada ne tarzda işleme konusu yapılacağını açıkça göstermiştir. En başta hukuka, kanuna, genel ahlaka aykırı olan hiçbir şey, ne emare, ne de kanıt olarak göz önüne alınabilir. Kanuna aykırı olan her şey, kamu düzenine aykırılıktır. Hiçbir mahkeme, sadece hukuka ve kanuna aykırı olarak değil, aynı zamanda etik kurallara da aykırı surette elde edilen bulguyu, örneğin kurgulanmış olan bir görüntüyü, dava dosyasında muhafaza edemez, emare veya delil olarak kullanamaz.

B) Anayasada ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda 'meşru olmayan araçların kullanılması yasağının' pozitif norm olarak düzenlenmesi

Anayasada, başlangıçta, adli / yargısal faaliyette meşru olmayan araçların kullanılması yasağı ile ilgili pozitif norm bulunmamaktadır. Avrupa Birliği Uyum Yasaları kapsamında, 4709 sayılı Kanunun 15. maddesiyle, Anayasanın 38. maddesine altıncı fıkra olarak, anılan yasakla ilgili pozitif norm eklenmiştir. Anayasanın 38. maddesi, Anayasada yer alan bir ceza normudur. Anayasanın 38/VI maddesine göre, “Kanuna aykırı olarak elde edilen bulgular, delil olarak kabul edilemez”. Madde hükmündeki “kanun” hukuktur. Buna göre, Anayasanın 38/VI maddesi hükmü, yazım olarak hatalıdır²³. Kanun, Anayasaya, AİHS'ne veya hukukun genel ilkelerine aykırı olabilir. Örneğin, kanunla adli / yargısal faaliyette, işlem ve eylemde, meşru olmayan aracın kullanılmasına yer verilebilir. Böyle bir kanun hükmü, Anayasaya, AİHS'ne veya hukukun genel ilkelerine aykırıdır.

Anayasa, 38/VI. maddesiyle, demokratik ceza hukukuna uygun olarak, öncelikle, adli / yargısal faaliyette, eylem ve işlemde, meşru olmayan araç (gayrimeşru araç) kullanılması yasağını kabul etmiştir. **Anayasa, 38/VI maddesi hükmündeki yasağa aykırılığın yaptırımını olarak, hukuka aykırı yolla elde edilen bulguların, delil olarak kabul edilmesi yasağını getirmiştir.** Anayasanın 38/VI maddesindeki bulgu olarak edilen delildir, delil ceza iddiasına konu fiili, olguyu temsil eden ispat aracıdır. Yasa koyucu, Anayasanın 38/VI maddesi emri hükmüne uygun olarak, CMK 217/2 maddesi ve bu maddeyle bağlantılı CMK'nın diğer maddelerini düzenlemiştir.

C) Demokratik düzenlerdeki 'meşru olmayan araçların kullanılması yasağının' pozitif norm olarak düzenlenmesinin sonuçları

Kanuna aykırı elde edilen değil, hukuka aykırı elde edilen bulgu, Anayasanın 38/VI. maddesi hükmü kapsamındadır. Diğer bir söylemle, demokratik düzenlerde, hukukun koyduğu usullerle elde edilmeyen her türlü bulgu, meşru araç kullanma yasağına aykırı olarak elde edilmiştir. Meşru araç kullanma yasağına aykırı elde edilen bulgu, delil niteliğini taşıyan veya taşımamasın, kamusal faaliyetlerde, özellikle adli / yargısal faaliyetlerde kullanılamazlar. Meşru araç kullanma yasağına aykırı elde edilen bulgu, kişinin temel haklarının çiğnenmesi yoluyla elde edilmiştir. Demokratik

²³ Aksi görüş için bkz. BIÇAK, Vahit: Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbetinin Mantıksal Çerçevesi, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara 2009, s. 539.

düzenin temeli, özgür irade ve hukuki güvenlidir. Meşru olmayan araç kullanılarak, kişilerle ilgili bulguların elde edilmesi, öncelikle, hukuki ve anayasal bir kısıtlamaya dayanmamaktadır. Bu nedenle, belirtilen hukuka aykırı yolla bulgu elde edilmesinde, kişinin özgür iradesi veya hukuki güvenliği veya her ikisi birlikte çığnenmektedir.

Meşru olmayan araçlarla bulgu elde edilmesi, özgür iradenin ve hukuki güvenliğin çığnenmesi yoluyla, demokratik düzenin temelini dinamit koymakla eş değerlidir. Bir devlet, suçla ve suçluyula, demokratik ve hukuk devletinin ilke ve kurallarıyla mücadele edip başa çıkamıyorsa, Anayasasında demokratik ve hukuk devleti yazmakla, demokratik ve hukuk devleti olmaz. Demokratik ve hukuk devleti, anayasasında yazılı olsun veya olmasın, demokratik ve hukuk devletinin ilke ve kurallarıyla, suçla ve suçluyula mücadele edebilen ve başaran devlettir.

Ceza Muhakemesi Kanunu, Anayasanın 38/VI maddesi emredici hükmüne uygun olarak, soruşturma ve kovuşturmadaki faaliyet, işlem ve eylemlerde, meşru olmayan araç kullanma yasağını, farklı maddelerdeki düzenlemelerle kabul etmiştir. Meşru olmayan araç kullanma yasağı, dar anlamıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "delil yasakları" olarak nitelenmektedir. Delil yasakları, "delil etme yasağı" ve "delil değerlendirme yasağı" şeklinde açıklanmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu, belirtilen yasağın kabulüyle, düzenleme konusu bakımından demokratik ceza hukukuna uygun bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten, Ceza Muhakemesi Kanunu, konuyla ilgili olarak, soruşturmada ve kovuşturmada, adli / yargısal faaliyet ve işlemlerin, hukuka uygun ve salt meşru araçlarla yapılmasını kabul etmiştir.

Ceza usul hukukunun amacı, maddi gerçeğin araştırılması ve tespitidir. Demokratik ceza düzeninde, her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin araştırılması söz konusu değildir. Demokratik ceza hukukunda, maddi gerçeğin araştırılması, hukuka uygun usullere ve meşru araçlara göre araştırılarak tespit edilecektir. Bu araştırma ve tespit hukuka uygunluk ise, Anayasa, AİHS ve CMK'nın ilgili hükümlerine uyulması, adli / yargısal faaliyet, işlem ve eylemlerin anılan hukuki düzenlemelere göre yapılmasıdır.

Mahkemeler, kanun emri gereğince (Anayasa 36/I, AİHS 6), doğru ve adil yargılanma ilkesine göre, maddi gerçeği araştırıcılardır. Gerçekten, "Demokratik bir hukuk devletinde; delil elde etme, soruşturmanın temel amacı ve kolluğun görevi olmakla birlikte, bu amaç ve görev insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamaz.

Kolluk görevlileri insan haklarına saygılı kalarak, hukuka uygun bir şekilde delil etme görevlerini yerine getirmelidir”²⁴.

Doğru ve adil yargılanma hakkı, aynı zamanda delillerin hukuka uygun yollarla toplanmasını ve sözlü kanıtların yapılış biçiminin, koşullarının doğru tespiti ile doğru değerlendirilmesini gerektirir. Hukuka aykırı yolla elde edilen deliller, karara esas alınmışsa, burada doğru ve adil yargılanma hakkı çiğnenmiştir.

CMK 217/2 maddesi hükmüne göre, “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir”. Maddede “yüklenen suçla” ilgili yazım hatası dışında, CMK 217/2 maddesi hükmü ile, Anayasanın 38/VI. maddesi hükmündeki, soruşturma ve kovuşturmadaki faaliyet, işlem ve eylemlerde, meşru olmayan araçların kullanılmaması yasağını yinelemiştir. Bu demektir ki, Anayasanın 38/VI ve CMK 217/2 maddesi hükümleri ile kabul edilen usule aykırı usul ve araçlarla, maddi gerçek araştırılmaz ve hüküm kurulamaz.

3. MEŞRU OLMAYAN ARAÇLARIN KULLANILMASI YASAĞINA AYKIRI ELDE EDİLEN DELİLLERİN, HUKUKA AYKIRI ELDE EDİLEN DELİL OLMASI

A) Delil elde etmede meşru olmayan araç kavramı

Yukarıda belirtildiği üzere, hukuk devletinde her türlü kamusal işlem, bu kapsamda, adli / yargısal işlemlerin, ‘meşru amaç - meşru araç’ önermesine uygun davranışlarla yapılması zorunludur. Bu demektir ki, hukuk devletinde adli / yargısal işlemler, hukukun koyduğu usullerle ve bu usullere uygun yapılır. Bu bağlamda, **hukukun koyduğu usuller “meşru araçlardır”.** **Hukukun koyduğu usullerle elde edilen bulgulardan delil niteliğini taşıyanlar, soruşturmada ve kovuşturmada** atılı suça ve unsurlarına konu fiil ve olgularında ispatında **ispat aracı olarak kullanılırlar.** Liberal / demokrat hukuk düzeninde adli / yargısal faaliyette meşru olmayan araç kullanma yasağı, Türk ceza düzeni içinde geçerlidir.

Meşru kullanma araç kullanma yasağının, en önemli uygulama alanlarından birisi de, delillerin hukuka uygun usul ve esaslarla elde edilmeleridir. Delil elde etme, maddi gerçeğin araştırılması bağlamında, yargı

²⁴ YCGK 15.10.2002, 2002/8-191-362, (İLKİZ, Fikret: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı: “İşkence” İnsanlık Suçudur ve İşkenceye Karşı “Seçmeli Protokol” Nedir, İBD Cilt 76 2002/10-11-12, s. 931.

faaliyetinin en önemli evrelerindedir. Gerçekten, her davada, öncelikle, çekişmeli eylem ve olguların, bu eylem ve olguları temsil eden delillerle ispatlanması, sonra, ispata bağlı olarak eylem ve olguların hukuki nitelendirilmesi yapılacaktır. İspatın söz konusu olmadığı bir davada, hukuki nitelendirme aşamasına geçilmesine gerek kalmayacaktır.

Liberal / demokratik düzenlerde ve hukuk devletinde, maddi gerçek, hukuka uygun, hukukun koyduğu usul ve esaslara göre araştırılacak ve elde edilebilecektir. Hukuk devleti, dava konusu maddi gerçeğin, her ne pahasına, yani gereğinde meşru olmayan araçlarla araştırılmasını değil, salt meşru araçlarla araştırılacağını kabul etmiştir. Buna göre, maddi gerçeğin ortaya koyulması sınırlanmıştır. Diğer bir söylemle, hukuk devletinde, yargı faaliyetinde meşru araç kullanma yasağından ödün verilmemiştir. Bunun içindir ki, hukuk devletinde, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması yoluyla delil elde edilmesinde, hukuka aykırı elde edilen delillerin, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında ispat aracı olarak kullanılmayacağı, yargıcın takdirine bırakılmamış, pozitif olarak düzenlenmiştir.

Delil yasağına konu olmayan deliller, hukuka aykırı elde edilmedikçe, 'vicdani delil sistemi' gereğince serbestçe takdir olunurlar. Yukarıda belirtildiği üzere, hukuka aykırı elde edilen delil, geniş anlamıyla hukukun koyduğu usul ve esaslara aykırı elde edilen delildir. Delil elde etmeye konu işlemler, hükümsüz (yokluk, mutlak butlan) veya hukuka aykırı (nispi butlan) olabilirler. Dolayısıyla, hukuka aykırı elde edilen deliller, hükümsüz veya hukuka aykırı işlemlerin sonucunda elde edilmektedirler. Buna göre, hukuka aykırı elde edilen delilleri, elde edilişlerindeki hukuka aykırılığın niteliğine göre ayırmak olanaklıdır.

Hukukun koyduğu usullere uyulmaması, işlemin uygunsuzluğunun niteliğine göre, hükümsüzlük ve hukuka aykırılığa yol açar. Hukuki işlemlerde hukuka aykırılık, ister ikili ayrıma, ister üçlü ayrıma göre olsun, genel olarak, hükümsüzlük (yokluk, mutlak butlan), iptal edilebilirlik (nispi butlan) olarak ortaya çıkar. Bu anlamıyla hukuka aykırılık geniş niteliktedir. Her hukuka aykırılık, oluş biçimine ve sonuçlarına göre farklıdır. Hükümsüzlüğün (yokluğun, mutlak butlanın) tespiti, hukuka aykırı işlemin (nispi butlanın) iptali söz konusudur. Bu yaptırım farklılığı, hukuka aykırılığın derecesini belirler. Ancak, delil elde edilmesi yönünden, işlemlerdeki hukuka aykırılıklar arasındaki farkın önemi yoktur. Delilin elde edilmesinde her hukuka aykırılık, aynı sonucu meydana getirir. Buna göre, delil, hangi hukuka

aykırı işlemle elde edilirse edilsin, hukuka aykırı elde edilen delil niteliğini taşır.

B) Delil elde etmede meşru olmayan bazı araçlar

Hukuk devletinde, devletin asli unsurlarından egemenliğin kullanılması, Anayasalarla düzenlenmiştir. Egemenlik, Anayasada usulleri gösterilen biçimde, yasama, yürütme, yargı organlarınca, erk / yetki olarak kullanılır. **Hukuk devletinde yetkinin kaynağı egemenliktir**²⁵. **Hukuk devletinde, yetki varsa hukuki işlem vardır, yetki yoksa kamusal / hukuki işlem yoktur. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde, kaynağını Anayasadan almayan hiç bir kişi, organ ve kurum yetki kullanamaz (AY 6)**²⁶. Bu nedenle, yetkisiz işlem veya yetki aşılarak yapılan işlem, koşullarının oluşmasına bağlı olarak hukuki ve cezai yaptırıma bağlanmıştır.

Yetki, kamusal işlemin, bu bağlamda, yargı işleminin, olmazsa olmaz, kurucu unsurlarındadır. Genel tanımıyla, yetki, bir norma dayalı olarak kamu gücünün kullanılmasıdır. Yetki kurucu unsurundan yoksun işlemin, hukuk alanında varlık, geçerlik kazanması söz konusu değildir. Yetkisiz işlem, kağıt üzerinde maddeten vardır, hukuken yoktur. Bunun içindir ki, normatif bilim hukuktaki yokluk, fen bilimlerinden fizikteki mevcut olmamanın (yokluğun) karşılığıdır.

Yetkisiz işlem, işlemin herhangi bir hukuk kuralına dayanmadan yapılmasıdır. Bu nedenle, **yetkisiz işlem** veya yetkinin aşılması suretiyle yapılan işlem, **her zaman hukuken yok hükmündedir**²⁷. Örneğin, “Yazılı emir yoluyla verilen bozmalara karşı mahkemelerce direnilemez”²⁸ veya “Ağır Ceza Mahkemesi yerine Mahkeme Başkanı son soruşturmanın açılması

²⁵ **Hukuk devleti, salt akli (laik, seküler) - liberal / demokratik düzenlerde mümkündür.** İnsan hakkı akli - demokratik düzenlere özgü temel haktır. Teokratik düzende hukuk devleti olmaz. Hukuk devletinde kamu gücünü kullananlar, yetkilerini Anayasadan, kanundan alırlar, ilahi iradeden, kutsal metinlerden, vahiysel gerçeklikten almazlar. Açıkçası, hukuk devletinde **yetkinin kaynağı kanundur**; kerameti kendinden menkul / uydurma teokratik otorite iddiası taşıyan fiili güçler değildir.

²⁶ Kamu gücünü kullananlar, sıfatları, görevleri, statüleri ne olursa olsun, yetkilerini, yetki veren norma uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdürler. Kamu gücünü kullananlar, yetkilerini aşarak veya yetkisiz işlem yapamazlar.

²⁷ **Yetkisiz işlemde** veya yetki aşılarak yapılan işlemde, **yetkinin kullanılması, dolayısıyla, kamu adına işlem yapılması söz konusu değildir.**

²⁸ YCGK 12.07.1976, 1976/4-340-340, YKD 1977/12, s. 1733. Aynı görüşte bkz. YCGK 20.12.1976, 1976/7-548-540, YKD 1978/2, s. 271.

kararı veremez”²⁹ veya “lüzumu muhakeme kararı sanığa tebliğ edilip kesinleşmeden yargılama yapılamaz ve hüküm verilemez”³⁰ veya “İstinabe yoluyla görevlendirilen ağır ceza mahkemesinin yetki verdiği üye yerine, yetkisi bulunmayan başka bir hakim tarafından bilirkişi incelemesi yaptırılmaz”³¹ veya “sanığın yokluğunda verilmiş ve kendisine henüz bildirimi yapılmamış bulunduğu için henüz kesinleşmemiş olan karar yazılı emir yolu ile incelenemez”³².

Yetkisiz her işlem “fiilidir”, hukukilik kazanamaz. Her fiili işlem, işlemi yapanın bir kurala bağlı olmadan, istediği gibi, istediği zaman, istediği biçimde yaptığı işlemidir. Böyle bir işlem, keyfi işlemidir. Buna göre, yetkisiz / fiili, yani keyfi işlem, hukukun koyduğu usullere göre elde edilen işlem değildir. Bir işlem hukuka uygun usullerle elde edilmemişse, meşru olmayan araç kullanma yasağına aykırı davranılması yoluyla elde edilmiştir. Bunun içindir ki, **yetkisiz işlem, meşru olmayan araç niteliğindedir.**

Yetkisiz işlemlerle, yani meşru olmayan araçlarla elde edilen deliller, her zaman hukuka aykırı elde edilen delildir. Öncelikle, soruşturmada ve kovuşturmada elde edilen bulgulara ilişkin işlemlerin, o işlemi yapmaya yetkili kişilerce ve yetkilerinin aşılmadan yapılması gerekir.

Öte yandan, **yetkisizlikle, yetkinin aşılarak yapılması, hukuken eş değerlidir.** Bir işlemin yetkinin aşılarak yapılması, o işleme ait yetkinin sınırlarının dışına çıkılarak işlemin yapılmasıdır. **Yetkinin aşılan kısmında yetki yoktur, yani burada işlem bir kanun hükmüne / hukuk kuralına dayalı olarak yapılmamaktadır.** Dolayısıyla, yetki aşılarak yapılan işlemde, görevin kapsamında bir işlem yapılmamaktadır. Bu nedenle, **yetkinin aşılması suretiyle yapılan işlemde, yetkisizlik, dolayısıyla yetkisiz işlem söz konusudur.** Dolayısıyla, **yetkinin aşılması yoluyla yapılan işlem,**

²⁹ “Mezkur ihbarnamede; Hakimler Kanununun 107 ve onu izleyen maddelerinin birlikte mütalaası sonucu, sanıklar hakkında son soruşturmanın açılmasına Ağır Ceza Mahkemesince karar verilmesi gerekeceği gözetilmeden, kararın mahkeme başkanınca itihazında isabet görülmemiş olduğundan CMUK nun 343. maddesi uyarınca mezkur kararın bozulması lüzumu ihbar olunmuştur. / .. Tetkik olunan dosyaya göre, yazılı emre dayanan tebliğname münderecatı yerinde görüldüğünden Muş Ağır Ceza Mahkemesi başkanlığından verilip kesinleşen .. kararın CMUK 343 maddesinin son fıkrası gereğince bozulmasına” Y.4.CD 30.01.1976, 1976/911-489, YKD 1977/1 s.117.

³⁰ Y.5.CD 28.05.1976, 1976/1752-1659, YKD 1978/2 s. 292.

³¹ YCGK 21.03.1977, 1977/9-108-128, YKD 1979/2 s. 256.

³² Y.9.CD 28.02.1979, 1979/742-723, YKD 1979/10 s. 1524.

meşru olmayan araç niteliğindedir. Yetkinin aşılması yoluyla yapılan işlemle, yani meşru olmayan araçla elde edilen delil de, hukuka aykırı elde edilen delildir.

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda, bazı işlemlerin bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması emredilmiştir. Bunlar arasında, CMK 127/6, 148/5, mülga 251/1 maddeleri, 6352 sayılı Kanunla değişik 3713 sayılı Kanunun 10/III (a) maddesi ile 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 15/1 maddesi bulunmaktadır. **Cumhuriyet savcısının bizzat yapması gereken işlemleri, kendisi yapmayıp, kolluğa yaptırmasında, kolluk tarafından yapılan işlemlerin tamamı, yetkisizlikten hukuken yok hükmündedir.**

Böyle olunca, **hukuken yok hükmündeki adli / yargısal faaliyet, işlem, eylem, her zaman “gayrimeşru araçtır” (meşru olmayan araç). Demokratik ceza düzeninde, meşru olmayan araç kullanma yasağına aykırılık, hukuka aykırılıktır. Meşru olmayan araç kullanılması yasağının çiğnenmesi yoluyla, yani gayrimeşru araçla elde edilen her bulgu ve delil, her zaman hukuka aykırı yolla elde edilen bulgu ve delildir.**

Yetkisizlik dışında **işlemlerin mutlak butlanla hükümsüz olmaması gerekir.** Örneğin, ifade verenin veya şüpheli veya sanığın beyanı özgür iradesine dayanmıyorsa, işlem, işlemin esaslı / kurucu unsurlarından “özgür iradeyle beyan” unsurundan yoksunluğu nedeniyle, mutlak butlanla hükümsüzdür³³. **Hükümsüz işlemle elde edilen bulgu, her zaman hukuka aykırı yolla elde edilmiş bulgudur.**

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda, mutlak butlanla hükümsüz işlem ve sonuçları, CMK 7 maddesinde kısmi hükümsüzlük dışında özel düzenlenmemiştir. CMK 7. maddesine göre, “Yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hakim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür”. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, 7. maddedeki görevsiz mahkemenin işlemlerindeki hükümsüzlük dışında, hükümsüzlüğün ve sonuçlarının düzenlenmemesi eksiklik değildir. Buna karşın, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, meşru olmayan araçlarla adli / yargısal işlem yapma yasağına ilişkin normlar yer almıştır. Bu normlara ilişkin olarak, koruma önleмиyle ilgili olarak CMK 126, CMK 135/2, CMK 137/2, soruşturma ve kovuşturmayla ilgili olarak CMK 147/1 (i), 148, 169/2, 209/1, 210/1, 217/2, 230/2 (h), 251/1-I, 289/1 (a) ve (h) maddelerini gösterebiliriz.

³³ HAFIZOĞULLARI, Zeki: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine, AÜHFD C.43 1993/1-4, s. 39

Mutlak butlanla hükümsüzlük hukukun genel ilkelerindedir. Hükümsüz işlemin geçersizliği kamu düzenine ilişkindir. Mahkeme veya yargıç, mutlak butlanla hükümsüzlüğü, resen tespitle görevlidir. Böyle olunca, mutlak butlanla hükümsüz adli / yargısal faaliyet, işlem, eylem, her zaman “gayrimeşru araçtır” (meşru olmayan araç). Meşru olmayan araç kullanılması yasağının çiğnenmesi yoluyla, yani gayrimeşru araçla elde edilen her bulgu ve delil, her zaman hukuka aykırı yolla elde edilen bulgudur ve delildir.

C) Hukuka aykırı elde edilen delilden hareketle elde edilen delilin, hukuka aykırı delil olarak kullanılma yasağına bağlı olması (delilin uzak etkisi)

Hukuka aykırı elde edilen delilden hareketle elde edilen delilin, demokratik ceza düzenlerinde, meşru olmayan araç kullanılması yasağına aykırılığından dolayı, “meşru amaç - gayrimeşru araç” önermesine konu davranış olarak, hukukten geçerli olamayacağı yukarıda açıklanmıştır. Bu duruma “delilin uzak etkisi” veya “delil yasaklarının uzak etkisi” denilmektedir.

Türkiye’de CMUK 254/II maddesi hükmüyle, delilin uzak etkisinin kesin olarak kabul edildiği kabul edilmektedir. Bu konuda HAFIZOĞULLARI’nın, CMUK 254/II maddesi hükmünün kabulüyle, Türk ceza usulü hukukunda delillerin geçerliliğini tespitite, “delilin sahilliğinden” “delilin elde edilme biçiminin hukukiliğine” geçmek yoluyla “sistem değişikliği” yapıldığına ilişkin görüşü³⁴, öğretide kabul görmüştür³⁵.

³⁴ HAFIZOĞULLARI’nın belirtilen sistem değişikliğine ilişkin görüşüne göre, “HUKUKA AYKIRI SURETTE ELDE EDİLEN DELİLLERİN HÜKME ESAS ALINMAYACAĞI ESASI GETİRİLMİŞTİR. / Eskiden farklı olarak, CMUK’nun, 254. Maddesinin ikinci fıkrasında, “delil elde etme yolu” ile “delilin sahilliği” arasında karinesel bir bağıntı kurmaktadır. Buna göre, bir delil hukuka uygun surette elde edilmişse, sahil, öyleyse muteber, hukuka aykırı surette elde edilmişse sahil değildir, öyleyse muteber değildir. Böyle olunca, ortaya, aksi isbat edilemeyen bir karine konulmuş olmaktadır. Burada, Ceza muhakemesi hukukunda karine olmaz düşüncesiyle çelişir olmak bir yana, **söz konusu hükümle, Ceza muhakemesi hukuk düzeninin sistemi değiştirilmiştir.** Ancak, bu tercih, bir sistem bırakılarak bir başka sistem alındığında bir anlam ifade eder. Yok böyle yapılmayıp bir sisteme bir başka sistemin bir parçası eklendiğinde ortaya çıkan ürün, tabiri caizse “üstü kaval altı şişhane” olur. Bugün deliller konusunda Ceza muhakemesi hukuk düzenimizin durumu budur” (HAFIZOĞULLARI, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine, s. 43-44).

³⁵ “Sonuç olarak, CMUK m. 254/2’nin açık hükmü karşısında, ceza muhakemesi hukukunda, delillerin geçerliliğini tespitite bir sistem değişikliği yapılmıştır. CMUK m. 254’e bu fıkra eklenmeden önce, delile geçerliliğini veren unsur “delilin sahilliği” ilkesi iken, söz konusu

Anayasa Mahkemesi, Fazilet Partisinin kapatılması davasına ilişkin kararında, CMUK 254/II maddesiyle, yukarıda belirtilen delilin uzak etkisinin kesin olarak kabul edildiğine ilişkin görüşü, açık ve net bir şekilde belirtmiştir:

Karara göre, CMUK 254/II maddesiyle “birlikte Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’na, delil yasakları ile ilgili genel ve kapsayıcı bir hüküm konulmuştur. **Maddenin lafzından açık ve net bir şekilde anlaşılacağı gibi, hükme esas alınması yasaklanan deliller ‘hukuka aykırı şekilde elde edilen’ delillerdir. Yani, hukuka aykırı olduğu anlaşılan bir delil mahkeme tarafından kullanılmayacak ve hükme esas alınmayacaktır.**

.. Özet olarak, **Türk Hukuk Sistemi’nde, hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller hiçbir şekilde kullanılamaz. Hukuka aykırılıktan kasıt ise, tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılıktır. Bu anlamıyla ‘hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller’, ‘yasal olmayan yöntemlerle elde edilen deliller’ kavramından, yani “yasadışıktan” da geniş bir içeriğe sahiptir.**

.. Bir temel hakkın ihlali pahasına delil elde edilmesi, basit bir hukuka aykırılık değildir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklere aykırı bir şekilde delil toplanması bir kanunla gerçekleştirilse dahi, bu kanunun ‘demokratik toplum düzeninin gerekleri’ ölçütü karşısında hukuki koruma elde etmesi beklenemez. Kaldı ki, sözkonusu delilin elde edilme biçimi bizzat kanun tarafından delil yasakları arasına sokulmuştur. Yukarıdaki tüm nedenlerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından Anayasa Mahkemesi’ne delil olduğu iddiasıyla sunulan bu bant kaydının hükme esas alınması hukukun genel ilkelerine, Anayasaya ve kanunlara aykırıdır ve bundan dolayı da bu davada delil olarak kullanılamaz”³⁶.

CMK 217/2 maddesiyle, CMUK 254/II’den farklı olarak, soruşturma ve kovuşturma organları ile sınırlı olarak değil, kim tarafından elde edilirse edilsin, hukuka aykırı elde edilen deliller, madde hükmü kapsamına alınmıştır. Buna karşın, **CMK 217/2 maddesi hükmüyle delilin uzak etkisine ilişkin durum, ifade değişikliğiyle devam ettirilmiştir.** CMK 217/2’ye göre,

fıkranın eklenmesinden sonra “delilin elde edilme biçiminin hukukiliği” olmuştur”. Buna göre, elde edilme biçimi hukuka aykırı olarak elde edilen delil, hukuken yok hükmündedir ve yok hükmünde olan bir delil de hükme esas alınmaz” (DEMİRBAŞ, Timur: Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996, s. 305). ; . KAYMAZ, s. 269.

³⁶ AYM 22.06.2001, 1999/2 SPK - 2001/2 kararı (RG 05.01.2002 Mükerrer, 24631) (ŞEN, Ersan: **Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir**, Ankara 2008, s. 98-99 dn 57).

“Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat olunur”.

Yukarıda açıklandığı üzere, hukuka uygun olmayan her delil etme biçimi, hukuka aykırıdır. Kanun, hukuka uygun delil elde etmeden söz etmiştir. CMK 217/2’de kanuna aykırılık, az veya çok, nispi veya mutlak gibi derecelerle ifade edilmemiştir. Bu demektir ki, Türk hukukunda delilin uzak etkisi, esastan kabul edilmiştir³⁷. Böyle olunca, hukuka aykırılığın niteliği ve derecesine bakılmaksızın, hukuka aykırı elde edilen delilin, kovuşturmada kabulü, takdiri ve karara esas alınması mümkün değildir.

Konuya ilişkin farklı görüşlere girmeden, Yargıtay’ın delilin uzak etkisini kabul ettiğini belirtmekle yetinmekteyiz:

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bir kararına göre, “5271 sayılı CMK m. 138’e göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır; zira tesadüfen elde edilen bu kanıt üzerine, ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra durum Cumhuriyet savcısına bildirilmiş, sanık hakkında herhangi bir iletişim tespit kararı olmaksızın tespit yapılmış olduğundan, bu tutanaklar yasadışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasadışı elde edilen kanıtın ise, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır”³⁸.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 29.11.2005, 2005/7-144-150 kararına göre de, “Hukuka aykırı olarak sanıktan alınan ifadeden veya **hukuka aykırı yapılmış bir ev araması sonucunda elde edilen delilden yola çıkılarak başka delillere ulaşılabilir. İşte bu durumda ortada hukuka aykırı delil niteliği taşıyan bir ifade veya arama sonucunda elde edilen bir delil vardır ki bu delillerde yargılamada kullanılamaz.** Hukuka aykırı yapılan arama sonucu elde edilen delili yargılamada kullanmamak yeterli değildir. **Bu deliller vasıtasıyla elde edilen deliller de hukuka aykırı olduğundan yargılamada kullanılmamalıdır”³⁹.**

³⁷ “CMUK m. 254/2’deki yeni düzenleme karşısında, Türk hukuku bakımından delil yasaklarının uzak etkisi sorunu esastan halledilmiştir. Delillerin elde edilmeleri esnasında her hangi bir hukuka aykırılığın yapılmış olması halinde, bu delillerin ceza muhakemesi hukukunda kullanılabilimleri, diğer bir ifadeyle hükme esas alınabilimleri kesinlikle mümkün değildir” (DEMİRBAŞ, s. 305).

³⁸ YCGK 03.07.2007, 2007/5.MD-23-167, ŞEN, s. 115.

³⁹ YARSUVAT, Duygun: Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği, Sempozyum, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı, TCHD, İstanbul Haziran 2009, s. 314-315.

SONUÇ

Hafizoğulları'nın bir hukuki buluş olan Dörtlü Önermesi, yukarıda sayılan işlevleri nedeniyle, demokratik hukuk devletinde önemli işler gören bir araçtır. Öğretide, Dörtlü Önerme'ye yapılan yollamaların giderek, yaygınlık kazandığı görülmektedir.

Giriş'teki açıklamayı yinelersek, Hafizoğulları'nın Dörtlü Önermesi ile demokratik düzeni diğer devlet düzenlerinden ayırmada, tek sağlam ölçüte sahip olmaktadır. Gerçekten, Dörtlü Önerme'deki "gayrimeşru amaç - meşru araç" önermesine konu davranışlar, bu konuda eldeki en güvenilir, eldeki tek sağlam ölçüttür.

Yukarıda İkinci Bölüm'de, Dörtlü Önermenin tarafımda saptanan diğer önemli işlevi olan ve demokratik düzenlerde meşru araç kullanılması gereği ile bundan hareketle meşru olmayan araç kullanma yasağına değinilmiştir. Gerçekten, demokratik düzenlerde, her türlü kamusal faaliyet ve yargı faaliyeti, salt meşru araçlarla yapılabilir, meşru olmayan araçlarla (gayrimeşru araçlarla) yapılamaz. Bunun içindir ki, demokratik düzende, yargı faaliyetinde, "meşru olmayan araç kullanma yasağı" geçerlidir.

Bu Bölüm'de Dörtlü Önerme temelinde, demokratik düzenlerde meşru araç kullanma yasağının kuramsal açıklaması ile çerçevesine ilişkin bir denemede bulunulmuştur. Tabii ki, bu incelemede konu birçok yönüyle eksiktir, belki hatalıdır, yine de denenmesinde yarar olduğu düşünülmektedir.