

# İSTİNAF YASA YOLUNDA İSPAT VE DELİLLERİ DEĞERLENDİRME ESASLARI

Principles of Proof Via Appeals Procedure and Evaluation of Proof

Hasan Tahsin GÖKCAN\*

## ÖZET

Ülkemizde bölge adliye mahkemelerinin teşkilat yapısı 5235 sayılı Yasa ile, ceza yargılamasında istinaf yasa yolu denetimi ve usulü de 5271 sayılı CMK'nın 272 ila 285. maddelerinde düzenlenmiştir. Ceza yargılamasındaki re'sen araştırma ve maddi gerçeği bulma ilkeleri istinaf yargılamasında da geçerlidir. Bu nedenle, ilk derece yargılamasında söz konusu olan ispata ve delillerin değerlendirilmesine ilişkin esas ve ilkelerin, istinaf yargılamasında da uygulanması gerekmektedir. Buna karşılık, CMK'nın anılan hükümlerinde istinafta duruşma istisna olarak öngörüldüğünden, 'dar anlamda istinaf' anlayışının benimsendiği anlaşılmaktadır. Yasa'da öngörülen İstinaf denetiminde, tespit edilen hukuka aykırılıklarla sınırlı olarak duruşmalı inceleme yapılacaktır. Ancak bu durum, görevi ikinci kez vaka yargılaması olan istinaf mahkemesindeki yargılamanın, yüz yüzelik, doğrudan doğruyalık, silahların eşitliği gibi muhakeme ilkelerine aykırı olup olmayacağı tartışmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla, sözü edilen yargılama ilkelerine aykırılık, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen *adil yargılanma hakkının* ihlal edilmesi tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. AİHM içtihatlarına göre, istinaf denetiminde tarafların yeni delil ikame etme veya belirli delillerin duruşmada tekrar tartışılmasına yönelik haklı taleplerinin karşılanmış olması ve haklarının sınırlandırılmaması halinde ihlal oluşmayacaktır.

**Anahtar kelimeler** :Ceza yargılaması, istinaf yasa yolu, bölge adliye mahkemesi, ispat, istinafta yeni delil, delil değerlendirme esasları.

## ABSTRACT

The organizational structure of appeal courts in Turkey is regulated by the Law No. 5235 and the judicial review and procedure for appellate remedy by Articles 272 to 285 of the Law No. 5271 on Criminal Procedure. The principles of *ex officio* investigation and eliciting the material fact in criminal procedure also apply to appellate procedure. Therefore, the principles pertaining to proof and evaluation of evidence as applied in proceedings in first instance should also be upheld in appellate procedure. However, the prescription of hearings by the aforementioned Articles of the Law on Criminal Procedure as an exception gives way to the understanding that "appeal" is internalized in its "narrow sense". The appellate review prescribed by the Law dictates the investigation of identified contradictions to law through limited

\* Yargıtay Üyesi - hgtgkcan02@myynet.com

hearings. Nevertheless, this situation paves the way for a discussion as to whether proceedings before appellate courts, whose duty is to perform case proceedings for a second time, pose a contradiction with such principles as face-to-face interaction, participation in person and equality of arms. Consequently, contradiction to the aforementioned principles of adjudication brings forth the danger of violating the *right to fair trial* as regulated in Article 6 of the European Convention on Human Rights. In accordance with the case law of the European Court of Human Rights, no violation will occur on the condition that the justified requests of parties to submit new evidence or to have certain evidence discussed at the hearing once more are satisfied and that their rights are not restricted during the appellate review.

**Keywords:** Criminal procedure, appellate remedy, appeal court, proof, new evidence during appeal, evaluation of evidence principles.

\*\*\*

## GİRİŞ

*İstinaf*, sözlük anlamıyla bir işe ‘yeniden başlama’<sup>1</sup>, hukuk terimi olarak da ilk derece mahkemesi kararına karşı başvuru üzerine, olay ve hukuki-lik denetimini içeren bir yasa yolunu ifade etmektedir. Bu bakımdan istinaf yasa yolu, ilk derece mahkemesinin kesinleşmemiş son kararını denetlediği için, *olağan kanun yolu* niteliğindedir.

Yargılama sisteminin tek veya iki dereceli olmasını belirleyen husus, *vaka/olay yargılamasını* gerçekleştiren yargı makamının tek veya birden fazla olmasıdır. Bu nedenle ilk derece mahkemesi ve bu mahkeme kararını yasa yolu incelemesinde denetleyen temyiz mahkemesi sistemi, bütün olarak tek dereceli yargı sistemini meydana getirmektedir. Bu sistemde temyiz mahkemeleri ikinci kez vaka incelemesi yapamaz, yalnızca hukuka aykırılık denetimleri yaparlar.<sup>2</sup> Diğer bir anlatımla ilk derece mahkemesinin delillerle yüz yüze kalarak vicdani kanaatine göre verdiği hüküm, vakanın sübutu yönüyle (ilgili usul kurallarına aykırılık bulunmadığı sürece) temyiz mahkemesini bağlamaktadır. Yargılama hukukunda bu duruma, “*Yargıtay yargıcının olay/olgu saptamalarıyla bağlılığı ilkesi*” adı verilmektedir.<sup>3</sup> Yargıtay’ın temyiz yasa yolundaki denetimi; yasa hükümlerinin yorumlanması, sabit görülen vakanın hukuki nitelendirilmesi ve vakanın sabit görüldüğüne ilişkin hüküm fıkrasını ise, ispata ilişkin

<sup>1</sup> Çınar, Ali Rıza, Türk ve Alman Hukukunda İstinaf, Ankara 2010, s. 55; Erdem, M. Ruhan, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf, Ankara 2010, s. 19.

<sup>2</sup> Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. B. İstanbul 2010, s. 749.

<sup>3</sup> Selçuk, Sami, Vicdani Kanı Yargısının Denetimi ve Sınırları-I, Star Gazetesi, 30.12.2008. Yazar, bu ilkenin gerçek anlamda duruşma yapmayan sıradışı istinaf yöntemindeki istinaf yargıcını da bağladığını belirtmektedir.

usul kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı ile gerekçe denetimi yapmakla sınırlıdır.<sup>4</sup>

Yargıtay'ın yasa yolu denetimindeki sınırları çeşitli ülkelerdeki Yargıtay kararlarında da benzer biçimde ifade edilmiştir.<sup>5</sup>

İstinaf mahkemesinde ise, duruşmalı inceleme yapılarak uyuşmazlığa konu maddi vakanın ne şekilde ve kim tarafından meydana getirildiği açıklığa kavuşturulur. Bu nedenle istinafın, ilk derece mahkemesi gibi 'öğrenme yargılaması'<sup>6</sup> yapığından söz edilir.<sup>7</sup>

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) uygulanmasıyla ilgili AİHM içtihatlarında istinafın kurulmasının zorunlu olduğu belirtilmemektedir. Türkiye'nin henüz onaylamadığı ceza yargılamalarıyla ilgili Ek 7 no.lu Protokolün istinafi zorunlu kılıp kılmadığıyla ilgili farklı görüşler bulunmaktadır.<sup>8</sup> Ancak AİHM kararlarında adil yargılanma hakkının tahakkuku bakımından, üst yargı merciinin maddi sorunu tüm yönleriyle değerlendiril-

<sup>4</sup> **Selçuk**, Sami, Vicdani Kanı Yargısının Denetimi ve Sınırları-II, Star Gazetesi, 06.01.2009.

<sup>5</sup> "Kanıtın kaynağının ve kanıtın değerlendirilmesi, duruşma yapan ilk mahkemeye ait bir olay sorunudur. Yargıtay bu konuda yalnızca gerekçeyi inceleyerek denetim yapabilir.", **İtalyan Yargıtayı**; I. D, 07.06.1989; 24.03.1993; IV. D, 11.12.1990; VI. D, 30.10.1989;

"...Eğer yargıtay, olay/duruşma yargıcının yerine geçerek kanıtları kendisi değerlendirmeye kalkıştırsa, yetkisinin sınırlarını aşmış olur", **Alman Yargıtayı**, 07.06.1979.

"Yargıtay, sınırlı olarak yalnızca hukuksal konularda ilk mahkemenin yerine geçerek karar verebilir." "Yargıtay yargıcı, kanıt değerlendirmesi yapamaz. Yargıtay yargıcı üçüncü derece yargıcı değildir.", **Fransız Yargıtayı**, 23.05.1989, 21.03.1990, 11.06.1990. Örnekler için Bkz; **Selçuk**, Sami, Vicdani Kanı Yargısının Denetimi ve Sınırları-II, Star Gazetesi, 06.01.2009.

<sup>6</sup> **Yenisey**, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979, s. 4; **Selçuk**, Sami, Temyiz Yolu Açısından Ceza Yargılamaya Yasasının Uygulanması, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999, s. 35, 37.

Bkz; **Selçuk**, Sami, Vicdani Kanı Yargısının Denetimi ve Sınırları-II, Star Gazetesi, 06.01.2009.

<sup>7</sup> "... Bozma (Temyiz) mahkemeleri doğrudan öğrenme yargılaması (cognizione), yani duruşma yapmamaktadır. ...Bu yüzden duruşma yapmayan Yargıtay, olay değerlendirmesi yapamayacak, *olay sabittir/değildir, tanık yansızdır, doğruyu söylüyor; yanlışdır, yalan söylüyor* gibi salt olgulara ilişkin hükümler kurarak, duruşma yapan ilk mahkemenin yerine geçemeyecektir. Eğer kurabilseydi, yargılama Yargıtay'da biter, yollama yargılamasına gerek olmazdı..", **Selçuk**, Sami, YCGK. 11.04.1994, 1994-5-47/92; sayılı Karara Karşıoy.

<sup>8</sup> Bir görüşe göre protokol hükmü yasayolunun varlığını gerekli kılmakla birlikte bu istinaf anlamına gelmemektedir, **Erdem**, M. Ruhan, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak istinaf, s. 49. Buna karşın bazı yazarlar 7 no.lu protokolün ceza yargısı yönünden iki dereceli yargılamayı mecbur kıldığını belirtmektedirler; **Gölcüklü/Gözübüyük**, s. 312, nakleden **Sarıgül**, Ali Tanju, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 18. Diğer taraftan 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14/5. Maddesinde de bir suçtan mahkum olan kişinin, kararı daha yüksek bir mahkeme tarafından inceletme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Bazı hukukçulara göre Ek 7 no.lu protokol gibi bu hüküm de istinafa işaret etmektedir; **Van Oven**, G.J.W., (Lahey İstinaf Mahkemesi Hakimi), İstinaf Kavramı, Gerekliliği, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması, Sunum Notu, 17 Ocak 2007, Ankara, s. 3.

dirme yetkisinin bulunması gerektiği belirtilmektedir.<sup>9</sup> Bu gerekliliğin yerine getirilmesi ise genişletilmiş temyiz veya istinaf sisteminin benimsenmesiyle mümkün olacaktır.

Tek dereceli yargı sistemi uygulanan hukuk sistemlerinde, sakıncayı giderebilmek için temyiz mahkemelerinin yetkileri dışına çıkarak kısmen vaka denetimini de yapmaya çalıştığı görülmüştür.<sup>10</sup> Yine tek dereceli yargı sistemlerinde istinafın yokluğunun ortaya çıkardığı sakıncaların azaltılabilmesi amacıyla, temyiz mahkemesinin kısmen istinaf yetkisini de kapsar biçimde örgütlenmesi ve yetkilendirilmesi yöntemi de kullanılmıştır. Bu yönetime '*genişletilmiş temyiz*' denilmektedir. Buna karşılık istinaf mahkemelerinin yer aldığı sistemde ikinci defa vaka yargılaması yapıldığından, *iki dereceli yargılama* sisteminin bulunduğundan söz edilir.<sup>11</sup> İkinci kez vaka yargılaması yapma yetkisi bulunan istinaf mahkemesi de *ikinci derece mahkemesi* olarak adlandırılır.<sup>12</sup>

İstinaf yasa yolu denetiminde, ilk derece mahkemesinde yapılan vaka yargılaması ile birlikte hukuka uygunluk denetimi de yapılmaktadır. Ancak, istinaf sisteminin zaafının da tam bu noktada olduğu ileri sürülmektedir. Bu zafiyet, istinaf yolunda vaka denetimi yapılırken, ilk derecedeki duruşmalı yargılamanın tekrarlanması dolayısıyla yargılama sürecini uzatması ve birikime yol açması riskidir. Bu nedenle günümüzde geniş anlamda vaka denetimi yapma (ilk derece yargısını tümüyle tekrarlama) esasına dayalı *klasik istinaf* anlayışından vazgeçilip, bu sakıncayı giderecek daha pratik bir uygulamaya kavuşturulmak istenilmektedir.

<sup>9</sup> AİHM Axen-Almanya; Sutter-İsviçre ve Ektebani-İsveç kararlarında bu sonuçlara varmıştır; **İnceoğlu**, Sibel, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, s. 347.

<sup>10</sup> Yargıtay'ın birçok kararında gerekçe ve usul hukuku kurallarının denetimi dışına çıkarak, hangi delile itibar edilmesi, ispata esas alınması ve delillerin mahkumiyet için yeterli olup olmadığı gibi konularda karar vermiştir. Örnekler için bkz; **Ünver**, Yener, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2, Aralık 2006, s. 141.

<sup>11</sup> Bazı yazarlarca istinaflı sistemin üç dereceli olduğu belirtilmekte ise de, belirttiğimiz gerekçelerle istinafın olduğu sistemin iki dereceli yargı sistemi olduğu düşüncesindeyiz. Nitekim doktrinde de bu yaklaşımla istinafın ikinci derece olduğu, temyiz yasayolunun ise bir derece olmayıp 'hukuki derece' olduğu ifade edilmiştir;; **Selçuk**, Temyiz Yolu Açısından Ceza Yargılama Yasasının Uygulanması, s. 60; **Çınar**, s. 57.

<sup>12</sup> **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Erdem**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2010, s. 568; **Öztürk/Erdem**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.B. Ankara 2008, s. 870; **Selçuk**, Sami, Vicdani Kamı Yargısının Denetimi ve Sınırları-II, Star Gazetesi, 06.01.2009. Alman doktrininde Roxin, istinafı "ikinci bir birinci derece mahkemesi" olarak adlandırmaktadır; **Kleszczewski**, Diethelm, İstinaf Mahkemeleri Uluslar arası Toplantı, 7 Mart 2003, TBBY. s. 154.

Bu yaklaşımla gelişen ‘*dar anlamda istinaf*’ sisteminde<sup>13</sup> ilk derecede gündeme gelen her konu baştan sona tekrarlanmaz, yalnızca gereken konularda duruşmalı yargılama yapılır ve maddi olguyla ilgili şüpheli kalan veya bilinmeyen hususların öğrenilmesi, açıklığa kavuşturulması sağlanır. Bu arada belirtmek gerekir ki, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerinde öngörülen istinaf yasa yolu ile *dar anlamda istinaf anlayışı* benimsenmiştir.<sup>14</sup>

Avrupa uygulamasında da ilk derece yargılamasının istinafta tekrarlanmasının sınırlandırılmasına yönelik bir eğilim bulunmaktadır.<sup>15</sup>

## I. TÜRK CEZA YARGILAMASI HUKUKUNDA İSTİNAF YASA YOLU

### A. Genel Olarak

5235 sayılı Kanun ile bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu öngörüldü, ancak Kanunun geçici 2. maddesi gereği faaliyete geçirilmesi için süre tanındı. BAM hukuk ve ceza dairelerinde oluşur. Her dairede bir başkan ve yeteri kadar üye bulunur. BAM daireleri bir başkan ve iki üye ile toplanır, kararlar çoğunlukla verilir (5235/46).

İstinaf yasa yolu, 5271 sayılı CMK’nın 272 ila 285. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kanun yolunu uygulayacak olan mahkeme; 5235 sayılı Kanunla Kurulan Bölge Adliye Mahkemeleridir(BAM).

*İstinaf yasa yoluna*; ilk derece mahkemelerinden verilen ve kesin nitelikte olmayan hükümlere karşı başvurulabilir. Ancak on beş yıl ve daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümler BAM tarafından re’sen incelenir. Mahkemelerin ara kararları ile başka bir kanun yolu öngörülmeleyen kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir.

<sup>13</sup> Klasik istinaf ve dar anlamda istinaf ayrımı için bkz; **Yenisey**, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, s. 5. Doktrinde istinaf sistemleri bir başka açıdan; ‘*sıradan/olağın/tipik istinaf*’ ve ‘*sıra dışı/olağın dışı/atipik istinaf*’ yöntemi olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bunlardan ilkinde ilk derece duruşmalarının tekrarlanması esas iken, ikincisinde tanık dinlemesi yapılmayıp, yalnızca taraflar dinlenmektedir; **Selçuk**, Sami, Vicdani Kanı Yargısının Denetimi ve Sınırları-I, Star Gazetesi, 30.12.2008.

<sup>14</sup> **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Erdem**, s. 571.

<sup>15</sup> **Erdem**, s. 48. Ayrıca günümüzde genel eğilimin dar anlamda istinaf uygulaması yönünde olduğu yorumu için bkz; Yılmaz, s. 22, nakleden **Çınar**, s. 58.

*İstinaf yolu kapalı olan hükümler (CMK 272/3) :*

- 1- Sonuç olarak belirlenen iki bin lira dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri,
- 2- Üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümleri,
- 3- Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler.

*Başvuru hakkı olanlar:* Sanık, katılan veya katılma sıfatını alabilecek şekilde suçtan zarar görenler ile C. savcısı istinaf kanun yoluna başvurabilir.

*İstinaf süresi ve şekli:* *İstinaf* süresi hükmün tefhimi veya tebliğinden itibaren yedi gündür (CMK/273). C. savcılarını da kararın C. başsavcılığına geliş tarihinden itibaren 7 gün içerisinde istinaf yoluna başvurabilirler. Başvuru hükmü veren mahkemeye dilekçeyle veya zabıt katibine bu yönde bulunulacak beyanın tutanağa kaydedilmesi ve hakime onaylatılması suretiyle yapılabilir. Tutuklu sanık da dilekçeyle veya zabıt katibine beyanda bulunarak ya da tutukevi müdürüne beyanda bulunarak kanun yoluna başvurabilir (CMK 263).

426

*Başvuruda gerekçe gösterilmesi:* Sanık ve katılanlar bakımından gerekçe zorunluluğu bulunmadığı halde, C. savcısı istinaf başvurusunda gerekçe göstermek zorundadır (CMK273/5). Buna karşın temyiz yasa yolunda başvuru hakkı olanların tümü bakımından gerekçe zorunluluğu getirilmiştir (CMK/295).

*Başvurunun etkisi:* Süresinde yapılan istinaf başvurusu, ilk derece mahkemesince verilen hükmün kesinleşmesini engeller (CMK/275).

*Başvurunun hükmü veren mahkemece reddi:* *İstinaf* başvurusu üzerine ilk derece mahkemesi başvuru hakkında usule ilişkin incelemede bulunur. Bu incelemede mahkeme; istinaf başvurusunun süresinde olup olmadığı, hükmün istinaf yoluna açık kararlardan olup olmadığı ve başvuranın buna hakkının bulunup bulunmadığı hususlarını denetler. Mahkeme, bu üç nedenden birinin gerçekleşmediği kanısına varırsa, *dilekçenin reddine* karar verir. Bu kararın tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde başvuran, BAM nezdinde itirazda bulunabilir (CMK 276). İtiraz, infazı önlemez. BAM itirazı reddederse, başvurunun reddi kararı kesinleşir ve ilk derece mahkemesi kararı kesinleştiğinden, infaz edilebilir hale gelir.

Hükmü veren mahkemece reddedilmeyen istinaf dilekçesi veya beyana ilişkin tutanağın bir örneği, mahkeme tarafından karşı tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf, tebliğden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevap verebilir.

Dosyanın Bölge adliye mahkemesi C. başsavcılığına gelmesi durumunda, savcı dosyayı inceleyerek, varsa tebligat eksikliklerinin giderilmesini sağladıktan ve sunulması gereken belge ve delilleri de ekledikten sonra, yazılı düşüncesini içeren bir tebliğname düzenler ve dosyayı ilgili Ceza Dairesine gönderir. Tebliğname, ilgililere de tebliğ edilir (CMK/278).

### **B. Ön İnceleme Evresi**

Dosya kendisine gönderilen BAM Dairesi, CMK'nın 279. maddesi uyarınca duruşma açmaksızın, dosya üzerinden *ön inceleme* yapar.

*Ön incelemede*; BAM'ın yetkili olup olmadığı, başvuru süresi, başvuranın buna hakkının olup olmadığı ve kararın istinafa başvurulabilecek kararlardan olup olmadığı araştırılır.

Ön inceleme sonucunda; *yetkisizlik kararı* veya *başvurunun reddi* kararı verilir. *Yetkisizlik kararında* yetkili BAM belirtilir ve dosyanın yetkili BAM'a gönderilmesine karar verilir.

Başvurunun reddi kararlarından, CMK 286/1-g maddesi kapsamında olanlara karşı temyiz yolu kapalıdır.

### **C. İnceleme Evresi**

Ön inceleme sonucunda red nedenleri yoksa CMK'nın 280. maddesine göre *inceleme* evresine geçilir.

Kararın hukuka uygun olduğu belirlenirse, *başvurunun esastan reddine* (ki bu karar onama anlamına gelir) karar verir. Bu karar üzerine yasa yolu açıksa temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz yolunun kapalı olduğu veya başvurulmadığı takdirde ilk derece mahkemesi kararı kesinleşir ve infaz edilir.

CMK'nın 289. maddesindeki mutlak hukuka aykırılık nedenleri varsa, *bozma kararı* verilerek yeniden yargılanmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilir. Bu karara karşı temyiz yasa yolu kapalıdır. Bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesinde yapılacak yargılama sonucunda verilecek karara karşı yine istinaf başvurusunda bulunulabilir.



İnceleme sonucunda hükmü etkileyecek derecede fakat mutlak nitelikte olmayan hukuka aykırılık tespit edilmiş ise; bu konuda yeniden yargılamaya yapılmak üzere *ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanılmasına*, karar verilir. Bu halde duruşma açılarak, önceki tutanaklar ve işlemler özetle okunduktan sonra, belirlenen hukuka aykırılık veya eksikliğin giderilmesi bakımından yeniden yargılama yapılır ve sonucunda yeni bir karar verilir. Duruşmada, saptanan eksikliklerin giderilmesine yönelik olarak tanık dinlenmesi, yeni delillerin ileri sürülmesi ve tartışılması, tarafların iddia ve savunmalarının tespiti yolunda işlemler gerçekleştirilir ve yeni bir karar verilir. Bu aşamada verilen karar artık BAM Ceza Dairesinin kararıdır.

Görüldüğü ön inceleme ve inceleme aşamaları *filtre* olarak öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre duruşmasız inceleme yöntemiyle önemli oranda karar verilebilmektedir. Mutlak bozma nedeni teşkil etmeyen, ancak hükmü etkileyebilecek nitelikteki hukuka aykırılıklar, duruşma açılmasını gerektirmektedir. Böylece duruşma açılması önüne getirilen filtre sistemiyle, istinaf mahkemelerinin yoğun iş yükü altında boğulması önlenmeye çalışılmıştır. Bu şekilde, günümüzde klasik istinafin sakıncaları nedeniyle öne çıkarılan dar anlamda istinaf sistemi benimsenmiştir. Bu durumun uygulamada duruşma açılmasını istisna haline getirmesi durumunda, sistemin aslında *genişletilmiş temyiz* mahiyetinde<sup>16</sup> olduğu da ileri sürülmektedir. Ancak istinaf denetiminde, ilk derece yargılamasında eksik görülen konularla sınırlı da olsa, duruşma olanağının bulunması ve sistemin iki dereceli olması yargı sisteminin standardını yükseltecek önemli bir avantajdır.

Bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı kural olarak temyiz yasa yolu açıktır. Ancak, CMK 286/1. maddesi uyarınca bozma kararları ile ikinci fıkra da belirtilen kararlara karşı temyiz yolu kapalı tutulmuştur.

## II. İSTİNAFTA İSPAT VE DELİL İKAMESİ

### A. Genel Olarak Ceza Muhakemesinde İspat

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır<sup>17</sup>. Bu nedenle ceza hukukunda *delil serbestisi* ve *vicdani delil sistemi* geçerlidir. Dolayısıyla maddi gerçeği yansıtmaya elverişli her şey delil olabilir ve serbestçe de-

<sup>16</sup> Karş.; Öztürk/Erdem, s. 873.

<sup>17</sup> Öztürk/Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Bası, Ankara 2006, s. 345.



ğerlendirilebilir.<sup>18</sup> Ancak yargılama hukukunda amaç ne pahasına olursa olsun değil, insan haklarını güvenceye alan usul hükümleri çerçevesinde gerçeğe ulaşmaktır. Bu nedenle ceza yargılamasının temelini oluşturan deliller ve delillerin değerlendirilmesi konuları birtakım usul kurallarına bağlanmıştır. Diğer bir anlatımla delil serbestliği ilkesi sınırsız olmayıp, bu ilkenin sınırını insanlık onuru ve hukukun belirlediği sınırlar çizmektedir.<sup>19</sup>

İstinaf başvurusu üzerine ilk derece kararının hatalı olduğu görülüp duruşma açılmasına karar verilmesi durumunda, maddi olayın varlığı konusunda yeniden yargılama yapılarak işin esasına girildiğinden, ilk derece için Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan İspat Hukukunun genel hükümleri istinafta da geçerlidir (CMK 282/1).

*Ceza muhakemesinde ispat*; yargılanan eylemin fail tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusunun hukuken geçerli delillerle ve yargılama kurallarına uygun biçimde tartışılarak açıklığa kavuşturulmasıdır.

İspat bir yönüyle de ikame edilen deliller çerçevesinde karar verecek hâkimin vicdanında oluşacak kanaattir. Ancak bu kanaatin akla, bilime ve hukuk kurallarına uygun olması gereklidir. Vicdani kanaat kullanma yetkisi vaka yargılaması yapan yargıca aittir.

İspatın konusu, suçluluğu veya yaptırımı doğrudan doğruya ilgilendiren olaylarla, bunların ispatı bakımından önem taşıyan yardımcı olaylardır. Keza ceza muhakemesine ilişkin bir işlem de ispatın konusunu oluşturabilir. Buna karşılık doğa olayları veya tarihsel olayların ispatı gerekmez.

İspatın genel ilkeleri olan hususlar; hem ilk derece kararının denetimi bakımından hem de istinaftaki duruşmalarda bu kurallara uyulması yönüyle önem taşımaktadır. İstinafin duruşmalı inceleme esasına dayanması karşısında, istinaf yargılamasında delil ikame edilebilmekte ve bu nedenle ispatla ilgili kuralların uygulanması önem taşımaktadır.

---

<sup>18</sup> Centel/Zafer, s. 204.

<sup>19</sup> Koca, Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), S.2, Aralık 2006, s. 208, 213; Yurtcan, Erdener, Hukuka Aykırı Delillere Dayanma Yasağı, Prof.Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 519.

## B. İspat ve Delil Değerlendirme Sorunlarının İstinaf Yargılamasıyla İlişkisi

Temyiz mahkemesinin amacı gereği yalnızca hukuka uygunluk denetimi yapmakla sınırlı yetkisi nedeniyle<sup>20</sup>, olayın fail tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği veya fiilin işleniş biçimi gibi maddi olaya ilişkin ispat sorunlarını denetleme yetkisi bulunmamaktadır.<sup>21</sup>

Temyiz mahkemesi maddi olayla ilgili konuları sınırlı olarak, bunlarla ilgili ilk derece mahkemesinin hukuku yanlış uygulamış olup olmadığı yönleriyle denetleyebilmektedir. Bu anlamda Yargıtay denetiminde maddi vakaya ilişkin olarak yalnızca, gerekçe denetimi ve sübutu ilgilendiren usul hukuku kurallarının uygulanmasında kanuna aykırılığın bulunup bulunmadığını inceleyebilecek; örneğin bu yönlerdeki incelemesinde hukuka aykırılık saptasa dahi, “*kanıtların yeterli olup olmadığı, tanık anlatımının taraflı veya tarafsız olduğu, delillere göre maddi olayın sabit olduğu veya olmadığı*” gibi ilk derece ve istinaf yargıcına ait ‘olguya ilişkin vicdani kanaat’ açıklama yetkisini kullanamayacaktır. Buna karşın temyiz denetiminde maddi olgunun tespitine ilişkin konuların hiçbir şekilde incelenemeyeceği ileri sürülemez. Emredici usul kurallarına aykırılık, maddi vakianın yanlış ve eksik tespitlere dayandırılması, delillerin değerlendirilmesinde tecrübi ilkelere ve mantık kurallarına aykırı davranılması<sup>22</sup>, gerekçede tutarsızlık ve çelişkiye düşülmesi<sup>23</sup> gibi nedenlerin temyiz denetiminde de incelenmesi gerekmektedir.

*İstinaf mahkemesinde*, ilk derece mahkemesince verilen son karardaki maddi olaya ilişkin tespitler ve hukuki nitelemenin denetlenmesiyle yetinilmemekte, maddi olay ve uygulanan norma ilişkin sorunlar yeni baştan ele alınabilmektedir. Bu nedenle, istinafta yeni olgu ve deliller de ileri

<sup>20</sup> Centel/Zafer, s. 749; Sarıgül, s. 15,16; Selçuk, Sami, Temyiz Yolu Açısından Ceza Yargılama Yasasının Uygulanması, s. 35, 37; Keskin, Serap, Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997, s. 18, 49; Yüce, s. 98 vd.

<sup>21</sup> Ünver, s. 141-142.

<sup>22</sup> Yüce, s. 102-105.

<sup>23</sup> “Yargıtay olaylara, kanıt değerlendirmelerine ilişkin sorunların, doğa, mantık, deneyim ve hukuk kurallarına uygun ele alınıp alınmadıklarını, salt gerekçe denetimi yaparak ele alacak, hukuksal denetim ve gerekçelerde disiplin sağlama görevi bu yolla yerine getirilecektir. ...Burada, önemli vurgulanması gereken nokta şudur: Gerekçe yoluyla denetlemek başka şeydir, ilk mahkemenin yerine geçerek sorunu esastan çözmek büsbütün başka şeydir. Bu başkalklar gözetlimese de ölü tutanıklara göre kanıt değerlendirmeleri yapılarak olay sorunları esastan çözülsürse, bir yargılama sendromunun yaşanması ve onun belirtileri ve tehlikeli sonuçlarına katlanılması kaçınılmaz olacaktır.”; Selçuk, YCGK. 11.4.1994, 1994-5-47/92 sayılı karara Karşılıy.

sürülebilmektedir. Böylece, ilk derece mahkemesince yapılan yanlış tespitler ve hukuka aykırı vasıflandırma sorunları çözülmekte<sup>24</sup>, düzeltilmektedir.<sup>25</sup> Diğer taraftan, istinaf mahkemesince duruşma açılmasına karar verilen dosyalarda ilk derece mahkemesi kararı ortadan kaldırılmakta ve yeniden yargılama sonunda dava hakkında son kararı istinaf mahkemesi vermektedir. Bu bakımdan istinaf mahkemesince tanıklar yeniden dinlenebilmekte, gerekirse keşif deliline başvurulabilmekte<sup>26</sup> veya diğer birtakım delillerin ikamesi mümkün olmaktadır. Yine, istinaf mahkemesi bilirkişi görevlendirilebilmektedir.<sup>27</sup>

Temelde vaka incelemesi yapacak olması ve ilk derece mahkemesinin verdiği hükümdeki maddi olaya ilişkin tespitlerle bağlı kalmaksızın olay incelemesini gerçekleştirmekle yükümlü olması karşısında, istinaf mahkemesinde ispat araçları ve değerlendirilmesi konusu büyük önem taşımaktadır. Bu konuda AİHM tarafından verilen Ektebani-İsveç kararını<sup>28</sup> hatırlatmakta yarar bulunmaktadır. Ektebani Kararında taraf devletlerin çok dereceli yargılama usulünü kabule zorunlu olmadıkları, ancak istinaf ya da temyiz yolu öngörüldüğü takdirde, Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hükmünün gereklerine, bu merciler önünde de uyulmasının zorunlu bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca kararda, somut olayda istinafta dava esastan incelenmesine karşın, şikayetçinin duruşma açılarak tanıklarının dinlenmesine yönelik isteklerinin reddedilmiş olmasının, adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

AİHM İncal-Türkiye kararında, Yargıtay'ın temyiz yasa yolundaki inceleme yetkisinin; ilk derece mahkemesi son kararının kanuna ve usule uygunluğu ile sınırlı olduğuna dikkat çekilerek, adil yargılanma hakkı bakımından bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından muhakeme ya-

<sup>24</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Erdem, s. 567, 568.

<sup>25</sup> Ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşılması amaç edinildiğinden, temyiz yasayolu sırasında da yeni vakia ve delil ileri sürülebilmesi olanaklıdır. (yeni delil sunulabileceğine ilişkin olarak bkz; Yüce, s. 101). Fakat, temyiz denetiminde yüksek mahkemenin bu durumda yapabileceği şey, sunulan yeni delil karşısında dosyanın yeniden ele alınıp incelenmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmesidir. Buna karşın istinaf yasayolunda yeni vakia ve delilin sunulması durumunda duruşma açılarak nihai karar verimek suretiyle sorun burada çözümlenmekte ve yargılamanın uzaması da önlenmektedir.

<sup>26</sup> Bakz.; Albayrak, Mustafa, İstinaf Kanun Yolunda Bölge Adliye Mahkemesinin Keşif Yapması ve Tanık Dinlemesi Üzerine Düşünceler, TBBB S.70, 2007, s. 308 vd.

<sup>27</sup> Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, (Komisyon Çalışması), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2007, s. 117.

<sup>28</sup> AİHM Ektebani/İsveç Kararı, 26.5.1988, Seri A, no 134, prg. 44-45; Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Rehberi (1960-1994), İstanbul 1999, s. 101; Sarıgül, s. 19.

pıldığı hususundaki kaygıların giderilemediği ifade edilmiştir.<sup>29</sup> Bu kararlardan hareketle doktrinde, en azından ceza yargılaması bakımından istinafin zorunlu olduğu görüşü dile getirilmiştir.<sup>30</sup>

### C. İstinafta Delil İkamesi

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu sisteminde kural olarak deliller, soruşturma evresinde toplanır. CMK 174/1-b maddesi uyarınca C. savcısı, suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan tüm delilleri toplamak zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmadığında mahkeme, iddianameyi iade edecektir. CMK sistemine göre kovuşturma evresinde hâkimin delil toplama yükümlülüğü bulunmadığı belirtilmektedir.<sup>31</sup> Gerçekten de temelde delillerin elde edilmesi soruşturma evresine ait bir işlem olarak düzenlenmiş, kovuşturmada da iddia makamı, savunma ve katılana silahların eşitliği ilkesi kapsamında delil ikame etme ve tartışma imkânı tanınmış, hâkim delil araştırması yükünden kurtarılıp, çelişmeli yargılamayı gerçekleştirme görevi verilmiştir.<sup>32</sup> Ancak, ceza yargılamasının temel hedefi maddi gerçeği araştırmak<sup>33</sup> olup, bu hedefi gerçekleştirme görevi de hâkime verilmiştir. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerinde maddi gerçeği araştırma ilkesinden tümüyle vazgeçilmiş olduğu ileri sürülemez.<sup>34</sup> Mahkemenin re'sen tanık çağırabileceği (CMK 61), çözümü uzmanlık, özel veya teknik bilgi gerektiren konularda re'sen bilirkişiye başvurma (CMK 63/1, 69/2); yeniden keşif veya muayene yaptırılabilmesi (CMK. 181/2), ikrarın mahkemeyi bağlamayacağı, hâkimin vicdani kanaatine göre delilleri değerlendireceği (CMK 217) gibi hükümler dikkate alındığında, sınırlanmış da olsa hâkimin gerektiğinde delil araştırabileceği söylenmelidir.<sup>35</sup> Dosyadaki bilgi veya belgelerden anlaşılan ve sübutu etkileme olasılığı olan bir delilin hâkim tarafından getirilmeden hüküm kurulması da düşünülemez. Deliller soruş-

<sup>29</sup> İHAM İncal-Türkiye, 9.6.1998, Sarıgül, s. 20.

<sup>30</sup> Sarıgül, s. 21.

<sup>31</sup> Öztürk/Erdem, s. 370; Koca, s. 210.

<sup>32</sup> Bu konuda, yeni CMK'ya eski CMUK'nın 214 ve 237/son maddelerinin alınmamasına dikkat edilmelidir. Bu basit bir değişiklik değil, önemli bir zihniyet değişikliğinin ifadesidir. CMUK m. 214'e göre, " mahkeme reisi dahi re'sen tanık ve bilirkişi celbine ve başkaca sübut sebeplerinin toplanmasına karar verebilir" deniyordu; m. 237/son'da da, "mahkeme vuku bulan talep üzerine veya kendiliğinden tanık ve bilirkişi celbini ve başkaca sübut sebeplerinin ihzar ve iradını emredebilir" denilmek suretiyle bu husus dile getirilmişti. Bu düzenlemeler yeni CMK'ya alınmamıştır.

<sup>33</sup> Kühne, 1999, k.no.299, Öztürk/Erdem, s. 178, nakleden Centel/Zafer, 7. B. s. 492.

<sup>34</sup> Şahinkaya, Yalçın, Suçsuzluk Karinesi, Ankara 2008, s. 208.

<sup>35</sup> Şahinkaya, s. 208.

turma evresinde toplanıyor olsa da, sonradan bir delilin varlığı ortaya çıkar-  
sa, mahkeme bunu savcılık marifetiyle elde edecektir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 282. maddesi uyarınca delillere ilişkin bu esaslar istinaf muhakemesinde de geçerlidir. Bu bakımdan taraflar istinaf duruşmasında *yeni delil sunulabileceklerdir*.<sup>36</sup> Avrupa uygulaması da bu yöndedir.<sup>37</sup> Esasen, istinafta delil ikamesine izin verilmemesi düşünülemez, yeniden yargılamanın bir amacı da zaten buna imkân tanımaktır. Delil, C. savcısı veya taraflarca sonradan ortaya konulmuş veya bildirilmiş olabilir. Bu durum istinaf aşamasında da gerçekleşebilir. Sanık veya katılan, CMK 177. maddesi kapsamında duruşma hazırlığı devresinde yeni delil ileri sürebilir, bunların mahkemece elde edilmesini isteyebilirler.

İstinaf başvurusunda yeni bir delil ileri süren veya yeni bir olaya ilişkin delil toplanmasını isteyen kişinin bu istemi değerlendirilmelidir. Ceza muhakemesinde amaç adil bir şekilde yapılan bir yargılama neticesinde, maddi gerçeğin araştırılması olduğundan, bir delilin, geç kalınarak, kovuşturma evresinde sunulması onun reddini gerektirmez. Nitekim CMK m. 207'ye göre, delilin ortaya konulması istemi, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilemez. AİHM sonradan sunulan delilin dava konusu olayla ilgili bulunup bulunmadığına karar verme yetkisinin milli mahkemelere ait olduğunu kabul etmektedir.<sup>38</sup>

İstinaf muhakemesinde yeni tanık dinletilmek istenilebilir. BAM bu konudaki isteği değerlendirerek maddi olayın açıklığa kavuşturulması bakımından gerekli ise kabul etmelidir. Bu durumda tanıkların adres ve kimliklerinin ve dinleneceği günün bildirilmesiyle ilgili CMK hükümlerinin uygulanması gerekir.

---

<sup>36</sup> Karş.; **Uğur**, Hüsamettin, Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemesinde İnceleme ve Kovuşturma Evresine İlişkin Bir Sorunun Tahlili ve Öneriler, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Haziran 2007, S.10, s.163.

<sup>37</sup> Avrupa ülkeleri hukuk sistemlerinde de istinafta yeni delil sunulması kabul edilmektedir; Örneğin, Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 323. maddesinin 3. ve 324. maddesinin 2. fıkraları uyarınca Almanya'da istinaf mahkemelerinde yeni deliller sunulmakta ve delil tespiti yapılmaktadır, **Kleszczewski**, Diethelm, İstinaf Mahkemeleri Uluslar arası Toplantı, 7 Mart 2003, TBBY. s. 154.

Avusturya hukukunda da istinafta yeni vakıalar ve yeni deliller sunulabildiği, belirtilmektedir; **Tipold**, Alexander, (Viyana Üniversitesi), Ceza Yargılaması Hukukunda İstinafın Yeri, İstinaf Mahkemeleri Uluslar arası Toplantı, 7 Mart 2003, TBBY. s. 163.

<sup>38</sup> Barbera ve Jabardo - İspanya kararı, prg 68; Bricmont-Balçika kararı, prg 89; **İnceoğlu**, s.304.

Keşif de muhakemenin her safhasında yapılabilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bunu yasaklayan bir hüküm mevcut değildir. O halde istinaf aşamasında da keşif mümkündür.<sup>39</sup>

Gerekli görülmekte ve hala mümkün ise istinaf aşamasında ölü muayenesi ve otopsi yapılabilir. Ölü muayenesi ve otopsi esasında keşfin bir türüdür. Suçun sübutu bakımından gerekli görülüyorsa, bu tür işlemlerin de yapılması olanaklıdır.<sup>40</sup>

İstinaf mahkemesinin gerektiğinde bilirkişi görüşü alması veya duruşmada bilirkişi dinlemesi de mümkündür<sup>41</sup>. CMK m. 63'e göre, istinaf mahkemesi re'sen veya Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine bilirkişi tayinine karar verilebilir. Yine CMK'nın 67/son maddesi uyarınca tüm taraflar, bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere veya raporun yorumu konusunda bir uzmandan bilimsel mütalaa alıp mahkemeye sunabilirler. Tarafların tanık ve bilirkişiyle ilgili talepleri hakkındaki CMK'nın 177 - 179. maddelerinin istinaf duruşmalarında da uygulanabileceği söylenmelidir.

434 Sunulan yeni delillerle ilgili olarak da yukarıda saydığımız ilkeler istinafta da geçerlidir. Örneğin istinafta dinlenen tanıklara, bilirkişi ve diğer kimselere müdafî, vekil ve C. Savcısının doğrudan soru yöneltme hakları bulunmaktadır. Yine ileri sürülen delillerden sonra taraflara diyeceklerinin sorulması ve tartışma olanağı verilmesiyle ilgili CMK'nın 215 ve 216. maddeleri hükümleri istinaf duruşmasında da uygulanmalıdır.

AİHM bir kararında sanığın dinlenilmesini istediği 4 tanığın mahkeme tarafından gerekçesiz olarak reddedilmesinin Sözleşmenin 6. maddesine aykırı olacağını belirtmiştir.<sup>42</sup> Bu konu AİHM önüne de getirilmek istenilmiştir. Komisyon, ilk derece kararından sonra sunulan delilin ilk derecede değil de istinaf mahkemesinde incelenmiş olmasının adil yargılama ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Karş.; Albayrak, s. 313.

<sup>40</sup> Ceza Muhakemesi El Kitabı, 2007, s. 115.

<sup>41</sup> Çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir konuda ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililerce özel veya teknik bilgisine başvuru kişiye **bilirkişi** denir; **Gürelli**, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967, s. 16.

<sup>42</sup> Vidal-Belçika kararı, prg.34, **İnceoğlu**, s. 304.

<sup>43</sup> **İnceoğlu** s. 303.

Yine AİHM 28 Ağustos 1991 tarihli Brandstettervs-Avusturya davasıyla ilgili kararında, istinaf davaları esnasında savcı tarafından sunulan yeni delili sanığın da sorgulama fırsatına sahip olması gerektiğine karar vermiştir.<sup>44</sup>

### III. DELİL İKAMESİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ İLKELERİNİN İSTİNAF YARGILAMASI YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

#### A. Delil Serbestliği İlkesi

Ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşmak temel amaç olduğundan, maddi olayı ortaya çıkartabilecek olan hukuka uygun her türlü delilden yararlanılabilir(CMK 217/2). Ancak şunu da belirtmelidir ki, delillerin serbestliği ilkesi, onların adil yargılama ilkesine uygun biçimde ikame edilmesi ve değerlendirilmesini gerektirmektedir. AİHM bir kararında, mahkemelerin, delillerin doğru ve hakkaniyete (adil yargılama ilkelerine) uygun biçimde davada rol almasını güvenceye almakla yükümlü olduğunu dile getirmiştir.<sup>45</sup> Örneğin İnsan Hakları Avrupa Komisyonu da bir olayda, tanığın önceki ifadesinin okunarak tasdik ettirilmesinin ifadenin değerini azaltabileceğini belirterek eleştirmiştir.<sup>46</sup>

#### B. Delillerin Re’sen Araştırılması İlkesi

Suçun oluştuğunun sabit görülebilmesi için, sanığa yükletilen maddi eylemi işlemiş olduğunun kanıtlarla saptanması gerekir. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerinde bir kişi hakkında dava açılabilmesi için, suçun sübutuyla ilgili önemli tüm delillerin toplanmış ve iddianamede bu delillerle şüpheli arasındaki ilişkinin açıklanmış olması aranmaktadır (CMK 170/4, 174/1-b). Buna karşın, soruşturma evresinde elde edilen delillerin mahkûmiyet kararı için yeterli olmaması durumunda, mahkemenin maddi gerçeği bulmak amacıyla re’sen delil araştırması da gerekmektedir. Hukuk yargılamasından farklı olarak mahkemeye delil araştırma yükümlülüğü getiren bu ilkeye ‘re’sen araştırma ilkesi’ denilmektedir.<sup>47</sup> 1412 sayılı CMUK’un 237/3. maddesinde mahkemeye re’sen deli toplama yetkisi açıkça verilmekte idi.<sup>48</sup> Ancak 5271 sayılı Ceza Mu-

<sup>44</sup> Piet Hein, Türkiye’de İstinafın Desteklenmesi Projesi Sunum Notu, 2007, s. 2.

<sup>45</sup> Barbera M. Ve Jabardo – İspanya, 6.12.1988.

<sup>46</sup> İnceoğlu, s. 276, 277.

<sup>47</sup> Ünver/Hakeri, s. 58; Ünver, s. 109; Bıçak, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, 2. B. Ankara 2011, s. 425.

<sup>48</sup> “CMUK M. 237/3 : “Mahkeme vukubulan talep üzerine veya kendiliğinden tanık ve bilirkişi celbini ve başkaca sübut sebeplerinin ihzar ve iradını emredebilir.”



hakemesi Kanunu hükümlerinde anılan maddenin karşılığı bulunmamaktadır.<sup>49</sup> Buna rağmen, ceza yargılamasına özgü re'sen araştırma ilkesinin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir.<sup>50</sup> Mahkeme elbette dedektiflik yapacak değildir. Ancak, dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığı ölçüde eksik görülen bir araştırmayı tamamlayıp kanıt elde etmenin mahkemenin görevi olduğu düşünülmelidir. Yargıtay da bir kararında bu görüşü dile getirmiştir.<sup>51</sup> Diğer bir kararda, mahkemenin eksik hususu araştırması istenilmiştir.<sup>52</sup>

Esasen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bazı maddelerinde mahkemenin delil araştırmasıyla ilgili hükümler de yer almaktadır. CMK 43/3. maddesinde hemen dinlenmesi gerekli görülen tanıkların hazır bulundurulması için emretme yetkisi, re'sen bilirkişi atayabilme yetkisi (CMK 63/1), beden muayenesi veya vücuttan örnek alınabilmesine re'sen karar verme yetkisi (CMK 75/1, 76/1, 78, 79), keşif yapma yetkisi (CMK 84) gibi hükümler buna örnektir. Ayrıca düşüncemize göre re'sen araştırma ilkesi gereği, soruşturma evresinde C. Savcısınca elde edilmesi ihmal edilen bir delilin ilgili usul hükümleri çerçevesinde araştırılması da mahkemenin görevi kapsamındadır.

436

Re'sen araştırma ilkesi, istinaf yasa yolu denetimi sırasında uygulanması zorunlu bir ilkedir. İstinaf denetiminde, ilk derece yargılamasındaki eksik incelemenin saptanması durumunda duruşma açılarak bunların giderilmesi, gerektiğinde yeni delil araştırılıp değerlendirilmesi icap etmektedir.

### **C. Vicdani Delil İlkesi ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi**

Delil serbestliği ilkesi uyarınca hukuka uygun ve delil vasfını taşıyan her şey delil olarak ileri sürülebilir ise de, hiçbir delil hâkimi kesin bağlayıcı

<sup>49</sup> Doktrinde, yürürlükten kaldırılan CMUK'nın 237/3. Maddesindeki resen tanık ve bilirkişinin çağırılmasına veya diğer bir sübut delilinin ortaya konulması konusunda mahkemeye yetki veren hükmün 5271 sayılı CMK'ya alınmaması eleştirilmektedir; **Ünver/Hakeri**, s. 422; **Şahinkaya**, s.259.

<sup>50</sup> **Ünver/Hakeri**, s. 59; **Ünver**, s. 110.

<sup>51</sup> "Ceza yargılamasının amacı, usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda, somut gerçeğin her türlü kuşku'dan uzak bir biçimde kesin olarak saptanmasıdır. Gerek 1412 sayılı CMUK gerekse 5271 sayılı CMK etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlamaktadır. Başka bir anlatımla adaletin tam olarak gerçekleşmesi için, öne sürülen ve olaya ışık tutabilecek nitelikteki tüm yasal kanıtların araştırılıp tartışılması zorunludur." YCGK. 6.10.2009, 9-140/225.

<sup>52</sup> "İnşaatın hangi tarihte bitirildiği ve tutanak tarihinde inşaata devam edilip edilmediği hakkında tutanak düzenleyicilerinin tanık olarak dinlenilmeleri, varsa elektrik ve su abonelik tarihlerinin araştırılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden (TCK m.184) beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır." Y4.CD. 17.11.2009, 3533/18811

nitelikte değildir<sup>53</sup> Hâkim duruşmada sunulan ve tartışılan tüm delilleri vicdani kanaatine uygun olarak serbestçe değerlendirir (CMK 217)<sup>54</sup>. Ancak bu ilkeler hâkimin keyfiliği anlamına gelmez. Hükme temel alınan delilin tercihinde, delillerin nitelikleriyle ilgili hususların gözetilmesi ve değerlendirmenin de hukuka ve akla uygun olması ve gerekçelendirilmesi gerekir. Nitekim CMK 217.maddenin 2. fıkrasında delillerin hukuka uygun olması zorunluluğu özellikle belirtilmiştir.

#### D. Masumiyet/Suçsuzluk Karinesi ve Delillerin Değerlendirilmesi

Ceza yargılamasının temel ilkesi olan *masumiyet karinesine* göre<sup>55</sup> sanık kesinleşmiş bir yargı kararı ile hüküm giyene kadar masum kabul edilir.<sup>56</sup> Bu nedenle hâkim veya hâkimler heyetinin yargılamanın tüm aşamalarında bu ilkeyi göz önünde tutmaları zorunlu olup, sanığın suçu işlediği önyargısı ile hareket edemezler. Bu ilke Anayasanın 38/4. maddesinde düzenlendiği gibi AİHS'nin 6/2. maddesinde düzenlenen adil yargılama ilkesinin de bir gereğidir. AİHM bir kararında (Barbera ve Jabardo- İspanya) yargılama aşamasında sanığın suçluluğunu açıklayan veya yansıtan bir adli kararın Sözleşmenin 6/2. maddesini ihlal edeceğini belirtmiştir.<sup>57</sup>

Delillerin değerlendirilmesi sırasında maddi olayın meydana geliş biçimi hakkında oluşacak her türlü şüphenin sanık lehine olarak yorumlanması (in dubio pro reo) ilkesi de masumiyet karinesi kapsamındadır.<sup>58</sup> Sanık ancak, ispat edilen vakalardan dolayı sorumlu tutulabileceğinden, mevcut deliller değerlendirilmesine karşın, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiği konusunda şüphe giderilemezse, beraat kararı verilmelidir (CMK

<sup>53</sup> Centel/Zafer, 2005, s.544.

<sup>54</sup> Roxin, § 15 no. 8 vd.,Yenisey, İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi, in: Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi, İstanbul 1999, s. 159 vd; Öztürk, s. 345.

<sup>55</sup> İnceoğlu, s. 263

<sup>56</sup> Kavram doktrinde *suçsuzluk karinesi* (Dönmezer, Sulhi, Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler, Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 67-74; Üzülmöz, İlhan, Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları, TBBD, 2005, S.58, s. 42 vd.) veya *masumluk karinesi* şeklinde (Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2005, 3.B. s. 138; Ünver, Yener, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, İstanbul 1997, s. 119) de kullanılmaktadır; bkz; Şahinkaya, s.19 vd.

<sup>57</sup> Leigh, Leonard H., "Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması" (Çev.Selman Dursun), Nurullah Kunter'e Armağan, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004, s. 348.

<sup>58</sup> Şahinkaya, s. 69; İnceoğlu, s. 274.

223/2-e).<sup>59</sup> Ancak, bu kuralın uygulanabilmesi için, olayla ilgili ulaşılmaması mümkün bütün delillerin toplanmış olması gerekir. Eksik soruşturma nedeniyle şüphenin sanık lehine yorumlanması kuralı uygulanamaz. Bu bakımdan, istinaf yasa yolu denetiminde masumiyet karinesinin uygulanabilmesi için, soruşturmanın yeterli olup olmadığı incelenmeli ve gerekiyorsa ilgili delillerin elde edilmesi veya ikamesine olanak sağlanmalıdır.

### **E. Susma Hakkı ve Delillerin Değerlendirilmesi**

Anayasanın 38/5. maddesinde düzenlenen kuralın yansıması olan susma hakkı uyarınca, kişi kendisi ve yakınları aleyhine delil sunmaya zorlanamaz. Susma hakkı aynı zamanda adil yargılama kavramı içerisinde yer alır. Diğer taraftan Ceza Muhakemesi Hukukunda ispat yükü sorunu yoktur, hiçbir süje belli bir olguyu ispatla yükümlü değildir<sup>60</sup>. Zira susma hakkının yansıması olarak sanığa suçlu olmadığını kanıtlama yükümlülüğü getirilmemiştir. Bundan öte, katılanın ya da Cumhuriyet savcısının da böyle bir yükümlülükleri yoktur. Savcı suçu kanıtlamakla değil, davayı açmak için yeterli deliller sunmakla yükümlüdür. Yeterli delil bulunduğu kanısıyla davayı açıldığı takdirde, yargılama sırasında ileri sürülüp tartışılan deliller kapsamında karar hakim tarafından verilecektir.

438

Sanığın susma hakkının mutlak olup olmadığı ve aleyhine yorumlanıp yorumlanmayacağı konusu AİHM tarafından tartışılmıştır. AİHM'nin John Murray- İngiltere davasıyla ilgili (08.02.1996, prg.41, 42, 47,49,50,51,54) kararından şu sonuçlar çıkartılmıştır: Susma hakkı, sanığın ceza baskısı ile konuşturulmaya çalışılmasını önler ise de susmasının hiçbir şekilde aleyhine yorumlanmayacağı gibi mutlak bir koruma sağlamaz. Diğer delillerin var olması ve sanığın susması veya delil göstermemesinin tek başına mahkûmiyetin temel gerekçesi olmamak kaydıyla ve karşı tarafın sunduğu delillere cevap vermediği takdirde bu durumun aleyhine yorumlanabileceği konusunda uyarılması halinde susmasının aleyhe değerlendirilmesi olanaklıdır.<sup>61</sup> Dolayısıyla yargılama sırasında hakkında belli bir olguyla ilgili olarak sorumluluk karinesinin doğması

<sup>59</sup> **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, 14.B. n.41.7, **Koca**, Mahmut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, s. 210.

<sup>60</sup> **Öztürk**, s. 346; **Koca**, s. 210.

<sup>61</sup> **İnceoğlu**, s. 272,273.

durumunda, sanığın bu karineyi çürüten deliller sunma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir.<sup>6263</sup>

### **F. Aleni Duruşmada Sunulup Tartışılmayan Delilin Hükme Temel Alınmaması İlkesi**

Hâkim, yalnızca duruşmada ikame edilen ve tartışılan delilleri değerlendirebilir ve hükmüne esas alabilir(CMK 217/1). Duruşmada tartışılmamış bir delilin hükme esas alınması hukuka aykırılık teşkil eder ve bozma nedeni olur. Bu kural aynı zamanda Ceza Muhakemesinin aleniyet ilkesiyle de bağlantılıdır. Deliller aleni duruşma sırasında taraflarca tartışılmalıdır.

Bu ilke, *duruşmalı yargılama* ilkesiyle de bağlantılıdır. Maddi meselenin çözümlenmesi için kural olarak duruşmalı yargılama yapılmalıdır. İstinaf denetiminin temyizden farkının, maddi vakıya yönelik öğrenme yargılaması yapılmasıdır. Bu nedenle duruşmalı yargılama ilkesinin istinafta da uygulanması gerekir. Fakat bu kuralın istisnası, sübutla ilgili bir sorunun bulunmamasıdır. Dar anlamda istinaf sisteminin geçerli olduğu hukuk düzenlerinde duruşma açılması ve açıldığında da tekrarlanacak hususlar sınırlandırılmaktadır. AİHM, ilk derece mahkemesinde duruşmalı inceleme yapılmış olunması ve sübutla ilgili bir sorunun bulunmaması durumunda istinafta duruşma yapılmamasının Sözleşmenin 6. maddesini ihlal etmeyeceğini kabul etmektedir. Buna karşın, maddi olayın ne şekilde meydana geldiğiyle ilgili olarak ilk derece mahkemesinin tespitine itiraz edilmekte ve bu konunun yeniden değerlendirilmesi istenilmekteyse, başvurunun duruşmada dinlenmesi ve icap eden kimi delillerin de burada incelenmesi zorunlu görülmektedir.

Ektebani-İsveç kararında<sup>64</sup> devletlerin çok dereceli yargılama usulünü kabule zorunlu olmadıkları, ancak istinaf ya da temyiz yolu öngörüldüğü takdirde, Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hükmünün gereklerine bu merciler önünde de uyulmasının zorunlu bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca kararda, somut olayda istinafta dava esastan incelenmesine karşın, şikâyetçinin duruşma açılarak tanıklarının dinlenmesine yönelik isteklerinin reddedilmiş olmasının, adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu olayda başvuru ehliyet sınavında

<sup>62</sup> Mole-Harby, 50; Legh, 348; Şahinkaya, s. 68.

<sup>63</sup> Ayrıca, AİHM Salabiaku-Fransa ve diğer kararlar için bkz. Şahinkaya, s. 69.

<sup>64</sup> AİHM Ektebani-İsveç Kararı, 26.5.1988, Seri A, no 134, prg. 26-33, 44-45; Doğru, s. 101; Sarıgül, s. 19; İncoğlu, s. 349.

tartıştığı memuru tehdit ettiği iddiasıyla duruşmalı yargılama sonunda para cezasına mahkûm edilmiş, istinaf başvurusunda isnat edilen fiili işlemediğini savunmuş ve ilgili memurla bir tanığın dinlenmesini istemiştir. İsveç Batı İstinaf Mahkemesi davanın duruşmasız yapılacağını tebliğ etmiş ve son mütalaalarını yazılı olarak vermeleri için tarafları davet etmiş, başvuruçunun müdafii duruşma açılmaması kararına itiraz etmişse de duruşmasız olarak yapılan incelemede ilk derece mahkemesinin kararı onaylanmıştır. Başvurucu kararı temyiz etmiş, ancak yine sonuç alamamıştır. Başvurucu, istinaf mahkemesinde duruşma açılmadığı için Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürerek AİHM'e başvuruda bulunmuştur.

AİHM, Helmers-İsveç (29.10.1991, prg. 38-39) kararında da, ilk derece mahkemesince hakaret suçu nedeniyle duruşma açılarak verilen karara karşı başvurulmuş istinaf denetiminde, suçun işlenip işlenmediği meselesinin duruşma açılmaksızın incelenmesi ve duruşma açılmaması için haklı nedenlerin bulunmaması nedenleriyle Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.<sup>65</sup>

AİHS'nin uygulanmasına yönelik olan AİHM içtihatları açısından görülmektedir ki, suçun işlenmiş olup olmadığına ve maddi olayın ne şekilde meydana geldiğine ilişkin uyuşmazlıkla ilgili iddialar karşısında, makul gerekçeler yoksa duruşma açılması ve delillerin aleni duruşmada tartışmaya açılması zorunludur.

### **G. Vasıtasızlık/Doğrudan Doğrualık İlkesi ve Deliller**

Karar verecek olan hâkim, delillerle doğrudan doğruya temasa geçmelidir. Bu anlamda örneğin hâkim tarafından tanığın dinlenmesi, yazılı delillerin görüp, okunup incelenmesi, diğer belirtilerin bizzat görülmesi gerekmektedir. CMK'nın 217/1. maddesinde delillerin 'hâkimin... huzurunda' tartışılması gerektiğinden söz edilmesi, vasıtasızlık ilkesinin benimsendiğini göstermektedir. Vasıtasızlık ilkesi aynı zamanda duruşmanın sözlülüğü ilkesini de içerisinde barındırmaktadır. Çünkü deliller sözlü duruşmada ikame edilip tartışılacaktır.

Vasıtasızlık ilkesi doktrinde şekli ve maddi anlamda vasıtasızlık ilkesi olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> İnceoğlu, s. 351.

<sup>66</sup> Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesinde İspat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 26 vd.

Şekli anlamda vasıtasızlık ilkesi uyarınca hâkim tüm delillerle doğrudan temasa geçmeli ve delillerin tartışılması kendi huzurunda yapılmalıdır. Böylece hâkimin maddi olay hakkındaki değerlendirme ve kanaati doğrudan olacaktır. Araya vasıta girdiğinde hâkimin kanaati de dolaylı olacaktır.

Bu nedenle hüküm verecek hâkimden *başka bir hâkim tarafından* temas edilen ve tartışılan delile dayanılarak *hüküm kurulması* vasıtasızlık ilkesine aykırı olacaktır.<sup>67</sup> Bu bakımdan BAM ceza dairesinde duruşma açıldığında, vasıtasızlık ilkesine bağlı kalınmalı ve duruşmada bulunmayan bir üyenin hükme katılmamasına dikkat edilmelidir. Duruşmanın kesiksiz (ara verilmeden) sonlandırılması ilkesi ile vasıtasızlık ilkesi arasında da yakın ilişki vardır. Mümkün olduğu ölçüde yargılama tek oturumda ve ara verilmeden bitirilmeli ve böylece deliller aynı hâkim/heyet huzurunda tartışılarak sonuca ulaştırılmalıdır (CMK 190/1).

Maddi anlamda vasıtasızlık ilkesi; hâkimin değerlendirmede esas alacağı delillerin kalitesiyle ilgilenmektedir. Bu ilke uyarınca hâkim, değerlendirmesinde maddi olayı en fazla temsil eden ve güvenilir bulunan delilleri gözetmeli ve kanaatini bu delillere göre oluşturmalıdır. Maddi anlamda vasıtasızlık ilkesi bu anlamda hangi delillerin ispat aracı olabileceği konusu üzerinde durmaktadır. Bu nedenle de hâkim hazırlık soruşturmasında dinlenen bir tanığın ifadesini tutanakta okumakla yetinmemeli, tanığı duruşmada bizzat dinleyerek hükmüne esas alabileceği bir delil haline getirmelidir. Çünkü tutanak dolaylı kaynak iken, tanığın doğrudan dinlenmesinde delil ile ilk elden ilişki kurulmaktadır.

Bu ilkenin istinaf yolunda ne şekilde uygulanabileceği konusunda bazı sorular akla gelmektedir. Örneğin; ilk derece kararını, önemli bir tanığın dinlenmemesi veya sonradan sunulan bir belgenin incelenmesi gereği nedeniyle ortadan kaldırarak duruşma açan BAM, ilk derecede dinlenmiş olan diğer tanıkları da dinlemek zorunda mıdır? Başka bir ifadeyle duruşma açıldığında, önceden dinlenmiş tanıkları dinlemezse vasıtasızlık ilkesine aykırılık teşkil edecek midir?

Önce karşılaştırmalı hukuka kısaca değinelim. İlk olarak Kıta Avrupası hukuk sisteminde hazırlık soruşturmasında savcı ve kolluk yanında genelde sorgu hâkiminin de yer aldığına dikkat çekmek gerekir. Fransa ve Hollanda sisteminde duruşma daha çok ön soruşturmada varılan sonuçla-

---

<sup>67</sup> Şahin, İspat, s. 28.

rın kontrolü ve tasdik edilmesi şeklinde cereyan etmektedir. Dolayısıyla bu ülkelerde maddi anlamda vasitasızlık ilkesinin yansıması olan tanığın duruşmada bizzat dinlenmesi yoluna ilk derece mahkemesinde dahi başvurulmamakta, tutanakların okunması ve tutanağı düzenleyen görevlilerin dinlenmesiyle yetinilmektedir. Fransa ve Hollanda istinaf mahkemelerindeki uygulama da bu şekildedir. Buna karşılık Almanya, İsviçre, Avusturya ve Portekiz sisteminde delillerin tümüyle duruşmada ortaya konulmasına önem verilmektedir.<sup>68</sup>

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu sistemine gelince, İlk derece mahkemesindeki yargılama bakımından bizde de vasitasızlık ilkesine önem verilmekte ve hazırlık evresindeki delillerin duruşmada bizzat hâkim ve taraflar huzurunda tartışılması gerekmektedir. İlk derece bakımından bu kuralın istisnası CMK 211. maddedeki, belgelerin okunmasının yeterli görüldüğü hallerdir.

Buna karşılık istinaf yargılaması bakımından vasitasızlık ilkesinin tümüyle geçerli olduğu söylenemeyecektir. CMK'nın 282. maddesinde her ne kadar duruşma hazırlığı, duruşma ve hükümle ilgili genel kurallara gönderme yapılmışsa da, maddenin a, b, c, d, bentlerinde istisna getirilmiştir. En önemli istisna; (c) ve (d) bentlerinde yer almaktadır. Bu hükümlere göre, kural olarak ilk derece mahkemesinde duruşmada tartışılmış bulunan delillerle ve bu arada tanıklar ile istinaf duruşmasında yeniden doğrudan temasa geçilmesi gerekmemektedir. Bu konudaki tutanakların duruşmada okunması yeterlidir. Ancak istinaf mahkemesi gerekli gördüğü takdirde önceden dinlenen tanıkların tümünü veya bir kısmını yeniden dinlenmek üzere çağırabilir.

## **H. Deliller ve Yüze Karşılık İlkesi**

Yüze karşılık veya yüz yüzelik ilkesi ile kovuşturma işlemlerinin ve delil ikamesinin sözlü olarak ve tüm tarafların huzurunda yapılması ifade edilmektedir. Delillerin aleni duruşmada tüm taraflarca tartışılması ancak yüze karşılık ilkesinin uygulanması ile temin edilebilir. Bunun için tarafların duruşmaya katılmalarına olanak sağlanmalı ve onların huzurunda sunularak delillerin tartışılması gerçekleştirilmelidir.

5271 sayılı CMK'nın 215 ve 216. maddelerinde yüze karşılık ilkesinin (delillerin tartışılması olanağının) gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Ayrıca değişik maddelerde de bu ilkeyle ilgili hükümler yer almaktadır; örne-

---

<sup>68</sup> Şahin, İspat, s. 88-89.



ğın mağdura da duruşma gününün tebliğ edilmesi zorunlu kılınmıştır (CMK 234/1-b). Yine sanığın yokluğunda duruşma yapılmaması kuralı da yüz yüzelik ilkesinin gereklerinden sayılabilir.

CMK'nın 282. maddesinde duruşma hazırlığı, duruşma ve hükümle ilgili olarak bu kanundaki hükümlerin istinaf yolunda da geçerli olacağı belirtilmiştir. Duruşma hazırlığıyla ilgili 175. maddeye göre de mahkeme, çağırılması gereken kimseleri (ki bunlar sanık, mağdur ve şikâyetçidir – m.234) duruşmaya çağırır.

AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası ve 3. fıkrasının (d) bendi kapsamında AİHMde bir kararında<sup>69</sup> aleni duruşma sırasında ve sanığın huzurunda önemli bazı delillerin sunulmamasını Sözleşmenin 6. maddesine aykırı bulmuştur. Bu davada başvuranın daha önce sorgulama imkânı bulamadığı tanıkların hazırlık ifadelerinin okunmasıyla yetinilmiş ve bu şekilde sanığa tanıkları sorgulama imkânı tanınmamıştır. Yine iddia makamınca sanığın evinde bulunan suç aletleri delil olarak gösterildiği halde bunlar duruşmada ortaya çıkarılıp sanığın teşhisine veya savunmasına olanak tanınmamıştır.<sup>70</sup> Savunma tarafından sorgulanma imkânı bulunmayan delillerle ilgili olarak AİHM'nin yaklaşımı genelde, bu delilin hükmün verilmesinde esas veya belirleyici rol oynayıp oynamamasına bağlıdır. Bu delil hükme esas alınan veya tesiri olan bir delil ise Sözleşmenin ihlal edildiği kabul edilmektedir.<sup>71</sup> Görülmektedir ki istinaf muhakemesinde ilk derece kararının denetimi bakımından bu hususların gözetilmesi de gerekecektir.

5271 sayılı CMK'nın210. maddesinde tutanaktaki ifadenin okunmasıyla yetinilemeyeceği, tanığın mutlaka duruşmada dinlenilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine, CMK'nın 201. maddesinde düzenlenen doğrudan soru sorma imkânı (Çapraz sorgu olarak da adlandırılır) da yüz yüzelik ilkesinin bir gereği olarak kanunda yer almıştır. AİHM, Türkiye ile ilgili 15.11.1997 tarihli Zana kararında AİHS m. 6'nın amaç ve hedefinin, bir suçla itham edilen herkesin duruşmaya katılma hakkına sahip olduğu vurgulanarak, söz konusu hükümde öngörülen “kendisini bizzat savunma” ve “tanıklara soru sorma” hakkının, sanığın duruşmaya katılmaksızın kullanılamayacağına işaret edilmiştir (prg. 71-72).

---

<sup>69</sup> Barbera M. Ve Jabardo - İspanya, 06.12.1988, prg. 67, 76-77.

<sup>70</sup> İnceoğlu, s. 275, 276.

<sup>71</sup> İnceoğlu, s. 289,290

## I. Deliller ve Silahların Eşitliği İlkesi

Adil yargılama ilkesinin (AİHS m.6) gereklerinden olan bu ilkeye göre yargılamada taraflar arasında hakkaniyete uygun bir eşitlik ve denge bulunmalıdır. Bu ilke gereğince mahkeme önündeki hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında denge bulunmalı ve bu denge yargılamanın her aşamasında korunmalıdır. Taraflara eşit imkânlar tanınması, yargılamada tarafların çelişkilerini tam olarak belirtmelerini sağlayacak ve gerçeğin ortaya çıkmasına yardım edecektir.<sup>72</sup>

AİHM bu ilkeyi, Sözleşmenin 6. maddesinin ilk fıkrası ile 3. fıkranın (b) ve (d) bentleriyle birlikte değerlendirerek tüm ispat araçları bakımından geniş biçimde yorumlamaktadır. Silahların eşitliği ilkesinin delillerle olan ilişkisi AİHM'nin bir kararında şöyle vurgulanmıştır;

*“Silahların eşitliği; bir tarafı diğer taraf karşısında nitelikli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında her bir tarafın delilleri de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması zorunluluğu demektir.”<sup>73</sup>*

Silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama ilkesiyle de ilgilidir. Çelişmeli yargılama ilkesi; bir tarafın, karşı tarafça sunulan deliller hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkına sahip olmasını ifade etmektedir.<sup>74</sup> Yani silahların eşitliği ilkesi taraflara delil sunma olanağı tanınması kadar, karşı tarafın delilini öğrenip eleştirme hakkını da kapsamaktadır. AİHM, Yargıtay C. Başsavcılığının tebliğnamesinin sanığa tebliğ edilmesi gerektiğini Türkiye hakkındaki Göç davasında (AİHM, 09.11.2000, prg. 34) ifade etmiştir.

Sözleşme kapsamında bu ilkenin; delilleri sunma imkânı yönünden eşitlik yanında bilgi ve belgelere ulaşmada eşit imkanların varlığı hususlarını da kapsadığı kabul edilmektedir.

AİHM Kamasinski-Avusturya kararına (19.12.1989, prg.102) konu olayda, sahtecilik suçuyla yargılanan sanığın kanun yolu başvurusu nedeniyle Yüksek Mahkemedeki inceleme sırasında raportör üye telefonla ilk derece hakimini arayıp, sanığın iddiaları hakkında bilgi alarak, bu bilgileri başvuruçunun iddialarını çürütmek için kullanmıştır. AİHM bu kararında

<sup>72</sup> Ünver, s. 199.

<sup>73</sup> AİHM Dombo BeheerBV- Hollanda kararı, 27.10.1993, prg.33 ve De Haes ve Gijssels - Belçika kararı, 24.2.1997, prg. 53; İnceoğlu, s. 212,213.

<sup>74</sup> AİHM. Ruiz-Mateos - İspanya Kararı, 23.06.1993, Prg. 63; İnceoğlu, s. 242.

toplanan bu delil hakkında sanığa yorum yapma imkanının verilmemesi nedeniyle Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir.<sup>75</sup>

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile silahların eşitliği ilkesinin gerçekleştirilmesi bakımından sanık ve katılana paralel yetkiler sağlanmıştır. Örneğin sanık ve katılana ücretsiz müdafî ve vekil isteme hakkı tanınmış (m.149,150, 234), bu kişilere tanık ve bilirkişinin dinleneceği günün bildirilmesi zorunluluğu (m.181) kabul edilmiş, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde dosyayı inceleme ve belge örneği alma konularında haklar verilmiştir (m.153, 234/1-a/3,b/3). Yine sanığın savunma delillerinin toplanmasını isteme hakkı (m. 177), çağrılan tanıkların sanığa bildirilmesi zorunluluğu (m.179) da bu kapsamdadır. Bunlardan ayrıca, duruşmada sunulan delillere karşı tarafların görüşlerinin sorulması gereğine ilişkin CMK 215. madde bir yönüyle de bu ilkeyle ilgilidir. Bu maddeye göre, suç ortağının, tanığın veya bilirkişinin dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafine sorulur. Yine delillerin tartışılmasında taraflara eşit söz hakkının tanınması (CMK m.216) da aynı çerçevede yorumlanmalıdır. Bu hükümler emredici niteliktedir. Söz konusu hükümler, istinaf duruşmasında da geçerlidir.

## IV. İSTİNAF YARGILAMASINDA DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Genel Olarak

İlk derece mahkemesinde ve ilk derecede toplanan delillerin, delil olmayla ilgili niteliklere sahip olup olmadıkları önemle dikkate alınmalıdır.

Gerçekten de öncelikle; ispat aracı olarak kullanılan delilin yukarıda belirtilen nitelikleri taşıması gereklidir. Yoksa akla ve mantığa uymayan çıkarımların ya da gerekçesi kendinden ibaret soyut varsayımların delil olarak kullanılması mümkün değildir.

Yargıtay'ın 19.04.1993'te verdiği bir kararda ispat aracı olarak kullanılacak olan delillerin nitelikleri bu anlamda açıklanmıştır;

*"Ceza yargılamasının amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütünü olarak değerlendir-*

---

<sup>75</sup> İnCEOğlu, s. 299.

*dirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır, yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır.*<sup>76</sup>

Aynı şekilde, delillerin değerlendirilmesi sırasında yukarıda saydığımız ilkelerin de gözetilmesi zorunludur.

Esasen, delillerin değerlendirilmesi sorunu da AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı kapsamında görülmektedir.

AİHM delillerin sunumu, tartışılması ve değerlendirilmesiyle ilgili bu ilkelerin uygulanıp uygulanmadığını denetlemektedir. AİHM'ne göre Sözleşmenin 6. maddesi, mahkemeye, delil ve iddiaları iyi bir biçimde inceleme ve değerlendirme yükümlülüğü getirmektedir. Nitekim bu husus bir kararda şöyle ifade edilmiştir;

*“6.madde mahkemeyi, kararla ilgili olup olmadığına ilişkin bir önyargı taşımaksızın, taraflarca sunulan delil, iddia ve mütalaaları iyi bir biçimde inceleme yükümlülüğü altına sokmaktadır”*<sup>77</sup>

Delillerin değerlendirilmesinde kimi durumda bazı delillerden yola çıkmak suretiyle karine veya varsayımlardan hareket edilebileceği de kabul edilmektedir. Örneğin Komisyon İtalya'ya karşı bir başvuruda, mahkemenin kararında bir kısım maddi delillere dayanarak sanığın bu suçu işlediğine ilişkin varsayıma dayanmış olmasını, delillerin çelişmeli olarak sanığın olduğu oturumlarda ele alınıp incelenmiş olmasını da dikkate alarak başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.<sup>78</sup> Ancak Komisyon, delillerin değerlendirilmesinin hakkaniyete dayanmaması ve keyfilik taşıması durumunda Sözleşmeye aykırılığın doğabileceğini kabul etmektedir.<sup>79</sup>

Bu ilkelere aykırılık olduğu tespit edilirse (ve CMK 289. maddedeki mutlak bozma nedeni yoksa) istinaf mahkemesince duruşma açılarak bu konudaki aykırılığın telafi edilmesi sağlanmalıdır.

AİHM de kanun yolunda adil yargılamaya aykırılığın telafi edilmesi durumunda Sözleşmenin ihlal edilmiş sayılmayacağı görüşündedir.<sup>80</sup> İngiltere'ye karşı Rowe ve Davis kararında AİHM 6/1. maddenin ihlal edildi-

<sup>76</sup> YCGK. 19.04.1993, 6-79/108; YKD Ekim 1993, s. 1564 vd.

<sup>77</sup> Kraska-İsviçre kararı, 19.4.1993, Prg. 30; **İnceoğlu**, s. 308.

<sup>78</sup> Alberti - İtalya, 10.3.1989, 59 DR 100; **İnceoğlu**, s. 305.

<sup>79</sup> **İnceoğlu**, s. 306.

<sup>80</sup> **İnceoğlu**, s. 294.

ğine karar vermiştir. Bu davada savcılık ilk derece duruşmasında kamu yararı gerekçesiyle bazı delilleri açıklamama kararı vermiş ve mahkemeye bildirmeden bu delilleri saklamış ve böylece bunlar duruşmada tartışılmamıştır. İstinaf mahkemesi de bu delilleri gözden geçirmiş ve o da delillerin açıklanmamasına karar vermiştir. AİHM bunun kesin olarak gerekmesi durumunda delillerin gizlenmesinin olanaklı olduğunu kabul etmektedir. Fakat bu olayda istinaf yargıçlarının ilk derece yargıçları gibi delillerle doğrudan temas kurmamaları ve ancak ilk derecedeki tutanaklar vasıtasıyla bu gizlenen deliller hakkında kanaat sahibi olmaları nedeniyle ve istinaf mahkemesinin savunmanın yokluğunda, savunmaya bu delillerin niteliği hakkında bilgi vermeden gizleme kararı alması nedenleriyle ihlal kararı vermiştir. Aynı konuda İngiltere'ye karşı Jasper ve Fitt davalarında ise farklı sonuca ulaşılmıştır. Bu davalarda savcılık bazı delillerin gizli tutulmasını mahkemeden talep etmiş, mahkeme bu delilleri inceleyip nitelikleri hakkında savunmaya bilgi vermiş, savunmanın görüşü alınmış ve ilk derece mahkemesi kararıyla bu deliller gizlenmiştir. Ayrıca istinaf mahkemesi de delilin gizlenmesi konusunu denetlemiştir. AİHM bu olaylarda yargılamada silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelelerinin korunduğunu, savunmanın haklarının gözetildiğini ve gereken güvencelerin sağlandığını belirterek Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>81</sup>

### **B.İstinaf Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu**

5271 sayılı Kanun'da yer alan delil değerlendirme ilkeleri ve yargılamayla ilgili diğer muhakeme ilkeleri istinaf yargılaması sürecinde de geçerlidir. Bu nedenle genel olarak ceza yargılamasında geçerli olan, hukuka aykırı delil elde etme ve değerlendirme yasağı istinaf yargılaması yönünden de geçerli bulunmaktadır. CMK 282/1. maddede, duruşma hazırlığı, duruşma ve karara ilişkin olarak kanunda yazılı (kural olarak ilk derece mahkemesine hitap eden) hükümlerin istinaf mahkemesinde de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu nedenle örneğin duruşmada ikame edilecek deliller ve delillerin değerlendirilmesiyle ilgili temel kuralların istinaf mahkemesinde de uygulanması gerekmektedir. Bu açıdan, genel olarak ceza yargılamasında hukuka aykırı deliller konusunun teori ve uygulama boyutuyla kısaca değerlendirilmesinde yarar görülmektedir.

---

<sup>81</sup> İncoğlu, 297- 298.

Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller, ‘hukuka aykırı delil’ olarak adlandırılmaktadır. Hukukumuzda da Ceza Muhakemesi Kanunu’nun kimi maddelerinde delil elde etme yasakları (örneğin; m.147-148) kabul edilmiştir. Hukuka aykırı delil elde edilemeyeceğine ilişkin yasaklar ihlal edilerek ikame edilen delillerin akıbeti, delil değerlendirme yasaklarıyla çözümlenmiştir. Kanununun 206/2-a ve 217/2. maddelerinde hukuka aykırı delillerin hükme esas alınmayacağı belirtilmektedir.

Hukuka aykırı deliller teorisi ve delil yasakları kavramının görevi, temel insan hak ve hürriyetlerini korumaktır.<sup>82</sup> Hukuka aykırı bir delil hükme esas alınmayacağına göre, böyle bir delilin elde edilmesi de haksız fiil veya suç olarak kabul edilmelidir. Nitekim hukuka aykırı biçimde delil elde etmeye yönelik kimi davranışlar kanunlarda suç olarak kabul edilmektedir. Doktrinde genellikle, hukuka aykırı delil teorisinin mutlak uygulanması esasını yansıtan, ‘yasak ağacın meyveleri’ teorisiyle ifade edildiği üzere, hukuka aykırı olan delilin hiçbir şekilde delil olarak değerlendirilemeyeceği ve hükme esas alınmayacağı kabul edilmektedir.<sup>83</sup>

Hukuka aykırı delilin değerlendirmeye esas alınmaması kuralının bir dayanağı da hükmün güvenilir delillere dayanması zorunluluğu<sup>84</sup> olup, temelini AİHS 6. maddesinde ifadesini bulan *adil yargılanma hakkından* almaktadır.

Anayasanın 38/6. maddesi uyarınca, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Anayasa, kanuna aykırı olduğu için bunlara delil dememiş, ‘bulgu’ olarak adlandırmayı uygun görmüştür. Anayasadaki hükmün ‘kanun’ yerine ‘hukuk’ kavramı kullanması gerektiği belirtilerek eleştirilmesi haklı ve yerindedir. Nitekim CMK 217/2.

---

<sup>82</sup> **Öztürk**, Yeni CMK’da Delil Yasakları, s. 601; **Kaymaz**, Seydi, Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara 1997, s. 16.

<sup>83</sup> **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan**, s. 374; **Ünver**, s. 136; **Yarsuvat**, Duygun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği, Ceza Muhakemesi Kanununun 3. Yılı, TCHD İstanbul 2009, s. 310. Alman hukukunda bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Alman Federal Mahkemesi de bu kuramı sınırlı biçimde uygulamıştır. Fakat Federal Mahkemenin mektup-posta ve telekomünikasyon gizliliğinin ihlaliyle ilgili bir kararında bu konuda hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilin ispat aracı olarak kullanılamayacağı kabul edilmiştir; **Ünver**, s. 138; **Kaymaz**, İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yy. Ankara 2009, s. 460. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu** ise, yasada açıkça yasaklanan bir yöntemle elde edilen delilin hiçbir şekilde hükme esas alınmayacağı, fakat diğer hukuka aykırı deliller bakımından yargılamanın bütününe bakıldığında adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği hallerde, bu tür delillerden yararlanılabileceği görüşündedir; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.B. 2006, no. 64.1 vd.

<sup>84</sup> **Bıçak**, Vahit, Usulsüz Elde Edilen Deliller Neden Değerlendirme Dışı Kalır, (Erişim 4.11.2008 itb.) <http://www.caginpolisi.com.tr>

maddede ispat aracı olan deliller hakkında ‘hukuka uygun delil’ ifadesi kullanılmış ve 289/1-(i) maddesinde yasa yolu denetimi açısından kesin hukuka aykırılık halleri arasında; “hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayandırılması” da sayılmıştır. Hukuka aykırı yöntemle delil elde etme yasağı anlamına da gelen bu hükümler soruşturma makamlarını ve kolluk görevlilerini olduğu gibi özel kişileri de kapsar niteliktedir.<sup>85</sup> Şu halde, hukuka aykırı bir yöntemle elde edilen delilin herhangi bir şekilde hükme esas alınması kesin olarak yasaklanmıştır. Bu durumda, delil olması hukuken mümkün bulunmayan bir bulgunun hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmesi de hukuka aykırı bir faaliyettir. Bu nedenle, gerek özel kişiler ve gerek kolluk görevlileri tarafından hukuka aykırı biçimde delil elde edilmesi olanaklı görülmemelidir. Fakat özel kişilerin de belirli koşullarda hukuka uygun olarak delil elde etmesi ve bunların mahkemede kullanılması olanaklıdır.<sup>86</sup>

Yargıtay da 1412 sayılı CMUK ve 5271 sayılı CMK dönemindeki çeşitli kararlarında hukuka aykırı delillerin hükme esas alınmayacağı yönünde kararlar vermiştir.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> **Kaymaz**, İletişimin Denetlenmesi, s. 463.

<sup>86</sup> Yargıtay’ın incelediği bir olayda, tehdit suçundan mahkemece beraat kararı verilmiş, hükümü katılan temiz etmiştir. Olayda fail katılanı telefonla arayıp konuşmuş, fail bu konuşmayı kaydedip mahkemeye sunmuştur. Fakat konuşmanın içeriğinin tehdit fiilini kanıtlamadığı düşüncesiyle Yargıtay beraat kararını onaylamıştır; Y6.CD. 05.02.209, 2007/24946 - 2009/1461 Bu karar, kişinin kendisine yönelik bir suçun kanıtlanması veya önlenmesine yönelik olarak yaptığı gizli ses kaydının delil olabileceği fikrini teyit etmektedir.

<sup>87</sup> Y4.CD. 09.04.2009, 2845/6993 ; “Kanıt olarak kabul edilen iletişim dinlenmesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunup sanık ve müdafine bu konuda diyecekleri sorulmadan ve rastlantı sonucu elde edilen ve CMK’nın 135/6. maddesinde sayılmayan tehdit ve yaralama suçlarına ilişkin konuşmaların ne suretle kanıt kabul edildiği tartışılmadan hükümlülük kararı verilerek 5271 sayılı CMK’nın 135/6, 138, 209/1 ve 215. maddelerine aykırı davranılması ..yasaya aykırıdır.” YCGK. 03.07.2007, 5-23/167; Özet : Hakkında 135. Maddedeki katalog suç nedeniyle telefon dinleme kararı bulunan kişinin görüştüğü diğer bir kişiyle yaptığı konuşmada katalogta yer almayan bir suçla ilişkin olarak edinilen bilgi tesadüfi delil olup, yasa dışı kanıt niteliğinde olduğundan soruşturma ve kovuşturma aşamasında kullanılamaz. YCGK. 26.06.2007, 7-147/159; Özü: Hâkim kararıyla arama yapılmasına karşın, komşu ve ihtiyar heyetinden kişilerin bulundurulmasına ilişkin yasal gereklere uyulmaması, aramayla elde edilen delillerin tümüyle hukuka aykırı sayılmasını gerektirmez. YCGK. 29.11.2005, 7-144/150; Özet: Sanığın evinde hâkim kararı olmadan (eşinin rızasıyla) yapılan aramada ele geçirilen Hint Kenevirine ilişkin tutanak ve el konulan maddenin incelenmesi suretiyle alınan bilirkişi raporunun yerel mahkemece hükme esas alınmasının CMUK 254. maddesi karşısında hukuka aykırı bulunduğu, ancak sanığın ikrarı nedeniyle suçun oluştuğuna ilişkin. YCGK. 13.06.2006, 4- 122/162; Özet : CMK 135. madde kapsamında bulunmayan bir suç için verilen dinleme kararı hukuka aykırı olup, dinlemeyle elde edilen deliller hükme esas alınmaz. Hukuka uygun dinleme sırasında tesadüfi elde edilen delilin dikkate alınabilmesi için, bu suçun da 135. maddedeki katalogta yer alan bir suç olması zorunludur.



### **C.Dar Anlamda İstinaf Sisteminde Sınırlı Denetimin Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi**

Kural olarak delil değerlendirme ilkeleri ve yargılamayla ilgili diğer muhakeme ilkeleri istinafta da geçerlidir.

Ancak belirtelim ki istinaf mahkemesinde *muhakemenin sözlülüğü* ve *doğrudan doğruluk* ilkelerinin uygulanması mutlak değildir. Bu ilkeler ancak geniş anlamda istinafin benimsendiği (klasik istinaf) ülkeler bakımından ilk derece mahkemesindeki gibi uygulanabilir. Çünkü bu sistemde ilk derecedeki yargılama büyük ölçüde tekrarlanmaktadır. Aslında geniş anlamda istinafta dahi ilk derece yargılamasının tam anlamıyla bir tekrarı yapılmamaktadır. Buna karşın dar anlamda istinafin benimsendiği sistemlerde istinafta kontrol muhakemesi yapılmaktadır.<sup>88</sup> Bu nedenle dar anlamda istinaf sisteminin benimsendiği ülkelerde belirtilen ilkeler ilk derece mahkemeleri bakımından mutlak olarak uygulanması gerekirken, istinaf mahkemesi bakımından sınırlı olarak uygulanmaktadır.

Bizim sistemimiz dar anlamda istinaf sistemidir. Bu nedenle istinaf hâkimlerinin mutlaka her delil ile doğrudan temas kurmaları zorunlu olmayıp, ancak hatalı bulunduğu için tekrarlanan veya istinafta ilk kez sunulan deliller bakımından bu ilkeler uygulanabilecektir. Tekrarlanmasına gerek bulunmayan delillerin tutanaklardan okunarak öğrenilmesinde bir sakınca bulunmayacaktır<sup>89</sup>.

İstinaf yargılamasında da AİHS'nin 6. maddesindeki garantilerin kural olarak tanınması gerektiği AİHM tarafından kabul edilmektedir. Ancak, kimi ülkelerdeki farklı sistemlere bağlı olarak istinafta delillerin sınırlı olarak ele alınması, hâkimin her delile doğrudan temas etmek zorunda bulunmaması biçimindeki uygulama AİHM tarafından da uygun görülmemekte, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği düşünülmemektedir.

Örneğin Ektebani-İsveç kararında (26.5.1988) istinafta da 6. madde garantilerinin tanınması gerektiğine işaret edilmiş (prg. 24), ancak daha sonra bu güvencelerin tanınıp tanınmadığının değerlendirilmesi sırasında o ülkedeki yargı sisteminin bütünü içerisinde istinafin aldığı yere ve role ve başvuruçunun haklarının bütünü olarak korunup korunmadığına dikkat edilmesi gerektiği belirtilmiştir (prg. 28). AİHM bu kararında ayrıca, bazı durumlarda ilk derecede aleni ve sanığın kendisini temsil ettiği yargıla-

<sup>88</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 14.B. s. 1296.

<sup>89</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 14.B. s. 1300.

manın yapılması halinde istinafta aynı yargılamanın yapılmayabileceğini, sanığa duruşmada hazır bulunma ve dinlenme hakkının tanınmamasının kabul edilebileceğini açıklamaktadır. Mahkemeye göre, örneğin istinafta o dava için yapılan inceleme yalnızca hukuka aykırılık denetimi niteliğinde ise, olayın ne şekilde gerçekleştiğiyle ilgili olarak sanığın ifadede bulunması gerekli olmayabilir. Ancak AİHM teorik olarak bunun mümkün olduğunu belirtmekle birlikte incelediği Ektebani davasında İsveç istinaf mahkemesinin başvuranın suçlu olup olmadığı sorusunun da cevabını vermesi gerekmesi nedeniyle sanık ve karşı tarafça sunulan delillerin istinafta da açık duruşma sırasında tartışılması gerektiği halde bu hakkın tanınmamasının 6/1. maddeyi ihlal ettiğini kabul etmiştir.

Yine, AİHM'nin Helmers-İsveç kararında (29.10.1991) da istinaf hâkiminin hem maddi meseleyi, hem de hukuki meseleyi çözmesi gerektiği hallerde dahi, istinafta tümüyle aleni duruşma açılmasının 6. maddenin mutlak bir gereği olarak kabul edilemeyeceğine ve bunun için yargılamayla ilgili işlemlerin bütününe bakılması gerektiğine işaret edilmiştir. Ayrıca AİHM tarafından benzer yorumların Kremzow-Avusturya kararında (21.09.1993, prg.58-67) da yapıldığına değinelim.

AİHM başka bir olayda da aynı hususa değinmiştir. Bu davada, ilk derecede savunma için dinlenen dört tanığın açıklamaları üzerine aleni saldırıdan sanık olan başvuran beraat etmiş, savcı istinafa başvurmuştur. Sanık bu dört tanığın tekrar istinafta dinlenmesini talep ettiği halde bu isteği kabul edilmemiş ve polis raporu esas alınarak sanık suçlu bulunmuştur. AİHM, dosyadaki ifadelerin ilk derece mahkemesinden farklı olarak değerlendirildiğini dikkate alarak, böyle bir durumda istinafta duruşma açıları olarak tanıkların mahkemede dinlenilmesi gerektiğini belirtmiştir (Destrethem-Fransa kararı, 18.5.2004, istinaf no.56651/00).

Açıklanan AİHM kararları gereğince, dar anlamda istinaf uygulamasında duruşma açılmadan verilen (inceleme evresinde esastan red kararı verilmesi gibi) kararların her durumda adil yargılanma hakkını ihlal ettiği ileri sürülemez. Strazburg mahkemesi maddi meselede sübut sorunu olan hallerde sanığa duruşma hakkı verilmemesinin Sözleşmenin 6. maddesini ihlal edeceğini, ancak sübut sorununun bulunmadığı durumda salt hukuka aykırılığın duruşmasız olarak incelenebileceğini kabul etmektedir. Bu bakımdan bölge adliye mahkemesinin sübutla ilgili sorunu iyi değerlendirmesi ve bu konuda bir sorun varsa duruşma açması gerekmektedir.

## SONUÇ

Ceza yargılamasında maddi gerçeği bulmakla görevli ilk derece mahkemesi gibi, istinaf mahkemesi de uyuşmazlığı aynı amaca uygun olarak çözümlene yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle, istinaf yargılamasında tarafların delil ikame etmesi veya mahkemenin re'sen delil elde etmesi olanaklıdır. Yine, ceza yargılamasının; re'sen araştırma ilkesi, ispat esasları ve delilleri değerlendirme esaslarıyla ilgili usul hükümlerinin istinaf yargılaması sürecinde de bağlayıcı olduğu düşünülmelidir. Bu anlamda, ceza muhakemesinin tüm ilkelerine, delil elde etme ve değerlendirme yasaklarına istinaf denetiminde de uyulmalıdır. Nitekim 5271 sayılı CMK'nın 282. maddesi uyarınca, maddede gösterilen istisnalar dışında duruşma hazırlığı, duruşma ve kararla ilgili olarak ilk derece yargılamasıyla ilgili hükümler istinaf yargılaması sürecinde de geçerlidir.

Dar anlamda istinaf anlayışında muhakemenin sözlülük ve doğrudan doğruluk ilkelerinin uygulanmaması dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlaline yol açabilmektedir. Ancak AİHM, tarafların yeni delil ikame etme veya belirli delillerin duruşmada tekrar tartışılmasına yönelik taleplerinin karşılanmış olması ve haklarının sınırlandırılmaması halinde ihlal oluşmadığı görüşündedir. Bu bakımdan başlaması muhtemel Türk uygulamasında, duruşma açılmasıyla ilgili hükmün anılan ilkeler doğrultusunda titizlikle değerlendirilmesi, anılan sakıncayı ortadan kaldıracaktır.

\*\*\*

## KAYNAKÇA

**Albayrak, Mustafa**, İstinaf Kanun Yolunda Bölge Adliye Mahkemesinin Keşif Yapması ve Tanık Dinlemesi Üzerine Düşünceler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi S.70, 2007.

**Bıçak, Vahit**, Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Bası, Ankara 2011.

**Bıçak, Vahit**, Usulsüz Elde Edilen Deliller Neden Değerlendirme Dışı Kalır, (Erişim tarihi 4.11.2008), <http://www.caginpolisi.com.tr>

**Centel, Nur/Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. B. İstanbul 2010.

**Centel, Nur/Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. B. İstanbul 2005.

**Ceza Muhakemesinde İstinaf El Kitabı**, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2007.

**Çınar, A. Rıza**, Türk ve Alman Ceza Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara 2010.

**Doğru, Osman**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Rehberi (1960-1994), İstanbul 1999.

- Erem, Faruk**, İstinaf Mahkemeleri, Ankara 1950.
- Erdem, M. Ruhan**, Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf, Ankara 2010.
- Gürelli, Nevzat**, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967.
- Gündüz, Orçun**, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.2.
- İnceoğlu, Sibel**, Adil Yargılama Hakkı, İstanbul 2002.
- Kaylan, Keskin**,İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı,7 Mart 2003, TBBY.
- Kaymaz, Seydi**, İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2010.
- Kaymaz, Seydi**, Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara 1997.
- Kleszczewski, Diethelm**, İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7 Mart 2003, TBBY.
- Keskin, Serap**, Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997.
- Koca, Mahmut**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), S.2, Aralık 2006.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu,Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14.Bası, İstanbul 2005.
- Kunter, Nurullah/Yenisey,Feridun**,Ceza Muhakemesi Hukuku Özet Kitap, İstanbul 2005.
- Leigh, LeonardH.**,“Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması” (Çev.Selman Dursun), Nurullah Kunter’e Armağan, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004.
- Oven, G.J.W Van**, (Lahey İstinaf Mahkemesi Hakimi), İstinaf Kavramı, Gerekliliği, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması, Sunum Notu, 17 Ocak 2007, Ankara, s. 3.
- Öztürk, Bahri**, Yeni CMK’da Delil Yasakları, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul 2008.
- Öztürk, Bahri/Erdem, M.Ruhan**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.B. Ankara 2008.
- Öztürk,Bahri/Erdem, M.Ruhan**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Bası, Ankara 2006.
- Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Erdem**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2010.
- Pit, Hein**, Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulması ve Geliştirilmesi Programı, Sunum Notları, Ankara 2007.
- Sarıgül, Ali, Tanju**, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

**Selçuk, Sami**, Temyiz Yolu Açısından Ceza Yargılama Yasasının Uygulanması, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999.

**Selçuk, Sami**, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.04.1994 gün ve 1994-5-47/92 sayılı Kararına Karşı Oyu.

**Selçuk, Sami**, Vicdani Kanı Yargısının Denetimi ve Sınırları-I, Star Gazetesi, 30.12.2008.

**Selçuk, Sami**, Vicdani Kanı Yargısının Denetimi ve Sınırları-II, Star Gazetesi,06.01.2009.

**Şahin, Cumhur**, Ceza Muhakemesinde İspat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2001.

**Şahinkaya, Yalçın**, Suçsuzluk Karinesi, Ankara 2008.

**Tipold, Alexander**, (Viyana Üniversitesi), Ceza Yargılaması Hukukunda İstinafın Yeri, İstinaf Mahkemeleri, Uluslar arası Toplantı, TBBY 7 Mart 2003.

**Uğur, Hüsamettin**, Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemesinde İnceleme ve Kovuşturma Evresine İlişkin Bir Sorunun Tahlili ve Öneriler, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Haziran 2007.

**Ünver, Yener**, Ceza Muhakemesinde İspat, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2, Aralık 2006.

**Ünver, Yener/Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. B. Ankara 2011.

**Yarsuvat, Duygun**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği,Ceza Muhakemesi Kanununun 3. Yılı, TCHD İstanbul 2009.

**Yenisey, Feridun**, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu, İstanbul 1979 .

**Yenisey, Feridun**,Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği ve İstinaf, Ankara 2000.

**Yenisey, Feridun**, İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi, in: Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi, İstanbul 1999.

**Yurtcan, Erdener**, Hukuka Aykırı Delillere Dayanma Yasağı, Prof.Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998.

**Yüce, Turhan Tufan**, Türk Alman Ceza Muhakemeleri Hukukunda Kanunyolları, Ankara 1967.