

## İSPAT HUKUKUNUN ESASLARI<sup>1</sup>

**Claus ROXIN**

**Çev.: Yener ÜNVER<sup>2</sup>**

### ÖZET

*İspat etmek, hakimi bir vakıanın varlığına ikna etmeyi başarmak demektir. Alman CMK, fiilin gerçekleştirilmesi, failin kusuru, cezanın miktarı açısından, yani kusur ve ceza sorunu açısından önemli olan koşulların tespiti için, delil elde etmenin sıkı biçimliliğini öngörmüştür (Sıkı İspat): ispat araçları ve kullanım biçimi sınırlanmıştır. Mahkeme, bütün diğer hususları Serbest İspat metodundaki mutad uygulamaya göre araştırabilir. Yani hakim, muhakemede herhangi bir tarzda vicdani kanı oluşturulabilir. Hukuk Usulü Muhakemesinden farklı olarak, ceza muhakemesinde, çarpıcı bir ilke olarak bir mahkemenin kararına ilişkin bütün önemli vakıaların herhangi bir biçimde ispat edilmek zorunda oldukları ilkesi geçerlidir. Fakat eğer bir vakıa aşıkara ise, o takdirde istisnaen ispat edilmeye muhtaç değildir. Delil elde etme yasağı yanında, ispat konusu, ispat aracı, ispat metodu, nisbi ispat ve keza delil değerlendirme yasakları vardır. Zehirli Ağacın Meyvesi kuramı, hukuka aykırı delilden hareketle elde edilen delili de hukuka aykırı sayar. Özel şahıslar aracılığıyla hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller de kullanılamaz.*

**Anahtar Kelimeler:** İspat, Delil, Maddi gerçeğin araştırılması, Sıkı İspat, Serbest İspat, Yasak Delil, İspat Yasağı, Zehirli Ağacın Meyvesi

### THE BASIS OF THE LAW OF EVIDENCE

#### ABSTRACT

Proving means to succeed in persuading the judge on the existence of an event. The German Criminal Procedural Law envisages a strict formalism about obtaining the evidence in order to determine the conditions which are essential from the point of view of the realization of the act, delinquency of the perpetrator, the amount of the punishment, namely point under delinquency and punishment (*Strict Evidence*): the instruments of the evidence and their manner of usage are restricted. The court may examine all other issues according to the usual practice under the *method of liberal evidence*. In other words, the judge may constitute the conscientious opinion in any manner. Being different from the civil procedural law, in the criminal procedure a remarkable principal which is composed of the necessity of all essential events pertaining to the court decision to be proved is valid. But, if the existence of an event is obvious, as exceptional it isn't necessary to be proved. Beside the prohibition on obtaining the evidence, there are also prohibitions about the subject of evidence, evidence instruments, the method of evidence, relative evidence, evaluation of evidence. The theory of *The Fruit of The Poisoned Tree* accepts that the evidence which is derived from an illegal evidence is also illegal. Even, the evidences which are obtained by means of private persons being contrary to law cannot be used.

**Keywords:** Proving, Evidence, Examination of the fact, Strict Evidence, Liberal Evidence, Prohibited Evidence, Prohibition on proving, The Fruit of The Poisoned Tree

<sup>1</sup> Bu çalışma, "Claus ROXIN. *Strafverfahrensrecht – Juristische Kurz-Lehrbücher., 25. Auflage, München 1998*" isimli eserin 175-195. sayfelerinin çevirisidir. Çeviri, yasal izin alınarak yapılmıştır.

<sup>2</sup> Doç.Dr., İ.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Beyazıt - İstanbul.

**Literatür:** *Beling*, Revision wegen “Verletzung einer Rechtsnorm über das Verf.” im Strafprozeß, Binding-FS, 1911, II, 87; *Ditzen*, Dreierlei Bew. Im Strafverf., 1926; *Döhring*, Die Erforschung des Sachverhalts, 1964; *Sarstedt*, Bew.regeln im Strafprozeß, E. Hirsch-FS, 1968, 171; *Willms*, Wesen und Grenzen des Freibew., Ehrengabe f. Heusinger, 1968, 393; *Ziegler*, Zweckmäßigkeitstendenzen in der höchstrichterl. Auslegung des Bew.rechts im Strafverf., 1969; *Lüderssen*, Die Strafrechtsgestaltende Kraft des Bew.rechts, ZStW 85 (1973), 288; *Greger*, Bew. Und Wahrscheinlichkeit, 1978; Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafprozeß, 1978; *Többens*, Der Freibew. und die Prozeßvoraussetzungen Prozeßvoraussetzungen im Strafprozeß, Diss. Freiburg 1979; *ders.*, Der Freibew. und die Prozeßvoraussetzungen Prozeßvoraussetzungen im Strafprozeß, NSTZ 82, 184; *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Bew.antrag im Strafprozeß, (5) 1983; *Dedes*, Grundprobleme der Bew.verf., H. Kaufmann-GS, 1986, 929; *Hiegert*, Die Sphaere der Offenkundigkeit in der StPO, 1989; *Keller*, Offenkundigkeit und Bew.bedürftigkeit im Strafprozeß, ZStW 101 (1989), 381; *Meyer-Großner*, Über die “Gerichtskundigkeit”, Tröndle-FS, 1989, 551; *Dedes*, Bew.verf. und Bew.recht, 1992; *Grünwald*, Das Bew.recht der StPO, 1993; *Schneider*, Bew. Und Bew.würdigung, (5), 1994; *ter Veen*, Beweisumfang und Verfahrensökonomie im Strafprozeß, 1995; *Graul*, Systematische Untersuchungen zur Offenkundigkeit im Strafprozeß, 1996; *Seiler*, Die Stellung des Beschuldigten im österreichischen Anklageprozeß, 1996.

Karş. § 15’e ilişkin açıklamalar.

#### **A. İspat ve İnanırcılık**

*İspat etmek*, hakimi bir vakianın varlığına ikna etmeyi başarmak demektir (münferid ispat ilkeleri yukarıda, Kitabın 15. paragrafında açıklanmıştır). Buna karşılık *inanırcılık* açısından, örneğin bir hakimin reddi için (§ 26 II), bir talebin eski hale iade kurumuna dayandırılması için (§ 45 II), veya bir tanıklıktan çekinme hakkının gerekçelendirilmesi için (§ 56), bir olasılığı yalın olarak ortaya koymak yeterlidir.

#### **B. Sıkı İspat ve Serbest İspat**

*I.* Fiilin gerçekleştirilmesi, failin kusuru, cezanın miktarı açısından, yani kusur ve ceza sorunu açısından önemli olan koşulların tespiti için, kanun, delil elde etmenin sıkı biçimliliğini öngörmüştür; burada *Sıkı İspattan* söz edilir. Bu çifte bir sınırlamadır:

1. Bu, *kanuni ispat araçlarına*, yani şüpheli, tanık (§§ 48-71), bilirkişi (§§ 72-85), keşif (§§ 86-93) ve belgeler’e (§§ 249-256) istinaden sınırlandırılmıştır.

2. Bu deliller yalnızca §§ 244 vd.'nda bütünüyle düzenlenen kurallar uyarınca kullanılabilirler.

II. Mahkeme, bütün diğer hususları *Serbest İspat*'ın metodundaki mutad uygulamaya göre araştırabilir. Yani, herhangi bir tarzda (örneğin evrakın araştırılması veya bir telefon etmenin araştırılması vasıtasıyla) vicdani kanı oluşturulabilir; bundan başka birçok olayda yalın inandırıcılık yeterlidir. CMK'da açıkça zikredilmeyen serbest ispat yargılaması, *Beling* ve *Ditzen*'in çalışmalarına dayanılarak genel olarak icra edilmekle birlikte, bugüne kadar teorik olarak yeterli bir gerekçelendirme elde edilememiştir ( karşı. *Többens*, 1979, 25; *Volk*, 1978, 73). Serbest ispat şu hususlar için kullanılmaktadır:

1. Hüküm açısından yalnızca usuli açıdan önemli olan, örneğin şikayete bağlı suçlarda fiilin ve failin öğrenilmesi anı için veya bir tanığın yaşının saptanması (savunma için önemlidir, §§ 60 Nr. 1, 61 Nr. 1) için önemli olan vakıaların tespiti için;

2. (Maddi hukuk açısından da önemli olan) hükümler olarak diğer kararlara, örneğin bir yakalama emrinin verilmesi veya son soruşturmanın açılmasına ilişkin tespitler için.

Koğuşurma şartlarının tespitinde serbest ispatın uygulanmasına ilişkin olarak karşı. yukarıda § 21. Bir vakıanın çifte öneminin, yani hem kusur ve ceza sorunu hem de usuli açıdan öneminin bulunup bulunmadığı hususunda, sıkı ispat yargılaması geçerlidir (BGH StrV 82, 101).

III. BGHSt 16, 166'ya göre, şüphelinin beyanının alınmasında yasak sorgu metodlarının uygulanıp uygulanmadığı (§ 136a, karşı. aşağıda § 25 III) sorusu da serbest ispat yoluyla açıklanabilir. Çünkü, burada bir yalın yargılama hatasının tespiti söz konusudur (başka görüşte *Peters*, 339; *Schülter*, Rn. 474).

### C. İspata Muhtaçlık

#### I. İlke: Hüküm Açısından Önemli Bütün Vakıalar

Muhakeme ilkelerinin egemen olduğu medeni hukuk usulünde yalnızca tartışmalı vakıaların ispata muhtaçlığı söz konusu olduğu halde, ceza muhakemesinde çarpıcı bir ilke olarak bir mahkemenin kararına ilişkin *bütün* önemli vakıaların herhangi bir biçimde ispat edilmek zorunda oldukları ilkesi geçerlidir bkz. § 244 II).

*İspata muhtaç vakıalar* altında, doğrudan doğruya önemli vakıaları, emareleri ve ispatın yardımcı vakıaları ayırımı yapılabilir.

1. Bizatihi kendisi vasıtasıyla cezalandırılabilirliği gerekçelendiren (tanık Z çiftçi W'yi ruhsatsız avlanırken gördü) veya ortadan kaldıran (tanık, A'nın kendisi tarafından saldırıya uğradığı B'yi vurarak öldürdüğünü gördü) bütün hususlar, *doğrudan doğruya vakıalara* ilişkin sayılabilir.
2. *Emareler*, doğrudan doğruya bir sonuca götüren önemli olgular niteliğindeki vakılardır. Örneğin, bir adam öldürmenin şüphelisinin X'in ölümünden önce kendisini ölümle tehdit etmesi veya kendisinin elbisesinden kan lekeleri çıkarmış olması veya bir sigorta dolandırıcılığı şüphelisinin eylemden önce benzin temin etmesi ve sigorta meblağını artırmış olması şeklindeki olgular böyledir (ayrıntılı olarak yukarıda § 15 C II 1 b cc).
3. *İspatın yardımcı vakıaları*, örneğin bir tanığın doğruluğu veya hafızası gibi, bizi bir delilin değerine ulaştıran vakılardır.

## II. İstisna: Aşıkak Vakıalar

Fakat eğer bir vakıa aşıkak ise, o takdirde istisnaen ispat edilmeye muhtaç değildir (§ 244 III 2, 1. Alt.). Bundan başka mahkeme, bir delil ikamesi talebini yalnızca inceleme konusu vakıanın aşıkak olduğu gerekçesiyle değil, bunun yanında ispat gözleminin mefhumu muhalifinden (=aksinden) aşıkak olduğu gerekçesiyle de reddedebilir (tartışmalı.; ayrıntılı olarak Keller, 384 vd.; Veen, 1995, 89 vd.).

1. Öncelikle *herkesçe bilinen* (maruf ve meşhur: Ç.N.) vakıalar aşıkakdır. Doğa olayları (örneğin ayın tutulduğu an) ve mantıklı insanların düzenli bilgilendikleri ve bu konuda güvenilir kaynaklara (ansiklopedi, harita v.s.) dayandıkları bütün olaylar gibi tarihi olaylar (örneğin Savaş sırasında Yahudi insanların öldürülmesi, BGH NSTZ 94, 140) kesinlikle buna dahildirler (BGHSt 6, 293; 26, 59). Bu şekilde genel aşıkaklık, bilginin belirli bir insan çevresiyle (örneğin X şehrinde yerleşik olanlar nazarındaki yerel durumlar) sınırlı olduğu durumlarda da söz konusu olabilir (BGHSt 6, 293).
2. Diğer taraftan *mahkemece aşıkak* diye adlandırılan vakıalar da, yani "hakimin kendisinin kamusal faaliyeti bağlamında güvenilir biçimde tecrübeleri kapsamında bulunan" her şey aşıkakdır (BGHSt 6, 293; farklı yönde. *Schmidt-Hieber*, JuS 85, 295; Keller, 1989, 405 vd.). Hakimin şahsi bilgisi yeterli değildir (örneğin eğer o bir trafik kazasının tanığı ise; karşı ayrıca yukarıda § 26 A III 2). Her şeyden önce çoğu ceza muhakemesinde sürekli eşdeğer biçimde

hükümün dayanağını oluşturmuş olan olaylar da mahkemece aşıkardır (BGHSt 6, 296).

Federal Yüksek Mahkeme'nin (=BGH) görüşüne göre, diğer hakemlerin kararlarında saptanmış bulunan hususlar da bunun için yeterlidirler (Karş. BGHSt 6, 292; FDJ'nin anayasaya aykırılığı; buna ilişkin eleştiri *Peters*, 308). Diğer taraftan bir mahkeme belirli sorunlarda özel bir uzmana (örneğin Kartel vakıaları alanında KG'nin Kartel Dairesi, BGHSt 26, 58) sahipse, o takdirde mahkemece aşıkarlık için bu husus belirleyicidir. Mahkemece aşıkarlığın kabulü için, bir 'bilen' hakimnin mahkemenin çoğunluğunu kendi bilgisi hususunda ikna edebilmesi, yeterlidir (*Meyer-Großner*, 1989; LR-Gollwitzer, (24), § 261, Rn. 28 atıflarla birlikte; ayrıca ayrıntılı olarak *Graul*, 1996, 122 vd., 136). Mahkemece aşıkarlığın saptanmasının bir şekle bağlı kılınması gerekip gerekmediği sorusu için karşı. yukarıda § 49 I2.

3. Aşıkar vakıalar hakkında gerçi bir delil elde etmeye ihtiyaç yoktur; ancak Anayasa'nın 103 I. maddesinde düzenlenen hukuken dinlenilme güvencesi dolayısıyla onun duruşmanın konusunu oluşturması zorunludur (BGHSt 6, 295; BGH StrV 94, 527): meğer ki, o *tamamiyle anlaşılabilir* nitelikte olmuş olsun ve bu nedenle açıkça bir vurgulanmaya ihtiyaç göstermiş bulunmasın. Aşıkar (mahkemece aşıkar) bir vakıanın duruşmaya getirilmesi, mahkeme açısından, mahkemenin muhtemelen bu vakıaları aşıkar olarak kendi kararına dayandırılmasını sonuçlayacaktır (BGH NSTZ 95, 246).
4. Bir karşı ispatın icrası, aşıkar vakılarda kesin olarak olanaksız değildir. Eğer bu söz konusu olursa, o zaman yalnızca aşıkarlığın yanlış bir kabulü söz konusu olur. Eğer bir vakıa kamuoyu açısından aşıkar ise, mefhumu muhalifin yalnız gözlemi bir delil elde etmeye zorlamaya yeterli değildir: burada daha çok buna ilişkin yeni ve şimdiye kadar bilinmeyen hususların ifade edilmesi zorunludur (Düsseldorf StrV 92, 314). Ancak eğer yeni vakıalar vasıtasıyla kamuoyunca aşıkarlığına dayanılarak gerçek vakıalar olduğu hususunda mahkemece kabul edilen gerçeklik hakkında mantıklı şüpheler doğurulduğunda dahi, bu yeterlidir (Tümüne ilişkin ayrıntı için bkz. *Graul*, 1996, 181 vd.).

#### D. İspat Yasakları

**Literatür:** *Beling*, Die Bew.ver. als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß, 1903 (Neudruck 1968); *Sendler*, Die Verwertung rechtswidrig erlangter Bew.mittel im Strafprozeß usw., Diss. Berlin 1956; *Spendel*, Wahrheitsfindung im Strafprozeß, JuS 64, 465; *ders.*, Bew.verb. im Strafprozeß, NJW 66, 1102; *Grünwald*, Bew.verb. im Strafverf., JZ 66, 489; DJT 1966, Bd. I, Gutachten, Teil 3

A: *Andenaes, Nuvolone, Mueller, Peters, Rupp*; Teil 3 B: *Jescheck*, Teil F: Referate von *Sarstedt*, 8 vd. ve *Klug*, 30 vd.; Diskussionen, 73 vd. *Kleinknecht*, Die Bew.verb. im Strafprozeß, NJW 66, 1537; *Rud. Schmitt*, Tonbaender im Strafprozeß, JuS 67, 19; *Honig*, Bew.verb. und Grundrechte im amerik. Strafprozeß, 1967; *Erdmann*, Die ausdehnung der strafproz. Garantien der US-Bundesverfassung auf den Strafprozeß der Einzelstaaten, 1969; *Kühne*, Strafproz. Bew.- verb. Und Art. 1 I GG, 1970; *Otto*, Grenzen und Tragweite der Bew.ver. im Strafverf., GA 70, 289; *Rudolphi*, Die Revisibilitaet von Verf.maengeln im Strafprozeß, MDR 70, 93; *J. Blomeyer*, Die Revisibilitaet von Verf.fehlern im im Strafprozeß, JR 71, 142; *Petry*, Bew.verb. im Strafprozeß, 1971; *Haffke*, Schweigepflicht, Verf.revision und Bew.verb., GA 73, 65; *Lüderssen*, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?, Peters-FS, 1974, 349; *Seiler*, Bew.methodenverb. im österr. Strafprozeß, ebda, 447; *Sydow*, Kritik der Lehre von den "Bew.verb.", 1976; *Dencker*, Verwertungsverb. im Strafprozeß, 1977; *Fezer*, Grundfaelle zum Verlesung- und Verwertungsverb. im Strafprozeß, JuS 78, 104, 325, 472, 612, 765; *Gössel*, Die verb. im Strafverf., Bockelmann-FS, 1978, 801; *Tiedemann*, Privatdienstl. Ermittlungen im Ausland usw., ebda, 819; *Rogall*, Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafproz. Bew.verb.lehre, NJW 81, 2217; *Bradley*, Bew.verb. in den USA und Deutschland, GA 85, 99; *Hermann*, Aufgaben und Grenzen der Bew.verwertungsverb., Jescheck-FS, 1985, 1291; *Otto*, Die strafproz. Verwertbarkeit von Bew.mitteln usw., Kleinknecht-FS, 1985, 319; *Amelung*, Der Grundrechtsschutz der Gewissenerforschung und die strafproz. Behandlung von Tagebüchern, NJW 88, 1002; *Dalakouras*, Bew.verb. bezüglich der Achtung der Intimsphaere usw., 1988; *Kramer*, Unerlaubte Vernehmungsmethoden in der U-Haft, Jura 88, 520; *Rogall*, Hypothetische Ermittlungsverlaeuft Strafprozeß, NStZ 88, 385; *Deutscher Anwaltverein (Hrsg.)*, Wahrheitsfindung und ihre Schranken (Aufsaetze), 1989; *Strate*, Rechtshistor. Fragen der Bew.verb., JZ 89, 176; *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990; *Küpper*, Tagebücher, Tonbaender, Telefonate, JZ 90, 416; *Mischalke*, Die Verwertbarkeit von Erkenntnissen der Eigenüberwachung zu Bew.zwecken usw. NJW 90, 417; *Geppert*, Die "qualifizierte" Belehrung, Meyer-GS, 1990, 93; *Paulus*, Bew.verb. als Prozeßhandlungshindernisse, ebda, 309; *Reinecke*, Die Fernwirkung von Bew.verwertungsverb., 1990; *Wolter*, Menschenwürde und Freiheit im Strafprozeß, Meyer-GS, 1990, 493; *ders.*, Repressive und praeventive verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen, StrV 90, 175; *Wu*, Rechtsfehler bei der Bew.gewinnung und ihr strafproz. Rechtsmittel, 1990; *Amelung*, Grundfragen der Verwertungsverb. bei bew.sichernden Haussuchungen im Strafverf., NJW 91, 2533; *Baumann/Brenner*, Die strafproz. Bew.-verwertungsverb., 1991; *Beulke*, Hypothes. Kausalverlaeuft im Strafverf. Bei rechtswidrigen Vorgehen von Ermittlungsorganen, ZStW 103 (1991), 657; *Blesinger*, Das Steuergeheimnis im Strafverf. Wistra 91, 239, 294; *Gauthier*, Die Bew.verb., ZStW 103 (1991), 796;

*Geis*, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 91, 112; *Gössel*, Die Bew.verb. im Strafverf.recht der BRD, GA 91, 483; *Harris*, Verwertungsverb. für mittelbar erlangte Bew.mittel: Die Fernwirkungsdoktrin in der Rspr. im deutschen und amerikan. Recht, StrV 91, 313; *Peres*, Strafproz. Bew.verb. und Bew.verwertungsverb., 1991; *Roxin*, Die Rspr. des BGH zum Strafverf.recht, in: Jauernig/Roxin, 40 Jahre BGH, 1991, 66; *Störmer*, Zur Verwertbarkeit tagebuchartiger Aufzeichnungen, Jura 91, 17; *Hofmann*, Bew.verb. im Strafprozeß – Bew.erhebungsverb. und Bew.verwertungsverb., JuS 92, 587; *Klinghardt*, Stasi-Unterlagen als Bew.mittel im Strafverf., NJ 92, 185; *Knoll*, Die Fernwirkungen von Bew.verwertungsverb., 1992; *Marscholleck*, Zugang zu Stasi-Unterlagen für Zwecke der Strafverfolgung, NJ 92, 539; *Öztürk*, Grundlagen der Bew.verb. im türk. Und deutschen Strafverf.recht, ZStW 104 (1992), 667; *Ranft*, Bemerkungen zu den Bew.verb. im Strafprozeß, Spindel-FS 1992, 719; *Salditt*, 25 Jahre Miranda, GA 92, 51; *Sv. Schröder*, Bew.verwertungsverb. und die Hypothese rechtsmaessiger Bew.erlangung im Strafprozeß, 1992; *Störmer*, Dogmat. Grundlagen der Verwertungsverb., 1992; *Widmaier*, Mitwirkungspflicht des Verteidigers in der Hauptverhandlung und Rügeverlust (?), NSTZ 92, 519; *Blau*, Bew.verb. als rechtsstaatl. Begrenzung der Aufklaerungspflicht im Strafprozeß, Jura 93, 513; *Grünwald*, Das Bew.recht der StPO, 1993; *R. Hamm*, Der Standort des Verteidigers im heutigen Strafprozeß, Jura NJW 93, 208; *Hauf*, Ist die “Rechtskreistheorie” noch zu halten?, NSTZ 93, 457; *Kiehl*, Verwertungsverbot für Beschuldigtenvernehmung..., NJW 93, 501; *Pelz*, Bew.verwertungsverb. und hypothetische Ermittlungsverlaeufe, 1993; *Schmidt/Dörr*, Stasi-Persönlichkeitssphaere bei schweren Delikten und die Verwertung von Bew.material, Diss. Köln 1993; *Bauer*, Ist die Kritik an der “Rechtskreistheorie” (methodisch) noch zu halten?, NJW 94, 2530; *Dornach*, Der Strafverteidiger als Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens, 1994; *Kelnhofner*, Hypothetische Ermittlungsverlaeufe im System der Beweisverb., 1994; *Koriath*, Über Bew.verb. im Strafprozeß, 1994; *Krey*, Zur Problematik privater Ermittlungen des durch eine Straftat Verletzten, 1994; *Störmer*, Verfassungsrechtl. Verwertungsverb. im Strafprozeß, Jura 94, 393; *ders*, Strafproz. Verwertungsverb. in verschiedenen Konstellationen, Jura 94, 621; *Weiler*, Strafprozessuale Verwertbarkeit von privatrechtlich entnommenen Blutproben, MDR 94, 1163; *Dornach*, Ist der Strafverteidiger aufgrund seiner Stellung als “Organ der Rechtspflege” Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens?, NSTZ 95, 57; *Fezer*, Grundfragen der Bew.verwertungsverb., 1995 (ausführl. U. Krit. Dazu *Amelung*, GA 96, 332); *Flöhr*, Zur Berücksichtigung hypothetischer Kausalitaetsverlaeufe im Strafprozeßrecht, Jura 95, 131; *Rogall*, Bew.verb. im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts, Rudolphi-FS, 1995, 113; *Bauer*, Der neue Streit um die Rechtskreistheorie als methodisches Problem, wistra 96, 46; *Beulke*, Muß die Polizei dem Beschuldigten vor der Vernehmung “erst Hilfe” bei der Verteidigerkonsultation

leisten?, NStZ 96, 257; *Frank*, Die Verwertbarkeit rechtswidriger Tonbandaufnahmen Privater, 1996; *R. Hamm*, Staatliche Hilfe bei der Suche nach Verteidigern – Verteidigerhilfe zur Begründung von Verwertungsverb., NJW 96, 2185; *W. Hassemer/Matussek*, Das Opfer als Verfolger, 1996; *Hauf*, Der neue Streit um die Rechtskreistheorie, wistra 95, 53; *M. Heinrich*, Zur Operationsvorbereitung entnommene Blutproben als Beweismittel im Strafprozeß, 1996; *Maul/Eschelbach*, Zur “Widerspruchslösung” von Bew.verb.problemen in der Rechtsprechung, StraFo 96, 66; *Rogall*, Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozeß, JZ 96, 944; *Schneider*, Überlegungen zur Zulaessigkeit des Aushorchens von Inhaftierten durch V-Leute unter Einsatz technischer Hilfsmittel, JR 96, 401; *Amelung*, Subjektive Rechte in der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, Bemman-FS, 1997, 505; *Hermann*, Das Recht des Beschuldigten, vor der polizeilichen Vernehmung einen Verteidiger zu befragen, NStZ 97, 209; *Neuhaus*, Zur Notwendigkeit der qualifizierten Beschuldigtenbelehrung, NStZ 97, 312; *Renzikowski*, Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung, JZ 97, 710; *Roxin*, Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rspr., JZ 97, 343; *ders.*, Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, NStZ 97, 18; *Verrel*, Nemo tenatur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, NStZ 97, 361, 415; *U. Schroth*, Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren, JuS 98 (im Druck).

Bu güç sorun alanında henüz ortak bir terminoloji oluşmamıştır. Burada, *İspat yasakları* üst başlığı altında ceza muhakemesinde delil irad ve ikamesinde bir sınırlandırma içeren bütün hukuk normları birlikte ele alınmaktadır. O, görünüm biçimleri aşağıda özet olarak izah edilen iki guruba, yani delil elde etme (I, II) ve delil değerlendirme (III) şeklinde ayrılmaktadır. Öğreti ve uygulamanın yoğun olarak ilgilenmesine karşılık, genel kabul gören bir ispat yasağı öğretisi henüz oluşturulmamıştır<sup>3</sup>.

## **I. Delil Elde Etme Yasakları; Kavram ve Türleri**

1. Ceza muhakemesine ilişkin aydınlatma yükümlülüğü (karş. özellikle §§ 160, 244) sınırsız değildir; bu aydınlatma yükümlülüğü bir miktar delil elde etme (delil kazanımı-) yasakları vasıtasıyla sınırlandırılmıştır. Bunlara göre, ya
- a) Belirli vakılar ispatın icrası konusu yapılmaz (*ispat konusu yasağı*) veya
  - b) Belirli ispat araçları kullanılmaz (*ispat aracı yasağı*) veya
  - c) Delil elde etmede belirli metodlar uygulanmaz (*ispat metodu yasağı*), veya

---

<sup>3</sup> Bu noktada Alman hukuku açısından Amerikan ceza muhakemesi hukukuyla ilişkili olarak iyi bir giriş aktarılmaktadır: Rogall, 1995.



d) Yalnızca belirli insanlardan delil elde etmesi düzenlenir veya delil elde etme bu insanlar tarafından gerçekleştirilir (*nusbi ispat yasakları*).

2. a) Bir *ispat konusu yasağının* kanuni düzenlemesi, örneğin §§ 61 vd. BBG, 39 BRRG'de bulunmaktadır. Daha sonra devlet sırrı ve meslek sırrında beyanda bulunma izninin verilmediği olay açısından mahkemenin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.

b) *İspat aracı yasakları* §§ 52-55; 81 c III'de gösterilmişlerdir. Tanıklıktan veya beden muayenesinden haklı olarak kaçınan kişilerin ceza muhakemesinde ispat aracı olması önlenmiştir.

c) § 136a (bkz. aşağıda § 25 IV) tipik bir *ispat metodu yasağı* içermektedir.

d) Bedensel müdahaleye bir doktor ve yalnızca hakim kararıyla (gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılık ve onun yardımcısı memurların da) izin veren § 81a bir *nusbi ispat yasağı*nı düzenlemektedir; karş. §§ 98, 100, 105, 111e, 111n.

## II. Delil Elde Etme Yasaklarının Anlam ve Esasları

1. Suçların hiçbir sınırlamaya bağlı bulunmayan bir biçimde aydınlatılması, çok sayıda toplumsal ve kişisel değer ihlali tehlikesini beraberinde getirirdi. Bu nedenle, gerçeğin araştırılması ceza muhakemesinde mutlak bir değer değildir; ceza muhakemesi daha çok bizatihi devletimizin manevi ve hukuksal alan düzenlemelerine bağlıdır (bu hususta karş. yukarıda § 1 ve BGHSt 14, 358, 365: "her ne pahasına olursa olsun gerçeği araştırmanın zorunlu olduğu, CMK'nun bir ilkesi değildir.").

2. Bu veri münferid delil elde etme koşullarının normlaştırılmalarında dikkate alınmalıdır (karş. delil yasaklarının çeşitli fonksiyonlarına ilişkin olarak özet olarak *Koriath*, 1994, 43 vd.). Buna ilişkin iki örnek şunlardır:

a) Akrabalara tanıklıktan çekinme hakkı tanınmasaydı, o zaman aile içindeki sıkı güven ilişkisinin hassas biçimde ihlal edilmesinden korkulurdu. Böylece, Anayasa'nın 6 I. Maddesi aracılığıyla emredilen ailenin korunması, § 52 vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. § 53'de zikredilen meslek çevresi açısından da aynı şey geçerlidir.

b) CMK'nun delil elde etmeyi düzenleyen birçok diğer hükmü adeta Anayasa'nın yürürlük kanunlarıdır (§ 136a-Art. 1 GG; §§ 81, 81a, 81c-Art. 2, 104 GG). Aydınlatma yükümlülüğü burada özellikle belirli bir biçimde Temel Haklar ve İnsan Hakları vasıtasıyla sınırlandırılmıştır.

### III. Genel Delil Yasağı Öğretileri

1. Delil elde etmeyle ilişkili olan koşullara riayet edilmez ise, o takdirde ulaşılan delil sonuçlarının değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği, yani delil elde etme yasaklarının her zaman delil değerlendirme yasaklarına tekabül edip etmedikleri sorunu ortaya çıkmaktadır.

2. Bu *zorunlu* olay değildir (a.A. AK-Kühne, vor § 48, Rn. 52a). Bir delil değerlendirme yasağının açık düzenlemesi yalnızca §§ 81c III 5, 98b III 3, 100b V, 100d III 3, 100f, 108 II, 136a III 2, Art. 13 V GG, § 7 III GG 10, § 97 I 3 InsO ve § 393 II 1 AO (buna ilişkin olarak ayrıntı için aşağıda § 25 III 6), gizli görevli tarafından elde edilenlerin (burada özellikle elde edilen kişisel verilerin) değerlendirilebilirliğini düzenleyen ve bu bağlamda çok sayıda açık ispat yasağını içeren<sup>4</sup> 20.12.1991 tarihli Gizli Görevli Görevlendirme Kanunu (StUG) ve keza ilgili kimseye ilişkin silinmiş veya silinebilir önceki mahkumiyetlerin yeni bir yargılamada ilke olarak artık dikkate alınmadığı ve onun olumsuz etkisinin dikkate alınmadığı § 51 I BZRG'de bulunmaktadır (bu düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin olarak BVerfGE 36, 174).

Buna göre, ortadan kaldırılan veya ortadan kaldırılabilir veyahut § 16 II 1 BZRG göre yeni ceza muhakemesinde bertaraf edilen ön cezalandırmayı cezayı ağırlatıcı neden olarak dikkate alma olayı yerinde değildir (Karş. BGHSt 24, 378; 28, 338). Buna karşılık, daha önce ortadan kaldırılmış bir mahkumiyetin, sanığın *salıverilmesinin* buna dayanması söz konusu oldukça geriye doğru göz önüne alınması caizdir (Karş. BGHSt 27, 108). Ayrıca, § 51 I BZRG yargı uygulaması aracılığıyla dar biçimde yorumlanmış olup, eskiden olduğu gibi tamamlanan ceza muhakemesinin düşürülmesi vasıtasıyla uygulanmamıştır (Karş. BGH NJW 73, 289). Kanuni düzenlemeye ilişkin eleştiri için Dreher, JZ 72, 618; Terhorst, ZRP 73, 5; buna karşılık bkz. Götz, JZ 73, 496).

Diğer bütün olaylar Al. CMK'nda açıkça düzenlenmemiştir ve buna uygun olarak hayati tartışmalara konudurlar. Sorunun genel bir çözümüne ilişkin şimdiki kardaki tek teşebbüs, BGH tarafından geliştirilen ve "*haklar alanı teorisi*" (ayrıntılı olarak BGHSt(GrS) 11, 213) olarak adlandırılan teoriyi sunmaktadır ki, bu teori uyarınca delil elde etme yasaklarının ihlalinde gözden geçirilebilirlik ve böylece elde edilen delilin kullanılabilirliği dahi, "şikayet sahibinin haklar alanının ihlaline önemli ölçüde etkide bulunup bulunmamasına veya onun haklar alanı açısından bir öneminin bulunup bulunmamasına bağlıdır. Bu araştırmada, her şeyden önce ilgili

---

<sup>4</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için Klinghardt, 1992; Schmidt-Dörr, 1993; StUG Staff, ZRP 92, 462 ye ilişkin eleştirisel; Stoltenberg, DtZ 92, 65.

hükümün hukuka uygunluk nedeni ve kimin menfaatinin ihlal edildiği” dikkate alınmalıdır (yukarıdaki karar, sh: 215). Ancak bu haklar teorisi de sert bir mücadele<sup>5</sup> vermemiştir ve birçok itirazla karşılaşmıştır. Çünkü *bir yandan* sanık yalnızca kendisinin korunmasına ilişkin belirli hükümlerin dikkate alınması hakkına sahip olmayıp, bunun yanında muhakemenin genel hukuksal şekilciliğinin de korunması hakkına sahiptir; bu alandaki ihlaller de onun “haklar alanı”nı etkilemektedir ve bu bir değerlendirme yasağını haklı kılabılır. Bunun sonucunda ise, düzenlemeye ilişkin bu kriter çok az elverişlidir. *Diğer taraftan*, bir eksiksiz ve sanığın haklar alanını etkileyen delil elde etmenin istisnasız biçimde ispat aracının değerlendirilemezliğini (bu yönde *Sydow*, 1976) sonuçlamasından söz edilmediği gibi bu konu BGH tarafından da bu şekilde ele alınmamıştır.

İspat aracının bir delil elde etme yasağını ihlal etmeksizin elde edilmesi durumunda, değerlendirme yasağının reddedilebilir reddedilemeyeceği ve bunun nereye kadar yapılabileceği de tartışmalıdır. Bu tür “*varsayımsal elde etme eylemi*” dikkate alınması, kısmen bütünüyle reddedilmekte, kısmen kabul edilmektedir (Ayrıca karşı. § 81a ile bağlantılı olarak aşağıda IV 1cc aa). Gerçekte orta bir çözüm alkış kazanmaktadır. Bu orta çözüme göre, ispat aracının muhakeme hatası olmasaydı dahi muhtemelen elde edilebilecek olması durumunda, bir delil değerlendirme yasağı söz konusu olmamaktadır; daha çok şimdiye kadarki araştırmaların yüksek bir olasılığa dayanmış olması nedeni talep edilmelidir. Böylece bu olayda dahi, bir değerlendirme yasağı ancak, bunun ağır muhakeme ihlallerinde önleyici hukuksal koruma nedenlerinin vazgeçilemez olması durumunda kabul edilmelidir (§ 338’in hukuksal düşüncesi); böylece örneğin, keyfi olarak polisin telefon dinlemesinin sonuçlarının yalnızca hakim tarafından da karar verilebilirdi biçiminde savunulabilir olması halinde, hakim tarafından telefon dinlemeye karar verme (§ 100b) yaklaşımı mantıksız olurdu<sup>6</sup>.

Burada *Amelung*’un 1990 yılındaki verimli makalesinde “bilgi edinme hakları” (temel haklara ilişkin gizli yaşam, beyanda bulunmaktan kaçınma hakları, genel kişilik hakları, mesleki ve resmi gizli tutma (sır saklama) yetkisi)’nin ihlalinde bir değerlendirme yasağını kabul ettiği sorun söz konusudur. Yazarın bu görüşünde, ceza koğuşurma organlarının bilgi edinme talepleri bulundukça, yani hukuka uygun biçimde bu bilgi esasen elde edilebilecek idi ise, hakimin çekincesi

<sup>5</sup> Bu teoriye karşı olarak Eb. Schmidt, JZ 58, 596; Rudolphi, MRD 70, 93; farklı olarak Philipps, Bockelmann-FS, 1978, 831. Ancak aynı zamanda karşı. Bauer tarafından “haklar alanı teorisinin savunulması”, NJW 94, 2530 vd., Hauf’un cevabı, wistra 95, 53 ve Bauer’in karşı eleştirisi, wistra 96, 46.

<sup>6</sup> Ayrıntılı olarak Rogall, 1988, Wolter, NSTZ 84, 276’yla bağlantılı olarak; Roxin, NSTZ 89, 376; Fezer, StrV 89, 290; BGH NSTZ 89, 375 ile farklı olarak Meurer, JR 90, 391; Beulke, 1991; Sv. Schröder, 1992, 111 vd. Bir hakim tarafından verilen arama kararının bilinçli olarak icrası olayı için AG Offenbach StrV 93, 406; LG Darmstadt StrV 93, 573. Ayrıca karşı. aşağıda § 35 A IV 1g.

değerlendirme dışında tutmak istenmektedir. Örneğin eğer § 81a'yasılışkin bir olayda (karş. aşağıda f) şüpheli bir bilgi edinme hakkına sahip değilse, bizatihi adil yargılanma ilkesine göre muhakeme normlarının bilinçli ihlali de bir delil değerlendirme yasağını gerektirmek zorundadır. Birlikte etkileme haklarının (§§ 168c, 224, 257) ihlalden ortaya çıkan değerlendirme yasakları açısından da, bu makale yerinde değildir (bizatihi *Amelung*, 1997, kendisini eleştirilenlerle çok kapsamlı olarak farklı olarak bu görüştedir).

#### **IV. Münferid Delil Değerlendirme Yasakları**

Yukarıdaki açıklamalara göre, global ilkelerden kaçınmak ve münferid delil elde etme yasakları açısından çözümü çeşitli menfaat durumlarının analizinde somutlaştırma olanağını araştırmak<sup>7</sup> yerindedir. Bunun yanında, bağımsız olmayan delil değerlendirme yasakları (yani, elde etme yasağının ihlaline dayanan türdekiler) ile bağımsız delil değerlendirme yasaklarını (yani, kanunun bir ihlaline dayanmayan, buna karşılık doğrudan doğruya anayasadan elde edilen türdekiler) birbirinden ayırmak esaslı surette önemlidir. Bundan, en önemli olaylar için aşağıdaki tablo ortaya çıkmaktadır:

##### **1. Bağımlı Delil Değerlendirme Yasakları**

###### **a) Şüpheli Hakları**

aa) § 136'daki -hakları- öğretme yükümlülüğünün ihlalinin bir değerlendirme yasağını sonuçlayıp sonuçlamadığı, daha önceleri tartışmalıydı. BGHSt 22, 170 bunu öncelikle genel olarak yerinde olmayan '§ 136'nin yalnız bir düzenleyici hüküm olduğu' şeklindeki gerekçeyle reddetti. BGHSt 25, 325; 31, 395 (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun) § 243 IV 1'in ihlali olayları (yani hakim'in duruşmada -hakları- öğretmeyi ihmal etmesi) açısından bir değerlendirme yasağının söz konusu olduğunu kabul etti ve § 136'yi artık bir düzenleyici hüküm olarak nitelendirmedi, ancak polisin -hakları- öğretmeyi ihmal ettiği durumlarda bir delil değerlendirme yasağının bulunduğunu sürekli reddetti: "Duruşma için ne geçerliyse..., aynı şey önsoruşturma için de geçerlidir." (BGHSt 25, 331; 31, 401). Bütün öğretilerdeki eleştiriler nihayetinde BGHSt 38, 214'le bu uygulamadan bir geri

---

<sup>7</sup> Aynı görüşte Fezer, 1978, 325; Rogall, 1979; ayrıca karş. sistematik karşılaştırmalar için Baumann/Brenner, 1991, ve Hofmann, 1992; Eisenberg, BewR, Rn. 362 vd.; Adil yargılanma ilkesinin yardımı ile münferid değerlendirmeler için Hauf, 1993. Tanık delilinin hukuka aykırı elde edilmesiyle bağlantılı olarak değerlendirme yasakları hakkında öğretici ve bir "ceza muhakemesinde normatif yanlış sonuçlar öğretisi"ne ilişkin makalelerle birlikte Rogall, JZ 96, 944.

dönüşe neden oldu<sup>8</sup>. BGH şimdi isabetli olarak, susma hakkının, yani kimsenin kendisine karşı beyanda bulunmayacağı ilkesinin ceza muhakemesinin önemli ilkelerinden birisi olduğu, bunun sonucunda da o ilkenin şüphelinin ilk ifadesinin alınmasında polis aracılığıyla ihlalinin bir değerlendirme yasağını sonuçlamak zorunda olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca, şüphelinin polis tarafından ifadesinin ilk kez alınmasında, “duruşmadaki ilişkilerle karşılaştırıldığında, düşüncesizce bizzat kendisi aleyhine davranması yönünde cüz’i bir oranda değil, bilakis büyük ölçüde bir tehlike içinde bulunmaktadır” (yukarıdaki karar, 221). Ayrıca karşı. OLG Celle’nin gerekçeli kararı (*Amelung*’un (sh: 454) değerlendirmesiyle birlikte StrV 91, 249).

BGH, birkaç istisnai olayda, şimdi dahi –hakların- öğretilmesinin ihmal edilmesine karşı (delilin) değerlendirilmesine izin vermektedir: eğer şüpheli susma hakkı olduğunu bildiği veya duruşmadaki sanığın müdafii açıkça muvafakat ettiği veya değerlendirmeye § 257’de belirtilen zamana kadar karşı çıkmadığı<sup>9</sup> sabit ise. Aynı şey, mahkeme başkanı tarafından müdafisi olmayan bir sanığa itiraz etme olanağının öğretildiği durumlar için de geçerli olmalıdır.

Bunun yanında, eğer sanık duruşmadaki değerlendirmeye zamanında itiraz etmemiş ise, savunulan sanığın –hakları- öğretilmeksizin alınan beyanlarının değerlendirilmezliğinin artık temyiz aşaması açısından geçerli kılınamayacağı tezi kuşku hâle gelmiştir. Bu yeni yargı uygulaması tarafından giderek artan ölçüde kullanılan<sup>10</sup> ve ‘itiraz çözümü’ diye adlandırılan çözüm, müdafinin bir ihmalinden sanık açısından ağır hukuksal sonuçları ortaya çıkarmaktadır. Mahkemenin ihtimam yükümlülüğü ve bizatihi mahkemenin ödevi olan koşullarla çelişki, esaslı hukuk devleti hükümlerinin icrasını ihlal etmektedir. Müdafinin temyiz başvurusu için muhakeme ihlali itirazını ayırıp saklayabileceği endişesi, mahkemenin müdafii muhakeme ihlali konusunda bilgilendirmesi ve kendisine (bu konuda) bir değerlendirmeye itiraz edip etmediğini veya buna rağmen bu değerlendirmeyi isteyip istemediğini<sup>11</sup> sorması suretiyle konusuz bırakılmaktadır.

<sup>8</sup> Bu karara ilişkin olarak Bohlander, NStZ 92, 564; Fezer, JR 92, 385; Roxin, JZ 92, 923; Kiehl, NJW 93, 501; Ransiek, StrV 94, 343.

<sup>9</sup> Stuttgart NStZ 97, 405’e göre, itirazın ilk olarak istinaf talebinde –tabiidir ki, § 257’de belirtilen ana kadar- ileri sürülmesi durumunda, itiraz geç yapılmıştır.

<sup>10</sup> Örneğin § 137’nin ihlalinde dahi; BGHSt 42, 15, 22 vd. veya § 136’nın ihlalinde: Fezer’in (StrV 97, 57) yorumu ile birlikte BGH NStZ 96, 290.

<sup>11</sup> İtiraz çözümüne karşı Dornach, 1994, 190 vd.; aynı yazar., NStZ 95, 57; Fezer JR 92, 386; Kiehl, NJW 93, 501; bu çözüm doğrultusunda Widmaier, NStZ 92, 519; R. Hamm, NJW 9, 295; 96, 2185; dengeli olarak Maul/Eschelbach, StraFo 96, 71. İtiraz çözümü olayı hakkında yönelim, Rudolphi-S., 1995, 161, haklı olarak diğer, yani müdafii hatasının şüpheliye yüklenmesi gerektiği eğilimine karşı da yönelişler olmaktadır.

BayObIlg NSTz 94, 250'ye göre, § 136'daki delil değerlendirme yasağı, hatalı olarak –hakları- öğretilmemiş tanığın içinde bulunduğu üçüncü kişiye karşı olan muhakeme için geçerli olmamalıdır. Bu karar, bizatihi dayandığı haklar alanı teorisiyle reddedilmelidir; karşı. yukarıda § 24 D III 2. Çünkü üçüncü şahıs da, yalnızca hukuka uygun biçimde elde edilen delilin kendisine karşı kullanılması hakkına sahiptir. Ayrıca, –hakları- öğretme emrinin ihlalinin üçüncü etkisinin inkarı, ‘bir şüpheliye öğretilmemesi halinde gerçi değerlendirme yasağının meydana geldiği ve fakat *iki* şüpheliye öğretilmediği ve o hususta bilgilendirilmediği durumlarda değerlendirme yasağının meydana gelmediği biçiminde’ absürd neticeleri sonuçlayabilir. Birisi diğeri ile ilgili gerçekleştirilen hukuksal ihlale dayanamayacağı için, bu kişilerden birisi diğeri beyanına dayalı olarak mahkum edilebilecektir.

CMK’nu polis tarafından –hakların- öğretilmesi yükümlülüğünü içermeyen Eski Demokratik Alman Cumhuriyetindeki beyanlar açısından da, BGH kural olarak bir değerlendirmeye izin vermek istemektedir (*Fezer*’in (JR 93, 427) aynı görüşte olduğu yorumuyla birlikte BGHSt 38, 263).

Daha önceki bir sorgudaki –hakların- öğretilmesi yasaklanır ve şüpheli –haklar-kendisine bu anlamda öğretildikten sonra beyanda bulunursa, bu takdirde ikinci beyanın değerlendirilebilirliği ilk açıklamaların değerlendirilemez olduğu şeklindeki (*nitelikli öğretim* diye adlandırılan öğretim)<sup>12</sup> ilave öğretim ile bağımlı kılınmak zorundadır. Çünkü, şüpheli eski ifadesini yalnızca, kendisinin o ifadesini yok edemeyeceğine ve muhakeme ihlallerinin diğer etkilerinin yardımcı olarak görülmediğine inandığı için tekrarlar.

Eğer şüpheli akli açıdan özürsü ise ve bu nedenle § 136’ya göre yapılan açıklamaları anlamıyorsa, onun duruşmadaki beyanı ancak eğer savunulan sanık değerlendirmeye izin verir veya ona § 257’de öngörülen zamana kadar itiraz etmez ise, değerlendirilebilir (*Fezer*’in (JZ 21 B III 1b) reddettiği yorumuyla birlikte BGHSt 39, 349). Bir şüphelinin öğretmeye muvafakat edebilecek durumda olup olmadığı sorusu, duruşma ehliyeti hakkındaki kurallara göre çözümlenmelidir. Karşı. yukarıda § 21 B III 1b.

bb) Bir şüpheli bir müdafiyeye danışma hakkı konusunda bilgilendirilmez ise, o zaman bu bir değerlendirme yasağını beraberinde getirmektedir; çünkü, “bir müdafinin yardımından yararlanma olanağı şüphelinin en önemli haklarından birisidir (karşı. AIHS m. 6 III c). Böylece, şüphelinin yalnızca ceza muhakemesinin objesi olmadığı, aynı zamanda onun haklarının korunmasının ceza muhakemesinin başlangıç ve

---

<sup>12</sup> Bu görüşte Grünwald, JZ 68, 752; Schünemann, MDR 69, 102; Geppert, 1990, karşı yönde BGHSt 22, 129; ancak burada olduğu gibi LG Bad Kreuznach StrV 94, 293; LG Dortmund HStZ 97, 356 (bu hususta Neuhaus, NSTz 97, 312).

sonucunu etkileyebilirliği güvenceye alınmaktadır” (BGHSt 38, 374; ancak değerlendirme yasağı konusunda kuşku BGH NStZ 97, 609)<sup>13</sup>. Eğer şüpheli gerçi danışma hakkı konusunda bilgilendirilir ve fakat kendisine bir müdafî sağlanmasına engel olunursa, aynı şekilde bir delil değerlendirme yasağının varlığı kabul edilmelidir (BGHSt 38, 372); burada § 137 I 1’in bir ihlali söz konusudur.<sup>14</sup>

BGHSt 42, 15<sup>15</sup> daha sonra § 137’nin bir ihlalini ve müdafî olmaksızın alınan beyan açısından bir delil değerlendirme yasağının var olduğunu isabetli olarak kabul etmiştir. Hatta Alman Federal Yüksek Mahkemesi bunu, polisin müdafî araştırılsaydı yapılacak olan yardıma nazaran yetersiz korumanın sağlanmadan, acil durumlara ilişkin avukat hizmetinin bulunduğunu ondan gizleyerek şüpheliye usulüne uygun biçimde –haklarını- öğretmesi halinde de kabul etmiştir. Ancak BGHSt 42, 170<sup>16</sup>, önce bir müdafî isteyen ancak daha sonra gecenin ilerleyen saatlerindeki ifade için kendisine ulaşılamadığından müdafî olmaksızın şüphelinin sağladığı verileri değerlendirmeyi sınırlamak istemektedir. Bu sorunludur. Çünkü, polis tarafından avukat olmaksızın beyanda bulunmak hususunda kandırılan şüpheli kriminal olarak kusurlu ifade alan bir memura karşı kolayca itirazda bulunabileceği ve onun iradesine karşı bizzat ispatlayabileceğinin farkına varmamaktadır. Böylece, eğer derhal alınacak bir ifade için ortaya çıkmamışsa, şüpheliye ertesi günü ifadesi alınmadan önce bir müdafî aramak için zaman verilmelidir. Bu gerçekleşmez ise, bu surette bir değerlendirme yasağının oluşmasının etkisiyle müdafîye danışma hakkı ihlal edilir.

cc) Son zamanlarda, §§ 136 ve 137’nin arkasına dolanılması suretiyle yapılan dinleme olaylarının gerçekleştirilmesinin yasak olup olmadığı ve bunun delil değerlendirme yasağını gerektirip gerektirmediği sorunu özel bir güncellik kazanmıştır. Büyük Dairenin içtihat niteliğindeki kararı (BGHSt 42, 139), aşağıdaki vakialara dayanmaktadır: Polis bir yağma olayı dolayısıyla, yabancı sanığın hemşehrisi E’nin onun iştirakine ilişkin verdiği bilgileri elde eder. Polis E’den polis merkezinden bir tercümanın bulunduğu ortamda sanığı telefonla aramasını ve onu suçunu ikrar etmeye yönlendirmesini ister. Bu gerçekleşir ve sanık çevirmen tanığın beyanına dayalı olarak mahkum edilir.

<sup>13</sup> Bir değerlendirme yasağı için: Strate/Ventzke, StrV 86, 30 vd.; Roxin, JZ 93, 426 vd.; SK-StPO-Rogall, § 136 Rn. 55; AK-StPO-Achenbach, § 163a Rn. 28; Ventzke, StrV 96, 524; Roxin, JZ 97, 343; Hermann, NStZ 97, 209.

<sup>14</sup> Bu karara ilişkin olarak Roxin, JZ 93, 426; Reiß, JR 93, 334.

<sup>15</sup> Bu hususta Beulke, NStZ 96, 257; Müller, StrV 96, 358; Roxin, JZ 97, 343. Bu kararda somutlaştırılan delil değerlendirme yasağını pratik olarak elverişsiz kılan ‘itiraz çözümü’ne ilişkin olarak karş. yukarıda IV. 1 a) aa.

<sup>16</sup> Bu yönde Ventzke, StrV 96, 524; Roxin, JZ 97, 343.

5. Daire<sup>17</sup> burada § 136'nın (ve dolaylı olarak da § 137'nin) arkasına dolanıldığını saptadı ve tercümanın beyanının değerlendirilemez olduğuna karar verdi. Çünkü polis, sanığa bir ifade almada bulunması gerekli olan –haklarını- öğretirken kapalı gizli bir yol denemiş ve böylece sanığı bizzat kendi iradesine karşı kullanmıştı, Buna karşılık Büyük Daire (BGHSt 42, 139), bu tür bir muhakemeyi ilke olarak caiz olarak kabul etti. § 136 ve hiç kimsenin kendi aleyhine davranmaya zorlanmaması ilkesi, yalnızca “bir sorgulamada cereyan eden beyanda bulunmaya zorlamanın resmi karakteri dolayısıyla muhtemelen yanılıgılı kabulünde söz konusu olmalıdır; “yanılma özgürlüğü” daha fazla korunmaz. Buna karşılık Büyük Daire aynı zamanda adil yargılanma ilkesinden hareketle, ‘soruşturma makamlarının şüpheliyi imtihana tabi tutar tarzda gizlice ifadesini aldığı’ “tereddütler”ini ortaya koymuştur. Bununla birlikte bu tereddütler, “gerçek ceza koğuşturmasına ilişkin hukuk devletinin yükümlülüğü” karşısında dengelenmelidirler. “Eğer bir suçun aydınlatılması açısından çok önemli ise ve diğer soruşturma metodlarıyla vakıaların araştırılması neticeye daha az ulaştıracaksa veya bu önemli ölçüde zorlaşacak ise”<sup>18</sup>, ancak o zaman dinleme her zaman gerçekleştirilebilir.

Bu uzlaşı çözümünden daha iyisi, bu tür dinlemeyi kesin olarak yasaklamak ve bu surette elde edilen beyanların değerlendirilemez olduğunu kabul etmek olurdu. Çünkü, § 136'nın şüpheliyi yalnızca sözde zorlamalar değil, bunun yanında ‘resmi olarak yol açılan yanılıgılarla kendisi aleyhinde davrandığı haller’ açısından da koruması gerektiğinin<sup>19</sup> kabulü için birçok neden mevcuttur.

Eğer olay yerindeki bir polis, şüpheliye -haklarını- öğretmeden ve hatta ona bu türde bilgileri vermeden kendisinin ifadesini alırsa, bu kuşkusuz § 136'nın bir ihlalidir, ifadeyi değerlendirilemez kılar. Şüpheli *incognito* ile kıyaslanabilir biçimde telefonla aranır veya arattırılır ise, bu nasıl caiz olabilir?

§ 136'nın kıyasen uygulanması sorununa ilişkin olarak karş. ayrıca yukarıda § 25 III 5-7.

dd) Şüphelinin hazır bulunma hakkı (§§ 168c II, 168d I) ihlal edilirse, o zaman hakim tarafından alınan tanık beyanı veya görünüşün sonuçları değerlendirilmeyebilir. Şüphelinin bilgilendirilmesi sevhen yapılmamışsa, bu da bu duruma dahil bir örnektir. Çünkü, burada onun hakim tarafından dinlenilme talebi

<sup>17</sup> Karş. bu yönde onun müracaat kararı (NStZ 95, 410), gerekçeli kararı (NStZ 96, 200) ve Roxin, NStZ 95, 465.

<sup>18</sup> Bu hususta ayrıntılı olarak Roxin, NStZ 95, 465; aynı yazar, NStZ 97, 18. Büyük dairenin bu doğrultudaki kararının reddi yönünde Bernsmann, StrV 97, 116; Renzikowski, JZ 97, 710; buna karşılık Verrel (NStZ 97, 363, 415) daha çok Büyük Daire'nin görüşüne yönelmektedir.

<sup>19</sup> Daha önceleri, Welp (NStZ 94, 294)'in dinlemeyi caiz saydığı yorumuyla birlikte BGHSt 39, 335. Reddedenler: Dencker, StrV 94, 671; Liskén, NJW 94, 2069; Tietje, MDR 94, 1078.



(Al. AY. M. 103 I, AİHS m. 6) ihlal edilmiştir, şüpheli ispatın sonucunu etkileme şansını (BGHSt 26, 332) yitirmiştir. Tanığa karşı değerlendirilemez tutanağa karşı itiraz dahi ileri sürülemez (*Fezer*'in yorumuyla (1978, 330) birlikte BGHSt 31, 140; bununla birlikte *Fezer*'in reddeden yorumuyla (StrV 87, 234) birlikte BGHSt 34, 231, 234 vd.). § 168'in ihlalinde, hakimin hatalı sorgusunun tutanağı § 251 II'nin koşulları altında dahi tutanak olarak "başka bir sorgu" hakkında değerlendirilemez<sup>20</sup>. Müdafî, şüphelinin bir hakim tarafından sorgusunun yapıldığı hususunda § 168c V'e aykırı olarak bilgilendirilmezse, onun katılımı değerlendirilemez (*Hilger*'in yorumuyla birlikte BGH NStZ 89, 282).

#### b) Tanıklıktan ve Beyanda Bulunmaktan Kaçınma Hakları

aa) Tarafların tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin olarak § 52'ye göre gerekli bilgilendirilmesi gerçekleştirilmez ise, (doktrindeki) müşterek görüşe göre elde edilen beyan değerlendirilemez; delil değerlendirme yasağının amaçladığı "*sanığın ailesinin korunması*" bunu gerektirmektedir (BGHSt 11, 216). § 52'deki hüküm yalnızca tanığın yükümlülüklerinin çatışmasını önlemek olmayıp bunun yanında sanıkların korunmasına da hizmet ettiği için, BGHSt 22, 35'e aykırı olarak, beyanlar tanığın ölümünden sonra değerlendirilemez olarak kabul edilmek zorundadır (Aynı doğrultuda *Peters*, JR 68, 429; *Fezer*, JuS 78, 330; *Michaelis*, NJW 69, 730; *SK-Schlüchter*, § 252, Rn. 30; *Beulke*, Rn. 461). Eğer muhakeme süjesinin -hakları- öğretilmeksizin alınan beyanları kendisinin dahi aleyhine ise, bu bilgiler bir ceza muhakemesinde bizzat ona karşı da kullanılamaz (AG Itzehoe StrV 96, 592).

-Hakları- öğretilmeyen bir tanığın kendisinin tanıklıktan çekinme hakkını bildiği ve ifadesinin kuralına uygun olarak alınması halinde dahi bu hakkını kullanmayacağı sabit ise, istisnaen bir delil değerlendirme yasağı uygulanmamaktadır. Çünkü bu durumda hüküm § 52 III'nin ihlaline dayanamaz (BGH NStZ 90, 549).

Eğer tanıklıktan çekinme hakkı olan bir süje bir bilirkişi tarafından dinlenilirse, o önceden hakim vasıtasıyla tanıklıktan çekinme hakkı açısından bilgilendirilmek zorundadır. Bilirkişi tarafından yapılacak bir bilgilendirme gerekli olmadığı gibi, yeterli de değildir.

bb) Belirli meslek gurupları açısından tanıklıktan çekinme hakkını düzenleyen §§ 53, 53a, § 52'nin aksine bir öğretme yükümlülüğü öngörmemektedir. Bunun

<sup>20</sup> Çok tartışmalı.; başka yönde *Peters*'in reddeden yorumuyla birlikte BayObLG JR 77, 475; BGHSt 34, 231, 234; burada olduğu gibi AK-Achenbach, § 168c, Rn. 18 (atıflarla birlikte). BGH StrV 97, 512 de § 251'e göre bir değerlendirmeye izin vermek istemekte, ancak her zaman için Mahkemeyi bu dolaylı değerlendirme konusunda sanığın bilgilendirmekle yükümlü kılmaktadır.

sonucunda, eğer tanık kendisinin çekinme hakkından kesin olarak habersiz ise, bu olsa olsa mahkemeye ilişkin ihtimam yükümlülüğünden ortaya çıkarılabilir (karş. KI/M, § 53, Rn. 4). Meslek nedeniyle sır saklama yükümlülüğü bulunan bir kimse kendisinin tanıklıktan çekinme hakkını biliyor ve buna rağmen Al. CK § 203 I'ı ihlal ederek beyanda bulunursa, o zaman bu ifade (doktrindeki) egemen görüşe göre değerlendirilebilir. Çünkü, karar, kesin olarak tanığın sorumluluk alanında bulunmaktadır<sup>21</sup>. Hakim sık sık tanığın Al. CK § 203 anlamında yetkisizce ifade verip vermediğini değerlendiremediği için, diğer kimseler ona muvafakat etmek zorundadırlar (*Eisenberg*, BewR, Rn. 1265).

cc) § 97 I'deki elkoyma yasağı ve § 252'deki okuma yasağının, §§ 52, 53 ve 53a ile bağlantılı içinde görülmesi zorunludur. § 97'nin ihlali, §§ 52, 53 ve 53a'ya ilişkin açıklanmada elkoyma yolunda tanıklıktan çekinme hakkının arkasına dolanılmasının önlenilmesi suretiyle ilave bir değerlendirme yasağı yaratmaktadır (BGHSt 18, 229; KK-Nack, § 97, Rn. 7). § 252, daha önceki bir sorgusunda beyanda bulunmuş olan bir tanığın ilk kez duruşmada kendisinin susma hakkını kullandığı olay açısından §§ 52, 53 ve 53a'nın koruma alanını genişletmektedir. Karş. § 252'nin içerik ve kapsamına ilişkin olarak ayrıntılı biçimde aşağıda § 44 B III.

dd) Buna karşılık § 54'deki ispat konusu yasağının (bir memurun beyanda bulunma izni olmaksızın ifade vermesi) ihlali, ifadeyi değerlendirilemez kılmamaktadır<sup>22</sup>. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bu kabulü, § 54'ün kesin olarak devlet sırrını koruduğu ve sanığın savunma menfaatlerine hizmet etmediği düşüncesine dayandırmaktadır. Bu en azından, sırrın ifade vermek vasıtasıyla daha önce ifşa olunduğu ve böylece değerlendirilemezlik açısından kanuni nedenin nihai olarak ortadan kalktığı durumlar açısından doğrudur (bkz. *Grünwald*, JZ 66, 498); Önleyici ihtiyaçlar, memurun disiplin hukukuna ilişkin sorumluluğu vasıtasıyla karşılanmıştır. Ayrıca, mahkeme veya savcılık bir memuru tanıklıktan çekinme hakkının olduğu hususunda yanıltmışsa, “*adil yargılanma*” ilkesi ifadenin değerlendirilmesini yasaklamaktadır.

ee) Eğer § 55 II'ye göre gerekli –hak- öğretimi yapılmaz ise, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre tanığın beyanı bu takdirde dahi değerlendirilmelidir. Çünkü, § 55 yalnızca tanığı olumsuz neticelerden korumamakta ve fakat şüphelinin haklar alanına dokunmamaktadır (BGHSt[GrS] 11, 213; bu olay dolayısıyla haklar alanı

---

<sup>21</sup> BGHSt 9, 59; 15, 200; 18, 146; LR (24)-Dahs, § 53, Rn. 11; KMR-Paulus, § 53, Rn. 55; Schlüchter, 1983, 489.2; başka görüşte Fezer, 15/21; Haffke, GA 73, 65; Ranft, Spindel-FS, 1992, 733; Freund, GA 93, 56 vd.

<sup>22</sup> BGH MDR 51, 275; NJW 52, 151. Aynı yönde Rogall, 1979, 31; çok tartışmalı olarak örneğin: Eb. Schmidt, II, § 54, Nr. 10; Peters, Gutachten zum 46. DJT, 108/109; Rudolphi, 1970, 98; Fezer, JuS 78, 474.

teorisi özellikle gelişmiştir). Haklar alanı teorisine karşı başlangıçta yöneltilen eleştiriler ileri sürülemeyeceği gibi, ayrıca § 55'in gerçeklik değerlerinden tanığın bizatihi yararlanabilip yaralanamayacağı şüpheli olan beyanları aracılığıyla sanıkların aleyhine bir durum oluşturmadan da koruması gerektiğine işaret edilmelidir (Ancak *Grünwald*, bu tür bir koruma amacına karşıdır: 1993, 145). Buna karşılık, bununla Al. CMK'nun müşterek şüphelilerin beyanlarının genel bir değerlendirme yasağını tanıdığı söylenmemektedir (Fakat bu doğrultuda *Ranft*, Rn. 512 vd.). Bu nedenle, en iyi nedenler bir delil değerlendirme yasağı açısından söz konusudur<sup>23</sup>.

Bir sanığın daha önceki bir muhakemede tanık olarak ifadesi alınmışsa ve ayrıca o, § 55 II uyarınca –hakları- öğretilmediği halde kendisi aleyhine beyanda bulunmuşsa, bu takdirde bu bilgiler daha sonraki bir muhakemede kendisine karşı kullanılamaz (aynı yönde BayObIG NJW 84, 1246).

### c) Zorlama Tedbirleri

aa) § 81a'ya göre kan testi veya başka bir araştırma sonucunun caiz olmayan bir tarzda elde edildiği olay, örneğin yetkisiz bir kimsenin (örneğin basit bir polisin) görevlendirilmesi veya müdahalenin doktor olmayan bir kimse (yani pratik olarak her şeyden evvel: bir tıp asistanı) tarafından gerçekleştirilmesi, burada her şeyden evvel büyük bir pratik öneme sahiptir. Doktrinde tamamen egemen olan görüş, şimdiye kadar bu tür bir ihlalde hukuka aykırı elde edilen delilin kullanılabilir olduğu görüşündeydi<sup>24</sup>. Doktrinde egemen görüşe, § 81a'nın (§§ 52, 55 ve 136'dan farklı olarak) delili muhakemeden ayırık tutmak hakkını vermediği ve delilin kalitesini güvenceye de almadığı hususunda katılmak gerekir. Onun amacı daha çok, şüpheliyi özgürlüğü sınırlayıcı ve sağlığını tehlikeye sokucu düşüncesizce veya uygun olmayan müdahalelerden korumakta tükenmektedir. Ancak bu koruma amacına, yetkisiz kişinin (örneğin doktor olmayan kişinin) müdahalesini maddi ceza hukuku açısından (özgürlüğün kısıtlanması ve müessir fiil dolayısıyla) cezalandırılması suretiyle ulaşılır; diğer taraftan § 81a'nın koruma amacı onun yaralanmasını tüketmektedir. Bunun neticesinde, bu bakış açısı altında, hukuka aykırı elde edilen delilin daha sonraki değerlendirilmesine karşı bir itiraz ileri sürülmemektedir. Ancak § 81a'daki hüküm görevlendirilmiş kişi tarafından bilinçli olarak kötüye kullanıldığı takdirde, “*adil yargılanma*” ilkesi (bkz. yukarıda § 11 V)

<sup>23</sup> Çok tartışmalı.; tıpkı burada Eb. Schmiedt, JZ 58, 596; Peters, Gutachten 46. DJT., 128 vd.; Rudolphi, 1970, 98; Alman Federal Yüksek Mahkemesi gibi Grünwald, 1966, 498; Otto, 1985, 301.

<sup>24</sup> Karş. çok sayıdaki atıfla birlikte BGHSt 24, 125; aynı görüşte Schünemann, JA 72, 635; Schöneborn, GA 75, 33; atıflarla birlikte Fezer, JuS 78, 613; başka görüşte öncelikle Eb. Schmidt, MDR 70, 462; farklı olarak Sv. Schröder, 1992, 133 vd.

bir değerlendirme yasağını gerekçelendirir (karş. Fezer, JuS 78, 614; Rogall, 1979, 31).

Bir kan testi dahi, § 81a uyarınca hükmedildiği için değil, bilakis yalnızca operasyonun hazırlanması amacıyla çıkarıldığı ve daha sonra § 97 I Nr. 3'deki elkoyma yasağının ihlaliyle koğuşturma organlarının eline geçmiş olursa ve eğer yalnızca § 81a'nın koşulları söz konusu ise, Celle NStZ 89, 385'e ve Zweibrücken NJW 94, 810'a<sup>25</sup> göre hastaya karşı delil olarak kullanılmamalıdır (varsayımsal hazırlık soruşturmasına ilişkin genel olarak bkz. yukarıda III 2). Böylece Heinrich (1996, 23 vd.) ile birlikte bu, her halükarda (hukuka aykırı) elkoymanın § 81a'ya göre ciddi bir kan testini, örneğin hastanın kötü duru dolayısıyla hiçbir şekilde caiz olmayacak olayı açısından tartışılmalıdır (her iki Yüksek eyalet Mahkemesi kararında böyle davranılmıştır). Yani esas itibarıyla, güvenceye alma zamanındaki diğer bir kan testinin hukuka uygun elde edilebilirlik varsayımı açısından bir alan bulunmamaktadır; ve § 81a'ya göre somut olarak eldeki mevcut kan testinin hukuka uygun biçimde elde edilebilirliği varsayımının dikkate alınması -Heinrich'in (age, 26 vd.) inandırıcı biçimde yaptığı gibi- "geriye bakarak hipotez oluşturma yasağı"nda (age, 33) başarısızlığa uğramaktadır: "gerçekleşen bir şeye ilişkin varsayım oluşturmada" -burada: (test için) kan alınması- "zaman açısından onun hukuka aykırılığını ödünlemek için geçerli" değerlendirme yasağını ortadan kaldıran hazırlık dosyasını" -güvenceye almak- yeniden ele almak kabul edilemez (age, 31). Ancak, elkoyma zamanında da § 81a'ya uygun biçimde ikinci bir kan testinin yapılabileceği olay açısından dahi, yalnızca eğer nesnel değil en azından gerçekten elde edilen ve varsayımsal olarak elde edilebilir olan diğer kan testi arasındaki 'normatif özdeşlik' dikkate alınmaya elverişli bir cereyan varsayımının kabul edilebileceği, nadir olaylarda bu yapılır (ayrıntılı olarak Heinrich, age, 34 vd, 44 vd.); eğer polis "yalnızca kan (örneği) alınmasına çok az dikkat eder ve aynı zamanda güvenceye almak akamete uğrarsa", bu tür bir olay söz konusu olur (age, 44).

bb) Eğer dinlemenin maddi koşulları, özellikle de § 100a'ya göre katalog suçu şüphesi eksik ise, §§ 100 vd.'na göre bir telefon dinlemenin sonuçları doktrinde egemen olan görüşe göre değerlendirilebilir değildir. Bununla birlikte, maddi koşulların değerlendirilmesinde BGHSt 41, 34'e göre kararlaştırılan hareket serbestisi alanının bulunduğu sınırlı olarak dikkate alınmalıdır: Bunun sonucunda, bir delil değerlendirme yasağı yalnızca keyfi veya büyük yanılgılı değerlendirmede

<sup>25</sup> Bu kararlara ilişkin olarak Mayer, JZ 89, 908; Al. CMK § 81a'ya ilişkin olarak Wendisch, OLGSt, Nr. 3; Wohlers, NStZ 90, 245; Beulke, ZStW 103 (1991), 675 vd.; Sv. Schröder, 1992, 19, 136 vd.; Hauf, NStZ 93, 461; Geppert, JK 94, StPO § 97/1; Weiler, MDR 94, 1163; aynı yazar., NStZ 95, 98; Flöhr, Jura 95, 131; ve ayrıntılı olarak Heinrich, 1996, 13 vd., 23 vd.

söz konusu olur (bu hususta ayrıntılı olarak aşağıda § 34 IV 3b). Buna karşılık §§ 100b, 101'in şekli koşullarının dikkate alınmaması, özellikle de orada gerekli olan yazılı biçim veya bilgilendirmenin eksikliği bir değerlendirme yasağını oluşturmaz. Eğer, § 100b I uyarınca bir hakim veya savcılık kararı yoksa, yalnızca o zaman biraz farklı bir şey geçerli olmalıdır (BGHSt 31, 308 vd.).

Tesadüfi bulgular olarak adlandırılan bulgular, yani suça ilişkin olmayan, telefon dinleme ile ilişkili olarak sınıflandırılan bilgiler açısından, § 100b V özel bur kural düzenlemektedir: Bunun sonucunda, bir değerlendirilme yalnızca § 100a'nın katalog suçları veya onlarla bağlantı içinde bulunan suçların ispatına ilişkin olarak tartışma konusu olur. Kapalı alan konuşması diye adlandırılan konuşma sorununa ilişkin olarak ayrıca karşı yukarıda § 34 IV 3c.

cc) Doktrinde egemen olan görüş, Al. CMK. § 110a vd. uyarınca gizli soruşturmacı açısından müdahale koşullarını da, tıpkı § 100a'da olduğu gibi maddi ve şekli koşullar olarak ayırma tabi tutmaktadır (karş. yalnızca *Beulke*, Rn. 481a). Tesadüfi bulgular açısından burada da kanun § 110e içine § 100b V'e tekabül eden özel bir hüküm sokmuştur. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi alanında özel delil değerlendirme sorunlarına ilişkin olarak karşı ayrıca yukarıda § 10 B II f.

## 2. Bağımsız Delil Değerlendirme Yasakları

Hazırlık soruşturması bağlamında caiz delil elde etme alanında temel haklara müdahale söz konusu olabilir. Bu konuda en önemli olaylar, gizlice ses, fotoğraf veya film kaydedilmesine karar vermek ve günlüklere el koymaktır. Burada bir değerlendirme yasağı, doğrudan doğruya Al. AY. m. 1, 2'den türetilebilir. Ancak I. e. Burada ayırık tutulmalıdır (Karş. *Küper*, 1990; *Roxin*, 1991, 78 vd.; *Baumann/Brenner*, 1991, 156 vd.):

Eğer yapılacak bir değerlendirme kişiliğin dokunulamaz çekirdek alanını ve böylece insan onurunu (Al. AY. m.1 I) ihlal edecek ise, bir değerlendirme yapılması kesinlikle kabul edilemez (esaslı olarak BverfGE 34, 238). Kendisiyle yalan yere yeminin ispatlanması gereken (BGHSt 19, 325) bir cinsel ilişki hakkında samimi günlükteki yazılar hususunda karar vermek gibi, içinde bir adam öldürme şüphelisini somut fiil ilişkisi olmaksızın kendisinin şiddete dayalı bir fiili işlemeye ilişkin iç çatışmaları ve eğilimini birbirinden ayıran (BGHSt 34, 397) yazılı notlar olayı da böyledir. Şüphelinin eşinin samimi günlüğü (LG Saarbrücken StrV 88, 480) ve keza şüphelinin kendisinin sağlık durumu hakkında bir doktora yazdığı ve fakat henüz göndermediği mektup (BayObI G NStZ 92, 556) açısından da aynı şey geçerlidir. Bu tür olaylarda baştan itibaren bir denge bozulmaktadır. Ne yazık ki, Alman Federal Yüksek Mahkemesi her zaman açıkça "çekirdek alan teorisi"ne taraf olmadı ve BverfGE 80, 367'nin 4'e karşı 4 oyla verdiği bir kararında kişiliğin

çekirdek alanının değerlendirme vasıtasıyla dokunulamaz bir alan olarak kabul ettiği esnada, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin içinde "ceza yargısının yararları"na şüphelinin kişilik haklarından daha fazla önem verdiği BHGSt 34, 397'de 'değerlendirilebilir' sonucuna ulaştı<sup>26</sup>.

Yargı uygulamasının ve doktrinde egemen görüşün bu tür olayları genel kişilik haklarına ve keza insan onuruna saldırı olarak değerlendirirken, *Amelung* (1988; benzer yönde *Lorenz*, GA 92, 254) günlük notlarını "vicdani araştırma" olarak kabul etmek ve (tamamen görülebilir nitelikte olmayan tutarlılıkla) Al. AY'nın 4. maddesinin koruması altına almak istemektedir; daha da ileri giderek yazılı kişisel tartışmaları bizzat ve dünyayı genel olarak vicdani sorun olarak tasnif etmeyi istemektedir.

Bir değerlendirmenin kişiliğin iç alanına değil de, bilakis yalnızca basit özel yaşama ve bununla birlikte genel kişilik hakkına saldırı oluşturması durumunda, başka ayırımlar da yapılmalıdır. İçinde bir "bağımsız değerlendirme yasağının" söz konusu olduğu, devletin hukuka aykırı delil elde etme vasıtasıyla bir delili elde etmeyi sağlamadığı olaylarda, haklı olarak ceza koğuşturması menfaatleri ile şüphelinin kişilik hakları arasında denge kurulmaktadır. Bunun sonucunda ise, çok ağır suçlarda bir 'değerlendirme'nin yapılması caizdir. Bir ağır suç failinin muhasebe kayıtları kendisinin işlediği suçlar hakkında, yani kendisinin suçunun ispatı açısından kullanılabilir. Özel bir şahıs şüpheli ile planlanan bir kundaklama eylemi hakkındaki konuşmasını gizlice video kasetine almış olursa, bu ispat aracı olarak değerlendirilebilir (BGHSt 36, 167. Reddeden *Joerden*, Jura 90, 642); eğer bir hakaret veya mala zarar verme suçu söz konusu olsaydı, başka türlü karar verilirdi. Özel bir kişi tarafından kaydedilen gizli ses kaydı aracılığıyla yalan yere yemin suçuna azmettirmeye teşebbüs ve partiye ihanetin ispat edildiği BGHSt 14, 358'de de, bir 'değerlendirilebilirlik' reddedildi; bir iftira ve suç tasniinin (BayObI G NStZ 90, 101) veya haber hizmetine ilişkin ajan faaliyetinin (*Lorenz*'in yorumuyla (JR 94, 430) birlikte BGH NStZ 94, 350) ispatına ilişkin değerlendirmenin de caiz olmadığı yargısı kabul edilmelidir. *Frank* (1996, 118) özel bir şahıs tarafından yapılan kaydın değerlendirilebilirliğinin hukuka aykırılığını Al. CMK §§ 100a, c'ye ilişkin bir kıyasa göre belirlemek istemektedir.

Bir kez dahi özel yaşama da tekabül etmemiş olan durumda, değerlendirmenin kabulü tamamen tereddütsüz bir şeydir. Çocuk kaçıran bir kimsenin tehditkar telefonunun, ızdırar hali benzeri bir durum nedeniyle, § 201 ihlal edilmeksizin ses

---

<sup>26</sup> Bu görüşte Beulke, Rn. 473; buna karşılık azınlıkta kalan dört hakimin ikna edici oyu age.; Reddedenler Wolter, StrV 90, 175; Störmer, NStZ 90, 397; Geis, 1991; Berkemann, JR 90, 226; Küpper, 1990; Rolf Schmidt, Jura 93, 591. Ayrıca BGHSt 34, 397'ye ilişkin olarak karşı. Plagemann, NStZ 87, 570 ve Geppert, JR 88, 471'in yorumları.

kaydı yapılabilir ve daha sonra onun ispatı için kullanılabilir. Bir oyun gazinosunda gizlice çekilen ve kendileriyle vergi dairesinin gizlice para alan görevli denetçisinin gözlenmesine ilişkin fotoğraflar da değerlendirilebilirler Schleswig NJW 80, 352).

Buna karşılık, bağımsız olmayan delil değerlendirme yasağı sorununu delil elde etme yasağını devletin ihlal etmiş olduğu yukarıda tasvir edilen durumlardan ayırmak güçtür (Bu hususta karş. yukarıda IV vor 1.). Bu tür olaylarda sorun, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen Üç Basamak Teorisine (kişisel çekirdek alan-sade özel yaşam-özel yaşam dışındaki alan) hiçbir şekilde bağlı değildir. Devlet hukuki esası olmayan müdahalelerden bir yarar elde etmeye izinli olmadığı için, daha çok önemli veya kasti hukuk ihlallerindeki delil ne olursa olsun değerlendirilemez. İçinde bir ceza kurumu içinde bir beyanda bulunmaktan kaçınan sanığın gizlice kaydedilen sesleri kendisinin suçluluğunun ispatı için kullanılmış olan *Schleyer*'in kaçırılma olayında (BGHSt 34, 39), değerlendirilemezliğin gerekçelendirilmesine ilişkin olarak Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından ortaya konan dengeye ihtiyaç duyulmadı (agk, 53). Yalnızca Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından (seslerin) kaydedilmesinin ikna edici biçimde oluşturulan hukuka aykırılığı (bu hususta bkz. aşağıda § 25 IV 2a; § 33 A III), o kayıtların değerlendirilmesine aykırı idi.

#### V. “Zehirli Ağacın Meyvesi”

Bir delil değerlendirme yasağı kabul edilince, o zaman ‘bunun yalnızca doğrudan doğruya yasak bir metodla elde edilen delil açısından geçerli olup olmadığı ve bu surette dolaylı olarak elde edilen delilin değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği’ biçimindeki diğer bir soru sorulmaktadır (örneğin eğer, uyuşturucu madde aracılığıyla konuşurulan şüpheli cesedin gizlendiğini söylerse, ceset buna istinaden bulunursa ve ceset üzerinde kendisinin kan izleri saptanırsa; acaba ispat yasağının *uzak etkisi*, kan izlerinin o kişinin suçluluğunun ispatında kullanılmamasını sağlamaya yeterli midir?). Bu soruna ilişkin olarak *Amerikan ceza muhakemesinde “fruit of the poisonous tree doctrine”* geliştirilmiştir; buna göre, bir delil değerlendirme yasağı dolaylı olarak elde edilen delili d kapsamaktadır (Karş. *Mueller*, 1966, 38; *Erdmann*, 1969, 137 vd., 201 vd.; *Harris*, 1991). Uzak etki Alman hukukunda da kabul edilmelidir. Çünkü, aksi halde kolayca ispat yasaklarının arkasına dolanılacaktır. Sorun son derece tartışmalıdır<sup>27</sup>. Alman Federal

<sup>27</sup> Uzak etki için: Köln NJW 79, 1216; Oldenburg NSTZ 95, 413 (§ 136’ya ilişkin bir olay hakkında); Grünwald, StrV 87, 470; Fezer, JZ 87, 937; Otto, GA 70, 293; Spindel, NJW 66, 1105; farklı olarak Ranft, Rn. 1615 vd.; Koriath, 1994, 103 vd. Uzak etkiye karşı: Stuttgart NJW 73, 1941; Sarstedt, 1966, 23; Rogall, 1979, 39; Seiler, 1996, 193 vd.

Yüksek Mahkemesi Mektup-Posta ve telekomünikasyonun gizliliğinin sınırlandırılmasına ilişkin kanunun ihlalinde (Kanun 10), bu ihlal ile bağlantılı olarak Al. AY'nın 10. maddesinin uzak etkisini kabul etmiştir (*Rigel*'in yorumu [JZ 80, 757] ile birlikte E 29, 244). Buna karşılık, BGHSt 32, 68; 35, 32'ye göre caiz olmayan telefon dinlemede (§ 100a) bir uzak etki, ancak tanık ve sanıkların ikrarının doğrudan doğruya caiz olmayan (telefon) dinleme tutanağının içeriğine dayanması durumunda söz konusu olmalıdır. Soruşturma makamlarının muhtemelen yalnızca caiz olmayan (telefon) dinleme nedeni dolayısıyla sanıkların izini elde etmiş olmaları değerlendirilemezlik için yeterli olmamalıdır. Bu (görüş) reddedilmelidir (farklı çözüm teklifleriyle aynı görüşte *Wolter*, NStZ 84, 276; *Schlüchter*, JR 84, 517). Alman Federal Yüksek Mahkemesi, § 136a'nın bir ihlali (bir hücreye kapatılan ihbarcı şüphelinin ağzını arar) halinde de, değerlendirilemez beyanları araştıran tanığı şüphelinin suçunun ispatında kullanmayı caiz saymak istemektedir<sup>28</sup>. Bu, aynı şekilde, yasaklanan uygulamaların doğrudan doğruya cesaret vermesi ve sonuçta § 136a'nın boşa çıkmasına neden olduğu için de reddedilmelidir (bu görüşte *Grünwald*, 1993, 158 vd.). Bir gizli soruşturmacının görevlendirilmesine ilişkin bir hakim onayının olmaması da, gerçi mümkün olduğunca onun beyanını değerlendirilemez kılmalı ve fakat bu surette sanığın elde edilen ikrarını değerlendirilemez kılmamalıdır (BGH NStZ 96, 48). Buna karşılık şu tespit edilmelidir ki, eğer bir delil araştırmaların o zamanki gidişatına göre yüksek bir ihtimalle muhakeme ihlali olmaksızın da elde edilebilecek idi ise, o takdirde artık yukarıda (III 2 vor a) tasvir edilen alandaki dolaylı delillerin değerlendirilmesi söz konusu olabilir.

## **V. Özel Şahıslar Aracılığıyla Hukuka Aykırı Delil Elde Etmek**

Deliller yalnızca ceza koğuşturması organları aracılığıyla değil, bunun yanında özel şahıslar aracılığıyla da elde edilebilirler örneğin failin suçunu ispat etmek için bizzat mağdur araştırma yapar ve; bu hususta ayrıntılı olarak *Krey*, 1994). Bununla birlikte, eğer bu özel şahıslar hukuka aykırı davranır (örneğin belgeleri çalarsa) ve bu şekilde elde edilen delilleri soruşturma organlarının tasarrufuna sunarlarsa, elde edilen bu delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilip kullanılamayacağı sorusu sorulmaktadır. Al. CMK'nun muhakeme hükümleri (ve her şeyden önce ispat metodu yasakları) yalnızca ceza koğuşturması organlarına yönelik oldukları için, bu tür deliller ilke olarak *değerlendirilebilir*<sup>29</sup> niteliktedirler; yalnızca aşırı biçimde

---

<sup>28</sup> BGHSt 34, 362; başka görüşte LG Hannover StrV 86, 521; Grünwald, StrV 87, 470; Fezer, JZ 87, 937; Seebode, JR 88, 427; Reichert/Hammer, JuS 89, 446; Neuhaus, NJW 90, 1221; Roxin, 1991, 95 vd.

<sup>29</sup> Başka görüşte Rogall, 1979, 40; aynı yazar, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, 210 vd.; farklı yönde Grünwald 1993, 163. Buna karşılık *W. Hassemer/Matussek* (1996, 74) özel soruşturma metodlarının hukuka aykırılığını soruşturma organları için geçerli neticelerin ölçülerine göre değerlendirmemektedir. Çünkü, özel şahıs bu hükümlere dayanamaz. İlke olarak daha çok (ağır suç isnadı



insan haklarına aykırılık olayları açısından bir istisna geçerli olmak zorundadır (karş. *Kleinknecht*, NJW 66, 1543): örneğin özel bir şahıs ıstıraplı işkence aracılığıyla bir ikrara zorlarsa (*Gössel*, § 23 B IIc, özel şahısların elde ettiği delilin değerlendirilmesi için genel olarak § 136a'yı uygulamayı istemektedir. Karş. aşağıda § 25 IV). Bundan başka *ispat aracı yasakları* burada da delil değerlendirme yasakları ile bağlantılı kılınmıştır. Çünkü, onlarda delili kimin elde ettiği önemli değildir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, özel bir şahısın gizlice ses kaydetmesine (aynı şey günlük olayı açısından da geçerlidir) ilişkin *ses kaydedilmesi kararı*nda (BGHSt 14, 358), ceza koşturması organları aracılığıyla kaydın değerlendirilmesini bir yeni, kendine özgü insan hakkı ihlali olarak görmek suretiyle, aynı sonuca ulaşmıştır (aynı görüşte *Schmitt*, JuS 67, 25).

---

istisnasıyla birlikte) ceza muhakamesinde şüphelinin sübjektif konumu özel şahsın gizli soruşturma metodlarının caizliğine aykırıdır. Özel (şahıs) soruşturmaları veya resmi makamların şüphelinin suçunu ispat edebilip edemeyeceği açıkça düzenlenmemiş dahi olsa, netice olarak deli değerlendirme yasağının varlığı kabul edilmelidir (age, 84).