

EUROPEAN CONSTITUTIONALISM AND ITS FUTURE AFTER BREXIT!

AVRUPA ANAYASALCILIĞI VE BREXIT SONRASI GELECEĞİ!

DOI: 10.21492/inuhfd.353082

İlyas Fırat CENGİZ*

Abstract

Constitutionalism and the EU constitution still keep their distinctive place in European Union (the EU) studies. The concept of constitutionalism has legal and institutional dimensions, which have an integrative influence over the people of the Union. It implies effective relationships within social actors so as to create social ordering and cultural ideas. For that reason, diversities and different interest actors within the Union require valid, reasonable, symbolic and normative elements such as social identity, catastrophic events, and common history, culture and religion in order to bind people together in the Union and to generate a common mental process. Yet in case of a crisis within the EU – such as identity, integration, constitution, and democratic deficit etc. – the fundamental reason for this would be the lack of constitutive element known as the *raison d'être* of integration. For instance, democracy deficit in the policy and law making process of the EU is regarded as one of the main issues. The citizens of the Member States have been excluded and they have been losing their interests of and support to EU policies. This is closely related to legitimacy of the constitution of the EU as well as creating common mental process. In this manner, BrExit is the historic event that all these crises and problems have obviously revealed. It divulges how EU constitutionalism fails in creating common legal and institutional dimensions. BrExit referendum is taken as a catalyser event creating huge impacts on constitutionalism and social integration of the EU. BrExit implies that preserving national sovereignty with high level of legitimacy has kept its importance over the supranational project of the Union challenging with democracy deficit, limited legitimacy, and lack of common mental process for European demos.

Keywords: Constitutionalism, the European Union, constitution, integration, legitimacy, Brexit

Özet

Anayasalcılık ve anayasanın kendisi hala Avrupa Birliği (AB) çalışmalarında önemli bir yer edinmektedir. Anayasalcılık konsepti AB vatandaşlar üzerinde entegrasyonu sağlayan bir etkisi olan yasal ve kurumsal boyutları içermektedir. Anayasalcılık kültürel fikirler ve sosyal düzenleyiş yaratan, sosyal aktörler arasında etkileyici ilişkileri kapsamaktadır. Bu nedenle, birlik vatandaşlarını birlikte tutabilmek için ve ortak bir akli süreç oluşturabilmek için, birlik içerisindeki farklı çıkar grupları ve çeşitlilikler geçerli, makul sembolik ve normatif unsurlara - sosyal kimlik, feci-yıkımsal olaylar ve ortak tarih, kültür,

* Dr. Yalova University, Faculty of Law, (ilyasfirtcengiz@hotmail.com)

din, - ihtiyacı vardır. Fakat, AB'nin herhangi bir krizi durumunda - örneğin; kimlik, entegrasyon, anayasa, ve demokrasi açığı gibi - entegrasyonun varlık sebebi olarak bilinen kurucu unsurların eksikliği bu krizlerin temel sebep olmaktadır. Örneğin, AB politikaları ve kanunlarını yapma sürecinde demokrasi eksikliği en temel konu olarak kabul edilebilir. AB vatandaşları bu süreçlere dahil edilmemiş ve onlar AB politikalarına olan desteklerini ve ilgilerini kaybetmişlerdir. Bu durum AB anayasasının meşrutiyeti ile ve ortak akli süreç yaratma ile yakından alakalıdır. Bu bağlamda Brexit bu problemleri ve krizleri ortaya çıkaran tarihi bir olaydır. Aynı zamanda Brexit AB anayasalcılığının ortak bir yasal ve kurumsal boyut oluşturmada başarısız olduğunu ortaya koymaktadır. Brexit referandumu burada katalizör bir olay olarak kabul edilerek AB toplumsal entegrasyonu ve anayasalcılığı üzerinde çok büyük bir etkisi olmaktadır. Brexit meşru ulusal egemenliğin sınırlı toplumsal meşrutiyeyle sahip olan, demokratik eksiklik ile yüzleşen ve "Avrupa halkı" için sınırlı seviyede ortak akli süreçle sahip olan ulus üstü bir proje olan AB ye karşı önemini hala koruduğu ortaya koymuştur.

Anahtar Kelimeler: Anayasalcılık, Avrupa Birliği, anayasa, entegrasyon, meşruiyet, Brexit

INTRODUCTION

Constitutionalism and the EU constitution have been occupying their distinctive place in European Union (the EU) studies. Constitutionalism is a troublesome issue with its many standards which have been questioned by many scholars.¹ Thus, there are various conceptions and approaches to "constitutionalism" in European studies from different points of views.² In the EU constitutionalism debates, context of modern nation-states has been based on pre-modern period of meanings of 'state', 'sovereignty', 'constitution', 'democracy' and 'demos', 'separation of powers', 'citizenship', 'civil society' and 'public sphere'.³ The discussion of the EU constitution has been continued on many standard versions of the concept of constitutionalism but it has been understood by all in a way of legal and institutional dimensions.⁴ In both dimensions, Grimm states that the legal norms as a constitutional level to regulate the creation and exercise of political power leads constitutions to have an integrative influence,

¹ SHAW Jo: 'The Emergence of Post national Constitutionalism in the European Union' <http://aei.pitt.edu/2385/1/002528_1.pdf> (accessed on 11.12.2017), p.4

² For instance, Vaicaitis discuss "constitutionalism" with its three different dimensions; "(i) economic constitution, (ii) European human rights and (iii) European political constitution". see in Vaicaitis Vaidotas A.. 'European Constitutionalism v. Reformed Constitution for Europe' (2010), 1/119, Jurisprudence, p.71

³ KAARLO Tuori: 'The Failure of the EU's Constitutional Project: A Cultural Discrepancy' in (Ed) Nergelius Joakim, Constitutionalism - New Challenges: European Law from a Nordic Perspective, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008, p.108

⁴ SHAW, p.4

as a result of this, it has been expected that European constitutionalism fosters the integration of the people of the Union.⁵ The constitutionalism means being a part of the process of social organisation which has effective relationships within social actors so as to create social ordering and cultural ideas.⁶ Diversities and different interest actors within the Union require valid, reasonable symbolic and normative elements such as social identity, common catastrophic events, and common history, culture and religion in order to hold the people of the Union together. By having this, the EU policies and legal norms have been legitimated in a broad sense. Yet, if there is a crisis within the EU – identity, integration, constitution etc. – the fundamental reason for this would be that the lack of constitutive elements known as the *raison d'être* of integration. Another main problem might be the lack of a reason why the EU citizens need to share national sovereignties with supranational institutions for more integration. Therefore, during the integration process, the citizens of the Member States have been excluded and they have been losing their interest and support of EU policies.⁷ It is because the Member States have fulfilled this duty with the establishment of Treaties without asking their citizens. This reveals democracy deficit in the policy and law making process. Brexit is the historic event that all these crisis and problems have obviously revealed. It divulges that EU constitutionalism fails creating common legal and institutional dimensions. It is obvious in the Brexit referendum due to 51.9% (leave voters) of British people.

Furthermore, in this article, Grimm's idea of "integration by constitution"⁸ is a point of departure to provide an analysis of EU constitutionalism with consideration of all its aspects. Grimm's approach to EU constitutionalism will be adopted as a starting point amongst many and BrExit

⁵ DIETER Grimm: 'Integration by Constitution' (2005) 3 International Journal of Constitutional Law, p.194

⁶ SNYDER Francis: 'The Unfinished Constitution of the European Union: Principles, Process, and Culture' This paper was published by International Conference on Law and Justice in the 21st century. <<http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/FrancisSnyder.pdf>> (accessed on 10.10.2013) p.12-3

⁷ HORTENSE Goulard: 'French and Greeks like the EU even less than Brits New survey finds rising Euroskepticism in several countries', <<https://www.politico.eu/article/poll-the-eu-is-bad-news-but-britain-shouldnt-leave-it/>> 06/08/2016, (accessed on 28/12/2017)

⁸ Grimm's points of views in this article; DIETER Grimm: 'Integration by Constitution' (2005) 3 International Journal of Constitutional Law pp.193-208

referendum will be taken as a catalyser event creating huge impacts on constitutionalism and social integration of the EU. In the end, BrExit referendum will be evaluated in terms of the EU constitutionalism.

I. WHAT DOES EUROPEAN CONSTITUTIONALISM AIM?

Modern constitutions over their minimal definition of being simply the "law that establishes, empowers and regulates the main organs and levels of government and their relationships with each other" have symbolic and functional role.⁹ They contain the nature and qualities of the polities, and represent the identity and expressions of popular sovereignty and their citizens.¹⁰ In this regard, constitutionalism is composed of, as Raz defines, seven characteristics of constitution:¹¹ First one is the minimal definition of a constitution. Second, a constitution seeks to provide guiding principles and stability and continuity in the legal and political system. Third, constitutions give references to a canonical formulation. Fourth, constitutions are superior laws over ordinary legislation. Fifth, in the judiciary mechanism, constitutions may be interpreted and other legal acts may be tested whether they comply with the constitutions. Sixth, constitutions are rarely subject to amendments. Seventh, constitutions speak of the guiding principles and common beliefs of the polity they represent, such as democracy, legitimacy, basic political and civil rights, and pluralism and diversity. Even relative weight of these elements and their combination may vary from case to case, but they may all be taken as affirmative of the existence of constitution.¹² And constitutionalism is a process moving towards the accomplishment of those characteristics.¹³ Specifically in the EU context, constitutionalism means the transformation of the EU from an international to a constitutional legal order.¹⁴

⁹ SCICLUNA Nicole: 'European Union Constitutionalism in Crisis', (Routledge, London&New York, 2015) p.18

¹⁰ SCICLUNA, p.18

¹¹ RAZ, J. 'On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries'. In Alexander, L. (ed.) 'Constitutionalism: Philosophical Foundations', Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.153-4

¹² RAZ, p.154

¹³ SCICLUNA, p.19

¹⁴ WEILER, J. H. H. 'The Transformation of Europe'. (1991) 100/8 The Yale Law Journal, p.2422.

In the EU constitutionalism process, not only focusing on norms is adequate but also constitutionalism and constitutional culture should be considered within a broader context.¹⁵ It is because, if the EU seeks to remove its constitutional deficit, it is not adequate to discuss the context of EU constitution; the political process for constitution also needs to be taken into account. This kind of process requires principled argument and imaginative political psychology.¹⁶ As a consequence of this, solution for such deficit might be that the EU constitution endeavours to establish well-built European identity and then, it can produce values for all 'Europeans', hence; this creation of identity has some similarities with the American 'demos' example.¹⁷ Then, the EU constitutionalism may have possibility to hold the people together within European identity. This identification can be used as a possibility to establish bonds between different legal and political systems due to the lack of shared meanings across the Union.¹⁸ For this reason, the definition of the European demos is long running process.¹⁹ Yet, constitutionalism might play an effective role, which reduces the duration of the integration process on European demos.

The debate of the European constitutionalism has been materialized by transforming the principles and institutions of national constitutions.²⁰ In the integration process, the EU institutions have gained sovereignty from the Member States in order to extend its power of supranational sovereignty. The EU constitutionalism has redefined the system of legal rules which establishes public power. This legal impact of the integration poses influences over not only the Member States' authorities but also the people of the Union. From Grimm's point of view, this effect can be explained by action theory and system theory. Action theory defines that social integration is strengthened by values and norms which came into

¹⁵ SHAW, p.10

¹⁶ CASTIGLIONE Dario, 'Contrast and Constitutions' in Bellamy Richard 'Democracy and constitutional culture in the Union of Europe' Lothian Foundation Press, 1995, p.74

¹⁷ HURRELMANN Achim: 'European Constitutionalism and Social Integration'. Paper prepared for the Federal Trust/UACES Conference 'Towards a European Constitution', London, 1-2 July 2004, p.13

¹⁸ GRIMM, (2005) p.208

¹⁹ ZENON Bankoviski/EMILIOS Christodoulidis: 'The European Union as an Essentially Contested Project' (1998) 4 European Law Journal, p.349

²⁰ HURRELMANN, (2004), p.2

existence in a socialization progression.²¹ System theory implies that limitations can be enforced by different functional systems of the society; this has a determinative influence on individuals' behaviours.²² As a result of two social integration approaches, constitutionalism influences coordination of action and cohesion of beliefs and values in society.²³ In this context, constitutionalism can make a vast contribution to social integration and establishing a common identity for a constitution. Thus, social integration and debate on constitutionalism are mutually conducted in order to hold the society together. Hurrelmann states that instrumental and symbolic mechanisms of integration bring any modern and complex society together even though it is a difficult process in practice.²⁴ As a result of this, the social integration requires involvement of the people into the constitutionalism process. The people of the Union should be involved into political and legal decision making process to discern and to generate these cohesion and beliefs in practice as a spontaneous process. This, most probably, strengthens the level of involvement into social integration.

The constitution means not just supremacy of law over politics but also an abbreviation of the normative catch for covering essential economic rights at the expense of rights based on other political and social values.²⁵ The perception of the EU constitution needs to draw its attention to social, economic and cultural contents.²⁶ By doing so, the constitution may cover the rights of citizens and it may produce an effect on holding the society together. If citizens of the EU have adequate protection for their fundamental rights by the constitution, then, it must have a valid reason for binding the society. The process of the EU constitution influences the integration positively; the EU has become a post national polity undertaking economic and social rights by shifting from market-oriented, intergovernmental and functional organisation.²⁷ In fact, Euro-

²¹ GRIMM, (2005), p.193

²² GRIMM, (2005), p.193

²³ HURRELMANN, (2004), p.8

²⁴ HURRELMANN Achim: 'European Democracy, the 'Permissive Consensus' and the Collapse of the EU Constitution' (2007) 13 European Law Journal, p.346

²⁵ GERTSENBERG Oliver: 'The New Europe: Part of the Problem-or part of the Solution to the Problem' (2002) 22 Oxford Journal of Legal Studies, p.564

²⁶ SHAW, p.4

²⁷ TODOSIJEVIĆ Bojan, 'Europe in Search of Legitimacy: Strategies of Legitimation Assessed' (2004) 25 International Political Science Review, and see also, BALLMY

pean integration is a form of the history of legal integration and process in order to achieve the European project despite the political controversy, different politicians and political events in the EU.²⁸ This legal process has been performed as a catalyser effect for social integration and accession to the benefit of the Union. By constitutionalism, the constitution plays an effective role in melting these differences in the same pot, and the integration has surpassed the legal integration to societal integration as citizens of a state.

However, in order to ease functionality of the EU institutions, constitutionalism has been confined to the *status quo* of integration and the EU constitution has become the collective state of the European institutions as defined under the minimal definition of constitution.²⁹ Constitutions automatically affect the social integration in a normative way, but its integrative manners are different. Social integration has been developing spontaneously in the real world not in the normative level. The integration is improved by constitution but it does not control the integration.³⁰ Here, it is important to say that constitutions are "a constitutive part of the community's shared memory".³¹ As a result, social integration cannot be forced by a constitution without having a common identity. A constitution requires common basis such as religion, common enemy, history, culture and nationhood, before having it.³² The normative influence of constitution has extremely restricted effects on social integration without common mental process. The Union has its own identity policy for constitutionalism of the Union. It advertises images for the Union's symbolic means through flag and anthem. It seems to be that establishing a constitution needs a propellant and founding power before its drafted provision and

Richard: 'The European Constitution is Dead, Long Live European Constitutionalism' (2006) 13 Constellations, p.181

²⁸ WARD Ian, 'Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination' (2001) 7 European Law Journal, p.26

²⁹ MÖLLERS Christoph: "Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalism", Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, eds, Principles of European Constitutional Law, revised 2nd Ed, Hart Publishing / Verlag CH Beck, Oxford / München, 2011, p. 181

³⁰ SNYDER, p.12-3

³¹ AVISHAI Margalit: 'The Ethics of Memory', (Cambridge MA: Harvard University Press, 2002), p. 12. quoted by Klabbers Jan and Leino Paivi, 'Death by Constitution? The Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe' (2003) 4 German Law Journal, p.1295

³² SNYDER, p.12-3

constitutionalism process. By virtue of lack of common identity in the Union, holding society together seems to be difficult to fashion a constitution despite the existence of constitutionalism process. In other words, a set of questions need to be answered; as such, is the EU constitution a social contract among the people or is it an organic expression of a whole society?³³ In fact, apart from politicians, academic and administrative elites, there were no other participants to involve the constitutionalism debate in order to build the `demos` for integration.³⁴ The lack of participation and weak common identity are the major issues on the integration process and these should be considered in each steps of constitutionalism process.

One of the biggest obstacles for the constitution of the Union might be the existence of national identity and nationalism in the Member States. They have obstructive effects on EU constitutionalism. In order to bind the people of the Union together, constitutionalism should adopt a post-nationalist view. Then after, there would be some attempts to rethink and recover some of the vital values of nationalism; in other saying, institutional ideological weight of nation state or sense of nationalism must be compressed by soft power of the societies and the Union.³⁵ Constitutionalism requires a long process to establish a common identity and to persuade the people of the Union by soft power which has been implemented in the lasting process, such as transposing of EU's Treaties to national level since the late 1950s. Furthermore, a nation state does not need to be rooted in ethnic origin; it can be rooted in other basis. The scope of social integration is depending on the democratic process which guarantees the social integration of a differentiated society. In the sense of `state-constituting people`, the democratic process tends to promote social integration in the legally abstract manner of political contribution.³⁶ It has caused to shape the legal institutionalisation of citizens' communication between them in recent times not in the historical cultural sense. And also, the EU has integrated economically, socially and administratively with

³³ SHAW, p.7

³⁴ See the sceptical remarks of WEILER J. H. H.: 'In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg', in WEILER J. H. H./WIND M. (eds), 'European Constitutionalism Beyond the State', Cambridge University Press, 2003, p.7-8

³⁵ GRIMM, (2005), p.9

³⁶ HABERMAS Jürgen: 'Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?' (1995) 1 European Law Journal, p.306

common cultural backgrounds over fifty years so as to overcome nationalism.³⁷ Yet, it can be said that social integration has been seen first time in the nation state which is a form of a politically socialising communicative context, and it depends on the satisfaction of the certain functional needs based on political self-understanding of citizens as a collective identity.³⁸ The post-national constitutionalism can benefit from some experiences of nation state as the first practice of social integration.

II. SOCIAL LEGITIMACY IN THE PROCESS OF EUROPEAN CONSTITUTIONALISM

Constitutional legitimacy and stability are maintained by constitutional prescription of decision making process in the economic realm and social rights which create a public area to encourage the structure of a public sphere. Changing the cohesion of beliefs should be regarded as constitutional legitimacy and stability concerns because redesigning constitutional institutions may influence personal values and identities with the purpose of guaranteeing their identifications within the polity and common society.³⁹ Social legitimacy has based upon achieving the creation of objectives for common identification in the constitution. Values, symbols and stances for a political leader or political unit can define citizens or can be defined by citizens. This identification leads people to extend their political participation into the constitutionalism process. Thus, the people can feel themselves as a part of constitutional ritual.⁴⁰ Democracy and constitutionalism are both essential requirements for a framework of rights, which allow political authority to function legitimately. This sort of framework assumes a personification of the community or state by interpretation of law. Likewise, theory of law exposes the great interpretation of the constitution within a certain political, legal and historical society.⁴¹

³⁷ HABERMAS, p.307

³⁸ HABERMAS, p.307

³⁹ Constitutional integration was pointed out in the 1920s by the German legal theoretician Rudolf Smend, who in his "Integrationslehre" described a constitution as a "system of integration" that contributes to the continuous reproduction of a political community's collective identity. See also, HURRELMANN, (2004), p.9

⁴⁰ HURRELMANN, (2004), p.9

⁴¹ WILKINSON Michael A., 'Civil Society and the Re-imagination of European Constitutionalism' (2003) 9 European Law Journal, p.469

However, ethically integrated societies reconcile `freedom of the moderns` and `freedom of the ancients` in the constitution, thus, such societies tend to have strong cultural and emotional ties to statehood.⁴² This commitment is one of the important difficulties for legitimacy of the EU constitutionalism, because the sense of belonging to a certain state plays an obstructive role in legitimatizing the EU constitution. It is important to highlight that the lack of legitimacy causes vital problems to the EU constitution process. Additionally, structures and institutions of national level are hidden in political and constitutional myths and cultures that are new and less unclear context in the EU.⁴³ Thus, the EU integration process has to face with post mythical problem of legitimacy for EU constitution. Further legitimacy deficit emerges in the integration process by exclusion of an overwhelming collective identity within societal belief system, by having no mutual recognition between the citizens, and by undercutting the citizens` political standing.⁴⁴ These even prevent the citizens to support their political institutions.⁴⁵ This deficit evokes lack of collective identity for the citizens not to recognise each other as legitimate participants in democratic decision making process.⁴⁶ It seems that such deficit weakens the integration process due to its illegitimate effect.

There are various ways to overcome such obstacles, which prevent creating a common identity within the community. For example, social rights in a constitution might extend its scale for coordination of economic sphere and then, social rights provide an ability to set up constitutional object of identification for common sense,⁴⁷ and to promote the position of symbolic excluded groups of citizens with the purpose of conciliating their support.⁴⁸ Democratisation of the constitutionalism process might promote social acceptance for the EU constitution.⁴⁹ Yet, democratisation

⁴² WILKINSON, p.455

⁴³ WILKINSON ,p.456

⁴⁴ HURRELMANN, (2007), p.347

⁴⁵ HURRELMANN, (2007), p.347

⁴⁶ THOMAS Risse: 'How Do We Know a European Public Sphere When We See One? Theoretical Clarifications and Empirical Indicators', Prepared for the IDNET Workshop "Europeanization and the Public Sphere", European University Institute, Florence, 20-21.02.2002, Available at <<http://userpage.fu-berlin.de/~atasp/texte/pi5s1otn.pdf>> (accessed on 10.10.2013), p.5

⁴⁷ HURRELMANN, (2004), p.10

⁴⁸ HURRELMANN, (2007), p.349

⁴⁹ HURRELMANN, (2007), p.358

might not overcome the democratic deficit because it is not just an institutional phenomenon applied with the European Parliament; it implies the deficit of pattern of political purpose and of the public sphere.⁵⁰ Or, decisions of the Member States do not reveal the will of the European citizens as their democratic self-determination.⁵¹ Functional concept of the EU law failed to create a democratic relationship between European authorities, the Member States' governments and citizens' rights.⁵² Democratisation promotes the legitimacy of integration but it should not be forgotten that democratic deficit is much deeper obstacle to remove it by implementing democratisation. In addition to this, the needs of democracy in the EU level have not developed out of the people, but out of the society which seeks itself as a political unit with settling non-violently and accepting the majority rule in the collective identity.⁵³ This has been realised in the national framework.⁵⁴ In the integration process, democracy has been obstructed by not coherence of the citizens of the EU as a people, by weak common identity for post-national debate. In order to eliminate this obstruction, democracy in the EU level requires long term institutional reform and democracy becomes more consistent in the context of national framework.⁵⁵

Furthermore, as a weakness of debate on the EU constitution, it is not claimed that the aftermath of two world wars of responsibility for the woes of the modern Europe has been rejected.⁵⁶ In fact, this claim can promote a common purpose for Europe and it can establish a consensus on

⁵⁰ DARIO Melossi: 'Security, Social Control, Democracy and Migration within the 'Constitution' of the EU' (2005) 11 European Law Journal, p.12

⁵¹ MÖLLERS Christoph: "Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalism", Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, eds, Principles of European Constitutional Law, revised 2nd Ed, Hart Publishing / Verlag CH Beck, Oxford / München, 2011, p. 181

⁵² MÖLLERS, p.181

⁵³ GRIMM Dieter: 'Does Europe Need a Constitution?' (1995) 1 European Law Journal, p.297

⁵⁴ GRIMM, (1995) p.297

⁵⁵ GRIMM, (1995) p.297

⁵⁶ BELLAMY Richard, 'Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty: Reconceptualising the State, Rights and Democracy in the EU', in: Walker Neil, 'Sovereignty in Transition' (Oxford: Hart, 2003) pp.167-189, See also in BELLAMY Richard: 'Which Constitution for What Kind of Europe? Three Models of European Constitutionalism' (2006) Legitimationsgrundlagen der Europäischen Union, F. Cheneval, ed., LIT, Available at < <http://ssrn.com/abstract=1525473> >, p.17

the character of an EU polity.⁵⁷ It seems to be that constitutionalism missed the important point to legitimate itself. The experiences of two world wars may provide a common threat for the people so as to integrate the society and legitimate the EU constitution. There are many crucial obstacles in the EU constitutionalism process, which prevent the Union to have a constitution with a legitimate meaning.

III. PLURALISM AND DIVERSITY IN THE PROCESS OF EUROPEAN CONSTITUTIONALISM

The EU is characterised by a single legal culture dealing with diversities. This common legal tradition has been affected by the origins and the development of European Community.⁵⁸ The view of 'multiple demoï' could promote the idea of ethic of toleration among the people, hence; toleration can be a cornerstone of any European public philosophy and political paradigm.⁵⁹ A European demos can be defined as a civic demos combined by a civic political culture which arise from common democratic practice.⁶⁰ If the common identity for Europe does not define itself by references of history and historic symbols and myths, it could define itself with the future and the societies of the future. This legal culture and pluralistic approach provide European constitutionalism to accept diversity in its context, and even, this might be an answer against the constitutional status quo as an assimilator factor within the society. Here, it can be said that the question of Turkey's accession and Islamic identity might not be a problem for the common European identity. In other saying, from this point of view; these can be fulfilled by its constitution through the idea of 'diversity in the unity' in the European Union. Yet long wait of Turkey's membership implies pluralism is a valid foundation only for members of a Christian club in Europe. Or, recent rise of the right wing political parties in Europe in 2010s implies that there will be, most probably, less tolerance towards immigrants from the Muslim originated countries.

⁵⁷ BELLAMY, p.17

⁵⁸ SHAW, p.4

⁵⁹ WEILER J: 'The Constitution of Europe' CUP, 1999 p.343-347

⁶⁰ TUORI Kaarlo: 'The Failure of the EU's Constitutional Project: A Cultural Discrepancy' in (Ed) Nergelius Joakim, *Constitutionalism - New Challenges: European Law from a Nordic Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008, p.115

Bottom up or an openly societal constitution draws an attention to spontaneous decision making institutions, distribution of power and place of diversity and pluralism. This constitutional approach refuses to go along with the nation state or personification of political community. It places itself against empire of uniformity or God of uniformity which was formed in the context of modern constitutionalism. Thus, post national movement of the EU constitution seems as an opportunity to set up new forms of democratic freedom. With this, terms of intellectual background allow being positioned pluralism in all stage of constitutional interpretation, formal and informal inclusion of marginalised stances, and also pluralism is based on decentralisation and mutual learning or recognition.⁶¹ The people of the EU can have the new opportunity to renegotiate their rights in the EU constitution. And, they can protect their diversity under the post national constitution. This renegotiation creates an opportunity that the EU constitutionalism might adopt a different view from the tradition of modern constitutionalism which is, supposedly, based on context of popular sovereignty and constitutional association.⁶²

On the other hand, social integration within the EU has exaggerated the historical weakness of national state that based on certain national identity. Multiculturalism and diversities all the time expand the gap between the myth of the ethnic identity of the Member States and reality of cultural pluralism.⁶³ At the same time, rejection of European common identity might be understood as an intention to protect the diversity and plural culture, and to accept their political self determination.⁶⁴ It could be said that the requirement of a common identity for the EU constitution has a troublesome clash with national identities and national and regional diversities. The sense of the nation state unites the protection for national cultural characteristic that is regarded as ethnic nationalism and civic nati-

⁶¹ WILKINSON A. Michael: 'Civil Society and the Re-imagination of European Constitutionalism' (2003) 9 European Law Journal, p.462

⁶² TULLY James: 'Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity' (Cambridge. CUP, 1995) p.131

⁶³ BRED A Vito: 'A European Constitution in a Multinational Europe or a Multinational Constitution for Europe?' (2006) 12 European Law Journal, p.335

⁶⁴ WEILER J.H.H.: 'The European Union: Enlargement, Constitutionalism and Democracy' (1999) This is the text of a lecture given at the Walter Hallstein-Institute of European Constitutional Law, Humboldt University, Berlin, in the Forum Constitutions Europae (FCE 7/99), p.6-7

onalism, thus; nation state has equal interests on protection of cultural heritage and civic society.⁶⁵ Furthermore, diversity and pluralism have limited possibility of being protected and promoted while preserving the context of nation state in the Union.

IV. BREXIT: EUROPEAN CONSTITUTIONALISM IN DANGER

The UK voted for Brexit, by 51.9% (leave) to 48.1% (remain), to leave the EU in 23 June 2016. The United Kingdom has had hesitant relationship with the European Union since its membership and had put distance to the EU's main policies such as euro currency and the border free Schengen area. Recent economic stagnation, immigration crises and democracy deficit in the EU have promoted euro-scepticism among British people. Migration from the rest of other the European countries were somehow tolerated with the requirement of plurality yet especially arrival of refugees and economic migrations from the Middle East and Africa, most of them are Muslim, has made the reality more complicated.⁶⁶ The UK prioritises its own borders to protect from the flow of immigration. Rise of right wing political groups in the UK have bought these political and economic crises to blame and accuse the EU.

Moreover, British governments have always sought for the back door not to participate to European constitutionalism. The UK has deeper and serious issues with the concept of the EU, not only for recent political and economic crises. Namely, post-war efforts such as the European Coal and Steel Community (ECSC) and the European Economic Community (EEC) to integrate European countries (especially Germany-France) were formed to avoid another catastrophic war in Europe. As Robin Niblett, the director of the foreign policy think-tank Chatham House, notes that "*the UK had not been invaded, did not lose the war and the UK has historical connections to all sorts of other parts of the world from our empire and commonwealth*".⁶⁷ In other words, the UK did not regard itself as a losing and disputed party of these wars so as to involve such post-war efforts.

⁶⁵ BREDÁ, p.337

⁶⁶ MATEJ MI Avbelj: "Transformation of EU Constitutionalism" *VerfBlog*, 22.06.2016, <http://verfassungsblog.de/transformation-of-eu-constitutionalism/>, DOI: <http://dx.doi.org/10.17176/20160622-161220>. (accessed on 11.10.2017)

⁶⁷ Interview with Robin Niblett "Bracing for 'Brexit'" Council on Foreign Relations" January 17, 2013 <https://www.cfr.org/interview/bracing-brexit> (accessed on 11.10.2017)

Even though, the UK joined EEC in 1975. Yet euro-scepticism remained strong among British people. One of the main critics argued in that time, *“the European project was already moving beyond mere economic and integration and toward a European ‘supersate’.”*⁶⁸ The EU project is not only matters of economy but also matters of constitutional practices, national institutions and future as being a sovereign State. Sir Derek Walker-Smith noted in 1961 that Community membership ought to create a huge effect on our sovereignty and our constitutional machinery.⁶⁹ Likewise as J.C. Jennings PM, noted that the question of sovereignty or loss of sovereignty and political union were ignored during the UK’s joining the E-EC.⁷⁰

The question here is, does the UK really want to be a part of super-state which captures most of the national sovereignty from the Member States? Brexit referendum is the answer to this question and it implies that this referendum creates constitutional transformation in constitutional politics in the UK,⁷¹ to preserve its sovereignty within the nation state. The referendum has been used in the practice of amending and revising constitutions and it has its place in constitutional politics during constitutional transformation, where the people in a democratic polity should be activated as a whole of this constitution-making.⁷² Thus if the EU members (here the UK), and officials and private citizens (here the British people) have lost minimalist sense of belonging to the EU, it naturally cannot be constitutional, pluralist, democratic polity based on the rule of law.⁷³ Prime Minister Theresa May defined Britain after Brexit as *“a fully*

⁶⁸ MCBRIDGE James: “the Debate over Brexit” Council on Foreign Relations” 08.04.2016

<https://www.files.ethz.ch/isn/196540/The%20Debate%20Over%20%27Brexit%27%20-%20Council%20on%20Foreign%20Relations.pdf> see also, Murkens Jo Eric Khushal, “The Blunders of Brexit:Economics, Sovereignty, and the Constitution” (05.10.2016) LSE Law, Society and Economy Working Papers 14/2016 <http://ssrn.com/abstract=2848430>. (accessed on 11.10.2017) p.6

⁶⁹ HC Deb 02 August 1961 vol 645 cc1480-606, c1511 (Accessed on HANSARD - the transcripts of Parliamentary Debates in Britain and many Commonwealth countries.)

⁷⁰ HC Deb 16 November 1966 vol 736 c496.

⁷¹ GÜMPLOVÁ Petra: “Are EU Exit Referenda Good for Democracy?” 08.08.2016 <http://www.publicseminar.org/2016/08/are-eu-exit-referenda-good-for-democracy/#.WfBqdlu0OM9> (accessed on 11.10.2017)

⁷² GÜMPLOVÁ,

⁷³ AVBELJ,

*independent, sovereign country", and "no longer part of a political union with supranational institutions that can override national parliaments and courts", and an independent, sovereign country to decide how to control immigration.*⁷⁴ Yet, this should be kept in mind that the Brexit referendum 48.1% voted to remain in the EU. This shows a considerable part of British people preserve their sense of belonging to the EU. This can be regarded as a success of the EU constitutionalism process convincing a considerable part of the population to stay in the EU.

The motivation behind the Brexit referendum was parliamentary and national sovereignty as discussed by various actors before and during the referendum. Such manifestations attempted to reconcile national ideas of sovereignty with membership of the EU. Sovereignty was the essential part of the discussions during the Brexit referendum rather than other subjects such as social legitimacy, European Demos, pluralism-diversity, and common mental process. Yet these were indirectly discussed by journalists, politicians and officials and private citizens during the referendum. Nationalism has been one of the main factors bringing the EU into question, and it is a rising trend across the EU and specifically in the UK. The Brexit is a nationalist movement rejecting the character of the EU (the problem-based regulatory style of the EU).⁷⁵ In other words, the Brexit embraces the formulation of *"rules for Great Britain should be made by Great Britain and its institutions"*, *"a British population without foreigners"*, strict territory control with closed borders, and a national authority without Brussels.⁷⁶ Even though the UK is not very suitable model of a nation state because the UK consists of England, Wales, Scotland, and Northern Ireland with limited extend of sovereignties. This may open the gate for Scotland and Northern Ireland, where remain votes were majority, to leave the UK.⁷⁷ It is because, during the referendum campaigns, leave side argued to take the UK back from cosmocrats and elites of the EU to re-establish a traditional idea of a sovereign nation state.⁷⁸ Hysteria of

⁷⁴ See 'Theresa May's Conservative Conference Speech: Key Quotes' (BBC website, 2 October 2016) <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-37535527>>

⁷⁵ MICHAELS Ralf, Does Brexit Spell the Death of Transnational Law?, 17, *German Law Journal*, (Brexit Special Supplement 2016), p.51

⁷⁶ MICHAELS, p.51

⁷⁷ Result of the Brexit referendum:
http://www.bbc.com/news/politics/eu_referendum/results

⁷⁸ MICHAELS, p.51

sovereignty turned into a rhetoric of 'Take Back Control' and 'Independence Day for the UK'.⁷⁹

Additionally, Michaels addressed three undervalued aspects of the Brexit.⁸⁰ Firstly, the EU law has been made by the EU elites, a transnational network of scholars and decision-makers who benefits from it. It makes decisions on the fate of the poor and weak. Leave voters were mainly among the excluded. Secondly, first aspect reveals the second aspect which is the lack of democratic accountability. There is less attention to extend the benefits of the EU to disadvantageous people from the elites. Leave voters are the ones who did not benefit from it. Thus the Brexit is a greater chance for the have-nots to practice concepts of actual democracy, self-determination and accountability against the EU which did not provide benefit for them. Lastly, the Brexit is regarded as a problem-solving result to have the British state which is also nostalgia for the symbolism of nationally made law and supremacy of a Parliament, and has more attraction than Brussels. Yet, there is a large majority against the Brexit. The EU has failed to create an identity and a positive image, and to salve the leave voters' pleas through law-regulations.⁸¹

Let's go back to earlier point about the "integration by constitution" through constitutionalism has been failed in the case of relationship between the EU and the UK. The main concern of leave voters was to preserving the UK's parliamentary and national sovereignty. This concern actually reveals that the actors - politicians, academics, and public (51.9% leave voters) - do not give social legitimacy to the EU, do not feel being parts of European Demos, and do not have a common mental process with the citizens of the Union. The UK's social integration with the rest of EU has been developing spontaneously in the real world. The integration is improved by constitutionalism in the normative level but it requires, 'a constitutive part of the community's shared memory',⁸² such as social identity, catastrophic events, and common history, culture and religion

⁷⁹ GORDON Michael: 'The UK's Sovereignty Situation: Brexit, Bewilderment and Beyond...', (2016) 27/3 King's Law Journal, p.334

⁸⁰ MICHAELS, p.60-61

⁸¹ MICHAELS, p.61

⁸² AVISHAI Margalit: 'The Ethics of Memory', (Cambridge MA: Harvard University Press, 2002), at 12. quoted by Klabbers Jan and Leino Paivi, 'Death by Constitution? The Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe' (2003) 4 German Law Journal p.1295

within the EU. As it seen in the case of Brexit, the normative influence of constitution has extremely limited effects on social integration without common mental process related to the legitimacy of such integration. This is the point where the European Constitutionalism is in danger and it implies there is a greater problem than having no constitution itself. In this regard, Turkey may reconsider being at member of the EU. This referendum might inspire other Member States to consider leaving the EU. If the flow of immigration to the EU continued as in 2015-6,⁸³ such flow of immigration could have made the situation more complex and deeper in the EU such as rise of right wing political groups, more political and economic crises. The UK is the first Member State leaving the EU in the time when the Union has economic, political and security crises. These crises reveal new challenges over the constitutionalism process of the EU.

CONCLUSION

Constitutionalism includes political demands to build socially and constitutionally integrated community. The constitutional process has to find its common identity based on common sense and mental process. The EU integration has carried through the process of social organisation and creating social ordering and cultural ideas since its establishment. The EU have had long process to reach the recent level of integration, and during this integration, the EU has successfully integrated economically, socially and politically. Yet, constitutional integration is a kind of multiphase discursive process. The EU has encountered many challenges such as failing in creating European demos, legitimating itself as a 'super-state', and having democracy deficit and recent economic stagnation and immigration crises. Brexit referendum has created a new era for the Union where its weakness and challenges will be loud and clear. These challenges are taken into consideration while debating and analyzing why the EU has not completed its constitutionalism process and specifically why the UK voted in Brexit to leave the EU.

Common basis for the EU constitutionalism such as social identity, catastrophic events, and common history, culture and religion have consi-

⁸³ In 2015 and 2016 the EU experienced an unprecedented influx of refugees and migrants. More than 1 million people arrived in the European Union, most of them fleeing from war and terror in Syria and other countries. the EU-Turkey Refugee Deal in March 2016 aims to stop the uncontrolled flow of migrants across the Aegean Sea.

dered as integrative elements of a constitution. These constitutive elements have been absent in the process of the EU constitutionalism. For instance, national identity is one of the main obstacles for the Union to have its own constitution because the Member States and their citizens tend to preserve their own national identity. National identity and nationalism have preventative role in establishing the common European identity. As a result, the constitutional process cannot be conducted by tradition of classic constitutionalism; it needs to adopt the view of post-nationalism with the concept of modern constitutionalism in order to absorb diversity and pluralism within the Union. Yet the EU has democracy deficit which is one of the main reasons why the people of the Union have not given a legitimate meaning for the constitution. This also has caused preventative influence over the integration process and the participation of citizens to the constitutionalism process. Thus, Brexit is a historic event specifying that the Union failed in creating the common mental process for the citizens, social ordering and cultural ideas and European demos. Brexit means that preserving national sovereignty with high level of legitimacy has been prioritised over the supranational project of the Union with democracy deficit, limited legitimacy given by the citizens, and common mental process of having common identity of the Union.

Bibliography

- ACHIM Hurrelmann, 'European Constitutionalism and Social Integration'. Paper prepared for the Federal Trust/UACES Conference 'Towards a European Constitution', London, 1-2 July 2004, pp.1-23
- ACHIM Hurrelmann, 'European Democracy, the 'Permissive Consensus' and the Collapse of the EU Constitution' (2007) 13 European Law Journal pp.343-359
- AVBELJÍ Matej Mi, 'Transformation of EU Constitutionalism' *VerfBlog*, 22.06.2016, <http://verfassungsblog.de/transformation-of-eu-constitutionalism/>, DOI: <http://dx.doi.org/10.17176/20160622-161220>. (Accessed on 11.10.2017)
- AVISHAI Margalit, 'The Ethics of Memory', Cambridge MA: Harvard University Press, 2002, p. 12. quoted by Klabbers Jan and Leino Paivi, 'Death by Constitution? The Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe' (2003) 4 German Law Journal pp.1293-1305
- BALLMY Richard, 'The European Constitution is Dead, Long Live European Constitutionalism' (2006) 13 Constellations pp.181-189
- BANKOVISKI Zenon and CHRISTODOULIDIS Emilios, 'The European Union as an Essentially Contested Project' (1998) 4 European Law Journal pp.341-354

- BELLAMY Richard, 'Which Constitution for What Kind of Europe? Three Models of European Constitutionalism' (2006) *Legitimationsgrundlagen der Europäischen Union*, pp. 117-132, F. Cheneval, ed., LIT, Available at < <http://ssrn.com/abstract=1525473> > pp.1-19
- BELLAMY Richard, 'Sovereignty, Post-Sovereignty and Pre-Sovereignty: Reconceptualising the State, Rights and Democracy in the EU', in: Walker Neil, 'Sovereignty in Transition' Oxford: Hart, 2003, pp.167-189
- BOJAN Todosijević, 'Europe in Search of Legitimacy: Strategies of Legitimation Assessed' (2004) 25 *International Political Science Review* pp.435-459
- DARIO Castiglione, *Contrast and Constitutions` in Bellamy Richard` Democracy and constitutional culture in the Union of Europe`* Lothian Foundation Press, 1995
- DARIO Melossi, 'Security, Social Control, Democracy and Migration within the `Constitution` of the EU` (2005) 11 *European Law Journal* pp.5-21
- DIETER Grimm, 'Does Europe Need a Constitution?' (1995) 1 *European Law Journal* pp.282-302
- DIETER Grimm, 'Integration by Constitution` (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law* pp.193-208
- GERTSENBERG Oliver, 'The New Europe: Part of the Problem-or part of the Solution to the Problem' (2002) 22 *Oxford Journal of Legal Studies* pp. 563-571
- GÜMPLOVA Petra, 'Are EU Exit Referenda Good for Democracy?' 08.08.2016 <http://www.publicseminar.org/2016/08/are-eu-exit-referenda-good-for-democracy/#.WfBqdlu0OM9> (accessed on 11.10.2017)
- HC, Deb 02 August 1961 vol 645 - HC Deb 16 November 1966 vol 736 (Accessed on HANSARD - the transcripts of Parliamentary Debates in Britain and many Commonwealth countries.)
- HORTENSE Goulard, 'French and Greeks like the EU even less than Brits New survey finds rising Euroskepticism in several countries', <<https://www.politico.eu/article/poll-the-eu-is-bad-news-but-britain-shouldnt-leave-it/>> 06/08/2016, (accessed on 28/12/2017)
- IAN Ward, 'Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination` (2001) 7 *European Law Journal*, pp.24-40
- Interview with Robin Niblett 'Bracing for `Brexit` Council on Foreign Relations" January 17, 2013 <https://www.cfr.org/interview/bracing-brexit> (accessed on 11.10.2017)
- JAMES Mc Bridge, "the Debate over Brexit" Council on Foreign Relations" 08.04.2016 <https://www.files.ethz.ch/isn/196540/The%20Debate%20Over%20%27Brexit%27%20-%20Council%20on%20Foreign%20Relations.pdf>
- JAMES Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity`*, Cambridge. CUP, 1995
- JURGEN Habermas, 'Remarks on Dieter Grimm`s `Does Europe Need a Constitution?' (1995) 1/3 *European Law Journal*, pp.303-307
- KAARLO Tuori, 'The Failure of the EU's Constitutional Project: A Cultural Discrepancy' in (Ed) Nergelius Joakim, *Constitutionalism - New Challenges: European Law from a Nordic Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008

- KHUSHAL Murkens Jo Eric, "The Blunders of Brexit: Economics, Sovereignty, and the Constitution" (05.10.2016) LSE Law, Society and Economy Working Papers 14/2016 <http://ssrn.com/abstract=2848430>. (Accessed on 11.10.2017)
- MICHAEL Gordon, 'The UK's Sovereignty Situation: Brexit, Bewilderment and Beyond...', (2016) 27/3 King's Law Journal, pp.333-343
- MICHAELS Ralf, Does Brexit Spell the Death of Transnational Law?, (Brexit Special Supplement 2016) 17 *German Law Journal* 51-61, pp.51-62
- MÖLLERS Christoph, "Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalism", Armin Von Bogdandy & Jürgen Bast, eds, *Principles of European Constitutional Law*, revised 2nd Ed, Hart Publishing / Verlag CH Beck, Oxford / München, 2011
- RAZ Joseph, 'On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries'. In Alexander, L. (ed.) 'Constitutionalism: Philosophical Foundations', Cambridge: Cambridge University Press, 2011
- RISSE Thomas, 'How Do We Know a European Public Sphere When We See One? Theoretical Clarifications and Empirical Indicators', Prepared for the IDNET Workshop "Europeanization and the Public Sphere", European University Institute, Florence, 20-21.02.2002, Available at <<http://userpage.fu-berlin.de/~atasp/texte/pi5s1otn.pdf>> (accessed on 10.10.2013) pp.1-18
- SCIÇLUNA Nicole, 'European Union Constitutionalism in Crisis', Routledge, London&New York, 2015
- SHAW Jo, 'The Emergence of Post national Constitutionalism in the European Union' <http://aei.pitt.edu/2385/1/002528_1.pdf> (accessed on 11.12.2017) pp.1-25,
- SNYDER Francis, 'The Unfinished Constitution of the European Union: Principles, Process, and Culture' This paper was published by International Conference on Law and Justice in the 21st century. <<http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/FrancisSnyder.pdf>> (accessed on 10.10.2013) pp.1-23
- VAIDOTAS A.Vaicaitis, 'European Constitutionalism v. Reformed Constitution for Europe' (2010) 1/119, *Jurisprudence*. pp.69–83
- VITO Breda, 'A European Constitution in a Multinational Europe or a Multinational Constitution for Europe?' (2006) 12 *European Law Journal* pp.330-344
- WEILER Joseph H. H., 'In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg', in J. H. H. Weiler and M. Wind (eds), 'European Constitutionalism Beyond the State', Cambridge University Press, 2003
- WEILER Joseph, 'The Constitution of Europe', CUP, 1999
- WEILER Joseph. H. H., 'The European Union: Enlargement, Constitutionalism and Democracy' (1999) This is the text of a lecture given at the Walter Hallstein-Institute of European Constitutional Law, Humboldt University, Berlin, in the Forum Constitutions Europae (FCE 7/99) pp.1-16,
- WEILER, Joseph. H. H. 'The Transformation of Europe'. (1991) 100/8 *The Yale Law Journal*, pp. 2403–83

WILKINSON A. Michael, 'Civil Society and the Re-imagination of European Constitutionalism' (2003) 9 European Law Journal pp.451-472

CEZA YARGILAMASINDA MAĞDURUN BEYANI VE DELİL DEĞERİ

VICTIM'S TESTIMONY AND EVIDENCE VALUE IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

DOI: 10.21492/inuhfd.328331

Ahmet BOZDAĞ*
Kader SARIUSTA**

Özet

Ceza muhakemesi hukukumuzda, serbest delil ve serbest değerlendirme sistemleri benimsenmiştir. Bu nedenle hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delilin ispat unsuru olarak değerlendirilebilmesi ve hâkimin vicdani kanaatini etkilemesi mümkündür. Bu bağlamda ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ispatı amacıyla en çok kullanılan araçlardan biri de mağdur beyanıdır. Ancak mağdurun, uyuşmazlığın tarafı olması, yemin etme yükümlülüğünün bulunmaması, sanığa karşı kin ve öfke duyması gibi nedenlerle tarafsız davranması ve doğruyu söylemesi ihtimali oldukça zayıftır. Özellikle de tek delilin mağdurun beyanı olduğu suçlara ilişkin ceza yargılamalarında, mahkeme hangi sebeplerle mağdurun beyanının güvenilir olduğunu ve sanığın beyanın üstün tuttuğunu somut ve inandırıcı gerekçelerle denetime olanak verecek açıklamalıdır. Ceza muhakemesi hukukunda mağdur beyanının sanık beyanından bir üstünlüğü bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, mağdur beyanının tek başına mahkûmiyet kararına esas alınması şüpheden sanık yararlanır ilkesine açıkça aykırı olacaktır.

Bu çalışmada, ceza muhakemesi kapsamında mağdur beyanının delil niteliği ve ispata etkisi üzerinde durularak, maddi gerçeğe ulaşmaya çalışılırken hem mağdur haklarının tam olarak korunması hem de sanığın masumiyet hakkının korunmasında ölçü kurallar belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mağdur, mağdur beyanı, delil, ispat, hüküm

Abstract

In our criminal procedure law, free evidence and free evaluation systems have been adopted. For this reason, it is possible that any evidence obtained in accordance with the law can be regarded as proof and affect the judge's conscientious conviction. In this context, one of the most used tools for criminal proceedings is the victim testimony. However, chance that the victim may tell the truth and be neutral is too slight for he reasons such as his being part of the conflict, having the responsibility to swear, his hatred and grudge against the suspect. Especially in criminal proceedings for offenses where the

* Yrd. Doç. Dr. Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Arş. Grv. Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

only evidence is the testimony of the victim, the court must demonstrate by what means that the victim's statement is reliable and that the hypothesis is superior to the statement, allowing for concrete and convincing justification. In the criminal procedure law, victim testimony does not have any advantage over the defendant's testimony. For these reasons, the victim testimony alone is the basis for conviction that will be clearly contrary to the principle of defendant benefit from doubt.

In this study, it was tried to be determined some standard rules not only for protecting the rights of the victim implicitly but also for protecting the presumption of innocence of the suspect while the effect of the suspect's statement on evidence and probative force was put emphasis on and material fact was tried to be reached.

Keywords: Victim, Victim testimony, Evidence, Proof, Verdict

GİRİŞ

Ceza muhakemesi; geçmişte yaşandığı iddia edilen bir vakianın gerçekten meydana gelip gelmediğini¹, olayın sanık tarafından meydana getirilip getirilmediğini² ve ceza hukukundaki sonuçlarını tespit etmek amacıyla yapılan bir yargılama faaliyetidir.³ Ceza muhakemesinin amacı, şüpheli ve sanığın haklarını ihlal etmemek koşuluyla maddi gerçeğe ulaşmaktır.⁴ Zamansal olarak geçmişte kalan ve hukuki değer taşıyan somut olay üzerinden maddi gerçeğe ulaşmak, ceza muhakemesinde aynı zamanda bir görev niteliğindedir.⁵ “Delil” ve “İspat” sütunları üzerinde inşa edilmiş olan maddi gerçeğin ise; hukuka uygun, temel hak ve hürriyetler çerçevesinde elde edilmiş olması gerekmektedir.⁶ Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için kullanılan araçlar delil olarak nitelendirilir.

Diğer bir ifadeyle deliller; geçmişte olanın ne olduğu, nasıl olduğu konusunda bu günün imkânlarında var olan veya duyularımız vasıtasıyla

¹ Ceza muhakemesinde, ceza hükmü içeren kurallara aykırı davranılıp davranılmadığının ancak ortak bir çalışmayla ortaya çıkarılabileceği hakkında bak. CENTEL, Nur / Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2015, s. 3.

² BİRTEK, Fatih: Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 9.

³ CENTEL, Nur / Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 196.

⁴ TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s. 6; CENTEL / ZAFER: 2012, s. 6.

⁵ KINDHAUSER, Urs: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Ölçüsü”, Çev. Serkan Meraklı, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 523.

⁶ BİRTEK: 2016, s. 372.

sahip olduğumuz şeylerin genel adıdır.⁷ Muhakeme hukukumuzda hâkim, delilleri serbestçe değerlendirir ve vicdani kanaatine göre karar verir. Hâkimin maddi meseleye ilişkin yapmış olduğu zihni faaliyet neticesinde oluşan vicdani kanaatinin temel gerekçesi, onu bu kanaate götüren delillerdir.⁸ Bu çalışma kapsamında da ispat hukukuna ilişkin temel ilkelerle birlikte mağdur beyanının delil niteliği ve uygulamada mağdurun beyanının değerlendirmesine ilişkin karşılaşılan sorunlar ele alınmaya çalışılmıştır.

1. CEZA YARGILAMASINDA İSPAT, DELİLLER VE DELİLERİN TASNİFİ

A. İspat Kavramı ve Ceza Muhakemesinde İspat Yüğü

İspat, ceza muhakemesinde ortaya atılan veya ona karşı ileri sürülen iddiaya ilişkin bir ikna faaliyetidir. Bunun yanı sıra inandırıcılık, bir durumun salt ortaya konulması ile dahi sağlanabilmektedir.⁹ Ortaya atılan vakıanın inandırıcılığı, akıl ve mantık temelli, sağlam delillerle desteklenerek hâkimde vicdani bir kanaat oluşturulmaya çalışılır. Ceza muhakemesinde deliller hiçbir zaman mutlak belirliliği sağlamayabilir, delillerin taraflara gösterdiği ihtimaldir ve ancak ihtimalin belirli bir dereceye varması ile vicdanî kanaat oluşur.¹⁰

Ceza yargılamasında kural olarak, herkes tarafından bilinen hususlar dışında, maddi vakıaya dair ve hükümde gösterilecek her şeyin ispat araçları vasıtası ile ispatlanması gerekmektedir.¹¹ Hâkimi, maddi vakıanın gerçekleştiğine veya gerçekleşmediğine ilişkin maddi gerçeğe götürecek olan ispat vasıtalarının, yargılama hukuku bakımından delil değeri taşıması gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında: “Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca

⁷ YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014, s. 183.

⁸ AYDIN, Devrim: Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 33.

⁹ ROXIN, Claus, “İspat Hukukunun Esasları”, Çev. Yener Ünver, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2005(8), s. 265.

¹⁰ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 537.

¹¹ ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 55.

ulaşılması, ceza muhakemesinin amacına kesinlikle aykırıdır.” sonucuna varmıştır.¹² Bir muhakeme faaliyeti olduğu kabul edilen ispat; yargılama süreci sonunda hâkimin vicdani kanaatini her türlü şüpheden uzak ve gerekçeli olarak inşa etmesini sağlar.

Ceza Muhakemesinde ispat yüküne ilişkin olarak; hâkimin yargılama sonucunda oluşturduğu hükmün kollektifliği doğrultusunda, ispatın salt olarak iddia ya da savunma makamlarına yükletilemeyeceği kanaatinde olan müelliflerin¹³ yanı sıra, davayı açarak ithamda bulunan iddia makamının bu iddiasını ispat yükümlüğü altında olduğu kanaatinde olan yazarlar¹⁴ da bulunmaktadır. AİHM’in ise, ceza yargılamasında masumiyet karinesini korumak adına iddia makamını ispat yükü altında bıraktığını görmekteyiz.¹⁵ İspat yükünün mahkeme veya iddia görevini üstlenen savcılık makamlarının hangisine ait olduğuna ilişkin ileri sürülen

¹² Yargıtay CGK, T.19.04.1993, E. 1993/6-79, K.1993/108.(www.kazanci.com, 18.03.2017): “Mahkeme özellikle, delilleri değerlendirmek için “her türlü makul şüphenin ötesinde” delil kriterini benimsediğini hatırlatmaktadır. Bununla birlikte böylesi bir delil, yeterince ağır, kesin ve bir biriyle uyumlu bir takım ipuçlarından veya aksi ispat edilemeyen karinelere yola çıkılarak da elde edilebilmektedir.” AİHM Kararı, Özpolat ve Diğerleri / Türkiye, 27.10.2015, 23551/10.

¹³ İspat külfetinin hakimince ancak tarafların getirdiği delillere bağlı olarak hüküm kurabildiği sistemlerde söz konusu olabileceği ve ceza muhakemesi hukukunda hakimince delil araştırma yetkisi bulunması sebebiyle ispat külfeti meselesi bulunmadığına ilişkin olarak bkz. YENİSEY / NUHOĞLU, 2014, s. 188.; CENTEL / ZAFER: 2015, s. 729.; ÖZTÜRK, Bahri vd.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 290.

¹⁴ “Sanık, suçlu olmadığını ispatla mükellef değildir.”, ÖZBEK, Veli Ö., vd. : Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.416.; YAYLA, Mehmet: “Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013(3), s. 302.; Ceza Muhakemesinde isnad edilen suçun ispatını sağlayacak delilleri toplama görevinin nasıl olacağına karar verme yetkisinin C. Savcısına ait olduğuna ilişkin bkz. KOCA, Mahmut; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006(2), s. 210.; YENİSEY, Feridun; “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2007(4), s. 12.

¹⁵ AİHM Kararı, Capeau/Belçika, T. 13.01.2005, 42914/98; Barbera, Messeque ve Jabardo/İspanya, 06.12.1988, 10590/83, (<https://hudoc.echr.coe.int>, 9.11.2017); “Diğer yandan, Mahkeme, Sözleşme ile öngörülen yargılama usulünün, *affirmanti incumbit probatio* (ispat yükü, iddia eden üzerindedir) ilkesinin titizlikle uygulanmasına her zaman elverişli olmadığını tespit etmektedir.”, AİHM Kararı, Ersin Erkuş ve Diğerleri / Türkiye Davası, 31.05.2016, 40952/07, (www.kazanci.com, 9.11.2017); AİHM Kararı, Rivas/Fransa, 1.04.2004, 59584/00; BİRTEK: 2016, s. 425.

görüş farklılıklarının ötesinde, herkesin hemfikir olduğu nokta, gerek mağdurun gerekse sanığın ispat ile yükümlü tutulamayacağıdır.

Muhakeme sürecinin önemli süjelerinden olan bu kişilerin maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını sağlayacak delillerin ikamesinde iddia veya savunma makamlarına yardımcı olmaları her ne kadar kendi yararlarına olsa da bunun şüpheli, sanık veya mağdur lehine bir ispat yükümlülüğü getirdiğini söyleyemeyiz. Özellikle bir suç işlediği iddiası ile yargılanan kişinin gerek “masumiyet karinesi” gerekse bu karinenin özünde yer bulan “şüpheden sanığın yararlanması” ilkeleri gereği bu iddianın aksini ispatla yükümlü tutulması düşünülemez.

B. Maddi Gerçeğin Ortaya Çıkartılması Vasıtası Olarak Deliller

Delil kavramının Türk Dil Kurumu Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğündeki karşılığı: “*Adli ve idari soruşturmalarda elde edilen, ilgili makamlar tarafından olayın aydınlatılmasına katkısı olabileceği değerlendirilen ve ispat vasıtası olarak kullanılabilen her türlü öge*”¹⁶ şeklindedir. Ceza hukukumuzla ilgili mevzuatta delile ilişkin normatif bir tanımlamaya yer veren tek metin ise; 1983 tarihli Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmeliktir.¹⁷ İlgili Yönetmeliğin 3. maddesinde delil: “*meydana gelen bir suçun aydınlatılması ve suç sanıklarının tespitine yarayan her türlü ispat vasıtası*” olarak tanımlanmıştır.¹⁸

Deliller, ceza muhakemesinde hâkimin geçmişte olanın ne olduğu ve nasıl olduğu konusundaki bilme zorunluluğundan kaynaklanan ihtiyacı karşılamak ve hâkimin maddi vakıanın sabit olup olmadığı konusunda bir çözüme götürmek üzere kullanılan araçlardır.¹⁹ Bir ispat aracı olma vasfı taşıyan delillerin, yargılama mercilerini belli bir kanaate ulaştıracak ve maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet etme niteliği taşıyabilecek her

¹⁶TDK, Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü, http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat&kategoriget=terim&kelimeget=delil&hngget=md (18.03.2017)

¹⁷ BAYRAKTAR, Bülent: “Muhakemelerde Delillerin Önemi”, *Sosyal Bilimler Dergisi*, 2011(25), s. 11.

¹⁸ Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete, 17 Şubat 1983, S.17962

¹⁹ TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 172.

türlü eşya veya insandan elde edilen şey olması mümkündür.²⁰ Deliller; bir tarafta toplumsal hakların diğer tarafta ise bireyin haklarının savunulma ihtiyacı içinde bulunulan ceza usul hukukunda, bu iki hak grubunun kesişim alanında yer alan ve sonuç itibarıyla en az güvenilen konudur.²¹

Ceza muhakemesinde ispat vasıtası olarak kullanılabilmesi mümkün olan delillerin türlerine, önem derecesine veya ileri sürülme zamanına ilişkin bir kısıtlama yapılmış olmamakla birlikte, delillerin taşınması veya taşınmaması gereken kimi niteliksel sınırlandırmalara kanun koyucu zorunlu olarak yer vermiştir. Şüphesiz ki, bu sınırlandırmalardan en önemlisi hukuka aykırı yollarla ele geçirilen delillerin ispata konu edilemeyeceğine ilişkin düzenlemelerdir.²² Ceza muhakemesi hukukunun maddi gerçeğin hukuka uygun, temel hak ve özgürlüklere saygılı bir biçimde ortaya çıkarılması temel amacının sağlanmasında²³ yol gösterici olan delillerin de hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerekmektedir.

Delillerin kendilerinden beklenen belirliliği²⁴ sağlayabilmeleri ve yargılama makamlarınca değerlendirilebilir olmaları için taşınması gereken temel özellikler ise; olayı temsil edici, elde edilebilir, akıl ve mantığa dayalı, sağlam, güvenilir, gerçekçi ve müşterek²⁵ olmalarıdır.²⁶

Bilimsel kesinliği sağlayan herhangi bir maddi vakıaya ya da mağdur beyanı gibi bir insana dayansa da delillerin bir insanın tecrübe ve mantık kuralları süzgecinden geçirilerek değerlendirilmesi gerekmektedir.²⁷ Bu şekilde delillerin bir zihinsel değerlendirme süzgecinden geçirilmesinde ispat hukukuna ilişkin ilkeler de

²⁰ ÖZBEK, 2017, s. 416.

²¹ PRADEL, Jean: Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, Çev. Sulhi Dönmezer, Beta Basım, İstanbul, 2000, s. 147.

²² Anayasa md.38, Ceza Muhakemesi Kanunu md.217/2, md.148

²³ CENTEL / ZAFER: 2012, s. 6.

²⁴ YENİSEY / NUHOĞLU, 2014, s. 184.

²⁵ “Hukuk yargılamasındaki ispat külfetinin ceza muhakemesinde “araştırma mecburiyeti” olarak bu şekilde anlaşılması, ispat edilen delillerin, duruşmada objektif olarak ortaya konularak, muhakemenin tüm taraf, makam ve kişilerince tartışılmış olması gerekir. Aksi halde ceza muhakemesinin taşıdığı objektif anlam, kamu aleyhine sonuç doğurur.”, YENİSEY: 2007, s. 11.

²⁶ TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 173; CENTEL / ZAFER: 2015, s. 221; ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 56.

²⁷ BİRTEK: 2016, s. 466.

işletilmektedir. Eldeki delil şüpheli veya sanığın suç işlediğine ilişkin ikrarı da olsa, diğer delillerle birlikte yargı mercilerinin zihinsel değerlendirmesi neticesinde yargılama mercilerinde yaratmış olduğu vicdani kanaat kişinin ikrar edilen suç işlediğine ilişkin olmayabilir.²⁸ Dolayısıyla hâkimleri maddi vakıya ilişkin gerçeğe ulaştıracak, işlenmiş olan suçun ispatını ve yargılamanın ivedi ve adil bir şekilde gerçekleşmesini sağlayacak olan en önemli unsurlar delillerdir.²⁹

C. Ceza Muhakemesi Hukukunda “Delillerin Serbestliği” İlkesi ve Delil Türleri

1) “Delillerin Serbestliği” İlkesi

En basit anlatımıyla her şeyin her şeyle ispat edilebilmesi anlamına gelen “delillerin serbestliği ilkesi”³⁰, ceza muhakemesinde ispat hukukuna ilişkin en temel prensiptir.³¹ İspat konusu vakianın geçmişe ait hangi zaman gerçekleşeceği önceden bilinemeyecek bir zaman diliminde ortaya çıkmış olması, muhakeme hukukuna konu oluşturan bu vakianın sübut bulup bulmadığının ve belirsizliğin yok edilmesini sağlayacak her türlü delilin kullanılabilir olmasının gerekçesini oluşturmaktadır. Bireylerin özel hukukta olduğu gibi hukuki ilişkilerini belli delillerle ispat etmeleri beklentisinin ceza muhakemesinde karşılık bulması çok mümkün olmayabilir. Zira kişiler bir suç işlenebileceği ihtimalini öngörme ve karşılaştıkları vakıayı ispat etme mükellefiyeti altında bırakılamaz.³²

²⁸ BAYRAKTAR: 2011, s. 16.

²⁹ KARABULUT, vd.: “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015(120), s. 402.

³⁰ “Ceza muhakemesinde hangi hususun hangi delillerle ispat olunacağı konusunda bir sınırlama bulunmayıp, yargılamayı yapan hâkim hukuka uygun şekilde elde edilmiş akla, bilime ve mantığa uygun olan her türlü delili kullanmak suretiyle sanığın aleyhine olduğu kadar, lehine olan delilleri de araştırıp değerlendirerek şüpheden arınmış bir sonuca ulaşmalıdır.” Yargıtay CGK, E. 2013/1-40, K. 2014/318, T. 10.6.2014. www.kazanci.com (18.03.2017).

³¹ TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 172.; ÖZBEK, 2017, s.459.

³² CENTEL / ZAFER: 2012, s. 197; CMK’nın “Duruşmanın nasıl yapıldığı, kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapıp yapılmadığı, ancak tutanakla ispat olunabilir. Tutanağa karşı yalnız sahtecilik iddiası yöneltilebilir.” Şeklindeki 222. Maddesindeki hüküm ile ceza muhakemesindeki delil serbestisine sınırlı olarak istisna getirilmiştir. Ayrıca Ceza muhakemesi hukukunda özel hukuk ile bağlantılı olan “açığa imzanın kötüye kullanılması” (TCK m. 209) ve “yalan yere yemin” (TCK m. 275) suçlarının ancak yazılı delille ispat edilebileceği, bu suçlar bakımından delil serbestisinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi ve karşı görüş için bkz:

Delillerin serbestliği prensibine ait bir netice olarak mutlak anlamda her şeyin delil olarak kullanılabilecek olmadığına daha önce ceza muhakemesinin amacına ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalarımızda değinmiştik. Bu hususla ilgili olarak aranması gereken ilk koşul; ispat aracı olarak gördüğümüz şeylerin delillerin taşınması gereken özelliklere sahip olması zorunluluğu³³, ikincisi ise; bu unsurları barındıran ve delil vasfı taşıyan bu şeylere hukuka uygun yollardan ulaşılmış olmasıdır.³⁴

Ceza muhakemesinde kural olarak “delil serbestîsi ilkesi” kabul edildiğinden, maddi gerçeğe ulaşmak için, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delilin, ispat vasıtası olarak kullanılabileceği kabul edilmektedir³⁵ (CMK m. 217/2). Ancak ceza muhakemesinde hâkim, sadece duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış hukuka uygun delilleri hükme esas alabilir (CMK m.217/1)³⁶. Delillerin elde edilmesinde ve değerlendirilmesinde serbestlik ilkesinin benimsenmiş olması, hâkimin hüküm kurarken keyfi olarak hareket edebilmesine olanak sağlamaz. Hâkim, hükmünü delilleri serbestçe değerlendirerek vicdani kanaatine göre verir. Ancak kendisini bu kanaate götüren ispat unsurlarını olayla ilişkilendirerek ve gerekçesini³⁷ şüphe bırakmayacak şekilde açıklayarak kararında göstermek zorundadır.³⁸

2) Ceza Yargılamasında Delillerin Değerlendirilmesi ve Delil Türleri

Ceza Muhakemesi Kanunu “delileri takdir yetkisi” başlığını taşıyan 217. maddesinde, delillerin serbestliği ilkesinin yanı sıra, hâkimin mevcut

Birtek, s. 266-275; CENTEL/ZAFER, s. 721; YİBK, T. 24.03.1989, E. 1988/1, K. 1989/2 (www.kazanci.com).

³³ ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 600., Delil serbestisi ilkesinin bir bulgu veya beyanın delil olarak kabul edilmesi için belli vasıflara sahip olması gerektiği yönündeki prensibi ortadan kaldırmayacağına ilişkin bkz., BİRTEK: 2016, s. 43.

³⁴ YILDIZ, Ali Kemal: Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 166.

³⁵ ÖZTÜRK, 2013, s. 295-296.

³⁶ ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 50.

³⁷ Mahkemenin gerekçe gösterme zorunluluğu var ise de, ispat açısından serbestçe değerlendirme ilkesinin geçerli olduğuna ilişkin olarak bkz. ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 55.

³⁸ “Anayasa’nın 141. maddesi gereğince bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması gereklidir. Gerekçenin önemi Anayasal olarak hükme bağlanmakla gösterilmiş olup gerekçe ve hüküm birbirine sıkı sıkıya bağlıdır.”, Yargıtay 8. HD, E. 2012/5106, K. 2012/6952, T.10.7.2012. www.kazanci.com (18.03.2017).

delilleri vicdani kanaatine göre serbestçe değerlendirebileceğini³⁹ de hüküm altına almıştır. Bu düzenlemeden hareketle serbestliğin yalnızca delillere mahsus olmadığını, aynı zamanda delillerin değerlendirilmesinde de serbestlik ilkesinin geçerli olduğunu söyleyebiliriz.⁴⁰ Ancak delilleri değerlendirme serbestisine sahip olması yargılama mercilerine istedikleri delilleri toplama, istemediklerini toplamama veya değerlendirmeme lüksü tanımaz. Her ispat vasıtası daha sonra ortaya çıkan başka bir ispat vasıtası ile etkisiz veya değersiz hale getirilebileceğinden, bu serbestlik ancak olayla ilgili tüm deliller toplandıktan sonra, bütün ispat vasıtalarının birbiriyle olan ilişkileri dikkate alınarak⁴¹ değerlendirme ve vicdani kanaatin oluşumuna ilişkin bir serbestliktir.⁴² Hâkimin önüne gelen bir olaya ilişkin tek delili olayı gören kişinin tanıklığı ise tanık dinlenmeksizin hüküm kurulmuş olması hukuka aykırılık oluşturacaktır.⁴³

Bununla birlikte delillerin takdiri konusunda hâkime, bütün delilleri bir yapbozun parçaları gibi birleştirerek ortaya çıkan şekli vicdani

³⁹ Hâkimin delilleri değerlendirme serbestisinin sınırlarına ilişkin üç halin mevcudiyetinden bahsedilebilir; hâkimi mahkûmiyet hükmü vermeye mecbur kılan tutanakların mevcudiyeti, bilirkişinin teknik hükmü ve birbirinin tamamlayan deliller teorisi gereği hâkimin en az iki delil bir araya geldiğinde karar verebilmesi. Birbirini tamamlayan deliller teorisi; İtalya’da mahkûmiyete ilişkin hükmün ancak fiilin ağır, kesin ve birbirinin anlamını tamamlayan, birbiriyle ahenkli birden fazla emareye dayalı olarak ispatlanmış olmasıyla kurulabileceği şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Almanya’da aynı ilke; tek başına “oui dire” in (dolaylı tanığın) mahkûmiyete esas teşkil edemeyeceği ancak başka bir delille desteklenmesi gerektiği şeklinde içtihatlarla konu olmuştur. PRADEL: 2000, s. 182.

⁴⁰ ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 54.

⁴¹ KINDHAUSER: 2014, s. 534.

⁴² ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 640; “Kendi içinde ve birbiri ile çelişen beyanları arasındaki açık aykırılık duraksamaya yer vermeyecek şekilde giderilip, lehe-aleyhe tüm beyanlar değerlendirilip mağdurun ve tanığın mahkeme beyanlarına hangi nedenlerle üstünlük tanındığı karar yerinde denetlenebilir şekilde açıklanıp tartışılmadan, mağdur ile sanığın ailevi sorunları olduğundan bahisle, genel geçişli ifadeler kullanılıp, eksik soruşturmayla yetinilerek duruşmaya devamla yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş...”, Yargıtay 6. CD, E. 2013/31834, K. 2016/6322, T. 25.10.2016. www.kazanci.com, (18.03.2017)

⁴³ Yargıtay 4. CD, E. 2006/10156, K. 2008/14600, T. 25.6.2008; Bu durum aynı zamanda soruşturmanın etkin şekilde yapılmamış ve suçun sübutuna etkisi mutlak sayılan delillerin toplanmamış olması gerekçesiyle bir iddianame iade sebebi de oluşturur. (CMK md.171)

kanaatine göre değerlendirme takdir yetkisi tanınmıştır⁴⁴. Ceza muhakemesinde hâkime tanınan vicdani kanaat; CMK'nın 217. maddesinin madde gerekçesinde ve doktrinde açıklandığı üzere: “akla dayalı izlenim”, “tecrübe kurallarına göre bir takdir” ve “belirli kural, ilke ve araçların eşliğinde yürüyen akli muhakeme sürecinin sonucunda ulaşılan, gerekçelendirilmesi ve denetlenmesi hukuken mümkün” kanaattir.

Hâkim, duruşmada tarafların ileri sürdüğü delillerin tamamını değerlendirerek, vicdani kanıya uygun bir sonuca ulaşmak zorundadır. İleri sürülen deliller ve karşıt delillere göre, vicdani kanı oluşturma süreci de farklılıklar gösterebilir. Sonuçta hâkim, belirli kural, ilke ve araçların eşliğinde yürüyen, akli muhakeme sürecinin sonucunda gerekçelendirilmesi ve denetlenmesi mümkün, bilime, akla ve gündelik hayattan edinilen karine niteliğindeki bilgilerle uyumlu bir sonuca varmalıdır.⁴⁵ Dahası hâkim objektif kriterlerle kanıtlanabilirlik taşımayan asılsız telkinlere ve iç sesine dayanarak delil değerlendirmesinde bulunamaz.⁴⁶

Ceza yargılama hukukunda delil olarak kabul edilen şeylere ilişkin konu, içerik veya kaynak bakımından çok çeşitli sınıflandırmalar yapılagelmiştir. Mesela, delillerin içerikleri bakımından bir sınıflandırmaya tabi tutulması halinde; tanıklığa veya şehadete dayanan deliller ve maddesel veya somut deliller olarak ikiye ayrılması mümkündür.⁴⁷ Buna benzer yapılmış olan bir diğer tasnife göre de deliller; olayı temsil eden/ tarihi deliller ve temsil edici olamayan (birçok müellife göre de delil türü olmaktan çok delilin içeriğinin doğruluğunun önceden kabulü sayılan) karinelerden oluşmaktadır.⁴⁸ Delilleri tasnif konusunda kabul gören öğretilerdeki genel görüşe göre; öncelikle doğrudan ve dolaylı

⁴⁴ “Maddenin birinci fıkrasında yer almış ikinci temel ilke, hâkimin kararını, ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayalı vicdanî kanaatine dayandırabileceğidir”, (CMK m. 217'nin madde gerekçesi).

⁴⁵ Yargıtay 4. CD. E. 2013/35836, K. 2016/1885, T.08.02.2016. www.kazanci.com (18.03.2017)

⁴⁶ WALTER, Tonio: “Ceza Muhakemesinde İspat Yükü”, Çev. Koray Doğan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.544.

⁴⁷ FISHER, Barry A. J.: “Techniques of Crime Scene Investigation”, CRC Press, 2004, www.murdercube.com (07.03.2017)

⁴⁸ TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 178.

delil olarak ikili bir ayrıma⁴⁹, bu ayrımın altında da belge, beyan ve belirti delilleri şeklinde bir ayrıma tabi tutuyoruz.⁵⁰

Beyan delilleri; şüpheli, sanık, mağdur, suçtan zarar gören, katılan veya bu kişiler dışındaki üçüncü kişilere ait⁵¹, uyuşmazlık konusu maddi olaya ilişkin mahkeme/ hâkim/ iddia makamı huzurunda yapılan sözlü açıklamalardır. Beyan delili maddi vakıya ilişkin olarak kaynağı insan olan, bu sebeple de hata veya yanılma ihtimali diğer delil türlerine oranla daha yüksek olan bir delil türüdür.⁵² Ceza muhakemesinde mağdur ve suçtan zarar görenin beyanı da beyan delili olarak kabul edilmektedir.⁵³ Şüpheli, sanık veya mağdur gibi kişilerin maddi vakıyadan doğrudan etkilenmiş olmaları dolayısıyla beyanda bulunurken daha ziyade kendilerinin lehine olan bazı hususları öne çıkartması gibi bir netice ortaya çıkabilmektedir.⁵⁴

2. MAĞDUR BEYANI VE CEZA YARGILAMASINDA İSPATA ETKİSİ

A. Mağdur Kavramı

“Mağdur” kelimesi, Arapça zulüm, merhametsizlik, haksızlık anlamına gelen “gadr” kelimesinden türetilmiş bir kavram olup⁵⁵, hukuk literatüründe de suçtan veya haksız bir fiilden zarar görmüş kimse olarak tanımlanmıştır.⁵⁶ Mağdur; bir suç işlenmesi veya sosyal kurallardan birinin

⁴⁹ CENTEL / ZAFER: 2015, s. 222.

⁵⁰ YENİSEY / NUHOĞLU: 2014, s. 192; BİRTEK: 2016, s. 71.

⁵¹ Beyan delillerinin; sanık beyanı, tanık beyanı ve sanık dışındaki kişilerin (katılanın, mağdurun, şikâyetçinin, malen sorumlunun) beyanı şeklinde incelendiğine de rastlanılmaktadır. Bkz. YENİSEY, NUHOĞLU, 2014, s. 192; Yargıtay 14. CD, E. 2014/2284, K. 2016/2015, T. 01.03.2016. www.kazanci.com (18.03.2017)

⁵² Kişiye bağlı deliller bakımından bilgilerin alınması ve naklinde etkili olan başlıca hata kaynakları; somut olayın algılanması, olayın kaydedilmesi, olayı nakledenin beyanda bulunma yetkinliği, ifadenin inandırıcılık değeri, olayın algılanmasında etkili olan faktörlerdir. JAHN, Matthias: “Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Değerlendirmesi ve İnandırıcılık Muhakemesinin Temelleri”, Çev. G. Ayhan Aygörmez Uğurlubay, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 596.

⁵³ CENTEL/ ZAFER: 2012, s. 201.

⁵⁴ BİRTEK: 2016, s. 77.

⁵⁵ TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Mağdur Hakları İnceleme Raporu, 20.04.2017, s. 2.

⁵⁶ YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 758.

çiğnenmiş olması dolayısıyla zarara uğrayan veya bu gibi eylemlerden etkilenen kişi olarak da tanımlanmıştır.⁵⁷

Ceza hukukuna ilişkin mevzuatta mağdur kavramı, ilk defa 5 Mart 2013 tarihli ve 28578 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanan Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinde: “*mağdur, kendisine veya birinci dereceden aile üyelerinden birine karşı işlenen suçun fiziksel, duygusal veya maddi sonuçları sebebiyle desteğe ihtiyaç duyan kişi*” olarak tanımlanmıştır (m.4/1-p).⁵⁸ Ayrıca henüz taslak aşamasında bulunan Suç Mağdurlarının Korunması Hakkında Kanun taslağında da mağdur kavramına ilişkin tanımlama; “*mağdur; kendisine karşı işlenen suç nedeni ile zarar gören veya bu suretle ekonomik kayba uğrayan kişi*” şeklinde yapılmıştır.⁵⁹

Bugüne kadar yapılmış tanımlamaları da dikkate alarak ceza hukuku bakımından mağdur; işlenen suçun konusu kişilik hakları veya malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkı olması nedeniyle suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalmış olan kişidir.⁶⁰ Dolayısıyla bir kişinin suçun mağduru olması için, suçun konusunun kendisine ait olması⁶¹, işlenen suçun kişilik haklarını veya mülkiyet hakkını ihlal etmiş olması ve ihlal sonucunda doğrudan doğruya zarar görmüş veya zarar görme tehlikesi geçirmiş olması gerekir.

Kişilik hakkı veya mülkiyet hakkı ihlal edilmediği halde, işlenen suçtan zarar görmüş kişiler ise, “suçtan zarar gören kişi” olarak ifade edilebilir.⁶² Ancak, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ve diğer

⁵⁷ ŞAHİN, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 119; YÜCEL, Mustafa T: Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, 4. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2007, s. 38.

⁵⁸ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Suç Mağdurlarına Yardımla İlgili 14 Haziran 2006 Tarihli ve 8 Sayılı Tavsiye Kararı’nda mağdur, “*bir üye ülkenin ceza hukukunun ihlali ile sonuçlanan eylem ve ihmaller dolayısıyla fiziksel veya zihinsel yararlanma, duygusal acı veya ekonomik kayıp dâhil zarara uğramış gerçek kişi*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁹ ÖZDEMİR, Muhittin: “Suç Mağdurlarına Yardım İçin Yeni Bir Başlangıç”, Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu 30-31 Ekim 2014, Mağdur Hakları Daire Başkanlığı Yayın No: 1, 2015, s. 121.

⁶⁰ KUNTER, Nurullah vd: Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 373.

⁶¹ ARTUK, Mehmet Emin vd: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 280-283.

⁶² AKDEMİR, Süleyman: Ceza Hukukunda Mağdurların Korunması, 1. Baskı, Akevler Akdeniz Bilimsel Araştırma Merkezi Yayınları, İzmir 1988, s. 12.

mevzuatta, birçok maddede suçtan zarar gören kişi ve mağdur aynı kişi gibi gösterilmiş ve birbirinin yerine kullanılmıştır. Suçtan zarar gören kişiyi daha geniş kapsamda düşünerek mağdurun zarara uğramış olmasından maddi veya manevi etkilenecek çıkarları zedelenen kişi olarak tanımladığımızda⁶³, her mağdurun aynı zamanda suçtan zarar gören veya zarar görme tehlikesi altında olan kişi olarak CMK’ da suçtan zarar görene tanınan haklardan faydalanması gerektiğini söyleyebiliriz.

B. Mağdur Beyanı ve Mağdurun Yemin Yükümlülüğü

Ceza muhakemesi bakımından mağdur beyanı, hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında başvurulabilen ve beyan delili niteliği taşıyan bir ispat vasıtası olarak kabul edilmektedir. Suç teşkil eden fiilin bizzatı kendisi üzerinde gerçekleşmiş olması itibarıyla mağdur, olaya ilişkin en iyi aktarımda bulunabilecek kişi iken olayın tarafı olması ve insan doğası gereği olayı tarafsız şekilde nakletmesi mümkün görülmemektedir.⁶⁴ Bununla birlikte, hukuki konum itibarıyla mağdurun şüpheli veya sanık gibi muhakeme sürecinde uyuşmazlık konusu olayda rol oynayan bir süje olduğunu da göz ardı etmemek gerekir. Açıklamaları iftira veya hakaret gibi bir suç teşkil etmedikçe, iddia makamında yer alan mağdur ve katılan beyanları dolayısıyla cezalandırılmazlar.⁶⁵ Mağdurun ve şikâyetçinin haklarının düzenlendiği Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 4. kitap 1. kısmında, mağdurun tanık olarak beyanına başvurulmasında yemin hariç tanıklara ilişkin hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır (CMK m. 50, 236).

Tanık Koruma Kanunu’nun “Tanımlar” başlığını taşıyan 2. maddesinde de tanık tanımlaması içerisine tanık olarak dinlenen suç mağdurlarının ve yakınlarının da dâhil edildiği görülmektedir.⁶⁶ Ancak bu düzenlemelerden hareketle tanık olarak dinlenmiş olması halinde mağdurun beyanına, tanık beyanı ile aynı değerin atfedilebileceği

⁶³ YENİSEY / NUHOĞLU: 2014, s. 99; TURANLI, Asiye M: Ceza Hukukunda Mağdur ve Mağdurun Korunması, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 2.

⁶⁴ ÖZTÜRK, Bahri: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 321.

⁶⁵ AYDIN: 2014, s. 77.

⁶⁶ “Tanık: Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen kişiyi, tanık sıfatıyla dinlenen suç mağdurlarını ve bu Kanunda belirtilen yakınlarını...” Tanık Koruma Kanunu m.2

çıkarmasında bulunulması doğru değildir.⁶⁷ Henüz katılan sıfatını kazanmamış olan suçtan zarar gören ve mağdurun beyanını elde edilebilmesi ve delil olarak kullanılabilmesi için ceza yargılama mevzuatımızda böyle bir düzenleme öngörülmüştür. Ancak gerek katılan sıfatıyla gerekse tanık sıfatıyla beyanı alınmış olsun mağdurun beyanı, tanık beyanından çok sanık beyanına benzerlik gösterir.⁶⁸ Bu bakış açısı yargılama makamları tarafından beyanına başvurulana mağdur, katılan, suçtan zarar gören gibi bu kişilerin beyanlarının delil olarak değerlendirilmesinde sanık beyanı gibi yaklaşılmasını gerektirmektedir. Yemin dahi etme yükümlülüğü olmaksızın beyanına başvurulana mağdurun beyanına, tanığın beyanı ile aynı değerin atfedilmesi de kanımızca doğru değildir. Tanığı, beyanda bulunurken yalan söylemekten caydırma amacını taşıyan sistematik önlemlerle⁶⁹ elde edilen delile güvenilirlik ve inandırıcılık sağlanacağı muhakkaktır. Tanığın kural olarak dinlenmeden önce veya dinlendikten sonra yemin etme yükümlülüğü altında olması⁷⁰ ve yalan tanıklık yapması halinde yalan tanıklık suçundan⁷¹ cezalandırılması, tanığın beyanına yönelik inandırıcılığı ve güvenilirliği sağlamaya yönelik en önemli tedbirlerdir.

Yemin, tanığa beyanda bulunurken doğruyu söylemesi hususunda içsel bir baskı yaratmaktadır.⁷² Ceza Muhakemesi Kanunu m. 236’ ya göre; tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç⁷³, tanıklığa ilişkin

⁶⁷ Mağdurun duruşmada yaptığı açıklamaların delil değeri taşımakla birlikte “tanık beyanı” olarak ele alınamayacağına “*sanıktan gayri tarafın beyanı*” şeklinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. YENİSEY / NUHOĞLU: 2014, s. 202.

⁶⁸ TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 196.

⁶⁹ Tanıkların doğruyu söylememe ihtimalini ortadan kaldırmak adına öngörülmüş tedbirlere ilişkin bkz. TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 181.

⁷⁰ “Tanıklar, tanıklıktan önce ayrı ayrı yemin ederler. Gerekğinde veya bir kimsenin tanık sıfatıyla dinlenilmesinin uygun olup olmadığında tereddüt varsa yemin, tanıklığından sonraya bırakılabilir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcıları da tanıklara yemin verirler”. (CMK m. 54).

⁷¹ “Mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.” (TCK m. 272).

⁷² GÜNGÖR, Devrim: “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015 (2), s. 309.

⁷³ Muhakeme evresinde mağdura yönelik bir suçlamanın olmaması dolayısıyla mağdurun, şüpheli veya sanığı suçlayıcı beyanda bulunma zorunluluğu ve susma hakkı

hükümler mağdura da uygulanacaktır ve yalan beyanda bulunmaları halinde mağdurun yalan tanıklıktan değil de iftira veya benzer bir başka suçtan cezalandırma ihtimali gündeme gelecektir.⁷⁴ Bunun dışında tanıkların çağrılma, çağrıya uymaması halinde zorla getirilme ve dinlenme usulüne ilişkin düzenlemelerin mağdur bakımından aynen uygulanacağını söyleyebiliriz.

Mağdur, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması bakımından zorunluluk bulunması halinde, tanıklığına başvurulacak ise ancak tek bir defa dinlenebilir ve bu dinleme sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmak zorundadır. Bu kişilerin yanında mağdurun atanmış vekili veya zorunlu vekillik gerektiren bir durum mevcutsa zorunlu vekili de dinleme sırasında mağdurun yanında bulunabilir (CMK m.243-236). Yargılama konusu olayın mağdurunun veya suçtan zarar görenin dinlenilmesinde tanıklığa ilişkin hükümlerin (yemin hariç) uygulanacak olması uyumsuzluğun tarafı olan mağdur ve suçtan zarar görenin tanık olduğu anlamına gelmez⁷⁵. Bu hüküm mağdurun ve suçtan zarar görenin tanık olarak kabul edildiğini ifade etmek için değil, bu süjelerin çağrılma ve dinlenme usulünün aynı olduğunu vurgulamak için düzenlenmiştir. Ancak AİHM, tanık kavramını otonom bir kavram olarak ülkelerin iç hukuklarından bağımsız olarak değerlendirmekte ve soruşturma ve kovuşturma konusu olayların şüphelisi veya sanığı dışındaki tüm dinlenen kişileri tanık olarak kabul etmektedir⁷⁶.

C. Mağdur Beyanın İspat Bakımından Değerlendirilmesi

Ceza muhakemesi hukukumuzda, serbest delil ve serbest değerlendirme sistemlerinin benimsemiş olması dolayısıyla hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delilin ispat unsuru olarak değerlendirilebilmesi ve hâkimin vicdani kanaatini etkilemesi potansiyeli

bulunmamaktadır. Bu durumun sonucu olarak davaya katılmış olsun olmasın mağdurun veya suçtan zarar görenin doğruyu söylemesini sağlamak için yemin yükümlülüğü altında bırakılmamıştır. AYDIN: 2014, s. 77.

⁷⁴ TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 197; Yeminin ceza yargılamasında tarafsız konumda olan süjeler bakımından başvurulacak bir doğrulama aracı olduğu, katılan veya henüz bu sıfatı kazanmamış olan mağdurun maddi vakıada taraf/süje olmaları itibarıyla tarafsız kabul edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. BİRTEK: 2016, s. 172.

⁷⁵ YETİMOĞLU, Melike Ezgi: Adil Yargılama Hakkı Kapsamında Gizli Tanıklık, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Galatasaray Üniversitesi SBE), 2014, s. 19; Karşı görüş için bkz: ÖZTÜRK vd., s. 300.

⁷⁶ BİRTEK, s. 110.

mevcuttur. Bu anlamda özellikle beyan delilleri ispat hukukunda ayrı bir değere sahiptir. Çünkü çoğu zaman yargılama konusu olayın ispatını sağlayacak olan tek delil, olayı gören, yaşayan veya duyan kişilere ait beyanlardır.⁷⁷ Bu kişilere biz maddi vakıa ile olan ilişkilerine göre şüpheli, sanık, mağdur, suçtan zarar gören veya tanık gibi isimler verebilmekteyiz. Beyan delillerinin ispat bakımından sahip olduğu değere ilişkin açıklamalara şerh olarak şunu düşebiliriz ki; kimi zaman sehven⁷⁸, kimi zaman kasti olarak yanılma, doğrudan sapma ihtimali bu delil türü bakımından her zaman mevcuttur. Bu sebeple çoğu zaman yalnızca sanığın suçu işlediğine ilişkin ikrarına veya mağdurun suç isnadında bulunduğu beyanına dayanılarak kurulan mahkûmiyet hükümleri yüksek mahkeme tarafından bu beyanları destekleyen başka delilin bulunmaması ve şüphenin aşılamamış olması gibi gerekçelerle bozulmaktadır.^{79 80}

Beyan delilleri arasında özellikle mağdur beyanının doğruluğu, tarafsızlığı veya gerçeği yansıtmama ihtimali daha ağırlıklıdır. Zira mağdurun şüpheli ve sanık gibi muhakeme süjelerinden biri olması, dahası şüpheli ve sanık ile menfaat çatışması içerisinde olması⁸¹, maddi vakıanın doğrudan tesiri altında bulunması ve doğruluğu güvence altına alan yemin verdirilmeden beyanının alınması gibi nedenlerle tarafsız

⁷⁷ Common law ülkelerinde, delillerin serbestliğinin daha az olduğu ve bazı mutlak veya nispi delil yasaklarının mevcut olduğu görülmektedir. Bunun beyan delillerine ilişkin önemli bir örneğini “oui dire” yani olaya şahsen tanık olmayan kişinin tanık olanlar tarafından edildiği bilgilere ilişkin tanıklığını oluşturmaktadır. Bu delil türü, bilginin kaynağında bulunan kişinin sorgulanamaması, yemin ettirilememesi gibi sebeplerle yasaklanmış olmakla birlikte bu yasak mutlak olmayıp çeşitli istisnaları mevcuttur. PRADEL: 2000, s. 160.

⁷⁸ “Yaşanan bu ve benzeri pek çok olayda suç mağdurlarının suçun işlendiği sırada gördükleri faili yanlış teşhis ettiği anlaşılmıştır.”, GÜNGÖR: 2015, s. 311.

⁷⁹ “Soyut ikrara dayalı olarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Sanığın baskıya dayalı olduğunu belirterek kabul etmediği kolluk ifadesi dışında, isnat olunan suçu işlediğine ilişkin kuşku sınırını aşacak kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirir.” Yargıtay 10. CD. E. 2005/1716, K. 2006/19. T. 23.01.2006.

⁸⁰ “Ceza muhakemesi hukuku bakımından beyana dayalı olarak ispatın tam sağlanabilmesi için belli koşulların varlığı gerekmektedir; bunlardan ilki aynı olaya ilişkin aynı doğrultuda en az iki kişinin beyanda bulunması, bu kişilerin olayı bizzat gözlemlemiş olması, beyanın kesinlik içeren cümleler kurularak ifade edilmesi (hatırladığım kadarıyla, sanki, gibi türünden belirsiz kavramlar kullanılmamış olması) ve beyanların muhakeme sürecinin her aşamasında aynı olmasıdır”., GARRAUD, F.: “Kıta Avrupası Delil Sistemi Tarihi”, Çev. Devrim Aydın, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2016 (32), s. 202.

⁸¹ AYDIN: 2014, s. 78.

beyanda bulunması beklenemez ve kabul edilemez. Bu nedenle mağdurun, öç alma duygusuyla hareket edebileceği, sanığa daha çok zarar vermek amacıyla isnadı ağırlaştırmaya çalışabileceği veya gerçekte işlenmiş bir suç olmamakla birlikte nefret, intikam, menfaat temini gibi sebeplerle gerçeğe aykırı beyanda bulunabileceği göz önünde bulundurularak beyanı değerlendirilmelidir.⁸²

Yargıtay ve doktrin tarafından mağdurun beyanının delil değeri tespit edilirken, mağdurun ruh sağlığı, yaşı, kişiliği, beyanların çelişkili olup olmadığı⁸³, mağdur ve fail arasındaki ilişki, mağdurun güvenilirliği ve ahlaki durumu, sanığın savunmaları ile çelişip çelişmediğinin tespit edilmesi ve buna göre hüküm verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁸⁴ Özellikle de tek delilin mağdurun beyanı olduğu suçlara ilişkin yargılamalarda olduğu gibi mahkeme hangi sebeplerle mağdurun beyanının güvenilir olduğunu ve sanığın beyanından üstün tuttuğunu somut ve inandırıcı gerekçelerle denetilmeye olanak verecek şekilde ortaya koymalıdır.⁸⁵ Öte yandan Yargıtay'ın münhasıran ispat bakımından sorunun teşkil eden cinsel suçlarla ilgili olarak geliştirmiş olduğu “*her ne kadar delil olmasa da şikâyetçi kadının beyanı esas alınarak sanığın cezalandırılmasına*”, daha yaygın kullanımıyla “*kadının beyanı esastır*” şeklindeki gerekçesi de mağdurun beyanına atfedilmiş olan değer itibarıyla doktrin⁸⁶ ve uygulamada tartışılmaktadır.⁸⁷

⁸² KOCAOĞLU, Serhat Sinan: Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 530; GÖKCEN, Ahmet, vd.: Ceza Muhakemesi Hukuku I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 356.

⁸³ Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde farklı beyanlarda bulunan mağdurun ya da tanığın beyanı hükme esas alınmamalıdır. Zira hangi aşamada tanığın, mağdurun veya sanığın doğruyu söylediğini tespit etmek çoğu zaman mümkün değildir. Çelişkili bir ifade de eğer çelişki bir mantık çerçevesinde ve şüpheden uzak bir şekilde giderilememişse, izlenmesi gereken metodoloji sanığa ceza verecek bir formül yaratmak değil, tam olarak giderilemeyen şüphe sebebiyle sanığa beraat vermektir. KOCAOĞLU, s. 508.

⁸⁴ Yargıtay CGK, E. 1991/5-75, K. 1991/103, T.01.04.1999; Yargıtay CGK., T. 19.11.2013, E. 2013/14-326, K. 2013/46; Yargıtay CGK., T. 19.10.2010, E. 2010/5-147, K. 2010/200; Yargıtay 5. CD, T. 01.04.2008, E. 2008/336, K. 2008/3004.

⁸⁵ Yargıtay 6. CD, T.25.10.2016, E. 2013/31834, K. 2016/6322.

⁸⁶ “*Kadın veya çocuk mağdurun yalan söylemeyeceği gibi sabit bir fikre sahip ya da aşırı/militan feminist dünya görüşüne sahip veya vazifesinin, bulguları bilimsel tespit edip tarafsız bir şekilde yorumlamak değil de mağdur ya da fail tarafında olmak olduğunu düşünen bir hekim ya da bilirkişi heyeti maddi gerçeğin bulunması amacını kendi dünya görüşleri doğrultusunda sekteye uğrattıyor demektir.*”, KOCAOĞLU: s. 520.

Cinsel suçların mağduru konumunda görmeye alışkın olduğumuz kişiler, genellikle kadınlar ve çocuklardır. Bu kişilere yönelik her türlü cinsel amaçlı davranış daha ziyade yakınlarında bulunan insanlar tarafından ve gözden uzak, izbe, kapalı alanlarda gerçekleştirilmektedir.⁸⁸ Bunun gibi olgularda bu suçların ispatı bakımından ciddi sıkıntılar yaratabilmektedir.

Özellikle mağdurun çocuk olması halinde, suç teşkil eden fiilin meydana gelip gelmediğinin veya ne şekilde meydana geldiğinin tespitinde yargılama makamları ciddi sorunlar yaşayabilmektedir.⁸⁹ Küçük yaşta olmaları, çocukları etki altında bırakabilmekte ve gerçekte olandan daha farklı beyanda bulunmalarına da sebep olabilmektedir.⁹⁰

Örneğin; eşlerin boşanma sürecini takiben ortaya atılan çocuğa karşı cinsel istismar ve taciz iddialarına ilişkin yürütülen bir çalışmada; bu nitelikteki istismar iddialarının %12'sinin gerçeği yansıtmadığını, boşanan eşlerin (özellikle kadınların) ayrıldıkları eşlerinden intikam alma aracı olarak bu gibi iddialara başvurdukları tespit edilmiştir.⁹¹ Ancak mağduru gerçekte olandan farklı beyanda bulunmaya veya gerçeği olduğundan farklı şekilde yansıtmaya yönelten çok çeşitli sebeplerin bulunabileceği ihtimali her suç mağdurunun beyanına önyargılı olarak yaklaşılması gerektiği sonucuna da götürmemelidir. Burada kırılma noktasını; mağdurun beyanının şüpheli veya sanığın beyanından üstün tutulmasını gerektirecek, mağdurun beyanına itibar edilmesini sağlayacak olan kriterlerin objektif bir değerlendirme yapılmasını sağlayacak şekilde seçilmiş olması oluşturmaktadır.

⁸⁷ KIRBAŞ Canikoğlu, Seher: “Kadının Beyanı Esastır”: Çok Bilinmeyenli Bir Denklem”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015 (4), s. 232.

⁸⁸ KORKUSUZ, Gülşah: “Cinsel Saldırı Suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013 (1), s. 818.

⁸⁹ Yargıtay CGK, T.15.09.2015, E. 2014/824, K. 2015/276; Yargıtay 5. CD, T. 1.4.2008, E. 2008/336, K. 2008/3004

⁹⁰ KARABULUT vd.: 2015, s. 412.; Çocukların kendilerine yönelik istismar niteliğindeki davranışları tasvirine her koşulda itibar edilmesi gerektiği ve çocuğun cinsel ve entelektüel deneyim sahibi olmamalarından ötürü böyle bir hikaye uydurmaya ehil olmadığı yönündeki kanaat için bkz. ÖZBEK, Veli vd.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 11.Bası, Ankara, 2017, s. 355.

⁹¹ TROCME, Nico / BALA, Nicholas: “False Allegations of Abuse and Neglect When Parents Separate”, *Child Abuse and Neglect*, 2005(29), s.1333-1345, www.researchgate.net (18.03.2017).

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 1990 yılında vermiş olduğu bir kararında da; delil değerlendirmesini zorunluluk ve güvenilirlik ekseninde yapmış ve ispat hukukumuzda yabancı bir delil türü olan “oui dire (dolaylı tanıklık)” a dayanarak sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Karara konu olayda; 3,5 yaşında bir çocuğun aile doktoru tarafından istismarını, kendisine yönelik davranışların cinsel içerikte olduğu bilincinde olmadan, annesine anlatmıştır. Çocuğun anlatımı doğrultusunda annenin olaya ilişkin tanıklığı, common law sisteminin benimsendiği ülkelerdeki adıyla “oui dire” (dolaylı tanıklık), hemen hemen tek delil olmakla birlikte, çocuğun tanıklığına ilişkin gerçeğe uygunluk ve inandırıcılık iki temel gereklilik olarak bir araya gelmiş olduğundan hâkimin vicdanen olaya kanaat getirmesini sağlamış ve kabul görmüştür.⁹²

Hukukumuzda da tanıklık doğrudan tanıklık ve dolaylı tanıklık olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan tanıklık, ceza uyumsuzluğunun konusunu oluşturan olaylarla ilgili beş duyu organı aracılığı ile doğrudan doğruya bilgi sahibi olan tanığın tanıklığıdır. Dolaylı tanıklık (ikinci derece tanıklık – tanığa tanıklık) ise, ceza uyumsuzluğunun konusu oluşturan olaylarla ilgili olarak mağdur/suçtan zarar görenden veya doğrudan tanıklardan edindiği bilgilerle bilgi sahibi olan tanığın tanıklığıdır. Mevzuatta hükme esas alınması bakımından doğrudan tanık ile dolaylı tanığın beyanları arasında bir üstünlük ayrımı yapılmamış olmakla birlikte, olayları canlandırmak bakımından doğrudan tanığın beyanlarının dolaylı tanığın beyanlarına göre daha güçlü olduğu ve doğrudan tanığın beyanları ile dolaylı tanığın beyanlarının çelişmesi veyahut dolaylı tanığın beyanı ile diğer delillerin çelişmesi halinde doğrudan tanığın beyanına ve diğer delillere üstünlük tanınması gerektiği kabul edilmektedir⁹³.

⁹²Kararın tamamı için bkz. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/642/1/document.do> (29.11.2017); Benzer şekilde muhakeme hukukumuzda olayın özelliğine göre, dolaylı yoldan bilgi veren beyanlara da itibar edilebileceği; özellikle cinsel suç mağduru kişinin olayı anlattığı kişi dışında bir tanığın bulunmadığı haller veya ölümünden hemen önce mağdurun olayı herhangi bir kişiye aktardığı hallerde tanık beyanına duyulan ihtiyaç ve beyanın olayı açıklayacağına bakılarak dolaylı tanıklığın delil olarak kabul edilebileceği ileri sürülmüştür. YENİSEY: 2007, s. 22.

⁹³ KUNTER, Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 1351; BİRTEK, s. 130-131; ÖZEN, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, s. 313.

D. “Şüpheden Sanık Yararlanır” İlkesi ve Mağdur Beyanı

Ulusal ve uluslararası mevzuatta açıkça düzenlenmemekle⁹⁴ birlikte, ulusal ve uluslararası yargı organlarınca da hiçbir şüpheyeye yer vermeyecek şekilde uygulanan ve masumiyet (suçsuzluk) karinesinin zorunlu bir uzantısı olan “*şüpheden sanık yararlanır ilkesi*”, ceza muhakemesi hukukunun evrensel nitelikteki önemli ilkelerinden biridir.⁹⁵

Ceza muhakemesinin bu ilkesine göre, bir suç işlediği iddiasıyla yargılanan sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilebilmesi için, sanığın iddia edilen suçu işlediğinin yüzde yüz kesin olması ve bu kesinliğin somut delillerle ispatlanmış olması gerekir⁹⁶. Aksi takdirde sanığın, iddia edilen suçu işleyip işlemediği yönünden duyulan yüzde birlik şüphe halinde dahi sanığın beraat etmesi gerekir.⁹⁷ Çünkü asıl olan, insan fitratına uygun bir biçimde ve şüpheden sanık yararlanır ilkesinin zorunlu gereği olarak, masum bir kimsenin cezalandırılmasındansa, suç işlediği şüpheli olan bir kişinin serbest bırakılmasının üstün tutulmasıdır.

Nitekim ceza muhakemesinde jüri sisteminin uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri’nde, jürinin tek görevi, yapılan yargılama sonunda sanığın suç işleyip işlemediğine karar vermektir. Yapılan bir yargılamada sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi için jürinin tamamının oybirliğiyle sanığın iddia edilen suçu işlediğine kanaat getirmesi zorunludur. Aksi halde, jüri üyelerinden bir kişinin bile sanığın iddia

⁹⁴ Anayasa’nın 38/4. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/2. maddesinde ve Mecelle’nin 10. maddesinde düzenlenmiş olan “suçsuzluk karinesi”; suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suç ile itham edilen herkesin suçsuz sayılmasını ve bu ilkeye göre kişiye muamelede bulunulmasını ifade eder.

⁹⁵ FEYZİOĞLU, Metin: “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, 48(1-4), s. 139; TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 177; CENTEL / ZAFER/ 2012, s. 730; ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 60.

⁹⁶ “İspat edilecek konuya ilişkin yargılama makamını inandırmak yetmez, hâkimde tam bir kanaat hâsıl olmalıdır.”, GÖKCEN, vd: s. 322.

⁹⁷ YENİSEY / NUHOĞLU: 2014, s. 185; “Yüksek de olsa bir olasılığa dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayım dayalı olarak hüküm vermek anlamına gelir. O halde ceza yargılamasında mahkûmiyet, büyük veya küçük bir olasılığa değil, her türlü kuşkudan uzak bir keskinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilmesinin tek yolu budur.”, Yargıtay CGK, T. 12.4.2011, E. 2011/1-51, K. 2011/42.

edilen suçu işlediğine ikna olmaması halinde, “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” gereği sanığın beraatına karar verilmektedir⁹⁸.

Doktrinde çoğunluk tarafından benimsenen görüş; “şüpheden sanık yararlanır ilkesinin” delillerin takdiri bakımından olduğuna ilişkindir.⁹⁹ Mahkemenin, sanığın iddia edilen suç fiillerini işlediğine kanaat getirebilmesi için; duruşmaya getirilen ve tartışılan bütün delillerle sanığın yüklenen suçu işlediğinin hiçbir tereddüde ve kuşkuyla yer bırakmayacak derecede açıkça ispat edilmiş olması gerekir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun da kararlarında belirttiği gibi: *“Ceza muhakemesinde, sanığın yüklenen suçu işlediği basit veya güçlü ihtimallere, çelişkili tanık veya mağdur beyanlarına ya da soyut iddia ve varsayımlara dayandırılmaz. Aksi halde yüksek de olsa bir ihtimale veya şüpheye dayanılarak sanığı mahkûm etmek, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan maddi gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek olacağı gibi, aynı zamanda şüpheden sanık yararlanır ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır”*.¹⁰⁰

Vicdani ispat sistemine¹⁰¹ göre; hâkim maddi vakıanın sübut bulup bulmadığına ilişkin zihnindeki şüphesini soruşturma makamlarınca önüne getirilen veya re’sen yapmış olduğu araştırmalar sonucu elde ettiği deliller vasıtasıyla yenmeye ve bir kanaate varmaya çalışır. Hâkimi bu kanaate götüren ve kurduğu hükmün gerekçesini oluşturan maddi vakıayla ilişkilendirilmiş delillerin ispata elverişli ve şüpheye yer bırakmayacak nitelikte olması gerekmektedir. Aksi takdirde suçluluk bakımından hâkimin vicdani kanısında en ufak bir şüphe kalırsa “şüpheden sanık yararlanır”¹⁰² ilkesinin işletilmesi gerekecektir.¹⁰³ Uygulamada

⁹⁸ ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 62-63.

⁹⁹ Söz konusu ilkenin cezayı ağırlaştırıcı nedenler bakımından de geçerli olduğuna ilişkin kanaate sahip olan müelliflerde mevcuttur. TOROSLU / FEYZİOĞLU: 2016, s. 177; YENİSEY / NUHOĞLU: 2014, s. 186.

¹⁰⁰ Yargıtay CGK, T. 9.11.2010, E. 2010/8-134, K. 2010/217; Yargıtay CGK, T. 9.11.2010, E. 2010/8-134, K. 2010/217; Yargıtay CGK, T. 19.4.1993, E. 1993/6-79, K. 1993/108; Yargıtay 14. CD, T. 30.06 2014, E. 2012/11463, K. 2104/8940, www.kazanci.com (24.03.2017)

¹⁰¹ YILDIZ: 2002, s. 8.

¹⁰² “Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlaka sanık yararına değerlendirilmesidir.”, Yargıtay CGK, T. 25.11.2014, E. 2013/9-610, K. 2014/512.

¹⁰³ ÜNVER / HAKERİ: 2014, s. 54.

hâkimlerin, verdiği hükümlerine esas teşkil eden vicdani kanaatlerinde “kesinlik” yerine “ihtimal”le yetinmeleri yanlış hükümleri doğuran en büyük etken olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁴

Kendisine bir suç isnadında bulunulmuş olan şüphelinin, iddianın ispatının mutlak surette sağlanmasına kadar masum kabul edileceğine ilişkin masumiyet karinesi ve şüphenin sanığın lehine değerlendirilmesi ilkesinin doğrudan sonucu olarak, isnadının aksine ilişkin herhangi bir ispat yükü de bulunmamaktadır. Zira suçluluğu ispat oluncaya kadar kişinin masum olduğu kabulünün aksinin ispatı ya da diğer bir deyişle ispat yükü, muhakeme hukukunda davayı yapılandırma ilkesi gereği mahkemenindir.¹⁰⁵

Hâkim, hukuka uygun olarak elde edilmiş, maddi vakıanın akılcı ve mantıkî olarak şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatını sağlayacak delilleri serbestçe değerlendirerek vicdani kanaatini oluşturacaktır.¹⁰⁶ Muhakeme sürecinde hâkimi maddi vakıanın sübut bulup bulmadığına ilişkin vicdani kanaate götüren tek delilin mağdurun soyut beyanından ibaret olması halinde, mağdurun beyanının güvenilirliği somut başkaca delillerle desteklenmelidir. Aksi durumlarda sübutun gerçekleşmediği ve maddi gerçeğin kuşkuyla kaldığı nazara alınarak şüpheden sanık yararlanır ilkesi işletilmelidir.

Toplumdaki herkesin bir gün suç şüphesi altında kalabilecek olması dolayısıyla masumiyet karinesinin yalnızca sanık lehine değil toplumun genel menfaati lehine olduğu göz önünde bulundurularak hâkimin, hükmüne esas aldığı sebeplerin her türlü şüphe unsurundan arındırılmış olması gerekmektedir.¹⁰⁷ Özellikle de son zamanlarda yüz kızartıcı iftira atmanın bir aracı olarak kullanılmaya başlanmış olan cinsel suçlarda bu

¹⁰⁴ ŞAHİNKAYA, Yalçın: Suçsuzluk Karinesi, Seçkin yayınları, Ankara, 2008, s. 218.

¹⁰⁵ CENTEL / ZAFER: 2012, s. 673; İspat yüküne ilişkin farklı kanaatte olanlar hakkında bkz. BİRTEK: 2016, s. 423-425.

¹⁰⁶ “...Ceza Yargılamasının amacı hiç bir 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 bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, Ceza Yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından söz edilemez...” Yargıtay CGK, T. 15.04.1993, E. 1993/6-79, K. 1993/108, www.kazanci.com (24.03.2017)

¹⁰⁷ KINDHAUSER: 2014, s. 538.

konuda çok daha hassas davranılmalıdır.¹⁰⁸ Cinsel suçlarda, mağdurun veya şikâyetçinin beyanlarının doğruluk değeri ve ispat bakımından güvenilirliğini tespit etmek amaçlı Yargıtay'ın geliştirmiş olduğu çeşitli kriterler bulunmaktadır¹⁰⁹.

¹⁰⁸ ÜNVER / YENER: "Ceza Muhakemesinde İspat ve Uygulamamız", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006(2), s. 12; BİRTEK: 2016, s. 173.

¹⁰⁹ "Amacı somut olayda maddi gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak, suç işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek olan ceza yargılamasının en önemli ve evrensel ilkelerinden birisi de öğreti ve uygulamada; "suçsuzluk" ya da "masumiyet karinesi" olarak adlandırılan kuralın bir uzantısı olan ve Latince; "in dubio pro reo" olarak ifade edilen "şüpheden sanık yararlanır" ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi bakımından göz önünde bulundurulması gereken herhangi bir soruna ilişkin şüphenin, mutlaka sanık yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural dava konusu suçun işlenip işlenmediği, işlenmişse sanık tarafından işlenip işlenmediği veya gerçekleştirilme biçimi konusunda bir şüphe belirmesi halinde de geçerlidir. Sanığın bir suçtan cezalandırılmasına karar verilebilmesinin temel şartı, suçun hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak kesinlikle ispat edilebilmesidir. Gerçekleşme şekli şüpheli veya tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti; herhangi bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp diğer kısmı gözardı edilerek ulaşılan kanaate değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalı ve hiçbir şüphe veya başka türlü oluşturma imkân vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir. Somut olay bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde; Mağdur ve ailesi ile sanık arasında iftira atılmasını gerektirecek nitelikte bir husumetin bulunmaması ve mağdurun ailesine hemen anlatması üzerine olayın yetkili mercilere intikal ettirilmiş olması hususları göz önüne alındığında sanığın yüklenen eylemi gerçekleştirdiği yönünde şüphe doğmakta ise de, mağdurun ve annesinin aşamalarındaki beyanları arasında çelişkiler olması, sanığın eylemi gerçekleştirdiğine dair mağdurun çelişkili anlatımları dışında bir delilin bulunmaması, sanığın istikrarlı ve birbiriyle uyumlu olacak şekilde atılı suçu işlemediğini savunması, sanığın mağdurun olay günü akşam saatlerinde evinin kapısını çalarak kendisini evine götürmesini istediği şeklindeki savunmasının mağdur tarafından duruşmada doğrulanması karşısında, sanığın atılı suçu işlediği şüphe boyutunda kaldığından, "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereğince, yerel mahkemece sanığın üzerine atılı suçtan beraatine karar verilmesinde ve bu hükmün Özel Dairece onanmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Bu itibarla, sanığın üzerine atılı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiğine ilişkin itirazın reddine karar verilmelidir". Yargıtay CGK T. 22.04.2014, E. 2012/1417, K. 2014/207 (www.kazanci.com (06.11.2017); Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay CGK T. 01.04.2014, E. 2014/46, K. 2014/167 (www.kazanci.com (06.11.2017).

Ceza Genel Kurulu’nun 1991 yılında geliştirmiş olduğu bir içtihadında; “mağdurun anlatımının samimi ve tutarlı olup olmadığı ve mağdurenin anlatımlarının somut delillerle uyumlu olup olmadığı kriterleri, geliştirilen diğer kriterlere göre daha objektif, akıl ve mantık kuralları çerçevesinde bir değerlendirme yapılabilmesine imkân sağlayacak niteliktedir. Bir iddianın samimiyeti ve doğruluğu, suçun işlendiği yer, zaman, işleniş biçimi, tarafların kişilikleri, iddianın aşamalarındaki değişmezliği nazara alınarak değerlendirilmelidir. Mağdurenin iddiası, aşamalarda değiştiği gibi kendi içinde de çelişkilidir. Bu çelişkiler, gereksiz ayrıntılara yönelik olmayıp suça ve suçun işlendiği tarihe ilişkindir. İddia, olay tarihini belirleyen doktor raporu ile doğrulanmamış, aksine, belirtilen tarihlerde suçun işlenmediği saptanmıştır. Sanığın; yüklenen suçu işlediğine dair savunmasının aksini gösterir, cezalandırılmasına yeterli, her türlü kuşkudan uzak kesin ve inandırıcı kanıt bulunamamıştır. Bu itibarla direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.”¹¹⁰

Sanığı ispat bakımından yükümlülük altında bırakan ve masumiyet karinesine aykırı olduğu tartışmasız olan diğer kriterler ise: “*Mağdurun iftira atmasına sebep bir durum bulunup bulunmadığı*”¹¹¹, “*kendi onur ve namusunu ilgilendiren bir konuda mağdurenin iftira atmayacağı*” şeklinde geliştirilmiştir.¹¹² Bu kriterlerin yanı sıra Yargıtay’ın mağdurun veya şikâyetçinin aleyhine olarak: “*mağdur ile sanık arasında husumet bulunup bulunmadığı*”, “*mağdurun şikâyetini olaydan ne kadar sonra*

¹¹⁰ Yargıtay CGK, T. 01.04.1991, E. 1991/75, K. 1991/103; Yargıtay 14. CD, T. 30.06.2014, E. 2012/11463, K. 2104/8940; Yargıtay 14. CD, T. 25.11.2015, E. 2015/6962, K. 2015/10989; Yargıtay 2. CD, T. 11.06.2013, E. 2011/28011, K. 2013/15436; Yargıtay CGK, T. 19.11.2013, E. 2013/14-326, K. 2013/461, www.kazanci.com (24.03.2017)

¹¹¹ ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 376.

¹¹² “...kendisini suçtan kurtarmaya yönelik olarak inkarda bulunabileceği düşünülen sanık savunması yerine, saptanabilen başka bir amacı bulunmadığı gibi, henüz genç ve bekar bir genç kız olması nedeniyle kendi iffetine zarar verecek şekilde yalan da söyleyemeyeceği değerlendirilen mağdurenin, baştan itibaren kendi içinde tutarlı,... ifadeleriyle de uyum gösteren iddialarına itibar etmek gerekmiştir.” Yargıtay CGK, T. 26.05.2009, E. 2008/5-187, K. 2009/128, www.kazanci.com (26.03.2017)

yaptığı” ve “mağdurenin içinde bulunduğu durumu mazur göstermek için şikâyetçi olup olmadığı” gibi değerlendirme kriterleri de mevcuttur.¹¹³

Bütün bu değerlendirme kriterlerinin (itibar karinesi) çeşitliliğinden de anlaşılabilirceği üzere, salt belli karinelere dayanılarak şüpheden uzak bir hüküm kurulması olanaklı değildir. Değerlendirme konusu yapılan kimi zaman mağdurun kimi zaman sanığın aleyhine netice yaratabilen adı geçen karinelerin değişkenliği ve sübjektifliği nazara alındığında bu karinelerin aksi her zaman kabul edilebilirdir.¹¹⁴ Dahası karinelerin, akıl yürütmenin ve tecrübe kurallarının, ispat vasıtası olmaktan ziyade mevcut delillerin ispatlamış olduğu maddi vakıalar arasındaki boşlukları doldurmada kullanılması gerekmektedir.¹¹⁵

Alman Ceza Muhakemesi Hukuku’nda da delilleri serbestçe değerlendirme esası doğrultusunda hareket eden hâkim, tanık beyanının inandırıcılığına ilişkin yapılacak olan değerlendirmelerde olduğu gibi, istisnai hallerde psikoloji ya da psikiyatri hususunda ihtisas yapmış bilirkişilerin devreye sokulmasına ihtiyaç duyabilmektedirler. Bilhassa yargılama konusuna ilişkin başvurulabilecek tek delil tanığın beyanıysa, mağdur tanığın intikam veya utanma duygusu içerisinde olması sebebiyle ifadesinin bu saiklerden arındırılamamış olması ihtimali gündemdeyse ve cinsel suç mağduru olanın karşı koyma iradesine ilişkin zamansal şüphe vaki ise davaya bakan hâkimin mağdur ya da tanık konumunda olan bu kişilerin beyanlarının inandırıcılık yönünden değerlendirilmesi için bilirkişiye başvurmaktadır.¹¹⁶

Sonuç olarak bir olgunun ispatlanamaması, onun tersinin kabul edilmesi için yeterli bir neden olarak kabul edilmediği gibi, aksinin mümkün olduğuna ilişkin bir ihtimalin mevcut olması halinden de o hususun sübut bulmadığını söylememiz gerekecektir.¹¹⁷

¹¹³ BİRTEK: 2016, s. 564.

¹¹⁴ BİRTEK: 2016, s. 566.

¹¹⁵ GEDİK, Doğan: “İspatta Akıl Yürütme, Tecrübe Kuralları ve Karinelerin İşlevi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2017, S. 133, s. 57.

¹¹⁶ JAHN: 2014, s. 598.

¹¹⁷ YENİSEY / NUHOĞLU: 2014, s. 185.

SONUÇ

İnsan kişiliğinden bağımsız olarak düşünölemeyecek olan itibar, saygınlık, dürüstlük, güvenilirlik, itimat edilebilirlik gibi değerlerin korunması adına geliştirilmiş çeşitli hukuki müesseseler olmakla birlikte, ceza hukuku bağlamında oluşturulmuş en önemli müessese şüphesiz ki “masumiyet karinesidir”.

En basit tanımlamayla; hakkında ileri sürölen ve suç oluşturan bir iddianın altındaki kişinin, suçluluğı somut ve inandırıcı delillerle ispatlanmadığı müddetçe masum kabul edilmesi gerektiğı anlamını taşıyan bu karine “şüpheden sanığın yararlanması”, “delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve serbestliğı” gibi ispat hukukuna ilişkin önemli ilkeleri de bünyesinde barındırmaktadır. Muhakeme aşamasına önüne bir suç isnadı altında getirilen kişinin suçluluğına ilişkin şüphe ile başlayan hâkimin, iddia makamı tarafından toplanan veya kendisinin de re’ sen araştırılabileceğı delillerle bu şüpheyi yenmesi ve vicdani bir kanaate varması gerekmektedir. Hâkim, vicdani kanaatini oluşturmakta kullanacağı delillerin takdirinde serbesttir. Ancak bu serbestlik münhasıran değerlendirme ile ilgilidir, hâkimin maddi vakıaya ilişkin önem arz eden bütün delillerin toplandığından emin olarak hüküm kurması bir zorunluluktur.

Muhakeme hukukumuzda deliller maddi vakıanın aydınlatılmasına, ispatına götüren temel yol göstericiler olmaları itibarıyla önemlidirler. Çoğunlukla mağdur, şikâyetçi veya suçtan zarar gören kişilerin iddialarıyla başlayan suç şüphesi, deliller vasıtasıyla yenilerek yerini vicdani bir kanaate bırakmaktadır. Bu kişilerin beyanlarına delil olarak ayrıca itibar edilmesi de muhakeme sürecinde olayın aydınlatılması bakımından gerekli olabilmektedir.

Mağdurun beyanına ihtiyaç duyulması halinde soruşturma veya kovuşturma aşamalarında başvurulabilmektedir. Bu beyanlar kimi zaman maddi gerçek bakımından yanıltıcı da olabilmektedir, bu sebeple hükme esas alındıkları takdirde başka delillerle desteklenmeleri aranmaktadır. Ancak suçun niteliğı gereğı olaya ilişkin tek delilin mağdurun salt beyanı olması halinde, iş ispat bakımından içinden çıkılamayacak bir hale dönüşmektedir. Bu beyana itibar edilmesi halinde; bir tarafta gerçekten bir suça maruz kalmış olma ihtimali olan mağdurun mağduriyetini, diğer tarafta ise haksız olarak bir suç isnadı altında bırakılmış olabilen şüpheli/sanığın mağduriyetini ortaya çıkarabilecektir. Böyle durumlarda

Yargıtay'ın ispatı kolaylaştırmak adına geliştirmeye çalıştığı “mağdurun beyanının esas alınması” gibi tamamen sübjektif nitelikteki kriterleri bulunmakla birlikte, bu kaidelerin masumiyet karinesi ile açıkça çelişir olduğu ve gerek ceza muhakemesi hukuku gerekse evrensel hukuk kaideleri bakımından hukuka aykırı olduğu açıktır. Ancak belli suç tiplerinin ispatında mağdur beyanının delil olarak değerlendirilmesine yararlı olabilecek ve daha objektif nitelik taşıyan “mağdurun beyanlarının birbiriyle çelişir ve istikrarlı olmaması” gibi kriterler geliştirilebilir. Bu kriterlerin de aksinin ispatının mümkün olduğu ve aksi mümkün olanın şüpheli kaldığı gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, bu kriterlerin ispat hukuku bakımından delillerle oluşan kabule ilişkin boşlukları doldurmaktan öte bir fayda sağlamasının beklenmesi yarırsızdır.

Ceza muhakemesinde mağdurun beyanı ile sanığın/şüphelinin beyanları arasında hukuki bir üstünlük tanınmamıştır. Bu nedenle, mağdurun beyanı ile sanığın beyanının çeliştiği durumlarda soyut varsayımlarla mağdurun beyanına üstünlük tanınamaz. Bir beyanın üstün tutulabilmesi için, kendi içinde tutarlı olması, tutarlılığın yargılama boyunca korunması ve başkaca somut delillerle desteklenmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- AKDEMİR, Süleyman: Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması, 1. Baskı, Akevler Akdeniz Bilimsel Araştırma Merkezi Yayınları, İzmir 1988.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- AYDIN, Devrim: Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- BAYRAKTAR, Bülent: “Muhakemelerde Delillerin Önemi”, Sosyal Bilimler Dergisi, 2011(25).
- BİRTEK, Fatih: Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2015.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2012.
- FEYZİOĞLU, Metin: “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1999/48 (1-4).
- FISHER, Barry A. J.: Techniques of Crime Scene Investigation, CRC Press, 2004, www.murdercube.com (07.03.2017).

- GARRAUD, F.: “Kıta Avrupası Delil Sistemi Tarihi”, Çev. Devrim Aydın, Ceza Hukuku Dergisi, 2016(32).
- GEDİK, Doğan: “İspatta Akıl Yürütme, Tecrübe Kuralları ve Karinelerin İşlevi”, Terazi Hukuk Dergisi, 2017, S. 133.
- GÖKCEN, Ahmet, vd.: Ceza Muhakemesi Hukuku I, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- GÜNGÖR, Devrim: “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015(2).
- JAHN, Matthias: “Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Değerlendirmesi ve İnandırıcılık Muhakemesinin Temelleri”, Çev. G. Ayhan Aygörmüş Uğurlubay, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- KARABULUT, Ferhat / KARAPAZARLIOĞLU, Ersin / TOSUN, Hamza: “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2015(120).
- KIRBAŞ CANIKOĞLU, Seher: “Kadının Beyanı Esastır”: Çok Bilinmeyenli Bir Denklem”, Ankara Barosu Dergisi, 2015(4).
- KINDHAUSER, Urs: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Ölçüsü”, Çev. Serkan Meraklı, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- KOCA, Mahmut: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Ceza Hukuku Dergisi, 2006(2).
- KOCAGÖZ, Serhat Sinan: Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- KORKUSUZ, Gülşah: “Cinsel Saldırı Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013(1).
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2002.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2010.
- ÖZBEK, Veli Ö., vd. : Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ÖZBEK, Veli vd.: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 11.Bası, Ankara, 2017.
- ÖZEN, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.
- ÖZTÜRK, Bahri vd.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.
- ÖZTÜRK, Bahri vd.: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- PRADEL, Jean: Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, Çev. Sulhi Dönmezer, Beta Basım, İstanbul, 2000.

- ROXIN, Claus: “İspat Hukukunun Esasları”, Çev. ÜNVER, Yener, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2005(8).
- ŞAHİN, Cumhur: Ceza Muhakemesi Hukuku –I-, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- ŞAHİNKAYA, Yalçın: Suçsuzluk Karinesi, Seçkin yayınları, Ankara, 2008.
- ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.
- TROCME, Nico / BALA, Nicholas: “False Allegations of Abuse and Neglect When Parents Separate”, Chil Abuse ang Neglect, 2005 (29), s.1333-1345, www.researchgate.net (18.03.2017).
- TURANLI, Asiye M.: Ceza Hukukunda Mağdur ve Mağdurun Korunması, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.
- ÜNVER, Yener: “Ceza Muhakemesinde İspat ve Uygulamamız”, Ceza Hukuku Dergisi, 2006(2).
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- WALTER, Tonio: “Ceza Muhakemesinde İspat Yüğü”, Çev. Koray Doğan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- YAYLA, Mehmet: “Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2013(3).
- YENİSEY, Feridun: “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, Ceza Hukuku Dergisi, 2007(4).
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2014.
- YETİMOĞLU, Melike Ezgi: Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Gizli Tanıklık, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Galatasaray Üniversitesi SBE), 2014.
- YILDIZ, Ali Kemal: Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002.
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- YÜCEL, Mustafa T.: Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, 4. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2007.

