

TESEV DEMOKRATİKLEŞME PROGRAMI  
SİYASA RAPORLARI SERİSİ

YARGI REFORMU 3

# “SANIK ÖĞÜTEN ÇARKLAR”:

## İNSAN HAKLARI AÇISINDAN TÜRKİYE’DE CEZA ADALET SİSTEMİ

OSMAN DOĞRU



# “Sanık Ögüten Çarklar”:

İnsan Hakları Açısından Türkiye’de Ceza Adalet Sistemi

Osman Doğru

TESEV  
YAYINLARI

# “Sanık Öğüten arklar”: İnsan Hakları Açısından Türkiye’de Ceza Adalet Sistemi



**TESEV**

**Türkiye Ekonomik ve  
Sosyal Etüdler Vakfı  
Demokratikleşme Programı**

Bankalar Cad. Minerva Han  
No: 2 Kat: 3  
Karaköy 34420, İstanbul  
Tel: +90 212 292 89 03 PBX  
Fax: +90 212 292 90 46  
info@tesev.org.tr  
www.tesev.org.tr

**Yazar:**  
Osman Doğru

**Yayıma Hazırlayan:**  
Koray Özdil

**Düzeltili:**  
Elçin Gen

**Yapım: Myra**  
**Yayın Kimliği Tasarımı:** Rauf Kösemen  
**Kapak Tasarımı:** Banu Yılmaz Ocak  
**Rapor Uygulama:** Serhan Baykara  
**Koordinasyon:** Sibel Doğan  
**Üretim Koordinasyon:** Nergis Korkmaz

**Baskı Organizasyon** Artpres Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti  
**Basım Yeri:** Scala Basım, Yayım, Tanıtım San. ve Tic. Ltd. Şti.  
Yeşilce Mah. Girne Cad. Dalgıç Sk. No:3  
4.LEVENT/İSTANBUL-TÜRKİYE Tel: 0212 2816200 pbx

**Baskı Adedi:** 500

## TESEV YAYINLARI

Birinci Basım: Ekim 2011, 500 adet  
İkinci Basım: Mart 2012, 500 adet

ISBN 978-605-5332-11-2

Copyright © Mart 2012

Bu yayının tüm hakları saklıdır. Yayının hiçbir bölümü Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı’nın (TESEV) izni olmadan elektronik veya mekanik (fotokopi, kayıt veya bilgi depolama, vb.) yollarla çoğaltılamaz.

Bu yayında belirtilen görüşlerin tümü yazarlara aittir ve TESEV’in kurumsal görüşleri ile kısmen veya tamamen örtüşmeyebilir.



**FRIEDRICH  
EBERT  
STIFTUNG**



TESEV bu raporun yayımlanmasına katkılarından ötürü İsveç Uluslararası Kalkınma İşbirliği Ajansı’na (Sida), Chrest Vakfı’na, Friedrich-Ebert-Stiftung Derneği Türkiye Temsilcilięi’ne, Açık Toplum Vakfı’na ve TESEV Yüksek Danışma Kurulu’na teşekkür eder.

# İçindekiler

---

**TESEV SUNUŞ, 5**

**GİRİŞ, 7**

**CEZA ADALETİ, 11**

**Suç, 13**

**Soruşturma ve Kovuşturma, 15**

**SUÇUM NE?, 19**

**Gözaltında Bilgilenme, 21**

**Bilgilenme Dili, 21**

**Bilgilenme Zamanı, 22**

**Bilginin Kapsamı, 23**

**Dava Aşamasında Bilgilenme, 24**

**Süre Yönünden, 25**

**Dil Yönünden, 25**

**Kapsam Yönünden, 26**

**Başvuru Yolu, 28**

**NEDEN TUTULUYORUM?, 29**

**Suç İşlediğine Dair Şüphe Var, 32**

**Yakalamanın Amacı, 32**

**Şüphenin Standardı, 33**

**Delilleri Gizli Şüphe, 35**

**Tutuklanmada Kamu Yararı Var, 37**

**Tutuklama Nedeninin Varsayılabileceği Haller Var, 38**

**“Ne Yapalım, Sana İsnat Edilen Suçun Cezası Ağır...” , 38**

**Suç İsnadını Kim, Ne Zaman Yapar?, 40**

**Başvuru Yolu, 41**

**DAHA NE KADAR TUTULACAĞIM?, 43**

**Emniyet Biriminde Gözaltı Süresi, 45**

**Cezaevinde Tutukluluk Süresi, 47**

**Tutukluluk Süresinin Hesaplanması, 47**

**Tutukluluk Süresinin Makullüğü, 48**

**Başvuru Yolu, 55**

---

**BU DELİLLERLE MAHKÛMİYET Mİ?, 59**

**Delillerin Kabul Edilebilirliği, 62**

Kötü Muameleyle Elde Edilen İfade, 63

Zehirli Ağacın Tatlı Meyvesi, 66

Müdafi Olmadan Verilen İfade, 67

Dinleme ve İzleme Kayıtları, 70

**Duruşmada Delillerin Ortaya Konulması , 74**

Tanığı Sorgulama Hakkı, 74

Tek Görgü Tanığının Önceki İfadesi, 76

Tanığın Ölmeden Önceki İfadesi, 76

Yeri Öğrenilemeyen Tanığın Önceki İfadesi, 77

Kimliği Saklı Tanığın İfadesi, 78

İstinabe Yoluyla Dinlenen Tanığın İfadesi, 79

**SAVUNMAMI NEREDE YAPMAMI İSTERDİNİZ?, 81**

**Başka Mahkemeden Savunma, 83**

**Dosya Dışından Savunma, 86**

Gizli Etkileme Teşebbüsü, 87

Aleni Etkileme Çabası, 88

**YARGI REFORMU, 89**

**SONUÇ, 93**

**KAYNAKÇA, 97**

**Metin İçinde Geçen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Listesi, 97**

**YAZAR HAKKINDA, 100**

# TESEV Sunuş

**Etyen Mahçupyan**, TESEV Demokratikleşme Programı

Türkiye kendisini demokratik diye tanımlamayı sürdürürken, aslında demokratik olmak için uğraşan bir ülke. Cumhuriyet'in bir vesayet rejimi olarak yapıllaştığını yeni fark etmiş ve bunu değiştirebilecek farklı bir zihniyete doğru yeni yönelmiş durumdayız. Demokrasi ile vesayet rejimi arasındaki en önemli fark ise, muhtemelen "hukukun üstünlüğü" kavramında cisimleşiyor. Bu kavram, bütün devlet kurumlarının ve bu arada yargının da hukuka tabi olmasını ve insanlığın evrensel hak ve özgürlük birikimini dikkate almasını gerektiriyor.

Oysa Türkiye'de yargı, darbe anayasalarının da verdiği imtiyazlı konum sayesinde kendisini hukukun tanımlayıcısı olarak görmekte... Bu durum, demokrasiye yönelirken kritik adımlardan birinin yargı reformu olacağını ortaya koyuyor. Dolayısıyla TESEV'in son dört yılda en yoğun olarak araştırma ürettiği alanlardan biri yargı oldu. Mithat Sancar öncülüğünde yürütülen çalışmalarda, önce yargıç ve savcıların, ardından da toplumun yargı sistemine ve işlevlerine bakmamızı sağlayan incelemeler yapıldı ve bunlar Mayıs 2009'da kitaplaştırılarak kamuoyuna tanıtıldı. Mart 2010'da ise, Meryem Erdal'ın, farklı medya kuruluşlarının belirli dava süreçlerini haberleştirme biçimlerini ve yargıya yönelik genel yaklaşımlarını ele alan bir çalışması kamuoyuna sunuldu.

Böylece yargı sistemi etrafındaki algılama sorunlarını irdeleme fırsatı yaratıldı. Ancak, yargı sisteminin demokratikleşmesi, bir "reform" siyasetinin hayata geçmesini ve bu siyasetin toplumla paylaşılmasını gerektiriyor. Söz konusu reformun iki ayağı olduğu söylenebilir: Biri, sistemin bütünü ve yargının konumu açısından "bağımsızlık", "tarafsızlık" ve "meşruiyet" meselelerinin yeniden ele alınarak uluslararası normlara kavuşturulmasıdır. Bu bağlamda yürütme ile yargı arasındaki ilişkiler, yargının resmi ideoloji ile evrensel hukuk arasındaki yeri ve üst yargı kurumlarının nasıl bir seçim sistemine sahip olması gerektiği,

başlıca sorun alanları olarak beliriyor. Mayıs 2010'da, Serap Yazıcı'nın editörlüğünde yayımladığımız "Yargısal Düğüm: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler", başlıklı rapor, hükümetin yargı reformu projesinin de konusu olan bu meselelere demokratik evrensel kriterler açısından bakmış ve reformun yönü ve çerçevesine ilişkin anlamlı bir zemin oluşturmuştu.

Yargının, sisteme ilişkin bir reform alanı olmasının yanında, vatandaşın adalet ihtiyacına cevap vermesi gereken bir mekanizma olarak da değişime ve yeni bir zihniyetle ele alınmaya ihtiyaç var. Seda Kalem Berk tarafından hazırlanan ve Haziran 2011'de yayımlanan "Türkiye'de "Adalet Erişim": Göstergeler ve Öneriler" başlıklı rapor ise, vatandaşların yargıdan temel talepleri arasında olan "adalet erişim" konusu kamuoyu gündemine getirilmeye çalışmıştı.

Osman Doğru tarafından hazırlanan elinizdeki bu rapor ise, Türkiye'deki ceza adalet sisteminin sanık hakları açısından sorunlu boyutlarını, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi hukukundaki durum ile karşılaştırarak ele alıyor. Bu çerçevede incelenen konular arasında, şu başlıklar mevcut: suçlamalar olmaksızın yapılan tutuklamalar; yargılama öncesi uzun süreli tutukluluklar ve uzun süren yargılamalar; sanıkların hukuki danışmanlığa erişiminin engellenmesi ve iddianamelerin yasa dışı yollardan elde edilen kanıtlara dayalı olarak hazırlanması. Raporu ayrıca, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmış olan Yargı Reformu Stratejisi'nin bu konuların ele alınış biçimi eleştirel bir bakışla inceleniyor ve siyaset önerilerinde bulunuluyor.

Bu yayın aracılığı ile çağdaş bir yargı reformunun içermesi gereken temel unsurların kapsanmasına vesile olmayı ve kamuoyunun bilgilendirme ve tartışma ihtiyacına bir nebze de olsa cevap verebilmeyi umuyoruz.









# Giriş

Son yıllarda Türkiye’de ceza adaletinin iyi işlemediği şeklindeki şikâyetlerin yoğunlaştığı gözlenmektedir. Devletin toplumsal düzeni ceza adaleti yoluyla kontrol etme çabasını artırdığı dönemlerde, ceza adaletiyle ilgili şikâyetler de artmaktadır. Suçlandırılan bireyler kitleselleştiği veya suçlandırma toplumun önde gelen şahsiyetlerine yöneldiği zaman, bu şikâyetler daha görünür hale gelmektedir.

Bir fiilin yürürlükteki hukuk düzeni tarafından “suç” sayılmasına yönelik şikâyetler ile suç işlendikten sonra harekete geçerek suçu ele alan “adalet mekanizması”nın işleyişine yönelik şikâyetler bağlantılı olmakla birlikte, birbirlerinden ayrılarak incelenebilir. Bu raporda suç kavramı üzerinde kısaca durulacak, ama raporun konusunu esas itibarıyla ceza adalet mekanizmasıyla ilgili sorunlardan bazıları oluşturacaktır.

Ceza adalet mekanizmasından sadece suçlanan kişilerin değil, suçtan mağdur olanların da şikâyetleri vardır. Suçlanan kişiler, soruşturma ve kovuşturma sürecinde bazı hak ve özgürlüklerine haksız veya orantısız bir şekilde müdahale edildiğinden ve adil bir yargılama yapılmadığından şikâyet etmektedirler. Öte yandan suçtan mağdur olanlar ceza adaletinin etkili bir şekilde işlemediğinden, suçluların cezasız kaldığından, adaletin yerini bulmadığından şikâyet etmektedirler. Her iki kesimin de şikâyetlerinde haklılık payı vardır; şikâyetler haklıysa, adalet mekanizması adalet talep edenlere adalet dağıtmak yerine, bireyleri bir kez de kendisi mağdur ediyor demektir. Bu rapor, sadece suçlanan kişilerin ceza adaletinden şikâyetleriyle sınırlı bir incelemede bulunmaktadır.

Ceza adalet mekanizmasından adalet talep edenlerin şikâyetlerinin haklılığı neye göre değerlendirilebilir? Adalet mekanizmasının nasıl işleyeceğini, yani suçun nasıl soruşturulup kovuşturulacağını ve nasıl bir hükme varılacağını, ulusal hukukta Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile bu kanun hükümlerini yorumlayıp

uygulayan ulusal mahkeme kararları belirlemektedir. Ancak, bir şikâyet zaten ceza muhakeme normlarından veya bu normların uygulanma tarzından kaynaklanıyorsa, şikâyetin haklılığı, yine hukuki kriterlere göre, ama bu kez insan hakları hukukuna göre değerlendirilebilir. Türkiye’nin taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmeler yanında, özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Sözleşme) ve bu sözleşmeyi yorumlayıp uygulayan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Mahkeme) kararları, Türkiye’nin insan haklarının hukuki kaynakları arasındadır. Bu raporda, adalet mekanizmasından adalet talep edenlerin şikâyetlerindeki haklılık, “Sözleşme hukuku”na uygunluk kriteriyle değerlendirilmiştir. Raporda ceza adalet mekanizmasıyla ilgili belirli şikâyet konularında Sözleşme hukukundaki durum ile iç hukuktaki durum tespit edilerek, iç hukukun Sözleşme hukukuna uygunluğuna yönelik bir tartışma için zemin oluşturulmuştur.

Suçlanan kişinin (şüpheli/sanık) adalet mekanizmasının işleyişine ilişkin şikâyetlerini dayandırabileceği başlıca hak, Sözleşme’nin 6. maddesindeki “adil yargılanma hakkı”dır. Adil yargılanma hakkı, suç isnadıyla başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar şüpheli/sanığın yararlanabileceği, devlet tarafından kullanılması gereken bir dizi hak ve ilkeyi içermektedir. Devletin bireyi bu hak ve ilkelerden yararlandırmadan mahkûm etmesi, adil yargılanma hakkının içerdiği çeşitli haklardan birini ya da birkaçını ihlal eder. Ancak, adalet mekanizmasının işleyiş sırasında bireyin adil yargılanma hakkı dışındaki bazı haklarına da müdahale edilebilir. Örneğin kişinin gözüaltına alınması veya tutuklanması kişi özgürlüğü hakkına; gözüaltında işkence veya kötü muamele görmesi maddi ve manevi bütünlük hakkına; evinin veya işyerinin aranması veya telefonlarının dinlenmesi özel yaşama, konuta ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale oluşturur (Sözleşme 3, 5 ve 8). Raporda, suçlanan kişilerin şikâyetleri, Sözleşme’nin 3, 5, 6 ve 8. maddelerinde

---

rindeki hakların ihlali iddiaları şeklinde formüle edilmiş ve sadece bu haklar karşısında iç hukukun durumu belirlenmeye çalışılmıştır.

Her bir olayda ceza adaletiyle ilgili şikâyetlerin, ceza adalet mekanizmasının işleyiş sürecine paralel olarak ortaya çıkmakta olduğu gözlemlenebilir. Raporunda bu sürece uygun bir inceleme yapılmaya çalışılmıştır. Böylece önceki aşamada yapılan bir muhakeme işleminin sonraki aşamada nasıl bir sonuç doğurduğu gösterilmeye çalışılmıştır.

Bu raporun amacı, suçlananların Türkiye'deki ceza adaletine yönelik bazı şikâyetlerini insan hakları standartlarına göre değerlendirmek ve çözüm önerilerinde bulunabilmektir. Ceza adaleti kapsamında ele alınabilecek çok daha fazla insan hakları ihlali bulunduğu halde, bu raporda sadece ceza adaletinin omurgasındaki bazı zedelenmelere dikkat çekilmektedir. Ceza adaletinin işleyişini aksatan bu zedelenmelere bizzat mekanizmada yer alan aktörlerin kolektif bir şekilde sebebiyet verdikleri, bu raporun temel iddiasıdır. Hiç kuşkusuz ilk darbeyi vuranın ayrı bir önemi vardır.

Suçlanan herkesin ve suçtan mağdur olan herkesin, ceza adaletinin koruma kapsamına alınıp alınmaması

ekonomik ve sosyal maliyet hesabını gerektiren siyasi bir tercihtir. Kapsamı kişi bakımından daraltılan veya işleyiş etkisizleştirilen bir ceza adalet sistemi, bu mekanizmanın işleyiş maliyetini düşürebilir. Ama daraltma veya etkisizleştirme, insan hakları ihlallerini artırır. İnsan hakları ihlallerindeki artışın kaybettirdiklerinin hesabını yapmak ise mümkün değildir. Bu raporun ana eksenini, ceza adalet mekanizmasının insan hakları ihlallerinden arındırılmasına katkıda bulunma düşüncesidir.

Birinci bölümde, raporun temel kavramları olan “suç” ve “adalet mekanizması” kavramları hakkında kısa bir açıklama yer almaktadır. İkinci bölümde, bir suç şüphesiyle karşılaşan kişinin ilk sorduğu soruyla “suçu öğrenmesi” üzerinde durulmuştur. Üçüncü ve dördüncü bölüm, suçlanan kişinin ceza muhakeme sürecinde karşılaştığı en ağır müdahaleyle, kendisini özgürlükten yoksun bırakan “gözaltı” ve “tutuklama” sorunlarını ele almaktadır. Beşinci bölümde, ceza muhakemesinin en dinamik konusu olan “deliller” konusu işlenmiştir. Son bölümde Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı “Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı” adlı belgenin, önceki bölümlerde tespit edilen sorunlara yanıt getirme potansiyeline değinilmiştir.





# Ceza Adaleti

Ceza adalet mekanizması, suçlunun belirlenmesi ve cezalandırılması amacıyla işler. Bu mekanizmayı harekete geçiren şey, bir suçtur.

## SUÇ

Suç, bireyin hak ve özgürlüklerine karşı doğrudan veya dolaylı saldırı oluşturan haksız ve iradi bir insan eyleminin devlet tarafından tanımlanmış hukuksal ifadesidir. Suçları, insanların ortak vicdanını yaralayan fiilleri yasaklayan normlar olarak düşünmek mümkündür. Ancak, bir fiilin her zaman ve her yerde suç olarak kabul edilmiş olmadığı gözden uzak tutulmalıdır. Yürürlükteki bir hukuk sisteminin düzenlediği suç tipleri ile insan hak ve özgürlüklerinin korunması arasında çok yakın bir ilişki bulunduğu gözlemlenebilir. Bazı fiillerin suç olarak kabul edilmeleri, diğer bazı fiillerin ise suç olarak kabul edilmemeleri insan hakları normlarını ihlal edebilir.

Suçları devlet tanımlar. Devletin hangi fiilleri suç olarak tanımlayabileceği ve hangi fiilleri suç olarak tanımlayamayacağı konusunda genel bir çerçeveye oluşturmak zordur. Ama yine de buna yönelik bir kriter geliştirmek mümkündür.

### Sözleşme'ye Göre

Sözleşme'de bir suç tanımı yoktur. Dolayısıyla Sözleşme'deki bir madde metninden ne tür fiillerin suç sayılamayacağını okumak mümkün değildir. Ama Sözleşme, suçta ve cezada kanunilik ilkesini getirmiştir: Hiç kimse hukuka (kanuna) göre suç oluşturmayan bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz (Sözleşme 7/1). Böylece Sözleşme, bir fiilin ancak kanunla suç haline getirilebileceğini söylemiştir.

Ancak Sözleşme'nin, ulusal makamlara diledikleri fiili suç olarak düzenlemeleri için açık çek verdiği söylenemez. Mahkeme'ye göre, Sözleşme kendi koruduğu hak ve özgürlüklerin kullanılması biçiminde olmayan bir fiili, devletlerin suç olarak düzenlemelerine imkân

tanımıştır (*Engel ve Diğerleri*, §81) ve bu çerçevede devletler, bir suçun kurucu unsurlarını tanımlamakta serbesttirler (*Salabiaku*, §27). Buradan çıkan sonuca göre, devletler diledikleri fiili suç olarak düzenleyebilirler ama bunun bir sınırı vardır: Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin kullanılmasını suç olarak düzenleyemezler. Kuşkusuz ulusal yargı organları da bir olayda Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin kullanılması şeklindeki bir fiili suç olarak nitelendiremezler.

Sözleşme'nin 8-11 maddelerinde yer alan özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının, düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün, ifade özgürlüğünün veya toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün kullanılması şeklindeki fiillerin ulusal yargı organları tarafından suç olarak görülmesi ve cezalandırılması, Sözleşme'yi ihlal eder. Bu hakların kullanılmasıyla ilgili fiillerin ulusal mahkemeler tarafından suç olarak nitelendirilmiş olması Mahkeme'yi bağlamaz. Mahkeme, önüne gelen bir olayda, ulusal mahkemeler tarafından suç olarak nitelendirilmiş olsa da bir fiilin Sözleşme'deki bir hakkın kullanılması olup olmadığını inceleyebilir.

Örneğin Mahkeme, 15.02.2011 tarihinde verdiği *Çamyar ve Berktaş – Türkiye* kararında, biri yayınevi sahibi diğeri editör ve yazar olan iki başvurusunun, Türkiye'deki cezaevi sistemini eleştiren *Hücreler* adlı kitabı yayınlamak suretiyle örgüte yardım suçundan (eski TCK 169, yeni TCK 220/7 ve TMK 7) mahkûm edilmiş olmalarının, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Kitapta bir girişle birlikte yer alan dokuz makaleden beş tanesi ikinci başvuru, geri kalan dört tanesi ise TİKB (Bolşevik) adlı silahlı örgütle ilişkileri nedeniyle mahkûm olup cezaevinde bulunan kişiler tarafından yazılmıştır. Mahkeme, suç konusu kitabı yayınlamayı cezalandırmanın ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu, bu müdahalenin iç hukukta dayanağı bulunduğunu ve bu müdahalenin meşru bir amaca sahip olduğunu tespit ettikten sonra, kitabın içeriğini incelemiş ve böyle bir kitap nedeniyle verilen cezaların demokratik toplum-

da gerekli bir müdahale olmadığı sonucuna varmıştır (Çamyar ve Berktaş, §37-44).

Sonuç olarak, Sözleşme hukukunda en azından hangi fiillerin iç hukukta suç olarak tanımlanamayacağı ve suç olarak yorumlanamayacağı belirtilmektedir: Sözleşme’de düzenlenen hak ve özgürlüklerin kullanılması biçimindeki fiiller iç hukukta suç olarak nitelendirilemez.

### İç Hukuka Göre

Anayasa suçu tanımlamış değildir. Anayasa’nın 38. maddesi suçta ve cezada kanunilik ilkesini içermektedir: Kimse yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri de ancak kanunla konulur (Anayasa 38/1 ve 2). Anayasa’nın bu hükümlerinden, bir fiilin ancak kanunla suç haline getirilebileceği anlaşılmaktadır. Kanun dediyse, o fiil suçtur. Ancak, Anayasa ne tür fiillerin kanunla suç olarak düzenlenebileceğine veya düzenlenemeyeceğine dair genel bir hüküm içermemektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre:

*Yasakoyucu, ceza siyasetinin gereği olarak Anayasa’nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği ve cezaların ne şekilde bireyselleştirilerek hangi yükümlülüklerin yerine getirileceğinin belirlenmesi gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. (Anayasa Mahkemesi, Karar Tarihi: 08.12.2010, E. 2005/86; K. 2010/111) (vurgular yazara aittir).*

Anayasa Mahkemesi, yasakoyucunun eylemleri suç sayma konusundaki takdir yetkisinin, “Anayasa’nın temel ilkeleri”yle sınırlı olduğunu belirtmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’nın temel ilkeleriyle kastettiği, Anayasa’daki veya Sözleşme’deki hak ve özgürlüklerden çok, Anayasa’nın 2. maddesinde zikredilen, devletin nitelikleridir. Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen iptal davalarında, Anayasa’daki “Temel hak ve ödevler” ile Sözleşme’deki hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerden çok, Anayasa’nın “Genel Esaslar”ıyla ilgili hükümlerine

aykırılık bulunup bulunmadığını incelemesi bunu göstermektedir.<sup>1</sup>

Ceza hukukunda genellikle suçun dört unsuru bulunduğu söz edilir. Türk Ceza Kanunu’na (TCK) göre bir suçun oluşabilmesi için, bir fiil bulunmalı (TCK 2/1); fiil kanun tarafından açıkça suç saymalı (TCK 2/1); fiil kasten veya taksirle işlenmiş olmalı (TCK 21/1, 22/1); fiil hukuka uygunluk sebeplerine (TCK 24-26) dayanılarak işlenmiş olmamalı, yani hukuka aykırı olmalıdır. TCK, suç ve ceza hükümlerinin yorum kuralını da göstermiştir: Ulusal mahkemeler, suç ve ceza hükümlerini uygularken kıyas yapamazlar, bu hükümleri kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlamazlar (TCK 2/1, 2/3).

İnsan hakları hukuku, iç hukuktaki suç tanımına ve uygulanmasına ilgisiz değildir. Bir fiilin ulusal bir mahkeme tarafından ulusal hukuka göre suç olarak nitelendirilmesi ve kişinin cezalandırılması, Sözleşme’deki bir hak veya özgürlüğü ihlal edebilir. Örneğin bir ifade ulusal hukuka göre suç olarak nitelendirilip fail cezalandırıldığında, devlet Sözleşme’nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğünü ihlal etmiş olabilir. Dolayısıyla ulusal yargıç, böyle bir ihlalin meydana gelmesini engellemek için, söz konusu fiili suçun hukuka aykırılık unsuru bakımından incelerken, bu ifadenin AİHS’teki Sözleşme’deki bir hakkın kullanılması olup olmadığını ele almak durumundadır.

Ulusal mahkemelerin zaman zaman insan hakları normlarına, Sözleşme’ye ve mahkeme kararlarına atıfta buldukları görülmektedir. Ama ulusal mahkeme kararlarında Sözleşme’deki bir hakkın ilgili olayda kullanılıp kullanılmadığının tartışıldığını görmek zordur.

Yargıtay’ın nadiren de olsa bazı kararlarında Anayasa’nın ve Sözleşme’nin özgürlüklerle ilgili hükümlerine atıfta bulunduğu görülmektedir; fakat sadece atıfta bulunulması yeterli değildir, bu hükümlerin özüne uygun yorumlanmış olmaları da gerekir. Oysa, örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.07.2006 tarihli kararında, *Agos* gazetesinde 13.02.2004 tarihinde yayımlanan makalesi nedeniyle Hrant Dink’i ‘Türklüğe

<sup>1</sup> Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkının kullanılmaya başlanmasıyla beraber, Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’daki hak ve özgürlüklerle ilgili hükümleri daha fazla yorumlama ve uygulama imkânı bulacağı açıktır.

hakaret' suçundan suçlu bulan yerel mahkeme kararını onarken, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ne, Sözleşme'ye, Anayasa'nın ifade özgürlüğüyle ilgili hükümlerine atıfta bulunmuş, ifade özgürlüğünün önemini ve nasıl yorumlanması gerektiğini anlatan akademisyenlerin kitaplarından alıntılar yapmış, ancak bütün bunlardan uzak bir şekilde şu sonuca varmıştır: "Sanık, Mustafa Kemal Atatürk'ün 'Muhtaç olduğun kudret, damarlarındaki asil kanda mevcuttur' sözünden de çıkarım yaparak ve bu sözü ustaca bir üslupla değiştirerek 'Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur' demek suretiyle Türklüğü aşağılamıştır."

Tabii "çıkartım yapılması" ve "ustaca bir üslupla değiştirilmesi" mümkün olmayan sözler bulunduğunu kabul eden yargı organlarının, çıkartım yapan ve sözleri ustaca bir üslupla değiştiren yazarların aslında ifade özgürlüğünü kullanmakta olduklarını anlamaları zordur. Özgürlüğü suç denizinde bir adacık, bu adacığın üzerindeki bireyi her an suç denizine atlayabilecek potansiyel bir suçlu olarak görenlerin, özgürlüğün aslında ne olduğunu kavramaları pek mümkün görünmemektedir. Oysa ulusal mahkemeler, bir ifade fiilini suç olarak nitelendirmeden önce, eğer kişiyi mahkûm edecek olurlarsa, demokratik bir toplumun gereği olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliği de cezalandırmış olup olmayacaklarını sormalıdır.

## SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA<sup>2</sup>

Suçla hesaplaşma işi, bireye tanınmış bir hak değil, devlete verilmiş bir görevdir. Devlet işlenmiş suçlarla ve failerle hesaplaşma işini, kurduğu adli mekanizma vasıtasıyla yerine getirir. Adli mekanizmanın ceza muhakemesi hukukuna uygun işlemesi beklenir. Ceza muhakemesinin amacı suçla ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, sorumluların saptanması ve cezalandırılmasıdır. Bu amaç bir süreç içinde gerçekleşir ve sonunda bir hükme varır. Yargıtay'ın deyişiyle, "...mahkeme kararlarının sanıkları, mağdurları, C.

savcısını ve herkesi inandıracak ve Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde olması" gerekir.<sup>3</sup> Böyle bir sonuca ulaşmak için de adil bir yargılama yapılmış olması gerekir.

Adli mekanizma, soruşturma makamlarının, yani savcının ve ona yardımcı olan adli kolluğun (polis ve jandarma) suçtan haberdar olmasıyla işlemeye başlar; suçun soruşturularak fail aleyhinde ceza davası açılmasıyla işleyişini sürdürür; suçun ve sorumlusunun mahkeme önünde muhakeme edilmesiyle başlayan yargılama faaliyeti bir hükümle sonuçlanır. Suçlu bulunan kişinin cezasının infaz edilmesiyle adli mekanizmanın işleyişi sona erer. Soruşturma makamı (savcı), savunma makamı (müdafî) ve yargılama makamı (hâkim/mahkeme), bu mekanizmanın kurumsal aktörleridir. Suçu işlediği iddia edilen birey (şüpheli/sanık) ile suçtan zarar gören birey, bu mekanizma içinde bir suç nedeniyle yer alan geçici aktörlerdir.

Türkiye'de bazen bir suçun soruşturulmasına başlandığı anda, artık meselenin "yargıya intikal ettiği" ifade edilmektedir. Oysa soruşturma dosyasının henüz kollukta veya savcıda bulunduğu sırada meselenin yargıya intikal etmesinden söz edilemez; çünkü dar anlamda yargılama faaliyeti, suçun, yargılama makamının (hâkimin) önüne gelmesiyle başlar.<sup>4</sup> Hâkimler, suçu soruşturan emniyet ve jandarma birimlerinin koridorlarında veya adliyedeki savcı odalarında çalışmazlar, dosyanın kendi odalarına gelmesini beklerler. Dolayısıyla "yargıya intikal etti" ifadesi, soruşturmayı yapan polis ve jandarmanın, hâkim gibi bağımsız ve tarafsız olduğu izlenimini verir. Elbette bu büyük bir yanıltır. Öte yandan, hâkimi soruşturma yapanların faaliyetlerinin tamamlayıcısı olarak göstermek, bir başka büyük yanıltır: hâkimin bir yargı makamı olmak yerine idari bir makam olarak algılanmasına yol açar. Oysa bağımsızlığı Anayasa'yla güvence altına alınmış olan hâkim, bağımsızlığı söz konusu olmayan kolluğun yaptığı soruşturma işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevlidir. Denetlenen ile denetleyen aynı güvencelere sahipmiş gibi gösterilemez.

2 İç hukukta ceza muhakemesi "soruşturma" ve "kovuşturma" şeklinde iki safhaya ayrılmıştır. Muhakeme (yaygın olarak kullanıldığı şekilde "yargılama") sözcüğü, soruşturma ve kovuşturma aşamalarını kapsayan bir bütünü ifade eder. Böylece kişi adil yargılanma hakkından, kendisine suç isnat edildiği, başka bir deyişle o kişinin bir suç işlediği şüphesi doğduğu ve bunun kendisine söylendiği anda yararlanmaya başlar.

3 Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararı, 10.07.2008 tarih, E. 2008/8558, K. 2008/15780.

4 Yargılama tabirini, geniş anlamda, soruşturma ve kovuşturma aşamalarını kapsayacak şekilde kullananlar da vardır.



Ceza muhakemesi, “soruşturma” sürecinin ardından “kovuşturma” sürecinin hayata geçtiği iki aşamadan oluşur.<sup>5</sup> Ceza dosyası kovuşturma aşamasında hâkimin kontrolindedir. Bununla beraber, soruşturma aşamasında hâkimden, arama/dinleme ya da şüpheliyi tutuklama kararı gibi, özgürlüklere müdahale eden kararlar vermesi istenir. Hâkim bu tür kararlar verirken muhakeme yapabilme imkânından uzaklaştığı ölçüde, kendisinin idari makam olarak algılanmasını engellemez. Dolayısıyla Türkiye’de ceza adalet sistemindeki aktörlerin ve işlevlerinin birbirini tamamlayan bir bütün olarak algılanmasında, sadece siyasi şahsiyetlerin “olay yargıya intikal etti” gibi beyanlarının değil, hukuksal normların ve yargı kararlarının da payı olduğu söylenebilir. Bu nedenle sadece soruşturma ve kovuşturma aşamalarını birbirinden ayırmak yetmez, soruşturma aşamasındaki hâkimin verdiği çeşitli tedbir kararları da büyük önem taşımaktadır.

### Sözleşme’ye Göre

Sözleşme, ceza muhakemesinin soruşturma aşamasını ayrı bir hükümle düzenlememiş, soruşturmanın yapılmasını ve kullanılacak yetkilerin düzenlenmesini ulusal mevzuata bırakmıştır. Ancak, soruşturma makamları bir olayda soruşturma yaparken bireyin hak ve özgürlüklerine, özellikle maddi ve manevi bütünlük hakkına, kişi özgürlüğüne ve konuta, özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkına müdahalede bulunmuş olabilirler. Soruşturma faaliyetleri, Sözleşme’de yer alan bu hakları ve özgürlükleri ihlal etmemelidir. Mahkeme’nin, soruşturma sırasındaki bazı faaliyetleri Sözleşme’deki hak ve özgürlüklere aykırı bulması, ulusal soruşturma makamları tarafından nelerin yapılamayacağına ve nelerin yapılması gerektiğine işaret eder.

Sözleşme, ceza muhakemesinin kovuşturma aşamasına ilişkin daha derli toplu hükümler içermektedir. Sözleşme’nin 6. maddesi “adil yargılanma hakkı”

5 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, ceza adalet sisteminin işleyişini soruşturma ve kovuşturma olmak üzere ikiye ayırmakta, iddianamenin kabulüyle kamu davası açılmış olacağını ve “kovuşturma evresi”nin başlamış olacağını belirtmektedir. Kovuşturma evresinde ceza davası mahkeme önüne gelmiş olduğundan ve mahkeme tarafından yargılama yapıldığından, bu aşamaya “takibat, takip” anlamına gelen kovuşturma yerine “birbirine karşı olan iki tarafı dinleyerek bir yargıya varma” anlamına gelen yargılama aşaması denmesi daha uygun olabilirdi. Burada iç hukukta benimsenen “kovuşturma” deyimini kullanılacaktır.

başlığını taşımakta ve kovuşturma aşamasında sanığın kullanabileceği hakları göstermektedir.

Öte yandan Mahkeme, Sözleşme’nin 6. maddesinin sadece kovuşturma aşamasını ilgilendirir gibi görünen hükümlerinin soruşturma aşamasına uygulanmayacağı anlamına gelmediği kanaatindedir. Mahkeme’nin 27.11.2008 tarihli *Salduz – Türkiye (Büyük Daire)* kararına göre:

50. Mahkeme, ceza muhakemesi söz konusu olduğunda, Sözleşme’nin 6. maddesinin esas amacı bir “suç isnadını” karara bağlamaya yetkili bir “yargı yeri” tarafından adil yargılama yapılmasını sağlamak olmakla birlikte, bu maddenin soruşturma aşamasında uygulanmayacağı anlamına gelmediğini hatırlatır. Dolayısıyla başlangıç aşamasında Sözleşme’nin 6. maddesine ve özellikle 3. maddesine uyulmadığı için yargılamanın adilliği ciddi surette zarar görebilecek ise, dava açılmadan önce de bu hükümlerin uygulanması söz konusu olabilir (*Imbrioscia*, §36). Mahkeme’nin daha önceki kararlarında da söylediği gibi, Sözleşme’nin 6(3)(c) bendinde düzenlenen hak, ceza muhakemesi bakımından Sözleşme’nin 6(1). fıkrasındaki adil muhakeme kavramının unsurlarından biridir (*Imbrioscia*, §37; *Brennan*, §45).

Dolayısıyla soruşturma aşaması dahil, ceza muhakemesinin yürütülmesi sırasında Mahkeme tarafından yorumlanan Sözleşme’nin çeşitli hükümlerine uygunluk gözetilmek zorundadır.

### İç Hukuka Göre

Anayasa’da soruşturma ve kovuşturma maddeler halinde düzenlenmemiştir. Ancak, Anayasa’nın temel hak ve özgürlükler ile yargı organlarına ilişkin maddelerinde soruşturma ve kovuşturmayı ilgilendiren hükümler yer almaktadır. CMK ise, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılacak yetkileri ve yararlanılabilecek hakları göstermiştir.

Soruşturma, suç şüphesinin öğrenilmesiyle başlar (CMK 2/e). Soruşturma makamları suç şüphesini, kolluğa veya savcıya yapılan bir “ihbar” veya “şikâyet”le (CMK 158) veya “başka bir suretle” (CMK 161) öğrenirler. Suç şüphesini öğrenen savcı kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar (CMK 160/1). Böylece suç soruşturması başlamış, adalet mekanizması harekete geçmiş olur. Soruşturma, ihlal edildiği düşünülen ceza normunun, ceza normunu ihlal eden fiilin ve nihayet fiili işleyen şüphelinin belirlen-

---

mesi amacıyla yürütülür. Soruşturma aşaması, savcının hazırladığı iddianamenin mahkeme tarafından kabulü kararıyla son bulur (CMK 2/e).

İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar (CMK 2/f, 175/1). Artık ortada bir ceza davası vardır. Ceza mahkemesi, önüne getirilen suç hakkında yargılama yaptıktan sonra bir hüküm verir (CMK 223/1). Hâkime ve mahkeme kararlarına karşı kanun yollarına (istinaf, itiraz ve temyiz) başvurulabilir (CMK 260/1). Hükümün kesinleşmesiyle kovuşturma aşaması sona erer (CMK 2/f).

Kovuşturmanın sonunda artık maddi gerçeğe ulaşılmış olduğu kabul edilir; bu gerçek üzerinden, kişinin suçlu olmadığı veya suçlu olduğu sonucuna varılır; suçlu bulunduğu takdirde cezası belirlenir.

Türkiye için tercih edilen ve yürürlükte bulunan ceza muhakemesi sisteminin yapısal olarak insan haklarına aykırı olduğu söylenemez. Ancak, bu muhakeme sürecinde gerek ulusal normlardan gerekse normların uygulanmasından kaynaklanan insan hakları ihlalleri ve özellikle adil yargılanma hakkı ihlalleri görülebilmektedir.







# Suçum Ne?

Soruşturmanın hemen başında veya bir aşamasında, ifadesi alınmak üzere polis veya jandarma (kolluk) tarafından bir emniyet birimine götürülmek üzere koluna girilen kişi şu soruyu sorar: Suçum ne? Soruşturma tamamlandığında eğer kovuşturmaya yer olmadığına dair bir karar verilmemiş ise, savcı bir iddianame düzenler, iddianameyi mahkemeye sunar, mahkeme iddianameyi kabul ettiğinde ceza davası açılmış olur. Savcı kişinin işlediğini iddia ettiği suçları iddianamede gösterir. İddianameye bakan sanık sorar: Suçum bu muymuş?

Kendisine isnat edilen suçla ilgili bilgilenecek ve soruşturma makamlarından sorularına resmi bir yanıt almak kişinin hakkı, suç isnadını kişiye anlatmak da soruşturma makamlarının yükümlülüğüdür. Fakat suç, hangi dilde, ne zaman ve hangi kapsamda anlatılacaktır?

## GÖZALTINDA BİLGİLENME

Sözleşme'nin 5(2). fıkrası, "gözültına alınan" bir kimseye, kendisine "isnat edilen suç" ile "gözültına alınma nedenleri" hakkında, "anlayabileceği bir dilde", "derhal" bilgilendirilme hakkı tanımaktadır.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5(2). fıkrası, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin neden özgürlüğünden yoksun bırakıldığını bilmesini gerekli gören temel bir güvence içerir. Bu fıkra, 5. maddede öngörülen koruma mekanizmasının ayrılmaz bir parçasıdır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimseye, bu fıkra gereğince, gözültına alınmasının temel hukuki ve maddi nedenleri, teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde söylenmeli, böylece kişi gerekli görüyorsa, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına göre, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukukiliğine itiraz edebilmesi için mahkemeye başvurma olanağına kavuşturulmalıdır. Bu bilgi derhal (*promptly*) verilmelidir, ama gözültına alma anında görevli tarafından bilginin tamamının verilmesine gerek yoktur. Bilginin içeriğinin yeterli olup olmadığı ve derhal

verilip verilmediği, her bir olayın özgül koşullarına göre değerlendirilmelidir (*Fox Campbell ve Hartley* (Esas hk), §40; *Nowak*, §63).

Anayasa, yakalanan/gözültına alınan bir kimsenin bilgilendirilme hakkını şu şekilde düzenlemektedir: "Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir." (AY 19/4). CMK'nın 147/1/b bendi, şüpheliye "yüklenen suç anlatılır" hükmünü içermektedir.

## Bilgilendirme Dili

Çok sayıda yabancı ülke vatandaşı veya vatansız, mülteci, sığınmacı göçmenin ülkeye geldikleri, ayrıca isnat edilen suçun anlayabilecek düzeyde Türkçe bilmeyen Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının bulunduğu göz önünde tutulacak olursa, bu kişilerin bir suç şüphesiyle gözültına alınmaları halinde suç hakkında bilgilendirilmelerinin dil yönünden ciddi bir sorun oluşturabileceği görülür.

## Sözleşme'ye Göre

Şüpheli ister vatandaş olsun ister yabancı, soruşturma makamının dilini anlamayan gözültındaki şüpheliler de isnat edilen suç hakkında bilgilendirilmelidir. Sözleşme'nin 5(2). fıkrası, gözültına alınan kişiye "anlayabileceği bir dilde" bilgilendirilme hakkı tanımaktadır.

Mahkeme, Belçika'dan sınırdışı edilmek üzere karakolda tutulan Roman kökenli Slovak vatandaşlarının tutuldukları sırada karakolda kendilerine verilen yazılı ve sözlü iletileri çevirmek üzere Slovakça konuşan bir çevirmenin bulunduğunu ve kendilerinin bilgilendirildiklerini tespit etmiş ve bu yönden 5(2). fıkranın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (*Conka*, §52). Ama Mahkeme, Lehçe bilmeyen ve Polonya'da gözültına alınan bir Fransız vatandaşına gözültında Lehçe olarak

isnat edilen suç hakkında bilgi verilmiş olabileceğini, fakat yetkililerin başvuruçunun Lehçe bilmediğinin farkına varmış olduklarını, bu durumda kişiye isnat edilen suçun anladığı dilde anlatılmış olmadığını tespit etmiş ve 5(2). fıkrasının ihlaline karar vermiştir (*Ladent*, §64).

Ulusal mahkemeler duruşmada kişinin dili yeterli düzeyde bilmediğinin anlaşılması üzerine kendisine bir çevirmen tayin ettiklerinde, şüphelinin soruşturma aşamasında ifadesi alınırken de çevirmen tayin edilmediğini kontrol etmelidirler. Isnat edilen suçun anlamayan şüpheli sanki anlamış ve müdafiden yararlanma hakkından da feragat etmiş gibi yakalama, gözaltı ve ifade tutanakları düzenlenmiş ise, daha soruşturma aşamasında savunma hakkı ihlal edilmiş demektir (bkz. aşağıda *Şaman – Türkiye kararı*).

Dolayısıyla soruşturma aşamasında şüphelinin isnat edilen suç hakkında bilgilendirilebilmesi için, kişi çevirmenden yararlandırılmalıdır; yararlandırılmamış ise, Sözleşme'nin 5(2). fıkrası ihlal edilebilir.

### İç Hukuka Göre

Anayasa'nın 19. maddesi ise, gözaltına alınan kişinin "anlayabileceği bir dilde" bilgilendirilmesini güvence altına almamaktadır. Bunun bir unutkanlık eseri olduğunu söylemek zordur. 1412 sayılı eski CMUK, sanığın Türkçe bilmemesi halinde savcının ve müdafinin son iddia ve savunmalarının neticelerinin anlatılmasıyla sınırlı olarak çevirmen tayin edilmesini öngörüyordu (CMUK 252). Ancak yeni CMK, soruşturma ve kovuşturma aşamasında meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen şüpheli için de tercüman bulundurulmasını gerektirmektedir (CMK 202/1, 3). Soruşturma aşamasında çevirmen hâkim ve savcı tarafından atanır (CMK 202/3).

Savcı çevirmen atamasını ne zaman yapar? Savcı çevirmen atamasını kişinin karakolda veya emniyette bulunduğu sırada değil, kendi önüne getirildiği zaman yapacak olursa, kişi savcı önüne getirilinceye kadar hakkındaki suç isnadını öğrenememiş olur ve Sözleşme'nin 5(2). fıkrasıyla ilgili bir sorun doğabilir.

### Bilgilenme Zamanı

Kişinin gözaltına alındığı andan itibaren kısa süre içinde bilgilendirilmesi, gözaltının hukukiliğine karşı bir mahkemeye başvurma hakkını (Sözleşme 5(4), AY. 19/8, CMK 91/4) kullanabilmesi için büyük önem

taşımaktadır. Geç bilgilendirme halinde bu başvuru hakkını kullanma imkânı kalmayacaktır.

### Sözleşme'ye Göre

Sözleşme'nin 5(2). fıkrası, suç ayırımı yapmadan, yakalanan kişinin "derhal" (*promptly*) bilgilendirilmesini öngörmektedir. Ancak Mahkeme tedrici bir bilgilendirmeyi Sözleşme'ye uygun bulmaktadır. Birleşik Krallık'ta geçen bir olayda başvuruçulara yakalama sırasında memur tarafından sadece terörist olduklarından kuşkulandığı için 1978 tarihli Yasanın 11(1). fıkrasına göre gözaltına alındıkları söylenmiştir. Mahkeme'ye göre gözaltının hukuki temeline dair yapılan bu basit bildirim, tek başına ele alındığında, Sözleşme'nin 5(2). fıkrasının amacı bakımından yetersizdir; ancak her üç başvuruçuyu, gözaltına alınmalarının ardından, ayrı suç eylemlerine karışmak ve yasaklanmış örgütlere üye olmak kuşkusuyla polis tarafından sorgulanmışlardır; bu sorgulamaların, başvuruçuların neden gözaltına alındıklarını anlamalarını mümkün kılacak nitelikte olmadığını düşünmek için bir sebep yoktur; o halde bu suretle, terörist olduklarından kuşkulandırma nedenleri, sorgulama sırasında başvuruçuların bilgisine sunulmuştur (*Fox, Campbell ve Hartley* (esas hk), §41). Söz konusu olayda başvuruçular yakalanmalarından itibaren en fazla 7 saat sonra polis tarafından sorgulanmışlardır. Dolayısıyla Mahkeme, en fazla 7 saat sonra isnat edilen suçla ilgili ayrıntılı bilgilendirmeyi Sözleşme'ye aykırı görmemiştir. Ancak Mahkeme, gözaltı sebebinin 76 saat sonra bildirilmesini (*Saadi [BD]*, §84), yine bir yabancıнын 10 gün sonra bilgilendirilmesini (*Rusu*, §43) Sözleşme'nin 5(2). fıkrasına aykırı bulmuştur. Şüphelinin bilgilendirildiği zamanı kanıtlamak devletin görevidir (*Kaboulov*, §146-148).

### İç Hukuka Göre

Anayasa'da bilgilendirme zamanı konusunda bir ayırım yapılmamaktadır. Genel kural "derhal" bilgilendirme-dir; ancak "toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilir" (Anayasa 19/4). Toplu suçlarda gözaltı süresi en çok dört güne kadar uzatılabildiğine göre (AY, 19/5), Anayasa dört günün dolmasından kısa bir süre öncesine kadar bilgilendirmenin geciktirilmesine imkân vermektedir. CMK'nın yakalama ve gözaltıyla ilgili maddelerinde (90-99) ilgili kişinin genel olarak bilgilendirilmesiyle ve özel olarak bilgilendirme zamanıyla ilgili bir hüküm yoktur. Ancak CMK'nın "ifade ve sorgu tarzı"yla ilgili 147.

maddesinin 1/a bendinde, “kendisine yüklenen suç anlatılır” denmektedir. Dolayısıyla şüphelinin gözaltında bilgileneceği, CMK’ya göre ancak ifade sırasında mümkündür; ama gözaltındaki şüphelinin ifadesinin ne zaman alınacağı belli değildir.

Öte yandan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin (R.G.: 01.06.2005 – 25832, “Yönetmelik”) ifade almanın esaslarını düzenleyen 23. maddesinin (J) bendine göre “ifade alma işleminin yapıldığı yer ve tarih” kaydedilmelidir; yönetmelikte ifadenin zamanı (saati) konusunda kayıt tutulmasından söz edilmemektedir. Yine yönetmeliğin şüpheli için ifade tutanağı formunda (EK-D), ifade saatlerine ilişkin bir bilginin kaydedilmesi şartı aranmamaktadır. Oysa ifade alma işleminin başlama ile sona erme tarih, saat ve dakikasının tutanakta belirtilmesi, bilgileneceğinin ne zaman yapıldığının kanıtlanması bakımından gereklidir.

Sonuç olarak iç hukukta, toplu suçlarda şüphelinin gözaltında bilgilendirilme hakkının süre yönünden Sözleşme’ye uygun bir şekilde güvence altına alındığı söylenemez.

### Bilginin Kapsamı

Suçum ne sorusunu soran gözaltındaki bir şüpheli, en az şu sorulara cevap bulmaya çalışır: i) Soruşturma makamları Ceza Kanunu’ndaki hangi suçun işlediğinden kuşkuluyorlar?; ii) Hangi eylemler soruşturma makamlarında böyle bir suçun işlediğine dair kuşku uyandırdı?; iii) Bu eylemleri benim yaptığım şüphesine nasıl ve hangi delillerle ulaştılar?; iv) Bu eylemleri gerçekten yapmış olsam bile bunlar bir suç oluşturur mu? Ne var ki soruşturma makamları, şüphelinin aklından geçen bu gibi sorulara sırasıyla ve hemen ayrıntılı yanıtlar vermeyeceklerdir.

### Sözleşme’ye Göre

Sözleşme’nin 5(2). fıkrası, bilgileneceğinin kapsamıyla ilgili olarak, gözaltına alınan kişiye, “kendisine isnat edilen suç” ile “gözaltına alınma nedenleri” hakkında bilgi verilmesini öngörmektedir.

Mahkeme’ye göre bir olayda gözaltına alınan kişiye yeterince bilgi verilip verilmediğine karar verirken, olayın özellikleri göz önünde tutulmalıdır (*Fox, Campbell ve Hartley*, §40; *Bordovskiy*, §55-56). Yine Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 5(2). fıkrası, bir suç işlediği şüphesiyle gözaltına alınan bir kimseye gerekli bilgilerin belirli bir biçimde verilmesini gerektirmediği

gibi, gözaltına alma anında kişiye aleyhindeki isnatların tam olarak açıklanmasını da gerektirmez (*Saadi – Birleşik Krallık*, §51). Komisyon’a göre, Sözleşme’nin 5(2). fıkrası bakımından kişi, polis tarafından niçin yakalandığını öğrenmelidir; ayrıca Sözleşme’nin 5(2). fıkrasındaki güvencenin amacı, yakalanan kişiye aleyhindeki kuşkunun makullüğüne itiraz etme imkânı vermektir; çünkü makul kuşku Sözleşme’nin 5(1)(c) bendine göre yakalamanın esaslı bir şartıdır; dolayısıyla yakalanan kişiye, tutulmasına dair kararın temelini oluşturacağı düşünülen maddi olaylar ve deliller hakkında yeterince bilgi verilmelidir (X. – *Almanya, Komisyon [k.k.]*, no. 8098/77).

Mahkeme, Türkiye’ye karşı yapılan bazı başvurularda, başvuru sahiplerinin gözaltında yeterince bilgilendirilmedikleri iddialarını incelemiştir. Mahkeme, bir olayda yasadışı PKK örgütünün liderlerinden biri olan başvuru sahibi hakkında çıkarılan tutuklama kararı üzerine yurtdışında yakalanıp aynı gün Türkiye’ye getirildikten sonra tutuklanması sırasında kendisine isnat edilen suçlar hakkında yeterince bilgilendirilmediği şikâyetini reddetmiştir. Mahkeme, başvuru sahibinin uzun bir zamandır PKK militanlarından ve liderlerinden biri olarak arandığını, başvuru sahibinin kendisinin de bu konuda yargılanmaktan kaçınmak için yurtdışında sığınma istediğini kabul ettiğini, Türkiye’deki mahkeme tarafından verilen tutuklama kararında suç isnatlarının açıkça yer aldığını kaydetmiş, başvuru sahibinin silahlı örgüt üyesi ve görevlisi olarak faaliyetlerinden ötürü yakalandığını anlamış olması gerektiği sonucuna varmıştır (*Soysal*, §69). Mahkeme bir başka olayda, polis tarafından düzenlenen ve başvuru sahipleri tarafından imzalanan yakalama tutanağına göre başvuru sahiplerine isnat edilen suçların (terör örgütüne üyelik) gösterildiğini belirtmiş ve başvuru sahiplerinin yeterince bilgilendirildiği sonucuna varmıştır (*Keklik ve Diğerleri*, §35). Bir başka olayda, yasadışı silahlı bir örgüte karşı yapılan operasyonun bir parçası olarak polis tarafından yakalanan başvuru sahiplerinin gözaltında tutulma sırasında örgütle ve iki polisin öldürülmesinde yer aldığı düşünülen bir kişiyle ilişkileri konusunda sorgulandıklarını göz önünde tutarak, başvuru sahiplerine gözaltında polis tarafından sorulan ve başvuru sahiplerinin cevaplamadıkları soruların, başvuru sahiplerine karşı kuşku hakkında yeterince bilgi içerdiği sonucuna varmıştır (*Korkmaz ve Diğerleri*, §28, 29).

Mahkeme, gözaltında ifade alınırken sorulan sorularda şüphelinin neyle suçlandığını anlayabileceği yeterli bilgi varsa, Sözleşme’nin 5(2). fıkrasındaki hakkın ihlal



edilmediğini kabul etmektedir. Ancak başvuruçunun gözaltında bilgilendirilmiş olduğu tutanakla tespit edilmiş olmalıdır; ifade tutanağı ve bilgilendirmeye dair bir kayıt yoksa, bilgilendirme de yapılmamış demektir (*Lazoroski*, §53,54).

### İç Hukuka Göre

Anayasa'nın 19/4. fıkrası, gözaltına alınan şüpheliye "hakkındaki iddialar"ın ve "yakalama sebepleri"nin bildirilmesini öngörmektedir. CMK'nın 147/1/b bendi de sadece, "Kendisine yüklenen suç anlatılır" hükmüne yer vermektedir. Yönetmeliğin 23/b bendinde, CMK'daki bu hüküm aynen tekrarlanmaktadır. Yönetmeliğin şüpheli için ifade tutanağı formunda (Ek D) matbu olarak, "ifade verene isnat olunan suç anlatıldı..." sözleri yer almaktadır. Soruşturma makamları isnat edilen suçu anlatmamış (veya şüpheliyi yeterince bilgilendirecek ölçüde anlatmamış) olsalar da, bu genel ve matbu ifadeler gereği, suç anlatılmış sayılabilir mi?

Sözleşme standartları uyarınca, bilgilendirmenin yapıp yapılmadığı sorulan sorulardan da çıkarılabileceğine göre, "isnat edilen suçun anlatıldı"ğının kanıtlanabilmesi için, şüphelinin ifade tutanağına kendisine sorulan bütün sorular ve verilen cevaplar yazılmalıdır.

Öte yandan kolluğun şüpheliye "yüklenen/isnat edilen suç"u anlatma yükümlülüğüyle ilgili bir başka sorun doğmaktadır. Kolluk yakaladığı kişiyi bilgilendirirken, isnat ettiği suçun TCK'daki adını söylemekle yükümlü tutulacak olursa, kolluk şüphe konusu suç fiillerinin hukuki nitelendirmesini de yapmak durumunda kalacaktır. Kolluğun isnat edilen suçu bizzat nitelendirmesi, soruşturma aşamasının bütününü ve belki daha sonraki kovuşturma aşamasını da etkileyecek bir işlemdir. Dolayısıyla, şüpheli bilgilendirilmeden ve özellikle ifadesi alınmadan önce, ya i) savcının şüpheliye isnat edilecek olan suçu nitelendirmiş ve kolluğa bildirmiş olması şartı aranmalı; veya ii) kolluğun isnat edilen suç hakkında değil de, nitelendirme yapmadan şüphe konusu suç fiilleri hakkında kişiyi bilgilendirmesi yeterli görülerek, nitelendirme işi savcıya bırakılmalıdır.

### DAVA AŞAMASINDA BİLGİLENME

Hakkında soruşturma açılan kişi, özgürlüğünden yoksun bırakılmış olsun veya olmasın, soruşturmanın bir an önce sonuçlandırılmasını ister. İlk dileği,

savcının kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi ve böylece soruşturmanın bu aşamada sonuçlanmasıdır. Ancak, soruşturma aleyhinde ceza davası açılmasıyla sonuçlanacak olursa, ceza davasını açan belgeyi, yani iddianameyi görmek ister. Çünkü isnat edilen suç, delilleriyle birlikte ayrıntılı bir şekilde iddianamede gösterilmiş olmalıdır. Peki bu iddianame ne zaman ortaya çıkacaktır? Kişi, iddianamedeki suç isnadını anlayabilecek midir? İddianame hangi kapsamda olacaktır?

Dava aşamasında bilgilendirme, iddianame yoluyla bilgilendirmeyle sınırlı değildir. Savcı, dava mahkemesinin önündeki yargılamanın sonunda davayla ilgili görüşünü (esas hakkındaki mütalaa) mahkemeye sunar ve suç fiillerini iddianamede olduğundan farklı bir şekilde nitelendirebilir. Sanık, savcının bu mütalaa hakkında da bilgilendirilmedi. Ayrıca dava mahkemesi tarafından verilen hüküm üst veya temyiz mahkemesi tarafından bozulmuş ve suç fiilinin farklı bir şekilde nitelendirilmesi istenmiş olabilir. Sanık, üst mahkemenin veya temyiz mahkemesinin bu kararı hakkında da bilgilendirilmelidir.

Sözleşme'nin 6(3)(a) bendi, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin "kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebepleri hakkında anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak derhal bilgilendirilme" hakkı bulunduğunu belirtmektedir. Sözleşme'nin 6(3)(a) bendindeki hak ile 5(2). fıkrasındaki hak benzer olsalar da, farklı amaçlara hizmet ederler. Sözleşme'nin 5(2). fıkrasındaki bilgilendirilme hakkı, gözaltına alınan kişinin tutulmasının hukukiliğine itiraz edebilmesine imkân verme amacı taşır; 6(3)(a) bendindeki bilgilendirilme hakkının amacı ise, kişinin aleyhinde açılan ceza davasında suçlamalara karşı cevap verebilmesine imkân vermektir. Bu fıkradaki bilgilendirilme hakkı, Sözleşme'nin 6(3)(b) bendinde zikredilen, kişinin savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkıyla birlikte okunmalıdır.

Mahkeme'nin dava aşamasında bilgilendirme hakkının yorumlanmasına ilişkin fazla kararı bulunmamaktadır. Ancak Mahkeme'ye göre, iddianame ceza yargılamasında hayati bir rol oynar; çünkü sanık, iddianamenin tebliğ edildiği andan itibaren, aleyhindeki isnatların maddi ve hukuki temeli hakkında yazılı olarak uyarılmış olur (*Kamasinski*, §79).

Anayasa’da dava aşamasında isnat edilen suç hakkında bilgilendirilme hakkına ilişkin bir hüküm yoktur. Ancak, Anayasa’nın 36. maddesinde herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Suç isnadı konusunda bilgilendirilme hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamındadır. Dolayısıyla Anayasa’nın suç isnadı konusunda bilgilendirilme hakkını içerdiği söylenebilir. CMK’da kamu davasını açma görevi başlığı altında, savcının iddianame düzenleme yetkisi ve iddianamede neler bulunması gerektiği gösterilmiş (CMK 170), bu maddedeki şartları taşımayan iddianamenin mahkeme tarafından savcılığa iade edilmesi öngörülmüştür (CMK 174). Kanun, savunma tarafının ancak iddianamenin mahkeme tarafından kabulünden sonra tam olarak bilgilenmesine imkân vermektedir: “Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir” (CMK 153/4).

Kanun ayrıca duruşmanın sonunda savcının delilleri tartışmasını (esas hakkındaki mütalaasını vermesini) istemektedir (CMK 216). Eğer savcı mütalaasında suçun iddianamedeki niteliğinden farklı bir niteliğe dönüştüğünü ileri sürüyorsa veya dava mahkemesi böyle düşünüyorsa, sanığa suçun hukuki niteliğinin değişebileceği hakkında bilgi verilmelidir (CMK 226).

### Süre Yönünden

Soruşturma başladıktan sonra iddianamenin geç hazırlanması nedeniyle kişinin aleyhindeki suç isnadı konusunda uzun süre bilgilendirilmemesi, bilgilendirilme hakkına aykırılık oluşturabilir.

### Sözleşme’ye Göre

Sözleşme’nin 6(3)(a) bendi kişinin “derhal/en kısa sürede” (*promptly*) bilgilendirilmesini öngörmektedir. Bu demektir ki, iddianame en kısa sürede hazırlanıp kişiye tebliğ edilmelidir. Süre, oluşturulan her olayın içinde bulunduğu şartlara göre değişir. Çok sayıda soruşturma işleminin yapılmasını gerektiren bir olayla ilgili iddianamenin hazırlanması uzun sürebilir. Ama soruşturma işlemlerinin uzun bir zamana yayılması veya soruşturma işlemleri bittiği halde iddianamenin yazılıp mahkemeye sunulmasının geciktirilmesi, kişinin en kısa sürede bilgilendirilme hakkıyla ilgili bir sorun doğurabilir.

### İç Hukuka Göre

Anayasa’nın kişi özgürlüğünü düzenleyen 19. maddesindeki bilgilendirme hakkıyla ilgili hüküm dışında, bir suç isnadı hakkında bilgilendirilme hakkıyla ilgili bir hüküm yoktur. CMK’da iddianamenin en geç ne kadar süre içinde hazırlanacağına dair bir hüküm bulunmadığı gibi, süreyle ilgili, örneğin “en kısa sürede” gibi bir kriter de gösterilmemiştir. Dolayısıyla iddianamenin geç hazırlanmasına karşı iç hukukta, Anayasa’nın 36. maddesindeki dolaylı koruma dışında doğrudan bir koruma bulunmamaktadır.

Oysa iddianame hazırlama süresinin uzamasının, bir suç şüphesiyle tutuklu bulunan kişinin mağduriyetini artıracığına kuşku yoktur. CMK’da süre konusunda bir kriterin yer almaması ve sürenin iddianameyi hazırlayan savcının mutlak takdirine bırakılması, sadece “makul sürede yargılanma hakkı” bakımından değil, suç isnadını öğrenme hakkı bakımından da sorun doğurabilir. Ne var ki, soruşturmanın başlangıcından itibaren, örneğin 15 gün, 1 ay veya 3 ay gibi yasal bir üst sınır konulması da sakıncalıdır. Bu nedenle soruşturma dosyasındaki son soruşturma işleminden iddianamenin yazıldığı tarihe kadar geçen süre, makul bir süre olmalıdır; ayrıca soruşturma işlemleri geciktirilmiş ise, bunda kamu makamlarına yüklenebilecek bir kusur olup olmadığı da incelenmelidir. Örneğin, hemen ulaşılabilecek bir tanığın uzun süre davet edilmemesi, adli tıp raporunun uzun süre gelmemesi gibi nedenler, soruşturma süresini uzattığı gibi kişinin iddianame yoluyla bilgilenme hakkını da ihlal edebilir.

### Dil Yönünden

Sanığın mahkemenin dilini bilmemesi nedeniyle kendisine tebliğ edilen iddianameyi, daha sonra duruşmada olan biteni anlamaması mümkündür. Bu durumda sanığın suç isnadı konusunda bilgilendirilmesi nasıl sağlanacaktır?

### Sözleşme’ye Göre

Sözleşme’nin 6(3)(a) bendi, kişinin istediği dilde veya anadilinde değil, “anlayabileceği bir dilde” bilgilendirilmesini öngörmektedir. İddianamenin sanığın anlayabileceği dilde olmaması halinde, sanığın bilgilenebilmesi için iddianamenin bütünüyle anlayabileceği dile çevrilmesini isteme hakkı var mıdır? Sözleşme’nin 6(3)(e) bendindeki çevirmenden ücretsiz

yararlanma hakkı, iddianamenin bütünüyle çevrilmesini kapsamakta mıdır?

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6(3)(a) bendi, bilginin sanığa yazılı olarak verilmesini veya sanık için yazılı çevirisinin yapılmasını gerektirdiğini belirtmemekle birlikte, sanığa suçlamanın bildirilmesinde özel bir dikkat gösterilmesi gereğine işaret etmektedir. Mahkeme'ye göre, dava mahkemesinin dilini anlamayan bir sanığa, kendisinin anladığı dilden iddianamenin yazılı çevirisinin verilmemesi halinde, gerçekten sanık dezavantajlı bir duruma sokulmuş olabilir (*Kamasinski*, §79). O halde Mahkeme'ye göre, iddianamenin yazılı çevirisinin verilmesi gerekip gerekmediği, sanığın dezavantajlı duruma girecek olup olmamasına bağlıdır; sanık açısından dezavantajlı bir durum doğacak ise yazılı çeviri verilmelidir. Yazılı çeviri verilmemiş ise, sanık sözlü çeviriyle iddianamenin içeriği konusunda bilgilendirilmelidir. Kuşkusuz, iddianamenin sanığın anladığı dile "yazılı" olarak çevrilmemesinin sanık açısından bir dezavantaj doğurmadığını kanıtlama külfeti devletin üzerindedir. Devlet, sanığın yaptığı savunmada aleyhindeki bütün isnatları anladığını ve karşılık verdiğini kanıtlıyorsa, iddianamenin yazılı olarak çevrilmemiş olmasından dezavantaj doğmadığını da kanıtlamış kabul edilebilir.

Çeviri, yazılı belgelerin ve sözlü beyanların çevirisini kapsar; ancak bu çeviri, adil yargılama için gerekli olduğu ölçüde yapılır. Sözleşme'nin 6(3)(e) bendi, muhakemedeki yazılı delillerin veya resmi belgelerin bütün ayrıntılarıyla yazılı çevirisinin yapılmasını gerektirecek kadar ileri gitmemektedir. Sözlü çeviri yardımı, sanığın kendisi hakkındaki davayı öğrenmesini ve kendisini savunmasını, özellikle mahkeme önündeki olayları kendi açısından anlamasını sağlayacak düzeyde olmalıdır (*Kamasinski*, §74). Dolayısıyla iddianamenin sözlü çevirisinin yeterli düzeyde yapılması halinde, yazılı çevirisi gerekli olmayabilir; duruşmada söylenenlerin çevirmen tarafından özetlenerek çevrilmesi de yeterli olabilir (*Kamasinski*, §81, 83).

Şüpheli veya sanığın bir çevirmenin yardımına ihtiyaç duyması halinde devletin çeviri sağlama yükümlülüğü doğar. Sanığın böyle bir ihtiyacının bulunup bulunmadığını belirlemek yargıca düşen bir görevdir; yargıç, sanıkla görüştüğünden sonra çevirmenin bulunmamasından zarar görmeyeceğinden emin değildir (*Cusciani*, §38).

Sözleşme'nin 6(3)(e) bendi ancak mahkemede konuşulan dili bilmeyenlerin kullanabileceği bir hak getirmektedir; mahkemenin dilini "anlayan" ve

"konuşan" bir sanık, başka bir dilde, örneğin mensubu olduğu etnik azınlık dilinde savunma yapabilmesi için çevirmenden yararlanma talebinde ısrar edemez (*K. – Fransa [k.k.]*, no. 10210/82; *Bideault – Fransa [k.k.]*, no. 11261/84; *Lagerblom – İsveç*, §61-64).

Çevirmen, yeterli olmalıdır; 6(3)(e) bendindeki hakkın etkili bir şekilde kullanılabilmesi için, bir çevirmen tayin etmiş olmak yeterli değildir; eğer devlet çevirmenin yeterli olmadığı konusunda uyarılmış ise, devlet çevirmenin yeterliliğini kontrol etmelidir (*Artico*, §33 ve 36). Çevirmenin yardımı "etkili" olmalı ve adil muhakemeyi önlemeyecek şekilde olmalıdır (*Ulçak [k.k.]*, no. 44234/98).

### İç Hukuka Göre

CMK, iddianamenin sanığın anladığı dile yazılı çevirisinin yapılmasını gerektirmemektedir. Sanık "meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir" (CMK 202/1). Bu hükümden anlaşılacağı üzere kanun, duruşmadaki iddiaya ilişkin esaslı noktaların tercüme edilmesini yeterli görmüştür. Dolayısıyla iddianamenin dilini anlamayan ve Türkçe iddianamenin anladığı dile çevrilmesini kendi imkânlarıyla sağlayamayan sanık, hakkındaki suç isnadını ancak iddianame duruşmada okunup esaslı noktaları çevrildikten sonra öğrenebilecektir. Ayrıca kanun, iddianamenin tamamının sözlü çevirisinin yapılmasını gerektirmemekte, esaslı noktaların çevirisinin yeterli olacağını öngörmektedir. Kanunda esaslı noktaların ne olduğu açık değildir. Bu çerçevede iç hukukun Sözleşme'nin 6(3)(a) bendinin aradığı kapsamda bir çeviri yapılmasını güvence altına aldığı söylemek zordur. Öte yandan çevirmenin savcı veya hâkim tarafından atanması, sunulacak çeviri hizmetinin yeterliliğini kendiliğinden güvence altına almaz.

### Kapsam Yönünden

İddianamenin kapsamı, ayrıntılı olup olmaması, sanığın isnadı öğrenme hakkını etkileyebilir.

### Sözleşme'ye Göre

Sözleşme'nin 6(3)(a) bendi, sanığın "aleyhindeki suçlamanın niteliği ve sebepleri" hakkında "ayrıntılı" olarak bilgilendirilmesini gerektirmektedir. Suçlamanın sebebi, sanığın işlediği iddia edilen suçun fiilleridir. Suçlamanın niteliğiyle kastedilen, sanığa isnat edilen suçtur.

Mahkeme'ye göre sanık, suçlamanın sebebini, yani suçlamanın temeli olan maddi olayları ve suçlamanın niteliğini, yani maddi olayların hukuki nitelendirmesini "derhal" ve "ayrıntılı" bir biçimde öğrenmelidir. Mahkeme, cezai konularda bir sanığa aleyhindeki isnatlarla ilgili bilgilerin tam ve ayrıntılı olarak verilmesinin, muhakemenin adil olması bakımından esaslı bir önşart olduğu kanaatindedir. Bu fıkrada sözü edilen bilginin "ayrıntı"sının boyutu, olayın içinde bulunduğu şartlara göre değişmekle birlikte, sanığın yeterli bir savunma hazırlayabilmek için aleyhindeki isnatların boyutunu tam olarak anlaması gerektiğinden, kendisine yeterli oranda bilgi verilmelidir. Bu noktada bilginin yeterliliği, Sözleşme'nin kişiye savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkını tanıyan 6(3)(b) bendiyle ve çok daha genel bir hakkı düzenleyen 6(1). fıkrasıyla bağlantılı olarak değerlendirilmelidir (*Pelissier ve Sassi [BD]*, §51-52, 54).

İsnat edilen suçun iddianamede açık bir şekilde gösterilmemesi, bilgilendirilme hakkını ihlal eder. Mahkeme, 25.07.2000 tarihli *Mattoccia – İtaya* kararında, engelli çocukları taşıyan bir servis sürücüsü olan ve çocuklardan birine tecavüz iddiasıyla yargılanıp mahkûm edilen başvurusunun, isnat edilen suçun maddi olayları hakkında yeterince bilgilendirilmediği sonucuna varmıştır. İddianamede "başvurusunun zihinsel engelli R'yi Kasım 1985'te Roma'da cinsel ilişkiye zorlamak suretiyle Ceza Kanunu'nun 519. maddesindeki suçu işlediği" iddia edilmiş ve yargılama sonunda 3 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Mahkeme, tecavüz davalarının, toplum için büyük kaygı uyandıran önemli ve hassas meseleler doğurduğunun ve çok genç veya zihinsel engelli kişilerle ilgili davaların genellikle iddia makamları ve mahkemeler için yargılama sırasında ciddi delillendirme güçlükleri çıkardığının farkında olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme, mevcut olayda sanığın istisnai ağırlıkta güçlüklerle karşı karşıya bırakıldığını, iddianamede yer alan bilginin suçun zamanı ve yeri konusundaki ayrıntılar bakımından muğlaklıklar içerdiğini ve bu bilginin yargılama sırasında sürekli çeliştiğini ve değiştirildiğini, başvurucuya örneğin suç yerinde olmadığını kanıtlamak (*alibi*) için tanık dinletmek gibi kendisini daha pratik ve etkili bir tarzda savunabileceği gerekli fırsatlar ve kolaylıklar tanınmadığını kaydetmiş ve sonuçta Sözleşme'nin 6(3)(a) ve (b) bendinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Hükümden önce isnat edilen suçun dayanağı olan maddi olaylar hakkında sanığın bilgilendirilmemesi, Sözleşme'nin 6(3)(a) bendini ihlal eder. Mahkeme 27.01.2004 tarihli *Kyprianou – Kıbrıs* kararına konu olan olayda, bir avukat olan başvuru, öldürme suçundan yargılanan sanığın müdafii olarak bir tanığı duruşmada çapraz sorgularken, mahkeme başkanı başvurusunun yaptığı sorguya müdahale etmiş ve ayrıntıya girmemesini istemiştir. Bunun üzerine başvuru çapraz sorguyu durdurmuş ve müdafilik görevini bırakması için izin istemiş, mahkeme göreve devam etmesini isteyince, başvuru mahkeme üyelerinin sorgu sırasında birbirleriyle konuştuklarını ve birbirlerine "aşk mektupları" gönderdiklerini ve bu durumun çapraz sorguya devam etmesini engellediğini söylemiştir. Bunun üzerine mahkeme hemen başvurusudan söylediği sözler için savunma yapmasını istemiş, başvuru kendisini yargılayabileceklerini söylemiş, bunun üzerine mahkeme 10 dakika ara vermiş ve salona döndüğünde başvurucuya mahkemeye saygısızlık suçundan 5 gün hapis cezası vermiş, ceza infaz edilmiştir. Mahkeme'ye göre, olayda dava mahkemesi başvurusu suçun niteliği ve sebebi hakkında bilgilendirmeden suçlu bulmuştur; başvuru, isnadın dayanağı olan maddi olayları kendisine hapis cezası verildiği sırada öğrenmiştir. Mahkeme'ye göre, olayda Sözleşme'nin 6(3)(a) bendi ihlal edilmiştir (*Kyprianou*, §66).

### İç Hukuka Göre

CMK, savcının düzenleyeceği iddianamenin içeriğinde neler bulunması gerektiğini göstermiştir (CMK 170). Kanuna göre iddianamede, diğer konuların yanında, yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi (suçun sebebi) ile yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri (suçun niteliği) gösterilmek zorundadır (CMK 170/3/h,i). Yine iddianamede, suçun delilleri gösterilir ve yüklenen suç oluşturulan olaylar mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır (CMK 170/4). Kanun, 170. maddeye aykırı olarak düzenlenen iddianamenin mahkeme tarafından savcılığa iade edileceğini öngörmektedir (CMK 174).

Ancak, iddianamenin nasıl bir formatla yazılacağı, nasıl bir yazım tarzına sahip olacağı ve ne gibi bölümlerden oluşacağı konusunda bir düzenleme yoktur. Örneğin iddianamede olayların kronolojik sırayla anlatılması gerektiğine dair bir hüküm yoktur; dolayısıyla iddianamede belirli bir sıra düzeni izlenmeden olaylar anlatılabilir. Bu durum savunma tarafının

olay kurgusunu anlamasını güçleştirir. Keza, iddianamede anlatılan konulara birbirini izleyen paragraf numaraları verilmesini gerektiren bir hüküm de yoktur. Bu durum, metin içi atıfları imkânsız kılar; olayların tekrar tekrar anlatılmasını gerektirir. Yine örneğin olaylar anlatılırken soruşturma dosyası içindeki belgelerin numaralarına ve belge çok sayfalı ise sayfasına atıf yapmayı gerektiren bir hüküm yoktur. Bu durum anlatılan bir olayın ilgili belgeyle karşılaştırılmasını çok güçleştirir. Yine örneğin bütün delillere iddianamenin içinde yer verilmesini engelleyen bir husus yoktur; dolayısıyla uzun dinleme kayıtlarının veya uzun tanık ifadelerinin ilgili bölümlerine atıf yapılması yerine, bunların olduğu gibi iddianamede yer alması mümkündür. Bu gibi hususlar, özellikle çok sanıklı dosyaların anlaşılmasını çok güçleştirir, zaman ve emek israfına yol açar.

## BAŞVURU YOLU

Gözaltına alınan bir kimsenin kendisine isnat edilen suçu öğrenemediğinden şikâyet etmesi halinde, iç hukukta başvurabileceği bir yol var mıdır? Kişinin henüz gözaltında tutulurken, aleyhindeki suç isnadını

öğrenmek için başvurabileceği hukuk yolunun, hâkime başvurarak ifadesini alacak savcının önüne çıkarılmasını istemek olduğu (CMK 91/4), ancak bu talebin de hâkim tarafından reddedilebileceği görülmektedir.

Öte yandan CMK, gözaltında isnadı öğrenme hakkının ihlali halinde bir tazminat yolu öngörmektedir. “Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hallerde sözlü açıklanmayan [...] kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletin isteyebilirler” (CMK 141/g). Ama bu hükümde, kişinin anladığı dilde bilgilendirilme hakkı tazminat yoluyla da korunmuş değildir.

Hakkında ceza davası açılan bir kimsenin Sözleşme’nin 6(3)(a) bendine uygun bir şekilde bilgilendirilmediğinden, savunmasını yaptığı sırada şikâyetçi olması mümkündür. Ama daha önemlisi, bu hakkın adil yargılanma hakkının bir ögesi olduğunu yargılamanın her aşamasında dile getirmesi gereklidir. Böylece yargılamanın ilerleyen aşamalarında, davayı ilk derece, istinaf ya da temyiz aşamasında gören mahkemeye bu eksikliği tamamlama imkânı verilmiş olur.





# Neden Tutuluyorum?

Emniyet birimine götürülen şüpheli, yakalandığını ve sonra gözaltına alındığını anlayınca şu soruyu sorar: Neden tutuluyorum? Önüne çıkarıldığı hâkim tarafından tutuklanmasına karar verilince yine sorar: Neden tutuklandım? Soruşturma makamları suçu soruştururken şüpheliyi yakalayıp gözaltına aldıklarında, şüphelinin kişi özgürlüğüne de müdahale etmiş olurlar. Kişi tutuklandığında, kişi özgürlüğüne müdahale daha ağır bir hale gelir.

Sözleşme'nin 5. maddesi, kişiyi özgürlükten yoksun bırakmayı sıkı koşullara tabi tutmuştur. Mahkeme'ye göre kişi özgürlüğü hakkı, hukukun üstünlüğüne bağlılığını açıklayan bütün siyasal rejimlerin merkezinde yer alan bir haktır. Mahkeme, demokratik bir toplumda kişi özgürlüğü hakkının çok büyük bir öneme sahip olduğunu vurgulamıştır (*Medvedyev ve Diğerleri [BD]*, §74). Sözleşme'nin 5. maddesi, bir suç şüphesiyle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılma sürecini iki döneme ayırmaktadır: Birinci dönemde yargıcın denetimi olmaksızın bir tutma söz konusu olup, kolluğun ve/veya savcının kararıyla kişi yakalanıp tutulmaktadır (*arrest/detention*); ikinci dönem, birinci dönemin yargıç tarafından hukuka uygunluğunun denetlenip kişinin tutulmasının devam etmesine karar verilmesiyle başlayan tutuklama dönemidir (*detention on remand/pretrial detention*). Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ilk hükümleri, (c) bendi ve 3. fıkrası birlikte okunduğunda, Sözleşme'de yakalama/gözaltı ve tutuklamayla ilgili hükümlerin şunlar olduğu anlaşılmaktadır: “suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine” (5(1)(c)), “hukuka uygun olarak” (5(1)) “yakalanan veya tutulan bir kimse” (5(1)(c)), “derhal bir yargıç önüne çıkarılır”; yargıç tarafından tutuklanmasına karar verilen bu kimse, “makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkına sahiptir” (5(3)).

Anayasa'nın 19. maddesi kişi özgürlüğü hakkını Sözleşme'ye paralel bir şekilde düzenlemiştir. Ancak, ulusal makamların özgürlükten yoksun bırakma

kararlarında kişi özgürlüğünün önemini vurgulamak bir yana, Anayasa'nın 19. maddesine bir atıf dahi görülmez. İç hukukta soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kişiyi özgürlükten yoksun bırakma, “yakalama”, “gözaltına alma” ve “tutuklama” kavramlarıyla ifade edilmektedir. Yakalama, kişinin özgürlüğünün fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasıyla başlar (Yönetmelik 4). Kolluk görevlileri (polis, jandarma) yakalama yetkisine sahiptir (CMK 90/2). Kişinin yakalandığı, kolluk tarafından savcıya hemen bildirilir (CMK 90/5). Yakalanan kişi, savcının emriyle serbest bırakılmazsa, gözaltına alınır (CMK 91/1). Gözaltına alma savcının emriyle başlar ve yetkili hâkimin önüne çıkarılmasına kadar sürer (CMK 91/1). Hâkim tarafından serbest bırakılmayan kişi tutuklanır. Kişi ancak hâkim kararıyla tutuklanabilir (Anayasa 19/3). Kolluğun yakalaması ve savcının gözaltı emri, kişi özgürlüğüne yargısal olmayan müdahalelerdir. Tutuklama kararı ise, hâkim veya mahkeme tarafından verildiği için kişi özgürlüğüne yargısal bir müdahaledir.

Savcı, kolluk tarafından yakalanan kişinin gözaltına alınmasına (tutulmasına) veya serbest bırakılmasına hangi maddi bilgiyle, hangi usulle ve ne kadar süre içinde karar verebilir? Bu konuda bir düzenleme yoktur. Savcı kolluktan sözlü olarak elde ettiği bilgiyle, şüpheliyi görmeden ve dinlemeden, kendisine verilen bilgiyi değerlendirmek için bir süre geçirmeden, hemen ve sözlü olarak kişinin gözaltına alınması emrini vermek veya serbest bırakılmasına karar vermek durumundadır. Kolluğun kendisine sözlü olarak anlattığı olayların gerçekliğini sorgulayabilecek durumda olmayan ve doğruluğuna inanmak durumunda olan savcı, yakalanmış kişiyi ancak isnat edilen suçun tutuklamayı gerektirmeyecek bir suç olması halinde serbest bırakabilir, aksi halde savcının kolluğa şüpheliyi serbest bırakması için emir vermesi zordur. Bir başka deyişle, savcının, kolluk tarafından



yapılan suç nitelendirmesine göre karar vermesi pek muhtemeldir.<sup>6</sup>

Savcı, gözaltı süresinin sonuna doğru önüne getirilen şüpheli aleyhinde delillerin bulunduğu dosyayı incelemek, şüphelinin ifadesini almak ve tutuklama talebinde bulunup bulunmamak konusunda düşünüp karar vermek için ne kadar süreye sahiptir? Bu konuda bir düzenleme yoktur. Bütün bu işlemler için makul bir süre gereklidir. Ama savcı, özellikle kapsamlı suç dosyalarının bulunduğu olaylarda gözaltı süresinin baskısı altındadır. Savcının ifade alması zaman alacağına göre, zamandan tasarruf etmek için tek seçeneği dosyayı ayrıntılı biçimde incelememektir. Bu da savcının, dosya yerine, kolluk tarafından yapılan suç nitelendirmesini ve kendisinin aldığı ifadeyi değerlendirerek tutuklama talebinde bulunmasına yol açacaktır.<sup>7</sup> İşin daha vahimi, savcı hâkime kronolojik sırayla ve ayrıntılı bir biçimde anlatılmış olaylar sunamadan, hâkimden kişinin tutuklanmasını talep edecektir.

Hâkim, tutuklama talebiyle önüne getirilen şüpheli aleyhinde delillerin bulunduğu dosyayı incelemek, şüpheliyi sorgulamak ve tutuklanmasının gerekip gerekmediği hakkında düşünüp karar vermek için ne kadar süreye sahiptir? Bu konuda da bir düzenleme yoktur. Hâkim de soruşturma dosyasını ayrıntılı bir şekilde inceleyemeden ve belki de olaya ilişkin ayrıntıları tam anlayamadan, daha çok isnat edilen suçun niteliğine bakarak karar verecektir.<sup>8</sup> Ama aldığı karar ağır bir karar olacaktır: tutuklama.

Şüphelinin salıverilme umudu, tutuklama kararına kadar sürer. Süreç hızla işler. Şüpheli tutuklanır. Ama tutuklanmasını gerektiren şartların gerçekten

bulunup bulunmadığını düşünmeye, belki de cezaevinin kapısından girdikten sonra başlayacaktır.

Kişinin “suç işlediğinden şüphe” üzerine “hukuka uygun olarak” yakalanması ve gözaltında tutulması mümkündür; ancak tutukluluk için bunların yanında bir de kişi özgürlüğü kuralına karşı ağır basan gerçek bir kamu yararının varlığı (tutuklama nedenleri) bulunmalıdır. (bkz. aşağıda “Tutuklanmada Kamu Yararı Var” başlığı altında verilen bilgiler).

## SUÇ İŞLEDİĞİNE DAİR ŞÜPHE VAR

Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında bir özgürlükten yoksun bırakma tedbiri için kişinin suç işlediğinden şüphe (kuşku) duyulması, olmazsa olmaz bir şarttır (*sine qua non*). Şüphe, kanunda öngörülen suç fiilinin işlenmiş olduğu, örneğin öldürmek için şiddet kullanılmış olduğu belirlendikten sonra, bu şiddet fiilini işleyen kişinin tespitine yönelik bir anahtardır.

İşledikleri fiiller, kanunun gösterdiği suç fiilleri kapsamına girmeyen kişiler şüpheli olamazlar. Ulusal makamların kişiyi gözaltına alırken, tutuklarken veya hapsederken suç oluşturduğunu iddia ettikleri fiillerin gerçekte iç hukuka göre suç oluşturmadığı iddia edilmiş ise, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu özgürlüğe müdahaleleri belirli bir ölçüde denetleme yetkisine sahiptir. Eğer gözaltının, tutuklamanın veya hapisliğin dayandırıldığı fiiller iç hukuka göre suç oluşturuyorsa, iç hukuka aykırılık bulunduğu için, Sözleşme'nin 5(1) fıkrası da ihlal edilmiş olur. Buradaki mesele, kişinin suçun maddi unsurunu oluşturan fiilleri işleyip işlemediği değil, kişinin işlediği bilinen fiillerin suç fiilini oluşturup oluşturmadığıdır. Mahkeme önüne gelen bazı olaylarda, tutuklamanın veya mahkûmiyetin dayanağı olan isnat konusu fiillerin, iç hukukta suç oluşturmadığı sonucuna varmıştır (Lukanov, §42-43; ve Tsirlis ve Kouloumpas, §59, 62). Özetle, suç oluşturmayacak bir fiili işlediğinden duyulan şüphe üzerine kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmak hukuka aykırıdır.

## Yakalamanın Amacı

Bir kimseyi yakalama ve gözaltına alma (tutma) için kişinin suç işlediğinden şüphe duyulması şarttır, ama her şüphelinin yakalanması veya gözaltına alınması şart değildir. Yakalamanın bir amacı olmalıdır.

6 Savcılar, yakalanan kişilerden kaç tanesinin gözaltına alınmasına ve kaç tanesinin serbest bırakılmasına karar vermişlerdir? Bu konuda yayımlanmış bir istatistik yoktur. Ayrıntılı bir çalışma yapılmalıdır.

7 Savcılar ifadesini aldıkları gözaltındaki şüphelilerden kaç tanesi hakkında tutuklama talebinde bulunmuşlar ve kaç tanesini serbest bırakmışlardır? Kolluk tarafından şüpheliye isnat edilen suçun niteliğinin, tutuklama talebinde bulunan savcı tarafından değiştirildiği olmuş mudur? Kaç olayda? Bu konuda da yayımlanmış bir istatistik yoktur. Ayrıntılı bir çalışma yapılmalıdır.

8 Hâkimler, savcıların tutuklama taleplerinden kaçını kabul etmişler, kaçını reddetmişlerdir? Hâkimlerin, kolluk veya savcılığın yaptığı suç nitelemesini değiştirerek tutuklama kararı verdikleri olmuş mudur? Kaç olayda? Bu konuda da yayımlanmış bir çalışma yoktur. Ayrıntılı bir çalışma yapılmalıdır.

### Sözleşme'ye Göre

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, yakalama ve gözaltına alma (tutma) için kişiyi "kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacı" bulunmasını gerektirmektedir (*Lawless* (esas hk), §39-41). Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde geçen "kanunen yetkili makam" terimi, Sözleşme'nin 5(3) fıkrasındaki "yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli" terimiyle aynı anlama gelmektedir. Dolayısıyla kişiyi yargıcın önüne çıkarma amacı taşımayan bir yakalama veya gözaltına alma (tutma), Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine aykırıdır.

Yakalanan ve gözaltına alınan (tutulan) bir kişinin yargıcın önüne çıkarılmadan saliverilmiş olması, otomatik olarak bu şartı ihlal etmez; kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacının varlığı, amacın gerçekleştirilmiş olmasından bağımsız olarak düşünülmelidir; Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, kolluğun gözaltına alma anında veya başvuru nezaretteyken, isnatta bulunmak için yeterli delil elde etmiş olmasını varsaymamaktadır; bu tür deliller elde edilmemiş olabilir veya kuşku edilen suçların niteliği göz önünde tutulduğunda, başkalarının yaşamları tehlikeye sokulmaksızın, bu delillerin mahkemeye sunulması mümkün olmayabilir (*Brogan ve Diğerleri*, §49-54; *Murray*, §47-70). Kişinin suç işlediğine dair makul kuşku bulunması halinde, hakkında dava açılması için gerekli olan delilleri tespit etmek üzere ifadesini almak amacıyla gözaltına alınması mümkündür. İfade almak için tutmanın amacı, tutmanın sebebi olan şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını ileri götürmektir (*İpek ve Diğerleri*, §28).

### İç Hukuka Göre

İç hukukta kolluğun yakalama sırasında kişiyi kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacı taşıması şartı var mıdır? İç hukuka göre kolluk, "haklarında yetkili mercilerce verilen yakalama emri, yakalama ve tutuklama kararı bulunan" kişiyi yakalayabilir (Yönetmelik 5/d). Kolluğun, hakkında böyle bir karar bulunan kişiyi yakalamaktaki amacı, kararın gereğini yerine getirmek, yani kişiyi kanunen yetkili makamların önüne çıkartmak olabilir.

Ama kolluk, hakkında böyle bir karar bulunmayan kişiyi de yakalayabilir: i) "Hakkında yakalama emri düzenlenmesi veya tutuklama kararı verilmesi gereken kişi"yi yakalayabilir (Yönetmelik 5/a). Yakalamayı bu hükme dayandıran kolluğun düşüncesine göre, kişinin

tutuklanmasını gerektiren bir suç şüphesi vardır; dolayısıyla kişiyi, tutuklanması, yani tutuklama kararını vermesini istediği hâkimin önüne çıkarılması için yakalamıştır. Öte yandan kolluk, hakkında böyle bir karar bulunmayan kişiyi şu halde de yakalayabilir: ii) "Suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan diğer hallerde suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair haklarında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan şüphelileri" yakalayabilir (Yönetmelik 5/a/son). Yakalamayı bu hükme dayandıran kolluğun kişiyi kanunen yetkili makamlar (yargıç) önüne çıkarmayı amaçladığına dair bir işaret yoktur.

### Şüphenin Standardı

Sözleşme ve iç hukuk, soruşturma ve kovuşturma aşamasında bir kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılabilmesi için sadece şüphenin varlığını yeterli görmemiş, şüphenin belirli bir niteliğe (standarda) sahip olması şartını aramıştır.

### Sözleşme'ye Göre

Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi, bir kimsenin yakalanabilmesi, gözaltına alınabilmesi (gözaltında tutulabilmesi) için, kişinin suç işlediğinden makul kuşku (*reasonable suspicion*) duyulması şartını aramıştır. Mahkeme'ye göre kuşkunun makul olması şartı, keyfi gözaltı ve tutmaya karşı esaslı bir koruyucudur. Sahip olunan kuşkunun iyi niyete dayanması yeterli değildir (*İpek ve Diğerleri*, §29); kuşkunun "makul" olması gerekir. Mahkeme'ye göre "makul kuşku" terimi, bir kimsenin suç işlediğine dair objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek kadar yeterli bilgi ve verinin bulunması demektir (*Fox, Campbell ve Hartley*, §32). Ancak neyin "makul" olduğu, olayın içinde bulunduğu koşullara göre değişir (*Leva*, §50). Özel koşullar, yetkili makamların açıklayabilecekleri bilginin kapsamını etkileyebilir, ancak terör suçlarıyla mücadelenin zorunlulukları bile, "makullük" kavramını Sözleşme'nin 5(1) fıkrasında güvence altına alınan koruyucunun özünü zedeleyecek kadar genişletemez (*Stepuleac*, §68). Bir ölçüde de olsa kuşkuya kaynaklık eden bilgi veya verinin Mahkeme'ye sunulması gerekir. Mahkeme, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendinde yer alan koruyucunun özünün korunup korunmadığını tespit edebilme imkânına sahip kılınmalıdır; bu nedenle davalı hükümet, gözaltına alınmış olan kişiler hakkında iddia konusu suçları işlemiş olduklarından makul olarak kuşku duyulmuş olduğuna dair Mahkeme'yi ikna edebilecek kadar

maddi olay veya bilgiyi ortaya koymak durumundadır (Fox, Campbell ve Hartley, §34).

Mahkeme, makul bir kuşku bulunmadan, bir kimseden ikrar almak, başkaları aleyhinde tanıklık yapmasını sağlamak veya makul kuşkuya zemin hazırlayacak olayları veya bilgileri öğrenmek için kişiyi gözaltına almanın veya tutmanın mümkün olmadığını vurgulamıştır (Cebotari, §48). Şüpheliyle ilişkisi bulunan bir başka kişi, kendiliğinden şüpheli durumuna girmez ve özgürlüğünden yoksun bırakılamaz. Mahkeme, hakkında terör faaliyetlerinde bulunduğu dair makul kuşku bulunan kişinin gözaltına alındığı sırada aynı evde bulunan iki kişinin daha, haklarında suç işlediklerine dair bir şüphe bulunmadığı halde sırf kendisinin yanında buldukları için gözaltına alınmalarını, Sözleşme'nin 5(1)(c) bendine aykırı bulmuştur (İpek ve Diğerleri, §31). Öte yandan Mahkeme, bir olayda HADEP ve İnsan Hakları Derneği üyeleri olan üç başvurucu ile diğer 11 kişinin PKK ile ilgili bir toplantı yapmakta oldukları ihbarı üzerine DGM hâkimi tarafından verilen arama kararının ardından binada arama yapılarak gözaltına alınmalarında makul kuşku şartına aykırılık görmemiştir (Tanrıkulu ve Diğerleri, §30). Bir başka olayda, bir polis karakoluna yapılan silahlı saldırının ardından yakalanan iki kişi, başvurucuyu da suçlandıran ifadeler vermişler, bunun üzerine savcı başvurucu hakkında yakalama kararı çıkarmıştır. Başvurucu olaydan üç yıl sonra yakalanmıştır. Bu arada suç ortakları, başvurucuyu suçlandıran ifadeleri baskı altında verdiklerini söyleyerek ifadelerini değiştirmişlerdir. Başvurucu, baskı altında verilen ifadelere dayanılarak gözaltına alınması nedeniyle suç işlediğine dair makul kuşku bulunmadığını iddia etmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre, şüphelilerin üç yıl kadar önce başvurucuyu suçlayan ifadelerini daha sonra geri almaları, başvurucu hakkında makul kuşkunun varlığını ortadan kaldırmaz ve yakalama emrinin hukukiliğini etkilemez (Talat Tepe, §61).

Sözleşme'nin 5. maddesi tutuklama için farklı bir kuşku standardına yer vermemiştir. Dolayısıyla tutuklama için de makul kuşku standardı aranmaktadır.

Mahkeme'ye göre gözaltına alınmış bir kimsenin suç işlediğine dair makul kuşkunun sürmesi, tutukluluğun hukukiliği için olmazsa olmaz bir şarttır (Labita, §153). Bir olayda tutuklama kararından önce bir gözaltı dönemi varsa, bu dönemde en azından makul kuşkun giderilememiş olması gerekir.

## İç Hukuka Göre

İç hukukta özgürlükten yoksun bırakma konusunda kullanılacak şüphe standardı için farklı terimler kullanılmıştır. Kolluğun yakalama işlemi konusunda Anayasa bir şüphe standardı getirmemiş, yakalamanın şartlarını kanunun göstereceğini belirtmiştir (Anayasa 19/3). Kanuna göre, yakalama için "tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini" (CMK 90/2) gerektiren bir şüphe bulunmalıdır; tutuklama kararı için "kuvvetli belirti" (Anayasa 19/3) veya "kuvvetli şüphe" (CMK 100/1) arandığından, yakalama için kuvvetli belirti/şüphe gerekir. Yönetmelik ise, yakalama için "suç işlendiğine veya suça teşebbüs edildiğine dair kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunması" şartını aramaktadır (Yönetmelik 5/a).

Savcının verebileceği gözaltına alma (tutma) emri için şüphe standardı konusunda Anayasa'da bir hüküm yoktur. Kanun, savcının gözaltı emri verebilmesi için "kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı"ni aramıştır (CMK 91/2). Kanun, savcının gözaltı süresini uzatması için ayrı bir şüphe standardı getirmemiş, suçun "toplu olarak işlenmesi" ile "delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu" şartlarını aramıştır (CMK 91/3).

Hâkimin verebileceği tutuklama kararının şüphe standardı konusunda Anayasa, kişinin "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti" bulunmasını gerektirmektedir (Anayasa 19/3). Kanun ise tutuklama kararı verilebilmesi için "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların" bulunmasını aramıştır (CMK 100/1).

Bu terim farklılıklarına rağmen, iç hukukta özgürlükten yoksun bırakma kararları için "kuvvetli şüphe"nin arandığı söylenebilir. Ama kuvvetli şüphe nedir? Boşuna aranmasın! İç hukukta kullanılan şüphe standardının ne olduğunu söyleyen, kuvvetli şüpheyi tanımlayan, kuvvetli şüphenin kriterlerini gösteren, bir olayda kriterlerin yerine getirilip getirilmediğini belirleyebilmek için bakılması gereken faktörlere işaret eden bir Yargıtay kararı yoktur. Olamaz da! Çünkü yakalanan, gözaltına alınan (tutulan) veya tutuklanan bir kimsenin soruşturma ve dava mahkemesi önünde "hakkımda kuvvetli şüphe olmadığı halde tutuluyorum" iddiasıyla doğrudan Yargıtay'a başvurma imkânı yoktur. Kişi özgürlüğüne müdahale eden yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin savcının yazılı emrine karşı ancak sulh ceza hâkimine başvurulabilir (CMK 91/4); tutuklama kararına ise itiraz edilebilir (101/5);

itiraz, Yargıtay'a değil, tutuklama kararını veren hâkim veya mahkemenin yargı çevresi içinde başka bir hâkim veya mahkemeye yapılabilir (CMK 268/3);

## Delilleri Gizli Şüphe

Soruşturma ve kovuşturma aşamasında özgürlüğe müdahale şüpheyne, şüphe ise kuvvetli iz, eser, emare ve delillere dayanmaktadır. Yakalanan, gözaltına alınan (tutulan) veya tutuklanan kişi, aleyhindeki delillerin neler olduğunu öğrenmeyi, bu delillerin aleyhindeki şüpheyne doğurmadığını savunmayı ve şüpheyne gidererek serbest bırakılmayı isteyecektir.

Öte yandan soruşturma makamları da soruşturmayı ve elbette soruşturma sırasında toplanan delilleri gizli tutmak isteyeceklerdir. Soruşturmayı etkili bir şekilde yürütme ve şüphelinin delilleri karartmasını önleme amacı, bazı delillerin gizli tutulmasını gerektirebilir. Ancak bu meşru amaç, savunma haklarının esaslı bir şekilde kısıtlanması pahasına gerçekleştirilemez.

## Sözleşme'ye Göre

Sözleşme'nin 5(4) fıkrası, şüpheliye bir mahkemeye başvurarak, tutulmasının hukuki olmadığını (aleyhinde makul kuşku bulunmadığını) savunma ve salıverilmesine karar verilmesini isteme hakkı tanımaktadır. Ama tutulmasının dayandığı şüphelinin kaynağı olan delilleri öğrenemeyen bir kimsenin böyle bir başvurusu ne kadar başarılı olabilir? Mahkeme'nin yorumuna göre Sözleşme 5(4) fıkrası, hakkında tutuklama kararı verilebilecek veya tutuklamaya itiraz etmek isteyecek kişiye, aleyhindeki delilleri öğrenme hakkı vermektedir. Şüphelinin, tutuklanmasını veya tutukluluğunun sürdürülmesini isteyen soruşturma makamının yargıcın önüne getirdiği delilleri öğrenmesi, "silahlarda eşitlik ilkesi"nin bir gereği, mahkemeye başvurma hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesinin önkoşuludur.

Soruşturmanın gizliliğine zarar vereceği gerekçesiyle tutuklama ve tutuklamaya itiraz aşamasında tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için esaslı olan bilgilerin savunma tarafına verilmemesi, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına aykırılık oluşturabilir. Mahkeme'nin bu konudaki içtihadı ortaya çıkmıştır. Bir olayda, uyuşturucu ticaretiyle ilgili yapılan bir soruşturma sırasında tanık K.'nin birçok kişiyle birlikte başvurucuya da suç atfeden ifadesi üzerine gözaltına alınan başvurucuya, genel ifadelerle şüphe sebepleri ve aleyhindeki deliller ile tutma sebepleri bildirilmiş, müdafinin talebi üzerine başvurucunun gözaltındaki ifadelerinin ve

başvurucunun oturduğu yerde yapılan arama tutanağının ve yakalama emrinin birer kopyası verilmiş, ancak savcı başvurucunun müdafininin soruşturma dosyasını ve özellikle tanık K.'nin ifadelerini inceleme talebini reddetmiştir. Başvurucu hakkında tutuklama kararı veren mahkeme, soruşturma dosyasının içeriğine ve özellikle tanık K.'nin ifadelerine dayanarak, başvurucu hakkında kuvvetli suç şüphesi bulunduğu sonucuna varmış ve tutuklama kararı vermiştir. Başvurucunun tutuklamaya itiraz başvuruları üst mahkeme tarafından reddedilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, tutuklama ve tutukluluğun devamına dair kararlarda soruşturma dosyasının ve özellikle tanık K.'nin ifadesinin kilit bir rol oynadığını tespit etmiş; savcı ve yerel mahkeme dosyanın tamamına vâkıf oldukları halde başvurucunun veya müdafininin dosya içeriğine vâkıf olamadıklarını ve sonuç olarak savcının ve yerel mahkemenin görüşlerine yeterince itiraz etme imkânı bulamadıklarını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre soruşturmanın etkili bir şekilde yürütülmesi için ve şüphelilerin delilleri karartmalarını önlemek için bazı deliller gizli tutulabilir; ancak bu meşru amaç, savunma hakkına önemli ölçüde zarar verici bir şekilde gerçekleştirilemez; dolayısıyla tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için esaslı olan bilgiler uygun bir tarzda şüphelinin müdafiiine verilmiş olmalıdır; olayda bu yapılmadığından Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir (*Garcia-Mahkeme* aynı konuyu *Erkan İnan – Türkiye* kararında ele almıştır. Bu olayda başvurucu 12 Ocak 2005'te yakalanmış ve evi aranmış, 13 Ocak tarihinde kendi seçtiği müdafiiiden yararlanmış, aynı gün savcının talebi üzerine hâkim (eski) CMUK'un 143. maddesi uyarınca soruşturma dosyasının gizliliğine karar vermiştir. 14 Ocak tarihinde başvurucu, önce savcının önünde sonra yargıç önünde susma hakkını kullanmış, yargıç, "isnat edilen suçun niteliği", "delil durumu" ve "kaçma tehlikesi bulunduğu" gerekçesiyle başvurucunun tutuklanmasına karar vermiştir. Başvurucunun müdafii, 8 Mart 2005'te savcıdan soruşturma dosyasının bir kopyasını istemiş, savcı önceki kısıtlama kararına dayanarak talebi reddetmiş; müdafinin dosyaya ulaşma hakkına getirilen kısıtlama kararının kaldırılması için yaptığı başvuru, 10 Mart 2005'te mahkeme tarafından reddedilmiştir. Bu arada başvurucu 8 Mart tarihinde müdafii vasıtasıyla salıverilme talebinde bulunmuş, bu talebi 9 Mart tarihinde yargıç tarafından reddedilmiş, yargıcın kendisini dinlemeden ve gerekçesiz olarak talebini

reddettiği şikâyetiyle 14 Mart'ta başvuruçunun bu karara itirazı 16 Mart'ta reddedilmiştir. Mahkeme bu başvuruyu Sözleşme'nin 5(4). fıkrası açısından incelemiştir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası gereğince tutukluluğa itiraz muhakemesi çelişmeli olmalı ve iddia makamı ile tutuklu arasında "silahların eşitliği" sağlanmalıdır (*Schöps*, §44; *Lietzow*, §44; *Garcia Alva*, 39; ve *Svipsta*, §129). Müdafiiye, müvekkilinin tutulmasının hukukiliğine etkili bir şekilde itirazda bulunabilmesi için önem taşıyan dosyadaki belgelere ulaşma imkânı verilmemesi halinde, silahların eşitliği ilkesi sağlanmış olmaz (*Mooren [BD]*, §124-125; *Bağrıyanık*, §51; *Lamy*, §29; *Nikolova [BD]*, §58; *Schöps*, §44; *Shishkov*, §77; ve *Svispsta*, §129). Mahkeme, mevcut olayda ulusal mahkemenin tutukluluğa itirazı inceleme sırasında duruşma yapmadığını ve başvuruçuyu dinlemediğini, başvuruçunun müdafinin dosyaya ulaşamadığını ve dolayısıyla bu muhakemenin çelişmeli olmadığını ve savcı ile tutuklu arasında "silahlarda eşitliği" sağlamadığını kaydetmiş, Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Erkan İnan*, §31-32).

### İç Hukuka Göre

İç hukukta şüpheliye, aleyhindeki şüpheliye gidermek suretiyle salıverilmeyi sağlama imkânı tanınmış mıdır? Teorik olarak şüpheli iç hukukta salıverilmeyi sağlamak için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. Anayasa, yakalanan, gözaltına alınan (tutulan) veya tutuklanan bir kişiye, özgürlüğüne yapılan bu müdahalenin hukuki olmadığını savunabilmek için bir mahkemeye başvurma hakkı tanımaktadır (Anayasa 19/8). Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın bu hükmünü yorumlayan herhangi bir kararı yoktur. CMK da yakalama, gözaltına alma (tutma) ve tutuklamaya karşı mahkemeye başvurma hakkı tanımıştır (CMK 91/4, 101/5). Ancak Anayasa'daki ve CMK'daki bu mahkemeye başvuru yolu, şüpheliye aleyhindeki delilleri öğrenme ve bu delilleri çürütmek suretiyle aleyhindeki şüphelinin yersiz olduğunu kanıtlama imkânı vermekte midir?

Şüphelinin yersiz olduğunu iddia edebilmek için şüpheliye kaynaklık eden delilleri öğrenebilmek gerekir. Ancak "kanunun başka hükümler koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir" (CMK 17/1). Usul işlemleri, soruşturma aşamasında savcının şüphelinin lehine ve aleyhine

olan delilleri toplama işlemleridir (CMK 160/2). Bu delillerin bulunduğu soruşturma dosyası şüphelinin kendisine kapalıdır.<sup>9</sup> Ama şüphelinin bir müdafii varsa, "müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir" (CMK 153/1).

Ancak, şüphelinin müdafinin dosyadaki delillere ulaşma yetkisi de kısıtlanabilir. Kanuna göre "müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir" (CMK 153/2). 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) da aynı hükmü içermektedir: "Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir" (TMK 10/d). O halde kısıtlama kararı verilebilmesi için, müdafinin delillere ulaşması "soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek" olmalıdır. Ama "soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmek" ne demektir, müdafii soruşturmanın amacını nasıl tehlikeye düşürebilir? Bu konuda hukuki kriterlerin geliştirildiği ve kriterlerin uygulanmasında dikkate alınacak faktörlerin gösterildiği tek bir Yargıtay kararı yoktur. Olamaz da! Çünkü CMK'da kısıtlama kararına karşı doğrudan Yargıtay'a başvuru yolu tanınmamıştır.

Böyle bir kısıtlama kararı varsa, müdafii sadece "yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar"a ulaşabilir (CMK 153/3); şüpheli aleyhindeki en önemli delillere, örneğin kendisini şüpheli hale sokan birilerinin ifadelerine, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgilere (CMK 135-138), gizli soruşturmacının topladığı delillere (CMK 139), teknik araçlarla izleme sonucu elde edilen verilere (CMK 140) ulaşamaz.

9 Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Yönetmeliği'nin (R.G. 01.06.2005 - 25832) 45. maddesinde yapılan değişiklikle (R.G. 24.12.2010 - 27795), "Şüpheli ya da müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir" hükmü getirilmiştir. Bu hükümdeki "ya da" bağlacından da anlaşılacağı üzere, dosya içeriğinin müdafii tarafından incelenmesi halinde şüpheliye inceleme izni verilmemesi mümkün görünmektedir.

Dolayısıyla müdafî, şüphelinin dayanağı olan delilleri görmeden delilleri çürütmek ve böylece şüpheyi gidererek şüphelinin tutuklanmamasını talep etmek, şüpheli tutuklanmış ise tutukluluğa itiraz etmek zorunda kalır.

Oysa bu deliller şüphelinin tutuklanmasını isteyen savcının elindedir; savcının talebiyle tutuklama kararı verecek veya tutuklamaya itirazı reddedecek olan hâkim de dosyadaki delilleri görebilir. Bu durum tutukluluk muhakemesinde silahlarda eşitlik ilkesine ağır bir müdahaledir.

Müdafîin dosyaya ulaşma yetkisinin kısıtlanması, soruşturma aşamasının sonuna kadar sürer. Kanuna göre “müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir” (CMK 153/4). Şüphelinin aleyhindeki delillere ulaşma ve şüpheyi gidererek serbest bırakılma talebini etkili bir şekilde ileri sürme imkânına kavuşması, ancak iddianamenin kabulüyle doğar. Peki iddianame ne zaman kabul edilir? Kanunda soruşturma aşaması bir süreyle kısıtlanmamıştır. Şüphelinin bu aşamada iddianamenin bir an önce kabul edilmesini dilemekten başka bir yolu yoktur.

## TUTUKLANMADA KAMU YARARI VAR

Şüpheli, savcının önünden geçirilip hâkimin önüne çıkarıldıktan sonra neden adliye koridorlarından serbest bırakılmayıp tutuklanarak cezaevine gönderilir? Kendini suçlu gören bir şüpheli, tutuklanmakla cezasının infazının da başladığını ve nasıl olsa tutukluluk süresinin ileride alacağı hapis cezasından düşüleceğini (TCK 63) düşünerek kendini rahatlatır. Ama kendini suçlu gören diğer bir şüpheli, “infaz niye şimdi başlıyor, cezam kesinleşsin o zaman cezaevine girerim,” diyebilir. Kendini suçlu görmeyen şüphelinin ise, suç işlediğinden şüphe duyulmasının tutuklanmasına sebep olduğunu anlaması çok daha zordur.

Soruşturma makamı ise, aleyhinde dava açmayı düşündüğü şüphelinin, her an ulaşabileceği bir yerde olmasını ister; dava açıldıktan sonra kovuşturma (yargılama) yapan mahkeme, artık sanık sıfatını almış şüpheliyi her duruşmada karşısında görmek ister. Şüpheliyi el altında bulundurmanın en kısa yolu, kendisini tutuklayıp cezaevine göndermek midir?

## Sözleşme’ye Göre

Sözleşme, bir kimsenin tutuklanabilmesi için suç işlediğinden makul kuşku duyulması şartı yanında hangi nedenlerin bulunması gerektiğini göstermemiştir. Ancak, Mahkeme’nin kararlarından anlaşılmaktadır ki, tutuklama için makul kuşku yanında, tutmanın devamını gerektiren bir kamu yararı bulunmalıdır. Kamu yararının ortadan kalktığı andan itibaren kişinin tutukluluğunun devam etmesi, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırılık oluşturur.

Mahkeme’ye göre bir kimsenin suç işlediğine dair makul kuşkunun sürmesi, tutmanın devam etmesinin hukukiliği için olmazsa olmaz (*sine qua non*) şarttır (Contrada, §153); tutukluluğun başlamasının ardından bir süre geçtikten sonra, makul kuşkunun varlığı tek başına yeterli olmaz; bir olayda tutukluluk, ancak masumiyet karinesine rağmen kişi özgürlüğü kuralına ağır basan gerçek bir kamu yararının varlığına dair olaya özgü belirtilerin bulunması halinde haklı görülebilir (W. – İsviçre, §30). Böyle bir gereğin (kamu yararının) varlığının lehine ve aleyhine bütün koşulları incelemek ve salıverilme taleplerine dair verdiği kararlarda bunları göstermek, öncelikle ulusal yargı makamlarının işidir; Mahkeme esas itibarıyla bu kararlarda gösterilen gerekçelere ve başvurusunun itiraz dilekçelerinde söylediği tartışmasız olaylara dayanarak, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlal edilip edilmediğine karar verir (Nart, §29). Özetle, hukuka uygun bir tutuklama kararı varsa, bundan sonra sorun, tutukluluğun devam etmesinin Sözleşme’nin 5(3). fıkrasını ihlal edip etmediğidir. Hukuka uygun bir tutuklama, öncelikle iç hukukta gösterilen maddi ve usuli şartlara uygun bir tutuklamadır.

## İç Hukuka Göre

Anayasa tutuklama şartlarını göstermiştir: “Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir” (Anayasa 19/3). Bu hükme göre, bir kimsenin tutuklanabilmesi için şüphe şartı (suçluluğu hakkında kuvvetli belirti) ile bir risk şartı (kaçmayı, delilleri yok etmeyi veya değiştirmeyi önleme veya bunlar gibi kanunda gösterilen diğer hallerden biri) bulunmalıdır. Anayasa Mahkemesi’nin bu hükmü yorumlayan bir kararı bulunmamaktadır.

CMK’nın 100. maddesi tutuklama şartlarını düzenlemiştir. Hangi suçlardan hangi şartlarda tutuklama

kararı verilebilir? CMK 100/1, 2, 3, 4. bentleri ve 109/1. fıkrası birlikte incelendiğinde şu tespitler yapılabilir:

a) İsnat edilen suçun cezasının üst sınırı bir yıldan az ise, suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe olsa ve bir tutuklama nedeni bulunsa bile tutuklama kararı verilemez (CMK 100/4).

b) İsnat edilen suçun cezasının üst sınırı bir yıldan fazla ama üç yıldan az ise, suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe varsa ve bir tutuklama nedeni bulunuyorsa (CMK 100/1, 2) adli kontrol kararı verilebilir (CMK 109/1), tutuklama kararı verilmeyebilir; ama CMK 100/1 ikinci cümlede ters anlamına göre, işin öneminin verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbirleriyle ölçülü olması halinde tutuklama kararı verilebilir de.

c) İsnat edilen suçun cezasının üst sınırı üç yıldan fazla ise, suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe varsa, tutuklama nedenlerinden biri bulunuyorsa ve adli kontrol şartları bulunmuyorsa, tutuklama kararı verilebilir (CMK 100/1, 2). (Yargıtay'a göre "Tutuklama istemine konu suçun cezasının üst sınırının üç yıldan fazla olması nedeniyle adli kontrol kararı yasaya aykırıdır" (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 05.06.2009, E. 2008/13063, K. 2009/6948).

d) İsnat edilen suç katalog suçlardan biri ise, suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe varsa tutuklama nedeni de varsayılabileceği için, tutuklama kararı verilebilir (CMK 100/2, 3).

Buna göre Kanun, bir tutuklama kararı verilebilmesi için iki temel şartın bulunması gerektiğini öngörmektedir: i) suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe; ii) bir tutuklama nedeninin varsayılabileceği hallerden birinin varlığına dair bir şüphenin bulunması.

Kişinin "suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe" şartı, hem yakalama ve gözaltı ve hem de tutuklama için aranan bir şarttır (Yukarıda açıklanmıştı). Aşağıda incelenecek olan "bir tutuklama nedeninin varsayılabileceği hallerden birinin varlığına dair bir şüphenin bulunması" şartı ise, Türkiye'de tutuklama konusundaki en kritik meseledir.

### Tutuklama Nedeninin Varsayılabileceği Haller Var

CMK 100/1 ve 2. fıkralarına göre bir kimsenin tutuklanabilmesi için tutuklama nedeninin varsayılabileceği hallerden birinin varlığına dair bir şüphe bulunmalıdır. Bu haller CMK 100/2. fıkrasında gösterilmiştir: a)

"şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular" bulunması; b) "şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması" (CMK 100/2/a, b).

Kanunun 100/2/a bendinde tutuklama nedeni sayılan hallerin, şüpheli veya sanığın muhakeme sürecinde hazır bulundurulmasını; 100/2/b bendinde tutuklama nedeni sayılan hallerin ise, şüpheli veya sanığa karşı delillerin korunmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bunların teorik olarak kamu yararını sağlamaya yönelik amaçlar olduğu açıktır.

Kanunun 100/2/a ve b bentleri, tutuklama kararı verilebilmesi için tutuklama nedeninin varsayılabileceği hallerin varlığını değil, bu hallerin varlığına dair bir şüphenin bulunmasını aramıştır: CMK 100/2/a bendi, şüpheli veya sanığın bu bentteki eylemleri yapacağı "şüphesini uyandıran somut olgular bulunması"nı; CMK 100/2/b bendi, şüpheli veya sanığın davranışlarının bu bentteki eylemlerin "yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturmasını" aramıştır. Özetle, her iki bent de şüpheli veya sanığın riskli davranışlarda bulunabileceğine (örneğin kaçacağına veya tanıklara baskı yapacağına) ilişkin bir şüphe bulunmasını aramaktadır. Bu şüphenin olaylarla kanıtlanması halinde, şüphelinin tutuklanması için bir kamu yararının bulunduğu kabul edilebilir.

### "Ne Yapalım, Sana İsnat Edilen Suçun Cezası Ağır..."

Peki, "tutuklama nedeninin varsayılabileceği hallerin varlığına ilişkin şüphe" neye dayandırılmaktadır? Maddi olaylara mı, yoksa hukuki olaylara mı?

CMK 100/2/a ve b bentlerindeki "somut olgular" ve "davranışlarının [...] yapılması girişimi" gibi ifadelerin, şüphelinin hukuki olaylara değil, maddi olaylara dayandırılması gerektiğini göstermektedir. Oysa uygulamada maddi olayların aranmadığı, hukuki olayların yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır. Bir *Pratik Çalışma* kitabında uygulama örneği olarak<sup>10</sup> yer alan savcının tutuklama talebi ve hâkimin tutuklama kararı şöyledir:

<sup>10</sup> Centel ve Zafer 2008, *Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı*, İstanbul: Beta Yayınları, 2. baskı, s. 354, 355.

Savcının tutuklama talebi:

Hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan şüpheli [...] ve [...] haklarında yapılan soruşturma sırasında;

Şüphelilerden [...] nüfusuna kayıtlı,

Yazımız ekinde soruşturma evrakı olmak üzere görevli polis memurları nezaretinde gönderilmiştir.

Şüphelinin atılı suçu işlediğine dair soruşturma evrakı içinde yeterli delil mevcuttur.

Şüphelinin mahkemenizce sorgularının yapılarak, üzerine atılı suçun vasfı ve işleniş şekli ağırlaştırıcı sebepler atılı suçun kanunda yazılı cezasının üst sınırı nazara alınarak CMK 100 ve devamı maddeleri gereğince ayrı ayrı tutuklanmalarına karar verilmesi,

Soruşturma evrakının ikmalî yönünden başsavcılığımıza iadesi talep olunur.

Tutuklama kararı (Sulh Ceza Mahkemesi, şüphelinin suçu reddettiği sorgusundan sonra şöyle demiştir):

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

1. Şüphelinin üzerine atılı HİZMET NEDENİYLE GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA suçunun eylemin meydana geliş biçimi, sanığın kaçma şüphesi uyandıran vakalar bulunup, delillerin tam toplanmamış bulunması nedeni ile 5271 sayılı Yasanın 100/3 fıkrasının a. cümlesinde belirtilen suçlardan suçun şüpheli tarafından işlendiği konusunda kuvvetli şüphenin varlığı nedeni ile şüphelinin 100. ve 101. maddesi ve devamı maddesi uyarınca TUTUKLANMASINA; [...]

Savcının tutuklama talebinde, tutuklama nedenlerinin varsayılabilirliği, örneğin kaçma veya tanıklara baskı yapma gibi hallere ilişkin bir şüphenin varlığını gösteren maddi olaylardan söz edilmiş midir? Hayır. Hâkim tutuklama kararında şüphelinin muhakeme sürecinde hazır bulunmayacağından şüphe duyduğunu ima etmiş ve “sanığın kaçma şüphesi uyandıran vakalar bulunduğunu” belirtmiştir. Ama hâkim bu vakaların ne olduğundan söz etmiş midir? Hayır. Yine hâkim tutuklama kararında, henüz koruma altına alınmamış delillerin bulunduğunu ve şüphelinin bu delilleri ortadan kaldıracabileceğini ima etmiş ve “delillerin tam toplanmamış bulunması”ndan söz etmiştir. Ama hâkim bu delillerin ne olduğunu ve neden toplanmadığını belirtmiş midir? Hayır. Dolayısıyla tutuklama nedeninin varlığına ilişkin şüphenin “maddi olaylara” dayandığı söylenemez.

Kaldı ki hâkim sorgu sırasında şüpheliye bu konudaki şüpheleriyle ilgili bir soru da sormamıştır. Peki savcı tutuklama nedeninin varlığına dair şüphesini neye dayandırıyor? Şüpheliye “atılı suçun yazılı cezasının üst sınırı”na dayandırıyor. Savcı tutuklama talebinde hâkimden “atılı suçun yazılı cezasının üst sınırı(nı) nazara al”masını istiyor. Hâkim de atılı suçun “5271 sayılı Yasanın [...] cümlesinde belirtilen suçlardan” olduğunu söyleyerek tutuklama kararı veriyor.

Şüpheliye cezası ağır bir suçun isnat edilmesi (yüklenmesi, atılması), maddi bir olay değil, soruşturma makamlarının işlendiğinden şüphelendikleri fiilleri nitelendirmeleri sonucu ortaya çıkan hukuki bir olaydır. Cezası ağır bir suçun isnat edilmesi şeklindeki bir hukuki olay, CMK 100/1 ve 2. fıkralarının gerekli gördüğü tutuklama nedeninin varsayılabilirliği hallerine ilişkin şüphenin maddi olaylarını kanıtlamaz. Gerçekten de hukuki bir olay, maddi bir olayı kanıtlanamaz.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Türkiye’yle ilgili daha ilk davalardan itibaren, tutukluluğu “isnat edilen suçun ağırlığına” dayandıran ulusal mahkeme kararlarını eleştirmiştir. Mahkeme, şüphelinin alabileceği cezanın ağırlığının, kaçma tehlikesinin değerlendirilmesiyle ilgili bir unsur olduğuna katılmaktadır (*Michta*, §49; *Getiren*, §106). Ancak Mahkeme’ye göre kaçma tehlikesi, sadece suç için öngörülen cezanın ağırlığı dikkate alınarak değerlendirilemez; kaçma tehlikesi, bir dizi başka etmene dayanılarak değerlendirilmek zorundadır; bu etmenler, kaçma tehlikesinin varlığını ya teyit eder veya tutukluluğu haklı kılacak kadar ağır görülmezler (*Letellier*, §43; *Mansur*, §55; *Yağcı ve Sargın*, §52).

Ulusal mahkemeler, yukarıdaki örnekte de görüldüğü gibi, isnat edilen suçun cezasının ağırlığını kaçma tehlikesinin değerlendirilmesinde dikkate alınacak bir unsur olarak görmek bir yana, tamamen tutuklama nedeni varsayılabilirlik bağımsız bir hal olarak kabul edip uygulamaktadırlar.

Ayrıca, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK’nın 100/3. fıkrası, belirli nitelikteki suçların isnat edilmesi halinde, isnat edilen suçun niteliğini kaçma tehlikesinin değerlendirilmesinde dikkate alınacak bir unsur olmaktan bile çıkarmış, bir tutuklama şartı haline getirmiştir. Bu fıkra göre, “Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir”. Bu



fıkra sayılan suçlara, uygulamada “katalog suçlar” denilmektedir. Peki hâkim, kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde tutuklama nedenini neye göre var sayacak, neye göre var saymayacak? İsnat edilen suçun, katalog suçlar kapsamında olup olmamasına göre.

Bağımsız bir tutuklama nedeni olarak “isnat edilen suçun ağırlığına” veya “isnat edilen suçun niteliğine” dayanarak tutuklama kararı verecek bir hâkime, şüphelinin sabit ikametgâhı bulunduğunu, kaçma tehlikesi bulunmadığını, düzenli bir işi olduğunu, toplanacak delil kalmadığını vs. anlatması, serbest bırakılmasını sağlayabilecek bir savunma olamaz. Çünkü hâkim, şüphelinin bu konudaki savunmalarının lehinde veya aleyhinde hiçbir iddia veya savunmayı dinlemez.

Bu noktada hâkimin bakacağı tek şey, isnat edilen suçun ağırlığının veya niteliğinin, tutuklama kararı verilebilecek suçlardan olup olmadığıdır. Tutuklama kararı verilebilecek olan suçlar, cezası kanunda gösterilen sınırları aşan suçlar ile belirli nitelikteki (katalog) suçlardır. Suçun cezası önceden bellidir; çünkü suçun cezası kanunla konulur (Anayasa 38/3). Dolayısıyla isnat edilen suçun, tutuklama kararı verilebilecek ağırlığa sahip bir suç olup olmadığı TCK’daki cezasına bakılarak belirlenebilir.

Şüphelinin “neden tutuklanıyorum” sorusuna karşılık, böyle bir durumda hâkim şüpheliye ancak şunu söyleyebilir: “Ne yapalım, sana isnat edilen suçun cezası ağır.”

### Suç İsnadını Kim, Ne Zaman Yapar?

Suç isnadı, yukarıda da söylendiği gibi hukuki bir olaydır. Bir kimseye hangi suçun isnat edildiği tutuklama bakımından büyük önem taşımaktadır. Sözleşme’de isnadın kim tarafından ve ne zaman yapılabileceğine dair bir hüküm yoktur. Mahkeme’ye göre isnat, bir kimseye cezai bir fiil işlediğine dair bir iddianın veya böyle bir iddiayı ima eden ve şüphelinin durumunu önemli ölçüde etkileyen bir eylemde bulunduğu yetkili makam tarafından resmen bildirilmesidir (Corigliano, §34).

Anayasa’da konuyla ilgili bir hüküm yoktur. Kanuna göre ise, ifadesi alınacak olan şüpheliye “yüklenen suç anlatılır” (CMK, 147/1/b). İfade kolluk tarafından da

alınır (CMK 2/g, 148/4, 213). Kolluk suç isnadında bulunabilir mi?

Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formunda (Yönetmelik 6/7, EK –A):

.....olayı ile ilgili olarak ....  
..... suç şüphesi/Cumhuriyet savcısının talimatı ile yakalandınız/gözaltına alındınız. Başka suçlara karışmış olma ihtimaliniz de aynı zamanda soruşturma kapsamındadır.

Dolayısıyla kolluğun yakalama işleminden hemen sonra düzenlenecek tutanakta, kişinin hangi suç şüphesiyle yakalandığı yazılmak durumundadır. Nezarethaneye Alınanların Kaydına Ait Formda (Yönetmelik 12/b/1, EK-B):

B- GÖZALTINA ALINMASINA ESAS BİLGİLER:

(1)İsnat Edilen Suç, Gözaltına Alınma Nedeni:

.....

Kişinin yakalandığı savcıya bildirildikten sonra doldurulacak formda da kişiye isnat edilen suçun yazılması istenmektedir. Ayrıca yine Şüpheli için İfade Tutanağına (Yönetmelik EK-D) göre:

İfade verene isnat olunan suç anlatıldı, müdafii seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, [...] kendisine hatırlatılıp açıklandı.

Dolayısıyla ifade vermeden önce kişiye “isnat olunan suç anlatılmış” olmalıdır. Yakalama, hâkim kararı veya savcının emri üzerine veya doğrudan kolluk tarafından yapılabilir (Yönetmelik 6/1). Eğer yakalama, hâkim kararı veya savcı emri üzerine yapılmışsa, suç isnadı da önceden hâkim veya savcı tarafından yapılmış demektir; ama yakalama doğrudan kolluk tarafından yapılmışsa, suç isnadının bu evrakı hazırlayacak kolluk tarafından yapıldığını düşünmek gerekir.

Savcı, kolluğun şüpheliye isnat ettiği suç tipini değiştirebilir mi? Sorgu aşamasında hâkim, savcının şüpheliye isnat ettiği suç tipini değiştirebilir mi? Teorik olarak, evet. Ancak kişinin savcı tarafından ifadesi alınmadan, kolluk kayıtlarında isnat edilen suçun TCK’daki adıyla yer alması ve daha sonra bu suç isnadına göre kolluk ve savcı tarafından şüphelinin ifadelerinin alınması, pratikte kolluğun yaptığı suç nitelendirmesine hâkimin bağlı kaldığı inancını doğurmaktadır. Böylece, kolluğun suç isnadı ile tutuklama arasında yakın bir bağ kurulmaktadır.

## BAŞVURU YOLU

Yakalanan, gözaltına alınan (tutulan) ve daha sonra tutuklanan bir kimse, hakkında verilen bu kararların haksız olduğunu düşünerek hemen bir makama başvurmak ve salıverilmesini talep etmek isteyecektir. Hem Sözleşme hem de iç hukuk, soruşturma ve kovuşturma aşamasında tutulu bulunan kişiye, serbest bırakılmasını sağlamak için bir mahkemeye başvuru hakkı tanımaktadır. Ama iç hukukta bu konuda mahkemeye başvurma hakkının etkililiği ciddi bir sorundur.

### Sözleşme'ye Göre

Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına göre, "Gözaltına alınma veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimse, tutulmasının hukukiliği hakkında süratle karar verebilecek ve tutulması hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir". Bu fıkra, kişinin salıverilmesini sağlayabilecek bir mahkemeye başvurabilmesini öngören bir iç hukuk yolunun varlığını güvence altına almaktadır.

Mahkeme bu fıkrayı yorumlayan geniş bir içtihat birikimine sahiptir. Kişiyi özgürlükten yoksun bırakan karar (yakalama, gözaltı) kolluk veya savcı tarafından verilmişse, bu karara karşı iç hukukta bu fıkranın öngördüğü bir başvuru yolunun bulunması gerektiği açıktır. Bir tutma kararı, mahkeme tarafından verilmiş bir tutuklama kararı olsa bile, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası, belirli bir süre geçtikten sonra, makul aralıklarla, bu tutmanın hukukilik açısından denetlenmesini gerektirebilir; özellikle tutuklananların ve tutma sebebi zamanla değişebilecek olan kişilerin durumları yeniden hukukilik denetimi yapılmasını gerektirir.

Mahkeme, bu hukukilik denetiminin bir mahkeme tarafından yapılacak olmasından, adil yargılanma hakkına benzer usul güvenceleri çıkarsamıştır. Buna göre ilk temel güvence, tutmaya karşı başvuruyu inceleyen yargıç tarafından etkili bir şekilde dinlenme hakkıdır. Tutulan birey, özellikle kişiliğinin, olgunluk düzeyinin, güvenilirliğinin, akıl sağlığının veya tehlikeliliğinin değerlendirileceği hallerde dinlenmelidir. Bir kimse Sözleşme'nin 5(1)(c) bendi kapsamında bir suç şüphesiyle tutulmuş ise, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası bir duruşma yapılmasını gerektirir (*Kampanis*, §47; ve *Wloch*, §126). Duruşma çelişmeli olmalıdır; bu durumda normal olarak kişi hukuken temsil edilebil-

meli ve gerekirse tanık çağırabilmeli ve sorgulayabilmelidir (*Hussain*, §60; ve *Singh*, §68).

Tutmayla ilgili bir muhakemede, taraflar arasında, yani savcı ile tutulan kişi arasında silahlarda eşitlik bulunmalıdır (*Nikolova*, §58; ve *Wloch*, §126). Silahlarda eşitliğin en önemli sonuçlarından biri, soruşturma dosyasına ulaşabilme hakkıdır; savcının beyanlarına veya görüşlerine etkili bir şekilde karşı çıkabilme imkânı, kural olarak, savunma tarafının bu belgelere ulaşması halinde mümkündür. Ulusal makamlar bu şartı çeşitli yollardan yerine getirebilirler; fakat hangi yöntem seçilirse seçilsin, bu yöntemde savunma tarafı dosyaya giren beyanlardan haberdar olmalı ve bu beyanlara karşı yorumda bulunabileceği gerçek bir fırsata sahip olmalıdır (*Lietzow*, §44; ve *Schöps*, §44; *Garcia Alva*, §39).

Sözleşme'nin 5(4). fıkrası, salıverme talebinin reddi kararlarının gerekçeli olmasını gerektirmektedir. Bu fıkra yargıcı, başvuranın sunduğu bütün argümanları ayrıntılı bir şekilde yanıtlamakla yükümlü tutmamaktadır; bununla birlikte yargıcın iç hukuka ve uygulamaya dayanarak, tutulan kişinin dile getirdiği ve Sözleşme'nin 5(1). fıkrası anlamında özgürlükten yoksun bırakmanın "hukukiliği" ile ilgili esaslı koşulların varlığını kuşkuya düşüren somut olayları görmezden gelmesi veya bu olaylara ilgisiz kalması halinde, bu fıkradaki güvenceler özünden yoksun kalır (*Nikolova* [BD], §61).

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, konuyla ilgili Türkiye aleyhine açılan davalarda, tutuklamaya itirazı incelemiştir. Mahkeme, eski CMUK döneminde tutuklamaya itirazı, ilkin uygulamada herhangi bir başarı şansı getirmediği için (*Koştı ve Diğerleri*, §22), ikinci olarak taraflar (savcı ve şüpheli/sanık) arasında silahlarda eşitlik ve çelişmeli yargılama ilkelerine uygun olmadığı için (*Bağrıyanık*, §22) Sözleşme'nin 5(4). fıkrasına aykırı bulmuştur. Mahkeme, yeni CMK'da düzenlenen tutuklamaya itirazı da incelemiştir. Mahkeme'ye göre, CMK'nın 271. maddesi gereğince itirazın incelenmesi sırasında savcı ve müdafî veya vekil dinlenebilir ama kural olarak itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir; duruşma yapılması tamamen mahkemenin takdirine bırakılmıştır (*Yiğitdoğan*, §28-29). Mahkeme itiraz usulüyle ilgili olarak bir kez daha Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

### İç Hukuka Göre

İç hukukta, tutulan bir kimseye mahkemeye başvuru hakkı tanınmıştır, ama bu hukuk yolunun etkililiği ciddi bir sorundur. Anayasa, mahkemeye başvurma hakkını güvence altına almıştır: “Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir” (Anayasa 19/8). Anayasa Mahkemesi’nin bu hükmü yorumlayan bir kararı yoktur.

CMK yakalama, gözaltına alma (tutma) işlemlerine karşı bir mahkemeye başvurma hakkını teorik olarak tanımıştır. CMK’nın 91/4. fıkrasına göre, “Yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, yakalanan kişi, müdafii [...], hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilir. Sulh ceza hâkimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhal ve nihayet yirmidört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Yakalamanın veya gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına

varılırsa başvuru reddedilir ya da yakalananın derhal soruşturma evrakı ile Cumhuriyet Savcılığında hazır bulundurulmasına karar verilir”. Bu fıkra şüpheliye “serbest bırakılmayı sağlamak için” hâkime başvurma hakkı tanımaktadır, ama hâkime kişiyi salıverme yetkisi tanımamaktadır: Hâkim başvuruyu ya reddeder ya da şüphelinin savcılıkta hazır bulundurulmasına karar verir. Hâkime tanınan bu sınırlı yetkinin, yakalanan veya gözaltına alınan (tutulan) şüphelinin Sözleşme’nin 5(4). fıkrası ve hatta 19/8. fıkrasındaki haklarını koruduğu söylenemez. Yakalama veya gözaltı işlemine karşı hâkime dilekçe gönderip de hâkim tarafından salıverilmesine karar verilen tek bir şüpheli var mıdır?

CMK, şüpheliye tutuklama kararına karşı da mahkemeye başvurma hakkı tanımıştır: Tutuklamayla ilgili “[...] 100 üncü madde gereğince verilen kararlara itiraz edilebilir” (CMK 101/5). CMK’nın 268. maddesi itirazın hangi makamlar tarafından, 271. maddesi nasıl bir usulle inceleneceğini belirtmiştir. Tutuklamaya itiraz, Sözleşme’nin 5(4). fıkrasına ve Anayasa’nın 19/8. fıkrasına uygun etkili bir hukuki yol oluşturmamaktadır.





# Daha Ne Kadar Tutulacağım?

Emniyet birimine götürülen suç şüphelisi, yakalandığını ve sonra gözaltına alındığını anlayınca şu soruyu sorar: Daha kaç saat tutulacağım? Hâkim kararıyla tutuklanıp cezaevine gönderilen kişi tutukluluğu uzadıkça, yine sorar: Daha ne kadar cezaevinde<sup>11</sup> kalacağım?

## EMNİYET BİRİMİNDE GÖZALTI SÜRESİ

Devletin iç güvenlik kaygıları arttığında, sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan ettiğinde, başvurmayı düşündüğü ilk tedbirin, gözaltı süresini uzatmak olduğu görülmektedir. 12 Eylül 1980 darbesi sonrası askeri rejim döneminde gözaltı süresi 90 güne çıkarılmış, bu süre içinde avukat, doktor, hâkim ve bir yakının yüzünü görmeden tutulan kişiler, kendilerini tutanların insafına terk edilmişlerdir. Daha sonra olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde bazı suçlar bakımından aynı şartlardaki gözaltı süreleri 45 güne sonra 30 güne ve ancak 1997 yılında 10 güne indirilmiştir. Uzun ve hukuki korumadan yoksun gözaltı dönemleri, bugün “geçmişle hesaplaşmaya” konu olacak olaylardan bazılarının meydana geldiği dönemler olmuştur.

### Sözleşme’ye Göre

Sözleşme’nin 5(3). fıkrası, yakalanan ve gözaltına alınan (tutulan) kişiye “derhal [*promptly*] bir yargıç önüne çıkarılma hakkı” tanımaktadır. Mahkeme’ye göre gözaltındaki bir bireyin tutulmasının ilk yargısal denetimi, her şeyden önce, kötü muamele olup olmadığını araştırmaya imkân verebilmek ve kişi özgürlüğüne haksız müdahaleyi asgaride tutmak için, derhal/hemen yapılmalıdır. Bu şartın getirdiği zaman kısıtlaması, esnek bir yoruma yer bırakmaz; aksi takdirde bu fıkranın usul güvencesini bireyin aleyhine önemli ölçüde zayıflatacak ve bu hükümle korunmuş

olan hakkın özünü zedeleyecek sonuçlara yol açacaktır (*Brogan ve Diğerleri*, §62). Mahkeme, yargıç önüne çıkarılmaksızın 4 günü aşan bir tutma dönemini, terör olaylarını soruşturma gibi özel bir bağlamda bile, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırı bulmuştur.

Mahkeme’nin bu yöndeki kararları, olağan hallerde gözaltı süresinin azami 4 gün olduğu izlenimini vermektedir. Ancak Mahkeme’ye göre soruşturma makamları, terörün söz konusu olduğunu iddia ettikleri her olayda, ulusal mahkemelerin etkili denetiminden ve daha sonra da Sözleşme organlarının gözetiminden kurtulmuş olarak, Sözleşme’nin 5. maddesine göre şüphelileri sorgulamak üzere gözaltına almak için açık çeke (*carte blanche*) sahip değildir (*Murray*, §58). Dolayısıyla 4 günlük gözaltı süresi, yetkililere koşulsuz ve denetimsiz olarak kullanmaları için verilmiş bir süre değildir. Mahkeme bir olayda daha kısa süreli bir gözaltı dönemini incelemiştir. Bu olayda 16 yaşında bir başvurucu terör örgütüne üyelik suçuyla aranırken bir evde bulunduğu sırada yakalanmış, aynı evde bulunan kendisiyle aynı yaşta iki arkadaşıyla birlikte gözaltına alınmıştır. Bu üç başvurucu yakalandıktan yaklaşık 3 gün 9 saat sonra yargıcın önüne çıkarılmışlardır. Dolayısıyla başvurucuların gözaltında tutulma süreleri, 4 günden kısa olduğu için, ilk bakışta Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına uygundur. Ancak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne göre, başvurucuların yargıç önüne çıkarılmalarındaki gecikme şu sebeplerle bu fıkra anlamında “derhal” kavramının gereklerine uygun değildir: İlk olarak, başvurucular yakalandıkları tarihte küçüktürler; fakat bu durum soruşturma makamları ve özellikle başvurucuların gözaltı sürelerinin 2 gün uzatılmasına karar veren savcı tarafından dikkate alınmamıştır. İkinci olarak, bu küçükler yetkililerin muhtemel keyfi eylemlerine karşı güvencelerden yoksun biçimde, bir müdafiyeye görüştürülmeden, 3 günden fazla tutulmuşlardır. Son olarak, gözaltında tutma döneminde polisin yaptığı tek soruşturma

<sup>11</sup> Kural olarak tutuklular “tutukevinde”, hükümlüler “cezaevinde” tutulur. Ancak uygulamada tutukevi ile cezaevi aynı yapılarıdır.

işlemi, yakalamadan yaklaşık 2 gün sonra ve yargıç önüne çıkarılmadan 1 gün önce başvuruçuların ifadelerinin alınmasıdır. Mahkeme'ye göre, terör suçlarıyla isnat edilenlerin soruşturulmaları bağlamında olsa bile bu koşullarda 3 günden fazla bir tutma haklı görülmez (*İpek ve Diğerleri*, §36). Mahkeme bu kararda ihlal sonucuna varırken, başvuruçuların yaşlarının küçüklüğüne vurgu yapmış ise de, bu kararda başvuruçuların gözaltında tutulduğu sırada yapılan soruşturma işlemleri ile gözaltı süresi arasında kurulan bağlantı, yetişkinlerin tutulmaları bağlamında da uygulanabilir görünmektedir. Dolayısıyla soruşturma işlemi yapmadan geçen uzun tutma dönemi, tutmayı süre yönünden Sözleşme'ye aykırı hale getirebilir.

### İç Hukuka Göre

İç hukukta yakalama dönemi için bir süre öngörülmemiştir; yani kolluğun yakalama anından savcının gözaltına alma emri verdiği ana kadar geçecek "yakalama dönemi"nin süresi belli değildir. Yönetmeliğe Ek – A formunda, "Şahsın Yakalandığı Tarih ve Saat" ile "Gözaltına Alınmanın Tarih ve Saati"nin ayrı ayrı yazılması istendiğine göre, bu iki saatin farklı olduğu, bu iki saat arasında geçecek sürenin "yakalama dönemi" oluşturacağı düşünülmüş olmalıdır. Yönetmeliğe göre "kolluk kuvveti tarafından yapılan yakalama halinde işlem, yakalanan kişi ve uygulanan tedbirler derhal Cumhuriyet savcısına bildirilir" (Yönetmelik 6/5); ama bu 'derhal', azami ne kadardır? Her halükarda 24 saati geçemeyeceği açıktır.

İç hukukta gözaltı süreleri düzenlenmiştir. Anayasa'ya göre, olağan hallerde yakalanan, gözaltına alınan (tutulan) kişi, "tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir" (Anayasa 19/5).

CMK, gözaltı sürelerini suçun olağan hal bölgesinde işlenmiş olup olmamasına, CMK 250. maddede sayılan suçlardan olup olmamasına, suçun toplu suç (yani, aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suç CMK 2/k) olup olmamasına göre farklı düzenlemiştir:

i) Olağan hallerde, toplu olmayan ve 250. madde kapsamı dışında kalan suçlar için "gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz" (CMK 91/1). Böyle bir durumda gözaltı süresi otuz altı saati geçemez.

ii) Olağan hallerde, toplu olmayan, ama "250nci madde kapsamına giren suçlarda, yakalananlar için 91inci maddenin birinci fıkrasındaki yirmidört saatlik süre kırksekiz saat olarak uygulanır" (CMK 251/5). Böyle bir durumda bu süreye bir de on iki saatlik yol süresi eklendiğinde, gözaltı süresi altmış saati geçemez.

iii) Olağan hallerde 250. madde kapsamına giren veya girmeyen, ama "toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir" (CMK 91/3). Böyle bir durumda gözaltı süresi dört günü geçemez.

iv) Olağanüstü hal bölgesinde, 250. madde kapsamına giren suçlarda, "yakalanan kişiler hakkında 91inci maddenin üçüncü fıkrasında dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hâkim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir. Hâkim, karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler" (CMK 251/5).

Azami gözaltı süreleri kağıt üzerinde Sözleşme'ye uygun görünmektedir. Ama kişiyi azami gözaltı süresinin sonuna kadar gözaltında tutmak şart mıdır? Hayır. Yönetmeliğin ifadesiyle "gözaltı süreleri azami süreler olup, gözaltına alınan kişilerin işlemlerinin en kısa sürede bitirilmesi esastır" (Yönetmelik 17/3). Azami sürenin kullanılması gerektiği halde azami sürenin sonuna kadar tutulan şüphelinin iç hukukta başvurabileceği bir hukuk yolu var mıdır? CMK'nın 91/4. fıkrasındaki hâkime başvurma hakkı, etkili olmayan bir başvuru yolu olarak durmaktadır. CMK'nın 141. maddesindeki tazminat yolu ise, gözaltının sonunda salıverilmiş kişilerin kullanabileceği bir yol olarak görünmektedir. Azami gözaltı süresinin sonunda tutuklanan bir kimse, gereksiz yere azami

gözaltı süresinin sonuna kadar tutulduğu için tazminat talebiyle hâkime başvuracak olsa, hâkimin gözaltı süresinin tutuklama süresi gibi hapis cezasından düşüleceği düşüncesiyle tazminat talebini reddedeceği söylenebilir.

## CEZAEVİNDE TUTUKLULUK SÜRESİ

Bir suç isnadiyla karşılaşan kişilerin uzun süre tutuklu kalmaları, Türkiye’de bugün ceza adaletinin en temel sorunlarından biridir. Herhangi bir anda cezaevlerinde tutulu bulunan “tutuklu” ve “hükümlü” oranları,<sup>12</sup> bu konudaki sorunun sadece bir yönüne dikkat çekmektedir. İsnat edilen suç türü ile tutukluluk süresi arasındaki ilişki, tutukluluk süresi ile mahkûmiyet arasındaki ilişki, soruşturmanın başlangıcında isnat edilen suç ile mahkûmiyete esas olan suç arasında sanığın tutukluluk süresine göre değişkenlik bulunup bulunmadığı, araştırılması gereken sorunlardan bazılarıdır. Burada yanıtı aranacak soru ise şudur: Tutuklanan kişinin soruşturma ve kovuşturma aşamasında “salıverilme hakkı” var mıdır? Varsa, bu hak hangi durumda ihlal edilmiş olur?

Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına göre, tutuklanan bir kimse “[...] makul bir sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme hakkına sahiptir. Salıverme, bu kimsenin duruşmada hazır bulunması için güvenceye bağlanabilir”. Bu alıntıdaki birinci hüküm tutuklanan kişinin salıverilme hakkı bulunduğu şeklinde bir ifade taşımamaktadır. Ancak Mahkeme’ye göre, bu hükmün kişi özgürlüğünün güvencelerinden biri olduğu hatırlanmalıdır; bu nedenle bu hükme göre “makul süreyi aşmaması gereken şey yargılama değil [yargılamanın uzunluğu 6(1). fıkraya giren bir meseledir], sanıkların tutukluluğudur” (*Wemhoff*, hukuki gerekçe bölümü, §5). Özetle bu hüküm, “tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı” biçiminde anlaşılabilir. Sözleşme’nin 5(3). fıkrasındaki hakkın, kişiye otomatik olarak kullanılması gereken bir hak olduğu, bu hakkın kullanılmasının talebe bağlı olmadığı; salıverilme talebinde bulunma hakkının ayrıca Sözleşme’nin 5(4). fıkrasında güvence altına alındığı hatırlatılmalıdır.

Anayasa’nın 19/7. fıkrasına göre, “tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme

hakkı vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir”. Bu fıkra, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına paralel bir düzenleme içermektedir. Bu fıkradaki birinci hükmün, “tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı”nı güvence altına aldığı şeklinde bir ulusal mahkeme kararı bulunmamaktadır. Ama Anayasa’nın bu hükmünün de özgürlük hakkının güvencelerinden biri olduğu kabul edilecek olursa, bu hükmün “tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı” biçiminde anlaşılması gerektiği söylenebilir. Anayasa’nın 19/7. fıkrasındaki bu hak, her ne kadar “serbest bırakılmayı isteme hakkı” olarak ifade edilmiş ise de, bu fıkradaki hakkın da otomatik olarak kullanılması gereken bir hak olduğunu kabul etmek gerekir; çünkü Anayasa’nın 19/8. fıkrasında ayrıca salıverilmeyi talep etme hakkı vardır.

Bu hakkın hangi durumda ihlal edildiğini tespit edebilmek için, önce bir olayda kişinin ne kadar süreyle tutuklu kaldığını, daha sonra bu tutukluluk süresinin uzunluğunun makul olup olmadığını belirlemek gerekir.

## Tutukluluk Süresinin Hesaplanması

Hakkında tutuklama kararı bulunan bir kimsenin hissiyatı açısından bakıldığında tutukluluk, cezaevine girdiği anda başlar, davası devam ederken cezaevinden çıktığı anda biter. Ama hukuken, Sözleşme’ye ve iç hukuka göre kişinin ne kadar süreyle tutuklu kaldığını hesaplanabilmesi için, tutukluluğun ne zaman başladığını ve ne zaman bittiğini belirlemek gerekir.

## Sözleşme’ye Göre

Sözleşme’de tutukluluk döneminin ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiğini gösteren bir hüküm yoktur. Mahkeme’ye göre tutukluluk, kişinin fiilen özgürlüğünden yoksun bırakıldığı yakalama/gözaltı tarihinden başlar; ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet veya beraat kararıyla tutukluluk sona erer. Kuşkusuz kişi daha önce salıverilmiş ise, salıverildiği tarihte sona erer. Eğer ilk derece mahkemesinin hükmünden önce kişi salıverilmiş ve kovuşturma döneminde yeniden tutuklanmış ise, bu süreler toplanarak bir bütün olarak değerlendirilir (*Kemmache* [no. 3], §44). Kişi, dava mahkemesinin mahkûmiyet kararından sonra temyiz aşamasında da tutulmaya devam ediliyorsa, temyiz aşamasına Sözleşme’nin 5(3). fıkrası değil, ama

12 Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi 2011, *Tutuklama Raporu*, s. 16.



mahkûmiyet kararından sonra tutma ile ilgili Sözleşme'nin 5(1)(a) bendi uygulanır. Temyiz Mahkemesi kararı bozmuş ama kişi tutulmaya devam ediyorsa, dosya ilk derece mahkemesinin önüne geldiğinde tutukluluk yeniden başlar. Mahkeme, temyiz mahkemesinin bozma kararından sonra tutukluluğu devam eden kişilerin tutuklu kaldığı süreyi hesaplar, temyiz mahkemesi önünde geçen süreyi toplam tutukluluk süresinden çıkarmaktadır (Solmaz, §36-37; Cahit Demirel, §23). Böylece Mahkeme tutukluluk dönemlerini toplayıp bir bütün olarak değerlendirmektedir.

### İç hukuka göre

İç hukukta tutukluluğun başlangıcını ve bitişini gösteren açık bir hüküm yoktur. Tutukluluk, hâkimin verdiği tutuklama kararı ile başlamakla birlikte, tutukluluk süresinin hesabına, tutukluluk öncesi gözaltı dönemi de eklenebilir. Tutukluluk ne zaman sona erer? Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a (CGTİK) göre, "mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz" (CGTİK 4). Ayrıca "süresi içinde yapılan temyiz başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller" (CMK 293/1). O halde hükmün kesinleşmesine kadar tutukluluk devam eder; istinaf ve temyiz aşamalarında kesin hüküm bulunmadığından, bir ceza davası temyiz aşamasında devam ederken tutulu bulunan bir kişi "tutuklu", karar kesinleştikten sonra tutulu bulunan kişi ise "hükümlü"dür. TCK'nın 63. maddesine göre, "hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir". Bu madde gereğince hükmolunan hapis cezasından indirilecek olan şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran hallerden biri de tutukluluktur. Dolayısıyla iç hukukta tutukluluk, hükmün kesinleşmesine kadar devam eder. Tabii soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, hüküm kesinleşmeden önce kişi salıverilmiş ise, tutukluluk salıverilme tarihinde sona erer. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında tutuklanıp salıverilen sonra tekrar tutuklanan kişinin tutukluluk dönemleri toplanır.

Özetle, Sözleşme'ye göre tutukluluk ilk derece mahkemesinin hüküm tarihine kadar olan dönem, iç hukuka göre ise temyiz aşamasını da kapsayacak şekilde hükmün kesinleşme tarihine kadar olan dönemdir.

### Tutukluluk Süresinin Makullüğü

Tutuklu olarak cezaevinde tutulan kişinin, serbest olmadığı için dışarıda yapamadıklarını düşünerek günlerini geçirmesi ve bir noktada "yetti artık" demesi normaldir. Bu, tutukluluğun da bir sınırı olması gerektiğini hatırlatır. Hukuk düzeni, tutukluluk süresini tutuklunun duygularına dayalı sübjektif kritere göre değil, objektif kriterlere göre sınırlamak zorundadır. İki ayrı objektif kriterden söz edilebilir: i) makullük, ii) yasal azami süre. Eğer yasal azami tutukluluk süresi belirlenmiş ise, makullük testinin uygulamada geri plana itildiği söylenebilir.

### Sözleşme'ye Göre

Sözleşme, tutukluluğun uzunluğunu "belirli bir süre"yle değil, "makul" (*reasonable*) olma kriteriyle sınırlamıştır. Tutukluluk makul olmayan bir süre devam etmişse, kişinin Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki makul sürede salıverilme hakkı ihlal edilmiş olur.

Mahkeme, "genellikle kabul ettiği bir süre" bulunduğundan söz etmiş (Celejewski, §38), ancak bu sürenin ne kadar olduğunu belirtmemiştir. Öyle ki, Mahkeme'nin 48 gün (Nart, §28-35), beş buçuk ay (Becciev, §53-64) gibi kısa tutukluluk dönemlerini bile makul görmeyip ihlal sonucuna ulaştığı kararları olduğu gibi, 4 yıl 3 gün (W. – İsviçre, §29-43) gibi uzun tutukluluk dönemlerini Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı görmediği kararları da vardır.

Mahkeme'ye göre bir tutukluluk döneminin makul olup olmadığı soyut olarak (*in abstracto*) değerlendirilemez, her olayın şartlarına göre değerlendirme yapılmak zorundadır; bir olayda tutukluluğun devamı, ancak masumiyet karinesine rağmen kişi özgürlüğü kuralına ağır basan gerçek bir "kamu yararı"nın bulunduğu dair olaya özgü belirtilerin varlığı halinde haklı görülebilir (W. – İsviçre, §30; Jablonski, §79). Dolayısıyla tutukluluk süresini makul kılan temel şart, "kamu yararı"dır.

Mahkeme'ye göre bir olayda sanığın tutukluluğunun makul süreyi aşmamasını sağlamak, ilk önce ulusal yargı makamlarına düşen bir görevdir; bu amaçla ulusal makamlar, masumiyet karinesine gereği gibi özen göstererek, kişi özgürlüğü kuralından ayrılmayı gerektirecek nitelikte kamu yararını haklı kılan gerçek bir ihtiyacın varlığının lehine ve aleyhine ileri sürülen bütün olayları (delilleri) incelemek ve bunları başvuruçunun salıverilme taleplerine karşı verdikleri kararlarda

göstermek zorundadırlar (*Labita*, §152). Salivermenin lehindeki ve aleyhindeki iddialar “genel ve soyut” olmamalıdır (*Clooth*, §44).

Mahkeme’ye göre bir kimsenin suç işlediğine dair makul kuşkunun sürmesi, tutukluluğun hukukiliği için olmazsa olmaz (*sine qua non*) şarttır; ancak belirli bir süre geçtikten sonra bu yeterli olmaz. Mahkeme, bu gibi durumlarda, tutukluluğun devamını haklı kılmak için yargı makamları tarafından başka gerekçeler gösterilip gösterilmediğine bakar. Ulusal mahkemele- rin kararlarının gerekçeleri “konuyla ilgili” (*relevant*) ve “yeterli” (*sufficient*) olmalıdır. Devlet, tutukluluğu haklı kılan “konuyla ilgili ve yeterli” gerekçeler göstermedikçe, suçlanan kişi tutuksuz yargılanmalıdır (*Yağcı ve Sargın*, §52; *Becciev*, §53). Sözleşme’nin 5(3). fıkrası, belirli bir süreyi aşmayan tutukluluğa koşulsuz olarak izin verdiği biçiminde yorumlanamaz; süresi ne kadar kısa olursa olsun, tutukluluğun haklı olduğu yetkililer tarafından ikna edici bir şekilde gösterilmeli- dir (*Belchev*, §82); gerekçeli bir kararın bir başka işlevi, tarafların yargıç tarafından dinlendiklerini gösterme- sidir; ayrıca gerekçeli karar, bu karara karşı taraflara üst başvuruda bulunma (itiraz etme) imkânı sağladığı gibi, üst mahkemeye de kararı denetleme imkânı verir; adaletin işleyişinin halk tarafından denetlenmesi ancak gerekçeli karar verilmesi halinde mümkündür (*Suominen*, §37).

Mahkeme haklı olarak, ulusal mahkemelerin, yasadaki tutuklama nedenlerine ilişkin terimleri veya uygulama- daki kalıp ifadeleri tekrarlamakla yetinen ve yasadaki tutuklama nedenlerini olayla ilişkilendirmeyen tutukluluk konusundaki kararlarını soyut (*Letellier*, §51) veya basmakalıp (*Yağcı ve Sargın*, §52; *Demirel*, §58) veya ayrıntıdan yoksun (*Simirnova*, §70) olmakla eleştirmekte; bu kararları gerekçesiz veya gerekçeyi yetersiz bularak, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

Zorunlu tutuklama sistemi, ulusal mahkemelerin tutuklamanın kamu yararına dayandığına dair somut bir gerekçe göstermelerini gereksiz kılar. Mahkeme’ye göre, herhangi bir “zorunlu tutuklama” sistemi, kendiliğinden Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırıdır (*Ilijkov*, §84). O halde belirli bir suçta işlediğinden şüphe duyulan kişinin tutuklanmasını emreden yasaya göre tutuklu tutulması, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasını ihlal eder. Eğer yasa, belirli bir suçtan tutuklanmış kişinin salıverilme talebinin, işlemiş olduğu suçun niteliği veya

suçun tekerrür etmiş olması nedeniyle reddedilmesini gerektiriyorsa, bu da Sözleşme’nin 5(3). fıkrasını ihlal eder. Tutuklamanın devamına ilişkin yasal karine, kendiliğinden Sözleşme’nin 5(3). fıkrasını ihlal etmez. Ancak Mahkeme’ye göre bir yasa, tutuklama nedenle- riyle ilgili faktörler bakımından bir karine oluşturmuş- sa, kişi özgürlüğüne saygı kuralına ağır basan somut olayların varlığı ikna edici bir şekilde gösterilmelidir (*Clooth*, §44; *Muller*, §35-45; ve *Ilijkov*, §84). Dahası, Mahkeme, tutuklama nedenleriyle ilgili olayları ortaya koymanın yetkililere düştüğü kanaatindedir; bu konularda ispat külfetini tutukluya yüklemek, tutukla- mayı kişi özgürlüğünden istisnai bir ayrılma haline getiren Sözleşme’nin 5. maddesindeki kuralı tersine çevirmek anlamına gelir (*Ilijkov*, §85).

O halde ne kadar kısa olursa olsun, bir tutukluluk döneminin Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırı olmama- sı için, tutuklamaya ilişkin mahkeme kararları gerekçeli olmalı; bu gerekçeler konuyla ilgili ve yeterli olmalı; gerekçelerde suç şüphesinin devam ettiğinin gösterilmesi dışında tutukluluğu haklı kılacak kamu yararının olayda mevcut olduğu ortaya koyulmalıdır. Şu da belirtilmelidir ki, Mahkeme önünde davalı devlet bir olayda uzun tutukluluğu ancak ulusal mahkeme kararlarındaki gerekçelere dayanarak savunabilir; davalı devletin daha sonra Mahkeme önünde ileri sürdüğü yeni bir gerekçe Mahkeme tarafından dikkate alınmaz (*Becciev*, §63; *Nikolov*, §74).

Öte yandan Mahkeme, yaptığı “gerekçe incelemesi”nde ulusal mahkemelerin tutukluluğa ilişkin gerekçelerini ilgili ve yeterli bulsa bile, eğer yetkili ulusal makamlar yargılamanın yürütülmesinde gerekli özeni göstermedikleri için tutukluluk süresi uzamış ise, yine Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varabilir. Bir başka deyişle tutuklu- luk süresi, Mahkeme tarafından bir de “gerekli özen” incelemesine tabi tutulmaktadır (*Contrada*, §54; ve *I.A. – Fransa*, §102).

Tutuklama nedenlerinden birinin varlığı, tutuklamaya veya tutukluluğun devamına karar vermeyi zorunlu kılmaz. Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 5(3). fıkrası gereğince yetkililer, bir kimsenin tutukluluğun devamına veya salıverilmesine karar verirken, o kimse- nin duruşmada hazır bulunmasını sağlamak için alternatif tedbirleri dikkate almakla yükümlüdürler; çünkü bu madde, sadece “makul sürede yargılanma veya yargılama sürerken salıverilme” hakkı getirme-

mekte, aynı zamanda “salivermenin kişinin duruşma-  
da hazır bulunması için güvenceye bağlanabileceği”ni  
öngörmektedir (Jablonski, §83). Bir olayda başvuru-  
nun 3 yıl 10 ay kadar tutuklu kaldığı süre içinde ulusal  
mahkemelerin, ceza davasının gereği gibi yürütülmesi-  
ni sağlamak için iç hukukta açıkça öngörülen güvence  
yatırma veya polis denetimi gibi “önleyici tedbirlere”  
(adli kontrole) karar verme olasılığını hiç düşünmemiş  
olmalarını, ulusal mahkemelerin bu alternatif  
tedbirlerin niçin başvurunun mahkemeye gelmesini  
sağlayamayacağını veya başvuru saliverilecek  
olursa niçin davasının gereği gibi görülemeyeceğini  
açıklamamış olmalarını dikkate alarak, Sözleşme’nin  
5(3). fıkrasının ihlaline karar vermiştir (Jablonski, §84).  
Buna göre, bir kimse ancak i) saliverilmesi tutuklama  
nedenlerinden biri bakımından bir zararın doğması için  
gerçek bir riske yol açacak ise; ve ii) salivermeyi  
koşullara bağlama ve makul önleyici tedbirlere (adli  
kontrol) karar verme, bu riski ortadan kaldırmayacak  
veya tutuklamayı haklı olmaktan çıkaracak ölçüde  
azaltmayacak ise, tutuklanabilir.

Mahkeme içtihatlarında görüldüğü kadarıyla, bir suç  
işlediğinden kuşku duyulan bir kimsenin hükümden  
önce tutukluluğu için kamu yararı bakımından kabul  
edilebilir dört temel tutuklama nedeni ileri sürülmüş-  
tür: i) kaçma tehlikesi (saliverilmesi halinde kişinin bir  
daha yargı organı önüne getirilememesi tehlikesi)  
(Stögmüller, §15); ii) adaletin işleyişine müdahale  
tehlikesi (saliverilmesi halinde kişinin delillere  
müdahale tehlikesi) (Wemhoff, §14); iii) suçta tekrür  
tehlikesi (saliverilmesi halinde kişinin başka suçlar  
işleme tehlikesi) (Matznetter, §9); ve iv) kamu düzeni-  
nin bozulması tehlikesi (Letellier, §51). Aşağıda  
bunlardan sadece ilk ikisi incelenecektir.

**Kaçma tehlikesi:** Kaçma tehlikesi (*risk of absconding*), en  
sık karşılaşılan tutuklama nedenlerinden biridir. Adli  
makamlar, suç işlediğinden kuşku duydukları kişinin  
hemen erişebilecekleri bir yerde bulunmasını isterler.  
Çünkü hem soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi  
yapılabilmesi hem de kişi mahkûm edilecek olursa  
cezasının infaz edilebilmesi için, kişinin mevcudiyetine  
ihtiyaç vardır. Buna karşılık kişinin mahkûm edilebilece-  
ği suçun cezasını çekmek istemeyeceği ve dolayısıyla  
kaçacağı veya saklanacağı düşünülür. Mahkeme’ye  
göre, kaçma tehlikesinin bulunup bulunmadığını tespit  
için şu soruya yanıt aranmalıdır: Yaratacağı sonuçlar ve  
doğuracağı zararlar bakımından kaçmayı tutukluluğun

devamına göre ehven-i şer gösteren şartlar var mıdır?  
(Stögmüller, hukuki gerekçe bölümü, §15).

Kaçma tehlikesinin varlığına işaret eden unsurlardan  
biri, mahkûmiyet halinde kişinin alabileceği hapis  
cezasının ağırlığıdır. Mahkeme’ye göre, bir yerel  
mahkemenin tutukluluğun devamına dair kararında  
“suçun niteliği”ne atıfta bulunması, aslında isnat  
edilen suçun ağırlığına ve dolayısıyla sanığın kaçma  
tehlikesinin varlığına dair bir karineye atıfta bulundu-  
ğu şeklinde anlaşılabilir (Yağcı ve Sargın, §51). Isnat  
edilen suç için öngörülen hapis cezasının ağırlığı, adli  
makamlara kişinin saliverilmesi halinde kaçacağını  
düşündürtebilir. Ancak Mahkeme’ye göre, tutukluluk  
süresinin ileride alınabilecek cezadan düşülecek  
olması halinde, tutukluluk süresi uzadıkça cezanın  
önemi azalır; üstelik, isnat edilen suça verilecek  
“cezanın ağırlığı” önemlidir, ama cezanın ağırlığı  
saliverilme talebinin reddedilmesi için ayrı bir neden  
değildir; bir başka deyişle isnat edilen suça verilebile-  
cek cezanın ağırlığı, kendiliğinden, sanığın kaçma  
tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle tutukluluğun  
devamını haklı kılmaz; kaçma tehlikesiyle ilgili olarak  
sanığın karakteri, ahlaki durumu, ikametgâhı, mesleği,  
mal varlığı, aile bağları, kovuşturulduğu ülkedeki  
bağlantıları, tutukluluğa karşı gösterdiği tepki, başka  
bir ülkeye gerçekten kaçmayı planlayıp planlamadığı,  
kaçmayı planladığı ülkeyle bağlantıları gibi unsurların  
da incelenmesi gerekir (Neumeister (esas hk) (hukuki  
gerekçe bölümü, §10). Bir olayda Mahkeme, başvuru-  
cuların Türkiye’ye tamamen kendi istekleriyle dönmüş  
olduklarını ve cezai soruşturmaya uğrayacaklarını  
bilmiyor olmalarının mümkün olmadığını kaydederek,  
başvurucuların kaçma tehlikesi bulunduğu düşünce-  
siyle tutukluluklarının devamı konusunda karar  
verilmesini eleştirmiştir (Yağcı ve Sargın, §52).

Ayrıca, Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının  
son cümlesi uyarınca, tutukluluğun tek dayanağının  
sanığın duruşmaya gelmemesi tehlikesi olması halinde,  
kendisinden duruşmaya gelmesinin teminatı olarak bir  
güvence alınması koşuluyla, sanığın saliverilmesi  
gerekebilir. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 5(3).  
fıkrasındaki güvence, maddi kaybı telafi etmek için  
değil, özellikle sanığın duruşmada hazır bulunmasını  
sağlamak için düşünülmüştür; dolayısıyla güvence  
miktarı, kural olarak, sanığın durumuna, mal varlığına  
ve güvenceyi sağlayacak kişilerle ilişkisine, bir başka  
deyişle, güvence veren ile sanık arasındaki güven  
ilişkisi sanığın duruşmaya gelmemesi durumunda

zedeleneceğinden bunun kaçmaya karşı yeterince caydırıcı olup olmadığına göre değerlendirilmelidir (*Mangouras [BD]*, §78). Yine Mahkeme'ye göre, güvence, tutukluluğun devamını haklı kılan sebepler bulunduğu sürece istenebilir (*Musuc*, §42; *Aleksandr Makarov*, §139); daha hafif bir ceza verilme ihtimali de düşünülerek kaçma tehlikesi güvence alınmak suretiyle kaldırılabilir, sanık salıverilmelidir (*Vrencev*, §76). Yetkililer sanığın tutukluluğunun devamının zorunlu olup olmadığına karar verirken gösterdikleri özeni, uygun güvence miktarını belirlerken de göstermelidirler (*Iwanczuk*, §66; *Bojilov*, §60; *Skrobol*, §57; *Hristova*, §110; *Musuc*, §42; *Georgieva*, §30); ayrıca güvence için belirlenen miktar, güvenceyle salıverme kararını haklı kılacak kadar olmalı ve başvurunun imkânlarını dikkate almalıdır (*Hristova*, §111). Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki güvence miktarının, kural olarak sanığın durumuna ve mal varlığına bakılarak değerlendirilmesi gerektiği halde, bazı koşullarda kendisine atfedilen kaybin miktarının da dikkate alınması makul görünmektedir (*Moussa [k.k.]*, no. 28897/95). Bu ilkeleri dikkate alan Mahkeme, Kasım 2002'de İspanya sahillerinde seyretmekte olan *Prestige* adlı geminin 70.000 ton akaryakıt deşarj etmesi ve ekolojik bir felakete sebebiyet vermesi üzerine açılan cezai soruşturma sırasında gemi kaptanının 83 gün tutuklu kalmasını ve 3 milyon avro karşılığında güvenceyle serbest bırakılmasını Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına aykırı görmemiştir (*Mangouras [BD]*, §92).

**Adaletin işleyişine müdahale tehlikesi:** Adaletin işleyişine müdahale tehlikesi (*risk of interference with the course of justice*), iç hukuklarda öngörülen bir tutuklama nedenidir. Yetkililer, şüpheliyi gözaltına aldıkları sırada henüz delillerin bütününe ulaşamamış olabilirler. Bu nedenle yetkililer, soruşturma devam ederken kişinin salıverilmesi halinde, henüz elde edilememiş delilleri yok edebileceği veya gizleyebileceği veya değiştirebileceği, tanıklara veya mağdura veya başkalarına baskı yapabileceği veya dışarıda olan suç ortaklarıyla işbirliği yapabileceği kaygısını taşıyabilirler. Ulusal mahkemeler de tutukluluğun devamına ilişkin kararlarında “delil durumu” veya “dosyanın içeriği”, “soruşturmanın devam ediyor olması” gibi ifadelerle söz konusu tehlikenin varlığına işaret edebilirler.

Ne var ki, sanığın muhakemenin işleyişini engelleme tehlikesine soyut olarak dayanılmaz; bu tehlikenin varlığı maddi delillerle desteklenmelidir (*Becciev*, §59).

Hakkında soruşturmanın başladığını bilen bir kişinin bir süre serbest bulunduktan sonra, delillere müdahale edebileceği düşüncesiyle tutukluluğunun devamına karar verilmesi, ikna edici görünmez. Soruşturmanın tamamlanamamış veya delillerin toplanamamış olması, başlangıçta bu tutuklama nedenine dayanılmasını haklı kılabilir; ancak soruşturma ilerledikçe, ifadeler alınıp doğrulandıkça, bu gerekçeyle kişiyi tutuklu tutmanın temeli kalmaz (*Clooth*, §43).

Organize suç örgütleriyle ilgili olaylarda, Mahkeme'ye göre tutuklu kişinin salıverilecek olması halinde tanıklara veya suç ortaklarına baskı yapma veya bir başka şekilde muhakemeyi engelleme tehlikesi, işin doğası gereği yüksek bir ihtimaldir; bu durum, daha uzun bir tutukluluk dönemini haklı kılabilir; ancak zaman geçtikçe, başlangıçta gösterilen tutuklama nedenleri giderek daha az konuyla ilgili hale gelir ve daha tutukluluğun devamı için güçlü nedenler gerekir (*Celejewski*, §37).

**Özen gösterme gereği:** Sözleşme'nin 5(3). fıkrası, tutuklu kimselerle ilgili olayların soruşturulmasında ve kovuşturulmasında özel bir özen (*special diligence*) gösterilmesini ima etmektedir; hazırlık soruşturmasının süresinin şikâyet konusu olmadığı hallerde bile tutukluluk dönemi makul süreyi aşmamalıdır; tutuklama hangi nedene dayanırsa dayansın ve soruşturma süresi ne kadar uzun sürerse sürsün, 5(3). fıkrası kendi sonuçlarını doğuran bağımsız bir hükümdür; bir devletin az sayıda soruşturma görevlisinin bulunması veya yargıçların iş yükünün soruşturma sisteminin süratle işlemesine engel olması gibi sebepler, tutukluluk süresinin makullüğünün değerlendirilmesinde önemli olamaz (*Stögmüller*, hukuki gerekçe bölümü, §5).

Mahkeme bir olayda, 2 yıl 1 ay tutuklu kalan ve işlediği suç nedeniyle 4 yıl hapis cezasına mahkûm edilen başvurunun, tutukluluk süresinin makullüğüne ilişkin ulusal mahkemeler tarafından gösterilen sebepleri ilgili ve yeterli bulmuştur; ancak Mahkeme, tutuklu sanığın yargılanmasında ulusal makamların gerekli özeni göstermeleri gerektiğini belirtmiş ve olayda başvurunun salıverilme taleplerinin karara bağlanması için her defasında üst mahkemeye dava dosyasındaki orijinal belgelerin gönderilmesi nedeniyle tutukluluk süresinin uzadığını ve bu nedenle tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Toth – Avusturya*, §74-77). Başvurunun 4 yıl 16 gün

tutuklu kaldığı bir başka olayda Mahkeme, İspanya’da tecavüz suçundan yargılanan İngiliz vatandaşı başvurusunun tutukluluğuna ilişkin sebepleri ilgili ve yeterli görmüş; ancak bu denli uzun süreli tutukluluğu “gerekli özen” testine tabi tutmuş; hiç de karmaşık olmayan bu olayda kamu makamlarının belgelerin çevrilmesi, diplomatik kanallardan iletilmesi, şikâyetçinin birçok kez davet edilmesi gibi sebeplerle meydana gelen gecikmeyi haklı bulmamış, tutuklu sanığın davasının görülmesinde “gerekli özen” gösterilmediği için makul sürede salıverilme hakkına aykırılık bulmuştur (Scott, §83). Mahkeme, işlediği çok sayıda hırsızlık suçundan 2 yıl kadar tutuklu kalan 14 yaşındaki başvurusunun tutukluluğu konusunda iç hukukta gösterilen gerekçeleri yeterli ve ilgili görmüş, ancak başvurusunun yaşının küçüklüğü ve küçüklerin ancak istisnai hallerde tutuklanabileceği dikkate alındığında, başvurusunun muhakemesine “gerekli özen” gösterilmediği için uzun süre tutuklu kalmış olmasını Sözleşme’nin 5(3). fıkrasına aykırı bulmuştur (Assenov ve Diğerleri, §15 Mahkeme, Türkiye’yle ilgili davalarda da özen testini kullanmıştır. Bir olayda gözaltına alınıp tutuklanan başvurucu aleyhine ancak 6 ay sonra yasadışı örgüt üyeliği suçundan DGM’de dava açılmış, DGM başvurusunun gözaltında işkence gördüğü şikâyetiyle ilgili olarak polisler aleyhine İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi’nde görülmekte olan dava dosyasını istemiş, ancak ceza mahkemesi 3,5 yıl sonra DGM’ye iddianameyi göndermiş, bu gecikme nedeniyle başvuru aleyhindeki davanın duruşmaları sürekli olarak ertelenmiş, başvuru 5 yıldan fazla tutuklu kaldıktan sonra salıverilmiştir. Mahkeme, bu olayda tutukluluğa özen gösterilmediğini kabul ederek Sözleşme’nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (Vayiç, §38).

### İç Hukuka Göre

Anayasa’da tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı bulunduğu söylenebilir ama, CMK’da bu hakkı tespit etmek kolay değildir. Genel bir değerlendirmeye, kanun tutukluluk süresinin makullüğünü tutuklama şartlarının bulunup bulunmamasına bağlamış, ayrıca tutuklama şartları bulunsa bile tutukluluk süresinin uzunluğunu “belirli bir süre”yle sınırlamıştır. Dolayısıyla tutuklama şartları kalktığı anda, tutukluluk makul olmaktan çıkar; buna rağmen tutukluluğun devam ettirilmesi, tutuklunun makul sürede salıverilme hakkını ihlal eder (Sözleşme 5(3), Anayasa 19/7). Ama tutuklama şartları bulunduğu halde yasadaki

süreler (CMK 102) aşılmış ise, bu kez Sözleşme’nin 5(1). fıkrasındaki “hukuka uygunluk şartı” ve Anayasa’nın 19(2). fıkrasındaki “kanunilik şartı” yönünden ihlal bulunduğu savunulabilir.

İç hukukta tutukluluğun belirli bir süreyle sınırlanmış olması, bu sürenin dolmasından önce tutukluluk süresinin makul olmaktan çıkıp çıkmadığına dair bir incelemeyi etkisizleştirmekte midir? İsnat edilen suçun cezasının infaz süresinin dolmasına veya nihayet yasadaki gösterilen “belirli süre”nin sonuna kadar tutuklunun tutulabileceği düşüncesinin, makullük incelemesini etkisizleştireceği söylenebilir.

**Tutuklama şartlarını inceleme(me):** CMK, soruşturma veya kovuşturma aşamalarında, periyodik olarak ve koşullar gerektirdiğinde, hâkim veya mahkeme tarafından tutukluluk halinin devamının gerekip gerekmediğinin incelemesini öngörmektedir (CMK 104-108). Ayrıca kanun, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlara itiraz edilebileceğini (CMK 101/2 ve 5) öngörmekte, itiraz üzerine tutukluluk hâkim veya mahkeme tarafından yeniden incelenmektedir.

Bu incelemeler sonucunda “tutukluluğun devamına veya tutuklunun salıverilmesine karar verilir” (CMK 104/2). Tutuklu, “adli kontrol altında serbest” de bırakılabilir (CMK 103). Ayrıca soruşturma aşamasında “tutuklamanın artık gereksiz olduğu kanısına” varan savcı da tutukluyu serbest bırakabilir (CMK 103/2).

Tutukluluğun makullüğü hangi hukuki şartlara göre incelenip karara bağlanır? Kanuna göre buna, “100üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak karar verilir” (CMK 108/1). Kanunun 100. maddesi tutuklama şartlarını düzenlemektedir. Buna göre bir tutukluluğun devam edebilmesi için, “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların” ve “bir tutuklama nedeninin bulunması,” inceleme sonunda bu şartların kalmadığının tespit edilmesi halinde tutukluluğa son verilmesi gerekir. Kanundaki bu hükümlerin, Sözleşme’nin 5(3) ve (4). fıkraları ile Anayasa’nın 19/7 ve 8. fıkralarındaki güvencelerin amacını gerçekleştirilmeye yönelik olduğu söylenebilir.

Ne var ki, uygulamada tutukluluğun devamının sözü edilen hukuki şartlara göre incelenip incelenmediği anlaşılammaktadır. Çünkü tutukluluğun devamına dair bir kararda, hukuki şartlara göre inceleme yapıldıktan sonra tutukluluğun devamına karar verildiğini gösteren

bir gerekçe bulunmamaktadır. Aslında bu konudaki kararların gerekçeli olup olmadığını öğrenmek de mümkün değildir. Çünkü tutuklamanın devamına ilişkin ulusal mahkeme kararları gayri resmi veya resmi olarak yayımlanmamaktadır. Dolayısıyla tutuklama veya tutukluluğun devamına ilişkin bir kararın gerekçeli olmadığını, ancak o kararı eline alan tutuklu veya müdafii görebilir. Tutuklamayla ilgili akademik çalışmalarda ulusal mahkeme kararlarına atıf yapılamamasının nedenlerinden biri herhalde budur.

Ama İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasındaki makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiği şikâyetiyle yapılan başvurular üzerine Mahkeme'nin verdiği kararlarda, ulusal mahkemelerin tutukluluğun devamına ilişkin nasıl kararlar verdiklerini tespit etmek mümkündür.

Mahkeme, Türkiye aleyhine tutukluluk süresinin uzunluğunun makul olmadığı şikâyetiyle yapılan çok sayıda başvuruda ihlal kararı vermiştir. Mahkeme önünde halen incelenmekte olan veya incelenmeyi bekleyen yüzlerce dava mevcuttur. Mahkeme, 2011 yılına kadar 79 davada ihlal kararı vermiş,<sup>13</sup> ayrıca 3 dava dostane çözümler

(*Külter; Kaya ve Güven; Okatan* kararları) sonuçlanmıştır. Mahkeme'nin ihlal tespit ettiği kararlardan bir kaç tanesi çocukların tutuklanmasıyla ilgilidir (örneğin *Selçuk; Koştı ve Diğerleri; Nart; Güveç* kararları).

Söz konusu ihlal kararlarına konu olan başvurular 1990-2008 yılları arasında yapılmıştır; kararlar 1995 ile Mart 2010 tarihleri arasında verilmiştir. Bu davalara konu olan tutukluk süreleri 1 yıl 8 ay (*Batı ve Diğerleri* kararı) ile 13 yıldan fazla (*Pakkan* kararı) bir süre arasında değişmektedir; başvurucuların çoğu 4 yıldan fazla tutuklu kalmışlardır.

Mahkeme, her bir davaya konu olan olayda, ulusal mahkemelerin uzun tutukluluk dönemleri içinde periyodik olarak veya her duruşmanın sonunda ya tutuklunun talebi üzerine veya re'sen tutukluluğu incelediklerini ve her defasında tutukluluğun devamına karar verdiklerini tespit etmiştir. Ancak Mahkeme, ulusal mahkemelerin: i) ya hiç gerekçe göstermeden sadece "tutukluluğun devamına" ifadesini kullandıklarını (örneğin *Demirel* kararı; *N.M.* kararı; *Baltacı* kararı); veya ii) hemen hemen aynı (*identical*) veya basmakalıp (*stereotyped*) ifadeler kullanarak tutukluluğun devamına karar verdiklerini gözlemlemiştir.

Mahkeme, tutuklamanın devamına karar veren ulusal mahkemelerin "isnat edilen suçun niteliği (suçun vasıf ve mahiyeti)," "dosya içeriği (dosya münderecatı)," "mevcut delil durumu," "tutuklama tarihi," "tutuklukta geçen süre" gibi, hemen hemen aynı veya

13 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin tutuklama nedeniyle Türkiye'nin Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal ettiği sonucuna vardığı kararları: Mansur, 08/06/1995, no.16026/90; Yağcı ve Sargın, 08/06/1995, no.16419/90; Demirel, 28/01/03, no.39324/98; Ahmet Özkan ve Diğerleri, 06/04/2004, no.21689/93; Batı ve Diğerleri, 03/06/2004, no.33097/96; Ali Hıdır Polat, 05/04/2005, no.61446/00; Kimran, 05/04/2005, no.61440/00; Dereci, 24/05/2005, no.77845/01; Hiyasettin Altın, 24/05/2005, no.73038/01; Acunbay, 31/05/2005, no.61442/00; Dinler, 31/05/2005, no.61443/00; Temel ve Taşkın, 30/06/2005, no.40159/98; Sadegül Özdemir, 02/08/2005, no.61441/00; Sabri Taş, 20/09/2005, no.21179/02; Sevgin ve İnce, 20/09/2005, no.46262/99; Kalay, 22/09/2005, no.16779/02; Karagöz, 20/10/2005, no.5701/02; N.M., 25/10/2005, no.35065/97; Gezici ve İpek, 10/11/2005, no.71517/01; Çiçekler, 22/12/2005, no.14899/03; Yaşar, 24/01/2006, no.46412/99; Taciroğlu, 02/02/2006, no.25324/02; Tekin ve Baltaş, 07/02/2006, no.42554/98; Katar ve Diğerleri, 18/04/2006, no.40994/98; Hasan Ceylan, 23/05/2006, no.58398/00; Karakaş, 13/06/2006, no.76991/01; Vayıç, 20/06/2006, no.18078/02; Gökçe ve Demirel, 22/06/2006, no.51839/99; Tamer ve Diğerleri, 22/06/2006, no.235/02; Töre (No. 2), 11/07/2006, no.13244/02; Baltacı, 18/07/2006, no.495/02; Hüseyin Esen, 08/08/2006, no.49048/99; Çetin Ağdaş, 19/09/2006, no.77331/01; Mehmet Güneş, 21/09/2006, no.61908/00; Tutar, 10/10/2006, no.11798/03; Pakkan, 31/10/2006, no.13017/02; Baştımar ve Diğerleri, 05/12/2006, no.74337/01; Kamil Öcalan, 12/12/2006, no.20648/02; Solmaz, 16/01/2007, no.27561/02; Veli Tosun, 16/01/2007, no.62312/00; Çobanoğlu ve Budak, 30/01/2007, no.45977/99; Karatay ve Diğerleri, 15/02/2007, no.11468/02; Remzi Aydın, 20/02/2007, no.30911/04; Yurt, 20/02/2007, no.12439/03; Yakışan, 06/03/2007, no.11339/03; Duyum,

27/03/2007, no.57963/00; Dursun, 03/05/2007, no.17765/02; Kapar, 03/05/2007, no.7328/03; Koştı ve Diğerleri, 03/05/2007, no.74321/01; Murat Kaçar, 03/05/2007, no.32420/03; Bağrıyanık, 05/06/2007, no.43256/04; Tamcan, 12/06/2007, no.28150/03; Cahit Solmaz, 14/06/2007, no.34623/03; Özden Bilgin, 14/06/2007, no.8610/02; Çarkçı, 26/06/2007, no.7940/05; Hanbayat, 17/07/2007, no.18378/02; Mehmet Şah Çelik, 24/07/2007, no.48545/99; Mehmet Yavuz, 24/07/2007, no.47043/99; Bayam, 31/07/2007, no.26896/02; Akyol, 20/09/2007, no.23438/02; Tandoğan, 20/09/2007, no.9244/02; Arı ve Şen, 02/10/2007, no.33746/02; Algür ve Diğerleri, 20/11/2007, no.483/02; Güzel (Zeybek), 20/11/2007, no.6257/02; Tamamboğa ve Gül, 29/11/2007, no.1636/02; Cengiz Polat, 11/12/2007, no.40593/04; Erkan Soylu, 18/12/2007, no.74657/01; Yalçın, 19/02/2008, no.15041/03; Yücel (No. 2), 08/04/2008, no.31152/04; Boyraz, 20/05/2008, no.26891/02; Münire Demirel, 20/05/2008, no.5346/03; Hasan Rüzgar, 27/05/2008, no.28489/04; Getiren, 22/07/2008, no.10301/03; Güveç, 20/01/2009, no.70337/01; İpek ve Diğerleri, 03/02/2009, no.17019/02; Cahit Demirel, 07/07/2009, no.18623/03; Tunc ve Diğerleri, 13/10/2009, no.2422/06; Yoldaş, 23/02/2010, no.27503/04; Yiğitdoğan, 16/03/2010, no.20827/08

basamaklıp ifadeler kullandıklarını tespit etmiş ve bu ifadelerin Sözleşme'nin 5(3). fıkrasında aranan "ilgili" ve "yeterli" gerekçe vasfını oluşturmadıklarını kaydetmiştir.

Mahkeme, söz konusu basamaklıp ifadelerin tutuklama şartlarından hangisini karşılamak üzere kullanılmış olabileceğini anlamaya çalışmıştır. Mahkeme'ye göre, örneğin "delil durumu" ifadesi tutuklunun aleyhinde kuvvetli şüphenin varlığına ve devam ettiğine işaret edebilir; kuvvetli şüphe de tutukluluk için dikkate alınabilecek bir faktör olmakla birlikte, uzun tutukluluk süresini kendiliğinden haklı kılmaz (Mansur, §56; Demirel, §61; ve Sadegül Özdemir, §41; Karagöz, §42). Yine örneğin "isnat edilen suçun niteliği/ağırlığı" gibi bir ifade, tutuklunun serbest bırakılması halinde kaçma riski bulunduğuna işaret eden bir faktör olabilir; ancak kaçma tehlikesi sadece isnat edilen suçun ağırlığıyla değerlendirilemez; kaçma tehlikesi, bir dizi başka etmene dayanılarak değerlendirilmek zorundadır; bu etmenler, kaçma tehlikesinin varlığını ya teyit eder veya tutukluluğu haklı kılacak kadar ağır görülmezler (Dinler, §57; Cahit Demirel, §25).

**Özen gösterme gereğini inceleme(me):** İç hukukta tutukluluk süresinin makullüğünün tutuklama şartlarına göre değerlendirilmesi dışında, tutuklu bir şüpheli/sanığın bulunduğu dosyayla ilgili soruşturma ve kovuşturmaya yetkililerin özen gösterme yükümlükleri bulunduğunu ima eden hükümler vardır: "Tutuklu işlerde tanıklar için zorla getirme kararı verilebilir" (CMK 43/1). "Soruşturma ile tutuklu işlere ilişkin kovuşturmaların ve ivedi sayılacak diğer hususların tatil süresi içinde ne suretle yerine getirileceği, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenir" (CMK 331/2). Ancak yukarıdaki tespitler göz önünde tutulduğunda, bu hükümlerin bu konuda özen gösterilmesini yeterince güvence altına alamadıkları görülmektedir.

**Tutuklamaya itirazı inceleme(me):** Acaba tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlara itiraz (CMK 101/2 ve 5) muhakemesinde tutuklamanın yerindeliği ve makul süreye uygunluk bakımından inceleme yapılmakta mıdır? Uygulamada tutuklamaya itiraz başvurularının başarılı olmadığı yaygın bir gözlemdir. Ancak, tutuklamaya itiraz üzerine ulusal mahkemeler tarafından verilen kararlar yayımlanmadığı için,

başarılı olan itirazlar varsa bile bunları karşılaştırma ve kriterleri ortaya koyma imkânı yoktur. Öte yandan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi hem eski CMUK döneminde tutuklamaya itirazı ve hem de CMK döneminde tutuklamaya itirazı incelemiş ve bu soruya olumsuz yanıt vermiştir. Mahkeme Türkiye'de, basamaklıp ifadelerle verilen tutukluluğun devamına ilişkin kararlara karşı itirazın başarı şansı bulunmadığını, ayrıca tutuklamaya itirazı inceleme usulünün çelişmeli olmadığını ve duruşma yapılmaksızın karar verildiğini tespit etmiştir (Koştü ve Diğerleri, §22; Mehmet Şah Çelik, §27-28; Cahit Demirel, §32-33; Yiğitdoğan, §30-31).

Bu tespitlerden yola çıkarak, Türkiye'de ulusal mahkemelerin bir olayda tutukluluk süresinin uzunluğunu tutuklama nedenlerinin sürüp sürmemesine göre değerlendirmedikleri ve dolayısıyla Sözleşme'nin ve Anayasa'nın aradığı incelemeyi yapmadıkları sonucuna varılabilir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de Türkiye'de Sözleşme'nin 5(3) ve (4). fıkralarına ilişkin ihlallerin, Türk mevzuatının durumundan ve Türk ceza adaleti sisteminin iyi işlememesinden (*malfunctioning*) kaynaklanan yaygın ve sistemik sorunlar olduğunu kaydetmiştir (Cahit Demirel, §46). Mahkeme, bu kararın icrası bakımından bu sistemik durum göz önünde tutularak, kişi özgürlüğünün Sözleşme'nin 5(3) ve (4). fıkralarına uygun bir şekilde etkili olarak korunabilmesi için, ulusal düzeyde genel tedbirler alınması gerektiğini belirtmiştir (Cahit Demirel, §48). Buna göre ulusal düzeyde yasa değişiklikleri ve/veya içtihat değişiklikleri yapılmalıdır.

## Güncel Davalardan İki Örnek

Bu rapor hazırlanırken, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülmekte olan ve kamuoyunda "Erge-  
nekon davası" olarak bilinen bir davada bu mahkeme tarafından tutuklama ve tutukluluk halinin devamına dair verilen kararlara sanıkların itirazı üzerine, İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 04.04.2011 tarihinde oyçokluğuyla verilen itirazın reddi kararı, şu gerekçelerle açıklanmıştır:<sup>14</sup>

[...] dosyadaki delil durumu, dosyada kuvvetli suç şüphesini gösteren olguların bulunması, delillerin henüz tam olarak toplanmamış oluşu, sanıkların konum itibarı ile delillere etki yapma ihtimalinin olması, tanıkların henüz dinlenmemiş oluşu, atılı suçun

14 [http://www.tsk.tr/10\\_ARsIV/10\\_1\\_Basin\\_Yayin\\_Faaliyetleri/10\\_1\\_Basin\\_Aciklamalari/2011/BA\\_05.htm](http://www.tsk.tr/10_ARsIV/10_1_Basin_Yayin_Faaliyetleri/10_1_Basin_Aciklamalari/2011/BA_05.htm)

CMK'nın 100. maddesinde belirtilen katalog suçlardan olması, belirtilen bu sebeplerle adli kontrol hükümlerinin yetersiz kalacağı [...]

Yine 10. Ağır Ceza Mahkemesi 11.03.2011 tarihinde bazı sanıkların tutukluluk hallerinin devamına karar verirken şu ifadeleri kullanmıştır: “[...] üzerlerine atılı suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu ve tutuklulukta geçen süre, tutuklama sebeplerinde herhangi bir değişiklik bulunmaması [...]”.

Bu kararlara karşı yapılan itirazları inceleyen 11. Ağır Ceza Mahkemesi, 04.04.2011 tarihinde itirazların reddine karar vermiş, kararında şu ifadeleri kullanmıştır:

[...] dava dosyasındaki delil durumu, bilirkişi raporları, dijital materyaller, diğer ses kayıtları göz önüne alındığında haklarında tutukluluk halinin devamına ve tutuklama kararı verilen tüm sanıklar açısından kuvvetli suç şüphesinin var olduğu, ayrıca sanıkların delilleri ve yeni delil elde edilmesine engel olma tehlikesinin bulunduğu anlaşılmakla, sanıklar hakkında bu aşamada CMK 109. ve devamı maddelerinde adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacağı anlaşılmakla [...].

Bu mahkemenin iki üyesinin oluşturduğu çoğunluğa karşılık muhalif kalan Başkan yedi buçuk sayfalık bir karşı oy gerekçesi yazmıştır. Karşı oy yazısında, sanıkların başvuruları tutuklama şartları yönünden ayrıntılı bir inceleme içermektedir. Bu incelemede hem “kuvvetli suç şüphesi”nin hem de “tutuklama nedenleri”nin bulunup bulunmadığı tartışılmış ve gerekçesiz bulunan çoğunluğun görüşü eleştirilmiştir.

Kamuoyunda “KCK davası” olarak bilinen bir davayla ilgili olarak hazırlanan bir raporda, salıverme taleplerinin reddine ilişkin mahkeme kararından şu alıntı yapılmıştır:<sup>15</sup>

1. Tutuklu sanıklar hakkında kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve ayrıca sanıkların kaçacağı, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık veya başkaları üzerinde baskı yapma olasılıklarının bulunması, bunların yanında sanıkların 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100/3-a maddesinde sayılan suçlardan birinin işlendiği hususunda

yoğun şüphenin varlığı sebepleriyle sanıkların 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100 ve devamı maddeleri gereğince TUTUKLULUK HALLERİNİN DEVAMINA [...]

Aslında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yukarıda basmakalıp ifadeler kullanıldığı ve gerekçesiz olduğu için eleştirdiği ulusal mahkeme kararlarından bir tanesini daha burada görmek şaşırtıcı değildir.

Oysa Anayasa'da, “bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” denmektedir (Anayasa 141/3). Ayrıca Kanunda tutuklamaya ilişkin gerekçe özel olarak düzenlenmiştir. Kanunda, savcının tutuklama istemlerinde “mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilir” denmektedir (CMK 101/1). Hâkimin vereceği “tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda hukuki ve fiili nedenler ile gerekçeleri gösterilir” (CMK 101/2).

Yerel mahkemeler ve hâkimler, tutuklama konusundaki kararlarında neden tutuklama şartlarının varlığını inceleyen gerekçe göstermemektedirler? İtiraz mercileri bu gerekçesiz kararları nasıl olup da inceleyebilmekte ve itirazları reddetmektedirler? Bu konuda en azından şu söylenebilir: Bu kararlara karşı Yargıtay'a başvuru yolu bulunmadığı ve bu kararlar Yargıtay denetiminden geçmediği için gerekçe yazılması da gerekli görülmemektedir. Çünkü Yargıtay kendi önüne gelen bir kararın “Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde olması” şartını aramaktadır.<sup>16</sup>

## BAŞVURU YOLU

Soruşturma veya kovuşturma aşamasında tutuklu bulunan bir kimse, tutukluluk süresinin makul olmadığı şikâyetiyle, i) tutukluluk süresi hükümlülük süresinden indirildiği halde hükümden sonra veya ii) tutukluluk süresi hükümlülük süresinden indirilecek olduğu halde hükümden önce, iç hukukta tazminat talep edebilir mi? Bu iki sorunun da yanıtları, “tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı”nın, “tutukluluk süresinin hükümden indirilmesi hakkı”ndan (mahsup hakkı) bağımsız bir hak olup olmasına göre değişir. Birinci hak tutuklunun hakkı olduğu halde, ikinci hak hükümlünün hakkı olup infaz hukuku kapsamına giren bir haktır.

15 İnsan Hakları Ortak Platformu, Yargı Gözlem Raporu Diyarbakır KCK Davası, İnsan Hakları, Hukukun Üstünlüğü, İnsan Hakları Savunucularının Korunması, [http://www.ihop.org.tr/dosya/diger/20110415\\_KCK\\_TR.pdf](http://www.ihop.org.tr/dosya/diger/20110415_KCK_TR.pdf), s. 23

16 Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararı, 10.07.2008 tarih, E. 2008/8558, K. 2008/15780.



### Sözleşme'ye Göre

Sözleşme'nin 5(3). fıkrası "tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı"nı güvence altına almakta, 41. maddesi (eski 50. madde) "zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesi"ni öngörmektedir. Mahkeme'nin eski tarihli kararlarından birinde tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiği tespit edilmiş, başvuru bu ihlale karşılık Mahkeme'den tazminata hükmedilmesini istemiştir. Hükümet bu isteğe karşı çıkmıştır. Hükümet, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlalinin, iç hukukta tam olarak giderilmesinin mümkün olduğunu ve aslında ulusal mahkemenin tutuklu kalınan süreyi hapis cezasından indirilmesine karar vererek bu ihlali giderdiğini ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Mahkeme'ye göre tutuklulukta geçen sürenin hapis cezasından indirilmesi, tutukluluğun uzun sürmesinden kaynaklanan zararın boyutlarını değerlendirirken dikkate alınabilir; ancak bu indirimle, zarar giderilmiş sayılamaz; çünkü hukuka aykırı olarak elden alınan bir özgürlüğün yerine başka bir özgürlük verilemez; öte yandan Hükümetin bu yaklaşımı, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını etkili olmaktan çıkaracak sonuçlara yol açar; özellikle, makul bir süreyi aşacak şekilde tutuklu kalan kimsenin daha sonra suçlu bulunması halinde böyle olacaktır; çünkü böyle durumlarda, (eski) 50. maddenin uygulanmasını önlemek için, tutuklulukta geçen sürenin, verilen cezadan az olması ve indirim yapılması yeterli olacaktır (Ringeisen (Art. 50), 22.10.1972, §20-21).

Mahkeme, tutukluluk süresinin hükümlülük süresinden indirildiği veya indirileceği Türkiye'yle ilgili birçok davada Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlal edildiğini tespit ettikten sonra, Sözleşme'nin 41. maddesi gereğince başvurucuya tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Örneğin bir olayda başvurucular 12 yıl 6 ay hapis cezasına mahkûm edilmişler, Mahkeme başvurucuların 2 yıl 5 ay devam eden tutukluluk sürelerinin makul tutukluluk süresini aştığı gerekçeyle Sözleşme'nin 5(3). fıkrasının ihlaline karar vermiş; Hükümet iç hukukta dava mahkemesinin kesin hükmünden itibaren 3 ay içinde kanuna aykırı tutukluluk nedeniyle tazminat talebinde bulunabileceklerini savunmuş, ancak Mahkeme başvurucuların ulusal mahkemeler tarafından salıverilme taleplerinin reddedildiğini ve dolayısıyla iç hukuka uygun bir şekilde tutuklu kaldıkları kabul edildiği için Hükümetin sözünü ettiği dava yolunun başarı şansı bulunmadığını belirtmiş; sonuçta Mahkeme Sözleşme'nin 41.

maddesine göre başvurucuların her birine 6.000 avro tazminat ödenmesine hükmetmiştir (Sevgin ve İnce, §68, 74-75, 95). Mahkeme bir başka davada, dava mahkemesi tarafından ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilen ve davası halen Yargıtay'da devam eden başvuruçunun 9 yıl 1 ay devam eden tutukluluk süresinin Sözleşme'nin 5(3). fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmış; Mahkeme başvurucuya 11.000 avro tazminat ödenmesine hükmetmiştir (Yiğitdoğan, §23, 35). Sonuç olarak Mahkeme'ye göre, tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlali iddiasının kabul edilmediği olaylarda, bu ihlal iddiasıyla iç hukukta tazminat talebinin başarı şansı yoktur.

### İç Hukuka Göre

Anayasa'nın kişi özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinin ardından tazminat talebiyle dava açma imkânı tanınmıştır: "Bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir" (Anayasa 19/son). Bu esaslar arasında Anayasa'nın 19/7. fıkrasındaki tutuklunun makul sürede salıverilme hakkı bulunduğu kabul edilecek olursa, bu hakka aykırı bir işlemde doğan zarar için tazminat ödenmesi gerektiği düşünülebilir.

CMK'da, Anayasa'nın 19/7. fıkrasındaki hakkı güvence altına alan hükümler yer almaktadır. Kanuna göre, "suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen, [...] d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen, [...] kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletin isteyebilirler" (CMK 141/1/a ve d). Bu maddeye göre, "kanunlarda belirtilen koşullar dışında", yani CMK'nın 100. maddesindeki tutuklama şartları dışında kişinin tutuklu kaldığının veya kişinin "makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm" verilmemiş bir kişi olduğunun tespit edilmiş olması gerekir. Kanuna göre bu tespit, tutuklunun yargılandığı veya yargılanmakta olduğu mahkeme tarafından değil, tutuklunun tazminat talebiyle dava açtığı ağır ceza mahkemesi tarafından yapılabilir (CMK 142/2).

Ne var ki Kanun, kimlerin tazminat isteyemeyeceğini de göstermiştir: "gözaltı ve tutukluluk süresi başka bir hükümlülüğünden indirilenler [...]" tazminat isteye-

---

mezler (CMK 144/1/a). Tutukluluk süresinin hükümlülükten indirimi TCK'da düzenlenmiştir: "hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir" (TCK 63). Dolayısıyla hüküm kesinleştiğinde, hükmolunan hapis cezasından tutukluluk süresi indirilecektir. CMK'nın 144/1(a) bendinde tutukluluk süresi "başka bir hükümlülükten" indirilenler için tazminat verilemeyeceği söylenirken, tutukluluk süresi yargılanmakta olunan davada verilen hükümlülükten indirilenlere tazminat ödenmesinin kabul edileceğini düşünmek zordur. Kanunun tazminatın geri alınmasına ilişkin hükmü (CMK 143/1), bu görüşü desteklemektedir.

Dolayısıyla CMK'nın, hükmedilen hapis cezasından indirilen bir tutukluluk süresi makul olmadığı için tazminat ödenmesini öngördüğü söylenemez. Dahası, tutukluluğu uzun süredir devam eden bir kişinin, henüz hakkındaki hüküm kesinleşmeden, tutukluluğu-

nun makul süreyi aştığı iddiasıyla tazminat davası açabileceğini söylemek de mümkün değildir. Tutukluluk nedeniyle tazminatın, haksızlığı ancak kesinleşen hükümle anlaşılan bir tutukluluk dönemine sıkıştığı görülmektedir. Bir başka deyişle iç hukuk, ancak kesinleşen bir hükümlülükten indirilemeyen bir tutukluluk için tazminat öngörmektedir, makul süreye aykırı bir tutukluluk için değil. Dolayısıyla iç hukukta, Sözleşme'nin 5(3). fıkrasına ve Anayasa'nın 19(7). fıkrasına aykırı olarak makul süreyi aşan bir tutukluluk dönemi için tazminat hakkı görünmemektedir.

Ama şu soru, tutukluluk konusunda daha ağır bir gerçekle yüzleşmeye götürebilir: Bir kişiyi makul olmayan bir süre tutuklu tutan bir adalet mekanizması, o kişiyi beraat ettirebilir mi – üstelik kanunda, "devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder" şeklinde bir hüküm (CMK 143/2) olduğu düşünülürse? Tutukluyu beraat ettirmezse, bunu nasıl yapar? Hangi delillere dayanır?







# Bu Delillerle Mahkûmiyet mi?

Sanık, aleyhinde dava açıldıktan sonra dosyadaki delilleri gördüğünde, bu delillerin, mahkûm edilmesi şöyle dursun, tutuklanmasına bile yetecek düzeyde olmadığını, üstelik bu delillerin duruşmada ortaya koyulmasından sonra çürütüldüğünü düşünebilir. Sanık bazı delillerin nasıl elde edildiğini bildiği için, aslında bunların gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüştür. Sanık mahkûmiyet kararını eline aldığı anda, şu soruyu sorar: Bu delillere dayanarak mı mahkûm edildim?

Ceza adaletinin amacı, suçla ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve sorumluların saptanıp cezalandırılmasıdır. Bu amaçla soruşturma makamları suç fiilini ve fiili işleyen faili tespit etmeye çalışırlar. Fiil olup bitmiş, fail uzaklaşmıştır. Suçun nasıl olduğu ve kim tarafından işlendiği kanıtlanmadıkça, kimse mahkûm edilemez. Kanıtlama ise ancak delillerle mümkündür.

Delilleri toplamak, kural olarak soruşturma makamlarının, ceza davası açılmışsa bu delillerden maddi gerçeğin ne olduğuna dair bir sonuca varmak ise yargılama makamının işidir. Yargılama makamı, önüne getirilen deliller hakkında açık duruşmada iddia ve savunma taraflarının tartışmalarını dinledikten sonra, gerçeğin ne olduğunu söyler. Bir mahkemeye delil sunmanın ve mahkemede delilleri tartışmanın amacı, işlenen suçtan dava açılıncaya kadar habersiz olduğu ve suç ile fail hakkında bir kanaati bulunmadığı varsayılan bağımsız ve tarafsız mahkemeyi, maddi gerçeğin iddia edildiği gibi olduğuna veya olmadığına ikna etmektir. Bu nedenle, iddiayı kabul etmeye dünden hazır bir hâkime fazla delil sunmak ve önünde delilleri tartışmak boş bir çabadır.

Fail, şüphe sebebi oluşturan bir iz, eser, emare bırakmış olmalıdır. Kuşkusuz bu izler suça göre değişir. Örneğin silahla öldürme olayında kurşun ölen kişinin üzerinde maddi bir iz, silahı ateşleyeni gören tanık üzerinde zihinsel bir iz bırakır. Bu izlerin delile dönüşebilmesi için bazı işlemlerin yapılması gerekir: Otopsiy-

le ölüdeki maddi izler ve olayla ilgili kriminolojik diğer bulgular tespit edilerek rapora veya tutanağa bağlanmalı, olayı gören kişiler dinlenerek ifadeleri tutanağa geçirilmelidir. Suçun izleri, fiilin işlenmekte olduğu sırada da kayda geçirilebilir. Özetle delil, olmuş veya olmakta olanın bıraktığı izlerden oluşturulan bir kanıtlama aracıdır.

Delil, oluşturulan bir kanıtlama aracı olduğu için, bazı hak ve özgürlükler ihlal edilmek suretiyle oluşturulmuş olma riski taşır. Bu riskin önlenmesi için hangi delillerin kabul edilebilir olduğunu düzenleyen delil kuralları konulmuştur. Delil, yine aynı sebeple, yani oluşturulan bir kanıtlama aracı olduğu için, olmuş olanı olduğu gibi gösterememe riski taşır. Bu riskin asgariye indirilmesi için de delillerin mahkemeye sunulmasını ve sanığın huzurunda iddia ve savunma tarafınca tartışılmasını düzenleyen delil kuralları bulunur. Bir mahkûmiyet ancak kabul edilebilir nitelikte olan ve duruşmada ortaya konduktan sonra gerçeği yansıttığına inanılan delillere dayandırılabilir. Bunlar adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Bu kurallara aykırı olarak toplanan veya tartışılmadan kullanılan deliller bir mahkûmiyete götürmüş ise, adil yargılanma hakkının ihlali sorunu doğar. Ancak, bu tür delillere rağmen bir mahkûmiyete ulaşılmamış ise, delillerin elde edilişi sırasında başka bazı haklar ihlal edilmiş olsa bile, adil yargılanma hakkı bakımından bir sorun doğmaz.

Sözleşme, delil kuralları konusunda, yani delillerin kabul edilebilirliği ile delillerin ortaya koyulması, tartışılması ve delillerin takdiri konularında bir hüküm içermemekte, sadece sanık hakları arasında tanıkların sorgulanma usulüyle ilgili bir hükme yer vermektedir (Sözleşme 6(3)(d)). Ancak Mahkeme, mahkûmiyetin dayandığı delillerle ilgili ortaya atılan ihlal iddialarını, Sözleşme'nin 6(2) ve 6(3). fıkrasındaki sanık haklarıyla bağlantılı olarak 6(1). fıkrasında yer alan adil muhakeme hakkı (*right to a fair hearing*) açısından incelemektedir. Dolayısıyla mahkûmiyetin dayandırıldığı deliller

konusunda Sözleşme organları sessiz değildir. Dahası Mahkeme, mahkûmiyetin dayandırıldığı deliller nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna vardığı zaman, bu ihlali en uygun giderme biçiminin, başvurunun talep etmesi halinde Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının şartlarına uygun bir şekilde yeniden yargılama yapılması olduğunu söylemektedir (*Salduz [BD]*, §72; *Desde*, §144). Çünkü deliller sebebiyle adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş ise, iç hukukta verilmiş olan mahkûmiyet kararının temeli çöker.

Anayasa'da delil kurallarıyla ilgili bazı hükümler yer almaktadır. Anayasa'nın 38(6). fıkrası, delillerin kabul edilebilirliği konusunda, kanuna aykırı yollarla elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilmesini yasaklamaktadır; 38(5). fıkrası susma ve kendini suçlandırmama hakkını güvence altına almak amacıyla "hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" demektir; 138(1). fıkrası, hâkimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini öngörmektedir. CMK, yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceğini söyleyerek (CMK 217/2), delil serbestliğini getirmiştir. Kanun, delil sayılabilecek bazı ispat araçlarını düzenlemiştir.<sup>17</sup> Ayrıca 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun (PVSK) özellikle Ek 6 ve Ek 7. maddeleri, polislerin delil toplama yetkisiyle ilgili ayrıntılı hükümler içermektedir. Yine CMK, delillerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığının test edilebilmesi için, mahkeme huzuruna getirilmesini ve tartışılmasını güvence altına almaktadır (CMK 217/1).

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Türkiye'de ceza mahkemeleri tarafından verilmiş ve Yargıtay tarafından onanmış bazı mahkûmiyet kararlarını dayandırdıkları deliller yönünden inceleyerek, bu kararlara adil

yargılanma hakkının çeşitli unsurları ihlal edilerek varıldığı sonucuna ulaşmış, ayrıca elliden fazla davada yeniden yargılama yapılması gerektiğini söylemiştir. Bu durum, Türkiye'de ceza adaletinin işleyişinde deliller bakımından sistematik bir sorun bulunduğunu göstermektedir. Bu nedenle delillerin kabul edilebilirliği ile delillerin ortaya konulması ve tartışılması konuları biraz daha yakından incelenmelidir.

## DELİLLERİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ

Bir sanık, karşısında durduğu yargıcın önündeki dosyayı şöyle bir karıştırdıktan sonra hafifçe yana iterek kendisine baktığını gördüğünde şöyle düşünebilir: "Galiba işim bitti." Sanık, bir yargıcın soruşturma dosyasındakileri ince eleyip sık dokumadan, dosyadaki her belgeyi delil olarak kabul ettiğini düşünebilir. Oysa bir ceza mahkemesine sunulan soruşturma dosyasındaki bir belge delil olarak kabul edilmedikçe, mahkûmiyet için dayanak oluşturamaz ve böyle bir belge basit bir kâğıt parçasından ibarettir.

Delillerin kabul edilebilirliği konusunda iki temel sorun bulunmaktadır: Birincisi, savunma tarafı dosyadaki bir delilin kabul edilebilir olmadığını iddia ettiğinde, bu iddiayı karara bağlayacak muhakeme usulü var mıdır? İkincisi, hangi deliller kabul edilebilir değildir, yani hangi delillere dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez?

Sözleşme'de delillerin kabul edilebilirliğinin muhakeme usulünü gösteren ve hangi delillerin kabul edilebilir olduğunu söyleyen özel bir hüküm yoktur. Mahkeme'ye göre delillerin kabul edilebilirliği meselesi, öncelikle ulusal hukuktaki düzenlemelerin konusudur (*Schenk*, §45-46; *Teixeira de Castro*, §34; ve *Heglas*, §84); delillerin kabul edilebilirliğini değerlendirmek de yine öncelikle ulusal mahkemelerin görevidir (*Van Mechelen ve Diğerleri*, §50; *Rachdad*, §23). Dolayısıyla, kural olarak, belirli bir delil türünün, örneğin iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin kabul edilebilir olup olmadığına veya aslında başvurunun suçlu olup olmadığına karar vermek, Mahkeme'nin işi değildir. Mahkeme'nin cevap vermesi gereken soru, delillerin elde edilme yolu dahil, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı sorusudur. Bu, söz konusu "hukuka aykırılığın" ve eğer Sözleşme'deki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliğinin incelenmesini de içerir (*Khan*, §34; *P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık*, §76; *Allan*, §42; *Jalloh [BD]*, §95; ve *Desde*, §125).

17 CMK'da gösterilen ispat vasıtaları: tanık ifadesi, 43 vd.; bilirkişi raporu, 62 vd.; uzman mütalaası, 67/6; gözlem raporu, 74; beden muayenesi raporu, 75; vücuttan alınan örneğe ilişkin rapor, 75; fizik kimliği tespit belgeleri, 81; keşif tutanağı, 84; yer gösterme tutanağı, 85; ölünün kimliğini belirleme tutanağı ve adli muayene tutanağı, 86; otopsi raporu, 87; arama ve elkoyma tutanağı, 116, 123, 128, 129, 134; iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması suretiyle oluşturulan belgeler, 135; tesadüfen elde edilen deliller, 138; gizli soruşturmacının topladığı deliller, 139; teknik araçla izleme sonucu elde edilen ses ve görüntü kayıtları, 140; şüpheli veya sanığın ifadesi, 147; ihbar ve şikâyet tutanağı, 158; duruşma tutanağı, 222.

Mahkeme Büyük Dairesi, 01.06.2010 tarihli *Gafgen – Almanya* kararında, delillerin kabul edilebilirliğiyle ilgili temel ilkeyi şu şekilde özetlemiştir:

164. Bir yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığına karar verilirken, savunma haklarına saygı gösterilmiş olup olmadığı da göz önünde tutulmalıdır. Özellikle, başvuru delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilmediği incelenmelidir. Buna ek olarak, delillerin kalitesi ile birlikte, delillerin elde edildiği koşullar ve bu koşulların delillerin gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde kuşku doğurup doğurmadığı da dikkate alınmalıdır. Bir delilin başka materyallerle desteklenmiş olmaması halinde mutlaka adillik sorunu doğmaz; bir delil çok kuvvetliyse ve güvenilirliği konusunda bir risk yoksa, buna karşılık destekleyici delile olan ihtiyaç azalır (*Khan*, §35 ve 37; *Allan*, §43; ve *Jalloh*, §96). Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu delilin davanın sonucu üzerinde belirleyici (*decisive*) olup olmadığı konusuna da önem atfeder (krş. *Khan*, §35 ve 37).

CMK’da delillerin kabul edilebilirliğiyle ilgili hükümler yer almıştır. “Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir” (CMK 217/1). Duruşmaya getirilen deliller ortaya konulur (CMK 206). Delilin ortaya konulması (ikamesi), i) suç ortağının, tanığın veya bilirkişinin dinlenmesiyle herhangi bir belgenin okunması, sonra ii) bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığına taraflara sorulmasıdır (CMK 217/1). Dolayısıyla hâkimin önündeki dosyada belgelerin duruyor olması, bunların delil olarak kabul edildiği anlamına gelmez; delil olarak kabul edilmiş sayılmaları için ilk olarak duruşmada ortaya konulmuş, yani duruşmada okunmuş ve taraflara diyeceklerinin sorulmuş olması gerekir. Delil, “kanuna aykırı olarak elde edilmişse” duruşmada ortaya konamaz (CMK 206/2/a); çünkü “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” (Anayasa 38/6).

Peki bir bulgunun veya delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olup olmadığı, dolayısıyla kabul edilebilir olup olmadığı nasıl belirlenecektir? Delilin kabul edilebilir olup olmadığına kim, ne zaman, nasıl karar verecektir? Bir delilin kabul edilebilirliği sorunu, savunma tarafının bu konuda bir iddiası veya itirazıyla başlar. Ama bu iddia üzerine kararı, sanık aleyhindeki davayı gören mahkeme mi, yoksa delil elde edilirken işlendiği iddia edilen suçu muhakeme eden mahkeme

mi verecektir? Ya delil elde edildiği sırada suç işledikleri iddia edilen kişiler beraat ederse? O zaman delil kabul edilebilir mi sayılacaktır? Bu iddia hakkında ne zaman karar verilecektir? Hemen davanın başında mı, yoksa yargılamanın sonunda mahkûmiyet kararıyla birlikte mi? Kanun bu konuda özel bir muhakeme usulü düzenlememiştir. Ancak kanun, hükmün gerekçesinde “dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi”ni istemektedir (CMK 230/1/b). Yargılamanın başlarında bir delilin kabul edilebilir olmadığı iddia edildiği halde, bu iddia hakkında ancak hükümle birlikte bir karar verilecek olması, sanığa zor zamanlar yaşatmayacak mıdır?

Genellikle iki tür delilin kabul edilebilirliği tartışma konusu yapılmaktadır. Birinci tür tartışılabilir deliller, şüpheli/sanığın kendini suçlandırıcı beyanlarıdır: İşkence veya kötü muamele altında elde edilen ifadeler delil olarak kabul edilebilir mi? Ayrıca işkence veya kötü muameleyle elde edilen ifadeler sonucu ulaşılan maddi bulgular delil olarak kabul edilebilir mi? Öte yandan sanığı yetkililerin haksız zorlamalarına karşı korumadan alınan kendini suçlandırıcı ifadeler delil olarak kabul edilebilir mi? İkinci tür deliller, iletişimin denetlenmesiyle oluşturulan kayıtlardır: Özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkı ihlal edilecek şekilde iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydedilmesi sonucu elde edilen kayıtlara delil olarak dayanılabilir mi?

### Kötü Muameleyle Elde Edilen İfade

Şüpheli gözaltında işkence veya insanlık dışı muamele görmüş, yetmemiş, çılgınlıkları arasında ağzından çıktığı varsayılan sözlerin yazıldığı ifade tutanağı, uzun sürecek bir hapis cezasının delili sayılmıştır. Adalet mekanizmasının zulmünün somutlaşabileceği alanlardan biri de budur. Türkiye’de yakın zamanlarda uygulamada işkence altında alınan ifadelerin delil olarak kabul edilmesi, işkenceyi meşrulaştıran ve sürmesini sağlayan en önemli araçlardan biri olmuştur. Bu aracın tasfiyesi uzun soluklu bir hukuk mücadelesini gerektirmiştir.

Kuşkusuz, kabul edilebilirliği en sorunlu delil türlerinden biri, şüphelinin gözaltında verdiği kendini suçlandırıcı ifadesidir (ikrar). Ama Yargıtay’ın en gözde



delillerinden birinin ikrarı olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre:

[...] sanığın isnat bakımından önemli görülen olayları beyanıyla kabul etmesi şeklinde tanımlanabilecek olan ikrar; [olay] hakkında en çok bilgisi bulunanın beyanı olması, soruşturmayı esaslı surette kolaylaştırması, özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun olduğunun saptanması halinde yargıcın vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması itibarıyla önemli bir sübut vasıtası [olabilir] (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.11.2009, E. 2009/160, K. 2009/264).

### Sözleşme'ye Göre

Mahkeme'ye göre, işkence altında elde edilen ifadelerin bir başvuru aleyhindeki ceza davasının sonucu üzerinde etkisi ne olursa olsun, bu tür bir delilin kullanılması yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkardığı için Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ihlal edilmiş olur (*Harutyunyan*, §66).<sup>18</sup>

Mahkeme, Türkiye'de bazı suçlar bakımından gözaltı süresinin uzun olduğu, şüphelilerin müdafiden yararlandırılmadan gözaltında tutuldukları ve gözaltında doktora muayene hakkının güvence altına alınmadığı 1990'lı yıllarda meydana gelen gözaltında "işkence" şikâyetleriyle ilgili birçok başvuruda Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>19</sup> Kaydetmek gerekir ki, işkence yasağının

ihlal edildiğinin tespit edildiği her olayda, ikrara dayalı bir mahkûmiyet kararı verilmiş değildir.

Mahkeme'nin işkence yasağı ile adil yargılanma hakkı ihlalleri arasındaki bağlantıyı kurması kolay olmamıştır. Mahkeme, gözaltında işkence yapılmak suretiyle alınan ikrarların mahkûmiyet için delil olarak kullanılması nedeniyle adil muhakeme hakkının ihlali şikâyetini (Sözleşme 6(1) ve (3)(c)), 20.06.2006 tarihli *Örs ve Diğerleri – Türkiye* kararında incelemiştir. Mahkeme, başvuru aleyhine kötü muamele yaptıklarına dair polisler aleyhine güçlü bir karine bulunmasına, polisler aleyhindeki ceza davasının devam etmesine ve Türk hukukuna göre bu tür ifadelerin sanığın aleyhine bir sonuç doğurmamasına rağmen, DGM'nin işkence altında alındığı iddia edilen ifadeleri ve ikrarları delil olarak kabul etmesini çok çarpıcı bulmuştur. Mahkeme'ye göre DGM, örneğin polisler aleyhindeki ceza davasının sonuçlanmasını gerekli görmeksizin başvurular hakkında mahkûmiyet kararı vermiştir; başvurular bütün bir yargılama boyunca söz konusu ikrarların ve ifadelerin gerçekliğine itiraz etmişlerdir. Mahkeme, başvuruların mahkûmiyetinde poliste baskı altında verdikleri iddia edilen delillerin kullanılmış olmasını yeterli görmüştür. Mahkeme'ye göre, mevzuattaki usul güvenceleri, müdafinin yokluğunda ve kendini suçlandırmama kuralı göz ardı edilerek işkence altında alındığı iddia edilen ikrarların kullanılmasına karşı başvurucuları korumamıştır. Yargıtay da bu kusuru düzeltmemiştir. Böylece Mahkeme, dört başvuru bakımından Sözleşme'nin 6(1). fıkrası ile 6(3)(c) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Örs ve Diğerleri*, §57-61).

18 Ayrıca, 1984 tarihli BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 15. maddesi şöyledir: "Her bir Taraf Devlet, işkence sonucu alındığı ortaya çıkan bir ifadenin, işkence yapmaktan sanık bir kimsenin aleyhine bu beyanın alındığına dair bir delil olarak kullanılması durumu hariç, hiçbir yargılamada delil olarak ileri sürülememesini sağlar."

19 Çok sayıda "insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele" yasağı ihlali bir tarafa bırakılacak olursa, sadece işkence yasağının ihlal edildiğine karar verildiği davalar şunlardır: Aksoy, 12.12.1996 (gözaltında Filistin askısı); Aydın, 25.09.1997 (gözaltında tecavüz); Çakıcı, 08.07.1999 (gözaltında kayıp edilmeden önce tutulduğu sırada ağır dövme, elektrik verme); İlhan, 27.06.2000 (gözaltına alırken beyne zarar verecek şekilde başa dipçikle vurma); Salman, 27.06.2000 (gözaltında ölümden önce falaka ve göğse darp); Dikme, 11.07.2000 (gözaltında çok sayıda darp); Akkoç, 10.10.2002 (gözaltında çırılçıplak tutma, elektrik verme, çocuklarına işkence yapmakla tehdit etme); Aktaş, 24.04.2003 (gözaltında ölümden önce moraracak kadar havasız bırakma, germe veya Filistin askısı); Elçi ve Diğerleri, 13.10.2003 (gözaltında avukatlara hakaret, vurma, çırılçıplak soyup dondurucu soğuk su dökme); Batı ve Diğerleri, 03.06.2004 (gözaltında 15 tane genci kollarından asma, üzerlerine su sıkma, sürekli dövme, falaka uygulama, günlerce uykusuz bırakma, hamile kadının çocuk düşürmesine sebep olma);

Abdülşamet Yaman, 02.11.2004 (gözaltında gözleri bağlı olarak tutma, çırılçıplak soyarak soğuk suya sokma, bileklerden asma, bu halde elektrik verme); Okkalı, 17.10.2006 (12 yaşındaki çocuğun karakolda darp edilmesi üzerine işkenceden suçlu bulunan polisler hafif cezalar verilmesi); Öktem, 19.10.2006 (gözaltında öğretmenin kollarında hareketsizlik oluşturacak şekilde dövülmesi üzerine iç hukukta işkenceden 10 ay hapis cezasının tecil edilmesi ve sonra davanın zamanaşımından düşmesi); Türkmen, 19.12.2006 (gözaltında kollardan asma ve falaka); Koçak, 03.05.2007 (gözaltında gözleri bağlama, çırılçıplak soyma, üzerine soğuk su dökme, vücudun çeşitli yerlerine copla vurma, ayak altlarına vurma ve tuzlu yerde yürümeye zorlama, Filistin askısına alma ve genital organlarından elektrik şoku verme); Baran ve Hun, 20.05.2010 (gözaltında dövme, soyma, tazyikli soğuk su dökme ve bir fanın önünde bekletme, cinsel tacizde bulunma, saçlarını ve parmaklarını çekme, asma, ayakları üzerine ağırlık koyarak bekletme).

Mahkeme, gözaltındaki muamelenin işkence düzeyine ulaşmadığı bazı olaylarda da aynı sonuca varmıştır. Mahkeme 21.09.2006 tarihli *Söylemez – Türkiye* kararında, başvuruculardan birinin gözaltında işkenceye değil insanlıkdışı muameleye tabi tutulduğunu tespit ettikten sonra, insanlıkdışı muameleyle elde edilen ikrarın başvuru aleyhindeki ceza davasında delil olarak kullanılmasının yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkardığı sonucuna varmıştır (*Söylemez*, §122-125). Mahkeme'ye göre iç hukukun, mahkemede tekrarlanmış olmadıkça gözaltında alınan ikrarlara delil niteliği vermemesine rağmen, bu davaya konu olan olayda Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesi, gözaltında insanlıkdışı muameleyle elde edilen ikrarı kullanarak mahkûmiyet hükmü vermeden önce, bu ikrarın kabul edilebilirliği konusunda kendisi bir karar vermemiştir. Bu mahkûmiyet kararından bir ay kadar sonra da başvurucuya işkence yapma suçundan İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılanan polisler beraat etmişlerdir (aynı yönde, *Hacı Özen kararı ve Göçmen kararı*).

Mahkeme, işkence veya diğer kötü muamele fiilleri altında alınan ifadelerin delil olarak kullanılamayacağına dair iç hukuktaki kural ve içtihatların, belirli bir olayda bu tür ifadelerin delil olarak kullanılmamasını güvence altına almadığını, ceza mahkemelerinin bu tür ifadeleri delil olarak kullanabildiklerini ve Yargıtay'ın bu tür ifadelerin delil olarak kullanılmasına göz yumabildiğini fark etmiştir. Mahkeme 01.12.2009 tarihli *Yusuf Gezer - Türkiye* kararında açıkça şöyle demiştir:

44. Yukarıda anlatılanlar ve kendisine sunulan belgeler ışığında Mahkeme, usul koruyucularının mevcut olayda, baskı altında alınan ikrarların kullanılmasını engelleyecek bir rol oynamadıkları kanaatinde. Yargıtay da bu ihlali telafi etmediğinden, yargılama sırasında Sözleşme'nin 6. maddesinin gerekleri karşılanmamıştır.

Mahkeme'ye göre, bir kimsenin fiziksel şiddet ve tehdit gibi kötü muamelelere tabi tutulduğuna dair güçlü deliller (*compelling evidence*) varsa, bu kimsenin kendisine kötü muamelede bulunan kişiden başka bir makam önünde ikrarda bulunmuş olması veya zorlama altında vermiş olduğu ikrarını daha sonraki ifadelerinde teyit etmiş olması, otomatik olarak bu ikrarın veya sonraki ifadelerin kötü muamelenin ve daha sonra yaşayacaklarına dair duyduğu korkunun etkisiyle verilmediği sonucuna götürmez (*Harutyun-*

*yan*, §65). Özetle işkence veya kötü muamele altında verilmiş olan ikrarlar, savcı veya hâkim önünde tekrarlanmış olsa bile, delil olarak kullanılamazlar.

### İç Hukuka Göre

Yukarıda sözü edilen Mahkeme kararlarından anlaşılmaktadır ki, Türkiye'de mahkûmiyet kararlarından bazıları işkence veya kötü muamele altında elde edilmiş olan ifadelere dayandırılmış, Yargıtay da bu mahkûmiyet kararlarını onamıştır. Mahkeme'nin onca kararına rağmen, Yargıtay'ın, işkenceyle elde edilen ikrarın delil olarak kabul edilemeyeceğini söyleyerek bozduğu bir mahkûmiyet kararı var mıdır? Yargıtay'ın resmi internet sitesindeki "Emsal Karar Arama" sayfasında böyle bir karara rastlanmamıştır.

İç hukuktaki mevcut durumda, Anayasa'ya göre "kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" (Anayasa 38/6). Şüphelinin ve sanığın ifadesinin hangi hallerde "kanuna aykırı" olarak elde edilmiş sayılacağı, CMK'da "ifade alma ve sorguda yasak usuller" başlığı altında gösterilmiştir: "Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez" (CMK 148/1 ve 2). Kanun bu suretle alınmış ifadenin bir yargılamada nasıl bir sonuç doğuracağını da göstermiştir: "Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez" (CMK 148/3).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17.11.2009 tarihli bir kararında (E. 2009/160, K. 2009/264), belirli şartlarla ikrarın delil niteliğine sahip olduğunu belirtmiştir. Yargıtay'a gör

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda öngörülen sistemde, ikrarın delil oluşturması bakımından, hâkim huzurunda olup olmaması arasında fark öngörülmüş ve bunlardan sadece hâkim huzurunda yapılanına kanıt değeri tanınmıştır (CYUY m. 247).

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 213. maddesinde ise; sanığın hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcılar tarafından alınan ifadelerin duruşmada okunabilmesi kabul edilerek, savcı tarafından alınan ifadelere de delil olma değeri

tanınmıştır. Buna karşılık, şüphelinin kollukça alınan ifadesine ilişkin tutanağın duruşmada okunabilmesi için, kollukta ifade alındığı sırada müdafinin hazır bulunması koşulu aranmıştır. Görüldüğü gibi, her iki yasal düzenlemede de, hâkim önündeki ikrarın kanıt değeri kabul edilmiştir.

Ancak, vicdani kanıt sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda, özgür iradeye dayalı olan ikrarın da, dosyada varlığını koruyan diğer tüm kanıtlar gibi yargıç tarafından serbestçe takdir edilip değerlendirilmesi gerekecektir.

Gerçekten de, bir kimsenin suçlu olmadığı halde kendisini suçlu sayması veya bir başkasının suçunu kabullenmesi mümkündür. O halde, ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, kuşkudan arınılılığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da göz önünde bulundurulmak suretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir.

Yargıtay, bu kararında ikrarın özgür iradeye dayalı olup olmadığının nasıl tespit edileceğini belirlememiştir. Bir başka kararında Yargıtay, bir sanığın gözaltında kötü muamele şikâyeti üzerine soruşturma açılmışsa, bu sanık hakkında mahkûmiyet hükmü verilmeden önce şikâyetiyle ilgili soruşturmanın sonucunun araştırılmasını öngörmektedir: “Sanık R.’la ilgili işkence iddiası konusunda mevcut soruşturma evrakının akıbeti araştırılarak sonucuna göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken noksan soruşturma ile hüküm tesisi, [...] kanuna aykırı olup [...] bozulmasına” karar vermiştir (Y.9.C.D. E.2004/808, K.2004/1669, 27/04/2004). Yargıtay’ın bu kararı, işkence iddiası konusundaki soruşturma “kovuşturmaya yer olmadığına kararı” veya “beraat kararı” ile sonuçlandığında, ikrarın hukuka uygun elde edildiğinin kabulü gerektiği anlamına geliyorsa, bu durum, yukarıda örnekleriyle anlatıldığı üzere, Strasbourg içtihatlarına aykırı düşer. Çünkü sanığın yargılandığı dosyada gözaltında şiddet gördüğünü ima eden tek bir doktor raporu bile, ikrarın hukuka uygun elde edilmediği sonucuna varmak için yeterli olabilir.

Kanun, eğer dosyada yasak usullerle elde edilmiş bir ifadenin bulunduğu iddia ediliyorsa, ceza mahkemesi-

nin bu ifadenin kabul edilebilir bir delil olup olmadığını hükmün gerekçesinde göstermesini gerektirmektedir (CMK 230/1/b). Dolayısıyla ceza mahkemesi, dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiği iddia edilen bir delil hakkında sessiz kalmaz, bunu ayrıca ve açıkça göstermelidir. Ancak yukarıda söylendiği gibi, ikrarın kabul edilebilir bulunup bulunmadığını görmek için hükme kadar beklenilmesi, sanık açısından olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Bu konuda en geç, delillerin tartışılmasına geçilmeden önce, yani savcının esas hakkındaki kararını bildirmesinden önce karar verilmelidir. Sanıktan hangi delillerin kabul edilebilir olduğunu bilmeden savunma yapması istenmemelidir.

### Zehirli Ağacın Tatlı Meyvesi

İşkence veya insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele yasağını ihlal suretiyle şüpheliden alınan ifadeyle maddi bulgular elde edilmiş olabilir. Örneğin şüphelinin işkence veya insanlıkdışı muamele sonucu verdiği ifadeye dayanarak, hırsızlıkla çalınmış mallara ulaşılabilir. Bu suretle ulaşılan bulgular, yargılamada delil olarak kullanılabilir mi?

### Sözleşme’ye Göre

Sözleşme’de konuyla ilgili açık bir hüküm yoktur. Mahkeme, “işkence” olarak nitelendirilebilecek fiillerin sonucu olarak elde edilen suçlandırıcı maddi delile, kanıtlayıcılık değeri ne olursa olsun, hiçbir zaman mağdurun suçluluğu için bir kanıt olarak dayanılmayacağı görüşündedir (Gafgen, §167). İşkence değil, sadece insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele sayılabilecek fiillerin sonucu olarak elde edilen maddi bulgular da otomatik olarak delil sayılmayacak mıdır? Yoksa böyle bir eylemle elde edilen maddi delilin ağırlığına, kanıtlayıcılık değerine, sanığın delili kabulüne ve yargılamada kullanılmasına itiraz etme fırsatı bulup bulamadığına bakılarak, delil olarak dayanılıp dayanılmayacağı değerlendirilebilecek midir?

Mahkeme Büyük Dairesi’nin, 01.06.2010 tarihli Gafgen – Almanya kararında, zehirli meyveleri ‘öldürücü zehirli’ ile ‘öldürücü olmayan zehirli’ diye ikiye ayırdığı anlaşılmaktadır. Gafgen – Almanya davasında Mahkeme’den, işkence oluşturmayan, fakat Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı insanlıkdışı muamele olarak nitelendirilen bir fiil sonucu elde edilen maddi bulguların delil olarak kabulünün, yargılamanın

adilliği üzerinde doğurduğu sonuçları incelemesi istenmiştir. Mahkeme bu davada, işkence tehdidiyle (kötü muamele) ulaşılan maddi delillerden sonra mahkeme önünde verilen ikrarlara dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesini, adil muhakeme hakkına aykırı görmemiştir (parag. 180). On yedi yargıçlı Büyük Daire'nin olayın şartları içinde verdiği bu karara muhalif kalan altı üyesi, çoğunluk görüşünü yoğun bir şekilde eleştirmişlerdir (bkz. aynı karar).

### İç Hukuka Göre

Anayasa'nın 38/6 fıkrası burada da hatırlanmalıdır: "kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez;" bu kural mutlaktır, istisnası yoktur. İşkence, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele kanunla yasaklanmıştır. Aslında TCK "işkence suçu"nu düzenlemiştir (TCK 94), insanlıkdışı muamele veya kötü muamele adıyla bir suça yer vermemiştir. Buna göre bu bağlamdaki bütün fiiller işkence suçu kapsamına girer. Dolayısıyla Mahkeme'nin Sözleşme bakımından işkence ile insanlıkdışı muamele arasında yaptığı ayırım, iç hukukta yapılamaz.

Öte yandan CMK'ya göre "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" (CMK 217/2). Bu hükmün ters anlamına göre suç, hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş "herhangi bir delil"le ispat edilemez. Bu hüküm hukuka aykırılığın konusunu yasak yöntemlerle alınmış "ifade"yle sınırlı tutmamış, "her türlü delil" terimini kullanmıştır. Kanuna göre ayrıca, hükmün gerekçesinde, "dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi" gerekir (CMK 230). Burada da "ifade" değil, "delil" kelimesi kullanılmıştır. Buna göre TCK'nın 94. maddesi kapsamına giren herhangi bir fiil sonucu elde edilen maddi bulgunun yargılamada delil olarak kullanılamayacağı sonucuna ulaşılabilir.

### Müdafî Olmadan Verilen İfade

Şüpheli, gözaltında kendini suçlandırıcı ifade verirken, nasıl olsa daha sonra bu söylediklerimi hâkim önünde reddedebilirim, diye düşünebilir. Ama gözaltındaki ikrarının yargılamanın sonuna kadar yakasını bırakmayacağını hesaba katmaz, bu aşamada bir müdafiden yararlanamamış olmanın sonuçlarını çok sonra fark edecektir.

İşkence veya kötü muamele yapıldığına dair bir bulgu olmasa da, bir kimsenin kendini suçlandırıcı ifadeler

vermesi kuşkuyla karşılanmalıdır. Şüpheli/sanık kendini suçlandırıcı bir ifadeyi vermeden adil yargılanma hakkı kapsamındaki bazı haklardan yararlanmamış ise, bu kuşku daha da artmalıdır. Bu hakların başında, susma ve kendini suçlandırmama hakkı ile müdafiden yararlanma hakkı gelir. Bu haklar ihlal edilmek suretiyle elde edilen kendini suçlandırıcı ifadelerin delil olarak kullanılması, adil yargılanma hakkını ihlal eder.

### Sözleşme'ye Göre

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki "adil" kavramı, açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte, bazı koşullarda hazırlık soruşturmasının başlarında sanığın bir müdafiden yararlandırılmasını (Öcalan [BD], §131; Magee, §41; John Murray, §63; ve Imbrioscia, §36), ayrıca kendisine susma ve kendini suçlandırmama hakkının tanınmasını (Saunders, §68) gerektirebilir. Bunlar adil yargılama kavramının merkezinde yer alan uluslararası standartlar olup, bu hakların varlık nedeni, sanığı yetkililerin uygunsuz zorlamalarına (inappropriate compulsion) karşı korumak, adli hata yapılmasını önlemek ve böylece 6. maddenin amaçlarını gerçekleştirmektir (Kolu, §51).

Kendini suçlandırmama hakkının kullanılmasını sağlayan en önemli güvence, müdafiden yararlanma hakkıdır. Mahkeme Büyük Dairesi, 27.11.2008 tarihli *Salduz – Türkiye* kararında gözaltında müdafiden yararlanma hakkını açıkça tanımış ve bu haktan yararlanmanın kural olarak polisin şüpheliyi ilk sorgusuyla birlikte tanınması gerektiği sonucuna varmıştır (parag. 55).

*Salduz* davasındaki mesele, bazı suçlardan gözaltına alınanların gözaltında müdafiden yararlanma hakkından yasa gereği kategorik olarak yararlandırılmamış olmalarıdır. Ancak, müdafiden yararlanma hakkı tanındığı halde bu hakkı kullanmaktan feragat edenlerin verdikleri ifadeler delil olarak kullanılabilir mi?

Mahkeme, 23.02.2010 tarihli *Yoldaş – Türkiye* kararında, 18 Aralık 2003'te gözaltına alınıp altı gün tutulan ve kollukta, savcı önünde ve daha sonra hâkim önünde verdiği ifade tutanaklarına göre müdafiden yararlanmak istemediğini belirtilen başvuru, daha sonra yargılanıp ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiş, mahkûmiyet kararında ifade ve sorgu tutanaklarına delil olarak dayanılmıştır. Mahkeme gözaltındaki ifade tutanağında müdafî istemediğine dair beyanını ve bu beyanın altında imza bulunmasını, tartışma götürme-

yecek bir şekilde yapılmış bir feragat olarak görmüştür (Yoldaş, §51-54). Ancak üçe karşı dört oyla verilen bu karar, muhalif üyelerce yoğun bir şekilde eleştirilmiştir. Yoldaş kararı Salduz kararını sarsmıştır, ama Mahkeme 05.04.2011 tarihli Şaman – Türkiye kararında, müdafiden yararlanma hakkından feragati içeren ve gözaltında polis tarafından düzenlenen tutanakların gerçeği yansıtmayabileceğini, dolayısıyla feragatin tartışmalı olabileceğini gözlemlemiştir. Mahkeme bu davada gözaltında polisin kendisine sorduğu soruları anlayacak düzeyde Türkçe bilmeyen, okuma yazması olmayan ve müdafiyile görüştürülmeyen ama gözaltı tutanağında müdafiyeye istemediği belirtilen ve ifade tutanağına göre kendini suçlandırıcı olayları bir güzel anlattığı görülen başvurucuyla ilgili gözaltında tutulan tutanakların gerçeği yansıttığına ikna olmamış; bunların delil olarak kabul edilip başvurucunun mahkûm edilmesini, savunma ve çevirmenden yararlanma haklarıyla birlikte adil muhakeme hakkına aykırı bulmuştur.

Gözaltında bir müdafiden yararlanmaksızın ifade vereceğini söyleyen bir şüpheliyi bu haklardan feragatinin doğurabileceği ağır sonuçlar hakkında kim bilgilendirebilir? Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu’nu dolduran kolluk görevlisi mi? Bir müdafiyeye mi? Mahkeme’nin aradığı bu özel koruyucunun, müdafinin kendisi olduğu anlaşılmalıdır.

Şüphelinin bir müdafinin yardımını almadan kollukta verdiği kendini suçlandırıcı ifadeyi daha sonra savcı ve sorgu yargıcı önünde tekrar etmiş olması halinde bu ifade mahkûmiyet için delil olarak kullanılabilir mi? Mahkeme bir davada bu soruya olumsuz yanıt vermiş ve savunma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (Hüseyin Habip Taşkın, §21-23).

Müdafiyeye görüştürülmeden veya müdafiyeye görüşme hakkından feragat ettiğini belirtmeden şüphelinin gözaltında şifahi olarak ifadesi alınabilir mi? Mahkeme, 02.08.2005 tarihli Kolu – Türkiye kararına konu olan olayda, gözaltında “şifahi ifade” olgusuyla karşılaşmıştır. Mahkeme’ye göre önceki sorgulamaların yapıldığı koşullar bilinmemekle birlikte, başvurucunun kendini suçlandıran beyanlarda bulunduğu açık olup, bu beyanları bir müdafinin huzurunda verdiğini veya bir müdafiden yararlanma hakkı bulunduğu hatırlatıldıktan sonra bu beyanlarda bulunduğunu gösteren bir delil yoktur; böyle bir durum, söz konusu

ifade tutanağında başvurucunun bir müdafiyeye yardımından feragat ettiğine dair sözlere güveni engellemektedir. Mahkeme’ye göre sorgulamanın yapıldığı bu koşullar, şüphelinin sessizliğini kırmaya yönelik psikolojik bir baskı da oluşturabilir; kaldı ki başvurucu muhtemelen susma hakkından hiç yararlandırılmamıştır. Mahkeme’ye göre mevcut olayda başvurucunun müdafiyeye yardımından yoksun bırakılması, Sözleşme’nin 6. maddesinin ilgili kişiye tanıdığı sanık haklarını olumsuz etkilemiş ve özellikle başvurucunun suçluluğuna işaret eden ifadeleri, daha sonra iddianamenin kilit unsurlarını oluşturmuştur (Kolu, §51-62).

### İç Hukuka Göre

Savunmanın, gözaltında yapılan suç isnadıyla başladığı, dolayısıyla şüphelinin gözaltında daha ilk ifadesini vermeden müdafiden yararlanması gerektiği Türkiye’de özellikle avukatlar tarafından ısrarla savunulmuştur. Ancak, gözaltında ifade vermeden önce bir müdafiyeye görüşme hakkının tam olarak tanınması kısa bir geçmişe sahiptir.

İlk kez eski 1992 yılında 3842 sayılı Kanun’la CMUK’un 135, 136 ve 138. maddelerinde yapılan değişiklik ve ekler, yakalanan bir kimseye yakalandığı andan itibaren müdafiyeye görüşme hakkı tanımış, 138. madde küçüklerin hukuki yardımdan yararlandırılmasını zorunlu hale getirmiştir. Ancak, 3842 sayılı Kanun’un 31. maddesi gereğince bu hükümler, DGM’nin görev alanına giren suçlarda uygulanmamıştır. Bundan on yıldan daha uzun bir süre sonra çıkarılan 2003 tarihli ve 4928 sayılı Kanun, DGM’nin görev alanına giren suçlarda müdafiyeye görüşme hakkına getirilen kısıtlamayı kaldırmıştır. 1 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK’nın 149 ve 150. maddeleri, gözaltına alınan herkesin gözaltına alındığı andan itibaren müdafiyeye yardımından yararlanabileceğini öngörmüştür.<sup>20</sup> Şüpheli veya sanık küçük ise veya isnat edilen suçun alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiriyorsa, müdafiyeye görevlendirilmesi zorunlu hale getirilmiştir. Terörle Mücadele Kanunu’nun 10. maddesinde 29 Haziran 2006 tarihinde yapılan değişikliğe göre, terörle ilgili suçlarda müdafiyeye görüşme savcının

20 CMK’nın 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren ilk halinde, isnat edilen suçun üst sınırı 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektiriyorsa müdafiyeye görevlendirilmesi zorunlu tutulmuş, daha sonra 6 Aralık 2006 tarih ve 5560 Sayılı Yasa ile CMK’nın 150. maddesinde yapılan değişiklikle, müdafiyeye görevlendirmesi için, isnat edilen suçun alt sınırı 5 yıldan fazla hapis cezasını gerektirme şartı getirilmiştir.

emriyle yakalamadan itibaren 24 saate kadar ertele-  
nebilir. Ancak, bu süre içinde şüphelinin ifadesi  
alınmaz. Dolayısıyla iç hukukta şüphelinin ifadesi  
alınmadan önce müdafiiyle görüştürülmesinin veya  
şüpheliye müdafiiyle görüşme hakkından feragat edip  
etmediğinin sorulması gerektiği görülmektedir.

Ne var ki, iç hukukta gözaltına alınan şüphelilere  
müdafiden yararlanma hakkının tanınması, belki  
gözaltında işkence şikâyetlerini azaltmıştır, ama  
gözaltına alınan herkesin müdafiden yararlanma  
hakkını etkili bir şekilde kullanabileceği anlamına  
gelmemiştir. Şüphelinin “istemi aranmaksızın  
müdafinin görevlendirilebileceği” haller (CMK 150/2 ve  
3), yani zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu haller  
dışında, müdafiden yararlanması şüphelinin isteğine  
bağlıdır. Bir başka deyişle şüpheli müdafiden yararlan-  
ma hakkından feragat edebilir.

Ama müdafiden feragat edebilmek için, şüpheliye önce  
bu hakka sahip olduğunu kim bildirecek ve şüphelinin  
feragat ettiğini kim kaydedecektir? Kendisini yakala-  
yan kolluk, yani polis veya jandarma (CMK 147/1/c;  
Yönetmelik 6/4, 20-22, 23/c ve d; Yönetmeliğe Ek A ve  
B). Mahkeme'nin, örneğin yukarıda anlatılan *Şaman* ve  
*Kolu* kararları, sadece kolluk önünde müdafiden  
yararlanma hakkından feragatin, kolaylıkla feragat  
ettirilmeye dönüşebileceği kaygısını uyandırmaktadır.

Gerçekten de yukarıda anlatılan *Şaman* kararına konu  
olan olayda, ceza mahkemesi ve Yargıtay, nasıl olup  
da, gözaltında çevirmenden ve müdafiden yararlandı-  
rılmayan başvuruçunun gözaltında kendini suçlandırıcı  
ifadesini özgür iradesiyle verdiği konusunda hiçbir  
şüphe duymadan, gözaltındaki ikrarına dayanarak  
başvuruçuyu cezalandırabilmişlerdir? Yine yukarıda  
anlatılan *Kolu* kararına konu olan olayda, ceza  
mahkemesi ve Yargıtay, nasıl olup da, ifade tutanağın-  
da müdafiden yararlanmak istemediğini söyleyen  
şüphelinin daha önce şifahi ifadesinin alındığı açıkça  
görüldüğü halde, tutanaktaki ifadesini özgürce  
verilmiş ifade sayabilmişlerdir?

Alınması gereken özel tedbirlerden biri, şüphelinin  
ancak müdafiiyle görüştükten sonra müdafiden  
yararlanma hakkından feragat ettiğinin kaydedilmesi  
ve müdafinin imzasının alınmasıdır. Gözaltına alınan  
kişi yetkililere iki şey söyleyecekse, biri şu olmalıdır:  
“Önce avukatım gelsin.”

Ama müdafinin hazır bulunduğu sırada kolluk veya  
savcı tarafından alınan kendini suçlandırıcı ifadeler,  
dava açıldıktan sonra duruşmada hâkim önünde  
reddedilse bile mahkûmiyet için delil sayılabilir mi?  
Müdafii huzurunda verilen ikrar, duruşma hâkimi  
önünde edilen inkârdan daha mı ağır basar?

Yargıtay'ın yorumuyla birlikte CMK, bu soruya evet  
diyor. Birincisi, müdafii hazır bulunmaksızın kollukça  
alınan ifade hâkim önünde sanık tarafından doğrulan-  
madıkça hükme esas alınmaz (CMK 148/4). Peki ya  
müdafii hazır bulunduğu sırada kollukça alınan ifade  
hâkim önünde reddedilmişse? Aralarında çelişki  
bulunması halinde, yani sanık tarafından daha sonra  
reddedilmişse, daha önce savcı tarafından alınan  
ifadeye veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk  
ifadesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunabilir  
(CMK 213) ve tabii böylece hükme esas alınabilir.

Yargıtay da bir kararında bunu pekiştiriyor:

[...] Cumhuriyet Savcısının soruşturmayı bizzat  
yürüttüğü ve müdafii huzurunda usulüne uygun  
şekilde aldığı savunmasında, sanığın işlediği suçu  
tüm ayrıntılarıyla anlattığı ve bu ifadesinin müşteki-  
nin beyanlarını da doğruladığı gözetilmeden; sanığın  
yargılama aşamasındaki suçu inkâra yönelik anlatımı  
nazara alınarak sanığın mahkûmiyeti yerine yazılı  
şekilde beraat kararı verilmesi [...] [nedeniyle]  
hükümün BOZULMASINA [...] (Yargıtay 10. Ceza  
Dairesi, 12.10.2005 tarih ve E.2004/5988, K.  
2005/13086).

Bir başka deyişle yasa ve Yargıtay şöyle diyor: “Ey ceza  
davasına bakan hâkim, önüne gelen dosyayı aç, sanığı  
sorgularken suçu kabul edip etmediğini sor, kabul  
etmiyorsa, kollukta ve savcı önünde verdiği ifadelerine  
bir bak, eğer sanık savcı önünde veya müdafinin hazır  
bulduğu sırada kollukta kendini suçlandırıcı ifade  
vermişse, sanığa ‘bak daha önce suçu kabul etmişsin,  
işte imzalı ifadelerin, evladım daha önce doğruyu  
söylemişsin şimdi neden yalan söylüyorsun, ayıp değil  
mi’ de, sonra karar ver.”

Peki, daha sonra hâkim önünde reddettiği halde  
sanığın savcılıkta veya müdafii huzurunda kollukta  
verdiği ifade hükme esas alınabiliyorsa, hâkimin işlevi  
nedir? Sadece önünde verilecek ikrarları dinlemek  
midir? Savcılıkta ve müdafii huzurunda kolluktaki  
suçlamaları reddeden sanık duruşmada hâkim önünde  
kendini suçlandıran bir ifade vermiş ise, ifadeler  
arasında çelişki bulunduğu halde önceki ifade

tutanakları okunur mu? Okunmaz. Neden? Hâkim sanığa daha önce suçlamaları reddetmişsin, şimdi neden kabul ediyorsun, diye sorar mı? Sormaz. Neden?

### Dinleme ve İzleme Kayıtları

Şüpheli kollukta, savcılıkta ve sorgu hâkimi önünde sustuğunu ve kendini suçlandırıcı ifade vermediğini, dolayısıyla soruşturma makamlarının delile dönüştürebilecekleri tek bir söz bile sarf etmediğini düşünebilir. Şüphelinin aylardır yaptığı telefon konuşmalarının dinleme kayıtları soruşturma makamları tarafından önüne konduğunda, şüpheli kendisine isnat edilen suçu unuttur, ciğerlerinin durduğunu hisseder, bir yandan “bunu nasıl yapabilirler, en mahrem alana nasıl tecavüz edebilirler” diye düşünürken bir yandan da “niye bunları telefonda konuştum” diye hayıflanır.

Soruşturma makamları için ise telefon dinleme ‘çöpsüz üzüm’ gibidir; yüz yüze ifadelerden daha samimi ve doğrudan olan, maddi delile ulaşılmasını da sağlayabilen o uzun telefon konuşmalarının kötü muameleyle yaptırıldığı iddia edilemez, dolayısıyla ne bir memur ne de kurum suçlanabilir; hâkim şüphelinin dinlenmesine karar verdikten sonra dinleme yapıldığına göre, çıkabilecek bir hukuki sorun da daha baştan aşılması olmalıdır; kayıtlarda yapılabilecek olan hileler hemen kendini ele vereceğinden hileye de tevessül edilemez; olsa olsa kaydedilen ses ve konuşmaların isnat edilen suçla bağlantısı ve suç bakımından anlamı tartışmalı olabilir, zaten o da yargılamanın işidir.

Telefon ve internet gibi telekomünikasyon yoluyla yapılan bütün iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ile kişinin teknik araçlarla izlenmesi, ses ve görüntü kaydının alınması, kişinin özel yaşamına ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale oluşturur. Kişi denetlenmiş veya izlenmiş olduğunu, genellikle aleyhindeki bir soruşturma dolayısıyla öğrenir. Bu kayıtlar tutanak haline getirildikten sonra hâkimin önüne koyulunca, çağımızın delili oluşturulmuş olur. Sözleşme’ye Göre

Bu bağlamda bir kişi Sözleşme’deki iki hakkıyla ilgili ihlal iddiasında bulunabilir. Birincisi, telekomünikasyonun denetlenmesi veya teknik araçla izleme gibi işlemlerin, özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkını (Sözleşme 8) ihlal ettiğini iddia edebilir. Ama bunun bir adım ötesi de vardır. Kişi, bu haklarının ihlali sonucu elde edilen materyallerin, aleyhindeki bir ceza

davasında mahkûmiyeti için delil olarak kullanılması- nın adil muhakeme hakkını (Sözleşme 6(1)) ihlal ettiğini iddia edebilir.

Birinci ihlal iddiasıyla ilgili olarak, Mahkeme’nin kararlarından anlaşılmaktadır ki, Sözleşmeciler devletler mevzuatlarında denetleme ve izleme konularına yer vermekte acele etmemişler, arama gibi başka bazı klasik tedbirleri kıyasen uygulamışlardır. Mahkeme başlangıçta örneğin telefon dinleme konusundaki başvurularda, genellikle müdahalenin hukuken öngörülebilir olmadığı, yani dinleme veya izlemenin iç hukukta yeterince “erişilebilir”, “sonuçları önceden görülebilir” ve “yetkinin kötüye kullanılması engellenbilir” şekilde düzenlenmemiş olduğu gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. 02.08.1984 tarihli *Malone – Birleşik Krallık* kararına konu olan olayda çalıntı malı alma suçundan yargılanıp beraat eden başvurucunun yargılanması sırasında telefon görüşmelerinin tespit edildiği (sayaçlama) ve dinlendiği anlaşılmıştır. O tarihte iç hukukta bu müdahaleye izin veren bir düzenleme olmadığından 8. madde ihlal edilmiştir.

Yine 24.04.1990 tarihli *Kruslin – Fransa* kararına konu olan olayda, bir cinayetin soruşturulması sırasında dinlenen telefonda, telefon sahibinin yanında kalan başvurucunun bir başkasıyla diğer bir cinayet hakkında konuşması dinlenmiştir. Mahkeme’ye göre, bir ülkede yürürlükteki mevzuatın mahkeme tarafından yorumlanmış biçimi “iç hukuk”u meydana getirir; Fransa’da özellikle Temyiz Mahkemesi, Ceza Usul Yasası’nın 151, 152 ve 181. maddelerini, soruşturma yargıcının müzakeresiyle üst rütbeli polis görevlileri tarafından telefon dinlenmesine imkân verdiği şeklinde yorumlamıştır; olayda söz konusu telefon dinlemenin iç hukukta hukuki bir dayanağı vardır; “hukukun kalitesi” bakımından ise, iç hukuk “ulaşılabilir” durumdadır; ancak hukukun uygulanabileceğini “önceden görülebilirlik” şartı bakımından, iç hukukun “hukukun üstünlüğü” kavramıyla bağdaşabilir olması gerekir; Sözleşme’nin 8(1). fıkrasında yer alan hakka kamu makamları tarafından yapılabilecek keyfi bir müdahaleye karşı hukuki koruma tedbirleri alınması gerekir; özellikle yürütme organı tarafından bir yetkinin gizli olarak kullanılması sırasında keyfilik tehlikesi bulunmaktadır; olayda iç hukukta telefon dinleme için bağımsız bir makam olan soruşturma yargıcı karar vermektedir; yargıcın denetiminde yüksek rütbeli bir polis telefonu dinlemektedir; bu

işlemler dava mahkemesi ile Üst Mahkeme ve Temyiz Mahkemesi tarafından denetlenebilir durumdadır; güvencelerden bazıları iç hukukta açıkça ifade edilmediğinden yeterli hukuki kesinliğe sahip değildir; ayrıca Fransa'daki telefon dinleme sistemi çeşitli istismlara karşı güvenceler içermemektedir; örneğin hangi kategorideki kişilerin yargısal kararlar dinlenebileceğine, hangi suçlardan ötürü dinleme yapılabileceğine, ne kadar süreyle dinleme yapılabileceğine, dinlenen telefonlardaki konuşmaların hangi usulle yazılı belge haline getirileceğine, kayıt yapılan kasetlerin ve numaraların denetlenmesine, alınan kayıtların nasıl ortadan kaldırılacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Mahkeme'ye göre, sonuç olarak Fransız hukukunda kamu makamlarına bu konuda verilen yetkinin kullanılma alanı ve tarzı hakkında açıklık bulunmadığı için olaydaki müdahale "hukuka uygun" değildir; haberleşmeye saygı hakkı ile özel yaşama saygı hakkı ihlal edilmiştir.

Ama sorun, hukuka aykırı olarak elde edilen iletişim veya teknik izleme delilinin bir ceza davasında kullanılıp kullanılmayacağı sorunudur. Mahkeme'nin bu konuda başlangıçtan itibaren kararlı bir tavır gösterdiği görülmektedir.

Mahkeme'ye göre, yeterli hukuki temeli bulunmayan veya hukuka aykırı vasıtalar kullanılarak elde edilmiş materyalin yargılamada delil olarak kullanılması, gerekli usul koruyucularının bulunması ve materyalin örneğin baskı, zorlama ve tuzak gibi yargılamayı lekeleyebilecek nitelikli ve kaynaklı olmaması halinde, genellikle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının yüklediği adillik standardına aykırılık oluşturmaz (*Chalkley – Birleşik Krallık*, no. 63831/00, 26.09.2002). Yine Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilerek elde edilen bilginin delil olarak kullanılmasının yargılamayı bir bütün olarak Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı (adil olmayan) bir duruma getirip getirmedicine, başvurunun savunma haklarına saygı gösterilmesi ve söz konusu delilin kalitesi ve önemi gibi, olayın içinde bulunduğu şartlara bakılarak karar verilebilir (*Khan*, §35-40; *P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık*, §77-79; ve *Bykov [BD]*, §94-98).

Dolayısıyla Mahkeme'ye göre, denetleme veya izleme sonucu hukuka aykırı yoldan elde edilmiş olan materyalin delil olarak kullanılmayacağına dair mutlak bir yasak yoktur. Bu materyalle ilgili olarak sanığın savunma hakkına saygı gösterilmiş, yani

savunma tarafına bu materyalin delil olarak kullanılmasına karşı diyeceği sorulmuş ve materyalin gerçekliği test edilip kalitesi ve önemi ortaya çıkarılmış ise, adil yargılanma hakkı bakımından bir sorun doğmadığı anlaşılmaktadır. Özetle, kişinin özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkı ihlal edilmek suretiyle elde edilen bir materyalin bu kişi aleyhindeki bir ceza yargılamasında delil olarak kullanılmış ve mahkûmiyetinin buna dayandırılmış olması, adil yargılanma hakkını ihlal etmeyebilir.

Mahkeme'nin 12.07.1988 tarihli *Schenk – İsviçre* kararına konu olan olayda, kiralık katil olarak tutulan kişi adli makamlara durumu haber vermiş, yargıç kararı olmadan, polisin tavsiyesi üzerine kendisini kiralayan başvurucuyla yaptığı telefon konuşmasını kasete kaydetmiş ve hemen polise teslim etmiş, bu kayıt başvuru aleyhinde açılan ceza davasında delil olarak kullanılmış ve başvuru adam öldürmeye teşebbüs suçundan on yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Başvuru ceza davası sırasında kasetin gerçekliğine ve içeriğine itiraz etmemiş, ancak hukuka aykırı yoldan elde edildiği gerekçesiyle delil olarak kullanılmamasını istemiş; başvurunun bu talebi ulusal mahkemeler tarafından reddedilmiştir. Başvuru Mahkeme'ye yaptığı başvuruda, hukuka aykırı yoldan edinilen delile dayanılarak mahkûm edildiğini ve dolayısıyla adil yargılanmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre, başvurucuya delilin gerçekliğine ve mahkemede dinlenmesine itiraz etme imkânı tanınmış; başvuru bu savunma haklarını kullanmış; yine başvuru kiralık katilin ifadesinin alınmasını istemiş, bu ifade alınmış ve başvuru bu kişiyi duruşmada sorgulayabilmiştir. Öte yandan, mahkûmiyet kararında başka bazı delillere de dayanılmıştır. Mahkeme'ye göre, sonuç olarak bu olayda adil yargılanma hakkı ihlal edilmemiştir (*Schenk*, §44-49).

Yine 12.05.2000 tarihli *Khan – Birleşik Krallık* kararına konu olan olayda, başvurunun dinleme cihazı yerleştirilmiş olan arkadaşının evinde uyuşturucu suçuna karıştığı yönündeki konuşmaları kayda alınmış ve başvuru sadece bu delile dayanılarak mahkûm edilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, olayların geçtiği tarihte iç hukukta gizli dinleme cihazlarının kullanılmasıyla ilgili yasal bir düzenleme olmadığından, hukuken öngörülebilir bulunmayan müdahale nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, başvurunun ceza yargılaması sırasında hem bant kaydının gerçekliğine



hem de delil olarak kullanılmasına itiraz etme imkânı bulunduğunu, fakat itirazının reddedildiğini kaydetmiştir. Mahkeme, gizli olarak kaydedilmiş materyalin başvuruçunun yargılanmasında kullanılmış olmasının, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında güvence altına alınan adillik şartıyla çelişmediği sonucuna varmıştır (*Khan*, §35-40).

Sonuç olarak, Sözleşme'ye göre dinleme ve teknik araçlarla materyallerin elde edilmesi özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkını ihlal edebilir; ama bu materyalin bir ceza davasında delil olarak kabulü ve mahkûmiyetin bu delile dayandırılması, kişinin savunma hakları ihlal edilmiş olmadıkça, adil muhakeme hakkını ihlal etmez.

### İç Hukuka Göre

Kanuna göre "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" (CMK 217/2). O halde telekomünikasyonun denetlenmesi ve teknik araçla izleme suretiyle elde edilen materyaller, hukuka uygun olarak elde edilmişse, suçu ispat için kullanılabilir.

Kanun, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesini (135-138) ve teknik araçla izlemeyi (CMK 140) düzenlemektedir. Bu maddelerde soruşturma makamının kullanabileceği yetkinin,

i) türleri (iletişimi tespit, dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerini değerlendirme; teknik araçla izleme, ses ve görüntü kaydı alma);

ii) maddi şartları (kişi hakkında suç soruşturmasının başlamış olması, soruşturmanın kanunda gösterilen suçlar hakkında olması, suçun işlendiği konusunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, başka surette delil elde edilememiş olması, denetimin tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında yapılmamış olması, denetimin müdafii bürosunda ve yerleşim yerinde yapılmamış olması);

iii) şekil şartları (yetki veren kararda yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamının gösterilmesi);

iv) usulü (savcının başvurusu üzerine hâkim tarafından karar verilmesi; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararıyla sonradan hâkimin onaylaması;

iletişimin tespit bilgileri için savcı kararının yeterli olması; verilen kararlar üzerine görevlendirilen adli kolluk görevlisi tarafından telekomünikasyon hizmeti veren kurumdan işlemin yapılmasının istenmesi; tutulan kayıtların savcılık tarafından çözdürülüp metin haline getirilmesinin sağlanması);

v) süresi (yetkinin kullanılmasına belirli süreler için izin verilmesi ve sürelerin uzatılabilmesi) düzenlenmiştir.

Ancak uygulamada:

- savcıların iletişimin denetlenmesi kararı verilmesine ilişkin taleplerinin hemen hepsinin hâkimler tarafından kabul edilerek denetleme kararları verildiği;
- hâkimlerin verdikleri denetleme kararlarında, özellikle yetkinin şartları yönünden ciddi bir inceleme yaptıklarını gösteren gerekçeler bulunmadığı;
- kanunda denetleme kararı verilebilecek suçlar (katalog suçlar) gösterildiği halde, bu suçlar dışındaki suçların da örgüt kurmak amacıyla (TCK 220) işlenmekte olduğu iddiasıyla hemen kolaylıkla denetim kapsamına alınabildiği;
- uygulamada suçun nitelendirilmesinin genellikle kolluk (emniyet, jandarma) tarafından yapıldığı ve böylece kolluk tarafından birçok olayda örgüt bağlantısı iddia edilerek, bu genişletici denetim taleplerinin de savcı ve hâkimler tarafından kolaylıkla kabul edildiği;
- iletişimin dinlenmesi taleplerinin nöbetçi hâkim tarafından reddedilmesi halinde talep kabul edilinceye kadar farklı hâkimlerden karar taleplerinde bulunulduğu;
- iletişim denetimi başka surette delil elde edilememiş olması halinde mümkün olduğu halde, dinleme yapıldıktan sonra şüphelinin üstünde, evinde, işyerinde ve aracında arama yapıldığı ve telefon konuşmalarında geçen kişilerin tanık veya şüpheli olarak ifadelerinin alındığı gözlenmektedir<sup>21</sup>

21 Av. Uğur Altun'un gözlemleri, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi tarafından hazırlanmakta olan *İletişimin Denetlenmesi* raporu taslağı, Nisan 2011. Ayrıca konuyla ilgili bildirilerin yer aldığı bir yayın olarak bkz. Türkiye Barolar Birliği, "İletişim Özgürlüğüne Müdahale" paneli, Ankara, Aralık 2009.

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasıyla ilgili şartlara aykırı olarak elde edilen materyal, mahkûmiyete esas delil olarak değerlendirilebilir mi? Yargıtay'a göre bir dinleme sonucu elde edilen kayıt, kanunda öngörülen katalog suçlar dışında bir suçla ilgiliyse, bu kayıtlar delil olarak kullanılamaz.<sup>22</sup> Yine Yargıtay'a göre, bir dinleme sonucu elde edilen kayıt, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki görüşmeye ilişkin bir kayıt ise, görüşmenin konusu öldürme suçuna ilişkin olsa bile, delil olarak kabul edilemez.<sup>23</sup>

22 "[...] dosyada kanıt olarak kabul edilen 22.03.2004 tarihli konuşmanın tutanakları incelendiğinde, bu görüşmenin haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiği açıktır. Bu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı Yasa'da herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Kaldı ki, 5271 sayılı CMY'nin 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. "Bu nedenle dosyada yer alan telefon görüşme tutanağının yasa dışı elde edilen kanıt niteliğinde olduğunun kabulü gerekir. Yasaya aykırılığı saptanan işbu kanıt dışlandığında dosyada isnat olunan suç sübuta erdirecek başkaca kanıt bulunmadığı görülmekte bunun sonucu olarak Özel Dairenin, sanığın beraatine ilişkin hükmünün isabetli olduğu açıklık kazanmaktadır. "Bu itibarla, Yargıtay C. Savcısının temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun bulunan Özel Daire hükmünün onanmasına karar verilmiştir." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.06.2006 tarih, E. 2006/4-122, K. 2006/162).

23 "[...] Sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulurken, delil olarak kabul edilen telefon dinleme kayıtları, dosya içindeki nüfus kayıtlarından da anlaşılacağı üzere, sanık İlhan - ile 5271 sayılı CMK'nın 45. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kardeşleri sanık M., tanık E. ve babası sanık K. arasında yapılan görüşmelere ilişkin kayıtlar olup, kanun dışı elde edilmiş delil niteliğindedir. "Kanun dışı elde edilmiş delillerle, T.C. Anayasası'nın 20, 38/6, AİHS'nin 6, 8 ve CMK'nın 217/2. maddesi uyarınca, ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2006 gün, 2006/5 MD-154 Esas-2007/145 Karar, 14.04.2006 gün, 2007/5 MD-23 Esas-2007/167 Karar ve 22.01.2008 gün, 2007/5 MD-101 Esas-2008/3 Karar numaralı ilamı da dikkate alınarak, mahkûmiyet yönünde hüküm kurulamadığı, dosya içeriğine ve oluşa göre, sanık hakkında elde edilen başka delillerin de maktülü öldürmesi için diğer sanık M.'i azmettirmedini ya da fer'an katıldığını kabule ve mahkûmiyete yeter nitelik ve derecede bulunmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi [...] [...] usul ve yasaya aykırı olup, bozulmasına [...] karar verildi." (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 13.10.2009 tarih, E. 2009/1721 ve K. 2009/5855).

Dinleme sonucu elde edilen kayıt, kural olarak, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma nedeniyle dinlenmesine karar verilmiş şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimine ilişkin olmalıdır. Dinlenmesine karar verilmiş telefon dinlenirken, soruşturma ve kovuşturmaya ilgili olmayan başka bir suçun işlendiğine ilişkin bir delil elde edilmesi halinde, bu tesadüfen elde edilen bir delildir (CMK 138/2). Bu delil korunur ve derhal savcıya bildirilir. Böylece bu delilin kullanılması mümkün hale gelir.

Dinleme kararının amacı, şüpheli veya sanık hakkında delil elde etmektir. Ancak: i) şüpheli veya sanığın dinlenmesine karar verilen telefonundan şüpheli veya sanığın konuştuğu diğer kişiye ilişkin başka bir suç delili elde edilmişse, ii) şüpheli veya sanığın dinlenmesine karar verilen telefonundan üçüncü kişiler konuşmuş ve bu konuşmadan başka bir suç delili elde edilmiş ise, bu kayıtlar "tesadüfen elde edilen delil" olarak görülüp, hüküm için kullanılabilir mi? Kanunda bunu engelleyen bir koşul görülmemektedir. Tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesi için, kanunda sayılan suçlardan birinin işlenmesiyle ilgili olması ve durumun derhal savcılığa bildirilmiş olması yeterli görülmüştür. Yargıtay, dinlenmekte olan şüphelinin telefonla konuştuğu diğer kişinin başka bir suçla ilişkin konuşma kaydını tesadüfen elde edilen delil olarak görmüş, ancak olayda, o tarihte yürürlükte bulunan mevzuat tesadüfen elde edilen delilin kullanılmasını öngörmediği için bu delilin kullanılmayacağı sonucuna varmıştır.<sup>24</sup>

Dinleme kayıtları hukuka uygun olarak elde edilmiş delil olsa bile, bunların mahkûmiyete esas delil olarak kullanılabilmesi için, dinleme kayıtları hakkında sanığın görüşünün alınmış olması ve savunma haklarının kullandırılmış olması gerekir. Yargıtay'a göre, görüntü ve konuşmaların sanığa ait olup

24 Yargıtay'a göre: "İletişimin tespiti kararı Av. Çağatay Ö.'ye ait cep telefonu için alınmış olup, sanık Ömer G. S. hakkında verilmiş herhangi bir iletişimin dinlenmesi kararı bulunmamaktadır. Sanığa ait olan iletişimin tespiti tutanakları, tesadüfen elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Bu konuşmalarda tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı Yasada herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, iletişimin tespitine ilişkin bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03.07.2007, 2007/5.MD-23 E.N , 2007/167 K.N).

olmadığının ve kendisine ait ise neyi ifade ettiğinin sanığa sorulması gerekir.<sup>25</sup>

İletişimin denetlenmesi kararının şekil yönünden de hukuka uygunluğu incelenmelidir. Yargıtay’a göre, sadece iletişim denetleme kayıtları değil bu kayda temel oluşturan yerel mahkeme kararları da duruşmada okunmalıdır.<sup>26</sup>

## DURUŞMADA DELİLLERİN ORTAYA KONULMASI

Sanık tutuklu olarak yargılanıyorsa, zaman zaman getirildiği duruşma salonunda ne olup bittiğini pek de anlayamadan jandarmaların arasında oturur, güçlükle görebildiği müdafinin arada bir heyecanla yerinden kalktığını ve “kabul etmiyoruz efendim”, “inceleyelim sonra cevap verelim efendim” gibi sözler sarf ettiğini duyar. İşte bu aşamada hâkim, dosyadaki belgelerden başını hafifçe kaldırıp müdafiyeye “diyeceğiniz var mı” diye sormuş, müdafiden yukarıdaki cevaplardan birini

almıştır. Aslında tam da bu sırada mahkûmiyete giden yolun taşları döşenmektedir.

Soruşturma aşamasında toplanan deliller, dava açıldıktan sonra mahkemede duruşmada sanığın huzurunda ortaya konur, yani sanığın huzurunda birer birer okunup savunma tarafının da görüşü alınır. Böylece delillerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı test edilmiş olur. Öte yandan bazı deliller bizzat davayı gören mahkeme tarafından oluşturulur, örneğin sanığın sorgusu ve tanığın dinlenmesi gibi. Tanığın ifadesi, kural olarak sanığın bu tanığı sorgulama veya sorgulama hakkını kullanabildiği hallerde hukuki bir değer taşır.

Soruşturma aşamasında, sanığın bulunmadığı bir sırada tanığın ifadesi kolluk, savcı ve/veya hâkim tarafından alınmış olabilir. Tanık, görevlendirilen başka bir yer hâkimine ifade vermiş olabilir. Ama şimdi, sanığın hazır bulunduğu duruşmada dinlenemeyen ve böylece sanık tarafından sorgulanamayan tanığın önceki ifade tutanakları duruşmada okunup mahkûmiyet için delil olarak değerlendirilebilir mi? Eğer değerlendirilebiliyorsa, sanığın tanığı sorgulama hakkı bakımından adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olabilir.

## Tanığı Sorgulama Hakkı

Tanık kavramı, Sözleşme’nin özerk kavramlarından biridir, iç hukuktaki tanık kavramından daha geniş olabilir. Sözleşme’ye göre tanık, bazen sanığın suç ortağıdır, bazen mağdurun veya şikâyetçinin kendisidir, bazen sanığın bir yakınıdır, bazen sadece olayı gören veya duyardır, bazen olayı gören veya duyan kişiden olayı dinleyendir, bazen devletin görevlendirdiği gizli soruşturmacıdır, bazen gizli olmayan devlet görevlisidir, bazen kim olduğu hissedilen ama kimliği savunma tarafına saklanan anonim kişidir. Mahkeme’ye göre, tanık kelimesinin özerk bir şekilde yorumlanması gerektiği göz önünde tutulacak olursa (Bönisch, §31-32), ifadeleri ister duruşmada okunsun ister okunmasın, ifadeleri mahkemenin önünde bulunan ve mahkeme tarafından dikkate alınan kişiler Sözleşme’nin 6(3)(d) bendi bakımından tanık olarak görülmelidir (Kostovski, §40).

İç hukukta tanık kavramı tanımlanmamıştır. Kanundaki tanık yeminine (CMK 55/1) bakılacak olursa, tanık, suç konusu fiillerle ilgili “bildiğini dosdoğru söyleyeceği/söylediği” kabul edilen kişidir. Ama tanık suç

25 “DAVA: Uyuşturucu madde ticareti yapmak suçundan sanık F. hakkında (K. Ağır Ceza Mahkemesi)’nce yapılan yargılama sonucu 15.01.2009 tarihinde 2008/132 esas ve 2009/1 karar sayı ile kurulan mahkûmiyet hükmünün sanık ve müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine, dava dosyasının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının düzeltilerek onama isteyen tebliğnamesi ile 14.05.2009 tarihinde Dairemize gönderildiği anlaşıldı. Dosya incelendi. Gereği görüşülüp düşünüldü:

“KARAR : Emanetin 2008/183 sırasında kayıtlı olduğu anlaşıl原因 telefon dinlemesine ilişkin çözüm tutanakları ile izlemeye ilişkin kamera kayıtlarının, DVD çözüm tutanaklarının getirilerek sanığa okunması, gerektiğinde sanığa kamera kayıtlarının izlenmesi ve telefon konuşmalarının dinletilmesi, görüntü ve konuşmaların kendisine ait olup olmadığının ve kendisine ait ise neyi ifade ettiğinin sanıktan sorulması, sonucuna göre tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile hüküm kurulması, “SONUÇ: Yasaya aykırı, sanık ve müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, hükmün (BOZULMASINA), 22.02.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 22.02.2010 tarih, E. 2009/8450, K. 2010/3907).

26 “[...] hükümlülük kararında kanıt olarak kabul edilen iletişimin tespitine dair belgelerin yasal dayanağını oluşturan kararların dosyaya getirilip duruşmada okunmadığı, iletişimin tespitinin kim hakkında, hangi suça ilişkin olarak ve hangi süreyle gerçekleştirildiği, hukuka uygun ya da aykırı olarak elde edilip edilmediği hususlarının tartışılıp değerlendirilerek gerekçeye yansıtılmadığı, [...] için hükmün bozulmasına karar verildi.” (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 10.07.2008 tarih, E. 2008/8558, K. 2008/15780).

konusu fiilleri nasıl bilebilir? Ayrıca, sanık tarafından sorgulanamayan bir tanığın dosdoğru söylediği nasıl anlaşılır?

Mahkeme'ye göre, kural olarak bütün delillerin tartışılabilmesi için, sanığın huzurunda aleni bir duruşmada ortaya koyulmaları gerekir. Bu kuralın istisnaları olabilir; ancak istisnaların sanık haklarını ihlal etmemesi gerekir. Genel bir kural olarak sanığa, aleyhte ifade veren tanığın beyanlarına ya tanık ifadesinin alındığı sırada ya da yargılamanın daha sonraki bir aşamasında itiraz imkânı tanınmalıdır (*Van Mechelen ve Diğerleri*, §51; ve *Lüdi*, §49). Mahkeme, soruşturma veya kovuşturma aşamasında sanığın sorgulama imkânı bulmadığı tanığın ifadesine tek veya belirleyici delil olarak dayanıp mahkûmiyet kurulması halinde, sanık haklarının kısıtlanmış olacağını belirtmiştir (*Delta*, §37; *Saidi*, §43-44; *A.M. – İtalya*, §25; ve *P.S. – Almanya*, §22-24). Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 6. maddesi, muhakemenin herhangi bir aşamasında sanık veya müdafii tarafından sorgulanamamış olan iddia tanığının ifadelerine dayanılarak mahkûmiyet hükmü verilmesini, ancak iki koşulun birlikte bulunması halinde mümkün kılmaktadır: Birincisi, tanığın bulunamaması nedeniyle yüzleştirmenin yapılamamış olması halinde, yetkili makamların yüzleştirme yapabilmek için aktif olarak çaba sarf etmiş olduklarının kanıtlanması gerekir; ikincisi, söz konusu tanık ifadesi, mahkûmiyetin dayanacağı tek delil olmamalıdır (*Rachdad*, §24).

Tanık ifadeleri başvuruçunun yokluğunda ve hazırlık soruşturması sırasında elde edilmişse, tanık duruşma aşamasında dinlenmelidir. Başvuruçunun ve müdafii bu ifade tutanaklarını görme ve bu ifadelerin delil olarak kullanılmasına karşı çıkma imkânına sahip olmuş olabilirler. Ancak Mahkeme'ye göre böyle bir imkân, başvuruçunun tanıkları sorgulayabileceği ve sorgulatabileceği şekilde huzura gelmelerinin ve doğrudan dinlenmelerinin yerini alamaz (*Menteş*, §32; *Hulki Güneş*, §95; *Sadak ve Diğerleri*, §63-68). Tanığı sorgulama imkânı, sadece başvuruçunun çok ağır bir ceza aldığı için değil, delillerin olay açısından ağırlığı ciddi biçimde sorunlu olduğu için de hayati bir önemdedir (*Osmanağaoğlu*, §50).

İç hukuk, sanığın tanığı sorgulamasını veya sorgulamasını bir hak olarak açıkça güvence altına almış değildir. Sanığın müdafii, duruşma disiplinine uygun olarak tanıklara doğrudan, sanık ise ancak hâkim

aracılığıyla soru yöneltebilir (CMK 201/1), ama bu sorgula(t)ma duruşmaya gelmiş ve ifade vermekte olan tanık için mümkündür. Öte yandan kanuna göre, “hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir” (CMK 217/1). Bu hükümler, hâkimin gerçeği öğrenmesi için duruşmaya getirilecek olan tanığa, sanığın da haddini aşmadan soru sormasına izin verilebileceği düşüncesini uyandırmaktadır. Sanki iddia tanığı, sanığın kuyusunu kazabilecek bir kanıtlama aracı değil, sadece hâkimin gerçeği öğrenme merakını tatmin etmenin bir aracıdır(!). Duruşmada savunma tarafınca sorgulanamayan tanığın önceki ifadesi duruşmada okunabilir mi? Duruşmada sorgulanamayan tanığın duruşmada okunan önceki ifadesine mahkûmiyet hükmü için dayanılabilir mi? Kanundaki bazı hükümler bu şartlar bulunmadığı halde dinlenen tanık ifadelerinin duruşmada okunmasını ve delil olarak kabul edilmesini sağlayıcı niteliktedir.

Tanıklıktan Çekinen Yakının Önceki İfade Tanığının duruşmaya geleceği ve tanıklık yaparken doğruyu söyleyeceği varsayılır. Ancak, sanıkların yakınlığı bulunan tanıkların tanıklık yaparken doğruyu söylemeyebilecekleri ve söylemeye zorlanamayacakları kabul edilmiştir. Tanık, doğruyu söyleyemeyecekse tanıklıktan çekinmesi gerekir.

Mahkeme, duruşmada tanıklıktan çekinen kişinin, sanığın hazır bulunmadığı ve dolayısıyla sorgulayamadığı soruşturma aşamasında verdiği ifadelerin duruşmada okunup mahkûmiyet için delil olarak değerlendirilmesini adil muhakeme hakkına aykırı bulmuştur. Mahkeme'ye göre, tanık ifadelerinin duruşmada okunması kendiliğinden Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına ve 6(3)(d) bendine aykırı görülmez; fakat bu ifadelerin delil olarak kullanılması Sözleşme'nin 6. maddesinin korumayı amaçladığı sanık haklarına uygun olmalıdır; özellikle “hakkında suç isnadı” bulunan ve Sözleşme'nin 6(3)(d) bendine göre aleyhindeki tanıkları “sorgulama veya sorgulatma” hakkına sahip olan bir kimse, duruşmada ifadeleri okunan kişilere muhakemenin önceki aşamalarında hiç soru sorma imkânı bulamamış ise, sanık haklarına uygunluk yoktur (*Unterpertinger*, §29-33). Mahkeme'nin 26.04.1991 tarihli *Asch – Avusturya* kararına konu olan olayda, partneri tarafından dövüldükten sonra şikâyette bulunup ifade veren ve yaraları tespit eden iki raporu bulunan kadın daha sonra şikâyetten vazgeçmek istemiş ve yeniden birleştiği partneri

aleyhine duruşmada tanıklık yapmaktan çekinmiş; ancak ulusal mahkemeler, başvuruçunun partnerinin poliste verdiği ifadesine, polis kadının şikâyeti sırasında kadından dinlediklerine ilişkin tanıklığına ve raporlara dayanarak başvuruçuyu mahkûm etmişlerdir. Başvuruçunun şikâyetçi tanığı duruşmada sorgulayamamış olması nedeniyle adil yargılanma hakkı şikâyeti Mahkeme tarafından reddedilmiştir (Asch, §28-30).

İç hukuk tanıklıktan çekinme hakkını tanımaktadır. Anayasa'ya göre "hiç kimse [...] kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" (Anayasa 38/5). Kanunun 45/1. fıkrasında gösterilen kişiler tanıklık yapmaktan çekinebilirler. Kanuna göre, "tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz" (CMK 210/2). Dolayısıyla bu tanığın önceki ifadesi dosyada dursa bile delil olarak kullanılamaz. Yargıtay'a göre:

"Duruşmada tanıklıktan çekindiği için, önceki ifadesine ilişkin tutanak 5271 sayılı CYY'nin 210/2. maddesinin emredici kuralı uyarınca okunmadığı ve böylece bu tanığın önceki ifadesi kanıt (delil) olarak duruşmaya getirilip mahkeme/yargıç önünde tartışılmadığı halde, tanık A.'nin ifadesine dayanılarak sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle 5271 sayılı CYY'nin 217/1. maddesine aykırı davranılması," bozmayı gerektirmiştir. (Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 29.04.2009 tarih, E. 2008/22254, K. 2009/20945).

Bu noktada iç hukuk Sözleşme'ye uygun görünmektedir. Ancak, duruşma sırasında yakını olan sanık aleyhine tanıklık yapmaktan çekinenler genellikle kimlerdir? Bunlar aile içi şiddet mağduru kadının kendisi veya çocukları olmasın? Bu durum göz önünde tutularak tanığın duruşmada tanıklıktan çekinme hakkını kullanması ihtiyatla karşılanmalıdır.

### Tek Görgü Tanığının Önceki İfadesi

Tanığın doğruyu söyleyeceği varsayılır, ancak doğruyu söyleyip söylemediği bir şekilde ve bir ölçüde test edilebilmelidir; olayın gerçekliği tek bir kişinin algısına teslim edilemez. Eğer suç konusu olayın tek bir tanığı varsa, başka bir tanık ifadesiyle veya başka bir delille test edebilme imkânı kalmayabilir.

Yukarıda geçen *Rachdad – Fransa* kararından anlaşıldığı üzere, olayın tek tanığı varsa ve sadece bu tanığın

ifadesine dayanılarak hüküm kurulacaksa, Mahkeme'ye göre bu tanık duruşmada dinlenmeli ve sanık tarafından sorgulanmalıdır; bu tanığın sanığın sorgulamadığı bir dönemde alınan önceki ifadesine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez (*Rachdad*, §24).

İç hukukta konuya ilişkin bir hüküm vardır: "Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez" (CMK 210/1). Kanun burada açıkça tek tanığın önceki ifadesinin duruşmada okunmasına izin vermiş, ama okunmasının dinleme yerine geçmeyeceğini söylemiştir. Duruşmada okunan tek tanığın ifadesi mahkûmiyet için delil olarak kullanılabilir mi? Yargıtay'a göre:

"[...] olayın tek görgü tanığı durumunda olan [...]’nin dinlenmemesi suretiyle CMK.’nin 210/1. maddesine aykırı davranılması" bozma nedenidir. (Yargıtay 4. Ceza Daire, 25.06.2008, E. 2006/10156, K. 2008/14600; aynı yönde Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 30.11.2006, E. 2005/1316, K. 2006/12620).

Yargıtay'ın bu kararından, tek tanık dinlenmeden eski ifadesi delil olarak kabul edilmemeli ve bu tanık dinlenmeli, sonucu çıkıyorsa, Yargıtay'ın Kanun hükmünü Sözleşme'ye uygun bir şekilde yorumladığı söylenebilir.

### Tanığın Ölmeden Önceki İfadesi

Soruşturma aşamasında kolluk, savcı veya hâkim tarafından ifadesi alınmış olan tanık, duruşmadan önce ölürse veya öldürülürse veya akıl sağlığını yitirecek olursa, duruşmada ifade vermesi olanaksızdır. Bu durumda eski ifadesi delil olarak kabul edilebilir mi?

Mahkeme, ölmüş tanığın veya suç ortağının önceki ifadesinin duruşmada okunarak delil olarak kullanılmasını, olayın özel şartları içinde adil muhakeme hakkına aykırı görmeyebilir. Mahkeme, başvuruçuların suç ortağının suçlayıcı ifadelerde bulunduktan 20 ay kadar sonra sanıklarla yüzleştirilmeden cezaevinde intihar etmesi nedeniyle duruşmada sorgulanamamasına rağmen, ifadeleri kullanılarak sanıkların mahkûm edilmesini adil muhakeme hakkına aykırı görmemiştir. Mahkeme'ye göre, iddia tanıklarının ifadeleri hâkim tarafından ayrıntılı bir analize tabi tutulmuş, suç ortaklarının birbirlerini suçlandırıcı ifadeler vermiş

oldukları görülmüş, sanıkların ölen suç ortağının suçunu işlemesi için suç malzemesi almasına ve taşımaya yardım ettiklerini tespit etmiş ve sanıklar suç işlendiği anda başka yerde olduklarını kanıtlayamamışlardır (*Farrantelli ve Santangelo*, §52). Dolayısıyla, ölmüş suç ortağının eski ifadesinin delil olarak değerlendirilmesi ancak ayrıntılı bir analizle mümkündür.

İç hukukta Kanun, “tanık veya sanığın suç ortağı ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş” ise, “daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgeler okunabilir” demektedir (CMK 211/1). Bu belgelerin duruşmada okunması ne gibi bir hukuki sonuç doğurur? Okuma, bu belgeleri bağımsız delil haline getirir mi? Sırf okunmuş olması, belgeyi delil haline getirmemelidir; bir delil olabilmesi için o belgenin duruşmada tartışılmış olması (CMK 217/1) ve böylece sanık haklarının korunmuş olması gerekir. Aksi takdirde olayın şartları içinde adil muhakeme hakkı ihlal edilebilir. Ölmüş bir tanığın veya suç ortağının eski ifadesinin duruşmada okunması bu belgeyi bağımsız bir delil haline getirmez, olsa olsa başka bir delilin gerçekliğinin test edilmesinde kullanılabilir.

### Yeri Öğrenilemeyen Tanığın Önceki İfadesi

Soruşturma aşamasında ifade vermiş olan tanık, çeşitli nedenlerle kovuşturma aşamasında bulunamayabilir. Yeri öğrenilemediği için duruşmaya çağrılmayan tanığın önceki ifadesi delil olarak kabul edilebilir mi?

#### Sözleşme’ye Göre

Mahkeme’ye göre, bir sanığa, aleyhindeki tanık ifade verirken veya muhakemenin sonraki bir aşamasında tanığa itiraz etmesi ve soru sorması için yeterli ve düzgün bir fırsat verilip verilmediği incelenmelidir. Mahkeme’ye göre, bulunduğu yer öğrenilemeyen tanığın önceki ifadelerinin duruşmada okunması ve mahkûmiyet için dikkate alınması, bazı koşullarda, adil muhakeme hakkını ihlal etmez. Mahkeme *Isgro – İtalya* davasında, İtalya’da adam kaçırmaya ve öldürme suçlarından yargılanan ve 30 yıl kadar hapis cezasına mahkûm edilen başvuruçunun mahkûmiyetinin dayanağı olan tanık ifadelerini ele almıştır. Mahkeme’ye göre olayda ilk olarak tanık D., kimliği bilinen bir tanıktır; yetkililer bu tanığı duruşmaya çağırarak için defalarca aramışlar, arama konusunda ihmal göstermemişlerdir; dolayısıyla tanık

D. duruşmada hazır bulundurulması mümkün olmamış bir tanıktır. Öte yandan, soruşturma aşamasında soruşturma yargıcının tanık D.’yi, başvuruçuyu ve suç ortaklarıyla ilgili olarak defalarca sorgulamıştır. Soruşturma yargıcının ayrıca tanık D.’nin önceki ifadelerini başvuruçuyu ve bir suç ortağının ifadeleriyle karşılaştırabilmek için iki kez yüzleştirme yaptırmıştır; bir tarihteki yüzleştirmede başvuruçuyu tanık D.’ye doğrudan soru sorabilme ve önceki ifadelerini tartışabilme imkânı bulmuştur; böylece bu yüzleştirme soruşturma yargıcına, tanığın güvenilirliği konusunda şüpheleri giderebilecek her türlü bilgiyi sağlamıştır. Ceza mahkemesi ve ceza üst mahkemesi tanık D.’yi dinleyememiş olmakla birlikte, tarafsızlığı itiraz konusu olmayan yargıca verdiği ifadeler yanında, başvuruçunun karısının ifadesine ve diğer birçok tanık ifadesine dayanmış ve ayrıca başvuruçunun soruşturma ve yargılama aşamasında verdiği bilgilere dayanmıştır. Mahkeme’ye göre başvuruçunun Sözleşme’nin 6(3) (d) bendindeki tanık sorgulama hakkından yeterli ölçüde yararlanmış; başvuruçunun müdafii tanık D.’nin kimliğini bilerek savunma yapmış ve böylece hem tanığın güvenilirliğine hem de iddiaların gerçekliğine itiraz edebilmiştir. Mahkeme’ye göre olayda sanık haklarına getirilen herhangi bir kısıtlama, başvuruçuyu adil yargılamadan yoksun bırakacak düzeyde değildir (*Isgro*, §35-37). Görüldüğü üzere Mahkeme, yeri öğrenilemediği için dinlenemeyen tanığın önceki ifadesinin delil olarak kabulünü, ancak sanık haklarının kullanılmasını şartıyla adil yargılama hakkına aykırı bulmamıştır.

#### İç Hukuka Göre

İç hukukta kanun, “tanık veya sanığın suç ortağı”nın “bulduğu yer öğrenilemezse”, “bu kişilerin dinlenmesi yerine, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar” duruşmada okunabilir, demektedir (CMK 211/1). Kanun, yeri öğrenilemeyen tanığın önceki ifadesinin okunması karşısında, sanığın haklarının nasıl korunacağına dair bir hüküm getirmiştir. Yargıtay’a göre:

“[...] dinlenmesine karar verilen tanık [...] dinlenilmeden veya önceki anlatımlarını içeren tutanaklar okunmadan hüküm kurularak 5271 sayılı CMK’nun 211. maddesine aykırı davranılması [...]” bozmayı gerektirmiştir (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 27.06.2006, E. 2006/267, K. 2006/13027).

“[...] beyanları hükme esas alınan tanık M. A. ve tercüman-tanık C. D. A.’nin ve bu tanığın ifadesinde adı geçen kişilerin adreslerinin araştırılması ve dinlenilmeleri, dinlenilmelerinden vazgeçilmesi halinde önceki ifadeleri duruşmada okunarak C. Savcısıdan, sanıklar ve müdafilerinden diyeceklerinin sorulması gerektiğinin düşünülmemesi suretiyle CMK.nun 209 ve 215. maddelerine aykırı davranılması, [...]” bozmayı gerektirmiştir. (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 31.07.2008, E. 2008/5168, K. 2008/6370).

Yargıtay, tanığın ya “duruşmada dinlenmesi” veya “önceki ifadelerinin okunması” gibi, alternatifli bir uygulamayı gerekli görmektedir. Tanığın önceki ifadelerinin okunması, bu ifadelerin delil olarak kabul edilmesi için yeterli görülecek olursa, sanık tanığı sorgulama hakkını kullanamamış olacağından, adil muhakeme hakkı ihlal edilmiş olabilir.

### Kimliği Saklı Tanığın İfadesi

Bazı olaylarda tanığın kim olduğunun sanık tarafından öğrenilmesi, tanığın kendisi ve yakınları için tehlike doğurabilir. Böyle bir durumda tanık, adının sanık tarafından öğrenilmesini ve tabii ki duruşmaya çıkıp ifade vermeyi istemeyecektir. Tanığın kimliğinin gizlenmesi bir çözüm olarak düşünülebilir. Ancak kimliği gizli tanığın (gizli tanık / anonim tanık) ifadesinin duruşmada okunması, adil muhakeme hakkı bakımından bir sorun doğurabilir. Soruşturma veya yargılama sırasında, sanığın kim olduğunu öğrenemediği tanığın ifadesine dayanılarak mahkûm edilmesi adil muhakeme hakkını ihlal eder mi?

### Sözleşme’ye Göre

Mahkeme’ye göre, mahkûmiyet kararına varırken anonim tanıkların ifadelerinin kullanılmış olması, her koşulda Sözleşme’yle bağdaşmaz değildir (Doorson, §69). Yine Mahkeme’ye göre, Sözleşme’nin 6. maddesinin, genel olarak tanıkların ve özel olarak tanıklık için çağrılan mağdurların menfaatlerinin dikkate alınmasını açıkça gerektirmediği doğrudur; ancak bu kişilerin yaşamları, özgürlük ve güvenlikleri gibi, genel olarak Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamına giren birçok menfaatleri de tehlikeye girebilir; tanıkların ve mağdurların bu tür menfaatleri, Sözleşme’nin maddi hükümleri tarafından korunmaktadır; bu durum Sözleşmeciler devletlerin bu menfaatleri haksız yere zayıflatmayacak şekilde ceza yargılmasını düzenlemeleri gerektiğini ima eder; bu ardalara karşısında adil yargılama ilkeleri, gerekirse sanıkların menfaatlerinin

tanıkların veya ifade vermeye çağrılan mağdurların menfaatleriyle dengelenmesini gerektirir (Doorson, §70). Ancak Mahkeme’ye göre iddia tanıklarının anonimliği sürdürülecek olursa, sanık normal şartlarda ceza davasında karşılaşmayacağı güçlüklerle karşılaşacaktır; bu nedenle Mahkeme, böyle durumlarda Sözleşme’nin 6(3)(d) bendiyle birlikte ele alınan 6(1). fıkrasının, sanığın karşılaşacağı engellerin yargı makamları tarafından uygulanan usullerle yeterince dengelenmesini gerektirdiğini kabul etmiştir (Doorson, §72). Yine Mahkeme’ye göre, bir mahkûmiyetin tek başına veya belirleyici ölçüde anonim ifadelerle dayandırılmaması gerekir (Doorson, §76).

Mahkeme’nin önüne anonim tanık ifadelerine dayanan mahkûmiyetle ilgili davalar gelmiş ve Mahkeme’nin bu konudaki içtihadı oluşmuştur. Mahkeme’ye göre, eğer savunma tarafı sorgulamak istediği kişinin kimliğinden habersiz ise, bu kişinin önyargılı (*prejudiced*), düşmanlıkla hareket eden (*hostile*) veya güvenilmez (*unreliable*) hususiyetlere sahip biri olduğunu gösterebilme imkânından yoksun kalabilir; çünkü bu tür bir tanıklık veya sanığı suçlandıran başka beyanlar, kasten uydurulmuş veya sadece hatalı beyanlar olabilir; savunma tarafı, ifade verenin güvenilirliğini (*reliability*) test edebilmesine veya söyleyeceklerinin inanılabilirliği (*credibility*) üzerine kuşku çekebilmesine imkân verecek bilgiye sahip değilse, bu durumu aydınlatılması pek zordur. Mahkeme’ye göre ayrıca, anonim kişinin duruşmada hazır bulunmaması, yargılamayı yapan ceza mahkemesinin bu kimsenin sorgu sırasındaki hal ve tavırlarını (*demeanour*) gözlemleme ve böylece bu kişinin güvenilirliği hakkında kendi izlenimini oluşturmasını engeller. Tanıklık yapacak olanların misillemeye uğramaktan korkmak için haklı sebepleri bulunabilir, ayrıca örgütlü suçla mücadelenin önemi hafife alınamaz; organize suçlardaki artış gerekli tedbirlerin yürürlüğe koyulmasını gerektirmektedir; ancak demokratik bir toplumda adaletin adil bir şekilde yerine getirilmesi hakkı öylesine öncelikli bir yer tutar ki, kestirmeciliğe feda edilemez. Mahkeme’ye göre, Sözleşme, ceza muhakemesinin soruşturma aşamasında kimlikleri gizli muhbir gibi kaynaklara dayanılmasını engellemektedir; ancak kimlikleri gizlenmiş kişilerin ifadelerinin daha sonra mahkûmiyet için yeterli delil olarak kullanılması ayrı bir konudur; bu durum, Sözleşme’nin 6. maddesinde yer alan güvencelerle uzlaştırılmaz bir şekilde savunma haklarına kısıtlamalar getirmektedir (Kostovski, §42-44).

Anonim tanıkların devletin kolluk kuvvetleri üyeleri olmaları halinde, bu tanıkların anonimliğinin korunması lehindeki argümanlar sanığın menfaatlerinin dengelenmesi karşısında özel sorunlar doğurur; bu tanıkların ve hatta ailelerinin menfaatleri Sözleşme bakımından korunmayı gerektirmekle birlikte, bu kişilerin konularının mağdur veya olayla ilgisi olmayan bir tanıktan bir ölçüde farklı olduğu kabul edilmelidir; bu tanıkların devletin idari makamlarına karşı genel bir bağlılık ödevi bulunmakta olup genellikle savcılıkla bağları vardır; sırf bu nedenle, bu tanıkların anonim tanık olarak kullanılmasına ancak çok istisnai hallerde başvurulmalıdır; ayrıca, bu tanıkların ve özellikle gözaltına alan kolluğun görevleri, açık bir duruşmada ifade vermeyi de gerektirebilir (*Van Mechelen ve Diğerleri*, §56).

Mahkeme'nin 23.04.1997 tarihli *Van Mechelen ve Diğerleri – Hollanda* kararına konu olan olayda, tanık polisler soruşturma yargıcıyla birlikte ayrı bir odada toplanmışlar, sanıklar ve müdafileri bu odaya alınmamışlardır; bütün iletişim ses bağlantısıyla yapılmıştır; dolayısıyla sanıklar polis tanıkların kimliklerini bilmedikleri gibi, doğrudan sorgulama sırasında bu tanıkların hal ve hareketlerini gözlemlemeleri ve dolayısıyla güvenilirliklerini test etmeleri de engellenmiştir. Mahkeme'ye göre, sanığın aleyhindeki bir tanığın kendisinin huzurunda dinlenmesi hakkına böylesi aşırı sınırlamalar koyulmasının niçin gerekli olduğu veya niçin daha dar kapsamlı tedbirlerin düşünülmediği tatmin edici bir şekilde açıklanmamıştır. Mahkeme, ulusal Üst Mahkeme'nin polisleri veya ailelerine karşı misilleme tehdidini değerlendirmek için yeterli çaba gösterdiğine de ikna olmamıştır; Üst Mahkeme'nin kararında, başvuruçuların böyle tehditlerde bulunma veya başkalarını buna azmettirme durumunda olup olmadıkları meselesini araştırdığı görülmektedir; Üst Mahkeme'nin bu konudaki kararı, sadece işlenen suçun ağırlığına dayandırılmıştır; anonim tanık polislerin bir soruşturma yargıcı tarafından sorgulandıkları ve soruşturma yargıcının bu polislerin kimliklerini tespit ettiği ve çok ayrıntılı raporunda bu kişilerin güvenilirlikleri ve inanılırlıkları ile anonim kalma gerekçeleri hakkında görüşlerini dile getirdiği doğrudur; ne var ki bu tedbirler, sanıkların tanıkları Üst Mahkeme önünde sorgulamalarının ve tanıkların hal ve hareketleri ile güvenilirlikleri hakkında Üst Mahkeme'nin kendi yargısını oluşturmasının yerine geçmez. Sanıkların karşılaştıkları

engellerin yukarıdaki usullerle dengelendiği söylene-  
mez; dahası, Üst Mahkeme'nin başvuruçuları suçun failleri olarak teşhis ederken dayandığı tek delil, anonim polislerin ifadeleridir; bu durumda başvuruçuların mahkûmiyeti “belirleyici ölçüde” (*decisive extent*) anonim tanık ifadelerine dayandırılmıştır. Sonuç olarak Mahkeme'ye göre adil muhakeme hakkı ihlal edilmiştir (*Van Mechelen ve Diğerleri*, §60-63).

### İç Hukuka Göre

İç hukuk bazı şartlarda, tanıkların kimliklerinin saklı tutulmasına imkân vermektedir: CMK'ya göre: “Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaktır; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır” (CMK 58/2). Kanun, kimliği saklı tutulan tanığın kimliğinin duruşmada dinleme sırasında alenileşmesini de önlemiştir: “Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır” (CMK 58/3).

İmdi, bu şekilde dinlenen tanığın ifadesi mahkûmiyet için delil olarak kullanılabilir mi? Kanun, kimliği gizli tanığın alınan ifadesinin delil olarak kullanılabilmesi için koşulları göstermiştir: dinleme sırasında ses ve görüntü aktarma ile soru sorma hakkının kullanılması. Ancak, sanığa tanınan bu imkânların Mahkeme'nin yukarıda sözü edilen kararlarında ortaya çıkan ilkelere uygunluğu kuşkuludur. Çünkü iç hukuk, sanığın, kimliği gizli tanığın önyargılı, düşmanlıkla hareket eden veya güvenilirmez hususiyetlere sahip biri olduğunu gösterebilmesine imkân tanımaktadır.

### İstinabe Yoluyla Dinlenen Tanığın İfadesi

İddia tanığının yargılama sırasında dava mahkemesi tarafından duruşmaya çağrılmayıp buldukları yer mahkemesine yazı yazılarak istinabe yoluyla alınan ifade tutanağının dava mahkemesindeki duruşmada okunması ve bunun mahkûmiyete esas delil olarak kabul edilmesi, adil muhakeme hakkını ihlal eder mi?

Mahkeme'ye göre bütün delillerin tartışılabilmesi için, açık duruşmada sanığın huzurunda ortaya koyulmaları



gerekir. Ancak, hazırlık soruşturması ve ilk soruşturma aşamasında elde edilen ifadelerin delil olarak kullanılması, sanık haklarına saygı gösterilmiş olması şartıyla, her zaman Sözleşme'nin 6(3)(d) bendiyle ve 6(1). fıkrasıyla kendiliğinden bağdaşmaz değildir. Kural olarak bu haklar, sanığa, aleyhindeki bir tanık ya ifade verirken veya muhakemenin daha sonraki bir aşamasında, tanığa itiraz etmesi ve soru sorması için yeterli ve düzgün bir fırsat verilmesini gerektirir (*Isgro*, §34 ve *Luca*, §40-43). Bunun tabii sonucu olarak, bir mahkûmiyetin sadece veya belirleyici ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimsenin beyanlarına dayanması halinde, sanık hakları Sözleşme'nin 6. maddesinin sağladığı güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur (*Sadak ve Diğerleri*, §19.06.2003 tarihli *Hulki Güneş – Türkiye* kararına konu olan olayda, başvuru, jandarmalarla çatışmaya girdiği iddiasıyla yakalanmış ve gözaltında kötü muamele görmüş; başvuru aleyhine açılan ceza davasında tanık olan üç jandarmanın yol güvenliğinin az olduğu gerekçesiyle istinabe yoluyla buldukları yerlerdeki mahkemeler tarafından tanık ifadelerinin alınmasına karar verilmiş; tanık jandarmalar, sanığı biri yandan ve biri önden çekilmiş fotoğraflarından teşhis etmişler ve ceza mahkemesi jandarmaların verdikleri ifadelerle dayanarak başvuru ömür boyu hapis cezasına mahkûm etmiş, Yargıtay da bu kararı onamıştır. Mahkeme'ye göre, başvuru tanıkları sorgulama hakkından feragat etmiş değildir; tanıklar dava mahkemesi önüne çıkmadıkları için yargıçlar bu tanıkların hal ve hareketlerini gözleme ve kendi izlenimlerini oluşturma imkânı bulamamışlardır; başvuruya istinabe yoluyla alınan tanık ifadelerine itiraz etme imkânı verilmiştir, ama bu itiraz imkânı, tanıkların mahkemeye çıkmalarının ve doğrudan sorgulanmalarının alternatifi olarak görülemez. Mahkeme'ye göre, başvuru bu tanıkları soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulayamadığı halde, söz konusu ifadeler başvuru mahkûmiyetinin esaslı temelinin oluşturmuştur; dava mahkemesi önünde bir yüzleştirme yapılmaması, başvuruyu bazı yönlerden adil bir yargılamadan

yoksun bırakmıştır. Mahkeme, terörle mücadelede, özellikle delillerin toplanmasında ve ortaya koyulmasındaki inkâr edilemez güçlüklerin ve bu problemin toplumda yarattığı tahribatın bütünüyle farkındadır; fakat Mahkeme'ye göre, bu tür etmenler, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin sanık haklarını bu derece kısıtlamayı haklı kılamaz (*Hulki Güneş*, §95-96). Dolayısıyla Mahkeme'ye göre yol güvenliği ve uzaklık gibi gerekçelerle tanığı sanık tarafından sorgulanacağı dava mahkemesinin huzuruna çağdırmamak, bunun yerine tanığın bulunduğu yerde verdiği ifadeyi delil olarak kullanarak mahkûm etmek, adil yargılama hakkını ihlal eder.

İç hukuk, istinabe yoluyla tanık dinlenmesine imkân vermektedir. Kanuna göre, bir kimse "hastalık veya malullük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle" istinabe yoluyla dinlenebileceği (CMK 180/1) gibi, "konutlarının yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmasından dolayı getirilmesi zor olan" kişiler de istinabe yoluyla tanık olarak dinlenebilirler (CMK 180/2). Kanuna göre, "yukarıdaki fıkralar içeriğine göre tanık [...] aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilirler olanağının varlığı halinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır" (CMK 180/5). Ama kanuna göre görüntülü ve sesli dinleme şekli bir zorunluluk değildir. Kanun, bu suretle ifadesi alınan tanığın ifade tutanaklarını, dava mahkemesinde okunması zorunlu belgeler arasında saymıştır: "[...] naip veya istinabe yoluyla dinlenen tanığın ifade tutanakları [...], duruşmada okunur" (CMK 209/1). Bu ifadenin okunması, ifadenin delil olarak kabul edilmesi anlamına gelebilir.

Kanun, tanığın dava mahkemesi yerine bulunduğu yer mahkemesinde istinabe yoluyla ifade vermesini, dava mahkemesinde dinleme olarak kabul etmiş görünmektedir. Bu ifadenin dava mahkemesinde okunmasını da tanığın ifadesini delil olarak kabul etmek için yeterli görmüştür. Kanun, istinabe yoluyla dinlenen tanıkların duruşmada sanık veya müdafii tarafından sorgulanamayacak olmalarını dikkate almamıştır. Kanundaki düzenlemeyi Sözleşme'yle bağdaştırmak mümkün değildir.





# Savunmamı Nerede Yapmamı İsterdiniz?

Şüpheli/sanık, aleyhinde bir suç isnadının bulunduğunu anladığında, kendini ne zaman savunmaya başlayacağını merak eder. Polis önünde mi? Polis kendisine bazı fiillerle ilgili sorular sormuş ve bunlara cevap vermesini istemiştir. Hepsini bu kadar. Savcı önünde mi? Savcı polisin sorduğu sorulara benzer sorular sormuş, kendisinden benzer cevaplar vermesini beklemiştir. Sorgu hâkimi önünde mi? Sorgu hâkimi de kendisinden olayı anlatmasını istemiş, o da benzer olayları anlatmıştır. Sanığın polise, savcıya ve sorgu hâkimine verdiği cevaplar ve anlatımları, savunma mıdır? Sanık, olaydan önce kendisine olanları anlatmak istedikçe, onlar o gün veya o sıralarda ne yaptığı, hangi amaçla yaptığı, kendisine kimin bunu yapmasını söylediği, kimlerle yaptığı vs. gibi sorular sormuşlardır. Sanık, hal veya hareketleriyle ve etkili anlatımıyla kendisi hakkında karar verecek olan hâkimleri etkileyebileceğini düşünür. Ama o an ne zaman gelecektir? Dava açıldıktan sonra mahkeme önünde mi? Şüpheli/sanığa muhakemenin çeşitli aşamalarında kendini savunma fırsatının tanınması gerekir.

Ama savunma, masumiyet görüntüsü verme ve yapılan fiillerin siyaseten meşru olduğunu izah etme becerisi değildir. Hukuki anlamda savunma, isnat edilen suçun unsurlarından en az birinin (yasallık, fiil, kusur, hukuka aykırılık) olayda gerçekleşmediğine veya ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan sebepler bulunduğuna hâkimleri inandırmaya çalışmaktır. Savunma, hukuki konularda bilgiyi gerektirdiğinden, şüpheli/sanığın kendisine hukuki yardım verecek bir müdafiinin bulunması kritik bir öneme sahiptir.

Suçlandıran taraf –özellikle kolluk– için ise, aslında her şey açık, bütün suçlar suçüstüdür; savunma yapılması bile gereksizdir; şüpheli/sanık bir de suçü ikrar etse her şey tamam olacaktır. Bunca delil karşısında avukat ne yapsın; avukat hem bir şey yapamayacak hem de sanıktan veya devletten ücret alacaktır; sanıktan ücret almıyorsa ya ‘kuru bir idealist’ veya ‘örgüt avukatı’dır. Avukat işi uzatmakta, yetkililerin kafasını bulandırmaktadır. Kestirmeden sonuca ulaşılmalıdır.

Bir olayda suç şüphesinin doğuşu ile infazın başlangıcı arasındaki mesafeyi savunmayı daraltarak kısaltmak, sevindirici değil ürkütücü olmalıdır. Müdafinin yokluğu veya etkisizliği, karanlık bir girdabın şamandırasıdır.

Türkiye’de muhakeme faaliyetinin iddia, savunma ve yargıdan oluşan kolektif bir faaliyet olduğu, müdafinin mutlaka bu faaliyet içinde yer alması gerektiği düşüncesinin kurallaşması eski değildir. Geçmişte çok insan avukat yüzü görmeden cezaevinde gün doldurmuştur. Müdafinin, sanığın haklarını kullanmasına yardımcı olmakla kalmayıp, aynı zamanda gerçeğin güvenilir bir şekilde ortaya çıkmasına katkıda bulunabileceği fikrinin tam olarak yerleşmesi için atılması gereken çok adım olduğu görülmektedir. Tabii ki bir müdafinin işi, suçun nasıl işlendiğini sanıktan duyduğu gibi yetkililer önünde ortaya döküp saçmak değildir; müdafinin işi, olayın olduğu ana doğru geri giden trenin makinistine raylarda boşluk oluşturan kırıkları göstermektir. Yola devam edip etmemek makiniste kalmıştır.

Türkiye’de savunma hakkının kullanılmasıyla ilgili birçok sorun vardır. Ama burada savunmayla ilgili sadece iki sorun ele alınacaktır: Birincisi, sanığın, hakkında hüküm verecek mahkeme önüne çıkmadan, başka hâkim önünde yaptığı savunmadan sonra mahkûm edilmesidir; ikincisi, savunmanın sınırı sorunudur.

## BAŞKA MAHKEMEDEN SAVUNMA

Sanık, davanın görüldüğü mahkeme önünde savunma yapacağını düşünür. Başka bir suçtan tutuklu veya hükümlü olup başka bir yerdeki cezaevinde tutulmakta olan sanığın dava mahkemesi önüne getirilmeden, bulunduğu yerdeki bir hâkimin önünde savunma yapması halinde savunma hakkı ihlal edilmiş olur mu? Tutulduğu yerdeki hâkimin önünde yaptığı savunma (sorgu tutanağı) dava mahkemesinde okunup hüküm verilebilir mi?

### Sözleşme'ye Göre

Sözleşme'nin 6(3)(c) bendi sanığa, i) kendisini bizzat savunma; ii) seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma; iii) avukata ödeme yapabilmek için yeterli imkânı yoksa ve adaletin yararı gerektiriyorsa ücretsiz hukuki yardım alma suretiyle savunma hakkı tanımaktadır. Sanığın dava mahkemesi önünde kendini bizzat savunabilmesi için mahkemenin huzuruna çıkması, yani duruşmada bulunması gerekir. Sözleşme'nin 6. maddesinde sanığın duruşmada bulunma hakkı açıkça yazılı olmamakla birlikte, bu hak Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında yer alan adil muhakeme (*fair hearing*) hakkına içkin bir hak olarak kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre amacı bir bütün olarak ele alınan Sözleşme'nin 6. maddesi, hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimsenin duruşmada bulunma hakkına sahip olduğunu gösterir; bundan başka, üçüncü fıkranın (c) ve (d) bentleri, "hakkında bir suç isnadı bulunan herkes" in "kendini bizzat savunma" ve "tanıkları sorguya çekme ve çektirme hakkını" güvence altına almaktadır ve bu hakların ilgili kişinin duruşmada hazır bulunmaksızın kullanılabileceğini düşünmek zordur (*Colozza*, §27; ve *Monnell ve Morris*, §58). Dolayısıyla duruşmada bulunma hakkı ile bizzat savunma hakkı birlikte ele alınmalıdır. Sanık bu haklarından feragat edilebilir. Ancak Mahkeme'ye göre Sözleşme tarafından güvence altına alınan bir hakkı kullanmaktan feragat edildiği, şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmalıdır (*Colozza*, §28).

Mahkeme, *Zana – Türkiye* davasında, eski CMUK'un 226(4). fıkrasının uygulamasıyla karşılaşmıştır. Bu fıkra göre, duruşmadan başışık tutulmasını talep etmese bile, "davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışında başka bir suçtan tutuklu veya cezası infaz edilmekte olan sanığın sorgusu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığı ile yaptırılabilir". Bu davaya konu olan olayda başvuru, Diyarbakır DGM'de aleyhine açılan bir davayla ilgili savunmasını, o sırada başka bir suçtan Aydın Cezaevi'nde tutulu bulunduğu için, istinabe yoluyla Aydın Ağır Ceza Mahkemesi'nde yapmıştır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre Diyarbakır DGM başvuruycuyu duruşmaya çağırılmamış, başvuru da Diyarbakır DGM önünde savunma yapmaktan feragat etmemiştir. Mahkeme'ye göre Diyarbakır DGM adil yargılama yapmış olsaydı, başvuruçunun şahsen vereceği ifadeyi doğrudan takdir etmeden hüküm veremezdi; başvuru Diyarbakır DGM'deki duruşmada bulunmuş olsaydı, işlediği fiille kastının ne olduğunu anlatabilirdi. Mahkeme'ye göre Aydın Ağır Ceza Mahkemesi'nde ne dolaylı duruşma

yapılması ne de müdafilerin Diyarbakır DGM'deki duruşmaya katılmış olmaları, sanığın duruşmada bulunmayışını telafi edebilmiştir (*Zana*, §69-72). Benzer bir olay bir başka davaya konu olmuştur. Niğde Cezaevi'nde tutulan iki başvuru cezaevinde isyan çıkarma suçundan Niğde Ağır Ceza Mahkemesi'nin önüne çıkarılmışlar, kimlik tespitleri yapılmış ancak sorgudan önce müdafiyet tayin edilmesini istedikleri için duruşma ertelenmiş, bu arada başvuruçular "idari sebeplerle" Bandırma Cezaevi'ne nakledilmişlerdir. Niğde Mahkemesi Bandırma Mahkemesi'nden başvuruçuların eski CMUK 226(4). fıkrası gereğince istinabe yoluyla sorgularının yapılmasını istemiş, başvuruçuların Bandırma Mahkemesi'nin önünde verdikleri ifade Niğde Mahkemesi'ne ulaşmış ve Niğde Mahkemesi başvuruçulara cezaevinde isyan suçundan dörder yıl hapis cezası vermiştir. Hükümete göre başvuruçuların Bandırma Mahkemesi önünde ifade verirken itirazda bulunmamış olmaları, Niğde Mahkemesi önüne çıkma ve böylece kendilerini bizzat savunma hakkından feragat ettikleri anlamına gelir. Oysa İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne göre, Sözleşme tarafından güvence altına alınan bir hakkı kullanmaktan feragat hiç tereddüde yer vermeyecek bir şekilde yapılmış olmalıdır. Mahkeme'ye göre adil yargılanma hakkına demokratik bir toplumda verilen öncelikli yer dikkate alındığında, sanık haklarına böylesi bir müdahale haklı görülmez (*Kemal Kahraman ve Ali Kahraman*, §31-33). Yine benzer bir olayda, zorunlu askerlik görevi sırasında asker arkadaşlarına bölücü propaganda yaptığı iddiasıyla İzmir DGM'de başvuru aleyhine dava açılmış, ancak başvuruçunun ifadesi askerlik görevini sürdürdüğü Erzurum'da, diğer tank askerlerin ifadeleri ise buldukları illerde istinabe yoluyla alınarak İzmir DGM'ye gönderilmiş; bu mahkeme sanığı ve tanıkları görmeden sanık başvuruçuyu mahkûm etmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi başvuruçunun istinabe yoluyla Erzurum Mahkemesi önünde ifade vermeye karşı çıkmamış olmasının İzmir DGM önünde savunmada bulunma hakkından feragat etmiş olduğu anlamına gelmeyeceğini, istinabe olunan mahkeme önünde bir müdafiyetle temsil edilmediğini ve bu mahkemenin başvuruçuya haklarını okumadığı gibi istinabe yoluyla ifade vermesinin İzmir DGM tarafından yokluğunda yargılama ve mahkûmiyetle sonuçlanabileceği konusunda bilgi de vermediğini, dolayısıyla başvuruçunun isteyerek ve tartışma götürmeyecek bir şekilde 6. maddedeki haklarından feragat ettiğinin söylenemeyeceğini kaydetmiştir (*Seyithan Demir*, §41). Tüm bu davalarda

Mahkeme, istinabe yoluyla sanığın savunmasının alınmasının açıkça ve kategorik olarak savunma hakkını ihlal ettiğini söylememiş, ama sanığın ancak müdafii tarafından istinabenin sonuçları konusunda aydınlatıldıktan sonra dava mahkemesi önünde savunma yapmaktan feragat etmesi halinde savunma hakkının ihlal edilmemiş olabileceğini ima etmiştir.

### İç Hukuka Göre

Sanığın dava açıldıktan sonra savunma hakkını kullanabilme imkânının doğması için duruşma gününü öğrenmesi gerekir. Yürürlükteki CMK'nın, sanığın aleyhindeki ceza davasının ilk duruşma günü hakkında bilgilenmesini sağlayıcı tedbir aldığı görülmektedir. Buna göre duruşma günü, tutuklu olmayan sanığa çağrı kâğıdıyla, tutuklu sanığa ceza infaz kurumunda görevli personel tarafından tutanakla bildirilir (CMK 176/2 ve 3).

Duruşma gününü öğrenen sanığın duruşmaya gelmesi veya getirilmesi beklenir. Yargıtay'ın tespitiyle “[...] sanığın [duruşmada] hazır bulunması sadece bir ödev değil, aynı zamanda bir haktır”.<sup>27</sup> Kanun bu hakkın kullanılmasını “[...] hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz” (CMK 193/1) hükmüyle güvence altına almaya çalışmıştır. Ancak Kanun, duruşma yapılamayacak olması nedeniyle yargılama sürecinin kapanan kilidini açmıştır: “kanunun ayrıktı tuttuğu haller”de (CMK 193/1) duruşma yapılabilir. Ayrıktı hallerden biri, sanığın duruşmadan bağışık tutulmasıdır (CMK 196).

Esas mahkemesi, sanığın duruşmadan bağışık tutulmasına sanığın veya müdafinin isteği üzerine karar verebileceği gibi, re’sen de karar verebilir (CMK 196/1 ve 2). Esas mahkemesi hangi hallerde re’sen, yani sanık istemese de sanığın duruşmadan bağışık tutulmasına karar verebilir? Kanuna göre, sanık “hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş” (CMK 196/5) ise, sanığın duruşmadan bağışık tutulmasına karar verilebilir. Bir başka deyişle (A) şehirde yargılanacak olan bir sanık, başka bir suçtan tutuklu veya hükümlü olarak idari bir kararla (B) şehrine nakledilmiş ise, (A) şehirde yapılacak olan duruşmadan bağışık tutulabilir.

Ama sanık, yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir tutukevinde veya ceza infaz kurumunda tutulma nedeniyle duruşmadan bağışık tutulacak olursa, (A) şehrindeki davada savunma hakkını nasıl kullanacaktır? Kanun, esas mahkemesi önünde hazır bulundurmaya alternatif bir tedbir öngörmüştür. Kanun, istinabe yoluyla, yani sanığın bulunduğu yer mahkemesi tarafından sorgusunun yapılabileceğini ve böylece sanığa savunma hakkını kullanılabileceğini düşünmüştür: “Sanık istinabe yoluyla sorguya çekilebilir” (CMK 196/2). Ancak, sanığın istinabe yoluyla sorgulanabilmesi için: i) Kanuna göre isnat edilen suçun “alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suç” olmamalıdır<sup>28</sup> (CMK 196/2); ii) Yargıtay’a göre sanık isnat edilen suçtan tutuklu olmamalıdır.<sup>29</sup>

Sanığın istinabe yoluyla başka bir mahkemede sorguya çekilmesi/savunma yapmasının, kendisi hakkında hüküm verecek esas mahkemesindeki

28 Alt sınırı 5 yıldan az, yani dört yıldan başlayan suçlar: TCK 84/2; 99/4; 188/7; 227/1; 245/3; 252/1; üç yıldan başlayan suçlar: TCK 79/1; 83/3; 87/1; 94/1; 96/2; 99/4; 101/1; 103/1; 142/1; 158/1; 161/1; 172/1; 174/1; 191/4; 204/2; 236/1; 239/4; 245/1; 245/2; 250/2; 267/7; 272/8; 282/1; 305/1; 306/4; 316/1; 320/1; 322/1; 327/1; 329/3; 332/2; 336/1; 336/3; 338/2; 339/2; iki yıldan başlayan suçlar: TCK 84/1; 85/1; 85/2; 91/1; 91/5; 96/1; 99/2; 99/5; 102/1; 106/2; 109/2; 114/2; 142/1; 158/1; 172/3; 173/2; 184/3; 185/1; 190/1; 190/2; 197/1; 202/1; 204/1; 205/1; 213/1; 220/1; 223/2; 226/3; 227/2; 241/1; 244/4; 265/2; 272/3; 277/1; 282/2; 294/2; 297/1; 298/1; 306/3; 308/3; 319/2; 332/1; bir yıldan başlayan suçlar: TCK 86/1; 90/1; 98/2; 101/2; 105/2; 107/1; 109/1; 112/1; 113/1; 114/1; 115/1; 116/4; 118/2; 124/1; 125/3; 132/1; 132/2; 134/1; 134/2; 136/1; 141/1; 152/1; 153/1; 155/2; 157/1; 179/1; 181/2; 182/2; 184/1; 186/1; 187/1; 191/1; 197/2; 199/1; 200/1; 202/2; 207/1; 208/1; 216/1; 220/2; 220/8; 223/1; 226/4; 229/1; 231/1; 238/1; 239/1; 244/1; 250/3; 255/1; 257/3; 258/1; 267/1; 272/2; 275/1; 276/1; 285/1; 292/1; 294/1; 298/1; 299/1; 300/1; 307/3; 319/1; 320/3; 321/1; 325/1; 331/1; 334/1; 339/1; iki aydan başlayan suçlar: TCK 133/1; 144/1; 162/1; 163/1; 178/1; 182/1; 183/1; 193/1; 195/1; 222/1; 230/5; 230/6; 232/1; üç aydan başlayan suçlar: 89/1; 97/1; 105/1; 120/1; 123/1; 125/1; 130/1; 130/2; 153/2; 170/2; 171/1; 176/1; 180/1; 185/2; 197/1; 199/2; 2006/1; 209/1; 210/2; 219/2; 230/3; 233/2; 233/3; 234/1; 234/3; 237/1; 251/1; 257/2; 260/1; 262/1; 263/1; 264/1; 287/1; 289/1; 290/1; 341/1; dört aydan başlayan suçlar: TCK 86/2; 151/1; 272/1; altı aydan başlayan suçlar: TCK 89/4; 104/1; 106/1; 116/1; 116/2; 117/1; 117/2; 117/4; 118/1; 122/1; 124/1; 132/1; 132/3; 133/3; 134/1; 135/1; 138/1; 154/1; 155/1; 156/1; 159/1; 163/2; 164/1; 165/1; 170/1; 172/4; 181/1; 194/1; 203/1; 214/1; 216/2; 216/3; 217/1; 225/1; 226/1; 226/2; 230/1; 240/1; 243/1; 244/2; 257/1; 261/1; 265/1; 277/1; 279/1; 281/1; 283/1; 285/4; 288/1; 291/1; 292/1; 294/8; 295/2; 296/1; 297/1; 300/2; 301/1; 318/1; 324/1; 329/3; 333/4; 336/3; 338/1; Terörle Mücadele Kanunu (TMK) bir yıldan başlayan suçlar: 6/1; 6/2; 6/3; 7/2

27 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.04.2005, E. 2005/1-19, K. 2005/40.

29 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.04.2005, E. 2005/1-19, K. 2005/40

duruşmada hazır bulunarak savunma yapması anlamına gelmeyeceği açıktır. Kanun savunma hakkına bu denli ağır bir müdahaleyi, sanığın savunma hakkını kullanmasından feragat etmesiyle dengelemeye çalışmıştır. Sanığın esas mahkemesinde savunma hakkından feragat etmesine imkân sağlamak için, “sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur” (CMK 196/2, son cümle). Yargıtay’a göre:

“sanığın, istinabe yoluyla sorguya çekilmeden önce, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulmayarak, CMK’nın 196/2. maddesine aykırı davranılması, [...]” bozmayı gerektirmiştir (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 15.12.2008, E. 2008/15624, K. 2008/21773; aynı yönde Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 16.06.2009, E.2008/26485, K.2009/28969).

Ama sanığın, bu soru üzerine ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek istemediğini söylemesi, savunma hakkını esas mahkemesi önünde kullanmaktan hiç tartışmasız bir şekilde feragat ettiği anlamına gelir mi? Sanığın müdafii olmadan ve müdafii tarafından istinabenin sonuçları konusunda aydınlatılmadan böyle bir yanıt vermesi halinde, esas mahkemesi önünde savunma hakkından hiç tartışmasız bir şekilde feragat ettiği söylenemez. Kanun ise tam tersine, “Cumhuriyet savcısı ile müdafiiin sorgu sırasında hazır bulunması zorunlu değildir” (CMK 196/2) diyerek, istinabe sırasında müdafii güvencesini gerekli görmediğini açıklamıştır. Kaldı ki, başka bir suçtan başka cezaevinde tutuklu veya hükümlü olarak tutulan bir sanık, hakkında hüküm verecek hâkimin önünde savunma yapmaktan neden feragat etsin?

Başka bir yerde tutuklu, hükümlü veya askerlik görevi nedeniyle devletin elinde bulunan sanığı esas mahkemesinin önüne getirmek pahalı bir yolculuğu gerektirebilir. Başka yerdeki adreste bulunan ama mali gücü olmayan bir sanığın esas mahkemesinin önüne gelebilmesini sağlamak da devlete mali bir külfet yükleyebilir. Ama devletin bu külfetinin hafifletilmesinin bedeli, savunma hakkının ağır bir şekilde kısıtlanması olamaz.

## DOSYA DIŞINDAN SAVUNMA

Sanık, kısa bir süre sonra adaleti temsil eden otoritenin kararıyla verilecek cezanın ağırlığını taşımak zorunda kalacağını düşünür. Sanık, adalet mekanizmasındaki aktörlerin, verilecek cezanın nedeni değil

aracı olduklarına inandığında, aracın yön değiştirmesini sağlamaya çalışır. Kendisinin veya müdafiiinin yapacağı hukuki savunmanın etkili olamayacağı kanısına varır. Bazı davalarda sanık, karar verecek olanların kulağına eğilip kendi durumunu anlatabilme fırsatı bulabilmiş olsa, belki aracın yönünü değiştirebileceğini düşünür; bunun için muhakeme dışı faktörleri devreye sokmak ister. Bazı davalarda sanık, haklılığını kamuoyuna haykırıp aracın yönünü değiştirmesini sağlamak için yardım ister; bu tür davalarda kamuoyunun sanığa desteği duruşma salonuna kadar gelebilir. Bazı davalarda sanık, cezalandırıcılar kendisini cezalandırmadan önce sözleriyle cezalandırıcıları cezalandırmaya çalışır; bu davalarda savunma savrulur, cezalandırıcıların aslında kimin değirmenine su taşıdıklarından söz etmeye başlar.

Demokratik bir toplumdaki mahkemeler, davanın taraflarına ve halka güven vermek zorundadırlar. Bağımsız ve tarafsız olmayan bir mahkemenin otoritesine kimse güven duymaz. Yetki ve görev alanına giren konularda, önceden belirlenmiş usul kurallarına göre adil bir muhakeme yapıp hukuki kriterlere göre bağlayıcı karar veremeyen bir organa, yargı yeri veya mahkeme bile denmez (Sramek, §36; H. – Belçika, §50). O nedenle hukuk düzeni, yargının otorite ve tarafsızlığına gölge düşürebilecek, yargının etkilenmesine yol açabilecek müdahalelere karşı yargıyı korumaya çalışır.

Davanın taraflarından biri, diğer tarafın dosyaya bir görüş veya delil sunduğunu ama bu görüşün kendisine iletilmediğini ve mahkemenin de bu görüşü dikkate alarak karar verdiğini öğrenirse, bu muhakeme usulünde bir adaletsizlik olduğunu görür. Bunun adı, silahlarda eşitlik ilkesinin veya çelişmeli yargılanma hakkının ihlalidir. Mahkeme 31.10.2006 tarihli Güner Çorum – Türkiye kararında bu konuyu şöyle açıklamıştır:

21. Her ceza davası ve hukuk davası usul yönünden çelişmeli olmalı ve taraflar arasında silahlarda eşitlik sağlanmalıdır; bu, adil yargılanma hakkının temel bir unsudur. Çelişmeli yargılanma hakkı, tarafların, diğer tarafça dosyaya sunulan görüşlerini veya delillerini öğrenme ve bunlar hakkında görüş bildirme imkânına sahip olmaları anlamına gelir [hukuk davaları konusunda bkz. Vermeulen, §3; Lobo Machado, §31; Nideröst-Huber, §23; Kress [BD], §74; Yvon, §38; ve Prikyan Angelova, §40; ceza davaları konusunda bkz. Brandstetter, §66-67; Fitt [BD], §46; ve Jasper [BD], §53]. Bu ilke, taraflarca sunulan belge ve yorumlar

için geçerli olduğu gibi, ayrıca bağımsız bir hükümet komisyoneri [Kress kararı], bir idareci [Krcmar ve Diğerleri, §44] veya yargılamayı yapan ilk derece mahkemesi [Nideröst-Huber kararı] tarafından sunulan belgeler ve görüşler için de geçerlidir.

22. Ayrıca Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının, öncelikle tarafların menfaatlerinin korunması ve gereği gibi adalet dağıtılması amacını taşıdığı [Acquaviva, §66] ve taraflara belge hakkında görüşlerini sunma fırsatı verilmesini gerektirdiği kaydedilmelidir. Burada tehlikede olan şey, dosyadaki her belge hakkında görüşlerini ifade etme fırsatı bulacaklarını bilen tarafların adaletin işleyişine olan güvenidir [Nideröst-Huber, §27 ve 29; ve F.R. – İsviçre, §37 ve 39].

Bir ceza dosyasına sanığın aleyhinde bir görüş veya belge giriyorsa, bu görüş veya belge mutlaka savunma tarafına iletilmeli ve savunma tarafının görüşü alınmalıdır. İç hukukta, taraflardan birinin dosyaya sunduğu görüş ve deliller bağlamında silahlarda eşitlik ilkesini ve çelişmeli yargılanma hakkını sağlamaya yönelik çeşitli hükümler bulunmaktadır. Ancak, örneğin iç hukukta 2000 yılına kadar, bir ceza davasında verilen bir kararın temyiz edilmesinden sonra dosya ilk önce Yargıtay Başsavcılığı'nda incelenir, burada dosyaya sanığın lehine veya aleyhine görüş içeren Başsavcılık tebliğnamesi eklenir ve daha sonra dosya Yargıtay'ın ilgili dairesinde karara bağlanırdı. Daire kararından önce, bu Başsavcılık tebliğnamesi sanığa veya müdafiiine gönderilmez ve görüşleri sorulmazdı. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 19.11.2000 tarihli Göç – Türkiye kararında, Yargıtay hâkimlerinin görüşünü etkilemeye çalışan bir belge olan Başsavcılık tebliğnamesinin savunma tarafına iletilmemesini ve savunma tarafının görüşünün alınmamasını Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki adil muhakeme hakkının içinde yer alan çelişmeli yargılanma hakkına aykırı bulmuş, bunun üzerine CMUK değiştirilerek tebliğnamelerinin savunma tarafından iletilmesi sağlanmıştı. Yeni CMK'da da bu konuda sanığın çelişmeli yargılanma hakkını koruyan hüküm yer almaktadır.

Ama asıl mesele dosya dışı çabalar. Bu çabaları da ikiye ayırmak gerekir: karşı tarafın duyamayacağı gizli çabalar ile kamuoyunun duymasını amaçlayan aleni çabalar. Birinci durumu, yine silahlarda eşitlik ilkesi ve çelişmeli yargılanma hakkıyla bağlantılı olarak ele almak gerekirken, ikincisi ifade özgürlüyle bağlantılı olarak ele alınmalıdır.

## Gizli Etkileme Teşebbüsü

İddia tarafının dosya dışından hâkimi etkileme çabalarına “iddia” denemez. Çünkü iddia tarafının, dosyaya girmeyen ama hâkimin kararını etkilemek amacıyla hâkime sunduğu görüşlerden habersiz olan sanık, bu görüşlere karşı kendini savunamayacaktır. Öte yandan sanığın veya müdafiiinin dosya dışından hâkimi etkileme çabalarına da “savunma” denemez. Çünkü aynı sorun, mağdur taraf için de doğacaktır. Mağdur, sanığın veya müdafiiinin dosyaya girmeyen ama hâkimin kararını etkilemeye çalışan görüşlerine karşı kendi haklılığını ileri süremeyecektir. Ortak payda, dosyaya girmeyen görüşlerle hâkimi etkilemek olduğuna göre, bu şekilde hâkimi etkilemeyi amaçlayan çabaların engellenmesinin, doğallıkla tarafları koruyacağı, tarafların ve kamuoyunun yargıya olan güvenini sürdürmesini sağlayacağı düşünülebilir.

TCK'nın 277. maddesi “yargı görevini yapanı etkileme” suçunu düzenlemektedir.<sup>30</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2007 yılında verdiği bir kararda,<sup>31</sup> TCK'nın 277. maddesini yorumlamış ve olayda bu maddeye aykırı bir suç oluşmadığı sonucuna varmıştır. Davadaki sanık müdafii, Bolu Ağır Ceza Mahkemesi üyesi bir yargıçla İstanbul'da yargıcın kaldığı İstanbul Princess Otel'de görüşmüştür. Müdafii bu yargıca, “reşit olmayan mağdurenin rızasıyla ve zincirleme biçimde cinsel ilişkide bulunmaktan” hakkında gıyabi tutuklama kararı bulunan ve şehirden uzaklaşmak zorunda kaldığı için işleri aksayan müvekkilinin durumu hakkında kaygılarını anlatmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, önce eski 765 sayılı TCK'da bulunan paralel bir düzenlemeyi analiz etmiş ve sonra şöyle devam etmiştir:

5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 277. maddesiyle getirilen düzenlemede ise, yargıç kavramı yerine “yargı görevi yapanlar” tanımı kullanılarak, “yüksek mahkemeler ile adli, idari ve askeri mahkemelerin üye ve yargıçları ile Cumhuriyet savcılar ve avukatlar” da kapsama alınmıştır. Suçun maddi ögesi, yargı görevi yapanları, emir vermek, baskı yapmak, nüfuz icra etmek suretiyle veya her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak etkilemeye kalkışmaktır.

30 İç hukukta kenar başlıklarının içinde “yargı” ve “etkileme” sözcüklerinin geçtiği üç kanun maddesi vardır. Birincisi, “yargı görevi yapanı etkileme” suçu (TCK 277); ikincisi “adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs” suçu (TCK 288) ve üçüncüsü “yargıyı etkileme” suçudur (5187 s. Basın Kanunu 19).

31 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.11.2007, E. 2007/5md-70, K. 2007/254.



[...]

Ceza davasında bir sanığın müdafiliğini üstlenen avukat Ş.Ö.C.'nin aynı davada üye hâkim olarak görevli Selami Bereket'le arasında astlık üstlük ilişkisinin bulunmaması nedeniyle emir vermesi mümkün olmadığı gibi, baskı veya nüfuz icrası sayılabilecek bir davranışı da mevcut değildir. Ayrıca, görülmekte olan davanın sanığı Y.B. hakkında yazılı ve görsel yerel basında çıkan haberlerin kamuoyunda yarattığı olumsuz havanın yargıyı da etkileyebileceği kaygısını mahkemenin bir üyesine iletmekten ibaret eylemin hukuka aykırı olduğundan ve “yarar saikiyle” davanın taraflarından birinin lehinde karar verilmesini sağlamaya yönelik “iltimas” niteliğinde sayılacağından da söz edilemez. Bu itibarla, somut olayda yargı görevi yapanı etkilemeye teşebbüs suçunun da oluşmadığı anlaşıldığından, Yargıtay Cumhuriyet savcısının temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün onanmasına karar verilmelidir.

Sonuç: Türkiye'deki hâkimler, görülmekte olan bir davadaki sanığın durumuyla ilgili olarak, sanığın müdafii ile otellerde görüşebilirler; otellerde görüşülebiliyorsa, tabii hâkim odalarında da görüşebilirler; hâkimlerin taraflardan biriyle, diğer tarafın bulunmadığı bir ortamda davanın konusuyla ilgili olarak görüşmelerinde bir sakınca yoktur.

Böyle bir sonuç, silahlarda eşitlik ilkesi ve çelişmeli yargılanma hakkının iç hukukta tam olarak içselleştirilmemiş olduğunu gösterir. Yargıçlar, bakmakta oldukları bir davayla ilgili olarak, resmi sıfatı bulunan veya bulunmayan kişilerin, davanın taraflarının lehine veya aleyhine olan görüşlerini diğer tarafın olmadığı bir ortamda dinlememelidir.

### Aleni Etkileme Çabası

Bir ceza davasında kural olarak her zaman iki taraf bulunur. Her iki tarafın da arkasında, diğerine göre az veya çok, o tarafı destekleyen başkaları da bulunabilir. Ayrıca bazı uyuşmazlıklar diğerlerine göre kamunun ilgisini daha fazla çekebilir. Bir davayla ilgili olarak kamunun ilgisi ve tepkisi, yargı organını etkileyici bir faktör olarak belirir. Bu ilgi ve tepki, basın ve medyada görünür hale gelir. Yargı organının otorite ve tarafsızlığını korumak amacıyla basın ve medyanın bir dava konusunu veya davada yargının tutumunu veya dava sırasında olan biteni tartışmasını kısıtlamak, ifade özgürlüğüne de bir müdahale oluşturur. Bu müdahale meşru bir amaç taşıyabilir, ama demokratik toplumda her zaman gerekli bir müdahale olmayabilir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 26.04.1979 tarihli *Sunday Times – Birleşik Krallık* (no. 1) kararında şu tespit yapılmıştır:

65. [...] Mahkemelerin boşlukta çalışmadıkları, genel kabul gören bir olgudur. Mahkemeler, uyuşmazlıkların çözümünde bir forum durumundadırlar, ama bu demek değildir ki, uzmanlaşmış dergilerde, genel basında ya da halk arasında uyuşmazlıklar önceden tartışılmaz. Dahası, basın yayın organları adaletin usulüne göre dağıtılmasına tecavüz etmeden, kamu yararının bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi mahkemelerin önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve düşünceleri de vermekle yükümlüdür. Sadece basın yayın kuruluşları bu tür haber ve düşünceleri vermekle görevli değildir, halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır.

Mahkeme'nin içtihatlarına göre yargıçlar, diğer kamu görevlileri arasında otoriteleri en fazla korunan görevlilerdir; kabul edilebilir sınırları en dar olan eleştiri, yargıçlara yönelik eleştiridir.<sup>32</sup> Yargıçların eleştirilere yanıt veremediklerine özel bir dikkat gösterilmelidir (Prager ve Oberschlick, §34). Mahkeme'ye göre, eleştiri ile aşağılamayı birbirinden ayırma gereği vardır. Eğer bir ifadenin amacı sadece mahkemeyi aşağılamak ise, uygun bir ceza Sözleşme'nin 10(2). fıkrası gereğince haklı görülebilir (Skalka, §34). Yargının otoritesini, savunma tarafının aşağılayıcı ve istismarcı üslubuna karşı korumak gereklidir.<sup>33</sup>

İç hukukta kanun, “Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi”nin cezalandırılmasını öngörmektedir (TCK 301). Kanun ayrıca, “bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümlerle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi”nin altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmasını gerektirmektedir (TCK 288). Ayrıca, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19/2. fıkrasına göre “görülmekte olan bir dava kesin kararlarla sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır.”

İç hukuktaki bu son hükümler, Mahkeme'nin içtihadına uygun olmayacak sınırlamalara imkân vermektedir. Ancak iç hukuktaki bu hükümleri Mahkeme'nin içtihadına uygun veya aykırı yorumlayan yayımlanmış bir örnek Yargıtay kararı bulunamamıştır.

32 Harris, O'Boyle ve Warbrick 2009, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2. baskı, s. 488.

33 *A.g.e.*, s. 488.





# Yargı Reformu

Türkiye’de yakın zamanda yargı reformu kapsamında sayılabilecek bazı yasaların çıkarıldığı ve uygulamaya geçirildiği görülmektedir. Öte yandan Adalet Bakanlığı’nca hazırlanan “Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı” adlı belgede, on ana başlık altında yargının makro düzeydeki sorunlarına çözüm arayışları dile getirilmektedir. Plan, bu raporda belirlenen ceza adaletinin işleyişiyle ilgili sorunlardan bazılarına, sadece dolaylı olarak temas etmektedir. Bu temas noktalarından bazıları şunlardır:

Planın 3.3. başlığı altında “adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde savunmanın etkililiğinin artırılması” öngörülmektedir. Ancak bu başlık altında alınacak tedbirlerin, adil yargılanma hakkını bütün unsurlarıyla güvence altına alma hedefinden uzak olduğu anlaşılmaktadır. Plan, savunmanın güçlendirilmesi için Barolar Birliği’yle işbirliği yapılmasını öngörmekte, zorunlu müdafiliğin etkin hale getireceğini söylemekte, ancak bu etkinliğin hangi tedbirlerle gerçekleştirileceğine ilişkin bir açıklama getirmemektedir.

Planın 4.6 başlığındaki “AİHM kararları ile yargıyı ilgilendiren uluslararası belgelerin Türkçe’ye çevrilmesi ve bunlara erişimin sağlanmasına devam edilmesi”, iç hukukun Sözleşme standartlarına yaklaşması için çok önemli bir çaba olarak görünmektedir. Devlet tarafından yapılan çeviriler Yargıtay’ın “AİHM Karar Sorgu” ve Adalet Bakanlığı’nın “İnsan Hakları Bilgi Bankası” sayfalarında yayımlanmaktadır. Bu karar çevirileri mevcut haliyle erişilebilirlik, kapsam, çeviri kalitesi ve atıf kabiliyeti yönünden en hafif deyimiyse emek israfıdır. AİHM kararlarını çeviri işi daha ciddi ve akademik düzeyde ele alınmalıdır. AİHM kararlarının çevirisi, Plan’da söylendiği gibi sadece “yargıda mesleki yetkinliğin artırılması amacıyla” gerekli değildir. Özellikle Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun kabulünden sonra AİHM kararlarının “iç hukukun kaynakları arasına girdiği” düşünülerek, çeviri işine daha fazla önem verilmelidir.

Planın 6.1. başlığındaki “toplum nezdinde yargıya güveni etkileyen unsurların belirlenmesi için çalışmalar yapılması” önemli bir başlıktır. Bireyi yargı önüne taşıyacak kişinin avukat olduğu düşünülecek olursa, bireyin yargıya güveninin avukatla temas ettiği anda başladığı söylenebilir. Kuşkusuz her davada taraflara adil yargılanma güvencelerinin sunulması ve kaliteli karar üretimi, yargıya güveni etkileyen diğer önemli unsurlardır. Vatandaşın aleyhinde verilen gerekçesiz veya standardı düşük gerekçeli kararların avukat tarafından vatandaşa izah edilmesi mümkün değildir; bu durumda savcı ve yargıçlar aleyhine haksız spekülasyonlar yapılması veya şikâyetlerde bulunulması kaçınılmazdır. Bugün Türkiye’de yasama ve yürütme tarafından oluşturulan “normatif hukuka” resmi internet sayfalarından erişim mümkün olduğu halde, yürürlükteki hukukun kaynaklarından biri olan ve yargı organı tarafından oluşturulan “içtihat hukuku”na ancak özel yayın şirketlerinin sitelerinden, sadece kısmen ulaşılabilir. Vatandaşının öncelikle hukuka erişim hakkını güvence altına almak zorunda olan ve Anayasa’sında “hukuk devleti” yazan bir devlette, bütün yargı kararlarının resmi elden ücretsiz olarak internet ortamında erişilebilir kılınmış olmaması kabul edilebilir bir durum değildir. Bu eksiklik, içtihat hukukundan uzak, mahkeme kararları üzerinde incelemede bulunmayan hukuk ders kitaplarının yazılmasına ve “kanun hukukçuları”nın mezun edilmesine yol açmaktadır.

Planın 6.3. başlığı altında yer verilen “adil yargılanma hakkı, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, suçsuzluk karanesi, özel hayatın gizliliği, iletişim özgürlüğü, ifade özgürlüğü, halkın haber alma hakkı gibi konularda; adalet aktörleri, medya, ilgili sivil toplum kuruluşları ve üniversitelerle işbirliği içerisinde bilimsel etkinlikler düzenlenecek ve sonuçları kamuoyu ile paylaşılacak” ifadeleri memnuniyet vericidir ve bu konudaki çalışmalar merakla beklenmektedir.

---

Genel olarak belli başlı kanunlarının, ama özel olarak Ceza Muhakemesi Kanunu ve uygulamasının, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından verilen ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek olan kararlar

işığında Sözleşme ve Anayasa standartlarına uygunluğunun periyodik olarak gözden geçirilmesinde ve rapor halinde yayımlanmasında büyük yarar vardır.





# Sonuç

Ceza adaleti, siyasal rejimlerin demokrasiye, hukukun üstünlüğüne ve insan haklarına bağlı olup olmadığının anlaşılabilmesi için basit bir test sunar: Suç işlediği gerekçesiyle durdurulan kişinin cezası hemen oracıkta infaz ediliyor mu, yoksa kişi hâkim önüne çıkarılıyor mu? Birincisi kısacık, keyfi ve ucuz bir süreçtir, zulüm getirir. Kişinin hâkim önüne çıkarılıp yargılanması ise biraz uzun, kuralları olan ve masraflı bir süreçtir; insan hakları standartlarına uyularak yürütülürse adalete götürülebilir; ama aksi tutum da ağır bir zulümle sonuçlanabilir.

Türkiye’de Cumhuriyet döneminde önce Batı ülkelerinin iç hukuklarında geliştirilen standartlara uygun bir ceza adalet sistemi kurulmaya çalışılmıştır. Ancak kriz tehlikesinin bulunduğu her dönemde, bu standartlardan kolaylıkla vazgeçilebilmiştir. İstiklal Mahkemeleri, Askeri Mahkemeler, Yassıada Mahkemesi, Sıkıyönetim Mahkemeleri, Devlet Güvenlik Mahkemeleri olağan yargı yeri nitelikleri hep tartışılan mahkemeler olarak faaliyette bulunmuşlardır. Diğer yargı yerlerinin de adalet mekanizmasına katılanları ikna etmeyen yargılama usulleri uyguladıkları görülmüştür. Gerçekten de siyasal sistemin insan hakları standartlarından uzak bir ceza adalet mekanizması üzerinden meşruiyet üretmeye çalışması, sistemi sürdürülebilir olmaktan uzaklaştırmıştır. Aslında Türkiye’nin 1990’lı yıllarda uluslararası insan hakları hukukunun standartlarına yönelmesi, sistemin sürdürülebilirliğini sağlama çabası olarak okunabilir. Ama özellikle ceza adaleti alanında insan hakları standartlarının siyasal, yargısal ve bürokratik dirençle karşılaştığı da gözden uzak tutulmamalıdır.

Bu rapor, Türkiye’deki ceza adaleti alanında insan hakları standartlarına karşı direncin normatif ve içtihadî görünümünü tespiti yönelik bir çalışma olmuştur. Ama bu rapor kapsayıcı değildir. Bu rapor ceza adaletinde insan haklarının bütün standartlarının işlendiği bir çalışma olamamış, adil yargılanma hakkı ve kişi özgürlüğü gibi başlıca hakların bazı

unsurları üzerinden tespitler yapmaya çalışmıştır. Örneğin Türkiye’de yakın zamanlarda yargı yapılarında yapılan değişiklikler dolayısıyla çokça tartışılan bağımsızlık ve tarafsızlık unsurları rapora alınmamıştır. Bu rapor, bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları varsayılan yargı yapılarının bireye sunması gereken usul güvencelerine yüzünü çevirmiş, şüpheli ve sanığın ceza adalet mekanizmasında karşılaştığı sorunları ele almıştır.

Bu çalışma sırasında, Türkiye’de kolluğun (polis ve jandarmanın) ceza adalet mekanizmasının bütünü içindeki ağırlığını gözlemlemek mümkün olmuştur. Suç soruşturmasının başladığı andan itibaren hem delillerin toplanmasında hem de şüpheliyle ilgili alınacak tedbirlerde kolluğun açık etkisi görülmektedir. Kolluğun bireyin hak ve özgürlüklerine müdahale eden veya müdahale için yargıdan yetki isteyen taleplerine, yargı organı tarafından hukuki kriterlere göre karşılık verilememesi ve taleplerin geldiği gibi kabul edilmesi en esaslı sorunlardan birini oluşturmaktadır. Örneğin kolluk tarafından isnat edilen suçun niteliğine göre kişinin tutuklanabilmesi ve uzun süre tutuklu kalması, kolluğun gücüyle birlikte yargı makamlarının güçsüzlüğünü de göstermektedir. Bu durumda, ya kolluk yaptığı işlemlerle ilgili sorumluluğu üstlenmeli veya bu işlemlerde yargının etkisi artırılmalıdır.

Türkiye’de ceza muhakemesi sürecinde bireyin hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalelere karşı itiraz yolu açıktır. Ama ceza muhakemesi sürecinde itiraz yolunun hak ve özgürlüklerin korunması açısından etkili bir hukuk yolu olmadığı ortaya çıkmıştır. Örneğin tutuklamaya karşı itiraz yolunun etkili bir hukuk yolu olmadığını İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi yıllar önce karara bağlamıştır. Buna rağmen bir değişiklik yapılmamıştır. Tutuklamaya karşı bir şekilde Yargıtay’a başvuru yolunun açılması gerekli görünmektedir.



Ceza muhakemesinin en önemli konularından biri olan deliller konusunda artık işkence altında ikrarlar alınmıyor olması ve işkence altında alınan ifadelere göre hüküm kurulmuyor olması yeterli değildir. Sanığın müdafii olmadan verdiği kendini suçlandırıcı ifadeler veya sanık ve tanığın yargılama yapan mahkeme dışında vermiş olduğu ifadelere dayanılarak hüküm kurulması, ciddi bir sorundur. Adil bir yargılama yapılması için bu kişilerin yargılamayı yapan mahkeme önünde ifade vermeleri veya sorgulanmaları gerekir. Ama sanık ve tanık nakilleri için devletin kaynak ayırması gerekli olabilir. Devlet, kaynağı olmadığı bahanesiyle bireye adil yargılanma hakkını kullandırmaktan kaçınmamalıdır.

Öte yandan dinleme ve izleme sonucu elde edilen delillerin, adil yargılanma hakkı bakımından olmasa bile, özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkına aykırı sonuçlar doğurabileceği ileri sürülebilir. Bu raporda, kriminolojik ve adli tıp delilleriyle ilgili herhangi bir tartışmanın yapılmadığı, ama bu bağlamda da birçok sorunun bulunduğu kaydedilmelidir.

Türkiye’de ceza muhakemesinde ve özellikle soruşturma aşamasında müdafii önemi anlaşılmaya başlanmıştır. Gözaltında müdafii bulunması hem işkenceye

karşı bir koruyucu hem de şüphelinin zorlama altında kendini suçlandırıcı ifade vermemesinin bir sigortasıdır. Tabii müdafii de görevini hakkıyla yapması koşuluyla... Bu konuda, müdafii soruşturma aşamasında bulunmasını telkin eden İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin ihlal kararlarının büyük bir katkısının bulunduğu gözlenmiştir.

Türkiye’de insan haklarının iç hukukun kaynaklarından biri haline gelmesi halinde, ulusal organların egemenlik erozyonuna uğrayacağı kaygısı her zaman var olmuştur. Anayasa Mahkemesi’ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki haklar bakımından bireysel başvuru yolunun açılması, egemenlik mücadelesini uluslararası alandan ulusal alana kaydırmış görünmektedir. Ulusal yargı yerleri insan hakları hukukuna uygun kararlar üretmedikçe, yetki mücadelesinin ulusal düzeyde devam edeceği söylenebilir. Adalet Bakanlığı’nın “Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı”nda ise, gerek bu mücadelenin önlenmesine gerekse ceza adaletinin tamamıyla insan hakları standartları üzerine oturtulmasına ilişkin yeterli tedbir alınmasının planlanmadığı görülmektedir. Dolayısıyla bu rapor, hem maddi ceza hukuku ve hem de ceza muhakemesi hukukunun konuları üzerinde daha fazla çalışma yapılması gerektiğine işaret etmektedir.

## Kaynakça

- Altun, Uğur (Av.) (2011). *İletişimin Denetlenmesi*, yayımlanmamış rapor taslağı, Nisan 2011
- BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, 1984.
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide (2008). *Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı*, İstanbul: Beta Yayınları, 2. baskı.
- Harris, D. J.; O'Boyle, M. ve Warbrick, C. (2009). *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2. baskı.
- İnsan Hakları Ortak Platformu, Yargı Gözlem Raporu Diyarbakır KCK Davası, İnsan Hakları, Hukukun Üstünlüğü, İnsan Hakları Savunucularının Korunması. (erişim tarihi 14.10.2011) <[http://www.ihop.org.tr/dosya/diger/20110415\\_KCK\\_TR.pdf](http://www.ihop.org.tr/dosya/diger/20110415_KCK_TR.pdf)>
- Türkiye Barolar Birliği (2009). "İletişim Özgürlüğüne Müdahale" paneli, Ankara.
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi (2011). *Tutuklama Raporu*. <[http://www.tsk.tr/10\\_ARSIV/10\\_1\\_Basin\\_Yayin\\_Faaliyetleri/10\\_1\\_Basin\\_Aciklamalari/2011/BA\\_05.htm](http://www.tsk.tr/10_ARSIV/10_1_Basin_Yayin_Faaliyetleri/10_1_Basin_Aciklamalari/2011/BA_05.htm)>
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin resmi dildeki kararları için, <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-en>
- İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkçeye çevrilmiş çok sayıdaki kararı için, <http://ihami.anadolu.edu.tr>
- Yargıtay kararları için, [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) sayfalarına bakılabilir.
- METİN İÇİNDE GEÇEN İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLAR LİSTESİ**
- *A.M.* – İtalya, no. 37019/97, 14/12/1999
  - *Aleksandr Makarov* – Rusya, no. 15217/07, 12/03/2009
  - *Allan* – Birleşik Krallık, no. 48539/99, 05/11/2002
  - *Artico* – İtalya, no. 6694/74, 13/05/1980
  - *Asch* – Avusturya, no. 12398/86, 26/04/1991
  - *Assenov ve Diğerleri* – Bulgaristan, no. 24760/94, 28/10/1998
  - *Bağrıyanık* – Türkiye, no. 43256/04, 05/06/2007
  - *Baltacı* – Türkiye, no. 495/02, 18/07/2006
  - *Batı ve Diğerleri* – Türkiye, no. 33097/96, 03/06/2004
  - *Becciev* – Moldova, no. 9190/03, 04/10/2005
  - *Belchev* – Bulgaristan, no. 39270/98, 08/04/2004
  - *Bideault* – Fransa [k.k.], no. 11261/84, 01/10/1986
  - *Bojilov* – Bulgaristan, no. 45114/98, 22/12/2004
  - *Bordovskiy* – Rusya, no. 49491/99, 08/02/2005
  - *Bönisch* – Avusturya, no. 8658/79, 06/05/1985
  - *Brogan ve Diğerleri* – Birleşik Krallık, no. 11209/84, 29/11/1988
  - *Bykov* – Rusya [BD], no. 4378/02, 10/03/2009
  - *Cahit Demirel* – Türkiye, no. 18623/03, 07/07/2009
  - *Cebotari* – Moldova, no. 35615/06, 13/11/2007
  - *Celejewski* – Polonya, no. 17584/04, 04/05/2006
  - *Chalkley* – Birleşik Krallık, no. 63831/00, 12/06/2003
  - *Clooth* – Belçika, no. 12718/87, 12/12/1991
  - *Colozza* – İtalya, no. 9024/80, 12/02/1985
  - *Conka* – Belçika, no. 51564/99, 05/02/2002
  - *Contrada* – İtalya, no. 27143/95, 24/08/1998
  - *Corigliano* – İtalya, no. 8304/78, 10/12/1982
  - *Cuscani* – Birleşik Krallık, no. 32771/96, 24/09/2002
  - *Çamyar ve Berktaş* – Türkiye, no. 41959/02, 15/02/2011
  - *Delta* – Fransa, no. 11444/85, 19/12/1990
  - *Demirel* – Türkiye, no. 39324/98, 28/01/2003
  - *Desde* – Türkiye, no. 23909/03, 01/02/2011
  - *Dinler* – Türkiye, no. 61443/00, 31/05/2005
  - *Doorson* – Hollanda, no. 20524/92, 26/03/1996
  - *Engel ve Diğerleri* – Hollanda, no. 5100/71, 08/06/1976
  - *Erkan İnan* – Türkiye, no. 13176/05, 23/02/2010
  - *Ferrantelli ve Santangelo* – İtalya, no. 19874/92, 07/08/1996
  - *Fox, Campbell ve Hartley* – Birleşik Krallık, no. 12244/86, 30/08/1990
  - *Gafgen* – Almanya [BD], no. 22978/05, 01/06/2010
  - *Garcia Alva* – Almanya, no. 23541/94, 13/02/2001
  - *Georgieva* – Bulgaristan, no. 16085/02, 03/07/2008
  - *Getiren* – Türkiye, no. 10301/03, 22/07/2008
  - *Göç* – Türkiye, no. 36590/97, 09/11/2000
  - *Göçmen* – Türkiye, no. 72000/01, 17/10/2006
  - *Güner Çorum* – Türkiye, no. 59739/00, 31/10/2006

- Güveç – Türkiye, no. 70337/01, 20/01/2009
- H. – Belçika, no. 8950/80, 30/11/1987
- Hacı Özen – Türkiye, no. 46286/99, 12/04/2007
- Harutyunyan – Ermenistan, no. 36549/03, 28/06/2007
- Heglas – Çek Cumhuriyeti, no. 5935/02, 01/03/2007
- Hristova – Bulgaristan, no. 60859/00, 07/12/2006
- Hulki Güneş – Türkiye, no. 28490/95, 19/06/2003
- Hussain – Birleşik Krallık, no. 21928/93, 21/02/1996
- Hüseyin Habip Taşkın – Türkiye, no. 5289/06, 01/02/2011
- I.A. – Fransa, no. 28213/95, 23/09/1998
- Iljkov – Bulgaristan, no. 33977/96, 26/07/2001
- Imbrioscia – İsviçre, no. 13972/88, 24/11/1993
- Isgro – İtalya, no. 11339/85, 19/02/1991
- Iwanczuk – Polonya, no. 25196/94, 15/11/2001
- İpek ve Diğerleri – Türkiye, no. 17019/02, 03/02/2009
- Jablonski – Polonya, no. 33492/96, 21/12/2000
- Jalloh – Almanya [BD], no. 54810/00, 11/07/2006
- John Murray – Birleşik Krallık, no. 18731/91, 08/02/1996
- K. – Fransa [k.k.], no. 10210/82, 07/12/1983
- Kaboulov – Ukrayna, no. 41015/04, 19/11/2009
- Kamasinski – Avusturya, no. 9783/82, 19/12/1989
- Kampanis – Yunanistan, no. 17977/91, 13/07/1995
- Karagöz – Türkiye, no. 5701/02, 20/10/2005
- Kaya ve Güven – Türkiye, no. 41540/98, 17/02/2004
- Keklik ve Diğerleri – Türkiye, no. 77388/01, 03/10/2006
- Kemal Kahraman ve Ali Kahraman – Türkiye, no. 42104/02, 26/04/2007
- Kemmache – Fransa [no. 3], no. 17621/91, 24/11/1994
- Khan – Birleşik Krallık, no. 35394/97, 12/05/2000
- Kolu – Türkiye, no. 35811/97, 02/08/2005
- Korkmaz ve Diğerleri – Türkiye, no. 35979/97, 21/03/2006
- Kostovski – Hollanda, no. 11454/85, 20/11/1989
- Koşti ve Diğerleri – Türkiye, no. 74321/01, 03/05/2007
- Kruslin – Fransa, no. 11801/85, 24/04/1990
- Külter – Türkiye, no. 42560/98, 04/12/2003
- Kyprianou – Kıbrıs, no. 73797/01, 27/01/2004
- Labita – İtalya [BD], no. 26772/95, 06/04/2000
- Ladent – Polonya, no. 11036/03, 18/03/2008
- Lagerblom – İsveç, no. 26891/95, 14/01/2003
- Lamy – Belçika, no. 10444/83, 30/03/1989
- Lawless – İrlanda [no. 3], no. 332/57, 01/07/1961
- Lazoroski – Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti, no. 4922/04, 08/10/2009
- Letellier – Fransa, no. 12369/86, 26/06/1991
- Leva – Moldova, no. 12444/05, 15/12/2009
- Lietzow – Almanya, no. 24479/94, 13/02/2001
- Luca – İtalya, no. 33354/96, 27/02/2001
- Lukanov – Bulgaristan, no. 21915/93, 20/03/1997
- Lüdi – İsviçre, no. 12433/86, 15/06/1992
- Magee – Birleşik Krallık, no. 28135/95, 06/06/2000
- Malone – Birleşik Krallık, no. 8691/79, 02/08/1984
- Mangouras – İspanya [BD], no. 12050/04, 28/09/2010
- Mansur – Türkiye, no. 16026/90, 08/06/1995
- Mattoccia – İtalya, no. 23969/94, 25/07/2000
- Matznetter – Avusturya, no. 2178/64, 10/11/1969
- Medvedyev ve Diğerleri – Fransa [BD], no. 3394/03, 29/03/2010
- Mehmet Şah Çelik – Türkiye, no. 48545/99, 24/07/2007
- Menteş – Türkiye, no. 36487/02, 06/02/2007
- Michta – Polonya, no. 13425/02, 04/05/2006
- Monnell ve Morris – Birleşik Krallık, no. 9562/81, 02/03/1987
- Mooren – Almanya [BD], no. 11364/03, 09/07/2009
- Moussa – Fransa [k.k.], no. 28897/95, 21/05/1997
- Muller – Fransa, no. 21802/93, 17/03/1997
- Murray – Birleşik Krallık [BD], no. 14310/88, 28/10/1994
- Musuc – Moldova, no. 42440/06, 06/11/2007
- N.M. – Türkiye, no. 35065/97, 25/10/2005
- Nart – Türkiye, no. 20817/04, 06/05/2008
- Neumeister – Avusturya, no. 1936/63, 27/06/1968
- Nikolova – Bulgaristan [BD], no. 31195/96, 25/03/1999
- Nowak – Ukrayna, no. 60846/10, 31/03/2010
- Okatan – Türkiye, no. 40996/98, 13/07/2006
- Osmanağaoğlu – Türkiye, no. 12769/02, 21/07/2009
- Öcalan – Türkiye [BD], no. 46221/99, 12/05/2005
- Örs ve Diğerleri – Türkiye, no. 46213/99, 20/06/2006
- P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık, no. 44787/98, 25/09/2001
- P.S. – Almanya, no. 33900/96, 20/12/2001
- Pakkan – Türkiye, no. 13017/02, 31/10/2006
- Pelissier ve Sassi – Fransa [BD], no. 25444/94, 25/03/1999
- Prager ve Oberschlick – Avusturya, no. 15974/90, 26/04/1995
- Rachdad – Fransa, no. 71846/01, 13/11/2003
- Ringeisen – Avusturya, no. 2614/65, 22/06/1972
- Rusu – Avusturya, no. 34082/02, 02/10/2008
- Saadi – Birleşik Krallık [BD], no. 13229/03, 29/01/2008
- Sadak ve Diğerleri – Türkiye, no. 29900/96, 17/07/2001
- Sadegül Özdemir – Türkiye, no. 61441/00, 02/08/2005
- Saidi – Fransa, no. 14647/89, 20/09/1993
- Salabiaku – Fransa, no. 10519/83, 07/10/1988
- Salduz – Türkiye [BD], no. 36391/02, 27/11/2008
- Saunders – Birleşik Krallık [BD], no. 19187/91, 17/12/1996
- Schenk – İsviçre, no. 10862/84, 12/07/1988
- Schöps – Almanya, no. 25116/94, 13/02/2001

- 
- Scott – İspanya, no. 21335/93, 18/12/1996
  - Selçuk – Türkiye, no. 21768/02, 10/01/2006
  - Sevgin ve İnce – Türkiye, no. 46262/99, 20/09/2005
  - Seyithan Demir – Türkiye, no. 25381/02, 28/07/2009
  - Shishkov – Bulgaristan, no. 38822/97, 09/01/2003
  - Smirnova – Rusya, no. 46133/99, 24.07.2003
  - Singh – Birleşik Krallık, no. 23389/94, 21/02/1996
  - Skalka – Polonya, no. 43425/98, 27/05/2003
  - Skrobol – Polonya, no. 44165/98, 13/09/2005
  - Solmaz – Türkiye, no. 27561/02, 16/01/2007
  - Soysal – Türkiye, no. 50091/99, 03/05/2007
  - Söylemez – Türkiye, no. 46661/99, 21/09/2006
  - Sramek – Avusturya, no. 8790/79, 22/10/1984
  - Stepuleac – Moldova, no. 8207/06, 06/11/2007
  - Stögmüller – Avusturya, no. 1602/62, 10/11/1969
  - Sunday Times – Birleşik Krallık [no. 1], no. 6538/74, 26/04/1979
  - Suominen – Finlandiya, no.37801/97, 01/07/2003
  - Svipta – Letonya, no. 66820/01, 09/03/2006
  - Şaman – Türkiye, no. 35292/05, 05/04/2011
  - Talat Tepe – Türkiye, no. 31247/96 , 21/12/2004
  - Tanrıkulu ve Diğerleri - Türkiye, no. 29918/96, 06/10/2005
  - Teixeira de Castro – Portekiz, no. 25829/94, 09/06/1998
  - Toth – Avusturya, no. 11894/85, 12/12/1991
  - Tsirlis ve Kouloumpas – Yunanistan, no. 19233/91, 29/05/1997
  - Uçak – Birleşik Krallık [k.k.], no. 44234/98, 24/01/2002
  - Unterpertinger – Avusturya, no. 9120/80, 24/11/1986
  - Van Mechelen ve Diğerleri – Hollanda, no. 21363/93, 23/04/1997
  - Vayiç – Türkiye, no. 18078/02, 20/06/2006
  - Vrancev – Sırbistan, no. 2361/05, 23/09/2008
  - W. – İsviçre, no. 14379/88, 26/01/1993
  - Wemhoff – Almanya, no. 122/64, 27/06/1968
  - Wloch – Polonya, no. 27785/95, 19/10/2000
  - X. – Almanya [k.k.], no. 8098/77, 13/12/1978
  - Yağcı ve Sargın – Türkiye, no. 16419/90, 08/06/1995
  - Yiğitdoğan – Türkiye, no. 20827/08, 16/03/2010
  - Yoldaş – Türkiye, no. 27503/04, 23/02/2010
  - Yusuf Gezer – Türkiye, no. 21790/04, 01/12/2009
  - Zana – Türkiye, no. 18954/91, 25/11/1997

## Yazar Hakkında

---

### OSMAN DOĞRU

Osman Doğru 1959'da doğdu. 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi'nden mezun oldu. 1986 yılında Marmara Üniversitesi'nde araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı. Aynı üniversitede 2000 yılında doçent, 2005 yılında profesör oldu. Halen aynı üniversitede Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesidir. 1992 yılında "27 Mayıs Rejimi" adlı çalışmasıyla doktor unvanını aldıktan sonra, uluslararası insan hakları hukuku alanında çalışmaya başladı. Özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin yorumlanması ve uygulanması üzerine yayınlar yapmaktadır. Marmara Üniversitesi'nde İnsan Hakları Hukuku dersleri vermektedir. Ayrıca Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi İnsan Hakları Hukuku Projesi web sayfasının (<http://ihami.anadolu.edu.tr>) kurucusu ve akademik editörüdür.



**TESEV**

Bankalar Cad. Minerva Han No: 2 Kat: 3  
Karaköy 34420, İstanbul  
Tel: +90 212 292 89 03 PBX  
Fax: +90 212 292 90 46  
info@tesev.org.tr  
www.tesev.org.tr

**FRIEDRICH  
EBERT  
STIFTUNG**



ISBN 978-605-5332-11-2