

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 6. MADDESİ (ADİL
YARGILANMA HAKKI) BAĞLAMINDA CEZA MUHAKEMESİNDE
DURUŞMA**

HAKAN KARAKEHYA

DOKTORA TEZİ

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kasım, 2007

*Tezin yazım aşamasında kaybettiğim
canım kardeşim AYŞE'ye...*

DOKTORA TEZ ÖZÜ**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 6. MADDESİ (ADİL YARGILANMA HAKKI) BAĞLAMINDA CEZA MUHAKEMESİNDE DURUŞMA****Hakan Karakehya****Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı****Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kasım 2007****Danışman: Prof. Dr. Metin Feyzioğlu**

Adil yargılanma hakkı, her bireyin gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesini isteme hakkı olduğunu ifade eder.

Cezai uyuşmazlıkları çözüme kavuştururken yargılama makamı, ancak duruşma devresinde gerçekleştirilen faaliyet sonucu vicdani kanaate ulaşabilir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde sağlıklı bir karar verilebilmesinin ön şartı duruşma devresinin sağlıklı bir şekilde yapılmasıdır. Bu bağlamda duruşma devresinde sanığın adil yargılanma hakkına ilişkin gerekler göz önünde bulundurulmalı ve muhakeme bu ilkeler doğrultusunda gerçekleştirilmelidir.

ABSTRACT**TRIAL IN CRIMINAL PROCESS REGARDING ARTIKEL 6 OF EUROPEAN
CONVENTION OF HUMAN RIGHTS (RIGHT TO FAIR TRIAL)****Hakan KARAKEHYA****Department of Public Law****Anadolu University Graduate School of Social Sciences, November 2007****Supervisor: Prof. Metin FEYZİOĞLU**

Right to fair trial expresses that, in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

While the criminal conflicts are resolved, the judge reaches his conscience conviction only through the facts established at the trial. Therefore, first condition of giving a right decision at the end of a trial process is the realization of a right trial. Hence, the requirements of the fair trial right of the accused should be taken into consideration during the trial, and the process has to be conducted in accordance with fair trial principles.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Hakan KARAKEHYA'nın "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma" başlıklı tezi tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Kamu Hukuku** Ana Bilim Dalında Doktora tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : **Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU**

Üye : **Prof. Dr. Nevzat TOROSLU**

Üye : **Prof. Dr. Özcan UÇKAN**

Üye : **Prof. Dr. Erdal ONAR**

Üye : **Doç. Dr. Ayşe Tülin YÜRÜK**

Prof. Dr. Nurhan AYDIN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ÖNSÖZ

Akademik hayatı küçük adımlarla yürüdüğüm uzun bir yolculuk, doktora aşamasını da bu yolculuğun en önemli bölümlerinden birisi olarak görmekteyim. Bu bağlamda böyle önemli bir bölümü tamamlamışken gerek bilimsel anlamda gerekse kişilik anlamında beni ben yapan insanlara teşekkür etmeyi bir borç biliyorum.

Öncelikle tez danışmanın Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'na sonsuz şükranlarımı sunmak isterim. Doktora tezimi onun danışmanlığında yazma imkanına sahip olmak, akademik hayatta yakaladığım en önemli fırsatlardan birisiydi. Bunu geçmişe bakınca çok daha iyi anlıyorum. Almanlar doktora tez danışmanlarını tez babası (doktorvater) olarak nitelendirirler. Sayın hocam da gerçekten bu tezin babası olmuş, konunun belirlenmesinden başlıkların oluşturulmasına, tezin yazımından düzeltilmesine kadar her aşamada bir deniz feneri gibi yolumu bulmamı sağlamıştır. Ayrıca birlikte çalışmamız sırasında, gerek akademik üsluba gerekse bilimsel nezakete ilişkin gözlemlediklerim ve öğrendiklerim de kendisi sayesinde elde ettiğim diğer kazanımlar olmuştur.

Değerli hocam Prof. Dr. Özcan Uçkan, beni bugünlere taşıyan insanların başında gelmektedir. Nitekim ceza hukuku derslerini ilk ondan aldım, ceza hukukunu ondan dinlerken sevdim, akademik hayata onun yardımları ile başladım. Yıllarca maddi ceza hukukuna ilişkin asistanlığını yaparken her zaman biliyordum ki arkamda beni destekleyen bir hocam var. Asistanlıktan geçmiş olan hemen herkesin takdir edeceği üzere, arkasında onu destekleyen bir hocasının olduğunu bilmek, gerek özgüven gerekse bilimsel performans olarak asistanın verimliliğini önemli ölçüde arttırmaktadır. Bu bağlamda hocama en içten teşekkürlerimi sunmak isterim.

Kendisiyle yüksek lisans tezim sırasında danışmanım olarak çalışma olanağı bulduğum, lisansüstü eğitimimin ders aşamalarında özellikle maddi ceza hukuku mantığı ve İtalyan doktrinine ilişkin çok önemli bilgiler edindiğim değerli hocam Nevzat Toroslu'ya da şükranlarımı sunarım.

Parlamento hukukundan anayasa yargısına, hükümet sistemlerinden anayasa hukukunun güncel sorunlarına kadar, kendisinden birçok ders aldığım ve iyi bir ceza hukukçusunun en iyi bilmesi gereken diğer hukuk dallarının başında gelen anayasa

hukukunun ilkelerini öğrendiğim sayın hocam Prof Dr. Erdal Onar’a da teşekkürü borç bilirim.

Sadece benim değil fakültedeki hemen her asistanın akademik ilerlemesine ilişkin sorunlarıyla ilgilenen, bizlerin tez danışmanlarımızla olan bağlantılarımızı kurmamızı sağlayan, bu bağlamda da fakültedeki hemen her asistanın bir anlamda akademik anneliğini yapan değerli hocam Doç Dr. Ayşe Tülin Yürük’e en içten teşekkürlerimi sunarım.

Hoca sıkıntısı yaşadığımız bir dönemde fakültemize büyük özveriyle yıllarca gelip ders veren ve bu süre zarfında hemen bütün derslerine asistanı olarak girdiğim, üç dört yıl boyunca ne anlatıyor, nasıl anlatıyor diye takip ettiğim ve bir süre sonra da kendimi ders anlatırken onun örneklerini kullanır, onun gibi davranır, kısaca onu taklit eder bir halde bulduğum, ceza muhakemesi dersinin mantığını öğrendiğim sayın hocam Hamide Zafer’e sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Onun sayesinde önceden sadece usulden ibaret diye düşündüğüm muhakeme hukukunun da maddi bir içeriği ve kendine ait bir mantık silsilesi olduğunu kavradım.

Ayrıca tüm yoğunluna rağmen tez jürime katılan, önemli eleştiri ve düzeltmeleriyle tezime büyük yardımları olan sayın hocam Prof. Dr. Turan Yıldırım’a da çok teşekkür ederim.

Fakültedeki sevgili ceza hukuku araştırma görevlisi arkadaşlarım Ozan E. Taşkın ve Nazmiye Özenbaş Boydağ. “İyi ki varsınız ve iyi ki aynı kürsüdeyiz...”

Son olarak değerli ailem: annem, babam ve kardeşim... beni en çok ben yapan onlar. Bugün kendimle barışksam ve hayata sıkı sıkıya tutunabiliyorsam ailemin kazandırdıkları ve hissettirdikleri sayesinde. Tezin yazım aşamasında aramızdan birisi, en küçüğümüz, kardeşim Ayşe ayrıldı. Onsuzluğa alışmak hala mümkün olmadı ama en azından artık öğrendim... Kalan ömrümün onsuz geçecek kısmına sürekli üzülmeğe, birlikte inanılmaz güzel geçen 26 yılı hatırlayarak mutlu olmayı öğrendim. Çünkü o, hatırlanmayı hem de en güzel haliyle, ağlayarak değil; gülümseyerek hatırlanmayı hak eden bir kardeşti.

İÇİNDEKİLER

| | |
|----------------------------|------|
| ÖZ..... | iii |
| ABSTRACT..... | iv |
| JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI..... | v |
| ÖNSÖZ | vi |
| ÖZGEÇMİŞ | viii |
| KISALTMALAR LİSTESİ..... | xvi |
| GİRİŞ | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

| | |
|--|----|
| 1. HAK KAVRAMI VE ADİL YARGILANMA HAKKI | 4 |
| 1.1. Hak Kavramı | 4 |
| 1.1.1 Genel Olarak | 4 |
| 1.1.2 İnsan Hakları | 8 |
| 1.1.2.1. Genel Olarak | 8 |
| 1.1.2.2. İnsan Haklarının Sınıflandırılması | 11 |
| 1.1.3. Temel Haklar | 12 |
| 1.2. Adil Yargılanma Hakkı | 15 |
| 1.2.1. Genel Olarak | 15 |
| 1.2.2. Adil Yargılanma Hakkının Tanımı, Niteliği ve Temel Haklar Arasındaki Yeri | 19 |
| 2. TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BAĞLAMINDA ADİL YARGILANMA HAKKININ KAYNAKLARI | 23 |
| 2.1 Anayasa | 23 |
| 2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi | 25 |
| 2.3. Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi | 28 |
| 2.4. Ceza Muhakemesi Kanunu | 30 |

| | |
|--|-----------|
| 3. ADİL YARGILANMA HAKKININ İÇERİĞİ | 31 |
| 3.1. Genel Olarak | 31 |
| 3.2. AİHS'nin 6. Maddesinin Fıkraları Arasındaki İlişki | 33 |
| 3.3 Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı | 34 |

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİNDE DURUŞMAYA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

| | |
|---|-----------|
| 1. DURUŞMANIN TANIMI | 37 |
| 2. DURUŞMANIN AMACI | 38 |
| 3. DURUŞMA DEVRESİNİN SÜJELERİ | 42 |
| 3.1. Genel Olarak | 42 |
| 3.2. Hakim | 43 |
| 3.2.1. Genel Olarak | 43 |
| 3.2.2. Hakimlerin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Hakimlik Teminatı | 45 |
| 3.3. Savcı | 45 |
| 3.3.1. Genel Olarak | 45 |
| 3.3.2. Savcının Hukuki Niteliği | 47 |
| 3.3.3. Savcılık Teminatı | 49 |
| 3.3.4. Savcının Taraf Olup Olmadığı Sorunu | 49 |
| 3.4. Sanık | 50 |
| 3.4.1. Genel Olarak | 50 |
| 3.4.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sanık Kavramı | 54 |
| 3.5. Müdafî | 55 |
| 3.5.1. Genel Olarak | 55 |
| 3.5.2. Müdafîin Hukuki Statüsü | 56 |
| 3.5.2.1. Genel Olarak | 56 |
| 3.5.2.2. Organ Teorisi | 57 |
| 3.5.2.3. Menfaat Temsili (Sözleşme) Teorisi | 58 |
| 3.5.2.4. Sınırlandırılmış Organ Teorisi | 58 |
| 3.5.2.5. Teorilerin Değerlendirilmesi | 59 |

| | |
|---|----|
| 3.6. Sanık Yardımcıları | 60 |
| 3.7. Katılan | 61 |
| 3.8. Katılan Vekili | 63 |
| 4. DURUŞMAYA HAKİM OLAN YÖNTEM: “ÇELİŞME YÖNTEMİ” | 64 |
| 5. DURUŞMAYA HAKİM OLAN İLKELERİN ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN ÖNEMİ | 69 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 6. MADDESİNİN 2. VE 3. FIKRALARINDA DÜZENLENEN HAKLAR BAĞLAMINDA CEZA MUHAKEMESİNDE DURUŞMA

| | |
|---|----|
| 1. GENEL OLARAK | 74 |
| 2. İSNADI ÖĞRENME HAKKI VE DURUŞMA | 75 |
| 2.1. Genel Olarak | 75 |
| 2.2. İsnad Edilen Fiilin Sonradan Nitelik Değiştirmesi | 79 |
| 2.2.1. Genel Olarak | 79 |
| 2.2.1. Ek Savunma Hakkı Verilmesi İle Yetinilebilecek Haller | 79 |
| 2.2.2. Yeni İddianame Düzenlenmesini Gerektiren Haller | 81 |
| 3. SAVUNMAYI HAZIRLAMAK İÇİN GEREKLİ ZAMAN VE KOLAYLIKLARA SAHİP OLMA HAKKI VE DURUŞMA | 82 |
| 3.1. Genel Olarak | 82 |
| 3.2. Savunmayı Hazırlamak İçin Gerekli Zamana Sahip Olma | 83 |
| 3.3. Savunmayı Hazırlamak İçin Gerekli Kolaylıklara Sahip Olma | 85 |
| 4. KENDİ KENDİNİ SAVUNMA VEYA BİR MÜDAFİİN YARDIMINDAN FAYDALANMA HAKKI VE DURUŞMA | 87 |
| Genel Olarak | 87 |
| 4.2. Kişinin Kendi Kendini Savunma Hakkı | 88 |
| 4.3. Bir Müdafiiin Yardımından Faydalanmak Suretiyle Savunma Hakkı | 89 |
| 4.3.1. Genel Olarak | 89 |
| 4.3.2. İsteğe Bağlı Müdafiden Faydalanma Hakkı | 92 |
| 4.3.3. Zorunlu Müdafiden Faydalanma Hakkı | 93 |

| | |
|--|------------|
| 4.3.4. Bir Müdafinin Yardımından Faydalanma Hakkının Yerine Getirilebilmesi İçin Müdafie Tanınması Gereken Yetkiler | 98 |
| 5. TERCÜMAN YARDIMINDAN FAYDALANMA HAKKI VE DURUŞMA | 101 |
| 6. İDDİA MAKAMI İLE EŞİT KOŞULLARDA TANIK ÇAĞRILMASINI VE DİNLENMESİNİ TALEP ETME VE TANIKLARI SORGUYA ÇEKME HAKKI VE DURUŞMA | 105 |
| 6.1. Genel Olarak | 105 |
| 6.2. İddia Tanıklarının Sorguya Çekme veya Çektirme | 106 |
| 6.2.1. Genel Olarak | 106 |
| 6.2.2. İddia Tanıklarının Sorguya Çekme veya Çektirme Hakkına İlişkin İstisnai Haller | 109 |
| 6.2.2.1. Sanığın Duruşma Salonunda Bulunmasının Sakıncalı Olması | 109 |
| 6.2.2.2. Erken Alınan Tanık Beyanlarının Duruşma Sırasında Tekrar Alınmaması | 110 |
| 6.2.2.3. İstinabe veya Niyabet Yoluyla Tanık Dinlenmesi | 113 |
| 6.2.2.4. Gizli Soruşturmacı veya Tanık İle Konuşan Görevlinin Duyduğunu Söyleyen Tanık Olarak Dinlenmesi ... | 115 |
| 6.2.2.5. Gizli Tanık Dinlenmesi | 119 |
| 6.2.3. Delilin Tek Bir Tanıktan İbaret Olmasının Tanıklara Soru Sorma Hakkı Bakımından Öngörülen İstisnalara Etkisi | 122 |
| 6.3. Savunma Tanıklarının İddia Tanıklarıyla Aynı Koşullar Altında Çağrılmasının ve Dinlenmesinin Sağlanmasını İsteme | 124 |
| 7. SUÇSUZLUK KARİNESİ VE DURUŞMA | 126 |
| 7.1. Genel Olarak | 126 |
| 7.2. Suçsuzluk Karinesinin, Devlet Organları ve Bazı Özel Kuruluşlar Bakımından Getirdiği Yükümlülükler | 131 |
| 7.3. İspat Yükünün İddia Makamında Olması | 135 |
| 7.4. Suçluluğun Yasal Olarak Sabit Olması Koşulunun Önemi | 136 |
| 7.5. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi | 137 |
| 7.6. Sanığın Susma Hakkının Suçsuzluk Karinesi Açısından Değerlendirilmesi | 140 |

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 6. MADDESİNİN 1. FIKRASINDA DÜZENLENEN HAKLAR BAĞLAMINDA CEZA MUHAKEMESİNDE DURUŞMA

| | |
|---|------------|
| 1. GENEL OLARAK | 144 |
| 2. MAKUL SÜRE İÇİNDE YARGILANMA HAKKI VE DURUŞMA..... | 146 |
| 2.1. Genel Olarak | 146 |
| 2.2. Makul Sürenin Belirlenmesi | 152 |
| 2.2.1. Genel Olarak | 152 |
| 2.3.2. Makul Sürenin Belirlenmesinde Kullanılan Kriterler | 153 |
| 2.3.2.1. Genel Olarak | 153 |
| 2.3.2.2. Davanın Zorluğu | 153 |
| 2.3.2.3. Davanın Başvuruda Bulunan Kimse Bakımından Önemi | 155 |
| 2.3.2.4. Başvuruda Bulunan Kimsenin Tutumu | 156 |
| 2.3.2.5. Yetkili Ulusal Makamların Tutumu | 157 |
| 2.3.3. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali Nedeniyle Doğan Mağduriyetin İç Hukuk Makamlarınca Giderilmiş Olması | 160 |
| 3. KANUNLA KURULMUŞ MAHKEME TARAFINDAN YARGILANMA HAKKI VE DURUŞMA | 160 |
| 4. BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ BİR MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI VE DURUŞMA | 164 |
| 4.1 Genel Olarak | 164 |
| 4.2 Mahkemenin Bağımsızlığı | 165 |
| 4.2.1. Genel Olarak | 165 |
| 4.2.2. Mahkemelerin Bağımsızlığının Yasama Organına Karşı Korunması | 169 |
| 4.2.3. Mahkemelerin Bağımsızlığının Yürütme Organına Karşı Korunması | 170 |

| | |
|---|-----|
| 4.2.4. Mahkemelerin Bağımsızlığının Yargı Organlarına Karşı Korunması | 172 |
| 4.2.5. Mahkemelerin Bağımsızlığının Ortama Karşı Korunması | 173 |
| 4.3 Mahkemenin Tarafsızlığı | 175 |
| 4.3.1. Genel Olarak | 175 |
| 4.3.2. Hakimin Uyuşmazlığın Farklı Evrelerinde Görev Yapması ve Tarafsızlığı | 178 |
| 4.3.3. Yargılama Görevini Yerine Getiren Hakimin Uyuşmazlık Bakımından Kişisel İlişkinin Söz Konusu Olması ve Tarafsızlık | 182 |
| 4.3.4. Tarafsızlıktan Feragat | 184 |
| 5 ALENİ YARGILANMA HAKKI VE DURUŞMA | 185 |
| 5.1. Genel Olarak | 185 |
| 5.2. Duruşmanın Aleni Yapılması | 187 |
| 5.3. Duruşmanın Aleni Yapılması İlkesinin İstisnaları | 191 |
| 5.4. Aleni Duruşma Hakkından Feragat | 193 |
| 6. ÇELİŞMELİ MUHAKEME VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİNE İLİŞKİN HAK VE DURUŞMA | 194 |
| 6.1. Genel Olarak | 194 |
| 6.2. Çelişmeli Muhakeme | 196 |
| 6.2.1. Genel Olarak | 196 |
| 6.2.2. Gizli Belge İncelemesinin Çelişmeli Muhakeme Bağlamında Değerlendirilmesi | 198 |
| 6.3. Silahlarda Eşitlik | 200 |
| 6.3.1. Genel Olarak | 200 |
| 6.3.2. Eşitlik Bağlamında Genel Olarak Tarafların Yetkilerinin Değerlendirilmesi | 201 |
| 6.3.3. Delil İkame Etme ve İkame Edilen Deliller Hakkında Görüş Beyan Etme Bakımından Eşitlik | 204 |
| 6.3.4. Korunmaya Muhtaç Sanığa Tanınan Bazı Ayrıcalıkların Değerlendirilmesi | 206 |
| 7. SORGU HAKKI VE DURUŞMA | 207 |
| 8. DURUŞMADA HAZIR BULUNMA HAKKI VE DURUŞMA..... | 209 |

| | |
|--|------------|
| 8.1. Genel Olarak | 209 |
| 8.2. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkının İstisnaları | 210 |
| 8.2.1. Genel Olarak | 210 |
| 8.2.2. Duruşmadan Bağışık (Vareste) Tutulma | 211 |
| 8.2.3. Sanığın Duruşmadan Savuşması | 212 |
| 8.2.4. Sanığa Yüklenen Suçun Yaptırımının Hafif Olması | 213 |
| 8.2.5. Sanığın Duruşmada Uygunsuz Davranışlar Sergilemesi | 213 |
| 8.2.6. Diğer Haller | 214 |
| 9. SUÇLULUĞUN HUKUKA UYGUN DELİLLERLE İSPAT | |
| EDİLMESİNE İLİŞKİN HAK VE DURUŞMA | 214 |
| SONUÇ | 219 |
| KAYNAKÇA | 229 |

KISALTMALAR LİSTESİ

| | |
|------------|--|
| a.g.e. | Adı Geçen Eser |
| a.g.k. | Adı Geçen Karar |
| a.g.m. | Adı Geçen Makale |
| Adli Y. K. | Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun |
| AİHK. | Avrupa İnsan Hakları Komisyonu |
| AİHM | Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi |
| AİHS. | Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi |
| Any. | Anayasa |
| As. Yarg. | Askeri Yargıtay |
| AÜHFM | Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AÜSBFM | Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| bkz. | Bakınız |
| BRAO | Bundesrechtsanwaltordnung |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| C. | Cilt |
| CD. | Yargıtay Ceza Dairesi |
| CGK. | Yargıtay Ceza Genel Kurulu |
| CMK. | Ceza Muhakemesi Kanunu |
| CMUK. | Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu |
| Çev. | Çeviren |
| E. | Dosya Esas Numarası |
| HSK. | Hakimler ve Savcılar Kanunu |
| HSYK | Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu |
| HUMK. | Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| İBK. | İçtihatı Birleştirme Kararı |
| İYUK. | İdari Yargılama Usulü Kanunu |

| | |
|---------------|------------------------------|
| K. | Dosya Karar Numarası |
| Kabahatler K. | Kabahatler Kanunu |
| m. | Madde numarası |
| no. | Numarası |
| RG. | Resmi Gazete |
| s. | Sayfa Numarası |
| S. | Sayı |
| StPO | Strafprozessordnung |
| TBMM | Türkiye Büyük Millet Meclisi |
| TCK. | Türk Ceza Kanunu |
| vd. | Ve devamı |

GİRİŞ

Ceza muhakemesi, devletlerin yargılama sistemleri içerisindeki belki de en önemli bölümü oluşturur. Nitekim ceza muhakemesine ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların konusunu oluşturan fiillerin büyük bir bölümü, toplum düzenini önemli ölçüde tehdit eder niteliktedir. Bu nedenle günümüzde, özellikle Kıta Avrupa'sında, ceza davasının açılmasına ilişkin olarak *ceza davasının kamusalılığı ilkesi* geçerlidir. Bu ilkeye göre, kural olarak ceza davasını bir devlet organı olan savcı açar ve kovuşturma boyunca iddia makamını kamu adına o işgal eder. Ayrıca kişilerin temel haklarının kısıtlanması bakımından da ceza muhakemesi büyük önem taşır. Nitekim bu alana ilişkin fiillerin muhakemesi sırasında sanık, tutuklama gibi özgürlüğü bağlayıcı bir ceza muhakemesi tedbiri ile karşılaşabileceği gibi; yargılama sonunda özgürlüğü bağlayıcı ceza içeren bir mahkumiyet hükmü ile de karşılaşabilecektir.

Bireylerin yaşamını ve toplu yaşamı bu kadar yakından ilgilendiren ceza muhakemesinin temel amacı; muhakemeye katılan bireylerin haklarına zarar vermeksizin *maddi gerçeği* bulmak ve buna bağlı olarak cezai uyuşmazlığı çözmektir. Ceza muhakemesinde yargılama makamı, cezai uyuşmazlığın maddi kısmını çözerken *vicdani kanaatine* göre karar verir.

Eğer yargıç cezai uyuşmazlığa konu olan olaya ilişkin olarak, gerekçeye dayanan şüpheliyi yenmişse, vicdani kanaate ulaşmış ve dolayısıyla maddi gerçeği bulmuş demektir. Buna göre, sanık, uyuşmazlık konusu fiili gerçekleştirmişse, o fiilin ceza kanununun hangi normunu ihlal ettiği yargılama makamı tarafından tespit edilir ve sanık o normda öngörülen ceza ile cezalandırılır. Eğer sanık uyuşmazlık konusu fiili işlememiş ise hakkında beraat kararı verilir. Ancak bazı durumlarda yargıçta, duruşma sırasında ikame edilen delillere bağlı olarak uyuşmazlık konusu fiilin nasıl gerçekleştiğine ilişkin bir vicdani kanaat oluşmaz. Bu durumda ceza muhakemesinde geçerli olan *şüpheden sanık yararlanır ilkesi* gereğince, sanık hakkında yine beraat kararı verilir. Görüldüğü üzere vicdani kanaat maddi gerçeğin bulunması ve dolayısıyla cezai uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasındaki temel kıstastır.

Yargılama makamı, ancak duruşma devresinde ortaya konulan delillerle temas ettikten sonra vicdani kanaate ulaşabilir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde sağlıklı bir karar verilebilmesinin ön şartı duruşma devresinin sağlıklı bir şekilde yapılmasıdır. Bu nedenle ceza muhakemesinde duruşma dışındaki diğer tüm safhaların amacı ya duruşma devresinin daha sağlıklı bir şekilde yürütmesine hizmet etmek ya da yargıcın duruşma devresinde ortaya konulan delillere bağlı olarak verdiği hükümdeki yanlışlıkları düzeltmektir. Örneğin soruşturma evresi ile duruşma hazırlığının amacı duruşmanın daha hızlı ve sağlıklı yapılmasını sağlamak için delilleri toplamak ve gerekli diğer işlemleri yapmakken; kanun yollarının hepsinin ortak amacı duruşma sonunda, cezai uyuşmazlığa ilişkin olarak verilen hükümdeki yanlışlıkların düzeltilmesine hizmet etmektedir.

Biz bu çalışmamızda, yukarıda belirttiğimiz nedenlerle ceza muhakemesinin en önemli bölümü diyebileceğimiz duruşma devresini ayrıntılı olarak incelemeye gayret ettik. Çalışmamızı gerçekleştirirken de, muhakeme hukuku alanında en merkezi norm olduğunu düşündüğümüz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bağlamında konuyu el aldık. Nitekim adil yargılanma hakkı, günümüzde, hukuk devleti ilkesini kabul etmiş tüm demokratik hukuk sistemlerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.

Çalışmamızda, duruşma devresi adil yargılanma hakkı bakımından incelenirken, farklı bölümlerde tekrar yapmaktan kaçınmak ve çalışmanın daha sistematik olması amacıyla, birinci bölüm mümkün olduğu ölçüde kısa tutulmuş ve bu kısımda adil yargılanma hakkına ilişkin genel bilgiler verilmiştir. İkinci bölümde ise duruşma devresinin genel çerçevesi çizilerek, bu devrenin süjeleri ve özellikleri incelenmiştir. Ancak yine tekrardan kaçınmak kaygısıyla, duruşma devresinin özelliklerine ilişkin açıklamalarda çok ayrıntıya girilmemiştir. Nitekim söz konusu özelliklerin tamamı, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, 3. ve 4. bölümde ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

İlk iki bölümde adil yargılanma hakkı ve duruşmaya ilişkin genel bilgiler verildikten sonra, 3. bölümde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen haklar bağlamında duruşma devresi incelenmiştir. 4. bölümde ise bu inceleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen haklar bağlamında yapılmıştır.

6. madde bağlamında duruşma devresi incelenirken öncelikli olarak 2. ve 3. fıkralar daha sonra ise 1. fıkra kapsamındaki hakları ele almamız, ilk başta maddenin yapısıyla tezat oluşturuyormuş gibi algılanabilir. Ancak biz bilakis öncelikli olarak 2. ve 3. fıkralardaki hakları, sonrasında ise 1. fıkradaki hakları incelemenin 6. maddenin yapısına daha uygun olduğu düşüncesiyle böyle bir yol izleme gereği duyduk. Nitekim ilk fıkrada adil yargılanma hakkına ilişkin genel ilke düzenlenirken; 2. ve 3. fıkralarda ise 1. fıkradaki genel ilkenin özel uygulanma biçimleri belirlenmiştir. Yani bu fıkralarda yer alan haklar genel kuralı düzenleyen 1. fıkranın uzantısı, bir başka deyişle doğal sonucudur. Sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasında her sanığın *en azından* bu haklara sahip olduğu vurgulanmıştır. Buradan anlaşıldığına göre adil yargılanma hakkı, sadece 3. fıkrada belirtilen haklarla sınırlı değildir. 1. fıkradaki genel ilkenin kapsamı çok daha geniştir ve bu fıkra 3. fıkrada yer almayan bazı hakları da içine alan genel bir çerçeve niteliğindedir. Aynı ilişki genel ilke ile 2. fıkra arasında da geçerlidir. Dolayısıyla sözleşmenin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan haklara aykırılık olmasa dahi, 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edilmiş olması mümkündür. 2. ve 3. fıkraların ihlal edilmiş olması ise, kural olarak, aynı zamanda 1. fıkranın da ihlal edildiği anlamını taşır. Ayrıca 1. fıkrada hem medeni hem de cezai uyuşmazlıklara ilişkin davalarda bireylere tanınması gereken haklar yer alırken, ikinci ve üçüncü fıkralar sadece ceza davaları bakımından sanığa tanınması gereken bir takım hakları düzenlemektedirler. Bu nedenlerle çalışma sırasında öncelikli olarak 2. ve 3. fıkradaki haklar bağlamında duruşmayı ele almak, sonrasında ise 1. fıkra bağlamında inceleme yapmak 6. maddenin yapısına daha uygun düşecektir kanaatindeyiz.

Çalışma, bu sistematik çerçevesinde gerçekleştirilirken mümkün olduğunca doktrindeki farklı görüşlere, sözleşme organlarının ve Yargıtay'ın içtihatlarına yer verilerek, konunun daha kapsamlı ve somut şekilde ortaya konulmasına gayret edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

1. HAK KAVRAMI VE ADİL YARGILANMA HAKKI

1.1. Hak Kavramı

1.1.1 Genel Olarak

Hak ve hukuk kavramları birbiriyle yakından ilişkilidirler ve her iki kavram da henüz tek bir anlama kavuşmamıştır.¹ Bu kavramların yakın ilişkisi sadece öze yönelik olarak değil, birçok dilde terimsel olarak da ortaya çıkmıştır. Örneğin Almanca ve Fransızca'nın hukuk dilinde aynı anlamda iki kelime olan *recht* ve *droit* hem hakka hem de hukuki düzeni şekillendiren normlar sistemi olarak hukuka işaret etmektedirler. Bu nedenle hak ve hukuku birbirinden ayırmak için her iki dilde de *sübjektif* ve *objektif hukuk* ayrımının yapılması gerekliliği doğmuştur (*Recht im Subjektiven Sinne-Recht im objektiven Sinne; droit subjectif-droit objectif*).² Ayrıca belirtmek gerekir ki; dilimizdeki hukuk kelimesinin kökeni de Arapça hak kelimesinin çoğuluna dayanmaktadır.³

Hak kavramına ilişkin net bir tanım verebilmek oldukça zordur. Bu zorluk temel olarak kavramın çok kapsamlı oluşundan ve birden fazla disiplinde farklı içerikli olarak kullanımından kaynaklanmaktadır. Yüzyıllardır bu kavrama dair çok şey söylenmiş ve birçok teori kurulmuştur.⁴ Ancak genel olarak bu teoriler sınıflandırılırsa, hak konusunda iki düşünce yapısı olduğu görülecektir. Bunlardan birincisi hakkın kaynağı olarak tabiatı veya Tanrı'yı gösteren doğal hukukçu anlayış, ikincisi ise bu kaynağı devlete dayandıran pozitivist görüştür. Doğal hukuk anlayışına göre, hak, mantıken ve

¹ Ernest Hırş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2001), s.101

² Hans Kelsen, **Pure Law Theory**, (New Jersey: Translated by Max Knight, The Lawbook Exchange Ltd. Union, 2002), s. 125

³ Hırş, **a.g.e.**, s.99

⁴ Hak kavramı konusundaki teoriler ve görüşler için bkz. Adnan Güriz, "Hak Kavramı", **Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri**, (İstanbul: Alkım Yayınevi, 1997), s.134. vd.; İsmet Sungurbey, "Hak nedir?", **Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri**, (İstanbul: Alkım Yayınevi, 1997), s.151 vd.; Vehbi Hacıkadiroğlu, "Haklar ve Ödevler", **Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri**, (İstanbul: Alkım Yayınevi, 1997), s.160 vd.

kronolojik olarak hukuktan önce gelir.⁵ Hukuk hakkı tespit eder, korur ve kullanımını düzenler. Hakkı yaratan hukuk değildir, onu yaratamadığına göre ortadan kaldırması da mümkün değildir.⁶

Pozitivist anlayış ise hakkın ancak egemen güç tarafından belirlenen pozitif hukuktan kaynaklanabileceği görüşünü savunur. Hak kavramının bir gerçekliği temsil etmediğini savunan ilk önemli düşünür Bentham olmuştur. Ona göre hukuk alanında egemen olan gücün emirleri ve gerçek kişilerin fiilleri bir gerçekliğe sahiptirler. Haklar ve ödevler ise hukuk tarafından yaratılırlar.⁷ Yine bu görüşün önemli temsilcilerinden Austin'e göre, her yasa bir hak yaratmaz; ancak her hak mutlaka bir yasa tarafından yaratılır. Doğal ya da ilahi bir takım haklardan bahsedilebilir ama hukuki açıdan kabul edilebilecek ve hukuki sonuç doğurabilecek haklar, sadece hukuk tarafından yaratılmış olanlardır.⁸

⁵ Doğal hukukçuların önemli bir bölümü, hukuk ve hakkın belirlenmesinde, varsayımsal olarak ortaya atılan toplum sözleşmesine dayanırlar. Buna göre insanlar, toplumsal yaşama geçmeden önce tabiat halinde yaşıyorlardı. Doğa ortamında tam ve sınırsız bir özgürlüğe sahiptiler. Sonradan aralarında sözleşme yaparak devlet adı verilen siyasal topluluğu kurdular. Bu topluluğun oluşabilmesi ve yaşayabilmesi için, gerekli olduğu ölçüde, ilk özgürlüklerinin bir kısmından vazgeçtiler. Böyle bir varsayımın doğal sonucu olarak insanlar devletten önce, onun hukukundan üstün bir takım haklara sahiptiler. Bu nedenle devlet bu doğal haklara saygı göstermek zorundadır. Toplum sözleşmesi ile devlete, bireylerin vazgeçilmez ve devredilmez hak ve özgürlüklerini koruma yükümlülüğü yüklenmiştir. Devletin toplum sözleşmesine aykırı hareket etmesiyle sözleşme bozulmuş olur ve halk itaat etme yükümlülüğünden kurtularak tabiat halinde sahip olduğu özgürlükleri geri alır. İbrahim Ö. Kaboğlu, **Dayanışma Hakları**, (Ankara: TODAİE Yayını, 1996), s.2;

“İnsanların zihinlerinde ve vicdanlarında yaşayan bir hukuk daha vardır: Doğal Hukuk. Bu hukuk büyük ölçüde uygulanmayabilir, devletlerce benimsenmeyebilir. Ama insan düşünmeye başladığından beri bu hukuku kendi kişiliğinde saklamış ve geliştirmiştir.” Ahmet Mumcu, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, (Ankara: Savaş Yayınları, 1994), s.7

“Tabii haklar, yazılı hukuktan önce gelen ve ondan üstün olan, insanın doğuştan sahip olduğu haklardır. Bu haklar insana devlet tarafından bağışlanmamıştır. Aksine, devlet, kendisinden önce de varolan bu hakları tanıyarak, evrensel bir şekilde geçerli sayılması için gereken önlemleri almakla görevlidir. Hiçbir sosyal ihtiyaç veya gerekçe, geçici bir süre için de olsa, tabii hakları yok saymayı ve uygulamadan kaçınmayı haklı gösteremez. Şeref Ünal, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997), s.29

⁶ Metin Feyzioğlu, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, (Ankara: US-A Yayıncılık, 1998), s.3; Hakkın kaynağını Tanrı'ya dayandıran görüş de doğal hukuk anlayışının içerisinde kabul edilir. Cemal Bali Akal, **Varolma Direnci ve Özerklik**, (Ankara: Dost Yayınevi, 2004), s.220; Nitekim hakkın kaynağını Tanrı'ya dayandıran görüşte de Tanrı tarafından insanlara bahşedilen haklar, doğuştan vardır ve hukuk düzeninin bu hakları tanıyıp tanımamasının, bunların varlığına ilişkin bir etkisi yoktur. Doğal hukuk öğretisinin bu iki görüşü arasında mantıki açıdan farklı tek nokta: Bir tanesinde hak doğa tarafından var edilirken; diğesinde Tanrı tarafından var edilmektedir.

⁷ Güriz, **a.g.m.**, s.141

⁸ Austin'in bu konudaki ve hukuka ilişkin diğer görüşleri için bkz. Ertuğrul Uzun, “John Austin: Analitik Pozitivizm”, **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, (İstanbul: Editör: Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık, 2004), s.11 vd.

Hukuk dünyasında oldukça fazla taraftar bulan Amerikan realist hukuk akımına da burada değinmek gerekir.⁹ Amerikan hukuk realizmi de hak kavramının hukuktan bağımsız olarak açıklanamayacağını savunur. Ancak bu görüşte, hukuk hayatını oluşturan en önemli faktör mahkeme kararlarıdır. Bu akımın önemli temsilcilerinden yargıç Holmes'e göre, hukuki anlamda haklar, ancak mahkemeler tarafından anlaşıldıkları ve belirttikleri biçimde gerçeklik kazanabilirler.¹⁰ Hukuka kötü adamın gözleri ile bakmak gerektiğini söyleyen Holmes'in şu sözleri, bu görüşün temel düşüncesini ifade etmesi bakımından önemlidir:

Hukuku oluşturan nedir? şeklindeki temel soruyu ele alalım. Buna cevap olarak, Massachusetts ya da İngiltere Mahkemelerinin verdiği kararlardan farklı bir şeyi, onun bir akıl sistemi olduğunu, ahlak ilkelerinden ya da kabul görmüş aksiyomlardan... yapılan bir çıkarsama olduğunu söyleyen yazarlar bulacaksınız. Fakat dostumuz kötü adamın gözleri ile bakarsak, aksiyomlara ya da çıkarsamaya hiç önem vermediğini görürüz. Onun asıl bilmek istediği şey, Massachusetts ya da İngiliz mahkemelerinin gerçekte verebileceği karardır. Ben de onun gibi düşünüyorum. Benim hukuktan anladığım, mahkemelerin fiilen ne yapacaklarına ilişkin tahminlerdir, daha başka cafcıflı laflar değil.¹¹

Biz hak kavramının içeriğini belirleme konusunda, Kelsen'in saf hukuk teorisinden faydalanmanın doğruluğunu ve zorunluluğunu kabul etmekteyiz.¹² Çünkü Kelsen'in de belirttiği üzere hukuki anlamda hak kavramı, sadece saf hukuk teorisine başvurmak suretiyle açıklanabilecektir.¹³ Saf hukuk teorisi spesifik hukuki düzenlemelerin değil; genel olarak pozitif hukukun teorisidir. Bu teori spesifik ulusal veya uluslararası hukuki normların bir yorumu da değildir; ancak genel bir hukuki yorum teorisidir. Teori olarak yegane amacı konusunu bilmek ve tanımlamaktır. Hukuk

⁹ Genelleme yapılmadan teoriler tek tek ele alınıp incelendiğinde, realist hukuk görüşünün, hem pozitivist görüşten hem de doğal hukuk anlayışından ayrıldığı görülecektir. Realist hukuk okulunun her iki öğretilerinden de farklı noktaları için bkz. Zeki Hafizoğulları, **Ceza Normu**, (Ankara: US-A Yayıncılık, 1996), s.54, dipnot 48

¹⁰ Güriz, **a.g.m.**, s.142 vd.;

¹¹ Ertuğrul Uzun, "Amerikan Hukuk Realizmi", **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, (İstanbul: Editör: Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık, 2004), s.65.

¹² Kelsen'in hukuk teorisi ve hukuka ilişkin ayrıntılı görüşleri için bkz. Hans Kelsen, **General Theory of Law and State**, (New Jersey: Translated by Anders Wedberg, The Lawbook Exchange, Ltd. Union 1999), s.1 vd.; Kasım Akbaş, "Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı" **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş**, (İstanbul: Editör: Ahmet Haluk Atalay, Teknik Yayıncılık, 2004), s.32 vd., Vecdi Aral, **Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1978), s.1 vd.; Norberto Bobbio, "Kelsen ve Hukukun Kaynakları" **Devlet Kuramı**, (Ankara: Çev. Bilge Açımız, Dost Yayınevi, Ankara 2000), s.467 vd.

¹³ Kelsen, **General Theory** , s.75

nasıl olmalı değil; hukuk nedir ve nasıldır sorularını cevaplandırmaya çalışır. Bu teori saf olarak adlandırılır; çünkü sadece hukuku tarif eder ve bu tariften tam olarak hukuki olmayan her şeyi çıkarmaya gayret eder. Amacı hukuk bilimini yabancı unsurlardan arındırmaktır. Bu, teorinin metodolojik temelini oluşturur.

19. ve 20. yüzyılda gelişen geleneksel hukuk bilimine genel bir bakış, hukukun saflıktan ne kadar uzak olduğunu açıkça gözler önüne serecektir. Hukuk bilimi, psikoloji, sosyoloji, ahlak ve politik teorilerin unsurlarıyla sıklıkla karıştırılmakta ve bu bilimin saflığı bozulmaktadır. Söz konusu disiplinlerin hukukla yakından bağlantılı konularla ilgilenmeleri nedeniyle böyle bir karışımın olması gayet doğal; ancak zararlıdır. Saf hukuk teorisi bu disiplinlere karşı hukuk idrakini sınırlandırmayı üstlenir. Ancak bunu hukukla söz konusu disiplinler arasındaki bağlantıyı inkar ettiği için ya da görmezden geldiğinden değil; hukuk biliminin özünü belirsiz hale getiren ve onun kendi doğal içeriğinden kaynaklanan sınırlarını ortadan kaldıran, metodolojik olarak farklı disiplinlerin değerlendirici olmayan karışımından kaçınmak istediği için yapar.¹⁴ Eğer hak ve hukuk kavramlarının niteliği net olarak belirlenmek isteniyor ve bu şekilde hem hukuki belirlilik hem de kanun önünde eşitliğin sağlanması amaçlanıyorsa, saf hukuk teorisine başvurmak kaçınılmazdır. Buna göre hak kavramı da pozitif hukuk düzenlemelerine bağlı olarak ele alınmalı, onun niteliği belirlenirken de, ahlaki ve ideolojik her türlü kişisel değerlerden arınılmalıdır. Zaten her şeyden önce bir hukukçuyu ilgilendiren de pozitif hukukun bireyi neleri yapmaya ve talep etmeye yetkili kıldığıdır. Bu bağlamda hak, *hukuken bir şeyi yapmaya yetkili olmak ya da bir şeyi talep edebilmektir.*¹⁵

Bireyler ya da insan toplulukları ahlaki ya da ideolojik anlamda, bir konuya ilişkin hakları olduğu ya da olmadığı kanaatinde olabilirler. Bu bireyden bireye ya da gruptan gruba değişkenlik gösterebilir. Ancak hukuki anlamda haktan bahsediyorsak, bunun tek kaynağının pozitif kurallar olduğunun kabulü, hukuki belirlilik ve kanun

¹⁴ Kelsen, **Pure Theory**, s.1

¹⁵ Oktay Uygun, “İnsan Hakları Kuramı” **İnsan Hakları Derlemeleri**, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2000), s.13; Hak kavramına ilişkin olarak Kelsen’in ayrıntılı açıklamaları ve hakkın özgürlük, adalet, hakkaniyet gibi kavramlarla ilişkisi ve farklılığına ilişkin olarak bkz. Hakan Karakehya, “Hak Kavramı”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Şubat 2006, s.137 vd.; s.141 vd.; Hak kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Hafizoğulları, **a.g.e.**, s.31

önünde eşitlik gibi toplu yaşamı mümkün kılan bazı ilkelerin hayat bulabilmesi bakımından zorunluluk teşkil etmektedir.¹⁶

1.1.2 İnsan Hakları

1.1.2.1. Genel Olarak

İnsan hakları kavramı, insanların doğarken bir takım haklarla beraber doğdukları ve bunlara devlet tarafından müdahale edilemeyeceği düşüncesinin bir tezahürü olarak XVII. yüzyılda ortaya çıkmıştır.¹⁷ Bu bağlamda insan hakları kavramı hukuktan değil,

¹⁶Doğal hukuk görüşünü paylaşanlarca, doğal hukuk anlayışının olmaması halinde, pozitif hukuku olması gerekene yönlendiren hiçbir değer kalmayacağı ve egemen gücün hukuku istediği yönde düzenleyebileceği, bu durumda da halkın adalet duygularını inciten, iyiyi kötüden ayırt etmeyen bir hukukla yaşamak zorunda kalılabileceği ileri sürülebilir. Mantıksal olarak bu konuda doğal hukukçularla aynı görüşü paylaştığımızı ifade etmek isteriz. Ancak itirazımız kullanılan terminolojiye ilişkindir. Gerçekten de hukukun halkın iyiyi ve kötüyü ilişkin değerlerinin dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Ancak tamamıyla ahlaka ilişkin bir durum olan bu hususun hukukun belirlenmesindeki etkisini, ahlak-hukuk ilişkisi dışında; doğal hukuk-pozitif hukuk ilişkisi içinde ele almak ve ahlaki bazı değerleri, doğal hukuk adı altında ifade etmek, kanaatimizce hiç uygun değildir. Aynı görüşü paylaşan kimseler bir araya gelerek, bu tür taleplerini egemen güce iletip onun üzerinde baskı da kurmaya çalışabilirler. Hatta yasama faaliyeti gerçekleştikten sonra pozitif kuralların değiştirilmesi için bu tür taleplerde bulunmaya da devam edebilirler. Bunlar demokratik bir toplum olmanın gereğidir. Ancak yasama faaliyeti tamamlanıp pozitif hukuk kuralı doğduğu andan itibaren, artık bu kuralın kaynaklı geçerliliği konusunda tartışma yapılamaz. Hukuk denildiği zaman, hukuki uyumsuzluklarda hakime nasıl hareket etmesi gerektiğini gösteren ve hakim kararını verirken bağlı olduğu kurallara akla gelir. Ancak olması gerekene ilişkin ve sınırları tam olarak belirlenemeyen kurallara da hukuk adı verilirse, ahlakla hukuk birbirine karıştırılmış olur. Karakehya, **Hak Kavramı**, s.139-140

Pozitif hukuku belli ölçütlere göre eleştirel bir değerlendirmeye tabi tutma girişimleri antik çağdan beri varlığını sürdürmektedir. Bu ölçütlerin toplamına, bazen akli hukuk, kimi zaman moral, bazen de hukuk etiği ismi verilmiş olmakla birlikte, en çok başvurulan ve bilinen isim tabii hukuk olmuştur. Hangi isimle anılırsa anılsın, bu tür ölçütlere duyulan ihtiyaç, hukuksal pozitivistlerin sıkı muhalefetine rağmen her dönem çeşitli şekillerde dile getirilmiştir. Tabii hukuk kavramına, birbirini inkar eden değişik ideoloji ve uygulamaları meşrulaştırmak için başvurulmakta ve bu durum da kavramın yıpranmasına yol açmaktadır. Hatta köle ticaretinden nasyonal sosyalist rejime, kilise şarkıcılarının hadımlaştırılmasından, mutlakiyetçi refah devletindeki kılık kıyafet düzenlemelerine kadar egemenliğin ve baskının hiçbir çeşidi yoktur ki; kendisini tabii hukukla meşrulaştırmış olmasın. Tarihsel tecrübelerden hareketle, tabii hukukun meşrulaştırma işlevinin en azından çifte karakter taşıdığı söylenebilir. Tabii hukuk mevcut egemenliğin bütün baskıcı unsurlarıyla meşrulaştırılması amacıyla kullanılabileceği gibi, baskıcı egemenliğin tasfiyesine ve yeni bir düzenin tesisine de hizmet edebilir. Her iki durumda da tabii hukukun bir meşruluk ideolojisi rolü üstlendiği açıktır. Mithat Sancar, **Devlet Aklı Kiskacında Hukuk Devleti**, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2000), s.106 vd.

¹⁷ Kaboğlu, **a.ge.**, s.1; Anıl Çeçen, **İnsan Hakları**, (Ankara: Gündoğan Yayınları, 1995), s.26; Nasıl burjuvazi feodal toplumun bağrında doğduysa, klasik anlamda insan hak ve hürriyetleri de burjuvazinin feodaliteye karşı verdiği mücadeleden doğmuştur. XVII ve XVIII. yüzyılda feodal üretim biçiminin çözülüşüyle, yeni bir sınıf olarak burjuvazi ortaya çıktı. Burjuvazinin feodal toplumun siyasi ve hukuki örgütleniş içerisinde tuttuğu yer, zamanla gelişmekte olan bu yeni sınıfa dar gelmeye başladı. Bu yeni sınıfın ihtiyaçlarını karşılayacak yeni siyasi ve hukuki düzeni kabul ettirebilmenin yolu, siyasi iktidarın ele geçirilmesinden geçmekteydi. Devrimi, yeni iktidarı ve yeni hukuku meşrulaştırmak için yeni fikirlere de ihtiyaç vardı. Aydınlanma çağı felsefesi bu ihtiyaca cevap verdi. Bu bağlamda aydınlanma da burjuvazinin bir eseridir. Burjuvazinin tam olarak gelişimi için özgür insan gücüne, serbest ticaret hakkına, mülkiyetin korunmasına, feodal ayrıcalıkların kaldırılarak eşitliğin sağlanmasına ihtiyaç vardı. Burjuvazinin bu bağlamda talep ettiği özgürlük, sadece bu sınıfa ait bir sorun değildi. Feodal baskı ve

ahlakilik düşüncesinden kaynaklanır ve ahlaki bir takım değerleri ifade eder.¹⁸ Bu değerler öncelikle doğal hukuk ve toplum sözleşmesi kuramlarıyla açıklanmaya başlandı. Gerek doğal hukuk gerekse toplum sözleşmesi kavramları birer varsayım olarak ortaya çıksalar da insan haklarının ve dolayısıyla temel hakların ilk temelleri bu varsayımlar sayesinde atılmıştır. Bu bağlamda temel hakların ortaya çıkışında, insan haklarının ve belirli olmamakla, kişiden kişiye değişmekle eleştirdiğimiz doğal hukuk anlayışının büyük etkisi olmuştur.¹⁹

Doğal hukukun büyük katkıları ile insanlığa, evrensel bir takım ahlaki değerler olarak sunulan insan haklarının nelerden oluştuğu ve kaç tane olduğu sorusunun yanıtı, içinde bulunulan zamana göre farklılık gösterir. Fransız devrimi sırasında yayınlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, güvenlik, mülkiyet, baskıya karşı direnme, özgürlük olmak üzere toplam dört doğal hak belirlemiştir.²⁰ Ancak zaman içerisinde bu haklar giderek geliştirilerek, günümüz insan hakları kavramına ulaşıldı. Günümüzde insan hakları düşüncesi o denli yaygınlık kazanmıştır ki, bir yandan insan haklarının evrenselliğinden söz edilmekte, diğer yandan insan hakları ideolojisi kavramı öne çıkartılmaktadır. İnsan haklarının zaman içinde gelişip daha da çeşitlenmesinin devamlı olması, bu değerlerin evrimci niteliğinden kaynaklanmaktadır. Günümüze kadar süren gelişim ve değişim, bundan sonra da devam edecektir. Çünkü insan hakları temelini toplumdan alır.²¹ İnsan toplulukları değişip geliştikçe, ahlaki değerler değişecek, buna bağlı olarak insan hakları da toplumdaki bu değişim ve gelişime paralel olarak benzer bir hareketlilik gösterecektir.

Günümüzde uluslararası toplum, insan hakları ile ilgili birçok uluslararası sözleşme kabul etmiştir. Bu sözleşmelerle hem insan haklarının kapsamı hakkında üzerinde anlaşılmış tanımlar ortaya koymak hem de ilgili ülkelerin hukuk sistemlerinde

ayrıcılıklar altında sıkışan özellikle köylülerin başını çektiği büyük halk kitleleri de özgürlük istiyorlardı. Böylece burjuvazinin öncülüğünde halk kitleleri özgürlük ve eşitlik taleplerini dile getirerek, büyük bir hareket başlattılar. Bu halk hareketleri sonucunda feodal çağ kapandı ve bir grup hak ve özgürlükler demeti ortaya çıktı. İşte insan haklarının ilk nüvesini bu hak ve özgürlükler demeti oluşturmaktadır. Bülent Tanör, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, (İstanbul: May Yayınları, 1978), s.46 vd.; Antik dönemden başlayarak insan haklarına ilişkin gelişmeler konusunda bkz. Ünal, **Temel Haklar**, s.23 vd.

¹⁸ Uygun, **İnsan Hakları**, s.14; Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları**, (Ankara: Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995), s.3

¹⁹ Akıllıoğlu, **a.g.e.**, s.1; Çeçen, **İnsan Hakları**, s.37

²⁰ Uygun, **Demokrasi ve İnsan Hakları**, s.7; 1789 Bildirisinde kabul edilen haklar içinde kutsal sıfatına layık görülen tek hak olan mülkiyet hakkının doğuştan edinilen haklar arasında sayılmasının tarihsel nedenleri ve bu nedenlerin eleştirisi için bkz. Tanör, **Sosyal Haklar**, s.51 vd.

²¹ Kaboğlu, **a.g.e.**, s.2

ve pratikte bu hakları koruyucu gerekli adımların hükümetlerce atılmasını sağlamak amaçlanmaktadır.²² Geçtiğimiz yüzyıl, bu sözleşmelere taraf olan devletlerin sözü geçen sözleşme hükümlerini iç hukuklarına uyarlamaları sonucunda, birer ahlaki değer olarak insanlığa sunulan insan haklarının, pozitif hukuka aktarıldığı ve dünyanın medeni toplumlarında ahlaki değer olmanın yanında hukuki birer ilke haline geldiği bir zaman dilimi olmuştur.

10 Aralık 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi* yayınlanmış, burada kabul edilen haklara dayalı olarak 1966 yılında da iki uluslararası sözleşme daha kabul edilmiştir. 1966 yılında kabul edilen bu iki sözleşme, *Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi* ile *Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesidir*. Birleşmiş Milletler daha sonra ayrıca Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine ek seçimlik bir protokol de benimsedi. Bu protokolle, hakları vatandaşı oldukları devletçe ihlal edilen bireylere, sözleşmenin gözlemci organlarına başvuru hakkı tanınmıştır. Ancak protokol ilgili devletin sözleşmelerle birlikte bu protokolü de imzalaması halinde geçerlidir. Ek protokolü imzalayan devlet sayısı ise pek fazla değildir. Tüm bu saydığımız metinler; yani 1948 tarihli bildirme, 1966 tarihli iki sözleşme ve daha sonra kabul edilen ek protokol hep birlikte *Uluslararası İnsan Hakları Bildirgesi* olarak bilinmektedirler. Bunun dışında *Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi*, *Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi* ve *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* gibi pek çok bölgesel sözleşmeler de mevcuttur.²³

Hemen şunu da belirtelim ki; insan hakları terimi bu alanda kullanılmakta olan terimlerin en kapsamlısıdır ve ileride incelenecek olan temel haklar teriminden bu bakımdan farklılık arz etmektedir. Bu kavram sadece çeşitli ülkelerin anayasa ve kanunlarıyla pratiğe dönüşmüş hakları değil; bunun dışında henüz pozitif hukuk metinlerinde somutlaşmamış olanları da içine almaktadır.²⁴

²² David Beetham-Kevin Boyle, **Demokrasinin Temelleri**, (Ankara: Çeviren: Vahit Bıçak, Liberte Yayınları, 1998), s.99

²³ Beetham-Boyle, **a.g.e.**, s. 99 vd.

²⁴ Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1976), s.12; M. Refik Korkusuz, **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasa Hukukunda Temel Hak ve Özgürlükler**, (İstanbul: Yayınevi Belirtilmemiş, 1998), s.10; İnsan haklarının anayasalara aktarılması ve uluslararası belgelerde yer alması sürecinin tarihsel gelişimi için bkz. Ünal, **Temel Haklar**, s.32 vd.; Kapani, **a.g.e.**, s.60 vd.

1.1.2.2. İnsan Haklarının Sınıflandırılması

İnsan hakları düşüncesinin ilk ortaya çıktığı 17. yüzyıldan günümüze kadar geçen süreçte, bu değerler tartışılmış ve çeşitli tasniflere tabi tutulmuştur. Biz, bu değerler bütününe tarihsel gelişimine de paralellik arzemesi bakımından birinci kuşak haklar, ikinci kuşak haklar ve üçüncü kuşak haklar şeklindeki ayrımı kullanmayı daha uygun buluyoruz.

Birinci kuşak haklar (Klasik Haklar): Bu hakların temel özelliği, kişilere devletin karışamayacağı özel bir alan oluşturmasıdır. Bu özel alan içerisinde kişiler diledikleri gibi hareket edebilirler. Bu haklar kişileri devlete karşı korurken, devlete kişilerin özel alanına girmeme, karışmama yükümlülüğü getirir. Birinci kuşak hakları kullanabilmek bakımından kişinin ihtiyacı olan en önemli şey özgür olmaktır. Devlete düşen şey ise, kişiye karışmamak, pasif bir tutum sergilemektir.²⁵ Tabi hukuk akımı ve bu akımın devamı olan bireycilik öğretisi, bu özgürlüklerin kuramsal verilerini sağlamışlardır.²⁶ Bu haklardan belli başlıları; yaşam hakkı ve kişi dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü, eşitlik hakkı, seçme ve seçilme hakkı, tarafsız yargıç önünde yargılanma hakkı, inanç ve ibadet özgürlüğü, dernek kurma hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, dilekçe hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, mülkiyet hakkı olarak sayılabilir.²⁷

İkinci kuşak haklar (Sosyal Haklar): XIX. yüzyılda eşitlik ve özgürlükler herkese tanınmış olsalar da bunlardan sadece küçük bir zümre yararlanabiliyordu.²⁸ Büyük bir kesim ise yoksulluk nedeniyle sahip olduğu haklardan faydalanamıyordu. Örneğin insanların yaşam hakkı vardı, ancak basit hastalıklara karşı bile bazen çaresiz kalabiliyorlardı. Ne doktora gidecek ne de ilaç alacak maddi güce sahip değildiler. Konut dokunulmazlıkları vardı; ancak konutları yoktu. Zamanla insan haklarından faydalanabilmek için bireylerin sadece özgür olmalarının yeterli olmadığı anlaşıldı. Özgür oldukları halde bu haklardan faydalanamayan çok kimse vardı ve bunların bu haklardan faydalanabilmeleri için desteklenmeleri gerekiyordu. Bu düşünceler temelinde 19. yüzyıldan başlayarak insan hakları düşüncesinde önemli bir gelişme oldu.

²⁵ Uygun, **İnsan Hakları**, s.22

²⁶ Kaboğlu, **a.g.e.**, s.6-7

²⁷ Uygun, **İnsan Hakları**, s.22; 1789 Bildirisinde kabul edilen haklar içinde kutsal sıfatına layık görülen tek hak olan mülkiyet hakkının doğuştan edinilen haklar arasında sayılmasının tarihsel nedenleri ve bu nedenlerin eleştirisi için bkz. Tanör, **Sosyal Haklar**, s.51 vd.

²⁸ Kaboğlu, **a.g.e.**, s.7

İnsan hakları artık sadece bir özgürlük olarak değil; aynı zamanda devletten bir hizmet isteme yetkisi veren haklar olarak da düşünölmeye başlandı ve ikinci kuşak haklar bu şekilde doğdu.²⁹ Bu haklardan başlıcaları; çalışma hakkı, sendika kurma hakkı, grev ve toplu sözleşme hakkı, işyeri yönetimine katılma hakkı, dinlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, parasız eğitim ve öğretim hakkı, kültürel yaşama katılabilme hakkı, sağlık hakkı, beslenme hakkı, konut hakkı, anne-çocuk-sakat-yaşlı gibi korunmaya muhtaç kimselerin korunmasıyla ilgili haklar olarak belirlenebilir.³⁰

Üçüncü kuşak haklar (Dayanışma Hakları): İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası ilişkilerin gelişmesi ve birçok uluslararası örgütün kurulması ile insan hakları devletler üstü düzeyde gündeme gelmeye başladı. Bunda özellikle sömürgeci çıkan üçüncü dünya ülkelerinin baskısı son derece etkili olmuştur.³¹ Üçüncü kuşak haklar; çevre hakkı, insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı, gelişme hakkı ve barış hakkı olarak sayılabilir.³²

İnsan hakları, inceleme ve anlama kolaylığı sağlamak amacıyla çeşitli gruplara ayrılabilirse de, bu grupların hepsi birlikte bir bütünü temsil etmektedirler. Özellikle birinci ve ikinci kuşak haklar arasında yer alan haklardan birinin yokluğu diğerlerini de olumsuz yönde etkileyecektir. Bu bağlamda her biri insanın temel gereksinimlerini karşılamaya yönelik bu haklar bir bütündür ve insanca bir yaşamın asgari koşullarını ifade ederler.³³

1.1.3. Temel Haklar

Bugün insan hakları, özellikle gelişmiş ülkelerin önyak olmasıyla imzalanan uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınmaya ve sözleşmenin tarafı olan ülkelerin

²⁹ Uygun, **İnsan Hakları**, s.23; Kaboğlu, **a.g.e.**, s.7 vd.

³⁰ Uygun, **İnsan Hakları**, s.24

³¹ Kaboğlu, **a.g.e.**, s.10

³² İkinci dünya savaşından sonraki süreçte, dayanışma hakları da denilen yeni bir grup, üçüncü kuşak haklar ortaya çıktı. Bu hakların insan hakları olarak nitelendirilmesi konusu oldukça tartışmalıdır. Bununla birlikte 21. yüzyılda bu hakların insan hakları tartışmalarında önemli yer tutacağı beklenmektedir. Dayanışma haklarını doğuran başlıca nedenler, bilimsel ve teknik ilerlemenin yarattığı sorunlardır. Çevre kirliliğinin aşırılığı, nükleer silahlanmadaki artış, ülkeler ve bölgeler arasında ciddi gelişmişlik farklılıklarının bulunması bu bağlamda ilk akla gelenlerdir. Bu sorunların çözümü için insanlık çeşitli arayışlar içerisinde ve söz konusu sorunların insan hakları içerisinde ele alınması da bu çözüm arayışlarından bir tanesidir. Üçüncü kuşak hakların gerçekleştirilmesi için kişilerin, kurumların ve devletin ortak çabası gerekir. Yani bu hakların gerçekleştirilmesi bakımından tek başına devlet değil, onunla birlikte kişiler ve kuruluşlar da sorumluluk altındadırlar. Uygun, **İnsan Hakları**, s.24-25

³³ Bu konuda bkz. Beetham-Boyle, **a.g.e.**, s.102

pozitif iç hukuklarına aktarılmaya çalışılan, evrensel ahlaki değerlerdir.³⁴ Bu ahlaki değerlerin, hukuki anlamda hak olma özelliğini kazanmaları ise, ancak bunların pozitif hukuka aktarılmaları sayesinde mümkün olabilecektir.³⁵ Gelişmiş uluslararası toplumun bir üyesi olma yolunda gayret gösteren ve bu doğrultuda insan haklarına ilişkin olarak yapılan birçok uluslararası sözleşmeye taraf olmuştur. Dolayısıyla söz konusu sözleşme hükümleri de ülkemiz bakımından geçerli birer iç hukuk kuralı haline gelmiştir. Bu bağlamda insan hakları diye ifade edilen uluslararası değerlerin birçoğunun toplumumuz bireyleri açısından birer hak haline geldiği söylenebilir. Ancak insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere taraf olmamış, bu tür değerleri iç hukuk kuralı haline getirmemiş ülkelerin insanları bakımından, insan hakları olarak ifade edilen bu değerler birer hak olarak ifade edilemeyecektir. Aynı şekilde eğer ülkemizin taraf olmadığı sözleşmelerde belirlenen ve iç hukukumuzda da hukuk kuralı haline getirilmemiş bu tür değerler varsa, bunlar da ülkemiz insanları açısından hukuk dışı bir takım ahlaki değerler olarak kalmaya devam edecektir.³⁶

Bu bağlamda insan haklarını, insanlığın belirli bir gelişme çağında teorik olarak bütün insanlara tanınması gereken ideal değerler listesi olarak tanımlayacak olursak;

³⁴ İnsan haklarına ilişkin Marksist ve sosyalist eleştirileri de burada belirtme gereği duymaktayız. Buna göre, insan hakları sadece tanıma düzeyinde değil, fakat aynı zamanda gerçekleştirilme bağlamında ele alınmalıdır. Bu hakları sadece tanımak yetmez, gerçekleştirmek gereklidir. Oysa hakların gerçekleştirilmesi, yalnızca varsıl kesimler bakımından söz konusudur. Kısaca herkesin insan hakları sahip olması varsayımı gerçekleşirse, ancak o zaman evrensellikten söz edilebilir. Akıllıoğlu, **a.g.e.**, s.23

³⁵ Bu bakımdan daha pozitif hukuka aktarılmamış, kapsamı ve niteliği üzerinde önemli belirsizlikler olan bir takım ahlaki değerlerin, ortaya çıktıkları zamandan beri yaklaşık üç yüz yıldır “hak” kelimesinin içinde bulunduğu “insan hakları” terimi ile ifade edilmesini de doğru bulmamaktayız. Bu vurguyu da, insan hakları olarak ifade edilen ahlaki değerlere karşı olduğumuz veya yüzyıllardır devam eden söylenegelişin sonucu olarak iyice kökleşmiş bir terimi eleştirerek farklılık oluşturmak için değil, sadece hukukun saf haliyle korunmasında toplumun en az bu değerlere sahip olmak kadar büyük bir menfaati olduğuna inandığımız için yapıyoruz. Karakehya, **Hak Kavramı**, s.146-147

³⁶ Doğal hukuk sayılan insan haklarının pozitif metinlere dönüştürüldüğü, bunların devlet tarafından ihlalini yaptırma bağlayan kuralların yine pozitif hukuk kuralları olduğu tartışılmaz bir gerçektir. Dolayısıyla insan haklarının evrenselliği kendiliğinden bir nitelik değil, siyasal toplulukların kabulüyle, pozitif hukuk gerçeğine dönüştükleri takdirde ortaya çıkabilecek bir sonuçtur. Akıllıoğlu, **a.g.e.**, s.25;

Her ne kadar devletlerin iç hukuklarının üstünde bir uluslararası hukuk sisteminin olduğu ve bu hukukla iç hukukun çatışması halinde bunların uygulanması gerektiği ileri sürülebilirse de, kanaatimizce bu tutarlı bir görüş değildir. Böyle bir kabul için tüm devletlerin üzerinde egemenlik sağlayan bir uluslararası gücün bulunması ve bu uluslararası gücün koyduğu kurallara, devletlerin iç hukuk aykırılıklarının vuku bulması halinde, bu gücün elindeki kudreti kullanarak kendi kurallarını icra etmesi gereklidir. Son dönem uluslararası hukuk gelişmelerinde, barışın korunması ve tüm uluslararası toplumu rahatsız eden –soykırım gibi- ekstrem fiillerin engellenmesi amacıyla egemen bir uluslararası güç oluşturma eğilimi görülse de, genel anlamda hala dualist bir hukukun varlığı devam etmektedir. Eğer uluslararası toplum böyle bir egemen güç oluşturmayı tam anlamı ile başarabilirse bu dualist ayrımın ortadan kalkması ve monist tek bir hukukun varlığı söz konusu olabilir. Bu bağlamda Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kuruluşu ve Roma Statüsü’nün 13/b maddesi uyarınca, yargı yetkisinin statüye taraf olmayan ülkeleri de kapsar şekilde genişletilmesi çok önemli gelişmelerdir. Karakehya, **Hak Kavramı**, s.146-147

*temel haklar*³⁷ terimi, insan hakları denilen ideal listenin devlet tarafından tanınmış bölümünü ifade eder.³⁸ Doktrinde temel hak terimi yerine farklı terimlerin kullanıldığı da görülmektedir.³⁹ Örneğin, Kapani *kamu hürriyetleri* terimini kullanmaktadır. Ayrıca *temel hak ve özgürlükler*⁴⁰ şeklinde bir terim kullanıldığı da görülmektedir. Ancak özgürlük bir şeyi yapma ya da yapmama serbestliğidir. Hak kavramı ise özgürlükten daha geniş bir anlam taşır. Hak, yalnız serbest olmayı değil; bunun yanında devletten ve diğer bireylerden bir takım taleplerde bulunmayı da kapsar. Bu bağlamda her özgürlük bir haktır; ancak her hak bir özgürlük değildir.⁴¹ Bu nedenle pozitif hukuka aktarılmış insan haklarını ifade etmek için kamu hürriyetleri terimi kullanıldığında, bu ifade, genellikle bir şeyi talep edebilme yetkisi olarak ortaya çıkan sosyal hakları kapsamayacaktır. Ayrıca her özgürlük aynı zamanda bir hak olduğundan temel hak ve özgürlükler şeklindeki ifadede, özgürlük kavramı gereksiz kullanılmış olacaktır ki, bu da bir tür anlatım bozukluğudur. Bu nedenle biz temel haklar terimini kullanmayı daha uygun buluyoruz. Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, doktrinde bazen temel haklar teriminin insan hakları kavramını ifade etmek için kullanıldığı da görülmektedir.⁴²

Temel haklar, temel fonksiyon olarak, devlet ve diğer bireyler karşısında kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma altına alır. Hemen her insanın özünde, gizli bir potansiyel vardır. Bu potansiyel sayesinde insan birçok eylemi gerçekleştirebilir. Bu bağlamda bugünkü medeniyet insanın bu potansiyelini kullanabilmesi sayesinde doğmuştur. Örneğin, birçok insanın yapısında Hamlet'i yazacak ya da ampulü bulacak potansiyel vardır. Ancak bunları sadece bu potansiyeli gerçekleştirebilecek uygun ortamı bulan kimseler yapabilmişlerdir. İnsanın bu potansiyelini kullanabilmesi, toplum düzeninin uygun koşulları sağlamasına bağlıdır. Bu koşullardan en önemlisi ise insanların özgür olmasıdır. Özgürce düşünmek ve araştırmak yasaklanmışsa, düşünsel, bilimsel, edebi ya da sanatsal bir ürün ortaya çıkarmak zorlaşır. Baskı altında insanın

³⁷ Temel haklar teriminde geçen "*temel*" ifadesinin temel olan ve olmayan ayrımını ortaya koyduğu ve bu nedenle kavramda bir eksiklik olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz. Bülent Tanör, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, (İstanbul: BDS Yayınları, 1994), s.15, Korkusuz, **a.g.e.**, s.12

³⁸ Feyzioğlu, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, s.4; Korkusuz, **a.g.e.**, s.10;

"Temel Haklar yürürlükteki hukukun temel hak olarak nitelendirdiği haklardır." Zafer Gören, **Temel Hak Genel Teorisi**, (Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1995), s.15

³⁹ Kapani, **a.g.e.**, s.14

⁴⁰ Korkusuz, **a.g.e.**, s.12

⁴¹ Tanör, **İnsan Hakları Sorunu**, s.13

⁴² Kapani, **a.g.e.**, s.14

yaratıcılığı ve verimliliği azalır. Özgür ortam ise insana yaratıcılık ve verimlilik konusunda sınırları zorlama imkanı verir. Böylelikle özgür insanlardan oluşan toplumların gelişimi diğerlerine nazaran daha hızlı ve daha fazla olacaktır. Bu nedenle gelişmiş ülkelerin bu gelişmişlikleri sayesinde mi temel haklara saygılı olup onları güvence altına aldıkları yoksa bu ülkelerin temel haklara saygı gösterip onları güvence altına aldıkları için mi bu kadar gelişmiş oldukları sorusuna net bir cevap verebilmek oldukça güçtür.⁴³

Temel haklar da insan hakları gibi çeşitli açılardan tasnife tabi tutulmaktadırlar. İnsan hakları için kullanılan ve bu kavramın tarihsel gelişimine paralellik gösteren birinci kuşak, ikinci kuşak, üçüncü kuşak haklar (klasik, sosyal ve dayanışma hakları) ayrımı temel haklar bakımından da yapılmaktadır. Bu ayrıma dair açıklamalar, yukarıda insan haklarına ilişkin kısımda yapıldığından, burada tekrar etmemeyi uygun buluyoruz. Bunun dışında Jellinek tarafından yapılan bir sınıflandırmaya göre de temel haklar; negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları şeklinde ayrıma tabi tutulmuştur.⁴⁴ Negatif statü hakları, kişinin devlet tarafından dokunulamayacak alanını çizen, bireyi devlete karşı koruyan hakları ifade ederken, pozitif statü hakları, bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet isteme hakkı tanıyan haklardır. Aktif statü hakları ise kişinin devlet yönetimine katılmasını sağlayan haklardır.⁴⁵

1.2. Adil Yargılanma Hakkı

1.2.1. Genel Olarak

Toplum içerisinde işlenen her suç hem suçla korunan hukuki menfaatin hamiline hem de genel olarak topluma zarar vermektedir.⁴⁶ Devlet temel bir fonksiyonunun gereği olarak, toplum içinde güvenliği sağlamak için suçlulukla mücadele etmek ve kamu düzeninin devamlılığını sağlamak zorundadır. Ancak, suçluların cezalandırılması

⁴³ Bu konuda bkz. Uygun, **İnsan Hakları**, s.20

⁴⁴ Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001), s.157–158

⁴⁵ Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa 1998, s.322-323

⁴⁶ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2005), s.96; Ayrıca işlenen öyle bir takım fiiller vardır ki, bunların sadece işlendiği toplumu değil genel olarak tüm insanlığı tehdit ettiği kabul edilmektedir. Bu nedenle bu nitelikteki fiillerin yargılanmaları için ulusal mahkemeleri tamamlayıcı nitelikte bir mahkeme olan Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Bu mahkeme ve ulusal mahkemeleri tamamlayıcı özelliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arzu Alibaba, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.49, Ankara 2000/ 1–4, s.182 vd.

için öngörülen bir faaliyet olan ceza muhakemesi gerçekleştirilirken başta sanık olmak üzere muhakemeye katılan tüm bireylerin haklarına da saygı gösterilmelidir.⁴⁷ Aksi takdirde, değişik nedenlere bağlı olarak, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ve suçluların yakalanması için yürütülen faaliyetler, bireylerin haklarını suçtan daha fazla ihlal edip, toplu yaşama daha çok zarar verebilecektir. Bu nedenle hukuk devleti suç ve suçlulukla insan hakları ihlallerine yol açmadan mücadele etmeli ve bu tür ihlaller oluşmaksızın maddi gerçeğe ulaşmalıdır.⁴⁸ İşte adil yargılanma hakkı, sanık bakımından yargılamanın uluslararası sözleşmelerle belgelenmiş ilkelere uygun bir şekilde yapılmasını ve onun haklarının korunmasını teminat altına alır.

Adil yargılanma hakkı, ikinci dünya savaşından sonra gösterilen yoğun gayretler sonucu uluslararası düzeyde garanti altına alınmıştır.⁴⁹ İlk olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesinde açıkça ifade edilen adil yargılanma hakkının içeriği, tarafsız

⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde sanık haklarının yanında mağdur haklarının güvenceye bağlanmamış olması bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir: Roma hukuku temeline dayanan hukuk sistemlerinde genelde kabul edildiği üzere, eğer ortada ceza mahkemesi tarafından verilmiş bir hüküm varsa, bu hükme konu olan fiilden zarar gören kimse, bu hükme dayanarak hukuk mahkemesine başvurup zararının maddi tazminini evleviyetle isteyebilir. Bu tür olaylarda komisyon özel hukuk davacısı kimsenin de ceza davasının yürüyüşüne ilişkin olarak yaptığı başvuruyu kabul etti. Ayrıca sözleşmenin 13. maddesi, sözleşme ile korunan temel haklarından birine müdahale edildiğini düşünen her bir bireye, ulusal mahkemeler önünde etkili bir şekilde bu iddiasını ileri sürme hakkı vermektedir. Kişi sözleşme ile korunan haklarına bir ceza davası ile (sırasında) müdahale edildiğini düşünebilir. Ancak şu ana kadar suçtan zarar gören kişilerin davaya ilişkin olarak kanun yoluna başvurma, dosya inceleme, hukuki dinlenilme vs. gibi hakları sözleşme ile güvence altına alınmamıştır. Bundan sonra yapılacak ek protokollerle suçtan zarar görenin de bu haklardan faydalanması güvence altına alınmalıdır. Sözleşmenin 6. maddesi sadece sanığın haklarını güvence altına alarak suçtan zarar göreni korumasız bırakmıştır. Stefan Trechsel, "Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Strafrecht", **ZStW**, 1989/4, s.826

⁴⁸ Bahri Öztürk, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995), s.3;

⁴⁹ David Harris, "The Right To A Fair Trial In Criminal Proceedings As A Human Rights", **International and Comparative Law Quarterly**, 16, 1967, s.352

Bununla birlikte Adil yargılanma hakkının ilk nüvelerini, Baronlarla Kral John'un karşı karşıya gelmeleri sonucu imzalanan ve kralın yetkilerini yazılı şekilde kısıtlayan, 1215 tarihli Manga Charta'ya kadar dayandıranlar vardır. Manga Charta'yla halkta oluşan hakları için mücadele etme düşüncesi, zamanla kıta Avrupa'sına ve göçlerle birlikte Amerika'ya da yayılarak adil yargılanma ve diğer hakların pozitif hukuka aktarılmasının temelini oluşturdu. Ronald Banaszak Sr., **Fair Trial Rights of Accused**, (London: Greenwood Pres, 2002), s.VII vd.

Bu bağlamda fair trial kavramının temelini, anglo-amerikan hukukundaki "due process of law" kavramı oluşturmaktadır. Bu kavram Fransız hukukundaki "proces de lei" teriminden kaynaklanmakta olup, Fransız hukukuna da 1354 yılında, 1215 tarihli Manga Charta'dan alınmıştır. Daha sonraları kavramın 17. yüzyılda hakim Edward Coke tarafından ele alınıp geliştirildiği görülmektedir. Friedrich-Christian Schroeder, "Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi", **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, 1999), s.4;

Uluslararası sözleşmelerde ve hukuk metinlerinde yer almadan önce, adil yargılanma terimi, 18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, Amerika'da bazı mahkeme kararlarında da görülmeye başlanmıştır. Danny J. Boggs, "The Right to Fair Trial", **University of Chicago Legal Forum**, 1998, s.3

ve bağımsız bir mahkeme, suçsuzluk karinesi ve yargılama öncesi garantiler düşüncesi etrafında şekillendirilmiştir. Her ne kadar herhangi bir denetim mekanizması olmasa ve sadece bir politik belge olma özelliği gösterse de, uluslararası alanda adil yargılanma hakkını ilk ortaya koyan belge olma özelliği bakımından evrensel bildirge büyük önem taşır. Nitekim evrensel bildirmede ilk olarak ortaya konulan bu hakkın içeriği, sonraki evrensel, bölgesel ve ulusal düzenlemelerde geliştirilmiştir.⁵⁰ Bu bağlamda 1948’de, gerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve gerekse Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Beyannamesinde temel bir insan hakkı olarak teyit edilen adil yargılanma hakkı, daha sonra Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Konvansiyonu Taslağında da yer almıştır.⁵¹ Gelişen süreçte bölgesel bir sözleşme olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de bu hakka anahtar bir rol verilmiştir. İnsan hakları alanındaki sözleşmelerdeki bu hareketlilikler dışında, Nuremberg ve Tokyo Mahkemeleri Statülerinde ve NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşmasında (1951) da adil yargılanma hakkı garanti altına alınmış ve bu terimle neyin kastedildiği ifade edilmiştir.⁵²

Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS’nin 6. maddesinin başlığının İngilizcesi *right to a fair trial* kavramıdır.⁵³ Sözleşmenin Resmi Gazete’de yayınlanan ilk çevirisinde bu kavramın Türkçe karşılığı olarak *hakkaniyete uygun dinlenme* kavramı kullanılmıştır. Ancak bu kavram 6. maddede yer alan birçok haktan sadece birisini ifade etmektedir.⁵⁴ Günümüzde devletin resmi kurumlarının internet sitelerinde yer alan çeviri metinlerde⁵⁵ ve daha önemlisi pozitif hukuk metinlerinde ve AİHM’nin resmi sitesindeki sözleşmenin Türkçe metninde, *adil yargılanma hakkı* terimi kullanılmaktadır.⁵⁶

⁵⁰Ana D. Boston, “The Right To A fair Trial: Balancing Safety and Civil Liberties”, **Cardozo Journal of International and Comparative Law - 12**, 2004, s.2;

⁵¹ BM taslağı, daha sonra sözleşme haline dönüşüp imzaya açılınca, adil yargılanma hakkı da sözleşmedeki yerini almıştır.

⁵² Harris, **a.g.m.**, s.352

⁵³ Amerika’da ise fair trial kavramının karşılığı olarak genelde “due process” kavramına yer verilmektedir. Bu kavramın amerikan hukukunda ifade ettiği anlam ve içinde yer alan alt haklar için bkz. Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, (İstanbul: 14. Bası, Arıkan Yayınevi, 2006), s.27 vd.

⁵⁴ RG. 19.03.1954, S.8662, İnceoğlu, **a.g.e.**, s.2

⁵⁵ Örneğin, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/sozlesme.html> adresindeki metinde.

⁵⁶ <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64FB85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>

Fair trial teriminin Türkçe karşılığı konusunda değişik birçok görüş vardır: Dönmezer, *dürüst yargılama*⁵⁷; Gözübüyük-Gölcüklü, Versan, *adil yargılama*⁵⁸; Akıllıoğlu, doğru yargılama⁵⁹; Aliefendioğlu, Doğru ve İnceoğlu, *adil yargılanma*⁶⁰; Schoeder-Yenisey, hem *dürüst yargılanma* hem de İngilizce aslı *fair trial*⁶¹; Tezcan-Erdem-Sancakdar ise hem *adil yargılanma* hem de *dürüst yargılanma*⁶² terimlerini kullanmaktadırlar.

Kanaatimizce *fair trial* kavramının karşılığı olarak, m.6'daki güvenceleri içeren kurallara uygun, hile yapılmaksızın gerçekleştirilen bir muhakeme faaliyetini ifade eden "*adil muhakeme*" teriminin kullanılması daha uygun olurdu. Çünkü yapılan faaliyetin, m.6'daki güvenceleri içeren kurallara uygunluğunu ve bunları dürüst bir şekilde uygulanmasını "*adil*"⁶³; iddia, savunma ve yargılama makamları tarafından birlikte yapılan kolektif faaliyeti de "*muhakeme*"⁶⁴ kavramları ifade etmektedir.

⁵⁷ Sulhi Dönmezer, "Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri", **CMUK Sempozyumu**, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1999), s.19 vd.

⁵⁸ A. Şeref Gözübüyük-Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), s.220; Rauf Versan, "Adil Yargılama Üzerine", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1990/1-2-3, s.123 vd.

⁵⁹ Akıllıoğlu, **a.g.e.**, s.49,215

⁶⁰ Yılmaz Aliefendioğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açından Adil Yargılanma Hakkı", **Anayasa Yargısı** 10, (Ankara: Anayasa Mahkemesi yayınları, 1993), s.359; Osman Doğru, **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı-International Human Rights Instruments**, (İstanbul: Beta Yayınları, 1998), s.263; İnceoğlu ise, kavramın tam karşılığı olarak *hakkaniyete uygun yargılama* teriminin kullanılması gerektiğini savunmakta; ancak pratik kaygılar dolayısıyla *adil yargılama* terimini kullandığını söylemektedir. İnceoğlu, **a.g.e.**, s.3;

⁶¹ Friedrich-Christian Schroeder-FeridunYenisey, **Dürüst Yargılanma Hakkı**, (İstanbul: Alkim Yayınevi, 1997).

⁶² Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Oğuz Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2004), s.303

⁶³ Dönmezer, bizim yukarıda ileri sürdüğümüzün aksine, adil kavramının hileye başvurulmaksızın yapılacak bir muhakemeyi ifade etmeyeceği kanaatindedirler:

"Üzerine suç atılan kişinin dürüst yahut hakkaniyete uygun bir ceza davasına muhatap kılınmak hakkı nedir? Ben "dürüst yargılama hakkı" diyorum. Neden, "adil yargılama" demiyorum? Çünkü, adil yargılama, neticesi adalete uygun yargılama demektir. Neticesi adalete uygun hüküm, bir takım usulsüzlükler yapılarak da ede edilebilir. Kişiyi döver, doğruyu söyletirsiniz, buna göre de hükmü verirsiniz. Netice adil olur. Ama dürüst yargılama olmaz. Onun için dürüst yargılama sözcükleri tercih edilmelidir." Dönmezer, **1999 Tasarısının Temel İlkeleri**, s.19

⁶⁴ Yargılama sadece yargılama makamı tarafından yapılan bir faaliyettir. Oysa muhakeme iddia, savunma ve yargılama makamı tarafından yapılan kolektif faaliyeti ifade eden daha geniş bir kavramdır. Bu bağlamda ceza muhakemesinin tümünü ifade etmesi bakımından bu terimin kullanılması daha uygun olacaktır. Anayasamızda da sadece mahkeme veya hakim tarafından yapılan faaliyetler yargılama faaliyeti olarak adlandırılmaktadır (Any. m.138 vd.). Bu konuda bkz. Nur Centel-Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2005) s.4; "Muhakeme hukukunu "yargılama hukuku" diye Türkçeleştirmek doğru değildir, çünkü yargılama kazanın Türkçesidir ve kaza, muhakemeyi

Ancak bu şekilde yeni bir terim önerisinin, bu kadar çok ve birbirinden farklı terimlerden oluşan gruba bir yenisini daha eklemekten başka bir faydası olmayacağı ve hatta terim sayısını arttırmak bakımından bilakis zararlı da olacağı kanaatiyle, Anayasa ve CMK'da kullanılan kanuni ifadeye bağlı kalmanın en doğrusu olacağını düşünüyoruz. Bu nedenle metin içerisinde kavrama ilişkin olarak, pozitif hukuk metinlerinde olduğu üzere, *adil yargılanma* terimi kullanılmıştır.

1.2.2. Adil Yargılanma Hakkının Tanımı, Niteliği ve Temel Haklar Arasındaki Yeri

Adil yargılanma hakkı kavramının gelişiminde ve bugünkü anlamını kazanmasında büyük etkisi olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki unsurlar doğrultusunda şu şekilde bir tanım yapılabileceği kanaatindeyiz: Adil yargılanma; *bireyin, gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkıdır.*⁶⁵

Günümüzde demokratik devlet olmanın vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelen adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin de en önemli gereklerindedir. Hukuk devleti kavramı, şiddet tarafından çevrelenmiş bir dünyada, demokrasi ve insan haklarının insanlık içinde tutunabilmesini gayretleri bakımından hayati önem taşımaktadır. Adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ve adaletin en önemli koruyucularından birisidir. Adil yargılanma kavramı, evrensel adaletin sağlanması

oluşturan üç görevden, en önemlisi de olsa, yalnız biridir.” Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Nurullah Kunter-Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2000), s.7 vd.

⁶⁵ Donay tarafından yapılan tanıma göre adil yargılama; yargılamanın olanaklar ölçüsünde gerçekleri yansıtabilmesi için, uyumsuzluğun tarafları arasında fiili ve hukuki bir fark gözetmeksizin, iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapıldığı dürüst bir yargılamadır. Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), s.41;

Schroeder ise, yeterli müdafaa imkanları sağlanarak ve hile yapılmadan görülen davanın adil olduğunu kabul etmektedir. Schroeder, **Fair Trial**, s.6

Uluslararası Af Örgütü'nün adil yargılanma hakkına ilişkin yayınında ise, Adil bir yargılamanın olabilmesi için gerekli olan tüm şartların, adil yargılanma hakkının içeriğini oluşturduğu kabul edilmektedir. Uluslararası Af Örgütü, **Adil Yargılanma Hakkı**, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2000), s.101;

Birçok yazar da, adil yargılanma kurumunu tarif edilmesi güç bir prensip olarak nitelendirmekte ve bu ilkenin ideal şartları oluşturma mecburiyeti olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Schroeder, **Fair Trial**, s.10-11

amacıyla hem usuli hem maddi hukuka ilişkin bazı hususlar yerine getirilmesini gerektirmektedir.⁶⁶

Bu bağlamda devletler, adil yargılanma hakkını, ya anayasalarında temel haklara ilişkin bölümünde ayrıca belirterek ya da hukuk devleti kavramını geniş yorumlayarak güvence altına almaktadırlar.⁶⁷ Hukuk devleti kavramının ilk akla getirdiği çağrışım, genellikle devlet gücünün hukuk ile bağlılığıdır. Ancak sıklıkla unutilan bir husus vardır ki, o da hukuk devletinde kanun koyucunun kanun hazırlarken göz önünde bulundurması gereken belirli bir maddi içeriğin olduğudur. Özellikle ceza muhakemesi hukuku gibi kişisel hakların bazı zorunlu durumlarda sınırlandırıldığı bir hukuk dalına ilişkin düzenlemelerde dikkat edilmesi gereken minimum garantiler vardır. Bu garantiler hukuk devleti ilkesine dayanır ve değişik ulusal hukuklarda farklı şekillerde ortaya çıkarlar. Bu garantilerin hiçbirisinin temel içeriği herhangi bir şekilde sınırlandırılmaz.⁶⁸ Bu bağlamda diğer insan hakları gibi, adil yargılanma hakkının da hür, demokratik ve hukuka saygılı tüm rejimlerde güvence altına alınması bir zorunluluktur.⁶⁹

Bu kavram, sanık bakımından olduğu kadar toplum bakımından da büyük önem arzeder. Nitekim en az suçluların cezasız kalmamasında olduğu kadar masumların cezalandırılmamasında da topluma ait önemli bir menfaat söz konusudur. Bu nedenle kişiye hak ettiği ceza, onun insanlık onuruna saygı gösterilmek suretiyle verilmelidir. Netice de her insan suçlu da olsa kişiliği olan bir bireydir ve sırf bu vasfı nedeniyle saygıdeğerdir. Adil yargılanma hakkı aynı zamanda bireylerin devlet önünde saygı gördüklerinin göstergesi, bireylerin içinde yaşadıkları toplumda kendilerini değerli hissetmelerinin en önemli gereğidir.⁷⁰

⁶⁶ Boston, **a.g.m.**, s. 1 vd.

⁶⁷ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.1

⁶⁸ Bernd Heinrich, "Rechtstaatliche Mindestgarantien im Strafverfahren", **JURA**, 2003/3, s.167

⁶⁹ Feyzioğlu, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, s.2;

Bush yönetimin özellikle 11 Eylül sonrası dönemde, terörle mücadelede Vatandaş olmayan şüpheliler için kurulacak özel askeri komisyonlara ilişkin yayınladığı askeri direktif (military order) adil yargılanma ilkesinden önemli sapmalar içermektedir. (Direktif yayın tarihi, 13 Kasım 2003) Bu konuda bkz. Boston, **a.g.m.**, s. 4 vd.

⁷⁰ İnsan toplumda dikkate alınıp saygı görmek ister ve ancak bu gerçekleşikçe kendisini değerli hisseder. Bu açıdan bakıldığında insanlık tarihini, insanın birey olarak veya topluluk olarak yeryüzünde kimliğini diğerlerine karşı ispat ve kabul ettirme çabasının oluşturduğu söylenebilir. Shakespeare'nin "olmak ya da olmamak... işte bütün mesele bu" sözü de bunu en iyi vurgulayan edebi söz olsa gerektir. Muhammet Özeker, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), s.20;

AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, AİHM'nin içtihatlarından da anlaşıldığı üzere, 6. maddedeki unsurları kapsayan, ancak bunlarla sınırlı olmayan genel nitelikli bir haktır.⁷¹ Adil yargılanma hakkının temel hakların sınıflandırılmasında klasik haklar arasında mı yoksa sosyal haklar arasında yer alacağı; ya da Jellinek tarafından yapılan ayırmada negatif statü hakkı mı yoksa pozitif statü hakkını sayılacağı hususu tam bir netlik arz etmemektedir. Çünkü bu hak, bünyesinde, hem klasik (negatif statü) hem de sosyal haklardan (pozitif statü haklarından) bazı hakları barındırmaktadır. Bu nedenle adil yargılanma hakkının, her iki hak gruptan hakları bünyesinde barındıran, karma nitelikli bir hak olduğu kanaatindeyiz. Örneğin *kanunla kurulmuş bir mahkemede ve aileni yargılanma hakları* klasik haklar arasındayken; *ücretsiz hukuki yardım alma ve ücretsiz tercümandan faydalanma hakları* sosyal haklar arasında yer almaktadır. Nitekim bunlardan birincisinde devletten beklenen hareketsiz kalması, herhangi bir müdahalede bulunmamasıdır. İkinciler bakımından ise devletten belirli bir harekette bulunması ve bu imkanları bireye sağlaması beklenmektedir.

Adil bir yargılamanın yapılabilmesi, asgari düzeyde AİHS m. 6'da sayılan haklardan her birinin güvence altında olmasına bağlıdır. Bunlardan birini güvence altında olmaması, adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer bazı hakların tanınmasını da anlamsız hale getirebilecektir. Bu bağlamda adil yargılanma hakkı bir bütündür.

Adil yargılanmanın tüm gerekleriyle birlikte bir bütün arzettiği vurgusundan sonra belirlenmesi gereken diğer bir husus da bu haklardan bazılarının insan ihtiyaçları bakımından bir öncelik taşıyıp taşımadığıdır. Nitekim sosyolojik açıdan adil yargılanma hakkı da dahil olmak üzere insan hakları olarak ifade edilen tüm değerleri ortaya çıkartan ve bunların temel hak halini almasını sağlayan en önemli neden insan ihtiyaçlarıdır. Bu bağlamda temel haklar temel insani gereksinimleri karşılar. İnsan

İnsanlar ancak bir başkası tarafından dinlenirlerken kendilerini bulur ve kim olduklarını anlarlar. Aynı şekilde –adliye ve karakol da dahil olmak üzere- devlete ait kurumlarda vatandaşa adil ve süratli şekilde hizmet ediliyorsa, saygı gösteriliyor ve insan olmanın gerektirdiği şekilde davranılıyorsa, birey kendini o toplumda değerli hissedecektir. Devlet kurumlarında yaşanan yüzlerce, binlerce etkileşim sonucunda vatandaş, devletin kendine değer verip vermediğine ilişkin bir kanaate ulaşacaktır. Doğan Cüceloğlu, **Keşkesiz Bir Yaşam İçin İletişim**, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 2002), s. 137; 112

⁷¹ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.131

ihtiyaç duydukça bu haklara ilişkin taleplerini dile getirir ve bu ihtiyaçlarının giderilmesi yönünde gayret gösterir.⁷²

İnsanın ihtiyaçları tüm hayvanlarda görülen en ilkel ihtiyaçtan daha karmaşık ve sadece insanda görülenine doğru bir sıralanma gösterir. Humanistik bir psikolog olan Abraham Maslow, 1954 yılında tüm ihtiyaçları daha düşük olandan daha yükseğe doğru sıralamıştır. Düşük seviyede olan ihtiyaçlar genelde basittir ve tatmin edilmesi gereken bedensel durumlardan kaynaklanırlar. İhtiyaçlar listesinde yukarı doğru çıktıkça burada yer alanların bedensel durumlar dışında farklı şeylerden kaynaklanan ihtiyaçlar oldukları görülür. Örneğin bulunduğumuz ortamda daha rahat yaşayabilmek veya diğer insanları elimizden geldiği ölçüde çok etkileyebilmek gibi.⁷³

Maslow'a göre hiyerarşideki en gelişmiş ve yüksekte yer alan ihtiyaç, bireyin kendisine ait tüm potansiyeli gerçekleştirebilmesi olarak tanımlanabilecek, *kendini gerçekleştirebilmedir*. Maslow'un teorisinde, hiyerarşide *bir üstte yer alan ihtiyaç, ancak kendisinden altta yer alan bir önceki ihtiyacın büyük ölçüde tatmin edilmesi neticesinde ortaya çıkabilmektedir*. Bu bağlamda, örneğin açlıktan ölmek üzere olan bir insan için diğer insanların onun davranışları hakkında ne düşündüklerinin bir önemi yoktur.⁷⁴

Adil yargılanma hakkı batılı ülkeler tarafından tam anlamıyla uygulanmaya çalışılmakta, zaman içerisinde toplumdaki gelişmeye ve yeni gereksinimlere bağlı olarak sürekli geliştirilmektedir. Gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerde ise bu hakkın tam olarak güvence altına alınmadığı görülmektedir. Ülkenin gelişmişlik düzeyine göre adil yargılanma hakkı kapsamındaki haklar belirli bir öncelik sırasına göre bireylere tanınmaktadır. Her ne kadar adil yargılanma hakkı kapsamındaki haklar birbirlerine sıkı sıkıya bağlıysalar da, bunlardan bazıları insanlar için daha önceliklidir. Örneğin kanunen kurulmuş ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanmak, ücretsiz hukuki yardımdan faydalanma hakkından daha önemlidir. Bir toplumda bu haklardan ilki

⁷² Bu konuda bkz. Uygun, **İnsan Hakları**, s.18

⁷³ Charles G. Morris, **Psychology**, (New Jersey: Prentice Hall, 9th. Ed., 1996), s.430

⁷⁴ Maslow'un ihtiyaçlar listesi en alttan üstte doğru şu şekildedir. 1.Fiziksel ihtiyaçlar; 2.Güvenlik ihtiyacı; 3.Aidiyet ihtiyacı; 4. Saygı ihtiyacı; 5. Kendini gerçekleştirebilme ihtiyacı. Morris, **a.g.e.**, s.430-431, Biz bir çok açıdan eleştirilen bu teorisin doğruluğunu tamamen olmasa bile ana hatları ile kabul etmekteyiz. Bu bağlamda genel olarak insanlar, klasik haklara ilişkin taleplerini karşılayamadıkça bir üstte yer alan sosyal haklara ilişkin taleplerde bulunmayacaktır kanaatindeyiz.

Maslow'un teorisinin eleştirisi için ayrıca bkz. Morris, **a.g.e.**, s.431

bireylere tanınmadan, az sayıdaki bir grup entelektüel dışında o toplumdaki insanların, devletin kendilerine ücretsiz hukuki yardım vermesi gerektiğini düşünmesi ve buna ilişkin taleplerde bulunması neredeyse imkansızdır. Zaten bu hakların doğuş sırasına bakıldığında da, tıpkı Maslow'un hiyerarşisindeki gibi, en çok ihtiyaç duyulananın temininden sonra diğer hakkın güvencelenmeye başlandığı görülmektedir.

Bu açıdan bakıldığında az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde adil yargılanma hakkının tam olarak güvence altına alınmamış olması ve insanların da genelde buna ilişkin taleplerini dile getirmemeleri, insanın doğası gereği gayet normaldir. Çünkü ilk başta öncelikli ihtiyaçlarını karşılamak, bunların temininden sonra ise diğer ihtiyaçlarına yönelik taleplerde bulunmak insanın doğasında vardır. Bu bağlamda yaşamını garanti altına alamamış, her an ölüm korkusuyla yaşayan veya beslenme ihtiyacını karşılayamayan bir bireyin, adil yargılanmaya ilişkin taleplerde bulunması, kanunen kurulmuş bir mahkeme önünde yargılanmaya ilişkin bir garantisi olmayan kişinin de ücretsiz hukuki yardım almayı talep etmesi beklenemez.⁷⁵

2. TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BAĞLAMINDA ADİL YARGILANMA HAKKININ KAYNAKLARI

2.1 Anayasa

Geniş yorumlandığı zaman adil yargılanma hakkını da içeren bir ilke olan hukuk devleti ilkesi Anayasamızın ikinci maddesinde hükme bağlanmıştır.⁷⁶ Bunun yanında adil yargılamanın gereği olan pek çok ilke de Anayasamızın çeşitli maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Örneğin; kanuni yargıç ilkesini düzenleyen m.37, masumiyet

⁷⁵ Gerek adil yargılanma hakkı kapsamındaki haklar gerekse genel olarak temel haklar arasında bir öncelik sıralaması yapılamayacağı, bunlardan bir tanesinin ekliğinin diğerlerini de olumsuz olarak etkileyeceği ileri sürülebilir. Bu haklardan birisinin yokluğunun diğerlerini de olumsuz etkileyeceği görüşüne katılmakla birlikte, yine de kanaatimizce bu haklar arasında bir öncelik sırası vardır. Zaten Anayasa koyucu da bu şekilde oluşacak bir hiyerarşiyi belirli ölçüde kabul etmiş, temel hakların sınırlandırılmasını düzenlediği Anayasanın 15. maddesinde, genel olarak temel hakların belirli durumlarda sınırlandırılmasını öngörmüş, ancak diğer bazı temel hakların ise, maddede belirtilen hallerde dahi sınırlandırılmayacağını düzenlemiştir. Buradan anlaşıldığı üzere Anayasa koyucu bazı temel haklara diğerlerinden öncelik tanımakta ve bunların vatandaşlar açısından daha önemli olduğunu kabul etmektedir. Gören bu tür hakları *sert çekirdekli haklar* olarak ifade etmektedir. Bkz. Gören, **a.g.e.**, s.30; Temel Hakların sınırlandırılması hakkında bkz. Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 1982), s.17 vd. (Konu 1961 Anayasası bağlamında ele alınmıştır.)

⁷⁶ Hukuk devletinde bireylere sağlanması gereken minimum garantiler için bkz. Heinrich, **a.g.e.**, s. 167 vd.

karinesini düzenleyen m.38 ve mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen m.138 bunlardan bir kaçıdır.

1924 ve 1961 Anayasaları ile 2001 yılına kadar olan süreçte 1982 Anayasasında adil yargılanmanın, açık bir anayasa hükmü kimliğinde ele alınıp düzenlendiğini söylemek olanaklı değildir. Bireylerin adil yargılanma hakkının varlığı, insanlığın ortak aklının ve değerlerinin, evrensel temel hukuk ilkelerinin bir gereğidir. Mahkemelerin yargılamayı adalet ilkelerine uygun bir biçimde yapıp, bitirmeleri, işin doğal ve olağan bir gereğidir. Bu nedenlerle adil yargılanma hakkı ve adil yargılama yapma görevinin 2001 yılına kadar olan süreçte Anayasalarımızda ayrıca düzenlenmesine gerek görülmemiştir.⁷⁷

Ancak 1982 Anayasasında yer alan ve adil yargılanmanın gereklerini güvenceleyen müstakil düzenlemelerle yetinmeyip, adil yargılanma hakkını açıkça hükme bağlamak isteyen Anayasa koyucu, Anayasanın 36. maddesinde değişiklik yapma yoluna gitmiştir. 2001 yılında, 4709 sayılı kanunun 14. maddesi ile 1982 Anayasasında yapılan değişiklikle, temel hak ve yükümlülükler başlığı altında yer alan 36. maddede bu hakka açıkça yer vermiştir.⁷⁸ Anayasanın sistematiği dikkate alındığında, anayasa koyucunun adil yargılanma hakkını temel haklar arasında kabul ettiği görülmektedir.

Genel olarak adil yargılanma hakkının bir ülkenin anayasasında yer almış olması, o ülkede yaşayan bireylerin adil yargılanmaya ilişkin temel hakkının teminat altına alınması bakımından büyük önem arzeder. Nitekim anayasa koyucu bu hakka anayasada yer vermekle, öncelikle kendisi bakımından bu hakkın ne kadar önemli olduğunu vurgulamış olmakta ve ülkesinde bu hakka saygı gösterildiğini hem kendi toplumuna hem de uluslararası topluma deklare etmektedir. Bunun dışında bu hakka anayasada açıkça yer vermek suretiyle, bu hakkın anayasal bir ilke haline gelmesini sağlamakta ve bu hakka ilişkin gereklerin bir kanunla ihlal edilmesi riskini de bertaraf etmektedir. Nitekim böyle bir ihtimalin vuku bulması ve hukuken başvuru imkanına sahip olanların⁷⁹ ilgili kanun maddesi aleyhine anayasa mahkemesine başvurması

⁷⁷ Yahya Kazım Zabunoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi”, **Yeni Türkiye Dergisi**, İnsan Hakları Özel Sayısı II (Temmuz-Ağustos 1998), s.936

⁷⁸ RG. 17.10.2001, S.24556, Erdener Yurtcan, **Uyum Yasaları 2001&2004 Anayasa Değişiklikleri**, (İstanbul: Kazancı Yayınları, 2004), s.3

⁷⁹ Başvuruya hakkı olanlar ve başvuru usulü hakkında bkz. Anayasa m.150, 151 ve 152

halinde, adil yargılanmaya ilişkin anayasal ilkeye aykırılık oluşturan kanunun anayasa mahkemesince iptal edilmesi söz konusu olacaktır.

2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Anayasanın 36. maddesinde açıkça düzenlenen adil yargılanma hakkının içeriğini oluşturan haklar, Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası sözleşmelerde de bireylere tanınması gereken temel haklar arasında düzenlenmiştir.⁸⁰ Türkiye'nin taraf olduğu bu tür temel hak ve hürriyetlere ilişkin sözleşmelerin, iç hukukumuz bakımından özel bir önemi vardır. Nitekim, Anayasamızın 90. maddesinde uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Aynı maddenin devamında uluslararası sözleşmelerin anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu madde doktrin ve uygulamada uzunca bir süre uluslararası sözleşmelerin kanunlara oranla normlar hiyerarşisinde⁸¹ üst norm olup olmadıklarına ilişkin olarak tartışmalara neden olmuştur ve hala da olmaktadır.⁸²

⁸⁰ Adil yargılanma hakkını düzenleyen uluslararası belgelerin hepsi, aynı hukuksal statüde değildirler. Bazı belgeler, kendilerini bağlı saymaya karar veren devletler için hukuken bağlayıcı nitelikteki sözleşmeler şeklindeken; sözleşme dışı nitelikteki diğer belgeler, devletlerin dikkate almaları gereken standartlar üzerinde uluslararası toplumun görüş birliğini yansıtmaktadır. Hepsi birlikte adil olmayan yargılamalara karşı korunmanın temel çatısını oluştururlar.

Uluslararası sözleşme niteliğindeki belgeler ve bunların kabul tarihleri şu şekildedir: Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966), İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme (1984), Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989), Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme (1979), Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme (1965)

Uluslararası sözleşme niteliğinde olmayan belli başlı belgeler ve bunların kabul tarihleri ise şu şekilde sayılabilir: İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (1948), Herhangi Bir Biçimde Tutulan ya da Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin İlkeler Bütünü (1988), Yargı Bağımsızlığına İlişkin Temel İlkeler (1985)⁸⁰

Bunlar dışında uluslararası kuruluşlar insan haklarını korumak amacıyla bölgesel bildiri ve sözleşmeler de geliştirmişlerdir. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi de Avrupa kıtasına ilişkin olarak bölge devletleri tarafından oluşturulan ve adil yargılanma hakkını düzenleyen önemli bir belgedir. Uluslararası Af Örgütü, **a.g.e.**, s.31 vd.

AİHS'ye taraf ülkeler bağlamında, Avrupa'daki temel haklar alanında, devletlerin ülkedeki egemenlikleri sadece ulusal temel haklarla değil; bilakis ondan daha fazla şekilde uluslararası düzeydeki temel hak garantileri ile de korunmaktadır. Devletler hukuku ve Avrupa hukuku bireylerin devlet gücü karşısındaki hukuki durumlarını konumlandırmakta; devletlerin iç hukuklarını düzenlerken dikkate almaları gereken maddi hukuk ve muhakeme hukukuna ilişkin temel hak ilkeleri belirlemektedirler. Bu bağlamda Avrupa boyutunda garanti altına alınan muhakemeye ilişkin en anlamlı hak, AİHS içerisinde güvence alınmış olan adil yargılanmaya ilişkin haktır. Eckhard Pache, "Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess", **NVwZ**, Heft 12, 2001, s.1342

⁸¹ Saf Hukuk Teorisinin kurucusu Hans Kelsen, konusu hukuk olan bir bilginin, ancak hukuk olarak adlandırılan normlar sistemindeki birliğin sağlanması ile bir bilim haline gelebileceği düşüncesiyle hareket etmiş ve tüm diğer normlara kaynak teşkil eden *temel normun* en üstte yer aldığı bir normlar hiyerarşisi oluşturmuştur. Bu normatif sistemde normlarının oluşturulması, doğrudan doğruya sistemin başka normları tarafından düzenlenmiştir. Buna göre hiyerarşinin altında kalan normun bir üst seviyedeki

Sözleşmelerin kanunlara göre üst norm olup olmaması teorik görüşler dışında, uygulama açısından da çok önem arz etmektedir. Nitekim sözleşmeler üst norm olarak kabul edilirse, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş sözleşmeden sonra kanun koyucu tarafından yapılan ve yürürlüğe giren bir kanun hiçbir şekilde sözleşme hükümlerini ortadan kaldıramayacaktır. Eğer normlar hiyerarşisinde sözleşmeler kanunlara eşdeğer kabul edilirse, kanun koyucunun, usulüne uygun yürürlüğe girmiş bir uluslararası sözleşmenin hükümlerini, sonradan çıkartacağı bir kanunla ilga etmesi de mümkün olabilecektir. Bu şekilde bir uygulamanın uluslararası toplumda imzaladığı sözleşme hükümlerinin aksine düzenleme yapan devletin güvenilirliğini ve itibarını zedeleyeceği muhakkaktır. Ancak bu durum uluslararası hukuku ilgilendiren bir sorundur. İç hukuk bakımından bağlayıcı olarak ortaya çıkan durum ise, kanunun uluslararası sözleşmenin hükümlerini kaldırmasıdır.

Bu bağlamda 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hükümlerle birlikte artık temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlara göre üst norm olup olmadıkları konusunda bir tartışma kalmamıştır.⁸³ Nitekim 7.5.2004 tarihinde 5170 sayılı kanunun 7. maddesiyle eklenen hükümde, bir uyuşmazlığın çözümü sırasında, usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş olan *temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleriyle kanun hükümleri arasında bir uyuşmazlık olduğu anlaşılırsa, uyuşmazlığın temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmenin hükümlerine göre çözüleceği* düzenlenmiş ve böylelikle usulüne uygun yürürlüğe konmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlara göre üst norm olduğu kabul edilmiştir.⁸⁴ Bu nedenle Türkiye tarafından imzalanan ve

norma uygun olması bir zorunluluktur. Bu nedenle hiyerarşide farklı seviyelerdeki normlar arasında bir çatışma çıkarsa bu durumda üstteki norm uygulanacaktır. Normlar hiyerarşisinde üstte doğru çıktıkça en sonda temel norma ulaşılır. Bu temel norm, normlar sistemindeki (hukuktaki) diğer normların geçerlilik nedenini oluşturur ve tüm hukuk düzeni bakımından temel bir kaynak teşkil eder. Bu konuda bkz. Aral, **a.g.e.**, s.46 vd.; Bobbio, **a.g.m.**, s.467 vd.; Akbaş, **a.g.m.**, s.32 vd.

⁸² Bu tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi ve değişik görüşlerin özeti için bkz. Hüseyin Pazarıcı, "Türk Hukukunda Andlaşmalar ve Yasaların Çatışması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni** (Sevin Toluner'e Armağan), 2004/1-2, s.652 vd.

⁸³ Ancak hangi anlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin sayılacağı konusunda tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalara ilişkin bilgi için bkz. Kemal Başlar, "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni** (Sevin Toluner'e Armağan), 2004/1-2, s.309 vd.; Pazarıcı, **a.g.m.**, s.663 vd.

⁸⁴ Tartışma diğer (temel hak ve hürriyetlere ilişkin olmayan) uluslararası sözleşmeler bakımından hala devam etmektedir.

2001 yılında anayasamızda yapılan değişiklikten sonra kanaatimizce hukuk sistemimizdeki normlar hiyerarşisi en üst normdan aşağıya doğru şu şekilde oluşmuştur: I. Anayasa; II. Temel Hak ve

usulüne uygun olarak yürürlüğe konan temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası bir sözleşme olan AİHS ülkemiz açısından büyük önem taşımaktadır.⁸⁵

Ancak 04.11.1950 tarihinde imzalanan uluslararası bir anlaşma olan ve Avrupa Konseyine üye ülkelerde temel hakların korunmasını teminat altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini, diğer temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmelerden daha önemli konuma getiren husus ise, başvurular sonucunda taraf ülkelerin sözleşme hükümlerine uygun davranıp davranmadıklarını denetleyen bir yargılama mekanizmasının bulunmasıdır.⁸⁶

Konseye taraf 44 üye ülkenin her birisi Strasbourg'ta bulunan mahkemeye bir hakim göndermektedir. Mahkemeye yapılan başvurularda sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan temel hakların ihlal edildiği ileri sürülebilir. Başvurular, tüm iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren 6 aylık süre içerisinde, sözleşmeye taraf olan devletler, gerçek veya tüzel kişiler tarafından yapılabilir. Mahkeme dili İngilizce ve Fransızca'dır. Mahkeme sadece hukuka aykırılığı tespit eder ve mağdura adil bir tazminata hükmeder. Ancak hiçbir şekilde ulusal mahkemenin kararını ortadan kaldırmaz. İlgili üye devlet, taraf olarak, mahkemenin kararına uymak zorundadır. Diğer üye ülkeler hukuken bu kararla bağlı değildirler. Ancak mahkemenin kararına

Hürriyetlere İlişkin Uluslararası Sözleşmeler; III. Kanunlar, Temel Hak ve Hürriyetlere İlişkin Olmayan Uluslararası Sözleşmeler, Kanun Hükmünde Kararnameler; IV. Tüzükler; V. Yönetmelikler. Bu hiyerarşide farklı seviyede olan normlar arasında bir çatışma olduğunda, daha üst seviyede yer alan normun hükümleri uygulanacaktır. Eğer aralarında çatışma çıkan normlar aynı seviyede ise, bu durumda normun yetkili organca konuluş tarihi dikkate alınacak ve sonraki tarihli normun kuralları uygulanacaktır. Eğer çatışan normların konuluş tarihleri de hiyerarşideki seviyeleri gibi aynıysa; bu durumda normlar arasındaki genellik-özellik ilişkisine bakılacak ve daha özel nitelikte olan norm uygulanacaktır.

⁸⁵ Fransa ve İspanya'da da bizdekine benzer bir düzenleme vardır ve uluslararası sözleşmeler normlar hiyerarşisinde anayasa ile kanunlar arası bir yerde bulunmaktadır. (Fr. Any. m.55; İsp. Any. m.10/2). Bu tür düzenlemelerin gerekliliği ve AİHS'nin ailede kanunlarla eşdeğer sayılmasının eleştirisi için bkz. Kai Ambos, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6-", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Ankara: Çev. Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, 2004), s.19-20; 44. dipnot; Almanya'da ise Anayasa'da uluslararası sözleşmelerin üst norm olduğuna dair açık bir hüküm olmasa da Alman Anayasa Mahkemesi yorumla AİHS'yi kanunlara göre üst norm olarak kabul etmiştir. Bu konuda bkz. Ambos, **a.g.m.**, s.19 vd.; Schroeder, **Fair Trial**, s.16

⁸⁶ Klaus Volk, **Grundkurs StPO**, (München: C.H. Beck Verlag, 2005), s.18;

27 Ocak 1987'de komisyona bireysel başvuru hakkı tanınmış, 27 Ocak 1989'da da mahkemenin (AİHM'nin) yargı yetkisi kabul edilmiştir. Komisyon ve Mahkemenin yetkileri ile 1998 tarihli 11 no'lu protokole bağlı olarak konvansiyon ve ilgili protokollerin yorumlanması ve uygulanmasından kaynaklanacak uyumsuzlukların tek denetim organı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kabulüne ilişkin olarak bkz. Sevin Toluner, **Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları**, (İstanbul: Beta Yayınları, 2004), s.276 vd.

konu olan benzer olaylarda kendileri bakımından da aynı şekilde karar verileceğini hesaplamak zorundadırlar.⁸⁷

Bu bağlamda CMK m.311/f'deki hükmü de zikretmek gerekir. Söz konusu hükme göre; *bir ceza hükmünün AİHS ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin AİHM tarafından tespit edilmesi hali*, yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmiştir.⁸⁸

Şunu da belirtmek gerekir ki; sözleşme organlarının gerçekleştirdiği denetim, iç hukuklardaki kanunyolları gibi bir denetim niteliğine sahip değildir. Bu nedenle AİHM iç hukuk mahkemesinin yanlış karar verdiğine veya bir kişinin hatalı olarak mahkum edildiğine ilişkin şikayetleri dinlemez ve iç hukukta verilen kararın esasına giremez. Ortaya konulan delilleri incelemek ve neyin davayla ilgili olup olmadığına ilişkin karar verebilmek açısından en iyi konumda olanlar hiç kuşkusuz iç hukuk mahkemeleridir. Sözleşme açısından sorgulanan şey varılan sonuçtan çok yargılama sürecidir. Yani adil bir karar verilip verilmediğine değil; adil bir kararın verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığı 6. maddenin koruması altındadır.⁸⁹

2.3. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

AİHS dışında Türkiyenin taraf olduğu ve adil yargılanma hakkını açıkça güvence altına alan diğer önemli bir uluslararası sözleşme de Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesidir. Ancak sözleşmedeki düzenlemeler, AİHS ile paralel olmakla birlikte, bir takım farklılıklar da içermektedir. Örneğin AİHS'de açıkça ifade edilmeyen ve suçsuzluk karinesinden çıkarsanan, *kendisini suçlandırıcı tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanmama* hakkı, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde açıkça ifade edilmiştir.⁹⁰ Adil yargılanma hakkı sözleşmesinin 14. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Buna göre;⁹¹

⁸⁷ Volk, **a.g.e.**, s.18

⁸⁸ Diğer bazı sözleşmeye taraf ülkeler bakımından AİHM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılmasına dair düzenlemeler için bkz. Tezcan-Erdem-Sancaktar, **a.g.e.**, s.139 vd.

⁸⁹ Bu bağlamda AİHM'nin adil yargılanma hakkına ilişkin olarak yaptığı denetim, istisnai olarak, iç hukuk mahkemesinin verdiği kararın içeriğinin de adil olmasını dolaylı olarak kapsamaktadır. Inceoğlu, **a.g.e.**, s.7-8

⁹⁰ BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde adil yargılanma hakkının düzenlenişine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Senem Özyavuz, "Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde Adil Yargılanma

1. Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyumsuzluğun karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Davayı izleyenler ve basın mensupları, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni (ordre public) veya ulusal güvenlik nedeniyle veya tarafların özel yaşamlarının menfaatinin gerektirmesi halinde veya mahkemenin görüşüne göre aleniliğin adaletin gerçekleşmesine zarar vereceği özel şartların kesinlikle gerektirdiği ölçüde, duruşmalardan tamamen veya kısmen çıkarılabilir; ancak bir ceza davasında veya hukuk davasında verilen hüküm, gençlerin menfaati veya aile uyumsuzlukları veya çocuğun velayeti ile ilgili davalar aksini gerektirmedikçe aleni olarak tefhim edilir.
2. Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkına sahiptir.
3. Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimsenin bu isnadın karara bağlanmasında, tam bir eşitlik içinde asgari şu haklara sahiptir: a) Hakkındaki suç isnadının niteliği ve nedenleri konusunda ayrıntılı bir şekilde ve anlayabileceği bir dilde derhal bilgilendirilme; b) Savunmasını hazırlamak ve kendi seçtiği avukatla görüşmek için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma c) Sebepsiz yere gecikmeden yargılanma, d) Duruşmalarda hazır bulundurulma ve kendisini bizzat veya kendi seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma eğer avukatı bulunmuyorsa sahip olduğu haklar konusunda bilgilendirilme; adaletin yararı gerektirdiği her durumda kendisine bir avukat tayin edilme ve eğer avukata ödeme yapabilecek yeterli imkanı yoksa, ücretsiz olarak avukat tayin edilme; e) Aleyhindeki tanıkları sorguya çekme veya çektirme ve lehindeki tanıkların mahkemeye çıkmalarını ve aleyhindeki tanıklarla aynı koşullarda sorguya çekilmelerini sağlama, f) Mahkemede konuşulan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanma g) Kendisini suçlandırıcı tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanmama.
4. Küçüklerin yargılanmasında küçüklerin yaşlarını ve rehabilitasyonlarını ilerletmeyi göz önünde tutacak bir yargılama usulü izlenir.
5. Bir suçtan ötürü mahkum olan bir kimse, mahkumiyetinin ve aldığı cezanın daha yüksek bir yargı yeri tarafından hukuka göre incelenmesini isteme hakkına sahiptir.
6. Bir kimse bir suçtan ötürü nihai bir kararla mahkum olduğunda ve bu mahkumiyeti adli hata bulunduğu gerekçesiyle bozulduğunda veya kendisi bağışlandığında, eğer mahkumiyet kararının verildiği tarihte bilinmeyen olayların ortaya çıkarılmamış olmasının nedenleri kısmen veya tamamen kendisine yüklenebileceği kanıtlanmadıkça, bu tür bir mahkumiyetin sonucu olarak ceza çeken bir kimseye hukuka uygun olarak tazminat ödenir.
7. Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkum olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz.

Hakkı: Sanık Haklarına Genel Bir Bakış” **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), s.427 vd.

⁹¹ Sözleşme metnine <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr.bmsiyasimedeni.htm> adresinden ulaşılabilir.

2.4. Ceza Muhakemesi Kanunu

Ceza Muhakemesi Kanunu, en genel anlamıyla, cezai uyuşmazlıkların ne şekilde takip edilip çözüme kavuşturulacağını belirleyen normlardan oluşan, muhakeme alanına ilişkin genel bir kanundur.⁹² Adil yargılanma hakkının, kişinin medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklarla birlikte, cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin olarak sahip olduğu bir hak olması nedeniyle, Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemeler adil yargılanma hakkıyla doğrudan ilişkilidirler. Bu bağlamda bir ülkedeki bireylerin, cezai uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkına sahip olup olmadıkları hususundaki en önemli gösterge Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan ayrıntılı düzenlemelerdir. Eğer kanunkoyucu, adil yargılanma hakkını, yargılama yetkisi dahilinde olan tüm bireyler bakımından geçerli bir hak haline getirmek istiyorsa; kanunu hazırlarken baştan sona bu hakkın gereklerine ilişkin ilkeleri göz önünde bulundurmalı ve kanunu bu ilkeler temelinde oluşturmalıdır.

Bazı yazarlarca, somut olarak esas kaynağını Ceza Muhakemesi Kanununun oluşturduğu ceza muhakemesi hukuku ile adil yargılanma hakkı arasındaki bu yakın ilişkinin önemi ve belirginliğine dayanılarak, ceza muhakemesi alanındaki en merkezi normun AİHS'nin 6. maddesi olduğu ileri sürülmektedir.⁹³

Anayasal bir hak olan adil yargılanma hakkının gereklerine uygun şekilde bir kanun oluşturma gayretine girişen kanunkoyucumuz da, CMK'da bu hakkın gereklerine uygun düzenlemelere yer vermeye ve bu doğrultuda güvenceler sağlamaya çalışmıştır. Örneğin hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması için, red ve çekinme kurumları düzenlenmiş, duruşmanın aleniliğine açıkça vurgu yapılmış, iş yükünü azaltmak ve muhakemeyi hızlandırmak amacıyla uzlaşma kurumuna yer verilmiş, haksız verilebilecek kararın düzeltilmesine hizmet etmesi amacıyla kanunyolları daha da çeşitlendirilmiştir.⁹⁴ CMK, AİHM içtihatları ışığında bu şekilde ayrıntılı

⁹² Somut olarak ele alındığında ceza muhakemesi hukukunun esas kaynağını Ceza Muhakemesi Kanunu oluşturmaktadır. Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2006), s.12

⁹³ Werner Beulke, **Strafprozessrecht**, (Heidelberg: C.F. Müller, 2005), s.6; Yazara göre ceza muhakemesi hukuku alanındaki en merkezi norm adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS. m.6'dır.

⁹⁴ Saydığımız bu düzenlemelerin çoğu, bir önceki kanun olan CMK'da da bunlara paralel şekilde yer almaktaydı. Nitekim CMK getirdiği bazı değişiklik ve yeniliklere rağmen, büyük ölçüde önceki kanunun esaslarını içermektedir. Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.12; Hatta eski kanunla yeni kanun arasındaki farklılıkların çok fazla olmaması nedeniyle yeni bir kanun yapma ihtiyacının olmadığı ve yapılması gereken değişikliklerin eski kanuna aktarılmasıyla da sorunların giderilebileceği ileri sürülmektedir.

düzenlemelere yer verilmek suretiyle, adil yargılanma hakkının gerekleri Anayasa ve AİHS'deki genel normlardan farklı olarak, daha ayrıntılı ve somut şekilde ortaya konulmuştur. Bu itibarla CMK, ceza muhakemesi alanında adil yargılanma hakkını, kanun bazında ayrıntılı olarak güvence altına alan yegane kanundur. Adil yargılamanın gereklerinin, CMK'daki bir çok düzenlemede teminat altına alınmasının yanında, bir maddede de bu hakka ilişkin ilkenin açıkça vurgulandığı görülmektedir. Şöyle ki; Ceza Muhakemesi Kanununun 160/2. maddesine göre de; “Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve *adil bir yargılamanın yapılabilmesi için*, emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığıyla, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.”

3. ADİL YARGILANMA HAKKININ İÇERİĞİ

3.1. Genel Olarak

Adil yargılanma hakkı AİHS'nin 6. maddesinde üç fıkra halinde düzenlenmiştir.

6. maddenin Türkçe çevirisi şu şekildedir:⁹⁵

Madde 6: Adil yargılanma hakkı

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine

Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.I (Üçüncü basıya önsöz). Gerçekten de bir önceki kanun CMUK, iktibas edilmiş olduğu Alman Ceza Muhakemesi Kanununun özelliklerini taşımakta ve genel olarak liberal bir hukuk görüşünü yansıtmaktaydı. Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO), 19. yüzyıla hakim olan aydınlanma felsefesinin oluşturduğu özgürlükçü ortamda ortaya çıkan bir kanun olarak, bu dönemin özgürlükçü bakış açısını yansıtmaktadır. StPO da, tıpkı CMUK gibi, yürürlüğe girdiği 01.10.1879 tarihinden sonra, değişen anlayışlar ve ortaya çıkan yeni ihtiyaçlara paralel olarak Almanya'da çok sayıda değişiklik geçirmiştir. 1980 tarihine kadar 80 değişiklik kanunu ile toplamda 1400 değişiklik yapılmıştır. Son dönemde Alman kanun koyucunun giderek daha fazla değişiklik yapma eğiliminde olduğu görülmektedir. Sadece 1960'dan 1980'e kadar toplam 34 değişiklik kanunu ile toplamda 642 defa kanun değiştirilmiştir veya yeni hükümler eklenmiştir. Ancak temel yapı ve bölümlerde genel bir reform şu ana kadar yapılmış değildir ve genel olarak StPO'nun haksızlıklara yol açtığından da pek fazla şikayet edilmemiştir. Bilakis 19. yüzyılın özgürlükçü ortamında ortaya çıkan ve o dönemin özgürlükçü bakış açısını yansıtan StPO'nun, olağanüstü dayanıklılığının ve hukuk devletindeki bireysel koruma amacını çok net bir şekilde ortaya koyduğunun altı çizilmiştir. Otfried Ranft, **Strafprozessrecht**, (Stuttgart, München...: Boorberg Verlag, 1995), s.3

⁹⁵<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64FB85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>

İngilizce metin için bkz. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>

zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

- a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

6. maddedeki adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerden bazılarının maddede açıkça düzenlenmesine karşın, bunlar dışında kalan bazı haklar da bu maddenin demokratik toplum ve hukuk devleti ilkeleriyle yakından olan ilişkisi nedeniyle, geniş yorumla, madde hükmüne zımnen dahil unsurlar olarak mahkeme tarafından belirlenmiştir.⁹⁶ Nitekim 6. maddede kullanılan pek çok kavram yoruma açıktır ve bu hakkın demokratik toplumda işgal ettiği önemli yer, özellikle genel kuralı içeren birinci fıkra hükmünün dar yorumuna engeldir.⁹⁷

Mahkemenin 6. maddenin yorumu yaparken sadece maddede belirtilen haklarla sınırlı kalmayıp, bilakis adil bir yargılamaya ilişkin genel prensipten hareketle, açıkça ifade edilmeyen diğer bazı sanık haklarını da ortaya koyması, AİHM içtihatlarının Avrupa'da insan haklarının korunmasına dair son yıllardaki en önemli katkısı olmuştur. Mahkemenin fair trial kavramının doğasında olan ve onun ayrılmaz parçası olarak kabul ettiği bazı haklar şunlardır (rights inherent in the notion of fair trial):⁹⁸ Hükmün gerekçesi hakkında bilgilendirilme hakkı, mahkemenin kararına karşı kanun yoluna

⁹⁶ Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma", **AÜSBF Dergisi-İlhan Öztrak'a Armağan**, 1994/1-2, s.200 vd.

⁹⁷ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.4 vd.

⁹⁸ Robert Esser, **Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht**, (Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, 2002), s.400 vd.

başvurabilmek için gerekli zamana ve imkana sahip olma hakkı⁹⁹, karşı tarafın görüş ve beyanlarından haberdar edilme hakkı ve mahkemenin genel ilkedan hareketle ortaya koyduğu birbirine sıkı sıkıya bağlı en önemli iki ilke olan çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliğidir.

3.2. AİHS'nin 6. Maddesinin Fıkraları Arasındaki İlişki

6. maddeye şu anki son halinin verilmişinden günümüze kadar geçen süreçte en çok tartışılan konulardan birisi 2. ve 3. fıkraların 1. fıkradaki genel ilke ile olan ilişkisi olmuştur. AİHM verdiği kararlarda net bir şekilde bu ilişkiyi ortaya koymaktan kaçınmaktadır.¹⁰⁰ İlk fıkrada adil yargılanma hakkına ilişkin genel ilke düzenlenirken; 2. ve 3. fıkrada ise 1. fıkradaki genel ilkenin özel uygulanma biçimleri belirlenmiştir. Yani bu fıkralarda yer alan haklar genel kuralı düzenleyen 1. fıkranın uzantısı, bir başka deyişle doğal sonucudur.¹⁰¹ Sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasında her sanığın *en azından* bu haklara sahip olduğu vurgulanmıştır. Buradan anlaşıldığına göre adil yargılanma hakkı, sadece 3. fıkrada belirtilen haklarla sınırlı değildir. 1. fıkradaki genel ilkenin kapsamı çok daha geniştir ve bu fıkra 3. fıkrada yer almayan bazı hakları da içine alan genel bir çerçeve niteliğindedir. Aynı ilişki genel ilke ile 2. fıkra arasında da geçerlidir. Dolayısıyla sözleşmenin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan haklara aykırılık olmasa dahi, 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edilmiş olması mümkündür. 2. ve 3. fıkraların ihlal edilmiş olması ise, kural olarak, aynı zamanda 1. fıkranın da ihlal edildiği anlamını taşır.¹⁰²

1. fıkrada hem medeni hem de cezai uyuşmazlıklara ilişkin davalarda bireylere tanınması gereken haklar yer alırken, ikinci ve üçüncü fıkralar sadece ceza davaları bakımından sanığa tanınması gereken bir takım hakları düzenlemektedirler. 2. ve 3. fıkradaki güvenceler her ne kadar sanık için öngörölmüş olsalar da gerektiğinde *mutalis*

⁹⁹Adli kararlara karşı bir üst makama gidebilme, yani kazai kontrolü harekete geçirme hakkı, kişinin çok önemli bir ihtiyacı ve teminatıdır. Bir üst makamın denetimine bağlanmamış bir hak arama yolu teminatsız ve yetersizdir. Hukuk devletinde, hukuk ve hukuki barış adına yanlış kararların yerine, maddi ve hukuki bakımdan doğru kararların konulması için gereken tedbirlerin alınması zorunludur. Turhan Tufan Yüce, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları*, (Erzurum: Atatürk Üniversitesi Basımevi, 1968), s.69

¹⁰⁰ Schroeder, *Fair Trial*, s.12

¹⁰¹ İnceoğlu, *a.g.e.*, s.5-6

¹⁰² Schroeder, *Fair Trial*, s.12 vd.

mutandis olarak medeni uyuşmazlıklara ilişkin olarak da uygulanabilecektir.¹⁰³ Mahkeme içtihatlarında da bu yönde kararlar bulunmakta ve mahkeme medeni muhakemeye ilişkin uyuşmazlıklarda da 2. ve 3. fıkra düzenlemelerine atıfla karar verebilmektedir.¹⁰⁴

Schroeder, 6. maddenin 2. ve 3. fıkrasında yer alan hakların adil yargılanma kurumunun özünü, çekirdeğini oluşturduğu; 1. fıkranın ise kesin bir şekilde belirlenmiş bu alan dışındaki hususları kapsadığı kanaatindedir. Federal Alman Yargıtay'ı da, benzer bir mantıkla, AİHM'nin aksine, önce 6. maddenin 2. ve 3. fıkralarındaki hakların ihlal edilip edilmediğini denetlemekte; bunların ihlal edilmediğine kanaat getirdikten sonra 6. maddenin 1. fıkrasındaki genel adil yargılanma ilkesinin ihlal edilip edilmediğini incelemektedir.¹⁰⁵

3.3. Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı

Bu maddede belirtilen hak ve ilkeler madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere tüm cezai ve medeni muhakemeler bakımından geçerlidir. Ancak medeni ve cezai muhakeme tabirinden anlaşılması gereken, taraf ülkelerin iç hukuklarında söz konusu uyuşmazlığı hangi muhakeme dalına ait kabul ettikleri değil; bilakis AİHM'nin bu konuya ilişkin geliştirdiği kıstaslara göre uyuşmazlığın hangi muhakeme dalına ait olduğudur.¹⁰⁶ Bu itibarla bazı durumlarda bu hak ve ilkeler disiplin soruşturmaları bakımından da önem arz etmektedir. Şöyle ki, eğer disiplin soruşturması sonucunda faile önemli bir özgürlüğü bağlayıcı bir ceza veriliyorsa, iç hukukta bu faaliyetin idari bir soruşturma olarak nitelendirilmesine önem vermeyen AİHM, bu durumda da 6. maddenin gereklerinin bireye tanınması gerektiği kanaatindedir.

Mahkemeye göre, sözleşmeye taraf bir devlet, sözleşmeye uygun olmak kaydıyla dilediği fiili suç olarak düzenleyebilir. Taraf devletlerin kendi mevzuatlarında idari suçlar öngörmeleri de mümkündür. Ancak taraf devletlerden birisi, bir fiili,

¹⁰³ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.6

¹⁰⁴ Gölcüklü, **a.g.m.**, s.201

¹⁰⁵ Schroeder, **Fair Trial**, s.14

¹⁰⁶ Madde 6, gerek medeni hakların gerekse suç isnatlarının karara bağlanmasına uygulanır. Ancak burada her iki terimin de özerk bir anlamda ele alınması gerekir. Aksi takdirde, taraf devletler, anlaşmayı yerel sınıflama yoluyla rahatlıkla geriye götürebilirler. buda şüphesiz anlaşmanın getirdiği güvenceleri anlamsız kılacaktır. Leonard H. Leigh, "Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Anlaşması", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Ankara: Çev. Selman Dursun, Seçkin Yayınevi, 2004), s.337

AİHS'nin 6. maddesinde garanti altına alınan güvenceleri bertaraf etmek için idari suç olarak düzenlemişse, bu durum sözleşmenin ihlalidir. AİHM, bir isnadın ceza hukukuna ait bir suça ilişkin olup olmadığı konusunda tespit yaparken şu ölçütleri kullanmaktadır: * Suçu düzenleyen kuralların taraf devletin ceza hukukuna mı, disiplin hukukuna mı, yoksa her ikisine birden mi ait olduğu * Suçun niteliği * İlgili kişinin, soruşturma sonunda maruz kalma riski altında bulunduğu cezanın ağırlığı. AİHM, bu kıstasları göz önünde bulundurmak suretiyle yaptığı değerlendirme sonucu uyuşmazlığın cezai alana ilişkin olduğuna kanaat getirirse; iç hukukta uyuşmazlığın ne şekilde ele alındığına bakmaksızın, suç isnadına ilişkin bir uyuşmazlık olarak m.6'daki unsurlar bakımından bir hak ihlali olup olmadığını denetlemektedir.¹⁰⁷

6. maddenin uygulanmasında muhakemenin her aşaması değerlendirilmekle birlikte, muhakeme bir bütün olarak ele alınmaktadır. Bu itibarla maddede belirtilen hak ve ilkeler ilk derece mahkemelerinde gerçekleştirilen muhakemeler bakımından olduğu gibi, kanun yolu muhakemeleri için de geçerlidir. Şunu da belirtmek gerekir ki; muhakemenin bir bütün olarak algılanışının doğal sonucu olarak, muhakemenin belli bir aşamasında ihmal edilen güvence daha sonraki aşamalarda telafi edilmişse veya telafi edilme imkanı tanınmışsa sözleşmeye aykırılık söz konusu olmayabilecektir.¹⁰⁸

Ceza muhakemesi açısından 6. maddenin lafzına bakıldığı zaman, burada söz konusu olan hakların, sadece mahkeme önünde gerçekleştirilen muhakeme faaliyeti sırasında uygulanan, dolayısıyla sadece kovuşturma sırasında geçerli olan bir ilke olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Eğer AİHM de sadece maddenin lafzına bakarak hareket etmiş olsaydı, sanık hakları en fazla savcı ve kolluk tarafından yürütülen soruşturma sırasında ihlal edildiği için, güvencenin çok fazla bir anlamı kalmayacaktı. Çünkü duruşma alenidir ve aleniyetin getirdiği bir denetleme vardır. Ancak soruşturma evresi

¹⁰⁷ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHF*, C.48, S.1-4, s. 143 vd.;

Sözleşmenin yorumlanmasındaki en karmaşık sorunlardan birisi, 6. maddenin ceza davaları dışındaki davaları ne ölçüde kapsadığının tespitidir. "medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlık" kavramının yorumunda sözleşme organlarının ilk kararları bugünkünden oldukça farklıdır. Özellikle komisyonun ilk kararları bu kavramı oldukça dar yorumlamaktaydı. Bugün için de bu kavram mahkeme tarafından tam olarak tanımlanmamakta, ancak verilen kararlar kavramı belirli ölçüde netleştirmektedir. Bu kavramın özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkları kapsadığı konusunda bir tereddüt yoktur. Asıl önemli tartışma bu kavramı kapsamına birey-devlet uyuşmazlıklarının girip girmeyeceği konusundadır. Mahkeme özellikle son dönem verdiği kararlarla idare hukukuna ilişkin davaların önemli bir bölümünün maddede belirtilen güvencelerden faydalanacağı yönünde görüşünü açıklamıştır. Bu konuda yararlı bilgi için bkz. İnceoğlu, *a.g.e.*, s.12 vd.

¹⁰⁸ İnceoğlu, *a.g.e.*, s.6-7

bakımından aynı şeyler söylenemeyecektir. Bu nedenlerle AİHM verdiği çeşitli kararlarda, sözleşmede yer alan sanık kavramının iç hukuktaki anlamıyla değil, sözleşmenin bütünü açısından özerk bir kavram olarak yorumlanması ve anlaşılması gerektiğine dikkati çekmiştir.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Schroeder, **Fair Trial**, s.20

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİNDE DURUŞMAYA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

1. DURUŞMANIN TANIMI

Ceza muhakemesinde duruşma, mahkemenin delillerle, doğrudan doğruya temas edip maddi gerçeğe ulaşmaya çalıştığı en önemli devredir.¹¹⁰ CMK’da bu devre, *kovuşturma evresinin* düzenlendiği üçüncü kitabın, *kamu davasının yürütülmesi* başlıklı birinci kısmında, 182 ve 223. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Duruşmanın başlaması başlıklı 191. maddede, “*Sanığın ve müdafinin hazır bulunup bulunmadığı, çağrılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptanarak duruşmaya başlanır.* Sanık, duruşmaya bağısız olarak alınır. *Mahkeme başkanı veya hakim, duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını okuyarak açıklar*” denilmek suretiyle duruşmanın nasıl başlayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla duruşma, mahkeme başkanı veya hakimin iddianamenin kabulü kararını okuyup, duruşmayı açtığını söylemesi ile başlar.¹¹¹

Duruşmanın sona ermesi ve hüküm başlıklı 223. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde ise; “*Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir.*” denilmek suretiyle, mahkeme başkanı veya hakimin, hüküm verme aşamasına geçmeden önce duruşmanın bittiğini açıklamasıyla duruşma devresinin sona ereceği hükme bağlanmıştır. *Delillerin tartışılması* başlıklı 216. maddenin 3. fıkrasında ise “hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir.” denilmektedir.

Bu düzenlemeler ışığında duruşmaya ilişkin bir tanım vermek gerekirse; duruşma, *duruşma hazırlığı devresinde belirlenen günde, madde ve yer yönünden yetkili mahkemede, mahkeme başkanı veya hakimin iddianamenin kabulü kararını okuyup duruşmayı açtığını açıklamasıyla başlayan, delillerin ortaya koyulup tartışılması*

¹¹⁰ “Duruşma, tüm ceza yargılaması faaliyetinin temelini ve amacını oluşturur.” Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, (İstanbul: 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005), s.401

¹¹¹ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu’na göre, bu maddedeki ilk cümle, yani sanık, müdafii, tanık ve bilirkişilerin yoklamasının yapılması duruşma başladıktan sonra ilk yapılacak işlerdir. Bundan önce hakimin duruşmayı açtığını açıklaması gerekir. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.1183

*suretiyle maddi gerçeğin bulunmaya çalışıldığı ve son sözün sanığa verilip duruşmanın sona erdiğinin açıklanmasıyla biten ceza muhakemesinin en önemli devresidir.*¹¹²

Alman hukukunda ise duruşma kavramı (Hauptverhandlung), bizdekinden farklıdır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (Strafprozessordnung-StPO)¹¹³ *duruşmanın yürüyüşü* başlıklı 243. maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre, “*duruşma, davanın açıldığıın ilanı ile başlar.*”¹¹⁴ *Hüküm* başlıklı 260. maddenin ilk fıkrasına göre ise “*duruşma, müzakereyi takip eden hükmün ilanı ile sona erer.*”¹¹⁵ denilmektedir. Dolayısıyla Alman Ceza Muhakemesinde duruşma denilince hükmün verilisinin de içinde yer aldığı daha geniş bir süreç anlaşılmaktadır.¹¹⁶

2. DURUŞMANIN AMACI

Duruşmanın amacı belirlenirken, öncelikle ceza muhakemesinin amacının ortaya konularak, bu amaç doğrultusunda duruşma devresine nasıl bir fonksiyon yüklendiğinin tespit edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ceza muhakemesi hukuku, tıpkı diğer hukuk dalları gibi, bir ülkedeki anayasal düzeni ve genel politik durumu yansıtır. Bu muhakeme dalında birbiriyle uyuşması zor iki karşıt menfaatin çatışması söz konusudur. Bunlardan bir tanesi kişisel özgürlüğe ilişkin bireysel menfaat; diğeri ise kamunun genel güvenliğine ilişkin menfaattir.¹¹⁷

Bireylerin yaşamını ve toplu yaşamı bu kadar yakından ilgilendiren ceza muhakemesinde, yargılama makamı, önüne gelen uyuşmazlıkta iki temel sorunla karşılaşır. Bunlardan birincisi muhakemenin konusunu teşkil eden olayın nasıl

¹¹² Öztürk-Erdem ise duruşmayı şu şekilde tanımlamaktadır: “Duruşma hazırlığı devresinde saptanan günde, yetkili mahkemenin duruma salonunda tanık ve bilirkişi yoklaması ile başlayıp hükme iştirak edecek hakim veya hakimlerin huzuru, zabıt katibinin yerini alması, savcı ve kural olarak, sanığın ve müdafinin katılımıyla ara vermeksizin, halka açık ve sözlü olarak cereyan eden, delillerin ikame edilip tartışılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılan ve son sözün sanığa verilmesiyle sona eren, kovuşturma safhasının en önemli devresine duruşma denir.” Bahri Öztürk- Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006), s.652; Kanundaki açık ifadeye rağmen Yurtcan, duruşma devresini yargılama ve son karar devresi olarak ikiye ayırmakta; duruşmanın bitişini de son kararın bildirilmesine kadar genişletmektedir. Bkz. Yurtcan, **Yargılama Hukuku**, s.402

¹¹³ Strafprozessordnung'un 1994 yılındaki son halinin Türkçe çevirisi için bkz. Kayıhan İçel-Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, (İstanbul: Beta Yayınları, 1994), s.1256 vd.

¹¹⁴ **StPO-Strafprozessordnung**, (München: Beck Verlag, mit einer Einführung von Claus Roxin 2005), 39. Bası, s.96

¹¹⁵ **StPO-Strafprozessordnung**, s.101

¹¹⁶ Alman doktrininde bazı yazarlar duruşma kavramının içine duruşma hazırlığını da sokmaktadırlar. Volk, **a.g.e.**, s.168

¹¹⁷ Heinrich, **a.g.e.**, s.167

gerçekleştiğinin tespitine ilişkinen; ikincisi, söz konusu olaydaki uyuşmazlık konusu fiilin suç teşkil edip etmediğine, eğer ediyorsa da, fiille ihlal edilen normda öngörülen cezanın, failin kişiliğine uydurularak belirlenmesine ilişkindir. Yargılama makamının çözmesi gereken bu sorunlardan ilki maddi sorun, ikincisi ise hukuki sorun olarak isimlendirilir.¹¹⁸ Bu bağlamda maddi gerçek, geçmişte olup biten bir olayın, onu temsil eden vasıtalar, yani deliller aracılığıyla bugün ortaya konulmuş halini ifade eder.¹¹⁹

Modern ceza muhakemesinin en önemli kazanımlarından birisi, soruşturma ve kovuşturma makamlarının her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeği araştırmalarına izin verilmemesidir. Bu bağlamda ceza muhakemesi kuralları, muhakeme taraflarının menfaatleri arasında bir değerlendirme yapar ve anayasal ilkeler doğrultusunda, bir taraftan iddia makamına maddi gerçeği bulmak için gerekli imkanı tanıırken, diğer taraftan da sanığın minimum haklarını garanti altına alır.¹²⁰

Bu bağlamda ceza muhakemesinin temel amacı; “*muhakemeye katılan bireylerin haklarına zarar vermeksizin maddi gerçeği bulmak ve buna bağlı olarak cezai uyuşmazlığı çözmektir.*”¹²¹

¹¹⁸ Ceza muhakemesinde yargılama makamının önüne gelen uyuşmazlığın çözümünde, öncelikle sanığa isnat edilen fiilin suç olup olmadığını belirler. Fiil suç ise sanığın suçlu olup olmadığını, yani fiili onun gerçekleştirip gerçekleştirmediği, sanık suçlu ise onun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılacaksa da cezanın ne olacağını tespit edilir. Nevzat Toroslu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, (Ankara: Savaş Yayınevi, 2001), s.20

¹¹⁹ Bu şekilde tanımlandığında maddi gerçeğin iki temel unsuru olduğu ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, maddi gerçeğin geçmişte olup bitmiş bir olaya ilişkin olması; ikincisi ise, bu olayın oluş biçiminin delil vasıtalarıyla ortaya konulmasıdır. Bu unsurların açıklaması için bkz. Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Haziran 2006, s.96 vd.

¹²⁰ Heinrich, **a.g.m.**, s.167

¹²¹ Volk’a göre, ceza muhakemesinin üç önemli amacı vardır: Maddi gerçeği bulmak, adaleti sağlamak ve hukuki barışı korumak. *Maddi gerçeği bulmak*: Ceza muhakemesinde öncelikle maddi gerçek bulunmalı ve maddi ceza hukuku açısından önemli olan tüm hususların tek tek ispatına çalışılmalıdır. *Adaleti sağlamak*: Muhakeme sonunda adil bir kararın verilebilmesi, adil ve kurallara uygun bir yargılamanın yapılmasına bağlıdır. Maddi gerçeğin bedeli ne olursa olsun araştırılması ve ona ulaşmak için her yolun mubah sayılması kabul edilmez. Nitekim maddi gerçeğin aranması sırasında karşılaşılabilecek ve bir hukuk devleti tarafından korunması gereken bazı menfaatler vardır. *Hukuki barışı korumak*: Ceza muhakemesi, sosyal düzeni bozan bir takım sorunları gidermeye, ceza normlarının geçerliliğini korumaya ve bu yolla hukuki barışın sağlanmasına hizmet eder. Muhakeme sonunda verilen hüküm cezai sorunu halletmelidir. Ancak bir taraftan verilen bu kararın yeniden gözden geçirilmesinin mümkün kılınması gerekirken, diğer taraftan da bunun sonsuz bir şekilde sürüp gitmesine izin verilmemelidir. Daha henüz huzur ve barış sağlanamamış olsa da en azından sukunet sağlanmalıdır.

Hüküm bu üç unsuru ihtiva eder bir dengede olmalıdır. Bu dengenin sabit, stabil bir denge olmasındansa hareket halinde kararsız bir denge olması daha iyi sonuçlar verir. Bu nedenle bazen gerçeğin araştırılmasından, bazen hukuki barıştan bazen de adaletten ödün verilmesi gerekebilir. Örneğin uzlaşmanın kabul edildiği ve uzlaşma ile sonuçlandırılan cezai uyuşmazlıklarda gerek adli devlet organları gerekse uyuşmazlığın tarafları sonuçtan memnun kalırlar. Devlet organlarının işi azalır, taraflar menfaatlerini korudukları hissini yanında, uzunca muhakeme prosedüründen de kurtulmuş olurlar. Uzlaşma sonucunda hem adil hem de hukuki barışı koruyan bir sonuç ortaya çıkmış olur. Ancak burada

Duruşma devresinde, ceza muhakemesinde maddi ve hukuki olmak üzere karşılaşılan iki temel sorundan ilki olan maddi sorunun çözümü için gayret edilir. Bu bağlamda toplu mahkemelerdeki duruşmalarda temel amaç, hakimlerin, duruşma bittikten sonra, kendi aralarında olayı tartışabilecekleri bir fikir olgunluğuna getirilmesi şeklinde ortaya çıkar. Böylece duruşma devresinde kişisel kanaatleri oluşan hakimler, hüküm devresinde, bu kişisel kanaatlerini tartışarak ortak bir yargıya ulaşabileceklerdir.¹²²

Bu anlatılanlar ışığında *duruşma devresinin amacı, bireylerin haklarına saygılı olmak suretiyle, duruşmada ortaya konulan delillere bağlı olarak, maddi gerçeğin tespit edilmesi* olarak belirlenebilir.

Duruşmanın amacına ilişkin bu kısa önermemizden de anlaşılacağı üzere, ceza muhakemesi mutlak değil, bilakis maddi gerçeği bulmaya çalışır. Mutlak gerçek artık aksinin kabulü hiçbir şekilde mümkün olmayan, her türlü değişik ihtimalin bertaraf edildiği gerçektir. Kesin bilgiye ulaşılması, mutlak gerçeğin ortaya çıkartılması demektir. Geçmişte olup biten bir olay ya da olaylar bütünü, onun belli parçalarını temsil eden vasıtalar yani deliller aracılığıyla bugün ortaya koyulmuş haline, maddi gerçek denir. Maddi gerçeğin doğruluğundan bir başka deyişle mutlak gerçeğe uygunluğundan şüphe etmek için akla ve mantığa uygun bir gerekçe gösterilemez. Buna rağmen maddi gerçeğin mutlak gerçek olmama ihtimali vardır. En azından muhakeme sonunda bulunan maddi gerçeğin, mutlak gerçeğe uygun olup olmadığının kesinlikle

maddi gerçekten bir miktar feragat edilmiştir. Çünkü uzlaşma olmasaydı yargılama sonucunda nasıl bir durumla karşılaşılacağını önceden tahmin etmek tam olarak mümkün değildir. Ancak yinede tam olarak maddi gerçeğe uygun olmayan bu durumda, adalet ve hukuki barışın sağlanması önemli ve yeterli ölçüde sağlanmış olur. Benzer şekilde, muhakemenin yenilenmesinde, yenileme sebebi olarak aleyhe delilin kabul edilmemesi hukuki barışı korumaya yönelik bir düzenlemedir. Böylelikle muhakemenin belirsiz uzayıp gitmesi ve kesin hükümden sonra sanığın psikolojik olarak rahat etmesi sağlanmış olur. Ancak bu durumda maddi gerçeğe ilişkin olarak, ortaya çıkan aleyhe delille birlikte beliren şüphenin değerlendirmesi yapılmaz ve maddi gerçeğin farklı şekilde belirebilme ihtimali hukuki barış adına değerlendirme dışı bırakılır. Maddi gerçek, adalet ve hukuki barış hukuki şekle uygun bir muhakeme içinde dengelenmelidir. Yargılama bir süreçtir ve önceden belirlenen şekilde belirli kurallara göre ilerler. Muhakemenin böyle önceden belirlenmiş kurallara göre yapılması şekilcilik değil; bilakis hukuk devleti tarafından gözetilmesi gereken menfaatleri bir tür koruma mekanizması oluşturulmasıdır. Bu koruma mekanizması cezai takibatın hızını sıklıkla frenler, ancak bu frenleme hiçbir zaman takibatı durduracak derecede olmamalıdır. Çünkü aynı zamanda cezai korumanın etkinliği de hukuk devletine ait unsurlardan birisidir. Volk, **a.g.e.**, s.4 vd.; Roxin de benzer şekilde ceza muhakemesinin üç önemli amacı olduğunu kabul etmekte ve bu üç amacı da; maddi gerçeğe uygun, muhakeme kuralları doğrultusunda gerçekleştirilen bir muhakeme sonucunda, hukuki barışı sağlayan bir karar vermek olarak sıralandırmaktadır. Claus Roxin, **Strafverfahrensrecht**, (München: C.H. Beck, 1998), s.2 vd.

¹²² Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.503

bilinebilmesi mümkün değildir.¹²³ Çünkü maddi gerçek o konuda ulaşılabilecek en doğru bilgilere dayanmakla birlikte, tasavvur edilebilecek her türlü şüphe bertaraf edilmemiştir. Bertaraf edilen şüphe, gerekçeye dayanılarak ileri sürülmesi mümkün olan şüphedir.¹²⁴

Mahkeme duruşma devresinde cezai uyuşmazlığın maddi kısmını çözerken vicdani kanaatine göre karar verir. *Vicdani kanaat*; maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın, duruşma devresindeki muhakeme faaliyeti sonucunda, aklını rehber yaparak ve hukukun koyduğu usul ve esaslar içerisinde kalarak, maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheye yer vermeyen bir kanaattir.¹²⁵ Eğer yargıç cezai uyuşmazlığa konu olan olaya ilişkin olarak, gerekçeye dayanan şüpheyi yenmişse, vicdani kanaate ulaşmış ve dolayısıyla maddi gerçeği bulmuş demektir. Buna göre, sanık, uyuşmazlık konusu fiili gerçekleştirmiş ise o fiilin ceza kanununun hangi normunu ihlal ettiği yargılama makamı tarafından tespit edilir ve sanık o normda öngörülen ceza ile cezalandırılır. Eğer sanık uyuşmazlık konusu fiili işlememiş ise hakkında beraat kararı verilir. Ancak bazı durumlarda yargıçta, son soruşturma sırasında ikame edilen delillere bağlı olarak uyuşmazlık konusu fiilin nasıl gerçekleştiğine ilişkin bir vicdani kanaat oluşmaz. Bu durumda ceza muhakemesinde geçerli olan *şüpheden sanık yararlanır ilkesi* gereğince, sanık hakkında yine beraat kararı verilir.

Görüldüğü üzere vicdani kanaat maddi gerçeğin bulunması ve dolayısıyla cezai uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasındaki temel kıstastır. Yargılama makamı, ancak duruşma devresinde ortaya konulan (ikame edilen) delillerle temas ettikten sonra vicdani kanaate ulaşabilir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde sağlıklı bir son karar verilebilmesinin ön şartı, duruşma devresinin sağlıklı bir şekilde yapılmasıdır. Bu nedenle ceza muhakemesinde duruşma dışındaki diğer tüm safhaların amacı ya duruşma devresinin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesine hizmet etmek ya da mahkemenin duruşma devresinde ortaya konulan delillere bağlı olarak verdiği hükümdeki yanlışlıkları düzeltmektir. Örneğin soruşturma devresi ile duruşma hazırlığının amacı duruşmanın daha hızlı ve sağlıklı yapılmasını sağlamak için delilleri toplamak ve

¹²³ Maddi gerçeğe ilişkin karar her zaman hata yapma rizikosunu beraberinde taşır. Çünkü bu her şeyden önce mahkemenin yargılama sırasında ne kadar doğru bir yol izlediğine bağlıdır. Kurallara uygun ve adil bir yargılama kendi başına bir değerdir ve yargılama sırasında yargısal adaletin gerçekleşmesini sağlar. Volk, **a.g.e.**, s.6

¹²⁴ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), s.72-73

¹²⁵ Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.109; Karakehya, **Maddi Gerçek**, s.99

gerekli diğer işlemleri yapmakken; itiraz haricindeki tüm diğer kanun yollarının ortak amacı, duruşma devresinde elde edilen maddi gerçeğe bağlı olarak, verilen hükümdeki yanlışlıkların düzeltilmesine hizmet etmektir. Bu itibarla duruşma devresi ceza muhakemesinin özü olarak da nitelendirilmektedir.¹²⁶

3. DURUŞMA DEVRESİNİN SÜJELERİ

3.1. Genel Olarak

Ceza muhakemesinde süje, kendine özgü bir statüsü bulunan, muhakeme süresince tek başına işlemler yapıp taleplerde bulunan ve bu faaliyetleri ile muhakemeyi hareket halinde tutan kişilerdir.¹²⁷ Ceza muhakemesi, savcı, kolluk, sanık, müdafii, tanık, bilirkişi gibi birçok kişinin yazılı, sözlü veya hareket şeklindeki işlemlerinden meydana gelen faaliyetler zinciridir. Bu kişilerin hepsinin muhakemede belirli rolleri bulunmakla birlikte, bunlardan her birisi muhakeme süjesi olarak kabul edilemez. Nitekim bu kişilerden bazıları kendiliğinden bağımsız olarak muhakemede taleplerde bulunamamakta, işlem yapamamaktadırlar. Örneğin, kolluk, tanık ve bilirkişilerin kendiliklerinden bu tür faaliyetlerde bulunmaları ve dolayısıyla muhakeme süjesi sayılmaları mümkün değildir.¹²⁸

Ceza muhakemesinde süjelik makam veya şahıs itibarıyla olabilir. Bir süjenin hak ve yükümlülükleri, onun uyuşmazlıkla kişisel ilişkisi göz önünde bulundurulmaksızın düzenlenmişse makam itibarıyla süjelikten¹²⁹; yok eğer bu hak ve yükümlülükler bireyin uyuşmazlıkla kişisel ilişkileri göz önüne alınarak düzenlenmişse,

¹²⁶ Klaus Malek, **Verteidigung in der Hauptverhandlung**, (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1997), s.5

¹²⁷ Sanık, müdafii, savcı, mahkeme ve suçtan zarar gören muhakeme süjesi olarak adlandırılırlar; çünkü bunlardan her birisi bağımsız olarak (kendi başlarına) muhakemede bir takım haklara sahiptirler. Roxin, **a.g.e.**, s.114

¹²⁸ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.99; Tosun, Muhakemeye katılan kişileri üçlü bir sınıflamaya tabi tutmaktadır: birinci derece, ikinci derece ve yardımcı kişiler. Birinci derece kişiler muhakemenin başlamasını, durmasını, tekrar başlamasını, kısılmasını, uzamasını, başka bir muhakeme ile birleştirilmesini veya ayrılmasını, delillerin ortaya konulmasını doğrudan doğruya sağlayabilecek, hakim, savcı, sanık gibi kişilerdir. İkinci derece kişiler ise, sadece medeni bir çıkar uğruna muhakemeye katılan kimselerdir. Bunlara örnek olarak malen sorumlu verilebilir. Yardımcı kişilerin ise muhakemeye istekleri ile yön veremeyen, fakat ona fayda sağlayan, tanık, bilirkişi gibi kişiler olduğu kabul edilmiştir. Öztekin Tosun, **Suç Muhakemesi Hukuku**, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976), s.312 vd.

¹²⁹ “Makam itibarıyla süje, o makam adına hareket edebilir. Mesela *bakanlık* izin verir denmişse, bakanlık adına müsteşar da izin verebilir, yok *bakan* izin verir denmişse ve bundan makamın değil de belli bir süjenin izin vermesi istendiği anlaşılırsa, müsteşar bakan adına izin veremez. Buna karşılık, mesela karar düzeltme ve olağanüstü itiraz davalarını *başsavcı* açar denildiğinde, yetkinin şahsa değil, makama verildiği anlaşıldığından (şahsa verilmesi için hiçbir ciddi neden yok), yardımcılar da bu davaları açabilirler.” Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.56

bu durumda da şahıs itibarıyla süjelikten söz edilir. Bu bağlamda örneğin, hakim, savcı ve müdafî makam itibarıyla süje iken, sanık ve müdahil şahıs itibarıyla süjedirler.¹³⁰

Muhakemenin genelinde olduğu üzere, muhakemenin özünü teşkil eden duruşma aşaması da muhakeme süjelerinin yaptıkları işlemler ve faaliyetler sonucunda ilerlemektedir. Ayrıca duruşmanın adil yargılamanın gereklerine göre yapılabilmesi için süjelerin her birine önemli görevler düşmektedir. Aşağıda duruşma devresinde faaliyette bulunan bu süjeler genel olarak incelenecektir.

3.2. Hakim

3.2.1. Genel Olarak

Hakim, kolektif bir faaliyet olan ceza muhakemesinde, iddia ve savunma makamlarının yardımıyla, ortaya konulan delillere dayanarak uyuşmazlığı çözen¹³¹ ve bu özelliği nedeniyle muhakemenin taşıyıcısı olan kişidir.¹³² Hakim, diğer muhakeme süjelerine nazaran ceza muhakemesinde daha önemli bir yer işgal etmektedir. Nitekim sanık, müdafî, katılan ve katılan vekili, muhakemede kendilerine tahsis edilen rolleri sanık lehine veya aleyhine olmak üzere yerine getirmekle yetkilidirler. Cumhuriyet savcısı ise isnat ödevinin yanında sanığın lehine olan hususları da tespit ve toplamakla mükelleftir. Ancak o da bu mükellefiyetine rağmen, muhakemede çoğu kez sanık ve onun müdafininin karşısında yer alır. Oysa tüm bu sayılan muhakeme süjelerinin aksine hakim, ceza muhakemesinde tarafsız olmak zorundadır.¹³³ Bu itibarla yargılama makamını işgal eden kişi olarak hakim, duruşma devresinin en önemli süjesidir.¹³⁴

Her çeşit yargılama makamını işgal eden ve yargılama görevi yapan kişi hakimdir. Ancak bazı hallerde kanunların yargılama makamını işgal eden kişilerin

¹³⁰Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.99; Muhakeme sırasında kanun belirli kişilere belirli muhakeme rolleri tahsis eder. Her kim muhakemede kendine mahsus irade açıklamasıyla muhakemeye şekil vermek hakkına sahipse ya da bu zorunluluk altındaysa muhakeme süjesi olarak isimlendirilecektir. Bu kavram dar manada ele alınırsa, muhakemeye kendi irade açıklamalarıyla şekil vermeyen tanık, bilirkişi, tercüman gibi kimseler süje sayılmamaktadırlar. Hans-Heiner Kühne, **Strafprozessrecht**, (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999), s.38.

¹³¹ Tosun, **a.g.e.**, s.313; “*Hakim yargılama makamını işgal eden ve yargı erkini kullanan kişidir.*” Muharrem Özen, **Hakimin Cezai Sorumluluğu**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), s.55

¹³² Kühne, **a.g.e.**, s.41

¹³³ Kühne, **a.g.e.**, s.43

¹³⁴ Yargılama bakımından hakimin arzettiği bu öneme binaen, onun diğer kamu görevlilerinden farklı özelliklere sahip olması gerektiği savunulmuştur. Bu bağlamda hakimliği meslek memurluğu saymayan bir yaklaşım da söz konusudur. Hüküm veren makam olarak hakimin, ön yargılı olmaması, inatçılık etmemesi, erdemli ve karakterli olması, her türlü etkiden uzak kalacak bir kişiliğe sahip olması, fizik ve ruhsal rahatsızlığının olması, ayrıca da bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Özen, **a.g.e.**, s.61

hepsini hakim olarak adlandırmadıkları görülmektedir. Örneğin Danıştay'da yargılama görevini yerine getiren kişiler de hakim olmalarına rağmen bunlara *Danıştay üyesi* denilmektedir.¹³⁵

Hakimlerin çoğunluğu hakimliği meslek edinmiş kişilerdir. Ancak bazı mahkemelerde hakimliği meslek edinmemiş kişilere de hakimlik görevi verildiği görülmektedir. Örneğin ülkemizdeki askeri mahkemelerde, meslekten hakimlerin yanında meslekten olmayan subay üyeler de yer almaktadırlar. Yine anglo-sakson hukuk sistemlerinde, son karar sırasında sanığın suçluluğu ya da suçsuzluğu konusunda karar veren, yani maddi soruna ilişkin kararı belirleyen halktan jüriler vardır. Bu tür sistemlerde hakimin görevi, jürinin sanığı suçlu bulması halinde, verilecek cezayı tespitten ibarettir.¹³⁶

Bir kimsenin yargılama makamını işgal edebilmesi için üç önemli şart gereklidir: Atanma, göreve başlama ve ehliyet. İlk derece mahkeme hakimlerinin ne şekilde atanacağı Hakimler ve Savcılar Kanununda (HSK) düzenlenmiştir. Buna göre adaylığa atama adalet bakanlığı tarafından yapılırken; mesleğe kabullerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca (HSYK) karar verilir. Kanuna uygun olarak mesleğe kabul edilen hakimin yargılama görevini yerine getirebilmesi için, göreve başlamış ve görevden ayrılmamış olması gerekir.¹³⁷ İzin veya başka yere atanma nedeniyle görevinden ayrılmış olan hakim yargılama yapamaz. Ayrıca hakimin yargılama faaliyetini yapabilmesi için medeni hakları kullanma ehliyetine de sahip olması gerekir.¹³⁸

Hakim adil yargılanma hakkı bakımından büyük önem arzeder. Nitekim kişi hak ve hürriyetlerinin kısıtlanması bakımından verilecek her türlü karar, kural olarak bu makamın tekelindedir. Gecikmesinde tehlike bulunan hallerde her ne kadar başkaca makamların bazı kısıtlamalara karar vermesi mümkünse de, bu kararların sonradan muhakkak ilgili hakimin veya mahkemenin onayına sunulması gerekir. Dolayısıyla kişi hak ve hürriyetlerine yapılacak hukuk dışı müdahalelere ve bunlara ilişkin taleplere ilk elden engel olmakla görevli makam, uyuşmazlıkla ilgili hakim veya mahkemedir.

¹³⁵ Özen, **a.g.e.**, s.55

¹³⁶ Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.91 vd.

¹³⁷ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.302

¹³⁸ Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.94 vd.; Hakimlerin mesleğe girişleri, seçimleri ve atanmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özen, **a.g.e.**, s.56 vd.

Bunun dışında özellikle duruşma devresinde sanığın haklarına riayet edilmesi ve duruşmanın adil yargılamanın gerekleri doğrultusunda yürütülmesi de ancak yargılamayı yapan mahkemenin ve özellikle de mahkeme başkanının görevini en iyi şekilde yapmasıyla mümkün olabilecektir.

Bu şekilde önemli bir görevi yerine getiren kimsede mesleki bilginin yanında kişisel bir takım özelliklerin de bulunması gerekliliği farkedilmektedir. Bu bağlamda Mecelle’de hakimde bulunması gereken özelliklerin tek tek sayıldığı görülmektedir. Buna göre hakim; “hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn, metîn olmalıdır”. Yani, bilgin, zeki, doğru, güvenilir, temkinli ve dayanıklı olmalıdır.¹³⁹

3.2.2. Hakimlerin Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Hakimlik Teminatı

Hakimlerin yerine getirdikleri görevin önemine binaen Anayasada onlara bir takım teminatlar sağlanmış, bağımsızlıkları özel olarak düzenlenmiş ve tarafsızlıklarını sağlamak üzere CMK’da da birçok düzenlemeye yer verilmiştir.¹⁴⁰ Çalışmanın üçüncü bölümünde bu konulara ayrıntılı olarak yer verileceği için, burada değinilmemesi uygun görülmüştür.

3.3. Savcı

3.3.1. Genel Olarak

Soruşturma evresinin en önemli makamı olan savcılık, duruşma devresinde de iddia makamını işgal etmek suretiyle, çelişmeli muhakemede iddia görevini yerine getirir.¹⁴¹ Savcı bazı özel hukuk davalarına katılsa da¹⁴², onun asıl önemli görevi ceza

¹³⁹ Centel-Zafer, a.g.e., s.411

¹⁴⁰ Tarihi gelişim sürecinde yargı görevi, orta çağa kadar yürütme organının görevi arasında kabul edilmiş ve bu organ tarafından üstlenilmiştir. Yargı erkinin organik açıdan yürütme organından ayrılması, devlet işlerinin artmasıyla ortaya çıkan bir ihtiyaçtır. Bu bağlamda adli işler öylesine artmıştır ki, yürütme organı özel uyumsuzluklarla uğraşacak zaman bulamadığı için bunları kendi yerine karar verecek özel görevlilere devretmek zorunda kalmıştır. Zaman içerisinde fonksiyonel açıdan da yargı erkinin yürütme organından ayrılması gerekmiştir. Çünkü yargı erki yürütme organı ile birleştiği takdirde adaletin siyasete kurban gitmesi mümkündür. Bireyi sahip olduğu haklar açısından güvenliğe kavuşturmak için yalnız yargı erkinin yürütmeden ayrılması yeterli değildir. ayrıca kararlarını da bu organdan bağımsız olarak alması gerekir. Şeref Ünal, **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, (Ankara: TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 1994), s.1

¹⁴¹ “Savcılık, muhakeme görevinin bir çeşidi olan iddia görevini yerine getiren toplumsal iddia makamıdır.” Selahattin Keyman, **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970), s.54

¹⁴² Örneğin, başsavcının Nüfus Yasasına göre, yaş ve isim kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davaları açma görev ve yetkisi vardır. Centel-Zafer, a.g.e., s105

muhakemesine ilişkindir. Savcı, kanunda soruşturma evresini yönetmek ve gerekli araştırmaları yapmakla yetkili ve görevli kişi olarak belirlenmiştir. Bu itibarla savcılık soruşturma evresinin efendisi (*Herrin des Ermittlungsverfahrens*) olarak ifade edilebilir.¹⁴³ Soruşturma evresi bitip kovuşturma evresine geçildikten sonra iddia makamını işgal eder ve davanın görüldüğü duruşma evresinde sürekli olarak mahkemede hazır bulunur.¹⁴⁴

Savcılığın örgütlenmesi 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da (Adli Y. K.) düzenlenmiştir. Bu kanunun 17. maddesine göre, cumhuriyet başsavcılığı, *kanun hükümlerine göre, yargılama faaliyetini kamu adına izlemek, bunlara katılmakla* görevlidir.

Bir kimsenin savcılık görevini yapabilmesi için, hakimlerde olduğu gibi atama şartı, göreve başlama şartı ve ehliyet şartı aranır. Bu şartlar itibarıyla hakimlerle savcılar arasında esas itibarıyla bir fark bulunmamaktadır.¹⁴⁵

Savcılık örgütünün, ceza mahkemelerinin örgütlenmesine paralel olarak oluşturulması nedeniyle, savcılarının yer yönünden yetkisi, mahkemelerin yer yönünden yetkisine ilişkin kurallara göre düzenlenir.¹⁴⁶

Adli Y. K. m.16'ya göre; mahkeme kuruluşu bulunan her il merkezi ve ilçede o il ve ilçenin adı ile anılan bir Cumhuriyet başsavcılığı kurulur. Cumhuriyet başsavcılığında bir Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı bulunur. Gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararıyla bir veya birden fazla Cumhuriyet başsavcı vekili atanır.

Başsavcılık bir bütündür ve savcılarının yapmış olduğu her işlem başsavcılık adına yapılır. Savcılardan hiçbirisi suç oluşturan bir fiile ilişkin olarak tek yetkili değildir. Bir Cumhuriyet savcısının başladığı davayı başka bir Cumhuriyet savcısı devam ettirebilir. Asıl önemli olan duruşmada makamın, yani başsavcılığın temsili ve bu şekilde iddia makamının boş kalmamasıdır. Başsavcıya bağlı olan Cumhuriyet savcıları, onun

¹⁴³ Kühne **a.g.e.**, s.52; "CMK, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı'nı, bu evrenin gerçek anlamda idarecisi konumuna getirmeyi hedeflemiştir. Bu hedef doğrultusunda, Cumhuriyet Savcısı'nı pasifleştiren, soruşturmanın idaresinden uzaklaştıran hukuki sebepleri kendince belirlemiş ve bunları gidermek yolunda hükümler sevkettir." Metin Feyzioğlu, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler," **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 62, Ocak/Şubat 2006, s.28

¹⁴⁴ Hinrich Rüping, **Das Strafverfahren**, (München: Verlag Vahlen, 1997), s.21

¹⁴⁵ Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.111

¹⁴⁶ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.101

temsilcisi olarak faaliyet gösterirler. Duruşmalarda Cumhuriyet başsavcısı, onun görevlendireceği Cumhuriyet başsavcı vekili veya Cumhuriyet savcısı katılır. Gerekli durumlarda birden fazla Cumhuriyet savcısının da aynı duruşmaya katılması mümkündür.¹⁴⁷ Sulh ceza mahkemelerinde görev yapmak üzere Cumhuriyet savcısı görevlendirilmez (CMK m.188/2).

Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, CMK. m.160/2’de, yargılamada iddia makamını işgal eden Cumhuriyet savcısına, adil bir yargılamanın söz konusu olabilmesi için sanığın gerek lehine gerekse aleyhine olan delilleri toplama görevi verilmiştir. Dolayısıyla, kıta Avrupa’sı hukuk sistemine dahil diğer ülkelerde olduğu üzere, bizim hukuk sistemimiz bakımından da savcı, her ne kadar muhakemede bir taraf olsa da, soruşturma sırasında sanığın lehine olan delilleri de toplamakla yükümlüdür.

3.3.2. Savcının Hukuki Niteliği

Savcının hukuki statüsü, yürütme mi yoksa yargı organı mı olduğu noktasında oldukça tartışmalı bir konudur. Nitekim yaptığı iş hem idari hem de adli alana ilişkindir.¹⁴⁸ Savcının görevi, en genel anlamıyla, soruşturmayı yürütmek ve kovuşturma sırasında iddia makamını işgal etmektir. Dolayısıyla uyuşmazlığı yargılamak ve onu kesin hükümle sonuçlandırmak gibi bir faaliyeti olmadığı için yaptığı görev yargısal olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak gerçekleştirdiği faaliyetin adli konulara ilişkin olduğuna da şüphe yoktur. Nitekim muhakemenin iki temel aşamasından birisi olan soruşturmayı yürütmekte, kamu davasını açmakta, gerekli hallerde önödeme karar verebilmekte ve kanunyollarına başvurabilmektedir. Bu nedenle savcının faaliyet türünü *adli alana ilişkin idari bir faaliyet* olarak nitelendirmek kanaatimizce en doğru olanıdır.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.102; CMUK döneminde Cumhuriyet savcılarının duruşmadaki görev ve yetkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erhan Günay, **C. Savcıları ile Ceza Hakimlerinin Görev ve Yetkileri**, (Ankara: Adil Yayınevi, 1996), s.124 vd.

¹⁴⁸ Kühne, **a.g.e.**, s.54

¹⁴⁹ Savcının hukuki statüsünün ne olduğu tam olarak belirli olmayan bir konudur. Savcının işlemleri adli faaliyete hizmet etmekte iken, savcılığın kurumsal yapısı ise idari özellik göstermektedir. Demokratik ülkelerde egemenliğin üçüncü ayağını teşkil eden yargının organizasyonu ile karşılaştırıldığı zaman, savcılığın yapısının, yargısal sistemden çok, hiyerarşik bir yapılanma şeklinde idari sisteme benzediği görülmektedir. Alman doktrini ve uygulaması bakımından savcı hukuki statü olarak, idare ve adliye arasında yer alan, bağımsız bir organdır. Rüpring, **a.g.e.**, s.23; Savcının hukuki statüsüne ilişkin teoriler ve bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Keyman, **a.g.e.**, s.69 vd.

Savcının faaliyetinin temelde idari bir faaliyet olmasının yanında, diğer idari faaliyetlerden farklı olarak adli alana ilişkin bir idari faaliyet olması nedeniyle, bazı hallerde onun kararlarına karşı, adli yargı içerisinde yer alan bir yargılama makamına başvurulabilmesi kanunun değişik maddelerinde açıkça kabul edilmiştir. Kanunun açıkça belirlediği bu haller dışında idari bir makam olmasının sonucu olarak savcının kararlarına karşı, gerekli şartların varlığı halinde, idari yollara başvurulabilecektir.¹⁵⁰

Genelde hukuk doktrinde savcının adli alana ilişkin bir idari faaliyet yürüttüğü kabul edilmekte, ancak faaliyet alanının adli olmasının onun temelde *yürütme erkinin içerisinde idari bir makam* olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği hususunun üzerinde çok durulmamaktadır. Oysaki devletin üç temel erki vardır. Bunlar; yasama, yürütme ve yargıdır. Bunlar dışında ayrıca *adli erk* diye bir erk yoktur. Bu noktadan hareketle, savcının yasama görevi yapmadığı aşikardır. Herhangi bir hukuki uyumsuzluğu çözmediği için bir yargı makamı da değildir. Dolayısıyla onun devlet faaliyetleri içerisinde, kapsamında değerlendirilebileceği tek erk yürütmedir.¹⁵¹

İdari hiyerarşi içerisinde, üst amirlerinin savcıya faaliyet alanına ilişkin olarak emir verebilmesi de, onun idari bir makam oluşunun doğal sonucudur.¹⁵² Bu bağlamda CMUK'da yer alan Adalet Bakanının savcıya emir verebileceğine ilişkin düzenlemenin, CMK'da yer almaması, Savcının idari bir organ olmadığı sonucunu doğurmaz.¹⁵³ Bu bağlamda savcılık bağımsız bir makam değildir ve her savcıya hiyerarşik üstleri, faaliyet alanına ilişkin olarak emir verebilecektir.¹⁵⁴ Anayasamızda da mahkemelerin

¹⁵⁰ Paylaştığımız bu görüşün eleştirisi için bkz. Keyman, **a.g.e.**, s.69 vd.

¹⁵¹ Aynı yönde bkz. Hakan Hakeri-Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007) s.91

¹⁵² Savcılık kurumunun tarihi gelişimi için bkz. Keyman, **a.g.e.**, s.57 vd.; Alman Hukuku bakımından savcılık kurumunun, 1846 Prusya'sında hükümet menfaatlerini koruyan idari bir organ olarak ortaya çıkışı, gelişen süreçte özellikle Nazi Almanya'sında politik bir memur gibi kullanılması ve kurumun gelişimine ilişkin diğer uygulamalar bakımından bkz. Rüping, **a.g.e.**, s.21 vd.

¹⁵³ Centel-Zafer'e göre; savcı görevinin adli-idari olması nedeniyle Adalet Bakanından emir alır, ancak bakan kanunsuz emir veremez. Bununla birlikte CMUK'taki Adalet Bakanının savcıya dava açması yönünde emir verebileceğine ilişkin hükmün CMK'ya alınmaması nedeniyle, tarihsel gelişim dikkate alındığında, savcının Adalet Bakanından emir almaması gerektiğini kabul etmek gerekir. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.107 vd.

¹⁵⁴ Eğer savcının yaptığı idari faaliyetin adli alana ilişkin olması dolayısıyla, diğer idari faaliyetlerden farklı ele alınması gerektiği düşünülüyorsa, bu hususların kanunda ayrıca belirtilmesi gerekir. Bu itibarla diğer idari organlardan farklı olarak, ona tam veya sadece belirli makamlara karşı bir bağımsızlık tanınmak isteniyorsa, bu husus kanunda açıkça belirtilmelidir. Aksi takdirde temelde idari bir organ olan savcılık kurumunun da diğer idari organlar gibi hiyerarşiye tabi olacağı ve amirlerinden emir alacağı hukuki sonucuna varılacaktır.

bağımsızlığı düzenlenmiş (Any. m.138), savcılarının bağımsızlığına ilişkin herhangi bir hükme ise yer verilmemiştir.

3.3.3. Savcılık Teminatı

Her ne kadar mahkemelerin bağımsızlığının aksine, savcının bağımsızlığı bakımından Anayasa'da bir hüküm bulunmasa da; anayasa koyucu savcılarının idari görevlerinin adli alana ilişkin olması nedeniyle, onlara görevlerini daha rahat yapabilmelerine imkan tanımak istemiş ve hakimler için öngörülen teminatları savcılar açısından da kabul etmiştir (Any m.139).¹⁵⁵

Buna göre savcılar azlonulamazlar, kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye ayrılamazlar, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve özlük haklarından yoksun kılınamazlar.

3.3.4. Savcının Taraf Olup Olmadığı Sorunu

Savcı CMK'nın 160. maddesine göre, sadece sanığın aleyhine olan değil, lehine hususları da araştırmakla görevlidir. Ayrıca CMK'nın 260/3 maddesine göre de savcı sanığın lehine olarak da kanunyollarına başvurabilme hakkına sahiptir. Tüm bunlardan savcının bir taraf olmadığı, maddi gerçeğe ulaşmak için faaliyette bulunduğu düşünülebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, savcı tüm soruşturmayı tamamlayan ve elde ettiği delillere bağlı olarak kamu davasını açan kimsedir. O devletin adli alandaki ajanıdır ve onu temsil eder. Savcı gerek soruşturmayı yürütürken, gerekse kovuşturma sırasında devletin ajanı olarak iddia makamını teşkil eder. Dolayısıyla savcı, başsavcının talebi veya yazılı emir üzerine (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı bakımından) kendi iradesi dışında dava açtığı hallerde bile, devlet adına iddia makamını işgal etmektedir. Onun duruşma başladıktan sonra sanığın bağımsızlığını talep edebilmesi ve sanık lehine kanunyoluna başvurabilmesi makam olarak iddia makamını işgal etmesini ve devletin iddia görevini üstlenmiş ajanı olmasını etkilememektedir. Bu nedenle savcı muhakemede iddia görevini üstlenmiş bir taraftır.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Bu konuda bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.106 vd.

¹⁵⁶ Savcının taraf olup olmadığı konusundaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Keyman, **a.g.e.**, s.147 vd.

3.4. Sanık

3.4.1. Genel Olarak

Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiye sanık denir (CMK m.2/b).¹⁵⁷ CMK'nın açık düzenlemesine göre, soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiye ise "şüpheli" denilmektedir (CMK m.2/a). CMUK döneminde kanunda sanık ve şüpheli kavramları ayrı ayrı tanımlanmamıştı. Bu nedenle öğretide sanığa suç isnadı sayılan her türlü işlemle sanıklık sıfatının başlamış olacağı kabul edilmekteydi. Bu itibarla sanıklık sıfatı, örneğin, sanığın sulh yargıcınca sorguya çekilmesi veya hakkında bir tutuklama kararının verilmesiyle de soruşturma devresinde başlayabilirdi.¹⁵⁸ Yeni kanunda ise sanık-şüpheli ayrımı, yukarıda belirtildiği üzere kanunun 2. maddesinde net bir şekilde ortaya konulmuştur.¹⁵⁹

Sanık, kendisi hakkında gerçekleştirilen muhakemeye boyun eğmek ve gerektiğinde rızası hilafına olsa bile, tutuklama gibi kişisel özgürlüğüne, kan örneği verme gibi vücut bütünlüğüne karşı yapılacak müdahalelere katlanmak zorunda olması bakımından kamusal cebrin konusunu teşkil etmektedir.¹⁶⁰ Bu itibarla sanık, ceza muhakemesinin merkezi noktasında bulunan kişidir.¹⁶¹ Ayrıca birçok kez sanığın

¹⁵⁷ CMK'nın 2. maddesindeki tanımlamalardan anlaşıldığı üzere kanunkoyucu sanık kavramına bağlı olarak kovuşturma kavramını da geniş olarak ele almış; böylece sanıklık ile kovuşturma arasında da bir paralellik kurmaya çalışmıştır. Buna göre sanıklık statüsü devam ettiği sürece, yani hüküm kesinleşinceye kadar kovuşturma aşamasından söz edilecektir. Bu itibarla istinaf ve temyiz aşamaları da yeni kanuna göre kovuşturma kavramı içinde ele alınmaktadır. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), s.90

¹⁵⁸ Kunter-Yenisey, **a.g.e.**, s.366; Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.120

¹⁵⁹ CMK'da sanık-şüpheli ayrımının net bir şekilde ortaya konulması bu alanda var olan kavram kargaşasına son vermiştir. Bununla birlikte kanunun getirdiği yeni tanımın sanık kavramının kapsamını iyice daralttığı söylenebilir. Gerçekten özellikle öğretide sanıklık, kamu davasının açılması beklenmeksizin henüz soruşturma aşamasında şüpheli hakkında sorgu, ifade alma gibi ceza muhakemesi işlemlerinin yapılması ve koruma tedbirlerine maruz kalması hallerinde de sahip bulunması gereken bir sıfattı. Böylece sanıklık statüsü önceye alınmakla bu aşamada dahi sanık haklarına sahip olunması amaçlanmaktaydı. Yeni kanunun bu düzenlemesi karşısında soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan şüphelinin bazı haklara sahip olup olmadığı ve yine bu hakların içeriğinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. O halde ceza muhakemesi hukukumuzda şüpheli hakları kavramı tartışmaya açılmalıdır. Yasamızın bu düzenlemesi karşısında bugüne kadar sanık hakları olarak kabul edilen haklar bundan böyle şüpheli hakları olarak da kabul edilmelidir. Zira bireye yönelik hak ihlallerinin en yoğun olduğu ve bu anlamda temel hak ve özgürlüklerin en çok koruma altına alınmasını gerektiren dönem soruşturma evresidir. Veli Özer Özbek, **CMK İzmir Şerhi-Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), s.69

¹⁶⁰ Roxin, **a.g.e.**, s.117

¹⁶¹ Merkezi noktada bulunan süjeliği itibarıyla sanık muhakemede rol alan diğer kişilere nazaran daha fazla koruma altındadır. Örneğin bir tanığın istisnai haller dışında tanıklıktan çekinme hakkı yokken, sanık kendisiyle ilgili muhakemeye ilişkin olarak dilerse hiçbir beyanda bulunmayabilir. Medeni ve

kendisi de, örneğin aramanın konusunu teşkil ettiği durumlarda olduğu üzere, muhakeme bakımından bir delil teşkil etmektedir.¹⁶² Ancak onun bu delil olma hali, sanığın sadece bir muhakeme objesi olduğu anlamına gelmez. O muhakeme objesi olmaktan önce hak ve yükümlülükleri bulunan bir muhakeme süjesidir.¹⁶³

Sanık, müdafii ile birlikte muhakemenin savunma tarafını oluşturur. Muhakeme, sanığın işlediği düşünülen fiile bağlı olarak başlar. Bu itibarla sanık, muhakemenin başlama nedenini oluşturan temel süjedir. Sanık, müdafii ile birlikte muhakemenin savunma tarafını oluşturur. Sanığın kendisini bizzat savunmasına bireysel savunma, müdafii yardımından faydalanmak suretiyle savunmasına ise kolektif savunma denilmektedir. Bu itibarla sanık, bireysel savunma makamını oluşturur.¹⁶⁴

Sanıklık sıfatını alan bir kimsenin, muhakemenin konusunu oluşturan suç işlediğine dair duyulan şüphe, en azından kamu davasının açılmasına neden olacak oranda yeterli hale gelmiş demektir. Nitekim, CMK. m.170'e göre; soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler. Bu nedenle yeterli şüphe olmaksızın kamu davası açılması ve dolayısıyla sanıklık sıfatının kazanılması hukuken mümkün değildir.

Adil yargılanma hakkı, ceza muhakemesi açısından ele alınırsa, sanık için öngörülmüş bir haktır. Her ne kadar bu hakkın teminat altına alınmasında topluma ait büyük bir menfaat olsa da, bu hakkın varlığı ve güvencelenmiş olması en fazla sanık açısından önem ifade eder. O, adil yargılama ilkesiyle koruma altına alınması amaçlanan ve bu itibarla bu ilkenin merkezinde bulunan süjedir.¹⁶⁵

İçinde bulunduğumuz dönemde, insanın bu dünyada istediği gibi hareket edemeyeceği, çevresiyle ve diğer canlılarla uyum içerisinde yaşamak zorunda olduğu, hatta her canlının bir can taşıması nedeniyle değerli olduğu ve ona saygı gösterilmesi

Siyasal Haklar Sözleşmesinin 14. maddesinde de güvencelenen ve adil yargılamanın en önemli gereklerinden olan bu hak, sanığın hukuki statüsünü korumakta ve onun kişiliğinin cezai takibattan daha üstün tutulduğunun açık ifadesi oluşturmaktadır. Bu hakka göre, hiç kimse kendisi aleyhine yapılan cezai bir takibata yardımcı olmak zorunda değildir (*nemo tenetur se ipse accusare*). Kühne, **a.g.e.**, s.38 (Söz konusu hak ülkemiz açısından da 1982 Anayasasının 38. maddesinde güvence altına alınmıştır.)

¹⁶² Roxin, **a.g.e.**, s.117

¹⁶³ Kühne, **a.g.e.**, s.38

¹⁶⁴ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.125

¹⁶⁵ Önceki yıllarda yargıcın önüne bir suç işlemenin ezikliği ve utancı içinde çıkan ya da hakkını bir ölçüde aramaya çalışan sanık, adil yargılanma hakkının hukuk sistemlerinde yerini almasıyla birlikte, yargıyı sorgulayan, yargının işleyişi konusunda düşünceler ileri süren birey konumuna gelmiştir. Köksal Bayraktar, "Adil Yargılanma Hakkı", **Güncel Hukuk Dergisi**, S.4, Nisan 2004, s7

gerektiği düşüncesi giderek etkinlik kazanmaktadır. Sanık her şeyden önce bir insandır. Suç işleme şüphesi altında da olsa, en acımasız fiilleri işlemekle de suçlansa, insan olma vasfı nedeniyle ona saygı duyulmalı, sınır tanımayan muamelelere maruz kalmasına imkan tanınmamalıdır.¹⁶⁶

Söylediklerimizden sanığın baştan masum kabul edildiği sonucu da çıkarılmamalıdır. O ne masumdur ne de suçlu, suç işleme şüphesi altında bulunan bireydir. Bu itibarla elbette ki böyle bir şüphe altında bulunmayan kişilerle eşit muamele görmeyecektir. Örneğin gerektiğinde tutuklanacak gerektiğinde de mallarına el konulacaktır. Ancak bu tür uygulamaların hepsi onun onuruna ve temel haklarına saygı gösterilmesi temelinde oluşturulan belirli kurallara bağlanmalıdır.¹⁶⁷ Bir başka deyişle muhakemenin etkinliğinin bir gereği olarak, sanığın hakları kısıtlanırken, söz konusu uygulamalar mümkün olan en insani şekilde yapılmalı ve sanığın temel haklarına orantısız şekilde müdahale edilmemelidir. İşte sanığın insanlık onurunun ve temel haklarının korunması ile kastedilen budur. Yoksa ona hiçbir koruma tedbiri uygulanmasın, şüphe altında bulunmayan insan gibi normal yaşantısına devam etsin şeklinde bir iddia ileri sürülmemektedir. Zaten böyle bir düşüncenin kabulü halinde çoğu kez, delil toplamak, sanığı hakim önüne çıkarmak, dolayısıyla da bir muhakeme gerçekleştirmek mümkün olmayacaktır.

Ceza muhakemesi hukukunun gelişen sürecinde sanığın statüsü ve hukuki niteliği içinde bulunulan döneme göre farklılık arzemiştir. Özellikle tahkik sisteminin yoğun olarak etkin olduğu ortaçağ kıta Avrupa'sında, sanık muhakemenin başından itibaren suçlu olarak görülüyor, muhakemenin amacı da sanığa suçluluğunu kabul ettirmek olarak ortaya çıkıyordu. Bu nedenlere bağlı olarak insanlık yüzyıllarca, az veya çok bir şekilde suç işleme şüphesi altında bulunan masum kimselerin, hayatlarının akışını etkileyen gayri insani muamelelere maruz kalmasına şahitlik etti.

18. yüzyılda Montesquieu, Volter, Beccaria gibi düşünürler sayesinde, maddi ceza hukuku ile birlikte, ceza usul hukuku da değişim geçirmeye başladı.¹⁶⁸ İşkence

¹⁶⁶ Sanığa belirli haklar tanınması hususunda bilinen ilk hükümler 1215 tarihli Manga Carta'da yer almaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesinin yerleşmesinde etkin bir yeri olan Manga Carta'da, bir sistematik dahilinde olmasa bile insan haklarına ve bu arada sanığın haklarına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Donay, **a.g.e.**, s.1

¹⁶⁷ Kunter-Yenisey, **a.g.e.**, s.24; Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.7

¹⁶⁸ İtalya'da Beccaria, İngiltere'de ise Bentham, daha sonraları klasik okul olarak adlandırılan akım içerisinde, ceza hukuku alanındaki aydınlanmanın öncülüğünü etmişlerdir. Ertuğrul Uzun, "Doğuştan Suçlular", **Gün Işığı Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2003, s.19

kaldırıldı, engizisyon usulü giderek itibar kaybetti¹⁶⁹ ve ceza muhakemesi insan temelli bir hukuk dalı olma yönünde gelişim gösterdi.¹⁷⁰ Bu gelişmeler tabii ki en çok sanık statüsünde bulunanlara insanca muamele görme bağlamında faydalı oldu ve onların insanlık onurunun korunmasına hizmet etti. Bunun yanında, bu gelişmeler, sanık statüsünde bulunmayan insanlar üzerinde de, hayatlarını daha güvenli ve huzurlu yaşamalarına imkan tanımak suretiyle önemli bir etki yaptı. Bir Latin atasözünde de belirtildiği üzere “*hata insan içindir*”¹⁷¹ ve toplumdaki her insan potansiyel suçludur.¹⁷² Bir başka deyişle hiç kimsenin ileride suç işlemeyeceğine dair kesin bir güvencesi yoktur. Bu bağlamda toplumdaki her insan her an bir suç işleyebilir veya masum olsa bile adı bir şekilde suça ilişkin olaylara karışabilir. Bu durumda insanca muamele göreceğini bilmek insanları normal hayatlarında da tedirgin olmaktan kurtaracak ve her polis veya jandarma gördüklerinde insanların içleri ürpermeyecektir.

Ayrıca insani değerlere uygun bir muhakeme yapılması, sonuçta gerçek faillerin cezalandırılması bakımından hem toplum hem de suçtan zarar gören için büyük önem taşımaktadır. Çünkü muhakeme temel haklara saygılı ve adil bir şekilde yapılamazsa, birçok kez masumlar gördükleri gayri insani muameleler karşısında kendilerini gerektiği şekilde savunamayacak ve asıl faillerin yerine ceza göreceklerdir. Bu nedenle muhakeme esnasında sanık haklarına saygı gösterilmesi hem sanığın hem toplumun hem de suçtan zarar görenin menfaatinidir.¹⁷³

¹⁶⁹ 1808 tarihli Fransız Ceza Usul Kanunu (Code D'instruction Criminelle) aydınlanma çağının derin izlerini taşıyor ve bugünkü modern ceza usul hukukunun temellerini oluşturur. 1929 tarihli CMUK'un mehzazını oluşturan ve mevcut CMK ile büyük ölçüde örtüşen Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) da, Code D'instruction Criminelle'den önemli ölçüde etkilenmiştir. Turhan Tufan Yüce, **Türk ve Alman Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları**, (Ankara: Ötüken Yayınevi, 1967), s.16; Roxin, **a.g.e.**, s.115.

¹⁷⁰ Engizisyon muhakemesinin uygulandığı süreçte, sanığın muhakemede obje rolü devam etti ve kamusal cezai takibat karşısında sanık hep savunmasız kaldı. 19. yüzyıldaki liberal düşünce akımının etkisiyle, ceza muhakemesinde yapılan reform hareketleri sonucunda sanığın da her şeyden önce muhakemeye ilişkin haklarla donatılmış bir muhakeme süjesi olduğu kabul edilmiştir. Kühne, **a.g.e.**, s.38; Rüpring, **a.g.e.**, s.32 vd.; Roxin, **a.g.e.**, s.117

¹⁷¹ “Erare Humanum Est”, Yüce, **Kanuyolları**, s.1

¹⁷² Beulke, **a.g.e.**, s90

¹⁷³ Sanığa karşı gerçekleştirilen hukuk dışı uygulamaların başında işkence gelmektedir. İşkence her şeyden önce insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir yöntemdir. Öte yandan işkence ile sanıldığı aksine, her zaman doğrunun elde edildiği de söylenemez. Nitekim işkence ile elde edilen itiraf, çoğu defa işkenceden kurtulmak için gerçeğe aykırı olarak suçu kabullenmekten ibarettir. Son olarak belirtmek gerekir ki, işkenceyi hukuk devleti anlayışı ile bağdaştırmak da mümkün değildir. Zira hukuk devleti, her şeyden önce insan haklarına ve onuruna saygılı devlet demektir. Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.7 vd.

Sanık hakkında bu genel anlatım dışında daha fazla ayrıntıya girmemenin doğru olduğunu düşünüyoruz. Nitekim üçüncü bölümün tamamı, adil yargılanama hakkı kapsamında onun haklarının incelenmesine ayrılacaktır.

3.4.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sanık Kavramı

CMK'nın ikinci maddesinde, her ne kadar sanıklık sıfatının kazanılmasının kovuşturmanın başlaması, bir diğer deyişle iddianamenin kabulüyle birlikte söz konusu olacağı düzenmişse de; AİHM içtihatlarında, sanıklık kavramının, taraf devletlerin iç hukuklarından bağımsız bir kavram olduğu kabul edilmiştir.

Buna göre, bir kişi hakkında adli işlemlere başlandığı andan itibaren, bir isnat olsun veya olmasın, söz konusu kişi AİHS'de sanık için öngörülen haklardan faydalanabilecektir.¹⁷⁴ Bir başka deyişle, hakkında soruşturma açıldığı andan itibaren, sözleşmedeki haklardan faydalanabilme bakımından kişi sanık olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁵

Sanık kavramı mahkeme tarafından yorumlanırken, “yetkili bir makam tarafından sanığa yapılan ve suç işlediği konusunda itham içeren resmi bildirim veya açıklama” ölçütü kullanılmıştır. Ancak resmi makamlar 6. maddede teminat altına alınan hakların kullanılmasını geciktirmek amacıyla, sanığa bildirmeleri gereken suç isnadını ellerinden geldiği kadar erteleyebilirler. Bu nedenle bu ölçüt de eleştirilebilecektir. AİHM böyle uygulamalara imkan tanımamak için “suç isnadı niteliğini taşıyan ve suç işlediği tahmin edilen kişinin hukuki durumunu önemli ölçüde etkileyen her türlü bildirim” kriterini kabul etmiştir.¹⁷⁶

Bu itibarla sanık kavramının AİHM tarafından en geniş anlamıyla ele alındığı ve mahkemenin, bu şekilde sözleşmenin altıncı maddesindeki sanık haklarının uygulama alanını, mümkün olduğunca geniş tutmak eğiliminde olduğu görülmektedir.

Schroeder ise, söz konusu sanık haklarını ceza muhakemesinin en başından itibaren sanığa tanınmanın bazı hallerde onun aleyhine sonuçlar da doğurabileceğini, bu nedenle bu tür durumlarda özellikle isnattan haberdar edilme hakkının ceza muhakemesinin en başından sanığa tanınması gereken bir hak olarak ele alınmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre:

¹⁷⁴ König/Almanya; Başvuru no: 6232/73 Karar tarihi: 28.06.1978

¹⁷⁵ Wemhoff/Almanya; Başvuru no: 2122/64 Karar tarihi: 27.06.1968

¹⁷⁶ Schroeder, **Fair Trial**, s.20

Sözleşmenin 6. maddesinde tanınmış olan hakları, hiçbir ayırım yapmaksızın, ceza muhakemesinin başladığı ilk andan itibaren tanımak imkansızdır. Mesela, bazı hallerde araştırmaların bitmemiş olması nedeniyle, şüpheliden bazı bilgiler gizlenerek delilleri karartmasını veya kaçmasını önlemek zorunlu olabilir. İsnadı şüpheliye mümkün olduğu kadar erken bildirme mecburiyeti kaçma şüphesini doğurarak, aslında olayın özellikleri itibarı tutuklama kararı verilmesine gerek olmadığı halde, tutuklama kararı verilmesi mecburiyetini ortaya çıkarabilirdi.¹⁷⁷

3.5. Müdafî

3.5.1. Genel Olarak

Ceza muhakemesinde sanığın savunmasını yapan avukatına müdafî denilmektedir. Bir başka deyişle, ceza soruşturmasını yürüten resmi organlar önünde, sanığı fiili ve hukuki açıdan koruyan, ilgili hukuk normlarında öngörülen niteliklere sahip kişi müdafîdir.¹⁷⁸

Müdafîin duruşma sırasındaki temel amacı, ceza hukukuna veya diğer hukuk alanlarına ilişkin olarak sanık bakımından muhakemede ortaya çıkabilecek negatif etkileri mümkün olduğunca aza indirmek ve somut duruma göre gerçekçi bir şekilde, sanığa tanınan hakların kullanılmasına hizmet etmektir.¹⁷⁹

Müdafîden faydalanmak bakımından sanığın sahip olduğu hak da adil yargılanama hakkının en önemli gereklerindedir. Müdafîsiz gerçekleşen bir muhakeme çoğu zaman eksik bir muhakemedir. Çünkü sanık suç isnadının muhatabı olarak birçok davada psikolojik baskı altındadır¹⁸⁰ ve çoğu kez mahkemelerde uygulanan hukuktan da

¹⁷⁷ Schroeder, **Fair Trial**, s.24; Görüldüğü üzere şüpheli lehine bir durum oluşturmak için yapılacak uygulama bazı hallerde sanık aleyhine sonuçlarda doğurabilecektir. Nitekim ceza muhakemesinin tarihi gelişimi içinde de başlangıçta sanık lehine olarak getirilen düzenlemelerin, sonuçta sanığın tamamen aleyhine sonuçlar doğurması vakidir. Örneğin sanığın kolaylıkla mahkum edilmesini engellemeye yönelik olarak, kanuni delil sisteminin geçerli olduğu dönemlerde, bazı suçlar bakımından iki tanıkla ispat zorunluluğu getirilmişti. Ancak çoğu kez iki tanık bulmak mümkün olmadığından bu kural sanığa işkence yapılması ve bu surette ona suçun zorla kabul ettirilmesi şeklindeki uygulamalara yol açmıştır. Bu dönemdeki iki tanıkla ispat zorunluluğuna ilişkin olarak bkz. Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.44

¹⁷⁸ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.150; Müdafîliğin tarihsel gelişimi hakkında bkz. Nur Başar Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1984), s.21 vd.

¹⁷⁹ Malek, **a.g.e.**, s.18; Savunma, sanığı, suçlamadan ve bunun yasal sonuçlarından olabildiğince kurtarma çabasıdır. Bu çalışmanın amacı maddi gerçeği ortaya çıkartmaktır. Nitekim söz ve mantık oyunları veya bir takım gerçekleri saptırarak ve çarpıtarak sanığı kurtarma çabası, savunma değildir. Böyle olmadığı içindir ki, kültür düzeyi düşük bazı çevrelerde savunma için kullanılan *kanun cambazlığı* veya *tezvir* (yalan karıştırma, hile kullanma) gibi nitelermeler haksız birer aşağılamadır. Centel, **Müdafî**, s.7

¹⁸⁰ Beulke, **a.g.e.**, s.89

haberdar olmadığı için gerektiği şekilde savunmasını yapamaz.¹⁸¹ Bu itibarla muhakemenin adil bir şekilde gerçekleşebilmesi çoğu kez sanığın bir müdafinin yardımından faydalanması suretiyle mümkün olabilecektir. Bir Alman atasözünde de belirtildiği üzere “kendi kendini savunanın, birisi avukat diğeri müvekkil olmak üzere iki soytarısı vardır.”¹⁸²

Yukarıda da belirtildiği üzere Cumhuriyet savcısı, sanığın aleyhine olan hususların yanında lehine olan hususları da araştırmakla görevlidir. Bu itibarla ilk bakışta müdafinin yokluğu, sanık açısından çok büyük bir kayıp gibi görünmeyebilir. Ancak savcı aynı zamanda iddia makamı olması sebebiyle zor bir durumdadır. Muhakemedeki bu taraf pozisyonu nedeniyle ondan bir müdafii gibi davranması da elbette beklenemeyecektir.¹⁸³ Bu itibarla savcıya böyle bir görev verilmiş olması; müdafinin savunma bakımından arzettiği önemi ortadan kaldırmamaktadır.

Savcı her ne kadar maddi adaletin ortaya çıkmasına hizmet etmek ve buna göre sanığın haklı çıkarlarını korumak yükümlülüğü altında olsa da, tecrübe, davacı rolü ile müdafii rolünü bağdaştırmanın ne kadar çetin bir sorun olduğunu göstermektedir. İddiada bulunmak ve savunmak, kavram olarak, birbirine karşıt fonksiyonlardır. Her ikisini birden başarabilecek ideal bir insan henüz doğmamıştır. Böyle bir insan bulunsaydı, yalnızca müdafii değil, yargıç da gereksiz olurdu... suçluya veya öyle sanılan kişiye karşı hüküm aşamasına değin soruşturmayı yürütmüş olan kimse (savcı), kendini, suçtan doğrudan veya dolaylı zarar görmüş devletin vekili sayar ve sanıkta, suçu ispatlanmış faili görme eğilimine kapılır; sorumluluğunu taşıdığı davanın başarısızlığını, kural olarak, kendi başarısızlığı olarak kabul eder.¹⁸⁴

3.5.2. Müdafinin Hukuki Statüsü

3.5.2.1. Genel Olarak

Müdafinin hukuki statüsünün ne olduğuna ilişkin birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre müdafii sanığın temsilcisi iken, bir başka görüşe göre adli bir organdır. Diğer bir görüş ise müdafii sanığın yardımcısı olarak kabul eder. Bu görüşler arasındaki sadece bir terim farklılığına dayanan bir ayrım yoktur; bilakis kabul

¹⁸¹ Ceza muhakemesinde kitaplardaki hukukla pratikteki hukuk arasında da önemli bir farkın olduğu, bu farklılığın normların uygulanmasındaki eksiklikten değil; bilakis gayri resmi muhakeme kurallarından dolayı ortaya çıktığı, bunları sanığın bilmesinin ise mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Volk, **a.g.e.**, s.95

¹⁸² “Wer sich selbst verteidigt, hat einen Narren als Anwalt und einen Narren als Mandenten” Volk, **a.g.e.**, s.95

¹⁸³ Ranft, **a.g.e.**, s.89

¹⁸⁴ Centel, **Müdafii**, s.8

edilen görüşe göre müdafinin yetkileri, sanık karşısındaki durumu, muhakeme sırasında sahip olacağı yetkiler değişiklik arz etmektedir.¹⁸⁵ Bu nedenle bu teoriler burada kısaca yer vermeyi uygun buluyoruz.¹⁸⁶

3.5.2.2. Organ Teorisi

Bu görüşe göre müdafî, her şeyden önce hukuk devleti ilkesini garanti altına alan bir adli organdır. Çünkü en azından ağır ceza gerektiren davalarda müdafîin katılımı olmaksızın hukuk devleti ilkesine uygun bir yargılama yapılamayacağı ileri sürülmektedir.¹⁸⁷ Müdafîin sanığın haklarını korumaya yönelik görevi, aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği şekilde bir muhakemenin gerçekleşmesine yardımcı olmak suretiyle, kamusal menfaate de hizmet etmektedir. Müdafî, sadece görünüş olarak tamamen devletin menfaatlerine karşı hareket etmektedir. Gerçekte ise o, sanığa destek vermekle silahların eşitliği ilkesinin gerçekleşmesini sağlamış ve böylelikle toplumsal menfaate de hizmet etmiş olur. Çünkü demokratik bir toplumun bireyleri aynı zamanda birer potansiyel suçlu olarak adil bir muhakemenin garanti edilmiş olduğunu bilmek isterler.¹⁸⁸ Bu bağlamda organ teorisi, müdafîin, savcı ve hakimle aynı statüde bir adli organ olduğunu kabul eder.

Ayrıca bu görüşte, müdafîin hukuki statüsünün de sanığınkinden tamamen ayrı olduğu kabul edilir.¹⁸⁹ Bu nedenle avukat olan birisi kendi kendisini müdafî olarak

¹⁸⁵ Hamide Zafer, **Faile Yardım Suçu ve Müdafîin Bu Suçtan Sorumluluğu**, (İstanbul: Beta Yayınevi, İstanbul 2004), 295

¹⁸⁶ Müdafîin hukuki statüsüne ilişkin teoriler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, **Müdafî**, s.40 vd.; Zafer, **a.g.e.**, s.296 vd.

¹⁸⁷ Beulke, **a.g.e.**, s.89 vd.

¹⁸⁸ Beulke, **a.g.e.**, s. 90

¹⁸⁹ Seçilmiş müdafî ile sanık arasındaki hukuki bağ, konusu, bir hizmetin ifasına dayanan bir özel hukuk sözleşmesiyle kurulur. Bu hukuki bağa ve sanık tarafından sözleşme gereğince yapılan ödemeye rağmen, müdafî sanıktan bağımsızdır. Beulke, **a.g.e.**, s. 92 vd.

“Müdafî her zaman sanığın temsilcisi, hatta yardımcısı da değildir. Bağımsız bir durumu vardır. Müdafîlik ayrı yetkileri ve ayrı ödevleri olan bir makamdır. Sanık ile müdafî arasındaki ilişkinin iki yönü vardır. Birincisi bu ikisi arasındaki özel hukuk bakımından ilişkidir. Ferdi müdafaa göz önünde tutulursa vekalet, toplumsal müdafaa göz önünde tutulursa hizmet söz konusudur. Gerçekten kamusal müdafaa yapan müdafî müdafaaayı serbestçe düzenlemeli, talimat ile bağlanmamalıdır. Bu ilişkinin bir de kamu hukukundan olan ceza muhakemesi hukuku bakımından bir yönü vardır ki, burada, müdafîin ceza muhakemesinde müdafaa görevini ifa ederken sanığın iradesi ile bağlı olup olmadığı, yetki ve ödevlerinin neler olacağı meseleleri söz konusudur. Bu ilişki kanaatimizce, özel hukuk kurumları ile açıklanamaz. Ceza muhakemesinde müdafî yerine vekil denilmesi sadece terim hatası olarak kalmamakta, mesela tebligat bakımından hatalı sonuçlar doğurmaktadır.” Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.221

savunamaz ve buna bağılı olarak kendisinin sanık olduğu bir davada sadece müdafie tanınan hakları kullanamaz.¹⁹⁰

Alman doktrininde baskın görüş de, burada anlatıldığı üzere, müdafii adli bir organ olduğu şeklidir. Alman Avukatlık Kanunu (Bundesrechtsanwaltschaftsordnung-BRAO) m.1’de de, müdafii *adli bir organ* (Organ der Rechtspflege) olduğu hükmüne bağlanmıştır.¹⁹¹

3.5.2.3. Menfaat Temsili (Sözleşme) Teorisi

Bu görüşe göre müdafii, sanığın vekilidir. Bu itibarla müdafii yaptığı işlemler, sanığın işlemleri olarak geçerlidir.¹⁹² Bu teoride müdafii adli organ olma özelliği tamamen bir kenara bırakılır ve o, saf bir taraf menfaati temsilcisi (Parteiinteressenvertreter) olarak kabul edilir.¹⁹³ Maddi olarak ele alındığında, savunma muhakemeden doğrudan etkilenen olarak sanığın kararlarına bağılı olarak oluşturulur ve o menfaatlerini bağımsız olarak belirler. Müdafii ise ona sadece yardımcı olmaktadır.¹⁹⁴ Bir başka deyişle müdafii, bağımsız bir organ değil, sanığın direktifleri ile bağılı bir yardımcıdır.¹⁹⁵

Bu teoride savunmanın amacı hukuk devletine uygun bir muhakeme gerçekleşmesine hizmet etmek değil, bilakis sanığın eksikliklerini kapatmaktır. Bu doğrultuda, sanığın menfaatlerinin koruyucusu ve temsilcisi olarak müdafii, tıpkı temsil ettiği sanık gibi muhakeme sırasında yalan söyleyebilmesi de bu görüşe çok uzak bir düşünce değildir.¹⁹⁶

3.5.2.4. Sınırlandırılmış Organ Teorisi

Bu görüş organ teorisi temeline dayanmakla birlikte, bazı durumlarda savunmanın etkinliği adına müdafii adli bir organ gibi hareket etmemesi gerektiğini savunur. Buna göre, savunma adına müdafii, yalan söylemesi, belgeleri değiştirmesi ve

¹⁹⁰ Volk, **a.g.e.**, s.103

¹⁹¹ Kühne, **a.g.e.**, s.76; Volk, **a.g.e.**, s.102; Ranft, **a.g.e.**, s.91; Beulke, **a.g.e.**, s.89; bununla birlikte StPO’nun 137. maddesinde müdafii sanığın yardımcısı olduğu sonucuna ulaşılacak bir düzenleme de bulunmaktadır. Ranft, **a.g.e.**, s.91

¹⁹² Centel / Zafer, **a.g.e.**, s.141

¹⁹³ Volk, **a.g.e.**, s.103

¹⁹⁴ Beulke, **a.g.e.**, s.91

¹⁹⁵ Volk, **a.g.e.**, s.103

¹⁹⁶ Volk, **a.g.e.**, s.103

hepsinden önce sanığın haksız yere cezasız kalmasına neden olması yasaktır. Eğer gerçeğe aykırı iddialarda bulunursa, yalnız ya da müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.¹⁹⁷

Bu teoride, müdafiden öncelikle kovuşturma organlarına karşı mümkün olduğunca etkili ve yoğun bir savunma beklenir. Ancak bunu yaparken hukuk düzenince kendisine tanınan hakları da kötüye kullanmamalıdır. Ayrıca müdafii hiçbir şekilde yalan da söyleyemeyecektir.¹⁹⁸ Bunlar dışında bu teori bakımından, mahkemeye ilişkin bir yükümlülüğün tamamen müdafii üzerine yüklenmesi de kabul edilemez. Örneğin, soruşturma sırasında hukuka aykırı yolla delil elde edilmişse, mahkeme değerlendirme yasağını müdafii bunu ileri sürmese de gözetmelidir. Sırf müdafii ileri sürmedi diye bu husus göz ardı edilemez. Ayrıca sanığın hakları müdafii var diye de kısıtlanamaz. Örneğin, sanık, duruşma sırasında delil ikamesine veya kovuşturmanın genişletilmesi talebine ilişkin hakkını kötüye kullandı diye, bundan sonra delil ikamesinin veya kovuşturmanın genişletilmesi talebini sadece müdafii üzerinden kullanabilir diye bir karar verilemez.¹⁹⁹ Ayrıca müdafii hiçbir zaman muhakemenin diğer taraflarını, bilgilendirme yükümlülüğü altına sokulamaz.²⁰⁰

3.5.2.5. Teorilerin Değerlendirilmesi

Kanaatimizce müdafii sadece bir adli organ ya da sanığın temsilcisi olarak görmek uygun değildir. Çünkü birinci kabule bağlı olarak, adli organ olmanın verdiği yükümlülükle müdafii, maddi gerçeğin bulunması adına müvekkilinin aleyhine hareket etme durumunda kalabilecektir. Bu ise savunmanın etkinliğini bozacak, müdafii-sanık arasındaki güven duygusunun sarsılması nedeniyle, sanığın bir türlü müdafiiine güvenememesi sonucunu doğuracaktır. İkinci kabul halinde ise, temsil sözleşmesini doğal sonucu olarak, asilin yapmaya yetkili olduğu her şeyi, vekilin yapması da mümkün olduğundan, müdafiiin sanık gibi yalan söylemesi, duruşmayı uzatmak adına hileli yollara başvurması olağan karşılanacak ve bu hallerde müdafiiin cezalandırılması

¹⁹⁷ Eğer müdafii kendisi yalan söylemez; ancak yalan söyleyen (ve bu bağlamda cezai sorumluluğu bulunmayan) sanığın yalanına iştirak ederse, bu durumda ne olacağının bu teori bakımından hala net olmadığını ileri sürülmektedir. Volk, **a.g.e.**, s.104

¹⁹⁸ Beulke, **a.g.e.**, s.90

¹⁹⁹ Beulke, **a.g.e.**, s.90 vd.

²⁰⁰ Müdafiiin, yeni atanan bir müdafii bilgilendirme yükünün olup olmadığı ise bu teori bakımından tartışmalıdır. Bkz. Beulke, **a.g.e.**, s.91(dipnot 14)

mümkün olmayacaktır. Ayrıca bu teori gereğince müdafî sanığa tamamen bağlı bir yardımcı konumuna gelecek, sanık lehine ondan bağımsız hareket edemeyecektir.

Bu nedenlerle biz sınırlandırılmış organ teorisinin kabulünün daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu itibarla, müdafî, hiçbir şekilde sanığın aleyhine hareket edemeyen bir adli organdır.²⁰¹ Adli organ olmanın gereği olarak yalan söyleyemez, sanığın lehine olsa bile hileli yollara başvuramaz. Sanığın aleyhine hareket edememesi nedeniyle, ondan öğrendiği ve onun aleyhine olan hususları mahkemede açıklayamaz. Bu şekilde öğrendiği bilgiler dolayısıyla onun aleyhine tanıklık edemez. Müvekkilinin aleyhine olan hususlarda yalan söyleyemeyeceği gibi, doğruyu söylemeye de zorlanamaz. Bu durumda müdafîin sessiz kalma hakkı, onun görevini gereği gibi yapabilmesinin en öncelikli şartlarından biridir.

3.6. Sanık Yardımcıları

Ceza muhakemesinde sanık yardımcıları, genel olarak müdafîin sahip olduğu haklara sahip olmaksızın sanığı koruyan kimselerdir.²⁰² CMK'da sanığın eşi ve kanuni temsilcisinden ibaret olarak belirlenen bu kişiler, gerek soruşturma evresinde gerekse kovuşturmada, her hangi bir organ ve süjeye bağlı olmaksızın sanık lehine bir takım taleplerde bulunma hakkına sahiptirler.

Bu kişilere tanınan hak ve yetkiler sanık ve müdafîe tanınanlar kadar geniş değildir. Ancak tanınan yetkilerin geniş olmaması onların süje sayılmalarını engellemez. Nitekim süje sayılmak bakımından asıl önemli husus, muhakemeye ilişkin bir takım işlemler yapıp taleplerde bulunan kişinin herhangi bir kişi veya organa bağlı olmaması ve bu faaliyetleri ile muhakemenin ilerleyişine katkıda bulunmasıdır. Bu itibarla herhangi bir kişi veya organa bağlı olmaksızın, bir takım taleplerde bulunmak suretiyle muhakemeye etki edip, onu ilerletebilmeleri nedeniyle bu kişilerin de, savunma tarafında yer alan birer muhakeme süjesi olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.²⁰³

²⁰¹ Centel-Zafer, müdafîin, sanığın yardımcısı olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindedirler. Bu görüşün gerekçesi için bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.155

²⁰² Kühne, **a.g.e.**, s.104

²⁰³ Sanık ve müdafî dışında çok geniş yetkiler tanınmamakla birlikte, bazı işlemleri bağımsız olarak yapabilme hakkı, sanığın yasal temsilcisi ve eşine de tanınmıştır. Bu itibarla en doğru haliyle savunma makamının sanık, müdafî, sanığın eşi ve yasal temsilcisinden oluştuğu kabul edilmelidir. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.125

Bu kişilerin de çelişmeli muhakemenin tam olarak ortaya çıkabilmesi bakımından etkili oldukları açıktır. Nitekim bu kişiler de kanunun kendilerine tanıdığı hak ve yetkiler oranında savunmaya yardımcı olmakta, çelişmeli muhakemenin savunma kısmının faaliyetini tam olarak yapmasına hizmet etmektedirler.

3.7. Katılan

Ceza muhakemesinde, işlenen her suçtan devletin ve toplumun zarar gördüğünün kabulüne bağlı olarak, işlenen her suçun kamu adına savcı tarafından takip edilmesi genel kuralı oluşturur. Ancak birçok cezai fiilde bir de suçun etkilerini doğrudan doğruya üzerinde hisseden vardır. Kanun suçtan bu şekilde etkilenen kimsenin de savcının yanında muhakemeye katılmasını ve onunla birlikte iddia görevini üstlenmesini kabul etmiştir.²⁰⁴

Katılan savcının yanında iddia makamını işgal etmekle birlikte, savcıdan bağımsız bir süjedir. Bir başka deyişle, kanunda kendisine tanınan yetkileri savcıdan bağımsız olarak kullanır. Katılan, isminden de anlaşılacağı üzere, açılmış olan bir davaya katılan kişidir. Bu itibarla katılmanın söz konusu olabilmesi için muhakkak açılmış bir davaya ihtiyaç vardır. Katılan her ne kadar savcıdan bağımsız olsa da kovuşturma devresini başlatamaz.²⁰⁵

Hukukumuzda herhangi bir sınırlama getirilmeksizin tüm suçlar bakımından katılma kabul edilmiştir. Alman sisteminde ise mağdurun davaya katılması sadece belirli suçlar bakımından kabul edilmiştir.²⁰⁶

1412 sayılı CMUK döneminde, kanunun 365. maddesinde, *suçtan zarar gören şahsın* kamu davasına müdahale edebileceği düzenlenmişti. Bu itibarla suçtan zarar gören ifadesinden suçtan doğrudan zarar görenlerin mi; yoksa doğrudan zarar görenlerle birlikte dolaylı zarar görenlerin de mi anlaşılacağı hususu doktrinde tartışmalıydı.²⁰⁷

²⁰⁴ Kamu davasına müdahalenin tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sami Onursal, **Kamu Davasına Müdahale**, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968), s.4 vd.

²⁰⁵ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.647; “Müdahale bütün nevilerinde açılmış olan bir kamu davasına katılma şeklinde görülür. Katılma, müdahalenin, birinci derecede olan bir şeyin yanında ikinci derecede kaldığını gösterir. Netice olarak ikinci derece bir taraf temsilcisi birinci derecedekine, yani savcıya katılmaktadır.” Onursal, **a.g.e.**, s.18

²⁰⁶ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.647

²⁰⁷ Özbek, **a.g.e.**, s.905

Yargıtay ise, kamu davasına müdahale bakımından suçtan zarar gören ifadesinden suçtan doğrudan zarar görenin anlaşılması gerektiği görüşündeydi.²⁰⁸

Ancak 5271 sayılı CMK'nın müdahaleyi düzenleyen 237. maddesinde ise, *mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanların* kamu davasına katılabilecekleri hükme bağlanmıştır. Mağdur suçtan doğrudan doğruya etkilen kişiyi ifade ettiğine göre²⁰⁹, bunun yanında ayrıca suçtan zarar gören ibaresinin yer alması, kanun koyucunun, CMK bakımından suçtan dolaylı zarar görenlerin de kamu davasına müdahalesini kabul ettiği sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Ancak kamu davasına müdahale bakımından suçtan dolaylı zarar gören kavramını çok geniş tutmanın da bir takım sakıncalar doğuracağı açıktır. Nitekim böyle bir kabul halinde, suçtan bir şekilde etkilenen tüm kimselerin kamu davasına müdahale etmesinin yolu açılmış olur ki, bu da muhakemenin etkin ve çabuk bir şekilde gerçekleştirilmesini çoğu kez olumsuz etkileyecektir. Bu itibarla burada suçtan dolaylı zarar görme kavramını, sadece mağdurun işlenen fiile bağlı olarak hayatını kaybetmesi veya suçun mağdurunun yaşının çok küçük olması ya da akli bir maluliyetinin bulunması hallerine münhasır olarak, birinci ve ikinci derece akrabalarla sınırlı tutmak daha doğru olacaktır.²¹⁰

²⁰⁸ Bkz. Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.291 dipnot 53;

Köy muhtarı ve ihtiyar heyeti azaları olan sanıkların, 442 sayılı Köy Kanununun ek 13. maddesinde belirtilen görevlerini gereği gibi yerine getirmeyerek kamu kurumu olan köy tüzel kişiliği zararına dolandırıcılık ve muhtar olan sanık Y'nin görevi ihmal suçunu işlediği iddiası ile açılan kamu davasında, sanıklara yüklenen nitelikli dolandırıcılık suçunun mağduru olmayan ve sanık Y'ye yüklenen görevi ihmal suçunda, suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen, muhbir durumundaki şikayetçi Y.Ç.'nin yasaya aykırı olarak müdahilliğine karar verilmiş olmasının hukuki değerden yoksun olduğu... (11. CD. 21.10.2003–11717–7097)

1-Müdahale talebinde bulunan 1996 doğumlu Ece ile 2002 doğumlu Mine'nin yasal temsilcisi anneleri Serap ile aralarında menfaat olduğundan, maktulün çocukları olan bu küçüklerle kayyım atanması gerekirken bu husus gözetilmeden müdahilliklerine karar verilmesi,

2-Haklarında verilen mahkumiyet hükümleri kesinleşinceye kişilerin suçlu olduğuna hükmedilemeyeceği cihetle kendisinin diğer sanığın suçuna iştirak etmediğini ve onu azmettirmedeğini ileri sürerek suçsuz olduğunu beyan eden sanık Serap'ın kocasını öldürdüğü iddiası ile hakkında dava açılan diğer sanık İbrahim aleyhine davaya müdahale hakkı bulunduğu gözetilmeden, müdahale isteminin kabulü yerine davada sanık sıfatı bulunduğu bahisle müdahale isteminin reddine karar verilmesi... (1 CD. 9.3.2006–1681–498) Kararlar için bkz. Haydar Erol, **Adli ve İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması**, (Ankara: Yayınevi Belirtilmemiş, 2006), s.700 ve 704

²⁰⁹ Pasif süje veya mağdur, suçu oluşturan fiilden doğrudan saldırıya uğrayan kimse veya kimselerdir. Bir başka deyişle pasif süje, ceza normu tarafından ve suç tarafından ihlal edilen, yani suçun hukuki konusunu oluşturan hukuki varlık veya menfaatin sahibidir. Toroslu, **Genel Kısım**, s.95

²¹⁰ “Mağdur, yargılama konusu suçun hakkını doğrudan ihlal ettiği kişidir. Suçtan zarar gören kavramı ise mağdurdan daha geniş bir kavram olup suçtan dolaylı zarar görenleri de kapsar. Bu anlamda adam öldürme suçunda öldürülen kişi mağdur iken onun yakınları suçtan zarar gören sıfatıyla katılma hakkına sahiptirler.” Özbek, **a.g.e.**, s.905

Hüküm verilineye kadar suçtan zarar gören kişilerin kamu davasına katılması mümkündür; ancak hüküm verildikten sonra kanun yoluna başvurmak suretiyle katılma mümkün değildir. Bununla birlikte ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır (CMK. m.237).

Suçtan zarar görenin kamu davasına katılması öncelikle, çelişmeli muhakemenin daha sert ve yoğun gerçekleşmesi suretiyle maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edecektir. Savcıdan bağımsız olarak suçtan zarar gören de kendi delillerini ve iddialarını ortaya koyacak, mağduriyetini doğrudan dile getirecek, böylelikle hem maddi gerçeğin bulunmasında hem de faile verilecek cezanın belirlenmesinde etkin rol oynayacaktır. Ayrıca suçtan zarar görenin, suçlunun bulunması ve ona uygulanacak cezanın belirlenmesi sürecine katılarak kişisel intikam dürtülerinin tatmin edilmesine ve bu surette kişisel intikam peşinden koşmasının engellenmesine de hizmet edecektir.

3.8. Katılan Vekili

Mağdur ve şikayetçi kovuşturma evresinde davaya katılmış olsun veya olmasın bir vekilin yardımından faydalanma hakkına sahiptir. Eğer kendisi bir vekil atayamıyorsa; baro tarafından kendisine vekil atanmasını isteyebilir (CMK m.234/1/b/5). Eğer mağdur on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malul olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir (CMK. m.234/2).²¹¹ Görüldüğü üzere yeni kanunda mağdur ve şikayetçi bakımından kendisine bir vekil atanmasını isteme hakkını kabul etmiş, bu şekilde suçtan etkilenen kişilerin de ihlal edilen haklarını korumak bakımından rahatlıkla hukuki yardım almalarına imkan tanımıştır.

Her ne kadar iddia makamını zaten devlet adına savcı işgal etse de, suçtan zarar görenin onunla görüşüp ondan hukuki yardım alması ve haklarının korunmasını istemesi fiili olarak neredeyse imkansızdır. Bu itibarla kanunun suçtan zarar gören bakımından isteğe bağlı olarak vekil atanmasını öngörmesi gayet yerinde olmuştur.

²¹¹ Sanık gibi mağdura da ücretsiz olarak avukat yardımından yararlanma olanağı getirilmiş olması, mağdurun kendisine tanınmış olan haklardan da azami şekilde yararlanabilmesini sağlamış olacaktır. CMK. m.234/2'de zorunlu vekillik bakımından sadece mağdurdan söz edilmiş olması ve şikayetçiden bahsedilmemesi ise dikkat çekicidir. Nitekim zorunlu vekili gerektiren haller, şikayetçi olmayı engellemektedir. Şikayetçi olabilmek için şikayetin anlamını ve sonuçlarını kavrayabilecek yeterliliğe sahip olmak gerekir. Özbek, **a.g.e.**, s. 897 ve 899

Ayrıca kanun mağdurun on sekiz yaşından küçük, sağır veya dilsiz ya da meramını anlatamayacak kadar malul olduğu durumlarda vekil atanmasının zorunlu olduğunu kabul ederek, bu durumda olan kişilerin haklarının korunmasını ve muhakemeye etkin olarak katılabilmelerini sağlamaya çalışmıştır.

Katılanın vekili de duruşma da iddia görevini yerine getirmek bakımından çelişmeli muhakemede etkin rol oynar ve böylelikle hem müvekkilinin haklarının korunmasına hem de maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet eder. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki; vekil yardımından faydalanmak suretiyle muhakemede etkin rol alan kimse, iddialarını gerektiği şekilde ileri sürme ve neticede verilen karara etkin şekilde müdahale etmekten kaynaklanan bir tatmin duygusuna sahip olacak, böylelikle de muhakeme sonunda verilen karara ve dolayısıyla adalete daha fazla güven duyacaktır.

6. DURUŞMAYA HAKİM OLAN YÖNTEM: “ÇELİŞME YÖNTEMİ”

Ceza muhakemesi bir şüphe ile başlamakta ve muhakemenin sonuna kadar bu şüphe elbirliği ile yenilmeye çalışılmaktadır. Muhakeme hukukunda hükmün özelliği onun kolektif verilidir. Kolektif hüküm vermenin yöntemi ise, muhakeme faaliyetine katılacak olanların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerinin sağlanmasını, böylelikle süjelerin birbirlerinin düşüncelerini öğrenebilmelerini ve birlikte düşünebilmelerini ifade eden çelişme yöntemidir. Çelişme çok defa sanıldığı gibi aksine bir çekişme, bir mücadele değil ya da bir çelişiklik değil; bir fikir alış-veriştir. Bir başka deyişle, karşılıklı görüşlerin iki veya daha fazla kişilerce ortaya konulmasıdır.²¹²

Bu itibarla ceza muhakemesinde çelişme iddia, savunma ve yargılama makamlarını işgal eden süjeler arasında ortaya çıkmaktadır. İddia makamı, ceza davasında tezi oluşturan isnadı ortaya koyar, savunma makamı savunmasını yapmak suretiyle antitezi oluşturur, yargılama makamı ise bu tez ve antitezin çarpışmasından senteze, bir başka deyişle gerçeğe ve hükme ulaşır.²¹³

²¹² Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.39 vd.; Keyman, **a.g.e.**, s.25

²¹³ Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.20 vd.; “CMK, iyi hazırlanmış bir dosyayla duruşmaya başlanmasını, duruşmanın mümkün olduğunca kesilmeksizin devam etmesini, taraflara doğrudan doğruya soru sorma hakkı vermek suretiyle, onların aktif bir şekilde muhakemeye katılmalarını, böylece sözlülük ilkesinin ve çelişme yönteminin hayata geçirilmesini amaçlamıştır.” Feyzioğlu, **CMK Değerlendirmesi**, s.28

Çelişmeli muhakemenin temelleri eski çağlarda gerçekleştirilen düello muhakemesine dayanmaktadır.²¹⁴ Her iki tarafın da söylediği, “Siz yargıçlar, şunu duyun ki; bugün ne bir şey yedim ne de içtim, üzerimde ne bir kemik, taş, ot ve ne de her hangi bir büyü, sihir ya da efsun var...” sözleriyle başlayan düello sürecinde, suçlayan ve suçlanan zırhlarını giyer, en iyi atlarına biner, birbirlerine karşı mızraklarını yüksek tutarak saldırır ve hayatları için kavga ederlerdi. Düello şafak sökerken başlar ve genellikle taraflardan biri ölünceye kadar sürerdi. Kaybeden kimse, düello meydanında hazır bulunan hakimlerce hüküm ilan edilirken, aşağılayıcı ve kötüleyici bir terim olan “bağışlanmak için yalvaran-ödlek” (craven) olarak zikredilirdi.

Düelloda tanrısal adaletin, yalan söyleyen tarafın cezalandırılmasını garantileyeceği kabul edilirdi. Ayrıca sert kurallara bağlanmışlık da taraflardan herhangi birisinin zırh ya da silah bakımından bir avantaj sağlamasına engel oluyordu. Düello edenlerden her birisi bir kat zırh giyer, dizden aşağısı çıplak şekilde sadece iki sandalet kullanır, kafası ve dirseklere kadar kolları açık olurdu. Kullanılan silahlar ise, sadece mızrak veya bir arşın uzunluğunda delici bir silah ile dört köşeli ve deriden yapılmış bir kalkandan ibaretti.²¹⁵

Antik dönem comman-law sisteminde düello suretiyle uygulanan muhakeme usulü, günümüzdeki kullanılan ve çelişmeli bir şekilde gerçeğin arandığı yargılama sürecine benzemektedir. Bu itibarla ahlaki olarak aydınlanmış günümüz ceza muhakemesinin neticede düellonun yerini aldığı söylenebilir. Bugünkü ceza adaleti sistemi de (özellikle anglo-amerikan sistemlerinde), gerçeğin, muhakemenin tarafları arasındaki kıyasıya mücadeleden daha doğru bir şekilde ortaya çıkacağı varsayımına dayanmaktadır.²¹⁶

Çelişme kavramı, somut olarak çok fazla bir anlam ifade etmez. Çelişmeli muhakeme sistemine ilişkin genel bir muhakeme tipi de bulunmamaktadır. Farklı toplumlar farklı versiyonda çelişmeli muhakeme tipi kullanmışlardır. Antik Yunan ve

²¹⁴ Fiziksel düello metodu da bir tip çelişme sistemidir, tıpkı şekli açıdan başkanlık seçimlerinde, futbol maçlarında ve benzer birçok olayda olduğu üzere. Tüm bu olayların tamamında sonucuna etki edecek bir yarışma söz konusudur. Tüm bu faaliyetler, temelde aynı mantığa dayanmakla birlikte, yarışmanın yapısal biçimi bakımından bir ayrıma tabi tutulabilir. Gary Goodpaster, “On the Theory of American Adversary Criminal Trial”, **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Vol. 78, No:1, 1987, s.119

²¹⁵ Jay Sterling Silver, “Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right”, **Wisconsin Law Review**., 1990, s.1007 vd.

²¹⁶ Silver, **a.g.m.**, s.1009

Roma'da da çelişmeli muhakeme sistemi kullanılmıştır; ancak bunlar günümüzde İngiltere ve Amerika'da kullanılan sistemlerden oldukça farklılık arz etmektedirler.²¹⁷

Çelişmeli muhakeme sisteminin belirleyici birçok özelliği vardır. Bu özelliklerden en belirgin olanları; muhakemede hakim ve diğer karar organlarının rolleri, tarafların veya taraf temsilcilerinin sunuşları kontrol etmekteki rolleri, maddi gerçeğe ulaşma tarzı, tarafların birbirine karşı sorumlulukları, hükmü doğrudan veya dolaylı etkileyen bilgiye dayalı veya kararsal taraf kısıtlamaları şeklinde sıralanabilir.²¹⁸

Çelişmeli muhakeme şu temel ilkenin üzerine kuruludur: *En tam haliyle gerçek, sıklıkla, eşit silahlanmış tarafların en güçlü oldukları pozisyonları saldırgan bir şekilde ileri sürerek aralarında oluşturdukları gerilim sonucunda ortaya çıkar.* Lord Chancellor²¹⁹ Eldon'un da belirttiği üzere, gerçek en iyi şekilde her iki tarafın sorularındaki etkili ve sert ifadeler tarafından keşfedilecektir. Çelişmeli muhakemenin gerçeğin bulunmasında en uygun yol olarak gerçekleştirildiği bir muhakeme, adil yargılamanın da en önemli gereklerindedir. Amerika'da, Polk Country & Dodson davasında verdiği hükümde mahkeme, ceza adaleti sisteminde ancak çelişmeli muhakemenin, kamusal menfaati, adil ve gerçeğe uygun surette gerçekleştireceğini vurgulamıştır.²²⁰ Nitekim tek taraflı düşünce ile çoğu kez gerçeğe ulaşılması mümkün olmayacaktır.²²¹ Ayrıca muhakeme sonucunda verilen hükmün herkes tarafından kabul edilebilir olması da, ancak farklı süjelere ait düşüncelerin birleşmesi halinde söz konusu olabilecektir.²²²

Muhakemeye ilişkin birçok hak çelişmeli muhakeme yöntemi ile yakından ilişkilidir. Örneğin, müdafiden faydalanma hakkı, bir yönü itibarıyla sanığın delil ileri sürebileceği anlamını ifade eder. Yine bu hakkın bir gereği olarak ortaya çıkan, sanıkla müdafî arasındaki ilişkinin dokunulmazlığı ilkesi de, bu ikisi arasında yapılacak tam ve

²¹⁷ Goodpaster, **a.g.m.**, s.119

²¹⁸ Amerika Birleşik Devletleri'nde, medeni ve cezai alana ilişkin olmak üzere iki farklı çelişmeli muhakeme sistemi vardır. Bu iki sistemin benzer yönleri olmakla birlikte birçok farklı özellikleri de vardır. Bu farklılığı en genel haliyle ifade etmek gerekirse; cezai alana ilişkin çelime sisteminde, medeni alana ilişkin olana nazaran daha fazla sayıda ve daha sıkı taraf kısıtlamaları söz konusudur. Ayrıca her iki çelişme sisteminde de taraflar arasındaki yükümlülükler de farklılık arz etmektedir. Goodpaster, **a.g.m.**, s.119

²¹⁹ Lordlar Kamarası Başkanı

²²⁰ "Bir gerçeği hakkıyla öğrenebilmek için, öncelikle... ona karşı mücadele etmeliydik / To become properly acquainted with a truth we must first have... disputed against it" Silver, **a.g.m.** s. 1035 (Novalis'in bir şiirine atfen)

²²¹ Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.20

²²² Keyman, **a.g.e.**, s.24 vd.

dürüst bir tartışmayı teşvik etmek suretiyle, sanığın en güçlü olduğu pozisyonun tespitine hizmet eder.²²³

Çelişmeli muhakemenin etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesi ise ancak silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesiyle mümkün olabilmektedir. Bu itibarla savunma ile iddia aşağı yukarı eşit bir pozisyonda olmalı ve her iki taraf da muhakemede en güçlü oldukları hususları rahatlıkla ileri sürme imkanına sahip bulunmalıdır. Genel ve bu nedenle de bir ölçüde belirsiz bir kavram olan adil yargılanmanın içinde yer alan diğer teminatlar kadar önemli bir ilke olan bu eşitlik de, diğer teminatlar gibi hukuk düzenince açıkça koruma altına alınmalıdır.²²⁴

Alman öğretisinde gerek mahkeme kararlarında gerekse doktrinde adil yargılamanın bir gereği olarak silahların eşitliği ilkesine açıkça yer verildiği görülmektedir.²²⁵ Bu ilkeye yönelik bir takım eleştiriler de bulunmaktadır. Bu eleştirilerin gerekçesi temel olarak şu şekildedir: Alman sistemi de dahil olmak üzere kıta Avrupa'sı hukuk sisteminin yapısında bir taraf muhakemesi bulunmamakta; bilakis muhakeme daha çok devlet organları olan hakim ve savcı eliyle yürütülmektedir. Bu itibarla kıta Avrupa'sı hukuk sistemine yabancı bu sözde ilke, asıl ceza muhakemesini bir tarafa bırakıp, bir tür kendi kendini aldatmadır.²²⁶ Ancak bu azınlık eleştirilerine rağmen, çoğunluk, silahların eşitliği ilkesini adil yargılamanın en önemli gereklerinden birisi olarak kabul etmektedir.²²⁷

Acaba silahların eşitliği ilkesi neyi gerektirmektedir, bir başka deyişle eşit olması gereken nedir? Öncelikle bu ilke, her iki tarafta yer alan kişilerin, özellikle de müdafî ve savcının, muhakeme sürecine ilişkin eşit yetenek ve tecrübeye sahip olmaları gereğini ifade etmez. Ayrıca bu ilke, hukuk düzenince gerekli görülen minimum düzeydeki hukuki desteğin ötesinde, savcı ve müdafinin ayrıntılı bir standart performans veya eşit etkiye sahip faaliyet göstermelerinin gerekli olduğuna da işaret etmez. Bu ilkeye göre mahkemedeki düelloda, düello edenler arasında bir eşitlik olmalı, yani her iki tarafa, kendi tezini hazırlaması ve sunmasına imkan tanıyan haklar, prensip olarak

²²³ Silver, **a.g.m.**, s.1036. vd.

²²⁴ Silver, **a.g.m.**, s.1037

²²⁵ İlgili BGH ve BVerfG kararları için bkz. Volker Krey, **Strafverfahrensrecht**, (Stuttgart, Berlin, Köln: Verlag W. Kohlhammer, 1990), s.93

²²⁶ Krey, **a.g.e.**, s.93 vd.

²²⁷ Birinci bölümde de belirtildiği üzere AİHM kararlarında da bu ilkeye açıkça atıf yapıldığı görülmektedir. Bu konuda bkz. yukarıda I. Bölüm 3.1.

eşit kapsamda tanınmalıdır. Düello yoluyla halledilen cezai uyuşmazlıklarda da taraflardan birisine mızrak ve kalkan, diğer tarafa ise sadece küçük bir bıçak verilmesi adil olmazdı. Bu itibarla silahların eşitliği adaletin ve gerçeğin araştırılması bakımından hayati öneme sahiptir.²²⁸

Şunu da belirtmek gerekir ki, işbirliği sistemini kabul eden ülkemizdeki çelişmeli muhakeme anlayışı ile Amerikan hukuk sistemindeki çelişmeli muhakeme (adversarial system-kontradiktorisches Modell) anlayışı birbirinden farklıdır.²²⁹ Her iki anlayışta da tarafların kendi delillerini muhakemede rahatlıkla ileri sürebilmeleri, kendilerini ilgilendiren hususlarda bilgilendirilmeleri, karşı tarafın tanıklarına da soru yöneltebilmeleri gibi çelişmeyi gerçekleştirecek hususlara bir aynılık görülürken, bizdeki anlayıştan farklı olarak Amerikan sisteminde hakimin (jürinin olduğu sistemelerde ise jürinin) mümkün olduğunca bir hakem pozisyonuna itilmesi ve tarafların arasındaki çelişmeye herhangi bir müdahalesinin olmaması, tarafların her birinin kendi tanığını kendisinin öncelikli olarak sorgulaması çelişmeli muhakemenin en önemli gerekleri olarak kabul edilmektedir.²³⁰ Bu itibarla Amerikan ve İngiliz ceza muhakemesindeki çelime yöntemi bir taraf muhakemesi şeklinde ortaya çıkarken, kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde taraflar arasındaki çelişmeye imkan tanınmakla birlikte, kullanılan bu yöntem hiçbir şekilde muhakemeyi bir "taraf" muhakemesine dönüştürmemektedir.²³¹

Üçüncü bölümde AİHM içtihatları doğrultusunda gerek çelişmeli muhakeme gerekse onun ayrılmaz parçası olan silahların eşitliği ayrıntılı olarak ele alınacağından,

²²⁸ Silver, **a.g.m.**, s. 1037

²²⁹ Amerikan çelişmeli muhakeme sistemi, muhakemenin tarafları arasında uyuşmazlık konusu olayı anlatma rekabeti ve bu anlatılanları belirli kurallara bağlı olarak yorumlanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Taraflar, uyuşmazlık konusu olaya ilişkin görüşlerini tarafsız ve pasif durumda bulunan dinleyici kitlesine sunar. Bu dinleyici kitlesi aynı zamanda olaya ilişkin anlatılanlar temelinde cezai sorumluluk açısından bir değerlendirme yapmak suretiyle karar merci olarak hareket etmektedir. sistemin genel özellikleri şu şekildedir: Maddi gerçek diyalektik olarak karmaşık bir ikna süreci sonucunda ortaya çıkartılır. Dava, ortak bilgilerin karşılıklı ve çelişik iki farklı yorumuyla şekillenen heyecanlı bir rekabet şeklinde ilerler. Karar mercii, örneğin hukuki eğitim almamış kişilerden oluşturulan jüri, her iki taraftan anlatıldığı şekliyle olayı dinler ve cezai sorumluluk bakımından değerlendirir. Neredeyse daima avukatlar (attorneys) tarafından yönlendirilen taraflar, delillerin sunumunu kontrol eder ve yönetirler. Taraflar ve avukatlar fikri ve ahlaki olarak maddi gerçeği ortaya koymak veya diğer taraf bakımından da adaleti gerçekleştirmekten daha ziyade rekabeti kazanma yükümlülüğü altındadırlar. Goodpaster, **a.g.m.**, s.120

²³⁰ Bu konuda bkz. Volk, **a.g.e.**, s.95; Keyman, **a.g.e.**, s.33 vd.; Silver, **a.g.m.**, s.1033 vd.; Roxin, **a.g.e.**, s.114 vd.

²³¹ Roxin, **a.g.e.**, s.116

bu bölüm bakımından bu genel açıklamaların yeterli olacağı kanaatiyle, daha fazla ayrıntıya girmemeyi uygun buluyoruz.

7. DURUŞMAYA HAKİM OLAN İLKELERİN ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN ÖNEMİ

CMK. m. 217/1'e göre; *hakim, kararını ancak duruşmada getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hakimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir.* Bu hükümden de anlaşılacağı üzere duruşma vicdani kanaatin olduğu devredir ve en önemli gayesi kurallara uygun şekilde yargılama makamında vicdani kanaati oluşturmak suretiyle maddi gerçeği bulmaktır. Bu itibarla bu devreye “*vicdani kanı yargılaması*” da denilebileceği ileri sürülmektedir.²³²

Duruşmada bu amacına ulaşabilmesi, yani hem maddi gerçeğin ortaya konulması suretiyle hukuki sorunun halline imkan tanınması hem de bireylerin haklarına saygılı adil bir yargılamanın yapılabilmesi için duruşmada geçerli bazı temel ilkeler vardır. Bunlardan bir çoğuna kanunda açıkça yer verilmişse de, diğer bir kısmı duruşmanın temel amacından hareketle ortaya çıkartılmaktadır. Bu itibarla duruşmaya hakim olan ilkelerin duruşmanın amacı ve adil yargılanma hakkıyla ilişkileri bakımından incelenmesinin gerekliliğine inanmaktayız.

Duruşmaya hakim olan ilkeler sözlülük, alenilik, bağlılık, yüze karşılık, doğrudan doğruyalık ve kesiksizliktir. Bu ilkelerin hemen hepsi birbiriyle yakından ilişkilidirler. Hatta çoğu kez birinin olmaması diğerinin etkinliğini önemli ölçüde etkiler ve hatta işlevsiz hale getirebilir.²³³

Söz konusu ilkeler, Krey tarafından, duruşmanın uygulanmasına ve ispata ilişkin ilkeler olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Buna göre, duruşmanın kesiksizliği (yoğunluğu), sözlülüğü ve aleniyeti ilkeleri muhakemenin uygulanmasına ilişkin ilkeler arasındayken; doğrudan doğruyalık ispata ilişkin ilkeler arasında yer almaktadır.²³⁴

Duruşmaya hakim olan ilkelerden her birisinin adil yargılanma hakkı bakımından çok önemli bir işlevi bulunmaktadır. Bu itibarla adil yargılanma hakkı

²³² Sami Selçuk, “Temyiz Yolu açısından Ceza yargılama Yasasının Uygulanması”, **CMUK Sempozyumu**, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi yayını, İstanbul 1999, s.36; Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.165

²³³ Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.165

²³⁴ Krey, **a.g.e.**, s.246 vd.

bakımından duruşma incelenirken bu ilkelerin gerekleri ve adil yargılanma bakımından ne gibi bir öneme sahip oldukları üçüncü bölümde ayrıntılı olarak anlatılacaktır. Ancak burada genel hatları ile bu ilkelerin önemini vurgulamak uygun olacaktır.

Alenilik ilkesi, muhakeme işlemlerinde, bulunması zorunlu olan kimseler dışındaki kimselerinde bulunabilmesini ve izleyebilmesini ifade eder.²³⁵ Muhakeme sonucunda adil bir hükme ulaşılması tek başına yeterli değildir. Duruşmanın ve buna bağlı olarak verilen hükmün adillığının de uyumsuzluğun tarafları ve toplum tarafından görülebilmesi gerekir. Anayasamızda da mahkemelerin Türk halkı adına karar verdiği belirtilmektedir. Bu itibarla halk adına verilen kararların verildiği muhakemelerin halk tarafından izlenebilmesi de, bu hükmün doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.²³⁶ Aleniyet ilkesi sayesinde adil yargılanmaya ilişkin kurallara uyulup uyulmadığı, duruşmanın adil bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği gerek taraflar gerekse toplum tarafından denetlenebilir. Buna bağlı olarak yargılama makamının da duruşmayı yönetirken daha dikkatli olacağı, kararlarını verirken ve bunları gerekçelendirirken de daha titiz davranacağı umut edilir.²³⁷

Sözlülük ilkesi, duruşmada yapılan işlemlerin kural olarak sözlü yapılmasını ifade eder. Her ne kadar duruşma sırasında yapılacak tüm işlemlerin tutanağa geçirilmesi şart ise de ceza muhakemesinde sözlülük esastır²³⁸ ve muhakeme sonunda verilecek hükme sadece duruşmada sözlü olarak söylenen hususlar esas teşkil edebilir.²³⁹ Bu itibarla duruşmada tanıklar sözlü dinlenecek, belgeler okunacak, kararlar sözlü olarak verilecek, kısacası ayrıca yazıya geçirilmiş olsa bile istisnalar haricinde tüm işlemler sözlü olarak yapılacaktır. Bu ilkenin temel amacı tarafların yargılama makamının vicdanına hitap edebilmelerini sağlamaktır. Nitekim vicdani ispat sisteminin değil de kanuni ispat sisteminin geçerli olduğu dönemlerde sözlülük değil, bilakis yazılılık kuraldı. Ayrıca hem kamu vicdanı hem de duruşmanın tarafları sözlü duruşma

²³⁵ Hamide Zafer, “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”, **Selahattin Sulhi Tekinay’a Armağan**, İstanbul 1999, s.765

²³⁶ Handan Yokuş Sevik, “Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi”, **Çetin Özek’e Armağan**, İstanbul 2004, s.749

²³⁷ Fezyioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.169; Aleni duruşma yapılmasının en önemli faydaları, muhakemeye katılan sùjelerin hak tarafından denetlenmesi ve sanığın toplum önünde kendisine yöneltilen suçlamalardan kurtulabilmesidir. Erol Cihan-Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1998), s.341; İlkeye ilişkin olarak ayrıca bkz. Hakeri-Ünver, **a.g.e.**, s.282

²³⁸ Özbek, **a.g.e.**, s.761

²³⁹ Cihan-Yenisey, **a.g.e.**, s.341

sonucunda muhakemenin adilliğinden emin olma imkanına sahip olurlar. Sözlü duruşma sonucunda muhakemenin tarafları ileri sürdükleri hususların yargılama makamınca dinlendiğinden emin olacaklardır. Eğer sadece yazılı olarak iddia ve savunmanın yapılması söz konusu olsaydı, taraflar hiçbir zaman bu hususların yargılama makamınca incelendiğinden emin olamazlardı.²⁴⁰ Bu itibarla adil bir muhakemenin söz konusu olabilmesi için, iddia ve savunmanın konusunu oluşturan tanık ifadeleri, sanık ve müdafî savunması, savcının iddiası, bilirkişi raporu, olay yeri inceleme tutanağı gibi muhakemeye ilişkin tüm hususlar duruşmada okunmalı ve sözlü olarak tartışılmalıdır.²⁴¹

Bağlılık ilkesi, duruşmada yapılacak işlemlerle bunları yapacak kişiler, bunların yapılacağı yer ve zaman arasında bir bağlılık olmasını ifade eder. Buna göre duruşma işlemleri, önceden ilan edilen zaman ve yerde, kural olarak aynı kişiler tarafından yapılır. Muhakeme sonuçlanıncaya kadar hakim ve sanık değişmez. Maddi gerçek orta bir faaliyet sonucunda ortaya konulmaya çalışıldığına göre, savcının ve müdafinin de değişmesi arzulanan bir durum değildir.²⁴² Özellikle mahkeme yargıcının muhakeme boyunca aynı kişi olması, adil yargılanma açısından büyük önem ifade etmektedir. Nitekim muhakemenin yarısına başka bir hakim diğer yarısına da diğer bir hakimin girdiği hallerde, hükmü kuracak hakimin delillerin bir kısmıyla dosya üzerinden temas etmesi söz konusu olacaktır ki, bu hem vicdani kanaatin gerçekleşmesi hem de adil bir kararın verilebilmesi bakımından kabul edilemez bir durumdur. Bu itibarla tek celsede bitirilemeyecek duruşmalarda, hakimin her türlü ihtimale karşın muhakemeden ayrılması söz konusu olur diye yedek hakim bulundurulmaktadır.

Kaldı ki insan zihninin çalışma şekli ve bilgiye ulaşırken izlediği sayfalar dikkate alındığında da, algılamayı yapan ile sonuç çıkarmanın, yani bilgiye ulaşmanın aynı kişi olması gerektiği görülür.²⁴³

Yüze karşılık ilkesi, kural olarak duruşmanın taraflarının duruşmada hazır bulunmasını ve işlemlerin onların yüzüne karşı yapılmasını gerektirir. Bu itibarla tez ve antitez birbiriyle tüm tarafların huzurunda çarpışacak ve bu şekilde çelişmeli muhakeme

²⁴⁰ Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.166

²⁴¹ Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), s.367

²⁴² Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.169 vd.

²⁴³ Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.173

gerçekleştirilmiş olacaktır.²⁴⁴ Çelişmeli muhakeme de adil yargılamanın en önemli gereklerinden bir tanesi olduğundan, kesiksizlik ilkesinin bu yöntemin hayata geçirilmesiyle adil yargılama hakkı bakımından ne kadar önemli bir hususu ifade ettiği açıktır. Ancak hemen şunu da belirtmek gerekir ki, kural yüze karşılık olmakla birlikte, daha sonra ayrıntılı olarak da görüleceği üzere, zorunlu durumlara bağlı olarak bu ilkenin birçok istisnası bulunmaktadır.

Doğrudan doğruluk ilkesi, hükmü kuracak hakimin, olay hakkındaki kanaatini şekillendirme süreci ile ilgilidir.²⁴⁵ Bu itibarla bu ilke hükmü verecek olan hakim ya da hakimlerin, delillerle bire bir karşı karşıya gelmelerini, onlarla arada bir vasıta olmaksızın temas etmelerini ve delil ikamesinin hükmü vereceklerden başkaca hakim ya da hakimler önünde yapılmamasını ifade eder.²⁴⁶ İlkenin istisnaları da bulunmaktadır. Bunlar, niyabet ve istinabenin söz konusu olduğu hallerdir. Tıpkı yüze karşılık ilkesinde olduğu gibi bu ilke de hakimin delillerle doğrudan temas etmesi suretiyle, temas ettiği delillere bağlı olarak bir vicdani kanaate ulaşmasını garanti altına alır. Aksi takdirde delillerle doğrudan temas etmemiş bir hakimin vereceği hükmün adil olması ve tarafların adil bir kararın verildiğine ilişkin inanç taşımaları neredeyse imkansız olacaktır.

Kesiksizlik ilkesi, duruşmanın ara verilmeksizin tek celsede bitirilmesine ilişkindir. Buna göre soruşturma ve duruşma hazırlığı evresinde toplanan delillerle doğrudan temas eden mahkeme, tek celsede hükmünü verir ve hukuki uyumsuzluğu çözüp, ortadan kaldırır. Ancak uygulamada bu ilkenin çoğu kez gerçekleştiğini söylemek zordur. Artık duruşmaların tek celsede bitirilmesi kural olmaktan çıkmış, uyumsuzluğun en az birkaç celsede çözümünü kural haline gelmiştir.²⁴⁷ Bu itibarla tek celsede biten duruşmalar da uygulama açısından istisnayı oluşturmaktadır. Her ne kadar tek celsede olmasa bile mümkün olan en kısa sürede duruşmanın tamamlanması adil yargılamanın en önemli gereklerindedir.²⁴⁸ Bu ilke adil yargılanmayı iki şekilde

²⁴⁴ Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.260; Bu ilke hükmüne dayanak yapılacak tüm öğelerle, sanık, tanık ve bilirkişilerle mahkemenin araya hiçbir vasıta koymaksızın doğrudan iletişim kurmasını ifade eder. Özbek, **a.g.e.**, s.761

²⁴⁵ Doğrudan doğruluk ilkesi ve bu ilkenin çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesinde İspat**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001), s.25 vd.

²⁴⁶ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.506; Özbek, **a.g.e.**, s.761; Hakeri-Ünver, **a.g.e.**, s.285

²⁴⁷ Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.261

²⁴⁸ Bilirkişi incelemesinin uzatma süresi dahil altı ayla sınırlanması, bu süreye uymayan bilirkişiler bakımından etkili müeyyidelerin belirlenmesi (CMK m.66/1-2), tebligata ve tanıkların hazır edilmesine

etkiler. Birincisi duruşma kısa sürede bitirilerek adil yargılamanın en önemli gereklerinden olan makul sürede yargılanma hakkı yerine getirilmiş olur. İkincisi ise kısa süre içerisinde delillerle temas eden hakim, araya zaman aralığı girmediği için delillerden elde ettiği izlenimleri unutmayacak, tekrar dosyaya bakarak hatırlama gereği duymaksızın taze bilgilerine dayanarak kararını verecektir.²⁴⁹ Bu da verilen kararın delillere bağlı olarak ortaya çıkan maddi gerçeğe ve kurallara uygun, adil bir karar olması ihtimalini daha da güçlendirecektir.

Duruşmaya hakim olan ilkeler adil yargılamanın en önemli gereklerindedir ve ferdin anayasal hakları arasında sayılırlar.²⁵⁰ Bu ilkeler birbirlerini tamamlar şekilde ele alınmalı ve muhakeme bu denge içerisinde gerçekleştirilmelidir. Bu ilkelerden bağımsız olarak ne maddi gerçeğe ulaşmak ne de adil bir yargılama gerçekleştirmek mümkün olabilecektir. Bir başka deyişle maddi gerçeğe ulaşma ve adil bir yargılama gerçekleştirme amaçları, duruşmanın ilkelerinden feragat ederek değil; bilakis onlara daha iyi ve sağlam tutunarak mümkün olabilecektir. Bu doğrultuda bu ilkelerden bazılarını daha fazla önem vererek, diğerlerinden feragat etmek de duruşmayı temel amacından uzaklaştıracaktır. Örneğin muhakemeyi hızlandırmak ve kesiksizliğini sağlamak adına sözlülükten veya doğrudan doğruyalıktan vazgeçmek, hem maddi gerçeğin araştırılmasına hem de muhakemenin adilliğine zarar verecektir.

ilişkin çabuklaştırıcı düzenlemelerin öngörülmesi suretiyle (CMK m.43/2), yeni CMK'da duruşmanın olabildiğince kısa sürede ve kesintisiz bitilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Feyzioğlu, **CMK Değerlendirmesi**, s.57

²⁴⁹ Duruşmanın kesiksizliği ilkesine uyulmaması halinde deliller zapta geçirilecek, karar vermek için yeniden değerlendirilmek istendiğinde zabıtlar okunacaktır. Bu durumda otomatikman delillerin doğrudan doğruya değerlendirilmesi ilkesine zarar verilmiş olacaktır. Çünkü delil değerlendirilmesi dosya üzerinden yapılmış olacaktır. Soyaslan, **a.g.e.**, s.366

²⁵⁰ Feridun Yenisey, **Duruşma ve KanunYolları**, (İstanbul: Beta Yayınları, İstanbul 1988), s.26

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 6. MADDESİNİN 2. VE 3.
FIKRALARINDA DÜZENLENEN HAKLAR BAĞLAMINDA CEZA
MUHAKEMESİNDE DURUŞMA

1. GENEL OLARAK

Önceki iki bölümde sırasıyla adil yargılanma hakkına ve duruşmaya ilişkin temel bilgiler verilmişti. Bu bölümde ise adil yargılanma hakkının düzenleyen AİHS'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki haklar bağlamında, duruşma devresinin esasları tespit edilecektir.

6. madde bağlamında duruşma devresini incelenirken, 6. maddenin 1. fıkrası kapsamındaki hakları incelemeksizin, bu şekilde 2. ve 3. fıkralar kapsamındaki hakları incelememiz 6. maddenin yapısına uygun değilmiş gibi algılanabilir. Ancak biz bu şekilde bir incelemenin 6. maddenin yapısına daha uygun olduğu kanaatini taşımaktayız. Nitekim 6. maddenin 1. fıkrasında adil yargılanma hakkına ilişkin genel ilke düzenlenirken; 2. ve 3. fıkralarda ise 1. fıkradaki genel ilkenin özel uygulanma biçimleri belirlenmiştir. Yani bu fıkralarda yer alan haklar genel kuralı düzenleyen 1. fıkranın uzantısı, bir başka deyişle doğal sonucudur. Sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasında her sanığın *en azından* bu haklara sahip olduğu vurgulanmıştır. Buradan anlaşıldığına göre adil yargılanma hakkı, sadece 3. fıkrada belirtilen haklarla sınırlı değildir. 1. fıkradaki genel ilkenin kapsamı çok daha geniştir ve bu fıkra 2. ve 3. fıkralarda yer almayan bazı hakları da içine alan genel bir çerçeve niteliğindedir. Dolayısıyla sözleşmenin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan haklara aykırılık olmasa dahi, 6. maddenin 1. fıkrasının ihlal edilmiş olması mümkündür. 2. ve 3. fıkraların ihlal edilmiş olması ise, kural olarak, aynı zamanda 1. fıkranın da ihlal edildiği anlamını taşır. Ayrıca 1. fıkrada hem medeni hem de cezai uyuşmazlıklara ilişkin davalarda bireylere tanınması gereken haklar yer alırken, ikinci ve üçüncü fıkralar sadece ceza davaları bakımından sanığa tanınması gereken bir takım hakları düzenlemektedirler. Bu nedenlerle çalışma sırasında öncelikli olarak 2. ve 3. fıkralar bağlamında duruşmayı incelemek, sonrasında ise içerisinde genel ilkenin de yer aldığı 1. fıkra bağlamında duruşmayı ele almak, 6. maddenin yapısına daha uygun düşecektir.

Bu bağlamda AİHS'nin 6. maddesinin 2.ve 3.fikrasında yer alan haklar bakımından duruşma devresi incelenirken, 2. ve 3. fıkralarda yer alan haklardan hangilerinin öncelikli olarak ele alınacağını belirlemede göz önünde bulundurduğumuz temel kıstas ise, duruşma hazırlığından itibaren gerçekleşen muhakeme sürecinde bu haklardan hangisinin kullanımının öncelikli olarak ortaya çıkacağı olmuştur. Ancak 6. madde kaleme alınırken, özellikle 3. fıkradaki haklar, belirlediğimiz kıstas doğrultusunda bir öncelik sırasına tabi tutulmuş olduklarından, yaptığımız sıralama 3. fıkradaki sıralamadan çok az bir fark göstermektedir. Bunun dışında 2. fıkrada düzenlenen ve muhakemenin geneli bakımından geçerli olan suçsuzluk karinesine ilişkin hakkın ise, gerek 2. fıkrada tek başına düzenlenmiş olması ve gerekse diğer haklara nazaran oldukça geniş bir muhtevası bulunması nedeniyle, bu bölümdeki son hak olarak ele alınması uygun görülmüştür.

Sonuç olarak bu bölümde sırasıyla; *isnadı öğrenme hakkı, savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı, kendi kendini savunma veya bir müdafinin yardımından faydalanma hakkı, tercümandan faydalanma hakkı, iddia makamı ile eşit koşullarda tanık çağrılmasını ve dinlenmesini talep etme ve tanıkları sorguya çekme hakkı* ve son olarak da *suçsuzluk karinesinden faydalanma hakkı* ele alınacak ve bu hakların duruşma devresindeki yansımaları irdelenecektir.

2. İSNADI ÖĞRENME HAKKI VE DURUŞMA

2.1. Genel Olarak

İsnadı öğrenme hakkı 6. maddenin 3. fıkrasının (a) bendinde açıkça güvence altına alınmıştır ve aynı fıkranın (b) bendinde koruma altına alınmış olan, savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmaya ilişkin hakla yakından ilişkilidir. Çünkü sanığın suçlamalara ilişkin gerektiği şekilde ve etkin bir savunma hazırlayabilmesinin en önemli ön şartı, isnadın ne olduğu konusunda bilgi sahibi olmasıdır. Neyle suçlandığını bilmeyen kimsenin buna ilişkin bir savunma hazırlaması da beklenemez.²⁵¹

İsnadın tür ve nedeni hakkında mümkün olduğunca erken haberdar olma hakkı, şüpheli veya sanığın şaşkınlık ve gafil avlanmaktan korunmasına hizmet etmektedir.²⁵²

²⁵¹ Hans-Meyer Ladewig, "Adil Yargılanma Hakkı-II", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Ankara: Çev. Hakan Hakeri, Seçkin Yayınevi, 2004), s.95

²⁵² Ambos, **a.g.m.**, s.28

CMK'nın 176. maddesinde bu hak sanık bakımından garanti altına alınmıştır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, *iddianame çağrı kağıdı ile birlikte sanığa tebliğ olunur*. Dolayısıyla mahkeme iddianameyi kabul edip duruşma gününü belirledikten sonra (CMK. m.175/2) sanığa iddianamenin bir suretini tebliğ etmelidir.²⁵³ Ayrıca CMK'nın 174. maddesinde iddianamenin iadesi kurumu da kabul edilerek, soruşturmanın eksiksiz yapılması ve isnadın, yargılama sırasında değil, soruşturmanın sonunda somutlaşmasının sağlanması amaçlanmıştır. Böylelikle sanığın, kendini hangi isnada karşı savunmak durumunda olduğunu, iddianame kendisine ulaştığı anda öğrenmesi hedeflenmiştir.²⁵⁴

İsnadı öğrenme hakkı kapsamında suçlanan kimse, isnadın türü ve sebebi hakkında anladığı bir dilde, geciktirilmeksizin, tam ve kapsamlı bir şekilde bilgilendirilmelidir.²⁵⁵ Ancak bilgilendirmenin en ince ayrıntıları da kapsar şekilde olması gerekli değildir. Önemli olan husus kişinin neyle suçlandığını ve savunmasını hazırlamak bakımından önem arzedecek hususları öğrenebilmesidir. AİHK da kişiye en ince detayların söylenmesinin, adil yargılanma hakkı bakımından gerekli olmadığına karar vermiştir. Bununla birlikte isnada ilişkin olarak sanığa verilecek bilginin, AİHS'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında güvence altına alınan, yakalanana yakalama sırasında yapılacak suçlamaya ilişkin açıklamalardan daha ayrıntılı olması gereklidir. Bu bağlamda sanığa sadece isnat edilen fiil değil, fiilin hukuki nitelendirmesinin de bildirilmesi gerekir. Nitekim maddede yer alan “isnadın türü ve sebebi” kelimelerinden hareketle bu sonuca varılabilecektir.²⁵⁶

İddianamenin unsurlarının düzenlendiği CMK'nın 170. maddesinde bu hususların dikkate alındığı görülmektedir. Buna göre, iddianamede sanığa yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri (CMK. m.170/3/h) ve suçun delilleri (CMK. m.170/3/i) muhakkak gösterilmelidir. Aksi takdirde bu unsurların eksikliği dolayısıyla iddianamenin reddi gerekecektir (CMK. m.174).²⁵⁷

²⁵³ Tutuklu olmayan sanığa tebliğ olunacak çağrı kağıdına mazereti olmaksızın gelmediği takdirde zorla getirileceği yazılır. Sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa bunun neden ibaret olduğunu bildirmesi istenir. Müdafî de sanıkla birlikte davet olunur (CMK. m.176).

²⁵⁴ Feyzioğlu, **CMK Değerlendirmesi**, s.38 vd.

²⁵⁵ Ladewig, **a.g.m.**, s.95

²⁵⁶ Schroeder, **Fair Trial**, s.54;

²⁵⁷ Her ne kadar isnat edilen fiilin hukuki nitelemesinin iddianamede bulunması bir zorunluluksa da, bunun yanlış yapılmış olması iddianamenin iadesi için bir neden oluşturmaz. Nitekim CMK'nın 174.

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde yer alan “*en kısa zamanda*” *bilgilendirilme* şartının niteliği tartışmalıdır. İsnad konusunda bilgilendirmenin duruşmadan önce olmasının zorunluluğu aşıkardır. Ancak şüpheli durumunda bulunan kimsenin de aslında muhakemenin soruşturma aşamasından itibaren kendisine yüklenen suç hakkında bilgi edinme hakkı vardır.²⁵⁸ Ancak ceza muhakemesinde duruşma devresini adil yargılanma hakkı bakımından ele alıyor olmamız nedeniyle, bizim burada inceleyeceğimiz husus, artık soruşturma evresi bitip, duruşma devresine geçmeden önce kişinin, soruşturma evresinde toplanan delillere bağlı olarak, hangi suçu işlemekten yargılanacağına ilişkin olarak bilgi sahibi edilmesidir. Bu bildirim kural olarak yazılı yapılması gereklidir.²⁵⁹ Ceza muhakemesinde, bu şartın yerine getirilmesinin en kolay ve mantıklı yolu ise, iddianamenin sanığa tebliğ edilmesidir. Bu bağlamda duruşma devresine geçilmeden önce, sanığa iddianamenin bir suretinin gönderilmesi ve duruşmaya başlanmadan önce de isnatlara ilişkin bir savunma yapabilmesinin mümkün kılınması gereklidir. Bunun aksine bir uygulamanın, duruşmada savunma tarafının etkinliğini kaybetmesi ve silahların eşitliğinde dengesizliğe yol açmak suretiyle çelişmeli muhakemenin gerçekleştirilememesi sonucunu doğuracağı açıktır.

AİHM'nin içtihatları ile de ortaya koyduğu üzere, şüpheli kimse daha önceden suçlamanın tür ve nedeni hakkında bilgilendirilmiş olsa dahi, iddianamenin ona ayrıca bildirilmesi gereklidir. Bu durum sadece iddianamenin daha önceki bildirimlerden farklı fiili ve hukuki unsurlar içermesi halinde geçerli değildir; ancak bu tür bir değişikliğin söz konusu olduğu hallerde bildirim yapılması daha büyük önem arzeder.²⁶⁰

Duruşma konusundaki bildirim, sanığın anladığı dilde yapılması zorunludur. 6. maddenin 3. fıkrasının (e) bendiyle paralellik arzeden bu düzenleme, muhakeme dilini

maddesinin 2. fıkrasında bu husus “*suçun hukuki nitelendirmesi nedeniyle iddianame iade edilmez.*” denilerek açıkça düzenlenmiştir.

²⁵⁸ Bu hakkın soruşturmanın en başından itibaren mi yoksa soruşturma belli bir aşamaya geldikten sonra mı doğacağı hususu tam bir netlik arzetmemekle birlikte, şüphelinin en azından ifadesine başvurulduğu ya da bir koruma tedbiriyle karşı karşıya kaldığı andan itibaren isnat hakkında bilgilendirilmesi gereklidir. Schroeder, **Fair Trial**, s.54.

Bu bağlamda isnadın tür ve nedeni hakkında haberdar edilme hakkı, sadece davanın açılmasıyla değil; bilakis bir kimseye kendisinin maddi olarak şüpheli olduğu bildirilir bildirilmez doğmaktadır. Ancak soruşturma evresi bu hak mutlak biçimde uygulanmamaktadır. Eğer şüpheli kimsenin muhakemenin selametine zarar vereceğine ilişkin makul şüphe nedenleri varsa, bu durumda bildirim daha sonraki bir zamana bırakılabilir. Ambos, **a.g.m.**, s.28

²⁵⁹ Ambos, **a.g.m.**, s.29

²⁶⁰ Ambos, **a.g.m.**, s.29; Kamasinski / Avusturya; Başvuru no: 9783/82 Karar tarihi: 19.12.1989 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

anlamayan kişiyi korumak amacıyla getirilmiştir. Anlamadığı dilde sanığa yapılacak herhangi bir bildirim, özellikle sanığın tam ehil bir çevirmen tutmaya maddi imkanının olmadığı hallerde, isnattan haberdar edilme hakkıyla ulaşılmaya çalışılan amaçlardan hiçbirisini gerçekleştirmeyecektir. Bu bağlamda isnada ilişkin bildirim sanığa anlamadığı bir dilde yapılması ile hiç yapılmaması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu hususun, bahsi geçen durumda bulunan sanık bakımından arzettiği önem nedeniyle, 3. fıkranın (a) bendinde açıkça belirtilmesi gereği duyulmuştur. Engelli sanık bakımından da muhakkak anlayabileceği şekilde ona isnadın anlatılmasının garanti altına alınması gerekir kanaatindeyiz. Nitekim muhakemenin üzerinden yürütüldüğü kişi olarak, engelli sanık da isnattan haberdar olma hakkına sahiptir. Aksi takdirde savunma hakkı önemli ölçüde kısıtlanmış olacaktır.

CMK'nın 202. maddesinde, duruşma sırasında meramını anlatacak derecede Türkçe bilmeyen sanığa bir tercüman atanması düzenlenmiş; duruşma sırasında iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaların tercüme edilmesi gerekliliği hükme bağlanmıştır (CMK. m.202/1).²⁶¹ Aynı şekilde engelli sanık bakımından, iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaların, onun anlayabileceği şekilde anlatılması öngörülmüştür (CMK. m.202/2). Aynı maddenin 3. fıkrasında ise soruşturma evresinde dinlenen şüpheli hakkında da bu hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak özellikle soruşturma sırasında hiç dinlenmemiş şüpheliye, iddianamenin çevrilerek tebliğ edileceği yahut da iddianamenin çevrilmesi için kendisine bir tercüman atanacağına ilişkin bir hüküm kanunda yer almamaktadır. Bu bağlamda yabancı veya engelli sanığa iddianame Türkçe olarak tebliğ edilecek, bunun çevrilmesi için de herhangi bir tercüman görevlendirilmeyecektir. Bu durumun yabancı veya engelli sanık açısından savunma hakkını önemli ölçüde kısıtlayacağı aşikardır. Özellikle yabancı veya engelli şüphelinin soruşturma boyunca hiç dinlenmediği hallerde, duruşmaya kadar tercüman yardımından faydalanamayacağı ve bu bağlamda isnadı da çoğu kez ancak duruşmada öğrenebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır ki, bu da adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurur.

²⁶¹ Maddenin ilk fıkrasında “meramını anlatabilecek ölçüde” ibaresi kullanılarak, hüküm sadece Türkçe bilmeyenler için değil, yeterli derecede Türkçe bilmeyen herkes için geçerli hale getirilerek AİHM içtihatları ile uyum sağlanmıştır. Şahin, **CMK Gazi Şerhi**, s.582

2.2. İsnad Edilen Fiilin Sonradan Maddi veya Hukuki Nitelik Değişirmesi

2.2.1. Genel Olarak

Kovuşturmaya geçilmeden önce isnat edilen ve sanığa tebliğ edilen iddianamede yer alan fiillerin veya bu fiillere ilişkin hukuki nitelermelerin sonradan duruşma devresinde değişiklik göstermesi mümkündür.²⁶² Nitekim mahkeme fiilin hukuki nitelmesi konusunda savcıdan farklı bir düşünceye sahip olabilecek veya duruşmada ortaya konulan delillere bağlı olarak uyuşmazlık konusu fiilin, cezaya etki eder şekilde iddianamede belirtilenden farklı şekilde gerçekleştiği sonucuna varılabilecektir. İşte tüm bu hallerde de sanığın isnaddan haberdar edilme hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim bu tür durumlarda savunma tarafının, haberdar olduğu isnada bağlı olarak yapacağı savunma çoğu kez anlamsız kalacaktır. Bu itibarla cezaya etki eden bu tür değişikliklerin savunmaya bildirilmesi ve savunma tarafının bu yeni durum uyarınca yeni bir savunma hazırlamasının mümkün kılınması adil yargılamanın önemli bir gereğidir.²⁶³

AİHK'nın içtihatlarına bakıldığı zaman, bu konuda komisyonun geniş bir bakış açısıyla konuyu ele aldığı görülmektedir. Şöyle ki; komisyon, isnad edilen fiilde sonradan değişiklik meydana gelmesi halinde, aynı türden olup, önem arzetmeyen diğer suçlara ilişkin olarak, sanığa haber verilmeksizin mahkumiyet kararı verilmesinin adil yargılamaya zarar vermeyeceği kanaatinde-dir.²⁶⁴ Ancak özellikle ceza bakımından önem arzeden her türlü isnad değişikliğinin sanığa bildirilmesi zorunluluktur.

2.2.1. Ek Savunma Hakkı Verilmesi İle Yetinilebilecek Haller

CMK'nın 226. maddesinde duruşma sırasında suçun niteliğinin değişmesi halinde ne şekilde hareket edileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre; suçun iddianamede belirtilen hukuki niteliği değişirse, bu değişiklikten sanık haberdar edilir ve yeni duruma göre savunmasını yapabilmesine imkan tanınır (CMK. m.226/1).²⁶⁵ Aksi takdirde ancak iddianamedeki nitelendirmeye göre karar verilebilir.²⁶⁶ Ek müdafaa veya ek savunma denilen bu tür durumlarda çoğu zaman sanığın yeni duruma göre müdafaasını

²⁶² Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.541

²⁶³ Ladewig, **a.g.m.**, s.95

²⁶⁴ Schroeder, **Fair Trial**, s.56

²⁶⁵ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.1226

²⁶⁶ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.296

hazırlayabilmesi için zamana ihtiyacı olur. Bu nedenle talep üzerine, ek savunma hazırlaması için sanığa süre ve duruşmaya da ara verilir.²⁶⁷

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, fiilin hukuki nitelendirmesinin, birbirine dönüşme imkanı bulunan suçların birinden diğerine dönüşmesi halinde ek savunma hakkının verilmesi gereklidir.²⁶⁸ Aynı şekilde fiilin hukuki nitelendirmesinin, suçun basit şeklinden nitelikli hallerinden birine dönüşmesi halinde de sanığa ek savunma hakkı verilmeksizin hükmün kurulması savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.²⁶⁹

Bu bağlamda örneğin sanık hakkında hırsızlıktan dava açılmış, ancak duruşma sırasında, fiilin hile kullanılmak suretiyle işlendiği anlaşılmışsa, bu durumda sanığa ek savunma hakkı verilecektir. Aynı şekilde iddianamede kasten yaralama ve hırsızlıktan iki ayrı dava açılmışsa, sonradan kasten yaralamayı oluşturan cebrin, mağdurun zilyetliğinde olan malı almak için uygulandığı ve bunların birleşik suç olan yağmayı oluşturduğu anlaşılırsa, bu durumda da sanığa ek savunma hakkı verilmesi gerekecektir.

Kanun suçun niteliğinde ortaya çıkan değişikliğin sanığın lehine veya aleyhine olması bakımında bir ayırım yapmamıştır. Bu itibarla suç niteliğinde ortaya çıkan değişiklik sanığın lehine olsa bile, sanığa ek savunma hakkı verilmesi gereklidir. Nitekim bu husus madde gerekçesinde de belirtilmiştir.²⁷⁰ Ancak bazı yazarlarca, fiilin hukuki nitelemesinin sanığın lehine olarak değişmesi halinde, sanığın ek savunması alınmaksızın da lehe olan nitelermeye uygun hüküm kurulması gerektiği ileri sürülmektedir.²⁷¹

²⁶⁷ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.540

²⁶⁸ Sanığın iddianamede açıklanan ve C. Savcısınca zorla ırza geçmeye kalkışmak şeklinde nitelendirilen tek eylemine ilişkin olarak gerekli soruşturmaları yaptıktan ve değişen suç vasfı nedeniyle ek savunmasını da aldıktan sonra, dosya içeriğine ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde zorla kız kaçırmaya eksik teşebbüs suçundan cezalandırılmasına karar verilen yerel mahkeme kararında yasaya aykırı bir yön bulunmadığından C. Başsavcılığının itirazının reddine karar verilmelidir. (CGK. 01.06.1987-197/335)

Sanık hakkında ırza tasaddiden dava açılmış, ağırlaşan vasfından dolayı ek savunma hakkı verilmeden ırza geçmeye eksik teşebbüsten mahkumiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir. (5. CD. 02.11.1989- 3519/5108) Erhan Günay, **Ceza Davalarında Ek Savunma ve Savunma Hakkının Kısıtlanması**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999), s.23 vd, 42

²⁶⁹ Hakaret suçundan TCK'nın 482/2. maddesinden dava açıldığı halde, sanığa savunma hakkı verilmeksizin 482/3. maddeye göre hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. (2. CD. 09.04.1987-3344/3678) Günay, **Ek Savunma**, s.27

²⁷⁰ Bkz. Şahin, **CMK Gazi Şerhi**, s.713

²⁷¹ Bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.1227; aynı görüşü paylaşan Centel-Zafer, ek savunma hakkı verilmesine ilişkin bu hükmün sanığın lehine konulmuş olduğunu ve bu nedenle onun aleyhine sonuç

2.2.2. Yeni İddianame Düzenlenmesini Gerektiren Haller

Sanık hakkında açılan davada, isnat edilen fiilin nitelik değiştirmesi halinde yukarıdaki gibi ek savunma hakkı verilmek suretiyle dava hükme bağlanabilecektir. Ancak sanığın iddianamede belirtilen fiilden daha başka bir fiil işlediği duruşma sırasında ortaya çıkarsa, bu durumda ek savunma hakkı verilmesi suretiyle hükmün kurulması mümkün değildir.²⁷² Nitekim CMK'nın 225. maddesinin 1. fıkrasında da belirtildiği üzere, *hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve fail hakkında verilir*. Duruşma sırasında yeni bir fiilin ortaya çıkması halinde, bu yeni fiile göre de hüküm kurulması durumunda, iddianamede belirtilen fiille, hükmün verildiği fiiller farklı olacaktır. Bu itibarla davasız yargılama olmaz ilkesinin doğal bir sonucu olarak, söz konusu fiile ilişkin iddianame düzenlenmeksizin, bu fiil hakkında hüküm kurulması hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz üzere, kişi hakkında yapılan her yeni fiile ilişkin isnadın, sanığa yazılı olarak bildirilmesi adil yargılanama hakkının önemli bir gereğidir. Bu itibarla yeni ortaya çıkan fiil hakkında hüküm kurulabilmesi için, fiil hakkında dava açılması ve davanın açıldığı iddianamenin de sanığa bildirilmesi gereklidir.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre de, unsurları ve mahiyeti ayrı olan, yek diğerine dönüşmesi mümkün olmayan suçlarda ek savunma hakkı verilmesi suretiyle hüküm kurulması yerine, yeni iddianame düzenlenmesi suretiyle dava açılmasının zorunluluğu kabul edilmiştir.²⁷³

Bu bağlamda örneğin sanık hakkında hırsızlıktan dava açılmış; ancak iddianamede her hangi bir şekilde cebir kullanılmasına ilişkin bir ibare yer almamışsa; duruşma sırasında sanık hakkında hırsızlığın maddi konusunu oluşturan malı almak için cebir kullandığının ortaya çıkması halinde artık sanığa ek savunma hakkı verilmek suretiyle yağmadan hüküm kurulamayacağı kanaatindeyiz. Çünkü her ne kadar

doğuracak şekilde kullanılmasının yorum kurallarıyla bağdaşmayacağını ileri sürerek görüşlerini gerekçelendirmektedirler. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.541 vd.

²⁷² Bu konuda eski kanun ve yeni kanun arasında önemli farklar bulunmaktadır. CMUK'un 259. maddesinde, sanığın iddianamede belirtilen suçtan başka bir suçu işlemiş olduğunun duruşma sırasında ortaya çıkması halinde, savcının talebi üzerine ve sanığın da muvafakat etmesiyle, bu sonradan ortaya çıkan suç hakkında da duruşması yapılmakta olan işle birlikte hüküm verilebiliyordu. Buna sözlü iddianame denilmekteydi. CMK ise bu sözlü iddianame usulüne tamamen son vermiştir. Bu bağlamda sonradan ortaya çıkan suç hakkında yeniden soruşturma yapılarak iddianame düzenlenecektir. Bu yenilik savunma hakkı açısından da son derece yerinde olmuştur. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.876 vd.

²⁷³ Günay, **Ek Savunma**, s.24

hırsızlıktan dava açılmış olsa da, cebir fiiline ilişkin olarak iddianamede her hangi bir isnat bulunmamaktadır. Bu itibarla sanık hakkında yağma fiili nedeniyle yeni iddianame düzenlenmek suretiyle dava açılmalı ve bu şekilde hüküm kurulmalıdır.²⁷⁴

3. SAVUNMAYI HAZIRLAMAK İÇİN GEREKLİ ZAMAN VE KOLAYLIKLARA SAHİP OLMA HAKKI VE DURUŞMA

3.1. Genel Olarak

6. maddenin 3 fıkrasının (b) bendinde açıkça koruma altına alınan bu hak iki açıdan önem arz etmektedir. Birincisi, bu hak, sanığın savunmasını hazırlayabilmek için gerekli zamana sahip olmasını güvencelemektedir. Nitekim gerekli zaman tanınmaksızın sanığa savunma hakkını tanımak, çoğu kez kişiye hiç savunma hakkı tanımadan onu yargılamayla aynı sonucunu doğurmaktadır. İsnaddan haberdar olan, ancak onu anlayıp üzerine düşünmeden mahkeme önüne çıkarılmış kimsenin, gerektiği şekilde savunmasını yapamamak bakımından, çoğu kez isnaddan hiç haberdar olmayan sanıktan bir farkı yoktur. Bu itibarla kişiye gerekli zamanın tanınması bakımından bu hak çok önemlidir.

Bu hakkı önemli kılan ikinci husus ise, kişinin gerekli kolaylıklara sahip olmasına ilişkindir. Nitekim şüpheli veya sanığın savunmasını bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle veya yalnız hazırlarken bir takım bilgilere ihtiyacı olacağı aşıkardır. Bu nedenle kendisi aleyhine ve lehine toplanan delillerden sanığın haberdar edilmesi bir zorunluluktur. Bu bakımdan sanık duruşma hazırlığı ve duruşma sırasında dosyanın içinde bulunan veya adı geçen tüm delilleri inceleme, dosya içerisindeki belgelerin birer nüshasını alma hakkına sahiptir. Aksi takdirde kişi aleyhine

²⁷⁴ Hükümün konusu iddianamede gösterilen fiildir. Ancak mahkeme iddianamede gösterilen fiilin niteliğini takdir ederken iddia ve savunmalarla bağlı değildir. Buna karşılık fiille bağlıdır. Yani dava konusu fiille hükümün konusunu oluşturan fiil arasında ayniyet bulunması gerekir. Bu itibarla hangi fiilden dava açılmışsa ancak o fiilden hüküm kurulabilir. Ayrı fiil oluşturan fiillerden birisinden açılan davada suçun hukuki nitelik değiştirdiğinden bahisle ek savunma hakkı verilerek diğerinden de hüküm kurulamaz. İncelenen dosyadaki iddianamede sanığın fiili hakaret olarak hakaret olarak nitelendirilip sadece bu suçtan dava açılmış, ayrı bir suç oluşturan görevli memura etkin direnme eyleminden söz edilmemiştir. Bu durumda görevli memura etkin direnme suçundan açılmış bir dava bulunmadığı açıktır. (CGK. 12.12.1994; E. 1994/4-313; K. 1994/333) Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.877;

İddianamede müşteki K.Y.'nin soyunma odasına bıraktığı pantolonunun cebinden parasının çalındığı iddiasıyla TCK'nın 493/2. ve 522/1. maddeleri uyarınca kamu davası açılmış, iddianamede kimliği tespit edilemeyen diğer mağdurların da parasının çalındığından söz edilmemiştir. Hükümün konusunun iddianamede belirtilen fiil olması gerekliliğinden dolayı, iddianamede yer alamayan diğer kimlikleri tespit edilemeyen mağdurların da parasının çalındığından bahisle duruşmada TCK'nın 80. maddesinde düzenlenen müteselsil suçtan ek savunma hakkı verilerek hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. (6. CD.01.07.1997-5794/7435) Günay, **Ek Savunma**, s.25

ve lehine delillerden haberdar olmadan bir savunma hazırlayacak, bu da savunma hakkının kısıtlanmasına neden olacaktır.

3.2. Savunmayı Hazırlamak İçin Gerekli Zamana Sahip Olma

Kişinin mahkeme önünde sunacağı savunmasını gerektiği şekilde hazırlayabilmesinin öncelikli şartı bunun için gerekli zamana sahip olmasıdır. Kişinin gerekli zamana sahip olması ile kastedilen en basit anlamıyla, iddianamenin sanığa tebliği ile duruşma günü arasında çok kısa bir zaman aralığının bulunmamasıdır. Gerekli zamana sahip olmayan kişinin, kendisi hakkında yapılan isnadları inceleyip anlayabilmesi ve bunlara karşı gerekli savunmayı hazırlayabilmesi, hatta kendi ileri süreceği delilleri araştırıp elde edebilmesi mümkün olmaz. Böyle bir durumda ortaya çıkması halinde ise sanığın adil yargılanma hakkı zedelenecektir.²⁷⁵

Tanınması gereken makul süre belirli sabit bir süreyi değil; her somut olaya, uyuşmazlık dosyasının hacmine ve delillerin çeşitliliğine bağlı olarak değişen bir süreyi ifade etmektedir.²⁷⁶ Bu itibarla savunmayı hazırlamak için sanığa gerekli zamanının tanınıp tanınmadığı tespit edilirken bu hususların dikkate alınması gereklidir. Onlarca klasör dosyanın delil olduğu ve isnadların genel olarak bu delillere dayandığı cezai uyuşmazlıklarda, sanığa iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında, savunmasını hazırlamak için on günlük bir süre verilmesi yeterli olmazken, çok daha az kapsamlı belge ve diğer delillere dayanan isnadlara ilişkin uyuşmazlıklarda aynı süre yeterli sayılabilecektir. Örnek olarak sözleşme organları, Kremzow / Avusturya kararında 49 sayfalık dosya bakımından savunma hazırlamak için 3 haftalık zaman dilimini yeterli bulmuş, müdafinin kendisinin bizzat fotokopi çekmek zorunda olduğu 17.000 sayfalık doküman bakımından savunmayı hazırlamak için tanınan iki haftalık süreyi Öcalan / Türkiye kararında yetersiz bulmuştur.²⁷⁷ Mahkeme, Campell ve Fell / Birleşik Krallık

²⁷⁵ Nitekim bir çok uyuşmazlıkta sanık kovuşturma evresine geçildiğini çağrı kağıdı aldığı anda öğrenmiş olur. Bu durumda sanık ancak bundan sonra müdafaa için gerekli faaliyetlere başlayacak, lehine deliller arayacak, aleyhe delilleri çürütmeye ilişkin delilleri edinmeye çalışacak, teknik müşavirlere başvuracak, müdafii arayacak ve belki iyi bir müdafii yardımından faydalanmak için gerekli olan parayı tedarik yolları arayacaktır. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.1172

²⁷⁶ Ladewig, **a.g.m.**, s.95

²⁷⁷ Ambos, **a.g.m.**, s.33

davasında ise, müdafinin ayrıca talepte bulunmamasını da göz önünde bulundurarak, savunmayı hazırlamak için tanınan beş günlük sürenin yeterli olduğuna hükmetmiştir.²⁷⁸

Ancak genelde ceza muhakemesi kanunlarında, davalar nasıl bir içeriğe sahip olursa olsun, ne kadar hacimsiz ve küçük dosyaları bulunursa bulunsun, dışarıdan dosyanın içeriğine bağlı olarak savunmanın hazırlanması ne kadar kolay görünürse görünsün, tüm cezai uyuşmazlıklar bakımından sanığa savunmasını hazırlaması için tanınması gereken bir minimum süre öngörülmüştür. Ancak bu süre alt sınırı gösteren bir süredir ve her uyuşmazlık bakımından sanığa bu sürenin tanınmış olması yeterli olmayabilir. Bu itibarla duruşma günü tayin edilirken, sanığa iddianamenin ne zaman ulaşacağı ve dosyanın kapsamı dikkate alınarak, kanundaki bu minimum sürenin yeterli olup olmayacağı ayrıca tetkik edilmeli ve süre ona göre belirlenmelidir. Eğer ilk oturumda talep üzerine sürenin yetersiz olduğu anlaşılırsa, bu durumda duruşmaya ara vermek gereklidir.²⁷⁹

CMK'nın 176. maddesinin 4. fıkrasında sanığa çağrı kağıdı ve iddianamenin tebliği ile duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerektiği hüküm altına alınmıştır.²⁸⁰ Bu süreye uygun davranılması için, mahkeme duruşma gününü tayin ederken, bu tarihin sanığın eline geçeceği zamanı da dikkate almalıdır. Dolayısıyla duruşma gününün ve iddianamenin sanığa tebliğ edilmesi sırasında, postada geçecek süreler de dikkate alınmalı ve duruşma günü buna göre tayin edilmelidir. 176. maddede belirtilen bu süreye uyulmaması halinde, sanık duruşmaya ara verilmesini isteme hakkına sahiptir. Mahkeme de sanığa bu durumu bildirecek ve duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğunu hatırlatacaktır (CMK. m.190/2).²⁸¹

²⁷⁸ Campell ve Fell / Birleşik Krallık; Başvuru no: 7819/77 Karar tarihi: 28.06.1984 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

²⁷⁹ Ladewig, **a.g.m.**, s.95 vd.

²⁸⁰ Sanığa ve diğer ilgililere duruşma günü tebliğ edilirken saat gösterilmesi Tebligat Kanununun gereğidir (m.62). Kaldı ki hiçbir yazılı hukuk normu bulunmasa da bu bir ihtiyaçtır ve hukukun temel gayelerinden birisi de kendi alanına ilişkin ihtiyaçlara cevap verebilmektir. Uygulamada çoğu defa aynı saate birkaç duruşma konmakta yahut duruşmalar arasındaki fasilalar etmeyecek kadar kısa tutulmakta, bu yüzden saatlere riayet edilememekte ve ilgililere çok vakit kaybettirilmektedir. Ancak hukuk devletlerinde ceza muhakemesi gerek sanığın gerekse muhakemeye katılan diğer bireylerin haklarına saygı göstermek suretiyle maddi gerçeği araştırmalıdır. Bu nedenle gerçekleştirilen ceza muhakemesi faaliyeti sırasında bu tür sorunların giderilmesi ve kişilerin mağdur edilmemesi hukuk devleti olmanın da önemli bir gereğidir. Bu konuda bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.1181, dipnot 19

²⁸¹ Ceza muhakemesi bir işlemler bütünüdür. Bu bütün içerisinde, bir hukuki sonuca ulaşmak ve yargılamayı ilerletmek için yapılmış olan her bir işlem, muhakeme işlemi olarak isimlendirilir. Bu işlemler yapılışı sırasında hukuki gereklere riayet edilmezse, işlemlerde bir takım sakatlıklar doğar ve bu sakatlıklara bağlı olarak bir takım yaptırımlar ortaya çıkar. Muhakeme işlemlerindeki sakatlıkların yaptırımlarından bir tanesi de nisbi butlan ya da iptal edilebilirliktir. Yetkili merciin, işlemdeki sakatlığı

Daha önce de belirttiğimiz üzere, CMK'da gösterilen bu bir haftalık süre, minimum süredir. Mahkeme, davanın zorluğunu ve dosya hacmini dikkate alarak, bu sürenin yeterli olup olmayacağını takdir etme ve buna göre söz konusu süreyi daha uzun belirleme yükümlülüğü altındadır. Mahkemenin bu takdir yetkisini gerektiği şekilde kullanıp kullanmadığı sözleşme organlarınca her zaman denetlenebilecektir.

3.3. Savunmayı Hazırlamak İçin Gerekli Kolaylıklara Sahip Olma

Savunmasını bizzat veya müdafii yardımıyla hazırlaması sırasında, savunma bakımından önemli her hususta, muhakemenin gidişatı açısından tehlike arz etmemek kaydıyla, sanığa her türlü kolaylığın sağlanması gerekir. Soruşturma ve kovuşturma organlarının kişinin savunması bakımından gerekli hususlarda, sanığa zorluk çıkartmaları ve onu yıldırmaya çalışmaları adil yargılama ilkesini temelden zedeleyecektir.

İsnad altındaki kişiye gerekli kolaylıkların sağlanmasının başında onun dava dosyasının içeriğinde yer alan delilleri inceleme yetkisi gelmektedir. Silahların eşitliği ilkesinin de önemli bir gereği olan dosyayı inceleme hakkı, özellikle duruşma bakımından sanığa tanınması gerekliliği tartışmasız bir haktır.²⁸² Bu itibarla şüpheliye en geç iddianamenin kabulüyle birlikte dosyadaki belgeleri inceleme yetkisi tanınmalıdır.²⁸³

CMK, dosyayı inceleme yetkisini sadece müdafii bakımından düzenlenmiştir (CMK. m.153). Ancak kovuşturma bakımından bu hakkın muhakkak surette sanık bakımından da kabul edilmesi gereklidir. Her ne kadar soruşturmanın gizliliğine ilişkin

re'sen değil de; tarafların ileri sürmesine bağlı olarak inceleyip geçersiz sayabildiği hallerde bu yaptırım türünden bahsedilir. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.469 vd.,480 vd.; işte iddianamenin tebliği ile duruşma gün arasındaki bir haftalık süreye riayet edilmeksizin duruşma gününün tayini de kanaatimizce, nisbi butlana tabi bir işlemdir. Nitekim bu süreye riayet edilmemesi halinde işlemin iptal edilip yeni bir duruşma tarihinin tespiti; ancak bunun sanık tarafından talep edilmesi halinde söz konusu olacaktır. Aynı yönde bkz. Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.166

²⁸²Ancak özellikle soruşturma evresi bakımından dosyayı inceleme hakkının ne zamana kadar geriye yürüyeceği sözleşme organları tarafından şu ana kadar tam olarak tespit edilmemiştir. Ambos, **a.g.m.**, s.30

Buna rağmen Esser ve Ambos gibi yazarlarca bu hakkın soruşturma evresini de kapsar şekilde ele alınması gerekliliği kabul edilmektedir. Özellikle müdafii olmayan sanığın soruşturma dosyasını inceleyememesi, bu bağlamda haksızlığa neden olabilecektir. Ayrıca özellikle devletçe atanmış müdafinin söz konusu olduğu hallerde, müdafii ile şüpheli arasında tam bir güven ilişkisi olmazsa, müdafii dosya inceleme yetkisini kullanmaz ve şüpheliyi dosya hakkında bilgilendirmezse, şüpheli bakımından önemli bir dezavantajın doğacağı aşikardır. Esser, **a.g.e.**, s.425; Ambos, **a.g.m.**, s.31

²⁸³ Ladewig, **a.g.m.**, s.96

bir kural olsa da, özellikle kovuşturma bakımından geçerli olan ilke aleniyettir ve ilgililerin kovuşturma sırasında dava dosyasını incelemesi hiçbir şekilde engellenmemelidir. Ayrıca sanığın dosyayı inceleyebileceğine ilişkin CMK’da açık bir hüküm olmasa da, bunu yasaklayan bir hüküm de yoktur. Bu itibarla savunma hakkı bakımından önemli olan bu hususun muhakkak sanığa tanınması gerekir. Nitekim aksi uygulamalar savunmanın iddia karşısında zayıf kalmasına yol açacak ve muhakemede arzu edilen çelişmenin sağlanması imkansız kılacaktır.²⁸⁴ Bu nedenle böyle bir taleple karşılaşan mahkeme doğrudan, Anayasanın 90. maddesi gereği kanunlara göre üst norm olan AİHS’nin 6. maddesine dayanmak suretiyle sanığa bu hakkı tanıyabilecektir ve de tanınmalıdır.²⁸⁵ Bu bağlamda, özellikle duruşma sırasında kendisine dosya inceleme hakkı tanınmayan müdafisiz sanıkların AİHM’ye başvurdukları her durumda Türkiye aleyhine mahkumiyet kararının çıkması kaçınılmazdır. Tartışmaların önüne geçmek ve hukuki belirlilik adına, kanun

²⁸⁴ CMK’daki düzenlemeler bakımından soruşturma evresine ilişkin olarak da şüphelinin dosyayı inceleyip inceleyemeyeceği hususu tartışmalıdır. Nitekim kanunda kovuşturma bakımından olduğu gibi soruşturma bakımından da şüphelinin dosyayı inceleyip inceleyemeyeceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Bazı yazarlar bu hakkın sadece CMK m.153’ün hükmüyle müdafie tanındığı kanaatindeyler. Bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.157; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.483; Özbek ise bu hakkın şüpheli ve sanığa tanınıp tanınmadığının kanunda netlik arzemediğini ve bu nedenle de tartışmalı olduğunu vurguladıktan sonra, bu hakkın şüpheli ve sanığa da tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.672; Kanaatimizce, eğer soruşturmanın gidişatına zarar vermeyecekse, kovuşturmada olduğu gibi soruşturma sırasında da, faaliyetin merkezinde bulunan kişi olarak şüpheliye dosyayı inceleme hakkı tanınmalıdır. Eğer bu durumun soruşturmanın selameti açısından zararlı sonuçlar doğuracağı düşünülüyorsa, tıpkı müdafii bakımından söz konusu olduğu gibi, bu hakkın da hakim kararıyla kısıtlanması yolu açık tutulmalıdır. Ancak kamusal bir organ olma vasfı nedeniyle müdafie tanınan soruşturma dosyasını inceleme hakkı dolayısıyla, müdafii bulunmayan şüpheliye tanımamak doğru değildir kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. Schroeder, **Fair Trial**, s.62 vd. her ne kadar konu tartışmalı olsa da kanaatimizce CMK’daki mevcut düzenlemeler de buna imkan vermektedir. Nitekim soruşturmanın gizliliğinin düzenlendiği CMK’nın 157. maddesinde, “*Kanunun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.*” denilmektedir. Özellikle müdafii olmayan şüphelinin dosyayı incelemesinin savunma hakkına büyük vereceği zarar düşünüldüğünde, soruşturma evresinde de dosyayı görmek yetkisinin şüpheliye de tanınmasının zorunlu olduğu kanaatindeyiz.

Bu bağlamda AİHM’nin Öcalan / Türkiye kararında vardığı sonuç çok önemlidir: Bu davada şüpheli, müdafii olmasına rağmen, soruşturma dosyasını bizzat görmek istemiş, ancak bu talep kabul edilmemiştir. Özellikle başvuruda bulunanın yönetici kişiliğini dikkate alan mahkeme, müdafii olmasına rağmen, onun savunmanın bakış açısını ve dayanak noktalarını bilmeye en ehil kişi olduğuna (best able) ve bu nedenle dosyayı incelemesi gerektiğine karar vermiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Öcalan’ın bir avukatı olması ve ona dosyanın açılmasına rağmen, Öcalan’a bizzat dosyanın gösterilmemesinin adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna karar verilmesidir. Öcalan / Türkiye; Başvuru no: 46221/99 Karar tarihi: 12.03.2003 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

²⁸⁵ Bu konuda bkz. yukarıda I. Bölüm, 2.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

koyucunun, silahların eşitliği ilkesinin önemli bir gereği olan dosya inceleme hakkını sanığa tanınması ve bu hususu kanunda açıkça düzenlemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Sanığın dosyayı incelenmesinin, onun dosyaya ve dolayısıyla davaya zarar verebileceği, vs. gibi nedenlerle engellenebileceği ileri sürülmektedir. Ancak teknolojinin ve fotokopi imkanlarının bu derece geliştiği bir çağda bu gerekçenin yeterli olmadığı ortadadır.²⁸⁶ Her ne kadar çok geniş kapsamlı dosyaların bu şekilde çoğaltılması önemli bir masraf ve iş gücü gerektirse de, hukuk devletinde, bu tür zorluklara rağmen söz konusu imkanların bireylere tanınması gerekir kanaatindeyiz. Nitekim *devlet olmak zor ve pahalı bir iş; hukuk devleti olmak ise, çok daha zor ve daha pahalı bir iştir.*²⁸⁷

Savunmayı hazırlamak için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkının içinde, müdafiden faydalanma hakkıyla yakından ilişkili bir hak olan, müdafii ile görüşme hakkı da girer. Nitekim özellikle tutuklu bulunan sanık, savunmasını hazırlamak için bir müdafiiin yardımına ihtiyaç duyarsa, onunla kimsenin duyamayacağı bir ortamda rahatlıkla görüşme hakkına sahip olmalı ve müdafii ile birlikte savunmasını hazırlayabilmelidir. Bu tür bir talepte bulunan kişiye gerekli kolaylığın sağlanması da, adil bir yargılamanın yapılabilmesi için sanığa tanınması gereken kolaylıklardandır.²⁸⁸

5. KENDİ KENDİNİ SAVUNMA VEYA BİR MÜDAFİİN YARDIMINDAN FAYDALANMA HAKKI VE DURUŞMA

Genel Olarak

AİHS m.6'nın 3. fıkrasının (c) bendine göre; suç isnadı altında bulunan kimse, *kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek hakkına sahiptir.* Savunma hakkının önemine binaen, isnat altındaki

²⁸⁶ Schroeder, **Fair Trial**, s.62

²⁸⁷ Bu sözler, kendisinden 2002-2003 öğretim yılında "Uluslararası Ceza Mahkemesi" doktora dersini aldığımız sırada, başka bir yerde tutuklu veya mahkum bulunan sanığın, duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin olarak Doç Dr. Metin Feyzioğlu tarafından ifade edilmiştir. Her hangi bir yerde yazılı olarak rastlamadığımız, ancak kendimize maletmekten de kaçındığımız için bu açıklamayı yapma gereği hissettik.

²⁸⁸ Schroeder, **Fair Trial**, s.68; Bu bağlamda, aşağıda da daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, sanığın duruşma sırasında bir müdafiiin yardımından faydalanması halinde, müdafiiin de süjelik statüsü itibarıyla sanıktan bağımsız olarak dava dosyası ve delilleri inceleme yetkisine haiz olduğunu ayrıca vurgulamak gerekir.

kişinin kendini savunma şekillerine ilişkin haklar bu bentte açıkça teminat altına alınmıştır. Kendi kendini veya bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle savunma hakkı, sadece duruşma bakımından değil, soruşturma evresi bakımından da geçerli bir haktır.²⁸⁹ Ancak burada inceleme konumuz nedeniyle sadece duruşma bakımından önem arzeden hususlar ele alınacaktır.

Bu düzenleme ile isnat altında bulunan kişi bakımından açıkça teminat altına alınan savunma şekilleri; *kendisini bizzat savunması, isteğe bağlı müdafiden faydalanmak suretiyle savunması ve zorunlu müdafiden faydalanmak suretiyle savunmasıdır.*²⁹⁰ Aşağıda bu üç hak ayrıntılı olarak incelenecektir. İnceleme yapılırken öncelikli olarak kişinin kendi kendini bizatihi savunması daha sonra ise müdafiden faydalanmak suretiyle savunması ele alınacaktır. Müdafiden faydalanma hakkı ise iki alt başlığa ayrılacak ve öncelikle isteğe bağlı müdafiden faydalanmak suretiyle savunma, daha sonra ise zorunlu müdafiden faydalanmak suretiyle savunma incelenecektir.

4.2.Kişinin Kendi Kendini Savunma Hakkı

6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinde ilk olarak zikredilen ve teminat altına hak, kişinin kendi kendini savunmasına ilişkindir. Eğer *adaletin selameti bakımından zorunluluk arzetmiyorsa*, sanığın mahkeme önünde kendisini muhakkak bir müdafinin yardımıyla savunmasına gerek yoktur. Kişi savunmasını bizatihi de yapabilir.²⁹¹

Bu hakkının gereği olarak sanık, duruşma sırasında tüm işlemlerde muhakkak hazır bulunma hakkına sahip olmalı, mahkeme önünde beyanda bulunabilmeli ve kendisi aleyhinde bulunulan iddialara cevap verme imkanına sahip olmalıdır. Bu bağlamda kişinin kendi kendini savunma hakkının, hukuki dinlenilme ve çelişmeli muhakemeye ilişkin haklarla yakından ilişkili olduğu görülmektedir.²⁹²

Kendi kendini savunma hakkı, kişinin bir müdafiden faydalandığı hallerde de söz konusudur. Nitekim müdafii ve sanık savunmayı birlikte teşkil eden ama farklı süjellikleri bulunan bireylerdir. Bu itibarla, sanığın kendisine bir müdafii ataması, bireysel savunma yapmaktan tamamen vazgeçtiği anlamına gelmemektedir. Bilakis

²⁸⁹ Leigh, **a.g.m.**, s.354

²⁹⁰ Ladewig, **a.g.m.**, s.96; Ambos, **a.g.m.**, s.34

²⁹¹ Christoph Grabenwarter, “Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md.6)”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Ankara: Çev. Osman Can, Seçkin Yayınevi, 2004), s.234

²⁹² Ambos, **a.g.m.**, s.35

müdafinin yardımından faydalandığı hallerde de, sanığın mahkeme huzurunda bizatihi bulunma ve sorgu hakkı gibi hakları mevcut olmaya devam etmektedir.²⁹³

Sanığın kendi kendini savunma hakkının bir gereği olarak ortaya çıkan duruşmada hazır bulunma hakkı, sanığın bu hakkından iradesiyle vazgeçtiği hallerde dahi bulunmaya devam etmektedir. Bu itibarla duruşmadan kaçan veya bağışık tutulan sanık da istediği zaman savunma hakkının bir gereği olarak duruşmalara katılmaya devam edebilir.²⁹⁴ Savunma hakkının önemli bir yansıması olan sorguya ve duruşmada hazır bulunmaya ilişkin haklar, sözleşme organlarının genel ilke olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından çıkarsadığı haklardan olduklarından, dördüncü bölümde hakkaniyete uygun yargılama başlığı altında daha ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu itibarla buradaki açıklamaların fazla uzun tutulmaması uygun görülmüştür.

4.4. Bir Müdafinin Yardımından Faydalanmak Suretiyle Savunma Hakkı

4.3.1. Genel Olarak

6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinden de anlaşıldığı üzere sanık kendi kendini savunabileceği gibi, bir müdafinin yardımından da faydalanabilecektir. Özellikle iddia makamı karşısında sanığın savunmada yalnız kalması durumunda, muhakemede çoğu kez istenilen dengenin ve silahlarda eşitliğin sağlanmasını mümkün kılmayacağından, sanığın bir müdafinin yardımından faydalanması, muhakemenin adil bir şekilde gerçekleşebilmesi bakımından büyük önem ifade etmektedir.²⁹⁵

Kural olarak bu hakkı kullanıp kullanmamak sanığın iradesine bağlıdır. Ancak bazı durumlarda kanun koyucu, sanığın içinde bulunduğu belli koşulları dikkate alarak, onun bir müdafinin yardımından faydalanmasını zorunlu kılmış olabilir. Bu tür durumlarda, sanığın, ancak bir müdafinin yardımıyla gerektiği şekilde savunmasını yapabileceği kabul edilmektedir. Böylelikle etkin bir savunma ve iddianın çelişmesi sağlanacak ve sonuçta maddi gerçek mümkün olan en doğru haliyle ortaya konulacaktır. Nitekim cezai uyuşmazlıklar sonucunda, suçluların cezalandırılmasında olduğu kadar, masumların serbest kalmasında ve suçluların hak ettiklerinden fazla ceza ile

²⁹³ Bkz. Centel, **Müdafii**, ; Ancak bazı zorunlu durumlarda sanık olmaksızın sadece müdafinin katılması muhakeme işleminin hakkaniyete uygun sayılması bakımından yeterli sayılabilmektedir. Sanığın yüzüne karşı tanığın konuşamadığı hallerde, sadece müdafinin duruşma salonunda bulunması ve sanığın dışarı çıkartılması bu tür durumlara örnek olarak verilebilir.

²⁹⁴ Grabenwarter, **a.g.m.**, s.234

²⁹⁵ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.135

cezalandırılmamasında da topluma ait önemli bir menfaat söz konusudur.²⁹⁶ Müdafî kamu adına görev yaparak, topluma ait bu menfaati korumaya hizmet etmektedir.²⁹⁷

Bir insan ne kadar iyi hukuk bilgisine sahip olursa olsun, ne kadar özgüveni ve iyi hitabet yeteneği bulunursa bulunsun, kendisi hakkında gerçekleştirilecek bir ceza muhakemesinde, muhakemenin merkezinde olan süje olarak psikolojik baskı altında olacak ve bu nedenle çoğu kez kendisini gerektiği gibi savunamayacaktır.²⁹⁸ Nitekim sanık, bir taraftan ceza iddiasıyla birlikte toplum düzenini ihlal eden ve anti sosyal davranışta bulunan kişi olarak itham edilmenin manevi ağırlığıyla yüzleşmekte, diğer taraftan da muhakeme sonunda cezai sonuçlarla karşı karşıya kalma tehlikesini sürekli olarak aklının bir köşesinde bulundurmaktadır. Bu nedenle kendisi defalarca ceza avukatlığı yapmış bir kimsenin bile, kendisiyle ilgili ağır cezai uyuşmazlıklarda, muhakkak bir müdafîin yardımından faydalanması gerekir.

6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendindeki açık hüküm karşısında eğer sanık kendisine bir müdafî atayacak durumda değilse; ona devlet tarafından ücretsiz bir müdafîin atanması taraf devletlere getirilmiş bir yükümlülüktür.²⁹⁹ AİHK ve AİHM, ilk önceleri, m.6/3/c’de yer alan “*adaletin selameti gerektiriyorsa*” ifadesinin, bendin bütününe ilişkin olduğunu kabul etmişlerdi. Bir başka deyişle söz konusu merciler, bir müdafîin görevlendirilmesinin, sadece adli hizmetlerin görülmesi bakımından zorunlu ise adil yargılamanın bir gereği sayılacağı kanaatindeydiler. Ancak komisyon ve mahkemenin bu kararları doktrinde oldukça çok eleştirildi. Bu gelişmeler sonucunda AİHM, 1983 yılında Pakelli / Almanya davasında bu görüşünden vazgeçmiş, ilgili bentte yer alan “*adaletin selameti gerektiriyorsa*” ifadesini, müdafîin ücretinin devlet tarafından ödendiği hallere münhasır olarak kabul etmiştir.³⁰⁰

Ceza Muhakemesi Kanununda da müdafiden faydalanma hakkı açıkça güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda şüpheli ve sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabilir; kanuni temsilcisi varsa o da şüpheli veya sanığa müdafî seçebilir (CMK. m.149/1) Kanun koyucu duruşma devresi bakımından sanığın yardımından faydalanacağı müdafî sayısına ilişkin

²⁹⁶ Filiz Tepecik-Hakan Karakehya, “Sanığa Atanmış Müdafîini Seçme Hakkı Tanınması Üzerine Düşünceler”, **Güncel Hukuk**, Mart 2007, s.44

²⁹⁷ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.219

²⁹⁸ Beulke, **a.g.e.**, s.89

²⁹⁹ Ladewig, **a.g.m.**, s.96

³⁰⁰ Schroeder, **Fair Trial**, s.62; Pakelli / Almanya; Başvuru no: 8398/78 Karar tarihi: 25.04.1983

bir sınırlama getirmemiştir. Dolayısıyla duruşma salonunun elverdiği ölçüler içerisinde sanık dilediği kadar müdafii yardımından faydalanabilecektir.³⁰¹

Taraf devletlerin iç hukuklarında sanığın, devlet tarafından atanacak ve ücreti devletçe karşılanacak müdafii seçme hakkının bulunmaması, adil yargılanma hakkı bakımından bir önem ifade etmemektedir. Bu durumda sanığa herhangi bir müdafii atanmış olması, hakkın yerine getirilmiş olması bakımından yeterlidir.³⁰² Ancak taraf devletler, sanık bakımından bu minimum haktan daha fazlasını güvence altına almak suretiyle, ona atanmış müdafii seçme imkanı da tanıyabilirler.³⁰³ CMK'da da atanmış müdafii bakımından sanığa herhangi bir seçme hakkı tanınmamıştır.³⁰⁴ Buna karşın, yargılama yetkisine tabi bireyleri, 6. maddedeki minimum haklarla sınırlandırmak istemeyen devletler, bu seçme hakkını sanık statüsündeki bireylere tanımaktadır. Örneğin, Almanya'da atanmış müdafilik yapacak avukatların listesi hakimde bulunmakta ve atanmış müdafileri hakim tayin etmektedir.³⁰⁵ StPO'daki açık düzenlemeye göre, hakim bu şekilde müdafii tayin ederken sanığa elindeki listeyi göstermekte ve ona listeden istediği herhangi bir avukatı müdafii olarak belirleme hakkı tanımaktadır. Ancak bu hak mutlak bir hak değildir. StPO'daki ifadeye göre, hakim, geçerli bir sebep olmadıkça sanığın seçtiği avukatı atamalıdır; ancak geçerli ve makul bir nedenin olduğu hallerde, sanığın seçtiği avukatı müdafii olarak atamama yetkisini de haizdir.³⁰⁶

³⁰¹ Kovuşturma evresi bakımından yardımından faydalanılacak müdafii sayısına ilişkin olarak CMK'da bir sayı sınırlaması öngörülmemişken; 149. maddenin 2. fıkrasında soruşturma evresinde ifade alma sırasında en çok üç avukatın hazır bulunabileceği hükme bağlanmıştır.

³⁰² Ladewig, **a.g.m.**, s.96

³⁰³ Adil yargılanma hakkı, BM ve bölgesel nitelikteki hükümetlerarası kuruluşlar tarafından kabul edilmiş çok sayıdaki uluslararası sözleşmelerde ve sözleşme dışı belgelerde tanınmıştır. Bu belgeler her hukuk sisteminin sağlaması gereken minimum güvenceleri düzenlemiştir. Uluslararası Af Örgütü, **a.g.e.**, s.24

³⁰⁴ CMK'da müdafii atanmasını isteyebilecek makamlar, soruşturma evresinde ifadeyi alan merci veya sorguyu yapan hakim; kovuşturma evresinde ise mahkeme olarak tespit edilmiştir (CMK. m.156/1) Bu makamlardan gelen talepler üzerine atanacak müdafii görevlendirilmesi ise, soruşturma veya kovuşturmanın yapıldığı yer barosunca yapılır (CMK. m.156/2). Uygulamada baronun görevlendirdiği bir kimsede, atanmış müdafilik yapmak için kaydolmuş kimselerin listesi bulunmakta, bu kimse de soruşturma ve kovuşturma organlarından gelen talepler doğrultusunda, sırayla listede ismi olan avukatları görevlendirmektedir. Paylaştığımız üzere atanmış müdafii görevlendirme yetkisinin baroya değil de, yargılama makamına ait olması gerektiği konusunda bkz. Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, **a.g.e.**, s.226

³⁰⁵ Tepecik-Karakehya, **a.g.m.**, s.46

³⁰⁶ Lutz Meyer-Goßner, **Strafprozessordnung(Kommentar)**, (München: C.H. Beck, 2003), s.552; Gerd Pfeiffer, **StPO (Kommentar)**, (München: C.H. Beck, 2002), s.397

Kanaatimizce gerek ihtiyari gerekse zorunlu atanmış müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde, ücreti devlet tarafından karşılanacak müdafii seçme hakkının sanığa tanınması gerekir. Bu itibarla ülkemizdeki

6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinde müdafiden faydalanma hakkı iki şekilde ele alınmıştır. Bunlardan ilki, adaletin selameti açısından zorunlu olmadığı halde sanığın isteğiyle bir müdafii hukuki yardımından faydalanması, diğeri ise onun iradesinin bir önemi olmaksızın kendisinin zorunlu olarak bir müdafii yardımından faydandırılmasıdır. Her iki halde de sanığın maddi gücünün yeterli olmadığı hallerde müdafii ücreti devlet tarafından karşılanacaktır. Dolayısıyla ücretsiz müdafiden faydalanma hakkı kesin olarak ücret ödenmekten kurtulma anlamına gelmemektedir. Bu ücretin devlet tarafından karşılanabilmesinin ön koşulu sanığın maddi imkanının bulunmamasıdır.³⁰⁷ CMK Yürürlük Kanununa göre de, baro tarafından tayin edilen müdafie, görevinin ifasından doğan harç ve masraflar hariç, avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak bu tarifenin hazırlanış yöntemine göre tespit edilecek ücret ödenir. Muhakeme sonunda yargılama giderleri ile mahkum olan sanıklardan müdafie ödenen ücreti karşılayabilecek durumda olanlara Türkiye Barolar Birliğinin rücu hakkı bulunmaktadır (CMK Yürürlük K. m.13). Buna ilişkin Alman hukukunda da olan hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Müdafii kamu adına hareket ediyor olması nedeniyle bu hükmün bizde de kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir.³⁰⁸

4.3.2. İsteğe Bağlı Müdafiden Faydalanma Hakkı

İsteğe bağlı müdafiden faydalanma hakkı, sanığın, müdafii yardımı almasının adaletin selameti açısından gerekli olmadığı hallerde dahi, bir müdafii yardımından faydalanabilmesini ifade etmektedir.

sistemin de değiştirilmesi ve en azından Alman sistemindekine yakın bir düzenleme getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim insanlar için kendilerini güvende hissetmek önemli bir ihtiyaçtır. Bu itibarla bireyler, kamusal bir hizmetten yararlanırlarken bile, bu hizmetin mümkün olduğu kadar kendi seçtikleri kamu görevlileri veya yetkililer tarafından yerine getirilmesini tercih ederler. Özellikle söz konusu bu kamusal hizmet, kişilerin sağlık sorunlarına veya kontrollerine ilişkin olarak yerine getirilecekse yahut da konumuz olduğu üzere, cezai alana ilişkin bir isnat karşısında bireyin savunmasına ilişkin olarak ortaya çıkacaksa, bireylerin kamusal görevi yerine getirecek yetkiliyi seçme istekleri daha da artmaktadır. Çünkü yerine getirilecek görevin en iyi biçimde yerine getirilmesi veya getirilememesinin bireylerin hayatları üzerindeki etkileri büyük olacaktır. Bu itibarla bireyler, bu tür alanlarda hizmet alırken, kendi bildikleri, iş hakimiyetine ve dürüstlüğüne itimat ettikleri veya en azından çevrelerinden aldıkları tavsiyelerle kendilerini daha yakın buldukları kimselerin bu kamusal hizmeti yerine getirmesini isterler. Bu tür durumlarda söz konusu kişilere bu seçme hakkını vermek, söz konusu meslek mensuplarına olan güvensizliği değil; devletin, vatandaşa kendisi için *en iyi olduğuna inandığını seçme hakkı* tanıyarak, onun kendisini daha güvende hissetmesine verdiği önemi ifade etmektedir. Bu bağlamda bir ülkedeki tüm avukatlar işlerini çok iyi yapıyor olsalar bile; ancak vatandaşa onun sübjektif görüşüne nazaran en iyiden faydalandığı hissini vermek, devleti, daha sosyal bir devlet, devletin insan unsurunu oluşturan toplumu da daha güvenli bir toplum yapacaktır.

³⁰⁷ Ladewig, **a.g.m.**, s.96

³⁰⁸ Bu konuda bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.226, dipnot 50

Her ne kadar 6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinde, adaletin selameti açısından zorunlu olmayan hallerde, taraf devletlere, sanığa ücretsiz bir müdafî atama zorunluluğu getirilmemiş olsa da; maddi gücü yüksek sanık ile bu gücü zayıf olan arasında bir ayrım yapmak istemeyen bazı kanun koyucular, maddi gücü olmayan sanığa da bu hallerde ücretsiz müdafî atanmasını kabul etmişlerdir.³⁰⁹

Bu bağlamda müdafiden faydalanmanın ihtiyari olduğu hallerde iki tür müdafilik söz konusu olur: *İhtiyari seçilmiş müdafilik ve ihtiyari atanmış müdafilik*

Bir müdafiden faydalanmanın sanığın rızasına bağlı olduğu hallerde, sanık ücreti kendisi tarafından ödenmek üzere bir ya da birden fazla müdafîin yardımından faydalanabilir. Sanığın bu şekilde kendisinin belirlediği ve ücretini kendisinin ödediği müdafî, *ihtiyari seçilmiş müdafî* olarak isimlendirilir. Sanık kendi ücretini kendisinin ödeyeceği isteğe bağlı müdafîini belirlemek konusunda tam bir serbestliğe sahiptir. Duruşmalara avukat olarak katılma yetkisine sahip ve kendi duruşması bakımından yasaklılık hali söz konusu olmayan herhangi bir avukatı müdafî olarak tayin edebilir.

Ancak sanığın kendisinin bir müdafîin yardımından faydalanacak maddi gücü yoksa ve bir müdafîin hukuki yardımından faydalanmak isterse, ücreti devletçe ödenmek üzere kendisine barodan bir müdafî tayin edilecektir. Ücreti devlet tarafından ödenen bu müdafî *ihtiyari atanmış müdafî* olarak isimlendirilir. Yukarıda da değindiğimiz üzere bizim hukuk sistemimiz bakımından, sanığın, baro tarafından atanacak müdafîini seçme hakkı bulunmamaktadır.

4.3.3. Zorunlu Müdafiden Faydalanma Hakkı

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (c) bendinde, sanığın “*eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek*” hakkına sahip olduğu belirtilerek, zorunlu müdafiliğe vurgu yapılmıştır. Buna göre taraf devletler, adaletin selameti açısından gerekli olan hallerde, eğer sanığın maddi imkanı yoksa muhakkak ona ücretsiz bir müdafî atama yükümlülüğü altına sokulmuştur.

³⁰⁹ Sadece *adaletin selametinin gerektirdiği hallerde* kişiye bir müdafîi atanması, maddi yönden iyi imkanlara sahip olan sanıklara bir ayrıcalık tanımaktadır. Çünkü bu kabul edişe bağlı olarak, maddi durumu iyi olan sanık kendisine her halükarda ücretini bizzat ödemek suretiyle bir müdafî tayin edebilecek, ancak maddi durumu iyi olmayan sanığa devlet tarafından bir müdafî atanması için ise, bu atamanın *adaletin selameti açısından gerekli olması* şartı aranacaktır. Bu itibarla bu eşitsizliği mümkün olduğunca ortadan kaldırmak için, ceza davasının hukuki ve fiili açıdan zor olduğu hallerde, adaletin selameti açısından müdafîi atanmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Schroeder, **Fair Trial**, s.64

Somut olay bakımından sanığa bir müdafii tayin edilmesinin adaletin selameti açısından gerekli olup olmadığının tespiti iç hukuk kurallarıyla ve mahkeme uygulamalarıyla tespit edilecektir. Ancak AİHM her halükarda, bu tür durumlarda ilgili devlet bakımından hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığını denetleyebilecektir.³¹⁰ Ayrıca şunu da vurgulamak gerekir ki; sadece *adaletin selametinin gerektirdiği hallerde* kişiye bir müdafii atanması, maddi yönden iyi imkanlara sahip olan sanıklara bir ayrıcalık tanımaktadır. Çünkü bu kabul edişe bağlı olarak, maddi durumu iyi olan sanık kendisine her halükarda ücretini bizzat ödemek suretiyle bir müdafii tayin edebilecek, ancak maddi durumu iyi olmayan sanığa devlet tarafından bir müdafii atanması için ise, bu atamanın *adaletin selameti açısından gerekli olması* şartı aranacaktır. Bu itibarla eşitsizliği mümkün olduğunca ortadan kaldırmak için, ceza davasının hukuki ve fiili açıdan zor olduğu hallerde, adaletin selameti açısından müdafii atanmasının zorunlu olduğu kabul edilmelidir.³¹¹

Anlatılanlar ışığında zorunlu müdafiliğe ilişkin bir tanım vermek gerekirse; zorunlu müdafilik, *iradesinin bir önemi olmaksızın*, adaletin selameti açısından zorunlu olan hallerde, sanığın bir müdafii yardımından faydalandırılmasını ifade etmektedir.³¹² Somut olay bakımından sanığa bir müdafii tayin edilmesinin adaletin selameti açısından gerekli olup olmadığının tespiti ulusal mahkemelerce yapılacaktır. Ancak AİHM her halükarda, bu tür durumlarda ilgili devlet bakımından hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığını denetleyebilecektir.

³¹⁰ Adaletin selameti açısından zorunlu müdafiiin gerekip gerekmediğinin tespitinde davanın sanık bakımından önemi ve ağırlığı belirleyici rol oynamaktadır. Davanın ağırlığında kuşkusuz en önemli kriterlerden birisi dava sonucu söz konusu olabilecek hapis cezasının süresidir. Ayrıca sanığın hapis cezasına çarptırılması söz konusu olmasa bile örneğin mesleği şoförlük olan sanığın sürücü belgesine ya da ülkede bulunan yabancıların pasaportuna el konulması ihtimali varsa bu durumda da söz konusu kişiler bakımından bu müeyyidelerin oldukça ağır olduğu aşikardır. Volk, **a.g.e.**, s.106; Ayrıca sanığın muhakemenin gerçekleştirildiği dili anlamaması da bu noktada belirleyicidir. Ancak bizim hukukumuz bakımından bu haller zorunlu müdafilik kapsamında düzenlenmemiştir. Zorunlu müdafilik bakımından taraf devletin sorumluluğu sadece müdafiiin atanması ile de ortadan kalkmamaktadır. Ayrıca yetkili resmi makamlar zorunlu müdafiiin sanığın savunması bakımından etkin olup olmadığına da dikkat etmelidirler. Savunmanın yeterli olmadığını açıkça görülmesi halinde, sanığa muhakkak yeni bir müdafii atanmalıdır. Ladewig, **a.g.m.**, s.96

³¹¹ Schroeder, **a.g.m.**, s.62 vd. Bunun yanında iyimser bir azınlık görüşü olarak doktrinde, cezanın ağırlığına bakılmaksızın herhangi bir hapis cezasının söz konusu olduğu her cezai uyuşmazlıkta şüpheli veya sanığa bir müdafii atanması gerektiği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.224

³¹² Zorunlu müdafiiin öngörüldüğü hallerde de, bazen ücreti devlet tarafından ödense bile sanığın herhangi bir müdafii tayinini reddettiği görülmektedir. Örneğin Eski Yugoslavya için kurulmuş olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'ndeki yargılamasında Miloseviç, sanığın kendi kendini savunma hakkını vurgulamak suretiyle kendisine zorla bir müdafii tayin edilmesini reddetmiştir. Ambos, **a.g.m.**, s.37

Zorunlu müdafiliğin kabul edildiği hallerde, kanun koyucu, sanığın bir müdafinin yardımını olmaksızın etkin şekilde savunma yapmasının mümkün olmayacağını önceden kabul etmiştir. Nitekim ceza muhakemesi, kamusal menfaatin söz konusu olduğu ve bu itibarla etkin bir savunmanın garanti altına alınmasının zorunlu olduğu bir yargılama hukuku dalıdır.³¹³

Zorunlu müdafilik ile atanmış müdafilik birbirinden farklı kavramlardır. Zorunlu müdafilik sanık veya şüphelinin muhakkak bir müdafî yardımından faydalanmasının gerekliliğini ifade ederken; atanmış müdafilik, müdafîin ücreti devlet tarafından ödenmek üzere sanığa devlet tarafından atanmasını ifade eder.³¹⁴ Dolayısıyla zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde sanık veya şüpheli, devletin atayacağı müdafîe ihtiyacı olmaksızın kendi müdafîini seçebileceği gibi; ihtiyari müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde de maddi gücünün yerinde olmadığını beyan eden sanığa devlet tarafından bir müdafî atanabilir.

Bu bağlamda iki tür zorunlu müdafilik bulunmaktadır: *Seçilmiş zorunlu müdafilik ve atanmış zorunlu müdafilik.*

Sanığın zorunlu müdafiden faydalanmasının söz konusu olduğu hallerde de, sanık, kendi seçeceği bir müdafîin yardımından faydalanabilir. Bu durumda *seçilmiş zorunlu müdafilik* söz konusu olur ve müdafilik ücreti sanık tarafından ödenir. Şüpheli veya sanığın bir müdafîin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hallerde, sanık veya şüphelinin müdafîini kendisinin seçmiş olması, seçilen müdafîin statüsünü isteğe bağlı müdafîe dönüştürmez. Bir başka deyişle sanık veya şüphelinin seçmiş olduğu ve ücretini kendisinin ödediği müdafî de zorunlu müdafidir. Bu bağlamda seçilmiş zorunlu müdafî de, zorunlu müdafîin tabi olduğu kurallar çerçevesinde görevini yerine getirir. Örneğin, seçilmiş zorunlu müdafîin duruşmaya gelmediği hallerde de, sanığın iradesine bakılmaksızın, sanığa ya yeni bir müdafî atanır ya da duruşma ertelenir.³¹⁵

³¹³ Volk, **a.g.e.**, s.105; Zorunlu müdafiliği söz konusu olduğu hallerde, sanık istemese de kendisine bir müdafî atanmaktadır. Nitekim bu durumda adaletin selameti bağlamında ortaya çıkan kamusal menfaat sanığa ait bireysel menfaatten ağır basmaktadır. Ladewig, **a.g.m.**, s.96

³¹⁴ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.161

³¹⁵ Yargıtay da, 15-18 yaş grubunda bulunan sanıklar bakımından zorunlu müdafî atanmasını hukuk sistemimize sokan ve 01.12.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3842 sayılı yasanın kabulünden sonra verdiği bir kararla, seçilmiş zorunlu müdafîin de yükümlülükleri bakımından, atanmış zorunlu müdafîin bağlı olduğu kurallara tabi olduğunu kabul etmiştir: "CYUY'nın kuralları arasında kıyas geçerlidir. Bu nedendir ki; yasanın 138. maddesine göre Barodan görevlendirilen müdafîi yönünden mahkeme Başkanına tevdi edilen denetim görevinin, veli ya da vasi tarafından sanığa tutulan müdafîi de

Şüpheli veya sanığın bir müdafii yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hallerde, eğer kendisinin seçmiş olduğu bir müdafii yoksa; şüpheli veya sanığa bir müdafii atanır ve bu zorunlu müdafii ücreti devlet tarafından ödenir.³¹⁶ Bu durumda ise *atanmış zorunlu müdafilik* söz konusu olur.³¹⁷

Bu itibarla sanığın bir müdafii yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hallerde, ancak kendisi bir müdafii seçmemişse sanığa ücreti devlet tarafından karşılanacak bir müdafii atanır. Sanığın zaten seçmiş olduğu bir müdafii varsa; kanun koyucunun zorunlu gördüğü hukuki yardımı şüpheli veya sanığa, seçmiş olduğu bu müdafii zaten yapacağından, ona ayrıca bir müdafii atanması gerekli görülmemiştir. Bu durum 150. maddenin 2. fıkrasında “...ve bir müdafii de bulunmazsa...” denilmek suretiyle vurgulanmıştır.³¹⁸

2004 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’nu hazırlanırken kanun koyucu, taraf devlet yasama organı olarak kendisine tanınan bu yetkiyi kullanmak suretiyle, aşağıda inceleyeceğimiz bazı kriterlere bağlı olarak zorunlu müdafii gerektiren uyuşmazlıkları tahdidi olarak tespit etmiştir. Yeri gelmişken hemen şunu da belirtelim ki, CMK, CMUK’a nazaran zorunlu müdafilik gerektiren hallerin kapsamını daha geniş tutmuştur.³¹⁹

kapsayacağı “kıyas” yoluyla kabul edilmeli ve 141. madde bunlar hakkında da uygulanmalıdır.” (1. CD. 16.03.1995-415/676); Nur Centel-Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı**, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2003), s.26

³¹⁶ CMK Yürürlük Kanununa göre, baro tarafından tayin edilen müdafie görevinin ifasında doğan harç ve masraflar hariç avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak bu tarifinin hazırlanış yöntemine göre tespit edilecek ücret ödenir. İleride yargılama giderleri ile mahkum olan sanıklardan müdafie ödenen ücreti karşılayabilecek durumda olanlara Türkiye Barolar Birliğinin rücu hakkı bulunmaktadır (CMK Yürürlük K. m.13). Buna ilişkin Alman hukukunda da olan hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Müdafiiin kamu adına hareket ediyor olması nedeniyle bu hükmün bizde de kaldırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.226, dipnot 50

Ayrıca uygulamada ihtiyari müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde, kolluğun bu hükmü şüphelilere hatırlatması, bir takım şüphelilerin çekinerek müdafii talep etmemesine yol açmaktadır. Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.316

³¹⁷ Centel-Zafer bu tür müdafiliği görevlendirilmiş zorunlu müdafilik olarak isimlendirmektedirler. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.161

³¹⁸ Eğer bir müdafii yardımından faydalanması zorunlu olan şüpheli veya sanık, başlangıçta kendisine bir müdafii seçmemişse ve muhakemenin ilerleyen evrelerinde kendisine bir müdafii seçerse; bu durumda başlangıçta devletçe atanan müdafiiin görevi sona erer (CMK. m.156/3). Şahin, **CMK Gazi Şerhi**, s.496

³¹⁹ Zorunlu müdafilik CMUK’un 138. maddesinde “*yakalanan kişi veya sanık, on sekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine bir müdafii tayin edilir.*” denilmek suretiyle düzenlenmiştir.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu StPO’da ise zorunlu müdafiliğin gerekli olduğu haller şu şekilde düzenlenmiştir (StPO m.140/1): Davaya ilk derece mahkemesi olarak eyalet mahkemesi (Landgericht) veya yüksek eyalet mahkemesi (Oberlandesgericht) bakıyorsa, isnat altındaki kimseye (Beschuldigter) isnat edilen suç cürümse, yargılama bir mesleğin yasaklanması sonucunu doğurabilecekse, isnat altındaki

Zorunlu müdafilik hallerinin genel çerçevesi CMK'nın 150. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre; *şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir (CMK m.150/2). Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada*³²⁰ da şüpheli veya sanığın müdafii bulunmazsa, istemi aranmaksızın kendisine bir müdafii tayin edilir (CMK. m.150/3). Ayrıca *sanık veya şüpheli hakkında tutuklama talep edilmesi (CMK. m.101/3), sanık veya şüphelinin kusur yeteneğinin araştırılması için gözlem altına alınmasına karar verilecek olması (CMK. m.74/2), kaçak sanık hakkında duruşma yapılması (CMK. m.247/4), duruşma disiplinini bozan sanığın yokluğunda oturumlara devam edilmesi (CMK. m.204)* hallerinde de, şüpheli veya sanığın müdafii yoksa kendisine muhakkak bir müdafii atanır.

Zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallede duruşma sırasında, sanığın muhakkak bir müdafiiin yardımından faydalandırılması gereklidir (CMK. m.151/1).³²¹ Kanunun açık hükmü karşısında, zorunlu müdafii, duruşma devam ettiği sürece tüm

kişi hakim kararı veya onayına dayalı olarak 3 aydır bir kurumda bulundurulmaktaysa ve duruşmanın başlamasından en az iki hafta önce serbest bırakılmayacaksa, isnat altındaki kimse psikik durumu bakımından gözlem altına alınacaksa, koruma muhakemesi (Sicherungsverfahren) yapılacaksa, isnat altındaki kimsenin müdafii muhakemeye katılmaktan yasaklanmışsa kendisine muhakkak bir müdafii tayin edilmelidir. **StPO-Strafprozessordnung**, s.65

³²⁰ 5560 sayılı kanunla değiştirilmeden önce bu hüküm, üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlar yönünden zorunlu müdafiliği kabul etmekteydi. Bu dönemde söz konusu düzenlemeyle birlikte, zorunlu müdafiliğin istisna olmaktan çıkıp kural haline geldiği ileri sürülmekteydi. Bu konuda bkz. Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006), s.315

³²¹ Duruşma bakımından kural bu şekilde olmakla birlikte, soruşturma evresi bakımından şüphelinin bir müdafiiin yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu hallerde, kural olarak şüphelinin bulunmasının gerekli olduğu her muhakeme işleminde müdafiiinin de hazır bulunması gereklidir. Dolayısıyla her hangi bir nedenle söz konusu muhakeme işlemlerine zorunlu müdafii gelmezse, bu durumda, şüpheli veya sanığın iradesine önem verilmeksizin ya yeni bir müdafii atanır ya da muhakeme işleminin yapılması ertelenir. Bu durum sanığın yanında müdafiiin bulunmasında adaletin selameti açısından bir zorunluluk olmasının doğal bir sonucudur. Bu itibarla zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde, şüphelinin ifadesi alınırken veya şüpheli sulh ceza hakimi tarafından sorgulanırken yanında muhakkak bir müdafii bulundurulmalıdır. Müdafii bulunmaksızın bu işlemlerin yapılması durumunda, hem adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacak, hem hukuka aykırı davranılması nedeniyle elde edilmiş olan ifadeler hiçbir şekilde delil olarak kullanılamayacaktır.

Nitekim ülkemiz hukuk sisteminde hukuka aykırı yollara elde edilen delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak mutlak değerlendirme yasağı kabul edilmiştir. Bu itibarla hukuka aykırı yollarla elde edilen delil, kamusal-bireysel menfaat oranı aranmaksızın, hukuka aykırı kabul edilip değerlendirilmeyecektir. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı için bkz. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.848 vd.

Uygulamada hala, kolluk ifade alma dahil her türlü soruşturma işlemini yaptıktan sonra müdafii ifade tutanağını imzalamaya davet edebilmekte, müdafiiin tutanağı imzalaması da hukuka aykırı olarak ede edilmiş bir beyanı görünüşte hukuka uygun hale getirebilmektedir. Soruşturma evresinin efendisi savcı, bu tür uygulamaların önüne geçmek adına gerekli tedbirleri almalıdır. Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.315

oturumlara katılmalıdır. Müdafinin duruşmaya gelmediği veya duruşmadan ayrıldığı yahut görevini ifadan kaçındığı görülürse; ya sanığa hemen yeni bir müdafii atanacak ya da daha yerinde olarak celse ertelenecektir. Aksi takdirde duruşmaya katılması zorunlu bir süjenin katılmaması nedeniyle mutlak bozma sebebi ortaya çıkacaktır (CMK. m.289/1/e).³²²

Genel kural olarak sanık müdafii azletme yetkisine sahiptir. Bu kural ihtiyari atanmış müdafiliğin söz konusu hallerde de geçerlidir. Ancak zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde, sanık, kendisine atanan müdafii azletme yetkisine sahip değildir.³²³ Eğer atanan zorunlu müdafii, savunma bakımından müdafiliğin gereklerini yerine getirmezse, sanık kendisine atanan müdafinin görevini gereği gibi yapmadığını ileri sürebilir. Bu durumda mahkeme başkanı bunu dikkate almalı ve baroya bildirmelidir.³²⁴

4.3.4. Bir Müdafinin Yardımından Faydalanma Hakkının Yerine Getirilebilmesi İçin Müdafie Tanınması Gereken Yetkiler

Müdafii ister ihtiyari ister zorunlu müdafii olsun, sanığın müdafinin yardımından faydalanma hakkının gerektiği şekilde yerine getirilebilmesi için, müdafie, görevini rahatça yapabilmesine imkan tanıyan bir takım yetkilerin tanınması gereklidir. Bu yetkilerin müdafiiye tanınması, aynı zamanda sanık bakımından da birer hak teşkil etmektedir. Aşağıda bu yetkilerden duruşma devresi bakımından önem arzedenleri kısaca incelenecektir.

Duruşma bakımından da önem arzeden bu yetkilerden ilki, görevini özgürce yapma yetkisidir. Nitekim müdafinin yeterli ve etkili bir savunma yapabilmesi için, her türlü baskıdan uzak olması gerekir.³²⁵ Bu bağlamda müdafii tüm muhakeme sürecinde,

³²² Serap Keskin, **Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, (İstanbul: Alfa Yayınları, 1997), s.134; Alman hukukunda da bizdekine paralel olarak zorunlu müdafinin duruşmada yer almaması mutlak temyiz nedeni olarak kabul edilmektedir (StPO m.338/5). Kühne, **a.g.e.**, s.80

³²³ Aynı zamanda şüpheli veya sanık, kanuni temsilcisinin seçtiği müdafii de, kanuni temsilcisinin bu sıfatı devam ettiği sürece azledemez. Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.139

³²⁴ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.162; Kanunun zorunlu müdafinin görevini gerektiği şekilde yapıp yapmadığını denetleme yetkisini mahkemeye verdiği konusunda gerekli açıklamalar için bkz. Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.316

³²⁵ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.142

yasamaya, yürütmeye, yargı organlarına, baroya ve genel olarak sanığa karşı bağımsız olarak görevini ifa eder.³²⁶

Müdafie tanınması gereken bir diğer yetki ise, sanık ile rahatsız edilmeksizin görüşme ve yazışma yetkisidir.³²⁷ Müdafinin sanıkla serbestçe görüşüp yazışabilmesine ilişkin bu yetki, özellikle tutuklu sanıklar açısından büyük önem ifade etmektedir. Nitekim yeterli görüşme imkanına sahip olamayan müdafî ve sanık, savunma bakımından önem arzeden hususları yeterince tartışamayacak ve ortak bir savunma stratejisi belirleyemeyeceklerdir. Bu bağlamda duruşma devresinde de müdafî sanıkla kural olarak gizli görüşme ve yazışma hakkına sahiptir. Sanığın müdafî ile görüşme hakkının kapsamını AİHS’de açıkça düzenlenmemiş ve taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır. Ancak savunma hakkının pratik etkinliği bir ölçüdür³²⁸ ve sözleşme organları takdir hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığını her zaman göz önünde bulundurma yetkisine sahiptir. Mahkeme Öcalan / Türkiye davasında konuyu ele almış ve sanığın kendisine isnad edilen yüzlerce suç nedeniyle kapsamlı ve zor bir dava olan yargılamada, müdafî ile haftada sadece iki kez ve birer saat görüştürülmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.³²⁹

Ayrıca muhakeme boyunca yapılan işlemler müdafie de bildirilmelidir. Bu yetki onun hem hukuki statüsünün bir sonucu hem de silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir. Bu bağlamda şüpheli veya sanığa bildirme, müdafie bildirme yerine geçmez. Sanığa ve müdafie ayrı ayrı bildirim yapıldığında, bu bildirimle birlikte bir sürenin başlaması söz konusu ise, süre, bildirim sanık ve müdafiden hangisine daha sonra yapılmışsa, bu sonraki bildirimle birlikte başlamalıdır.³³⁰

Bunun dışında müdafîin dosyayı inceleme ve koruma altına alınmış delilleri görme yetkisinin de bulunması gereklidir. Gerek CMK’da gerekse Avukatlık Kanununda müdafîin bu yetkisi açıkça güvence altına alınmıştır (CMK. m.153, Av. K.

³²⁶ Bağımsızlıkların kapsamı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.156 vd.;

Her ne kadar seçilmiş müdafilik hallerinde, müdafî, sanıkla aralarında olan özel hukuk sözleşmesi gereği sanıktan belirli bir miktar ücret alıyorsa da, bu onu sanığa bağlı ve onun emri altında çalışan bir yardımcı konumuna getirmez. Beulke, **a.g.e.**, s.92; Bu bağlamda kural olarak müdafî, sanıktan bağımsız olarak sanık lehine hareket edebilir. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.157; Ancak bu genel kuralın bazı istisnalarına da kanunda yer verilmiştir. Örneğin müdafî, sanığın açık arzusuna aykırı olarak onun lehine kanun yoluna başvuramamaktadır (CMK. m.261).

³²⁷ Ladewig, **a.g.m.**, s.96

³²⁸ Ambos, **a.g.m.**, s.35

³²⁹ Öcalan / Türkiye, **a.g.k.**

³³⁰ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.143

m.46). Buna göre duruşma sırasında koruma altına alınmış delilleri ve dava dosyasını incelemek bakımından müdafie hiçbir kısıtlama getirilemez. Dolayısıyla müdafî, savunmayı etkin biçimde hazırlayıp mahkemeye sunabilmek için dosyayı herhangi bir sınırlama olmaksızın görebilecek, koruma altına alınmış delilleri de inceleyebilecektir.³³¹ Dosyayı incelemek için müdafinin vekaletname göstermesi gerekmez. Ancak vekaletname göstermeyen müdafinin dosyadan fotokopi alması mümkün değildir. Müdafî, dosyayı stajyeri aracılığıyla da inceleyebilir ve buradaki belgelerin fotokopisini alabilir (Av. K. m.46/2).³³²

Müdafî savunması yapabilmek için duruşmada hazır bulunma ve soru sorma yetkisine de sahip olmalıdır. Nitekim duruşmaya katılma ve savunma bakımından önem arzeden soruları sorma yetkisi olmaksızın müdafinin gerektiği şekilde savunma yapması mümkün olmayacaktır. Müdafî sanık olmasa da, tüm oturumlarda hazır bulunma yetkisine sahiptir (CMK. m.197).³³³ Bu nedenle müdafî de duruşmaya davet edilecek kişiler arasında sayılmıştır (CMK. m.175). Kural olarak müdafinin duruşmaya gelmemesi, duruşmanın yapılmasına engel olmaz. Ancak zorunlu müdafilik hallerinde müdafinin hazır bulunması zorunludur (CMK. m.188). Ayrıca müdafî, sanık, katılan, tanık, bilirkişi ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere, duruşmanın disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltme yetkisine sahiptir (CMK. m.201/1). Kanun koyucu sanığa tanımadığı bu yetkiyi müdafie tanımıştır. Bu itibarla sanık, ancak mahkeme başkanı veya hakim aracılığı ile söz konusu kimselere soru sorabilecektir.³³⁴

³³¹ İddianamenin kabul edildiği andan itibaren, yani kovuşturma evresinde dosyanın müdafî tarafından incelenmesine ilişkin herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Ancak soruşturma evresinde, müdafinin dosyayı incelemesi veya dosyadaki belgelerin suretini alması, soruşturmanın gayesini tehlikeye düşürebilecekse, savının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararı ile müdafinin bu yetkisi kısıtlanabilir (CMK. m.153/2). Bununla birlikte şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları ve şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanakların müdafî tarafından incelenmesine ve bunların suretinin alınmasına herhangi bir sınırlama getirilemez (CMK. m.153/3).

Şunu da ayrıca belirtmek gerekir ki; kanun koyucu soruşturma evresi bakımından koruma altına alınmış belgelerin müdafî tarafından incelenip incelenmeyeceği konusunda açıklık getirmemiştir. Ancak kovuşturma evresi bakımından bu hususun müdafinin yetkisi olarak açıkça düzenlenmiş olması, soruşturma açısından bu hususun bilinçli olarak düzenlenmediğini akla getirmektedir. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.163

³³² Stajyerin fotokopi alacağı hallerde, avukatın vekaletnamesinin gösterilmesi gereklidir. Nitekim avukat ancak vekaletname göstererek fotokopi alabilirken, stajyerin hiçbir belge göstermeden dosyadan fotokopi alması kabul edilemez. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.164

³³³ Müdafî kanunda aksine hüküm bulunmadığı hallerde soruşturma evresinde de ifade alma ve sorguya çekme de dahil olmak üzere bütün muhakeme işlemlerinde hazır bulunabilir (CMK. m.149/3).

³³⁴ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.144

5. TERCÜMAN YARDIMINDAN FAYDALANMA HAKKI VE DURUŞMA

Bu hak yargılamanın yapıldığı dili yeterince bilmeyen sanığın ücretsiz olarak bir tercümandan yararlanmasına ilişkindir ve 6. maddenin 3. fıkrasının (e) bendinde güvence altına alınmıştır. Sanığın, yargılamanın yapıldığı dili anlamadığı hallerde, etkin bir savunma yapabilmesi bir yana, basit bir şekilde kendisini savunması bile imkansızdır. Nitekim bu durumda olan kişi, kendisi aleyhine söylenenleri anlayamayacak, hakkında yapılan işlemlerden bihaber olacak ve dolayısıyla bunlara karşı da herhangi bir görüş ileri süremeyecektir. Bu itibarla, bu durumdaki sanıklar bakımından savunma hakkının vazgeçilmez bir unsuru olan tercümandan faydalanma hakkının 6. maddenin 3. fıkrasında açıkça zikredilmesi gereği duyulmuştur. Sanığın yargılamanın yapıldığı dili anlayamaması veya konuşamaması iki nedenle ortaya çıkmaktadır. Birincisi, bir yabancıнын yargılanmasında olduğu üzere, herhangi bir engeli olmaksızın sanık yargılama dilini bilmiyor olabilir. İkincisi ise, sanık sağır veya dilsiz yahut da hem sağır hem de dilsizdir ve bu engeline bağlı olarak yargılamanın yapıldığı dili anlamıyor ya da konuşamıyordu.³³⁵

Maddenin lafzına göre bu hak sadece duruşma sırasındaki sanığa tanınacak haklardandır. Ancak AİHM, içtihatları vasıtasıyla bu hakkı da soruşturma evresini kapsar şekilde genişletmiştir. Her ne kadar başlangıçta komisyon tarafından verilen kararlarda, bu hakkın duruşmaya ilişkin olduğu kabul ediliyorduydu da, mahkeme daha sonra bu görüşü değiştirmiştir.³³⁶ Nitekim davanın bütünü etkileyen dokümanlar ve açıklamalar bakımından soruşturma evresinde de kişinin bir tercüman yardımından faydalanması savunma bakımından büyük önem arz etmektedir. Bununla birlikte bütün

³³⁵ Sözleşmede sağır veya dilsizlerin tercüman hakkından faydalanmaları açık bir şekilde güvence altına alınmamıştır. Ancak m.6/3/e'nin bu kimseleri de kapsadığı kabul edilmektedir. Zira sağırılık veya dilsizlik gibi fiziki bir engelin yargılama dilini anlamama veya konuşamama durumuna dahil olduğu aşikardır. Tezcan-Erdem-Sancaktar, **a.g.e.**, s.374

³³⁶ Mahkemeye göre sözleşmede yer alan “*duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde*” ibaresi sadece tercümandan faydalanma hakkının şartlarını düzenlemekte ise de, kapsamını belirlememektedir. Bu itibarla bu hak soruşturma evresi bakımından da geçerlidir. Burada dikkati çeken önemli bir nokta ise, mahkemenin bu söz konusu kararlarını verirken (e) bendine değil de; 1. fıkradaki genel ilkeye dayanıyor olmasıdır. Yani soruşturma evresinde de adil yargılama hakkı bakımından tercümanın gerekli olduğuna genel ilkeden hareketle karar vermiştir. Schroeder, **Fair Trial**, s.90

Luedicke, Belkacem ve Koç / Almanya; Başvuru no: 6210/73 Karar tarihi: 28.11.1978; Öztürk/Almanya; Başvuru no: 8544/79 Karar tarihi: 21.02.1984

belgelerin çevrilmesi gereksizdir. Önemli olan şüpheli veya sanığın kendisi hakkındaki iddiaları öğrenmesi ve kendisini savunabilmesi için ona gerekli imkanın tanınmasıdır.³³⁷

Gerek Türkçe bilmeyenler gerekse sağır veya dilsizler bakımından ücretsiz tercümandan faydalanma hakkı CMK'nın 202. maddesinde de açıkça güvence altına alınmıştır. Buna göre sanık meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir. Engelli olan sanığa da, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde anlatılır (CMK. m.202/1,2). Bu hallerde sanığa bir tercüman tayin edilmesi zorunludur. Sanığın bir müdafinin bulunması ve Türkçeye hakim olması, sanığa bir tercüman atanması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu düzenlemelere aykırı olarak gerektiği şekilde Türkçe konuşamayan veya anlamayan sanığa tercüman atanmaması, mutlak bozma sebebi teşkil edecektir (CMK. m.289/1/e).³³⁸

CMK'nın lafzına göre, sanığın *meramını anlatabilecek ölçüde* Türkçe bilmesi halinde tercüman atanması gerekmemektedir. Ancak bu ifade yerinde değildir. Çünkü önemli olan, sanık veya mağdurun meramını anlatıp anlatmaması değil; sözleşmede de belirtildiği üzere duruşmada kullanılan dili anlamaması veya konuşamamasıdır. Bunlar birbirinden farklı kriterlerdir. Bir kişi pekala meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe biliyor olabilir; ancak bu duruşmada kullanılan dilin anlaşılması için yeterli olmayabilir.³³⁹

3. fıkranın (e) bendi sanığın ana dilini bilen bir tercüman atanması zorunluluğu getirmemektedir. Buna karşın sanığın ana dilini bilen bir tercümanın atanması her zaman için daha çok arzu edilen ve adil yargılanma hakkının yerine getirilmesini en üst düzeyde temin eden bir uygulama olacaktır. Ancak özellikle fazla yaygın olmayan diller bakımından ana dilde tercüman tayini her zaman mümkün olmamaktadır. Bu itibarla sanığın ana dilinde olmasa da en azından iyi derecede bildiği başka bir dilde kendisine

³³⁷ Ladewig, **a.g.m.**, s.97-98; Soruşturma evresine ilişkin olarak 6. maddenin (a) bendinde düzenlenen ve sanığın *anladığı dilde* isnattan haberdar edilmesine ilişkin hak da, yargılama dilini anlamayan sanığı korumaya yönelik bir diğer önemli haktır. Ambos, **a.g.m.**, s.40

³³⁸ Keskin, **Temyiz**, s.132

³³⁹ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.813

tercüman atanması, bu bağlamda adil yargılanma hakkının yerine getirilmesini minimum düzeyde temin edecektir.³⁴⁰

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır ki; o da sanığın anladığı dile ne derecede hakim olduğunun yada söz konusu dili ne derece bildiğinin tespitine ilişkindir. Bu bağlamda sanığın, tercüman atanırken göz önünde bulundurulacak dilde, kendisine yapılan isnatları doğru şekilde anlayabilmesi ve savunmasını etkin olarak yapabilmesi gereklidir. Yoksa az veya orta derecede bildiği bir dilde sanığa tayin edilecek tercümanın, ona arzulanan şekilde yardım edemeyeceği ve böyle bir tercüman vasıta ile sanığın savunma hakkını gerektiği şekilde kullanamayacağı açıktır. Dolayısıyla bu tür uygulamalar karşısında savunma hakkı önemli derecede kısıtlanacak ve sanığın adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Sanığın bildiği dilin muhakkak ulusal düzeyde yaygın veya yaşadığı ülke bakımından resmi sayılan bir dil olması gerekli değildir. Nitekim bir ülkede yaşayıp, sadece yerel dillerden birisine hakim olan ve ülkedeki resmi dil ya da dilleri yeterince konuşamayan sanıklar olabilecektir.³⁴¹ Bu bağlamda vatandaşı olduğu ülkenin resmi dilini bildiği hususunda sanık hakkında karine kabul edilmesi hakkaniyete uygun olmaz. Muhakkak surette sanığın bildiği dilin somut olarak tespiti ve buna göre tercüman tayini gerekir.³⁴² Bu konu Zana / Türkiye davasında AİHM'de ele alınmıştır. Olayda Zana istinabe yoluyla sorgusunun yapıldığı Aydın Ağır Ceza Mahkemesinde Türkçe bilmesine rağmen Kürtçe olarak savunmasını yapmak istemiştir. Mahkeme ısrarla bu tutumunu sürdüren sanığın savunma hakkından vazgeçtiğine karar vermiştir. AİHM ise, sanığın Kürtçe konuşmasının savunma hakkından vazgeçtiği, asıl yargılamayı yapan mahkeme önündeki duruşmalara katılmaktan feragat ettiği şeklinde yorumlanamayacağını kabul ederek, sanığın kendi kendini savunma (m.6/3/c) ve

³⁴⁰ Ulusal mahkemelerin sanığın duruşma dilini iyi derecede bilip bilmediğini takdir yetkisi vardır. Eğer duruşma sırasında sanığın yargılama dilini anlamadığı veya konuşmadığı açıkça anlaşılıyorsa muhakkak bir tercümanın atanması gereklidir. Bu itibarla AİHM, ulusal mahkemelerin, takdir yetkisini gerektiği şekilde kullanıp kullanmadığını denetleyebilmektedir. Tezcan-Erdem-Sancaktar, **a.g.e.**, s.372

³⁴¹ Belçika Ceza Muhakemesi Kanununun 332. maddesinde sanığa bir tercüman atanması zorunluluğu, sadece sanığın yargılama dilini bilmemesi haline münhasır olarak değil; aynı zamanda o dilin farklı bir şivesine sahip olması halini de kapsar şekilde kabul edilmiştir. Tezcan-Erdem-Sancaktar, **a.g.e.**, s.372; Nitekim diyalekt farklılıklarının yoğun olduğu ülkelerde, çoğu kez başka bir diyalekt ile konuşanları anlamak mümkün olmamaktadır.

³⁴² Sanığın vatandaşı olduğu ülkedeki resmi dili bildiği karine olarak kabul edilemeyeceği gibi, yurt dışında eğitim gören birisinin, her zaman için eğitim gördüğü yabancı dili iyi derecede bildiğinin de karine olarak kabul edilmemesi gerekir. Nitekim bu tür karineler bazen somut duruma uygun olmayabilecektir. Bu nedenle her somut olayda, karineleri göz önünde bulundurmaksızın, sanığın, savunma bakımından gerekli makul düzeyde hangi dili bildiğinin tespiti gerekir.

dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.³⁴³ AİHM burada tercümandan faydalanma hakkının ihlalinden değil; kendi kendini savunma hakkının ihlalinden mahkumiyet kararı vermiştir. Dolayısıyla Türkçe konuşup anlayabilen bir kişinin ana dilinin farklı olduğunu söyleyerek ücretsiz tercüman hakkından faydalanması söz konusu değildir.³⁴⁴

Bu kıstaslar göz önünde bulundurularak atanacak tercümanın duruşma boyunca sanığın yanında olması ve savunma bakımından önem arzeden duruşmaya ait tüm hususlardan sanığı haberdar etmesi gerekir. Özellikle sanığın sorgusu ve iddia tanıklarının dinlenmesi sırasında beyanların gerektiği şekilde tercüme edilmesi, savunma bakımından büyük önem arz etmektedir.

(e) bendinin açık hükmüne göre tercümandan faydalanan kimseden hiçbir şekilde tercüman ücreti alınmaz ve bu ücret devlet tarafından ödenir.³⁴⁵ Bu bağlamda, müdafiden faydalanma hakkından farklı olarak sanığın maddi durumunun tercüman ücretini karşılayabilecek kadar güçlü olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur.³⁴⁶

Yargılama giderlerini düzenleyen CMK'nın 324. maddesinin 5. fıkrasında da tercüman giderlerinin devlet hazinesince karşılanacağı hükme açıkça bağlanmıştır. Buna göre, *Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercüman giderleri, yargılama gideri sayılmaz ve bu giderler devlet hazinesince karşılanır.*³⁴⁷

³⁴³ Zana / Türkiye; Başvuru no: 18954/91 Karar tarihi: 25.11.1997 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir. Karen Reid, **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri**, (İstanbul: Çev. Bahar Öcal Düzgören, Scala Yayıncılık, 2000), s.188

³⁴⁴ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.812; Kanaatimizce de tercümandan faydalanma hakkı, sanığın keyfi davranışlarına imkan verecek ölçüde geniş kabul edilmemelidir. Örneğin gerçekten iyi Türkçe konuşamayan ve Kürtçeye hakim olan birisine tercüman atanması adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Ancak iyi derecede Türkçe konuşmasına rağmen, siyasi veya keyfi nedenlerle konuşmayı reddeden kimseye tercüman atanmasının zorunlu görülmesi maddenin lafzına ve amacına uygun değildir.

³⁴⁵ Ladewig, **a.g.m.**, s.97-98

³⁴⁶ AİHM, tercüman masraflarının sanığa ödetilmesini hem 6. maddeye hem de ayrımcılık yasağı getiren 14. maddeye aykırı bulmaktadır. Mahkemeye göre, kişinin suçlu olduğunun hüküm altına alınmasının, tercüme masraflarına da mahkum edilmesini gerektirmemesi, anılan masrafların yalnızca yargılamada eşitliği sağlamaya dönük olmasından kaynaklanmaktadır. Tezcan-Erdem-Sancaktar, **a.g.e.**, s.369

³⁴⁷ CMUK döneminde tercüman ücretinin sanıktan alınmayacağına ilişkin bir düzenleme kanunda yer almamaktaydı. Nitekim 765 sayılı TCK'nın 39. ve CMUK'un 407. maddeleri mahkum olan sanığın istisnasız tüm muhakeme masraflarını ödeyeceğini öngörmekteydiler. Buna ilişkin bir uyuşmazlığın önüne gelmesi üzerine CGK., Anayasanın 90. maddesi gereği doğrudan AİHS'nin 6. maddesine dayanarak tercüman ücretinin sanıklardan alınmayacağına hükmetmiştir: "Duruşmada kullanılan dili bilmeyen sanığın, bir çevirmenin yardımından ücretsiz yararlanacağına ilişkin, "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin" 6/3-e maddesi, genel kuralı düzenleyen Ceza yasası ve Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının yanında istisna hükmüdür. Adil yargılamayı gerçekleştirmek, sanığın; duruşmada kullanılan dili bilmemesi nedeniyle, kendini etkili şekilde savunmaktan yoksun kalmasını

6. İDDİA MAKAMI İLE EŞİT KOŞULLARDA TANIK ÇAĞRILMASINI VE DİNLENMESİNİ TALEP ETME VE TANIKLARI SORGUYA ÇEKME HAKKI VE DURUŞMA

6.1. Genel Olarak

AIHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının d bendinde teminat altına alınan *iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme* hakkı köken itibarıyla, anglo-sakson hukukundan gelen bir ilke olan *silahların eşitliği ilkesine* dayanmaktadır.³⁴⁸ Hatta 6. maddede açıkça belirtilmeyen ve sözleşme organlarının genel ilkeden hareketle ortaya koydukları haklardan olan silahların eşitliğini, 6. maddede tam olarak olmasa da, en açık biçimde yansıtan düzenlemenin (d) bendi olduğu söylenebilir.³⁴⁹ Bu itibarla 6. maddedeki genel ilkeyi içeren hakkaniyete uygun yargılama hakkı kapsamındaki silahların eşitliği ilkesi başlığı altında da incelenebilecek olan bu hakkı, 3. fıkranın d bendinde açıkça güvence altına alınmış olması ve özel önem ifade etmesi yönünden ayrıca incelemeyi uygun gördük.³⁵⁰ Bu bağlamda konu, “*iddia tanıklarının sorguya çekme veya çektirme hakkı*” ve “*savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme*” olmak üzere iki alt başlık halinde incelenecektir.³⁵¹

önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Kutsal haklardan olan savunma hakkını kolaylaştırmak ve güçlendirmek amacı güdülmüş, sanığın duruşmada olup biteni anlaması ve kendini savunması sağlanmıştır... Bu itibarla; yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da sağır dilsiz olan sanığa, yalnız son soruşturmada değil yargılamanın tüm aşamalarında, kesin hükme kadar sağlana çevirmen için ödenecek ücretin; mahkumiyet halinde dahi diğer yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenmesi mümkün olmadığından, itirazın reddine karar verilmelidir.” Centel-Zafer, **Pratik Kitabı**, s.18 vd.

³⁴⁸ Ambos, **a.g.m.**, s.37; Genel olarak, iddia ve savunma sanıklarının karşılıklı olarak yüzleştirilmesini ifade eden çapraz sorgu, anglo-sakson hukukunun taraf muhakemesine dayanan sistemini yansıtmakta olup, kıta Avrupa'sı hukuk sistemine yabancıdır. Bununla birlikte kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde de savcılık ve sanık tanık gösterme hakkına sahiptirler. Buna karşılık mahkeme de sanığın lehine veya aleyhine olup olmamasına bakmaksızın, esasa ilişkin önemli konularda re'sen tanık dinleyebilmektedir. Re'sen dinlenen bu tanıkların kimin lehine veya aleyhine ifade vereceği önemli değildir. Schroeder, **Fair Trial**, s.72 vd.

³⁴⁹ Ambos, **a.g.m.**, s.37

³⁵⁰ Mahkemenin 3. fıkranın (d) bendini değerlendirirken, 1. fıkradaki genel ilke ile birlikte ele aldığı ve muhtemelen tüm delil araçlarını da kapsar şekilde yorumladığı görülmektedir. Gölcüklü, **a.g.m.**, s.227

³⁵¹ Konuyu bu şekilde ikiye ayırarak incelememizdeki en önemli gerekçelerden birisi de söz konusu fıkra bu iki hususun ayrı ayrı vurgulanarak düzenlenmiş olmasıdır. Nitekim AIHS m.6/3/d bağlamında sanığa sağlanan imkanlar bakımından tanıklık iki boyutlu olarak düzenlenmiştir. Bu boyutlardan birincisi aleyhindeki tanıkları sorguya çekmek ve çektirmek, ikincisi ise lehine tanık gösterebilmektir. Gemalmaz B., **a.g.m.**, s.398; Aynı yönde Grabenwarter, **a.g.m.**, s.237

Ancak bu incelemeye geçmeden önce tanık kavramının AİHM tarafından ne şekilde ele alındığı üzerinde durmak gerekir. Nitekim sözleşmede yer alan birçok kavramda olduğu üzere, AİHM tanıklık kavramını da taraf devletlerin iç hukuklarından bağımsız, özerk bir kavram şeklinde değerlendirmekte ve bu kavramı, sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi olarak anlamaktadır.³⁵² Bu bağlamda, 3. fıkranın (d) bendini, 1. fıkradaki genel ilkeyle birlikte ele alan mahkemenin, tanık kavramını bilirkişileri de kapsar şekilde değerlendirdiği görülmektedir.³⁵³ Söz konusu kimsenin ifadesinin duruşmada ya da hazırlık soruşturmasında polis tarafından alınmış olmasının tanıklık statüsünün kazanılması bakımından bir önemi yoktur. İfadenin yazılı veya sözlü olması ve video ya da ses kaydından oluşması tanıklık statüsü bakımından bir soruna neden olmaz. Suç ortakları da ifadeleri yargılamada kullanıldığı müddetçe tanık olarak mütalaa edilirler.³⁵⁴

6.2. İddia Tanıklarının Sorguya Çekme veya Çektirme

6.2.1. Genel Olarak

Sanığın iddia sanıklarına soru sorması ve bu şekilde onlarla yüzleşmesi savunma bakımından çok önemlidir. Nitekim sanık, bu şekilde tanık beyanlarının zayıf noktalarını ortaya koyup güvenilirliğinin test edilmesini sağlayabilecek (tested evidence), sorduğu sorularla kendi lehine sonuçlar ortaya çıkartabilecek ve yargılama makamının sadece iddianın ortaya koyduğu şekliyle olayı algılamasını önleme imkanına sahip olacaktır.³⁵⁵ AİHM'ye göre, savunmaya tanınan bu hakkın amacı, tanığın inandırıcılığını sarsmak ve onun güvenilirliğini denemek olarak tanımlanmaktadır.³⁵⁶ Mahkumiyet kararının tamamen veya önemli ölçüde bir tanık beyanına dayanması, sanığın ne soruşturma ne de kovuşturma sırasında sanığa soru sorma imkanının tanınmaması kural olarak adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmaktadır.³⁵⁷

³⁵² Tezcan-Erdem-Sancaktar, **a.g.e.**, s.368

³⁵³ Inceoğlu, **a.g.e.**, s.216; bilirkişi kavramının tanık kavramından ayrı ele alınması ve bilirkişiyi sorgulama hakkının 1. fıkradaki genel ilke kapsamında tanınması gerektiği yönünde bkz. Gemalmaz B. **a.g.m.**, s.400

³⁵⁴ Gemalmaz B., **a.g.m.**, s.400

³⁵⁵ Ambos, **a.g.m.**, 37 vd.

³⁵⁶ Grabenwarter, **a.g.m.**, s.239

³⁵⁷ Ladewig, **a.g.m.**, s.97; Bununla birlikte sanığın tanıklara soru yöneltme hakkı, sözleşmede duruşma bakımından güvence altına alınmıştır. Bu itibarla soruşturma sırasında aleyhteki tanıkların sorgulanmasına izin verilmemesi, duruşma sırasında bu tanıkların sorguya çekilmesi mümkün olduğu sürece adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmayacaktır. Gemalmaz B., **a.g.m.**, s.402

(d) bendinde sanığın iddia tanıklarının sorguya çekmesinin haricinde ayrıca *çektirmesine* de yer verilmiştir. Lafzi olarak ele alındığında bu düzenlemenin amacı, sanığın muhakkak surette tanıkları kendisinin sorguya çekmesinin gerekli olmadığı, müdafinin de bunu sanık adına yapacağını açıkça ifade etmektir.³⁵⁸

Sözleşme organlarının içtihatları ile ortaya koyulduğu üzere, tanıklara soru sorma hakkı mutlak bir hak değildir. Mahkeme hakimi muhakemenin selameti açısından gerekli hallerde buna ilişkin talepleri reddedebilir.³⁵⁹ Ancak bu red kararı, soruya verilmesi beklenen cevabın maddi gerçeğin ortaya konulması bakımından önem arz edip etmediğinin takdir edilmesi suretiyle verilmelidir. Maddi gerçeğin araştırılması bakımından önemli olduğu açıkça belli olan bir sorunun sorulmasına izin verilmemesi, adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında değerlendirilecektir.³⁶⁰

CMK'nın 201. maddesinde sanığın tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kimselere soru sorması güvence altına alınmıştır. Buna göre, *Cumhuriyet savcısı, müdafii ve vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; ...katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı aracılığı ile soru sorabilir.* Görüldüğü üzere sanık bu kişilere sorularını hakim veya mahkeme başkanı aracılığı ile soracaktır. Ancak sanık bir müdafii yardımından faydalaniyorsa, müdafii söz konusu kimselere doğrudan soru sorma yetkisine de sahiptir. Kanun koyucu müdafie tanıdığı doğrudan soru sorma yetkisini sanığa da vermeyi yerinde görmemiş ve bu imkandan sadece müdafii olan sanıkların faydalanmasına imkan tanımıştır.

Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki; savcı, müdafii ve vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukata tanınan doğrudan soru sorma yetkisinin anglo-sakson hukuk sistemindeki çapraz sorguyu hatırlatması nedeniyle, bizdeki bu kurumun da bazen çapraz sorgu olarak ifade edildiği görülmektedir. Ancak anglo-sakson hukukunun kendine has bir yapısı vardır ve taraf avukatları kendi tanıklarını öncelikle kendileri sorgulamakta daha sonra ise karşı tarafa sorgu yapma imkanı tanımaktadır. Hakim ise

³⁵⁸ Ambos, **a.g.m.**, s.37

³⁵⁹ Ladewig, **a.g.m.**, s.97

³⁶⁰ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.216; Schroeder, **Fair Trial**, s.74; Kural olarak sanığın her davada kendisi aleyhine ifade veren tanıkları sorgulama hakkı olmalıdır. Bu hak nesnel nedenlere dayanmak kaydıyla istisnai olarak meşru görülür. Ancak bu nedenlerin daima tamamen somut meşru nedenler olması gerekir. Yargısal yarar ya da suçlarla etkin mücadele nedenlerine genel bir gönderme yeterli değildir. Grabenwarter, **a.g.m.**, s.237

sorguya herhangi bir şekilde müdahale etmemektedir. Ancak bizde tanıkları öncelikle hakim sorgulayıp daha sonra taraflara karşılıklı soru sorma yetkisi verdiğiinden, çapraz sorgunun temel mantığında yer alan tanıkları tarafların sorgulaması söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle CMK’da öngörülen sistemin tam anlamıyla bir çapraz sorgu olduğu söylenemez kanaatindeyiz.³⁶¹

Doğrudan soru sorma yöntemi ile savunma, kendi tanıklarına kendi tezini doğrulatacak, karşı tarafın tanıklarına ise karşı tezin gerçeği yansıtmadığını açığa çıkartabilecek sorular sorma imkanına sahip olacaktır. Örneğin tanığın önceden kurguladığı şekilde beyanda bulunması halinde, müdafî doğrudan soracağı sorular ile onun ifadelerinin güvenilirliğini ortaya çıkartabilecektir. Bu itibarla müdafî böyle bir yetkinin tanınmış olması savunma bakımından önemli bir avantaj oluşturmaktadır.³⁶² Savcıya ve katılan vekiline de tanınan bu yetkinin, taraflarca duruşma sırasında karşılıklı olarak kullanılmasıyla ise, muhakemede arzu edilen çelişme iyi bir biçimde sağlanmış olacaktır.

Soru sormanın kapsamı tanıklara aleyhe olan tüm açılardan soru sorabilmeyi de kapsar şekilde olmalıdır ki, çelişmeli muhakeme gerçek anlamıyla gerçekleşebilsin. Bu itibarla sanık iddia tanıklarına bir soru sorduktan sonra, tanığın verdiği yeni bilgilerle başka aleyhe durumlar ortaya çıkarsa bu durumda soru sorma hakkının sanığa yeniden tanınması gerekir.³⁶³ Bu husus da CMK’nın 215. maddesinde “*suç ortağının, tanığın ve bilirkişinin dinlenmesinden... sonra bunlara karşı diyecekleri olup olmadığı... sanığa ve müdafîine sorulur*” denilmek suretiyle güvence alınmıştır.³⁶⁴

Sanığın duruşma sırasında iddia tanıklarına soru sorabilmesi, doğal olarak tanıkların dinlenmesi sırasında onun duruşmada bulunmasını gerektirir. Bu bağlamda

³⁶¹ Aynı yönde bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.531 vd.; Çapraz sorgunun doğrudan soru sormadan farklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. F. Tom Read, “Çapraz Sorgu”, **CMK 2 Seminer Notları**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2005, s.26 vd.

“Çapraz sorgu yöntemi adı verilen aslında sadece doğrudan soru sorma hakkından ibaret olan ve uygulaması esaslı bir hazırlığı gerektirdiğinden, bazı avukatlar dahil tatbikatçılar tarafından kullanılmayan bu yöntem iddia ve savunma faaliyetlerinin daha iyi yapılabilmesi ve maddi gerçeğin daha iyi ortaya çıkması bakımından son derece önemlidir. Aslında bu yöntem adil yargılanmanın en önemli hususlarındandır.” Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.358

³⁶² Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.808

³⁶³ Ambos, **a.g.m.**, s.38

³⁶⁴ CMK’nın hükümlerine göre, tanık beyanının tartışılması ve onun beyanlarına karşı savunmanın soru yöneltme yetkisi sadece duruşma bakımından söz konusu olabilir. Çünkü kanuni düzenleye göre soruşturma aşaması gizlidir ve bu evrede örneğin Cumhuriyet savcısı tarafından bir tanığın dinlenmesinde savunmanın dinlemede hazır bulunması ve soru sorması mümkün değildir. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.215

soru sorma hakkı, genel ilke olan ve dördüncü bölümde incelediğimiz hakkaniyete uygun yargılanma hakkı başlığı altında alt başlık olarak ele alınacak duruşmada hazır bulunma hakkıyla yakından ilişkilidir.³⁶⁵ Ancak makul gerekçelere duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin getirilen kısıtlamalar, bazen sanığın iddia tanıklarına soru sorabilme imkanını da ortadan kaldırmaktadır. Bu itibarla iddia tanıklarına soru sorma hakkını etkilediği oranda, duruşmada hazır bulunma hakkının istisnaları da, diğer istisnai hallerle birlikte aşağıda incelenecektir.

6.2.2. İddia Tanıklarının Sorguya Çekme veya Çektirme Hakkına İlişkin İstisnai Haller

6.2.2.1. Sanığın Duruşma Salonunda Bulunmasının Sakıncalı Olması

Bazı hallerde tanığın dinlenmesi sırasında sanığın duruşma salonunda bulunması tanık üzerinde çok olumsuz bir etki yapabilir. İşte böyle hallerde, tanığın sanığın yüzüne karşı doğruyu söylemekten kaçınabileceği endişesiyle, sanığın duruşma salonundan çıkartılması mümkündür. AİHK bu tür uygulamaların adil yargılanma hakkını zedelediğine hükmetmiştir. Ancak bu tür hallerde duruşma salonunda bulunan müdafî tanığa soru yöneltebilmeli ve sanık da duruşma salonuna döndükten sonra, sanığın söylediklerinin kendisine aktarılmasını müteakiben ayrıca tanığa soru sorabilmelidir.³⁶⁶

Bu husus CMK'nın 200. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birinin veya bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilirse, mahkeme, sorgu ve dinleme sırasında o sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verebilir.* Ancak bu durumdaki sanığın mağduriyetini engellemek amacıyla kanun koyucu 2. fıkrada, *sanık tekrar geldiğinde tutanaklar okunur ve gerektiğinde içeriği anlatılır,* şeklinde bir düzenleme yapmış; bu surette sanığın tanığın

³⁶⁵ Nitekim tanıklar da dahil olmak üzere bütün deliller, ilke olarak sanığın hazır bulunduğu, kamuya açık bir duruşmada, bir argümanın gündeme getirilmesine imkan sağlayan bir ortamda ortaya konmalıdır. Reid, **a.g.e.**, s.207

³⁶⁶ Schroeder, **Fair Trial**, s.76; burada şunu da belirtmek gerekir ki; sanık dışarıya çıkartıldığı zaman müdafîine tanığa soru sorma imkanının tanınmış olması, tanık dinlendikten sonra içeriye alınan tanığın artık böyle bir hakkı olmadığı sonucunu doğurmaz. Nitekim müdafî yardımından faydalanan sanık da müdafîinden bağımsız olarak kendi kendini savunma ve karşı tarafın tanıklarına soru sorma hakkına sahiptir.

kendisi hakkında ne söylediğini öğrenmesine imkan tanımıştır (CMK. m.200/2).³⁶⁷ Bu şekilde tanığın ifadesi öğrenecek olan sanık, eğer isterse mahkeme başkanı aracılığıyla sanığa belirli sorular sorabilecektir. Sanığın sorduğu bu soruyu da tanığın, onun yüzüne karşı doğru şekilde cevaplamaktan kaçınabileceği öngörülürse; tanık soruyu cevaplandırırken, sanık duruşma salonundan tekrar çıkartılabilir. Bu halde de sorulan sorunun cevabı sanık duruşma salonuna alındığında kendisine aktarılacaktır.

6.2.2.2. Erken Alınan Tanık Beyanlarının Duruşma Sırasında Tekrar Alınamaması

Sanığın yokluğunda alınan tanık beyanlarına ilişkin diğer önemli bir husus da, soruşturma evresi veya duruşma hazırlığı devresinde sanığın yokluğunda dinlenen tanıklara ait beyanların, hüküm kurulurken delil olarak kullanılmasının, adil yargılanma hakkını zedeleyip zedelemeyeceğine ilişkindir. Kural olarak, soruşturmada tanıklar hakim tarafından dinlenmiş olsalar bile, duruşmada tekrardan dinlenmeleri gerekir. Ancak bazen soruşturmada veya duruşma hazırlığında sanığın yokluğunda dinlenen tanıkların beyanları, hastalık, ölüm, v.s. gibi nedenlerle duruşmada tekrar alınamamaktadır. Bu tür hallerde AİHM kural olarak bunlara ilişkin beyanların duruşmada okunması kabul etmekle birlikte, verilen beyanın diğer delillerle de desteklenmesi gerektiğini vurgulamaktadır.³⁶⁸

CMK'daki düzenlemelere bakıldığı zaman, duruşma öncesinde alınan tanık beyanlarına ilişkin tutanakların duruşma sırasında okunmasının belirli hallerde kabul edildiği görülmektedir. Öncelikle, *belirli koşullara bağlı olarak*, soruşturma ve duruşma hazırlığında, bir yargılama makamı tarafından erken dinleme sonucu elde tanık beyanlarına ilişkin tutanakların duruşmada okunması mümkündür. Terimsel olarak *erken dinleme* olarak ifade ettiğimiz söz konusu muhakeme işleminde, aşağıda daha ayrıntılı göreceğimiz üzere, tanığın, duruşmada bulunmasının zor olduğu önceden öngörülür ve tanık muhakkak surette bir yargılama makamı tarafından dinlenir.³⁶⁹ Ancak soruşturmanın gerçekleştirilmesi sırasında savcı veya kolluk tarafından da tanık beyanının alınması söz konusu olabilir. Kanunkoyucu erken dinleme tutanaklarının

³⁶⁷ Burada belirtilmemesine rağmen bilirkişi veya müşteki veya müdahilin dinlenmesi bakımından da aynı imkanın varlığının kıyasen kabulü gerekir. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.802

³⁶⁸ Schroeder, **Fair Trial**, s.76 vd.

³⁶⁹ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.218

okunacağı hallere paralel olarak, bir yargılama makamı tarafından alınmamış olan bu beyanlara ilişkin tutanakların da duruşma sırasında okunmasını kabul etmiştir.

Erken dinlemeye ilişkin kuralların CMK'nın değişik maddelerinde yer aldığı görülmektedir. Bunlara göre; *tanık veya bilirkişinin duruşma sırasında hazır bulunamayacağı veya oturduğu yerin uzaklığı nedeniyle bulunmasının güç olduğu anlaşılırsa soruşturma evresinde veya duruşma hazırlığında söz konusu tanık veya bilirkişinin erken dinlenmesine karar verilebilir. Erken dinleme sırasında şüpheli, sanık, müdafî, mağdur ve vekili hazır bulunabilirler. Ayrıca kural olarak bu kişiler, işlemin yapılmasından önce dinleme gününden haberdar edilirler* (CMK. m.84/2-4, 180, 181). Bu şekilde gerçekleştirilen erken dinlemeye ilişkin tutanaklar duruşmada belge delili olarak okunurlar.³⁷⁰

Erken dinlemeye ilişkin CMK'da yer alan ve yukarıda da belirttiğimiz hükümlere göre, erken dinlemenin yapılacağı günün sanığa ve müdafine bildirilmesi suretiyle, sanığa tanıklarla yüzleşme imkanı da tanınmıştır. Bu itibarla söz konusu tanık sonradan duruşma sırasında dinlenemese bile, sanık onunla yüzleşme ve ona soru sorma imkanına sahip olmuş olacaktır. Ancak kanunun 181. maddesinin 3. fıkrasında sanıklara tanınan bu imkana, tutuklu sanıklar bakımından bir istisna getirilmiştir. Buna göre, *tutuklu olan sanık, ancak tutuklu bulunduğu yer mahkemesinde yapılacak bu tür işlerde hazır bulundurulmasını isteyebilir. Ancak hakim veya mahkeme tarafından zorunlu sayılan hallerde tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın da bu tür işlerde bulunmasına karar verilebilir.* Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, tutuklu sanık sadece tutuklu bulunduğu yer mahkemesince yapılan işlemlerde hazır bulunabilme imkanına sahip olmakta, bunun mümkün olabilmesi için ise ayrıca hakim veya mahkemenin bunu zorunlu ve gerekli görmesi gerekmektedir.³⁷¹ Bu bağlamda tutuklu sanığın tutuklu bulunduğu yer mahkemesince dinlenen tanıklarla bile ancak mahkemenin takdir yetkisine bağlı olarak yüzleşme imkanı bulunmaktadır. Bu düzenlemenin, özellikle mahkemenin söz konusu takdir yetkisini sanık bakımından olumsuz kullandığı hallerde,

³⁷⁰ Erken dinleme, duruşmada yapılması gereken bir işlemin daha erken bir muhakeme dönemine alınmış olması nedeniyle, muhakkak duruşmanın ilkelerine bağlı olarak gerçekleştirilmelidir. Dolayısıyla erken dinleme sırasında da aleniyet ve çelişme gibi genel duruşma ilkeleri gerçekleştirilmelidir. bu bağlamda erken dinlemenin yapıldığı yer özel mülkiyetse ve mülk sahibi aleniyete izin vermiyorsa bu durumda kanaatimizce aleniyetten vazgeçilmelidir. Ancak kamusal bir alanda dinleme yapılıyorsa, bu durumda imkanlar el verdiği ölçüde aleniyet sağlanmalıdır. Aynı yönde bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s218

³⁷¹ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.760

tutuklu sanığın tanıklarla yüzleşme ve soru sorma imkanını kısıtladığı aşıkardır.³⁷² Tutuklu sanıkların, istinabe yoluyla dinlenen tanıkların dinlenmesinde hazır bulunabilmelerine ilişkin olarak getirilen düzenleme ise daha vahimdir. Bu konuya aşağıda istinabe ve niyabet yoluyla tanık dinlenmesinde değinilecektir.

Erken dinleme halleri dışında, soruşturma sırasında bazen savcı veya kolluğun da delil elde etme ve soruşturmayı genişletme amacıyla tanık dinlemesi söz konusu olabilmektedir. Ancak erken dinlemeden farklı olarak burada söz konusu beyanları bir yargılama makamı değil; bilakis kolluk veya savcı almaktadır. Ayrıca söz konusu beyanlar alınırken, tanığın duruşmada hazır bulunamayacağına ilişkin bir endişe de bulunmamaktadır.

Kanunkoyucu duruşmanın doğrudan doğruyalığı ilkesinin istisnalarını düzenlediği CMK'nın 211. maddesindeki istisnalar bakımından, erken dinleme tutanakları ile savcı veya kolluk tarafından alınan beyanlara ilişkin tutanaklar arasında bir ayırım yapmamış ve maddede belirtilen durumlarda her iki tür tutanağın da okunabileceğini hükme bağlamıştır. Duruşma öncesi alınan bu beyanların duruşmada okunabilmesi için gerekli şartlar şu şekilde belirlenmiştir; *a) Tanık veya sanığın suç ortağı ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş olur veya bulunduğu yer öğrenilemezse, b) Tanık veya sanığın suç ortağının duruşmada hazır bulunması, hastalık, malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle belli olmayan bir süre için olanaklı değilse, c) İfadesinin önem derecesi itibarıyla tanığın duruşmada hazır bulunması gerekli sayılmıyorsa, bu kişilerin dinlenmesi yerine, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgeler okunabilir.*

Görüldüğü üzere kanunkoyucu bu hallerde söz konusu tutanakların duruşmada okunabilmesi bakımından, tanık beyanlarının muhakkak bir yargılama makamı tarafından alınmış olması şartını aramamıştır. Bu itibarla savcı veya kolluk önündeki beyanlar bu şartların varlığı halinde duruşmada okunabilecektir. Ancak bu beyanların ispat yönünden hakim tarafından alınan beyanlar kadar güven arzetmediği ve

³⁷² CMK'da istinabe yoluyla erken dinlenen tanık ve bilirkişiler bakımından mahkemelere teknolojik imkanlardan faydalanma olanağı getirilmiştir. Bu şekilde hem yargılama hızlandırılacak hem de delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesine uygun bir yargılama gerçekleştirilebilecektir. Söz konusu düzenlemeye göre, erken dinlenen tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı halinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır. Buna olanak verecek teknik donanımın kurulmasına ve kullanılmasına ilişkin esas ve usuller yönetmelikte gösterilir (CMK. m.180/5).

mahkemin kararını verirken söz konusu durumu göz önünde bulundurması gerektiği de aşikardır.³⁷³

Bu hallerde tanıkların duruşma sırasında yeniden dinlenememeleri halinde sanığın tanıklarla yüzleşme ve onlara soru sorma hakkının kısıtlanacağına şüphe yoktur. Kanunun düzenlemesi dikkate alındığında kanunkoyucunun (a) bendindeki durumlar haricinde, diğer hallerde söz konusu tanık beyanlarının okunabilmesini sanığın bu konuda rıza göstermesi halinde mümkün olabileceğini kabul ettiği görülmektedir. Nitekim 211. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre; *Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanık veya müdafii birinci fıkrada belirtilenlerin dışında kalan tutanakların okunmasına birlikte rıza gösterebilirler.* Bu bağlamda (a) bendindeki durum haricinde yani *tanığın veya sanığın suç ortağının ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş olduğu veya bulunduğu yerin öğrenilemediği* haller dışında, bu tutanakların okunması ancak sanığın rıza göstermesi ve dolayısıyla soru sorma hakkından örtülü olarak vazgeçmesiyle mümkün olabilecektir.

6.2.2.3. İstinabe veya Niyabet Yoluyla Tanık Dinlenmesi

Tanıkların sanığın varlığında dinlenmeleri kuralının bir istisnası da istinabe veya niyabet yoluyla alınan tanık beyanlarıdır. Delillerin doğrudan doğruyalığının bir gereği olarak, bu tür yollara mümkün olduğunca başvurulmaması ve tanıkların mahkeme huzuruna getirilmesi sağlanmalıdır.³⁷⁴ Ancak zorunluluk nedeniyle, bu tür yollara başvurulmuşsa, bu durumda alınan beyanların, tıpkı sanığın yokluğunda soruşturma evresinde dinlenen tanık beyanlarının değerlendirilmesinde olduğu gibi, başka delillerle desteklenmeleri halinde hükme esas teşkil edebilecekleri kanaatindeyiz. Nitekim gerek soruşturma ve duruşma hazırlığı sırasındaki erken dinleme işlemlerinin yapılabilmesi gerekse duruşma sırasında ortaya çıkan nedenlere bağlı olarak tanıkların beyanlarının

³⁷³ Tanığın daha önceki beyanı hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından alınmış olabilir. Tanığın kollukta alınmış ifadesinin de okunmasıyla yetinilmesi mümkündür. Mahkeme, tutanaktaki beyanı değerlendirirken beyan veya ifadenin de kime sunulduğunu da kuşkusuz dikkate almalı, hakim güvencesi olmadan alınan beyanları, özellikle kolluk tarafından alınanları çok daha şüpheli bir yaklaşımla incelemelidir. Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, (Ankara: US-A Yayıncılık, 1996), s.369

³⁷⁴ “Dünyanın hiçbir yerinde duruşma yapmamış yargıç, “bu insanın suçu sabittir, değildir”, kendisi dinlemediği ve görmediği bir tanığın tutanaktaki anlatımını okuyarak “bu tanık yalan söylüyor, söylemiyor” değerlendirmesi yapmaz, yapamaz. Ama Türkiye’de bu değerlendirme her gün dosya üzerinde yapılır.” Sami Selçuk, “Hukuk ve Yargıda İyileştirme Üzerine” **Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı**, Temmuz-Ağustos 1996, s.568

alınabilmesi için, istinabe ve niyabet yoluyla dinlenmeye başvurulması gerekebilecektir. Erken dinleme halleri dışında duruşma sırasında da bu yollara başvurma gereğinin ortaya çıkabilecek olması nedeniyle istinabe ve niyabet yoluyla tanık dinlenmesini ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun gördük.

İstinabe ya da diğer bir ismiyle talimat yazma, yer yönünden yetkili olan mahkemenin yer yönünden yetkisiz bir mahkemeden kendi adına bir işlem yapmasını talep etmesi olarak tanımlanabilir. Niyabet ise, bir muhakeme işleminin yapılmasının toplu mahkemelerde, kurul adına üyelerden birine devredilmesini ifade eder. Naip hakim denilen bu üye, işlemi mahkeme adına yapar. Gerek istinabe gerekse niyabet CMK'da başlı başına birer kurum olarak, sistematik şekilde düzenlenmemiştir. Değişik maddelerde istinabe olunan mahkeme veya istinabe olunan hakim ya da naip hakim denilmek suretiyle bu kurumlara yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda erken dinleme hallerinde (CMK. m.84/2,180) tanıkların istinabe yoluyla veya naip hakim vasıtasıyla dinlenmelerine imkan tanınmıştır. Duruşma sırasında da istinabe veya niyabet yoluyla tanık dinlenebileceğine ilişkin açık bir hükmün kanunda yer almaması ise CMK bakımından önemli bir eksiklik. Nitekim duruşmaya geçildikten sonra ortaya çıkan veya daha önceden muhakemeye getirilmesi mümkün iken, sonradan sağlığı bozulan tanıkların duruşma devresinde istinabe veya niyabet yoluyla dinlenmeleri gerekebilecektir. Her ne kadar CMK. m.180 ve 209'un birlikte ele alınması sonucu, kıyasen bu yollara duruşma sırasında da başvurulabileceğinin kabulü akla gelebilirse de, istisnai hükümler bakımından ceza muhakemesinde kıyasa başvurulması mümkün değildir.³⁷⁵ Ceza muhakemesinde genel kural tanıkların madde ve yer yönünden yetkili mahkemede doğrudan doğruya dinlenmesidir. Ancak kanun koyucu zorunlu hallerde istisnaen istinabe veya niyabet yoluyla dinleme yapılmasını düzenlemiştir. Ancak bu düzenlemeler istisnai ve tahdidi olduğundan hukuken bunların kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Bu nedenle duruşma sırasında zorunlu

³⁷⁵ Ceza muhakemesi hukukunda, ceza hukukunun aksine kıyasa başvurulması mümkündür. Ancak iki halde ceza muhakemesi bakımından da kıyas yapılması yasaktır. Eğer kıyas yapılacak norm temel hak ve özgürlüklere getirilen müdahalelere veya istisnai hükümlere ilişkinse bu durumda ceza muhakemesi kurallarında kıyas yapılması yasaktır. Bu bağlamda tutuklama tedbirinin başvurulabileceği suç tipleri, tutuklamaya ilişkin kurallar temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğundan kıyas yoluyla genişletilemez. Aynı şekilde şikayete tabi suçlar da istisnai hükümlerle belirlendiğinden bunların kıyas yoluyla genişletilmeleri mümkün değildir. Çünkü ceza muhakemesinde kural suçların re'sen kovuşturulması, istisna ise şikayete tabi olmalarıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.45 vd.

hallerin ortaya çıkması durumunda kıyasen veya içtihat yoluyla konuya getirilecek çözümlerin hukuki olmayacağı kanaatindeyiz.

İstinabe olunan mahkeme veya naip hakim tarafından alınan beyanlara ilişkin tutanakların duruşmada okunmasına ilişkin şartlar bakımından, erken dinleme konusunu incelerken CMK'nın 211. maddesi üzerinden yaptığımız açıklamalara gönderme yapmakla yetiniyoruz.³⁷⁶

Ayrıca konuya ilişkin son olarak şunu da belirtmek gerekir ki; yukarıda da kısaca değindiğimiz üzere, tanığın niyabet ya da istinabe yoluyla erken dinlenmesi hallerinde tutuklu sanığın bu işlemde hazır bulunma ve dolayısıyla tanığı sorgulayabilme hakkı önemli ölçüde kısıtlanmaktadır. Nitekim CMK'nın 181. maddesinin 3. fıkrasına göre, *tutuklu olan sanık, ancak tutuklu bulunduğu yer mahkemesinde yapılacak bu tür işlerde hazır bulundurulmasını isteyebilir. Ancak hakim veya mahkeme tarafından zorunlu sayılan hallerde tutuklu bulunan şüpheli veya sanığın da bu tür işlerde bulunmasına karar verilebilir.* Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere, tutuklu sanık sadece tutuklu bulunduğu yer mahkemesinin yargı çevresinde yapılacak erken dinlemelerde hazır bulunabilme imkanına sahip olmakta, bunun mümkün olabilmesi için ise ayrıca hakim veya mahkemenin bunu zorunlu ve gerekli görmesi gerekmektedir.³⁷⁷ Bu bağlamda tutuklu sanığın tutuklu bulunduğu yer mahkemesi dışında istinabe veya niyabet yoluyla dinlenen tanıklara soru sorma imkanı hiçbir şekilde bulunmamaktadır. Bu düzenlemeye bağlı olarak sanığa tanıklara soru sorma imkanı tanınmazsa ve hüküm de bu şekilde dinlenen tanık beyanlarına dayandırılırsa, sanığın adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu bağlamda şu ana kadarki içtihatlar göz önünde bulundurulduğunda AİHM'nin bu şekildeki hemen her davada aleyhe mahkumiyet kararı vereceğini söylemek de yanlış olmayacaktır.

6.2.2.4. Gizli Soruşturmacı veya Tanık İle Konuşan Görevlinin Duyduğunu Söyleyen Tanık Olarak Dinlenmesi

Sanığın tanıklara soru yöneltme hakkının kısıtlandığı diğer önemli bir nokta da, duyduğunu söyleyen kişilerin tanıklığına ilişkindir. Zamanımızda kolluğun, suçların önlenmesi ve aydınlatılmasında muhbir kullanma eğiliminin giderek arttığı ve buna

³⁷⁶ Bkz. 3. bölüm 6.2.2.2. Erken Alınan Tanık Beyanlarının Duruşma Sırasında Tekrar Alınamaması

³⁷⁷ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.760

bağlı olarak da duyduğunu söyleyen kişinin tanıklığının yeni boyutlar kazandığı görülmektedir. Özellikle örgütlü suçlarla mücadele kapsamında bu tür görevlilerin yetiştirilmesi ve örgüt içine sokulması o kadar zordur ki; kolluk bu kişilerin kimliklerinin duruşmada ortaya çıkartılmasını istememektedir.³⁷⁸ Bunun dışında bazı uyuşmazlıklarda birçok tanık da faillerin muhakeme sonrasında intikam almasından korkmakta ve bu nedenle isimlerinin gizli tutulmasını istemektedirler. Bu nedenlere bağlı olarak da ceza davalarında bazen güvenilir kişilerden veya ismi gizli tutulan tanıklardan duyduklarını söyleyen polis memurları duruşmaya tanık olarak çıkartılmaktadırlar. Bu durumda söz konusu uygulamanın sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki genel ilkeye veya özellikle 3. fıkranın (d) bendine aykırılık oluşturup oluşturmayacağı önemli bir sorundur. Nitekim sanığın kendisine soru yöneltebileceği tanık, olayın doğrudan tanığı değil; çoğu kez doğrudan tanıktan duyduklarını söyleyen kolluk görevlisidir.

CMK'da da belirli suç tipleri bakımından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi koruma tedbirleri arasında m.139'da düzenlenmiştir.³⁷⁹

Bu konudaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları genel olarak şu hususları içermektedir:³⁸⁰

Öncelikle sözleşmenin 6. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendindeki tanık kavramı, tıpkı 6. maddedeki sanık kavramı gibi, sözleşme çerçevesinde özel olarak yorumlanmaktadır. Vereceği bilgiler fiili olarak mahkemenin eline geçeceğinden, bu bağlamda kolluk kuvvetlerinin kullandığı muhbir de, tanık olarak kabul edilmelidir.³⁸¹ Demokratik bir toplumda, dürüst işleyen adalet sistemi ve buna ilişkin bireysel hak çok

³⁷⁸ Birçok ceza yargılamasında, süreç ihbarla başlar. bu ihbarları yapan muhbirlerin kimlikleri ise çoğu kez gizli tutulur. Bazı yargılamalarda da tanıkların isimleri sanığa söylenilmez ve dosyaya isimleri belirsiz olarak girerler. Bundaki amaç söz konusu tanık ve muhbirlerin korunmasıdır. Burak Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), s.409

³⁷⁹ Söz konusu maddenin 7. fıkrasına göre gizli soruşturmacıya ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir: a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), 3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315). b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları. c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

Aynı maddenin 4. fıkrasında ise, soruşturmacının amacı şu şekilde ifade edilmiştir: *Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.* Tedbirin amacı ve koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.605 vd.

³⁸⁰ Schroeder, **Fair Trial**, s.80 vd.

³⁸¹ Aynı yönde Reid, **a.g.e.**, s.207

önemli bir yer işgal etmektedir. Bu itibarla bu bireysel hakkın vatandaşlara tanınmasından “maksada uygunluk” gerekçesi ile fedakarlık edilemez. Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında ve aynı maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde yer alan haklar, sanığın uygun ve elverişli savunma imkanlarına sahip olmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda sanığın kendisi aleyhinde ifade veren bir tanığın verdiği ifadenin güvenilir olup olmadığına ilişkin olarak ona sorular sorma hakkı vardır. Ancak bu husus genel kuralı oluşturmakla birlikte, bu kuralın istisnaları da olabilecektir.³⁸²

Sözleşme organlarının geliştirdikleri ve iç hukuklardan bağımsız bir içeriğe sahip olan *tanık* kavramı çerçevesinde beyan tutanağının okunması ile kimliği gizli tutulan tanığın dinlenmesi, kimliği gizli tutulan tanığı dinlemiş olan kişinin duyduklarını söylemesi arasında fark yoktur. Kimliği gizli tutulan kişilerin verdikleri ifadelerin delil olarak değerlendirilmesi kural olarak yasaklanmış değildir. Tanığın ve mağdurun korunmaya değer menfaatlerinin sözleşmenin başkaca maddelerinde koruma altına alınması itibarıyla, adil yargılama ilkesi kapsamında değerlendirme yaparken de, bu menfaatler göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun anlamı, sanığın korunmaya değer menfaatleri ile tanık ve mağdurun korunmaya değer menfaatleri arasında bir denge kurulmalıdır. Tanığın kimliğinin gizli tutulması için ağır basan gerekçeler varsa, gizli tutmanın savunma bakımından doğurduğu zorluklar, gereken şekilde dengelenmeli ve giderilmelidir.³⁸³

³⁸² Nitekim tanık kimliklerinin gizli tutulması çapraz sorgu bakımından önemli sorunlar oluşturur. Çünkü çapraz sorgunun yapılabilmesi her şeyden önce sanıkla tanığın yüzleşmesini gerektirir. Sanık soru soracağı tanığın aleyhine hangi ifadeyi erdiğini bilebilmelidir ki; onu rahatlıkla sorgulayabilsin veya sorgulatabilsin. Gemalmaz B, **a.g.m.**, s.409

³⁸³ Mahkeme kimliği gizli tutulan özel kişiler tarafından verilen beyanların hükme esas teşkil etmesini iki olaylarda adil yargılamaya aykırı bulmuştur. İlk olayda mahkeme sanık aleyhine kasten veya taksirle yanlış ifadeler verilebileceği şüphesine dikkati çekmiş ve ayrıca kimliği belli olmayan bir kimsenin sanık aleyhine peşin hükümle hareket edebileceği ihtimalini hatırlatmıştır. Gerek sanık gerekse müdafî muhakemenin hiçbir aşamasında söz konusu tanığa soru sorma imkanı bulamamışlardı. Ayrıca soruşturmada yetkili olan hakim ve kovuşturma sonunda hükmü veren mahkemenin de, tanığın kimliği hakkında bilgi sahibi olmadıklarından, onun söyledikleri hakkında bir kanaate ulaşmaları pek mümkün değildi. Kostovski / Hollanda; Başvuru no: 11454/85 Karar tarihi: 20.11.1989

Bir kahvehaneye soygun amacıyla girilmesine dayanan ikinci olayda ise, iki kadın kimliklerinin gizli tutulmasını isteyerek, olayın gerçekleştiği yerin yakınlarında bir minibüs içerisinde iki kişi gördüklerini ve bunların yüzlerinin mendille kısmen örtülü olduğunu söylemişlerdir. Daha sonra gizli bir teşhis yaptırılmış ve teşhis sırasında şüphelinin yüzüne bir mendil örtülmüştür. Her iki tanık belirli bir uzaklıktan bir otomobilin içine konulan bu kişiyi izlemişler ve bu kişinin olay yerinde gördükleri kişi olduğunu ifade etmişlerdir. Mahkeme, bu iki tanığın işlenmiş suçu bizzat görmediklerini, sadece sanıkların olay yerinde bulduklarını gördüklerini vurgulanmıştır. Bu itibarla olay duyduğunu söyleyen bir tanığın tanıklığı değil, olay yerinde hazır bulunmanın suç işleme açısından yeterli ispat sayılıp sayılmayacağı noktasında yoğunlaşmıştır. Windisch / Avusturya; Başvuru no: 12489/86 Karar tarihi:

AİHM, 1996 yılındaki bir olayda ise, kimliği açıklanmayan özel kişilerden oluşan tanıkların beyanlarının hüküm verilirken kullanılmasının hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Tanığın korkmasını gerektirecek yeterli neden mevcutsa tanığın kimliğinin gizli tutulması mümkündür. Karara ilişkin olayda, soruşturma sırasında görevli hakim, tanığın kimliği hakkında bilgi sahibiydi ve müdafii tanığa soru sorabilme imkanı bulmuştu.³⁸⁴

Tanığın yemin ettirilmiş bir polis memuru olduğu bir başka olayda ise mahkeme, bu durumu özel nitelik arzeden bir husus olarak nitelendirmiştir. Somut olaya ilişkin muhakemenin herhangi bir aşamasında sanık veya müdafie, tanığın kimliğini gizli tutmak suretiyle, tanığa soru sordurulması mümkündür. Ancak buna rağmen sanık ve müdafie bu imkanın tanınmaması mahkeme tarafından adil yargılanmaya ilişkin genel ilkeye ve 3. fıkranın (d) bendine aykırı bulunmuştur.³⁸⁵

Kimliği açıklanmayan tanıklara ait beyanların hüküm kurulurken değerlendirilmesine bağlı olarak savunma açısından ortaya çıkan sakıncaları gidermek amacıyla, söz konusu ifadeler çok dikkatli tetkik edilmelidir. Mahkumiyet kararı sadece kimliği açıklanmayan tanığın ifadesine dayandırılmayacağı gibi, bu beyanlar hüküm bakımından ağırlıklı bir role de sahip olmamalıdır.³⁸⁶

27.09.1990 Davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schroeder, **Fair Trial**, s.82 vd. Ayrıca konuya ilişkin başkaca kararlar için bkz. Gemalmaz B. **a.g.m.**, s.414 vd.

³⁸⁴ Doorson / Hollanda; Başvuru no:20524/92 Karar tarihi: 26.03.1996 kararın analizi için bkz. Gemalmaz B. **a.g.m.**, s.410

³⁸⁵ Schroeder, **Fair Trial**, s.84

³⁸⁶ Uygulamada Alman mahkemeleri güvenilir kişilerin beyanlarının alınması ve kimliği gizli tutulan tanıkların dinlenmesi konusunda çok sıkı şartlar öngörmektedirler. Bu bağlamda mahkeme maddi gerçeği araştırırken, öncelikle olayı doğrudan doğruya görmüş tanığı mahkeme önüne davet eder. Eğer polis veya yetkili diğer bir makam kimliği bildirmeyi reddeder veya memurun ifade vermesini yasaklamak isterse, bu reddin veya yasağın yasal bir dayanağı bulunmalıdır. Bu tür durumlarda mahkeme bir üst mercie başvurur ve bu mercie güvenilir kişinin gizli oturumda veya bir naip tarafından dinlenmesini teklif eder. Eğer yetkili merci güvenilir kişinin kimliğini keyfi bir şekilde açıklamaktan kaçınıyorsa, duyduğunu söylemek suretiyle tanıklık yapacak kimsenin beyanının alınması yasaktır. Eğer tüm şartlar gerçekleşmişse olayın doğrudan tanığı olan kimse, *ulaşılamayan tanık* sayılır ve davet edilmesine gerek olmaz. Bu bağlamda, duyduğunu söyleyen tanığın beyanlarının ispat değerinin az olduğu deliller değerlendirilirken göz önünde tutulur. Araya giren kişi adedi ne kadar çok olursa, beyanın ispat değeri o kadar azdır. Alman Yüksek Mahkemesi, 1992 yılında, sanık ve müdafinin soru sorma yetkisinin kısıtlandığı bu konuya ilişkin bir olayda verdiği kararda, 6. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinin ihlal edildiği iddiasını reddetmiştir. Bu kararın gerekçesinde ise, güvenilir kişinin bir polis memuru olması nedeniyle, özel kişiye nazaran çok daha güvenilir olduğu vurgulanmıştır. Alman Anayasa Mahkemesi de bu konuya ilişkin bir başvuru reddetmiştir. Doktrinde ise bu şekildeki Yüksek Mahkeme kararları eleştirilmekte ve AİHM içtihatları doğrultusunda Yüksek Mahkemenin duyduğunu söyleyen tanığın beyanlarının kabul edilmesine ilişkin görüşünü kısıtlaması gerektiği söylenmektedir. Schroeder, **Fair Trial**, s.86 vd.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve tanıklar bakımından tanıklığın tehlikeli sonuçlar doğurabilecek olması genelde örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar bakımından söz konusu olmaktadır. Bu kapsamdaki suçlarla ilgili olarak dinlenen tanıkların diğerlerine nazaran daha fazla tehlike altında olacağını kabul eden kanun koyucu, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarla ilgili olarak dinlenecek tanıkların dinlenme usulü bakımından özel düzenlemeler öngörmüştür. Nitekim CMK'nın 58. maddesinin 2. ve devamı fıkralarına göre; *“Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir. Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî 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. Tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemler, ilgili kanunda düzenlenir.”*³⁸⁷

6.2.2.4. Gizli Tanık Dinlenmesi

Ceza muhakemesi kapsamında bazen devlet sırrı nedeniyle bir takım tanıkların gizli dinlenmesi kanuni düzenleme altına alınmış olabilir. Hukuk sistemimizde de devlet sırrı nedeniyle tanıkların dinlenmesine ilişkin özel düzenlemelere gerek CMUK'ta gerekse CMK'da yer verilmiştir. CMUK m.49'da devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin ural olarak açıklanamayacağı, açıklansa bile bunun ancak maddede belirtilen üst makamların izniyle olabileceği ifade edilmekteydi.³⁸⁸ CMK'nın 47. maddesinde de bu duruma ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *bir suç olgusuna ilişkin*

³⁸⁷ Aynı maddenin 5. fıkrasına göre, bu düzenlemeler, ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.

³⁸⁸ CMUK m.49/1 şu şekildedir: *“Devlet memurları memuriyetten çekildikten sonra bile, saklamakla mükellef oldukları vakıalar hakkında sırrın ait olduğu makam amirinin izni olmaksızın tanık sıfatıyla dinlenemezler.”*

bilgiler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, devlet sırrı sayılır (CMK m.47/1) Tanıklık konusu bilgilerin devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zabıt katibi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçtu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir (CMK m.47/2).³⁸⁹

Ayrıca 47. maddenin 3. fıkrasında da, söz konusu maddede yer alan düzenlemelerin hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği hükme bağlanmıştır.³⁹⁰

Görüldüğü üzere CMK’da kural olarak devlet sırrı nedeniyle tanıklıktan kaçınılamayacağı kabul edilmiştir.³⁹¹ Tanıklık konusu bilgilerin devlet sırrı niteliği taşıyıp taşımadığına mahkeme tarafından karar verilecek ve mahkeme bu tür bir tanığı dinlerken zabıt katibi dahi olmaksızın söz konusu tanıkla baş başa kalacaktır.³⁹² Ancak

³⁸⁹ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu StPO’da, devlet sırrı nedeniyle tanık dinlenmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak söz konusu kanunun 50. maddesinde milletvekili ve bakanların dinlenmesine ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre; federal meclisin (bundestag), federal ikinci meclisin (bundesrat), bir eyalet meclisinin (landestag) veya eyalet ikinci meclisinin (zweiten kammer) bir üyesi, meclisin olduğu yerde bulunduğu sürece orada dinlenmelidirler. Aynı şekilde federal hükümet veya eyalet hükümet üyelerinden birisi, makamında bulunduğu sürece makamında; eğer makamının dışında bulunuyorsa da bulunduğu yerde dinlenmelidir. Bu hükümlerden ayrılınması yani söz konusu kimselerin mahkemeye getirilmesi için ise, meclis üyeleri bakımından ilgili meclisin izni, federal hükümet üyesi için federal hükümetin izni, eyalet hükümeti üyesi için de eyalet hükümetinin izni gerekir. bu kimselerin dinlenmeleri yukarıda belirttiği şekilde duruşma dışında gerçekleştirilmişse, söz konusu kimseler duruşmaya davet edilmezler. Ancak bunların hakim tarafından dinlenmelerine ilişkin tutanak duruşmada okunur. **StPO-Strafprozessordnung**, s.12

³⁹⁰ Görüldüğü üzere artık devlet sırrı niteliğindeki bir konuda tanıklık yapmak mümkünse de, bu her suç için kabul edilmemiştir. Tanıklığın söz konusu olacağı suç beş yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiriyor olmalıdır. Kanunun neden böyle bir sınırlama getirdiği belirsiz olmakla birlikte, ancak ağır suçlar bakımından devlet sırrına ilişkin tanıklık yapma olanağı tanınmak istenmiş olabilir. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.180

³⁹¹ Şahin, **CMK Gazi Şerhi**, s.176

³⁹² CMUK’tan farklı olarak, tanıklığa ilişkin hususun devlet sırrı sayılıp sayılmayacağına karar verme yetkisi CMK’da mahkemeye verilmiştir. Bu durum bazı yazarlarca çok olumlu karşılanırken bazı yazarlar ise CMUK’taki düzenlemenin daha yerinde olduğu kanaatinde dirler:

“Yeni düzenlemeyle tanıklık yapılabilmesinin sırrın ait olduğu makam amirinin iznine bağlanması esasından yerinde olarak vazgeçilmiştir. Gerçekten daha önce mahkeme bir konuda tanıklık yapılmasını öngörmüşken sırrın ait olduğu makam amiri aksi görüşte olup, memurun tanıklık yapmasına izin vermeyebiliyordu. Bu ise yürütmeyi yargının önüne geçirmekteydi.” Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.180

“Eğer mülga CMUK m. 49 çerçevesinde idari makamların izin talebine olumsuz cevap vermesi gerekçe gösterilerek “mahkeme artık hiçbir izin almaya gerek olmaksızın devlet sırrına vakıf olacaktır” deniliyorsa, bu gerçekçi değildir. çünkü devlet sırrının niteliği gereği mahkeme, tanığın bildiklerini doğru ve eksiksiz anlatıp anlatmadığını denetleme imkanından büyük ölçüde yoksundur. Şu halde sorun, daha ziyade, hukuk devleti bilinciyle ilgilidir. CMUK m.49 uygulamasında devlet sırrı konusunda kamu

bu tanığı dinledikten sonra, uyuşmazlık konusu olaya ilişkin kısımları tutanağa geçirecek ve böylelikle tarafların ve duruşma salonunda bulunanların, uyuşmazlık konusu olaya ilişkin tanık beyanının sadece uyuşmazlıkla ilgili kısımlarından haberdar olmasına imkan tanınacaktır.

CMK'da yer alan bu hükmün, sanığın tanıklara soru sorabilmesine ve aleyhine olan tanıklarla yüzleşebilmesine ilişkin hakkını açıkça teminat altına alan sözleşmenin 6/3/d maddesindeki düzenlemeye ilişkin aykırılıklara yol açabileceği aşikardır. Ayrıca söz konusu maddede öngörülen hüküm dördüncü bölümde incelenecek olan çelişmeli muhakeme ilkesine ilişkin hakkın da ihlaline yol açabilecektir. Nitekim tarafların görmediği ve dinlemediği bir tanığın beyanları üzere tartışmaları ve böylelikle çelişmeli bir muhakemenin gerçekleştirilmesi mümkün görünmemektedir. Bir sonraki başlıkta daha ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere özellikle mahkumiyete ilişkin hükmün, tek veya esaslı dayanak noktasını böyle bir tanık beyanının oluşturduğu hallerde, sanığın söz konusu tanıkla yüzleştirilmemesi ve ona soru soramaması adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir. Çünkü böyle bir durumda mahkeme, tanıkla baş başa kalmak suretiyle onu dinleyecek; bu halde de sanık, tanıkla yüzleştirilmeksizin ve onun söylediklerinin doğruluğunu test etme imkanı kendisine tanınmaksızın mahkum edilmiş olacaktır. Her ne kadar tanığın söyleyecekleri kamusal menfaatlere zarar verebilecek nitelikte olsa da; bu usulle dinlenmiş ve uyuşmazlık konusu olayın tek veya esaslı delili olan bir tanığın beyanlarına dayanmak suretiyle mahkumiyete karar verilmesi, adil yargılanma hakkı bakımından kabul edilemezdir.³⁹³

görevlilerinin tanıklığına izin verilmediğinden şikayet edilmektedir. Oysa aynı kamu görevlilerinin CMK m.49 uygulamasında bildiklerini eksiksiz anlatacakları varsayımına dayanarak adil yargılanma hakkı ihlal olunmaktadır.” Feyzioğlu, **CMK Değerlendirmesi**, s.35

³⁹³ Bu hallerde sanığın tanığa soru sorma imkanı elinden alınmış olacaktır. Savunma, tutanakta yazanlar dışında tanığın mahkemeye neler anlattığını da bilemeyecektir. Tanığın, sanık hakkında olumlu ya da olumsuz konuşup konuşmadığını, mahkemeyi etkilemeye yönelik bir çaba içinde olup olmadığını savunmanın bilmesine imkan yoktur. Savunmanın, tanığın anlatımına müdahale etme, gerçek dışı olduğunu ileri sürme imkanı da bulunmamaktadır. Tanık ve hakim içeride baş başadır. İspat faaliyetinin psikolojik dinamikleri de dikkate alındığında, bu düzenlemenin tarafların katılımına imkan vermeyecek şekilde mahkemeyi etkilemeye elverişli olduğu, sanığın adil yargılanma hakkını emsalsiz bir şekilde tehdit ettiği ortadadır. Feyzioğlu, **CMK Değerlendirmesi**, s.35 vd.

6.2.3. Delilin Tek Bir Tanıktan İbaret Olmasının Tanıklara Soru Sorma Hakkı Bakımından Öngörülen İstisnalara Etkisi

Yukarıda da incelediğimiz üzere, erken dinleme tutanaklarının okunması veya duyduğunu söyleyen tanıkların dinlenmesine bağlı olarak, sanığa, keyfi sayılabilecek nedenlerle tanıkları sorgulama ve onlarla yüzleşme imkanının tanınmaması, adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmaktadır. Bu bağlamda erken dinlenen tanıkların geçerli bir gerekçe yoksa muhakkak surette duruşma sırasında da tekrar dinlenmesi ve sanığa onlara soru sorabilme imkanının tanınması gereklidir. Ayrıca olayın tek delili bir tanık beyanıysa veya başka delillerin de varolmasına rağmen mahkeme hükmünü temelde tek bir tanık beyanına dayandırıyor; bu durumda AİHM söz konusu tanığın ne surette olursa olsun muhakkak duruşmaya getirilmesini ve sanıkla yüzleştirilmesini adil yargılanma hakkı bakımından zaruri görmektedir.³⁹⁴ Eğer bu durumdaki tanık ölmüşse veya başkaca bir nedenle mahkemeye getirilmesi hiçbir şekilde mümkün olmuyorsa, mahkemeden beklenen başkaca delil araştırmalarına devam etmesi ve yine bir sonuca ulaşamazsa da sanığın beraatine karar vermesidir.³⁹⁵ Ancak olayda aynı yönde birden fazla tanık veya bir tanık başkaca da belge veya belirti delilleri varsa, mahkeme diğer delillerle de olayı bir şekilde aydınlatabiliyorsa, bu durumda zorunlu nedenlerle, sanığa herhangi bir tanığı sorgulama veya onunla yüzleşme imkanının tanınmaması makul karşılanabilmektedir.³⁹⁶

Bu bağlamda CMK'daki düzenlemelere bakıldığında kanundaki istisnalar dışında, tanıkların duruşma sırasında dinlenmemesi ve beyanlarını içeren tutanaklar üzerinden hüküm kurulması, savunma hakkını önemli ölçüde kısıtladığından, bu durum m.289/1/h'ye göre mutlak bozma sebebi teşkil edecektir. Bu itibarla istinabe veya niyabet yoluyla dinlenen tanıkların, daha sonra şartların elvermesi halinde muhakkak duruşmada tekrar dinlenmesi gerekir.

Tanık beyanının mutlak surette duruşma sırasında alınmasına ilişkin bir hüküm CMK'nın 210. maddesinde bulunmaktadır. *Duruşmada okunamayacak belgeler* başlıklı

³⁹⁴ Gemalmaz B. **a.g.m.**, s.414 vd.

³⁹⁵ Tanığın sonradan ölmesi ya da kaybolması durumunda AİHM'nin tanığın ortaya çıkartılmamasında devletin sorumluluğu bulunup bulunmadığına da dikkat ettiği görülmektedir. Ferrantelli ve Santangelo / İtalya davasında başvuru sahipleri, ölü bir tanığa karşı konulamayacağını ileri sürmüşlerdir. AİHM ise, ölümden hükümetin sorumlu olmadığına ve yerel mahkemenin tanık ifadesinin diğer delillerle doğrulandığına dikkati çekmiştir. Ferrantelli ve Santangelo / İtalya; Başvuru no: 19874/92 Karar tarihi: 07.08.1996 Reid, **a.g.e.**, s.211

³⁹⁶ Bkz. Schroeder, **Fair Trial**, s.78, 86

bu maddeye göre; *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.* Bu hükümden ne anlaşılması gerektiği konusu tam bir netlik arzetmemektedir ve doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu madde hükmü genel olarak tüm tanıklar bakımından bir düzenleme getirmekte ve onların doğrudan doğruya mahkemece dinlenmesini hükme bağlamaktadır. Bu itibarla maddede geçen, *bir tanığın açıklamalarından ibaret ise*, ifadesine dayanarak, hüküm bir olayın tek delilinin bir tek tanığın beyanı olması haliyle sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Başka deliller bulunsa bile tanığın mutlaka dinlenmesi gerekir. Bu bağlamda 211. maddedeki istisnalar olayın tek tanığı veya birden fazla tanığı olmasına bakılmaksızın tüm tanık delilleri bakımından geçerlidir.³⁹⁷

Diğer bir görüşe göre ise, 210. maddedeki düzenleme olayın delilinin tek bir tanıktan ibaret olmasına ilişkindir. Bu itibarla tüm tanıklar duruşmada dinlenmelidir; ancak olayın tek delili bir tanık ise, istisnasız olarak bu tanığın duruşmaya getirilmesi gereklidir. Ölüm vs. gibi nedenlerle olsa bile, bu tek tanık duruşmaya getirilemezse sanık hakkında mahkumiyet kararı vermek mümkün değildir. Dolayısıyla 211. maddedeki istisnalar, olayın tek delilinin bir tanık olmadığı hallerde ilişkindir. Eğer olayın tek delili bir tanık ise, 211. maddedeki istisnalar bu tanık delili bakımından kabul edilemeyecektir.³⁹⁸ Benzer hükmün yer aldığı CMUK'un 243. maddesinin, bazen Yargıtay tarafından da tek tanığa münhasır şekilde ele alınıp bu ikinci görüşe uygun içtihatlar ortaya konulduğu görülmektedir.³⁹⁹

Özellikle söz konusu düzenlemeye ilişkin aynı hükmün CMUK'taki karşılığında yer almamasına rağmen, CMK'daki hükümde yer verilen "mutlaka dinlenir" ifadesi, bu kuralın tek delilin bir tanık olması haline münhasır olduğu izlenimi vermektedir. Nitekim mutlaka ifadesi, istisnasız anlamı vermektedir. Bu bağlamda 211. maddedeki istisnaların tek delilin bir tanıktan ibaret olması haline münhasır olduğu

³⁹⁷ Şahin, **CMK Gazi Şerhi**, s.

³⁹⁸ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.834 ; Yurtcan, **Ceza Yargılaması**, s. 419

³⁹⁹ "Mahkeme kararını, sanıklardan birisinin babasının hazırlıktaki anlatımına dayandırdığına göre, bu *tek tanığın* CMUK'nın 243. maddesi gereğince duruşma sırasında dinlenmesi zorunludur." (1. CD. 3.12.1975; E.3041, K.3848) Erdener Yurtcan, **CMUK Şerhi**, (İstanbul: Beta Yayınları, 2000), s.542; Yurtcan, **Ceza Yargılaması**, s.419;

Olayın tek görgü tanığının "dinlenmesinin esası etkilemeyeceği gerekçesiyle duruşmada dinlenmeden hazırlık anlatımının okunmasıyla yetinilmek suretiyle hüküm kurulması, yasaya aykırıdır." (4. CD. 19.10.2004; E.2003/11011; K.2004/10182) Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.832

düşünülebilecektir. Bu şekildeki kabul edişin AİHM içtihatlarına da daha uygun olacağı ortadadır. Ancak CMK gerekçesine bakıldığı zaman tasarıda yer alan ve 210. maddeye tekabül eden 217. maddedeki düzenlemenin gerekçesinde kanunkoyucunun hiç de bu yönde bir iradesi olmadığı görülmektedir. Nitekim gerekçede bu düzenlemenin delillerin doğrudan doğruyalığını belirtmek üzere yapıldığı ve 219. maddedeki (CMK. m.211) istisnalar haricinde olayın delili olan bir tanığın duruşmada dinlenmesi zorunluluğunu vurguladığı ifade edilmektedir.⁴⁰⁰ Dolayısıyla kanunkoyucunun iradesinin yukarıda belirttiğimiz ilk görüşe uygun olarak oluştuğu anlaşılmaktadır.

6.3. Savunma Tanıklarının İddia Tanıklarıyla Aynı Koşullar Altında Çağrılmasının ve Dinlenmesinin Sağlanmasını İsteme

Sanığın iddia makamı ile eşit imkanlara sahip olması bakımından büyük önem arzeden bu hak, sanığın kendi tanıklarının duruşmada dinlenmesini sağlayabilmesine yöneliktir. Aslında sanık suçsuzluğunu ispat etmek ya da lehine olan hususları ortaya koymak bakımından sadece tanık dinletme değil; bilakis her türlü delili duruşma sırasında ikame etme hakkına sahiptir. Ancak ceza muhakemesindeki en önemli delilin tanık olması sebebiyle 3. fıkranın (d) bendinde bu hak açıkça belirtilmiştir. Nitekim çoğu uyuşmazlıkta belge delili bulunmayacak, belirti delilleri de tek başlarına maddi gerçeğe ulaşılmasına yeterli olmayacaktır. Bu bağlamda kendisiyle ilgili bir cezai uyuşmazlıkta, lehine olan tanıkları yargılama makamı önünde dinletmek, sanık bakımından adil bir yargılamanın en önemli gereklerindendir.

Ancak tıpkı sanığın iddia makamının tanıklarına soru sorma hakkındaki gibi, kendi tanıklarını yargılama makamı önünde dinletme hakkı da sanık bakımından sınırsız bir hak değildir. AİHM içtihatlarına göre, bazı hallerde bu hakka ilişkin taleplerin reddi, sözleşme hukukuna aykırılık teşkil etmemektedir. Red konusundaki takdir yetkisi ise devletlerin adli organlarına aittir. Bu itibarla söz konusu hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişi, sadece belirli bir tanığı davet edemediği için değil, maddi gerçeğin ortaya konulabilmesi bakımından söz konusu tanığın dinlenmesinin zorunlu olduğu

⁴⁰⁰ CMK. m.210'un tasarıdaki karşılığı olan 217. maddenin gerekçesi şu şekildedir: "217. maddenin (CMK. m.210) gerekçesinde de açıklandığı üzere, delillerin hükmü verecek mahkeme önünde ortaya konulması, tartışılması ve irdelenmesi adil yargılanma hakkının temel gereklerindendir. Bu itibarla duruşmada sanık ve tanığın ifadesine ait tutanakların okunması ile yetinilmesi, ancak zorunlu hallerde kabul olunabilir, 219. maddede (CMK m.211) söz konusu olduğu hallerde olduğu gibi..." Şahin, **CMK Gazi Şerhi**, s.600

gerekçesine dayanmalı ve bunu ortaya koymaya çalışmalıdır.⁴⁰¹ Ancak buradan dinlenmeyen tanıkların maddi gerçeğe ulaşma bakımından önem arzettiğini ortaya koyma yükümlülüğünün de başvuruda bulunan kişide olduğu sonucuna varılmamalıdır. Çünkü Bricmont / Belçika kararında da ortaya konulduğu üzere, bir tanığın dinlenmesini reddeden mahkeme, bunun gerekçelerini kararında göstermelidir. Aksi takdirde adil yargılanma hakkını ihlal etmiş olacaktır.⁴⁰²

Bugüne kadar sözleşme organlarının önüne gelen uyuşmazlıklarda tanıkların dinlenmemesi nedeniyle verilen hukuka aykırılık kararlarına pek rastlanmamaktadır. Bilirkişinin dinlenmesine ilişkin bir kararda, mahkeme, 6. maddenin birinci fıkrasındaki genel ilkeye dayanmış ve 6. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinin uygulanmasını tartışma dışı bırakmıştır.

Sanığın kendi tanıklarını duruşmada dinletebilmesi CMK'da da teminat altına alınmıştır. CMK. m.177'ye göre “*Sanık, tanık veya bilirkişinin davetini veya savunma delillerinin toplanmasını istediğinde, bunların ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına veya hâkime verir. Bu dilekçe üzerine verilecek karar, kendisine derhâl bildirilir. Sanığın kabul edilen istemleri, Cumhuriyet savcısına da bildirilir.*” Görüldüğü üzere duruşma gününden 5 gün önce bildirmek kaydıyla sanık da kendi tanıklarının ve bilirkişilerinin duruşmaya çağrılmasını mahkemeden isteyebilecektir. Ancak bu talebi mahkeme kabul etmek zorunda değildir. Eğer mahkeme, muhakeme bakımından söz konusu tanıkların dinlenmesinin önem arzetmediğini düşünüyorsa, söz konusu talebi reddedebilecektir. Ancak bu halde de tanığın mahkemenin red kararına rağmen kendisinin çağrılması mahkemece reddedilen tanıkları doğrudan duruşmaya getirme hakkı bulunmaktadır. Nitekim CMK. m.178'e göre “*Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir.*” Görüldüğü üzere madde hükmü “dinlenebilir” değil; bilakis “dinlenir” ibaresi ile bitmektedir. Dolayısıyla buradan, sanık duruşmaya tanıklarını kendisi getirdiği zaman, mahkeme bu tanıkları dinlemek zorundadır anlamı çıkmaktadır.

⁴⁰¹ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.216

⁴⁰² Bricmont / Belçika; Başvuru no:19857/84 Karar tarihi: 07.07.1989 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir. Gölcüklü, **a.g.m.**, s.217

Son olarak Şu hususa da işaret etmek gerekir ki; CMK'nın 61. maddesine göre, kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından çağrılan tanıklara tazminat ödenecektir. Ancak aynı maddede sanığın yanında getirdiği tanıklara tazminat ödenmesi hususu düzenlenmemiştir. Bu durum sanığın *savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme hakkını ihlal edici niteliktedir kanaatindeyiz.*⁴⁰³

7. SUÇSUZLUK KARİNESİ VE DURUŞMA

7.1. Genel Olarak

Bu hak sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrasında açıkça teminat altına alınmıştır. Buna göre, bir suçla itham edilen kimse, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar suçlu sayılamayacaktır.⁴⁰⁴ Bir başka deyişle, hakkında mahkumiyet hükmü verilmeye kadar, sanık hakkında işlem yapılıp karar verilirken, onun baştan suçluymuş gibi kabul edildiği izlenimi veren gerekçelere dayanılamayacak, muhakeme boyunca ona bir suçludan farklı muamele edilecektir.⁴⁰⁵

⁴⁰³ CMUK'ta sanığın duruşmaya getirdiği tanığın açıklamaları olayın aydınlatılmasına yardımcı olmuŐsa, talep üzerine, mahkeme tarafından tanığın masraflarının devlet hazinesince karŐılanmasına karar verilmesi öngörülmüŐtü (CMUK m.213/3). Bu hükme yeni kanunda yer verilmemesi yerinde olmamıŐtır kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.213

⁴⁰⁴ Sulhi Dönmezer, "Suçsuzluk Karinesi zerine Düşünceler", **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, ğretim ve Yardımlaşma Vakfı) 1998, s.67

⁴⁰⁵ Modern ceza muhakemesinin en önemli sorunlarından bir tanesi, etkin ve adil bir muhakeme gerçekleştirilirken, bazen hükmün kesinleŐmesi sürecinin çok uzamasıdır. Bu itibarla içinde bulunduğumuz zaman diliminde, mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve böylelikle onların ellerindeki dosyaları mümkün olan en kısa sürede hükme bağlamalarını mümkün kılmak amacıyla yeni kurumlar kabul edilmiştir. Bu yeni kurumlar aynı zamanda suç işlediği düşünülen kişinin lekelenmesi ihtimalini de bertaraf etmek suretiyle onun açısından da olumlu sonuçları beraberinde getirmektedir. Bu itibarla ülkemizde de olmak üzere bir çok hukuk sisteminde, Şüpheli veya sanık hakkında mahkumiyet ya da beraat dışında kararlar vermek suretiyle de muhakemeyi sona erdirme kurumları oluŐturulmuŐtur.

Bu yeni kurumlar Şüpheli veya sanığa para yaptırımı bazı mükellefiyetler yükleyerek muhakemeye son verme yolunu açmıştır. Bu kurumların kabul edilmesinin temel nedenlerinden bir tanesi mahkemelerin iş yükünü azaltmak olduğundan, bu yollara başvurulabilmesi için sanığın suçluluğun tam olarak ispatlanmış olması gerekmez. Bu itibarla nispeten hafif ceza gerektiren suçlar bakımından kabul edilen bu kurumlarda da, kişiye belirli cezai yaptırımlar uygulanmakta, ancak onun suçluluğunun ispatı Şartı aranmamaktadır. Bu nedenle bazı yazarlarca bu kurumların ceza muhakemesinin temel ilkelerine ters düŐtüđü ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. Schroeder, **Fair Trial**, s.46

Bu itirazlar yersiz değildir ve sağlam temellere dayanmaktadır. Ancak Şunu da unutmamak gerekir ki, modern suç politikası bakımından bu kurumlar vazgeçilmezdir. Ayrıca bu yollara başvurulabilmesi için sanığın rızasının mevcudiyeti de Şart olduğundan, sanığın rızası dışında böyle yollara başvurulması mümkün değildir. Bu rıza Şartı, mahkemelerin iş yükünü azaltmak bakımından büyük faydası olan söz konusu kurumların makul kabul edilebilmesinin de en önemli dayanağını oluşturmaktadır. Eğer sanık, kabul etmeyecek olursa muhakeme normal prosedürde gerçekleŐtirilecektir.

Gerçeğe uygun kabul edilen bir olaydan yola çıkılarak, başka bir olayın varlığına dair karar vermeyi gerektiren bir kurala dayanılarak yapılan işleme, karine denilir.⁴⁰⁶ Ancak suçsuzluk karinesinde, gerçeğe uygun ya da sabit olduğu kabul edilen bir olaydan başka bir olayın varlığı sonucuna ulaşılması söz konusu değildir. Bu karine sadece, muhakeme sırasında kişinin suçsuz oldu varsayımı ile hareket edilmesini gerektirir.⁴⁰⁷

Suçsuzluk karinesinin ana vatanı aslında kıta Avrupa'sı değil; İngiltere, bir başka ifadeyle anglo-sakson hukukudur. Özellikle birkaç yüzyıl önce kıta Avrupa'sında uygulanan engizisyon sisteminde bu haktan söz edebilmek mümkün değildi. Ancak insan hakları alanındaki gelişmelere paralel olarak önce İngiltere'den Fransa'ya geçen bu hak, Fransız devrimiyle birlikte buradan tüm Avrupa'ya yayılmıştır.⁴⁰⁸

Anayasamızın 38. maddesinde de suçsuzluk karinesi temel bir hak olarak açıkça güvence altına alınmıştır. Buna göre, “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.*” Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin kullanımının durdurulmasını düzenleyen 15. maddenin 1. fıkrasında zorunlu bazı hallerde temel hak ve hürriyetlerin kullanımının durdurulması kabul edilmiş; aynı maddenin 2. fıkrasında ise, birinci fıkrada belirtilen zorunlu durumlarda dahi bazı temel hakların kullanımının hiçbir şekilde durdurulamayacağı hükme bağlanmıştır.⁴⁰⁹ İkinci fıkrada sayılan temel haklardan birisi de, suçluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimsenin mahkum edilemeyeceğine ilişkindir. Bu bağlamda savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hal gibi zorunlu durumlarda bile, kişinin suçsuzluk karinesinden yararlanması hiçbir şekilde durdurulamayacaktır.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.152

⁴⁰⁷ Feyzioğlu, **Suçsuzluk Karinesi**, s.138 vd.; İlhan Üzülmöz, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mayıs-Haziran 2005, s.43

⁴⁰⁸ Suçsuzluk karinesi daha önceden İngiltere’de bilinmekle birlikte, açık şekilde ilk defa 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 9. maddesinde tutukluluğa ilişkin olarak düzenlenmiştir. Buna göre “*her insan suçlu olduğu bildirilinceye kadar suçsuz sayılacağından, onun tutulması gerekli görüldüğü zaman, kendisini elde tutmak için gereken sıklıktan fazla bir sertlik yasayla ciddi biçimde cezalandırılmalıdır.*” İlke anayasal anlamda ise ilk kez ABD’de Rhode Island Anayasasında kendisine yer bulmuştur. Üzülmöz, **a.g.m.**, s.42

⁴⁰⁹ Gören, burada sayılan temel hakları Anayasa koyucunun diğerlerine nazaran daha öncelikli kabul ettiğini ileri sürmekte; 15. maddenin ikinci fıkrasında kullanımının durdurulması kabul edilmeyen hakları *sert çekirdekli haklar* olarak ifade etmektedir. Bkz. Gören, **a.g.e.**, s.30

⁴¹⁰ Any. m.15 şu şekildedir: “*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*”

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması sırasında, sanık hakkında, gerektiğinde tutuklamaya kadar varan koruma tedbirlerine başvurulabilecektir. Bu itibarla, inceleme konumuz olan bu hak, genelde *masumiyet karinesi* olarak ifade edilse de; biz *suçsuzluk karinesi* demeyi daha uygun buluyoruz. Çünkü ceza muhakemesinde sanık önceden suçlu sayılamayacağı gibi masum da sayılamaz. Sanığın baştan itibaren masum sayılması kabul edilirse, sanık hakkında koruma tedbirlerine başvurulmasını açıklamak mümkün olmayacaktır. Sanık ne masumdur ne de suçludur; suçlu olduğu sanılan kimsedir. Bu nedenle klasikleşen formülde *masum sayılır* denildiği halde, Anayasamızda *suçlu sayılamaz* denilmiş olması daha doğrudur.⁴¹¹

Ceza muhakemesinde, soruşturma evresinde olduğu üzere duruşma devresinde de sanık hakkında tutuklamaya başvurulabilir. Bu nedenle duruşmayı incelerken, suçsuzluk karinesi bakımından tutuklamanın değerlendirilmesine de ayrıca değinmek gerekliliği hissediyoruz. Nitekim koruma tedbirlerinden belki de en ağırı olarak nitelendirilebilecek olan tutuklama, sonuçları itibarıyla hürriyeti bağlayıcı cezaya çok benzemektedir. Her ikisinde de kişinin hareket özgürlüğü uzunca bir süre kısıtlanmakta ve kişi kapalı bir mekanda tutulmaktadır.⁴¹² Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır ki, o da bu hürriyeti bağlayıcı cezanın suçluluğu ispat edilen kişi hakkında uygulanan bir cezai sonuç olduğudur. Oysa tutuklama bir koruma tedbiridir ve bu tedbirin uygulandığı kişi ise, hakkında her ne kadar kuvvetli şüphe olsa da, suçsuzluk karinesine tabi olmaya devam etmektedir. Bu itibarla tutuklama ile hürriyeti bağlayıcı cezanın birbirinden net bir şekilde ayrılması gerekir.

Suçsuzluk karinesinin kıta Avrupa'sı hukuk sistemi bakımından ifade ettiği anlam, *kusur ispat edilmeden önce suçlu gibi muamele görmemdir*. Bu kabul özellikle tutuklama koruma tedbiri açısından özel önem taşır. Kendisine yapılan bir başvuruya ilişkin olarak komisyon, yerel mahkemenin tutukluluk durumunun devam etmesine karar verirken, bunun gerekçesinde, hükmedilmesi beklenen ceza süresi ile bağlantı kurulmasının suçsuzluk karinesine aykırı olduğunu vurgulamıştır.⁴¹³

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun filler sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

⁴¹¹ Kunter-Yenisey, **a.g.e.**, s.24; Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.7

⁴¹² Aynı yönde bkz. Üzülmüş, **a.g.m.**, s.63

⁴¹³ Schroeder, **Fair Trial**, s.30;

Burada dikkat edilmesi gereken husus, tutuklamanın gerekçesinin hükmedilmesi beklenen ceza olmaması gereğidir. Eğer kuvvetli şüphe ve delillerin karartılması tehlikesi veya kaçma tehlikesi gibi tutuklamanın şartları oluşmamışsa ya da ortadan kalkmışsa, sırf hükmedilmesi beklenen cezaya dayanılarak tutuklamaya veya bu tedbirin devamına karar verilemez.⁴¹⁴ Ancak bu tutukluluğun süresi belirlenirken isnat edilen suçun cezasının dikkate alınmaması şeklinde anlaşılmamalıdır. Nitekim tutukluluğun devamına karar verilirken isnat edilen suçun cezasının dikkate alınması koruma tedbirlerinin en önemli önşartlarından birisi olan *orantılılık ilkesinin* doğal bir sonucudur. Burada önemli tutuklamaya başvurma gerekçesi olarak beklenen cezanın gösterilmemesidir. Bu bağlamda tutuklamanın şartları oluşmuşsa ve hükmedilebilecek cezanın miktarı fazla ise tutukluluğun devamına karar verilebilir. Ancak bu süre hiçbir şekilde uygulanabilme ihtimali olan cezaya eşit olmamalıdır.⁴¹⁵

Tutuklunun bir mahkum gibi algılanmamasını ve muamele görmemesini teminat altına almak isteyen anayasa ve kanun koyucu, tutuklunun haklarını gerek Anayasa’da gerekse CMK’da yaptığı düzenlemelerle güvence altına almıştır. Anayasa’nın 19. maddesinin 7. fıkrasına göre; *“tutuklanan kişilerin, makul süre içerisinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya*

AİHM, kusuru hukuksal açıdan kesin olarak tespit edilmemiş tutuklu bulunan bir kişinin, masumluk karinesinden yararlanacağı vurgulamaktadır. Bu karineler sadece ceza muhakemesine ilişkin haklar bakımından geçerli olmayıp, aynı zamanda ceza infaz kurumu görevlilerinin mahkumlara davranışlarının usulünü de kapsayan tutukluluğun infazına ilişkin hukuki talimatlar açısından da geçerlidir. Hans-Heiner Kühne-Robert Esser, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Tutuklama Konusundaki Yargısı-2001 ve 2001 Yıllarındaki Gelişim Üzerine Bir İnceleme,” **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Ankara: Çev. Oğuz Şimşek, Seçkin Yayınevi, 2004), s.154 vd.

⁴¹⁴ AİHM içtihatlarına göre, her tutuklamanın temel amacı muhakemenin güvence altına alınmasıdır. AİHS m.5/1 (c) anlamında muhakemeyi garanti edici bir tutuklama için hükmün lafzına göre, yeterli bir suç şüphesinin varlığı gereklidir. AİHM bu noktada tutuklama kararının verildiği zamanda objektif bir gözlemci bakışıyla, ortaya konulan ve muhakeme edilen olguların gerçekte böyle bir suç şüphesini gerektelendirip gerektelendirmeyeceğini incelemektedir. Buradaki ölçüt ise, yeterli ölçüde objektif olguların mevcudiyetidir. Kühne-Esser, **a.g.m.**, s.169

⁴¹⁵ AİHS’de tutuklu sanığın hakları sadece 6. madde bağlamında güvencelenmiş değildir. Bilakis 6. maddeden daha açık şekilde 5. maddede de yakalanan ve tutuklu bulunan kişiler bakımından önemli güvenceler getirilmiştir. 5.maddenin 3 ve 4. fıkraları şu şekildedir: “ (3) Bu maddenin 1/c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır; kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir. (4) Yakalama veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64FB85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>

hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.” Ayrıca CMK’nın 100. maddesinde tutuklamaya başvurunun ön şartı olarak kuvvetli şüphenin bulunması aranmış ve ölçülülük ilkesi vurgulanmış; 102. maddede ise tutuklulukta geçecek süreler için sınırlandırmalar getirilmiştir. Ancak özellikle özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin madde yönünden yetkisine giren bazı suçlar yönünden öngörülen sınırlar çok uzun sürelidir. Bu nedenle, mahkemelerin bu sınırı sonuna kadar kullanma eğiliminde olmaları halinde, hem AİHS m.6/2 hem de m.5. bağlamında sorunlar doğabilecektir. Nitekim CMK. m.250/1/c’deki suçlar nedeniyle sanık olanlar hakkında, CMK m.252/2’nin hükmüyle, uzatma süreleri de dahil on yıla kadar tutuklama tedbiri uygulanabilecektir.⁴¹⁶

Ayrıca tutuklunun mahkumdan farklı bir statüde olmasının önemli bir yansıması olarak da, tutuklunun mahkumlardan ayrı olarak tutukevine konulması kanuni güvenceye bağlanmıştır. Nitekim CGTİK’nın 111. maddesine göre; tutuklama kararı üzerine tutulan kişi, tutukevine konulur. Ayrı bir tutukevi bulunmayan yerlerde ise tutuklu, ceza infaz kurumlarının tutuklulara ayrılmış bölümlerinde alıkonulur. Kadınlar, çocuklar ve gençler (on sekiz yaşını bitirmiş, yirmi bir yaşını bitirmemiş kişiler) ayrı ayrı yerlerde barındırılırlar.

Adil yargılanma hakkı kapsamındaki birçok hak, aynı zamanda suçsuzluk karinesinin de doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, ispat külfetinin iddia makamında olması, sanığın susma hakkının bulunması, şüpheden sanığın yararlanması, tutuklulukta makul sürenin aşılması ve yasak yöntemlerle elde edilen delillerin hüküm kurulurken kullanılmaması suçsuzluk karinesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.⁴¹⁷ Bu konulara ilişkin ayrıntılı bilgi aşağıdaki alt başlıklar altında yeri geldiğinde ele alınacaktır.

⁴¹⁶ CMK. m.252/2’ye göre “250. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde öngörülen suçlar bakımından, kanunda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır. CMK. m.102/2’ye göre ise Ağır ceza mahkemelerinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir, uzatma süresi toplam üç yılı geçemez.” 252/2. maddenin göndermesiyle süreler iki kat olarak tespit edildiği zaman 4 yıl çekirdek süre ve 6 yıl da uzatma süresi olmak üzere toplam on yıllık bir tutuklama süresi söz konusu olabilmektedir. On yıllık süreye ilişkin aynı yönde bkz. Şahin, **CMK Gazi Şerhi**, s.769

⁴¹⁷ Üzülmez, **a.g.m.**, s.56 vd.

7.2. Suçsuzluk Karinesinin, Devlet Organları ve Bazı Özel Kuruluşlar Bakımından Getirdiği Yükümlülükler

Duruşma sırasında da sanığın suçsuzluk karinesinden kaynaklanan hakkının ihlal edilmemesi için gerek yargılama organlarına gerekse diğer devlet organlarına bir takım yükümlülükler düşmektedir. Bu başlık altında söz konusu hususlar ele alınarak duruşma sırasında suçsuzluk karinesinin ihlal edilmemesi için devlet organlarının ne şekilde hareket etmesi gerektiği incelenecektir. Ayrıca suçsuzluk karinesinin özel bazı kuruluşlar tarafından da duruşma devresi sırasında ihlal edilmesi mümkün olduğundan buna ilişkin hususlar da ele alınacaktır.

Temelde yargılama makamına yönelik bir düzenleme olan suçsuzluk karinesi, hakimin sanığın iddia edilen suç işlediğine ilişkin bir önyargıyla duruşmaya gitmesini engellemeye yönelik bir düzenlemedir.⁴¹⁸ Ancak sözleşme organları verdikleri çeşitli kararlarla bu ilkenin diğer devlet organları bakımından da geçerli olduğunu ve yargılama görevi yapanlar dışındaki devlet organlarının da m.6/2'yi gözetmek zorunda olduklarını kabul etmişlerdir.⁴¹⁹

Bu bağlamda suçsuzluk karinesinin temelde iki önemli yansıması vardır. Bunlardan ilki yargılama makamları bakımından önem taşır ve kişi hakkında karar verilirken yargılama makamının suçluluk konusunda önyargılı olmamasını gerektirir. Bir başka deyişle gerek soruşturma evresinde görevli olan hakim gerekse kovuşturma evresindeki mahkeme ara kararlarını ve son kararını verirken sanığı baştan suçlu kabul eder şekilde hareket etmemelidir.⁴²⁰ Mineli / İsviçre davasında, yerel mahkeme davayı

⁴¹⁸ 6. maddenin uygulama bakımından gösterdiği gelişimde, maddede yer alan birçok hak bakımından ortaya çıkan süreç, bu hak bakımından da yaşanmıştır. Şöyle ki; 6. maddedeki diğer birçok hakta olduğu gibi, komisyon, ilk önceleri suçsuzluk karinesine ilişkin bu hakkın da sadece duruşma devresi bakımından, yani esas hakkındaki hükmü veren mahkemenin hakimi açısından geçerli bir hak olduğunu kabul etmiştir. Ancak gelişen süreçte özellikle doktrinde, bu hakkın da 6. maddede yer alan diğer bazı haklar gibi soruşturma evresini de kapsar şekilde genişletilmesi savunulmuştur. Aslında makul olan, soruşturma evresinde şüphelinin bu hakka çok daha fazla sahip olduğunun kabulüdür. Nitekim bu evrede sanığın suçluluğu hakkındaki şüphe sebepleri oldukça azdır. Muhakeme ilerledikçe, delillerin gittikçe kuvvetlenmesine bağlı olarak suçsuzluk karinesi giderek zayıflar ve suçun ispatıyla birlikte bu karine ortadan kalkar. Schroeder, **Fair Trial**, s.34

⁴¹⁹ Ladewig, **a.g.m.**, s.94

⁴²⁰ Komisyon, kovuşturmaya geçmek için hakimin kararının gerektiği sistemlerde, hakimin kovuşturmanın açılması kararını verirken, sanığın suçlu olduğu kanaatini taşımasının, suçsuzluk karinesine aykırılık olacağını kabul etmiştir. Yine sanığın daha önce verdiği ifadeyi değiştirmemesi halinde, cezanın ağırlatılacağı söylenmek suretiyle tehdit edilmesi de suçsuzluk karinesi bağlamında ele alınıp adil yargılanma hakkının ihlali sayılmıştır. Bazı yazarlarca bu tür hallerin suçsuzluk karinesi değil, hakimin tarafsızlığı içerisinde değerlendirilmesinin gerektiği ileri sürülmektedir. Schroeder, **Fair Trial**, s.31 vd.

işin esasına girmeden zamanaşımı nedeniyle düşürmüş, fakat mahkeme giderlerinin sanık tarafından ödenmesine hükmetmiştir. Yerel mahkeme kararında buna gerekçe olarak ise, eğer zamanaşımı dolmamış olsaydı eldeki mevcut verilerle sanığın büyük ihtimalle mahkum olacağını göstermiştir. AİHM önüne gelen bu uyuşmazlıkta suçsuzluk karinesine aykırı davranılmak suretiyle Minelli'nin adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ve davalı ülke İsviçre'yi mahkum etmiştir.⁴²¹

İkincisi ise genel olarak tüm devlet organlarına yöneliktir ve sanığın suçlu gibi muamele görmemesini, hakkında suçlu olduğu sonucunu doğuracak açıklamalar yapılamamasını gerektirir. Bu itibarla kolluk ve savcılıktaki soruşturma işlemleri sırasında şüpheliye suçlu gibi davranılamaz ve ona bu şekilde hitap edilemez. Aynı şekilde devlet gücünü kullanan resmi bir organ da sanığın suçlu olduğuna dair açıklamalar yapamaz.⁴²²

AİHK, devlet gücünü kullanan resmi makamlar tarafından yapılan açıklamaların da suçsuzluk karinesini ihlal edebileceğine karar vermiştir. Bu tespit Alman adalet bakanının bir teröristin tutuklanmasına ilişkin olarak televizyona yaptığı açıklamalar bakımından söz konusu olmuştur. AİHK, bu açıklamaların hukuka uygun olduğuna karar verirken, bakanın teröristin mahkeme önüne çıkartılarak hesap vermesi gerektiğini söylediğini ve bu şekilde yapılan beyanın suçluluk ile ilgili kesin bir karar verildiği anlamını taşımadığını vurgulamıştır. Bu karar ile AİHK, çoğunlukla verdiği kararlar sonucu ortaya çıkan suçsuzluk karinesinin yargılama makamlarına yönelik olduğu yönündeki görüşüne de bir istisna getirmiştir.⁴²³

⁴²¹ Üzülmez, **a.g.m.**, s.50

⁴²² Sanık veya şüpheliye yargılama süresince suçlu gibi muamelede bulunulmaması ve onun suçlu olduğu sonucunu doğuracak açıklamalar yapılamamasına ilişkin olarak yargılama organları bakımından istisnasız söz konusu olan yükümlülük, yapılacak açıklama veya işlemin organın görevi gereği olduğu hallerde, diğer devlet organları bakımından söz konusu olmayacaktır. Nitekim özellikle kanunun açıkça yetki verdiği hallerde, yargılama makamı haricindeki belirli devlet organlarının sanığın suçlu olduğu düşüncesiyle belirli kararlar almaları ve bu doğrultuda işlem yapmaları, ceza muhakemesinin gerçekleştirilebilmesi bakımından zorunluluktur. Bu itibarla örneğin savcı, şüpheli veya sanığın suçlu olduğu kanaatiyle gerek doğrudan gerekse yargılama makamlarından talepte bulunmak suretiyle belirli soruşturma işlemleri yapabilecektir. İddianamenin hazırlanması ve yetkili mahkemeye sunulması savcının şüphelinin suçlu olduğu kanaatiyle hareket etmesine en belirgin örnektir. Eğer savcının bu şekilde hareket etmesinin suçsuzluk karinesine aykırı olduğu kabul edilirse, muhakemede kovuşturma evresine hiçbir şekilde geçilememesi sonucu ortaya çıkacaktır. Yine iddianameye gerek olmaksızın kolluk veya diğer devlet kurumlarının hazırladıkları tutanaklarla kamu davasının açıldığı hallerde de ilgili kurumların şüphelinin suçlu olduğu kanaati taşıdıklarına şüphe yoktur.

⁴²³ Schroeder, **Fair Trial**, s.34

Suçsuzluk karinesi, sadece resmi organlar tarafından gelebilecek müdahalelere karşı değil; bununla birlikte medya da dahil olmak üzere üçüncü kişiler tarafından gelebilecek müdahalelere karşı da bireyi koruyan temel bir haktır.⁴²⁴ Bu itibarla medya kuruluşları da haber yaparken, hiçbir şekilde sanık veya şüpheliyi suçlu olarak nitelendiremezler. Aksi takdirde söz konusu yayınlar hem suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturacak ve sanığı toplum gözünde hüküm olmaksızın suçlu yapacak hem de hakimnin bağımsızlığı konusunda daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, yargı organlarının bağımsız karar vermelerine etki edebilecektir.⁴²⁵ Bu itibarla medya kuruluşlarının yayınları sırasında *sanık*, *zanlı*, *şüpheli*, *muhtemel fail* gibi terimler kullanmaya özen göstermeleri ve *suçlu*, *fail* gibi ifadelerden kaçınmaları gereklidir.⁴²⁶

Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır ki; o da genelde medya kuruluşlarının hep özel teşebbüsün elinde olmasıdır. Bu itibarla bu tür organların AİHS'ye ve dolayısıyla AİHM'nin yargılama yetkisine doğrudan bir tabiyeti söz konusu değildir. Yani bu tür özel kuruluşların sözleşmenin 6. maddesindeki hususlara aykırı davranmaları durumunda adil yargılanmanın ihlali nedeniyle bu kuruluşlar hakkında herhangi bir karar verilemeyecektir. Ancak söz konusu kuruluşların bulunduğu taraf ülkelerin, iç hukukları bakımından bu tür olumsuz uygulamaları engelleyici düzenlemeler yapmaları, böylelikle hem sanığın hüküm olmaksızın toplum gözünde suçlu duruma düşürülmesi hem de yargılama organlarının etki altında kalmaları ihtimalinin bertaraf edilmesi, adil bir yargılamanın söz konusu olabilmesi bakımından zorunluluk arz etmektedir. Nitekim günümüzde sosyal hayat üzerinde medyanın etkinliği o kadar artmıştır ki, bu etkinliği ifade etmek için medyanın yasama, yürütme ve yargıdan sonra demokratik ülkelerde, fiili bir dördüncü güç haline geldiği ifade edilmektedir.

⁴²⁴ Nur Centel, "Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü", **AÜSBF Dergisi**, 1994/3-4, s.70

⁴²⁵ Erman, medyanın yapmış olduğu bu tür yayınların basın özgürlüğü kapsamında kabul edilemeyeceğini vurguladıktan sonra, haber verme hakkından söz edilebilmesi için bazı unsurların bulunması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna göre, öncelikle haber konusu olay medya mensubunun yapmış olduğu faaliyet dışında ortaya çıkmış olmalı, bu olayda da güncellik, gerçeklik ve kamu yararına uygunluk şartlarının bulunmalıdır. Sahir Erman, "Sentez Raporu", **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1998), s.80, ancak kanaatimizce bu unsurlardan özellikle güncellik unsuru son derece tartışmaya açık bir husustur. Nitekim tersi de olmakla birlikte, çoğu olay güncel olduğu için haber değil; haber olduğu için güncel olmaktadır.

⁴²⁶ Dönmezer, **Suçsuzluk Karinesi**, s.310

Bu bağlamda adil bir yargılamanın temini için devlet, medya ve diğer üçüncü kişiler tarafından da suçsuzluk karinesinin ihlal edilmesine engel olacak gerekli tedbirleri almalıdır.⁴²⁷ Nitekim bu hakkı ihlal edilen kişiler, çoğu kez ekonomik ve başkaca nedenlerle söz konusu ihlallerle mücadele edememektedirler.⁴²⁸

Suçsuzluk karinesinin korunmasına ilişkin olarak CMK'nın 183. maddesinde önemli bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, maddede belirtilen istisnalar dışında “adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır.” Bu düzenleme suçsuzluk karinesini olduğu kadar, hakimin ortama karşı bağımsızlığının korunması bakımından da büyük önem arz etmektedir.⁴²⁹ Söz konusu madde gerekçesinde de hükmün suçsuzluk karinesinin ihlaline ilişkin kaygılar nedeniyle getirildiği açıkça zikredilmiştir.⁴³⁰

⁴²⁷ Anne Peters, “Adil Yargılanma (m.6 f.1 ve 2)” **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Ankara: Çev. Mahmut Koca, Seçkin Yayınevi, 2004), s.127

⁴²⁸ Üzülmüş, **a.g.m.**, s.54

⁴²⁹ Aynı yönde bkz. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.766

⁴³⁰ Söz konusu maddeye karşılık gelen tasarinın 109. maddesinin gerekçesi şu şekildedir: “Madde, ülkemiz bakımından yeni bir hüküm getirmiş olmaktadır. İtalya, İspanya, Polonya’da, bazen duruşmalar kayda alınarak veya kısmen televizyonda yayınlanmakta ve bu yayınların halkın haber alma gereksinimi karşılması veya eğitim amacıyla yapıldığı öne sürülmektedir. Ancak öğretti, bu tür yayınların suçsuzluk karinesini ihlâl ettiğini, mahkeme salonuna şiddet getirdiğini, adaletin koşulu olan sükûneti bozduğunu, savunmayı güçleştirdiğini, adalete siyasetin karıştırılmasını tahrik ettiğini ileri sürmekte ve mahkeme salonlarına kameraların sokulmasının yasaklanmasını istemektedir.

Fransız kanun koyucusu duruşmalarda televizyon kayıtlarını ancak adli tarih yönünden arşiv kurmak amacı ile ve istisnâ olarak kabul etmektedir (11 Temmuz 1985 Kanunu).

Maddede, 186 ncı maddenin son fıkrası ile 202 nci maddenin dördüncü fıkrası hükmü saklı kalmak üzere duruşma salonunda ve adliye binasının içerisinde ses veya görüntü kaydedici aletlerin kullanılması yasaklanmaktadır. Hüküm, Fransız ve Alman Kanunlarından esinlenerek düzenlenmiştir. Duruşmanın açıklığı, kullanılabilen duruşma salonunun alabildiği kadar kişiye açık bir duruşma yapılması demektir. Naklen yayın şeklinde duruşmanın yayınlanması açıklığın gereği değildir. Bu tür yayınlar sanığın suçsuzluk karinesinin ihlâlî niteliğinde görülmüştür. Yasak, adliye binası dışındaki diğer adli işlemlerin icrası sırasında da uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan keşif veya polis tarafından istisnâ hâllerde yapılabilen yer gösterme işlemlerinde de ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasaklanmaktadır. Tutanak düzenlenmesi amacıyla yapılan ve yasanın izin verdiği ses ve görüntü kayıtlarının bu yasak kapsamına girmeyeceği açıktır.

Madde, her türlü sesli ve görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletleri yasakladığından fotoğraf çekilmesine engel yoktur. Ancak mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın amacını ihlâl edecek surette abartılı biçimde fotoğraf cihazlarının kullanılmasını yargılamanın düzenini sağlamak hususundaki yetkisine dayanarak menedebilir. Adliye binası içerisinde söz konusu aletler mutlak olarak kullanılamayacak, bu suretle adliye koridorlarında taraflar arasındaki dövüşmeleri tahrik edebilecek faaliyetlere son verilecektir. Duruşma salonunda ise duruşma başladıktan sonra söz konusu aletlerle görüntü alınması yasaklanmaktadır.” Şahin, **CMK Gazi Şerhi**, s.555 vd.

Ayrıca gerek Basın Kanununda gerekse TCK'da, bireylerin suçsuzluk karinesini etkin şekilde korumaya yönelik düzenlemeler yer almaktadır. Basın Kanununun 19. maddesi, TCK'nın 285, 286 ve 288. maddeleri bunlardan en önemlileridir. TCK. m.285'in gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun suçsuzluk karinesini korumak adına böyle norm ihdas ettiğinin açıkça vurgulandığı görülmektedir.⁴³¹ Özellikle TCK'nın 285. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme, suçsuzluk karnesini ihlal edenler bakımından açık ve etkili bir hüküm içermektedir. Buna göre; *soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

7.3. İspat Yükünün İddia Makamında Olması

Suçsuzluk karinesinin doğal bir sonucu olarak ceza muhakemesinde ispat yükü iddia makamındadır.⁴³² Bu bağlamda davayı açan makam olarak Cumhuriyet Başsavcılığı iddiasını ispatlamakla yükümlüdür ve mahkumiyet için de, savcılık tarafından ileri sürülen delillerin sanığın mahkumiyetine yetecek ölçüde olması zorunludur.⁴³³ Sözleşme organlarının değişik içtihatlarında da bu hususun açıkça vurgulandığı görülmektedir.⁴³⁴ Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin maddi soruna ilişkin bir ilke olması nedeniyle, duruşma sırasında maddi gerçek araştırılırken suçluluğu ortaya koyma görevinin savcılıkta olduğu da rahatlıkla söylenebilecektir.

Bununla birlikte kıta Avrupa'sı hukuku açısından ispat yükünün savcıda olması hususunun anlaşılması oldukça güçtür. Nitekim kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde ceza muhakemesinde re'sen araştırma ilkesi geçerlidir ve Anglo-sakson hukukunun aksine herhangi bir taraf muhakemesi söz konusu değildir. Dolayısıyla iddia makamı hiçbir

⁴³¹ Bu husus söz konusu madde gerekçesinde şu şekilde vurgulanmıştır: "Soruşturma evresinin gizliliği bir defa ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için zorunluluktur. Ancak her şeyden önce suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilmez niteliktedir. Aksi takdirde, bizde ve yabancı ülke örneklerinde rastlandığı üzere yargısız infazlar sonucu insanlar ıstıraplara sürüklenmekte ve suçsuzluk karinesi böylece lafta kalmaktadır."

⁴³² Ladewig, **a.g.m.**, s.94

⁴³³ Esser, **a.g.e.**, s.403

⁴³⁴ Bununla birlikte ceza kanunlarının bazı fiili durumların varlığını suçun maddi unsurunun gerçekleşmiş olması bakımından karene olarak kabul etmesi de mümkündür. Bu tür durumlarda genelde ortaya çıkan fiili durumun suçluluğa ilişkin kanaati oluşturmaya yeterli kabul edildiği görülmektedir. Bu konuda bkz. Dönmezer, **Suçsuzluk Karinesi**, s.70 vd.; Üzülmez, **a.g.m.**, s.57

Sözleşme organlarının da belirli sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla kanun koyucuların bu tür hükümler ihdas etmesini suçsuzluk karinesine aykırı bulmadıkları görülmektedir. Reid, **a.g.e.**, s.164

çaba göstermese bile, yargılama makamı kendisi re'sen araştırma yapıp, sanığın mahkumiyetine karar verebilecektir. Hatta savcının beraat talep ettiği hallerde bile mahkemenin mahkumiyete karar verebilmesi mümkündür. Bu nedenle ceza muhakemesi doktrinimizde, genel görüş olarak ceza muhakemesinde ispat yükü diye bir problem olmadığı kabul edilmektedir.⁴³⁵

Ancak ceza muhakemesinin yapısı itibarıyla, genelde ispatın, dava açmak suretiyle uyuşmazlığı yargılama makamı önüne getiren iddia makamından beklendiği de bir gerçektir. Nitekim devlet, cezalandırma yetkisini kamu davası yoluyla kullanır. Kamu davasını ise savcı açar ve sanığa bir suç isnat eder. Dolayısıyla savcı bu isnadını ispatlamak zorundadır. Hakimin re'sen araştırma yetkisinin bulunması veya savcının sanık lehine de delil toplamakla yükümlü bulunması ceza davasında ispat yükünün bulunmadığı anlamına gelmez. Savcının sanık lehine delil toplamasının nedeni onun bir kamu görevlisi olması ve kamu yararının da ancak suçluların hak ettikleri ceza ile cezalandırılmaları halinde sağlanabilecek olmasıdır. Bundan ispat yükünün savcının üzerinde olmadığı anlamı çıkarılmamalıdır. Konu, re'sen araştırma ilkesi bakımından ele alındığında da; mahkumiyet için muhakeme sonucunda ikna olması gereken kimse hakimdir. Hakimin ikna olmadığı hallerde, ispat yükü üzerinde bulunan taraf davayı kaybedecektir. Dolayısıyla hakimin suçluluğa ikna olmadığı her halde savcı davayı kaybedecektir. Bu da, sadece taraf muhakemesine dayanan itham sisteminin geçerli olduğu ceza muhakemesinde değil; karma sistemin geçerli olduğu bir ceza muhakemesinde de, en azından ikna boyutuyla ispat yükünün var olduğunu ortaya koymaktadır.⁴³⁶

7.4. Suçluluğun Yasal Olarak Sabit Olması Koşulunun Önemi

Sanık suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuzluk karinesinden faydalanmaktadır. Bu bağlamda sözleşmenin 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *suçluluğun yasal olarak sabit olmasına* ilişkin ibare temel hakların korunması bakımından büyük önem ifade etmektedir. Nitekim AİHS'nin 3. maddesinde işkence

⁴³⁵ Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, ispat külfeti meselesi, kimin ispat edeceği meselesidir. Böyle bir mesele medeni muhakemede vardır ve tarafların ikame ettikleri delillerle eli kolu bağlı bir hakimin mevcudiyeti halinde söz konusu olabilir. Bu itibarla hakim delil araştırabildiği için, ceza muhakemesinde ispat külfeti diye bir sorun yoktur. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.605; Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.164

⁴³⁶ Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.160 vd.

yasaklanmasına rağmen, söz konusu maddede, işkence ve kötü muamele yoluyla elde edilen delillerin hüküm verilirken değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. İşte bu tür delillerin değerlendirilmesinin yasaklanması suçsuzluk karinesinin yer aldığı 6. maddenin 2. fıkrasındaki *suçsuzluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar* ibaresine dayandırılmaktadır.⁴³⁷

İnsan onurunun korunmasına hizmet etmesinin yanında, suçun yasal olarak sabit olması şartı, devlet organlarının sahte delil üretmesi ve bunları kullanması tehlikesine karşı da bir koruma getirmektedir. Örneğin suçlanmak istenen kişinin üzerine gizlice bulundurulması yasak maddeler konulabilir veya devlet organları sanık aleyhine gerçeğe aykırı beyanda bulunabilirler. İşte suçsuzluk karinesinde yer alan *suçluluğun yasal olarak sabit olması* şartı, bu tür uygulamaların önüne geçme amacını da yansıtır. Nitekim bu ibareyle ispatın da yasal düzenlemeler çerçevesinde oluşması teminat altına alınmıştır.⁴³⁸

Muhakeme masrafları bakımından da suçluluğun yasal olarak sabit olması şartı önem arz etmektedir. Bu itibarla beraat eden bir sanığa, şüphenin devam ettiği veya ileride muhakemenin yenilenmesi suretiyle uyuşmazlığın seyrinin değişebileceği gerekçesi ile muhakeme masraflarının tamamının veya bir kısmının yüklenilmesi suçsuzluk karinesine aykırılık teşkil eder. Nitekim bu halde, sanık suçluluğu yasal olarak sabit olmaksızın suçluymuş gibi muamele görmektedir.

7.5. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Suçsuzluk karinesinin en önemli gereklerinden birisi de *şüpheden sanık yararlanır* (in dubio pro reo) ilkesidir. Nitekim üzerinde yoğunlaşan suç şüphesi

⁴³⁷ Schroeder, **Fair Trial**, s.36

Ancak 2. fıkraya dayanılarak yapılan bu aykırılık tespiti, sadece işkence ve kötü muamele ile elde edilen delillere ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Eğer bu haller dışında başkaca nedenlere bağlı olarak ortaya çıkan hukuka aykırı deliller mevcutsa, bu delillerin kullanılması her zaman adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmemektedir. Bu durumda, yani işkence ve kötü muamele dışında başkaca hukuka aykırılıklarla elde edilen delillerin kullanılmasında, sözleşme organlarının muhakemenin tamamını dikkate alarak bir değerlendirme yaptığı, kamu yararının ihlal edilen kişisel menfaate nazaran daha ağır basması durumunda ise adil yargılanma hakkının ihlalinin olmadığı yönünde karar verdikleri görülmektedir. Üzülmez, **a.g.m.**, s.67

⁴³⁸ 6. maddenin 2. fıkrasında yer alan açık ifadeye göre suçsuzluk karinesi, *suçluluğun yasal olarak sabit olmasına kadar* devam eder. Dolayısıyla geçerliliği soruşturma evresinden itibaren başlayan bu ilke, suçluluğun yasal olarak ortaya konulmasına kadar geçerli olacaktır. Suçluluğun yasal olarak ispatına ilişkin hususlar ise sözleşme organlarıca taraf devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Ancak hakkın kötüye kullanılması her halükarda mahkeme tarafından inceleme konusu yapılabilecektir. Schroeder, **Fair Trial**, s.36

nedeniyle, suçluluğundan şüphe edilen, ancak buna rağmen muhakemenin başından beri suçsuz sayılan sanık, bu şüphe bertaraf edilmedikçe de suçsuz kalmaya devam edecektir. Sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrasının doğal bir sonucu olan suçsuzluk karinesi, iç hukukumuz bakımından CMK'nın 223. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde “*Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması*” halinde de beraat kararı verileceğinin ifade edilmesiyle açıkça düzenleme altına alınmıştır.

Bu ilke ayrıca kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden söz konusuysa, bunu ispat etme mecburiyetinin sanığa yüklenmesini de yasaklar.⁴³⁹ Bu bağlamda duruşma boyunca maddi gerçeğe ulaşma konusundaki tüm çabalarına rağmen mahkeme, maddi soruna ilişkin olarak kendisinde var olan şüpheyi bertaraf edememişse, duruşmadan sonra hüküm aşamasına gelindiğinde sanığın beraatine karar vermek zorundadır.⁴⁴⁰

Şüpheden sanığın yararlandırılmasının felsefi temelleri Romalıların “Bir masum mahkum edileceğine birkaç suçlu cezasız kalsın”⁴⁴¹ özdeyişine kadar götürmek mümkündür. Söz konusu özdeyiş zamanın eğilimlerine göre, bir masuma on, yüz ya da bin suçluya kadar değiştirilmiştir.⁴⁴² Örneğin Voltaire bir ya da iki suçlunun cezasız kalmasının bir masumun cezalandırılmasından daha iyi olduğunu ileri sürerken; Franklin yüz suçlunun cezasız kalmasının, Maimonides ise bin suçlunun cezasız kalmasının daha iyi olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁴⁴³ Bu noktada şu hususu gözden kaçırmamak gerekir; duruşmanın sonunda yenilmesi gereken şüphe, her türlü şüphe değildir; akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan şüphenin yenilmesi gereklidir. Her türlü şüphenin yenilmesini beklemek, mutlak gerçeğe ulaşılmasını umut etmek olur ki, bu da neredeyse imkansızdır. Söz konusu özdeyişi sanık lehine uç noktalara götürmek, gerekçeye dayanan şüphenin yenilmesi zorunluluğunu, her türlü şüphenin yenilmesi

⁴³⁹ Esser, **a.g.e.**, s.403

⁴⁴⁰ Daima sanık lehine olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi, mahkumiyet için yeterli delilin bulunmaması halinde sanığın beraat etmesi gerektiği görüşüne dayanır. İnsanlık tarihinde, sanıkların, mahkumiyet için yeterli delil olmadığı halde, sanık sıfatları baki kalmak üzere, uzun ve ne zaman sona ereceği belirsiz yıllar boyunca özgürlüklerinden mahrum edildikleri düşünülürse, bu ilke çok önemli bir gelişmedir. Bu gelişmenin sağlanmasında, birçok sanık hakkının kazanılmasında olduğu üzere müdafilerin önemli rol oynadıkları görülmektedir. Mahkumiyet kararı verilebilmesi için şüphenin yenilmesinin zorunlu olduğu ve yenilemediği takdirde bundan sanığın yararlanması gerektiği görüşünün, bir başka deyişle şüpheden sanık yararlanır ilkesinin yerleşmesinde müdafilerin rolü büyüktür. Nitekim müdafiler sanığın beraatini sağlamak amacıyla şüphe kavramını sürekli işlemişler ve şüpheni yenilememesi halinde sanığın mahkum edilemeyeceğini vurgulamışlardır. Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.192 vd., 198 vd.

⁴⁴¹ Tosun, bu özdeyişin Roma İmparatoru Traianusa ait olduğunu ifade etmektedir. Tosun, **a.g.e.**, s

⁴⁴² Feyzoğlu, **Vicdani Kanaat**, s.197

⁴⁴³ Boggs, **a.g.m.**, s.5

seviyesine taşıyacaktır ki; bu da ceza muhakemesinin etkinliğini kabul edilemez oranda zayıflatacaktır.⁴⁴⁴ Bu nedenle özdeyişin “bir masumun cezalandırılmasından da yüz suçlu ya da bin suçlunun serbest kalması daha iyidir” şeklinde ifade edilmesini doğru bulmamaktayız.

Modern ceza muhakemesi hukukunda vicdani delil sistemi geçerlidir.⁴⁴⁵ Bu itibarla delillerin değerlendirilmesi belli ispat kurallarına bağlanamaz ve hakim delilleri kendisi takdir eder.⁴⁴⁶ Yerel mahkeme hakiminin delilleri değerlendirirken kullandığı bu takdir yetkisi, AİHM tarafından sadece hakimın ikame edilen delillerden hakkaniyeti ağır biçimde ihlal eden veya keyfi bir nitelik taşıyan sonuçlar çıkartıp çıkartmadığı noktasında incelenebilir.⁴⁴⁷

Doktrinde çoğunlukla bu ilkenin delillerin takdiri yani maddi soruna ilişkin olarak geçerli olduğu kabul edilmektedir.⁴⁴⁸ İlkenin sadece maddi sorunla ilgili kabul edilmesinin nedeni, hukuk kurallarının yalnızca bir doğru yorumunun yapılabileceği varsayımıdır. Önemli olan bu doğru yorumu bulabilmektir. Bu yorum bulunduğu anda sanığın aleyhine de olsa uygulanmalıdır. Ancak ihtimallerin aynı ağırlıkta olması halinde yorum şüphesinden bahsedilerek, maddi soruna ilişkin olarak ortaya çıkan söz konusu ilkenin hukuk kurallarının yorumunda da kullanılması gerektiği savunulmuştur.⁴⁴⁹

Bu noktada şüpheden sanık yararlanır ilkesinin duruşmada hangi haller bakımından geçerli olduğunun tespiti gerekir. Bu bağlamda ilke sadece beraat kararına münhasır değildir. Örneğin duruşma boyunca yapılan tüm faaliyete rağmen, hırsızlık

⁴⁴⁴ Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.197 vd.

⁴⁴⁵ Günümüzde kanuni delil sisteminin karşısı olarak ortaya çıkan ve ceza muhakemesinde benimsenen vicdani delil sistemi, hem delil serbestisini hem delillerin serbestçe değerlendirilmesi serbestisini ifade eder. Toroslu, **Ceza Muhakemesi**, s.162

⁴⁴⁶ Ceza muhakemesinde şüpheden sanık yararlanır ilkesinin geçerli olduğu durumlarda bile, maddi soruna ilişkin hata yapılma ihtimalinin tamamen bertaraf edilemediğini vurgulayan Boggs, şüpheden sanık yararlanır ilkesi sayesinde yapılabilecek hataların da mümkün olduğunca en aza indirildiğini ifade etmektedir. Boggs, **a.g.m.**, s.4 vd.

⁴⁴⁷ Ayrıca şüpheden sanık yararlanır ilkesinin doğal sonucu olarak, yasama organı söz konusu ilkeyi bertaraf edecek şekilde şüphe suçları (Verdachtstatbestände) ihdas edemez. Mesela suçun işlendiği yerin yakınlarında görülen bir kişiyi cezalandırmak için bir suç tipi oluşturulması kabul edilemez. Schroeder, **Fair trial**, s.40 vd.

⁴⁴⁸ Dönmezer, suçsuzluk karinesinin sonucu olarak, itham eden makamın, sanığın suçluluğunu belirleyecek bütün suç unsurlarını ispat etmesi zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Dönmezer, **Suçsuzluk Karinesi**, s.7

⁴⁴⁹ Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.195; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu ise ne şekilde yorum yapılacağına tespitinde şüphe olması halinde yorum yapılamayacağından söz konusu ilkenin yorumda geçerli olmadığını ileri sürmektedirler. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.601

suçu bakımından gece işlenmiş olma ağırlatıcı sebebi sabit olmazsa, suç gündüz işlenmiş sayılmalıdır.⁴⁵⁰ Bununla birlikte hafifletici nedenin varolmadığına dair şüphenin yenilememesi durumunda da sanık bundan yararlanmalı, örneğin malın değerinin hafif olduğu yolunda bir şüphe varsa, bu hafifletici neden sanığa uygulanmalıdır.⁴⁵¹ Bunun haricinde cezalandırma şartlarının bulunup bulunmadığına dair şüphe bulunması halinde, bunun da sanık lehine yorumlanmasının ilke kapsamında olduğu kabul edilmektedir.⁴⁵²

7.6. Sanığın Susma Hakkının Suçsuzluk Karinesi Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda da ele aldığımız üzere suçsuzluk karinesinin kabulüne bağlı olarak ceza muhakemesinde ispat yükü iddia makamındadır. Bunun mantıki sonucu ise, sanığa susma hakkının tanınması ve bundan onun aleyhine sonuçlar çıkarılmamasıdır. Bu bağlamda suçsuzluk karinesi susma hakkının kaynağını oluşturmakta ve susmanın sanığın suçluluğunun göstergesi sayılmasına engel olmaktadır.⁴⁵³ Dolayısıyla tüm muhakeme boyunca olduğu şekilde, duruşma sırasında da sanığa beyanda bulunması yönünde zorlama yapılamayacak; duruşma sonrasında hüküm verilirken de onun suskunluğu aleyhine delil olarak kullanılamayacaktır.⁴⁵⁴

Bu hak arzettiği öneme binaen Anayasamızın 38. maddesinin 5. fıkrasında, suçsuzluk karinesinden bağımsız olarak ayrıca teminat altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre; “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Bu itibarla sanığın susma hakkını kullandığı hallerde, bu durum hiçbir şekilde onun kusurunun ya da

⁴⁵⁰ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.601

⁴⁵¹ Çalınacak eşyanın belirlenememiş olması karşısında kuşkudan sanık yararlanır ilkesi uyarınca TCK'nın 522. maddesinin sanık lehine uygulanmaması bozmayı gerektirir. (6. CD. 18.12.1997, 3326/4141), YKD Nisan 1997, s.635

⁴⁵² Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.194 vd.

⁴⁵³ Üzülmöz, **a.g.m.**, s.59

⁴⁵⁴ Ceza muhakemesinde sanık hakimi ikna etmek zorunda değildir; hakim zihninde şüphe oluşturması yeterlidir. Bu bağlamda sanık suçsuzluk karinesinden yararlandığı için, hiç savunma yapmasa da; bu durum onun aleyhine yorumlanamaz ve mahkumiyetine gerekçe olamaz. Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.160

suçluluğunun bir delili olarak kabul edilemeyecektir.⁴⁵⁵ Aksi takdirde sanığa susma hakkının tanınmış olmasının bir anlamı kalmayacaktır.⁴⁵⁶ Sanığın ifade alma ve sorgu sırasında susma hakkının bulunduğu ve bunun kendisine hatırlatılması gerektiği de CMK m.147/1/e'de açıkça düzenleme altına alınmıştır. Duruşmaya ilişkin olarak ise CMK m.191/3/c maddesinde açıkça vurgulandığı üzere, duruşma devresinde sanık mahkeme tarafından sorgulanmadan önce, sanığa susma hakkının bulunduğu hatırlatılacaktır. Görüldüğü üzere kanun koyucu sanığa sadece susma hakkının tanınmasıyla yetinmemiş, birçok işlemde önce bu hakkın sanığa hatırlatılmasını da mecbur kılmıştır.

Peki sanığın beyanda bulunmasının yanında, duruşma sırasında delil elde etmek amacıyla onun bedeninden örneğin kan vb. örnekler alınması susma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek midir? Bir başka deyişle vücudundan örnek alınmak istenen sanık bunu vermek istemezse bu da susma hakkı kapsamında değerlendirilecek midir? Bir görüşe göre gerek Anayasa m.38'in gerekse AİHS m.6/2'nin bir tezahürü olarak sanık kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanamaz. Dolayısıyla kendisiyle ilgili bir uyuşmazlıkta delil olarak kullanılmak üzere sanıktan kan örneği alınmak istendiğinde sanığın bu örneği vermeme hakkı vardır.⁴⁵⁷ Diğer bir görüşe göre ise susma hakkı

⁴⁵⁵ Ladewig, **a.g.m.**, s.94

⁴⁵⁶ Susma hakkının temelinde, bireyin kendi kendisini suçlamaya ve kendisi aleyhine aktif olarak muhakemeye *aktif olarak* muhakemeye katılmaya zorlanamaması ilkesi vardır. Bu hak, sanığın aktif olarak muhakemeye katılması kadar önemli bir haktır. Susma hakkı sadece sanığın susmasına değil, isteği dışında tüm muhakeme işlemlerine de katılmamasına ilişkindir. Örneğin Alman Yüksek Mahkemesi, sanığın ifadesinin alınması esnasında, sanığı sadece sesinden tanıyabileceğini söyleyen cinsel suç mağdurunun bulunduğu yan odanın kapısı açılarak, sanığın sesinden teşhis edilmesinin bu hakkı ihlal ettiğine karar vermiştir. Sanığın klasik teşhise katılma yükümlülüğü vardır. Ancak sanığa haber vermeden, onun aktif olarak bir teşhise katılmasını sağlamak, bu hakkın ihlalidir. Kendi aleyhine sonuç doğurabilecek işlemlere katılmak sanığın kendi rızasına bağlıdır. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.137

⁴⁵⁷ Toroslu, bu konuda bir çözüme ulaşılabilmesi için uluslararası belgelerle, kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne dokunulamayacağını ilişkin hükümler barındıran Anayasanın 15 ve 17. maddelerinin ve susma hakkın en açık biçimde düzenleyen 38. maddesinin birlikte ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, söz konusu hükümlerin birlikte ele alınması sonucunda, bir suçun delillerini elde etmek amacıyla vücut muayenesinde ve vücuttan kan, cinsel salgı, saç, kıl, tırnak, tükürük, deri döküntüsü, balgam, gaita gibi örneklerin alınmasında göz önünde bulundurulması gereken alınabilmesi için dört temel ölçüt bulunmaktadır. Bunlar; *Vücut bütünlüğüne müdahale edilmemesi, *Şeref ve itibarın ihlal edilmemesi, *Ar ve haya duygularına itibarın ihlal edilmemesi, *Kişinin kendi kendini ya da yakınlarını suçlayıcı deliller göstermeye zorlanmamasıdır. Bu bağlamda hakim kararına rağmen, kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı, vb. örneklerin alınmasına direnen sanığa zor kullanmak ve bu örnekleri onun rızası hilafına almak hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca yazar, bu tür müdahaleleri savunmanın maddi ve manevi işkenceyi savunmak anlamına geleceğini ileri sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nevzat Toroslu, Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000** (Ankara: Ankara Barosu Yayını, Cilt 2: Ceza Hukuku Ceza Muhakemeleri Hukuku, 2000), s.326 vd.

sanığın kendisi dışındaki delilleri göstermeye (örneğin sakladığı silahın yerini söylemesi gibi) zorlanamamasına ilişkindir ve vücudundan örnek alınması onun susma hakkı kapsamında değerlendirilemez.⁴⁵⁸ Olması gerekene ilişkin kişisel görüşümüz ise, bu tür durumların susma hakkı kapsamında değerlendirmemesinin yerinde olacağı şeklindedir. Nitekim aksi bir kabul ceza takibatın etkinliğini çoğu kez kabul edilemez şekilde yavaşlatacaktır. Bu bağlamda rızası hilafına da olsa sanıktan belirli örneklerin alınması, orantılılık ilkesine uygun olarak, hakim kararıyla ve hekim kontrolünde mümkün olmalıdır. Ancak olması gerekene ilişkin kişisel görüşümüzü bir tarafa bıraktığımızda, Anayasanın 38. maddesindeki düzenleme karşısında (delil göstermeye zorlanamaz), sanığın, saç teli ve tükürük gibi rahat elde edilebilecek örnekleri bile vermemesinin onun susma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.

CMK'nın "şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması" başlıklı 75. maddesinde ise, üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından, sanığın vücuduna delil elde etmek amacıyla müdahale edilmesi kabul edilmiştir. Ancak bunun için kural olarak hakim kararı gereklidir ve müdahale de muhakkak bir hekim tarafından yapılmalıdır. Dolayısıyla bizim hukuki kanaatimizin aksine kanunkoyucu bu tür bir düzenlemeyi susma hakkı kapsamında değerlendirmemiş ve Anayasanın 38. maddesine aykırı görmemiştir. Ancak CMK'nın "diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması" başlıklı 76. maddesinin 4. fıkrasına bakıldığında zaman ise, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin vücutlarına, onların rızası dışında, soruşturma ve kovuşturma konusu olan suçla ilgili delil elde etmek amacıyla müdahale edilemeyeceğinin kabul edildiği görülmektedir. Kendisi muhakemenin merkezinde olan ve kişi olarak sanığa, kendisi aleyhine olabilecek delilleri göstermeme bakımından tanınmayan bu hakkın, tanıklıktan çekinme hakkı olanlara tanınması kanunkoyucunun bir çelişkisi olarak görülmektedir.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Soyaslan, rızası dışında sanığa müdahale edilememesinin suçlulukla mücadeleyi zayıflatacağı ve bu nedenle kabul edilemeyeceği kanaatindedir. Bkz. Doğan Soyaslan, Onuncu Oturum Tartışmaları Sırasındaki Görüşleri, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000** (Ankara: Ankara Barosu Yayını, Cilt 2: Ceza Hukuku Ceza Muhakemeleri Hukuku, 2000), s.333

⁴⁵⁹ Soyaslan, tanıklıktan çekinme hakkı olanlar bakımından kabul edilen bu istisnanın, özellikle akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekinenler bakımından, Anayasanın 38. maddesindeki düzenlemeye dayandığını ifade etmektedir. Nitekim söz konusu anayasa maddesinde hiç kimsenin yakınları aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağı ifade edilmiştir. Soyaslan, **a.g.e.**, s.255;

Ancak aynı maddenin başında hiç kimsenin kendisi aleyhine de delil göstermeye zorlanamayacağı teminat altına alınmıştır. Eğer kanunkoyucu bu gerekçeyle tanıklıktan çekinebileceklerin rızası hilafına bedenlerine müdahale edilemeyeceğini 38. madde nedeniyle öngördüyse; tutarlılık açısından sanığın rızası hilafına da bedenine müdahale edilmemesi kabul etmeliydi.

Schroeder, Alman mahkemelerinde sanığın susma hakkının aleyhine kullanılmamasının genel olarak kabul edilmekle birlikte, onun kendisine yöneltilen sorulardan bazılarına cevap verirken bir kısım sorular bakımından susmasının suçluluk emaresi olarak değerlendirildiği belirtmekte ve bunun sözleşme hukukuna aykırı olmadığını ileri sürmektedir.⁴⁶⁰ Ancak kanaatimizce bu şekilde bir uygulama 6. maddenin ikinci fıkrasının açık bir ihlalini oluşturacaktır. Nitekim sanığın bazı sorular bakımından bile olsa susması, onun susma hakkının bir sonucudur ve hiçbir şekilde onun aleyhine delil olarak kullanılamaz. Aksi takdirde sanığa susma hakkının, muhakeme açısından bir bütün olarak verildiği; sanık bir defa konuştu mu artık hiçbir şekilde susma hakkının sonuçlarından yararlanamayacağı sonucuna varılacaktır ki, bu durum susma hakkını dar bir kapsama sokmak olacak ve büyük oranda bu hakkı anlamsız kılacaktır.

Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, ise bu istisnanın tüm tanıklıktan çekinebilecekler bakımından kabul edilmesinin ileride sorun çıkartabileceği kanaatindedirler. Bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.896

⁴⁶⁰ Schroeder, **Fair Trial**, s.42 vd.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 6. MADDESİNİN
1. FIKRASINDA DÜZENLENEN HAKLAR BAĞLAMINDA CEZA
MUHAKEMESİNDE DURUŞMA

4. GENEL OLARAK

Bir önceki bölümde AİHS'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki haklar bakımından duruşma devresinin esasları tespit edilmişti. Bu bölümde ise genel ilkenin de içerisinde yer aldığı 1. fıkra bağlamında duruşmanın gerekleri ele alınacaktır. Konunun bu bağlamda ele alınması sırasında, 1. fıkradaki haklardan hangisinin öncelikli olarak inceleneceğinin belirlenmesinde kullandığımız temel kıstasımız ise bir önceki bölümde olduğu üzere, duruşma hazırlığından itibaren gerçekleşecek süreçte bu haklardan hangisinin kullanımının öncelikli olarak ortaya çıkacağına tespiti olmuştur. Bununla birlikte sözleşme organlarının, genel ilke olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından içtihat yoluyla ortaya koydukları haklar, 1.fıkroda açıkça belirtilmemiş olmaları nedeniyle, 1. fıkrada açıkça ifade edilen tüm haklar incelendikten sonra ele alınmıştır.

Hakkaniyete uygun yargılanma kavramı, sözleşmenin İngilizce metninde *fair hearing*, yani *hakkaniyete uygun dinleme* olarak geçmektedir.⁴⁶¹ Ancak biz sözleşmenin Türkçe çevirisinde *fair hearing* teriminin karşılığı olarak yer alan *hakkaniyete uygun yargılanma ibaresini* kullanmayı daha uygun buluyoruz. Nitekim hakkaniyete uygun olma, somut olay bakımından adaletin gerçekleşmesini ve yargılamanın adil olmasını ifade etmektedir.⁴⁶²

Sözleşme organları, davanın hakkaniyete uygun olarak dinlenmesi (*fair hearing*) kavramını genel bir ilke olarak ele almış ve bu genel ilkeye dayanarak, sözleşmede açıkça belirtilmeyen bazı hakları da adil yargılanmanın bir gereği olarak ortaya koymuşlardır.⁴⁶³ Bunun dışında sözleşme organları, 6. maddede açıkça belirtilen

⁴⁶¹ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.209

⁴⁶² Adalet ve hakkaniyet kavramları konusunda bkz. Karakehya, **Hak Kavramı**, s.143 vd.

⁴⁶³ Gölcüklü, **a.g.m.**, s.218; Gerek İngilizce gerekse Fransızca metinde hakkaniyete uygun yargılamanın karşılığı olarak kullanılan terimler oldukça dar kapsamlıdır. Ancak sözleşme organları bu dar terimleri

hakların ihlal edildiği her durumda da, genel ilkenin ihlal edilmiş olacağı kanaatini taşımaktadırlar.⁴⁶⁴

Genel ilke haricinde, diğer bir takım hakların 6. maddede açıkça düzenlenmiş olması, adil yargılanma hakkının içeriğinin belirli ölçüde ortaya konulması ve muhakeme alanında en çok önem arzeden hakların açıkça teminat altına alınması bakımından büyük yarar sağlamıştır. Ancak mevcut duruma bakıldığında ve sözleşme organlarının uygulamaları göz önüne alındığında, genel ilke haricindeki diğer haklar açıkça belirtilmeseydi dahi, sözleşme organları genel ilkeden hareketle, bu hakların her birini ortaya koyacak ve bunlara aykırı uygulamaları da adil yargılanma hakkının ihlali sayacaktı. Bu itibarla 6. maddede sadece “herkes, medeni hak ve yükümlülüklerine ve cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin uyuşmazlıklarda hakkaniyete uygun yargılanma hakkına sahiptir” şeklindeki bir ibare bile, sözleşme organlarının bugüne kadarki kararlarını vermeleri bakımından yeterli olabilirdi. Ancak şunu tekrar vurgulamak isteriz ki, bu tespiti diğer hakların açıkça belirtilmesini gereksiz bulduğumuz için değil; sadece sözleşme organlarının genel ilkeyi ne şekilde ele aldıklarını net bir şekilde ortaya koymak bakımından yapmaktayız.

Bazı yazarlarca, sözleşme organlarının, 6. maddenin uygulanması bakımından, sadece maddede belirtilen haklarla sınırlı kalmayıp, genel prensipten hareketle maddede açıkça ifade edilmeyen diğer bazı sanık haklarını da ortaya koyması, AİHM içtihatlarının Avrupa’da insan haklarının korunmasına dair son yıllardaki en önemli katkısı olarak kabul edilmektedir.⁴⁶⁵

Mahkemenin fair trial kavramının doğasında olan ve onun ayrılmaz parçası olarak kabul ettiği bazı haklar şunlardır (*rights inherent in the notion of fair trial*): hükmün gerekçesi hakkında bilgilendirilme hakkı, mahkemenin kararına karşı kanun yoluna başvurabilmek için gerekli zamana ve imkana sahip olma hakkı, karşı tarafın görüş ve beyanlarından haberdar edilme hakkı ve mahkemenin genel ilkeden hareketle ortaya koyduğu en önemli ilkeler olan silahların eşitliği ve çelişmeli muhakemeye ilişkin temel haklardır.⁴⁶⁶

çok önceden terk etmiş ve içtihatlar yoluyla adil yargılanmaya ilişkin temel ilkeyi geliştirmiştir. Esser, **a.g.e.**, s.402

⁴⁶⁴ Schroeder, **Fair Trial**, s. 10 ve 14

⁴⁶⁵ Bkz. Esser, **a.g.e.**, s.400

⁴⁶⁶ Esser, **a.g.e.**, s.401

Bu bölümde genel ilkedен hareketle sözleşme organlarının ortaya koyduğu haklar bağlamında duruşma incelenirken; bu haktan içtihat yoluyla çıkarsanan tüm haklar değil sadece duruşma bakımından önem arzedenler incelenecektir.

Sonuç olarak 1. fıkra kapsamındaki haklar bağlamında duruşma devresi incelenirken, öncelikli olarak muhakemenin geneline ilişkin bir hak olan makul sürede yargılanma hakkı ele alınacaktır. Makul sürede yargılanma hakkından sonra, mahkemenin yapısına ilişkin haklar incelenecek; bunlar arasında da öncelikli olarak kanunla kurulmuş mahkeme önünde yargılanma hakkı ele alınacaktır. Kanunla kurulmuş mahkeme tarafından yargılanmaya ilişkin haktan sonra, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkının gerekleri tespit edilecektir. Daha sonra ise aleni duruşmada yargılanma hakkı ele alınacaktır. Aleniyet sadece duruşma devresi bakımından söz konusu olan ve kural olarak soruşturmayı da kapsar şekilde genişletilemeyen bir haktır. Nitekim soruşturma evresi bakımından geçerli olan genel ilke gizliliktir. Aleniyetten sonra incelenecek haklar ise, yukarıda hakkında kısaca bilgi verdiğimiz genel ilke olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından, içtihatlar yoluyla ortaya konulmuş ve duruşma bakımından önem arzeden haklardır. Bu bağlamda sırasıyla; çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerine ilişkin hak, sorgu hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı ve suçluluğun hukuka uygun delillerle ispat edilmesine ilişkin hak incelenecektir.

5. MAKUL SÜRE İÇİNDE YARGILANMA HAKKI VE DURUŞMA

2.1. Genel Olarak

Samığın uyuşmazlığın kapsamına göre makul bir süre içerisinde yargılanması adil yargılanmanın en önemli gereklerindedir.⁴⁶⁷ Nitekim adaletin gecikmeli olarak sağlanması çoğu kez hiç sağlanamamış olmasıyla aynı sonucu vermektedir. Bu bağlamda hukuk öğretilerinde sıkça kullanıldığı üzere, *gecikmiş adalet, adalet değildir* ifadesi, makul sürede yargılanma hakkının önemini en iyi ifade eden özdeyişlerdendir. Özellikle ceza yargılamasının aslında suçsuz kimseler hakkında başlatılmış olması

⁴⁶⁷ Nitekim bir ülkedeki yargılama sisteminin kalitesini belirlemede kullanılan üç temel unsur vardır ve bunlardır birisi de hızlılıktır. Diğer ikisi ise maddi gerçeğin ortaya çıkartılması ve cezai takibatın etkinliğidir. Feridun Yenisey, “Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliği, Normal Çalışma Süresi ve Gecikme”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Yargı Reformu Özel Sayısı, (Ağustos 1996), s.575

durumunda, yargılamanın zaman kaybetmeden bitirilmesi, sanıkların eski itibarlarına bir an önce kavuşmaları bakımından büyük önem arzeder.⁴⁶⁸

Adil yargılanma bakımından makul sürede yargılanmanın önemine binaen bu hak, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında açıkça güvence altına alınmıştır. Aynı zamanda Anayasamızın 141/4. maddesinde davaların mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılması yargının görevleri arasında sayılmıştır. Ayrıca CMK'nın 190. maddesinde de “duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir” denilmek suretiyle yargılamanın ilke olarak tek oturumda bitirilmesi kabul edilmiştir. Aynı hükmün devamında ise “Ancak zorunlu hallerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir.” denilerek de ilkeye istisna getirilmiş; ancak bu istisnanın her halükarda makul sürede yargılanma hakkına zarar vermeyecek şekilde söz konusu olabileceği vurgulanmıştır.⁴⁶⁹

Ancak iç hukuktaki tüm ayrıntılı düzenlemelere rağmen, AİHM önünde ihlal edildiği en çok ileri sürülen hak olan makul sürede yargılanma hakkı⁴⁷⁰ bakımından, 2001 yılı sonu itibarıyla Türkiye'nin mahkumiyetiyle sonuçlanmış çok sayıda dava bulunmaktadır.⁴⁷¹

Bu bağlamda muhakemenin özü olarak kabul ettiğimiz duruşma devresinin de mümkün olan en çabuk şekilde bitirilmesi, makul sürede yargılanma hakkı bağlamında önem arzemektedir. Nitekim duruşmanın kesiksizliği veya yoğunluğu olarak ifade edilen ilke de duruşmaya hakim olan ilkelere bir tanesidir. Ancak çoğu kez

⁴⁶⁸ Nevzat Toroslu, “Ceza Yargılamalarının Çabuklaştırılması Sorunu”, *Yeni Türkiye Dergisi*, Yargı Reformu Özel Sayısı, (Ağustos 1996), s.613

⁴⁶⁹ Yargıçların önlerinde gerçekleşen duruşma sonucunda edindikleri taze bilgilere ve kanaate göre karar verebilmeleri için, duruşmanın birbiri ile bağlantılı bir bütün oluşturması gerekir. Duruşma oturumlardan (celse) meydana gelen bir bütündür. Duruşmalarda, oturum arası çok kısa sürmeli ve duruşma bir bütünlük arzmelidir. Örneğin bir duruşmanın ilk oturumu sabah, ikinci oturumu ise yemek arasından sonra yapılmalıdır. Duruşma bir günde bitmezse, üçüncü oturum ertesi güne kalmalıdır. Nitekim duruşma hazırlığına ilişkin hükümler, duruşmanın kesiksiz hatta tek oturumda bitirilmesinin şartlarını hazırlamaya yöneliktir. Ancak bunun gerçekleşmesi her zaman mümkün olmamaktadır. Örneğin, sanığın kaçak olması veya davetiyeye çağrılan bir tanığın gelmemesi, sanığın bir müdafii seçeceğini açıklamaması gibi durumlarda kesiksizlik ilkesine uymak mümkün olmamaktadır. Duruşmada prensip olarak yazılı evrak okunamayacağı için, duruşma ardi ardına söylenen sözlerle bir bütün halinde yapılmalıdır. Araya zaman girmesi halinde söylenen sözler unutulur, duruşmadan doğrudan doğruya edinilen kanaat zayıflar ve yargıç dosyaya bakarak karar vermek zorunda kalır. Bu da kanunun ruhuna aykırıdır. Bu nedenle zaruret olmadıkça duruşmaya ara verilmemesi gerekir. Ancak uygulamada duruşmanın kesiksizliği çoğu kez gerçekleşmemektedir. Duruşmalara ara verilerek yapılması adeta bir kural haline gelmiştir. Yenisey, *a.g.e.*, s.27 vd.; Centel-Zafer, *a.g.e.*, s.505; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, *a.g.e.*, s.1186; Toroslu-Feyzioğlu, *a.g.e.*, s.281

⁴⁷⁰ Ladewig, *a.g.m.*, s.90

⁴⁷¹ Bu davaların künyeleri için bkz. İnceoğlu, *a.g.e.*, s.356, dipnot 100

duruşmanın yoğunluğunun gerektiği şekilde sağlanabilmesi, soruşturma evresi ve duruşma hazırlığının gerektiği şekilde yapılmasına ve muhakemenin bu kısımlarında delillerin tam olarak toplanabilmesine bağlı olduğundan; duruşma devresi bakımından gerçekleştirilecek hızlı bir muhakemenin ön şartı, iyi bir soruşturma ve duruşma hazırlığı gerçekleştirilmesidir demek yanlış olmayacaktır.⁴⁷²

AİHM, Stogmüller / Avusturya kararında, makul sürede yargılanmaya ilişkin hakkın amacını; *hak arayan kişileri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak ve özellikle ceza davalarında, sanığın davanın ne şekilde sonuçlanacağı endişesiyle uzun süre yaşamasını engellemek olarak ifade etmiştir.*⁴⁷³ Bu bağlamda, makul süreye uyulup uyulmadığının tespitinde, iç hukuk mahkemesinin kararının ne yönde olduğunun bir önemi yoktur. Bir başka deyişle, dava makul sürede bitirilmiş olsaydı da sonuç bakımından değişiklik söz konusu olmayacaktı, şeklindeki bir mazeret sözleşme organlarınca kabul görmemektedir. Örneğin, Mahkemenin Zana / Türkiye davasında da ortaya koyduğu üzere, başka bir suçtan dolayı mahkumiyetini çekmekte olan kimsenin, yargılama süresince zaten hapiste olduğu için özgürlüğünü kaybetme tehlikesini hissetmeyeceği, bu nedenle de makul süreye uyulmamış olmasının onun bakımından önemli bir sonuç doğurmadığı kabul edilemezdir.⁴⁷⁴ Çünkü infaz edilmekte olan cezaya ek olarak, başka bir fiilden dolayı tekrar ceza alma tehlikesi kişinin mağduriyetini doğurmaya yeterlidir.

Ceza davaları bakımından suç isnadı kavramını mahkemenin özerk olarak ele alması nedeniyle, makul sürenin belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulacak süreç, sadece olayın mahkeme önüne geldiği kovuşturma evresinden ibaret değildir. Bir başka deyişle makul sürede yargılanma hakkı sadece inceleme konumuz olan duruşma devresi bakımından geçerli bir hak değildir. Sözleşme organları, suç isnatları bakımından makul süre denetimi yaparken, ortaya çıkan şüphe nedeniyle ilgilinin durumunun önemli ölçüde etkilenmesiyle başlayan ve verilen cezanın kesinleşmesiyle tamamlanan⁴⁷⁵ süreci dikkate almaktadırlar.⁴⁷⁶ Bu itibarla soruşturma evresinin önemli

⁴⁷² Aynı yönde bkz. Feyzioğlu, **Vicdani Kanaat**, s.176 vd.

⁴⁷³ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.357; Gölcüklü, **a.g.m.**, s.213; Stögmüller / Avusturya; Başvuru no: 1602/62 Karar tarihi: 10.11.1969 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

⁴⁷⁴ Zana / Türkiye, **a.g.k.**

⁴⁷⁵ Eckle / Almanya; Başvuru no:813078 Karar tarihi: 15.07.1982 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

bir bölümü ve olağan kanunyolları da dahil olmak üzere kovuşturma evresinin tamamı makul süre denetimine konu olan zaman dilimine dahil olmaktadır.⁴⁷⁷

Makul süreye ilişkin olarak yakalama ve tutuklama bakımından özel hükümler sözleşmenin 5. maddesinde de öngörülmüştür. 5. maddenin 3. fıkrası ile 6. maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemeler arasında yakın bir ilişki olmasına rağmen, her iki fıkranın amaçları birbirinden farklıdır. 5. maddenin 3. fıkrasındaki makul süre, tutuklama ve yakalamada gözaltı süresinin makul olmasını garantilemek amacını taşırken; 6. maddenin 1. fıkrasındaki makul süre, kanunyolları da dahil olmak üzere muhakemenin tamamının makul süre içerisinde tamamlanmasını sağlamaya yöneliktir. Tutuklu yargılanan sanık bakından, ise her iki hakkın kullanımı birlikte ortaya çıkacaktır.⁴⁷⁸

İç hukukumuz bakımından yukarıda zikrettiğimiz genel anayasal ve kanuni düzenlemeler dışında, makul sürede yargılamanın sağlanmasına yönelik birçok özel düzenlemeye de CMK'da yer verilmiştir. Bu bağlamda uzlaşma kurumuna yer verilerek birçok cezai uyuşmazlığın mahkeme önüne gelmeden çözüme kavuşturulması sağlanmaya çalışılmış, böylelikle de mahkemelerin iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır.⁴⁷⁹ Nitekim makul süre sınırına riayet edilememesinin en önemli nedenlerinden birisi de mahkemelerin iş yoğunluğunun fazlalığı olmaktadır. Bunun dışında yeni kanuna iddianamenin reddi kurumu getirilerek soruşturma evresi işlemlerinin gerektiği şekilde yapılması ve böylelikle duruşma devresinin mümkün olan en kısa içerisinde tamamlanması mümkün kılınmaya çalışılmıştır.⁴⁸⁰ Özellikle yeterli

⁴⁷⁶ Esas alınacak sürenin başlangıcı, ilgiliye bir suç işlediği şüphesi altında bulunduğu resmen bildirilmesi veya yakalanma, tutuklama kararının bildirimi, olayın öğrenilmesinden sonra şahitlerin dinlenmesiyle soruşturmanın başlatılması gibi başka herhangi bir surette haberdar edilmesi gerekir. sürenin tamamlanması ise kesin hüküm niteliği arzeden yargısal kararlar sona ermektedir. Ladewig, **a.g.m.**, s.91

⁴⁷⁷ Sözleşme organlarının kararlara dikkate alındığında, şüphe nedeniyle kişinin durumunun önemli ölçüde etkileyen haller şu şekilde ortaya çıkmaktadır: suç işlediğine dair kişiye yapılacak resmi bildirim yapılması, kişinin gözaltına alınması, tutuklanması, dokunulmazlığın kaldırılmasının talep edilmesi, vs. İnceoğlu, **a.g.e.**, s.364

Ancak mahkemenin bazı kararlarına bakıldığında, kişi hakkında soruşturmanın başlatıldığı andan itibaren makul süre denetimine konu olan sürecin başlamış sayıldığı da görülmektedir. Zana / Türkiye, **a.g.k.**; Gölcüklü, **a.g.m.**, s.214 vd.

⁴⁷⁸ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.357

⁴⁷⁹ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.63; mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla ceza hukuku alanındaki bir takım suçların idari suç haline getirilmesi konusunda ayrıca bkz. Toroslu, **Çabuklaştırılma Sorunu**, s.614

⁴⁸⁰ Yeni CMK'nın en büyük yeniliklerinden birisi iddianamenin iadesidir. Bu surette dosya tamamlanmadan dava açılmayacak, kovuşturma evresinde ve özellikle de duruşmada delil toplanmayacaktır. Tek celse esası bu surette gerçekleşme şansı bulabilecektir. Bu kurum sayesinde ayrıca

delil olmaksızın açılacak davaların engellenmesi bakımından bu kurumun çok önemli bir işlevi yerine getireceği kanaatindeyiz. Ayrıca CMK’da tebligata, tanıkların hazır edilmesine dair bir takım çabuklaştırıcı işlemler öngörülmüştür. Bilirkişi incelemesinin uzatma süresi dahil en çok altı ay içerisinde bitirilmesi zorunluluğu getirilmiş, bu süreye riayet edilmemesi hali için de etkili müeyyideler belirlenmiştir.⁴⁸¹

Ancak tüm bu düzenlemeler ceza muhakemesini hızlandırmak için yeterli değildir. Nitekim muhakemeyi hızlandırmak için ne kadar iyi düzenlemeler getirilirse getirilsin bunlar uygulamaya yansıtılıp doğru bir adli kültür oluşturulmadıkça olumlu sonuçlar alınamayacaktır. Bu bağlamda ceza muhakemesindeki gecikmelerin sebebi çoğu defa sanıldığı gibi aksine, kanundan değil, kanun hükümlerinin tam ve gerektiği şekilde uygulanmamasından kaynaklanmaktadır.⁴⁸² Kaldı ki bir ülkedeki adli kültür olumlu yönde değişmedikçe çoğu kez yapılacak düzenlemeler, retorik bir takım söylemler olmaktan öteye gidemeyecektir.⁴⁸³

Adaletin gecikmesi ve muhakemenin çabuklaştırılmaması sorunu sadece ülkemiz bakımından geçerli bir sorun değildir. Bugün bazı batılı ülkeler de dahil olmak üzere bir çok ülkede yargılamanın hızlandırılmaması en çok şikayet edilen adli konuların başında gelmektedir.⁴⁸⁴ Ancak bu demek değildir ki, bu sorun çözülemez; o nedenle muhakemeyi çabuklaştırmak için yeni arayışlara girmenin anlamı yoktur. Bilakis bu sorunun başka ülkelerde de olduğunu ifade etmemizin nedeni, sorunu halletmenin zorluğunu ortaya koymaya ve bu bilinçle hareket etme gerekliliğine olan

iddianamesi iade olunabilecek savcının da daha dikkatli davranacağı, tüm delilleri toplayacağı ve toplatacağı, dosyayı olgunlaştırıp karar verecek hale getireceği beklenir. Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.641

⁴⁸¹ Feyzioğlu, **CMK Değerlendirmesi**, s.57; Özellikle bilirkişilik kurumu Türk hukuk sistemi bakımından kanayan bir yaradır. Nitekim Türk adliye kültürünün etkisi altında uygulamada bilirkişiye başvurma geleneği oluşmuş ve bilirkişilik kurumuna başvurulması kanunun tayin ettiği sınırları çok aşmıştır. Oysa ihtiyaç dışı bilirkişiye başvuru hallerde dava gereksiz yere 6 ay kadar uzamaktadır. Sulhi Dönmezer, “Ceza Adaleti Sistemimiz Üzerine Düşünceler”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yargı Reformu Özel Sayısı, (Ağustos 1996), s.560

⁴⁸² Toroslu, **Çabuklaştırma Sorunu**, s.613

⁴⁸³ Her meslek grubunda olduğu gibi adliye mesleği mensupları arasında da çeşitli yönlerden bir alt kültürün oluştuğu bilinmektedir. Bu kültür hakim ve savcılarının tavır ve hareketlerini, davranışlarını, hayat görüşlerini şekillendiren kültür değerlerini meydana getirdiği gibi, yargının işleyişinde de bir takım şekilleri, normları ortaya çıkarmaktadır. Mahkemece verilen karar şekilleri ve bu kararlardaki üslup hep bu kültürün etkisi altındadır. Dönmezer, **Ceza Adaleti Sistemi**, s.560;

Mahkemelerde yazılı olan kurallar dışında yazılı olmayan ve ceza muhakemesi kitaplarındaki hukuktan farklı bir pratik hukuk olduğu yönündeki görüş için ayrıca bkz. Volk, **a.g.e.**, s.95

⁴⁸⁴ Dönmezer, **Ceza Adaleti Sistemi**, s.556

inancımızdır. Nitekim muhakemenin gecikmesinin ceza adaleti sistemi üzerinde son derece önemli sakıncaları olmaktadır.⁴⁸⁵

Bu bağlamda, genel olarak özel ağır ceza, ağır ceza, asliye ceza, sulh ceza, icra ceza, çocuk ceza ve trafik ceza gibi mahkemelerdeki dava sürelerinin de katılmasıyla birlikte, Türkiye'deki ceza mahkemelerinde görülen bir davanın ortalama yargılama süresi 2006 yılı itibarıyla 234 gün olarak belirlenmektedir. 1986 yılında 174 gün olan ortalama dava süresinin genel olarak artan bir eğilim göstererek bugünkü rakama ulaştığı gözlemlenmektedir. 1986-2005 arasında ortalama dava süresinin en uzun olduğu yıl ise, 237 ortalamaıyla 2000 yılıdır.⁴⁸⁶ Burada belirttiğimiz ortalama süreler ilk derece mahkemelerindeki dava süreleri bakımındandır. Soruşturma evresine ilişkin olarak ise özel ağır ceza mahkemeleri başsavcılıklarınca yürütülen soruşturmalarda 2005 yılı itibarıyla ortalama süre 811 gün iken; diğer cumhuriyet başsavcılıklarınca yürütülen soruşturmalarda aynı süre 306 gündür.⁴⁸⁷ Ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığındaki dosyanın 2005 yılı itibarıyla ortalama işlem süresi 159 gün iken; Yargıtay Ceza Dairelerinde bir davanın görülme süresi 339 gün, Ceza Genel Kurulunda ise aynı süre 93 gündür. AİHM'nin makul süre incelemesi yaparken, aşağıda da ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, isnadın ortaya çıkışından hükmün kesinleşmesine kadarki süreyi dikkate aldığı göz önünde bulundurulursa, temyiz incelemesinden geçip direnme kararıyla CGK'ya kadar gidip gelen bir cezai uyuşmazlığın hesaplanmasında yukarıdaki

⁴⁸⁵ Geciken adaletin bireysel, toplumsal etkileri, masrafları öteden beri vurgulanmaktadır. Buna karşılık ceza adaletinin yerine getirilmesinde gecikmenin gerçekten bir problem teşkil etmediği hususunda görüşler de vardır. Nitekim gecikmenin karar verecek olanlara daha fazla düşünme imkanı sağlayacağı, böylece kararların daha isabetli ve nitelikli ve bazı hallerde sanık bakımından faydalı olacağı, gecikmenin zamanaşımının gerçekleşmesine sebebiyet verebileceği, sanığın savunma haklarına saygı gösterilmesinin zorunlu olarak gecikmeyi sonuçlayabileceği öne sürülmüştür. Ancak hiç kuşku yoktur ki, geciken hükümler ceza adalet sistemine olan güveni azaltacak, ülkemizde misallerine rastlandığı üzere, adaletin yerine getirilmesini bizzat suç mağdurları veya yandaşları sağlamaya çalışacaklardır. Zira halk olsun, suçu işlediği iddia olunan sanık olsun veya olaydan doğrudan etkilenen mağdur olsun, kendilerini bir yanından ilgilendiren suç olayının süratle neticelendirilmesi hakkına sahiptirler. AİHM kararlarında da vurgulandığı üzere, gecikme masumun üzerine atılan iddiadan kurtulmasını geciktiriyor ve ızdırabının sürüp gitmesine neden oluyor. Ayrıca müeyyidenin uygulanmasının ertelenmesi sonucunu doğurmakta; bu ise cezanın gerek özel gerekse genel önleme etkisini giderek azaltmaktadır. Sulhi Dönmezer-Feridun Yenisey, "Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği 1998", Kunter-Yenisey, **a.g.e.**'nin sonuna ektir. s.1309

Ayrıca Türkiye açısından ceza muhakemesinin gecikmesinin nedenleri konusunda ayrıntılı bilgi için aynı eserde bkz. s.1315 vd

⁴⁸⁶ **Adalet İstatistikleri Yıllığı 2005**, (Ankara: Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Yayını, 2006), s.47

⁴⁸⁷ Cumhuriyet savcılıklarının iş yükü son 20 yıl içerisinde %236'lık bir artış göstermiştir. **Adalet İstatistikleri Yıllığı 2005**, s.1

sürelerin çoğunu toplamak gerekecektir ki; bu da oldukça yüksek bir rakam olmaktadır.⁴⁸⁸

2.2. Makul Sürenin Belirlenmesi

2.2.1. Genel Olarak

Muhakeme bakımından makul süre, belirli ve sabit bir süreden ibaret değildir. Her davanın kendine özgü bir kapsamı ve özelliği olması nedeniyle, her dava bakımından makul sürenin ayrı ayrı belirlenmesi gereklidir.⁴⁸⁹ Ancak belirli ve sabit bir süre olmamasına rağmen, sekiz yıl ve üzerinde tamamlanmış muhakemeler bakımından, mahkemenin istisnai haller dışında hemen her zaman ihlal kararı verdiği görülmektedir.⁴⁹⁰ Bu içtihat birikimi göz önüne alındığında, dava ne kadar karmaşık olursa olsun, her halükarda sekiz yıl ve daha uzun süreli davalar bakımından adil yargılanma hakkı ihlalinin oluştuğu kabul edilmelidir.⁴⁹¹ Ancak bu durum sekiz yılın altındaki yargılama sürelerinin makul olduğu sonucunu doğurmamaktadır.⁴⁹² Nitekim olayın kapsamı ve özelliklerini dikkate almak suretiyle, sözleşme organlarınca, iki yılda tamamlanan davaların bile makul sürede olmadığına karar verildiği vakidir.⁴⁹³ Bu bağlamda duruşma devresi gerçekleştirilirken, söz konusu süreye dikkat edilmeli ve makul sayılabilecek süre sınırı zorlayan davaların, mahkemece öncelikli olarak bitirilmesine gayret edilmelidir.

⁴⁸⁸ Ayrıca açılan davalar dikkate alındığında, 2005 yılı itibarıyla çıkan mahkumiyet kararlarının, açılan dava sayısına oranının %40.8 olduğu görülmektedir. Bu bağlamda ayrıca açılan davaların %22.2'si hakkında beraat, 14.9'u hakkında düşme, %1.1'i hakkında yetkisizlik, %15.3'ü hakkında görevsizlik, %1.7'si hakkında birleştirme, %0.2'si hakkında 4616 ve 4454 sayılı kanunlara göre erteleme, %0.1 hakkında TCK. m.46'ya göre erteleme, ve %3.7'si hakkında da TCK m.119'a göre ortadan kaldırma kararı verilmiştir. **Adalet İstatistikleri Yıllığı 2005**, s.1 vd.

⁴⁸⁹ Ladewig, **a.g.m.**, s.91

⁴⁹⁰ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.359

⁴⁹¹ Makul süre konusunda kesin sayılabilecek bir miktar yoktur. AIHM kararları çerçevesinde olayların çözüme ulaştırılmasındaki ortalama süreler de tam olarak bir şey ifade etmemektedir. Önemli olan her olay itibarıyla makul süreyi aşmamaktır. Dönmezer-Yenisey, **a.g.m.**, s.1313

⁴⁹² AIHM, ekonomik olarak bağlı birçok şirketin bulunduğu C.P ve diğerleri / Fransa davasında, cezai alana ilişkin ağır bir davanın 7 yıl 10 ay sürmesini makul sürede yargılanma hakkına uygun bulmuştur. C.P. ve Diğerleri / Fransa; Başvuru no: 36009/97 Karar tarihi:01.08.2000

⁴⁹³ H. / Birleşik Krallık, Başvuru no: 9580/81 Karar tarihi: 08.07.1987

2.3.2. Makul Sürenin Belirlenmesinde Kullanılan Kriterler

2.3.2.1. Genel Olarak

Sözleşme organlarının, bir davanın makul sürede sona erdirilip erdirilmediğini denetlerken, belirli ve sabit bir süreyi dikkate almadığını, ondan ziyade davanın kapsamı ve özelliklerine göre makul sürenin aşılmadığını tespit ettiğini yukarıdaki açıklamalarımızda dile getirmiştik. Bu alt başlıkta, sözleşme organlarının makul süre denetiminde kullandıkları kriterlerin neler olduğu ele alınacaktır.

Makul süre denetiminde kullanılan kriterleri üç başlık altında toplamak mümkündür: *Davanın zorluğu, davanın başvuruda bulunan kimse bakımından önemi, başvuruda bulunan kimsenin tutumu ve yetkili ulusal makamların tutumu.*⁴⁹⁴ Makul süre denetiminde bu kriterlerden hepsinin ortak etkisi birlikte değerlendirilerek karar verilmektedir. Dolayısıyla bu üç kriterden hiç birisi diğerlerinden bağımsız olarak tek başına belirleyici değildir.⁴⁹⁵ Bazı uyuşmazlıklar bakımından mahkeme, makul sürenin aşılması bakımından hem ulusal makamların hem de başvuruda bulunan kimsenin kusurlu hareket ettiği kanaatinde olabilir. Bu durumda gecikme bakımından hangi tutumun daha etkili olduğu belirlenmekte ve hüküm ona göre kurulmaktadır.⁴⁹⁶

2.3.2.2. Davanın Zorluğu

Davanın zorluğu mahkemenin makul süre denetimini yaparken kullandığı temel kriterlerden bir tanesidir. Dava dosyasının maddi ve hukuki açıdan bütün kapsamı yargılamanın zorluğunu belirlemede dikkate alınır. Bu bağlamda delillerin toplanmasındaki güçlük, özellikle ceza davaları bakımından sanık ve tanık sayısı, davanın uluslararası boyutunun ve bağlantısının bulunması, maddi olayın aydınlatılmasındaki güçlükler, olayın farklı hukuki düzenlemelere temas etmesi, birçok bilirkişiye duyulan ihtiyaç davanın zorluğunun belirlenmesindeki önemli etmenlerdir.⁴⁹⁷ Ancak bu unsurlar davanın uzaması için tek başına yeterli değilse ve başka unsurların eklenmesiyle davanın karmaşıklığı davanın uzun sürmesi bakımından haklı bir gerekçe olmaktan çıkmaktadır.⁴⁹⁸ Örneğin, Mansur / Türkiye davasında, davanın uluslararası

⁴⁹⁴ Ladewig, **a.g.m.**, s.91 vd.

⁴⁹⁵ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.366

⁴⁹⁶ Beaumartin / Fransa; Başvuru no: 15287/89 Karar tarihi: 24.11.1994

⁴⁹⁷ Gölcüklü, **a.g.m.**, s.215; İnceoğlu, **a.g.e.**, s.366; Ladewig, **a.g.m.**, s.92

⁴⁹⁸ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.367

boyutu bulunmaktaydı. Ancak diğer devletten istenen belgeler, Türkiye'nin resmi kurumları arasındaki iletişimsizlik ve resmi makamların yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerle zamanında elde edilememiş ve bu durum muhakemenin uzamasına neden olmuştur. Bu nedenle davanın uluslararası boyutu olmasına rağmen, mahkeme, makul sürede yargılanma ilkesine aykırılık olduğuna hükmetmiştir.⁴⁹⁹

Bu bağlamda, genelde cezası yüksek olan suçlara ilişkin uyuşmazlıklar daha çetrefil ve karmaşık yapıya sahiptirler. Özellikle örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarda, bu karmaşık yapı daha da yoğunlaşmaktadır. Dolayısıyla bu tür suçlara ilişkin görev yapan ağır ceza ve özel ağır ceza mahkemelerinde gerçekleştirilecek duruşmaların, diğer mahkemelerdeki duruşmalara nazaran daha uzun sürmesi doğaldır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere AİHM, sadece duruşmaya ilişkin olarak değil; muhakemenin geneli bakımından bu durumu göz önünde bulundurmakta ve karmaşık davalar bakımından yargılama süresinin daha uzun olmasını makul karşılamaktadır. Uygulamaya bakıldığı zaman da istatistiksel olarak bu mahkemelerdeki dava sürelerinin diğer mahkemelere nazaran daha uzun olduğu gözlenmektedir.

2005 yılı itibarıyla özel ağır ceza mahkemelerinde bir davanın ortalama sonuçlanma süresi 393 gündür. Ağır ceza mahkemelerinde ise aynı süre 343 gün, asliye mahkemelerinde 326 gün, sulh ceza mahkemelerinde ise 174 gündür.⁵⁰⁰

Davanın karmaşıklığı makul sürenin belirlenmesinde belirli bir noktaya kadar haklı gerekçe teşkil etmektedir. Ancak uyuşmazlık ne kadar karmaşık olursa olsun, tamamlanması kabul edilemez şekilde uzun sürmüşse, bu durumda davanın karmaşık olması haklı gerekçe olmaktan çıkmaktadır.⁵⁰¹ Mahkeme, Ferrantelli ve Santangelo / İtalya davasında 16 yıl sonra sona eren davanın son derece karmaşık olduğunu kabul etmiş; ancak yine de 16 yıllık süre göz önüne alındığında, makul sürenin ihlal edildiğinin kabulünden başka bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığını vurgulamıştır.⁵⁰²

Mahkemenin Zana / Türkiye davasında da belirttiği üzere yer ve madde yönünden yetki uyuşmazlıkları davanın karmaşıklığına dahil edilmemekte; dolayısıyla

⁴⁹⁹ Mansur / Türkiye; Başvuru no: 16026/90 Karar tarihi: 08.06.1995 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

⁵⁰⁰ **Adalet İstatistikleri Yıllığı 2005**, s.47

⁵⁰¹ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.359

⁵⁰² Ferrantelli ve Santangelo / İtalya, **a.g.k.**

bu tür nedenlere bağılı olarak davanın makul ölçünün üzerinde tamamlanması halinde, haklı bir gerekçenin olmadığı kabul edilerek adil yargılanmanın ihlaline hükmedilmektedir.⁵⁰³

Ancak adaletin süratle feda edilmesi de hiçbir zaman için kabul edilmemektedir. Bu itibarla bazen çok uzun süren davalarda mahkemenin adaletin sağlanmasındaki zorluk nedeniyle makul sürenin aşılmadığına hükmettiği de görülmektedir.⁵⁰⁴ Örneğin Boddaert / Belçika davasında mahkeme, çetrefil bir cinayet olayına ilişkin uyuşmazlığın altı yıl üç ayda tamamlanmasını makul süreye uygun bulmuştur.⁵⁰⁵ Bu husus gerçekten çok önemlidir. Muhakemenin çabuklaştırılması bir ülke yargılama sistemindeki tek hedef olamaz. Ayrıca muhakemenin hızlılığı da, her zaman için bir devletin, hukuk devleti ilkesine bağılı ve demokratik olduğunu da göstermez. Nitekim sanığın geniş savunma imkanlarının bulunmadığı, kanun yoluna başvurma yetkisini olmadığı, ispat için yeterli delile gerek duyulmayan devletler de muhakeme çok çabuk bitebilecek ve hatta hakimler tek celse de karar verebileceklerdir. Bu nedenle, hukuk devleti ilkesi temelinde oluşturulmuş bir adaletin süratle feda edilmesi kabul edilebilir değildir.⁵⁰⁶

2.3.2.3. Davanın Başvuruda Bulunan Kimse Bakımından Önemi

Makul sürenin belirlenmesi bakımından, sözleşme organlarının, başvuruda bulunan kişinin özgürlüğünün tehlikede olması haline özel önem verdiği görülmektedir. Bu itibarla çoğu kez kişinin özgürlüğüne karşı uygulanacak yaptırımların ve koruma tedbirlerinin söz konusu olduğu ceza davalarının, diğer davalara oranla daha çabuk sonuçlandırılması beklenmektedir.⁵⁰⁷

Ceza davalarının arasında da özellikle sanığın tutuklu bulunduğu davalar, diğerlerine nazaran daha fazla önem arz etmektedirler.⁵⁰⁸ Çünkü bu tür davalar bakımından sanığın özgürlüğü hem mevcut durum itibarıyla kısıtlanmış bulunmaktadır

⁵⁰³ Zana / Türkiye, **a.g.k.**

⁵⁰⁴ Nitekim geciken adalet adalet değildir özdeyişi ne kadar doğruysa da; adaleti çabukluğa feda etmemeye de özen göstermek gerekir. Bu itibarla adaleti ve temeli adalet olan devleti zedeleyen gecikmelerin önlenmesi için, öncelikle bunun nedenlerinin iyi tespit edilmesi gerekir. Toroslu, **Çabuklaştırma Sorunu**, s.613

⁵⁰⁵ Boddaert / Belçika; Başvuru no: 12919/87 Karar tarihi: 12.10.1992

⁵⁰⁶ Nitekim değişik devletlerin içinde buldukları siyasi yapıya göre yargılama süreleri değerlendirildiğinde, demokratikleşmenin yargılama sürelerinin uzaması yönünde önemli bir etkisi olduğu gözlemlenmektedir. Dönmezer-Yenisey, **a.g.m.**, s.1319

⁵⁰⁷ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.359

⁵⁰⁸ Ladewig, **a.g.m.**, s.92

hem de geleceğe dönük olarak özgürlüğünün kısıtlanması tehlikesini yoğun olarak hissedilmektedir.⁵⁰⁹

Mahkeme tarafından, Wemhoff / Almanya kararında, ceza davaları içerisinde de, tutuklu sanığın davasının öncelikli olarak bitirilmesi için özel gayret gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu itibarla taraf devletlerin yargılama makamları bakımından, tutuklu işlerde, diğer ceza davalarına nazaran daha hızlı hareket etme yükümlülüğü doğmuştur.⁵¹⁰

Bu bağlamda CMK'da, *şüphelinin tutuklu olup olmadığının, tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların sürelerinin* iddianamede gösterilmesi açıkça hüküm altına alınmıştır (CMK. m.170/2/k). Böylelikle tutuklu işlere öncelik verilebilmesi için, mahkemenin sanığın tutuklu olup olmadığı konusunda bilgi sahibi olması amaçlanmıştır. Uygulamada tutuklu kişilere ilişkin iddianamelerin başına "tutuklu" ibaresi yazılmak suretiyle bu hüküm yerine getirilmektedir.⁵¹¹ Ayrıca tutuklu işler, adli tatil süresince de görülen acele işlerden sayılmaktadır (CMK. m.331/2).

2.3.2.4. Başvuruda Bulunan Kimsenin Tutumu

Makul sürenin belirlenmesinde önemli olan diğer bir unsur da başvuruda bulunan kimsenin muhakeme boyunca gösterdiği tutumdur. Makul sürenin ihlal edildiğinin kabulü için devletten kaynaklanan bir gecikme olması gerekmektedir. Bu itibarla sanığın muhakeme boyunca göstermiş olduğu tutumdan kaynaklanan gecikme devlete yüklenemez.

Özellikle ceza davalarında sanık, adli makamlara işbirliği yapmak zorunda değildir⁵¹² ve iç hukukta kendisine tanınan, hakim reddi gibi bir takım hakları kullanması nedeniyle makul sürenin aşılması bakımından kusurlu bulunamaz.⁵¹³ Ancak yine de sanığın yargılama sırasındaki genel tutumu, makul süre tespit edilirken, dikkate

⁵⁰⁹ Özellikle tutuklu sanıklar bakımından ceza davalarının daha çabuk sonuçlandırılmasını, aksi halde ne kadar kuvvetli şüphe bulunursa bulunsun tutuklama tedbirinin daha fazla devam etmemesini amaçlayan kanunkoyucu CMK'nın 102. maddesinde tutukluluk süreleri bakımından belirli üst sınırlar öngörmüştür. Bu konuda daha fazla bilgi için yukarıda bkz. III. Bölüm, 7.5. Suçsuzluk Karinesi Açısından Tutuklamanın Değerlendirilmesi

⁵¹⁰ Wemhoff / Almanya, **a.g.k.**

⁵¹¹ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.344

⁵¹² Eckle / Almanya, **a.g.k.**

⁵¹³ Ladewig, **a.g.m.**, s.92

alınmaktadır.⁵¹⁴ Bu itibarla örneğin, sürelere uymayan, savunma tezlerini zamanında ve tam olarak ileri sürmeyen sanığın bu davranışları makul süreye uyulup uyulmadığının belirlenmesinde göz önünde tutulur.⁵¹⁵

Sanığın iç hukukta kendisine açık olan kanun yollarını sonuna kadar kullanmasından dolayı sürenin uzamasından sanık sorumlu tutulmasa da; bu tür durumlarda sanık tarafından gerçekleştirilen kötü niyetli tutumlar mahkeme tarafından dikkate alınmaktadır.⁵¹⁶ Aynı şekilde eğer sanık kaçmak suretiyle muhakemeyi geciktirmişse, bu durumda da makul sürenin hesaplanmasında sanığın kaçak bulunduğu süre dikkate alınmamaktadır.

Uygulamada birçok kez sanık ve müdafinin duruşmayı uzatmak ya da hükmün kesinleşmesini engellemek için çeşitli yollara başvurmakta oldukları görülmektedir. Sanığın kaçak kalmasının ve böylelikle sorgusunun yapılamamasının sağlanmaya çalışılması, gereksiz tevsii tahkikat taleplerinde ve delil kamesinde bulunulması sayılabilir.

2.3.2.5. Yetkili Ulusal Makamların Tutumu

Muhakemenin makul sürenin üzerine çıkması halinde, devletin idari ve yargısal organlarına atfedilebilecek her türlü gecikmeden devlet sorumlu tutulmaktadır. Bu itibarla yetkili ulusal makamların muhakeme boyunca gösterdikleri tutum da makul süre denetimi yapılırken göz önünde bulundurulacak önemli hususlardan birisidir.⁵¹⁷

Yargısal organlar, davanın hızlı bir şekilde bitirilmesi konusunda yükümlülük sahibi olsalar da; bu hiçbir surette adaletin süratle feda edilmesi demek değildir. Sözleşme organları da, adil yargılanma hakkına ilişkin denetim yaparken bu iki yükümlülük arasında bir dengenin olmasına dikkat etmektedirler. Bu itibarla AIHM'nin, adaletin daha iyi gerçekleştirilebilmesi için mahkemelerin, davaları birleştirme, delil toplama gibi nedenlerle davayı uzatmalarını belirli bir noktaya kadar makul kabul ettiği

⁵¹⁴ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.369

⁵¹⁵ Ladewig, **a.g.m.**, s.92

⁵¹⁶ Gölcüklü, **a.g.m.**, s.215

⁵¹⁷ AIHM, Martin Moreira /Portekiz kararında devletin makul süreye ilişkin sorumluluğu bakımında şöyle demektedir: “Mercileri, ulaşılması istenen amaçlara uygun ve m.6/1'deki gerekleri yerine getirmeyi mümkün kılacak vasıtalarla donatmak devletin yükümü içerisindedir. Her halde adli usuller hakim tarafından uygulanacağından davanın hızlı şekilde sona erdirilmesini sağlamak onun görevi içindedir. Mahkemeler o surette örgütlenmelidirler ki bu sorumluluklarını yerine getirebilsinler”. Dönmezer-Yenisey, **a.g.m.**, s.1313

görülmektedir. Ancak bu tür kararların yargılamayı uzatacağı hesaplanmalı ve bu tür işlemler nedeniyle kaybedilen vakit davanın sonraki aşamalarında daha çabuk davranılmak suretiyle telafi edilmeye çalışılmalıdır.⁵¹⁸

Hukuk sistemimizde, kamu görevlilerinin veya muhakemeye etkisi olan diğer kimselerin adli emirleri yerine getirmekte ihmal göstermelerinin ve bu surette ceza muhakemenin gecikmesinin önüne geçilmesi amacıyla bir takım düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre muhakeme sırasında, gerçek veya tüzel kişiler, kovuşturma ve soruşturma organlarının taleplerini yerine getirme yükümlülüğü altındadırlar. Bu bağlamda, *yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle... hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idari para cezası verilir* (Kabahatler K. m.32). Ayrıca tanıklık etmekten veya delil olabilecek eşyayı teslimden kaçınan kimseler hakkında üç aya kadar disiplin hapsine karar verilmesi mümkündür (CMK m.60 ve 124/2). Bunun dışına, herhangi bir yargılama makamının veya savcılığın adli işlere ilişkin emirlerini yerine getirmeyen kamu görevlileri bakımından ise ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır (TCK m.257/2). *Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmaktan kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır* (CMK m.161/5).

Ayrıca uyuşmazlığa uygulanacak kanun hükmü bakımından anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmuşsa, anayasa mahkemesinin inceleme yaptığı süre, kural olarak makul süre hesaplanmasında dikkate alınmaz.⁵¹⁹ Ancak anayasa denetimi sonucunda anayasa mahkemesinin kararı, asıl davaya doğrudan etkili ise, anayasa mahkemesi önünde geçen süre de makul süre denetiminde dikkate alınmaktadır. Mahkeme, Ruiz Mateos / İspanya davasında anayasa mahkemesinin, somut norm denetimi ile önüne gelen davaları, yirmi beş ve on dört aylık süreler sonunda karara bağlamasının, ilk derece mahkemesindeki yargılamayı makul sürede sonuçlandırmaktan alıkoyduğuna karar vermiştir.⁵²⁰

⁵¹⁸ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.372 vd.

⁵¹⁹ Zumbotel / Avusturya; Başvuru no:12235/86 Karar tarihi: 21.09.1993

⁵²⁰ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.377; Ruiz Mateos / İspanya; Başvuru no: 12952/87 Karar tarihi: 23.06.1993; Buna karşın AIHM'nin, anayasa mahkemesindeki bireysel başvuruların denetlenmesi bakımından yaptığı

Makul süreye uyulması bakımından bazı durumlarda ulusal yargılama makamları kendi üzerlerine düşen görevleri layıkıyla yapmalarına rağmen, yargıç açığı, siyasi ortam, ulusal hukuktaki boşluklar, iş yükünün ağırlığı gibi zorluklar nedeniyle makul sürenin aşılması halinde de devletin sorumluluğu doğmaktadır.⁵²¹ Çünkü devlet sadece yargılama organlarının değil; tüm devlet kurumlarının adil yargılanmayı sağlamak için gerektiği şekilde hareket etmelerini sağlamakla yükümlüdür. Ancak burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da, yargı sistemi içerisindeki hakim, savcı ve diğer personelin sayısının artırılmasının tek başına makul sürede yargılamayı sağlamak bakımından yeterli olamayacağıdır. Nitekim bu tür sorunların giderilmesinde çoğu kez görevlilerin niteliği de en az görevli sayısı kadar büyük önem arz etmektedir. Bu itibarla çözüm çok sayıda hakim savcı istihdam etmek değil; yeterli sayıda ancak nitelikli hakim ve savcılar yetiştirebilmektir.⁵²² Gerek ülkemizde gerekse diğer ülkelerde yapılan araştırmalar göstermiştir ki; davaların makul sürede sonuçlandırılmasında veya davaların uzamasında hakimin kişiliği, görev bilinci, özveride bulunma özelliği ve motivasyonu en önemli etmenlerdir. Bu bağlamda hakimlerin daha fazla motivasyon sağlamaları için ücretlendire ve diğer yardımcı motivasyonlar bakımından iyileştirilmeye gidilmelidir.⁵²³

1985 yılına kadar ülkemiz ceza muhakemesinde de yer alan, ceza muhakemesindeki ilk soruşturma devresi de çoğu kez yargılama sürecini uzatabilmektedir. Bu kuruma ilişkin olarak Neumeister / Avusturya davasında bir değerlendirme yapan AİHM, ilk soruşturma sisteminin nitelik olarak adil yargılanma

makul süre değerlendirmesinde, makul süre kavramını anayasa mahkemesinin özel konumu nedeniyle daha farklı ele aldığı görülmektedir. Ladewig, **a.g.m.**, s.92

⁵²¹ Hakim kadrolarının dolu olmaması ve diğer personelde eksiklik bulunmasının gecikmelere neden olduğu hallerde, hızlı bir şekilde gerekli tedbirler alınmalıdır. Mahkemelerin uzun yıllardır birikmiş dosyalarla uğraşması, aleyhine başvuruda bulunulan devlet bakımından makul ve geçerli bir savunma olarak kabul edilemez. Nitekim sözleşme organlarının istikrarlı içtihatları sözleşmeye taraf devletlere, mahkeme sistemlerini makul sürede yargılanma da dahil olmak üzere 6. maddenin gereklerine uyarlamaları ödevini yüklemektedir. Ladewig, **a.g.m.**, s.92

⁵²² Belirtmek gerekir ki, hakim, savcı sayısını arttırmak adaletin işleyişini hızlandırmaya yeterli değildir. Bunların nitelikleri de çok önemlidir. Halen hakim ve savcıların seçiminde gerekli özenin gösterildiği söylenemeyeceği gibi, bunların gereği gibi yetiştirildikleri de söylenemez. Fakültelerdeki eğitimin yetersizliği bir yana, mevcut staj sistemi, kıdemli hakimlerin, yargı sistemimize yerleşmiş olan yanlış ve çarpık uygulamaları geleceğin hakim ve savcılarını aktarmaktan başka bir işe yararamamaktadır. Bu itibarla iyi bir staj sistemi oluşturulmalıdır. Ayrıca hakim ve savcılar sürekli meslek içi eğitime tabi tutulmalı ve böylece bunların meslek hayatları boyunca fakültede öğrendikleri ve çoğu eskimiş bilgilerle veya kendilerini kısır döngü içine sokan Yargıtay kararları ile adalet dağıtmaları önlenmeye çalışılmalıdır. Toroslu, **Çabuklaştırma Sorunu**, s.614

⁵²³ Dönmezer-Yenisey, **a.g.m.**, s.1406

hakkına aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiş; ancak bu kurumun hızlı ve etkin bir biçimde işletilmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁵²⁴

2.3.3. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali Nedeniyle Doğan Mağduriyetin İç Hukuk Makamlarınca Giderilmiş Olması

Sözleşme organlarınca ulusal merciler, sözleşmenin ihlal edildiğinin açıkça farkındaysa ve bu ihlalin makul şekilde giderilmesi sağlanmışsa, bu durumda başvuruda bulunan kimsenin mağduriyetinin önceden giderilmiş olduğu kabul edilmektedir.⁵²⁵ Ancak bu mağduriyetin giderilmesi için ulusal makamlarca adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin açıkça kabul edilmesi ve cezanın makul bir düzeyde hafifletilmesi suretiyle mağduriyetin giderilmesi gereklidir.

Komisyona, bu konudaki temel görüşünü Van Laak / Hollanda davasında genel hatları ile ortaya koymuştur. Bu olayda Van Laak yargılandığı ilk derece mahkemesinde iki yıl altı ay hapis cezasına çarptırılmış, istinaf mahkemesi ise mahkumiyeti hukuka uygun bulmasına rağmen, verilen cezayı yargılama gereğinden fazla uzadığı için sekiz aya indirmiştir. Komisyona göre, istinaf mahkemesi, makul sürenin aşıldığını açıkça kabul etmiş ve cezayı mağduriyeti giderecek ölçüde azaltmıştır. Bu nedenle söz konusu davada adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir.⁵²⁶ Ancak iç hukukumuz bakımından, mahkemelerin, cezayı indirmek suretiyle muhakemenin makul sürede tamamlanamaması dolayısıyla ortaya çıkan mağduriyeti giderme yetkisi bulunmamaktadır.

6. KANUNLA KURULMUŞ MAHKEME TARAFINDAN YARGILANMA HAKKI VE DURUŞMA

Kanunla kurulmuş bir mahkeme önünde yargılanma hakkı 6. maddenin 1. fıkrasında açıkça zikredilen haklardandır ve en genel anlamıyla *doğal hakim ilkesinin*

⁵²⁴ Neumeister / Almanya; Başvuru no:27.06.1968 Karar tarihi: 1936/63 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

⁵²⁵ Bir görüşe göre, makul sürede yargılanma hakkı şüpheli veya sanığa tanınmış bir hak iken, muhakemede makul sürenin aşılması sanık bakımından her zaman zararlı değildir. Ancak mağdur açısından gecikme her zaman zararlı sonuçlar vermektedir. Dönmezer-Yenisey, **a.g.m.**, s.1318; Uygulamada suç işlemiş olan ve mahkumiyet kararının çıkması muhtemel sanıkların, özellikle tutuksuz yargılanıyorlarsa, hükmün kesinleşmemesi için ellerinden geleni yaptıkları görülmektedir. Nitekim hüküm kesinleştikten sonra infaz aşamasına geçilecek ve serbest durumda olan sanık, bu aşamaya geçilmesiyle birlikte hürriyetinden mahrum edilecektir.

⁵²⁶ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.362

Avrupa insan hakları alanındaki yansımaları ifade etmektedir.⁵²⁷ Hukuk devleti ilkesinin egemen olduğu hemen bütün ülkelerde anayasal güvence altına alınmış olan bu hak⁵²⁸ kapsamında öncelikle, sanığın yargılanacağı mahkemenin, kuruluş, görev, yetki ve yargılama usulünün kanunla belirlenmiş olması gerekliliği yer alır. Bu itibarla kanun hükmünde kararname veya tüzük gibi idari bir takım tasarruflarla kurulmuş ceza mahkemelerinin faaliyetleri açıkça adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir. Kanunla kurulmuş mahkeme ifadesi lafzi olarak ele alındığında, kuruluş, görev, yetki ve yargılama usulü kanunla belirlenmiş olan her mahkemenin, bu hak bağlamında gerekli tüm şartları bünyesinde barındırdığı düşünülebilir. Ancak kanunla kurulmuş mahkeme ifadesinin, bunlar haricinde içerdiği bir başka unsur daha vardır ki; o da cezai uyumsuzluğun konusu olan olay ortaya çıkmadan önce bu sayılanların belirlenmiş olması zorunluluğudur. Bir başka deyişle, sanığın yargılanacağı mahkemenin kanunla kurulması ve daha sanık fiili işlemeden önce, sanığın işlediği fiili yargılamak bakımından kanunla yetkili kılınmış olması gereklidir.⁵²⁹

⁵²⁷ 6.maddede açıkça düzenlenen bu başlık altında inceleyeceğimiz kanunla kurulmuş mahkeme önünde yargılanma hakkı ve bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkıyla yakından ilişkili bir diğer hak da mahkemeye başvurma hakkıdır. Genel ilkeden hareketle AİHM'nin ortaya koyduğu önemli haklardan birisi olan mahkemeye başvuru hakkına ne burada ne de genel ilkeye ilişkin kısımda ayrı bir başlık altında yer vermedik. Çünkü inceleme konumuzun duruşma olması nedeniyle, mahkemeye başvurma hakkı, inceleme konumuzla doğrudan bağlantılı bir hak değildi. Ancak kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma haklarının doğal bir yansıması olması bakımından, söz konusu hakka dipnotta da olsa kısaca değinmeyi uygun buluyoruz.

Anayasamızın da 36. maddesinde “herkes ... yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ... hakkına sahiptir” denilmek suretiyle güvence altına alınan bu hak, AİHM tarafından 6. maddenin 1. fıkrasındaki genel ilkeden hareketle ortaya koyulmuştur ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi bakımından büyük önem arzeder. Nitekim hukuk devleti en basit haliyle idarenin de hukukla bağlı olmasını ve onun faaliyetlerinden zarar görenlerin, ondan bağımsız bir mahkemeye başvurarak haklarını arayabilmelerini ifade eder. Bu hakkın ceza muhakemesi açısından da önemli yansımaları vardır. Hakkın, *mahkemeye başvurma hakkı* şeklindeki başlığına binaen, sadece sanık bakımından muhakeme sürecinin adillliğini teminat altına alan adil yargılanma hakkı kapsamında, suçtan zarar görene de şahsi dava açma hakkı tanındığı düşünülmemelidir. Ceza muhakemesi açısından mahkemeye başvurma hakkı, suç isnadı altında bulunan kimsenin, isnadın bir yargılama makamı tarafından karara bağlanmasını talep edebilmesini ifade etmektedir. Birinci bölümde belirtildiği üzere bazı idari suçları da ceza hukuku kapsamında değerlendiren AİHM, Avusturya’ya karşı açılan bir dizi davada trafik suçlarına ilişkin olarak verilen idari cezaları maddi ve hukuki açıdan denetleyecek bir mahkemeye başvuru imkanının olmamasını, mahkemeye başvurma hakkının ihlali nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur. Bu konuda bkz. İnceoğlu, **a.g.e.**, s.113 vd.

⁵²⁸ Özen, **a.g.e.**, s.74

⁵²⁹ AİHM de içtihatlarıyla ortaya koyduğu üzere kanunla kurulmuş mahkeme ifadesini bu şekilde ele almaktadır. “Yasayla kurulmuş mahkeme kuralı gereğince, gerek mahkemenin kuruluş ve yetkileri, gerekse izleyecekleri yargılama usulü, yürütmenin düzenleyici tasarrufları ile değil, yasa yoluyla ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce saptanacaktır. Böylece kişi veya olaya göre yargılama organı oluşturma yolu kapanacak, olası keyfilikler önlenecektir.” TÜSİAD Raporu, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu**, (İstanbul: TÜSİAD Yayını, 2003), s.55

Bu bağlamda ceza muhakemesinde duruşmayı gerçekleştirecek ve maddi sorun konusundaki kanaatine göre uyuşmazlığı hukuki çözüme kavuşturacak makamın kanuni hakim ilkesine uygun bir makam olması, sanığın adil yargılanma hakkının en önemli gereklerindendir.

Anayasanın 37. maddesinde, *kanuni hakim ilkesi* başlığı altında, bu temel hak güvence altına alınmıştır. Buna göre; “*hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkartılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.*”

Terimsel olarak bu temel hakka ilişkin olarak doğal yargıç ilkesi ifadesinin kullanılmasının daha doğru olduğu, kanuni hakim teriminin sadece mahkemenin kanunla kurulmasına atıfta bulunduğu ve bu nedenle ilkeyi anlatmakta yetersiz kaldığı ileri sürülebilir. Ancak Anayasada bu ilkenin düzenlendiği 37. maddenin kenar başlığı kanuni hakim güvencesidir.⁵³⁰ Ayrıca AİHS’de de bu ilke, kanunla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkı şeklinde ifade edilmektedir. Biz bu bağlamda kanuni hakim ilkesi terimini kullanmanın bir sakınca doğurmayacağı kanaatindeyiz. Kaldı ki, anayasasında hukuk devleti ilkesinin yer aldığı bir devlette, kanuni hakim ilkesinin doğal hakim ilkesinden farklı anlaşılma imkanı pek bulunmamaktadır.⁵³¹

⁵³⁰ 1961 Anayasasının 32. maddesinde bu ilke, “*tabii yargı yolu*” kenar başlığı altında, “*hiç kimse, tabii hakimden başka bir merci önüne çıkartılamaz. Bir kimseyi tabii hakimden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.*” şeklinde ifade edilmişti. Bu bağlamda, 1961 Anayasasındaki *tabii yargı yolu* teriminden, 1982 Anayasasındaki kanuni hakim güvencesi terimine kadar ki terimsel değişim sürecinin tarihsel bir takım nedenleri bulunmaktadır. 12 Mart Muhtırasından sonra 15 Mayıs 1971 tarihinde yürürlüğe giren, 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının bazı hükümleri, Anayasadaki doğal yargı ilkesiyle açıkça çatışır şekildeydi. Özellikle söz konusu yasaya göre, sıkıyönetim mahkemelerinin, sıkıyönetim ilanına neden olmuş sayılan ve kendi kuruluşlarından önce işlenmiş bulunan suçları da yargılayabilmesi tabii hakim ilkesi bakımından açık bir ihlal oluşturmaktaydı. Bu dönemde 1402 sayılı kanundaki aykırılıklar karşısında, kanunun anayasa uygun hale getirilmesi yerine, anayasanın kanuna uygun hale getirilmesi yoluna gidildi ve 20 Eylül 1971 değişiklikleri ile *doğal yargı* terimi yerine, kanuni yargı terimi getirildi. Daha sonra bu terim 1982 Anayasasında da korundu. Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986), s.251 vd.

⁵³¹ Doğal yargıç ya da yargı yeri ilkesi, daha genel bir güvencenin, adil yargılanma hakkının içinde yer alır. Yabancı hukuklarda kanuni mahkeme, kanunen tabi olunan mahkeme terimleri de kullanılır. Bunlarla tabii yargıç ya da doğal yargı yeri kavramları arasında özde hiçbir fark yoktur. 1961 Anayasası ilk şeklinde tabii yargı yolu deyimiyile yola çıkmıştı. Ancak daha sonra sıkıyönetim askeri mahkemelerinin durumu tartışma konusu olunca, 1971 değişikliği ile yeni terminoloji, kanunen tabi olunan mahkeme eksenli hale getirildi. Tanör-Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s.189

Hukuk devleti ilkesini gerçekleştirme yollarından biri de, yargı bağımsızlığını yerleştirmek ve yargı kurumlarına güven duyulmasını sağlamaktır. Özellikle ceza hukuku gibi özgürlükleri sınırlayan Türk Ceza Kanunu gibi yasalardan değişik koşullara göre keyfi sonuçlar çıkarılmasını engellemenin en etkili yollarından biri de, suça ve sanığa göre mahkeme kurulmasını engelleyen doğal hakim ilkesine bağlı

AİHK'ye göre, mahkemenin kanunla kurulması ve yargılama yetkisinin kanunla belirlenmesi gerekir. Ancak bu zorunluluk tüm ayrıntıların kanunla düzenlenmesi anlamına gelmemektedir. Bu konulara ilişkin genel çerçevenin kanunla belirlenmiş olması yeterlidir. Bu itibarla ihtiyaca göre belirli bir yerde mahkeme kurulması yetkisini bakanlığa veren düzenleme, kanunla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkını zedeler kabul edilmemiştir.

Burada üzerinde durulması gereken diğer önemli bir husus da mahkeme kavramından ne anlamak gerektiğidir. Adil yargılanma kapsamında ele alınan birçok kavram gibi, mahkeme kavramı da sözleşme organlarınca özerk bir yapı olarak ele alınmıştır. Bu itibarla uyuşmazlık konusunda karar veren merci, iç hukukta mahkeme olarak nitelendirilmese bile, bazı özellikleri haiz olmak kaydıyla mahkeme olarak kabul edilebilmektedir.⁵³² Bir organın mahkeme olarak kabul edilmesi için, her şeyden önce önüne gelen uyuşmazlığı kesin karara bağlayabilme yetkisi olmalıdır. Bu şartı haiz bir organın, üyelerinin tamamının veya bir kısmının profesyonel yargıç olmalarına da gerek yoktur. Karar veren organın hukuki bir usule tabi olması ve devletin zor kullanma yetkisiyle desteklenmiş bağlayıcı kararlar verebilmesi, mahkeme kavramının en belirgin nitelikleridir.⁵³³ Mahkemeye göre, yargı organları dışındaki organlarca değiştirilemeyen bağlayıcı kararlar verme yetkisini haiz olması bir organın mahkeme sayılabilmesi için gerekli en önemli özelliktir.⁵³⁴

Bu konudaki diğer bir önemli husus da, terör suçları gibi bazı özel suç tipleri için kurulan mahkemelerin kanunen kurulmuş mahkeme önünde yargılanma hakkını zedeleyip zedelediğidir. Sözleşme organları, terör suçları veya devlete karşı işlenmiş suçlar bakımından kurulan özel mahkemeleri de belirli bir kanuna dayanmak şartıyla sözleşmeye aykırı bulmamaktadırlar. Albaylar rejimi sırasında Yunanistan'da kurulan sıkıyönetim mahkemeleri bu bağlamda kanunla kurulma şartına uygun görülmüş, ancak

kalmaktır. Bu itibarla bir hukuk devletinde kanuni yargı yolu ancak doğal yargı yolu olabilir ve bir kimsenin kanunen tabi olduğu mahkeme, onun tabii hakimlerinden kurulu bir mahkemeden başkası olamaz. Bir başka deyişle hakimi ve mahkemeyi gösteren yasa, ancak doğal hakim ilkesine uygun olduğu zaman bir hukuk devletinin yasasıdır; bu ilkenin dışına çıkılacak olursa Anayasadaki hukuk devleti ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır. Soysal, **a.g.e.**, s.252

⁵³² Campell ve Fell / Birleşik Krallık, **a.g.k.**

⁵³³ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.154 vd.

⁵³⁴ Findlay / Birleşik Krallık; Başvuru no: 22107/93 Karar tarihi: 25.02.1997 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

milli savunma bakanının kararlarına uygun biçimde yargı yetkilerini kullandıkları gerekçesiyle bağımsız olmadıkları kabul edilmiştir.⁵³⁵

Bu bağlamda AİHM içtihatlarına göre, CMK'nın 250 vd. maddelerine göre görev yapan, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin faaliyetleri de adil yargılanma hakkına bir aykırılık teşkil etmemektedir.⁵³⁶

Kanuni hakim ilkesinin bir gereği olarak ceza mahkemelerinin görev ve yetkileri CMK ve Adli Teşkilat Kanununda (Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunda) düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Adli Teşkilat Kanunu m.10'da sulh ceza, m.11'de asliye ceza, m.12'de de ağır ceza mahkemelerinin görevleri belirlenmiştir. Ayrıca CMK m.12 ve devamında ise ceza mahkemelerinin yetkisine ilişkin kurallara yer verilmiştir.

7. BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ BİR MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI VE DURUŞMA

4.1. Genel Olarak

Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında açıkça ifade edilen haklardanır. Bu bağlamda duruşmayı gerçekleştirecek mahkemenin hem bağımsız hem de tarafsız olması, sanığın adil yargılanma hakkının bir gereğidir.⁵³⁷ Bağımsızlık ve tarafsızlık birbiriyle yakından ilişkili; ancak birbirinden farklı iki konudur. Mahkemenin bağımsızlığı, tarafsızlığının önşartıdır ve tarafsızlıktan daha soyut bir anlam içerir.⁵³⁸ Bağımsızlık mahkemenin genel olarak yasama, yürütme, yargı ve dış etkilere karşı korunmasını ifade ederken, tarafsızlık somut olay bakımından mahkemenin uyuşmazlığın tarafları arasında yanlı olmamasını ifade eder.

⁵³⁵ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.160 vd.

⁵³⁶ Belirtelim ki, özel yargılama makamları içerisinde değerlendirilen adli yargı dışındaki, özel yargılamaya ait mahkemeler ile adli yargı içerisinde yer alan uzmanlık mahkemeleri bakımından kural olarak tabii hakim ilkesinin ihlali söz konusu değildir. Zira her iki mahkemenin yetkileri kanunla önceden belirlenmiş ve soyut kurallar olarak saptanmıştır. Ancak genel yargılamadan zorunluluk olmadıkça her sapmanın bu ilkenin zayıflaması sonucunu doğuracağı unutulmamalıdır. Özen, **a.g.e.**, s.75, dipnot 201

⁵³⁷ Harris, **a.g.m.**, s.353

⁵³⁸ Adil yargılanma hakkının bu çekirdek unsurunun ihlal edildiği iddiaları, sözleşme organları önünde birçok davanın açılmasına neden olmuştur. Bu iki unsur çoğu kez birbiriyle örtüşmektedir. Nitekim bağımsızlığın olmaması objektif bir tarafsızlığın da olmaması sonucunu doğurmaktadır. Reid, **a.g.e.**, s.110

Sözleşme organlarının, bağımsızlığı yorumlarken tarafsızlıktan net olarak ayırmadıkları ve bazen tarafsızlığa ilişkin hususları da bağımsızlık kavramı içinde değerlendirdikleri görülmektedir.⁵³⁹ Bu bakış açısı bizim doktrinimizde de görülmektedir. Ünal, mahkemenin tarafsızlığını, mahkemenin taraflara karşı bağımsız olmaları çerçevesinde incelemekte ve bağımsızlığın bir unsuru olarak kabul etmektedir.⁵⁴⁰ Kanaatimizce bu iki kavram birbirleriyle yakın ilişki halinde olsalar da aslında farklı içeriğe sahiptirler. Bu bakımdan biz iki kavramı birbirine karıştırmaksızın ayrı ayrı incelemeyi uygun buluyoruz. Bu itibarla aşağıda öncelikle mahkemenin bağımsızlığını, daha sonra da tarafsızlığı incelenecektir.

4.2. Mahkemenin Bağımsızlığı

4.2.1. Genel Olarak

Devletin başta gelen fonksiyonlarından biri de adalet dağıtmaktır. İyi bir adaletin başlıca şartı ise, adaleti dağıtanların, yani hakimlerin bağımsız olmasıdır. Zira en küçük bir yabancı unsurun müdahalesi ile bile bozulan kurum adalettir.⁵⁴¹

Bağımsızlık, mahkemenin, herhangi bir kişi veya kurumdan emir almamasını; yasamanın, yürütmenin, yargının ve dış çevrenin etkisi altında olmamasını ifade eder.⁵⁴² Kuvvetler ayrılığı ilkesinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan mahkemelerin bağımsızlığı, mevcut siyasi düzen ve iktidar karşısında hukukun üstünlüğünü sağlamanın da en önemli enstrümanını oluşturmaktadır. Bu itibarla mahkemelerin genel olarak bağımsız olması, sadece adil yargılanma hakkı bakımından değil; genel olarak iktidarın sınırlandırılması ve toplumun hukuk düzenine güvenini sağlamak bakımından da büyük önem arzeder.⁵⁴³

⁵³⁹ Beumartin /Fransa, **a.g.k.**

⁵⁴⁰ Ünal, **Mahkemelerin Bağımsızlığı**, s.17

⁵⁴¹ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.97

⁵⁴² Hakeri-Ünver, **a.g.e.**, s.90; Hakim, davada çatışan menfaatler arasında adalet denilen dengeyi bulacaktır. Adalet dağıtma da denilen yargılamanın iyi işleyebilmesi, adalet terazisinin, ne eksik ne fazla, tam tartmasını gerektirir. Tam tartmanın en önemli şartı ise, dış etkilerin bulunmaması, hakimin muhakeme dışı toplumsal nitelikte etkilere kapılmadan karar verebilmesi, bir kelime ile hakimlerin bağımsızlığıdır. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.305

⁵⁴³ Prusya kralı II. Friedrich, Sanssouci sarayında, komşusu Müller Arnold'un yel değirmenlerinin gürültüsünden rahatsız olup, bu değirmenlerin kapatılmasını ve kamulaştırılmasını emreder. Fakat bu kararı duyan Müller, krala "Majesteleri, Berlin'de hakimler var" diyerek tepkisini, hukuka ve hakimlere olan güvenini dile getirir. Bu anekdotun gerçek mi yoksa bir söylenti mi olduğu net değildir. Ancak ne olursa olsun yargıya ve hakimlerin bağımsızlığına güvenen bir vatandaşın nasıl özgüven duyabileceğini ve bu bağlamda hakim bağımsızlığının önemini ifade etmesi bakımından büyük önem taşır. Hakan

Mahkemelerin bağımsızlığı anayasada da açıkça güvence altına alınmıştır. Mahkemelerin bağımsızlığının düzenlendiği 138. maddede “*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*” denilmektedir. Ayrıca yargı yetkisini düzenleyen 9. maddede ise “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.*” ifadesine yer verilmiştir.

Sözleşme organlarının, iç hukuk mahkemelerinin bağımsızlığına ilişkin karar verirken, bağımsızlığa ilişkin teorik temeller karşısındaki uygulama aykırılıklarından çok, somut olayı dikkate aldıkları ve somut olayın şartlarına göre karar verdikleri görülmektedir. Örneğin, Campbell ve Fell davasında, mahkeme üyelerinin görevden alınamayacaklarına ilişkin açık bir hükmün iç hukukta bulunmaması, mahkemelerin bağımsız olmadıklarının göstergesi olarak kabul görmemiş ve istisnai durumlar dışında üyelerin görevden alınmayacaklarına ilişkin bir uygulamanın olması bağımsızlık açısından yeterli görülmüştür.⁵⁴⁴ Bu bağlamda mahkemenin bağımsızlığının sağlanmasına ve onun müdahalelerden korunmasına ilişkin iç hukukta bazı hukuk kurallarının bulunup bulunmaması sözleşme organları açısından çok önemli değildir. Önemli olan somut olayda böyle bir müdahalenin olup olmadığıdır.

AİHM’nin sürekli içtihatları sonucunda, mahkemeler bakımından bağımsızlığın söz konusu olup olmadığının denetlenmesinde, kullanılan bazı ölçütler ortaya çıkmıştır. Bunlar; *mahkeme üyelerinin niteliği, atanma ve görevden alınma şekli, görev süresi, üyelere emir verme yetkisine sahip herhangi kişi veya organın olup olmadığı, yapılabilecek müdahalelere karşı üyelerin sahip olduğu güvenceler, dışarıya karşı bağımsız bir görüntü verip vermemesidir.*⁵⁴⁵

Hakimlerin mesleğe girişi, atanma ve özlük işlerinin düzenlenmesi, hakim bağımsızlığını doğrudan ilgilendirmektedir. Bu itibarla bu konuda yapılacak düzenlemeler hakim bağımsızlığının güçlenmesine ya da zayıflamasına yol açacaktır.⁵⁴⁶

Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2006), s.127

⁵⁴⁴ Campbell ve Fell / Birleşik Krallık, **a.g.k.**; İnceoğlu, **a.g.e.**, s.162, 170

⁵⁴⁵ Bu ölçütlerden her birisinin mahkeme tarafından ne şekilde ele alındığı konusunda ayrıntılı bilgi ve AİHM kararları için bkz. İnceoğlu, **a.g.e.**, s.163 vd.

AİHM, mahkemeden söz etmek için yargılama yapmayı yeter görmemekte, bağımsızlığı da aramakta; bunun varlığı için de mahkemenin yürütmeye ve taraflara karşı bağımsızlığı ile üyelerin görev sürelerine ilişkin kanuni garantileri gerekli görmektedir. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.304

⁵⁴⁶ Özen, **a.g.e.**, s.56

AİHM içtihatlarına bakıldığında, mahkemelerin bağımsızlığı değerlendirilirken, hakimlerin atanma biçimlerinin, tek başına onların bağımsız olup olmadıkları konusunda belirleyici olmadıkları görülmektedir. Mahkeme bu durumu tek başına değil, bağımsızlık bakımından gerekli diğer unsurlarla birlikte ele almaktadır. Bu bağlamda örneğin mahkeme üyelerinin bir bakan tarafından atanması her zaman bağımsızlık ilkesine aykırı bulunmamaktadır.⁵⁴⁷

Bu bağlamda Türkiye bakımından, Adalet Bakanının başkanlık ettiği ve müsteşarının kurul üyesi olduğu Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, hakimlerin mesleğe kabul ve atama işlemlerini yapması (Any. m.159/3) tek başına mahkemelerin bağımsız olmadığı göstermeye yeterli olmamakta ve adil yargılanma hakkının ihlalini teşkil etmemektedir. AİHM, Uslu / Türkiye kararında ise, kararları yargı denetimi dışında olan HSYK'nın hakim atamaları yapmasının, mahkemelerin bağımsız olmadığını gösteren yeterli bir neden olmadığı kanaatine varmıştır.⁵⁴⁸

Bununla birlikte doktrinimizde hakimlerin halk tarafından seçilmesinin, bağımsızlığın sağlanmasında önemli bir etken olduğu da savunulmaktadır. Nitekim bu sistem halk egemenliği ve kuvvetler aykırılığı ilkelerine de daha uygun düşmektedir.⁵⁴⁹ Bununla birlikte söz konusu yöntemin, seçimde yetenekli hakimlerin atanması güvencesinin olmadığı ve böyle bir seçim olduğu zaman, bunun üzerinde siyasi partilerin etkili olmalarının kaçınılmaz olduğu gerekçeleriyle eleştirildiği de görülmektedir.⁵⁵⁰

AİHM'nin mahkemenin bağımsızlığını belirlerken ortaya koyduğu diğer bir ölçüt de, onun dışarıya karşı bağımsız bir görünümde olup olmadığıdır. Bu unsur bakımından önemli olan husus, mahkemenin kamuoyuna ve özellikle sanığa verdiği güven duygusudur. Bu itibarla mahkeme üyelerinin atama biçimleri, görev süreleri, dış müdahalelere karşı korunmuş olmaları, vs. gibi güvenceler sağlanmış olsa bile, mahkemenin dışarıya karşı bağımsız bir görünüm vermemesi adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturabilmektedir.⁵⁵¹ Ancak mahkemenin görünüm açısından bağımsız

⁵⁴⁷ Gölcüklü, **a.g.m.**, s.211; Campell ve Fell / Birleşik Krallık, **a.g.k.**

⁵⁴⁸ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.169

⁵⁴⁹ Pekcanitez-Atalay- Özkes, **a.g.e.**, s.124; Ünal, **Yargı Bağımsızlığı**, s.46 vd.

⁵⁵⁰ Bkz. Özen, **a.g.e.**, s.56; Pekcanitez-Atalay- Özkes, **a.g.e.**, s.124

⁵⁵¹ Bu bağlamda yargı organında yer alan kişilerden bir tanesi, yargıçlık güvencelerine yeterince sahip olsa bile, davanın taraflarından birisinin astı konumundaysa ya da asker ve yahut polis olarak görev

olmadığına karar verilebilmesi için, başvurucuda uyanan kuşkuların belli ölçülerde objektif olarak doğrulanması, bu kuşkuların makul olduğunu gösteren belirten bulguların da bulunması gereklidir.⁵⁵²

İncal / Türkiye kararında mahkeme, DGM'lerle ilgili olarak konuyu ele almış ve mahkemede asker bir üyenin bulunmasını sanığın mahkemeye olan güvenini önemli ölçüde etkileyebileceğini ve bunun da yersiz olmadığını kabul etmiştir. Ayrıca mahkemece verilen kararın Yargıtay denetiminden geçmesi de, Yargıtay'ın uyuşmazlık hakkında tam yetkili olarak yargılama yapan bir mahkeme olmaması nedeniyle, bağımsızlık bakımından ortaya çıkan sorunu gidermeye yetmemektedir.⁵⁵³ Aynı şekilde Arı / Türkiye kararında da mahkeme sıkıyönetim mahkemelerinde bulunan iki askeri yargıç ve bir subayın mahkemenin bağımsızlığı ilkesini zedelediği sonucuna varmıştır.⁵⁵⁴

Toroslu-Feyzioğlu, yargılama makamlarında meslekten olmayan hakimlerin bulunmasını bağımsızlık açısından tehlikeli görmektedirler. Yazarlara göre, bağımsızlığın meslekten olmayan hakimler bakımından sağlanması neredeyse imkansız denilecek kadar güçtür. Bu itibarla bu tür hakimlere yargılama mekanizmasında yer verilmesi, bağımsızlık yönünden kabul edilebilir değildir.⁵⁵⁵

Bu genel açıklamalardan sonra, iç hukukumuzdaki mahkemelerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik güvenceleri, bağımsızlığı zedeleyebilecek nedenlerin kaynağına göre bir ayırım yaparak incelemeyi uygun buluyoruz.

yapmaktaysa bağımsız mahkeme önünde yargılanma hakkının ihlali söz konusu olmaktadır. TÜSIAD, **Hukuk Devleti ve Yargı Reformu**, s.58

⁵⁵² İnceoğlu, **a.g.e.**, s.174; Belirtmek gerekir ki, mahkemelerin bağımsız ve dolayısıyla adil olmaları yeterli değildir. Onların bağımsız ve adil oldukları inancının toplumda yerleşmiş olması da gerekir. Dolayısıyla bu inancın toplumda oluşmasını engelleyici veya ortadan kaldıracı uygulamalardan kaçınılmalıdır. Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.98

⁵⁵³ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.176 vd.

⁵⁵⁴ Arı / Türkiye; Başvuru no: 29281/95 Karar tarihi: 25.09.2001; Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus askeri hakimlerin, sivil kişilerin yargılanmalarına ilişkin davalarda görev almalarının mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini zedelediğidir. Yoksa asker kişilerin yargılanmalarında görev alan askeri hakimler bakımından, bağımsızlık açısından bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Nitekim Yavuz / Türkiye kararında da AİHM askeri konulara ilişkin olarak yargılama yapan askeri mahkemede görev yapan hakimlerin bağımsızlıklarına ilişkin aykırılık görmemiştir. AİHM sivil kişilerin yargılanmaları ve askeri kişilerin yargılanmaları bakımından konuyu ayrı ayrı ele almaktadır. Ancak bu demek değildir ki, askeri kişilerin yargılanmaları bakımından mahkemelerin bağımsız olması şart değildir. Bilakis askeri kişilerin, askeri mahkemelerde yargılanmalarına ilişkin davalarda da hakimlerin bağımsızlığı ayrıca denetlenmekte ama özellikle dışa karşı bağımsızlık bakımından sivil kişilerin yargılanmalarına ilişkin davalardan farklı ele alınmaktadır. İnceoğlu, **a.g.e.**, s.180 vd.

⁵⁵⁵ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.98

4.2.2. Mahkemelerin Bağımsızlığının Yasama Organına Karşı Korunması

Anayasaya göre hiçbir organ hakimlere emir veremeyeceğinden, görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak yargı organına kanunla bile emir verilemez.⁵⁵⁶ Bu bağlamda parlamento, yasama fonksiyonu vasıtasıyla, hakimlerin kararlarına hiçbir şekilde müdahale edememeli, bu kararları değiştirememeli, bozamamalı ve bunların infazına engel olamamalıdır. Nitekim kuvvetler ayrılığının olduğu, demokratik bir hukuk devletinde yasama organının her şeye kadir olduğu kabul edilemez.⁵⁵⁷

Bu bağlamda hiçbir organ, bu arada yasama organı da, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemeler ve hakimlere talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz (Any. m.132/2). Buna göre, yasayla bile olsa hakimlere yargılama konusu somut olaya ilişkin müdahale de bulunulamayacaktır. Bu hüküm kanunların mecburiliği ile çelişmemektedir. Zira kanunlar somut olaya göre çıkartılmayan, soyut ve genel kurallardır. Bu bağlamda somut olaya ilişkin hakime emir ve talimat verilmesi söz konusu olamaz.⁵⁵⁸

Ayrıca görülmekte olan bir davayla ilgili olarak yasama organında, yargılama yetkisinin kullanılmasına ilişkin soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz (Any. m.138/3). Bu hükümle yasama organının yargı yetkisinin kullanılmasına etki etmesi ve müdahale de bulunmasının yolu kapanmıştır.⁵⁵⁹ Ancak 18.6.1970 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararına göre, bu hüküm, meclis soruşturması sırasında hazırlık komisyonu çalışmalarını durduracak şekilde yorumlanamaz.⁵⁶⁰

Özen, anayasadaki bu güvenceler yanında, ceza hukuku kurallarının geçmişe uygulanmazlığı ve hukuk kurallarının genel ve soyut olması ilkelerinin de hakim

⁵⁵⁶ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.306

⁵⁵⁷ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.99 vd.

⁵⁵⁸ Nur Centel, **Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakim Tarafsızlığı**, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1996), s.15 vd.; yazar yasama organının af çıkarma yetkisinin bu yasağın istisnası olduğunu; nitekim af kanunlarıyla yasamanın dolaylı da olsa verilmiş yargı kararlarına etki ettiğini ifade etmektedir.

⁵⁵⁹ Özen, **a.g.e.**, s.72; parlamentoda yer alan üyelerin ve özellikle adalet bakanının görülmekte olan bir davaya ilişkin olarak yargı sistemine ilişkin eleştirilerde bulunup bulunamayacağı da tartışma konusudur. Kanaatimizce yargı hizmetlerinin yerine getirilmesine eleştiriler, doğrudan bir davayı etkileme niteliğinde olmadığı sürece bu ilkeye aykırılık oluşturmayacaktır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Centel, **Hakimin Tarafsızlığı**, s.15

⁵⁶⁰ RG. 17.12.1970, Ünal, **Yargı Bağımsızlığı**, s.15

yasama organına karşı bağımsızlığını koruyan diğer kurumlar olduğunu ifade etmektedir.⁵⁶¹

Bunlar dışında Anayasa m.138/4 ile de yasama organının mahkeme kararlarına uyma zorunluluğu düzenleme altına alınmış ve böylelikle yasama karşısında bile mahkeme kararlarına uyma zorunluluğu vurgulanmıştır. Ayrıca fıkranın devamında yasama organı tarafından mahkeme kararlarının hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği ve bunların yerine getirilmesinin engellenemeyeceği hususu da güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda mahkeme kararlarının yasamanın onayına bağlı olmaksızın hüküm ve sonuç doğurur olması, hakimin yasamaya karşı bağımsızlığının önemli bir göstergesidir.

4.2.3. Mahkemelerin Bağımsızlığının Yürütme Organına Karşı Korunması

Mahkemelerin bağımsızlığının öncelikli olarak koruma altına alınacağı devlet erki yürütmedir. Çünkü mahkemelerin bağımsızlığını yürütmeye karşı korumak diğer organ ve kurumlara karşı korumaktan daha zordur. Yaşanan tecrübeler de göstermiştir ki, bağımsızlığa karşı en büyük tehlikeler yürütme organından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda hakim bağımsızlığı ile ilgili bütün sistem ve kurumlar, esas itibarıyla, hakimlerin yürütmeye karşı bağımsızlığını koruma amacına hizmet etmektedirler.⁵⁶²

Hakimlerin yürütme karşısındaki bağımsızlıklarını korumak için öncelikle yürütmenin, bir kamu görevlisi olan yargıcın sahip olduğu kişisel menfaatler üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi ortadan kaldırılmalıdır.⁵⁶³ Bu bağlamda hakimlerin yürütmeye karşı korunmasını ve bağımsızlığını sağlayan tedbirlerin başında hakimlik teminatı gelir. Hukuk sistemimizde bu teminat, “hakimlik ve savcılık teminatı”na dönüştürülmüştür.⁵⁶⁴

Anayasanın “hakimlik ve savcılık teminatı” başlıklı 139. maddesine göre, *hakimler ve savcılar azlolunamaz*⁵⁶⁵, *kendileri istemedikçe anayasada gösterilen yaştan*

⁵⁶¹ Özen, **a.g.e.**, s.75 vd.

⁵⁶² Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.100

⁵⁶³ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.101

⁵⁶⁴ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.307

⁵⁶⁵ Özen, bu hükme rağmen, memurluktan çıkarma konusunda Any.m.139/2 ve HSK. m.53'deki paralel hükümler dikkate alındığında, azledilmemenin güvence işlevinin kalmadığı görüşündedir: “İdare hukuku anlamında azil memurluktan çıkarma anlamına gelmektedir. Anayasa 139/2. maddesinde, azledilmemenin istisnaları olarak, meslekten çıkarmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olma, görevin sağlık nedeniyle yerine getirilmemesi ve meslekte kalmalarının uygun olmaması halleri hakimlerin hakimlik

önce emekliye ayrılamaz⁵⁶⁶; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.⁵⁶⁷

Bunun dışında diğer kurumlar bakımından da geçerli olduğu üzeri, yürütme organı yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz (Any. m.138/2).

Yürütme organına karşı getirilen bir başka güvence de Anayasanın 138. maddesinin 4. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, yürütme, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve uygulanmasını geciktirmez. Mahkeme kararlarının yürütmenin onayına gerek olmaksızın hüküm ve sonuç doğurur olması, mahkemelerin bağımsızlığının önemli bir göstergesidir.⁵⁶⁸

Mahkemelerin bağımsızlığını güvence altına alacak en etkili yollardan birisi de hakimlerin özlük işlerinin yürütme tarafından değil; bağımsız bir kurul tarafından yürütülmesidir. Ülkemiz bakımından bu işlevi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yerine getirmektedir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, kurulun hem hakimler hem de savcılar bakımından görev yapıyor olması ve oluşum şekli doktrinde eleştirilere hedef olmaktadır.⁵⁶⁹

görevinden çıkarılma nedenleri olarak gösterilmiştir. Buna paralel hüküm HSK'nın 53. maddesinde de yer almaktadır. İstisnai durumların varlığı halinde hakim Anayasanın 139. maddesindeki güvenceleri kaybedecektir. Bu hükümler dikkate alındığında hakimin azlolunamayacağı güvencesi işlevini kaybetmiştir.” Özen, **a.g.e.**, s.79

⁵⁶⁶ Anayasanın 140. maddesinin 4. fıkrasına göre, hakimler ve savcılar “*altmışbeş*” yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler.

Hakimlik teminatı hakimlerin ömür boyunca görevde kalmalarını gerektirmemektedir. Bu bağlamda bütün hakimler bakımından geçerli olmak üzere belirli bir yaşta emekliliğin öngörülmesi hakimlik bağımsızlığını etkilemez. Centel, **Hakimin Tarafsızlığı**, s.18

⁵⁶⁷ Eskiden hakimlik teminatları arasında bir dördüncüsü daha yer almaktaydı. Coğrafi teminat veya yer teminatı denilen bu güvence, hakimin muvafakati olmaksızın, terfi suretiyle de olsa, mevki ve memuriyetinin değiştirilmemesiydi. Ülkemizdeki hiçbir anayasada ifade edilmeyen bu güvencenin kaynağını, 61 Anayasası döneminde, Hakimler Kanununu oluşturmaktaydı. 1972 yılında hakimler kanununda yapılan değişiklikle bu teminat kaldırıldı ve yerine Yüksek Hakimler Kurulunun bölge esasına dayanan sistemi benimsendi. Aynı esaslara ilişkin düzenlemeler günümüzde de devam etmektedir. bu konuda daha ayrıntılı bilgi ve bölge sisteminin eleştirisi için bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.307 vd.

⁵⁶⁸ Bu itibarla mahkeme kararlarının yürütme organının kararlarına bağlı tutulması ya da karar aşamasına yürütmenin katılımı mümkün değildir. aksi düzenlemeler anayasaya aykırı olacaktır. nitekim Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde şartla salıvermeyi adalet bakanının onayına bağlayan hükümle, Yargıtay daire başkanlarının Yargıtay Birinci Başkanının görüşü alınarak Adalet Bakanı tarafından görevlendirilmelerine dair hükmü, mahkemelerin bağımsızlığını zedelediği kanaatiyle iptal etmiştir. Centel, **Hakimin Tarafsızlığı**, s.16; Özen, **a.g.e.**, s.77

⁵⁶⁹ “Böyle bir kurula hukuk sistemimizde yer verilmesi, ilk defa 1961 Anayasası ile birlikte olmuştur. Yüksek Hakimler Kurulu adını taşıyan bu yapılanma yerini, 1981’de Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna terk etti ve 1982 Anayasasına da bu adla girdi. Görülüyor ki bu kurul artık hakimlerin bağımsızlığını teminat altına almamaktadır; zira bağımsız olmayan savcılara ne kadar teminat

4.2.4. Mahkemelerin Bağımsızlığının Yargı Organlarına Karşı Korunması

Kuvvetler ayrılığından ve yargının diğer iki erkten bağımsızlığından söz edildiğinde, soyut olarak nazara alınan hakimler bütününe bağımsızlığı kastedilmektedir. Bununla birlikte bağımsızlığın somut olarak da, yani belli bir konuda karar verecek olan hakim yönünden de ele alınması gerekir. Bu bağlamda hakimlerin bağımsızlığı, sadece diğer devlet organlarına karşı değil; ayrıca yargılama makamlarına karşı da korunmalıdır.⁵⁷⁰

Bu bağlamda diğer iki erk gibi, yargılama erki içerisindeki organlar da, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz (Any. m.138/2).

Yargılama makamları arasındaki, bu makamların derecelendirilmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan hiyerarşisi, ancak belirli sınırlar içerisinde geçerlidir ve yargılama makamları arasında bir bağıllık olduğunu göstermez. Örneğin yüksek yetkili yargılama makamı, kanunyolu muhakemesinin kabul ettiği sınırlar içerisinde aşağı yetkili bir başka yargılama makamının kararını bozabilir veya onu bağlayacak bir karar verebilir. Fakat yüksek yetkili makamın, önceden belirli bir davaya ilişkin emir vermesi veyahut da genel nitelikli talimatlarda bulunması hakim bağımsızlığını zedeler.⁵⁷¹

tanınabilirse, hakimlere de onları tanımaktadır. Bunun bir örneğine hakim de savcı gibi idari görevi yönünden bakanlığa bağlanmasında rastlanmaktadır... Cumhurbaşkanının başkanlığını yapacağı bir Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun kabulü ile hakimlerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına gerçek anlamda bir çözüm bulunabilecektir. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.308

Hakimler ve Savcılar Kanununda hakimlik ve savcılık eşit sayıldığından, adli yargılama hakiminin muvafakati olmadan adli yargılama savcılığına atanması da mümkün hale gelmiştir (HSK. m.36). Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.102

Ayrıca HSYK'nın oluşum şekli, hakim bağımsızlığının gerekli güvencelerden yoksun olduğunun göstergesidir. Şöyle ki, üyelere ikisinin yürütme organından olması, Adalet Bakanının başkanlığını yapması, Kurulun kendine ait bir sekreteryasının bulunmaması, yani kendine ait bir yerinin yokluğu, personelinin bulunmaması, ayrı bir bütçesinin yokluğu bağımsızlığı zedeleyen hususlardır. Kurulun yapısı dışında, hakimlerin de savcılar gibi idari bakımdan Adalet Bakanlığına bağlanması, denetimlerinin HSYK tarafından değil, Adalet Bakanlığı müfettişleri tarafından yapılması, hakim-savcı kararnemelerinin taslaklarının Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünce hazırlanması yürütme karşısında bağımsızlığı etkileyen diğer hususlardır. HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması ise hukuk devleti ilkesi ile örtüşmeyen bir düzenlemedir. Özen, **a.g.e.**, s.83

⁵⁷⁰ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.104

⁵⁷¹ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.310; Yazarlar bu bağlamda içtihadı birleştirme kararlarının mahkemeleri bağlayıcılığının hakimlerin bağımsızlığına ve dolayısıyla Anayasaya aykırı olduğu kanaatinde idirler. Aynı yönde bkz. Yurtcan, **Ceza Yargılaması**, s.69

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki; bir yargılama makamında birden fazla üye varsa, bu üyeler aynı zamanda birbirlerine ve yargılama makamının başkanına karşı da bağımsızdırlar. Bu bağlamda başkan ve üyeler arasında görev dağılımından başka bir ayırım kabul edilemez.⁵⁷²

4.2.5. Mahkemelerin Bağımsızlığının Ortama Karşı Korunması

Hakimin, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde özgürce karar verebilmesi için baskıdan uzak tutulması ve bu bağlamda karar vereceği ortamın etkilerine karşı da korunması gerekir.⁵⁷³ Nitekim karar merciinin içinde bulunduğu ortam, çoğu kez onun karar verme özgürlüğü üzerinde etkili olabilmektedir.⁵⁷⁴

Hakimlerin ortama karşı korunmaları için hukukumuzda bazı bağdaşmazlıkların kabul edildiği görülmektedir. Hakimlerin kanunda belirtilenlerden başka, genel ve özel hiçbir görev alamamaları (Any. m.140/6), hakimin eşi veya yakını olan avukatın, o hakimin baktığı işte avukatlık yapamaması (Av. K. m.12) bu bağdaşmazlıklara örnek olarak verilebilir.

Duruşmanın düzeninin sağlanmasına yönelik olarak getirilen normların bir amacı da dinleyicilerin mahkeme üzerindeki etkisini önlemektir. Ayrıca mahkemenin, duruşma salonundakilerden etkilenmemesini teminat altına almak için, hakimler arasındaki müzakerelerin de gizli yapılması kabul edilmiştir.⁵⁷⁵

Mahkemelerin kamuoyu baskısına karşı korunması için getirilen önemli güvencelerden bir tanesi de kamu güvenliği nedeniyle muhakemenin naklinin kabul edilmiş olmasıdır. Nitekim CMK'nın 19. maddesinin 2. fıkrasına göre; "*Kovuşturmanın görevli ve yetkili olan mahkemenin bulunduğu yerde yapılması kamu güvenliği için tehlikeli olursa, davanın naklini Adalet Bakanı Yargıtay'dan ister.*" Bu hükümler özellikle mahkemenin bulunduğu yerdeki halkta büyük infial uyandıran uyuşmazlıkların kovuşturmasının başka bir yer mahkemesince yapılarak, bu baskının ortadan kaldırılması veya azaltılması sağlanmaya çalışılmıştır.⁵⁷⁶

⁵⁷² Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.105

⁵⁷³ Centel, **Hakimin Tarafsızlığı**, s.27 vd.

⁵⁷⁴ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.310

⁵⁷⁵ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.105

⁵⁷⁶ Yargılamanın suçun işlendiği yerde yapılması, doğal hakim ilkesi, delillerin doğrudan doğrualığı ve ceza hukukunun genel önleme amacı bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle muhakemenin nakli kurumuna başvurulması çok sıkı kurallara bağlanmalı ve ancak zorunlu hallerde söz konusu

Hakim bağımsızlığının ortama karşı korunması bakımından en çok önem arzeden hususlardan bir tanesi de, hakimlerin medyaya karşı korunmasıdır. Kaldı ki, iletişim imkanlarının çok geliştiği günümüzde, medyanın kamuoyu üzerindeki etkisini çok büyük boyutlara ulaştırmıştır. Bu bağlamda yasama, yürütme ve yargıdan sonra medyanın dördüncü güç olarak ifade edilmesi de, etkinliğinin boyutları göstermektedir.⁵⁷⁷

Medyanın zaman zaman devam etmekte olan davalarla ilgili olarak kamuoyu oluşturacak ve dolayısıyla karar verecek hakimleri etkileyecek yayınlarda bulunduğu bir gerçektir.⁵⁷⁸ Bu bağlamda medyanın mahkemeleri etkilemesini önlemek amacıyla hukuk sistemimizde bazı önlemler alınmıştır. Anayasa da, yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi için basın özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğini kabul etmiştir (Any. m.26/2; 28/4). Ayrıca medyanın, hakkında kesin hüküm bulunmayan kimseler hakkında, suçluymuş gibi yayınlar yapması, aynı zamanda suçsuzluk karinesinin de ihlalini oluşturacaktır.

Ayrıca Basın Kanununda, hakim bağımsızlığını korumaya yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Basın Kanununun 19. maddesine göre; *ceza kovuşturmasının başlaması ile hükmün kesinleşmesine kadar, hakim ve mahkemelerin hüküm, karar ve işlemleri hakkında müatalaa* yayınlanması yasaklanmıştır. Basın Kanunundaki bu düzenlemeyle, hakimin medyaya karşı korunması bakımından önemli bir güvence getirilmiştir. Böylelikle duruşma sırasında hakim görevini yerine getirirken, onun özgür iradesini etkileyebilecek en önemli dış unsurlardan birisi ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.⁵⁷⁹

Medyaya ilişkin son olarak, CMK'nın 183. maddesinde yer alan düzenlemeye de değinme gerekliliğini hissediyoruz. Nitekim söz konusu maddeye göre, maddede belirtilen istisnalar dışında, *adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra*

olabilmelidir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi ve CMK'nın davanın nakline ilişkin düzenlemesinin eleştirisi için bkz. Ozan Ercan Taşkın, "Muhakemenin Kamu Güvenliği Nedeniyle Nakli ve Anayasal Değerler", **Güncel Hukuk Dergisi**, Şubat 2006, s.8 vd.

⁵⁷⁷ Özen, **a.g.e.**, s.92

⁵⁷⁸ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.106

⁵⁷⁹ "Kanunun bu hükmü çok geniş idi. Madde tadil edilinceye kadar Anayasaya uygun bir şekilde yorumlanması, ancak hakimler üzerinde baskı yapıp yargılamanın gereğince yapılmasına engel olabilecek yayınların suç sayılması, bu mahiyette olmayan yayınlar, mesela bir mahkeme kararının ilmi bir dergide ilmi bakımdan tahlil ve tenkidi serbest olması şeklinde görüş bildirmiştik. Yeni Basın Kanunu da farklı düzenleme getirmedi. Her ne kadar madde başlığında *yargıyı etkileme* kelimeleri yer almakta ise de, madde içeriğinde bu unsura yer verilmemiştir." Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.311

duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır. Adliye içerisinde ve duruşma salonunda ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağının getirilmesindeki amaçlardan birisi de, mahkeme heyetinin etki altında kalmasının ve dolayısıyla ortama karşı bağımsızlığının sağlanmasıdır.⁵⁸⁰

4.3.Mahkemenin Tarafsızlığı

4.3.1. Genel Olarak

Hakimin görevini gerektiği şekilde yapabilmesi için hakim bağımsızlığının sağlanması tek başına yeterli değildir. Bağımsızlık kadar önemli olan ve bu kurumu tamamlayan tarafsızlığın da sağlanması gerekir.⁵⁸¹ Bu bağlamda mahkemenin tarafsızlığı onun bağımsızlığı ile yakından ilgilidir. Her şeyden önce idareden bağımsız olmayan bir mahkemenin, idarenin doğrudan taraf olduğu davalarda tarafsız kalması mümkün olamayacaktır. Aynı şekilde bağımsızlığı teminat altında olmayan mahkeme, bağlı olduğu kişi ve kuruluşların emir veya telkinleri doğrultusunda da görmekte olduğu davada yanlı davranabilecektir.

AİHS m.6 kapsamında mahkemenin tarafsızlığı, mahkeme üyelerinin tamamının veya bir kısmının taraflardan birisi aleyhine veya lehine bir duygu ya da çıkarıya sahip olmamasını ifade eder.⁵⁸² Bağımsızlık ve tarafsızlık arasındaki yakınlık nedeniyle, sözleşme organları çoğu kez bağımsızlık ve tarafsızlığın sınırlarını net olarak belirlememektedirler. Bu doğrultuda bağımsızlığa ilişkin bir konu, tarafsızlık bağlamında ele alınabilirken, bazen de tarafsızlığa ilişkin bir konu da bağımsızlık bağlamında ele alınabilmektedir.

Mahkemenin tarafsızlığını incelerken, AİHM'nin sübjektif (öznel) ve objektif (nesnel) tarafsızlık ayrımı yaptığı görülmektedir. Sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesinin kişisel durumuna ilişkindir. Bir başka deyişle, sübjektif tarafsızlık

⁵⁸⁰ Aynı yönde bkz. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.766

⁵⁸¹ Özen, **a.g.e.**, s.105; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, Tarafsızlık yerine objektiflik terimini kullanmayı tercih etmektedirler. Nitekim yazarlara göre tarafsızlık objektifliğin sadece bir yönüdür. Bunun dışında kişilikten sıyrılma olarak ifade edilen ikinci bir yönü daha vardır. Bu ikinci yön, hakimin karar verirken tüm kişisel görüşlerinden ve değer yargılarından sıyrılmasını gerektirir. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.311 vd.

⁵⁸² Gölcüklü-Gözübüyük, **a.g.e.**, s.212

denetlenirken hakimin birey olarak davada tarafsız olup olmadığına bakılır. Objektif tarafsızlık ise mahkemenin davanın tarafı olan kimselerde bıraktığı izlenime ilişkindir. Mahkeme üyesinin, objektif yönden tarafsızlığı incelenirken, onun taraflara güven veren bir görünüme sahip olup olmadığı, tarafsızlığı sağlamak için, davanın taraflarında oluşabilecek makul şüpheyi ortadan kaldıran tedbirlerin alınıp alınmadığı dikkate alınır.⁵⁸³

Mahkeme üyelerinden herhangi birisinin sübjektif olarak tarafsız olup olmadığı belirlenirken, taraflardan birisi hakkında tarafgir bir tutumu olup olmadığı sorusunun cevabı aranır.⁵⁸⁴ Kişisel bir tarafgirlik olduğunu gösteren deliller, bu hususu kanıtlamaya yeterli olmadığı sürece, mahkeme üyesinin tarafsız olduğu kabul edilmektedir. Sözleşme organlarının uygulamalarında bu varsayım çok güçlü olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; bu konuda şu ana kadar sözleşme organlarına yapılan sürekli başvurulara rağmen, bir yargıcın sübjektif tarafsızlığına ilişkin hiçbir iddia kabul görmemiştir. Bu bağlamda yargılama sırasında hakim tarafından yapılan yorumlar ve müdahaleler, yargılama süreci bütün olarak dikkate alınıp sübjektif tarafsızlığa aykırı bulunmamıştır. Ancak hakimce yapılan bu tür yorumlar objektif tarafsızlığa ilişkin olarak dikkate alınabilecektir.⁵⁸⁵

Objektif tarafsızlıkta, hakimin tarafsızlığına ilişkin herhangi bir makul kaygıyı bertaraf edebilecek yeterli güvencelerin olup olmadığı önemli rol oynar. Nitekim mahkemenin dış görünüşünün ve bu görünüşün tarafların adil yargılanmaya ilişkin beklentileri üzerindeki etkisinin, mahkemenin adilliğinin belirlenmesinde önemli bir payı vardır.⁵⁸⁶ Nitekim mahkeme kararlarının özellikle taraflar bakımından kabul görmesinin en önemli gereği, hakimin tarafsızlığına olan inançtır.⁵⁸⁷ Fey / Avusturya kararında da açıkça belirtildiği üzere, objektif tarafsızlığın zedelenmesi halinde, demokratik bir toplumdaki mahkemelerin, topluma ve özellikle ceza davalarında sanığa verdiği güven hissi tehlikeye atılmış olur. Bu itibarla sözleşme organlarının objektif

⁵⁸³ Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.226; İnceoğlu, **a.g.e.**, s.183, Gölcüklü, **a.g.m.**, s.212 vd.

⁵⁸⁴ Kaldı ki, adalet sembolünün elinde terazi olan gözü kapalı bir kişi olarak kabul edilegelmesi de, hakimin taraflardan birinin olumlu veya olumsuz etkisi altında kalmaması gerektiğini gösterir. Hakim, gözü ne kadar kapalı olursa, yani taraflara ne kadar yabancı kalabilirse, o ölçüde doğru ve isabetli karar verir. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.312

⁵⁸⁵ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.183

⁵⁸⁶ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.184

⁵⁸⁷ Özen, **a.g.e.**, s.105

tarafsızlığa büyük önem verdiği görülmektedir.⁵⁸⁸ AİHM'nin objektif tarafsızlığa ilişkin davaların sonunda verdiği kararlarında, sıklıkla şu özdeyişi kullandığı görülmektedir: “adalet sadece gerçekleştirilmemeli, gerçekleştirildiği de görülmelidir.”⁵⁸⁹

İç hukukumuz bakımından kanun koyucu da hakimin tarafsızlığını temin etmeye yönelik bir takım tedbirler almıştır. Bu bağlamda CMK'nın 22. maddesinden 32. maddesine kadar, hakimin davaya bakamaması ve reddine ilişkin düzenlemelere⁵⁹⁰ yer verilmiştir.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ Fey / Avusturya; Başvuru no: 14396/88 Karar tarihi: 24.02.1993

⁵⁸⁹ “justice must not only be done, it must also be seen to be done” Campell ve Fell / Birleşik Krallık, **a.g.k.**; Esser, **a.g.e.**, s.400

⁵⁹⁰ Aşağıda çalışma içerisinde yeri geldikçe, yasaklı olma ve tarafsızlığı şüpheye düşürecek hallerde değinilecektir; ancak söz konusu hallerin toplu olarak ardı ardına sıralanmasını düzenlemelerin genel bir fotoğrafını çekmek bakımından faydalı olacağı kanaatiyle, burada bu düzenlemelere toplu olarak kısaca değinmeyi uygun bulduk. CMK'nın 22. maddesinde hakimin davaya bakamayacağı haller hükme bağlanmıştır. Buna göre; Hakim; a) Suçtan kendisi zarar görmüşse, b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa, c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise, d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa, e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa, f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa, g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa, h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, hakimlik görevini yapamaz.

Yargılama katılmayacak hakim başlığını taşıyan 23. maddeye göre ise, (1) Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz. (2) Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz. (3) Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.

Özbek, hakimin davaya bakamayacağı halleri görev yasakları ve tarafsızlığı şüpheye düşüre durumlar olmak üzere ikiye ayırarak incelemekte; 22 ve 23. maddedeki bu halleri görev yasakları kapsamında değerlendirmektedir. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.117

Bu maddenin hemen devamında yer alan 24. maddeye göre ise, Hâkimin davaya bakamayacağı hâllerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir. Bu düzenlemeden anlaşıldığı üzere hakimin yasaklı olduğu hallerde reddi istenebileceği gibi, bu haller dışında tarafsızlıktan şüpheye düşülebilecek nedenlerin varlığı halinde de red talebinde bulunulabilir. Kanun koyucu hakimin yasaklı olduğu halleri tahdidi olarak belirttiği halde, tarafsızlıktan şüpheye düşülebilecek hallerle ilişkin örnekleme veya sınırlandırma getirmemiştir. Ancak hakimin yasaklı olduğu hallerle ilişkin red talebi muhakemenin her aşamasında ileri sürülebileceği halde, tarafsızlıktan şüpheye düşülebilecek hallerle ilişkin red taleplerinde bulunulması belirli bir süreye bağlanmıştır. Nitekim CMK'nın 25. maddesine göre; (1) Tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı bir hâkimin reddi, ilk derece mahkemelerinde sanığın sorgusu başlayıncaya; duruşmalı işlerde bölge adliye mahkemelerinde inceleme raporu ve Yargıtay'da görevlendirilen üye veya tetkik hâkimi tarafından yazılmış olan rapor üyelere açıklanıncaya kadar istenebilir. Diğer hâllerde, inceleme başlayıncaya kadar hâkimin reddi istenebilir. (2) Sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen sebeplerle duruşma veya inceleme bitinceye kadar da hâkimin reddi istenebilir. Ancak bu istemin, ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde yapılması şarttır. Hakimin davaya bakamayacağı, tarafsızlığından şüpheye düşürecek hallerle ve reddiye ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.313; Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.424 vd.; Özen, **a.g.e.**, s.108

⁵⁹¹ Hakim kural olarak önüne getirilen ve yetkisi dahilinde olan davalara bakmamazlık edemez. Ancak objektif olamayacağı durumlarda hakimi yargılama yapmaya zorlamak sakıncalıdır. Kanunlar bu sakıncaları önlemek ve hakimlerin objektif yargılama yapmalarını sağlamak amacıyla bazı önlemler

Tarafsızlık ilişkin olarak duruşma bakımından önemli bulduğumuz birkaç hususun ayrıntılı olarak ele alınmasını uygun buluyoruz. Bu itibarla aşağıda tarafsızlığa ilişkin bazı hususlar, duruşmayı ilgilendirdikleri ölçüde ayrı alt başlıklar halinde ayrıntılı olarak incelenmiştir.

4.3.2. Hakimin Uyuşmazlığın Farklı Evrelerinde Görev Yapması ve Tarafsızlığı

Tarafsızlık açısından hakimin görev aldığı bir uyuşmazlık bakımından, uyuşmazlığın önceki aşamalarında görev almış olması bazı hallerde onun tarafsızlığını etkileyebilecektir. Bu itibarla, bir uyuşmazlığın soruşturma evresinde görev yapmış olan bir hakimin kovuşturmada da görev yapması veya kovuşturmada görev yapmış olan bir hakimin kanunyolu incelemesinde görev almasının onun tarafsızlığı bakımından önem taşıdığı açıktır.

Sözleşme organları, hakimin uyuşmazlığın daha önceki evrelerinde görev almış olmasının, tek başına onun taraflı olduğunu ispatlamaya yetmeyeceği kanaatindedirler.⁵⁹² Eğer hakim, soruşturma evresinde uyuşmazlığa ilişkin bir rol üstlenmişse, ancak bu uyuşmazlığa ilişkin esasa ilişkin olmayan işlemlerden ibaretse, tarafsızlığın ihlalini oluşturamayabilecektir. Buna karşın, soruşturma evresinde yargıcın yaptığı işlem veya verdiği karar, uyuşmazlığın esasa ilişkin bir hususunun ön kararı niteliğinde ise tarafsızlık ilkesinin ihlalini oluşturabilecektir.⁵⁹³ Tarafsızlığın zedelendiğinin kabulü için kovuşturmada görev yapan hakimin, soruşturma evresinde muhakkak bir yargılama makamı olarak görev yapmış olması da şart değildir. Eğer hakim soruşturma evresinde savcı olarak görev almışsa da tarafsızlığın zedelendiği kabul edilmektedir.⁵⁹⁴ Nitekim bir ceza davasına ilişkin olarak sanığı itham eden makam ile onu yargılayan makamın aynı olması tarafsızlığı şüpheye düşüren önemli konulardan birisidir. Bu itibarla, yargılama makamı olarak görev yapan bir organın

almışlardır. CMK. m.22 ve devamındaki düzenlemeler bu önlemleri oluşturur. Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.106 vd.

⁵⁹² Fey / Avusturya, **a.g.k.**

⁵⁹³ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.180

⁵⁹⁴ Piersack / Belçika; Başvuru no: 8692/79 Karar tarihi: 01.10.1982 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir. Bu bağlamda CMK m.22/1/g'deki *aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmış* hakimin davaya bakmaktan yasaklı olmasına dair düzenleme, hakimin tarafsızlığı kurumu bakımından önemli bir işlevi yerine getirmektedir.

sanığı ithamı söz konusuysa, adil yargılanma hakkının zedelenmemesi açısından, söz konusu uyuşmazlık bakımından ithamı yapan organdan başka bir yargılama organının görev yapması gereklidir.⁵⁹⁵

CMK'da da, hakimin muhakemenin farklı evrelerinde, farklı şekillerde olsa bile görev yapmasının engellenmesine ilişkin düzenlemelere yer verilerek, tarafsızlığın korunması amaçlanmıştır.⁵⁹⁶ Bu bağlamda CMK'nın 22. maddesinin 1. fıkrasının g ve h bendlerine göre, hakim (g) *aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa, (h) aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, hakimlik görevini yapamaz.*⁵⁹⁷ Ayrıca 22. maddedeki bu görev yasakları dışında 23. maddede görev yasaklarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, (1) *Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz.*⁵⁹⁸ (2) *Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz.*⁵⁹⁹ (3) *Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.*⁶⁰⁰

⁵⁹⁵ Nitekim savcılık kurumunun oluşturulması ve modern ceza muhakemesinde, yargılama makamının kendiliğinden bir davaya bakamamasını ifade eden davasız yargılama olma ilkesine geçerlilik kazandırılmasındaki en önemli nedenlerden birisi de hakimlerin tarafsızlığının teminine ilişkin düşüncelerdir.

Öztürk-Erdem, CMK'da kabul edilen iddianamenin iadesi kurumunun, bu bağlamda da önemli bir fonksiyon yerine getirdiğini ifade etmektedirler. Nitekim iddianamenin iadesi kurumunun kabulü dolayısıyla mahkeme, örneğin, eksiklikleri ve yanlışlıkları bulunan iddianameyi iade etmek yerine kendisi delil toplamaya, eksiklikleri tamamlamaya ve hataları düzeltme kalkışamaz. Çünkü iddia faaliyeti ile yargılama faaliyeti tek bir kişide birleşemez. Birleşirse mahkemenin tarafsızlığı zedelenmiş olacaktır. Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.641

⁵⁹⁶ Bu düzenlemeler, kanun koyucunun bir takımı şartların varlığı halinde, hakimin tarafsız davranamayacağını önceden kabul ettiği hallerden bazılarına ilişkin. Bu noktada şunu da vurgulamak gerekir ki; hakimin tarafsız kalamayacağını önceden kabul edildiği hallerde dahi, hakimin tarafsız ve doğru davranması imkansız değildir. Ancak bir taraftan ihtimal ölçüsü fazla olan tehlikeyi önlemek diğer taraftan da muhakeme hukukunda hakkaniyete uygun davranılmadığı şüphesini uyandırmamak amacıyla, bu hallerde kanunlar kanunların bazı işlemleri yapamamasını kabul etmişlerdir. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.315

⁵⁹⁷ Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da bu bentlerde sayılan sıfatlarla hakimliğin aynı davada çakışmış olması gereğidir. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.120

⁵⁹⁸ Bu bağlamda örneğin daha önce asliye ceza mahkemesinde görev yaparken verdiği karara itiraz edilen hakim, ağır ceza mahkemesinde görev aldıktan sonra önüne ağır ceza mahkemesinde görülen kendi verdiği karara ilişkin denetleme muhakemesinde karar ve hükme katılamaz.

⁵⁹⁹ Örneğin CMK m.163 gereği zorunlu savcı olarak bir takım muhakeme işlemlerini gerçekleştirmiş olan hakim daha sonra dava önüne gelirse bu davaya bakamaz. Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.227

⁶⁰⁰ Bu saydıklarımızın da arasında yer aldığı CMK. 22 ve 23. maddelerdeki düzenlemeler istisnai olduklarından genişletilemezler. Bu itibarla örneğin bir uyuşmazlığın son soruşturmasına ilişkin bazı işlemleri yapan ve madde yönünden yetkisizlik kararı veren hakim, daha sonra yetkili mahkemenin hakimi olarak aynı uyuşmazlığın kovuşturmasını yapabilir. Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.107 vd.

İddia makamı ile yargılama makamının birleşmesine ilişkin olarak, duruşmanın düzen ve disiplinine ilişkin CMK'nın 203. maddesindeki düzenlemeye de değinmeyi uygun buluyoruz. Söz konusu maddenin 2. ve 3. fıkralarına göre, “(2) mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla salondan çıkarılmasını emreder. (3) Kişi dışarı çıkarılması sırasında direnç gösterir veya karışıklıklara neden olursa yakalanır ve hâkim veya mahkeme tarafından, avukatlar hariç, verilecek bir kararla derhâl dört güne kadar disiplin hapsine konulabilir. Ancak çocuklar hakkında disiplin hapsi uygulanmaz.” Dikkat edilecek olursa burada ilgili kimsenin duruşma disiplinini bozduğunu veya dışarı çıkmamaya direndiğini iddia eden makam yargılama makamıdır. Kendi iddiasına ilişkin olarak hapis cezasına hükmeden makam da yine yargılama makamıdır. Dolayısıyla iddia ve yargılama makamı sıfatları tek bir mercide birleşmektedir. Bu tür durumlar da mahkemenin tarafsızlığı bakımından önemli bir sorun teşkil etmektedir. Ancak öngörülen hapis cezası disiplin cezasıdır ve bir tür idari işlemdir. Öngörülen cezanın miktarının ve ilgili kimse bakımından sonuçlarının çok ağır olmaması nedeniyle söz konusu durum adil yargılanma hakkı bakımından sorun teşkil etmez kanaatindeyiz. Nitekim AİHM genelde 3-4 gün civarındaki hapis cezalarına ilişkin disiplin cezalarını makul karşılamakta ve özerk olarak da disiplin cezası olarak kabul etmektedir. Ancak ceza miktarı veya ilgili kişi bakımından cezanın sonuçları daha ağır olsaydı bu durumda AİHM iç hukukta verilen cezanın disiplin cezası olarak kabul edilip edilmediğine bakmaksızın suç isnadı kavramını özerk bir kavram olarak ele alacak ve büyük olasılıkla adil yargılanma hakkının ihlaline karar verecektir.⁶⁰¹ Bu bağlamda CMK'da söz konusu maddedeki disiplin cezasının dört gün gibi kabul edilebilir bir süreyle sınırlandırılması gayet yerinde olmuştur.⁶⁰²

⁶⁰¹ Sözleşme organlarının suç isnadı kavramını iç hukuklardan bağımsız özerk bir kavram olarak ele alması ve bu bağlamda bazı disiplin suçlarını da suç isnadı kavramının içerisinde kabul etmesine ilişkin olarak bkz. Birinci Bölüm, 3.3. Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı

⁶⁰² CMUK döneminde de, CMK m.203/3'dek, benzer bir düzenleme kanununun 379. maddesinde bulunmaktaydı ve hakim söz konusu düzenlemeye göre duruşma disiplinini bozan kimseye bir haftaya kadar hafif hapis cezası verebiliyordu. Bu bir haftalık süre AİHM içtihatlarına bakıldığında suç isnadı kapsamında değerlendirilebilecek bir süredir. Eğer yeni kanunda da aynı süre korunmuş olsa ve m.203'e göre bir hafta hapis cezası alan bir kimse, tarafsız hakim ilkesine aykırılıktan AİHM'ye başvurmuş olsaydı; muhtemelen mahkeme adil yargılanma hakkının ihlaline hükmederdi kanaatindeyiz. Bu nedenle yeni kanun koyucu hapis cezasına konu olan süreyi dört güne indirmekle yerinde bir düzenleme yapmıştır.

Kovuşturma sırasında görev yapan yargıcın aynı zamanda soruşturma evresinde sorgu hakimi (görevli sulh ceza hakimi) olarak görev yapmış olmasının AİHM, önüne geldiği davalardan birisi de De Cubber / Belçika davasıdır.⁶⁰³ Ancak bu karar bakımından dikkat edilmesi gereken husus, AİHM bu kararı ile, soruşturma sırasında tutuklama kararı veren her hakimin, kovuşturma sırasında görev alması halinde, tarafsızlığın şüpheye düşeceğine hükmetmemiştir. Söz konusu olay bakımından adil yargılanma hakkının zedelendiğine ilişkin karar verilmesinin asıl nedeni Belçika hukukunda sorgu hakimi ile savcılık kurumunun birbirine çok yakın oluşu ve sorgu hakiminin savcı gibi bir çok soruşturma işlemini yapabiliyor olmasıdır. Nitekim mahkeme daha sonraki kararlarında, soruşturma sırasında tutuklama kararı veren hakimlerin kovuşturma sırasında görev almasını tarafsızlık bakımından sakıncalı bulmamıştır.⁶⁰⁴

Bu bağlamda 5320 sayılı kanununla CMK'nın 23/2 maddesine ilişkin yapılan değişikliğin adil yargılanma hakkı bakımından sorun oluşturmayacağı ortaya çıkmaktadır. Nitekim CMK'nın yürürlüğe giren ilk şeklinde, soruşturma evresinde görev yapan hakimin kovuşturma evresinde görev yapması yasaktı. Bu bağlamda soruşturma evresinde tutuklama kararı veren bir hakimin kovuşturma da görev alması mümkün değildi. Ancak 5320 sayılı CMK Yürürlük Kanununun 11. maddesi ile, CMK. m.23/2'de yer alan bu düzenlemenin, CMK m.163 dışındaki hallerde uygulanamayacağı öngörüldü.⁶⁰⁵ Dolayısıyla şu anki mevcut hukuki düzenlememize göre soruşturma

⁶⁰³ De Cubber hakkında yargılama yapan mahkeme üyelerinden birisi, uyuşmazlığa ilişkin soruşturma sırasında görev yapmış ve De Cubber hakkında tutuklama kararı vermiştir. Bu uyuşmazlığa ilişkin başvuru sonucunda söz konusu hususun tarafsızlık ilkesini zedelemek suretiyle adil yargılanma hakkına zarar verip vermediğini inceleyen AİHM, yaptığı inceleme sonucunda Belçika'nın hukuk sistemi bakımından sorgu hakimi ile savcılık arasında çok büyük farkların olmadığını, sorgu hakiminin de savcı gibi hazırlık soruşturması sırasında delil toplayıp, tanık dinleyebildiğini ve soruşturma dosyası hakkında ayrıntılı bilgilere sahip olabilmek gibi, soruşturma bakımından çok geniş yetkilere sahip olduğunu görmüştür. Bu nedenle, Belçika'daki bahsi geçen hukuk düzenlemeleri karşısında, sanık hakkında soruşturma sırasında görev yapan ve tutuklama kararı veren hakimin, söz konusu uyuşmazlık bakımından sanıkta tarafsızlığa ilişkin makul bir şüphe oluşturabileceğine karar verilmiş ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir. De Cubber / Belçika; Başvuru no: 9186/80 Karar tarihi: 26.10.1984 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

⁶⁰⁴ Hauschild / Danimarka; Başvuru no:10486/83 Karar tarihi: 24.05.1989 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir. Yargıtay'ın da, CMUK döneminde, kesin ve sübuta ilişkin bir durum olmadığından tutuklama kararı verilmesinin oy belli etme şeklinde yorumlanamayacağı ve dolayısıyla tarafsızlığı zedelemeyeceği yönünde bir içtihadı birleştirme kararı bulunmaktadır. (İBK, 5/12/1977, RG. 11/2/1978) Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.317 vd. dipnot, 75

⁶⁰⁵ CMK m.163'e göre ise, suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa sulh ceza hakimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir.

evresinde tutuklama kararı vermiş olan bir hakimin kovuşturma evresinde görev almasının bir sakıncası bulunmamaktadır.⁶⁰⁶

4.3.3. Yargılama Görevini Yerine Getiren Hakimin Uyuşmazlık Bakımından Kişisel İlişkinin Söz Konusu Olması ve Tarafsızlık

Mahkeme üyelerinden herhangi birisinin uyuşmazlık konusuyla ilgili kişisel bir bağının bulunmaması tarafsızlık bakımından önem arz etmektedir. Nitekim bu durumda hem mahkeme üyesi tarafsız davranmayabilecek hem de üye tarafsız davranırsa bile sanığın mahkeme üyesi bakımından tarafsızlıktan makul şekilde şüphe etmesi söz konusu olacaktır. Bu itibarla söz konusu durumdaki üyelerin görevden çekilmesi en uygun olan yoldur.

Sözleşme organlarının bu tür hallerde istikrarlı olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verdikleri görülmektedir. Uyuşmazlık konusuyla kişisel menfaati olan üyenin mahkeme boyunca gerçekten tarafsız davranıp davranmadığının pek bir önemi yoktur. Eğer yargılama görevi yapan kimsenin uyuşmazlık konusuyla *doğrudan* bir bağlantısı varsa, bu durumda onun tarafsız davranıp davranmadığına bakılmaksızın adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmedildiği görülmektedir. Ancak hakim ile taraflar arasında *dolaylı* bir bağın bulunmasının ise, tarafsızlık bakımından makul şüpheye neden olmayabileceğinin kabul edildiği görülmektedir.⁶⁰⁷

⁶⁰⁶ Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.227; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.315; Şahin, **CMK Gazi Şerhi**, s.130

Duruşmayla doğrudan ilgili olmamakla beraber tarafsızlık bakımından önem arz etmesi nedeniyle ilk derece mahkemesinde görev alan hakimin kanunyolu muhakemesinde görev yapmasına ilişkin AIHM görüşünü de belirtmek de fayda görüyoruz. AIHM'ye göre, duruşma sonucunda karar veren hakimin kanunyolu yargılamasında görev alması hali de adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturabilmektedir. Hatta tarafsızlığın ihlal edildiğinin kabulü için duruşmada görev yapan hakimin kanunyolu yargılamasında muhakkak bir yargılama faaliyeti yapmasına gerek de yoktur. Bu konuda Dakaras / Litvanya kararı önemli bir karardır. Bu davada Litvanya Yüksek Mahkemesinin Ceza bölümü Başkanı önüne gelen temyiz başvurusunu, incelenmek üzere üç üyesini ve raportörünü kendisinin atadığı bir ceza dairesine göndermiştir. Ancak bu belirleme işlemini yapan başkan, aynı zamanda söz konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak istinaf mahkemesince verilen hükmün bozulması talebiyle temyiz isteminde bulunmuştur. AIHM bu olaya ilişkin olarak her ne kadar başkan temyiz incelemesini yapan dairesinin üyesi olmasa da, daire ve raportör üyeleri belirlemiştir gerekçesiyle, tarafsızlıktan şüphe etmek için makul gerekçelerin varlığına kanaat getirmiş ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Dakaras / Litvanya; Başvuru no: 42095/98 Karar tarihi: 10.10.2000

Bu bağlamda konuyu iç hukukumuz açısından ele alacak olursak CMK m. 23/1'deki, *bir karar veya hükme katılan hâkimin, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılmayacağına ilişkin düzenlemenin*, bu bağlamda çok yerinde olduğu ortaya çıkmaktadır. Nitekim aksinin kabulü halinde AIHM içtihatlarında da açıkça ifade edildiği üzere adil yargılanma hakkının ihlali ortaya çıkacaktır.

⁶⁰⁷ Inceoğlu, **a.g.e.**, s.198 vd.; Bu konu bakımından Wettstein / İsviçre kararı oldukça açıklayıcı ipuçları vermektedir. Olayda, İsviçre'de avukatların yarı zamanlı olarak, idare mahkemesinde hakimlik yapmaları

CMK’da da bu doğrultuda düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Nitekim CMK’nın 22. maddesinde gerek hakimin kendisinin gerekse belirli yakınlarının olaydan doğrudan etkilenen olmaları nedeniyle yargılama yasakları öngörülmüştür. Buna göre; Hakim; a) *Suçtan kendisi zarar görmüşse, b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa, c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise, d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa, e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa, f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa hakimlik görevini yapamaz.* Kanaatimizce 22. maddede öngörülen bu durumlar, AİHM içtihatlarında vurgulanan, hakimin uyuşmazlık konusu olayla veya taraflarla doğrudan bağlantılı olması haline ilişkin yerinde düzenlemelerdir. Ayrıca kanunkoyucu uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak hakimin uyuşmazlık konusu olayla veya taraflarla, sayılan hallerin dışında, doğrudan veya dolaylı şekilde bağlantılı olması haline ilişkin tedbirler de almıştır. Nitekim CMK’nın 24. maddesine göre, *“hakimin davaya bakamayacağı hâllerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir.”* Görüldüğü üzere kanun koyucu 22 ve 23. maddelerde açıkça belirttiği haller dışında bir takım nedenlere bağlı olarak dolaylı veya doğrudan tarafsızlığı şüpheye düşürebilecek nedenlerin varlığını önceden kabul etmiş; ancak görev yasakları gibi bunları tek tek saymamıştır.⁶⁰⁸ Kaldı ki

mümkün olduğundan, AİHM’ye başvuran kişinin yerel mahkemedeki davasında, başvurusunun daha önce belediyeye karşı açtığı davada belediyenin avukatı olarak görev yapan kişinin, mahkeme üyesi olarak görev yaptığı anlaşılmış ve bu durum AİHM tarafından tarafsızlık ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Fakat aynı davada diğer bir hakimin, başvurusunun taraf olduğu başka bir davada karşı tarafın avukatıyla aynı büroda çalışması ise dolaylı bağlantı olarak değerlendirilmiş ve bu durumun tarafsızlığı ihlal etmediğine hükmedilmiştir. Wettstein / İsviçre; Başvuru no: 33958/96 Karar Tarihi: 21.12.2000

⁶⁰⁸ CMUK’ta (m.24/1) tarafsızlık şüphesi şeklinde gösterilen yanlış düzenleme CMK’da “şüpheye düşürecek sebepler” şeklinde düzeltilmiştir. Bundan maksat hakimin objektif hareket edemeyeceğinden korkulmasıdır. Bunlara örnek olarak, hakimin mağdurun nişanlısı olması ve daha önceden oyunu belli etmesi verilebilir. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.317

Kanaatimizce hakimin uyuşmazlık konusu olay hakkında önceden reyini belli etmesi, aynı zamanda suçsuzluk karinesinin de ihlalini oluşturur. Ancak somut olay dışında genel olarak belirli bir duruma ilişkin hukuki görüşünü genel olarak önceden ifade eden hakimin daha sonra aynı durumdaki sanıkların davasına bakmasında bir sakınca yoktur kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.317; Karşı görüş için bkz. Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.228; Yazarlara göre, bir hakimin, zimmet suçuna ilişkin gerekçeli kararında, “zimmete geçirilen parayı devlete geri ödemek için anlaşma yapmak, suçu tevillî yoldan ikrar etmek demektir.” demesi halinde, aynı durumda olan başka sanıkların davasına bakamaması gerekir. Bu durum somut olaya değil, genel olarak belirli bir konudaki hukuki görüşe ilişkin bir açıklamaya ilişkin olduğundan yazarların görüşüne iştirak etmediğimizi ifade etmek isteriz.

şüpheye neden olabilecek hallerin tamamının öngörülmesi mümkün olmadığı için bu kavramın içeriğinin belirlenmesinin uygulamaya bırakılması yerinde olmuştur.⁶⁰⁹

4.3.4. Tarafsızlıktan Feragat

Burada belirtilmesi gereken diğer önemli bir husus da, tarafsızlıktan feragat edilmesi halinde, sözleşme organlarının adil yargılanma hakkının ihlal edilmemiş olduğuna ilişkin kararlarının bulunduğudır. Ancak mahkeme feragat dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlalinin söz konusu olmadığına karar verdiği hallerde, feragatın şüpheye yer vermeyecek biçimde yapılmış olmasını aramaktadır.⁶¹⁰

İç hukukumuz bakımından hakimin tarafsızlığından şüpheye düşülen nedenlerin varlığı halinde bunun taraflarca ileri sürülmesinin belirli bir süreyle sınırlandırılması da bu bağlamda ele alınabilir. Nitekim hakimin görev yasaklarının söz konusu olduğu haller muhakeme süresince her zaman ileri sürülebileceği halde, tarafsızlıktan şüpheye düşülen bakımından aynı imkan söz konusu değildir.⁶¹¹ CMK'nın 25. maddesine göre, *tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı bir hâkimin reddi, ilk derece mahkemelerinde sanığın sorgusu başlayıncaya; duruşmalı işlerde bölge adliye mahkemelerinde inceleme raporu ve Yargıtay'da görevlendirilen üye veya tetkik hâkimi tarafından yazılmış olan rapor üyelere açıklanıncaya kadar istenebilir. Diğer hâllerde, inceleme başlayıncaya kadar hâkimin reddi istenebilir.* Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, *sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen sebeplerle duruşma veya inceleme bitinceye kadar da hâkimin reddi istenebilir. Ancak bu istemin, ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde yapılması şarttır.* Dolayısıyla kanunkoyucu bu tarafsızlıktan şüpheye düşülebilecek hallerde de uyuşmazlığın taraflarına bunu ileri sürebilmeleri için gerekli imkanı tanımıştır.⁶¹² Ancak söz konusu süreler içinde kendisine tanınan bu hakkı

⁶⁰⁹ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.123

⁶¹⁰ D / İrlanda davasında, başvurunun Sunday gazetesine karşı açtığı davanın temyiz incelemesini yapan hakimlerden birisi, gazetenin birkaç hissesine sahiptir. Başvurucu bu konuda mahkeme kalemi tarafından bilgilendirildiği halde, ne duruşma öncesinde ne de duruşma sırasında itiraz etmemiştir. Komisyon kendisine imkan verildiği halde başvurunun tarafsızlığa ilişkin herhangi bir itirazda bulunmaması nedeniyle AİHS m.6/1'in ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. İnceoğlu, **a.g.e.**, s.203

⁶¹¹ Kaldı ki görev yasaklarının söz konusu olduğu hallerde görev yasağının taraflarca ileri sürülmesine de gerek yoktur. Taraflar ileri sürmese ve hakim çekinmese bile çekinmese bile kendiliğinden etkisini gösterir. Hakim veya hakimler görevden yasaklanma nedeninin bulunup bulunmadığını re'sen incelemelidirler. Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.227

⁶¹² Özbek'e göre, CMUK döneminde, tarafsızlığı şüpheye düşüren durumun sonradan öğrenilmesi halinde, bunun duruşma bitinceye kadar her zaman ileri sürülebilmesi mümkün iken, CMK'da aynı durumun ileri sürülmesi imkanının öğrenilme tarihinden itibaren 7 günle sınırlandırılması hakkın kötüye

kullanmayan taraf, AİHM içtihatları doğrultusunda tarafsızlıktan feragat etmiş kabul edilecektir. Bu bağlamda söz konusu düzenlemenin belirli bir süreyle sınırlandırılması sözleşmenin 6. maddesine aykırılık oluşturmamaktadır.

5. ALENİ YARGILANMA HAKKI VE DURUŞMA

5.1. Genel Olarak

AİHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında, hem medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin hem de cezai alanda kendisine yapılan isnatlara ilişkin uyuşmazlıklarda herkesin aleni olarak yargılanma hakkının olduğu belirtildikten sonra hükmün de aleni duruşmada verileceği hükme bağlanmıştır.⁶¹³ 1. fıkranın devamında ise, demokratik bir toplumda kamu düzeninin, milli güvenliğin veya genel ahlakın yararına veya küçüğün menfaati, davaya taraf olanların özel yaşamlarının korunması veya adaletin selametine zarar verilebilecek bazı özel durumlarda, mahkemece zorunlu görülecek ölçüde, aleniyetin basına ve kamuya karşı dava boyunca kısmen veya tamamen kaldırılabilmesi ifade edilmektedir.⁶¹⁴

Yargılamanın aleniliği, bireyleri gizli yargılamalardan korumayı, mahkeme kararlarına güveni sağlamayı ve adil bir yargılamayı güvence altına almayı amaçlamaktadır.⁶¹⁵ Önceleri aleniyet ilkesi devlet gücünün keyfiyetini kontrole ve bundan korunmaya hizmet ederken, günümüzde aleniyet ilkesinin esasını kamunun bilgilenmeye ilişkin menfaati oluşturmaktadır.⁶¹⁶

kullanılmasının önüne geçilmesi bakımından önemlidir. Ancak uygulamada öğrenilme tarihinin ispatı konusunda zorluklar ortaya çıkacaktır. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.126

⁶¹³ Erem'e göre aleniyet ilkesi duruşmadaki en önemli ilkedir. Bkz. Faruk Erem, **Diyaletik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku**, (Ankara: Işın Yayıncılık, 6. Bası, 1986), s.283

⁶¹⁴ Adil yargılanmaya ilişkin bazı kavramlar pozitif hukuktan bağımsız olarak, olması gerekene ilişkin ele alındığında, bakış açısının farklılığına göre farklı sonuçlara ulaşılabildiği görülmektedir. Duruşmanın aleniyeti de bu tür kavramlardandır. Nitekim medya yoluyla aleniyetin, herhangi bir sınırlama olmaksızın sağlanması, bir açıdan bakılınca adil yargılanma hakkının ihlali olarak algılanabilecektir. Ancak konu başka bir bakış açısıyla ele alındığında, toplumun daha geniş oranda yargılamalardan haberdar olması ve böylelikle yargılamanın adilliyetinin toplum önünde ortaya konulması bakımından medyanın duruşmalarda hazır bulunması büyük bir fayda ve adil yargılanma hakkının gereği gibi de görülebilir. Boggs, **a.g.m.**, s.1

⁶¹⁵ Ladewig, **a.g.m.**, s.87; Tosun'a göre ise, duruşmanın aleniyeti iki temel nedene dayanmaktadır. Bunlar; hukuk teminatını ve toplumun haber alma hakkını gerçekleştirmektir. Aleniyet, duruşmada yargılama makamını işgal edenlerin görevlerini kötüye kullanmalarını engellemesi bakımından, vatandaşlar için bir teminat teşkil eder. Bunun için gizli adaletin en büyük adaletsizlik olduğu söylenmiştir. Bu ilke aynı zamanda toplumun haber alma hakkını da gerçekleştirir. Haber alma hakkı, anayasalarda düzenlensin ya da düzenlenmesin, devlet işlerinin yürütülmesinden ve gidişatından halkın haberdar olması bakımından demokratik düzenlerde vazgeçilmez bir haktır. Tosun, **a.g.e.**, s.143

⁶¹⁶ Beulke, **a.g.e.**, s.216; Ancak her ne kadar olumlu yönleri daha fazla olsa da, aleniyetin de bazen olumsuz sonuçları ortaya çıkabilmektedir. Aleniyet prensip olarak sanığın lehine olmakla birlikte, bazı

Duruşmaların aleniyeti anayasamızda da açıkça güvence altına alınmıştır. Nitekim Anayasanın 141. maddesine göre, *mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.*⁶¹⁷

AİHS'nin 6. maddesinde aleniyete ilişkin olarak, taraf devletlere iki temel yükümlülük getirildiği görülmektedir. Bunlar; duruşmanın aleni olarak yapılması ve hükmün aleni olarak verilmesidir.⁶¹⁸ Ancak yükümlülükler mutlak değildir. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere 6. maddenin 1. fıkrasının devamı cümlelerinde, bu yükümlülüğe taraf devletlerin hangi hallerde istisna getirebileceği düzenlenmiştir. Hatta bazı hallerde davanın aleniyetinin kaldırılması zorunludur. Bu tür zorunlu durumların söz konusu olduğu hallerde aleniyetin kaldırılmaması da, adil yargılanma ilkesine zarar verebilecektir. Aşağıda inceleme konumuzu doğrudan ilgilendirmesi açısından duruşmanın aleniyeti incelenecek, çalışma konumuz dışında kalan hükmün aleni verilmesine ise değinilmeyecektir.⁶¹⁹

durumlarda sanık bazen de mağdur bakımından onur kırıcıdır. Aleniyet, zina ve ırza geçme gibi durumlarda mağdurları da gereksiz olarak rencide edici olabilir. Örneğin bu gibi durumlarda mağdurun kocası, karısı, çocukları da bu durumdan zarar görebilirler. Özellikle küçük sanıklar bakımından aleniyet ilkesi büyük sakıncalar doğurabilmektedir. Küçük kalabalık karşısında mahkemede yargılanmaktan iftihar duyabileceği gibi; çoğu kez de bundan fazlasıyla korkabilir. Onun için devletler küçükler için ya ayrı yargılama kanununu oluştururlar ya da ayrı kanun olmayan durumlarda, küçükler bakımından geçerli özel kurallar kabul ederler. Tosun, **a.g.e.**, s.144 vd.

⁶¹⁷ Anayasanın bu hükmünde öngörülen aleniyetin sınırlanma nedenlerinin, sözleşmenin 6. maddesindekilere nazaran çok daha sınırlı tutulduğu görülmektedir. Inceoğlu, **a.g.e.**, s.328

⁶¹⁸ Donay, **a.g.e.**, s.57

⁶¹⁹ Çalışma konumuzu doğrudan ilgilendirmese de, bu dipnotta önemine binaen hükmün aleni verilmesine ilişkin AİHM içtihatlarına kısaca değinmek istiyoruz. AİHM m.6'da aleniyet ilkesine ilişkin olarak garanti altına alınmış olan iki haktan birisi de hükmün aleni olarak verilmesine ilişkin haktır. 6. maddede duruşmanın aleni yapılması gereği ile birlikte hükmün de aleni olarak verilmesi ayrıca ve açık bir şekilde belirtilmiştir. Duruşmanın aleniliği hukuka uygun olarak kaldırılmış olsa bile, hükmün açıklanması aleni olmalıdır. Ladewig, **a.g.m.**, s.90; Sözleşme organlarına göre, hükmün aleni olarak verilmesi, onun her zaman için muhakkak surette açık duruşmada verilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Gölcüklü, **a.g.m.**, s.217 vd.; Bazı davalarda AİHM ilgililerin bilgi edinmesi amacıyla kararın mahkeme kalemine bırakılmasını veya kamusal denetimi sağlamak üzere yayınlanmasını aleniyet bakımından yeterli bulmuştur. Ladewig, **a.g.m.**, s.90; konuya ilişkin diğer kararlara bakıldığında, sözleşme organlarının aleniyet ilkesinin amacı olarak, mahkemelerin hukuki soruna ilişkin yaklaşımlarının halk tarafından bilinebilmesi ve böylelikle kamu denetiminin sağlanabilmesidir. Bu nedenle kararların ne ilk derece mahkemesinde ne de kanun yolu aşamasında, biçimsel olarak alenen açıklanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Önemli olan yargılamanın bütünü esas alınarak bakıldığında kararın alenileşip alenileşmediği ve böylelikle kamusal denetimin sağlanıp sağlanmadığıdır. Ayrıca duruşmanın aleniliğinden farklı olarak milli güvenlik ve kamu düzeni gibi nedenlerle hükmün aleniliğinin kaldırılması, meşru kabul edilmemektedir. Bu bağlamda, ilk derece mahkemesindeki duruşmanın milli güvenlik ve kamu düzeni gibi nedenlerle aleniliğinin kaldırılması haklı olsa dahi, hükmün hiçbir kamu

5.2. Duruşmanın Aleni Yapılması

AIHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki aleniyete ilişkin iki temel yükümlülükten ilki duruşmanın aleni olarak yapılmasıdır. Söz konusu hükümde sadece aleni yargılama yükümlülüğü getirilmekte; ancak aleniyetin uygulanma şekli ve kapsamı belirtilmemektedir. Duruşmanın aleniyetinden maksat, isteyen duruşmada hazır bulunabilmesi, yapılanları görebilmesi, söylenenleri işitebilmesi ve gösterilenleri görebilmesidir.⁶²⁰ Duruşmaların aleniyetine ilişkin ilke, CMK'da da açıkça ifade edilmiştir. Nitekim duruşmanın açıklığı başlıklı 182. maddenin 1. fıkrasına göre; *duruşma herkese açıktır.*

Taraf devletlerin iç hukuk sistemlerinde ise aleniyet, gerek ilk derece gerekse kanun yolu yargılaması bakımından farklı şekilde düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bu nedenle sözleşme organları aleniyetin şekli yönünden çok, aleniyet ilkesi ile ulaşılmak istenen amacı göz önünde bulundurarak bu ilkeyi değerlendirmektedirler. Bir başka deyişle sözleşme organları aleniyet ilkesi bakımından bir uyumsuzluğu değerlendirirken, daha çok aleniyet ilkesi ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaktadırlar.⁶²¹

Duruşmanın aleniyetinin gerektiği gibi sağlanabilmesi için, basın ve kamuya duruşmayı izleme imkanlarının sağlanabilmesi gerekir. Bu itibarla isteyen kişiler, duruşmanın zamanı ve yeri hakkındaki bilgilere rahatlıkla ulaşabilmelidirler.⁶²² Ancak bu durum toplumun duruşmadan haberdar edilmesi için devlete duruşma günü ve tarihini ilan etme yükümlülüğünü getirmemektedir. Bu bağlamda toplumdaki bireylerin ve basının duruşmada bulunmamlarının engellenmemesi aleniyet bakımından yeterlidir.⁶²³

denetimi imkanı oluşturulmaksızın gizli tutulması adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmaktadır. İnceoğlu, **a.g.e.**, s.35 vd.

⁶²⁰ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.278; Yenisey, **a.g.e.**, s.32; Stuttgart Yüksek Eyalet Mahkemesine göre, aleniyetten, “herkesin, ait olduğu gruba ve belirli kişisel özelliklere bakılmaksızın, mahkeme salonuna girebilme ve duruşmaya izleyici olarak katılma imkanına sahip olması” anlaşılmalıdır. Beulke, **a.g.e.**, s.216

⁶²¹ Gölcüklü, **a.g.m.**, s.216

⁶²² Ladewig, **a.g.m.**, s.87

⁶²³ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.338; Almanya'da Amtsgericht'de gerçekleşen bir duruşma sabah 9:00'dan öğleden sonra 13:35'e kadar devam eder. Ancak mahkemenin girişinde bir ilan bulunmaktadır ve burada mahkemenin saat 13:00'da kapandığı yazmaktadır. Zweibrücken Eyalet Mahkemesi önüne gelen bu olayda, duruşmaya katılmak isteyen ziyaretçilerin mahkeme girişindeki yazıya güvenerek duruşmaya

Aleniyet ilkesinin doğal sonuçlarından bir tanesi duruşmaların sözlü olarak yapılmasıdır. Bu bağlamda duruşmanın temel ilkelerinden olan sözlülüğün, diğer bir temel ilke olan aleniyetin ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.⁶²⁴ Nitekim yazılı yürütülen bir duruşmada nelerin gerçekleştiğinden gerek toplumun gerekse uyuşmazlığın taraflarının tam olarak haberdar olabilmesi mümkün olmayacak; bunun doğal sonucu ise aleniyet ilkesinin ihlali olacaktır.

Ayrıca duruşmanın yapılacağı mekanın da, genel olarak herkesçe ulaşılabilir bir yer olması gerekir. Makul büyüklükteki bir duruşma salonu kural olarak herkesin girebileceği bir yer olarak kabul edilir. Ancak duruşmanın mahkeme dışında yapılması da mümkündür.⁶²⁵ Örneğin Riepan / Avusturya kararında AİHM, dinleyicilerin kontrolden geçmeleri gerekse bile duruşmanın hapisanede de yapılabileceğini kabul etmiş; ancak devletin, toplum ve medyanın bu konuda yeterince bilgilendirilmesi bakımından gerekli duyuruları yapmasının zorunu olduğunu vurgulamıştır.⁶²⁶

Aleniyet ilkesinin gerektiği şekilde gerçekleşebilmesi için, kural olarak duruşma hem kamuya hem de basına açık olmalıdır.⁶²⁷ Ancak duruşmaların basına açık olmasından kasıt, basın duruşma salonunda bulunabilmesidir. Yoksa bu ibareden basının duruşmaları kaydetmekte veya yayınlanmakta serbest olduğu anlamı çıkartılmamalıdır.

Sözleşmeye taraf olan devletlerin iç hukuk sistemlerindeki çeşitlilik nedeniyle, AİHM'nin aleniyet ilkesine aykırılık olup olmadığını incelerken, yargılamayı bir bütün olarak ele aldığı görülmektedir. Bu bağlamda mahkeme, yargılamanın her aşamasında aleniyetin gerçekleştirilmiş olmasını zorunlu görmemekte, esnek bir denetim yapmaktadır. *AİHS'nin 6. madde hükmü her ne kadar yargılamanın geneli bakımından*

katılamalarının mümkün olduğu gerekçesiyle aleniyet ilkesinin zedelendiğine karar vermiştir. Beulke, **a.g.e.**, s.216

⁶²⁴ Aynı yönde bkz. İnceoğlu, **a.g.e.**, s.248

⁶²⁵ Ladewig, **a.g.m.**, s.87

⁶²⁶ Riepan / Avusturya; Başvuru no: 35115/97 Karar tarihi:14.11.2000

⁶²⁷ Centel ve Zafer, aleniyet ilkesini doğrudan ve dolaylı aleniyet olmak üzere ikiye ayırmaktadırlar. Buna göre; herkesin duruşma salonunda, fiziki koşulların elverdiği ölçüde, dinleyici olarak bulunabilmesi doğrudan aleniyeti; duruşma salonunda bulunan kişilerin görüp duyduklarını duruşma dışında açıklayabilmesi ise dolaylı aleniyeti ifade etmektedir. Dolaylı aleniyet kitle iletişim vasıtaları yoluyla da sağlanabilir. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.509

*geçerli ise de, asıl önemli olan davanın esası hakkında hüküm veren ilk derece mahkemesindeki davanın aleni surette görülmesidir.*⁶²⁸

Sözleşme organlarının içtihatlarından ortaya çıkan sonuç şudur ki; davayı maddi ve hukuki yönden karara bağlayan ilk ve tek derece yargılamasında duruşma yapılmaması, istisnai koşullar dışında, adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmaktadır. Ayrıca gerek hukuki gerekse maddi açıdan uyumsuzluğu bütün yönleri ile inceleyen bir kanunyolu bulunmadığı sürece, ilk derece yargılamasında duruşma yapılmaması yine adil yargılanma ilkesinin ihlaline neden olmaktadır.

İlk derece mahkemesinde aleni bir duruşmanın yapılmamış olduğu hallerde, eğer bu eksiklik, bazı şartların varlığına bağlı olarak, üst yargı mercilerinde aleni bir duruşma yapılmak suretiyle giderilmişse, aleniyet ilkesi ihlal edilmemiş kabul edilebilmektedir. Ancak sözleşme organlarının bunun kabulü için çok sıkı şartlar aradıkları görülmektedir. Bu itibarla kanunyolu aşamasında delillerin ikamesi de dahil olmak üzere tam bir tekrarın yapılması gereklidir.⁶²⁹ Bir başka deyişle kanunyolu mahkemesi duruşmayı, maddi ve hukuki açıdan tüm yönleriyle ele almalıdır ki, ilk

⁶²⁸ Sözleşme organlarınca kanunyolu aşamasında aleniyet ilkesine uyulup uyulmadığı, ilk derece yargılamasına nazaran daha esnek ele alınmaktadır. AİHM kanunyolu aşamasında uyumsuzlukların duruşmalı olarak yapılmamasını, mahkemelerin iş yükünü ve makul sürede yargılamanın bitirilmesi zorunluluğunu dikkate almak suretiyle ihlal olarak değerlendirmeyebilmektedir. Bu konuda aykırılığın doğup doğmadığı konusu incelenirken, AİHM tarafından göz önünde bulundurulmuş kistaslar ise, ilk derece mahkemesinin kararına yapılan itirazın niteliği, mahkemenin yargılamada oynadığı rol ve bireyin menfaatlerinin korunma biçimidir. Gölcüklü, **a.g.m.**, s.217; Helmers / İsveç; Başvuru no: 11826/85 Karar tarihi: 29.10.1991

Mahkemenin muhakemede oynadığı rol, aleniyete ilişkin olarak kanunyolu muhakemesi bakımından önemli bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. İç hukuk mahkemelerinin iş yükünü azaltmak için, sadece hukuki açıdan uyumsuzlukları denetleyen mahkemelerde yargılamaların duruşmasız yapılmasının, AİHM tarafından genelde aleniyet ilkesine aykırı bulunmadığı görülmektedir. Çünkü bu tür durumlarda AİHM muhakemeyi bir bütün olarak ele almaktadır. Eğer ilk derece mahkemesinde, maddi sorunun halledildiği yargılama aleni yapılmışsa, hukukilik denetimi sırasında aleniyet olmasa da, muhakeme genel olarak aleni olarak nitelendirilmektedir. İnceoğlu, **a.g.e.**, s.332 vd.

Ancak Ekbatani / İsveç kararında olduğu gibi, kanunyolu incelemesi (istinaf) hem hukuki hem de maddi olayları kapsıyorsa, AİHM yargılamanın aleni olması gerektiği kanaatindedir. Ekbatani / İsveç; Başvuru no: 10563/83 Karar tarihi: 26.05.1988 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

Bununla birlikte istinaf yargılamasında duruşma aleni olmasa da, uyumsuzluk konusu olay bakımından söz konusu olabilecek cezanın ağır görülmediği durumlarda, AİHM'nin adil yargılamaya aykırılık görmediği davalar da vardır. Örneğin Jan-Ake Anderson / İsveç kararında mahkeme az miktarda para cezası gerektiren bir fiilden dolayı yapılan istinaf yargılamasının aleni olmamasını adil yargılanma hakkına aykırı bulmamıştır. Jan-Ake Anderson / İsveç; Başvuru no:11274/84 Karar tarihi: 29.10.1991

Son olarak şunu da belirtmek gerekir ki; fazla iş yükü ve makul sürede yargılanma hakkı nedeniyle hukuki incelemenin söz konusu olduğu kanunyolu aşaması bakımından kabul edilen aleniyete ilişkin istisnalar, ilk derece yargılamaları bakımından hiçbir şekilde geçerli olmamaktadır.

⁶²⁹ Ladewig, **a.g.m.**, s.88; Riepan / Avusturya, **a.g.k.**

derece mahkemesinde aleniyete ilişkin ortaya çıkan eksiklik giderilebilsin. Eğer kanunyolu incelemesi sadece hukuki yönden yapılıyorsa, bu durumda kanunyolu yargılamasının duruşmalı ve aleni yapılmasının, ilk derece mahkemesindeki aleniyete ilişkin eksikliği gideremeyeceği açıktır.⁶³⁰

CMK'da kural olarak duruşmaların aleniyeti kabul edilmekle birlikte 183. maddede ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağı getirilmiştir. Ancak bu yasak aleniyetin kaldırılması ve bu surette adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmaz. Bilakis bu yasak ile yasağa konu olan fiillerin sanık, tanık ve hakim üzerindeki etkilerinin ortadan kaldırılması, böylelikle de daha adil bir muhakeme yapılması amaçlanmıştır.⁶³¹ 183. maddeye göre; maddede belirtilen istisnalar dışında, *adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır. Buna benzer hükümlerin sözleşmeye taraf başka ülkelerde de olduğu görülmektedir.*⁶³²

Son olarak erken dinleme açısından da aleniyeti ele alma gerekliliği duymaktayız. Nitekim erken dinleme hallerinde duruşmada yapılacak bir işlemin belirli sebeplerin varlığına bağlı olarak daha erken bir aşamada yapılması söz konusudur.⁶³³

⁶³⁰ Inceoğlu, **a.g.e.**, s.330, 347 vd.; Le Compte, Van Leuven ve De Meyere / Belçika davasında mahkemenin bu konuya ilişkin bir kararı bulunmaktadır. Bu olayda ilk derece mahkemesindeki yargılama kapalı yapılırken, temyiz yargılaması aleni yapılmıştır. Ancak AIHM bu konuda temyiz incelemesindeki aleniyetin ilk derece mahkemesindeki eksikliği gideremeyeceğine karar vermiş ve adil yargılanmanın ihlaline hükmetmiştir. Çünkü temyiz incelemesi sırasında, denetim sadece hukuki yönden yapılmakta ve olayın maddi boyutu ele alınmamaktadır. Le Compte, Van Leuven ve De Meyere / Belçika; Başvuru no: 6878/75 Karar tarihi: 23.06.1981 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

⁶³¹ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.278; Nitekim duruşma salonuna basın mensuplarının ses ve görüntü bandı ile girmeleri, duruşma sırasında kayıt yapmaları sanığın, tanığın ve hatta yargıçların bile psikolojisini etkilemektedir. Filme alındığını, resminin çekildiğini hisseden kişi her zamanki davranışlarını sergilemekte güçlük çekebilmektedir. Yine bu yöntemler dolayısıyla sanıklar ve tanıklar ün kazanabilmekte veya daha ağır lekelenebilmektedirler. Zafer, **a.g.m.**, s.752

⁶³² Örneğin, Alman Ceza Muhakemesinde duruşmada radyo ve televizyon yayını yasaktır. Aynı şekilde duruşma sırasında, yayın amacıyla duruşmanın ses veya film kaydının yapılmasına da izin verilmemektedir (GVG § 169). Doktrinde bu düzenlemelerin anayasal gereklerle uyumlu; kişisel koruma, adil bir muhakeme ve hukuk politikası açısından da gerekli olduğu kabul edilmektedir. Kural olarak duruşmada bu tür faaliyetlere izin verilmemesine karşın, duruşmaya ara verildiği sırada mahkeme başkanı bu tür çekimlerin yapılmasına kendi yetkisi çerçevesinde izin verebilir. Fotoğraf çekimi ise bu düzenlemeler dahilinde değerlendirilmez ve kamusal menfaatin yoğun olduğu yargılamalarda ekseriyetle fotoğraf çekimine izin verilmelidir. Ancak bunun kişisel fotoğrafın çekilmesine ilişkin diğer hukuk kurallarına riayet edilmek suretiyle olması gerekir. Mahkeme başkanı duruşmanın özelliğine göre fotoğraf çekimi yapılmasına da kendi yetkisi çerçevesinde izin vermeyebilir. Beulke, **a.g.e.**, s.217

⁶³³ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.499

Bu bağlamda söz konusu işlem daha soruşturma aşamasındayken yapılıyor olsa, duruşmanın şartlarına göre yapılmalı ve erken dinleme aleni olmalıdır.⁶³⁴

5.3. Duruşmanın Aleni Yapılması İlkesinin İstisnaları

Aleniyet ilkesi yargılamanın güvenilirliğinin sağlanabilmesi bakımından çok önemli olmakla birlikte mutlak bir ilke değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere 6. maddenin 1. fıkrasında bu aleniyet ilkesi vurgulandıktan sonra bu ilkenin istisnaları da belirtilmiştir. Buna göre aleniyet şu nedenlerle kısıtlanabilmektedir: *Milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak, küçüklerin menfaatleri, davanın taraflarının özel yaşamlarının korunması, adaletin selametinin gerektirmesi*. Bu nedenlerden bir ya da birkaçına dayanarak mahkemelerin duruşmalardaki aleniyeti kaldırması, adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturmayacaktır.

Bu nedenlerin içeriğinin ve tam olarak neyi ifade ettiklerinin, sözleşme organlarının içtihatlarında net bir şekilde ortaya konulamadığı görülmektedir. Ancak bu nedenlerin ortaya çıkardığı toplumsal ihtiyaç, aleniyetin kaldırılmasını gerektirecek ölçüde büyük olmalıdır. Bu itibarla AİHM'nin bu hususları incelerken bir orantılılık incelemesinde bulunduğu görülmektedir.

CMK'da da aleniyet ilkesine ilişkin istisnalar, sözleşmeyle uyumlu şekilde düzenlenmiştir. 182. maddenin 2. ve 3. fıkralarına göre; *genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kaldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir. Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanır.*⁶³⁵

182. maddede gösterilen hâllerde, açıklığın kaldırılması istemine ilişkin olarak yapılacak duruşma, istem üzerine veya mahkemece uygun görülürse kapalı yapılır

⁶³⁴ AİHM, Mahkeme Stefanelli / San Marino davasında, ceza yargılamasında, tanıkların esas hakkında hüküm veren mahkeme önünde değil de, sorgu yargıcı önünde, çelişmeli duruşma yapılarak dinlenmesinin aleniyet ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Stefanelli / San Marino; Başvuru no:35396/97 Karar Tarihi: 08.02.2000

⁶³⁵ Kapalı duruşmada mahkeme, bazı kişilerin hazır bulunmasına izin verebilir. Bu halde adı geçenler, duruşmanın kapalı olmasını gerektiren hususları açıklamamaları bakımından uyarılırlar ve bu husus tutanağa yazılır (CMK m.187/1). Duruşmada bulunmasına izin verilebilecek kişilere örnek olabilmesi bakımından CMK. m.227/2'deki düzenleme önemlidir. Söz konusu düzenlemeye göre; *mahkeme başkanı, mahkemesinde staj yapmakta olan hâkim ve avukat adaylarının müzakere sırasında hazır bulunmalarına izin verebilir*. Bu bağlamda söz konusu kişilerin kapalı duruşmalara katılmasına da mahkemece izin verilebilir; ancak bu durum söz konusu kişilerden bakımından bir hak oluşturmaz. Bunların da duruşma salonunda kapalı oturumlarda bulunabilmesi bakımından mahkemenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.774

(CMK m.184).⁶³⁶ *Açıklığın kaldırılması kararı, nedenleriyle birlikte tutanağa geçirilir (CMK m.186).*

Ayrıca CMK. m.187/2'ye göre; *kapalı duruşmaların içeriği hiçbir iletişim aracıyla yayımlanamaz.* Aynı maddenin 3. fıkrasında ise, açık duruşmaların içeriğinin dışarıda açıklanmasının yasaklanabilmesi öngörülmüştür.⁶³⁷ Buna göre; *açık duruşmanın içeriği, millî güvenliğe veya genel ahlâka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise; mahkeme, bunları önlemek amacı ile ve gerektiği ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklar ve kararını açık duruşmada açıklar.*⁶³⁸

AİHM, Campell ve Fell / Birleşik Krallık davasında kamu düzeni ve güvenlik nedeniyle duruşmanın aleniyetinin kaldırılmasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır.⁶³⁹ Bir başka davada ise komisyon, küçüğe karşı işlenmiş bir cinsel suçtan sanık kimsenin yargılanmasında, halkın duruşma salonu dışında bırakılmasını tam olarak belirgin olmayan nedenlerle haklı bulmuş ve adil yargılamanın ihlal edilmediğine hükmetmiştir.⁶⁴⁰

Yukarıda sayılan istisnalar bakımından küçüklere ilişkin yargılamaların, onların menfaatine olarak kapalı yapılabilmesi AİHM içtihatlarından sonra özel bir önem ifade etmektedir. Madde metninden anlaşıldığı üzere, küçüklerin yargılamaları onların menfaati bakımından gizli yapılabilecektir. Ancak bu tür yargılamaların mutlaka gizli yapılması zorunluluğu madde metninde yer almamaktadır. Buna karşın AİHM, V. / Birleşik Krallık ve T. / Birleşik Krallık kararlarında, küçüklerin yargılanmalarının aleni şekilde yapılmasını adil yargılama ilkesine aykırı bulmuştur.⁶⁴¹ Bu itibarla küçüklerin

⁶³⁶ Nitekim aleniyetin kaldırılması talebi üzerine veya mahkemenin bunu re'sen dikkate alması halinde varsayılan bir taleple tali ceza davası açılmış olur. bu tali ceza davasına ilişkin duruşmanın aleni yapılması ve aleniyetin kaldırılmasına ilişkin gerekçeli kararın aleni duruşmada okunması, çoğu zaman aleniyetin kaldırılmasını anlamsız kılabilir. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.512

⁶³⁷ Bu şekilde yayını yasaklanan duruşmalar bakımından gizliliğin ihlali TCK m.285/2 gereğince cezalandırılır. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.775

⁶³⁸ Bu bağlamda örneğin duruşmaya katılan süljelerden birinin yaşamı tehlikeye girecek veya önemli bir sırrı açığa vurulacaksa maddede belirtilen hallerden birisi gerçekleşmiş sayılır. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.512, dipnot 28

⁶³⁹ Campell ve Fell / Birleşik Krallık, **a.g.k.**

⁶⁴⁰ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.342

⁶⁴¹ T. / Birleşik Krallık; Başvuru no: 24724/94 Karar tarihi: 16.12.1999 - V. / Birleşik Krallık; Başvuru no:24888/24 Karar tarihi: 16.12.1999 Bu uyuşmazlıklara konu olan yargılamalarda, 11 ve 10 yaşlarındaki T ve V, iki yaşındaki bir çocuğu kaçırıp öldüresiye dövmekten aleni duruşmada yargılanmışlardır. Küçükler mahkemeye giderlerken, kendilerine karşı kin dolu bir kalabalığın tepkisiyle karşılaşmışlar ve bu şekilde öfkeli kimselerden oluşan bir kalabalığın önünde yargılanmışlardır.

yargılanmasının kapalı duruşmada yapılmasını, aleniyet ilkesinin istisnası ve aynı zamanda da hakkaniyete uygun yargılamanın da bir gereği olarak kabul etmek gereklidir.

CMK m.185’de de bu yönde bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre; *sanık, onsekiz yaşını doldurmamış ise duruşma kapalı yapılır; hüküm de kapalı duruşmada açıklanır*. Sanığın duruşma devam ederken on sekiz yaşını tamamlaması halinde, tekrar aleniyete dönecektir.⁶⁴² AİHM içtihatlarına bakıldığı zaman bu düzenlemenin son derece yerinde olduğu görülmektedir.

Kapalı yapılması gereken bir duruşmanın açık yapılması halinde ne şekilde davranılacağına tereddüt yaşanabilir. Kanaatimizce bu durumda duruşmanın yenilenmesinin bir anlamı yoktur. Adil yargılanma hakkının ihlali ortaya çıkmıştır; ancak bunu duruşmayı tekrar aleni şekilde yaparak düzeltmek mümkün değildir.⁶⁴³ Bu bağlamda duruşmanın açıklığı ilkesinin ihlali hukuka kesin aykırılık halidir ve son kararın bozulmasını gerektirir (CMK. m.289/1/f). Buna karşın kapalı yapılması gereken bir duruşmanın açık yapılmış olması, verilen son kararın bozulmasını gerektirmez.⁶⁴⁴

5.4. Aleni Duruşma Hakkından Feragat

Adil yargılanmanın önemli bir gereği olan aleni duruşmaya ilişkin hak, sözleşme organlarınca muhakkak surette uygulanması gereken bir hak olarak ele alınmamaktadır. AİHM, bu haktan kamu yarına aykırı olmadıkça açıkça veya zımnen vazgeçilebileceği kanaatindedir.⁶⁴⁵ Feragatın zımni olduğu hallerde bunun tereddüde yer vermeyecek şekilde olması ve kamu menfaatiyle ters düşmemesi gereklidir. Bu itibarla iç hukukta uyuşmazlık bakımından duruşma yapılması düzenlenmişse sanık açıkça bu haktan vazgeçtiğini belirtmedikçe, sanığın duruşma talep etmemesi bir feragat olarak

⁶⁴² Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.512; CMUK’nın 373. maddesine aykırı olarak, sanığın on beş yaşını bitirmesinden sonraki oturumların da gizli yapılması yasaya aykırıdır.” (5. CD. 20.2.1997, E.276, K.572)

⁶⁴³ “Duruşma oturumlarının açıklığı ilkesi yanında, 15 yaşını bitirmemiş çocuklara ilişkin hükümlerin gizli tefhim edilmesi gerekirken, olayda hüküm açık olarak anlatılmıştır. Yasanın amacı, küçüklerin teşhir edilmelerini önlemek olduğuna göre, hükmün bozulmasında hiçbir yarar yoktur. Çünkü geriye dönüş yapılarak, gizli tefhimin gerçekleştirilmesi halinde, daha önce yapılan yargılama hatasının onarılması sağlanamayacaktır. Buna maddi olanak bulunmadığından, bu yanlışlık bozma nedeni sayılmamalıdır.” (CGK. 16.12.1974, E.3-291, K.453)

⁶⁴⁴ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.280

⁶⁴⁵ Ladewig, **a.g.m.**, s.89

nitelendirilemez.⁶⁴⁶ Eğer başvurucunun talep etmesi halinde duruşma yapılacağı iç hukukta düzenlenmişse, *kamu menfaatiyle çatışmadığı müddetçe*, sanığın duruşma talep etmemiş olması zımnî feragat olarak nitelendirilir.⁶⁴⁷

Bu bağlamda sanık, CMK m.182/2 ve 187/3'deki nedenlerin varlığını ileri sürerek mahkemeden duruşmanın kapalı yapılmasını veya açık duruşmanın içeriğinin açıklanmasının yasaklanmasını isterse; duruşmanın aleniyetinden feragat etmiş sayılır.

Hakansson ve Stureson / İsveç davasında ise mahkeme, özellikle ceza davalarında sanığın kapalı duruşma talep etmesi halinde, mahkemenin sanığın menfaati ile kamu menfaati arasında bir orantı kurmak suretiyle talebi reddetmesini haklı bulmuştur. AİHM'ye göre aleniyetten feragat etmenin kamu yararına önemli derecede aykırı olduğu hallerde, aleniyetin sağlanması zorunludur.⁶⁴⁸

6. ÇELİŞMELİ MUHAKEME VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİNE İLİŞKİN HAK VE DURUŞMA

6.1. Genel Olarak

AİHM'nin içtihatlarıyla sürekli ortaya koyduğu üzere, çelişmeli muhakemenin yapılması ve bunun için de tarafların silahları arasında bir eşitlik olması adil yargılamanın en önemli gereklerindedir. Aslında bu iki ilke birbirinden farklı kavramları ifade etmekle birlikte, birbirleriyle yakından ilişkilidirler.⁶⁴⁹ Silahlarda eşitlik olmadan tam bir çelişmenin gerçekleşmesi mümkün olmazken; çelişme olmadan da eşit silahlara sahip olmanın bir anlamı kalmamaktadır: Taraflardan birisinin diğerine göre avantajlı duruma geldiği bir muhakemede tam bir çelişme mümkün olmamış demektir. Bu durum düelloda taraflardan birine silah verip diğerine vermeksizin, iki tarafı düello ettirmeye benzemektedir. Bu iki kişi arasında ortaya konulan mücadele nasıl gerçek anlamda bir düello oluşturmuyorsa, muhakemede taraflardan birine avantajlı bir durum sağlandığında da, taraflar arasında bir çelişmenin gerçekleştirilmesi beklenemeyecektir. Bununla birlikte taraflar arasında eşitliğin sağlandığı her halde çelişmeli muhakemenin gerekleri tam olarak sağlanmış olmayabilir. Nitekim

⁶⁴⁶ Hakansson ve Stureson / İsveç; Başvuru no: 11855/85 Karar tarihi: 21.02.1990 - Werner / Avusturya; Başvuru no: 21835/93 Karar tarihi: 24.11.1997

⁶⁴⁷ Zumtobel / Avusturya; Başvuru no: 12235/86 Karar tarihi: 21.09.1993; İnceoğlu, **a.g.e.**, s.349

⁶⁴⁸ Hakansson ve Stureson / İsveç, **a.g.k.**

⁶⁴⁹ Ambos, **a.g.m.**, s.27

kendilerine savunma ve iddiada bulunma bakımından gerekli imkanlar tanınmayan kişiler arasında bir eşitlik vardır. Ancak böyle bir durumda tarafların bir birbirleriyle çelişmesi beklenemez.⁶⁵⁰ Dolayısıyla silahlarda eşitliğin ihlal edilmediği bazı hallerde çelişmeli muhakeme ilkesine aykırılık söz konusu olabilecektir.⁶⁵¹

Bu itibarla biz de bu iki ilkeyi bir başlık altında incelemeyi uygun bulduk. AİHM de bu iki kavram arasındaki yakınlık nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerini birlikte ele almakta ve bazen birbirinin yerine geçecek şekilde kullanmaktadır.⁶⁵²

Mahkeme çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliğine ilişkin hakkı, 6. maddenin 1. fıkrasındaki genel ilkeden, yani hakkaniyete uygun yargılamadan çıkarsamıştır. Bu iki hakka ilişkin genel ve net bir ifade 6. maddede yer almamaktadır. Bununla birlikte yukarıda incelediğimiz ve 6. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde açıkça düzenlenen *iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemeye* ilişkin hak, silahların eşitliği ilkesinin temel bir yansımasıdır.⁶⁵³ Ancak silahların eşitliği sadece tanıklarının duruşmada dinletme ve karşı tarafın tanıklarına soru sorabilmeden ibaret değildir; bilakis bundan çok daha geniş hususları içerir.

Esser'e göre, silahlarda eşitlik ve çelişmeli muhakemeye ilişkin ilkeler, sözleşme organlarının genel ilkeden hareketle ortaya koydukları haklar içerisinde en önemlileridir.⁶⁵⁴

Hukuk doktrininde genelde, çelişmeli muhakeme, silahların eşitliğinin bir gereğiymiş gibi kabul edilmekte; AİHM içtihatlarında da bu yönde ifadelere rastlanmaktadır.⁶⁵⁵ Ancak kanaatimizce bu kabulediş doğru değildir. Birbiriyle yakından ilişkili bu iki kavramdan birisini daha geniş kapsamlı kabul etmek gerekirse,

⁶⁵⁰ Modern ceza muhakemenin, eski dönemlerde cezai uyuşmazlıkları çözümü için başvurulan düello yöntemi ile benzerlikleri konusunda bkz. Silver, **a.g.m.**, s.1007 vd.

⁶⁵¹ AİHM de Niderost ve Huber / İsviçre davasında, silahlarda eşitlik ilkesine aykırılık olmadığına; ancak çelişmeli yargılama ilkesinin ihlali olduğuna dair bir karar vermiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta, muhakeme bakımından önemli bir belge davanın her iki tarafına da sunulmamıştı. Nideröst ve Huber / İsviçre; Başvuru no: 18990/91 Karar tarihi: 18.02.1997 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

⁶⁵² İnceoğlu, **a.g.e.**, s.236

⁶⁵³ Christoph J. M. Safferling, "Audiatur et altera pars - die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip?", **NStZ** Heft 4, 2004, s.182

⁶⁵⁴ Esser, **a.g.e.**, s.401

⁶⁵⁵ Bkz. Esser, **a.g.e.**, s.400; İnceoğlu, **a.g.e.**, s.241;

bu kavram çelişmeli muhakeme olmalıdır. Çünkü silahların eşitliği çelişmenin adil ve gerektiği şekilde olması için kabul edilmiş bir ilkedir.⁶⁵⁶ Buna karşın silahların eşitliği sağlansın diye çelişmeli muhakemenin kabul edildiğini varsaymak, gerek mantık kurallarına gerekse her iki kavramı ortaya çıkartan ve II. bölümde kısaca değindiğimiz tarihsel gelişime aykırılık teşkil etmektedir.⁶⁵⁷

Çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin ortaya çıkışı ve hangi felsefi temellere dayandığı duruşmaya ilişkin genel açıklamaların yapıldığı ikinci bölümde açıklanmıştı. Bu nedenle burada bunları tekrarlamayı uygun görmüyoruz. Bu kısımda daha çok, sözleşme organlarının söz konusu ilkeleri ne şekilde değerlendirdikleri ve bunlara ilişkin ne tür kararlar verdikleri ele alınacaktır.

6.2. Çelişmeli Muhakeme

6.2.1. Genel Olarak

Çelişmeli muhakeme ilkesi, dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil ve mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında karşılıklı yorum yapma hakkının taraflara tanınmasına hizmet etmektedir.⁶⁵⁸ Daha önce de belirttiğimiz üzere silahlarda eşitliğin sağlandığı bazı hallerde, çelişmeli muhakeme ilkesinin ihlal edilebilmesi mümkündür.⁶⁵⁹ AİHM, Niderost ve Huber / İsviçre kararında, ilk derece mahkemesinin Federal Mahkemeye gönderdiği ve uyuşmazlık konusunda kendi görüşünü içeren yazının uyuşmazlığın her iki tarafının da bilgisine sunulmamış olmasını silahlarda eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Nitekim söz konusu belgeden her iki tarafın da haberi yoktur. Ancak bu uygulama bakımından AİHM, silahlarda eşitlik ilkesine bir aykırılık olmasa da; çelişmeli muhakeme ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Çünkü muhakemede tam bir çelişmenin sağlanabilmesi için muhakeme bakımından önemli enstrümanların tarafların bilgisine sunulması bir zorunluluktur.⁶⁶⁰

⁶⁵⁶ Aynı yönde bkz. Silver, **a.g.m.**, s.1037

⁶⁵⁷ Bkz. yukarıda II. Bölüm, 4. Duruşmaya Hakim Olan Yöntem: Çelişme Yöntemi

⁶⁵⁸ “Çelişmeli yargılama, tarafların, diğer tarafça sunulan delil veya dosyada yer alan mütalaalar hakkında, bilgi sahi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkanına sahip olması demektir.” Ruiz-Mateos / İspanya, **a.g.k.**; İnceoğlu, **a.g.e.**, s.242

⁶⁵⁹ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.240

⁶⁶⁰ Nideröst ve Huber / İsviçre, **a.g.k.**

Tarafların birbirlerinin tanıklarına soru sorabilmesi muhakemede tam bir çelişmenin sağlanabilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Bu itibarla sanık bakımından 6. maddenin 3. fıkrasının d bendinde güvence altına alınan iddia makamının tanıklarına soru sorma hakkı çelişmeli muhakemenin önemli bir yansımasıdır. Ancak bu demek değildir ki, sadece tanıklara karşılıklı soru sorulabilmesi çelişmeli muhakeme açısından yeterlidir. Bilakis tanıklar dışındaki tüm deliller de duruşma salonunda tartışılacak ve taraflar özgürce tüm deliller hakkında kendi görüşlerini beyan edebileceklerdir. Eğer sanığın veya müdafinin herhangi bir delil konusunda beyanda bulunma hakkına riayet edilmezse, bu çelişmeli muhakeme ilkesinin ihlali ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağından adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir.

AİHM, çelişmeli muhakemeye ilişkin şartın yerine getirilebilmesinde devletlerin çeşitli yöntemler benimsemesini makul karşılamaktadır. Buna göre çelişme sistemi, asıl kaynağını teşkil eden Anglo-sakson hukukundaki taraf muhakemesine dayanabileceği gibi; kıta Avrupa'sı hukukunda kabul edilen re'sen araştırma ilkesi temelli de olabilir.⁶⁶¹ Bununla birlikte hangi yöntem benimsenirse benimsensin, diğer tarafın dosyada yer alan mütalaaları öğrenebilmesi ve onlar hakkında yorum yapma olanağına sahip olması gereklidir.⁶⁶²

Türkiye'ye ilişkin olarak Göç kararında AİHM, çelişmeli muhakeme ilkesi bakımından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının Yargıtay'daki rolünü ele almıştır. Buna göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görevi temyiz taleplerinin esası hakkında mütalaada bulunmak ve bu şekilde verilecek karara etki etmeye çalışmaktır. Söz konusu mütalaanın niteliği dikkate alındığında, sanığa bu mütalaaya yazılı cevap verme hakkının tanınmamasının çelişmeli yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracağına hükmedilmiştir.⁶⁶³

Her ne kadar sözleşme organları daha önceki kararlarında savunmanın haberdar olmadığı mütalaaların içeriğini dikkate almaktadırlarsa da, son zamanlarda bunun aksine kararlar verilmektedir. Buna göre savunmanın haberdar olmadığı bir mütalaanın

⁶⁶¹ Bu bağlamda Anglo-sakson ceza muhakemesindeki çelişme yöntemi bir taraf muhakemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde ise taraflar arasındaki çelişmeye imkan tanınmakla birlikte, kullanılan bu yöntem hiçbir şekilde muhakemeyi bir "taraf" muhakemesine dönüştürmemektedir. Roxin, **a.g.e.**, s.116

⁶⁶² İnceoğlu, **a.g.e.**, s.243; Brandstetter / Avusturya; Başvuru no: 11170/84 Karar tarihi: 28.08.1991

⁶⁶³ Göç / Türkiye; Başvuru no: 36590/97 Karar tarihi: 09.11.2000

duruşmada ileri sürülmesinin ve bunun mahkeme tarafından hüküm kurulurken dikkate alınıp alınmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Mahkemeye sunulan bir şeyin tepki vermeye değer olup olmadığını değerlendirmek savunmanın işidir. Bu bağlamda, savunmanın haberi olmaksızın mahkemeye sunuş yapmak her halükarda çelişmeli muhakeme ilkesini zedeleyecektir.⁶⁶⁴

CMK'da, açıkça ifade edilmese de, yapılan düzenlemelerden anlaşıldığı kadarıyla çelişmeli muhakeme ilkesi duruşmaya hakim olan temel yöntem olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda duruşma sırasında da çelişmenin tam olarak sağlanabilmesi için savcı ve müdafie doğrudan soru sorma yetkisi verilmiş, bu şekilde tarafların birbirlerinin tanıklarının güvenilirliğini doğrudan test edebilmelerine imkan tanınmıştır. Ayrıca sanık ve katılan da hakim vasıtasıyla tanıklara soru yöneltebilmektedir (CMK m.201). Bunun dışında ortaya konulan her delilden sonra taraflara söz hakkı verilmesi güvence altına alınmış; bu şekilde ortaya konulan deliller hakkında tarafların karşılıklı olarak görüş beyan edebilmesi ve bu şekilde tam bir çelişmenin sağlanması amaçlanmıştır (CMK. m.215,216).

6.2.2. Gizli Belge İncelemesinin Çelişmeli Muhakeme Bağlamında Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ceza muhakemesinde kural olarak tüm deliller tarafların huzurunda ortaya konulur ve tartışılırlar. Böylelikle tarafların karşılıklı çelişmesi sonucu deliller en iyi şekilde değerlendirilerek, maddi gerçek en doğru haliyle ortaya konulmaya çalışılır. Ancak ceza muhakemesi kapsamında bazen devlet sırrı nedeniyle bir takım belge delillerinin mahkeme tarafından gizli incelenmesi kanuni düzenleme altına alınmış olabilir. CMK'nın 125. maddesinde de bu duruma ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hakimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hakim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir* (CMK

⁶⁶⁴ İnceoğlu, a.g.e., s.247 vd.

m.125/1,2).⁶⁶⁵ Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, 125. madde hükmü sadece hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanabilecektir.⁶⁶⁶

CMK'nın 125. maddesinde öngörülen hüküm, aşağıda incelediğimiz ve çelişmeli muhakemenin ayrılmaz bir parçasını oluşturan silahların eşitliği ilkesine aykırı düşmemektedir. Çünkü delil olacak belge, hem iddia hem de savunma makamına karşı gizli tutulmamaktadır. Bu bağlamda silahların eşitliği bakımından herhangi bir sorun yoktur. Tarafların delil olabilecek bir belgeyi hiç görmemelerine rağmen, söz konusu belgenin delil olarak kabul edilmesi, çelişmeli muhakeme ilkesine ise açık bir aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim tarafların görmedikleri bir belgenin üzerinde tartışmaları ve dolayısıyla birbiriyle çelişmeleri mümkün görünmemektedir. Ayrıca üzerinde tartışılmamış bir belge delilinin maddi gerçeği ne oranda yansıtacağı da ayrı bir sorundur.

Üçüncü bölümde tanıklara ilişkin kısımda, olayın delilinin tek tanıktan ibaret olması haline ilişkin anlatımlarımız belge delili bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda özellikle mahkumiyete ilişkin hükmün, tek veya esaslı dayanak noktasının gizli incelenmiş bir belge olması halinde, sanığın söz konusu belgeyi görüp inceleyememesi ve onun doğruluğunu test edememesi adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir. Çünkü böyle bir durumda mahkeme, sanık olmaksızın belge delilini inceleyecek ve onun devlet sırrı niteliğinde bilgiler içerdiğine kanaat getirirse sadece uyuşmazlık konusu olaya ilişkin kısımlarını tutanağa geçirecektir. Her ne kadar söz konusu belgenin içeriği kamusal menfaatlere zarar verebilecek nitelikte olsa da; bu usulle

⁶⁶⁵ Devlet sırrı tanımına CMK m.47/1'de yer verilmiştir. Buna göre; *açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, devlet sırrı sayılır.*

CMUK ise devlet sırrı içeren belgelere ilişkin olarak m.88'de bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, resmi dairelerdeki evrakın içeriğinin açıklanması veya evrakın mahkemeye teslimi için söz konusu dairenin en büyük amirinin izni gerekmektedir. Amirin izni yeterli görülmez ise ilgili bakanlığa müracaat edilebiliyordu.

⁶⁶⁶ Bu bağlamda 125. maddedeki düzenlemenin her suç bakımından uygulanması mümkün değildir. Söz konusu düzenleme, sadece alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar açısından uygulanabilecektir. Burada kanun koyucu devlet sırrıyla suçlulukla mücadele arasında bir denge kurmaya çalışmıştır. Kanun bir taraftan maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını engelleyen devlet sırrını mahkemeye karşı açık tutmuş; diğer taraftan da bunu sadece belli suçlar bakımından kabul ederek devlet sırrını kısmen de olsa korumuştur. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.465

incelenen ve uyuşmazlık konusu olayın tek veya esaslı delili olan belgeye dayanmak suretiyle mahkumiyete karar verilmesi, adil yargılanma hakkının açık bir ihlalidir.⁶⁶⁷

6.3. Silahlarda Eşitlik

6.3.1. Genel Olarak

Silahların eşitliği ilkesi ilk olarak Neumeister / Avusturya davasında uygulanmış ve o zamandan sonra hakkaniyete uygun yargılamanın en önemli gereklerinden biri olarak kabul edilmiştir.⁶⁶⁸ Özellikle ceza davaları bakımından silahların eşitliği ilkesi savunmanın iddia makamı ile eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunma konusunda makul olanaklara sahip olmasını güvence altına almaktadır.⁶⁶⁹

Sözleşme organlarınca muhakeme faaliyeti içindeki her işlem, davanın özelliğine göre, silahların eşitliği ilkesi bakımından ele alınmaktadır. Bir başka deyişle silahların eşitliği her somut olayda, onun özellikleri dikkate alınarak denetlenmekte⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ Söz konusu düzenlemeyi adil yargılanma hakkı bakımından sakıncalı bulanlar olduğu gibi; özellikle eski CMUK'taki hükümlerle karşılaştırıldığı zaman çok yerinde bulanlar da vardır:

CMK'nın 125. maddesindeki bu düzenleme, devlet sırrına ilişkin tanıklıkla ilgili 47. maddenin simetriği olup, aynı şekilde kapalı yargılamaya izin vermekte, savunma hakkını ve adil yargılanma hakkını ağır şekilde ihlal etmektedir. Diğer taraftan İYUK'ta bile (m.20/3) mahkeme tarafından idareden “*istenen bilgi ve belgeler devletin güvenliği ve yüksek menfaatlerine veya devletin güvenliği veya yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkinse, başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez*” hükmü yer almaktadır. Bir idari işlemin iptal edilip edilmeyeceğinin değil; bir insanın mahkumiyetine karar verilip verilmeyeceğinin kovuşturulduğu ceza davasında taraflara kapalı delil ikamesini getiren böyle bir hükmün uygulanabilir olmasını, hukuk devleti kavramlarıyla açıklamak mümkün değildir. Feyzioğlu, **CMK Değerlendirmesi**, s.37 vd.

CMUK m.88'deki düzenlemeye göre, devlet sırrı içeren belgelerin mahkemede incelenebilmesi için amirin veya bu yeterli görülmezse ilgili bakanın beyanı gerekliydi. bu hüküm devletçi anlayışı bir eserdir ve yargıyı son derece sakıncalı ekilde idareye muhtaç etmek suretiyle, ceza muhakemesinin temelinde yatan maddi gerçeğin araştırılması ilkesini idarenin insafına bırakmıştır. CMK'da CMUK'un bu devletçi anlayışı terkedilmiştir. İdarenin devlet sırrını takdir etme konusundaki yetkisi elinden alınmıştır. Bu düzenleme özellikle yolsuzlukla mücadele açısından son derece önemli olacaktır. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.464 vd.

⁶⁶⁸ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.212; Neumeister / Avusturya; **a.g.k.**; Silahların eşitliği ilkesi, muhakeme hukuku alanında ve özellikle ceza muhakemesinde son zamanlarda giderek artan bir popüleriteye sahiptir. İlke bu popüleritesini AIHM'nin bu alanda verdiği kararlara ve söz konusu ilkeyi muhakemenin temel ilkelerinden bir tanesi olarak kabul etmesine borçludur. Önceleri komisyon tarafından ortaya konulan bu hak, zaman içerisinde mahkeme tarafından da son derece fazlaca atfı yapılan bir hak olmuştur. Safferling, **a.g.m.**, s.182

⁶⁶⁹ Uluslararası Af Örgütü, **a.g.e.**, s.173; Qui statuit alliquid parte inaudita altera, Aequum liquet statuerit haud aequum fuit. - Diğer tarafı dinlemeden bir şeye karar veren kimse, eğer adil bir karar vermeliydiyse, adil hareket etmiş olmaz. “Wer etwas beschließt, ohne die andere Partei gehört zu haben, handelt nicht fair, selbst wenn er Faires beschlossen haben sollte.” Safferling, **a.g.m.**, s.181

⁶⁷⁰ Gölcüklü, **a.g.m.**, s.227

ve başvuru nedeni olan eşitsizliğin, gerçekten yargılamayı adaletsiz kılıp kılmadığına bakılmaktadır.⁶⁷¹

İlkenin sanıklar ile iddia makamı arasındaki şekli usuli eşitliği ifade eden ilk anlayış biçimi, 80'li yılların ortasında daha da geliştirildi. Mahkemenin, Borgers / Belçika kararında da vurguladığı şekliyle⁶⁷², modern anlayışa göre bu ilke, bir tarafın, olayı karşı tarafa karşı kendisini olumsuz bir pozisyona sokmayacak koşullar altında açıklayabilmesini ifade etmektedir.⁶⁷³

6.3.2. Eşitlik Bağlamında Genel Olarak Tarafların Yetkilerinin Değerlendirilmesi

Tarafların birbirleriyle eşit şartlar altında çelişmesi, ikinci bölümde de belirtildiği üzere, Anglo-sakson hukukunun taraf muhakemesini yansıtmaktadır. Bu nedenle, söz konusu ilkelerin Kıta Avrupa'sı hukukuyla bazı hallerde uyuşturulmasının zor olduğu bir gerçektir. Nitekim tarihsel nedenlere bağlı olarak kıta Avrupa'sı hukukunda savcı her zaman için savunmaya nazaran muhakeme açısından daha fazla yetkiye sahiptir.⁶⁷⁴

Bu itibarla kıta Avrupa'sı hukukunda silahların eşitliği ilkesi dar yorumlanır. Bu ilke kapsamında soruşturma evresinde şüpheli hakları ile savcının yetkileri arasında, süjellik sıfatlarından kaynaklanan farklı muhakeme rollerinin gereğini oluşturan farklılaşmalar ilkeye aykırı sayılmaz. Ancak muhakeme rollerinin gerektirdiği durumlar hariç, şüphelinin savcılık karşısında maksada uygun olmayacak şekilde olumsuz bir pozisyona sokulması, silahlarda eşitlik ilkesinin ihlalini oluşturacaktır.⁶⁷⁵ Buna karşı

⁶⁷¹ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.213

⁶⁷² Borgers / Belçika; Başvuru no: 12005/86 Karar tarihi:30.10.1991

⁶⁷³ Ambos, **a.g.m.**, s.24

⁶⁷⁴ Bunun yanında özellikle soruşturma evresinde dosya sanığa karşı gizlidir ve müdafie karşı da dosyanın gizli tutulması belirli şartlar altında hakimden istenebilmektedir. Ancak soruşturma dosyası, soruşturmayı yöneten kişi olarak her zaman savcının elinin altındadır. Ayrıca ne sanık ne de müdafii soruşturma evresinde tanıkların dinlenmesinde hazır bulunma yetkisine sahip değildirler.

Savcının, özellikle soruşturma evresinde, şüpheli ve müdafiiinden farklı yetkilere sahip olmasının nedeni, birer süje olarak savcıya, sanığa ve müdafiiine verilen muhakeme rollerinin farklılığıdır. Dolayısıyla anglo-sakson hukukundaki taraf muhakemesinde savcıya verilen muhakeme rolü ile kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde ona verilen rol birbirinden farklı olduğundan; kıta Avrupa'sı hukukunda hem savcı farklı yetkilere sahip olmakta hem de buna bağlı olarak çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin algılanışında farklılık ortaya çıkmaktadır. Schroeder, **Fair Trial**, s.96 vd.

⁶⁷⁵ AİHM'ye göre, silahların eşitliği ilkesinin gereği olarak, duruşma ve kanun yolu muhakemesi sırasında taraflara ilkesel olarak eşit muamele edilmelidir. Bu bağlamda savcı muhakeme sırasında sözlü dinleniyorsa, sanık veya onun müdafii de sözlü olarak dinlenmelidir. Aynı şekilde bir taraf dinlendiğinde

duruşma sırasında, iddia makamına tanınan haklarla savunmaya tanınan haklar arasında tam bir dengenin sağlanması gereklidir. Çünkü bu devre ile birlikte savcı süjelik görevinin getirdiği *yöneten* konumundan, taraf olma özelliğini çok daha belirgin ortaya koyan iddia eden konumuna gelmiş olur. Örneğin, kovuşturma devresiyle birlikte, eğer savunma bakımından soruşturma sırasında dosya üzerinde inceleme yapılmasına ilişkin bir sınırlama getirilmişse, tüm bu sınırlamalar otomatikman ortadan kalkar.⁶⁷⁶

AIHM de bu tür durumlara pragmatist yaklaşmakta ve usule ilişkin eşitsizliklerin gerçekten yargılamayı hakkaniyete aykırı hale getirip getirmediğine bakmaktadır.⁶⁷⁷ Eğer söz konusu eşitsizlik savunmayı hiçbir şekilde haksızlığa uğratmıyorsa adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmektedir.⁶⁷⁸

Uyuşmazlığın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir eşitlik olabilmesi için, tarafların davaya ilişkin bilgi ve belgelere ulaşabilmek bakımından da eşit imkanlara (yetkilere) sahip olması gerekir. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki, silahların eşitliği açısından önemli olan taraflardan birinin diğerine karşı avantaj sağlamamasıdır. Eğer her iki taraf da bir belgeye ulaşmamak bakımından eşit konumdaysa, bu durum silahların eşitliğine aykırılık oluşturmaz. Ancak hakkaniyete uygun yargılama altında yer alan diğer alt haklara aykırılık teşkil edebilir. Mahkeme, Feldbrugge / Hollanda kararında, başvuruçunun resmi bilirkişinin kararına ulaşamadığı bir uyuşmazlıkta, silahların eşitliği ilkesine herhangi bir aykırılık görmemiştir. Çünkü davanın diğer tarafı da aynı durumdadır. Eğer bilirkişi görüşü karşı tarafın aleyhine çıkmış olsaydı, karşı taraf da raporu görme ve yorumda bulunma imkanına sahip olmayacaktı. Ancak mahkeme, bu uyuşmazlık bakımından silahların eşitliğine aykırılık görmese de,

ve karşı tarafa yönelik iddialarını ileri sürdüğünde, diğer tarafa da bu iddialara karşı antitez ileri sürebilme imkanı tanınmalıdır. AIHM'ye göre, bu eşit silahlarla mücadeleye ilişkin hak sadece maddi soruna değil; aynı zamanda hukuki soruna ilişkin olarak da ortaya çıkmaktadır. Safferling, **a.g.m.**, s.182

⁶⁷⁶ Savcı süjelik görevinin gerektirdiği bir görev olarak soruşturma aşamasının yöneticisidir. Hatta soruşturma evresinde sahip olduğu geniş yetkiler nedeniyle kendisine soruşturmanın efendisi denildiği de görülmektedir. Ancak, soruşturma tamamlanıp kovuşturma evresine geçilmesiyle birlikte savcı bu yöneten konumundan ayrılarak, tam bir iddia eden konumuna gelir. Kovuşturma evresinin yönetimi ise tamamen mahkemeye ait bir görevdir. Bu konuda bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.345

⁶⁷⁷ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.227

⁶⁷⁸ Kremzov / Avusturya; Başvuru no: 12350/86 Karar tarihi: 21.09.1993; Bu davada başvuruçunun ileri sürdüğü hususlardan birisi, savunmanın kanun yoluna başvurusu için kısa bir zaman dilimi tanınırken, yüksek mahkeme savcısının mütalaasına ilişkin herhangi bir zaman sınırlamasının bulunmamasıdır. AIHM bu konuya ilişkin kararında, yüksek mahkeme savcısının davayı savunmadan çok daha sonra, kanun yolu aşamasında öğrenip tanıma imkanı olduğunu bu nedenle daha fazla süreye ihtiyaç duyacağını vurgulamıştır. Ayrıca bu farklılık nedeniyle somut olayda savunmanın hiçbir haksızlığa uğramadığını kabul etmiş ve başvuruçunun şikayetini haklı bulmamıştır.

tarafının davaya tam olarak katılımı sağlanmadığından genel ilkeye ilişkin hakkın ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁶⁷⁹

Duruşma devresinde iddia makamı ile sanığın eşit yetkilere sahip olması bakımından CMK’da, silahların eşitliğine ilişkin ciddi sorunlar olduğu görülmektedir. Silahların eşitliğini sağlamaya yönelik olarak, iddia makamı gibi sanığın da duruşmada bulunmasının bir hak (aynı zamanda bir yükümlülük) olarak düzenlenmiş olması (CMK m.193) ve kovuşturma evresi ile birlikte müdafinin dava dosyasını ve koruma altına alınmış tüm delilleri sınırsız olarak inceleyebilmesine imkan tanınmış olması çok yerinde düzenlemelerdir.⁶⁸⁰ Ancak bu olumlu düzenlemelerin yanında, sanığın duruşma dosyasını inceleyebilme imkanının kanunda açıkça düzenlenmemiş olması⁶⁸¹ ve bazı duruşma işlemlerinin öne alınmasını ifade eden erken dinleme hallerinde, tutuklu sanığın bu işlemlerde bulunmasının mahkemenin takdirine ve zorunlu hallerin varlığına

⁶⁷⁹ Feldbrugge / Hollanda; Başvuru no:8562/79 Karar tarihi: 29.05.1986 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir. Kuipola / Finlandiya davasında ise, dava sırasında sanığın talebi üzerine polise hazırlattırılan ek soruşturma raporunun, savcılıkça, sanığın haberi olmaksızın ve savcılığın yorumu da eklenmek suretiyle mahkemeye sunulması silahların eşitliği açısından ele alınmıştır. Mahkemenin son kararında bu bilirkişi raporuna hiç yer vermemiş olmasına rağmen, AİHM bu durumu silahlarda eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. AİHM’ye göre taraflar arasındaki usuli eşitlik, bilirkişi raporuyla ilgili yorum getirme imkanının sanığa da tanınmasını gerektirmektedir. Ayrıca ek soruşturma yapılmasını da sanığın kendisi istemiş ve dava bakımından önemli görmüştür. Kuopila / Finlandiya; Başvuru no: 27752/95 Başvuru tarihi: 27.04.2000

⁶⁸⁰ CMK m.153’e göre; (1) Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. (2) Müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. (3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz. (4) Müdafî, Cumhuriyet Savcılığınca iddianamenin mahkemeye verildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.

Centel-Zafer’e göre, CMK’da koruma altına alınmış olan delillerin müdafî tarafından incelenip incelenemeyeceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak kovuşturma evresi bakımından bu yetkinin açıkça müdafîe tanınmış olması (CMK m.153/4), soruşturma evresi açısından bu konunun bilinçli olarak düzenlenmediğini akla getirmektedir. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.163

⁶⁸¹ “Müdafîi ya da vekili bulunmayan şüpheli ve sanığın veya suçtan zarar görenin bizzatı dosyayı inceleme yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Kanımızca şüpheli ve sanığa veya suçtan zarar görene de bu yetki tanınmalıdır.” Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.672; Ancak kanunda açık düzenleme bulunmaması nedeniyle doktrinde birçok yazar müdafîi olmayan sanığın böyle bir yetkisinin olmadığı kanaatinde dirler. Bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.483; Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.157; Kanunda açıklık olmasa da kanaatimizce savunma hakkının önemli gereği olan sanığın dosyayı inceleme yetkisinin AİHM içtihatları doğrultusunda şüpheli ve sanığa tanınması gerekir. Zaten soruşturmanın gizliliğini düzenleyen CMK’nın 157. maddesinde “savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla” ifadesine yer verilmiştir. Özellikle müdafîi olmayan şüpheli veya sanığın dosyayı inceleyememesinin savunma hakkını açıkça kısıtladığı ortadır. Bu bağlamda soruşturma evresinde şüpheliye bu hak tanınmalıdır. Soruşturma evresinde şüpheliye tanınan bu hakkın kovuşturma evresinde tanınmaması da düşünülmemeyeceğinden aynı durumun duruşma bakımından da geçerli olduğu açıkça söylenebilir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için yukarıda bkz. III. Bölüm, 3.3. Savunmayı Hazırlamak İçin Gerekli Kolaylıklara Sahip Olma

bağlı tutulmasının (CMK m.181/3) silahların eşitliği ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını önemli ölçüde zedelediğini belirtmek gerekir.

6.3.3. Delil İkame Etme ve İkame Edilen Deliller Hakkında Görüş Beyan Etme Bakımından Eşitlik

6. maddede açıkça belirtilmese de, silahların eşitliği ilkesi kapsamında ortaya çıkan diğer bir önemli hak da, delil ikame edebilme ve karşı tarafın ortaya koyduğu deliller hakkında görüş beyan edebilmeye ilişkin haktır. Bu hak, tanıklara ilişkin olarak 6. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinde açıkça güvence altına alınmıştır ve bu bent, 6. maddede silahların eşitliği ilkesini, tam olarak olmasa da, en açık ortaya koyan düzenlemedir.⁶⁸² Ancak deliller sadece tanıklardan ibaret değildir. Bunun dışında ispat bakımından önem taşıyan belge ve belirti delilleri de söz konusudur ve sanığın tüm bu delillerin güvenilirliğini test etme yetkisi hakkaniyete uygun yargılanmanın bir gereğidir.⁶⁸³ Her ne kadar 6. maddenin 3. fıkrasının (d) bendinin, kıyas yoluyla diğer deliller bakımından uygulanabileceği ileri sürülebilirse de; söz konusu bentte sadece iddia tanıklarından söz edilmesi nedeniyle, diğer deliller bakımından konuyu çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği altında incelemeyi uygun bulduk. Nitekim mahkeme de tanıklar haricindeki deliller bakımından 1. fıkraya gönderme yapmakta; ancak konuyu ele alırken 3. fıkranın (d) bendi ile bağlantı kurmaktadır.⁶⁸⁴

Sözleşme organları bir uyuşmazlığa ilişkin delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin ilgili olup olmadığına karar verme bakımından esas itibarıyla ulusal mahkemelerin yetkili olduğunu kabul etmekte; ancak delillerin reddedilmesinin

⁶⁸² Ambos, **a.g.m.**, s.37

⁶⁸³ Bu bağlamda, tanıklara soru sorma hakkı da, 3. fıkranın (d) bendindeki kapsamdan daha geniş anlaşılır. Bir başka deyişle soru sorma hakkı, sadece iddia makamının tanıklarına soru sormaktan daha geniş kapsamlı olarak, sanığın kendi gösterdiği ve tarafsız tanıklara da soru sormasını kapsar şekilde bir anlam ifade eder. Çünkü silahların eşitliği tüm deliller bakımından gerekli ve geçerli bir ilkedir. Ambos, **a.g.m.**, s.38 vd

⁶⁸⁴ Bönish / Avusturya; Başvuru no: 8658/79 Karar tarihi: 06.05.1985 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

CMK'da sanığın kendi tayin ettiği taraf bilirkişisinden (kanunun ifadesiyle bilimsel mütalaa almak üzere bir uzmandan) faydalanmasına imkan tanınmıştır. Nitekim m.67/6'ya göre; *Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.*

yargılamayı açıkça hakkaniyetsiz duruma getirdiği hallerde bu hususu göz önünde bulundurmaktadır.⁶⁸⁵

Delil ikame etme hakkı, iddia makamı karşısında sanığın, eşit imkanlara sahip olabilmesi bakımından da büyük önem arzeder. Nitekim iddia makamı sanığın suçluluğunu ispat etmek için her türlü delili rahatlıkla ortaya koyma imkanına sahipken, sanığa bu konuda karşı taraftan farklı sınırlamaların getirilmesi, duruşma salonundaki düellonun eşit silahlarla gerçekleştirilmesini engelleyecektir. Her ne kadar, devlet organları karşısında daha zayıf durumda bulunan sanık lehine, istisnai olarak bu eşitliğin bozulması makul karşılanabilirse de, tam aksine onun aleyhine olarak bu eşitliğin bozulması hiçbir şekilde kabul edilemez.

AİHM, bilirkişi tayin etme ve taraf bilirkişisinin diğer bilirkişilerle duruşmada eşit haklara sahip olması bakımından konuyu Bönish / Avusturya davasında ele almıştır. Bu olayda, mahkeme tarafından tayin edilen ve iddianamedeki suçlama lehine görüş açıklayan bilirkişinin duruşma boyunca sürekli hazır bulunmasına izin verilirken, sanık tarafından atanan taraf bilirkişisi (teknik müşavir) bir tanık muamelesine tabi tutulmuştur. Bu konuyu inceleyen AİHM, söz konusu uygulamanın, silahlarda eşitlik ilkesinin zedelenmesi bağlamında adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.⁶⁸⁶

Delil ikame etme bakımından şunu da belirtmek gerekir ki, bu hak istisnasız olarak kabul edilmiş bir hak da değildir. Nitekim sanık kendisine savunmasını gerektiği şekilde yapabilsin ve lehine olan hususları rahatlıkla ortaya koyabilsin diye tanınan bu hakkı, kötüye kullanabilecek, duruşmayı uzatmak bakımından gereksiz delil ikamesi talepleri olabilecektir. Bu itibarla AİHM bu hakkı mutlak olarak kabul etmemiştir. Sanığın ikame etmek istediği her delilin kabul edilmesi gerekmez; ancak bu hakkın amaca uygun olmayan şekilde bu hakkın kısıtlanması adil yargılanmanın ihlalini oluşturur. CMK'da da bazı hallerde delil ikamesinin reddedilmesi öngörülmüştür. Nitekim CMK m.206/2'ye göre; a) *Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse*, b) *Delil*

⁶⁸⁵ Barbera, Messeque ve Jabordo / İspanya; Başvuru no: 10590/83 Karar tarihi: 06.12.1988 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir.

⁶⁸⁶ Bönish / Avusturya, **a.g.k.**; Almanya'da bir Yüksek Eyalet Mahkemesi de silahlarda eşitlik ilkesine dayanarak, *savcının çok sayıda kendisine yardımcı elemanı olduğuna göre, sanığın dosyasını avukat tarafından gönderilen yardımcısı da inceleyebilir*, şeklinde bir karar vermiştir. Schroeder, **Fair Trial**, s.100

ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa c) İstem, sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa ortaya konulması istenilen bir delil reddolunur.

Delil ikame etmek haricinde, karşı tarafın ortaya koymuş olduğu deliller hakkında da sanığın görüşünü beyan edebilmesine ve bunlardan kendi lehine olan hususları ortaya koymasına imkan tanınması gerekir. Çünkü iddia makamının ileri sürdüğü bir delil de farklı açılardan ele alındığında sanık lehine sonuçlar doğurabilecektir. Aynı şey mahkemenin re'sen ortaya konulmasını istediği deliller bakımından da geçerlidir.

CMK'da duruşma devresine ilişkin olarak, delil ikame edebilme ve ortaya konulan deliller hakkında görüş beyan edebilme bakımından sanığa gerekli imkanların tanındığı görülmektedir. Nitekim mahkemece davet edilmeyen tanıkların doğrudan duruşmaya getirerek onların dinlenmesini sağlama yetkisi sanığa verilmiş (CMK m.178), hakim vasıtasıyla tanıklara bilirkişilere ve duruşmaya katılan diğer kimselere soru yöneltebilmesi kabul edilmiş (CMK m.201), duruşma sırasında tüm deliller ortaya konduktan sonra onlar üzerinde yorum yapma imkanı tanınmıştır (CMK m.215,216).

6.3.4. Korunmaya Muhtaç Sanığa Tanınan Bazı Ayrıcalıkların Değerlendirilmesi

Bu konuda belirtilmesi gereken bir diğer husus da silahların eşitliği ilkesinin temel amacının sanığı korumak olduğu ve bazen eşit silahlara sahip olmanın onun açısından adil olmayabileceği hususudur. Bu itibarla muhakeme salonunda gerçekleştirilen düelloda, sanık lehine bazen silahların eşit olması ilkesine istisna getirilebilecektir. Nitekim bir tarafta hukuk eğitimi almış, belirli bir staj süresi geçirmiş ve çoğu kez yılların getirdiği bir muhakeme tecrübesine sahip savcı bulunurken, onun karşısında genellikle bu niteliklerle uzaktan yakından alakası olmayan sanık bulunmaktadır. Bu bakımdan bu iki farklı konum ve birikimdeki insanı tam olarak eşit silahlara sahip kılmak ve aralarındaki düelloya müdahale etmemek, sanık açısından istenmeyen olumsuz sonuçlar doğurabilecektir.

Bu nedenle savcıya yetkilerinin hatırlatılmamasına rağmen, sanığa sahip olduğu hakların mahkeme tarafından hatırlatılması muhakemenin adil bir şekilde yürütülmesi bakımından gerekli bir husus olarak kabul edilmiştir. Hatta çoğu kez kanunlarda,

şüpheliye haklarının hatırlatılmasına ilişkin bu bildirim yükümlülüğünün, soruşturma sırasında savcılık ve kolluk görevlileri bakımından da kabul edildiği görülmektedir.⁶⁸⁷

Bu bağlamda CMK'da da duruşma devresine ilişkin birçok hakkın sanığa hatırlatılmasının düzenleme altına alındığı görülmektedir. Örneğin; *176. maddede belirlenen süreye uyulmamış ise duruşmaya ara verilmesini istemeye hakkı olduğu sanığa hatırlatılır* (CMK. m.190/2)⁶⁸⁸. Mahkemedeki sorgusundan önce, *sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu ve 147. maddede belirtilen diğer hakları bildirilir* (CMK. m.191/3/c).⁶⁸⁹

7. SORGU HAKKI VE DURUŞMA

Sorgu hakkı, sözleşme organlarınca 6. maddenin 1. fıkrasında yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından içtihatlar vasıtasıyla çıkarılan haklardandır. Bu hakkın, daha önce ele alınan iki önemli hak olan silahların eşitliliği ve 3. fıkranın (b) bendinde düzenlenen kendi kendini savunma hakkıyla iç içe olduğu görülmektedir. Çünkü yargılama makamı önünde sorgulanıp kendisine yöneltilen suçlamalara yanıt verme imkanına sahip olmayan sanığın, ne iddia makamı ile eşit silahlara sahip olduğu ne de kendi kendini savunma hakkı olduğu söylenebilecektir.⁶⁹⁰ Ceza muhakemesi açısından bu hak, her şeyden evvel bir suç isnadı altında olan kimsenin hakim önünde sorgulanmasını ifade eder. Bunun dışında ayrıca fiili ve hukuki konularda görüş bildirme yetkisinin sanığa tanınmasını da içerir.⁶⁹¹ Bireyler bakımından arzettiği öneme binaen sorgu hakkının kutsal bir hak olduğunu iddia eden yazarlar da vardır.⁶⁹²

⁶⁸⁷ Bu konuda bkz. Schroeder, **Fair Trial**, s.104 vd.

⁶⁸⁸ CMK m.176/4'e göre, sanığa çağrı kâğıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir.

⁶⁸⁹ CMK m.147'deki düzenlemeye göre susma hakkı dışında; *müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır.*

⁶⁹⁰ Yargılama bakımından sadece bir tarafın dinlenmesi, kimsenin dinlenmemesi, tek yönlü karar verilmesi demektir. Bu bağlamda hukuki dinlenilme hakkı, bireylere haksızlığa karşı koyabilme imkanı tanır ve yargılama sonucunda doğru karar verilmesini güvenceler. Pekcanitez-Atalay-Özkes, **a.g.e.**, s.238

⁶⁹¹ Schroeder, **Fair Trial**, s.102

⁶⁹² Bu görüşün temel gerekçelerinden birisi ise gerek İslamiyet'te gerekse Hristiyanlıkta yer alan insanın cennetten çıkarılışına ilişkin açıklamalardır. Nitekim ilk insan Adem'in cennetten çıkarılışını anlatan gerek Kuran'da gerekse İncil'de metinler bulunmaktadır. Cennetten çıkarmadan önce Allah, Adem'e neden yasak meyveyi yediğini sormuş ve ona söz hakkı tanımıştır. Her iki dine göre de her şeyi bilen ve her şeyden haberdar olan yaratıcının buna rağmen kuluna fiiline ilişkin söz hakkı tanınması sorgu hakkının kutsal bir hak olduğunu ortaya koymaktadır. Yaratıcının dengi olmayan bir varlık olan insana tanıdığı bu hak öylesine önemli bir haktır ki, bunun eşitler arasında uygulanmaması kabul edilemez. Özkes, **a.g.e.**,

Bu hak kapsamında, sanık iddialar karşısında yargılama makamı tarafından sorgulanma, suçsuzluğunu ortaya koyabilme, kendisine yapılan isnatlara ilişkin hukuki ve fiili konularda görüş bildirme imkanına sahip olur. Bu bağlamda sanığın duruşma sırasında konuşması ve konuşmasının etkinliğini kaybedecek şekilde kesilmemesi, ortaya konulan her delilden sonra görüşünü bildirmesi ve duruşma sonunda son sözü söyleme hakkının ona verilmesi sorgu hakkının birer gereğidir.⁶⁹³

CMK'da duruşma bakımından, sorgu hakkının gereği olarak önemli güvenceler getirilmiştir. Sanığın duruşma sırasında sorgulanması (ve hatta sanık dinlenmeksizin istisnai durumlar dışında hüküm kurulamaması) düzenleme altına alınmıştır. Sorgunun sanık ve maddi gerçeğin bulunması bakımından arzettiği önem nedeniyle bu kuruma ilişkin düzenlemelerin de oldukça ayrıntılı olarak yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda sanığın sorgusundan önce yapılacak işlemler, hatırlatılacak haklar detaylı olarak düzenlenmiştir (CMK m.191/3).⁶⁹⁴ Ayrıca yukarıda da incelediğimiz üzere sanığın deliller ve muhakeme açısından diğer önemli hususlara ilişkin olarak müdafî aracılığıyla veya bizatihi olarak görüş bildirme hakkına yer verilmiştir. CMK. m.216/3'de hükümden önce son sözün hazır bulunan sanığa verileceğine ilişkin düzenleme de sorgu hakkının önemli bir yansımasıdır.⁶⁹⁵ Nitekim bu şekilde sanık, kendisi hakkında ileri sürülen tüm tez ve delilleri gördükten sonra, mahkeme önünde tüm bunlara karşı genel bir değerlendirme ve görüş bildirme olanağına sahip olmaktadır.

s.19 vd. ayrıca aynı eserde medeni usul hukuku açısından hukuki dinlenilme hakkının gereklerine ilişkin ayrıntılı bilgiye ulaşılabilir.

⁶⁹³ Bu hak temelde duruşmaya ilişkin olmakla birlikte, soruşturma sırasında yargılama makamınca verilen kararlar bakımından, şüphelinin dinlenmesi ve görüşünü kararı verecek yargılama makamı önünde ifade edebilmesini de içerir. Schroeder, **Fair Trial**, s.102

⁶⁹⁴ CMK m.191/3'e göre; "Duruşmada, sırasıyla; a) Sanığın açık kimliği saptanır, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır, b) İddianame veya iddianame yerine geçen belge okunur, c) Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu ve 147 nci maddede belirtilen diğer hakları bildirilir, d) Sanık açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildirdiğinde, usulüne göre sorgusu yapılır.

⁶⁹⁵ Duruşma sonunda son sözün sanığa verilmemesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur ve Yargıtay içtihatları ile ortaya konulduğu üzere CMK m.289/1/h bağlamında hukuka kesin aykırılık oluşturur. Bu bağlamda müdafîi konuştuktan ve sanığa ekleyeceği bir şey olup olmadığı sorulduktan sonra savcı yeniden söz alacak olursa, savcının dinlenmesinden sonra tekrardan savunmaya söz hakkı verilmeli ve yine duruşma sanığın son sözü söylemesi ile bitirilmelidir. Keskin, **Temyiz**, s.158, 201

Sanık adına müdafîi savunmada bulunsa bile, ekleyecek başka bir husus olup olmadığı sanıktan sorulmalı ve en son söz mutlaka sanığa verilmelidir. Yani son söz mutlaka sanığa verilecek hakim onun etkisine başka hususlar katılmadan karar verecektir. Bu usul kuralı buyurucudur ve savunmanın kısıtlanamayacağı ilkesinin doğal sonucudur.(CGK, 8.4.1991, E.1991/4-83; K.1991/113) **YKD**. 1992/2, s.264

8. DURUŞMADA HAZIR BULUNMA HAKKI VE DURUŞMA

8.1. Genel Olarak

Sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi, gerek doktrinde gerekse AİHM içtihatlarında, adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Sözleşme organları bu hakkı 6. maddenin 1. fıkrasındaki genel ilke olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından içtihatlar vasıtasıyla ortaya koymuşlardır. Duruşmada hazır bulunma hakkı, kısmen 6. maddenin 3. fıkrasının (c) bendinde düzenlenen *kendi kendini savunma hakkının* bir gereği olarak kabul edilip, söz konusu hak kapsamında değerlendirilebilir.⁶⁹⁶ Ancak sadece isnatlar hakkında savunmasını yapmak veya duruşma sonunda tüm sürece ilişkin fikrini söylemek dışında, sanığın tüm duruşma süresince her türlü işlemde bizatihi hazır bulunmasını ifade etmek bakımından bu hakkı ayrıca ele almanın uygun olduğu kanaatindeyiz.

Sanığın duruşmada bulunması kendisi açısından hem bir yükümlülük hem de bir haktır.⁶⁹⁷ Bu hak sanığın doğrudan doğruya savunmasını yapabilmesi açısından önem taşır.⁶⁹⁸ Nitekim sonucunda özgürlüğünün kısıtlanmasının söz konusu olabileceği yargılamayı izlemekte sanığa ait önemli bir menfaat söz konusudur. Sanık duruşmada hazır bulunabildiği sürece davaya aktif olarak katılabilecek, gerektiğinde delil gösterecek, müdafisine tavsiyelerde bulunacak veya gerektiğinde savunmasını bizzat kendisi yapacaktır.⁶⁹⁹ Ayrıca sanığın duruşmada bulunması cezanın bireyselleştirilmesi ve takdiri hafifletici sebeplerin doğru bir şekilde uygulanabilmesi için sanığın kişiliğinin ortaya konulmasında da önemli bir rol oynayacaktır.⁷⁰⁰

⁶⁹⁶ Sanığın en çok savunmasını gerektiği gibi yapabilmek bakımından ihtiyaç duyacağı bu hak, 3. fıkrada yer alan diğer haklarla da yakından ilişkilidir. Bu bağlamda “kendi kendini savunma” hakkının yanında, 3. fıkranın (d) bendinde düzenlenen “iddia tanıklarını sorguya çekme veya çektirme”, (e) bendinde yer alan tercümandan faydalanma haklarının, sanık duruşmada bulunmadığı takdirde nasıl kullanılacağını açıklamak gücüdür. İnceoğlu, **a.g.e.**, s.249

⁶⁹⁷ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.462

⁶⁹⁸ Keskin, **Temyiz**, s.156; Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.283

⁶⁹⁹ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.249

⁷⁰⁰ Sanığın duruşmada hazır bulunmasının iki açıdan büyük önemi vardır. Öncelikle hazır bulunan sanık savunma yapabilecek, hakkındaki isnatları çürütebilecektir. Öte yandan ise, TCK'nın cezanın bireyselleştirilmesinde hakime geniş yetkiler vermesi de göz önünde bulundurulduğunda hakimin takdir yetkisini kullanabilmesi ve vereceği kararın sağlıklı olması açısından da sanığı görmesi önem arz etmektedir. Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.791 vd.; Şahin, **CMK Gazi Şerhi**, s.570

Yargıtay da bir kararında, sanığın duruşmada bulunmasının, savunma hakkının, duruşmanın yüze karşı olmasının ve cezanın kişiselleştirilmesi bakımından büyük önem arz ettiğini ve bu ilkelerin doğal sonucu olduğunu ifade etmiştir. (CGK. 15.3.2005; 9-20/27) Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.792

Sözleşme organları sanığın keyfi olarak duruşmada hazır bulunmasının engellenmesi halinde, adil yargılanma hakkının genel ilkeye aykırılık dolayısıyla ihlal edildiğine hükmetmektedirler. Ayrıca sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi için uygun ortamın oluşturulması da taraf devletlerden yerine getirilmesi beklenen bir yükümlülüktür.⁷⁰¹

CMK'da da sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi hem bir hak hem de yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda sanık, muhakemenin yapılabilmesi için duruşmada hazır bulunması gereken kimselerdendir.⁷⁰² CMK m.193'e göre; *kanunun ayırık tuttuğu haller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir.*

Sanığın duruşmada bulunması onun açısından ne kadar çok önem arzetsede de, mutlak olarak kabul edilmiş bir hak değildir. Bunun istisnaları söz konusu olabilir. Bunlar aşağıdaki başlıkta ayrıca ele alınıp incelenecektir.

8.2. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkının İstisnaları

8.2.1. Genel Olarak

Sanığın duruşmada hazır bulunması mutlak bir hak değildir. Sözleşme organlarının değişik kararlarında da konunun bu şekilde ele alındığı ve duruşmada hazır bulunma hakkına ilişkin bazı istisnaların makul karşılandığı görülmektedir. Örneğin sanığın duruşma düzenini bozması veya kimliği gizli tutulan tanığın dinlenmesi, tanığın korkutulması kaygısı gibi özel durumların varlığı halinde, bu hakka istisnalar getirilmesi kabul edilmiştir.⁷⁰³

Kişinin kendi rızasıyla duruşmalara katılmaması genel kural olarak adil yargılanma hakkını ihlal etmez. Ayrıca sözleşme organları, sanığın, duruşmada uygunsuz hareketlerde bulunması ve duruşma disiplinini bozması nedeniyle duruşma salonundan çıkartılması hallerinin de adil yargılanma hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir.⁷⁰⁴ Bunun yanında sanık kendi kusuruyla duruşmada uzun bir süre hazır

⁷⁰¹ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.249 vd.

⁷⁰² Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.521

⁷⁰³ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.249 vd.

⁷⁰⁴ Schroeder, **Fair Trial**, s.108

bulunmamışsa ve yokluğunda duruşma yapılmışsa bu durumda da duruşmaya devam edilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal etmediği kabul edilmektedir.⁷⁰⁵

Bu bağlamda CMK'da da sanık bulunmaksızın duruşma yapılabilecek haller kanuni düzenleme altına alınmıştır. Bu haller aşağıda başlıklandırılarak incelenecektir.

8.2.2. Duruşmadan Bağışık (Vareste) Tutulma

Bağışık tutma, sanığı duruşmada hazır bulunma yükümlülüğünden kurtarmaktır.⁷⁰⁶ Sanık veya bu konuda özel yetkisi olan müdafii bağışık tutulmayı talep edebilirler (CMK m.196).⁷⁰⁷ Ancak mahkeme bakımından, bu talep üzerine bağışık tutulma kararı vermek gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Bu konuda mahkemenin takdir yetkisi bulunmaktadır.⁷⁰⁸ Bağışık tutulma, bütün suçlara ilişkin davalarda (davanın hangi mahkemede görüldüğünün bir önemi bulunmaksızın) mümkündür.⁷⁰⁹ Bağışık tutulmanın şartları genel olarak şu şekilde sıralandırılabilir:⁷¹⁰ a) Sanığın mahkemece sorgusunun yapılmış olması, b) Sanık veya sanık tarafından özel yetkilendirilmiş müdafinin talepte bulunması, c) Mahkemenin uygun görmesi

Bununla birlikte bazı hallerde sanığın sorgusunun istinabe yoluyla alınmasına da kanunun imkan tanıdığı görülmektedir.⁷¹¹ Nitekim CMK m.196/2-3'e göre; *Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir. Sorgu için belirlenen gün, Cumhuriyet savcısı ile sanık ve müdafiiine bildirilir. Cumhuriyet savcısı ile müdafinin sorgu sırasında hazır bulunması zorunlu değildir. Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur. Sorgu tutanağı duruşmada okunur.*

⁷⁰⁵ Peters, **a.g.m.**, 122

⁷⁰⁶ Yurtcan, **Ceza Yargılaması**, s.410

⁷⁰⁷ Bu talep duruşmadan önce yapıldığında, olumlu karar verilirse ve gerekiyorsa istinabeli sorgu ve hatta naipli sorgu duruşma hazırlığında yapılmalıdır. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.466

⁷⁰⁸ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.522

⁷⁰⁹ Yurtcan, **Ceza Yargılaması**, s.410

⁷¹⁰ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.793 vd.

⁷¹¹ CMUK m.226/4'e göre; *duruşmadan vareste 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 aracılığıyla yaptırılabilirdi.* Bu hüküm *talebi olmasa bile* maddede belirtilen durumda bulunan sanıkların duruşmada bulunmaktan vareste tutulmasını ifade etmekteydi. Bu hüküm çok yerinde davranılarak yeni kanuna alınmamıştır. Nitekim sanığı, sonucunda özgürlüğü bağlayıcı bir ceza alabileceği duruşmadan, rızası hilafına bağışık tutmak hem savunma hakkını hem de duruşmada bulunma hakkını zedeleyecek; bu bağlamda da adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturacaktır.

Ayrıca hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir (CMK m.196/5). Yurt dışında bulunan sanığın, belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu halinde, bu tarihten önce duruşma açılarak veya istinabe suretiyle sorgusu yapılabilir (CMK. m.196/6).

Kanaatimizce 196. maddenin 5. fıkrasında yer alan disiplin önlemi veya zorunlu diğer bir nedenle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışında bir tutukevine nakledilmiş olan sanığın, talebi olmaksızın duruşmadan bağışık tutulabilmesi adil yargılanma hakkını zedeler niteliktedir.⁷¹² Nitekim hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde devlet, ne kadar maliyetli olursa olsun sanığın duruşmalarda hazır bulunma isteğini yerine getirmek zorundadır. Kendisi hakkında yapılacak duruşma sonucunda bir takım cezai yaptırımlara tabi olabilecek bir kimsenin, rızası hilafına duruşmalarda bulundurulmaması, orada bulunmak ve isnatlara cevap vermek suretiyle kendisi üzerinden yürütülen muhakeme faaliyetine etki etme imkanını bulamaması kabul edilemez bir durumdur. Bu itibarla AİHM'nin mevcut içtihatları da dikkate alındığında, duruşmalarda hazır bulunmak isteyen kimsenin maliyet fazlalığı gibi makul olmayan bir takım nedenlerle duruşmalarda hazır bulundurulmaması savunma hakkının zedelenmesi ve adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilecektir.

8.2.3. Sanığın Duruşmadan Savuşması

Mahkeme, sanığın duruşmadan savuşmasını önlemek için gerekli tedbirleri alabilecektir. Ancak buna rağmen, mahkemeye gelen sanık savuşur veya ara vermeyi izleyen oturuma gelmezse dava yokluğunda bitirilebilir.⁷¹³ Bu bağlamda sorgusu yapılan sanığın duruşmada bulundurulması zorunlu değildir.⁷¹⁴ Ancak bunun için

⁷¹² Eğer burada disiplin tedbiri nedeniyle başka yere gönderilen sanığın duruşma disiplinini de bozabileceği düşünülmüşse, böyle bir önyargıyla savunma hakkının kısıtlanması kabul edilebilir değildir. Eğer böyle bir neden yoksa ve tutukevinin yargı çevresi dışında olması nedeniyle, sanığı duruşmaya getirmenin masraflı olabileceği düşüncesiyle böyle bir hüküm öngörülmüşse; bu da hukuk devletinde kabul edilebilir bir neden değildir. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere devlet olmak zor ve pahalı bir iş, hukuk devleti olmak ise çok daha zor ve çok daha pahalı bir iştir.

⁷¹³ Yurtcan **Ceza Yargılaması**, s.412

⁷¹⁴ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.524

sorguya çekilmiş sanığın artık duruşmada hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmemesi gerekir (CMK m.194).⁷¹⁵

Uygulamada yanlış olarak, özellikle hafif ceza gerektiren suçlar bakımından, sanığın sorgusu yapıldıktan sonra, sanığa artık gelmesine gerek bulunmadığı söylenmektedir. Sanık bir sonraki oturuma gelmediğinde de, bu hüküm uyarınca, sanığın yokluğunda yargılamanın devamı kararı verilip hüküm kurulmakta ve savunma hakkı kısıtlanmış olmaktadır.⁷¹⁶

8.2.4. Sanığa Yüklenen Suçun Yaptırımının Hafif Olması

CMK m.195'e göre; *suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hallerde sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılır. Bu ihtarın yapılmaması halinde, sanığın yokluğunda duruşma yapılması mümkün değildir.*⁷¹⁷

8.2.5. Sanığın Duruşmada Uygunsuz Davranışlar Sergilemesi

Sanık duruşma disiplinini bozarsa bu halde CMK. m.203/2 uyarınca duruşma salonundan çıkarılır. Bunun dışında ayrıca CMK m.204'e göre; *davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkarılır. Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse, oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir. Ancak, sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister. Oturuma yeniden alınmasına karar verilen sanığa, yokluğunda yapılan işlemler açıklanır.*⁷¹⁸

⁷¹⁵ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.795

⁷¹⁶ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.524

⁷¹⁷ Özbek, **a.g.e.**, s.796

⁷¹⁸ Bkz. Öztürk-Erdem, **a.g.e.**, s.101; Duruşma salonundan çıkartılan sanığa müdafii görevlendirilmesi, işletilmesi zor bir hükümdür. Bu işlem oturuma bir süre ara vermeyi gerektirmektedir. Bu bağlamda hükmün gereği gibi uygulanabilmesi için baroların, özellikle büyük şehirlerdeki adliye binalarında sürekli avukat bulundurmaları gerekebilir. Kaldı ki, görevlendirilen müdafii, yargılama konusu hakkında hiçbir bilgiye sahip değildir. Bu nedenle dosyayı incelemek için süre talep edebilecektir. Bu talep de oturuma ara verilmesini gerektirebilir. Şahin, **CMK Gazi Şerhi**, s.586 vd.

8.2.6. Diğer Haller

Yukarıda saydığımız nedenler dışında; a) toplanan delillere göre sanık hakkında mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa (CMK m.193/2), b) sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birinin veya bir tanığın gerçeği söyleyemeyeceğinden endişe edilir ve bu nedenle sanığın dışarı çıkartılması gerekirse, c) sanık kaçak durumdaysa (CMK m.247), d) devlet sırrına ilişkin açıklamalarda sanığın dışarı çıkartılmasına gerek duyulursa (CMK m.47) da sanığın yokluğunda duruşma yapılabilir.⁷¹⁹

9. SUÇLULUĞUN HUKUKA UYGUN DELİLLERLE İSPAT EDİLMESİNE İLİŞKİN HAK VE DURUŞMA

Delil (kanıt, ispat vasıtası), yargılamanın konusu olan olayı temsil eden ve olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçları ifade eder.⁷²⁰ Bu bağlamda deliller muhakemenin önemli bir süjesi olan yargıcın karar kaynaklarını oluşturur.⁷²¹ Günümüz ceza muhakemesinin temelinde yer alan vicdani delil sisteminin en başta gelen özelliği, mahkemenin delilleri serbestçe değerlendirebilmesidir. Bu bağlamda ceza muhakemesinde kural olarak her şey delil olabilir. Ancak bu kabul edişin hukukun temel ilkelerine ters düşmemesi ve objektif açıdan bakıldığında haklı görünmesi gerekir.⁷²² Dolayısıyla her sanık, kural olarak, sadece hukuka uygun yollarla elde edilmiş delillere dayanılmak suretiyle mahkum edilebilir.

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda temel olarak, iki farklı sistem söz konusudur. Birinci sisteme göre tüm hukuka aykırı delillerin değerlendirmesi yasaktır ve bu durum mutlak değerlendirme yasağı olarak ifade edilir. İkinci sisteme göre ise, kullanılan bir takım ölçütlere göre bazı hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasakken bazılarının değerlendirilmesi serbesttir. Bu durum ise nispi değerlendirme yasağı olarak ifade edilmektedir.⁷²³ Anglo-amerikan ceza adaleti

⁷¹⁹ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.283; Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s.796

⁷²⁰ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.181

⁷²¹ Toroslu-Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.168

⁷²² Feridun Yenisey, “İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi”, Friedrich-Christian Schroeder / Feridun Yenisey / Wolfgang Peukert, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, 1999), s.133

⁷²³ Hukuka aykırı deliller konusunda, hukuka aykırı delil elde etme yasağı ve hukuka aykırı delilleri değerlendirme yasağı şeklinde ikili bir ayırım yapılabilir. Nitekim bir delili hukuka aykırı elde etmekle, onu değerlendirip değerlendirmemek farklı şeylerdir. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.551; Hukuka aykırı delil

sisteminde, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen tüm delillerin değerlendirilmesi mutlak olarak yasaktır ve bu yasağın amacı kolluk görevlilerini disipline etmektir. Buna karşın kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde ise, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmemesinin amacı bireysel hakları korumaktır. Bu bağlamda kıta Avrupa'sında sanık haklarını önemli ölçüde etkilemeyen delilleri kullanma imkanı vardır. Bir başka deyişle nispi bir değerlendirme yasağı söz konusudur.⁷²⁴ Hukuk sistemimiz kıta Avrupa'sı hukuk sistemine dahil olmakla birlikte, delil yasakları konusunda Anglo-amerikan hukuk sistemindeki mutlak delil değerlendirme yasağına ilişkin ilke kabul edilmiştir.⁷²⁵

Hukuka aykırı delillerin akıbetine ilişkin AİHS'nin 6. maddesinde açık bir hüküm bulunmamaktadır. AİHM'nin bu tür delillere dayanmak suretiyle kurulmuş hükümlerin adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiği şeklindeki kararlarındaki genel dayanak noktasını ise birinci fıkrada yer alan genel ilke oluşturmaktadır. Ancak burada söz konusu olan deliller, işkence ve diğer kötü muamelelerle elde edilen deliller haricindekilerdir. Nitekim işkence ve diğer kötü muameleler vasıtasıyla elde edilen delillerin değerlendirilmesinin, AİHM tarafından 6. maddenin 2. fıkrasındaki suçsuzluk karinesine dayanılmak suretiyle adil yargılanma hakkına aykırı bulunduğunu, suçsuzluk karinesine ilişkin açıklamalarımızda belirtmiştik.⁷²⁶

AİHM, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinin adil yargılanma ilkesi bakımından aykırılık oluşturduğunu, kararlarında net bir şekilde ortaya koymuş değildir. Bir başka deyişle mahkeme, hukuka aykırı deliller bakımından mutlak değerlendirme yasağını kabul etmemektedir.⁷²⁷

Bu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, AİHM delil yasakları konusunda ikili bir ayırım yapmaktadır. Eğer işkence gibi kötü muameleler sonucu elde edilen bir delilin elde edilmesi söz konusuysa, bunu mutlak şekilde adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmektedir. Ancak işkence gibi kötü muameleler dışındaki delil yasakları bakımından değişik ölçütlere başvurarak adil yargılanma hakkının zedelenip

kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ersan Şen, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1998), s.20 vd.

⁷²⁴ Öztürk, **Delil Yasakları**, s.9; Delil yasakları ve sistemler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997), s.249 vd.

⁷²⁵ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.558

⁷²⁶ Bkz. III. Bölüm, 7.4. *Suçluluğun Yasal Olarak Sabit Olması* Şartının Önemi

⁷²⁷ Schroeder, **Fair Trial**, s.114;

zedelenmediğini kontrol etmekte, bu bağlamda nispi bir değerlendirme yasağı kabul etmektedir.⁷²⁸ Nispi değerlendirme yasağına ilişkin değerlendirme yaparken AİHM, delilin elde edilmiş biçimi, onun hüküm kurulurken oynadığı rol ve yargılamanın bütününe hakkaniyete aykırı hale gelip gelmediği konularında toplu bir değerlendirme yaparak sonuca ulaşmaktadır.⁷²⁹ Ayrıca maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasındaki kamu yararıyla, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için sanığın kişilik haklarına verilen zararın karşılaştırılması ve ağır basan taraf yönünde karar verilmesi söz konusu olmaktadır.⁷³⁰ Bu bağlamda örneğin özel yaşamın gizliliğine aykırı olarak toplandığı iddia edilen delil, mahkumiyet sadece veya esas olarak bu delile dayanmıyorsa ve çelişmeli bir biçimde ele alınıp, başvuru tarafından güvenilirliği konusunda itiraz edilebiliyorsa, adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olmayabilmektedir.

AİHM'nin hukuka aykırı deliller konusunda mutlak değerlendirme yasağını kabul etmemesinin en önemli nedenlerinden birisi, taraf devletlerde hukuka aykırı deliller konusunda ortak bir yaklaşımın olmamasıdır. Ayrıca sözleşmede delillere hukuka aykırı delillerin akıbetine ilişkin açık hükümlerin olmaması da bir diğer önemli etmendir. Bu bağlamda sözleşme organları hukuka aykırı deliller konusunu daha çok bir iç hukuk sorunu olarak ele almaktadırlar.⁷³¹

⁷²⁸ Üzülmöz, **a.g.m.**, s.67

⁷²⁹ İnceoğlu, **a.g.e.**, s.278

⁷³⁰ Üzülmöz, **a.g.m.**, s.67

⁷³¹ Teixeria de Castro / Portekiz davasında suç faaliyetini pasif bir biçimde davranarak soruşturan gizli ajan ile bir suçun işlenmesini teşvik etmek gibi bir etki yapan ajan provokatör arasında ayırım yapılmıştır. Söz konusu davada iki gizli ajan uyuşturucu bağımlısı gibi davranarak başvuru evini ziyaret etmiş ve kendilerine eroin sağlanmasını talep etmişlerdir. Başvuru evinde eroin yoktur. Başka bir adrese gidip oradan eroin satın almıştır. Başvuru tutuklanmış ve mahkum edilmiştir. Bu davada AİHM, başvuru daha önce bir suç kaydının olmamasını ve bir yargıç tarafından karar verilip gözetim altında tutulan bir uyuşturucu trafiği operasyonunun mevcut olmamasını dikkate almıştır. Ayrıca iki polis memurunun başvuru suç teşkil eden eylemlerini pasif bir biçimde soruşturduklarını, suçun işlenmesini teşvik edici bir biçimde bir etki oluşturduklarını belirterek, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Teixeria de Castro / Portekiz; Başvuru no: 25829/94 Karar tarihi:09.06.1998

Schenk / İsviçre davasında ise, karısını öldürtmek üzere bir kiralık katil tuttuğu iddia edilen başvuru, kiralık katil ile konuşması yine kiralık katil tarafından kaydedilmiş ve başvuru karısı ile birlikte yetkili mercilere teslim edilmiştir. Ulusal mahkeme, insan öldürme suçlarında maddi gerçeği ortaya çıkarmadaki yararın, başvuru kişilik haklarının korunmasındaki yarardan daha fazla olduğunu vurgulayarak, delilin hüküm verilirken kullanılmasında sakınca görmemiştir. Önüne gelen bu davada AİHM, hukuka aykırı yollardan üçüncü kişi tarafından elde edilip, yetkili, mercilere teslim edilen ve sanık aleyhine olan kaset kaydının delil olarak kabul edilmesini adil yargılanma hakkına aykırı görmemiştir. Schenk / İsviçre; Başvuru no: 10862/84 Karar tarihi: 12.07.1988 Kararın Türkçe çevirisine <http://ihami.anadolu.edu.tr/> adresinden ulaşılabilir. Kararların yorumu için ayrıca bkz. İnceoğlu, **a.g.e.**, s.278 vd.

Hukuk sistemimizde hukuka aykırı delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi yönünden mutlak değerlendirme yasağı kabul edilmiştir. Anayasamızın 38. maddesinde hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin değerlendirilememesine ilişkin olarak, 2001 yılında 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, özel bir hüküm konulmuş ve böylelikle hukuka aykırı delillerin değerlendirilmemesi bireyler bakımından anayasal teminat altına alınmıştır. Söz konusu maddenin 6. fıkrasına göre; *kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*

CMK'da da aynı doğrultuda hükümlere yer verildiği görülmektedir. CMK m. 217/2'ye göre; *yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.* Bu düzenlemenin mefhumu muhalifinden, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillere dayanarak hüküm kurulamayacağı ortaya çıkmaktadır.⁷³² Madde gerekçesine bakıldığı zaman, kanun koyucunun bu hükmü doğrudan adil yargılanma hakkı ile bağlantılı olarak düzenleme gereği duyduğu ortaya çıkmaktadır.⁷³³

Ayrıca yasak sorgu yöntemlerine ilişkin özel bir düzenleme ise CMK'nın 148. maddesinde yer almaktadır. Buna göre de; *(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. (2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. (3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*

⁷³² Hukukumuzda mutlak delil değerlendirme yasağının ilk girişi, 1992 yılında, CMUK'ta bir takım değişiklikler getiren 3842 sayılı kanunla olmuştur. Bu kanunla birlikte ceza muhakemesi sistemimizde kendisine yer bulan mutlak delil değerlendirme yasağı, daha sonra CMK'da da benzer şekilde düzenleme altına alınmıştır. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s.556 vd.

⁷³³ Tasarının 226. maddesinde yer alan CMK 217/2'deki düzenlemenin gerekçesi şu şekildedir: "Maddenin son fıkrası, usul hukuku yönünden olağanüstü önem taşıyan ve adil yargılama ile bağlantılı bir ilkeyi belirtmektedir. İlke, delilin doğruluğunu, haklılığını hakkaniyete uygunluğunu sağlamak amacını gütmektedir. Böylece ister soruşturma ister kovuşturma evrelerinde olsun, hukuka aykırı olarak, örneğin, işkence, narko analiz, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne saldırılar yolu ile elde edilmiş deliller hükme esas alınamayacaktır.

...Son fıkra ayrıca, 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla Anayasanın 38 inci maddesinde yapılan değişikliğin Tasarıya yansıtılması niteliğindedir...

Ayrıca şu hususa işaret edilmelidir ki, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin geçersiz sayılacağı hâlleri sınırlandırmak amacı ile de, bazı hukuk sistemlerinde çaba gösterilmektedir: Söz gelimi İngiltere'de delilin geçersiz sayılması, ağır kusur, kabulünün davanın adilliğine, hakkaniyete zarar vereceği anlaşıldığı hâllerde söz konusu olmakta, yani mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmaktadır.

Anayasal hakları ihlâl suretiyle yapılmış soruşturma işlemlerinin geçersiz olduğunu kabul eden Amerika Birleşik Devletleri hukuku bu hususta iki sınırlama getiriyor: Kanuna aykırı eylemlere hedef kılınan kişi sanık değilse, kanuna aykırı olarak elde edilen delil geçersiz sayılmamaktadır. Delil, her ne suretle olursa olsun keşif olunacak idi ise geçerli sayılmaktadır." Şahin, **CMK Gazi Şerhi**, s.658

CMK'da hukuka aykırı bir delilin duruşma sırasında ikame edilmek istenmesi halinde mahkemenin ne şekilde davranacağına ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Bu bağlamda ikame edilmek istenen delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse, mahkemece reddedilecektir (CMK m.206/2/a).

SONUÇ

Hukuki anlamda hak, *hukuken bir şeyi yapmaya yetkili olmak ya da bir şeyi talep edebilmektir*. İnsan hakarı kavramı ise, insanların doğarken bir takım haklarla beraber doğdukları ve bunlara devlet tarafından müdahale edilemeyeceği düşüncesinin bir tezahürü olarak XVII. yüzyılda ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda insan hakları kavramı hukuktan değil, ahlakilik düşüncesinden kaynaklanır ve ahlaki bir takım değerleri ifade eder. İnsan haklarını, insanlığın belirli bir gelişme çağında teorik olarak bütün insanlara tanınması gereken ideal değerler listesi olarak tanımlayacak olursak; *temel haklar* terimi, insan hakları denilen ideal listenin devlet tarafından tanınmış bölümünü ifade eder. Temel bir hak olarak adil yargılanma hakkı ise, sanık bakımından yargılamanın uluslararası sözleşmelerle belgelenmiş ilkelere uygun bir şekilde yapılmasını ve onun haklarının korunmasını teminat altına alır. Adil yargılanma hakkı kavramının gelişiminde ve bugünkü anlamını kazanmasında büyük etkisi olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki unsurlar doğrultusunda bu hakka ilişkin şu şekilde bir tanım yapılabilir: *Adil yargılanma; bireyin, gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkıdır*.

İç hukukumuzda ceza muhakemesi bakımından adil yargılanma hakkının kaynakları; Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ceza Muhakemesi Kanunudur. Bu kaynaklar arasında AİHS'nin özel bir önemi vardır. Nitekim, 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hükümlerle, bir uyuşmazlığın çözümü sırasında, usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş olan *temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşme hükümleriyle kanun hükümleri arasında bir uyuşmazlık olduğu anlaşılırsa, uyuşmazlığın temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmenin hükümlerine göre çözüleceği* düzenlenmiştir. Her ne kadar adil yargılanma hakkını veya onun içeriğinde yer alan hakları teminat altına alan başkaca uluslararası sözleşmeler olsa da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini bunlar arasında daha özel bir konuma getiren husus, başvurular sonucunda

taraf devletlerin sözleşme hükümlerine uygun davranıp davranmadıklarını denetleyen bir yargılama mekanizmasının bulunmasıdır.

Bu maddede belirtilen hak ve ilkeler madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere tüm cezai ve medeni muhakemeler bakımından geçerlidir. Ancak medeni ve cezai muhakeme tabirinden anlaşılması gereken, taraf ülkelerin iç hukuklarında söz konusu uyuşmazlığı hangi muhakeme dalına ait kabul ettikleri değil; bilakis AİHM'nin bu konuya ilişkin geliştirdiği kıstaslara göre uyuşmazlığın hangi muhakeme dalına ait olduğudur. Bu itibarla bazı durumlarda bu hak ve ilkeler disiplin soruşturmaları bakımından da önem arz etmektedir. Şöyle ki, eğer disiplin soruşturması sonucunda faile, önemli derecede ağır bir özgürlüğü bağlayıcı ceza veriliyorsa, iç hukukta bu faaliyetin idari bir soruşturma olarak nitelendirilmesine önem vermeyen AİHM, bu durumda da 6. maddenin gereklerinin bireye tanınması gerektiği kanaatinde dir.

Ceza muhakemesi açısından 6. maddenin lafzına bakıldığında zaman, burada söz konusu olan hakların, sadece mahkeme önünde gerçekleştirilen muhakeme faaliyeti sırasında uygulanan, dolayısıyla sadece kovuşturma sırasında geçerli olan birer ilke oldukları sonucuna ulaşılabılır. Eğer sözleşme organları da sadece maddenin lafzına bakarak hareket etmiş olsaydı, sanık hakları en fazla savcı ve kolluk tarafından yürütülen soruşturma sırasında ihlal edildiği için, güvencenin çok fazla bir anlamı kalmayacaktı. Çünkü duruşma alenidir ve aleniyetin getirdiği bir denetleme vardır. Ancak soruşturma evresi bakımından aynı şeyler söylenemeyecektir. Bu nedenlerle AİHM verdiği çeşitli kararlarda, sözleşmede yer alan sanık kavramının iç hukuktaki anlamıyla değil, sözleşmenin bütünü açısından özerk bir kavram olarak yorumlanması ve anlaşılması gerektiğine dikkati çekmiştir.

Ceza muhakemesinde duruşma, mahkemenin delillerle, doğrudan doğruya temas edip maddi gerçeğe ulaşmaya çalıştığı en önemli devredir. CMK'daki düzenlemeler ışığında duruşmaya ilişkin bir tanım vermek gerekirse; duruşma, *duruşma hazırlığı devresinde belirlenen günde, madde ve yer yönünden yetkili mahkemede, mahkeme başkanı veya hakimin iddianamenin kabulü kararını okuyup duruşmayı açtığını açıklamayla başlayan, delillerin ortaya koyulup tartışılması suretiyle maddi gerçeğin bulunmaya çalışıldığı ve son sözün sanığa verilip duruşmanın sona erdiğinin açıklanmasıyla biten ceza muhakemenin en önemli devresidir.*

Duruşma devresinin amacı, *bireylerin haklarına saygılı olmak suretiyle, duruşmada ortaya konulan delillere bağlı olarak, maddi gerçeğin tespit edilmesi* olarak belirlenebilir. Duruşmanın amacına ilişkin bu kısa açıklamamızdan da anlaşılacağı üzere, ceza muhakemesi mutlak değil, bilakis maddi gerçeği bulmaya çalışır. Maddi gerçeğin doğruluğundan bir başka deyişle mutlak gerçeğe uygunluğundan şüphe etmek için akla ve mantığa uygun bir gerekçe gösterilemez. Buna rağmen maddi gerçeğin mutlak gerçek olmama ihtimali vardır. En azından muhakeme sonunda bulunan maddi gerçeğin, mutlak gerçeğe uygun olup olmadığının kesinlikle bilinebilmesi mümkün değildir. Çünkü maddi gerçek o konuda ulaşılabilecek en doğru bilgilere dayanmakla birlikte, tasavvur edilebilecek her türlü şüphe bertaraf edilmemiştir. Bertaraf edilen şüphe, gerekçeye dayanılarak ileri sürülmesi mümkün olan şüphedir.

Mahkeme duruşma devresinde cezai uyuşmazlığın maddi kısmını çözerken vicdani kanaatine göre karar verir. *Vicdani kanaat*; maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın, duruşma devresindeki muhakeme faaliyeti sonucunda, aklını rehber yaparak ve hukukun koyduğu usul ve esaslar içerisinde kalarak, maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheye yer vermeyen bir kanaattir.

Ceza muhakemesinde yargılama makamında vicdani kanaat oluşturulmaya çalışılırken süjeler tarafından kollektif bir faaliyet yürütülür. Bu bağlamda ceza muhakemesinde süje, kendine özgü bir statüsü bulunan, muhakeme süresince tek başına işlemler yapıp taleplerde bulunan ve bu faaliyetleri ile muhakemeyi hareket halinde tutan kişilerdir. Yaptığımız bu tanımdan hareketle ceza muhakemesinin duruşma devresinde görev alan süjeleri şu şekilde sayılabilir: *Hakim, Savcı, Sanık, Müdafî, Sanık Yardımcıları, Katılan ve Katılan Vekili*.

Özellikle ceza muhakemesinde hükmün özelliği onun kollektif verililişidir. Kollektif hüküm vermenin metodu ise, çelişme yöntemidir. Bu itibarla ceza muhakemesinde çelişme, iddia, savunma ve yargılama makamlarını işgal eden süjeler arasında ortaya çıkmaktadır. İddia makamı, ceza davasında tezi oluşturan isnadı ortaya koyar, savunma makamı savunmasını yapmak suretiyle antitezi oluşturur, yargılama makamı ise bu tez ve antitezin çarpışmasından senteze, bir başka deyişle gerçeğe ve hükme ulaşır.

Ceza muhakemesinin adil bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için gerekli sanık haklarından birisi olarak isnadı öğrenme hakkı AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (a)

bendinde açıkça güvence altına alınmıştır. Bu hak sanığın etkin bir savunma yapabilmesi açısından büyük önem arzeder. Çünkü sanığın suçlamalara ilişkin gerektiği şekilde ve etkin bir savunma hazırlayabilmesinin en önemli ön şartı, isnadın ne olduğu konusunda bilgi sahibi olmasıdır. Kovuşturmaya geçilmeden önce isnat edilen ve sanığa tebliğ edilen iddianamede yer alan fiillerin veya bu fiillere ilişkin hukuki nitelermelerin sonradan duruşma devresinde değişiklik göstermesi mümkündür. İşte tüm bu haller de sanığın isnaddan haberdar edilme hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu itibarla cezaya etki eden bu tür değişikliklerin savunmaya bildirilmesi ve savunma tarafının bu yeni durum uyarınca yeni bir savunma hazırlamasının mümkün kılınması adil yargılamanın önemli bir gereğidir.

6. maddenin 3 fıkrasında teminat altına alınan bir diğer hak da (b) bendinde düzenlenen savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkıdır. Kişinin mahkeme önünde sunacağı savunmasını gerektiği şekilde hazırlayabilmesinin öncelikli şartı bunun için gerekli zamana sahip olmasıdır. Kişinin gerekli zamana sahip olması ile kastedilen en basit anlamıyla, iddianamenin sanığa tebliği ile duruşma günü arasında çok kısa bir zaman aralığının bulunmamasıdır. Tanınması gereken makul zaman, belirli sabit bir süreyi değil; her somut olaya, uyuşmazlık dosyasının hacmine ve delillerin çeşitliliğine bağlı olarak değişen bir süreyi ifade etmektedir. Bunun dışında savunmasını bizzat veya müdafii yardımıyla hazırlaması sırasında, savunma bakımından önemli hususlarda, muhakemenin gidişatı açısından tehlike arz etmemek kaydıyla, sanığa her türlü kolaylığın sağlanması gerekir. Isnad altındaki kişiye gerekli kolaylıkların sağlanmasının başında onun dava dosyasının içeriğinde yer alan delilleri inceleme yetkisi gelmektedir. Silahların eşitliği ilkesinin de önemli bir gereği olan dosyayı inceleme hakkı, özellikle duruşma bakımından sanığa tanınması gerekliliği tartışmasız bir haktır. CMK, dosyayı inceleme yetkisini sadece müdafii bakımından düzenlenmiştir (CMK. m.153). Ancak kovuşturma bakımından bu hakkın muhakkak surette sanık bakımından da kabul edilmesi gereklidir. Her ne kadar soruşturmanın gizliliğine ilişkin bir kural olsa da, özellikle kovuşturma bakımından geçerli olan ilke aleniyettir ve ilgililerin kovuşturma sırasında dava dosyasını incelemesi hiçbir şekilde engellenmemelidir. Ayrıca sanığın dosyayı inceleyebileceğine ilişkin CMK'da açık bir hüküm olmasa da, bunu yasaklayan bir hüküm de yoktur. Bu itibarla savunma hakkı bakımından önemli olan bu hususun muhakkak sanığa tanınması

gerekir. Nitekim aksi uygulamalar savunmanın iddia karşısında zayıf kalmasına yol açacak ve muhakemede arzu edilen çelişmenin sağlanmasını imkansız kılacaktır. Bu nedenle böyle bir taleple karşılaşan mahkeme doğrudan, Anayasanın 90. maddesi gereği kanunlara göre üst norm olan AİHS'nin 6. maddesine dayanmak suretiyle sanığa bu hakkı tanıyabilecektir ve de tanınmalıdır.

AİHS m.6'nın 3. fıkrasının (c) bendine göre; suç isnadı altında bulunan kimse, *kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek* hakkına sahiptir. Savunma hakkının önemine binaen, isnat altındaki kişinin kendini savunma şekillerine ilişkin haklar bu bentte açıkça teminat altına alınmıştır. Bu düzenleme ile isnat altında bulunan kişi bakımından açıkça teminat altına alınan savunma şekilleri; *kendisini bizzat savunması, isteğe bağlı müdafiden faydalanmak suretiyle savunması ve zorunlu müdafiden faydalanmak suretiyle savunmasıdır.*

Tercümandan faydalanma hakkı, yargılamanın yapıldığı dili yeterince bilmeyen sanığın ücretsiz olarak bir tercümandan yararlanmasına ilişkindir ve 6. maddenin 3. fıkrasının (e) bendinde güvence altına alınmıştır. Sanığın, yargılamanın yapıldığı dili anlamadığı hallerde, etkin bir savunma yapabilmesi bir yana, basit bir şekilde kendisini savunması bile imkansızdır. Nitekim bu durumda olan kişi, kendisi aleyhine söylenenleri anlayamayacak, hakkında yapılan işlemlerden bihaber olacak ve dolayısıyla bunlara karşı da herhangi bir görüş ileri süremeyecektir. Sanığın yargılamanın yapıldığı dili anlayamaması veya konuşamaması iki nedenle ortaya çıkmaktadır. Birincisi, bir yabancıнын yargılanmasında olduğu üzere, herhangi bir engeli olmaksızın sanık yargılama dilini bilmiyor olabilir. İkincisi ise sanık sağır veya dilsiz yahut da hem sağır hem de dilsizdir ve bu engeline bağlı olarak yargılamanın yapıldığı dili anlamıyor ya da konuşamıyordu. Her iki durumda da adil yargılanma hakkı bağlamında sanığa bir tercüman atanması zorunludur.

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde teminat altına alınan *iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme* hakkı köken itibarıyla, anglo-sakson hukukundan gelen bir ilke olan *silahların eşitliği ilkesine*

dayanmaktadır. Sanığın iddia sanıklarına soru sorması ve bu şekilde onlarla yüzleşmesi savunma bakımından çok önemlidir. Nitekim sanık, bu şekilde tanık beyanlarının zayıf noktalarını ortaya koyup güvenilirliğinin test edilmesini sağlayabilecek, sorduğu sorularla kendi lehine sonuçlar ortaya çıkartabilecek ve yargılama makamının sadece iddianın ortaya koyduğu şekliyle olayı algılamasını önleme imkanına sahip olacaktır. Dolayısıyla olayın tek delili veya mahkumiyet hükmünün dayandığı esaslı bir delil olan tanık beyanının alınması sırasında sanığa, tanıkla yüzleşme ve ona soru yöneltebilme imkanının tanınmaması adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturacaktır. Bu bağlamda CMK’da yer alan erken dinleme, istinabe yoluyla tanık dinleme ve devlet sırrı nedeniyle gizli tanık dinlemeye ilişkin bir takım düzenlemeler adil yargılanma hakkı bakımından sorunlara neden olabilecek niteliktedirler. Ayrıca CMK’nın 61. maddesine göre, kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından çağrılan tanıklara tazminat ödenecektir. Ancak aynı maddede sanığın yanında getirdiği tanıklara tazminat ödenmesi hususu düzenlenmemiştir. Bu durum sanığın savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme hakkını ihlal edici niteliktedir kanaatindeyiz.

Suçsuzluk karinesinden faydalanmaya ilişkin hak, sözleşmenin 6. maddesinin 2. fıkrasında açıkça teminat altına alınmıştır. Buna göre, bir suçla itham edilen kimse, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar suçlu sayılamayacaktır. Bir başka deyişle, hakkında mahkumiyet hükmü verilinceye kadar, sanık hakkında işlem yapıp karar verilirken, onun baştan suçluymuş gibi kabul edildiği izlenimi veren gerekçelere dayanılamayacak, muhakeme boyunca ona bir suçludan farklı muamele edilecektir. Bunun dışında suçsuzluk karinesinden çıkarsanan ve bu bağlamda sanığa tanınması gereken bir takım haklar da söz konusudur. Bunlar; ispat yükünün iddia makamında olması, suçluluğun hukuka aykırı gayri insani muamelelere başvurmak suretiyle ispatlanamaması, şüpheden sanığın yararlanması ve sanığın susma hakkının bulunmasıdır.

Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen sanığın uyuşmazlığın kapsamına göre makul bir süre içerisinde yargılanmasına ilişkin hak, adil yargılanma hakkının önemli bir diğer gereğidir. Nitekim adaletin gecikmeli olarak sağlanması çoğu kez hiç sağlanamamış olmasıyla aynı sonucu vermektedir. Bu bağlamda muhakemenin özü olarak kabul ettiğimiz duruşma devresinin de mümkün olan en çabuk şekilde

bitirilmesi, makul sürede yargılanma hakkı bağlamında önem arz etmektedir. Muhakeme bakımından makul süre, belirli ve sabit bir süreden ibaret değildir. Her davanın kendine özgü bir kapsamı ve özelliği olması nedeniyle, her dava bakımından makul sürenin ayrı ayrı belirlenmesi gereklidir. Ancak belirli ve sabit bir süre olmamasına rağmen, sekiz yıl ve üzerinde tamamlanmış muhakemeler bakımından, mahkemenin istisnai haller dışında hemen her zaman ihlal kararı verdiği görülmektedir. Bu içtihat birikimi göz önüne alındığında, dava ne kadar karmaşık olursa olsun, her halükarda sekiz yıl ve daha uzun süreli davalar bakımından adil yargılanma hakkı ihlalinin olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu durum sekiz yılın altındaki yargılama sürelerinin makul olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Nitekim olayın kapsamı ve özelliklerini dikkate almak suretiyle, sözleşme organlarınca, iki yılda tamamlanan davaların bile makul sürede olmadığına karar verildiği vakidir.

Kanunla kurulmuş bir mahkeme önünde yargılanma hakkı 6. maddenin 1. fıkrasında açıkça zikredilen bir diğer haktır. Hukuk devleti ilkesinin egemen olduğu hemen bütün ülkelerde anayasal güvence altına alınmış olan bu hak kapsamında öncelikle, sanığın yargılanacağı mahkemenin, kuruluş, görev, yetki ve yargılama usulünün kanunla belirlenmiş olması gerekliliği yer alır. Ancak kanunla kurulmuş mahkeme ifadesinin, bunlar haricinde içerdiği bir başka unsur daha vardır ki; o da cezai uyuşmazlığın konusu olan olay ortaya çıkmadan önce bu sayılanların belirlenmiş olması zorunluluğudur. Bir başka deyişle, sanığın yargılanacağı mahkemenin kanunla kurulması ve daha sanık fiili işlemeden önce, sanığın işlediği fiili yargılamak bakımından kanunla yetkili kılınmış olması gereklidir.

Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı da 6. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen haklardandır. Bu bağlamda duruşmayı gerçekleştirecek mahkemenin hem bağımsız hem de tarafsız olması, sanığın adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Bağımsızlık ve tarafsızlık birbiriyle yakından ilişkili; ancak birbirinden farklı iki konudur. Mahkemenin bağımsızlığı, tarafsızlığının önşartıdır ve tarafsızlıktan daha soyut bir anlam içerir. Bağımsızlık mahkemenin genel olarak yasama, yürütme, yargı ve dış etkilere karşı korunmasını ifade ederken, tarafsızlık somut olay bakımından mahkemenin uyuşmazlığın tarafları arasında yanlı olmamasını ifade eder. Sözleşme organlarının ise bağımsızlığı yorumlarken tarafsızlıktan net olarak ayırmadıkları ve

bazen tarafsızlığa ilişkin hususları da bağımsızlık kavramı içinde değerlendirdikleri görülmektedir.

Bunun dışında AİHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin aleni olarak yargılanma hakkının olduğu belirtildikten sonra hükmün de aleni duruşmada verileceği hükme bağlanmıştır. 1. fıkranın devamında ise, demokratik bir toplumda kamu düzeninin, milli güvenliğin veya genel ahlakın yararına veya küçüğün menfaati, davaya taraf olanların özel yaşamlarının korunması amacıyla veya adaletin selametine zarar verilebilecek bazı özel durumlarda, mahkemece zorunlu görülecek ölçüde, aleniyetin basına ve kamuya karşı dava boyunca kısmen veya tamamen kaldırılabilirliği ifade edilmektedir. Yargılamanın aleniliği, bireyleri gizli yargılamalardan korumayı, mahkeme kararlarına güveni sağlamayı ve adil bir yargılamayı güvence altına almayı amaçlamaktadır. AİHS'nin 6. maddesinde aleniyete ilişkin olarak, taraf devletlere iki temel yükümlülük getirildiği görülmektedir. Bunlar; duruşmanın aleni olarak yapılması ve hükmün aleni olarak verilmesidir.

6. maddenin 1. fıkrasında yer alan ve genel ilkeyi oluşturan hak ise hakkaniyete uygun yargılanma hakkıdır. Sözleşme organları, davanın hakkaniyete uygun olarak dinlenmesi (fair hearing) kavramını genel bir ilke olarak ele almış ve bu genel ilkeye dayanarak, sözleşmede açıkça belirtilmeyen bazı hakları da adil yargılanmanın bir gereği olarak ortaya koymuşlardır. Bu bağlamda sırasıyla; çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerine ilişkin hak, sorgu hakkı, duruşmada hazır bulunma hakkı ve suçluluğun hukuka uygun delillerle ispat edilmesine ilişkin hak genel ilkeden hareketle ortaya konulan ve duruşma bakımından büyük önem arzeden haklardır.

AİHM'nin içtihatlarıyla sürekli ortaya koyduğu üzere, çelişmeli muhakemenin yapılması ve bunun için de tarafların silahları arasında bir eşitlik olması adil yargılamanın en önemli gereklerindedir. Bu iki ilke birbirleriyle yakından ilişkilidirler. Çelişmeli muhakeme ilkesi, dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil ve mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında karşılıklı yorum yapma hakkının taraflara tanınmasına hizmet etmektedir. Silahlarda eşitlik ise, özellikle ceza davaları bakımından savunmanın iddia makamı ile eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunma konusunda makul olanaklara sahip olmasını güvence altına almaktadır. Silahlarda eşitlik olmadan tam bir çelişmenin gerçekleşmesi mümkün olmazken; çelişme olmadan da eşit silahlara sahip olmanın bir anlamı kalmamaktadır.

Taraflardan birisinin diğere göre avantajlı duruma geldiği bir muhakemede tam bir çelişme mümkün olmamış demektir. Bununla birlikte taraflar arasında eşitliğin sağlandığı her halde çelişmeli muhakemenin gerekleri tam olarak sağlanmış olmayabilir. Nitekim kendilerine savunma ve iddiada bulunma bakımından gerekli imkanlar tanınmayan kişiler arasında bir eşitlik vardır. Ancak böyle bir durumda tarafların birbirleriyle çelişmesi beklenemez. Dolayısıyla silahlarda eşitliğin ihlal edilmediği bazı hallerde çelişmeli muhakeme ilkesine aykırılık söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda CMK'nın 125. maddesinde düzenlenen devlet sırrı nedeniyle gizli belge incelenmesine ilişkin hüküm, çelişmeli muhakeme ilkesine aykırılık oluşturmak suretiyle sanığın adil yargılanma hakkının ihlaline neden olabilecek niteliktedir.

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkından çıkarsanan bir diğere hak olan sorgu hakkının, silahların eşitliliği ve kendi kendini savunma hakkıyla iç içe olduğu görülmektedir. Çünkü yargılama makamı önünde sorgulanıp kendisine yöneltilen suçlamalara yanıt verme imkanına sahip olmayan sanığın, ne iddia makamı ile eşit silahlara sahip olduğu ne de kendi kendini savunma hakkı olduğu söylenebilecektir. Ceza muhakemesi açısından bu hak, her şeyden evvel bir suç isnadı altında olan kimsenin hakim önünde sorgulanmasını ifade eder. Bunun dışında ayrıca fiili ve hukuki konularda görüş bildirme yetkisinin sanığa tanınmasını da içerir.

Hakkaniyete uygun yargılanmanın bir gereği olarak sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi, sanığın tüm duruşma süresince her türlü işlemde bizatihi hazır bulunmasını teminat altına almak bakımından önem arzeder. Sanığın duruşmada bulunması kendisi açısından hem bir yükümlülük hem de bir haktır. Bu hak sanığın doğrudan doğruya savunmasını yapabilmesi açısından önem taşır. Nitekim sanık duruşmada hazır bulunabildiği sürece davaya aktif olarak katılabilecek, gerektiğinde delil gösterecek, müdafisine tavsiyelerde bulunacak veya gerektiğinde savunmasını bizzat kendisi yapacaktır. Ayrıca sanığın duruşmada bulunması cezanın bireyselleştirilmesi ve takdiri hafifletici sebeplerin doğru bir şekilde uygulanabilmesi için sanığın kişiliğinin ortaya konulmasında da önemli bir rol oynayacaktır. Sanığın duruşmada bulunması onun açısından ne kadar çok önem arzetsede, mutlak olarak kabul edilmiş bir hak değildir. Örneğin sanığın rızası ile duruşmadan bağışık tutulması mümkündür ve adil yargılanma hakkı bağlamında bir sorun teşkil etmemektedir. CMK'nın 196. maddesinin 5. fıkrasında yer alan disiplin önlemi veya zorunlu diğere bir

nedenle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışında bir tutukevine nakledilmiş olan sanığın, talebi olmaksızın duruşmadan bağışık tutulabilmesi adil yargılanma hakkını zedeler niteliktedir. Nitekim hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde devlet, ne kadar maliyetli olursa olsun sanığın duruşmalarda hazır bulunma isteğini yerine getirmek zorundadır.

Son olarak suçluluğun hukuka uygun delillerle ispat edilmesine ilişkin hak da hakkaniyete uygun yargılanma hakkından çıkarılan alt haklardandır. Günümüz ceza muhakemesinin temelinde yer alan vicdani delil sisteminin en başta gelen özelliği, mahkemenin delilleri serbestçe değerlendirebilmesidir. Bu bağlamda ceza muhakemesinde kural olarak her şey delil olabilir. Ancak bu kabul ediş, hukukun temel ilkelerine ters düşmemelidir. Bir başka deyişle her sanık, kural olarak, sadece hukuka uygun yollarla elde edilmiş delillere dayanılmak suretiyle mahkum edilebilir.

İşkence ve diğer kötü muameleler vasıtasıyla elde edilen delillerin değerlendirilmesi, AİHM tarafından 6. maddenin 2. fıkrasındaki suçsuzluk karinesine dayanılmak suretiyle, adil yargılanma hakkına aykırı bulunmaktadır. Bu bağlamda AİHM, delil yasakları konusunda ikili bir ayırım yapmaktadır. Eğer işkence gibi kötü muameleler sonucu bir delilin elde edilmesi ve değerlendirilmesi söz konusuysa, bunu mutlak şekilde adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmektedir. Ancak işkence gibi kötü muameleler dışındaki delil yasakları söz konusuysa, bu durumda değişik ölçütlere başvurarak adil yargılanma hakkının zedelenip zedelenmediğini kontrol etmekte, bu bağlamda nispi bir değerlendirme yasağı kabul etmektedir. AİHM, nispi değerlendirme yasağına ilişkin kararını verirken, delilin elde ediliş biçimi, onun hüküm kurulurken oynadığı rol ve yargılamanın bütününe hakkaniyete aykırı hale gelip gelmediği konularında toplu bir değerlendirme yaparak sonuca ulaşmaktadır. Bir başka deyişle maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasındaki kamu yararıyla, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için sanığın kişilik haklarına verilen zararın karşılaştırılması ve ağır basan taraf yönünde karar verilmesi söz konusu olmaktadır. Bizim hukuk sistemimizde ise, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda mutlak değerlendirme yasağı kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

- ADALET İSTATİSTİKLERİ YILLIĞI 2005**, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2006
- AKAL, Cemal Bali. **Varolma Direnci ve Özerklik**, Dost Yayınevi, Ankara 2004
- AKBAŞ, Kasım. “Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı” **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş** (Editör: Ahmet Haluk Atalay) Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004
- AKILLIOĞLU, Tekin. **İnsan Hakları**, Ankara Üniversitesi SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995
- ALİBABA, Arzu. “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.49, Ankara 2000/ 1–4
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasal Açından Adil Yargılanma Hakkı”, **Anayasa Yargısı 10**, Ankara 1993
- AMBOS, Kai. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AIHS m.6-”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Çev. Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004
- ARAL, Vecdi. **Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1978
- BANASZAK Sr, Ronald. **Fair Trial Rights of Accused** (a Dokümentary History), Greenwood Press, Conneticut, London 2002
- BAŞLAR, Kemal. “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni** (Sevin Toluner’e Armağan), 2004/1-2
- BAYRAKTAR, Köksal. “Adil Yargılanma Hakkı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, S.4, Nisan 2004
- BEETHAM, David-Kevin Boyle, **Demokrasinin Temelleri**, Çeviren: Vahit Bıçak, Liberte Yayınları, Ankara 1998
- BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**, C.F. Müller, Heidelberg 2005
- BOBBİO, Norberto. “Kelsen ve Hukukun Kaynakları” (Çev. Bilge Açımız) **Devlet Kuramı**, (Derleyen: Cemal Bali Akal), Dost Yayınevi, Ankara 2000

- BOGGS, Danny J. “The Right to Fair Trial”, **University of Chicago Legal Forum**, 1998
- BOSTON, Ana D. “The Right To A Fair Trial: Balancing Safety and Civil Liberties”, **Cardozo Journal of International and Comparative Law - 12**, 2004
- CENTEL Nur-Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku Pratik Çalışma Kitabı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2003
- , **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2005
- CENTEL, Nur Başar. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984
- , “Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü”, **AÜSBF Dergisi**, 1994/3-4
- , **Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1996
- CİHAN, Erol-Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 1998
- CÜCELOĞLU, Doğan. **Keşkesiz Bir Yaşam İçin İletişim**, Remzi Kitabevi, İstanbul 2002
- ÇEÇEN, Anıl. **İnsan Hakları**, Gündoğan Yayınları, Ankara 1995
- DOĞRU, Osman. **İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı-International Human Rights Instruments**, Beta Yayınları, İstanbul 1998
- DONAY, Süheyl. **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982
- DÖNMEZER, Sulhi. “Ceza Adaleti Sistemimiz Üzerine Düşünceler”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yargı Reformu Özel Sayısı, (Ağustos 1996)
- , “Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri”, **CMUK Sempozyumu**, Beta Yayınevi, İstanbul 1999
- , “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998
- EREM, Faruk. **Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku**, Işın Yayıncılık, 6. Bası, Ankara 1986
- ERMAN, Sahir. “Sentez Raporu”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998

- EROL, Haydar. **Adli ve İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması**, Ankara 2006
- ESSER, Robert. **Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrenrecht**, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, Berlin 2002
- FEYZİOĞLU, Metin, **Tanıklık ve Dürüst Muhakeme**, US-A Yayıncılık, Ankara 1998
- , “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler,” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 62, Ocak/Şubat 2006
- , “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **AÜHFD**, C.48, S.1-4
- , **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayıncılık , Ankara 1996
- , **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002
- GOODPASTER, Gary. “On the Theory of American Adversary Criminal Trial”, **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Vol. 78, No:1, 1987
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma”, **AÜSBF Dergisi-İlhan Öztürk’a Armağan**, 1994/1-2
- GÖZLER, Kemal. **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa 1998
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref-Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003
- GRABENWARTER, Christoph. “Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md.6)”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Çev. Osman Can, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004
- GÜNAY, Erhan. **Ceza Davalarında Ek Savunma ve Savunma Hakkının Kısıtlanması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999
- GÜRİZ, Adnan. “Hak Kavramı”, **Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri**, Alkım Yayınevi, İstanbul 1997
- HAFIZOĞULLARI, Zeki. **Ceza Normu**, US-A Yayıncılık, Ankara 1996
- HAKERİ, Hakan-Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007
- HARRIS, David. “The Right To A Fair Trial In Criminal Proceedings As A Human Right”, **International and Comparative Law Quarterly**, 16, 1967
- HEINRICH, Bernd. “Rechtstaatliche Mindestgarantien im Strafverfahren”, **JURA**, 2003/3

- HİRŞ, Ernest. **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2001
- <http://www.adalet.gov.tr>
- <http://www.echr.coe.int>
- <http://www.yargitay.gov.tr>
- İÇEL, Kayıhan-Feridun Yenisey, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, Beta Yayınları, İstanbul 1994
- İNCEOĞLU, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul 2002
- KABOĞLU, İbrahim Ö., **Dayanışma Hakları**, TODAİE Yayını, Ankara 1996
- KAPANİ, Münci., **Kamu Hürriyetleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1976
- KARAKEHYA, Hakan, “Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Haziran 2006
- , “Hak Kavramı”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Şubat 2006
- KAYMAZ, Seydi. **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997
- KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State** (Translated by Anders Wedberg) The Lawbook Exchange, Ltd. Union, New Jersey 1999
- , **Pure Law Theory** (Translated by Max Knight) The Lawbook Exchange, Ltd. Union, New Jersey 2002
- KESKİN, Serap. **Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, Alfa Yayınları, İstanbul 1997
- KEYMAN, Selahattin. **Ceza Muhakemesinde Savcılık**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970
- KORKUSUZ, M. Refik. **Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasa Hukukunda Temel Hak ve Özgürlükler**, Yayınevi Belirtilmemiş, İstanbul 1998
- KREY, Volker. **Strafverfahrensrecht**, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln 1990
- KUNTER Nurullah-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006

- KUNTER, Nurullah-Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul 2000
- KÜHNE, Hans Heiner. *Strafprozessrecht*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1999
- KÜHNE, Hans-Heiner-Robert Eser, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Tutuklama Konusundaki Yargısı-2000 ve 2001 Yıllarındaki Gelişim Üzerine Bir İnceleme,” (Çev. Oğuz Şimşek) **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004
- LADEWİG, Hans-Meyer. “Adil Yargılanma Hakkı-II”, (Çeviren : Hakan Hakeri), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004
- LEIGH, Leonard H. “Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Anlaşması”, (Çev. Selman Dursun) **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, , Seçkin Yayınevi, Ankara 2004
- MALEK, Klaus. **Verteidigung in der Hauptverhandlung**, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1997
- MEYER-GOßNER, Lutz **Strafprozessordnung(Kommentar)**, C.H. Beck, München 2003
- MORRIS, Charles G. **Psychology**, Prentice Hall, 9th. Ed., New Jersey 1996
- MUMCU, Ahmet. **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Savaş Yayınları, Ankara 1994
- ONURSAL, Sami. **Kamu Davasına Müdahale**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1968
- ÖZBEK, Veli Özer. **CMK İzmir Şerhi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005
- ÖZEKES, Muhammet. **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003
- ÖZEN, Muharrem. **Hakimin Cezai Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004
- ÖZTÜRK, Bahri-Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006
- ÖZTÜRK, Bahri., **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995

- ÖZYAVUZ, Senem. “Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı: Sanık Haklarına Genel Bir Bakış” **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, , Seçkin Yayınevi, Ankara 2004
- PACHE, Eckhard. “Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess”, **NVwZ**, Heft 12, 2001
- PAZARCI, Hüseyin. “Türk Hukukunda Andlaşmalar ve Yasaların Çatışması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni** (Sevin Toluner’e Armağan), 2004/1-2
- PEKCANITEZ, Hakan-Oğuz Atalay-Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2006
- PETERS, Anne. “Adil Yargılanma (m.6 f.1 ve 2)” **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, (Çev. Mahmut Koca) Seçkin Yayınevi, Ankara 2004
- PFEIFFER, Gerd. **StPO (Kommentar)**, C.H. Beck, München 2002
- RANFT, Otfried. **Strafprozessrecht**, Boorberg Verlag, Stuttgart, München... 1995
- READ, F. Tom. **Çapraz Sorgu-CMK 2 Seminer Notları**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2005
- REID, Karen. **Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri**, (Çev. Bahar Öcal Düzgören) Scala Yayıncılık, İstanbul 2000
- ROXİN, Claus. **Strafverfahrensrecht**, C.H. Beck, München 1998
- RÜPİNG, Hinrich. **Das Strafverfahren**, Verlag Vahlen, München 1997
- SAFFERLING, Christoph J. M. “Audiatur et altera pars - die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip?”, **NStZ** Heft 4, 2004
- SAĞLAM, Fazıl. **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 1982
- SANCAR, Mithat. **Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. “Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi”, Friedrich-Christian Schroeder-Feridun Yenisey-Wolfgang Peukert, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 1999
- SELÇUK, Sami. “Hukuk ve Yargıda İyileştirme Üzerine” **Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı**, Temmuz-Ağustos 1996

- , “Temyiz Yolu Açısından Ceza Yargılama Yasasının Uygulanması”, **CMUK Sempozyumu**, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul 1999
- SEVÜK, Handan Yokuş. “Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi”, **Çetin Özek’e Armağan**, İstanbul 2004
- SILVER, Jay Sterling. “Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right”, **Wisconsin Law Review.**, 1990
- SOYASLAN, Doğan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2005
- SOYSAL, Mümtaz. **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1986
- StPO-Strafprozessordnung**, mit einer Einführung von Claus Roxin, Beck Verlag, München 2005
- ŞAHİN, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Sekin Yayınevi, Ankara 2005
- , **Ceza Muhakemesinde İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001
- ŞEN, Ersan. **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, Beta Yayınevi, İstanbul 1998
- TANÖR, Bülent. **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul 1978
- TANÖR, Bülent-Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001
- TAŞKIN, Ozan Ercan. “Muhakemenin Kamu Güvenliği Nedeniyle Nakli ve Anayasal Değerler”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Şubat 2006
- TEPECİK, Filiz-Hakan Karakehya, “Sanığa Atanmış Müdafiiini Seçme Hakkı Tanınması Üzerine Düşünceler”, **Güncel Hukuk**, Mart 2007
- TEZCAN, Durmuş-Mustafa Ruhan Erdem-Oğuz Sancaktar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004
- TOLUNER, Sevin. **Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları**, Beta Yayınları, İstanbul 2004
- TOROSLU, Nevzat. “Ceza Yargılamalarının Çabuklaştırılması Sorunu”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yargı Reformu Özel Sayısı, (Ağustos 1996)
- , **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005
- , **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi ,Ankara 2001

- , Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000** (12-16 Ocak 2000 Ankara), Cilt 2: Ceza Hukuku Ceza Muhakemeleri Hukuku, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2000
- TOROSLU, Nevzat-Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2006
- TOSUN, Öztekin. **Suç Muhakemesi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976
- TRECHSEL, Stefan. “Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Strafrecht”, **ZStW**, 1989/4
- TÜSİAD RAPORU, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu**, TÜSİAD Yayını, İstanbul 2003
- ULUSLARARASI AF ÖRGÜTÜ, **Adil Yargılanma Hakkı**, İletişim Yayınları, İstanbul 2000
- UYGUN, Oktay. “İnsan Hakları Kuramı” **İnsan Hakları Derlemeleri**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000
- UZUN, Ertuğrul. “Amerikan Hukuk Realizmi”, **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş** (Editör: Ahmet Haluk Atalay) Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004
- , “Doğuştan Suçlular”, **Gün Işığı Dergisi**, Temmuz-Ağustos 2003
- , “John Austin: Analitik Pozitivizm”, **Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş** (Editör: Ahmet Haluk Atalay) Teknik Yayıncılık, İstanbul 2004
- ÜNAL, Şeref. **Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı**, TBMM Kültür Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, Ankara 1994
- , **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 1997
- ÜZÜLMEZ, İlhan. “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Mayıs-Haziran 2005
- VERSAN, Rauf. “Adil Yargılama Üzerine”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1990/1-2-3
- VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**, C.H. Beck Verlag, München 2005
- YENİSEY, Feridun. “Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliği, Normal Çalışma Süresi ve Gecikme”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Yargı Reformu Özel Sayısı, (Ağustos 1996)

- , “İspat Hukuku ve Fair Trial İlkesi”, Friedrich-Christian Schroeder / Feridun Yenisey / Wolfgang Peukert, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial İstanbul Barosu Yayını**, İstanbul 1999
- , **Duruşma ve Kanun Yolları**, Beta Yayınları, İstanbul 1988
- YURTCAN, Erdener. **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004
- , **Uyum Yasaları 2001&2004 Anayasa Değişiklikleri**, Kazancı Yayınları, İstanbul 2004
- YÜCE, Turhan Tufan. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları**, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1968
- , **Türk ve Alman Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları**, Ötüken Yayınevi, Ankara 1967
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım. “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi”, **Yeni Türkiye Dergisi**, İnsan Hakları Özel Sayısı II, 1998
- ZAFER, Hamide. “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”, **Selahattin Sulhi Tekinay’a Armağan**, İstanbul 1999
- , **Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu**, Beta Yayınevi, İstanbul 2004