

ADİL YARGILANMA HAKKI

Av. Berk ALPASLAN
İstanbul Barosu 39348

İstanbul, 2010

İÇİNDEKİLER

| | |
|--|-----------|
| I. GİRİŞ | 2 |
| II. ADİL YARGILANMA HAKKININ TEMELLERİ | 3 |
| III. ŞÜPHELİ / SANIK AÇISINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI | 5 |
| A. MASUMİYET (SUÇSUZLUK) KARİNESİ:..... | 5 |
| B. SUSMA HAKKI: | 7 |
| C. MÜDAFİ YARDIMINDAN YARARLANMA HAKKI: | 9 |
| D. SUÇLAMAYI ÖĞRENME HAKKI..... | 11 |
| a. Sanığa Suçlamanın Niteliği ve Nedeni Hakkında Ayrıntılı Olarak Bilgi Verilmesi:..... | 12 |
| b. Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı..... | 13 |
| c. Savunmanın Hazırlanması için Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı..... | 15 |
| IV. MAHKEME AÇISINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI | 19 |
| A. YASAL, BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ BİR MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI..... | 19 |
| a. Hâkimin Bağımsızlığı | 21 |
| b. Hâkimin Tarafsızlığı | 22 |
| B. MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI (YARGILAMANIN ÇABUKLUĞU İLKESİ)..... | 26 |
| C. ALENİ YARGILANMA HAKKI..... | 29 |
| V. İSPAT AÇISINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI | 32 |
| A. ŞÜPHEDEDEN SANIK YARARLANIR İLKESİ (<i>İN DUBİO PRO REO</i>): | 32 |
| B. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN SANIK ALEYHİNE KULLANILAMAMASI..... | 33 |
| C. <i>NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE</i> İLKESİ (KENDİSİ ALEYHİNE DELİL VERMEYE ZORLANMA YASAĞI) | 37 |
| KAYNAKÇA | 39 |

I. GİRİŞ

Adil yargılanma hakkı, bireylerin hukuksuz ve keyfi hak kısıtlamasına veya temel haklardan ve özgürlüklerden, özellikle yaşama ve özgürlük haklarından mahrum kalmasına engel olmak amacıyla tasarlanmış uluslararası insan hakları normudur. Buna göre adil yargılanma hakkı güvence altına alınırken öncelikle iç hukuk normlarıyla birlikte, yargılama yapacak olan ülkenin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, son olarak ise geleneksel uluslararası hukuk normları, yani İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹ (İHEB) göz önüne alınacaktır.

Türkiye'nin özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf olduktan sonra bireysel başvuru hakkını tanınmasıyla, 6. madde kapsamında koruma altına alınan adil yargılanma hakkı veya adil yargılama ilkesi art arda gelen ihlâl kararlarıyla Türk Ceza Hukuku uygulaması açısından çözüm gerekliliği öncelik taşıyan bir sorun olmuştur.

Adil yargılanma ilkesi aslında birçok ceza muhakemesi ilkesini bünyesinde taşıyan, her şeyden önce savunma hakkını kapsayan, günümüz ceza hukuku açısından en önemli ilkedir. Zira bu ilke, herhangi bir ceza muhakemesine konu işlemde bireylerin müdahale edilen haklarını olabildiğince koruma altında tutarak, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye maruz kalmamasını da amaçlar.

Yargılama düzeninin her alanında adil yargılanma hakkı değişik biçimlerde karşımıza çıkmaktadır. Ceza yargılamasında kişinin hürriyeti söz konusu olduğundan, bu alanda adil yargılanma şüphesiz daha önemli bir noktadadır. Çalışmamda bu konuyu seçmemin nedeni, özellikle günümüz Türkiye'sinde yaşanan yargısal gelişmelerin adil yargılanma ilkesinin önemini daha çok hissettirmesidir. Çalışmada adil yargılanma hakkının kökenleri incelendikten sonra bu önemli hak ve ilkenin ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku çerçevesinde taşıdığı anlamlar ve özellikle bu hakka anlam kazandıran ve/veya hizmet eden ilkeler üzerinde durulacaktır. Silahların eşitliği ilkesi çalışmada tercih ettiğim sistematik ve bu ilke bağlamında sahip olunan hak ve ilkelerin üzerinde durulacağından, münferit biçimde incelenmeyecektir. Susma hakkı bağlamında

¹ Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı, 217A (III), 10 Aralık 1948.
(<http://www.un.org/en/documents/udhr/>, e.t. 18.02.2010 .

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) uygulamasına ve iç hukuktaki duruma değinileceğinden bu ilke ile iç içe olan *nemo tenetur se ipsum accusare*(saniğın kendisi aleyhine delil vermeye zorlanma yasağı) ilkesinin detaylarına girmemeyi tercih ettim. Konular, şüpheli/sanık, ispat açısından ve yargılamaya ilişkin olarak adil yargılanma ilkesinin içerisinde barındırdığı birçok ilke, göz ardı etmemizin yanlış olacağı AİHM uygulamasından ve Türk Yargı kararlarından faydalanılarak açıklanacaktır.

II. ADİL YARGILANMA HAKKININ TEMELLERİ

Adil yargılanma hakkının kökenine indiğimizde, İngiltere’de 15 Haziran 1215 tarihli Magna Carta’ya (Büyük Özgürlükler Sözleşmesi) kadar uzanan bir süreçten söz etmek gerekir.² Sözleşmenin 39. maddesine göre: “Hiç kimse ülkenin kanunlarına göre eşit bir biçimde yargılanmadan, tutuklanamaz, mülkiyet hakkından veya özgürlüğünden mahrum bırakılamaz, sürgüne gönderilemez, mahkûm edilemez”.³ Görüldüğü üzere, daha çok yargılanma hakkını güvence altına alıyor olsa da yaklaşık 800 yıllık bir sözleşme, modern hukuk anlayışı ile benzerlikler göstermektedir. İngiltere’de daha sonra Kral ve Parlamento arasındaki ilişkiyi yeniden düzenlemeye ihtiyaç duyulmuş, bu bağlamda 1689 tarihli İngiliz Haklar Beyannamesi yayınlanarak, Kral’ın kanunla belirlenen kanun koyucunun incelemesi olmadan, adalet dağıtan bir merci olamayacağı, keyfî olarak kanunların yürütülmesini durduramayacağı, aşırıya kaçan para cezaları veya başka mükellefiyetler veremeyeceği belirtilmiştir.⁴ Bu şekilde bireylere karşı keyfî muamelelerin durdurulması amaçlanmıştır.

Yargılanma kavramı, Fransız Hukuku’na (*proces de lei*) da Magna Carta’nın etkisiyle 1354 yılında alınmıştır.⁵

Günümüzde, Alman Anayasası’nın olağanüstü mahkemelerin yasaklandığı ve kanunî yargıç hakkının belirtildiği 101/1 ve “adil yargılama” başlıklı 103. maddeleri bu

² HALSTEAD, Peter, Unlocking Human Rights, s. 194, <http://www.unlockingthelaw.co.uk/sample-chapters/Unlocking-Human-Rights-Chapter-8.pdf>, e.t. 24.03.2010 .

³ BRITANNICA ENCLOPEDIA, <http://www.britannica.com/bps/additionalcontent/8/116848/Magna-Carta>, e.t. 18.02.2010 .

⁴ HALSTEAD, Peter, Unlocking Human Rights, s. 195, <http://www.unlockingthelaw.co.uk/sample-chapters/Unlocking-Human-Rights-Chapter-8.pdf>, e.t. 24.03.2010 .

⁵ SHROEDER, Friedrich/ YENİSEY, Feridun/ PEUKERT, Wolfgang, Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Fair Trial’ İlkesi, İstanbul 1999, s.4.

hakkı koruma altına almaktadır.⁶ 22 Aralık 1947 tarihli İtalya Anayasası⁷ 24, 25, 26, 27. maddeleri ve 6 Aralık 1978 tarihli İspanya Anayasasının⁸ 24 ve 25. maddeleri adil yargılanma hakkını koruma altına almışlardır.

Amerikan Hukuku'nda ise, 1791 tarihinde onaylanan Anayasal Haklar Beyannamesi'nin (*Constitutional Bill of Rights*) 5. maddesi genel olarak adil yargılanma hakkını (*due process veya fair trial*) ve 6'ncı maddesi ise sanık haklarını ve ceza yargılamasının usullerini şöyle düzenlemiştir: “ ...hiç kimse kanunların düzenlediği çerçevede dışında kendi aleyhine tanıklık etmeye zorlanamaz, yaşamından, özgürlüğünden veya mülkiyet hakkından mahrum bırakılamaz...”, “ Tüm ceza kovuşturmalarında sanık, hızlı, alenî bir yargılamadan tarafsız bir jüri tarafından... neden ve ne ile suçlandığı hakkında bilgi sahibi olmak, kendisine karşı getirilen tanıklarla yüzleşmek, kendi lehine olan tanıkların da toplanma zorunluluğu getirilerek kendisini savunacak bir avukat istemek haklarına sahiptir”. 14. ek maddenin son cümlesinde ise: “...hiçbir eyalet kimsenin yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakkını adil yargılama yapmadan alamaz⁹, kendi yargı bölgesindeki kimseye verilmiş olan hakları elinden alamaz ” denilmektedir.¹⁰ Buradan da anlaşılacağı üzere günümüz adil yargılanma hakkından anlaşılan temel değerlerin çoğu bu maddelerde yer almıştır. Bu düzenlemelerin, henüz yeni kurulmakta olan bir devlete yerleşmesinin temelini, İngiltere'nin yukarıda sözünü ettiğimiz hukuk anlayışı oluşturmaktadır.

Yakın tarihteki düzenlemelere baktığımızda ise adil yargılanma hakkı, İkinci Dünya Savaşı sonrası Birleşmiş Milletler'in yayınladığı 10.12.1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, bundan yaklaşık iki yıl sonra hazırlanan 04.11.1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (6. madde) ve 16.12.1966 tarihli 23 Mart 1976'da yürürlüğe giren BM Siyasî ve Medenî Haklar Sözleşmesi (14. madde) gibi birçok uluslararası hukuk metninde yer almıştır. Türkiye, İHEB'e 27.05.1949 tarihinde resmî

⁶ Almanya Anayasası, resmî İngilizce çeviri, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, e.t. 26.02.2010 .

⁷ İtalya Anayasası, resmî İngilizce çeviri, http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf, e.t. 26.02.2010 .

⁸ İspanya Anayasası, resmî İngilizce çeviri, http://www.senado.es/constitu_i/index.html, e.t. 26.02.2010 .

⁹ Yaşam hakkı bağlamında, ABD'de 2010 yılı itibarıyla 15 eyalet idam cezasını uygulamazken, 35 eyalet hâlen idam cezasını uygulamaktadır. (bkz. <http://www.deathpenaltyinfo.org/states-and-without-death-penalty>, e.t. 26.02.2010)

¹⁰ Bill of Rights, http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html, e.t. 19.02.2010 .

gazetede yayınlamış ve taraf olmuş¹¹, AİHS’i 18.05.1954 tarihinde onaylamış ve sözleşmeye taraf olmuştur.¹² Ancak Türkiye’nin 1987 yılında bireysel başvuru hakkını benimsemesi ile AİHS’te güvence altına alınan haklar ve düzenlemeler doğrultusunda daha etkin hareket edilmeye başlanmıştır.¹³ Türkiye, BM Siyasî ve Medenî Haklar Sözleşmesi’ni ise 15.08.2000 tarihinde imzalamış ancak henüz onaylamamıştır.

Adil yargılanma hakkı 2001 yılında Anayasada yapılan değişiklik ile m.36’ da temel haklar başlığı altında koruma altına alınmıştır.¹⁴ 1 Nisan 2005’te yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu’nunda¹⁵ da adil yargılanmaya ilişkin doğrudan bir hüküm olmasa da kanunun en öncelikli amaçlarından biri adil yargılanmanın sağlanmasıdır.¹⁶

III. ŞÜPHELİ / SANIK AÇISINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı, tek başına kullanıldığında çok geniş bir anlam ifade eder. Zira adil yargılanma hakkının sağlanmasında birçok ilke rol oynar. Bu yüzden bu hakka hizmet eden ilkeler, âdeta bir bütünün parçalarıdır.

A. Masumiyet (Suçsuzluk) Karinesi:

Masumiyet karinesi, batıda 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 9. maddesinde, daha sonraları Birleşmiş Milletler 1948 İHEB m. 11’de yer almıştır.¹⁷

AİHS m.6/2, masumiyet karinesini; “*Kendisine bir suç isnad edilen herkes kanuna göre suçluluğu ispatlanmadığı sürece masum sayılır.*”¹⁸ olarak belirtmiştir.

¹¹ 27.05.1949 tarihli 7217 sayılı RG.

¹² 19.03.1954 tarihli 8662 sayılı RG.

¹³ CENTEL, Nur, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 200.

¹⁴ 17.10.2001 tarihli 24556 sayılı RG.

¹⁵ 17.12.2004 tarihli 25673 sayılı RG.

¹⁶ ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SIRMA, Özge/ SAYGILAR, Yasemin F./ ALAN, Esra, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, s. 117.

¹⁷ DÖNMEZER, Sulhi, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s. 68.

¹⁸ AİHS İngilizce resmî metin, <http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>, e.t. 02.03.2010.

Masumiyet karinesi yasalarda yer almasa da genel bir hukuk kuralı olarak tüm hukuk düzenlerinde yer alır.¹⁹

Masumiyet karinesi (*presumption of innocence*), esasen soruşturmanın başlangıcından, kovuşturma evresinde kesin hükmün açıklanmasına kadar olan tüm süreci kapsar. Ancak soruşturmanın henüz başında bu ilkenin daha kuvvetli olduğu kabul edilmelidir.²⁰ Zira şüpheli şahsın suçu işleyip işlemediğine dair deliller, tanıklar, bulgular vb. soruşturma evresinde ortaya çıkarılmaya çalışılır.

Masumiyet karinesine anlam kazandıran iki unsur; şüpheden sanık yararlanır ilkesi (*in dubio pro reo*) ve sanığın susma hakkının sonuçlarından biri ispat yükünün hangi tarafta olduğudur.²¹ Bu ilkeler doğrultusunda, maddî ve manevî tüm suç unsurlarının ispat yükü her zaman iddia makamında olacaktır.²² Sanık, suçsuzluğunu ispat etme yükünden kurtarılmıştır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Genel Yorum Kararında;

“...suçu ispat yükü savcılık makamındadır ve sanık şüpheden yararlanır. Makul şüphenin ötesine geçmeyen hiçbir suçlama öngörülemez. Ayrıca, kişiye masumiyet karinesinin gerektirdiği biçimde muamele edilmelidir. Bunun sonucu olarak da tüm kamu otoriteleri davanın sonucuna yönelik yapılacak önyargılı yorumlardan kaçınmalıdır.”²³

şeklinde anlam yüklediği masumiyet karinesinin sadece işlevlerini değil, sonuçlarını da açıklamıştır. Gerçekten de kendisine suç isnad edilen kişi, suçu işlemiş olan kişi değil ise, bu şekilde onun kişilik hakları ve değerlerine zarar gelmemiş, ismine leke sürülmemiş ve toplumun olası tepkilerinden korunabilecek bir kişi olacaktır.²⁴ Masumiyet karinesinin temel ceza hukuku ilkelerinden olmasının da en önemli sebeplerinden biri budur.

¹⁹ ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 104.

²⁰ SHROEDER/ YENİSEY/ PEUKERT, age, s. 30.

²¹ DÖNMEZER, age, s. 69.

²² EVİK, Vesile Sonay, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, “Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, Cilt 3, Ankara 2004, s. 301; DÖNMEZER, age, s. 70.

²³ Human Rights Committee, General Comment 13. Article 14 (Twenty-first session, 1984), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 135 (2003), <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom13.htm>, e.t. 02.03.2010.

²⁴ KARTAL, Bilal, “Türkiye’de Adil Yargılanma Hakkı”, Yargıtay Dergisi, Cilt 31, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2005 Ankara, s. 22.

Masumiyet karinesinin hizmet ettiği bir başka ilke ise işkence ve zor kullanma yasağı ilkesidir. Zira sanıktan zorla alınacak ifadeler veya ikrar karineyi ihlâl edecektir.²⁵

B. Susma Hakkı:

Doktrindeki hâkim görüşe göre, sanığın sorgusu delil elde edilmek amaçlı değildir, sanığın savunma hakkını kullanması söz konusudur.²⁶ AİHM de bu bağlamda vermiş olduğu *John Murray / Birleşik Krallık*²⁷ kararında şöyle belirtmektedir;

“... AİHS madde 6’ da belirgin bir biçimde ortaya konulmasa da, madde 6’ya göre, polis sorgusunda susma hakkı ve kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı²⁸ uluslararası standartlarda kabul edilen ve adil yargılanma hakkının temelinde yatan unsurlardır”.

AİHM, bu kararında ayrıca sanığın susma hakkını kullanmasının kendisi aleyhine yorumlanamayacağı yönünde belirlemeler yapmıştır.²⁹ Yargıtay uygulamasında da susma hakkının sanık aleyhine yorumlanamayacağı ortaya konmaktadır:

“... 5271 sayılı CMK.nun 147. maddesi uyarınca susma hakkı bulunan sanığın savunmasının inkara yönelik bulunduğundan söz ederek yasal olmayan gerekçe ile 5237 sayılı TCK.nun 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi...BOZULMASINA... oybirliği ile karar verildi.”(Yargıtay 5. CD E.2006/721, K.2006/3191, T.17.04.2006)³⁰

Susma hakkı bağlamında şüpheli/sanık kendisine sorulan sorulara hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde susma (cevap vermeme) hakkına sahiptir. Dolayısıyla ceza yargılamasında, özel hukukta olduğu gibi susma ikrardan gelmez.

²⁵ DÖNMEZER, agm, s. 69.

²⁶ KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, İstanbul 2009, s.384.

²⁷ 08/02/1996 tarihli 18731/91 başvuru numaralı karar, p. 45, HUDOC, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=john%20%20murray&sessionid=48415164&skin=hudoc-en>, e.t. 09.03.2010.

²⁸ Bkz. *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare* İlkesi, s. 35.

²⁹ Bkz. *John Murray / Birleşik Krallık* karar metni, p. 41.

³⁰ <http://www.kazanci.com>, e.t. 14.03.2010.

Şüpheli/sanık konuşmayı tercih etse bile doğruları söyleme yükümlülüğü de yoktur.³¹ Bu hak eski 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nda³² olduğu gibi (m. 135, 135/a), 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 147. maddesinin (e) bendinde şüpheli/sanığa verilmiştir. CMK m. 147/e maddesine göre şüpheli/sanığa;

“CMK Madde 147 – (1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.

...

e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir”.

Bu hükme göre, bir yandan şüpheli/sanığa susma hakkı verilmiştir, diğer taraftan da ifade veya sorguya başvuran makamların şüpheli/sanığı aydınlatma yükümlülükleri ortaya çıkmıştır.³³ Susma hakkı açısından diğer önemli bir nokta, sanığın susma hakkını yalnızca isnad edilen suç hakkında kullanabilecek ancak kimliğine ilişkin bilgileri doğru olarak vermek zorunda olmasıdır.

Susma hakkına karşı çıkan görüşlere göre, itham usulünün bir gereği olarak, karşılıklılık olmalı, dolayısıyla sanık soru sormak hakkına sahip ise, kendisine sorulan soruya cevap vermeme gibi bir hak kendisine tanınmamalıdır.³⁴ Diğer karşı görüşler temel olarak, sanık beyanlarının delil niteliği olması nedeni ve sanığın meşru otoriteye boyun eğmesi gerektiği nedeni ile sanığın cevap verme mecburiyeti olması gerektiğini belirtmektedir.³⁵ Ancak çağdaş ceza yargılaması hukukunda sanığa cevap mecburiyeti getirilmesi istisnadır.³⁶

³¹ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, age, s. 388.

³² 20.04.1929 tarihli 1172 sayılı RG.

³³ ÖZBEK, age, s. 243.

³⁴ DÖNMEZER, agm, s. 69.

³⁵ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, age, s. 384.

³⁶ EREM, Faruk, “Susma Hakkı”, Yargıtay Dergisi, Cilt 18, Sayı 3, Ankara Temmuz 1992, s. 296; EREM'e göre şüpheli/sanık susma hakkına sahip olsa da yalan söylemesine karşılık bir yaptırım olmalıdır.

C. Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkı:

Müdafî yardımından yararlanmak, diğere bir değişle hukukî yardım almak hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde şüpheli/sanığa sağlanması gereken, adil yargılanmaya, bu bağlamda, silâhların eşitliği ilkesine³⁷ hizmet eden bir haktır. AİHM uygulamasında bu hak, asgari haklar (*minimum rights*) olarak kabul edilen AİHS 6. maddesinin 3-c bendinde korunmaktadır. Maddeye göre sanık;

“... c. Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için malî olanaklardan yoksunsa ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek...”³⁸

hakkına sahiptir. Nitekim *John Murray / Birleşik Krallık* kararında mahkeme, terör suçlarında, soruşturmanın akıbeti açısından, kişi suç şüphesiyle kolluk tarafından yakalandığı sırada olayı aydınlığa kavuşturacak bilgilerin, delillerin toplanması gerektiği ileri sürülse de, olayın özellikleri göz önüne alındığında soruşturmanın en başından itibaren hukukî yardım almanın gerekliliğinden söz etmiştir. Mahkeme, soruşturmanın başlangıcından itibaren hukukî yardım söz konusu olmadığında, yakalanan şüphelinin susma hakkını kullandığında kanunî düzenlemelerle bu hakkın aleyhine yorumlanabileceğinden, konuştuğunda da, savunmasına zarar verebilecek, kendisine yöneltilen suçlamalarda önyargılara mahâl verme olasılığından söz ederek, soruşturmanın başından itibaren bir müdafî yardımının gerekli olduğunu belirtmiştir.³⁹

AİHM, *Brennan / Birleşik Krallık* kararında somut olayın şartlarına göre avukata ulaşmada 24 saatlik sürenin geçmesine izin vermiş, *Averill / Birleşik Krallık* kararında ise ifadesi alınmadan önce başvuruçuya avukat atanması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁰

5271 sayılı CMK’da isteğe bağlı ve zorunlu müdafilik olarak 2 sistem öngörülmüştür. İsteğe bağlı müdafilikte, CMK m. 150/1 gereği şüpheli veya sanık istemi hâlinde kendisine soruşturma veya kovuşturmanın yapıldığı yer barosu tarafından bir

³⁷ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, age, s. 125.

³⁸ <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-B85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>, e.t. 14.03.2010.

³⁹ DUTERTRE, Gilles, Key Case-Law Extracts, Strasbourg 2003, s. 223.

⁴⁰ DUTERTRE, age, s.224.

avukat görevlendirilir (CMK m. 156/1-2). Ancak sanık isterse kendisi de savunma faaliyetini yürütebilecektir.⁴¹ Şüpheli veya sanık, daha sonra kendisi müdafî seçerse baronun görevlendirdiği avukatın bu görevi sona erer (CMK m. 156/3).

CMK, temelde zorunlu müdafî sistemini kabul etmemiştir. Kanunda CMK m. 150/2-3'teki gibi belirtilen bazı hâller dışında⁴² müdafî seçip seçmeme takdiri sanık veya kanunî temsilcilerine verilmiştir.

“CMK Madde 147 – (1) ...(c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.

CMK Madde 149 – (1) Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafî seçebilir.

(2) Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir.

(3) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.

CMK Madde 150 - (1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi hâlinde bir müdafî görevlendirilir.

(2) Müdafî bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilir.

(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır...”⁴³

Söz konusu hükümler doğrultusunda, şüpheli/sanık yargılamanın her aşamasında müdafî yardımından yararlanabilecektir. Şüphelinin, kollukta alınan

⁴¹ ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, Ankara 2009, s.196.

⁴² Bkz: CMK m. 74, 91/6, 101/3, 102/3, 188, 204, 244/4, 247/3, 252/1-f.

⁴³ <http://www.mevzuat.gov.tr>, e.t. 10.03.2010.

ifadelerde veya Sulh Ceza Hâkimi önünde yapılacak sorgusunda müdafî yardımından yararlanma yoluna başvurma olanağı hatırlatılarak sağlanacaktır. Bu hak, müdafie ise şüpheli/sanık ifade ve sorgusunda hazır bulunma yetkisi ve yakalanan ve tutuklananlarla görüşme ve hukukî yardımda bulunma yetkisi olarak yansır.⁴⁴

Kural olarak kollukta alınan ifadelerde şüpheliye bir müdafî görevlendirilmesi gerekir (CMK m.147/1-c). Kollukta müdafî bulunmadan alınan ifadenin daha sonra mahkemede kullanılıp kullanılmaması konusunda ise takdir hakkı sanığa bırakılmıştır (CMK m. 148/4). Sanığa yargılama sırasında böyle bir takdir hakkı verilmesi adil yargılanma ilkesi kapsamında kabul edilemez.⁴⁵

Soruşturma evresinde alınan ifadede şüpheli en fazla üç avukatın hukukî yardımından yararlanabilecektir (CMK m. 149/2). *Terör suçlarında*, şüpheliye tanınan bu hak, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu⁴⁶ kapsamında yalnızca bir müdafî ile sınırlandırılmıştır (TMK m. 10/c) Yukarıda da belirttiğimiz üzere alt sınırı en az 5 yıl olan suçlarda şüpheli/sanığın müdafisi yoksa kendisine istemi aranmaksızın bir müdafî görevlendirilecektir. Diğer taraftan da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁴⁷ 220. maddesindeki örgütlü suçlar ve 314. maddesindeki hükümete karşı silâhlı isyan suçlarında müdafîin yasaklanması söz konusu olabilecektir.

D. Suçlamayı Öğrenme Hakkı

Sanığın kendisi aleyhine yapılan suçlamayı, suçlamanın kapsamını öğrenmesi sanığın savunma hakkının temelini oluşturur. İsnat açık ve ayrıntılı olursa, sanığın savunması o derecede sağlıklı olur ve böylece hem ceza muhakemesinin amacını teşkil eden maddî gerçeğin ortaya çıkması sağlanmış olur hem de aşağıda sözünü edeceğim *silâhların eşitliği ilkesine* uygun davranılmış olur.⁴⁸

Suçlamayı öğrenme hakkı, AİHS' in 6/3-a, Anayasa'nın 19/4. maddesinde, CMK'nın 90/4. maddelerinde güvence altına alınmıştır. AİHS m. 6/3-a, aynı (b) bendi

⁴⁴ ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 482.

⁴⁵ Aynı yönde; bkz. ÜNVER/HAKERİ, age, s. 195.

⁴⁶ 12.04.1991 tarihli 20843 sayılı RG.

⁴⁷ 12.10.2004 tarihli 25611 sayılı RG.

⁴⁸ ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 22.

gibi savunma hazırlanması için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hükmü açısından yakından bağlantılıdır.⁴⁹ AİHS m.6/3-a,b şu şekildedir:

“...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...
...e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.”⁵⁰

AİHS m. 6/3-a ve (b) bendinde belirtilen “suçlamanın niteliği ve nedeni hakkında ayrıntılı olarak bilgi verilmesi”, “anladığı bir dil” ve m.6/3-e’ye göre “tercüman sağlanması” unsurlarını ve “savunmanın hazırlanması için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak” haklarını ayrı ayrı incelemek gerekir.

a. Sanığa Suçlamanın Niteliği ve Nedeni Hakkında Ayrıntılı Olarak Bilgi Verilmesi:

Soruşturmadan kovuşturma aşamasına geçiş için iddianamenin hazırlanması belli bir zaman alabilir. Ancak AİHS’e göre, iddianamenin düzenlenmesinde veya başka bir işlem yapılmasında geçecek vakit göz önünde bulundurulmaksızın daha önce bilgi almak amacıyla başvurulması engellenemez.⁵¹ Bilginin verilmesi somut olaya göre farklılıklar gösterebilse de sonradan ortaya çıkabilecek değişiklikler de dâhil olmak üzere bilginin şüpheli/sanığa hiçbir hukukî hataya yer vermeyecek biçimde verilmesi gerekir.⁵² Gerçekten de AİHM, *Sadak ve diğerleri / Türkiye* kararında⁵³ da olduğu gibi, ceza davalarında sanığa kendine isnad edilen suçlamalar hakkında tam, detaylı ve bu isnad

⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. Bası, Ankara 2005, s. 300.

⁵⁰ AİHS Türkçe çeviri, <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-B85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>, e.t. 14.03.2010.

⁵¹ GOMIEN, Donna/ HARRIS, David/ ZWAAK, Leo, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Strasbourg 1996, s. 188.

⁵² GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, age, s. 300.

⁵³ 17.07.2001 tarihli 29900/96 başvuru numaralı karar.

sonucunda mahkemenin varabileceği yargı hakkında bilgi verilmesinin adil yargılamanın önkoşulu olduğu sonucuna varmaktadır.⁵⁴

Diğer taraftan da, verilecek bilgilerin detayı konusunda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, en ince detayların söylenmesinin gerekli olmadığı gibi sanık aleyhine olan delillerin de sanığa bildirilme mecburiyeti olmadığını, ancak AİHS m. 5/2’de belirtilen hâlde yani kişinin hürriyetinin kısıtlandığı durumlarda diğer hâllere göre verilecek bilgi daha ayrıntılı olması gerektiği düşüncesindedir.⁵⁵

CMK m. 90/4 ve 147/1-b’ ye göre de kolluk veya hâkim, yakalamadan sonra şüpheli hakkında gerekli tedbirleri aldıktan sonra, şüpheliye kanunî haklarını belirtecek ve şüpheliyi kendisine isnad edilen suç hakkında bilgilendirecektir. Kişiyeye isnad edilen suçun anlatımından sonra şüpheli de olayla ilgili bildiklerini anlatmalıdır, ancak bu şekilde ifade veya sorgu adil bir biçim kazanmış olur.⁵⁶ CMK 147/1-f maddesi de bu amaca hizmet etmektedir:

“Madde 147 – ... f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır. ...”⁵⁷

b. Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı

Hakkın amacı kişinin kendine isnad edilen suç ve bu kapsamda olduğu iddia edilen olayları anlamasıdır. AİHM, yukarıda belirttiğimiz AİHS m.6/1 bağlamında *Kamansinski / Avusturya*⁵⁸ kararında maddede belirtilen güvence ilgili bilgilerin şüpheli/sanığa yazılı olarak verilmesi veya yazılı çevirisini verilmesini belirtmese de, kişiye yapılan “isnadın” açıklanmasında özel bir hassasiyet olması gerektiğini belirtmiştir. Yargılama sırasında bir tutuklama söz konusuysa verilecek bilgiler daha da detaylı olmak zorundadır.⁵⁹ Mahkeme, m. 6/1 bağlamında tespitlerine şöyle devam etmiştir:

⁵⁴ DUTERTRE, age, s. 221.

⁵⁵ SCHROEDER/ YENİSEY/ PEUKERT, age, s. 54.

⁵⁶ YURTCAN, Erdener, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2007, s. 28. Ancak sanığın susma hakkının saklı olduğu da unutulmamalıdır.

⁵⁷ <http://www.mevzuat.gov.tr>, e.t. 14.03.2010.

⁵⁸ 19.12.1989 tarihli 168 başvuru numaralı karar.

⁵⁹ GOMIEN/ HARRIS/ ZWAAK, age, s. 188.

*“ İddianamenin ceza yargılamasında kritik bir rolü vardır. Kendisine suç isnad edilen kişi ancak iddianame sayesinde resmi olarak hakkındaki suçlamaları olgusal ve hukuki temelde öğrenme şansına sahiptir. Mahkemenin dilini bilmeyen sanık, kendisine anladığı dilden iddianamenin yazılı çevirisi verilmedikçe bu durum, o kişi için dezavantaj yaratacaktır.”*⁶⁰

Ayrıca, aynı kararda tercüman yardımından (AİHS m. 6/3-a) yararlanma hakkına ilişkin şu tespitler de yapılmıştır:

*“Tercüman yardımından yararlanma hakkı yalnızca duruşmadaki konuşmaların çevrilmesinden ibaret değildir. Ayrıca belgelerin tercümesi ve duruşma öncesi işlemleri de kapsar. ...Ne var ki, bu hak, yargılamada kullanılan her yazılı delil veya resmi belgenin yazılı çevirisini gerektirecek kadar uzağa gitmez. Görevlendirilen tercüman, şüpheli/sanığın kendisine açılan dava hakkında bilgi sahibi olması ve savunma yapabilmesi ve meramını anlatabilmesini sağlayabilmelidir. Yetkili mercilerin görevi yalnızca tercümanı görevlendirmekle sınırlı değildir, aynı zamanda tercümanın belirli durumlarda yeterliliğini de kontrol etmesi gerekir.”*⁶¹

İç hukukta, CMK'nın 202. maddesine göre tercüman hakkı hem mağdur hem de şüpheli/sanık için geçerlidir.⁶² Buna göre tercüman giderleri, Devlet Hazinesi tarafından karşılanarak⁶³, (CMK m. 324/5) meramını anlatabilecek ölçüde Türkçesi olmayan veya engelli şüpheli/sanığa veya mağdura ücretsiz olarak tercüman görevlendirilecektir.

Tercüman, duruşma dilini bilmeyen veya anlamayan, sağır ve dilsiz olması nedeniyle iletişim kuramayan sanık, tanık veya mağdur ile mahkeme arasındaki iletişimin sağlanmasında rol oynayan kişidir.⁶⁴ Tercümanların, hukuki statüleri bilirkişiler ile

⁶⁰ DUTERTRE, age, s. 220.

⁶¹ DUTERTRE, age, s. 228.

⁶² TAŞDEMİR, Kubilay/ ÖZKEPİR, Ramazan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Cilt I, Ankara 2007, s. 833.

⁶³ Tercüman bilirkişi ücretinin sanıklara yükletilmesinin hukuka uygun olmadığı konusunda, bkz. Yargıtay 6. CD, E. 1995/11619, K. 1995/12124, 20.11.1995 tarihli kararı.

⁶⁴ TURAN, Hüseyin, “Sanığın Ücretsiz Tercümandan Yararlanma Hakkı”, Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2005, s. 46.

aynıdır, dolayısıyla bilirkişiler için geçerli olan yemin ettirme, kimlik tespiti vb. işlemlerdeki hükümler tercümanlar için de geçerlidir.⁶⁵

c. Savunmanın Hazırlanması için Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı

Silâhların eşitliği ilkesi kapsamında yer alan bir haktır. AİHM uygulamasına göre, “gerekli zaman ve kolaylıklar” sağlanması soruşturmanın başlangıcından kesin hükmün açıklanmasına kadar yargılama faaliyetinin bütününe kapsar. AİHS m.6/3-a bendi, aynı maddenin (b) bendi ile yakından ilgili olduğundan⁶⁶ bu hakkı da suçlamayı öğrenme hakkı kapsamında değerlendirmek gerekir. Sanığa sağlanacak kolaylıklar, dava dosyasının incelenmesi olanağı, sanığın avukatıyla serbestçe görüşebilmesi, gerekçeli kararın sanığa tebliği gibi somut olaya göre değişebilecek unsurlardır. Somut olaya göre, savunma hakkını engellemeyerek ve belli makul sınırlar içerisinde kalarak bu unsurlar sınırlanabilir.⁶⁷ AİHS m. 6/3-b yalnızca sanık için değil sanığın avukatı için de geçerlidir.⁶⁸

AİHM, *Twalib / Yunanistan* kararında⁶⁹ şeriklerden birine atanan avukata savunmasını hazırlaması için verilen 4 gün adil yargılanma ilkesine aykırı bulmamıştır.⁷⁰ *Campbell ve Fell / Birleşik Krallık* kararında⁷¹ ise iddianamenin geç tebliği edildiğini iddia ederek savunma hakkının kısıtlandığını ve bu durumun AİHS m. 6/3-b ‘ye aykırılık teşkil ettiğini belirten başvurunun iddiası, tebliğin 5 gün önce yapılmasının yeterli zaman ve kolaylıklar sağlanması açısından herhangi bir ihlâl teşkil etmediğine karar verilerek reddedilmiştir.⁷² Sanığın avukatla olan haberleşmesinin engellenmesi konusunda mahkeme, ihlâli AİHS m.6 değil, AİHS m. 8’ deki haberleşme özgürlüğünün

⁶⁵ TAŞDEMİR/ ÖZKEPİR, age, s. 833.

⁶⁶ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, age, s. 300.

⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, age, s. 301, p. 540.

⁶⁸ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, age, s. 301, p. 540/a.

⁶⁹ 09.06.1998 tarihli 24294/94 başvuru numaralı karar.

⁷⁰ DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt 1, İstanbul 2002, s. 1003.

⁷¹ 28.06.1984 tarihli 7819/77 başvuru numaralı karar.

⁷² DOĞRU, age, s. 713 vd.

kısıtlanması yasağı kapsamında değerlendirme yapmaktadır.⁷³ Mahkeme, *Sadak ve Diğerleri / Türkiye* kararında ise, suçlamanın niteliğinin değişmesine rağmen sanığa ek savunma için yeterli zaman verilmemesi ve kolaylık sağlanmaması nedeniyle AİHS m.6/3-b' nin ihlâl edildiğine karar vermiştir.⁷⁴

CMK'da sanığa ve avukatına kolaylıklar sağlanması açısından AİHM uygulaması ve AİHS doğrultusunda çeşitli hükümler yer almaktadır. CMK m. 149/3, m. 151/1-2, m. 153/1-2-3-4, m. 154, m.176/4, m. 226, şüpheli/sanık ve avukatına savunma hakkı bağlamında sağlanan çeşitli hak ve olanaklardır.

CMK m. 149/3'e göre soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli/sanık, avukatının hukukî yardımından faydalanabilecek, avukatıyla görüşmesi, şüpheli olarak alınan ifadesinde ve sanık olarak yapılan sorgusunda avukatının yanında bulunması engellenemeyecek ve kısıtlanamayacaktır. Şüpheli veya sanığın müdafisi ile görüşmesi, vekâletname aranmaksızın, başka kişilerin duyamayacağı bir yerde gerçekleştirilir. Ayrıca, şüpheli/sanığın müdafisi ile olan yazışmaları da denetime tâbi tutulamayacaktır (CMK m. 154).

Üzerinde durulması gereken diğer önemli bir nokta, tutuklu şüpheli/sanığın müdafisi ile görüşmesi ve haberleşmesidir. AİHM uygulaması, bu hakkı haberleşme özgürlüğü kapsamında AİHS m. 8 koruma altına almıştır. *Kanımca*, tutuklular, masumiyet karinesi gereği “suçlu” olarak nitelendirilmediklerinden bu hakkın kullandırılması hususunda duyarlı davranılması gerekmektedir. CMK 149/3 ve 154. maddeleri dışında bu konuda Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un⁷⁵ 114/5 maddesi gereğince tutukluların müdafileri ile haberleşmelerine ve ceza infaz kurumlarında görüşmelerine engel olunamayacaktır. Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik' in⁷⁶ 19. maddesine göre ise vekâletname aranmaksızın, tutuklular, müdafileri ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilecektir. Ayrıca müdafisi ile yapılan yazışmaları denetlenemeyecektir.

⁷³ Bkz: DOĞRU, age, s. 979, 15/11/1996 tarihli 15211/89 sayılı Calogera Diana / İtalya kararı, 15.11.1996 tarihli 15943/90 sayılı Domenichini / İtalya kararı.

⁷⁴Bkz:HUDOC,

<http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=sadak&sessionid=48654506&skin=hudoc-en>, e.t. 12.03.2010, p. 51, 52.

⁷⁵ 29.12.2004 tarihli 25685 sayılı RG.

⁷⁶ 17.06.2005 tarihli 25848 sayılı RG.

CMK m. 151/1 kapsamında daha önce değindiğimiz üzere, kendisini savunmak üzere CMK 150. maddeye göre görevlendirilen müdafî duruşmaya katılmaz, görevinden henüz yargılama süreci sona ermeden, vakitsiz olarak ayrılır ve müdafîlik görevini yerine getirmekten kaçınır ise, sanığın savunma hakkı bağlamında hemen başka bir müdafî görevlendirilecektir. Dahası, sanığa yeni bir müdafî görevlendirilene kadar, mahkeme oturuma ara verebilecek veya oturumu erteleyebilecektir. CMK m. 152/2 hükmüne göre ise, görevlendirilen yeni müdafî savunmasını hazırlayabilmek için yeterli zamanı olmadığını gerekçe göstererek oturumun ertelenmesini talep edebilir.

CMK m. 153, müdafîin dosya inceleme yetkisini düzenlemiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre şüpheli müdafîi, soruşturma aşamasında soruşturma dosyasını inceleyebilir ve dosyada dilediği belgelerin örneğini alabilir. Müdafîin dosyayı incelemesi veya belgelerden örnek alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek ise Cumhuriyet Savcısı, Sulh Ceza Hâkimi'nden müdafîin bu yetkisinin kısıtlanmasını talep edebilir (CMK m. 153/2). Ancak nitelikleri gereği, yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak, bilirkişi raporları, yakalanan kişi veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer işlemlere ilişkin tutanakların müdafîe verilmesi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmeyeceğinden, bu belgeler hakkında kısıtlama kararı verilemez (CMK m. 153/3).⁷⁷ Müdafî, dava açıldığı andan itibaren dosya kapsamındaki tüm delil ve belgeleri inceleyebilecek, örneklerini de alabilecektir (CMK m. 153/4).

Savunma yapılabilmesi için gerekli zamanın verilmesi açısından, CMK 176/4 gereği duruşma hazırlığı safhasında iddianame ve çağrı kağıdının tebliği duruşmadan en az 7 gün önce yapılacaktır. Bu süre sınırına uyulmadığı takdirde sanığa duruşmaya ara verilmesini talep etme hakkı olduğu hatırlatılmalıdır (CMK m. 190/2). Yargıtay, bu konuya ilişkin bir kararında sanığa bu hatırlatmanın yapılmaması durumunda ilk derece mahkeme hükmünü bozmuştur:

"İddianame ve duruşma gününü bildirir çağrı kağıdının tutuklu sanıklara tebliğ edildiği tarih ile duruşmanın yapıldığı tarih arasında 4 gün bulunduğu, 5271 sayılı CMK'nın 176/4. maddesinde belirtilen "çağrı kağıdının tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması gerekir" şeklinde zorunluluğa uyulmadığı gibi sanıklarla duruşmaya ara verilmesi istemeye

⁷⁷ TAŞDEMİR/ ÖZKEPİR, age, s. 629.

hakları olduğunun hatırlanmaması usule aykırıdır.”(Yargıtay 1. CD. E. 2007/5588, K.2008/4936, T. 11.06.2008)⁷⁸

İddianamede nitelendirilen(tavsif) suçtan farklı bir suç nedeniyle hüküm kurulduğu durumlarda ise sanığa CMK m. 226 gereği ek savunma hakkı tanınması gerekmektedir. Suçun hukukî niteliği değiştiğinde yapılacak yazılı bildirimler müdafie yapılır (CMK m. 226/4). Savunma hakkı açısından önem kazanan bu hüküm, sanığın lehinedir.⁷⁹ Davayı gören mahkeme de CMK m. 225 gereği yalnızca iddianamede gösterilen suç ve failleri hakkında karar verebilir. Ayrıca sanığın ek savunması alınmadan hüküm kurulması savunma hakkının kısıtlanması olacağından, mutlak bozma nedenleri arasındadır (CMK m. 289/h). Yargıtay, sanığa ek savunma hakkı verilmesi de hükme esas teşkil eden suçun iddianamede belirtilen suça göre cezasının daha az olması, dolayısıyla sanık lehine bir hüküm verildiği ileri sürülerek ilk derece mahkemesince direnilen bir kararı bozmuştur:

“...İncelenen olayda kamu davasına konu olan karşılıksız çek vermek suçunun cezası, dolandırıcılık suçundan daha ağırsa da bu suç takibi şikâyete bağlı, şekli bir suçtur. Hâlbuki dolandırıcılık suçunun takibi şikâyete bağlı değildir. Kamu hukuku yönünden doğurduğu sonuçlar da daha ağırdır. Özellikle; yüz kızartıcı suçlardan sayılıp memuriyet hukukunda, seçim hukukunda ve benzeri birçok konularda önemli, belki de cezadan daha ağır mahrumiyetler doğurmaktadır. Bu nedenlerle kanunî unsurları farklı olan bu suçlardan dolayı değişen suç vasfına göre sanığa ek savunma verilmeden hüküm kurulması isabetsizdir.”(Yargıtay CGK, E. 1998/2-12, K. 1998/97, T. 17.03.1998)⁸⁰

Yargıtay, başka bir kararında;

“...İddianamede ceza artırımına ilişkin yasa maddesinin gösterilmemesi nedeniyle sanığa ek savunma hakkı verilmelidir.” (Yargıtay 3. CD, K.9184, E. 9322, T. 12.09.1986)⁸¹

⁷⁸ <http://www.kazanci.com> .

⁷⁹ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2006, s. 613.

⁸⁰ <http://www.kazanci.com>, e.t. 14.03.2010.

⁸¹ YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007, s.443.

ve aynı yönde;

“...Ceza yargılamasında mahkemeler, fiilin iddianamedeki tavsifi ile bağlı değildir. Ancak suç vasfının değişmesi hâlinde, sanığa ek savunma hakkı tanınmak zorundadır.” (Yargıtay CGK, K.271, E. 2-85, T. 16.06.1969)⁸²

şeklinde kararlar vermiştir. Yüksek Mahkeme'nin ek savunma hakkı tanınmamasını hukuka uygun olarak değerlendirdiği bir kararında ise şunu belirtmiştir:

“ ...İddianamede fıkra gösterilmeksizin madde numarasından bahsedildiğine göre, ek savunma hakkı verilmesine gerek yoktur.”(Yargıtay 3. CD, K.1919, E. 1864, T. 09.03.1977)⁸³

IV. MAHKEME AÇISINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI

A. Yasal, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemede Yargılanma Hakkı

Ceza yargılamasında hâkim, yürütülen yargılama faaliyeti sonucunda adil bir karara varabilmek için bağımsız ve tarafsız olmalıdır.⁸⁴

Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme kavramı objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsuru barındırır; objektif unsur şüphesiz, çağdaş demokrasilerde kuvvetler ayrılığından doğar.⁸⁵ Yürütme ve yargı erklerinin birbirinden tamamen ayrılması yargı erkinin bağımsız olmasını sağlar. Eğer hâkimlere yargı dışı devlet kurumları tarafından beklentiler dile getirilip, talimatlar gönderilirse ve hâkimlerin herhangi bir gerekçeyle devlet veya başka bir otorite tarafından görevlerinin sonlandırılabilmesi, hâkimlerin başka yerlere gönderilmesi gibi tehditler söz konusuysa mahkeme veya hâkimin bağımsızlığından ve tarafsızlığından söz edilemez.⁸⁶ Mahkeme veya hâkimin tarafsızlığı ve bağımsızlığındaki sübjektif unsur ise, hâkimin belli olgulardan ve şahsından kaynaklanan hâllerin, vereceği hükme etki edeceği düşünüldüğünde, tarafsızlığından mutlak surette şüphe duyulmasından kaynaklanır.⁸⁷

⁸² YURTCAN, Ceza..., s.444.

⁸³ YURTCAN, Ceza..., s.444.

⁸⁴ CENTEL, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996, s. 5.

⁸⁵ GOMIEN/ HARRIS/ ZWAAK, age, s. 169; CENTEL, age, s. 30.

⁸⁶ GOMIEN/ HARRIS/ ZWAAK, age, s. 169.

⁸⁷ CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin..., s. 30.

Yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı, AİHS m.6/1’de şöyle güvence altına alınmıştır:

“Herkes...cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından...görülmesini isteme hakkına sahiptir.”⁸⁸

“Yasal” mahkeme olarak anlaşılması gereken doğal(kanunî) hâkimlik güvencesidir.⁸⁹ AİHM, *Belilos / İsviçre*⁹⁰ kararında yasal mahkemenin gereklerini şöyle belirtmektedir:

“Yasal mahkeme kanunla düzenlenerek görev ve yetki alanına giren davalara bakmalıdır ve yargılama aşamasında ise yine kanunların düzenlediği şekilde davayı yürütmelidir. Ayrıca yasal mahkemenin, özellikle yürütme erkinden olmak üzere, bağımsızlık, tarafsızlık ve hâkimlerin görev süreleri gibi özelliklere sahip olması gerekir.”⁹¹

Doğal hâkimlik ilkesi Anayasa’nın 37. maddesinde de güvence altına alınan bir haktır:

*“Madde 37 - Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.
Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”⁹²*

AİHM mahkemenin tarafsızlığı konusunda *Saraiva de Carvalho / Portekiz*⁹³ kararında şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“AİHS 6/1 hükmündeki tarafsızlık, sübjektif bir değerlendirmeden geçirilmeli; hâkimin baktığı davada herhangi bir önyargı taşıyıp taşımadığı temeli araştırılmalıdır. Diğer taraftan da objektif değerlendirme yapılmalıdır, yani,

⁸⁸ <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-B85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>, e.t. 14.03.2010.

⁸⁹ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, age, s. 280.

⁹⁰ 29.04.1988 tarihli 10328/83 başvuru numaralı karar.

⁹¹ DUTERTRE, age, s. 192.

⁹² <http://www.mevzuat.gov.tr>, e.t. 14.03.2010.

⁹³ 22.04.1994 tarihli 15651/89 başvuru numaralı karar.

hâkim davaya bakmada herhangi bir meşru şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde yeterli garantileri sağlıyor olmalıdır.”⁹⁴

AİHM, *Elezi / Almanya*⁹⁵ kararında ise, hâkimin tarafsızlığı konusundaki kuşkunun ancak objektif olarak haklı olması durumunda kabul etmiş, özellikle sanık aleyhine herhangi bir davranış olup olmadığı veya ceza muhakemesinin alışlagelmiş uygulamalarının dışına çıkıp çıkmadığının tarafsızlık konusunda belirleyici nitelikler olduğunu belirtmiştir.⁹⁶

AİHM, *Sramek / Avusturya*⁹⁷ kararında ise, mahkeme heyetinde üye olarak görev alan memurun amirinin davacı taraf olmasını mahkemenin bağımsızlığına şüphe düşüren bir unsur olduğunu belirtmiştir.⁹⁸ Hiç kuşkusuz, bu kararında subjektif unsurlara göre değerlendirme yapılarak verilmiş bir karar mevcuttur.

a. Hâkimin Bağımsızlığı

Hâkimin bağımsızlığı, Anayasa'nın 138. maddesiyle güvence altına alınmıştır:

“Madde 138 – Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz...”⁹⁹

Ceza yargılamasında hâkimler, tarafların sunduğu delillerin inandırıcılığını değerlendirir, tanıkları dinler ve bunlara göre kanunun da yorumunu kendileri yaparak

⁹⁴ DUTERTRE, age, s. 193.

⁹⁵ 12.06.2008 tarihli 26771/03 başvuru numaralı karar.

⁹⁶ ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 162.

⁹⁷ 22.10.1984 tarihli 8790/79 sayılı karar.

⁹⁸ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, age, s. 281.

⁹⁹ <http://www.mevzuat.gov.tr>, e.t. 14.03.2010.

vicdani kanaatlerine göre özgürce kararlarını verirler. Bunların mümkün olabilmesi, hâkimlerin hiçbir kişi veya kurumun baskısını hissetmemesine bağlıdır.

Türkiye’de hâkimlerin idarî görevler açısından Adalet Bakanlığı’na bağlı olmaları, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmaz.¹⁰⁰ Hâkimler idarî görevleri çerçevesinde de olsa Adalet Bakanlığı’ndan emir veya talimat almamalıdır, zira hâkimlere baskı yapılması kadar yapılabilmesi ihtimali dahi bağımsızlıklarını zedeler.¹⁰¹ Hâkimler için emir ve talimat almama hem bir hak hem de bir yükümlülüktür.¹⁰² Ayrıca, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Adalet Bakanlığı’ndan bağımsız bir konuma getirilmedikçe bağımsızlıktan söz edilemez.¹⁰³

Kanımcı, AİHM’ in yukarıda değindiğimiz *Belilos / İsviçre* kararında “yasal” mahkemenin gereği olarak özellikle yürütme organından bağımsız olması gerektiği koşulu, hâkimlerimizin görev aldığı mahkemelerin “yasal” olma özelliklerini de zedelemektedir. Ayrıca, bağımsızlığına şüphe ile bakılan hâkimlerin tarafsızlıklarına da şüphe ile bakılır. Zira bağımsızlık ilkesi, tarafsızlık ilkesi ile sıkı sıkıya bağlıdır.

b. Hâkimin Tarafsızlığı

Tarafsızlık, hâkimin önüne gelen davada taraflar açısından objektif olmasına, yani tarafların yerinde her kim olursa olsun aynı kararın verileceğini ifade eder.¹⁰⁴ Anayasa’da hâkimin tarafsızlığına açık olarak yer verilmemiştir.¹⁰⁵ Ancak Anayasa’nın 10. maddesi kapsamında herkesin kanun önünde eşit olması aslında hâkimin tarafsızlığını vurgulayan bir normdur.¹⁰⁶ Ayrıca hâkimin tarafsızlığı AY m. 36/1’de düzenlenen adil yargılanma hakkı içerisinde yer alır. CMK’da düzenlenen hâkimin yasaklanması, hâkimin reddi ve hâkimin çekinmesi kurumları, hâkimin tarafsızlığını güvence altına almak için getirilen kurumlardır.

¹⁰⁰ CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin..., s. 12.

¹⁰¹ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, age, s. 189; CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin..., s. 12.

¹⁰² YURTCAN, Ceza..., s. 76.

¹⁰³ Aynı yönde bkz. ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 168; YURTCAN, Ceza..., s. 79; KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, age, 196; CENTEL/ ZAFER, age, s. 485.

¹⁰⁴ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, age, s. 198.

¹⁰⁵ CENTEL, Nur, “Adil Yargılanma...”, s. 199.

¹⁰⁶ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, age, s. 199; EVİK, age, s. 296.

aa. Hâkimin Yasaklanması

Hâkimin yasaklanma hâlleri CMK m.22 ve m.23'te sayılmaktadır:

“CMK Madde 22 – (1) Hâkim;

- 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,*
- Hâkimlik görevini yapamaz.*

CMK Madde 23 – (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 hâlinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.”¹⁰⁷

CMK m. 22’de belirtilen hâller hâkimin kendisi ile ilgili hâllerdir. Hâkim bir şekilde davanın konusuyla ilgilidir ve taraftır. Davaya bakmakta yasaklı olan hâkimin vermiş olduğu kararın temyizi hâlinde hâkimin yasaklılık sebebi tek başına hükmün bozulması için yeterlidir (CMK m. 289/b).¹⁰⁸ CMK m.23/2’de belirtilen yasaklılık hâli ise yalnızca CMK m. 163’ e göre Sulh Ceza Hâkimi’nin soruşturmayı kendi eliyle

¹⁰⁷ <http://www.mevzuat.gov.tr>, e.t. 14.03.2010.

¹⁰⁸ YURTCAN, Ceza..., s. 87.

yürütmesi hâlinde geçerli olacaktır (CMKYU¹⁰⁹ m. 11). CMK m. 23/1-2’ de düzenlenen diğer hâller de, hâkimin daha önce davayla ilgili yaptığı işlemlerin, onun tarafsızlığını bozacağı düşüncesiyle getirilmiş hükümlerdir.¹¹⁰

Hâkim, yasaklılık nedenlerine dayanarak aşağıda değineceğimiz çekinme kurumuyula davadan el çekecektir.

bb. Hâkimin Reddi

Yukarıda değindiğimiz yasaklılık hâllerinin varlığı hâlinde hâkimin reddi talep edilebilecektir. CMK m. 22 ve m. 23’te sayılan hâller hâkimin tarafsızlığını yitirdiğini varsayan hâllerdir. Ancak bu nedenler dışında da hâkimin tarafsızlığında şüphe edilebilir. Tüm bu nedenlerin kanunla belirtilmesi olanaksız olduğundan, CMK m. 24’e göre her olayda hâkimin tarafsızlığı konusunda araştırma yapılması ve durumun ortaya konulması gerekir.¹¹¹

“ CMK Madde 24 – (1) Hâkimin davaya bakamayacağı hâllerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir.

(2) Cumhuriyet savcısı; şüpheli, sanık veya bunların müdafii; katılan veya vekili, hâkimin reddi isteminde bulunabilirler.

(3) Bunlardan herhangi biri istediği takdirde, karar veya hükme katılacak hâkimlerin isimleri kendisine bildirilir.”¹¹²

Yargıtay, mahkemenin ek iddianame ile iddianamenin baştan düzenlenmesini talep etmesi durumunda tarafsızlığını yitireceğini belirtmiştir:

“...ek iddianame talebi ile mahkeme baştan iddianamenin düzenlenmesini istemekle bir nevi suçun sübuta erdiğini belirterek baştan sanığın mahkumiyetine dair görüşünü ortaya koyar nitelikte görüş belirtmiş olduğu ve ek iddianame uygulamasının, iddianamenin kabulü ile hakim önüne gelen iddianamede gösterilen suça ilişkin olarak fiil ve fail hakkında karar verilmesini öngören CMK'nın 225. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğu...

¹⁰⁹ 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, 31.03.2005 tarihli 25772 sayılı RG.

¹¹⁰ ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 159.

¹¹¹ YURTCAN, Ceza..., s. 88.

¹¹² <http://www.mevzuat.gov.tr> .

hükümün bu nedenlerle BOZULMASINA...” (Yargıtay 3. CD E.2009/27, K.2009/13450, T.19.06.2009) ¹¹³

Yüksek mahkeme diğer bir kararında ise şöyle belirtmiştir:

“...Ağır Ceza Mahkemesinin ...görevsizlik kararında sanıkların suçlarının vasıflandırılmasını belirlerken "bu durumda ateş eden bir kişi ya da kişilerin müştekiyi öldürme kastı altında hareket ettiklerini gösterecek hiçbir sübut delili bulunmadığı" şeklinde gösterilen gerekçenin CMK.nun 24.maddesi kapsamında kanaat açıklamasında bulunma niteliğinde olması hususu gözönüne alındığında Asliye Ceza Mahkemesince görevsizlik kararı ile yeniden kendilerine gönderilen davaya bakamayacaklarından yeniden oluşturulacak heyet tarafından yargılama yapıp hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemesi...” (Yargıtay 1. CD. E.2007/1009, K.2008/3051, T. 16.04.2008) ¹¹⁴

Söz konusu maddeye göre hâkimin reddi yasaklama hâllerine dayalı ise ret için herhangi bir süre öngörülmediği için yargılamanın her aşamasında bu gerekçe gösterilerek hâkimin reddi istenebilir. ¹¹⁵ Ancak hâkimin reddi CMK m. 24’te belirtildiği üzere: “tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebepler” üzerine yapılıyorsa CMK m.25’e göre bu reddin muhakemenin belirli bir aşamasına kadar yapılması gerekir ¹¹⁶:

“CMK Madde 25 – (1) Tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı bir hâkimin reddi, ilk derece mahkemelerinde sanığın sorgusu başlayınca; duruşmalı işlerde bölge adliye mahkemelerinde inceleme raporu ve Yargıtayda görevlendirilen üye veya tetkik hâkimi tarafından yazılmış olan rapor üyelere açıklanmaya kadar istenebilir. Diğer hâllerde, inceleme başlayınca 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.” ¹¹⁷

¹¹³ <http://www.kazanci.com> .

¹¹⁴ <http://www.kazanci.com> .

¹¹⁵ ÜNVER/ HAKERİ, s. 163.

¹¹⁶ ÜNVER/ HAKERİ’ ye göre kanunda belirlenen süre sınırlaması yerinde değildir. Hâkimin reddi nedenleri kovuşturma bitinceye kadar ileri sürülebilir.

¹¹⁷ <http://www.mevzuat.gov.tr>, e.t. 14.03.2010.

cc. Hâkimin Çekinmesi (İstinkâf)

Yargılamasında tarafsızlığın sağlanmasındaki diğer yollardan bir diğeridir. Bu durumda, hâkimin kendiliğinden yasaklılık veya ret nedeni tespit ederek davadan el çekmesi söz konusudur (CMK m. 30). CMK, bu konuda ikili ayırım yapmıştır. Buna göre, hâkimin, yasaklılık nedenlerinden birine dayanarak çekinmesi veya tarafsızlığını yitirdiği düşüncesiyle çekinmesi söz konusu olabilir. Burada yapılan ayırımın özelliği, hâkimin yasaklılık nedenlerinden birine dayanarak çekinmesi hâlinde CMK m. 27'ye göre belirlenecek merci tarafından yasaklılık nedeninin varlığı araştırılmadan başka bir mahkemeye görev verilecek olmasıdır.

Hâkimin tarafsızlığını yitirdiği düşüncesiyle çekinmesi durumunda, merci, çekinme nedeninin meşru bir neden olup olmadığını araştıracaktır. Mercinin yaptığı araştırma sonucu, hâkimin çekinme nedeni yerinde bulunmazsa, çekinme talebinde bulunan hâkim davaya bakacaktır. Kanunun böyle bir ayırım yapmasının amacı hâkimlerin hukuka uygun olmayan nedenlerle davadan el çekmelerine engel olmaktır.¹¹⁸

CMK m. 30/3'e göre ise, çekinme nedeni bulunan veya davadan el çeken hâkim ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde işlem yaparsa bu işlemler geçerli olacaktır. Yargıtay bu konuda bir kararında şöyle belirtmektedir:

“... 5271 sayılı CMK'nın 22. maddesi uyarınca davadan çekilen hakim tarafından, hükümlünün günsüz hazır bulundurulması üzerine imza ve yazı örnekleri alınmıştır. Davadan çekilen hakim tarafından yapılan bu işlemin, gecikmesinde sakınca bulunan durum nedeniyle yapılmış işlemlerden sayılması ve aynı zamanda bir savunma delili niteliğinde olması nedeniyle, aynı Kanun'un 30/3 ve 29/3. maddeleri uyarınca, tekrarlanması gerekmemektedir.” (Yargıtay 10. CD. E.2007/11735, K.2007/14529, T.10.12.2007)¹¹⁹

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkı (Yargılamanın Çabukluğu İlkesi)

AIHS m. 6/1' de bu hak şu şekilde güvence altına alınmaktadır:

¹¹⁸ YURTCAN, Ceza..., s. 94.

¹¹⁹ <http://www.kazanci.com> .

“Herkes... davasının makul bir süre içinde... görülmesini isteme hakkına sahiptir.”¹²⁰

Ceza yargılamasının uzunluğunun “makul” olarak kabul edilebilmesi için gereken kıstasları, AİHM, *Zimmermann ve Steiner / İsviçre*¹²¹ kararında ortaya koymuştur:

“Yargılamanın AİHS m. 6/1 kapsamında uzunluğunun makul olup olmadığına her davada somut olaylara göre karar verilmelidir. Buna ilâveten, davaya konu olan olayların veya hukukî konuların karmaşıklığı, başvuru ve yetkili otoritelerin tutumları ve bunlara ek olarak başvuru ve Devlet açısından ne tehlike var ise, yalnızca Devletin neden olduğu gecikmeler, yargılamada makul süre koşuluna uyulmadığı iddiasını haklı çıkarabilir.”¹²²

AİHM yargılamada makul sürenin ihlâl edilip edilmediğine yönelik iddiayı her somut olayın şartlarına göre kıstasları belirleyerek karar vermektedir ancak yukarıda değindiğimiz kararda ve diğer birçok kararında da temel kıstasları ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, mahkeme, genel olarak, *davanın karmaşıklığı, başvuru için ne gibi bir tehlikenin söz konusu olduğu, yetkili otoritelerin olayı nasıl idare ettikleri ve başvuru ve yetkili otoritelerin tutumu* gibi kıstasları saptayarak bunlara göre karar vermektedir.

Mahkeme, *Eckle / Almanya*¹²³ kararında ceza yargılamasına ilişkin olarak makul sürenin başlangıcı ve sona ermesi konusunda tespitler yapmıştır:

“Ceza yargılamasına ilişkin konularda, AİHS m. 6/1’de belirtilen “makul süre”, tutuklama yapılması veya kişiye suç isnad edilmesi gibi durumlarda, yani, kişi hakkında resmî olarak soruşturma yapıldığı veya hazırlık soruşturmasının başlatıldığı kendisine haber verildiği andan itibaren başlar. Bu, davanın yargılamayı yapacak mahkemenin önüne gelmesinden önce de süre başlayabilir. Sürenin sonu ise temyiz süreci dâhil olmak üzere tüm işlemleri kapsayarak tayin edilir.”¹²⁴

¹²⁰ <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-B85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>, e.t. 24.03.2010 .

¹²¹ 13.07.1983 tarihli 8737/79 başvuru numaralı karar.

¹²² DUTERTRE, age, s. 210.

¹²³ 15.07.1982 tarihli 8130/78 başvuru numaralı karar.

¹²⁴ DUTERTRE, age, s.210.

Daha önce de belirttiğimiz üzere makul süre davanın niteliğine göre değişiklik gösterecek olsa da, AİHM genel olarak, iki ila beş yıl süren yargılama işlemlerinde ihlâl olduğuna karar vermektedir.¹²⁵

Makul sürede yargılanma hakkı, Anayasa m. 141/son' da güvence altına alınmıştır. Hüküm bağlamında mahkemelere yargılamayı mümkün olduğunca süratle sonuçlandırma yükümlülüğü getirilmiştir. Tutuklanan kişiler açısından ise bu hak, AY m. 19/6 ile güvence altına alınmıştır. Makul sürede yargılanma hakkı bağlamında, CMK m. 190' da duruşmaya, zorunlu hâller dışında ara verilemeyeceği, ara verilmesini gerektiren bir durumun varlığında da, davanın makul sürede sonuçlandırılmasına olanak verecek surette ara verilebileceği belirtilmektedir.

Üzerinde durduğumuz hükümlerin dışında CMK'daki birçok hüküm ve kurum makul sürede yargılanma hakkına hizmet etmektedir. Bunlardan bazıları, temyiz süresinin yedi gün ile sınırlandırılmış olması (CMK m. 291), karara itiraz süresinin yedi gün süreyle sınırlandırılmış olması (CMK m. 268/1), yakalanan kişinin hâkim önüne çıkarılmasındaki süre sınırı (CMK m. 91), uzlaşma (CMK m. 253) ve ön ödeme (TCK m. 75) kurumlarıdır.

Yargıtay uygulamasında makul sürede yargılanma hakkı bağlamında sık sık AİHS'e göndermeler yapılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında lehe kanun uygulamasına hangi mercinin karar vermesi gerektiği ve makul sürede yargılanma hakkı da tartışılmış ve şöyle tespitler yapılmıştır:

“Çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı Osman Şirin... Anayasanın 5170 sayılı Yasa ile değişik 90. maddesine göre de üstünlük ve önceliği kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinin "kişinin makul sürede yargılanma hakkı olduğuna" ilişkin normu... Hangi yasanın lehte olduğunu tesbitte hiç acze düşmeyecek yargı mercii ise Yargıtaydır. Bu nedenledir ki basit bir muhakemeye ulaşılacak bu sonuca varmak ve makul sürede yargılanma hakkının gereğine uymak yerine gereksiz ve yersiz bir bozma ile dosyayı yerel mahkemeye tevdi ederek yeni bozmalara zemin hazırlamak yasanın açık hükmü karşısında anlaşılabilir bir davranış sayılmamaktadır. ... 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi karşısında sanık hakkında hangi yasa hükümlerinin

¹²⁵ GOMIEN/ HARRIS/ ZWAAK, age, s. 167.

uygulanacağıının ilk derece mahkemesince belirlenmesi zorunluluğu karşısında, hükümün diğer yönleri incelenmeksizin BOZULMASINA.”(Yargıtay CGK., E.2005/4-29, K. 2005/91, T. 05.07.2005)¹²⁶

C. Aleni Yargılanma Hakkı

Aleni yargılanma, tüm yargılama usulleri için ancak öncelikle sözlü yargılama usulü için geçerlidir ve ayrıca duruşma aşamasında geçerli bir ilke olması nedeniyle duruşmada hazır bulunma anlamına da gelir.¹²⁷ Aleni yargılanma hakkı, AİHS m.6/1’de güvence alınmıştır ve bu hakka getirilebilecek istisnalar belirtilmiştir:

“Herkes... davasının... 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 zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.”¹²⁸

AİHM, aleni yargılanma hakkının önemine değindiği *Preto ve diğerleri / İtalya*¹²⁹ kararında şunları belirtmiştir:

“ Aleni yargılanma hakkı davanın taraflarının yargının gizli biçimde kamunun denetimi olmadan yönetimini engellerken aynı zamanda yüksek mahkeme veya ilk derece mahkemesi olsun, yargıya olan güvenin sürdürülmesini sağlar. Alenilik, yargının görünür olmasını sağlayarak demokratik toplumlarda var olması gereken temel ilkelerden biri olan adil yargılanmanın sağlanmasına hizmet eder.”¹³⁰

AİHM, *Diennet / Fransa*¹³¹ kararında ise bu hakkın istisnalarına gönderme yapmıştır:

¹²⁶ <http://www.kazanci.com> .

¹²⁷ TURAN, Hüseyin, “Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Aleni Yargılanma Hakkı”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 9, Nisan 2009, s. 250.

¹²⁸ <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-B85A86B2433/0/TurkishTurc.pdf>

¹²⁹ 08.12.1983 tarihli 7984/77 başvuru numaralı karar.

¹³⁰ DUTERTRE, age, s. 212.

¹³¹ 26.10.1995 tarihli 18160/91 başvuru numaralı karar.

“AİHS m.6/1’de belirtilen istisnalar bağlamında sözleşme bu ilkeyi mutlak yapmamaktadır. ...Basın veya kamu, ahlâki konular söz konusu olduğunda tüm duruşma aşamasında dışarıda tutulabilir. ...Tarafların özel hayatlarının gizliliği gerektirirse veya duruşmanın aleni olarak görülmesi adalete zarar verecekse, mahkemenin takdiriyle bu kapsam dar yorumlanarak genişletilebilir.”¹³²

Ceza yargılaması hukukunda evrensel olarak kabul gören aleni yargılanma hakkıyla (aleni yargılama ilkesi), kamu denetiminin sağlanması ve kapalı olarak yapılan duruşmalarda ortaya çıkabilecek keyfi kararların önlenmesi amaçlanmıştır.¹³³ İç hukukta, Anayasa’nın 141/1 maddesinde güvence altına alınan bu hakka paralel olarak CMK’nın 182/1 maddesinde duruşmanın açık olduğu, herkesin duruşmayı izleyebileceği hüküm altına alınmıştır:

“**AY Madde 141** – Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.

CMK Madde 182 – (1) Duruşma herkese açıktır.

(2) Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.

(3) Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanır.”¹³⁴

CMK m.182/2’de belirtilen hallerin ileri sürülmesi halinde veya mahkeme re’sen harekete geçerek, açık duruşmada, duruşmaların kapalı yapılması yönünde karar verilebilir (CMK m. 182/3; m. 184). Yargıtay bu konudaki bir kararında şöyle belirtmektedir:

“CMK.nun 182/1. maddesi uyarınca duruşmanın gizli yapılmasına karar verilmiş olduğu halde, aynı maddenin 2. fıkrası hükmüne aykırı olarak hükmün

¹³² DUTERTRE, age, s. 212.

¹³³ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, age, s. 288.

¹³⁴

açık tefhimi yerine kapalı oturumda tefhim edilmesi, bozmayı gerektirmiştir.”
(Yargıtay 5. CD, E.2008/211, K.2008/5363, T. 28.05.2008)¹³⁵

Sanığın 18 yaşından küçük olması durumu ise aleniyetin diğer bir istisnasıdır; bu durumda duruşmalar kapalı yapılmak zorundadır (CMK m. 185). Yargıtay çocuk yargılamaları konusunda duruşmanın kapalı olarak yapılması konusunda çok hassastır:

“Suç tarihinde 15-18 yaş grubunda bulunmasına karşın sanık hakkında 5271 sayılı CYY.nın 185. maddesi uyarınca duruşmanın kapalı yapılması ve hükmün de kapalı olarak verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi... hükmün bozulmasına... karar verildi.”(Yargıtay 4. CD, E. 2006/11205, K. 2007/1323, T. 07.02.2007)¹³⁶

Yargıtay diğer bir kararında ise;

“ Sanık Mehmet’in 18 yaşından büyük olduğu gözetilmeden hükmün kapalı duruşmada açıklanması suretiyle 5271 Sayılı CMK.nun 182/3 ve 289/1-f maddelerine aykırı davranılması... hükmün.. bozulmasına...” (Yargıtay 1. CD, E. 2007/5734, K. 2008/5496, T. 30.06.2008)¹³⁷

karar vermiştir.

Bunlara karşılık, soruşturma ve kovuşturma evresinin hüküm aşamasında gizlilik ilkesi geçerlidir (CMK m.157, m. 227/1). Mahkemenin, savcının iddianamesini değerlendirmeye aldığı ara muhakeme aşamasında da henüz dava açılmış, kovuşturma evresine geçilmiş olmadığından gizlilik ilkesi geçerlidir. Soruşturma evresinde gizlilik ilkesinin geçerli olmasının amacı delil karartılmasını, şüphelinin kaçmasını önlemek ve şüphelinin lekelenmeme hakkını korumaktır.¹³⁸

Daha önce değindiğimiz, CMK m. 153/2’ye göre soruşturma evresinde savcının Sulh Ceza Hâkimi’nden sanık ve müdafinin dosyada bulunan bazı belgelere erişimlerinin kısıtlanmasını talep edebilmesi, gizlilik ilkesinin bir sonucudur. Dolayısıyla buradan, soruşturma evresinde, şüphelinin dahi suçlamayı tüm detaylarıyla öğrenme

¹³⁵ <http://www.kazanci.com> .

¹³⁶ <http://www.kazanci.com> .

¹³⁷ <http://www.kazanci.com> .

¹³⁸ ÜNVER/ HAKERİ, s. 48.

hakkının kısıtlandığı bir istisna getirildiğinden, soruşturma aşamasında gizliliğin kritik bir öneme sahip olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

V. İSPAT AÇISINDAN ADİL YARGILANMA HAKKI

A. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi (*in dubio pro reo*):

Uygulamamızda “delil yetersizliğinden, yokluğundan beraat etmesi” kavramı her ne kadar telaffuz ediliş biçimi yanlış olsa da¹³⁹ şüpheden sanık yararlanır ilkesinin bir yansımasıdır.¹⁴⁰ Ancak belirtmek gerekir ki; bu tabir aslında sanığın masumiyet karinesinin bir sonucu olan lekelenmeme hakkını ihlâl eder.¹⁴¹

Daha önce belirttiğimiz üzere, şüpheden sanık yararlanır ilkesi masumiyet karinesinin bir unsurudur ve çok sıkı bir ilişki içerisindedir. Bu ilkeye göre bir fiilin sanık tarafından kesin olarak işlendiği sabit olmadığı takdirde veya suçu işlediği konusunda en ufak bir şüphenin varlığı hâlinde, bu durum sanık lehine yorumlanacak ve sanık hakkında beraat kararı verilecektir.¹⁴² Bu yönde Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun;

“...Ceza yargılamasının amacı ise, hiçbir duraksamaya yer verilmeksizin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Suçun sübutunun kuşkulu kaldığı durumlarda varsayımlara dayanarak karar vermek, ceza yargılamasının bu amacına ve şüphe sanık lehine yorumlanmalıdır şeklindeki evrensel ceza hukuk kuralına aykırıdır. Bu itibarla, suç sübuta ermediğinden, direnme hükmünün bozulmasına...” (Yargıtay CGK E.1998/5-268, K. 1998/320, T. 20.10.1998)¹⁴³

kararında olduğu gibi Yargıtay Ceza Daireleri’nin de birçok kararında sanığın suçluluğunun tespitinde meydana gelen en ufak bir şüphenin, sanığın mahkûmiyetini şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği hukuka aykırı bularak bozmuştur. Dolayısıyla suçun ispatının kuşkuya yer bırakmamış olması gerekecektir.

¹³⁹ DÖNMEZER, agm, s.69; ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 68.

¹⁴⁰ ÜNVER/ HAKERİ’ye göre mahkemelerin verdiği “delil yetersizliğinden beraatine” biçiminde bir hüküm hukuka aykırıdır, aksi takdirde masumiyet karinesi ihlâl edilmiş olacaktır; aynı yönde bkz. DÖNMEZER, agm, s. 69.

¹⁴¹ ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 192.

¹⁴² ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, age, s. 132.

¹⁴³ <http://www.kazanci.com>, e.t. 14.03.2010.

İlkenin başka bir etkisi de suçun manevâ unsuruna olabilir; suçun kast ile değil, taksirle işlendiği varsayılarak ceza tayini yapılabilir.¹⁴⁴ Suça ilişkin deliller ve bu delillerin sanıkla ve olayla ilişkilendirilmesi yapılırken güçlü bir biçimde gerekçelendirilmediği, bağ kurulamadığı takdirde ortaya çıkacak olan kuşku sanığın beraatına yol açacaktır. Ancak delillerin toplanmamış olması veya bilinen ve elde edilmesi mümkün delillerin toplanarak değerlendirilmemiş olmasına rağmen bu ilkenin uygulanması hukuka aykırı olacaktır.¹⁴⁵

İlke doğrultusunda sonuç yalnızca beraat kararı olmayabilir. Bu konuda Yargıtay'ın bazı kararları şöyledir:

“ Çalınan paranın kesin miktarı saptanamıyorsa, “şüpheden sanık yararlanır” kuralına uyularak değerler pek hafif olarak kabulü gerekir “ (Yargıtay 6.CD, T.23.1.1990, E.1989/9436, K.1990/246)¹⁴⁶

“Suç konusu senetlerin ögeleri saptanamadığına göre, kuşkudan sanık yararlanır ilkesi uyarınca bu senetlerin özel belge niteliğinde benimsenmesi zorunludur” (Yargıtay CGK, T. 28.5.1990, K. 6/128-151)¹⁴⁷

B. Hukuka Aykırı Delillerin Sanık Aleyhine Kullanılmaması

Bu hakkın temelini adil yargılanma ilkesi bağlamında, silâhların eşitliği ilkesi oluşturur.¹⁴⁸ Delil, ceza yargılamasında olduğu iddia edilen olayları ve sonuçlarıyla ilişki kurulmasına aracılık eden ispat aracıdır.¹⁴⁹ Unutmamak gerekir ki, savcının, sanığın aleyhine deliller sunarken lehine olan delilleri de iddianamede belirtmesi gerekir (CMK m. 160/2, 170/5). Özellikle, mahkemeye sunulan delillerin olayı temsil etmesinin büyük önemi vardır. Ceza yargılamasında amaç, maddî gerçeğin ortaya çıkarılması olduğundan,

¹⁴⁴ ÜNVER/ HAKERİ, age, s.68.

¹⁴⁵ ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 71.

¹⁴⁶ <http://www.kazanci.com> .

¹⁴⁷ Zikreden, GÖRGÜN Mehmet, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Samsun 1993, Cilt III, s. 122.

¹⁴⁸ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, age, s. 125.

¹⁴⁹ Bkz. CENTEL/ ZAFER, age, “Delil, yargılamanın konusu olan olayı temsil eden, olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçtır.”, s. 204; TEZCAN, Durmuş, “AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara 2008, s. 1221, TEZCAN'a göre: “Muhakeme hukukunda ise, açılan bir davada ileri sürülen tezi kanıtlamak amacıyla hukuk düzeni tarafından kabul edilen araçlara delil denir.”

her türlü hukuka uygun delilden yararlanır.¹⁵⁰ Hukuka aykırılık geniş yorumlanarak, yalnızca kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil olarak anlaşılmalıdır.¹⁵¹ Zira kanuna uygun bir işlem hukuka aykırı olabilir. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak elde edilen hiçbir delil sanık aleyhine kullanılamaz, mahkemenin vereceği hükme esas alınamaz. Nitekim ÜNVER/ HAKERİ'ye göre: "Hukuka aykırı fiil provokasyonu aracılığı ile elde edilen ispat araçlarının değerlendirilmesi adil bir yargılamada kabul edilemez. Yargı organlarının fonksiyonelliği de bu ispat araçlarının adil bir yargılama için hukuka uygun hale getirmez. ...Adil bir yargılama hakkı suçun her türü için ve bu bağlamda organize suçluluk olarak kabul edilecek eylemler için de geçerlidir."¹⁵²

Belirtmek gerekir ki, hukuka aykırı delil sanığın aleyhine kullanılmayacak olsa da, şüpheli/sanığın lehine olan hukuka aykırı bir delilin elde edilmesi durumu istisna olarak kabul edilecek ve değerlendirmeye alınacaktır.¹⁵³

AİHM uygulaması, yasak deliller bakımından düzenlemeyi iç hukukta düzenlenen kaynaklara bırakmakla birlikte, iç hukuktaki yasak delillere yönelik yapılan yasal düzenlemeler AİHS kapsamında korunan bir hakkı ihlâl ediyor ise yasal düzenlemenin AİHS'e aykırı olduğunu belirtmektedir.¹⁵⁴ Dolayısıyla delilin elde edilmiş biçimi(işkence, tehdit, kandırma, zor kullanma vb. yollarla), sözleşmedeki bir hakkın ihlâli ile mümkün olmuşsa, bu delil sanık aleyhine kullanılmamalıdır. Ayrıca, delillerin takdiri konusu da ulusal mahkemeye bırakılarak, bu konuda AİHM, kendisini ulusal mahkemenin yerine koyarak delilleri takdir etmemekte, adil bir yargılama olup olmadığını yargılamanın bütününe bakarak tespit etmektedir.¹⁵⁵

Ceza yargılamasının en önemli delil kaynaklarından biri olan tanık beyanları konusunda, AİHS 6/3-d maddesindeki düzenleme silâhların eşitliği ilkesi açısından da önemlidir.¹⁵⁶ Maddeye göre iddia makamının sunduğu tanıkların ve savunmanın ileri sürdüğü tanıklarla aynı koşullarda çağrılması ve dinlenmesi sağlanmalıdır. AİHM, *Sadak*

¹⁵⁰ TEZCAN, agm, s. 1221. Ayrıca delillerin serbestliği ilkesi ve istisnaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 62 vd. , YURTCAN, Ceza..., s. 61 vd. , CENTEL/ ZAFER, age, s. 204 vd.

¹⁵¹ CENTEL/ ZAFER, age, s. 627.

¹⁵² ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 67.

¹⁵³ ŞEN, Ersan, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme - Gizli Soruşturmacı – X Muhbir, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 159.

¹⁵⁴ TEZCAN, agm, s. 1222.

¹⁵⁵ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, age, s. 306, p. 547.

¹⁵⁶ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, age, s.306, p. 546.

ve diğçerleri / Türkiye ve Perna / İtalya¹⁵⁷ kararlarında tanıkların dinlenmeleri konusunda adil yargılamanın unsurlarını belirtmiştir. Mahkeme, *Sadak ve diğçerleri / Türkiye* davasında sözleşmeye taraf devletlerin, sanığın kendisi aleyhine getirilen tanıklara soru sormasında pozitif yükümlülüğü olduğunu belirterek ancak bu şekilde adil bir yargılanmadan söz edilebileceğinin altını çizmiştir. *Perna / İtalya* kararında ise, savunmanın dinlenmesini istediğı tanıkların, dava ile ilgili olup olmadığına ulusal mahkemenin karar vereceğini, savunmanın yalnızca tanığın dinlenmesine izin verilmemesinden şikâyet etmesinin yeterli olmadığı, bunun yanı sıra tanığın neden dinlenmesinin gerektiğini, maddî gerçeğın öğrenilmesine hizmet edeceğini de mahkemeye bildirmelidir. İstinabe yoluyla dinlenen tanıklara sanık veya müdafinin soru sormasına olanak verilmemesine yalnızca itiraz hakkı tanınması da adil yargılanma hakkının ihlâli anlamına gelir.¹⁵⁸

Delillerin hukuka uygun olarak elde edilmesi gerekliliğı CMK'nın 217. maddesinde hükme bağlanmıştır. CMK m. 148/1,2,3,4 ise ifade alma ve sorgudaki yasak usulleri sıralamıştır:

“CMK Madde 148 – (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.

(4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.”¹⁵⁹

Yukarıda belirttiğimiz üzere şüpheli/sanığın iradesini sakatlayarak veya etkileyerek, özgürce ifade vermesinin veya sorgulanmasının engellenmesi sonucunda ulaşılan delil hukuka aykırı delil olacaktır (CMK m. 148/1,2,3). Diğçer taraftan önceki bölümlerde değindiğimiz müdafî yardımından yararlanma hakkının ihlâl edilmesi de 4.

¹⁵⁷ 25.07.2001 tarihli 48898/99 başvuru numaralı karar.

¹⁵⁸ TEZCAN, agm, s. 1223.

¹⁵⁹ <http://www.mevzuat.gov.tr> .

fıkra ile bir çeşit yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca daha önce değindiğimiz, CMK m. 147'deki usullere aykırı olarak delil elde edilmesi de hukuka aykırı delil olarak kabul edilerek hükme esas alınamayacaktır.¹⁶⁰

Güncel öneme sahip olması açısından, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim denetlenmesi konusuna kısaca değinmek yerinde olacaktır. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen deliller açısından da, CMK m. 135'te belirtilen esasların ve usullerin dışında hiç kimse telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinleyemeyecektir.¹⁶¹ Aksi takdirde, bunun bir sonucu olarak delil, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olacak ve değerlendirmeye alınamayacaktır. Yargıtay'ın bu konudaki bir kararına göre:

“...Sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulurken, delil olarak kabul edilen telefon dinleme kayıtları, dosya içindeki nüfus kayıtlarından da anlaşılacağı üzere, sanık İlhan ile 5271 sayılı CMK'nın 45. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kardeşleri sanık Mükerrerem, tanık Emrah ve babası sanık Karabey arasında yapılan görüşmelere ilişkin kayıtlar olup, kanun dışı elde edilmiş delil niteliğindedir.

...dosya içeriğine ve oluşa göre, sanık hakkında elde edilen başka delillerin de maktulü öldürmesi için diğer sanık Mükerrerem'i azmettirmedeğini ya da fer'an katıldığını kabule ve mahkumiyete yeter nitelik ve derecede bulunmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” (Yargıtay 1. CD. E.2009/1721, K.2009/5855, T. 13.10.2009)¹⁶²

Bu yolla delil elde edilmesi konusunda kanunda belirlenen kuvvetli şüphe sebebinin varlığı, başka surette delil elde edilme imkânının bulunmaması ve yalnızca kanunda sayılan suçlara ilişkin dinleme yapılması koşullarının herhangi birinin bulunmaması, elde edilen delili hukuka aykırı kılacak (CMK m. 206/2-a) ve değerlendirilemeyecektir. Bu nedenle *kanımca*, kanunda belirlenen suçlar dışındaki kuvvetli şüphe ve başka suretle delil elde edilememesi koşulları hassasiyetle yerine getirilmelidir. Aksi takdirde hem davanın akıbeti delillerin kullanılamaması açısından çıkmaza girilebilir hem de dinlenen kişi açısından hak kayıpları meydana gelir. Zira

¹⁶⁰ CENTEL/ ZAFER, age, s. 629.

¹⁶¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEN, age, s. 148 vd.

¹⁶² <http://www.kazanci.com> .

sanığın suçluluğu hukuka aykırı elde edilen delillerle ispatlanabiliyor olsa bile bundan sanık faydalanacaktır.

CMK'da hükme bağlanan koruma tedbirlerinin kanunda belirlenen şartları yerine getirilmeden delil elde edilmesinde ise, elde edilen delil hukuka aykırı delil olarak kabul edilerek değerlendirmeye alınmayacaktır. Üstelik hukuka aykırı yolla elde edilen delil yalnızca hükme değil, bu delile istinaden verilecek tutuklama, arama, el koyma gibi koruma tedbiri kararlarına da gerekçe teşkil edemeyecektir.¹⁶³ Örneğin kanunda belirtilen usullere göre yapılmamış bir aramadan elde edilen delil, tartışma konusu olamayacağı gibi, tutuklama kararı verilmesine neden olamayacaktır.

C. *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare* İlkesi (Kendisi Aleyhine Delil Vermeye Zorlanma Yasağı)

AİHM, bu ilkeyi AİHS m. 6'da açıkça belirtilmese de uygulamada güvence altına almaktadır.¹⁶⁴

AİHM, *J.B / İsviçre*¹⁶⁵ ve *Funke / Fransa*¹⁶⁶ kararlarında başvurucuların yetkili memurlara istenilen belgeleri ibraz etmemeleri sebebiyle para cezasına mahkûm edilmelerini bu ilkenin ihlâli olarak tespit etmiş ve adil yargılanma hakkına aykırı bulmuştur.¹⁶⁷

Şüpheli/Sanığın susma hakkıyla yakından bağlantılı¹⁶⁸ olan ve kimsenin kendi aleyhine delil vermeye zorlanamayacağı anlamını taşıyan bu ilke, AY m. 38/5'de güvence altına alınmaktadır ve CMK m. 45'te sayılan tanıklıktan çekinebilecek kişiler

¹⁶³ TEZCAN, agm, s. 1225.

¹⁶⁴ Bkz. Susma Hakkı, s. 6.

¹⁶⁵ 03.05.2001 tarihli 31827/96 başvuru numaralı karar.

¹⁶⁶ 25.02.1993 tarihli 10828/84 başvuru numaralı karar.

¹⁶⁷ DOĞRU, age, s. 944, 1139.

¹⁶⁸ ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, s. 147, yazarlara göre ilke, susma hakkının yanında "Sanığın aktif savunma yoluyla kendisini suçlamadan kurtarabilme hakkını ihtiva eder."; aynı yönde bkz. ÖZBEK, age, s. 80. ÜNVER/ HAKERİ age, s.72: yazarlara göre, şüpheli/sanık tarafından aktif olarak hareket edilmesi ile pasif olarak katlanması arasında bir ayrım yapmak yerinde değildir, böyle bir ayrım yerine ilkenin istisnalarını tespit etmek daha yerinde olacaktır. Ayrıntı için bkz. ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 72.

için de geçerlidir (CMK m. 48).¹⁶⁹ Belirtmek gerekir ki, susma hakkının kullanılıp kullanılmaması ilkenin gerçekleşmesi için şart değildir.¹⁷⁰ İlke doğrultusunda, sanığa alkol testi yapılması, keşif vb. işlemlerle hukuka uygun olmak kaydıyla delil elde edilmesine engel yoktur.¹⁷¹

¹⁶⁹ ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 71. ÖZBEK, age, s. 80: yazar ilke doğrultusunda kanunda açık bir hüküm olmadığını belirtse de, ÖZTÜRK/ TEZCAN/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR/ ALAN, age, s.147, CMK m. 48'in bu ilke üzerine açık bir düzenleme olduğunu düşünmektedirler.

¹⁷⁰ ÖZBEK, age, s. 80.

¹⁷¹ ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 72. Ayrıca ÜNVER/HAKERİ'ye göre, bir kişinin daha önceden yanlışlıkla tanık olarak dinlendikten sonra sanık sıfatına sahip olması durumunda, tanık sıfatıyla verdiği ifadenin kendisi aleyhine kullanılması hukuka aykırıdır. Doktrinsel tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER/ HAKERİ, age, s. 71 vd.

KAYNAKÇA

Basılı Kaynaklar

- CENTEL, Nur, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004.
- CENTEL, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı, İstanbul 1996.
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2006.
- DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt 1, İstanbul 2002.
- DÖNMEZER, Sulhi, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998.
- DUTERTRE, Gilles, Key Case-Law Extracts, Strasbourg 2003.
- EREM, Faruk, “Susma Hakkı”, Yargıtay Dergisi, Cilt 18, Sayı 3, Ankara Temmuz 1992.
- EVİK, Vesile Sonay, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, “Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, Cilt 3, Ankara 2004.
- GOMIEN, Donna/ HARRIS, David/ ZWAAK, Leo, Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Strasbourg 1996.

- GÖRGÜN Mehmet, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt III, Samsun 1993.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. Bası, Ankara 2005.
- KARTAL, Bilal, “Türkiye’de Adil Yargılanma Hakkı”, Yargıtay Dergisi, Cilt 31, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2005 Ankara.
- KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, İstanbul 2009.
- ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ SIRMA, Özge/ SAYGILAR, Yasemin F./ ALAN, Esra, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009.
- SHROEDER, Friedrich/ YENİSEY, Feridun/ PEUKERT, Wolfgang, Ceza Muhakemesi Hukukunda ‘Fair Trial’ İlkesi, İstanbul 1999.
- ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.
- ŞEN, Ersan, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme - Gizli Soruşturmacı – X Muhbir, 3. Baskı, Ankara 2009.
- TAŞDEMİR, Kubilay/ ÖZKEPİR, Ramazan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Cilt I, Ankara 2007.
- TEZCAN, Durmuş, “AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara 2008.

- TURAN, Hüseyin, “Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Aleni Yargılanma Hakkı”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 9, Nisan 2009.
- TURAN, Hüseyin, “Sanığın Ücretsiz Tercümandan Yararlanma Hakkı”, Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2005.
- ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt 1, Ankara 2009.
- YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007.
- YURTCAN, Erdener, CMK Avukatının ve Uzlaşma Avukatının Başvuru Kitabı, 5. Bası, İstanbul 2007.

İnternet Kaynakları¹⁷²

- AIHM Kararları Portalı, HUDOC, <http://cmiskp.echr.coe.int/>.
- AIHS Türkçe metin, <http://www.echr.coe.int/>.
- AIHS ingilizce metin, <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/EnglishAnglais.pdf>.
- Almanya Anayasası, resmî ingilizce çeviri, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>.
- Bill of Rights, http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html.

¹⁷² Kullanılan tüm internet kaynaklarına erişim son olarak 24.03.2010 tarihinde sağlanmıştır.

- Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı, 217A (III), 10 Aralık 1948.
(<http://www.un.org/en/documents/udhr/>).
- BRITANNICA ENCLOPEDIA,
<http://www.britannica.com/bps/additionalcontent/8/116848/Magna-Carta>.
- HALSTEAD, Peter, Unlocking Human Rights, s. 194,
<http://www.unlockingthelaw.co.uk/sample-chapters/Unlocking-Human-Rights-Chapter-8.pdf>.
- Human Rights Committee, General Comment 13. Article 14 (Twenty-first session, 1984), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 at 135, 2003,
<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/hrcom13.htm>.
- İtalya Anayasası, resmî İngilizce çeviri,
http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf.
- İspanya Anayasası, resmî İngilizce çeviri,
http://www.senado.es/constitu_i/index.html.
- TÜRMEEN, Rıza, “Otoriter Bir Cumhuriyete Doğru”, Milliyet Gazetesi, 22 Mart 2010 Pazartesi tarihli köşe yazısı, <http://www.milliyet.com.tr/otoriter-bir-cumhuriyete-dogru/riza-turmen/siyaset/yazardetay/22.03.2010/1214537/default.htm?ver=76>.
- <http://www.deathpenaltyinfo.org/states-and-without-death-penalty>.
- <http://www.mevzuat.gov.tr>.
- <http://www.kazanci.com>.