

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İNSAN HAKLARI HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE GİZLİ
TANIK

Ayfer KAPLAN ATAMAN

Danışman
Dr. Öğretim Üyesi Pınar BACAKSIZ

İZMİR - 2018

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Gizli Tanık” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../....

Ayfer KAPLAN ATAMAN

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Gizli Tanık

Ayfer KAPLAN ATAMAN

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

İnsan Hakları Hukuku Programı

Ceza muhakemesinde asıl olan, duruşmada hazır bulunabilecekler huzurunda, tanığın kimliğinin gizlenmeden duruşmaya katılmasını sağlamak ve bu yolda da sanığın adil yargılanma hakkı çerçevesinde sahip olduğu haklarının korunması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşılırken, tanığın, sırf ceza yargılamasına katılması sebebiyle karşılaştığı tehlikelerin bertaraf edilmesi için başvurulmuş gizli tanıklık müessesesi bu anlamda istisnai bir özellik taşımaktadır.

Normal tanıklıktan farklı bir usûlle dinlenen gizli tanıklık, duruşmaların aleniliği, yargılamanın doğrudan doğruyalığı, tanıkların dinlenmesinde eşitliğin sağlanması ve sorgulama hakkı gibi bir takım sanık hakları olarak adlandırdığımız haklara zarar vermektedir. Bu anlamda, gizli tanıklığın özünde var olan tanıkların korunması ihtiyacı ile adil yargılanma hakkı arasındaki dengenin sağlanması ve yargılamanın seyri açısından gizli tanıklığa başvurulmasına ihtiyaç yok ise; bu olağan dışı müesseseye başvurulmaması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' nin gizli tanıklık hususunda vermiş olduğu kararlara bakıldığında; gizli tanıklığı, adil yargılanma hakkına getirmiş olduğu sınırlandırmaları usuli güvencelerle dengelemesi halinde kabul ettiği görülmektedir. Ancak, bu halde dâhi, gizli tanıklığın belirleyici ölçüde hükme esas teşkil etmeyeceği de yine Mahkeme kararlarında görülmektedir. Bu anlamda, AİHM' in gizli tanık beyanlarının, ceza yargılamasındaki delil değerinin değerlendirmesine dair kanaati elbette ki gizli tanıklığın sanık

haklarına vermiş olduğu zararları tamamen ortadan kaldırmamaktadır. Bu açıdan, Türk hukukuna bakıldığında; gizli tanıklığa dair yer alan düzenlemelerin gerek Tanık Koruma Kanunu gerekse de Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerde dağınık halde düzenlendiği ve bu düzenlemelerin de, gizli tanıklık müessesesinin adil yargılanma hakkına, sanık hakları gibi haklar yönünden ortaya çıkardığı sorunlara çözüm sunmadığı görölmektedir. Bu sebeple, mevzuatta yer alan düzenlemelerin tekrardan yasa koyucular tarafından ele alınması ve hukuk devleti ilkesinin temelinde, anonimlikten uzak düzenlemeler getirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tanık, Tanıkların Korunması, Gizli Tanık, Adil Yargılanma Hakkı, Sanık Hakları.

ABSTRACT

Master's Thesis

Anonymous Witness With in The Frame of Right to a Fair Trial

Ayfer KAPLAN ATAMAN

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Public Law

Human Rights Law Program

The essence of the criminal adjudication is to determine the absolute truth, before those whom can appear at the trial, without needing to disguise the identification of the witness and in parallel, by way of protecting the defendant's rights in the concept of fair trial. During the process of determining the absolute truth, the concept of anonymous witness, which is mainly applied in order to eliminate the perils involved merely due to the witness appearing at the trial, carries an exceptional element.

Anonymous testimony, which is heard in a different procedure than the usual testimony, is damaging some of what we define as the defendant's rights such as the principle of transparency of hearings, the directness of adjudication, the equal treatment between witnesses testimonies and right to questioning. Therefore, in order to strike the balance between the need of protection of the anonymous witness which is the essence of anonymous testimony and right to fair trial and that should there be no need to call for an anonymous testimony from the point of adjudication; this unusual concept should not be resorted to.

When examining the decisions ruled by the European Court of Human Rights relating to the concept is only accepted if it balances the limitations it brings to right to a fair trial with procedural guarantees provided therewith.

However, even in this situation, it is also found in court decisions that the anonymous witness concept may not play a substantial role in the given final decision. In this respect, the opinion of the ECHR regarding evidence evaluation of the anonymous testimony in criminal adjudication obviously does not

eliminate the damage that the anonymous testimony would cause to the rights of defendants as a whole.

From this point of view, when considering the the Turkish Law , the regulations in relation to the anonymous testimony are scattered around both in the Witness Protection Act and Criminal Procedural Act and also relevant regulations; and that even these regulations, it is apparent that the anonymous testimony does not bring any solutions to the problems that are relevant to the right to a fair trial, rights of the defendants and so on. Therefore, the existing regulations should be revised by the lawmakers and new regulations should be made under the principle of rule of law, without resorting to anonymity.

Keywords: Witness, Witness Protection, Anonymous Witness, Right to A Fair Trial, Defendant' s Rights.

ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE GİZLİ TANIK

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiv

GİRİŞ	1
-------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE ULUSAL MEVZUATTAKİ DURUM

1.1. TANIK	4
1.2. GİZLİ TANIK	5
1.3. GİZLİ SORUŞTURMACI	6
1.4. TANIĞIN KORUNMASI	7
1.5. TÜRK HUKUKUNDAKİ TARİHSEL SÜREÇ VE GELİŞMELER	9
1.5.1. Genel Olarak	9
1.5.2.1. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunları	10
1.5.2.2. Terörle Mücadele Kanunu	10
1.5.2.3. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu	11
1.5.2.3.1. Tanığın Kimliğinin Gizli Tutulması	12
1.5.2.3.2. Tanığın İkamet Adresinin Gizli Tutulması	12
1.5.2.3.3. Koruma Biriminin Kurulması	13
1.5.2.4. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu	13
1.5.2.5. Pişmanlık Kanunları	14
1.5.2.5.1. Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun	14
1.5.2.5.2. Topluma Kazandırma Kanunu	14

1.5.2.6. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu	15
1.5.2.7. CMUK (2002) Tasarısı	15
1.5.2.8. Ceza Muhakemesi Kanunu	15
1.5.2.9. Tanık Koruma Kanunu	17

İKİNCİ BÖLÜM

TANIKLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI ALANDAKİ ÇALIŞMA VE DÜZENLEMELER

2.1. ULUSLAR ARASI HUKUKTA TANIK KORUMA	19
2.1.1. Genel Olarak	19
2.1.2. Birleşmiş Milletler Çerçevesindeki Çalışmalar	19
2.1.2.1. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi	19
2.1.2.2. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek Protokoller	21
2.1.2.2.1. İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol	21
2.1.2.2.2. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol	21
2.1.2.2.3. Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamaları ile Mühimmatının Yasadışı Üretimine ve Kaçakçılığına Karşı Protokol	22
2.1.3. Avrupa Hukuk Araçları	23
2.1.3.1. Anlaşmalar	23
2.1.3.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	23
2.1.3.1.2. Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi	23
2.1.3.1.3. Cezai İşlerde Avrupa Birliği Adli Yardımlaşma Sözleşmesi	24
2.1.3.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	24
2.1.3.3. Avrupa Konseyi Kararları	25

2.1.3.3.1. Ceza Hukuku ve Ceza Yargılama Usulü Çerçevesinde Mağdurun Konumuna İlişkin Tavsiye Kararı (85)11	26
2.1.3.3.2. Aile İçi Şiddete İlişkin Tavsiye Kararı (85)4	27
2.1.3.3.3. Mağdurlara Destek Verilmesi ve Haksızlığa Uğramanın Önlenmesine İlişkin Tavsiye Kararı (87)21	27
2.1.3.3.4. Örgütlü Suçla Mücadele İçin Rehber İlkelere İlişkin Tavsiye Kararı (2001)11	27
2.1.3.3.5. Tanıkların Korkutulması ve Savunmanın Haklarına İlişkin Tavsiye Kararı(97) 13	28
2.1.3.3.6. Tanıkların ve Adalet İşbirlikçilerinin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı (2005)9	28
2.1.3.4. Avrupa Birliğinin Çalışmaları	29
2.1.3.4.1. Uluslararası Örgütlü Suçlarla Mücadele Kapsamında Tanık Korumaya İlişkin Konsey İlke Kararı	29
2.1.3.4.2. Uluslar arası Örgütlü Suç Mücadelesinde Adaletle İşbirliği Yapanlara İlişkin Konsey İlke Kararı	30
2.1.3.4.3. Cezai Kovuşturmalarda Mağdurun Durumuna İlişkin Konsey Çerçeve Kararı	30
2.1.4. Uluslararası Ceza Mahkemeleri	31
2.1.4.1. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü	31
2.1.4.2. Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ruanda Ceza Mahkemesi Statüleri	33

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
CEZA MUHALEMESİNDE TANIK KORUMA, GİZLİ TANIKLIK VE ADİL
YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. TANIK KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE TEDBİRLERİN SINIFLANDIRILMASI	34
3.1.1. Genel Olarak	34
3.1.2. Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerden Tanıklara Yönelik Tehlikeler ve Etkileri	35
3.1.3. Tanıkların Tehdit Edilmesinin Etkileri	37
3.1.4. Tanıklık Yapma Mecburiyeti	38
3.1.5. Devletin Tanıkları Koruma Yükümlülüğü	40
3.1.6. Tanık Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması	41
3.2. 5726 SAYILI TANIK KORUMA KANUNU VE İLGİLİ YÖNETMELİK	41
3.2.1. Genel Olarak	41
3.2.2. Tanık Koruma Kanunu’nun Genel Gerekçesi	43
3.2.3. İlgili Yönetmelik	44
3.3. HAKKINDA TEDBİR UYGULANACAK KİŞİLER	44
3.3.1. Genel Olarak	44
3.3.2. Normal Tanıklar	45
3.3.3. Mağdur Tanıklar	45
3.3.4. Suç Ortakları	46
3.3.4.1. Tanık Sıfatıyla Dinlenen Suç Ortakları	47
3.3.4.2. Devlet Tanıkları	48
3.3.4.2.1. Genel Olarak	48
3.3.4.2.2. Devlet Tanıklığı Aleyhinde ve Lehinde Olan Görüşler	49
3.3.4.2.3. Türk Hukukunda Devlet Tanıkları	49
3.3.4.2.4. AİHM’ in Görüşü	50
3.3.5. Tanığın Yakınları	51
3.3.6. Suçla Mücadelede Görevli Kişiler ve Yakınları	52
3.3.6.1. Görevli Kişiler	52
3.3.6.2. Görevli Kişilerin Yakınları	54

3.3.7. Tanık Koruma Biriminde Görev Yapan Personel ve Yakınları	55
3.3.8. Gizli Soruşturmacı	55
3.3.8.1. Genel Olarak	55
3.3.8.2. TKK Kapsamında Gizli Soruşturmacı	57
3.4. CEZA MUHALEMESİNE İLİŞKİN TANIK KORUMA TEDBİRLERİ	60
3.4.1. Genel Nitelikteki Tedbirler	60
3.4.1.1. Tanık Dinlenirken Sanığın Dışarı Çıkarılması	60
3.4.1.2. Tanığın Duruşmada Dinlenilmesinden Vazgeçilmesi	61
3.4.1.3. Duruşmanın Kapalı Yapılması	62
3.4.1.4. Tanığın Birden Fazla Dinlenmemesi	63
3.4.1.5. Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisinin Kısıtlanması	63
3.4.1.6. Duruşma veya Davanın Güvenli Bir Yere Nakledilmesi	65
3.4.1.7. Tutuklama	66
3.4.2. Gizli Tanıklık Tedbirleri	66
3.4.2.1. Genel Olarak	66
3.4.2.2. Tanığın Kimlik ve Adres Bilgilerinin Gizli Tutulması	67
3.4.2.2.1. Tedbirin Genel Özellikleri	67
3.4.2.2.2. Tedbirin Uygulanma Koşulları	68
3.4.2.2.3. Tedbirin Uygulanma Usulü	70
3.4.2.2.4. Kimliğinin Gizlenmesinin Tanığa Etkisi	72
3.4.2.2.5. Kimliği Gizlenen Tanığın Beyanının Delil Değeri	73
3.4.2.3. Tanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkına Sahip Olanlar Olmadan Dinlenmesi	73
3.4.2.3.1. Tedbirin Genel Özellikleri	73
3.4.2.3.2. Tedbirin Uygulanma Koşulları	75
3.4.2.3.3. Tedbirin Uygulanma Usulü	75
3.4.2.3.4. Hazır Bulunma Hakkı Bulunanlar Olmadan Dinlemenin Tanığa Etkisi	78
3.4.2.3.5. Hazır Bulunma Hakkı Bulunanlar Olmadan Dinlenen Tanığın Beyanının Delil Değeri	79
3.4.2.4. Tanığın Ses ve Görüntüsünün Değiştirilerek Özel Ortamda Dinlenmesi	80

3.4.2.4.1. Tedbirin Uygulanma Usulü	81
3.4.2.4.2. Ses ve Görüntüsünün Değiştirilerek Özel Ortamda Dinlemenin Tanığa Etkisi	82
3.5. CEZA MUHALEMESİNDE GİZLİ TANIK BEYANLARININ ALINMA USULÜ	82
3.5.1. Genel Olarak	82
3.5.2. Gizli Tanığın Dinlenmesi- Doğrudan Aktarma	82
3.5.3.1. Genel Olarak	84
3.5.3.2. Gizli Tanık Açıklamalarının Bulunduğu Tutanakların Okunması	85
3.5.3.3. Gizli Tanığın İfadesini Alan Görevlinin Dinlenmesi	86
3.5.3.4. Gizli Tanığın Soruşturma Evresinde Kayıt Altına Alınan Ses ve Görüntüsünün Duruşmada Dinlenmesi	86
3.5.3. Gizli Tanığa Savunmanın Soru Sorma Hakkı	87
3.6. CEZA MUHALEMESİ İLKELERİYLE GİZLİ TANIKLIK	88
3.6.1. Silahların Eşitliği İlkesi Bakımından	89
3.6.2. Doğrudan Doğrualık İlkesi Bakımından	91
3.6.3. Maddi Gerçeğe Ulaşma İlkesi Bakımından	93
3.7. ADİL YARGILANMA HAKKI	94
3.7.1. Adil Yargılanma Hakkının Tanımı	94
3.7.2. Adil Yargılanma Hakkının Kaynakları	94
3.7.3. Adil Yargılanma Hakkının AİHS Açısından Önemi	96
3.7.4. Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı	99
3.7.4.1. Hukuk Davaları	100
3.7.4.2. Ceza Davaları	101
3.7.4.3. Sözleşme Kapsamına Girmeyen Konular	102
3.7.5. Adil Yargılama Hakkının Unsurları	103
3.7.5.1. Dava Hakkı ve Mahkeme Önünde Hak Arama Hakkı	103
3.7.5.2. Yargılamaya İlişkin Güvence Unsurları	104
3.7.5.2.1. Kanunla Kurulmuş Bağımsız Ve Tarafsız Bir Mahkeme	104
3.7.5.2.2. Makul Sürede Yargılama Gereği	107

3.7.5.2.3. Davanın Aleniliği	108
3.7.5.2.4. Masumiyet Karinesi	109
3.7.5.3. Savunmaya İlişkin Güvence Unsurları	110
3.7.5.3.1. Suçlamanın Türü ve Nedeni Hakkında Bilgilenme	110
3.7.5.3.2. Savunmanın Hazırlanması İçin Yeterli Süre ve Olanakların Sunulması	111
3.7.5.3.3. Hazır Bulunma Ve Bireysel Savunma Hakkı	112
3.7.5.3.4. Tercümandan Ücretsiz Yararlanma Hakkı	115
3.7.5.3.5. Tanıkların Dinlenmesinde Eşitliğin Sağlanması ve Sorgulama Hakkı	116
3.8. GİZLİ TANIKLIĞIN ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	122
3.8.1. Genel Olarak	122
3.8.2. Gizli Tanıklığın Uygulanmasında Geçerli Olan İlkeler Açısından Değerlendirme	123
3.8.2.1. İstisna Olma İlkesi	123
3.8.2.2. Gizlilik İlkesi	124
3.8.2.3. Orantılılık İlkesi	125
3.8.3. Gizli Tanıklığı AİHM İçtihatları Açısından Değerlendirme	130
3.8.3.1. Genel Olarak	130
3.8.3.2. AİHM' in Gizli Tanıklık İçin Kullandığı Temel Kriterler	131
3.8.3.2.1. Gizli Tanıklık Yapmanın Zorunlu Olması	131
3.8.3.2.2. Çekişmeli Yargılama	135
3.8.3.2.3. Gizli Tanığın Beyanının Mahkûmiyet Hükmüne Belirleyici Olacak Şekilde Etki Etmesi	136
3.8.4. Türk Hukukundaki Gizli Tanıklığın, AİHM' in Gizli Tanıklık Konusundaki Kararları ve Adil Yargılanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi	139
SONUÇ	145
KAYNAKÇA	150

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKBK	Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi
BM	Birleşmiş Milletler
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemesi Usul Kanunu
Çev.	Çeviren
Der.	Derleyen
DGM	Devlet Güvenlik Mahkemesi
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
MİT	Milli İstihbarat Teşkilatı
s.	Sayfa
S.	Sayı
SEGBİS	Ses ve Görüntülü Bilişim Sistemi
ss.	Sayfadan Sayfaya
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TTK	Tanık Koruma Kanunu
UCM	Uluslararası Ceza Mahkemesi
UYCM	Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesi

GİRİŞ

Günümüz modern toplumlarında, sosyal ve teknolojik gelişmeler, daha evvelce olan yapılanmalardan farklı yöntemler kullanan suç organizasyonlarını da beraberinde getirmiştir. Bu organizasyonların işlemiş oldukları suçlara dair maddi delillerin, soruşturma ve kovuşturma makamlarınca; örgütlerin sahip oldukları karmaşık ve hiyerarşik yapı, kullanmış oldukları teknolojik araçlar sebebiyle neredeyse çoğu zaman elde edilemediği görülmüştür.

Ceza yargılaması, bir yandan suçlulukla mücadelede maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını, bir yandan da suç işlenmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Bu anlamda, ceza yargılamasının özünde var olan maddi gerçekliğe ulaşma amacı suçu ve suçluyu tespit ile bu yolda toplumun egemenliğini kabul ettiği otoritelere olan güveni sağladığı da görülmektedir. Ceza yargılaması, suç işleyen kişi ya da organizasyonların, suçlu olup olmadıklarını tespit etmek amacıyla muhakeme yürütmeyi ifade etmektedir. Burada muhakeme, suçu ve suçluluğu ispat edebilirse, gerçekten maddi gerçekliğe ulaşmış olacaktır. Özellikle ceza muhakemesinde yürütülen bu ispat faaliyetinin önemli araçlarından birisinin tanık olduğu söylenebilir.

Kanunda belirtilmiş olan suçu işleyen gerçek kişiler ya da suç örgütlerinin, suça ilişkin delillerin ortaya çıkarılmasına engel olmak amacıyla; tanıklar üzerinde kurduğu baskı ve tehditler, tanıkların tanıklık yapmaktan kaçınmasına sebebiyet vermektedir. Gerek örgütlü suçlulukta, gerek aile içinde gerçekleşen suçlarda gerekse de diğer suçlarda; suç failleri tanığı ve yakınlarını yaşam ve mal varlığı bütünlükleriyle tehdit edebilmektedir. Tanıklık yapmanın, devlet tarafından tanığa yükletilmiş bir kamu görevi olması, devletin de tanığı korunması gerekliliğini doğurmuştur. Öte yandan tanıklıktan kaçınmanın ve yalan beyanda bulunmanın suç olarak düzenlenmesinin, suç faillerinin ortaya çıkarılmasında etkili bir delil elde etmede yetersiz kaldığı doktrindeki görüşler arasındadır.

Bu temelde tanığın çekinmeden, herhangi bir baskı altında kalmadan tanıklık yapmasının gerekliliğinden yola çıkılarak tanığın korunması kavramı ortaya çıkarılmıştır. Tanığın korunması, tanığa dair bir takım ceza muhakemesi tedbirleri, kolluk tarafından alınabilecek tedbirler çerçevesinde sağlanabilmektedir. Tam

anlamıyla mevzuatta bir tanımının olmadığı gizli tanık kavramı ise; tanığın korunması gerekliliğinden ortaya çıkmış ve tanığı “anonim” bir öge olarak ceza yargılamasına delil aracı olarak koymuştur. Gizli tanıklığa dair gerek hukukumuzda gerekse de uluslar arası mevzuatta belirlenmiş tedbirlerin, özellikle de sanık haklarını kısıtladığını, duruşmaların aleniliği, yargılamanın doğrudan doğruyalığı, adil yargılanma hakkı gibi ceza muhakemesinin olmazsa olmazı diyebileceğimiz ilkelerine zarar verdiğini de bu noktada görmekteyiz.

Bu çalışmamızın amacı gizli tanıklığı, uluslararası mevzuattaki ve Türk hukukundaki kavramsal anlamlarıyla birlikte, uygulanma yöntemleri ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirildiğinde; bu kurumun ne ifade ettiğini açıklamaktır. Bu yolda, tanık koruma tedbirleri adı altında gizli tanıklığın yer aldığı uluslararası sözleşmeler ve mahkemeler de dâhil olmak üzere özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ nin gizli tanıklık kurumunun yargılamadaki rolüne ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nde ifade edilmiş olan adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğine dair kararları incelenerek; bu kurumun sanık haklarına olan etkisi ve Türk hukuk sistemindeki yerinin ne olduğu izah edilmeye çalışılmıştır.

Bu kapsamda çalışmamızın birinci bölümünde; gizli tanıklık hususunda var olan kavramlar ve bu kavramların Türk hukukunda hangi yasal düzenlemelerle birlikte ortaya çıktığı ve geliştiği, ne tür suçlara ve suçluluğa cevap verdiği üzerinde durulmuştur. Aynı zamanda, her ne kadar mevzuatımızda gizli tanıklık konusunda belirlenmiş bir tanımlama olmasa da, suç ve suçlulukla mücadelede; tanığın korunması kavramıyla ortaya çıktığı ve gelişme kaydettiği, ihtiyaç doğrultusunda kanunlarda yerini nasıl aldığı da açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde; sosyal ve teknolojik gelişmelerle birlikte suçluluğun uluslararası ve sınır aşan bir boyut kazanmasıyla birlikte ortaya çıkan, ulusal mevzuatların tarafı ya da üyesi oldukları uluslararası hukuk mekanizmalarının tanık veya mağdur koruma tedbirleri olarak belirttiği gizli tanıklık kurumuna dair düzenlemeleri ele alınmıştır. Bu amaçla; Birleşmiş Milletler çerçevesindeki çalışmalar, Avrupa Hukukundaki çalışmalar, Avrupa Birliği’ nin çalışmaları ve Uluslararası Ceza Mahkemeleri’ nin karar ve çalışmaları açıklanmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, gizli tanık kurumu adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir. İlk olarak ceza muhakememizde, tanık

koruma tedbiri kavramının ne olduğu, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu ve ilgili Yönetmelikle bağlantılı olarak kimlerin hakkında gizli tanıklık tedbiri uygulanabileceği; tedbir uygulanabilecekler içerisinde olan ve özel bir koruma tedbiri olan gizli soruşturmacıların gizli tanık olarak muhakemede yer alıp almayacağı üzerinde durulmuştur. Daha sonrasında, ceza muhakememizde tanıklar için uygulanabilecek koruma tedbirleri başlığı altında, tanıkların ceza yargılamasında tanıklık yapmasından kaynaklı suç faillerinden ya da organizasyonlarından gelebilecek saldırı ve tehlikelerin bertaraf edilebilmesi için fiziki koruma sağlayan; duruşmanın kapalı yapılması, tanıklık yapılırken sanığın duruşmadan dışarı çıkılması gibi tedbirleri ile tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizlenmesi, tanığın duruşmada hazır bulunanlar olmadan dinlenmesi ve tanığın ses ve görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi olan gizli tanıklık olarak ifade etimiz düzenlemeler açıklanmıştır. Devamında gizli tanık beyanlarının alınma usulü ve yine gizli tanıklığın ceza muhakemesi ilkeleriyle bağlantısı ve bu ilkelere ne tür etkisi olduğu açıklanmıştır. Bu ilkelere adil yargılanma hakkı ilkesi, çalışmamızın ana konusu olması sebebiyle ayrı bir başlık altına alınmıştır. Bu başlık altında; adil yargılanma hakkının tanımı, unsurları, savunmaya sağladığı güvenceler, yargılamanın seyri açısından kazandırdığı güvenceleri açıklanmıştır. Bu tanımlamalar ve adil yargılanma hakkı ile bağlantılı güvence haklarının açıklanmasından sonra, gizli tanıklık kurumunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla birlikte adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE ULUSAL MEVZUATTAKİ DURUM

1.1. TANIK

Tanık, uyuşmazlığın taraflarından olmayan, ancak uyuşmazlık konusu maddi sorunla ilgili, beş duyu organlarından en az birisi ile bilgi edindiği, adlî makamlar tarafından varsayılan üçüncü kişidir¹. Ceza muhakemesine konu olan ceza uyuşmazlığının çözümü için delil elde etmeye çalışan soruşturma ve kovuşturma makamları tanık beyanından yararlanır. Bu sebeple tanık beyanları, ceza muhakemesindeki en önemli delillerden birini oluşturmaktadır.

Tanık bir delil veya delil aracı değil, delilin kaynağıdır². Nitekim, muhakeme sırasında doğrudan doğruya incelenen, tanığın kendi olmayıp, onun beyanıdır. Tanığın beyanı, bir delil aracıdır³. Tanık beyanının, yetkili makam tarafından olaya ve gerçeğe uygunluğunun araştırılarak değerlendirilmesi neticesinde, maddî gerçeğe uygun olduğu kanaatine varılırsa, tanık beyanı artık delil olma niteliği kazanır⁴. Unutmamak gerekir ki, ceza yargılamasında tanık süje değil, bir ispat aracıdır⁵.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 43. maddesinin gerekçesinde, tanıklığın, kamu yararının ağırlık taşıdığı toplumsal bir görev olduğu ve kişilerin bu görevi yerine getirmekle yükümlü olduğundan bahsetmektedir. Tanıkların beyanda bulunmaları toplumun menfaati gereğidir⁶.

Anayasa'nın madde 38/5 hükmü uyarınca;”Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil

¹Yener Ünver ve Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 167; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku-II-**, Seçkin Yayıncılık, 6. Bası, Şubat 2017, Ankara, s. 245; Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, Şubat 1996, (Tanıklık) , s.28; Yusuf Solmaz Balo, “Anonim Tanığın Dinlenmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:4, Sayı:4, Haziran 2009, (Tanığın Dinlenmesi), s.71; Olgun Değirmenci, “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 83, Temmuz-Ağustos 2009, s.76; Behiye Eker Kazancı, “Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü ve Sesli İfade Alma”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı.7, Temmuz 2006, s.158.

² Hakan Karakehya, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Kitap ve Yayınevi, 1. Bası, Ankara, 2015, s. 34.

³ Feyzioğlu, Tanıklık, s.26.

⁴ İlker Hasan Duman, “**Tanıklık**”, Adalet Dergisi, Yıl:75, Sayı:4, 1984, s. 978.

⁵ Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.34.

⁶ Feyzioğlu, Tanıklık, s.29.

göstermeye zorlanamaz”. Yine Anayasamızın 12’nci maddesinin 2’nci fıkrasında; “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” hükmü tanıklığın Anayasada da temelleri olduğunu göstermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, ulusal mevzuatlardan, yani sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuklarındaki düzenlemelerden, bağımsız olarak bir tanım benimsemiştir. Bu tanıma göre, ”Tanık, kişisel olarak bilgi sahibi olduğu olaylar hakkında bir soruşturma çerçevesinde ifade vermeye davet edilen herhangi biridir”⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde “İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek “ şeklinde geçen tanıklık kavramı otonom bir kavram olarak Sözleşmede yer almaktadır. Bu nedenle bazı ülkelerde, bazı şahısların tanıklığı konusunda rastlanan özel düzenlemeler, Sözleşme’ye aykırı bulunmamaktadır⁸.

1.2. GİZLİ TANIK

Türk hukukunda, gizli tanıklığa ilişkin olarak yasa koyucu tarafından belirlenmiş bir kavram bulunmamaktadır. Ancak genel olarak kabul gördüğü haliyle gizli tanık suç konusu olay hakkında görgü ve bilgisine başvurulmuş, ancak güvenliği nedeniyle kimliği saklı tutulan kimsedir⁹. Buna bağlı olarak ciddi/ ağır suçlar söz konusu olduğunda tanığın tanıklık yapmasını sağlayabilmek için, tanığın korunması kapsamında tanığın kimliğinin gizli tutulması ve tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi söz konusu olabilir¹⁰. Esas olan tanığın

⁷ Feridun Yenisey ve diğerleri, **Ceza Muhakemesinde ”Fair Trial” İlkesi**, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul, s.142-216’den aktaran Ezgi Kızılkaya, “**Adil Yargılanma Hakkı Işığında Gizli (Ulaşılamayan,Anonim) Tanık**”, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:30, Şubat 2009, s.57.

⁸ A.Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.280.

⁹ Erol Tatar, “Gizli Tanık”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:4, Yıl:2013,s. 285; Samet Yazıcı, “Tanık Koruma”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı:61, Eylül 2011, s. 29; A. Emrah Akyazan, **Türk Hukukunda Tanıkların Korunması**, Afşaroğlu Matbaası, Ankara, 2010, s. 18.

¹⁰ Handan Yokuş Sevik, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Gizli Tanıklık”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:1, 2010, s.615.

kimliğinin gizlemeden ve duruşmaya katılmasını sağlamak ve böylece, sanığın hakları korunmak suretiyle yargılamanın yapıp maddi gerçeğe ulaşmaktır¹¹. Ancak, tanıklıklarına başvurulacak kişilerin can güvenliklerinin sağlanması açısından bir takım somut zorunluluklar ve düzenlemeler gündeme gelebilir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, Ceza Muhakemesi Kanunu m.58’de “gizli tanıklık” müessesesini düzenlemiştir¹². Çalışmamızın konusunu ve ana temasını oluşturan gizli tanık kavramı, koruma tedbirleri uygulanan kişiler ile aynı anlamı taşımaktadır. Doktrinde, anonim tanık kavramı da bunun için kullanılmaktadır.

1.3. GİZLİ SORUŞTURMACI

Birtakım suçların ortaya çıkarılması delil elde edilmesindeki güçlük sebebiyle imkansız hale geldiğinden, suçu ve suçluları elde etme kapsamında özel soruşturma usulleri benimsenmiştir¹³. Bu usullerden birisi de, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme” başlıklı altıncı bölümünde yer alan “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi” hükmünü düzenleyen 139. maddesi oluşturmaktadır. 139. maddenin birinci fıkrasında, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilmemesi halinde, hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebileceği düzenlenmiştir.

Gizli soruşturmacı kavramı Alman yasa koyucusu tarafından yaratılmıştır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini düzenleyen CMK m.139’da, gizli soruşturmacıya ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. Bununla birlikte Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, “gizli görevli” yi, gerektiğinde örgüt içine sızarak gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, emare ve delilleri toplamak ve

¹¹ Ersan Şen, “Gizli Tanıklık”, **Nevşehir Barosu Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Mart 2014, (Tanıklık), s.273.

¹² Şen, Tanıklık, s.273.

¹³ Suç ve suçlulukla etkin mücadele için gizli soruşturmacı, açık soruşturma işlemi yapmayan polis memuru, güvenilir kişi, informant (bilgi veren), yer altı ajanı, kışkırtıcı ajan(ajan provokatör), kamu tanığı gibi, görüşlerde farklı şekillerde de adlandırılabilen ve tanımlanabilen bir takım teknikler söz konusudur. Ersan Şen, **Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme- Gizli Soruşturmacı- X Muhbir**, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, Haziran 2009,(X Muhbir), s.167; Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2008, ss. 77-89.

muhafaza altında bulundurmakla görevlendirilen kamu görevlisi olarak tanımlamaktaydı. Gizli görevli hakkında yapılan bu tanımlama, CMK m.139'da düzenlenen "gizli soruşturmacı" için de uygun niteliktedir. Bu bağlamda, gizli soruşturmacı, özellikle organize suçlulukla mücadele amacıyla özel olarak eğitilmiş olan bir kolluk memuru olup, organize suçlulukla mücadele kapsamında bir suç örgütü içine farklı bir kimlikle belirli bir süre için sızarak delil toplamak, olabildiğince de örgütün işleyeceği suçlara mani olmakla görevlidir. Gizli soruşturmacı bir kamu görevlisi olup, kamu görevlisi olmayan kişiler ise muhbir statüsündedir¹⁴.

CMK' nın 139. maddesinin üçüncü fıkrasında; gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişinin kimliğinin gizli tutulacağı ve bu gizliliğin görevin sona ermesinden sonra da devam edeceği belirtilmiştir. Delil elde etmek amacıyla başvuru bu yöntemle elde edilen delillerin muhakemeye aktarılması ise; ilk olarak gizli soruşturmacının görevlendirildiği konu hakkında elde ettiklerini aktardığı kolluk görevlisinin, bunları dolaylı tanık olarak anlatmasıdır. İkinci olarak ise, gizli soruşturmacının tanık koruma tedbirlerinden yararlandırılarak bir başka ifadeyle gizli tanık olarak dinlenmesidir.

1.4. TANIĞIN KORUNMASI

Tanığın sunduğu veya sunacağı beyan nedeniyle uyuşmazlığın kişi itibarıyla taraflarının tehdit ve saldırılarına hedef olması sıklıkla rastlanılan olaylardır¹⁵. Özellikle örgütlü suçlar ile terör suçlarının soruşturma ve kovuşturulmasında tanıklara yönelik tehdit, tehlike ve saldırılar sanık veya üçüncü kişilerden gelmektedir. Ancak geniş anlamda tanık koruma kavramı, tanıkların ceza muhakemesine katılmaları nedeniyle karşılaştıkları zarar ve tehlikelerden korunmasını da kapsamaktadır. Bu durumda tanığa yönelik zarar tehlikesi, sanık

¹⁴ Yusuf Solmaz Balo, **Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma(Anonim Tanık)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2009, (Anonim Tanık), s.69; Ersan Şen ve Yasemin Yurttaş, "Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör", **Yargı Dünyası Dergisi**, Sayı: 147, Mart 2008, s. 16.

¹⁵ Feyzioğlu, Tanıklık, s.266.

veya üçüncü kişilerden değil, bizzat tanığın ceza muhakemesine katılmak zorunda kalmasından kaynaklanmaktadır¹⁶.

Tanıkları, vereceği beyan sebebiyle kendilerine karşı oluşabilecek tehdit ve saldırılardan koruma görevi, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısına, kovuşturma evresinde ise hâkime aittir.

Ceza Muhakemesi Hukuku'nda, "tanık beyanı" kolay temin edilebilmesi nedeniyle sıkça kullanılan bir delil türüdür. Tanıklık müessesinin asıl önemi örgütlü suçluluk gibi yazılı delillerin neredeyse hiç var olmadığı, sıkı bir gizlilik ve sessizlik kuralının hüküm sürdüğü yapılanmalara karşı iddia makamının tek somut dayanağı olması gerçeğinin altında gizlidir¹⁷. Bu sebeple tanık, ceza muhakemesindeki yeri ve önemi sebebiyle mutlak olarak doğruyu söylemeli öte yandan bunu gerçekleştirebilmesi için de tüm baskılara karşı etkin ve yeterli bir şekilde korunmalıdır. Nitekim yerinde olarak ifade edildiği gibi tehdit altında bulunan bir tanık için üç seçenek vardır; ya yalan tanıklık yapacaktır ya tanıklıktan kaçınacak ve hukuki sonuçlarına katlanacaktır ya da tanıklık yapacak ve tehdidin gerçekleşmesine razı olacaktır¹⁸. Her üç durumda, birey özgürlüklerinin teminatı olan hukuk devleti açısından risk taşımaktadır. Bu açıdan tanığın, muhakeme içi veya dışı sühjelerin hukuka aykırı eylemlerine karşı korunması önem taşımaktadır.

Maddi gerçekliğe ulaşılması bakımından hayati öneme sahip olan tanıkların beyanları alınırken ceza muhakemesinin diğer müesseselerinin göz ardı edilmesi, savunma hakkının yok sayılması elbette ki düşünülemez. Bu anlamda tanığın korunması müessesesinin varlığının dışında bir önemli husus da bu koruma için seçilen seviye ile adil yargılanma hakkı ile arasında doğacak muhtemel çatışmalardır.

Türk hukukunda tanık korumaya ilişkin mevzuatta yer alan düzenlemelerdeki eksikliklerin giderilmesi ve aynı zamanda ceza muhakemesindeki tüm müesseseler

¹⁶ Faruk Turhan, **Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Türk Alman Ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, (Tanıkların Korunması), s.23.

¹⁷ Candaş Gürol, "Tanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:18, Sayı:60, Eylül-Ekim 2005, s.44.

¹⁸ Riston N. Slate, The Federal Witness Protection Program: its Evolution and Continuing Growing Pains, Cr,iminal Justice Ethics, Vol.:16, No. 2, Summer 1997, s.22'den aktaran Olgun Değirmenci, Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:83, 2009, s.79.

arasında dengenin sağlanması amacıyla; yasa koyucu tarafından 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu düzenlenmiştir¹⁹.

1.5. TÜRK HUKUKUNDAKİ TARİHSEL SÜREÇ VE GELİŞMELER

1.5.1. Genel Olarak

Türk Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK) da tehlike içindeki tanıkların korunmasına ilişkin açık bir düzenleme yer almıyordu²⁰. Doğrudan doğruya tanıkların korunmasına ilişkin ilk hükme, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilmiştir. Ancak CMUK'un yürürlükte olduğu dönemde artan terör olayları ve örgütlü suçlar nedeniyle tanıkların korunmasına ilişkin eksiklikleri gidermek amacıyla Terörle Mücadele Kanunu ve 4442 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Hakkında Kanun'da bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Diğer taraftan 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'da da tanıkların korunmasında uygulanabilecek bir hükme yer verilmiştir²¹. Aynı hükme şu an yürürlükte bulunan 5607 sayılı yeni Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda da yer verilmiştir.

CMUK 'ta tehlike içinde bulunan tanıkların korunmasına yönelik doğrudan bir hüküm yer almasa da duruşmanın kamuya kapalı yapılması ve soruşturma dosyasının müdafî tarafından incelenmesinin yasaklanması ve sanığın tutuklanması gibi dolaylı olarak tanığın korunmasına hizmet eden tedbirler bulunmaktaydı²².

¹⁹Tanık Koruma Kanunu' nun 1. maddesinde; "Tanık Koruma Kanunu' nun amacı, ceza muhakemesinde tanıklık nedeniyle kendilerinin veya yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya malvarlığı ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin esas ve kuralları belirlemektir." şeklindedir.

²⁰ Feyzioğlu, Tanıklık, s.272.

²¹Cumhur Şahin, Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi, **Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi**, Haziran Aralık 2002, Cilt:VI, Sayı:1-2, s. 169.

²² Turhan, Tanıkların Korunması, s. 53.

1.5.2. Mevzuat Hükümlerindeki Gelişmeler

1.5.2.1. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunları

1918 Sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunun 2. Maddesine 1959 yılında eklenen 3. fıkra ile kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimliklerinin rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti kendi haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanması yasaklanmıştır²³. Ancak Kanunda, bu kişilerin tanık olarak dinlenilmeleri gerektiğinde gizliliğin devam edip etmeyeceği, eğer edecekse bunun ne şekilde olacağı ve kimliği gizli tutulan tanık açıklamalarının delil değerinin ne olduğuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu hükmün Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle yapılan bir başvuru Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir²⁴.

Şu an yürürlükte bulunan 5607 Sayılı yeni Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 19. maddesinin 4. fıkrasında "Kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimlikleri, izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmadıkça açıklanamaz. Bu kişiler hakkında tanıkların korunmasına ilişkin hükümler uygulanır." denilerek 1918 sayılı Kanun gibi ihbarcının kimliğinin gizli tutulması kabul edilmiştir. Ancak yeni düzenlemede bu kişiler hakkında tanık koruma hükümlerinin uygulanacağı ifadesinden, bunlar hakkında kolluk tedbiri niteliğinde tanık koruma tedbirlerinin uygulanması yanında, tanık olarak dinlenmesi sırasında kimliklerinin gizli tutulacağı şeklinde de anlaşılabılır²⁵.

1.5.2.2. Terörle Mücadele Kanunu

1991 tarih ve 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 20'nci maddesinde, terör suçları ile ilgili tanıklar ve ihbarcılar için gerekli koruma tedbirlerinin devlet tarafından alınacağı öngörülmüştür. Aynı maddenin 3.fıkrasında alınması söz konusu olabilecek tedbirler sayılmıştır. 2006 tarih ve 5532 sayılı

²³ 1918 Sayılı Kanun m. 2/3: "Kaçak olaylarını ihbar edenlerin hüviyetleri, rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti, haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz".

²⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 5.12.1968 tarih ve 1967 E./ 1968 K. Sayılı kararı için bkz. Şahin, dipnot 88, s.178-179.

²⁵ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 54.

Kanunla Terörle Mücadele Kanunu'nun 20'nci maddesinde yapılan değişikliktten önce "suçların aydınlatılmasında yardımcı olan tanık ve ihbarcılar hakkında gerekli koruma tedbirleri" şeklinde idi. Yeni düzenlemeyle birlikte hükmün kapsamı genişletilmiş ve suçun aydınlatılmasına katkıda bulunan herkes koruma kapsamına alınmıştır.

TMK madde 20/3 e göre ;"Bu koruma tedbirleri; talep halinde estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi dahil, nüfus kaydı, ehliyet, evlenme cüzdanı, diploma ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, askerlik işleminin düzenlenmesi, menkul ve gayrimenkul mal varlıklarıyla ilgili hakları, sosyal güvenlik ve diğer hakların korunması gibi hususlarda düzenleme yapılır. Korunmaya alınmış emekli personelden, meskende korunmaları mutlak surette zorunlu bulunanlar; görev yaptıkları bakanlık veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait konutlardan Maliye Bakanlığınca rayiç kiralara dikkate alınarak tespit olunacak kira bedeli ile kiralama esaslarına göre yararlandırılır".

1.5.2.3. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu

5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile yürürlükten kaldırılan; 1999 tarih ve 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu²⁶nda suç örgütleriyle ilgili olarak doğrudan bir tanım verilmeyerek, suç örgütünün faaliyetleri belirtmek suretiyle düzenleme yapılmıştır²⁷. Faaliyet alanlarının ve işlenen suçların çeşitliliği nedeniyle, uzun süreden beri tartışılan "organize suçluluk" kavramının karşılığı olarak Türkiye'de "örgütlü suçluluk" deyiimi benimsenmiş bulunmaktadır. Organize suç, birden çok kişinin, hiyerarşik düzende belirli bir disiplin uygulayarak, süreklilik özelliği içinde çoğunlukla aynı amaca yönelik bulunan ve kamu düzenini bozduğu var sayılan suçları işlemek için oluşturdukları örgütlenmelerdir²⁸.

²⁶ 01.08.1999 tarihli ve 23773 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu; 31.03.2005 tarihli ve 25772 sayılı Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanan 23.05.2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 18. maddesiyle 01.06.2005 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁷ Balo, Anonim Tanık, s.114.

²⁸ Kayıhan İçel, **Avrupa Birliğine Uyum Süreci Bağlamında Organize Suçlulukla Mücadele Paneli**, Ekim 2001, s.7'den aktaran Yusuf Solmaz Balo, **Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma**(Anonim Tanık), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2009, s. 114.

4422 sayılı Kanun, tanıkların korunması konusunda önemli tedbirler getirmiştir. Kanun'un 7. maddesinde tehlikeye maruz tanıkların korunması için ikamet adresi ve kimlik bilgilerinin gizli tutulması tedbirlerine yer verilmiştir.

1.5.2.3.1. Tanığın Kimliğinin Gizli Tutulması

4422 Sayılı Kanunun 7. maddesinin 1-a) fıkrasına göre, tanığın kimliğinin bilinmesi, kendisi veya başkaları için ciddi bir tehlike ihtimalini ortaya çıkaracaksa, tanığın kimliği soruşturmanın her aşamasında gizli tutulabilir. Ancak kimliğin gizlenmesine ilişkin bu hüküm mutlak değildir²⁹. Aynı maddenin 1-b) fıkrasına göre ise, tanığın verdiği bilgilerden hareketle diğer delillerin tespiti mümkün ise, tanığın kimliği soruşturmanın hiçbir aşamasında açıklanmayacaktır.

Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasında, tanığın dinlenmek suretiyle kimliğinin açıklanması gerektiğinde ise 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 20. maddesindeki tedbirlere başvurulabileceği belirtilmiştir. Yine Kanun'un 7. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tanıkların kimliklerinin gizli tutulmasına ilişkin hükümler, muhbirler ve bu Kanun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta veya soruşturulmasında görev alan kolluk amir ve memurlar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Bu kişilerin kimlik bilgileri ile görevine ve özel hayatına ilişkin bilgilerin hiçbir şekilde açıklanmaması gerektiği hususu da ifade edilmiştir.

Öte yandan Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 7'nci maddesinde söz konusu önlemlerle yetinilmemiş ve "kimlik, görev ve özel hayata ilişkin bilgileri açıklayanlara ve açıklanmasına yardımcı olanlara bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir" şeklinde bir cezaî hükme de yer verilmiştir³⁰.

1.5.2.3.2. Tanığın İkamet Adresinin Gizli Tutulması

4422 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre, tanığın meskeninin veya ikametgahının ya da iş yerinin bilinmesi kendisi veya başkaları için ciddi bir tehlike

²⁹ Turhan, (Tanıkların Korunması), s.55.

³⁰ Durmuş Tezcan, Organize Suçlar ve Bu Suçlarda Mağdurun Hakları ve Tanıkların Korunması, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/03.sayi/2durmus.pdf>, (07.12.2017), s.10.

ihtimalini ortaya çıkarıyorsa, tanık için tebligatın yapılabileceği ayrı bir adres tespit edilecektir. Tanığın dinlenmek suretiyle kimliğinin açıklanması zorunlu olan hallerde tanığın ikamet adresinin açıklanmasına izin verilmemiştir³¹. Yani tanığın dinlenmesi zorunlu olan hallerde kimliğine ilişkin bilgiler açıklanabilirken oturduğu yer ve işyeri adresi açıklanmayacaktır

1.5.2.3.3. Koruma Biriminin Kurulması

4422 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin Yönetmelik³² ile Kanunda gösterilen işlemlerin yürütülmesi amacıyla her kolluk kuvvetinin merkez biriminde bir Koruma Birimi kurulması kabul edilmiştir³³. Tanıkların korunması ile koruma biriminin görevleri ise Yönetmelik m. 39'da düzenlenmiştir.

4422 sayılı Kanunda düzenlenen bahsettiğimiz tedbirlerin büyük kısmının 5271 sayılı CMK'nda yer almış olması sebebiyle ihtiyaç kalmadığından bu Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

1.5.2.4. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda³⁴, muhbirler bakımından kimliğin gizli tutulması tedbiri öngörülmüştür. Buna göre ilan edilmek suretiyle aranan sanık veya hükümlülerin yerlerini bildiren veya yakalanmalarına yardımcı olan kişilere ödül verilir ve bu kişilerin rızaları olmadıkça kimlikleri açıklanmaz³⁵.

³¹ Şahin, s.169.

³² RG. 26.01.2001-24299

³³ Yönetmelik m.38:"Bu yönetmeliğin Altıncı,Yedinci ve Sekizinci bölümlerinde belirtilen işlemlerin yürütülmesi amacıyla, her kolluk kuvvetinin merkez biriminde bir koruma birimi kurulur ve idari yapısı kolluk kuvvetinin bağlı olduğu Bakanlıkça düzenlenir."

³⁴ 14.07.1934 tarihli ve 2751 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁵ PVSK Ek madde 9;"1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanuna göre;"sanık ve hükümlülerden ilan edilmek suretiyle arananların bulundukları yerleri bildirenlere ve yakalanmalarına yardımcı olanlara para ödülü verilebilir. Verilecek ödülün miktarı ile bu fıkranın uygulanmasına dair diğer hususlar İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte gösterilir. Para ödülüne ait giderler Emniyet Genel Müdürlüğü Bütçesine konulacak ödenekten karşılanır. Ödül verilen kişilerin kimlikleri, rızaları olmadıkça hiçbir şekilde açıklanmaz."

1.5.2.5. Pişmanlık Kanunları

1.5.2.5.1. Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun

3419 sayılı Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanunda³⁶, belli suçları işleyen kimseler bakımından tespit edilen koşullar altında koruma tedbirleri uygulanması kabul edilmiş idi. Kanunun 2. maddesinde öngörülen koruma tedbirleri; estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi, sınav ve sabıka kaydı aranmaksızın eşinin ve kendisinin yurt içinde veya yurt dışında bir işe yerleştirilmesi; ana, baba, eş ve çocukları dahil nüfus kaydı, ehliyetname, evlenme cüzdanı, diploma ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, askerlik işleminin düzenlenmesi, menkul ve gayrimenkul malvarlıkları ile ilgili hakları, sosyal güvenlik ve diğer müktesep haklarının korunması şeklinde düzenlenmiştir.

Bu tedbirlerin uygulanmasında İçişleri Bakanlığı ile ilgili diğer kurum ve kuruluşların gerekli her türlü gizlilik kurallarına uymak zorunda olduğu belirtilmiştir.

1.5.2.5.2. Topluma Kazandırma Kanunu

29.7.2003. tarihli ve 4959 sayılı Topluma Kazandırma Kanununun temel amacı siyasi ve ideolojik amaçla suç işlemek için kurulmuş terör örgütleri mensuplarının topluma yeniden kazandırılması, topluma huzur ve dayanışmanın güçlendirilerek devam ettirilmesidir³⁷. Kanunun 5.³⁸ maddesinde tedbirlerin ne olacağı çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır.

³⁶ 25.03.1998. tarihli Kanun, 30.03.1988 tarihli ve 19770 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Kanun, 4959 sayılı Topluma Kazandırma Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁷ Balo, Anonim Tanık, s.113.

³⁸ Madde 5;”Haklarında Türk Ceza Kanunu’nun 170’ inci maddesi ile 171’ inci maddesinin son fıkrası ve terör örgütü içindeki konum ve faaliyetleriyle uyumlu bilgi verdikleri tespit edilerek bu Kanun hükümleri uygulananlar için, mahkeme kararının kesinleşmesi beklenmeksizin ilgilinin isteği halinde gerekli görülen koruma tedbirleri ile kişinin topluma kazandırılması için her türlü tedbir İçişleri Bakanlığı tarafından alınır”.

1.5.2.6. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

Tehlike altında bulunan tanıklar bakımından 1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda tanıkların korunmasına yönelik hüküm bulunmamasıyla birlikte, tanıkların korunmasına ilişkin bir kısım genel hükümlere yer verilmiştir. Kanun'un 47'nci ve devamı hükümleri, ceza muhakemesindeki normal tanıklardan bahsetmektedir.

1.5.2.7. CMUK (2002) Tasarısı

CMUK Tasarısı 60'ıncı maddesinde; kimlik veya adres açıklanması halinde tanığın kendisinin veya başkasının tehlikeye düşeceği endişesi varsa, tanığın kimliğinin açıklanmaması ve gerçek adres yerine, kendisine ulaşılabilir başka bir adres vermesi imkânı öngörülmektedir. Ancak düzenlemeye göre tanık, tanıklık ettiği olayları hangi neden ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamak zorundadır. Tanığın dinlenmesi suretiyle kimliğinin açıklanması halinde 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 20'nci maddesindeki tedbirlerin uygulanmasına karar verilebileceği Tasarı'da yer almaktadır³⁹.

1.5.2.8. Ceza Muhakemesi Kanunu

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tanıklık" başlıklı üçüncü kısmının birinci bölümünün 43. ile 61.maddeleri arasında tanıklık müessesesinin düzenlendiği, 177.maddesi ve devamı hükümlerinde ise, tanık olarak adlandırılan delil kaynağının ne şekilde elde edileceği, dinleneceği ve değerlendirileceğine ilişkin hükümlerin olduğu görülmektedir.

Türk Hukuku'nda "muhibir" kavramı, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6/3⁴⁰, 14.⁴¹ maddeleri hükümlerinde açıkça ve 20/1 maddesi hükmünde ise "suçların aydınlatılmasında yardımcı olanlar" ibaresi kullanılarak, Mülga 4422

³⁹ Şahin, ss. 169-170.;Değirmenci, s.93.

⁴⁰ TMK madde 6/3:"Bu Kanunun 14. Maddesine aykırı olarak muhibirlerin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

⁴¹ TMK madde 14:"Bu Kanun kapsamına giren suçlar ve suçluları ihbar edenlerin hüviyetleri , rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz".

sayılı Kanun' un 7. maddesinin üçüncü fıkrasında yer almıştır. 4422 sayılı Kanunun “Gizli görevli kullanılması” başlıklı maddesinde öngörülme ve “Tanığın ve görevlilerin korunması” başlıklı 7. maddesinde yer alan muhbir kavramı, 5271 sayılı Kanun kapsamına alınmamış, bu Kanun 43 ve devamı maddelerinde “tanıklık” ve 139. maddesinde de “gizli soruşturmacı” müesseselerine yer vermiştir⁴².

5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), tehlike içindeki tanıkların korunmasındaki eksiklikleri gidermek ve 4422 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılması sonucu doğacak boşluğu doldurmak için tanıkların korunması ile ilgili 58. maddede temel bir düzenleme kabul etmiştir⁴³. 4422 sayılı Kanun ile 5271 sayılı CMK' nın karşılaştırılarak anlatılmasının tanıklığın tarihsel gelişimin anlaşılması açısından faydalı olacağını düşünüyoruz.

CMK 58. maddesinde;”Tanığa ilk önce adı, soyadı, yaşı, işi ve yerleşim yeri, işyerinin veya geçici olarak oturduğu yerin adresi, varsa telefon numaraları sorulur. Gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenilebileceği hakkında hâkimi aydınlatacak durumlara, özellikle şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular yöneltilir.” denilerek, tanıklığın ceza muhakemesi içerisindeki önemi sebebi ile yargı mercilerinin tanığa bir şekilde ulaşabilmesinin yolları belirtilmiştir. Daha öncede ifade ettiğimiz gibi, tanıklık temelinde zorunluluk taşıyan bir kamu görevi olması sebebiyle bazı tehlike ve saldırılara maruz kalabilmektedir. Bu sebeple Kanun koyucu CMK 58. maddesinin 2. fıkrasında;”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.” denilerek, tanığa ve yakınlarına karşı ortaya çıkabilecek tehlikenin bertaraf edilmesi amaçlanmıştır.

Ancak, 4422 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde belirtmiş olduğumuz tanığın korunmasına ilişkin tedbirlerden olan tanığın konutu, ikametgahı, işyeri adresinin gizli tutulabilmesine dair hükme CMK' nın 58. maddesinin 2. fıkrasında yer

⁴² Şen, X Muhbir, s.171.

⁴³ Turhan, Tanıkların Korunması, s.56.

verilmemiştir. Doktrinde CMK madde 58/2 hükmünün geniş yorumlanarak tehlike içindeki tanıkların adres bilgilerinin de gizli tutulabileceği belirtilmiştir⁴⁴.

CMK m.58/2. ilk cümlesinde, tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemlerin alınacağı ifade edilmiş ancak bu önlemlerin ne olduğu ise belirtilmemiştir.

4422 sayılı Kanun’a göre, duruşmada dinlenmesi zorunlu olması halinde tanığın kimlik bilgileri açıklanacak iken CMK madde 58/2’de ise tanığın kimliğinin açıklanması açısından herhangi bir istisna getirilmemiştir⁴⁵. Ancak, CMK madde 58/2 ikinci cümlesi uyarınca kimliği gizli tutulan tanığın tanıklık ettiği olayları, hangi sebep ve vesile ile öğrendiğini açıklaması öngörülmüştür.

4422 sayılı Kanun koruma tedbiri için tanık yanında başka herhangi bir kişinin tehlikeye düşmesini yeterli görürken, CMK ise korunacak kişinin tanık veya onun “yakını” olmasını aramaktadır.

CMK madde 58/3, “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; hakim hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında sesli ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.” diyerek daha önceden 4422 sayılı Kanun’da olmayan bir düzenleme getirmiştir.

CMK madde 58/4, “Tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemler, ilgili kanunda düzenlenir.” denilmiştir.

4422 sayılı Kanun ile 5271 sayılı CMK’ nın tanıklara ilişkin tedbirler konusunda ortak oldukları nokta ise, tedbirlere ilişkin düzenlemelerin ancak örgütlü suçların soruşturma ve kovuşturmasıyla sınırlı olarak uygulanabileceğidir.

1.5.2.9. Tanık Koruma Kanunu

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 58. maddesinin 4. fıkrasında, “tanık koruma programı” öngören bir yasal düzenleme yapılacağı ve burada, tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması

⁴⁴ Faruk Turhan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil Yayınevi, Ankara, 2006, (Muhakeme), s. 173.

⁴⁵ Turhan, Tanıkların Korunması, s.57.

hususunda alınacak önlemlerin gösterileceği belirtilmiştir. Bu yasal düzenleme, Tanık Koruma Kanunu ile gerçekleştirilmiştir.

Tanık Koruma Kanunu Tasarısı, 27.12.2007 tarihinde TBMM tarafından kabul edilerek 5 Temmuz 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar CMK madde 58/4'de çıkarılacak kanunun sadece, tanıklık görevinin yapılmasından sonra kişinin kimliğinin saklı tutulması ve güvenliğinin sağlanması için gerekli kolluk tedbirlerinin düzenlenmesi öngörülmüş ise de Tanık Koruma Kanunu'nda tanıklara ilişkin kolluk tedbirlerinin yanında ceza muhakemesi tedbirlerine de yer verilmiştir.

Tanık Koruma Kanununun tanıkların korunmasına ilişkin getirmiş olduğu düzenlemeler ve bunun değerlendirmesi çalışmamızın üçüncü bölümünde detaylı olarak ele alınacaktır.

Görüldüğü üzere CMK ve TTK öncesi dönemde, Türk Hukukunda tehlike altında bulunan tanıkların ceza muhakemesinde korunması amacıyla yapılan yasal düzenlemeler yetersiz olmakla birlikte, konuyla ilgili hükümler taşıyan genel kanun olan 1412 sayılı CMUK ile özel kanunlar ve özel kanunların da kendi arasında bir uyumdan bahsetmek mümkün değildir⁴⁶.

Mevzuatta, tanık korumayı kapsayacak suç alanı sınırlı tutulmuştur. Öngörülen tedbirler, öncelikle tanığın korunmasını gerektirir sorunlara genel bir bakış açısından uzak; her kanunun kendi kapsamı bakımından ve daha ziyade kısa vadeli ihtiyaçları karşılayacak sorunların çözümünü sağlamak amacıyla düzenlenmiştir⁴⁷.

⁴⁶ Şahin, s.172.

⁴⁷ Şahin, s.172.

İKİNCİ BÖLÜM

TANIKLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI ALANDAKİ ÇALIŞMA VE DÜZENLEMELER

2.1. ULUSLARARASI HUKUKTA TANIK KORUMA

2.1.1. Genel Olarak

Uluslararası örgütlü suçluluğun artması üzerine tehlike içinde bulunan tanıkların korunması sadece devletlerin iç sorunu olmaktan çıkmıştır. Ortaya çıkan bu durum, hem Avrupa Konseyi hem de Avrupa Birliği içinde üye devletleri tanıkların korunmasını iyileştirmek ve ahenkleştirmek amacıyla çeşitli çalışmaların yapılması sonucuna götürmüştür. Yine Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan sözleşmelerde de konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Diğer taraftan uluslararası ceza mahkemeleri statülerinde de tanıkların etkili bir şekilde korunmasına yönelik hükümler kabul edilmiştir⁴⁸.

2.1.2. Birleşmiş Milletler Çerçevesindeki Çalışmalar

Doğrudan tanık korumaya ilişkin herhangi bir Birleşmiş Milletler(BM) Sözleşmesi bulunmamakla beraber, son zamanlarda hazırlanan bazı BM sözleşmelerinde tanıkların korunmasına ilişkin hükümlere de yer verildiği görülmektedir.

2.1.2.1. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi

Sözleşme Türkiye tarafından 30.01.2003 tarih ve 4800 sayılı Kanun ile onaylanmıştır⁴⁹. Sözleşmenin tanımlar maddesinde, örgütlü suç grubu; doğrudan veya dolaylı olarak malî çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi

⁴⁸ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 35.

⁴⁹ Kanun, 04.02.2003 tarihli ve 25014 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup olarak tanımlanmıştır.

Sözleşmenin 3. maddesine göre; Sözleşmenin uygulama alanına giren suçları iki grupta toplamak mümkündür⁵⁰. Bunlardan ilki, Sözleşme'nin 5, 6, 8 ve 23. maddelerinde düzenlenen suçlardır⁵¹. İkinci grubu ise, 2. maddesinde belirtilen ağır suçların sınır aşan nitelikte ve suça örgütlü bir grubun karıştığı suçlardır. Sözleşmeye göre ağır suç, üst sınırı dört yıl veya daha fazla hürriyetten mahrumiyeti veya daha ağır bir cezayı gerektiren suçlardır⁵².

Sözleşme'nin 3. maddesine göre, suçun birden fazla devlette işlenmiş olması veya suçun birden fazla devlette işlenmemesine rağmen, suçun hazırlama, planlama, idare veya kontrolünün önemli bir kısmının başka bir devlette gerçekleşmesi ya da suçun bir devlette işlenmesine rağmen, birden fazla devlette suç teşkil eden faaliyetlerde bulunan suç örgütünün suça karışmış olması veya suçun yine bir devlette işlenmiş olmasına rağmen, başka devlette önemli etkilerinin olması durumlarında, suçun sınır aşan nitelik kazandığı belirtilmiştir.

Sözleşme'nin 24/1. maddesine göre taraf devletler, Sözleşme'de belirtilen suçlara ilişkin ifade veren tanıklara ve yakınlarına karşı olabilecek öç alma veya sindirmelere karşı etkin koruma sağlamak yükümlülüğü altındadır⁵³.

Ayrıca, 24. maddede yer alan tedbirler, tanıklık yapmaları halinde mağdurlara da uygulanacaktır.

⁵⁰ Balo, Anonim Tanık, s.126.

⁵¹ Sözleşme'nin bahsedilen maddelerindeki suçlar; suç örgütüne katılma, suç gelirlerinin aklanması, yolsuzluk ve adaletin engellenmesi suçlarıdır.

⁵²

⁵³ Sözleşmenin madde 24/2. maddesi; "Bu maddenin 1. maddesinde öngörülen önlemler, yargılama usulünden kaynaklanan haklar dahil tanığın haklarına hâle getirmeksizin, aşağıdakileri içerebilir.

- (a) Bu tür kişileri fiziksel olarak korumak için, ihtiyaca göre ve mümkün olduğu ölçüde onları başka yere yerleştirmek ve gerektiğinde, bu tür kişilerin kimlikleri ve bulundukları yerlere ilişkin bilgilerin açıklanmaması veya bu bilgilerin açıklanmasına sınırlama getirilmesi gibi usuller tesis etmek
- (b) Tanığın beyanlarının video bağlantısı veya diğer uygun araçlar dahil, iletişim teknolojilerinden yararlanılarak alınması gibi tanıklığın, tanık güvenliğini garanti eden bir biçimde yapılmasına cevaz veren ispat kuralları tesis etmek "

2.1.2.2. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek Protokoller

2.1.2.2.1. İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'ün⁵⁴ 6 ve 7. maddesinde insan ticareti suçunun mağdurlarının korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. İnsan ticareti mağdurlarının aynı zamanda insan ticareti suçunun tanıkları olduğu, dikkate alınırca, söz konusu hükümlerin dolaylı olarak tanığın korunmasını da kapsadığını görebiliriz⁵⁵. Protokol, mağdurların özel hayatları ve kimliklerinin korunması, uygun barınma olanağının sağlanması, yasal haklara ilişkin danışmanlık hizmeti, tıbbi, psikolojik ve maddi yardım ile çalışma, öğrenim ve eğitim olanaklarını düzenlemiştir⁵⁶.

2.1.2.2.2. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün⁵⁷ 1. maddesinde, Protokol'ün amacının, göçmen kaçakçılığını önlemek ve bununla mücadele etmek, kaçak göçmenlerin haklarını korurken, taraf devletler arasında bu amaçla yapılan iş birliğini geliştirmek olduğu ifade edilmiştir. Yine Protokol'ün 1. maddesine göre, 6. maddede belirtilen suçlar, Sözleşme uyarınca belirlenmiş suçlar olarak kabul

⁵⁴ Protokol, 30.01.2003 tarih ve 4804 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Kanun, 04.02.2003 tarih ve 25015 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵⁵ Değirmenci, s.89.

⁵⁶ Değirmenci, s.90.

⁵⁷ Protokol 30.01.2003 tarih ve 4803 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Kanun, 04.02.2003 tarih ve 25014 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

edilecek ve Sözleşme kapsamında yer alan idari ve usulî tedbirler bu suçlar hakkında da uygulanabilecektir.

Protokol'ün 6. maddesine göre, Taraf Devlet, kasten ve doğrudan veya dolaylı olarak maddî çıkar elde etmek için gerçekleştirilmeleri hâlinde, göçmen kaçakçılığı, göçmen kaçakçılığı suçunu işlemek amacıyla sahte kimlik ve seyahat belgesi imali, tedariki veya bulundurulması eylemleri ile devlette daimi ikametgahı bulunmayan bir kişinin yasal olarak bu devlette kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına yasadışı yollarla imkan sağlamak eylemlerini suç hâline getirmek üzere gerekli yasal önlemleri alacaktır.

Bu durumda; Protokol'ün 6. maddesinde yer alan suçlar, Sözleşme kapsamında suçlar olarak değerlendirilecek ve Sözleşmede yer alan tanık koruma tedbirleri, bu suçlarda tanıklık yapanlar bakımından da uygulama alanı bulacaktır⁵⁸.

2.1.2.2.3. Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamları ile Mühimmatının Yasadışı Üretimine ve Kaçakçılığına Karşı Protokol

Protokol⁵⁹, ateşli silahlar, parçaları ve aksamları ile mühimmatının yasadışı üretimini ve kaçakçılığını önlemek, mücadele etmek ve tamamen ortadan kaldırmak amacıyla, Taraf Devletler arasındaki işbirliğini geliştirmek, kolaylaştırmak ve güçlendirmek amacıyla kabul edilmiştir.

Protokol'ün 1. maddesinde, Protokolün Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesini tamamladığı ve Sözleşme ile birlikte yorumlanacağı belirtilmiştir. Protokolde aksine hüküm bulunmadıkça, Sözleşme hükümleri Protokole de uygulanacaktır.

Protokol'ün 1. maddesine göre, Protokol'ün 5. Maddesi uyarınca belirlenmiş suçlar, Sözleşme uyarınca belirlenmiş suçlar olarak kabul edilecektir.

Protokol'ün 5. maddesine göre ise; Taraf Devlet, ateşli silahlar, parçaları ve aksamları ile mühimmatının yasadışı üretimi, ateşli silahlar, parçaları ve aksamları ile mühimmatının kaçakçılığı, bu Protokol'ün 8. maddesince ateşli silahlar üzerinde bulunması gereken işaretlerin tahrif edilmesi, kanuna aykırı bir biçimde silinmesi, ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi eylemlerinin kasten gerçekleştirilmesini suç

⁵⁸ Balo, Anonim Tanık, s.129.

⁵⁹ TBMM tarafından 30.01.2003 tarihli ve 4803 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuştur.

olarak kabul edecektir. Her Taraf Devlet ayrıca, belirtilen bir suçı işlemeye teşebbüs edilmesi, iştirak edilmesi, yine yukarıda belirtilen bir suçun işlenmesinin örgütlenmesi, yönlendirilmesi, yardım ve yataklık edilmesi, kolaylaştırılması veya danışmanlık yapılması eylemini de suç olarak düzenleyecektir.

Protokol'ün 5. maddesinde belirtilen suçlar, Sözleşme kapsamında kalacağından, bu suçlar dolayısıyla tanıklık yapan kişiler hakkında Sözleşme'de yer verilen tanık koruma tedbirleri uygulanabilecektir.

2.1.3. Avrupa Hukuk Araçları

2.1.3.1. Anlaşmalar

2.1.3.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ceza muhakemesinde tanıkların korunmasına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir⁶⁰. Sözleşme'de adil yargılanma hakkının düzenlendiği madde 6/1'de sanığa, “davasının hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkı”, madde 6/3-d' de “iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek hakkı” güvence altına alınmıştır.

2.1.3.1.2. Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi

Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'ne⁶¹ göre, adaletle işbirliği yapanların ve tanıkların korunması amacıyla, Taraf Devletler, Sözleşme'nin 2 ile 14. maddelerinde⁶² düzenlenen suçlara ilişkin olarak bilgi sağlayan ya da bir başka şekilde soruşturma ve kovuşturma makamları ile iş birliği yapan kişilerin ve bu nevi

⁶⁰ Cüneyd Altıparmak, “Türk Hukukunda Tanık Koruma”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Sayı:1, Kış 2008 (Tanık Koruma), s. 173;Turhan, s.38.

⁶¹Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Sözleşme, 27.09.2001 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmış ve 14.01.2004 tarihli ve 5065 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuştur. Uygun bulma Kanunu 20.01.2004 tarihli ve 25352 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶² Sözleşmenin 2 ile 14. maddelerinde belirtilen suçlar; ulusal kamu görevlilerine rüşvet verilmesi, ulusal kamu görevlilerinin rüşvet alması, ulusal kamu meclisleri üyelerinin yolsuzluğu, yabancı kamu görevlilerinin yolsuzluğu, yabancı kamu meclis üyelerinin yolsuzluğu, özel sektörde rüşvet verilmesi, özel sektörde rüşvet alınması, uluslararası örgüt görevlilerinin yolsuzluğu, uluslararası parlamentolar üyelerinin yolsuzluğu, uluslararası mahkemelerin hâkim ve görevlilerinin yolsuzluğu, nüfuz ticareti, yolsuzluk suçlarından elde edilen gelirlerin aklanması ve muhasebe suçlarıdır.

suçlarla ilgili olarak ifade veren tanıkların, korunmalarını sağlamak amacıyla gerekli önlemleri alacaktır.

2.1.3.1.3. Cezai İşlerde Avrupa Birliği Adli Yardımlaşma Sözleşmesi

1959 tarihli Cezai İşlerde Avrupa Birliği Adli Yardımlaşma Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre, bütün Avrupa Birliği ülkeleri arasında tanıklar video konferans yoluyla dinlenebilecektir. Ancak bunun için tanık bir başka Avrupa Birliği ülkesinde bulunmalı ve tanığın duruşmanın yapıldığı ülkedeki duruşmaya katılması amaca uygun olmamalı ve imkansız olmalıdır. Sözleşme'nin 10/2. maddesine göre, her üye ülke, başka bir üye ülkenin video konferans yoluyla tanık dinleme talebini, eğer bu talep kendi hukuk düzeninin temel ilkeleri ile çelişmiyor ve böyle bir dinlemeyi gerçekleştirecek teknik imkana sahipse, yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşme madde 10/4' e göre tanığın dinlenmek için çağırılması, talep edilen devletin hukukuna göre gerçekleştirilecektir. Talep eden devlet ile talep edilen devletin yetkili makamları dinlenecek tanığın korunması için gerekli tedbirleri kararlaştırabileceklerdir. Talep eden veya talep edilen devletin hukukuna göre tanıklıktan çekinebileceklerdir.

2.1.3.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, AİHS' nin 6. maddesinde genel olarak tanıkların ve ifade vermeye davet edilen mağdurların çıkarlarının dikkate alınmasını gerektirir açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Sözleşme sanığın savunma menfaatlerini koruma altına alırken, bununla birlikte diğer kişilerin de menfaatlerini korumaktadır⁶³. Bu bağlamda tanıkların hayatı, özgürlüğü veya kişi güvenliğinin keza bu kişilerin özel ve ailevi yaşamının tehlikede olması, Sözleşme'nin 2, 5 ve 8. maddeleri ile korunmaktadır⁶⁴.

AİHM, tanığın korunmasını Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında yani “adil yargılanma hakkı” çerçevesinde denetlemektedir⁶⁵. Mahkeme, Sözleşme'nin 6/3.

⁶³ Sevik, s. 616.

⁶⁴ Sözleşme için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>.

⁶⁵ Altıparmak, Tanık Koruma, s. 173.

maddesinin (d) bendinde belirtilen “iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek hakkı”nın mutlak olmadığını belirtmekte, tanığın korunmasının Sözleşme’nin bir gereği olduğunu kabul etmekte ve bunun sınırlarını çizmektedir⁶⁶. Mahkeme, savunmanın menfaatleri ile tanık veya tanıklık yapmaya davet edilen mağdurun menfaatlerinin dengelenmesi gerektiği kanaatindedir⁶⁷.

Öte yandan Mahkeme, tanığın isminin gizlenmesinin Sözleşme’nin 6. maddesi hükümlerine uygun olup olmadığı konusunda pek çok içtihatlar geliştirmiştir. AİHM kararlarına göre tanık, maddi olaylara ilişkin gözlemleri herhangi bir şekilde bir ceza muhakemesinde hükmün oluşturulmasında kullanılan herkeştir; dolayısıyla sadece duyduğunu anlatan tanık değil, bunun yanında beyanları delil ikamesi araçlarıyla ceza muhakemesine sokulan (anonim) bilgi veren herkes tanıktır⁶⁸.

AİHM anonim tanıklara başvurulmasının meşruluğu ile başvurmanın sınırlarını kararlarında irdilemiştir. Konuya aşağıda yeniden dönülecektir.

2.1.3.3. Avrupa Konseyi Kararları

Tanıkların Korunması, Avrupa Konseyi çalışmalarında da önemle dikkate alınan konulardan birini teşkil etmektedir. Tavsiye Kararları, “tanık” kavramına ilişkin olarak doktrin tarafından yapılan tanımlar ve milli hukuklardaki tanımlardan farklı bir tanıma yer vermiştir.

Tavsiye Kararlarındaki, “tanık” AİHS’nin 6. maddesi ışığında otonom kavram olarak değerlendirilmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tehlikeye maruz tanıklar ve sanığın savunma hakkı konusunda, 10.09.1997 tarihinde “Tanıkların Yıldırılması ve Savunma Hakları” üzerine Rec(97) 13 sayılı Tavsiye Kararını kabul etmiştir.

Söz konusu Tavsiye Kararı; tanımlar, genel ilkeler, organize suçla ilgili alınması gereken tedbirler, özellikle aile içindeki suçlar olmak üzere hassas durumda

⁶⁶ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 38.

⁶⁷ Coralie Ambroise-Casterot, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:72, 26-27 Eylül 2003, Ankara 2004, s. 324’dan aktaran Balo, s. 133.

⁶⁸ Renzikowski Joachim, **Adil Yargılanma ve Anonim Tanık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Tanığın Korunmasında Üç Basamak Teorisi**, çev. Ali Kemal Yıldız, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara, 2004, s.275.

bulunan tanıklarla ilgili alınması gereken tedbirler ve uluslar arası yardımlaşma olmak üzere beş bölümden oluşmaktadır⁶⁹.

Bu Tavsiye Kararında özellikle organize suçluluk ve aile içi şiddet kapsamında işlenen suçlarda tanıkların korunmasına ilişkin önlemlere yer verilmiştir⁷⁰. Tanıkların korkutulmasının önlenmesi için 33 adet öneriye yer verilmiştir. Bu öneriler içinde özellikle dikkati çeken husus, tanıkların hayat veya vücut bütünlüğüne yönelik tehlike yanında, gizli soruşturmacı tanığın bir daha görevlendirilememesi tehlikesi halinde de kimliğinin gizli tutulmasının tavsiye edilmesidir⁷¹.

Ancak, bu Tavsiye Kararının terörizm ile mücadele bakımından yetersiz kalması üzerine, 20.04.2005 tarihinde Rec(2005)9 sayılı “Tanıkların ve Adaletle İş birliği Yapanların Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı” kabul edilmiştir.

Rec (97) 13 ve Rec (2005) 9 sayılı Tavsiye Kararlarında “adaletle işbirliği yapan kişi” tanımına yer verilmiştir. Bu tanım, olayın aydınlatılması için bilgi veren suç ortakları ve itirafçıları da kapsamaktadır. Bu kişiler de tanık koruma tedbirinden faydalanacaklar arasındadır⁷².

2.1.3.3.1. Ceza Hukuku ve Ceza Yargılama Usulü Çerçevesinde Mağdurun Konumuna İlişkin Tavsiye Kararı (85)11

28.06.1985 tarihinde kabul edilen bu Tavsiye Kararı’na göre; muhakemenin her safhasında, mağdurun kişisel durumuna, haklarına ve haysiyetine uygun bir şekilde ifadesi alınmalıdır. Ayrıca, örgütlü suç mağdurlarının özel sorunlarının altını çizmekte ve bir mağdurun örgütlü suç davalarında tanık olarak dinlenmesinde, şüpheli tarafından tehdit edilmesi ve misilleme riskine karşın, ona ve ailesine etkin koruma sağlamasını önermektedir⁷³.

⁶⁹ Değirmenci, s.91.

⁷⁰ Turhan, Tanıkların Korunması, s.39.

⁷¹ Turhan, Tanıkların Korunması, s.39.

⁷² Emine Eylem Aksoy, AKBK Tavsiye Kararları ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Tanıkların Korunması, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:3, Sayı:2, 2004/2, s.301.

⁷³ Balo,(Anonim Tanık), s.144; Aksoy, s. 302.

2.1.3.3.2. Aile İçi Şiddete İlişkin Tavsiye Kararı (85)4

Tavsiye Kararı, saldırıya açık tanıklarının, özellikle aile içi şiddet mağdurlarının korunmasına yönelik; sorumlu olan idari birimler veya çok disiplinli heyetler oluşturulmasını önermekte, aile içi şiddet davalarında tanıklık eden aile üyelerinin üzerindeki bakılardan korunmalarını sağlamak için gerekli önlemlerin alınmasını, özellikle reşit olmayanların uygun bir danışmanla desteklenmesi gerektiğini belirtmektedir⁷⁴.

2.1.3.3.3. Mağdurlara Destek Verilmesi ve Haksızlığa Uğramanın Önlenmesine İlişkin Tavsiye Kararı (87)21

Bu Tavsiye Kararı'nda, suçu henüz kolluğa bildirmemiş olan mağdurlar ve bu sebeple olası tanıkların korunmasını amaçlamaktadır. Koruma tedbirleri olarak, suçlunun intikam almasına karşı koruma, devamlı tıbbi, psikolojik, sosyal ve maddi desteğin yanı sıra ülkelerin mağdurlara destek sağlayabilecek mevcut kamu ve özel hizmetleri belirlemesini de önermektedir. Ayrıca da bu Tavsiye Kararı, mağdur destek servislerinin, mağdur rızası olmadıkça mağdur hakkındaki bilgilerin üçüncü kişilere açıklanmasını engelleyecek önlemleri alması gerektiğini belirtmektedir⁷⁵.

2.1.3.3.4. Örgütlü Suçla Mücadele İçin Rehber İlkelerle İlişkin Tavsiye Kararı (2001)11

Örgütlü suçla mücadeleyle ilgili kapsamlı bir takım yasal prensiplerin ve pratik önlemlerin tamamlayıcı bir kısmı olan bu belge, ülkeleri örgütlü suçla ilgili olarak bilgi, tanıklık veya başka kanıt sağlayan veya sağlamayı kabul ettikleri için böyle bir korumaya ihtiyacı olan tanıklar ve adalet işbirlikçileri için etkin, maddi tedbirler ile koruma sağlamaya teşvik etmektedir

⁷⁴ Balo, Anonim Tanık, s. 144.

⁷⁵ Balo, Anonim Tanık, s. 145.

2.1.3.3.5. Tanıkların Korkutulması ve Savunmanın Haklarına İlişkin Tavsiye Kararı (97) 13

Bu Tavsiye Kararı'nın hazırlanmasındaki temel amaç, aile fertlerinden birine karşı işlenen suçlar ve aile düzenine karşı işlenen suçların kovuşturulmasının aile içinde duygusal bağlar, sadakat, sürekli şiddete maruz kalma gibi nedenler dolayısıyla oldukça zor olması gerçeği karşısında, bu suçların mağduru durumunda bulunan çocuk, yaşlı ve kadınların tanıklıktan çekinmeleri karşısında kendilerine destek olma⁷⁶. Kovuşturma makamları bu tür suçların işlendiğini haber aldığı anda, sosyal hizmetler uzmanları ile işbirliği yaparak tanıkların durumun gerektirdiği koruma tedbirlerinden yararlanmalarını sağlamalıdır.

Tavsiye Kararı'nda, Rec(2005) 9 sayılı Tavsiye Kararı'nda olduğu gibi belirli suçlar arasında ayırım yapmaksızın, genel olarak ceza muhakemesinde tanıkların korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

2.1.3.3.6. Tanıkların ve Adalet İşbirlikçilerinin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı (2005)9

Bu Tavsiye Kararı, tanık koruma alanındaki en yeni Avrupa Konseyi hukuk aracı olup, Rec(97) 13 Tavsiye –Kararına dayanmaktadır. Tavsiye Kararındaki temel amaç, tanığın korunmasıyla ilgili olarak üye devletler arasında ortak bir suç politikası getirmektir.

Rec(97) 13 Tavsiye Kararı'nda tanık kavramı içerisine bilirkişi ve tercümanların da dahil edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna karşın, Rec(2005) 9 sayılı Tavsiye Kararı'nda, söz konusu tavsiye kararının ceza yargılamasında görevlerini yerine getirirken faydalı bazı bilgileri edinmeleri mümkün olan ve dolayısıyla yıldırmaya maruz kalabilecek hâkim, savcı, kolluk, bilirkişi ve tercümanlara uygulanmasının öngörülmediği belirtilmiştir⁷⁷.

Rec(2005) 9 sayılı ve Rec(97) 13 Tavsiye Kararlarında; tanıkların tanıklık görevini yerine getirmekten kaçınmalarını engelleyecek her tür yasal ve uygun

⁷⁶ Aksoy, s. 303.

⁷⁷ Aksoy, s.301.

tedbirin alınması ve tanıkların yılmalarına neden olan eylemlerin suç olarak cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir.

Rec(2005) 9 sayılı Tavsiye Kararı'nda tanık koruma tedbirlerinin alınabilmesi için somut ve nesnel bir tehlikenin varlığı ve tanığın tanıklık yapması halinde zarara uğraması şartı aranırken, Rec(97) 13 Tavsiye Karar'ında ise, kişinin hayatının ya da özgürlüğünün ağır ve ciddi bir tehlike altında olmasını şart koşmaktadır.

Rec(2005) 9 sayılı Tavsiye Kararı uyarınca, tanık koruma tedbirine başvurulabilmesi için ağır bir suç söz konusu olmalıdır. Kararın gerekçesinde, "ağır suç" kavramına ilişkin olarak Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 2(b) maddesine atıfta bulunulmuştur. Buna göre ağır suç, üst sınırı dört yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlar olarak tanımlanmıştır.

2.1.3.4. Avrupa Birliğinin Çalışmaları

2.1.3.4.1. Uluslararası Örgütlü Suçlarla Mücadele Kapsamında Tanık Korumaya İlişkin Konsey İlke Kararı

23.11.1995 tarihli bu İlke Kararı üye Ülkeleri, örgütlü suçla mücadelede, doğrudan veya dolaylı her türlü tehdit, baskı ve korkutma şekillerine karşı tanıkların muhakeme öncesi muhakeme sırasında ve sonrasında korunmaları için adlî ve adlî olmayan uygun önlemleri almaya davet etmektedir.

Bu Karar, tanıkların adreslerinin ve belirleyici özelliklerinin sadece yetkililerce bilinmesi gerektiğini ve eğer tehdit çok ciddi ise tanığın ve gerekirse ailesinin kimliklerinin değiştirilmesine izin verilmesini öngörmüştür. Ayrıca sanıktan uzak bir yerde tanıklık etme olasılığı da belirtilmiştir⁷⁸.

Avrupa Birliği Konseyi 23.11.1995 tarihli Uluslararası Örgütlü Suçla Mücadele Kapsamında Tanıkların Korunmasına İlişkin Kararında, AKBK'nin Tavsiye Kararlarından farklı olarak tanığın haiz olduğu bilgilerin yetkili makam tarafından ceza muhakemesi için önemli olarak telakki edilmesini ve bu bilgilerin ifşa edilmesi hâlinde tanığı tehlikeye sokabilecek nitelikte olmasını aramaktadır⁷⁹.

⁷⁸ Balo, Anonim Tanık, s.146.

⁷⁹ Aksoy, s. 300 vd.

2.1.3.4.2. Uluslar arası Örgütlü Suç Mücadelesinde Adaletle İşbirliği Yapanlara İlişkin Konsey İlke Kararı

20.12.1996 tarihli bu İlke Kararı üye Ülkeleri, suç örgütü ile ilişkisi olan veya bir örgütlü suç hareketine karışan veya karışmış olan kişilerin yetkili makam ile işbirliği yapmalarını teşvik etmek için, uygun önlemleri almaya davet etmektedir.

1995 ve 1996 tarihli her iki Karar da Avrupa Birliği üyesi ülkeler için bağlayıcı olmayıp, üye devletlerin ortak siyasi görüş açıklaması niteliğindedir. Bu nedenle söz konusu kararların taraf devletlerde doğrudan uygulama kabiliyeti olmadığı gibi, taraf devletlerce iç hukuka transfer edilmesi mecburiyeti de bulunmamaktadır⁸⁰.

2.1.3.4.3. Cezai Kovuşturmalarda Mağdurun Durumuna İlişkin Konsey Çerçeve Kararı

15.03.2001 tarihli Karara göre mağdur, doğrudan üye ülkenin ceza kanunu ihlal niteliği taşıyan eylem ve ihmalleri sonucu zihinsel ya da bedensel zarara uğramış, duygusal çöküntü ya da ekonomik kayba uğramış tabii bir şahıstır. Bu çerçeve Kararı, içinde bulundukları üye ülkeden bağımsız olarak, tanıkların ve mağdurların korunması alanında üye ülkelerin, kanunlarının ve yasal düzenlemelerinin uyumlaştırılması ihtiyacını ele almaktadır⁸¹. Kararın 8. maddesine göre “her bir Üye Ülke suç mağdurları ve gerekli olduğunda, aileleri ve benzer durumdaki kişiler için, özellikle yetkili makamlar güvenlikleri ve mahremiyetlerinin korunması ile ilgili olarak, ciddi bir misilleme riski veya mahremiyetlerine tecavüz edilme niyeti ile ilgili kesin kanıt olduğunu düşündüklerinde, uygun bir koruma sağlayacaklardır.”

⁸⁰ Turhan, Tanıkların Korunması, s.35.

⁸¹ Ferhat Uslu, “Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2013, Sayı:4, s. 254.

2.1.4. Uluslararası Ceza Mahkemeleri

Tehlikeye maruz tanıkların korunması uluslararası ceza mahkemelerindeki yargılamalarda özel bir önem taşımaktadır. Zira bu mahkemeler, suçların işlendiği ülkelerden uzakta yargılama yapmakta ve çoğunlukla tehlike içinde bulunan tanıkları ve yakınlarını suçun işlendiği ülkelerde korumak için doğrudan güvenlik tedbiri almaları da mümkün olmamaktadır. Bu nedenle bu mahkemeler, tanıkların korunmasına ayrı bir önem vermiş ve ayrıntılı koruma tedbirleri öngörülmüştür.

2.1.4.1. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü

Tanıkların ve mağdurların korunması konusunda en temel düzenleme Uluslararası Ceza Mahkemesi(UCM) Statüsü'nün 68. maddesinde yer almaktadır⁸². 68. maddenin 1. fıkrasına göre Mahkeme, mağdur ve tanıkların güvenliğinin, fiziksel ve ruhsal sağlıklarının, saygınlık ve özel hayatlarının korunması için uygun tedbirleri almalıdır. Bunun için Mahkeme, yaş, cinsiyet, sağlık durumu ve suçun niteliğini dikkate almalıdır. Soruşturma ve kovuşturma safhalarında tanıkların korunması için Mahkeme ve Savcılık gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Diğer taraftan bu tedbirler sanığın haklarına zarar vermemeli ve adil yargılama ilkelerine aykırı nitelikte olmamalıdır⁸³.

68.maddenin 2. fıkrasına göre de Mahkeme, tanıkları, mağdurları ve sanığı korumak amacıyla yargılamanın gizli yapılmasına karar verebilir. Yine aynı nedenle Mahkeme, delillerin elektronik ya da başka teknolojik araçlarla sunulmasına izin verebilir. Ancak bunun için mağdur, tanık ve sanığın görüşleri alınmalıdır.

Mağdurlar, kişisel menfaatleri etkilendiğinde, yargılama safhasına müdahil olmaya hak sahibidir⁸⁴. Ancak 68. maddenin 3. fıkrasına göre, mağdurların şahsi çıkarlarının etkilendiği hallerde Mahkeme, mağdurların görüş ve kaygılarını belirleyeceği uygun bir zamanda ve sanığın hakları ile adil ve tarafsız yargılama

⁸²UCM Statüsü'nün Türkçe çevirisi ve metni için bkz.

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b6-7.pdf, (04.02.2018).

⁸³ Ersan Şen, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, Birinci Bası, Mart 2009, (UCM), s. 175.

⁸⁴ William A.Schabas, **Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş**, çev. Gülay Arslan, Legal Yayıncılık, 2. Basım, İstanbul, 2004. s.212.

gereklerini haleldar etmeyecek ve engellemeyecek şekilde sunmasına izin vereceği belirtilmiştir.

Statüde yer alan koruma tedbirleri Usul ve Delil Kuralları⁸⁵ kural 87 ve 88’de detaylı olarak düzenlenmiştir. Mahkeme’nin bir dairesi bir mağdurun veya tanığın ya da tanık ifadesi nedeniyle tehlike içinde bulunan bir diğer kişinin kimliğinin veya bulunduğu yerin kamuya veya basına açıklanmasını engellemek için, gizli olabilecek bir duruşmada gerekli tedbirleri alabilir. Bu tedbirler madde 87/3 belirtilmiştir. Buna göre,

- (a) Mağdurun, tanığın ya da bir tanık tarafından verilen ifadeden dolayı risk altında olan diğer bir kişinin isminin ya da onların kimliğine götürebilecek herhangi bir bilginin Daire kayıtlarından çıkartılmasına karar verme;
- (b) Savcının, savunmanın ya da yargılama işlemlerine katılan başka herhangi bir katılımcının bu tür bir bilgiyi üçüncü kişilere açıklamadan yasak olmasına karar vermek;
- (c) İfadenin, görüntülerin ya da seslerin düzeltilmesini mümkün kılan teknik araçlar kullanılması, işitsel-görsel teknolojinin kullanılması, özellikle görüntülü toplantı ve kapalı devre televizyon kullanılması ve ses araçlarının kapsamlı kullanımı dahil elektronik ya da diğer özel araçlarla sunulmasına karar vermek;
- (d) Bir mağdur, tanık ya da bir tanık tarafından verilen ifade dolayısıyla risk altında olan diğer bir kişi için mahlas ad kullanılmasına karar vermek; ya da
- (e) Bir Dairenin kendi yargılama işlemleri kısmını gizli olarak yürütmesine karar vermek.

Sayılan bu tedbirler sınırlayıcı değil örnekleyici niteliktedir ve somut olayın özelliğine göre Mahkeme gerekli diğer tedbirleri almaya yetkilidir⁸⁶. Söz konusu tedbirler, tanıklık görevi nedeniyle tehlike içinde bulunan tanığın ceza muhakemesi tedbirleri yoluyla korunması amacına yöneliktir. Çalışmamızın devamında inceleneceği üzere CMK ve TTK’ da benzer tedbirlere yer verilmiştir. Ancak UCM

⁸⁵Gülay Arslan, Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi, Ankara, 2006, <http://www.ihddiyarbakir.org/Content/uploads/62772829-b06e-4252-b92b-66dd792c52ed.pdf>, (06.02.2018), s.156-164.

⁸⁶ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 42.

Statüsü ile Usul ve Delil Kuralları'nın öngördüğü tedbirlerin daha kapsamlı olduğu görülecektir.

Usul ve Delil Kuralları 88'de ise, travmaya uğramış mağdur, tanık, çocuk veya yaşlı kişilerin ya da bir cinsel şiddet mağdurunun ifadelerinin alınmasını kolaylaştırmak gibi özel muhakeme tedbirlerinin alınması düzenlenmiştir⁸⁷.

2.1.4.2. Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ruanda Ceza Mahkemesi Statüleri

Uluslararası Yugoslavya Ceza Mahkemesi (UYCM) ve Uluslararası Ruanda Ceza Mahkemesi Statüleri, tanık ve mağdurların korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını öngörmektedir⁸⁸. Gerek Yugoslavya ve Ruanda Savaş Suçluları Mahkemelerinin gerekse Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisine giren suçların, savaş suçları, soykırım suçları ve insanlığa karşı işlenen suçlar gibi uluslararası toplumun karşılaşılabileceği en ağır ve ciddi suçlar olması nedeniyle, duruşmada hazır bulunması ve ifadesinin alınması istenilen tanıkların veya mağdurların, korunması için gerekli önlemlerin alınması konusunda ortak bir düşünce zeminine sahiptirler. Söz konusu Statüler, mağdurların veya tanıkların kimliklerinin, kendilerine ve ailelerine ait kişilerin kimliklerinin kamuya ve medyaya açıklanmaması, diğer bir deyişle kimliklerinin gizli tutulması, duruşmaların gizli yapılması için gerekli tedbirlerin alınmasını öngörmektedir.

⁸⁷Kural 88/2; “ Bir Daire, alt-Kural 1 çerçevesinde bir teklif ya da talep üzerine, bir müdafii, bir yasal temsilcinin, bir psikologun ya da bir aile üyesinin mağdur ya da tanık ifadesinin alınması sürecine katılmasına izin vermek de dahil fakat bununla sınırlı olmayarak, herhangi bir özel önleme karar verip vermemeyi belirlemek için, eğer gerekli ise gizli olarak ya da tek taraflı olarak, bir duruşma yapılmasına karar verebilir”.

⁸⁸ Yugoslavya Savaş Suçluları Duruşma Mahkemesi, sanığın ve tanıkların veya mağdurların hakları ve çıkarları bakımından bir dengenin oluşturulması hususunda, belli sıkı koşulların varlığı halinde(tanık veya mağdurların kendileri veya aileleri bakımından güvenliklerini tehdit eden gerçek bir tehlikenin olması, tanık ifadesinin yargılama için büyük önem arz etmesi, yargılama makamının tanığın güvenilirliği konusunda tatmin olması)tanıkların kimliklerinin, sanığın bilmemesi de dâhil gizli tutulabileceğine karar vermiştir. Kapsamlı bir konu olması sebebiyle ayrıntılı bilgi için bkz. Yusuf Aksar, **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Usul Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2003, ss. 123- 135.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CEZA MUHALEMESİNDE TANIK KORUMA, GİZLİ TANIKLIK VE ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. TANIK KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE TEDBİRLERİN SINIFLANDIRILMASI

3.1.1. Genel Olarak

Bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında tanıklık görevini yerine getiren kimsenin veya bu kimsenin yakın ilişki içerisinde olduğu kimselerin genel ve muhtemel bir zarar görmesi tehlikesi içerisinde bulunduğu söylenebilir. Bireysel suçlar yönünden bu tehlike “genel ve muhtemel ” iken; örgütlü suçlar yönünden “somut ve muhakkak” bir nitelik taşıyabilir⁸⁹.

İfade ettiğimiz gibi, tanıklık, tanık açısından karşılıksız olarak yerine getirilmesi gereken bir kamu görevi olduğuna göre, verdiği bilgilerden dolayı bir zarara uğramasına karşı gerekli tedbirleri almak da devletin sorumluluğunda bulunmaktadır. Devlet, tanık olarak dinlendikten sonra, sırf bu tanıklığı nedeniyle hayat veya beden bütünlüğü ile mal varlığı tehlikeye düşebilecek kişiyi suçlularla baş başa bırakmamalıdır.

Ceza muhakemesinde amaç, şüpheli veya sanığın haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçek, geçmişte yaşanmış ve bitmiş bir olayın veya olaylar bütünüünün deliller aracılığıyla ortaya konulmuş halidir⁹⁰. Suç ve suçlulukla mücadelenin etkin yöntemlerinden birisi de yargılamanın herhangi bir aşamasında mutlak maddi hakikatin gerçekleştirilmesine yardımcı olan tanıkların ve dolayısıyla bunların yakınlarının korunmasıdır⁹¹.

Tanık Koruma, ilk kez Amerika Birleşik Devletleri’nde mafyayla mücadele için geliştirildi. 1967 yılında mafya çatışmalarının bütün ülkeyi kasıp kavurduğu bir

⁸⁹ Fatih Birtek, **AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, Adalet Yayınevi, Ocak 2016, s 159.

⁹⁰ Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Beta Basım, İstanbul, Eylül 2016, 6.

⁹¹ İbrahim Çiçek, “5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu ve Gizli Tanık”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:4, Sayı:29, Ocak 2009, s. 115.

süreçte Amerika Birleşik Devletleri çözümü, mafya içerisindeki kişilerin, daha doğrusu muhbirlerin konuşturulmasında buldu. Ancak, mafyadan olup da konuşmak o kadar kolay değildi. Çünkü, mafyaya egemen olan “suskunluk yasası” kuralını bozanlar, bu kuralın dışına çıkanlar mafya tarafından öldürülüyordu. Dolayısıyla tek çare, muhbirlerin ve ailelerinin kimliklerinin değiştirilmesi, estetik ameliyatla tanınmayacak hale getirilerek korunmaya alınmasıydı. ABD Hükümeti Federal Tanık Koruma Programını işte bu nedenle yaptı.

Tanıklara yönelik tehlikenin ağırlığı nazara alınarak tanık, sadece soruşturma ve kovuşturma sırasında değil, yargılama bittikten sonra da korunmalıdır. Bu sebeple, ceza muhakemesinde tanık koruma tedbirleri, muhakeme esnasında, muhakeme faaliyetinden önce veya sonra alınan, tanığı veya adaletle işbirliği yapan kişinin yıldırılmasını engellemek ya da adaletle işbirliği yapma kararının tehlikeli sonuçlarına karşı korumaya yönelik her türlü tedbirdir⁹².

Avrupa Konseyi’nin Rec(2005) 9 sayılı Tavsiye Kararına göre koruma tedbirleri, tanık veya adaletle işbirliği içinde bulunan kişiyi, herhangi bir korkutmadan veya adaletle işbirliği yapma kararının tehlikeli sonuçlarından korumayı hedefleyen tüm bireysel, usulî veya usuli olmayan tedbirler olarak belirtilmiştir.

3.1.2. Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerden Tanıklara Yönelik Tehlikeler ve Etkileri

Tanıkların tehlike ve tehdide maruz kalmaları tanıklık görevi kadar eski bir geçmişe sahiptir. Tanığa yönelik tehlike çoğunlukla sanık veya sanığın yakın çevresinden gelmektedir. Özellikle sanık aleyhinde beyanda bulunan suç mağdurları ve suç ortakları (şerik) tehlikeye maruz kalanların ilk sırasında yer almaktadırlar.

Hukuka aykırı olarak tanığı etkilemeye yönelik her davranış tanığın tehlikeye maruz bırakılması olarak kabul edilemez ve tanık koruma tedbirlerine başvurulmasını gerektirmez. Örneğin, kendi lehinde beyanda bulunmasını sağlamak veya tanıklık yapmasını önlemek için sanığın tanıkla konuşması, tanık tehdit edilmediği sürece, tanığın tehlikeye maruz bırakılması olarak kabul edilemez.

⁹² Aksoy, s.304.

Tanıklara yönelik tehdit ve tehlikelerin, son yıllarda özellikle çıkar amaçlı örgütlü suçluluk ve terör suçlarıyla bağlantılı olarak arttığı uygulamacılar tarafından belirtilmektedir⁹³. Suç örgütleri tarafından işlenmiş suçların aydınlatılması ve failerin ele geçirilmesi, genellikle suç bağlantılarını ve örgütün elebaşılarını tanıyan ve örgütün organizasyonu hakkında bilgi sahibi olan tanıkların vereceği ifadeye bağlıdır. Bu kişiler genellikle ya bizzat failin fiiline ortaktır ya da onunla yakın ilişki içindedir⁹⁴.

90'lı yıllardan itibaren Avrupa ülkelerinde örgütlü suçlulukla mücadelede tanıkların korunması konusunda bir takım yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Bu düzenlemelere paralel olarak yapılan araştırmalarda özellikle örgütlü suçlarda tanıkların tehdit ve tehlikeye maruz bırakılması ve bunların nitelik ve kapsamı hakkında da veriler elde edilmiştir. 1996 yılında Almanya'da savcılar arasında yapılan bir anket araştırmasında tanıkların tehdit edilmesinin öncelikle örgütlü suçlarda karşılaşılan bir olgu olduğu ortaya çıkmıştır⁹⁵.

Dışa kapalı olan suç örgütleri için en büyük tehlike, grup üyelerinden birinin ceza kovuşturma organları ile işbirliği yapmasıdır. Bu sebeple, örgüt açısından zorunlu olan mutlak sadakat, örgüte ihanet edeni en şiddetli cezalandırılma yöntemi ile cezalandırılarak sağlanmaktadır.

Örgütlü suçlarda tanıklığı söz konusu olan kişinin, suç örgütü aleyhine tanıklık görevini yerine getirmekten korkması için büyük bir tehdide maruz kalması gerekli değildir. Zira, örgütün yapısından kaynaklanan şiddet sebebiyle bu kişi, evveliyatı olan bir korku durumuna sahip bulunmaktadır.

Örgütlü suçların soruşturmasında gizli soruşturmacı ve örgüt içinden bilgi veren güvenilir kişi kullanılması da giderek bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Güvenilir kişi ve gizli soruşturmacıların aleni duruşmada tanık olarak dinlenmesi ise kimliklerinin ortaya çıkmasına ve onların tehdit ve saldırılara maruz kalmalarına sebep olmaktadır. Bu kişilerin tanık olarak dinlenmesinden vazgeçilerek

⁹³ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 27.

⁹⁴ Veli Özer Özbek ve diğerleri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 619.

⁹⁵ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 28.

korunması sağlanabilirse de, örgütlü suçların yapısı gereği başka delil bulunamaması nedeniyle bu suçların ispatı da zorlaşmaktadır⁹⁶.

Terör suçları da bir örgütlü suçluluk olmakla birlikte, Terörle Mücadele Kanunu 1. maddesine göre; "Terör; cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir." şeklinde ifade edilmiştir.

Terörde, hukuka aykırı asıl amaçlar uğruna, iç ve dış destek kazanmak, toplumda infiale, gerilime, tedirginliğe, korku ve paniğe yol açmak için, mağduru kim ve sonucu ne olursa olsun suç işlemek, karışıklık çıkarmak, Devlette ve Anayasal düzende güçsüzlüğe ve dağılmaya neden olmak vardır⁹⁷. Şen'e göre, terör suçlarının suç örgütü olmadan bireysel veya iştirak halinde işlenmeleri mümkün olarak görülmemektedir.

Diğer örgütlü suçlardaki tanıkların tehlikeye maruz kalma nedenleri terör suçları açısından da geçerlidir. Terör suçlarında pişmanlık duyarak örgütten ayrılanların ve terör olaylarının olay yerindeki görgü tanıklarının sıklıkla tehditlere maruz kaldıkları görülmektedir.

Tanıkların tehdit ve misillemeler ile karşı karşıya kalmaları örgütlü suçlardaki kadar olmasa da diğer suç alanlarında da gözlemlenmiştir.

3.1.3. Tanıkların Tehdit Edilmesinin Etkileri

Baskı, tehdit ve misillemeler tanıkların tanıklık yapma isteklerinin veya ihbarda bulunmalarına doğrudan etki yapmaktadırlar. Herhangi bir tehdit unsuru ile karşılaşan tanık, tanıklıktan, ihbar veya şikâyetinden vazgeçebilir ya da daha

⁹⁶ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 30.

⁹⁷ <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2296993-silahl-orgut>, (11.02.2018).

evvelden vermiş olduğu ifadesini tamamen değiştirebilir veyahut suçlayıcı beyanlarını ortadan kaldırabilir.

3.1.4. Tanıklık Yapma Mecburiyeti

Tanıklık yapmak külfetli bir kamusal ve toplumsal görev olup, “ödev” niteliğindedir. Vatandaş olup olmadığına bakılmaksızın Türkiye’de bulunan herkes tanıklık etmekle yükümlüdür⁹⁸. Ancak bu görevin bir zorunluluğu barındırdığı bizzat hakim tarafından da nazara alınmalıdır. Hâkim, tanık beyanının bu niteliğini nazara alarak tanığı dinlemez ise, tanığı sıkar ve tanık da bu sıkıntılı durumdan mümkün olduğunca kurtulmak gayesiyle kendinden önceki beyanları ya da kendisinin daha önceki beyanlarını benimsemek yolunu tercih eder⁹⁹. Bir istisna dışında¹⁰⁰, bütün tanıklar davet edildiklerinde gelmek zorunda olup, yasal bir neden ve kabul edilebilir bir mazeretleri bulunmadıkça da tanıklık yapmak ve bilgisini, görgüsünü doğru bir şekilde beyan etmek zorundadır.

Muhakeme konusu olay hakkında bilgi sahibi olmak dışında, tanıklık için herhangi bir şart söz konusu değildir. Herkes tanık olabilir. Tanıklık için belli bir fiziksel veya ruhsal olgunluk aranmamaktadır¹⁰¹. Bir kimsenin tanık olması ile o kimsenin beyanının ispat kuvveti ya da beyanın ispat bakımından elverişli olup olmadığı birbirinden farklıdır¹⁰². Ceza muhakemesinde her şeyin delil olabilmesinin bir sonucu olarak, çocuk ve akıl hastalarının beyanlarının da delil değeri taşıyabileceği hususunda kuşku yoktur¹⁰³. Akıl hastası veya küçük çocukların beyanlarının, delil kuvvetini hâkim veya Cumhuriyet Savcısı dosya kapsamındaki

⁹⁸ Milletvekilleri, Bakanlar ve Cumhurbaşkanı tanıklık görevlerini yerine getirmedikleri takdirde muhakeme hukuku müeyyideleri uygulanmamaktadır. Feyzioğlu, (Tanıklık), s.30.

⁹⁹ Birtok, s. 113.

¹⁰⁰ CMK m. 543/4 ve m. 47/4 hükümlerine göre, Cumhurbaşkanı tanıklık yapıp yapmamak konusunda takdir hakkını sahiptir. Gelmemesi halinde, Cumhurbaşkanı için zorla getirme kararı verilemez.

¹⁰¹ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, s. 246.

¹⁰² Mehmet Akman, **Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması**, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 88’den aktaran Fatih Birtok, **AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, Adalet Yayınevi, Ocak 2016, s.116.

¹⁰³ Caner Yenidünya ve Zafer İçer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 590; Birtok, s. 116; Özbek ve diğerleri, s. 599.

diğer delillerle birlikte veya beyanlarının güvenilirliği hususunda araştırma yaparak serbestçe takdir edecektir¹⁰⁴.

CMK m. 58/1 hükmüyle, tanığın beyanının güvenilir olup olmadığının her somut olayda tanık dinlemeye yetkili merci tarafından değerlendirilmesine yönelik olarak; "Gerekirse tanıklığına ne derece ye kadar güvenilebileceği hakkında hâkimi aydınlatacak durumlara, özellikle şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular yöneltme" imkânı tanınmıştır.

CMK m. 45 ve 46 kapsamında tanıklıktan çekinme hakkı tanığın beyanda bulunma yükümlülüğünü sınırlayan kanun hükümleridir. Ayrıca, CMK m. 47 hükmüne göre de, "hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlara ilişkin olarak, devlet sırrını içeren bilgilerin¹⁰⁵ varlığı halinde, nispi tanıklık engeli söz konusudur. Ancak, yargılama suçunun alt sınırı beş yıl veya daha fazla cezayı gerektirmesi halinde, tanığın konuşma yükümlülüğü vardır. Sadece, bu konudaki tanıklık bakımından özel bir dinleme usulü getirilmiştir. Ayrıca, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 29 maddesine¹⁰⁶ göre;" Görevin gizliliği ve Devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı hallerde MİT mensuplarının tanık olarak dinlenebilmesi, MİT Müsteşarının iznine bağlanmıştır. Diğer bir istisna ise Basın Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır. Basın Kanunu'nun 12. Maddesine göre;"Sürelî yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dâhil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz.

CMK m. 60/1'e göre, haklı bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden kaçınan tanık hakkında, bundan doğan masraflara ve üç aya kadar disiplin hapsine hükmedileceği belirtilmiştir. Tanığın yaptığı açıklamaların gerçeğe aykırı olması

¹⁰⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 01.10.2006 tarih, 2005/4174 E., 2006/14805 K. Sayılı kararında; "Yakınların olayı gördüklerini bildirdikleri çocukları Gönül ve Gülşah'ın tanık olarak çağrılarak dinlenilmeleri ve anlatımlarının inandırıcı bulunup bulunmadığı tartışılarak diğer delillerle birlikte değerlendirildikten sonra edinilecek kanıya göre hüküm kurulması gerekirken, olay tarihi itibarıyla 10 ve 14 yaşlarında olmaları nedeniyle gördükleri bir olayı aktarma yeteneğine sahip bulunabilecek durumda olan çocukların yalnızca yaşlarının küçük olması nedenine dayanılarak, tanıklık yapamayacakları gerekçesiyle, dinlenilmeden eksik araştırma ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi" ni bozma sebebi saymıştır. www.kazanci.com. (12.02.2018).

¹⁰⁵ CMK' da; devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılmaktadır. Bkz. Özbek ve diğerleri, s. 610.

¹⁰⁶ 25.08.2017 tarih ve 30165 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 694 Sayılı KHK ile yapılan değişiklik.

halinde ise tanık, TCK madde 272’de düzenlenmiş olan yalan tanıklık suçundan cezalandırılacaktır.

Ancak tanığın bu yükümlülükleri sebebiyle onu muhakemenin bir objesi olarak tanımlamak doğru değildir¹⁰⁷. Çünkü, CMK m. 48’de tanığa kendisini veya yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratabilecek sorulara cevap vermekten kaçınma, CMK m. 45’de sanığın veya şüphelinin yakını olan tanığın tanıklıktan çekinme hakları tanınmıştır.

3.1.5. Devletin Tanıkları Koruma Yükümlülüğü

Tanığa yönelik tehlikeler, devletten değil sanık veya üçüncü kişilerden kaynaklanmaktadır. Ancak devlet, tanıklara karşı üçüncü kişilerden gelebilecek hayat, vücut bütünlüğü, özel hayat gibi değerlere ilişkin saldırı ve tehlikelere karşı korumakla yükümlüdür. Çünkü, tanıklık yapması hususunda tanığa kamu görevi Devlet tarafından yüklenmektedir. Devletin bu yükümlülüğü tanıklık görevi süresince devam ettiği gibi, ceza muhakemesi sona erdikten sonra da devam etmelidir.

Tanığın temel hak ve özgürlüklerine yönelik saldırı ve tehlikeye karşı devletin koruma yükümlülüğünün bir kaynağı AİHS’ dir. Sanık haklarının düzenlendiği Sözleşme’nin 6. maddesinde, tanıkların ve tanık olarak dinlenen suç mağdurlarının menfaatlerini belirtir açık bir ifade bulunmamakla beraber, tanıkların hayatı, güvenliği ve özel hayatına ilişkin hakları Sözleşmenin genel hükümlerince korunmaktadır. AİHM’ e göre Sözleşme’nin bu hükümleri, taraf devletlere, tanıkların tehlikeye düşmeyecek şekilde ceza muhakemesi sistemlerinde düzenleme yükümlülüğü getirmektedir.

Devletin tehlikeye maruz kalan tanıkları koruma yükümlülüğünün bir diğer kaynağı ise Anayasadır. Tanıkların yaşam hakkı, özel hayatının korunması, beden bütünlüğünün korunması gibi hakları, Anayasamız tarafından genel olarak koruma altına alınmıştır.

¹⁰⁷ Turhan, Tanıkların Korunması, s.33.

3.1.6. Tanık Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması

Tehlike ve saldırılara maruz kalan tanıkları korumak için başvurulabilecek birden fazla koruma tedbiri bulunmaktadır. Bu tedbirlerden bir kısmı yürütülmekte olan ceza muhakemesiyle bağlantılı olarak savcı veya mahkeme tarafından alınan ceza muhakemesi tedbirleri niteliğindedir. Diğer bir kısmı ise kolluk tarafından alınan muhakeme dışı koruyucu tedbirlerdir¹⁰⁸.

Ceza muhakemesine ilişkin tanık koruma tedbirlerinde tanığın muhakemeye katılması özel muhakeme hükümleriyle düzenlenmektedir. Kolluk tedbiri niteliğindeki tanık koruma tedbirlerinin amacı ise, tanığı tanıklık yapmadan önce ve tanıklık yaptıktan sonra şahsına yönelik saldırılara karşı korumaktır¹⁰⁹. Kolluk ve idari birimlerce tanıkları korumaya yönelik tedbirleri muhakeme dışı tedbirler olarak da isimlendirebilmek mümkündür. Tanıkların korunması hususunda muhakeme dışı olan tedbirlerde sanığın savunma hakkına herhangi bir müdahale olmamaktadır.

Bahsettiğimiz tedbirler birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olup, birinin diğerinin yerine geçmesi gibi bir durum söz konusu değildir¹¹⁰. Her iki tedbir türünün yeri ve zamanlaması farklıdır.

Tanık koruma tedbirlerine geçmeden önce korunma kavramına kimlerin dâhil olabileceğine ve 5276 Sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun gerekçesine, özüne bakmakta fayda görüyoruz

3.2. 5276 SAYILI TANIK KORUMA KANUNU VE İLGİLİ YÖNETMELİK

3.2.1. Genel Olarak

Tanık korumaya dair ulusal mevzuatta çalışmalar ve düzenlemeler kısmında bahsettiğimiz üzere, Türk hukuku bakımından tanık koruma kavramının, Tanık Koruma Kanunu'ndan önce de bir geçmişi bulunmaktadır.

¹⁰⁸ Doktrinde ceza muhakemesine ilişkin koruma tedbirlerini “usulî koruma tedbirleri”, kolluk tedbiri niteliğindeki tanık koruma tedbirlerini ise “maddi koruma tedbirleri” olarak tanımlayan görüşler için bkz. Balo, Anonim Tanık, s. 190-239; Bayram Turgut, **Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 56.

¹⁰⁹ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 24.

¹¹⁰ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 24.

Türk hukukunda tanığın ceza muhakemesinde korunmasını sağlamaya yönelik olarak çıkartılan en kapsamlı ve doğrudan bu amaca yönelik olan kanun, 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunudur.

TKK, 05.01.2008 tarihli ve 26747 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Kanunun 26. maddesine göre, Bu Kanun yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe gireceğinden, Kanun, 05.07.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

TKK, Tanıkların kolluk tedbirleri ile korunmasına ilişkin hususların çıkarılacak özel bir kanunla düzenlenmesini öngören CMK m. 58/4 hükmünden hareketle hazırlanmıştır. CMK, çıkarılacak kanunun sadece, tanıklık görevinin yapılmasından sonra kişinin kimliğinin saklı tutulması ve güvenliğinin sağlanması için gerekli kolluk tedbirlerini düzenlemesini öngörmüştü. Ancak, Kanun Tasarısını hazırlayanlar CMK m.58’deki koruma tedbirleri yetersiz olduğundan hareketle tanığın kolluk tedbirleri ile korunması yanında ceza muhakemesi tedbirleriyle de korunmasını sağlayacak düzenlemelere yer vermiştir¹¹¹. Ancak, çalışmamızda da inceleyeceğimiz üzere CMK madde 58 hükmü ile TKK arasında önemli birtakım çelişkiler bulunmaktadır

TKK’ nın 1. maddesinde Kanunun amacının, ceza muhakemesinde tanıklık görevi sebebiyle, kendilerinin veya bu Kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu belirtilmiştir.

TKK’ nın 2. ve 3. maddesinde hangi suçlar ve kişiler hakkında tanık koruma tedbiri verilebileceği belirtilmiş, 5. maddesinde tanık koruma tedbirleri, 6. maddesinde ise tanık koruma kararı verecek merciler belirtilmiştir. Ayrıca, madde 9’ da, ceza muhakemesine ilişkin koruma tedbirlerinin uygulanış usulü, tanıklara soru sorulması, tanık koruma tedbirleri uygulanarak alınacak ifadelerin ceza muhakemesindeki yeri ve ne ifade ettiği, madde 10 ve 11’ de tanık koruma kararının uygulanması, madde 13 ve devamında ise tanıklar hakkındaki güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında görev yapacak Tanık Koruma Kurulu’ nun yapısı, görev ve yetkileri düzenlenmiştir.

¹¹¹ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 58.

3.2.2. Tanık Koruma Kanunu’nun Genel Gerekçesi

Bilindiği gibi ceza yargılamasında tanık beyanları önemli bir yer tutmaktadır. Tanık beyanları bu derece önemli olmasına karşın güvenilirliğinin az oluşu ceza yargılamasının temel amaçlarından biri olan maddi gerçeğe ulaşılmasını güçleştirmektedir¹¹².

Çağdaş toplumların önemli özelliklerinden biri olan sosyal değişim olgusu, çözümlediği problemler yanında, bir o kadar da yeni problemler ortaya çıkarmaktadır. Gelenen aşamada organize suçlar, modern bir fenomen niteliğine bürünmüştür. Suç örgütleri, devlet otoritesinin yerini alarak kendi yasalarını koymakta ve uygulamaktadır¹¹³.

Örgütlü suçluluğun yaygınlaşması ve örgütün yapısı itibariyle tanık üzerinde baskı kurması tanığın korunması gerekliliğini bir kez daha ön plana çıkarmıştır. Örgütlü suçlulukta tanıklar baskı altına alınmakta, kovuşturma aşamasında durup dururken tanıklıktan çekinmektedirler. Bu tür suçlarda tanık bulmak zaten zorken, tanığın beyan vermekten çekinmesi ya da yalan beyanda bulunması durumu içinden çıkılmaz hale getirmektedir¹¹⁴.

Öte yandan, tanıklığın kamusal bir görev olarak benimsenmesi, bu görevden kaçınmanın ve yalan tanıklığın suç olarak düzenlenmesi suretiyle tanık delilinden yararlanma yöntemi, terör ve organize suçluluk alanında tanık beyanı delilinin, bozulmadan muhakemeye kazandırılmasını sağlama bakımından yeterli güvenceyi sağlamaktan uzaktır¹¹⁵.

Tasarı, haklarında tanık koruma tedbirleri alınması gereken kişiler, bu tedbir kararlarının hangi suçlarda alınacağı, tedbir çeşitleri, tedbir kararlarının hangi makam veya mercilerce alınacağı, bunların süresi, değiştirilmesi veya kaldırılması, tanık koruma kararlarının uygulanması, uluslararası işbirliği ve bu konuya ilişkin diğer usul hükümlerinin yasal bir düzenlemeye kavuşturulması amacıyla hazırlanmıştır.

¹¹² Yazıcı, s.28.

¹¹³ Balo, Tanığın Dinlenmesi, s. 69.

¹¹⁴ Candide Şentürk ve Tuğba Bayzit, “Gizli Tanık”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 25, Sayı: 101, Temmuz- Ağustos 2012, s. 103.

¹¹⁵ Balo, Tanığın Dinlenmesi, s. 70.

3.2.3. İlgili Yönetmelik

TKK’ da düzenlenmiş olan tedbirlerin uygulanmasını göstermek üzere İçişleri ve Adalet Bakanlıklarının ortaklaşa yönetmelik çıkarmaları öngörülmüş ve bu yönetmeliklerden birisi hazırlanarak yürürlüğe konmuştur. Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik, 11.08.2008 tarih ve 27051 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yönetmeliğin 1. maddesi; ”Bu Yönetmeliğin amacı, ceza muhakemesinde yaptığı tanıklık veya koruma görevi sebebiyle hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunduğu anlaşılan kişiler ile yakınlarının, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümleri çerçevesinde korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir” şeklindedir.

Yönetmeliğin 2. maddesi ise; “Bu Yönetmelikte, tanıkların korunması amacıyla soruşturma veya kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısı ya da mahkemelerce alınabilecek tanık koruma tedbirlerinin türü, içeriği, değiştirilmesi, kaldırılması ve tedbir kararlarının saklanması ile söz konusu tedbirlerin uygulanmasında görev alan kamu görevlileri ve diğer kişilerin uymaları gereken gizlilik kurallarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir” şeklindedir.

3.3. HAKKINDA TEDBİR UYGULANACAK KİŞİLER

3.3.1. Genel Olarak

TKK’ nın amacı, ceza muhakemesinde tanıklık görevi sebebiyle, kendilerinin veya bu Kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunmasına yönelik alınacak tedbirleri düzenlemektir.

AKBK’ nın Tavsiye Kararlarında ise tanık koruma programından yararlanacaklar tanık, adaletle işbirliği yapan kişiler, tanığın ve adaletle işbirliği yapan kişilerin yakınları ile korunmalarında zorunluluk bulunan kişiler olarak belirtilmiştir.

İki tanımlamayı da incelediğimizde, tamamen olmasa bile, Tanık Koruma Kanunundaki tanık koruma kavramının kapsamının, uluslararası çalışmalardaki kavramlar ile benzer nitelikte amaçlar taşıdığını söyleyebiliriz.

Ayrıca şu konuya değinmekte de yarar var; bir kişinin tanık olarak kabul edilmesi ve hakkında koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme önünde dinlenmesi şarttır. Tanık sıfatıyla dinlenmiş olmak koruma tedbirlerinin uygulanmasının ilk gerekliliğidir. İşlenen suça tanıklık ettiği halde, adli makamlara tanık olduğuna dair bilgi vermeyen, suça tanık olduğu bilinmesine ve adli evraklara yansımaya rağmen; Cumhuriyet savcısı veya hâkim önünde tanık olarak beyanda bulunmayan kişilerin tanık koruma tedbirlerinden yararlanması mümkün değildir¹¹⁶.

3.3.2. Normal Tanıklar

TKK' nın 4. maddesinde belirtilen ve koruma tedbiri uygulanacaklar arasında ilk grubu, ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler oluşturmaktadır. Suçtan zarar gören, hâkim, savcı, zabıt katibi veya müdafii gibi gerektiğinde tanık sıfatıyla dinlenebilen kimseler de, koşulları oluştuğunda tanık koruma tedbirlerinden faydalanabilecektir¹¹⁷.

3.3.3. Mağdur Tanıklar

CMK' nın 236/1. maddesine göre, mağdurun tanık olarak dinlenmesi hâlinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanacaktır. Tanık olarak dinlenecek suç mağdurları hakkında da tanık koruma tedbirleri uygulanabilecektir.

TKK' daki düzenleme, tanık sıfatıyla dinlenen suç mağdurlarını koruma altına almayı amaçlamakta olup, bu hüküm tüm suç mağdurlarının korunabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Yalnızca suçun işlenişine tanıklık etmiş olan ve mahkemede tanık olarak dinlenen veya dinlenebilecek olan mağdurlar

¹¹⁶ Turgut, s. 200.

¹¹⁷ Hâkim aynı zamanda tanıkta, tanıklık görevi daha önceliklidir. Zira başka tanık bulunmayabilir. Kaldı ki tanıklık yapan hâkim bakımından görev yasağı oluşur (CMK m. 22/1-h). Benzer düşünceler savcılar, vekil ve müdafii için de geçerlidir. Bkz. Özbek ve diğerleri, s. 600.

korunabilecektir¹¹⁸. Nitekim, ülkemizin de taraf olduğu Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesinin 24/4. maddesinde, suç mağdurlarının da tanıklık yapmaları hâlinde koruma olanaklarından yararlanabileceği ifade edilmiştir.

Balo'ya göre, TKK' da hakkında tanık koruma tedbiri uygulanacak kişiler belirtilirken, “ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler” ifadesine yer verildikten sonra, “tanık olarak dinlenen suç mağdurları” ifadesinin kullanılması, uygulamada tereddütler ortaya çıkarabilecek gereksiz bir tekrar olarak değerlendirilmiştir. Çünkü, esas itibarıyla mağdur da “ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen” ler grubuna dâhildir (CMK m.52/f. 3-a). Şikâyetçi de gerektiğinde ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenebilen bir grubu oluşturmaktadır. Maddede hakkında tanık koruma tedbiri uygulanacak kişi olarak mağdurun sayılması durumunda, şikâyetçi gibi diğer grupların tanık sıfatıyla dinlenmesi durumunda, bunların tanık koruma tedbirlerinden yararlanıp yararlanamayacağı tereddütü gündeme gelebilecektir. Bu sebeple, ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenebilen herkesin tanık koruma tedbirlerinden yararlanabilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Turgut' a göre de, tanık sıfatı taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın bütün mağdurlar hakkında usulî koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi gerekir. Zira, uygulamada özellikle şikâyet tabi suçlarda, şikâyetçi olmamaları yönünde mağdurlara ciddi baskılar uygulanmaktadır.

Kanımızca, maddi gerçekliği araştırılan olay, kendi içerisinde ele alınarak incelenip, araştırılmalı ve bunun devamında oluşan ya da oluşabilecek herhangi bir ağır ve ciddi bir tehlike durumunda, tanık olarak dinlenebilen herkesin tanık koruma tedbirlerinden faydalanabilmelidir.

3.3.4. Suç Ortakları

Tanık sıfatıyla dinlenen suç failleri incelenirken ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir¹¹⁹. Herhangi bir menfaat vaat edilmeden kendi isteğiyle suç ortakları hakkında tanık sıfatıyla beyanda bulunmak isteyen tanıklarla, cezasında indirim yapılması veya cezasının tamamen kaldırılması ve kendisine başkaca menfaatler

¹¹⁸ Balo, s. 244; Turgut, s. 200.

¹¹⁹ Turgut, s. 201.

sağlanması karşılığında suç ortakları hakkında tanıklık yapanlar aşağıda ayrı ayrı olarak incelenecektir.

3.3.4.1. Tanık Sıfatıyla Dinlenen Suç Ortakları

Kendisine herhangi bir menfaat vaat edilmediği halde, suç ortaklarının gerçekleştirdiği eylemler hakkında bilgi vermek isteyen sanıklar tanık sıfatıyla dinlenebilir. TKK’ da, tanık sıfatıyla dinlenen suç ortaklarının tanık koruma tedbirlerinden açıkça faydalanabileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

CMK’ da, suç ortaklarının tanık olarak dinlenebileceği açıkça düzenlendiği için, bu kişilerin de tanık sıfatıyla korunmaları gerektiği düşünülebilir¹²⁰. CMK’ nın 50/ 1. maddesinin (c) bendindeki maddenin başlığında ve gerekçesinde kimliği saklı tutulması gereken veya tanık koruma tedbiri kapsamına alınacak kişilerden bahsetmediği açıktır. Ancak, “Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten...şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar” cümlesinden, sanıkların, şüphelilerin ve hükümlülerin de koruma tedbiri kapsamında kimlik bilgileri saklı tutularak dinlenebilecek tanıklar olabilmelidirler¹²¹.

Bu durumda ise bu sanıkların kimlik bilgileri saklı tutularak, tanık sıfatıyla dinlenmelerinden sonra, beyanlarının duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olan diğer sanık ve müdafilerine TKK’ nın 9/4. maddesine göre nasıl açıklanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. CMK’ nın 58/2. maddesinde belirtilen, tanıklık ettikleri bilgileri hangi sebep ve vesile ile öğrendikleri diğer sanıklara açıklansa veya kimlik bilgileri saklı tutulup yalnızca beyanları açıklansa dahi, olayı birlikte yaşadıklarından bu bilgilere kimin sahip olduğunu tahmin etme ihtimalleri yüksektir¹²².

Kanundaki bu boşluğa ilişkin olarak, TKK Yönetmeliğinin 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “Ceza Muhakemesi Kanununun 50. Maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendi ile (c) bendi gereğince yemin verilmeksizin dinlenen tanıklardan; soruşturma veya kovuşturma konusu

¹²⁰ CMK’ nın 50/ 1. maddesinin (c) bendine göre; “Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar” yeminsiz dinlenen tanıklardır.

¹²¹ ; Mustafa Başer, “Koruma Tedbiri Kararı Alınan Tanıkların Dinlenmesi”, *Adalet Dergisi*, Yıl:99, Sayı:31, Mayıs 2008, s. 320.

¹²² Başer, s. 320.

suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar” hakkında tanık koruma tedbirleri uygulanacaktır.

Tanık Koruma Kanunu’ nun 4. maddesine bir fıkra eklenmesi suretiyle örgüt üyesi olan sanıkların diğer örgüt üyeleri aleyhine tanıklık yapmaları durumunda, tanık koruma tedbirlerinden yararlanacaklarının açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır¹²³.

3.3.4.2. Devlet Tanıkları

3.3.4.2.1. Genel Olarak

Suç örgütleri ile mücadelenin en etkin yöntemlerinden birisi, örgüt üyelerinin örgüt ve eylemleri hakkında bilgi vermesinin sağlanmasıdır. Bireysel işlenen suçlarla mücadelede kullanılan yöntemler, suç örgütleri tarafından işlenen suçlarla mücadelede çoğunlukla yetersiz kalmaktadır. Suç örgütleri, aynı suçları defalarca işlemiş olup, bu suretle uzmanlaşmışlardır. Daha önceden ifade ettiğimiz gibi, Örgüt kapsamında işlenen suçlarda genellikle örgüt üyeleri haricinde tanık bulunmamakta, bulunan tanıklar da suç örgütünün korkutucu yapısı sebebiyle tanıklık yapmak istememektedirler. Bu durumda suç örgütleriyle etkin mücadele için geriye bir alternatif kalmaktadır. Suç örgütü üyelerinin devletin yanına çekilerek örgüt aleyhinde tanıklık yapmaya teşvik edilmeleri ve içeriden gelebilecek bilgilerle örgüt hakkında gereken soruşturma işlemlerinin gerçekleştirilmesi¹²⁴.

Örgüt üyelerini tanıklık yapmaya iten üç ana neden bulunmaktadır. Bu nedenler; cezalarının azaltılması veya tamamen kaldırılması yönündeki beklenti, can güvenliği endişesi ve eski suç ortaklarından öç alma isteğidir.

Devlet tanığı, suç örgütlerine katılmış olması nedeniyle cezalandırma tehdidi altında bulunan veya cezalandırılmış olup, suç örgütünün yapısı ve eylemleri hakkında bildiklerini açıklamak suretiyle adli makamlarla işbirliği yapmak isteyen kişi olarak tanımlanabilir¹²⁵.

¹²³ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 191; Başer, s.321.

¹²⁴ Turgut, s. 203.

¹²⁵ Turgut, s. 204.

3.3.4.2.2. Devlet Tanıklığı Aleyhinde ve Lehinde Olan Görüşler

Doktrinde devlet tanıklığı uygulaması; kovuşturma mecburiyeti ilkesine aykırılık oluşturduğu, kanunilik ilkesi ve bu ilkenin temellerini teşkil eden hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri ile bağdaşmadığı, satın alınan tanıkların beyanına dayanılarak yürütülen bir ceza muhakemesinin güvenilir olamayacağı ve örgüt üyelerinin cezadan kurtulması nedeniyle insanların adalete olan güvenini sarsacağı gerekçeleriyle eleştirilmektedir¹²⁶.

Devletin bir ifadeyi, ceza vermeme karşılığında satın alması problemi, bir sorun olarak varlığını sürdürmektedir. Doktrinde satın alınmış tanıklardan yararlanan bir ceza kovuşturması, güvenilir olma özelliğini tehlikeye atacağı belirtilmiştir¹²⁷. Ayrıca bu uygulamanın alt düzeydeki örgüt üyeleri hakkında çok şey bilen üst düzey örgüt üyelerinin, aslında suçların işlenmesinde daha fazla rolü ve etkisi olmasına rağmen daha az ceza ile kurtulmalarına neden olacağı, bu durumun adaletsiz sonuçlara yol açacağı ifade edilmiştir.

Devlet tanıklığı lehine olan görüşlere göre ise, devlet tanıklığı kurumu sayesinde örgüte henüz bağlanmamış veya örgütle eskisi gibi sıkı bağlantısını sürdürmeyen kişilerin örgütten ayrılmalarının sağlanabileceği ileri sürülmüştür¹²⁸.

Devlet tanıklığı uygulamasının haksız sonuçlara yol açtığı ve üst düzey örgüt üyelerinin az ceza almalarına yol açtığı eleştirilerine karşılık olarak ise; suç örgütlerine yönelik soruşturmaların büyük oranda örgüt üyelerinin tanıklığına dayandığı, bu uygulamadan vazgeçilmesi durumunda suç örgütlerine karşı soruşturma yürütülmesinin ve delil toplanmasının zorlaşacağı, bu durumdan da toplumun zararlı çıkacağı ileri sürülmüştür.

3.3.4.2.3. Türk Hukukunda Devlet Tanıkları

Devlet tanıklarına ilişkin ülkemizdeki ilk düzenleme 3419 sayılı Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun (Mülga) ile getirilen

¹²⁶ Silvia Tellenbach, “Örgütü Eleveren Tanıklığın Düzenlenmesi”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt:22, Sayı3, Temmuz 1996, s. 293.

¹²⁷ Tellenbach, s. 293.

¹²⁸ Hamide Zafer, *Ceza Hukukunda Terörizm*, Beta Yayınevi, İstanbul 1999, s.242.

düzenlemedir. Beyanda bulunan kişinin açıklamaları “itiraf” olarak kanunda belirtildiği için, itirafçı olarak tanımlanan örgüt üyesinin konumuna göre ya cezasında indirim yapılmakta ya da hiç kovuşturma yapılmamaktaydı.

Daha sonra uygulamaya konan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (Mülga) hükümlerine göre herhangi bir suç işlememiş bir örgüt üyesi, soruşturma başladıktan sonra örgütten çekilerek örgüt hakkında adli makamlara bildikleri konusunda tanıklık yapacak olursa, hakkında kovuşturma yapılmayacaktır¹²⁹. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, bu hükümlerden terör suçları hariç olmak üzere çıkar amaçlı suç örgütü mensupları yararlanabilecektir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 221. maddesi de, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda etkin pişmanlıktan bahsetmektedir. Maddedeki düzenlemeye göre, suç işlemek amacıyla kurulan örgütlerin kurucuları veya üyelerinin, belli şartlar altında pişman olduklarını belirterek örgüt hakkında adli makamlara bilgi sağlamaları durumunda, örgüt kurma veya örgüte üye olma suçlarından kendilerine ceza verilmemekte veya cezalarında indirim yapılmaktadır. Ancak bu kişilerin örgüt çerçevesinde işlemiş oldukları suçlara ilişkin olarak herhangi bir cezai indirim ya da ceza verilmemesi gibi bir uygulama bulunmamaktadır.

3.3.4.2.4. AİHM’ in Görüşü

AİHM, suç ortaklarının cezai sorumsuzluk karşılığı tanık olarak dinlenmesini; savcılıkların bu işlemleri aleni bir biçimde gerçekleştirmesi, bu tanık beyanlarının tek delil olarak kullanılmaması, savunma tarafına tanığı sorgulama imkânı tanınması ve mahkemenin de bu delili çok kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi şartlarıyla

¹²⁹ Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar hariç, bu Kanunun öngördüğü suçlarda;

a) Ferden örgütle ilgili bir suç işlememiş olup da, örgüt tarafından herhangi bir suç işlenmeden önce,

b) Hazırlık soruşturmasına başladıktan sonra, ferden örgütle ilgili bir suç işlememiş olanlardan örgüt ve fiilleri ve mensupları hakkında bilgi vererek,

Örgütten çekilenler hakkında kovuşturma yapılmaz.

c) Suçların icrasından sonra soruşturmaya başlanmadan önce yetkili mercilere başvurup bilgi vererek suçluların yakalanması hususunda yardımda bulunanların cezaları sekizde bire kadar, Suçların icrasından sonra hazırlık soruşturması sırasında yetkili mercilere başvurup bilgi vererek suçluların yakalanması hususunda yardımda bulunanların cezaları altıda bire kadar, indirilir.

d) Son tahkikat sırasında başvurup bilgi vererek suçluların yakalanması hususunda yardımda bulunanların cezaları dörtte bire kadar indirilir.

e) Örgütün yöneticileri hariç olmak kaydıyla, hüküm kesinleştikten sonra başvurup bilgi vererek suçluların yakalanması hususunda yardımda bulunanların cezaları yarıya kadar indirilir.

sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmemektedir. Konu çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

3.3.5. Tanığın Yakınları

Ceza Muhakemesinde tanıklığı söz konusu olan kişinin yakınları da tehlikeye maruz kalabilir. Suç örgütleri tanığın eşi ve çocukları üzerinde baskı ve yıldırma hareketleri ile tanığın tanıklık yapmasını engellemeye veya onu yanlış beyanda bulunmaya sevk etmeye çalışabilirler. Bu nedenle TKK madde 4/1-b)’ de , ceza muhakemesinde tanıklığı söz konusu olanların, “nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya alt soyu, ikinci derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler” hakkında da koruma tedbiri uygulanabilmesi açıkça düzenlenmiştir.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesinin 24/1. maddesinde, her Taraf Devletin, ceza davalarında bu Sözleşmede belirtilen suçlara ilişkin ifade veren tanıklara, gerektiğinde akrabalarına ve onların yakınları olan diğer kişilere yönelik olabilecek öç alma veya sindirmelere karşı etkin koruma sağlayacak gerekli önlemlerin alınması gerektiğinden bahsetmiştik. Bununla beraber, AKBK’ nın Rec (2005) 9 sayılı Tavsiye Kararının “Tanımlar” başlıklı birinci bölümünde “tanık ya da adaletle işbirliği yapan kişilerin yakınları” ifadesine yer verilmiş ve bu ifadenin bunların; eş, çocuklar, torunlar, anne-baba ve kardeşleri gibi akrabaları ile tanık ve adaletle işbirliği yapan kişilere yakın olan diğer kişileri kapsadığı belirtilmiştir. Tavsiye Kararının gerekçesinde “tanık ile adaletle işbirliği içinde bulunan kişilere yakın kimseler” ifadesinin, geniş yorumlanması gereği üzerinde durulmuş, sürekli olarak tanık veya adaletle işbirliği içinde bulunan kişi ile aynı konutu paylaşmayan, akrabalık bağı bulunmayan kişilerin durumunun somut olayın verilerine göre değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹³⁰.

Hakkında koruma tedbiri alınabilecek kişileri sadece tanığın eşi ve tanığın Medeni Kanun anlamında yakın hısımlık bağı bulunan kişilerle sınırlamak doğru

¹³⁰ Aksoy, Tanıkların Korunması, s. 301.

olmazdı bu nedenle yerinde olarak Kanun, tanığın “yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler” i de tedbir alınabilecek kişiler kapsamında saymıştır¹³¹.

Ancak kanun koyucu tarafından, TKK’ da tanığın yakın ilişki içerisinde bulunduğu kişiler bakımından bir açıklama ve belirleme yapılmamıştır¹³². Esasen, bu kişiler, maddenin (b) bendinde sayılan kişilerin dışında ve tanığın, tanıklığını etkileyecek derecede yakın ilişki içinde bulunduğu bir kişi olacaktır. Örneğin, resmî olmayan birliktelikler, aynı evi paylaşma durumları, kişinin iş ortağı, yaşlı ve bakıma muhtaç bir kişinin yardımcısı veya uzun yıllar bir kişinin bakım ve gözetimini üstlenen bakıcısı yakın ilişki içerisinde bulunan kişiler terimi içerisinde değerlendirebilecek hallerdir¹³³.

TKK’ nın 4. maddesinin 2. fıkrasında, maddede sayılan kişiler hakkında koruma tedbirlerine hükmedilebilmesi için birinci maddede belirtildiği üzere, bu kişilerin beden bütünlüğü veya mal varlığının ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunması ve korunmalarının zorunlu olması şartı öngörülmektedir. Halbuki tehlike içinde bulunan tanığın eşi, çocukları, anne ve babası hakkında bazı koruma tedbirlerine başvurulması için bunların tehlikeye maruz olması gerekli değildir. Örneğin, tehlike içinde bulunan tanığın kimlik kayıtlarının ve kimlik belgelerinin değiştirilmesi halinde tehlikeye maruz olmasa bile, eşi ve çocuklarının da kayıt ve belgelerinin de değiştirilmesi gerekecektir. Yine tehlike içindeki anne veya babanın başka bir yere yerleştirilmesi halinde, tehlike içinde olmasa bile diğer aile fertlerinin de birlikte yerleştirilmesi gerekecektir¹³⁴.

3.3.6. Suçla Mücadelede Görevli Kişiler ve Yakınları

3.3.6.1. Görevli Kişiler

TKK’ nın 22. maddesine göre, Kanun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta, soruşturmada veya kovuşturmada görev alan kolluk amir ve memurları ile diğer

¹³¹ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 192.

¹³² Maddede yer alan “yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler” ifadesi üzerinde, Kanunun Adalet Komisyonu ve TBMM Genel Kurul görüşmelerinde de tartışmalar yaşanmıştır. Görüşme tutanakları ve devamı için bkz. Akyazan, s. 237-329.

¹³³ TKK madde 4 gerekçesi.

¹³⁴ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 192.

kamu görevlileri ve bu suçlarda kullanılan gizli soruşturmacılar ve bu Kanun kapsamına giren suçların ortaya çıkartılmasında yardımcı olan muhbirler ile bunların yakınları hakkında TKK’ da öngörülen tanık koruma tedbirlerinden yararlanacaktır¹³⁵.

TKK’ nın amacının belirtildiği 1. maddesi ile 22/1. Maddesi incelendiğinde bir takım çelişkiler içerdiği tartışılmaktadır. Zira, madde 1’ de, Kanunun amacı, ceza muhakemesinde tanıklık görevi sebebiyle, ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunan kişiler ile yakınlarının korunması için alınacak tedbirleri göstermek olarak tanımlanmış ve koşulları da buna göre belirlenmiştir. Madde 22/1’ in amacı ise, ceza muhakemesinde tanıklık görevi nedeniyle tehlikeye maruz kalanların korunması değil, TKK kapsamında yer alan suçların soruşturma veya kovuşturmasında görev aldıkları için tehlikeye maruz kalan ya da kalabilecek olan kişilerin korunmasıdır.

Tanık koruma tedbirinden yararlanması gündeme gelen kimse; normal tanık, mağdur tanık, suç ortağı veya gizli soruşturmacı değil de kolluk görevlisi olup, suçla mücadele kapsamında tanıklık ettiği hususlar hakkında muhakemede dinlenmesi gerekmekte ise, kimliğin gizli tutulması tanık koruma tedbiri bunlar hakkında uygulanacak mıdır, uygulanacak ise nasıl uygulanacaktır¹³⁶? Van Mechelen ve Diğerleri/ Hollanda kararında¹³⁷, polis olan tanıkların ifadelerinin duruşma salonu dışında alınmasını ve bu ifadelerin telefon hattı kullanılarak aynı anda sanığa ve müdafisine aktarılması uygulamasını, adil yargılanma hakkına uygun görmemiştir. AİHM, başvuruçuyu fail olarak teşhis eden polis memurunun hazırlık soruşturmasında verdiği ifadeye dayanarak verilen mahkûmiyet kararının, Sözleşme’nin 6. maddesinin ihlalini oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır. AİHM’ e göre, kovuşturma organlarının tanığın gizliliğini sağlama konusundaki menfaatleri ile savunmanın tanığın kim olduğu konusundaki menfaatleri arasında denge kurulması konusu, eğer bu tanıklar polis memuru ise, daha da özenle yerine getirilmelidir.

¹³⁵ TKK madde 22/1’ e göre; ”Tanık koruma biriminde görev yapan personel, bu Kanun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta, soruşturmada veya kovuşturmada görev alan kolluk amir ve memurları ile diğer kamu görevlileri, bu suçlarda kullanılan gizli soruşturmacı, bu Kanun kapsamına giren suçların ortaya çıkartılmasında yardımcı olan muhbirler ile bunların yakınları hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır”.

¹³⁶ Balo, Anonim Tanık, s. 246.

¹³⁷ Yusuf Yaşar, “Ceza Muhakemesinde Gizli Tanıklık”, **E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, S. 133, 2013, s. 33, www.e-akademi.org. ; Çiçek, s. 127; Balo, (Anonim Tanık), s. 246; Yazıcı, s. 40;

Bizim de katıldığımız görüşe göre, TTK, ceza muhakemesinde tanıklık görevi nedeniyle tehlikeye maruz kalan kişileri göz önünde bulundurarak düzenlemeler getirmiştir. Gizli soruşturmacı veya muhbir gibi kişilerin korunması için daha farklı şartların varlığı gerekmektedir.

3.3.6.2. Görevli Kişilerin Yakınları

TKK‘ nın 22. maddesinde belirtilen görevliler dışında, bunların yakınları hakkında da TTK‘ da öngörülen koruma hükümleri uygulanabilecektir¹³⁸. İfade ettiğimiz gibi, TTK ‘ da yer verilen “yakınlar” ifadesinden anlaşılması gerekenin ne olduğu açık bir şekilde düzenlenmemiştir¹³⁹.

TKK‘ nın 22. maddesinde, maddede belirtilen kişilerin yanında bunların nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, ikinci derece dahil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yine bu maddede belirtilen kişilerin yakın ilişki içerisinde bulunduğu kimselerin de tanık koruma tedbirlerinden yararlanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca TTK ‘ nın 22/2. maddesine göre, TMK‘ nın 20. maddesinde yer alan kişiler bakımından TTK hükümleri değil, TMK hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, TMK‘ nın 20. Maddesi kapsamında bulunan ve terörle mücadelede görev veren veya bu görevi ifa eden adlî, istihbarî, askerî görevliler ve kolluk görevlileri ile suçun aydınlatılmasında yardımcı olanlar hakkında gerekli koruma tedbirleri TMK‘ nın 20. maddesine göre karşılanacaktır.

¹³⁹ Aslında, TTK‘ nın 4/2. maddesinde bir ifade zafiyeti bulunmaktadır. Tanık koruma tedbiri kapsamında 4/1. Maddenin (a) bendinde tanıklar; (b) bendinde ise tanıkların belli dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile kendisiyle evlatlık bağı bulunanlar ve tanığın yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler sayılmıştır. TTK‘ nın 4/2. Maddesinde yer alan aynı maddenin birinci fıkrasına yapılan gönderme gereğince, sanki, tanık koruma tedbirlerinin kapsamına 4/1. Maddenin (b) bendinde yer alan ve tanık ile aralarındaki ilişki nedeniyle koruma altına alınanların “yakınları” da koruma altına alınmıştır ki; bu sonuç, Kanunun amacı bakımından kabul edilebilecek bir sonuç değildir. Bkz. Balo, Anonim Tanık, s. 247.

3.3.7. Tanık Koruma Biriminde Görev Yapan Personel ve Yakınları

TKK kapsamında alınacak tanık koruma tedbirlerini uygulamak üzere, Jandarma Genel Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünce tanık koruma birimleri kurulur. Bu birimlerde yeteri kadar hukukçu, idarî ve teknik uzman personel bulundurulur (TKK madde 11/1).

TKK' nın 2. maddesinde belirtildiği üzere, Tanık Koruma Birimi; idarî yapısı, çalışma esas ve usulleri ile ilgili kolluk teşkilatının bağlı olduğu bakanlıkça belirlenen ve TKK kapsamında koruma tedbiri uygulanmasına karar verilecek kişilerle ilgili olarak, gerekli koruma tedbirlerini uygulayacak olan kolluk birimidir.

TKK' nın 22. maddesine göre; Tanık koruma biriminde görev yapan personel ile bunların yakınlarının da tanık koruma tedbirlerinden yararlanacağı belirtilmiştir. Belirtmekte fayda var ki, Kanunda tanık koruma birimlerinde görev yapacak personelin kimler olacağı hakkında bir açıklık bulunmamaktadır.

3.3.8. Gizli Soruşturmacı

3.3.8.1.Genel Olarak

Suç örgütleri tarafından işlenen suçların ortaya çıkarılabilmesi amacıyla, bir kamu görevlisinin suç örgütü içerisine sokularak içeriden bilgi toplaması son derece etkili bir yöntemdir¹⁴⁰. Ancak şüphesiz bir hukuk devletinde böyle bir yöntemin kullanımının kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.¹⁴¹

Gizli soruşturmacı, faaliyetlerini izlemek üzere bir örgüt içine yerleştirilmekte; örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş veya faaliyeti süresince işlenecek suçlarla ilgili delilleri toplamakla görevli olmaktadır. Tedbir hem adli hem de önleyici nitelik taşımaktadır.

CMK' ya göre, “Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” tedbiri, Kanun'da sayılan suçlar için başvurulabilen özel/gizli bir koruma tedbidir¹⁴². Delile ulaşmak

¹⁴⁰ Akyazan, s. 221.

¹⁴¹ Centel ve Zafer, s.460;

¹⁴² CMK madde 139/7 ye göre; “Bu tedbire, Yasa'daki suç katalogunda yer alan şu suçların soruşturulması sürecinde başvurulabilir”.

amacıyla gizli soruşturmacı görevlendirme, koruma tedbiri niteliğinde olmayıp, öncelikle delile ulaşmak için başvurulacak bir araştırma aracıdır.

CMK madde 139/ 2 ye göre, gizli soruşturmacının kimlik bilgileri değiştirilebilir ve gizli soruşturmacının gerçek kimliği görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur.

Gizli soruşturmacının kimliği değiştirilebileceği gibi, değiştirilen bu kimlikle soruşturmacı tarafından veya soruşturmacı muhatap alınarak hukuki işlemler yapılabilir. Böylece gizli soruşturmacı, değişen kimliği ile mal alıp satabileceği gibi, başka her türlü hukuki muamele icra edebilir ve sözleşmeler akdedebilir¹⁴³. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir (CMK m.139/2). Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir (CMK m.139/3).

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. Gizli soruşturmacı görevlendirme talebinin reddi kararına itiraz edilmesi halinde de bu tedbire karar verilebilmesi için oy birliği aranır. Cumhuriyet savcısı gecikmede tehlike bulunması haline dayanarak bu tedbire karar veremez (CMK m.139).

CMK madde 139/1' e göre, Gizli soruşturmacı olarak sadece kamu görevlileri görevlendirilebilir. Ancak kamu görevlisinin mutlaka bir kolluk görevlisi olması gerekmemektedir¹⁴⁴. CMK madde 139/4' e göre de, soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmayı yapmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.

Daha evvelce CMK' da, gizli soruşturmacının tanık olarak nasıl dinleneceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak; 15.08.2017

-TCK ' da yer alan, 1) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK madde 188), 2) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar dışında TCK madde 220), 3) Silahlı örgüt kurma (TCK madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (TCK madde 315) suçları,

-Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun madde 12' de tanımlanan silah kaçakçılığı suçları,

-Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu madde 68 ve 74' te tanımlanan suçlar.

¹⁴³ Şen, X Muhbir, s. 170.

¹⁴⁴ Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin Yayıncılık, 6. Bası, (Ceza Muhakemesi), s.365.

tarihinde kararlaştırılan 694 Karar Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname' nin 142. maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 139 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümle ile gizli soruşturmacının duruşmada ne şekilde dinleneceği düzenlenmiş oldu. Düzenlemeye göre gizli soruşturmacının kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması durumunda, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenebilecektir. Bu halde 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9. maddesindeki haklarında koruma tedbiri alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usulleri düzenleyen hükümünün kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Hali hazırda bahsettiğimiz yasal düzenlemeden önce, gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenilmesinin ne şekilde olacağı hususu Tanık Koruma Kanunu' nda düzenlenmişti.

TKK'da da koruma tedbirlerinden yararlanacak kişiler arasında sayılan gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesinde, kimliğinin öğrenilmesi kendisi veya yakınları için ağır bir tehlike oluşturacaksa, gizli soruşturmacının gerçek kimliğinin gizli tutulacağı belirtilmiştir.

3.3.8.2. TKK Kapsamında Gizli Soruşturmacı

Gizli soruşturmacının tanık olarak duruşmada nasıl dinleneceği ve beyanının sanığın mahkûmiyetinde ne oranda dikkate alınabileceği hususu çetişli yönleriyle tartışma konusu oluşturmaktadır. Gizli soruşturmacının kimliğinin açığa çıkması, hem bu kişilerin bir daha benzer görevde kullanılamamasına hem de tehlikeye girmelerine sebep olacaktır. Bu nedenle ifade ettiğimiz gibi, CMK' da gizli soruşturmacının güvenliğini sağlamak amacıyla görevi sona erdikten sonra da kimliğinin gizli tutulmaya devam edilmesi düzenlemesi yer almıştır.

Gizli soruşturmacının, kimliği açık şekilde dinlenmesi, kendisi veya yakınları için ağır bir tehlike oluşturacak ise TKK hükümlerine göre gizli dinlenmesi mümkün olacaktır. Ancak, böyle bir tehlike bulunmayıp da gizli soruşturmacının bilgi kaynağı olarak kullanılmaya devam edilebilmesi için kimliği gizli tutularak dinlenip dinlenemeyeceği tartışmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu ise bu husustaki

düzenlemede, hâkime takdir hakkı tanımaksızın gizli soruşturmacının kimlik bilgilerinin gizli tutulmasını zorunlu kılmıştır. Gizli soruşturmacıların Tanık Koruma Kanunu'ndaki tedbirler ile korunması, Kanunun 22'nci maddesinde düzenlenmiş olup, gizli soruşturmacının tanıklara uygulanan usule göre değil de kolluk amir ve memurlarına uygulanacak usule göre korunacağı sonucu çıkmaktadır¹⁴⁵.

Yukarıda açıklandığı üzere 4422 sayılı Kanunun (Mülga) 7. maddesinde ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun (Mülga) ile 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, suçların soruşturulmasında muhbir kullanılmasını kabul etmektedir. 5271 sayılı Yeni CMK yürürlüğe girmeden önce Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.10.2004 tarihli kararında¹⁴⁶, soruşturma evresinde kullanılan muhbirin duruşma sırasında dinlenmesi konusunda görüşünü açıklamıştır. Yargıtay ilgili kararında, *“Mevcut kanıtlar arasında çelişkiler bulunduğu dikkate alındığında, ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğin ortaya konulabilmesi, sanık...’nin savunmasının denetlenebilmesi ve olaydaki konumu ile kastının hükme varmaya yeterli olacak ölçü ve kesinlikte ortaya konulabilmesi bakımından soruşturmanın genişletilip, x muhbir ve alıcı kılığındaki görevlinin pastanedeki buluşmalarında sanık...’nin hazır bulunup bulunmadığı, tutanaklarda bu sanığın adının geçmemesinin hangi nedenden kaynaklandığı, bu sanığın uyuşturucu satışı ve şüphelendiği kişilerle ilgili olarak x muhbir aracılığı ile kolluk görevlilerine bilgi verilip verilmediği hususlarında, takip tutanağını düzenleyen kolluk görevlilerinin bilgi ve görgülerine başvurulması, keza muvafakat gösterdiği takdirde x muhbirin de dinlenilerek, kendisinin ve kolluk görevlilerinin faaliyetinden sanık...’nin haberinin bulunup bulunmadığı, sanığın olaydaki konumunun ne olduğu, bilgi vermek ve satıcılarla tanıştırmak suretiyle kendisi veya kolluk görevlilerine yardımcı olup olmadığı konusunda bilgisine başvurulması gerekir”*.

Yargıtay, ceza soruşturmalarında x muhbir kullanılmasını, bu kişilerin kimliklerinin gizlenmesini, bu kişilerden elde edilen bilgi ve belgelerin kovuşturma aşamasında delil olarak kullanılmasını ve hatta kendisi muvafakat gösterdiği takdirde x muhbirin tanık olarak dinlenip, elde dilecek ifadeye itibar edilmesini hukuka uygun bulmuştur.

¹⁴⁵ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 104.

¹⁴⁶ 12.10.2004 gün ve 2004/10-145 E. ve 2004/196 K. Sayılı karar için bkz. Şen, X Muhbir, s. 174.

Yargıtay, kararını 4422 sayılı Kanun'un (Mülga) 7.maddesi 3. fıkrasındaki muhbirin kimlik bilgilerinin açıklanmasını yasaklayan düzenlemeye dayansa gerektir. Hâlbuki aynı hükmün 2. fıkrasında, tanığın dinlenmesi gerekli olduğunda kimliğinin açıklanabilmesine izin verildiği görülmektedir. Diğer taraftan 4422 sayılı Kanun' un (Mülga) 7. maddesi kapsamında muhbirin, kimliği gizli tutularak da duruşmada dinlenmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁷.

Kimliği gizli tutulan muhbirle ilgili Yargıtay 10. Ceza Dairesi ise, suç tarihi 05.11.2003 olan ve bu nedenle yürürlükte bulunmayan CMUK döneminde işlendiği iddia olunan bir suça ilişkin yürütülen soruşturma ve mahkûmiyet kararı üzerinde yaptığı temyiz incelemesi ile verdiği 27.03.2008 günlü, 2007/25667 E. ve 2008/4879 K. Sayılı bozma kararında¹⁴⁸, *“Kovuşturma aşamasında yöntemine uygun biçimde dinlenmediği halde, kolluk tarafından soruşturma aşamasında “gizli tanık” olarak dinlenen muhbirlerin beyanlarının hükme esas alınmayacağı dikkate alınarak, mevcut diğer delillere göre sanık...’ nın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirir.”* demiştir.

Turhan'a göre, soruşturma evresinde kimliği gizli tutularak kolluk tarafından dinlenmesine rağmen duruşmada dinlenmeyen kişilerin beyanlarına dayanılarak mahkumiyet kararı verilemeyeceğine ilişkin olan Yargıtay'ın bu kararı, sanığın savunma hakkı açısından çok önemli bir içtihat olduğu ifade edilmiştir. Ancak, eleştiri noktasında ise, Yargıtay'ın söz konusu kararlarında kimliği gizli tutulması gereken muhbir veya gizli soruşturmacı gibi kişilerin duruşmada nasıl dinleneceği konusunda herhangi bir açıklık getirmemiş olmasıdır.

¹⁴⁷ Yargıtay' ın görüşüne katılmama hususunda; Kararda, x muhbirin dinlenmesi suretiyle sanığın hukuki durumunun açıklığa kavuşturulmasından bahsedilmiştir. Ancak kararda, x muhbirin dinlenebilmesi için muvafakatının alınması gerektiğine yer verilmiştir. Bu ifadeden, eğer x muhbirin muvafakati alınamazsa, mahkeme tarafından dinlenmesinin de mümkün olamayacağı sonucu çıkmaktadır. Kanaatimizce Yüksek Mahkeme'nin bu gerekçesi, 4422 sayılı Kanun'un 7. Maddesinin ikinci fıkrasına uygun düşmemektedir. Gerçeğin ortaya çıkarılmasının gerekli olduğu durumda, 4422 sayılı Kanun çerçevesinde x muhbirin dinlenmesi lüzumludur. Eğer x muhbir dinlenemezse, elbette bu durum sanık lehine değerlendirilmelidir. Çünkü ispat yükü, suçlanan sanığa değil, iddia makamına aittir. bkz. Şen, X Muhbir; Turhan, Tanıkların Korunması, s. 102.

¹⁴⁸ Bozma kararı metni ve eleştirisi için bkz. Şen, X Muhbir, s. 176 ve devamı.

3.4. CEZA MUHAKEMESİNE İLİŞKİN TANIK KORUMA TEDBİRLERİ

3.4.1. Genel Nitelikteki Tedbirler

Tehlike içinde bulunan tanıkların soruşturma ve kovuşturma evresinde korunmasını sağlayacak bir takım tedbirlere başvurulması durumu söz konusu olabilir. Ceza muhakemesi kurallarının birçoğu aslında, tanıkların baskıya maruz kalmadan, sağlıklı bir biçimde tanıklık yapmalarını sağlayacak düzenlemeler içermektedir. Aşağıda ilk olarak inceleyeceğimiz tedbirler doğrudan tanığı koruma amaçlı olarak düzenlenmeyen, ancak tanıkların korunmasına yönelik sonuçları olan ceza muhakemesi düzenlemeleridir.

3.4.1.1. Tanık Dinlenirken Sanığın Dışarı Çıkarılması

CMK' ya göre, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamaz (CMK madde 193/1). Mahkemeye gelen sanık duruşmanın devamı süresince hazır bulunmak zorundadır (CMK madde 194/1). Sanığın duruşmada bulunma hakkı AİHS' de açıkça düzenlenmemekle birlikte, Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının c, d ve e bentlerinde yer alan savunma haklarının bir sonucu olarak güvence altına alınmıştır.

Soruşturma aşamasında toplanan delillerin sanığın hazır bulunduğu bir duruşmada sunulmadan ve tartışılmadan hükme esas alınması Sözleşme'ye aykırıdır. Çünkü, sanığın duruşmaya katılmasında bir menfaat bulunmaktadır. Duruşmaya katılan sanık, gerektiğinde delil ileri sürerek, avukatına tavsiyede bulunarak veya davasını kendisi savunarak, hakkındaki kararı etkileme imkânına sahip olabilecektir¹⁴⁹.

Tanığın dinlenmesi sırasında sanığın duruşma salonundan çıkarılması, duruşmada hazır bulunma hakkına önemli bir sınırlama teşkil eder. Ancak, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı mutlak bir hak değildir. Sanığın duruşma düzenini

¹⁴⁹ Sibel İnceoğlu, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Ankara, 2007 (Yargı Etiği), s. 70.

bozması veya kimliği gizli tutulan tanığın dinlenmesi ya da tanığın korkutulma endişesi gibi durumlarda sanığın bu hakkının sınırlandırılması mümkündür¹⁵⁰.

Türk hukukunda, tanığı korumak amacıyla tanık dinlenirken sanığın duruşma salonundan dışarı çıkartılması şeklinde bir usul bulunmamaktadır. Öte yandan, CMK madde 203/2; “Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla salondan çıkarılmasını emreder” diyerek duruşmada hazır bulunma hakkının mutlak bir hak olmadığını izah etmiştir.

Buna karşın, tanık dinleme sırasında duruşma salonundan çıkarılan sanığın hazır bulunan bir müdafii yoksa, bu durumu AİHS’ nin 6. maddesi ile bağdaştırmak zordur¹⁵¹.

CMK ‘nin 200. maddesinde, sanığın yüzüne karşı tanığın gerçeği söyleyemeyeceğinden endişe edilmesi durumunda, sanığın duruşma salonundan çıkartılması suretiyle dinlenebileceği düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin temelinde tanığın sanık tarafından tanınmasını engelleme yöntemi olarak değil de tanığın, sanıktan etkilenmeden ifade vermesine yönelik bir düzenleme olarak görmekteyiz.

3.4.1.2. Tanığın Duruşmada Dinlenilmesinden Vazgeçilmesi

Tanığın görülmekte olan dava bakımından tanığın beyanının olmadan hüküm verilmesinin mümkün olmaması halinde, tanık zorunlu olarak duruşmaya çağrılarak dinlenecektir. Ancak, birden fazla tanığın bulunması, yargılamanın eldeki maddi delil, bulgu ve tanık beyanlarıyla sanık hakkında bir hükme varılabilmesi durumunda, dinlenen tanıklar dışındaki tanıkların dinlenmesinden vazgeçilebilir.

Özellikle tanığın, sanık tarafından tanındığı, bu yüzden tanığın kimlik bilgilerini gizli tutma ve gizli dinleme tedbirlerinin işe yaramayacağı durumlarda, maddi koruma tedbirlerini uygulamak yerine tanığın dinlenmesinden vazgeçilmesi mümkündür¹⁵².

CMK madde 206/3’ te, Cumhuriyet savcısı ile sanık veya müdafii birlikte rıza gösterirlerse, tanığın dinlenmesinden veya başka herhangi bir delilin ortaya

¹⁵⁰ İncoğlu, Yargı Etiği, s. 71.

¹⁵¹ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 88.

¹⁵² Akyazan, s. 248.

konulmasından vazgeçilebileceği düzenlenmiştir. Ancak belirtelim ki, bu düzenleme de temelinde tanığı koruma amacı taşımamaktadır.

3.4.1.3. Duruşmanın Kapalı Yapılması

Duruşmaların kamuya açık olarak yapılması temel bir ilke olmakla birlikte birçok uluslar arası sözleşmede ve ulusal mevzuatta hak olarak düzenlenmiştir¹⁵³. CMK madde 182/1' e göre, Ceza muhakemesinde kural olarak duruşma herkese açıktır.

Açıklık ilkesi, muhakemenin halkın girebileceği yerlerde yapılmasını ve muhakeme tutanaklarının halka açıklanabilmesini ve hükmün de açık duruşmada verilmesini ifade etmektedir. Aleniyet, isteyen duruşmada hazır bulunması ve yapılanları görmesi kadar, söylenenleri de işitmesidir¹⁵⁴. Aleniyet ilkesinin uygulaması, adli mekanizmanın işleyişinde kamu denetimini sağlamak ve keyfiliğe açık gizli muhakemeyi önlemektedir¹⁵⁵.

Ceza muhakemesinin duruşmanın aleniliği ilkesinin istisnaları da bulunmaktadır. Türk hukuku bakımından da, genel ahlak, kamu güvenliği, milli güvenlik, özel hayatın gizliliği, yaş küçüklüğü gibi sebeplerle halka açıklığın sınırlandırılması mümkündür(CMK madde 182/2, 3; 184-187; 47/2; 209/2). Duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına karar verilebilir. Duruşmanın açıklığının kaldırılması, sanık ve müdafii bakımından söz konusu olamayacağına göre, sadece dinleyiciler açısından geçerli olmaktadır.

Kamu güvenliğinin gerekli kıldığı durumlarda duruşmanın gizli yapılabileceği hususu, tehlike altında bulunan tanıkların korunması bakımından da geçerlidir. Ancak tanığın tehlike içinde olması, duruşmanın aleniliğinin kaldırılmasını gerektiren bir neden olarak öngörülmemiştir.

¹⁵³ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi madde 10, AİHS madde 6/1, BM medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi madde 14/1, Anayasa madde 141/1.

¹⁵⁴ Handan Yokuş Sevük, **Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, (Aleniyet İlkesi), s.751.

¹⁵⁵ Sevük, Aleniyet İlkesi, s. 748.

3.4.1.4. Tanığın Birden Fazla Dinlenmemesi

Mevcut hukuki durum karşısında, ifadesine başvurulacak kişilerin gerek soruşturma aşamasında kolluk, savcılık ve sulh hâkimliği ve gerekse de kovuşturma aşamasında hakim, veya mahkeme tarafından birçok kez dinlenmeleri mümkündür. Cumhuriyet savcısı, soruşturma dosyasının tamamlanması için, soruşturmaya konu olaya ilişkin bilgisi, görgüsü olan tanığı dinlemek zorundadır. Zira, cumhuriyet savcısı tarafından dinlenmeden kamu davasının açılması durumunda, CMK madde 174/1- (b) gereğince iddianamenin mahkeme tarafından iade edilmesi gerekecektir.

Cumhuriyet savcılığı tarafından soruşturma aşamasında dinlenen tanık, istisnai durumlar haricinde kovuşturma aşamasında duruşmada hazır bulunma hakkı olanlar huzurunda mutlaka dinlenmesi gerekmektedir. Bu sebeple, tanıkların tüm yargılama boyunca bir kez dinlenmeleri neredeyse imkânsız bir uygulama durumundadır¹⁵⁶.

3.4.1.5. Müdafinin Dosyayı İnceleme Yetkisinin Kısıtlanması

Şüpheli müdafinin soruşturma aşamasında soruşturma dosyasını inceleme ve dosya içerisinde yer alan belgelerin bir suretini alma hakkı bulunmaktadır. Soruşturma dosyasını inceleme yetkisi kapsamında müdafinin dosyada yer alan tanık açıklamaları ile tanığın kimliğine ilişkin bilgileri öğrenmesi ve bu bilgileri şüpheliye vermesi tanığı tehlikeye atabilir. Çünkü müdafî CMK madde 153/1' e göre soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve dosya içerisindeki belgelerden örnek alabilir.

Müdafinin soruşturma evresinde, soruşturma dosyasını inceleyerek dosya içerisindeki tanıkların kimlikleri ve tanıkların vermiş olduğu bilgiler hakkında şüpheliye bilgi vermesini önlemek ve şüpheli ve yakınlarından gelebilecek tehlikelerden tanığı korumak amaçlı dosyayı inceleme yetkisine kısıtlama getirilebilir¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Akyazan, s. 251.

¹⁵⁷ CMK madde 153

(1) Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararı ile müdafinin soruşturma dosyasını inceleme yetkisi sınırlandırılabilir (CMK 153/2). Bu açıdan bir tanık veya yakınının güvenliği tehlikede ise, savcının talebi üzerine sulh ceza hakimi tarafından, müdafinin soruşturma dosyasını incelemesi ve dosyadan suret alması kısıtlanabilecektir¹⁵⁸. Ancak CMK madde 153/4' e göre, bu kısıtlama iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesine kadar, yani soruşturma evresinin sonuna kadar mümkündür. İddianamenin mahkeme tarafından kabulünden sonra ise müdafinin dosya içeriği ile delilleri inceleme ve dosyadan belge alma yetkisine herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.

Ortak görüşe göre, müdafinin soruşturma dosyasını inceleme yetkisinin kısıtlanması, iddianame ile birlikte ortadan kalktığı için, tehlike içindeki tanığın korunması açısından yeterli bir koruma niteliği taşımamaktadır.

Ayrıca, tanığın kimliğinin anlaşılmasına neden olabilecek bazı belge ve raporların müdafii tarafından incelenmesinin yasaklamasına izin verilmemiştir¹⁵⁹. Öte yandan, TMK' da, CMK madde 153/3' teki istisnaya¹⁶⁰ yer verilmeyerek müdafinin soruşturma dosyasını inceleme yetkisine daha ağır bir sınırlama getirmiştir. TMK madde 10/1-(d) ye göre, müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet

(2) Müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir. Bu karar ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda verilebilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
2. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
3. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),
6. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),
7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),
8. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160'ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçu.

d) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan suçlar.

¹⁵⁸ Feyzioğlu, s. 267.

¹⁵⁹ Feyzioğlu, s. 267

¹⁶⁰ CMK madde 153/3; "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".

savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Bu hükme göre soruşturma dosyasının tamamı müdafii inceleme yasaklanabilmektedir. Müdafii inceleme ve belge alma yetkisine getirilen bu sınırlama, savunma hakkına zarar verse de TMK kapsamına giren suçlarda soruşturma evresinde tanıkların kimliklerinin gizli kalmasını ve korunmasını sağlayacaktır¹⁶¹.

3.4.1.6. Duruşma veya Davanın Güvenli Bir Yere Nakledilmesi

Muhakeme işlemlerinden olan tanıkların dinlenmesi, kural olarak duruşma salonunda yapılır. Ancak, mahkeme binaları herkes tarafından bilindiği için, bu binaların içerisinde veyahut yakınlarında tanıkların doğrudan tehlikeye maruz kalmaları mümkündür. Özellikle, çıkar amaçlı suç örgütleri ve terör suçlarının duruşmalarının yapılacağı mahkeme binalarına karşı bir takım saldırılar söz konusu olabilmektedir. Tanığa karşı oluşabilecek tehlike tanığın mahkeme binasına gelirken, bina içerisinde, bina çevresinde, yakınında ya da bina çıkışında eve dönüş yolunda karşılaştığı saldırı ihtimalleridir.

İşte, tanık dinlemenin mahkeme binasında yapılmasından kaynaklı oluşabilecek tehlike ve saldırılardan tanığı koruyabilmek için duruşmanın tamamı veya tanığın dinlenmesine ilişkin kısmının mahkeme binası dışındaki güvenli bir yerde yapılması mümkündür¹⁶². CMK madde 252/1-c) hükmüne göre, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda mahkemenin, güvenlik nedeniyle duruşmanın başka bir yerde yapılmasına karar verme yetkisine sahip olduğu düzenlenmiştir.

Duruşmanın naklinde yetkili mahkeme, duruşmanın tamamını veya bir kısmını mahkeme binası dışında başka bir yerde gerçekleştirirken, davanın naklinde ise, davanın yetkili mahkemeden alınarak, başka bir yerdeki aynı dereceli bir mahkemeye devredilmesi söz konusudur. CMK madde 19' a göre dava, kamu güvenliği nedeniyle başka bir yerdeki mahkemeye nakledilebilir. 19/2' de ise, davanın nakline Yargıtay'ın karar verebileceği ifade edilmiştir.

¹⁶¹ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 73.

¹⁶² Turhan'a göre; Tanığın korunması açısından duruşmanın güvenli bir yere nakli, bu tedbire ek olarak duruşmanın da kapalı olarak yapılmasına karar verilmesi halinde ancak etkili bir koruma sağlayacaktır. Bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 94.

Davanın yetkili mahkemenin bulunduğu yerde görülmesinin, tanıkların hayatı için ciddi bir tehlike meydana getirebilecek olmasını, kamu güvenliğinin tehlikeye düşmesi olarak değerlendirmek mümkündür¹⁶³.

3.4.1.7. Tutuklama

Tutuklama tedbirini düzenleyen CMK' nın 100. maddesi, tutuklama sebeplerini açıkça düzenlemiştir. Bu sebepler arasında; şüpheli veya sanığın, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunması bulunmaktadır. Düzenlemeye göre, sanık hakkında kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular varsa ve sanık, tanık veya mağdur üzerinde baskı kurmaya çalışıyorsa sanığın tutuklanmasına karar verilebilir (CMK m. 100/2-b).

Şüphesiz ki tanığa karşı gerçekleştirilecek tehlikeler, sanığın tutuklanması durumunda yakınları tarafından da gerçekleştirilebilir. Ancak, en azından bizzat sanık tarafından bu eylemlerin gerçekleştirilmesi önlenmiş olacaktır.

3.4.2. Gizli Tanıklık Tedbirleri

3.4.2.1. Genel Olarak

Tehlike içindeki tanığın korunması amacıyla, onun tanınmasını önleyecek şekilde dinlenmesini sağlayan birden çok tedbir söz konusu olabilir. Bu tedbirleri tanığın tanınmasını ya da kimliğinin ortaya çıkmasını önleyici tedbirler olarak nitelendirmek mümkündür. Yukarıda bahsettiğimiz, tanığın korunmasına da hizmet eden klasik ceza muhakemesi tedbirlerinden farklı olarak burada açıklayacağımız tedbirler, doğrudan doğruya tanık korumaya yönelik tedbirlerdir.

Usulî koruma tedbirleri esasında CMK ' da düzenlenmiş olmasına rağmen, aynı tedbirlere ilişkin yeni bazı düzenlemelere TTK' da yer verilmiştir.

Hukukumuzdaki usulî koruma tedbirlerini iki grupta toplamak mümkündür. Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması (kısmi anonim tanık ya da gizli tanık) ve tanığın ses ve görüntüsü değiştirilerek ya da fiziksel görünümü

¹⁶³ Turhan, Muhakeme, s.76.

engellenerek dinlenmesi. Tehlikeye maruz kalan tanıkları korumaya yönelik bir başka tedbir ise tanıkların, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanık dinlemedir.

Turgut' a göre; kanun koyucu, usuli koruma tedbiri olarak aslında üç koruma tedbiri düzenlemeyi öngörmüş, ancak bunun düzenlemesini iyi yapamamış ve kanun metninin karmaşık bir hal aldığını ifade etmiştir.

Bahsettiğimiz bu tedbirlerden, tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması ve duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinleme hem CMK' da hem de TTK' da düzenlenmiş olmakla birlikte, tanığın ses ve görüntüsünün değiştirilerek dinlenmesi ve dinleme sırasında fiziki görünümünün engellenmesi ise sadece TTK' da yer almıştır.

3.4.2.2. Tanığın Kimlik ve Adres Bilgilerinin Gizli Tutulması

3.4.2.2.1. Tedbirin Genel Özellikleri

Tanığın kişisel bilgilerinin yani kimlik ve adres bilgilerinin gizliliği, Cumhuriyet savcısı ve mahkeme dışında, bulunanlara karşı tanığın kişisel bilgilerinin gizliliğinin sağlanmasıdır. İfadeyi daha da açarsak; tanığın gerçek ismi yerine bir kod adı kullanılarak tanıklık yapmasının sağlanmasıdır. Benzer bir tanımlama da AKBK 'nın Rec (2005)9 sayılı Tavsiye Kararında bulunmaktadır. AKBK' nın Rec (2005)9 sayılı Tavsiye Kararı uyarınca, tanığın kimliğine ilişkin bilgilerin, genel olarak kamuya ve özelde de sanığa bildirilmemesidir¹⁶⁴. Bu karara göre, üye ülkeler, savunmanın hakları ile tanığın kimliğinin gizli kalması yönündeki menfaatleri arasında adil bir dengeyi sağlayacak usul temin etmelidir. Rec (97) 13 ve Rec (2005) 9 sayılı Tavsiye Kararlarına göre, tanığın kimliğinin gizli tutulması koruma tedbirinin uygulanabilmesi için; korumadan yararlanacak kişinin hayatına ya da özgürlüğüne yönelik ağır bir tehdit bulunması, sunulacak delilin önemli ve kişinin güvenilir olması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir.

CMK madde 58/1' e göre, dinleme sırasında tanığa ilk önce adı, soyadı, yaşı ve yerleşim yeri, işyeri veya geçici olarak oturduğu yerin adresi, telefon numarası

¹⁶⁴ Rec (97)13 sayılı Tavsiye Kararında ise, kimliğin yalnızca sanığa bildirilmemesi, kimliğin gizli tutulması olarak kabul edilmiştir. Bkz. Aksoy, s. 304.

sorulacaktır. Böylece tanığa gerektiğinde derhal ulaşılabilmesi sağlanmakla birlikte kimliği hakkında da bilgi edinilmiş olmaktadır¹⁶⁵. Tanık, yabancı ise tabiiyeti ve hangi dili konuştuğu belirlenmeli ve tercüman aracılığı ile kimliği tespit edilip dinlenmelidir. Ayrıca gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenilebileceği hakkında hakimi aydınlatacak durumlara, özellikle şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular da yöneltilir (CMK m. 58/1-f). Bu sorular, formalite gereği olmayıp, tanığın vereceği cevaplar çekinme hakkı bulunup bulunmadığı, sanık veya mağdurla olan münasebetleri gibi hususlarda hakimin aydınlanmasını sağlayacaktır¹⁶⁶. Ancak, bu haliyle hüküm, kimliği ve oturduğu yer açığa çıkan tanığı tehlikeye düşürebilmektedir. Bu sebeple; tehlikeye maruz kalan tanıklar için tanığa ait bu bilgilerin gizli tutulması kabul edilmiştir.

Kanun, tanığın adresinin gizli tutulması konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Ancak, “kimliğin ortaya çıkması” ifadesinin kapsamına adresin öğrenilmesi de dahildir. Çünkü, tanığın adresini öğrenen örgüt üyeleri, bu yolla tanığın diğer kişisel bilgilerine de ulaşabileceklerdir. Bu sebeple, tanığın adresinin öğrenilmesi tanık için bir tehlike oluşturacaksa, tanığın adresinin de gizli tutulabilmesi gerekmektedir¹⁶⁷.

Genel olarak hukuk anonime/gizliliğe değer vermez ve hukuki bir sonuç bağlamaz¹⁶⁸. Ancak geline aşamada, tanığın kimliğinin gizli tutulması tedbiri, tanık koruma programlarının temelini oluşturmaktadır.

3.4.2.2.2. Tedbirin Uygulanma Koşulları

Tehlikeye maruz tanığın korunması için kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması tedbiri hem TTK’ da hem de CMK’ da düzenlenmiştir. Ancak tedbirin kapsam ve koşulları açısından iki kanun düzenlemesi arasında farklılıklar bulunmaktadır.

CMK madde 58/2’ ye göre tanık olarak dinlenecek kişinin ortaya çıkması kendisi veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa, tanığın kimliğinin

¹⁶⁵ Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat**, 1. Cilt, Ankara, Kasım 2008, s. 297.

¹⁶⁶ Parlar ve Hatipoğlu, s. 297.

¹⁶⁷ Akyazan, s. 22.

¹⁶⁸ Balo, Anonim Tanık, s. 191.

gizli tutulması için gerekli tedbirler alınacaktır. Düzenlemeye göre, tanığın kimlik bilgilerinin gizli tutulabilmesi için oluşan ya da oluşabilecek tehlikenin ağır nitelikte olması gerekmektedir. TKK’ ya göre ise, tanık koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için; tanıkların veya TKK’ da belirtilen yakınlarının “hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunmalı” ve bu kişilerin korunmaları zorunlu olmalıdır (TKK madde 1/1; 4/2)¹⁶⁹. Kanunda “ağır ve ciddi tehlike” kavramı tanımlanmamıştır. Bu durumda Tanık Koruma Kurulunun, Mahkemelerin, Savcının takdir hakkının bulunduğu da söylenebilir. Buradaki objektif ölçüt, suçun mahiyetidir¹⁷⁰.

CMK’ nın 58/2 maddesinde; tanığın kimliğinin gizli tutulması tedbirinden bahsetmiştir. TKK’ da ise, tanık koruma tedbirleri kapsamında tanığın kimliğine ilişkin bilgilerin ve adres bilgilerinin gizli tutulması kabul edilmiştir. TKK madde 5’ te tanık koruma tedbirleri arasında kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve tanığa yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi tedbiri de sayılmıştır (TKK madde 5/1-a).

CMK’ da tanığın kimliğinin gizli tutulması tedbiri, CMK madde 58/5 uyarınca sadece bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda kabul edilmiştir. TTK’ da ise, koruma tedbirlerinin uygulanabileceği suçlar konusunda kapsam daha da genişletilmiştir.

TKK’ nın, 3. maddesi, tanık koruma tedbirine başvurulması gereken suçlara ilişkin olarak;

a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis veya alt sınırı on yıl veya daha fazla hapsi gerektiren suçlar,

b) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar olarak belirtilmiştir.

¹⁶⁹ Turhan’ a göre, ağır bir tehlike aynı zamanda ciddi bir tehlikedir. Ağır olup da ciddi olmayan bir tehlikeyi göstermek pek mümkün değildir. Ancak TKK’ nın tehlikenin ağırlığı yanında bir de tehlikenin ciddiliğine ve koruma tedbiri alınmasının zorunluluğuna vurgu yapması, bu tedbire ancak istisnai hallerde başvurulması gerektiği şeklinde sınırlayıcı bir anlam ortaya çıkarmaktadır. Böyle bir sonuç yerinde değildir. Bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 90.

¹⁷⁰ Altıparmak, s. 176.

Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, terör suçlarına ilişkin olarak herhangi bir cezai sınırlama getirilmemiştir.

3.4.2.2.3. Tedbirin Uygulanma Usulü

Kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması tedbirinin uygulanması hususunda takdir yetkisi soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısında, kovuşturma aşamasında ise hakimdedir. Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından tanığa yönelik ağır ve ciddi bir tehlikenin bulunup bulunmadığı yönünde karar verirse tanık, normal usule göre kimliği duruşmada açıklanarak tanıklık yapacaktır.

Tehlike içindeki tanıkların kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulmasına ilişkin kararların ve yerine getirilmesine ilişkin bir takım ilkelere TKK' da yer verilmekle birlikte, ayrıntılı düzenleme Yönetmelikte yer almıştır (TKK Yönetmeliği madde 11)¹⁷¹. Kolluk birimleri, tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması

¹⁷¹ TKK Yönetmeliği m.11;

1) Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından korunmasında zorunluluk bulunduğu re' sen veya istem üzerine belirlenen tanıkların kimlik ve adres bilgileri gizli tutulur.

2) Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulmasında zorunluluk bulunduğu kolluk birimleri tarafından belirlenmesi halinde, durum vakit geçirmeksizin ilgili Cumhuriyet savcısına bildirilir ve bu konuda bir karar verilinceye kadar tanığın kimlik ve adres bilgilerinin açığa çıkmasını engelleyecek her türlü tedbir alınır.

3) Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemeye yapılacak olan kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulmasına ilişkin talepler, tanık koruma defterine kaydedilir ve uygun görülmesi halinde tanık için yeni bir kod isim ve adres belirlenmesine karar verilir. Bu karar ile ekli yeni kimlik ve adres bilgilerine ilişkin tutanak, ilgili Cumhuriyet savcısı veya hâkim ile görevli zabıt kâtibince imzalanarak tanık koruma kartonunda gizlilik esasları çerçevesinde muhafaza edilir.

4) Tanığın soruşturma veya kovuşturma evrelerindeki beyanlarının tamamı koruma kararında belirtilen kod isimle tutanaklara kaydedilir ve sonraki tüm işlemlerin de bu isimle yürütülmesi sağlanır.

5) Tanığın çağırılması, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından tanığın gösterdiği veya re'sen belirlenecek bir adrese ilgili koruma veya kolluk birimi marifetiyle yapılır.

6) Talebinin bulunması ve uygun görülmesi halinde tanığa telefon, telgraf, faks veya elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de çağrı yapılabilir.

7) Çağrı için belirlenen adres, telefon veya diğer iletişim bilgilerinin herhangi bir nedenle değişmesi halinde, bu durum kararı veren merci ile kolluk veya koruma birimine derhal bildirilir.

8) Cumhuriyet savcısı veya mahkemeye gönderilen evraktaki tanığın gerçek kimlik ve adres bilgileri, koruma kararındaki bilgilerle değiştirilir ve ihtiyaç halinde kolluktaki beyanlarının bir sureti hiçbir adres bilgisi içermeyecek şekilde sadece kod isimle soruşturma veya kovuşturma dosyasına konulur.

9) Cumhuriyet savcısı veya mahkemeye düzenlenen tutanaklar ile verilen kararların içeriğinde kimlik ve adres bilgisi gizlenen tanığın beyanlarına yer verilmesi gereken durumlarda, ilgili tutanak veya kararda tanığın kod ismi dışında hiçbir kimlik ya da adres bilgisine yer verilmez.

10) Kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulmasına karar verilen tanığın, bu karar öncesinde aynı olay sebebiyle kollukta alınmış ifadeleri olduğunun anlaşılması halinde, evrak aslı ve varsa suretleri, mevcut kayıtlara şerh verildikten sonra kollukta hiçbir evrak kalmayacak şekilde ilgili

gerektiğini düşündüklerinde ilgili Cumhuriyet savcısına derhal konu hakkında bilgi verecek; Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilinceye kadar tanığın kimlik bilgilerinin açığa çıkmaması için gerekli tedbirleri alacaklardır (TKK Yönetmeliği m. 11/2).

Cumhuriyet Başsavcılığı veya mahkemeye yapılacak kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulmasına ilişkin talepler, tanık koruma defterine kaydedilecek ve bu talebin kabul edilmesi halinde, tanık için bir kod isim ve adres belirlenecektir¹⁷². Bu karar ve yeni kimlik ile adres bilgilerine ilişkin tutanak, Cumhuriyet savcısı veya hakim ile bu iş için özel olarak görevlendirilmiş zabıt katibince imzalanarak, tanık koruma kartonunda gizlilik esasları çerçevesinde muhafaza edilecektir (TKK madde 10/3; Yönetmelik madde 11/4).

Tanığın korunması için kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulmasına karar verildiği takdirde, TKK m. 10/2 uyarınca soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki bütün işlemler tanığa verilen kod isimle yürütüleceği için iddianamede de tanığın gerçek ismi yerine kod ismine yer verilecektir¹⁷³.

Kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulmasına karar verilen tanığın soruşturma ve kovuşturma evresinde dinlenmesi ve diğer muhakeme işlemleri tanığın kimliğinin ortaya çıkmasını önleyecek şekilde yapılmalıdır¹⁷⁴. Ceza yargılaması savunma hakkının kutsallığını kabul etmiştir¹⁷⁵. Yargılama sırasında sanık ve müdafii, tüm deliller toplanırken hazır bulunma hakkı vermiş, ayrıca delilleri açıkça tartışma ve tanığa doğrudan soru sorma (CMK m.201). Bu açıdan bakıldığında, tanığın kimlik ve adres bilgileri gizlenmiş olsa bile sanık ve müdafii CMK m.201 hükmü uyarınca duruşmada doğrudan soru sorma hakkını kullanabileceği (TKK m. 9/5) ve bu tedbirlerin savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır (TKK m. 9/10). Ancak, tanığın kimliğini ortaya çıkarabilecek soruların

Cumhuriyet savcısı ya da mahkemeye gizlilik esasları çerçevesinde teslim edilir ve evrak ilgili kartonunda saklanır

¹⁷² Soruşturma evresinde her ne kadar gizlilik esası bulunsun da müdafii dosyayı inceleme yetkisi kapsamında tanığın kimlik ve adres bilgilerine ulaşılması mümkün olduğundan, soruşturmada kolluk ve savcılık işlemlerinde de bu tedbirin uygulanması yoluna gidilmektedir. Bkz. Şentürk ve Bayzit, s. 143.

¹⁷³ CMK m. 170/3 hükmüne dayanılarak iddianamede tanığın kimlik ve adres bilgilerine yer verilemez.

¹⁷⁴ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 105.

¹⁷⁵ Başer, s.322.

sorulmasına izin verilmeyecektir¹⁷⁶. Savunma hakkına ilişkin AİHM kararlarına ve değerlendirmelere, AİHM’ in kimliği gizlenen tanık ifadelerine ilişkin kararları kısmında yer verilecektir.

Kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulmasına karar verilen tanığın çağırılması, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından tanığın gösterdiği veya re’sen belirlenecek bir adrese ilgili koruma veya kolluk birimi aracılığıyla yapılacaktır (Yönetmelik m.11/5). Yönetmelik talep halinde çağrının telefon, telgraf, faks veya elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılabilmesine izin vermektedir. Aynı şekilde, CMK m. 43/2’ de, tanıkların çağrı kağıdı yerine telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanmak suretiyle de çağrılabilmesi açıkça düzenlenmiştir. Ancak, bu şekilde yapılan çağrılara uymayan tanıklar hakkında zorla getirme kararı verilemeyecektir

Soruşturma aşamasında tanığın kimlik ve adres bilgilerini gizli tutma tedbirinin uygulanması imkanı olduğu halde, Cumhuriyet savcısı tanığın ifadesini alırken bu tedbire gerek görmeyebilir. Ancak, Cumhuriyet savcısının sonradan sanığın davranışlarından, tanıklara yönelik tehdit ve baskı oluşturulacağı kanaatine varması veya suçun niteliğinin soruşturmanın devamı sırasında değişmesi gibi durumlarda, tanığın kimliğinin gizli tutulmasına gerek görmesi mümkündür¹⁷⁷. Yönetmeliğe göre bu durumda, tanık hakkında koruma kararı verilecek, Cumhuriyet savcılığına veya mahkemeye gönderilen evraklardaki tanığın gerçek kimlik ve adres bilgileri koruma kararında belirtilen bilgilerle değiştirilecektir.

3.4.2.2.4. Kimliğinin Gizlenmesinin Tanığa Etkisi

Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması tehlike içindeki tanıkları korumak için bir çare olsa da tam bir çözüm değildir¹⁷⁸. Turgut’a göre; Sanık, tanığı hiç görmemiş ya da görmüş olmakla birlikte tanığa ilişkin net bir bilgi sahibi olmadığında, tanığın kimliğinin gizlenmesi yeterli bir koruma sağlayabilir. Ancak tanığın gizli soruşturmacı, suç ortağı olması veya başka bir nedenle sanık tarafından

¹⁷⁶ Uygulamada sanık ve müdafinin sorularının, kimlik bilgisi gizli tutulan tanığa nasıl sorulacağı hususu çeşitli sorunlara sebebiyet vermektedir. Bunlar için bkz. Başer, s. 105.

¹⁷⁷ Turgut, s. 261.

¹⁷⁸ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 113; Balo, 194- 195; Turgut, 261.

yakından tanınıyor olması veya yaşadıkları yerin nüfus bakımından ve coğrafi bakımdan küçük bir yer olması durumunda bu tedbir yeterli koruma sağlamayacak; sanığın, tanığın gerçek kimlik ve adres bilgilerine ulaşması mümkün olabilecektir¹⁷⁹.

Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizlenmesi tedbiri tek başına uygulanabileceği gibi, tanığın dinlenmesine yönelik koruma tedbirleriyle birlikte de kullanılabilir. Gerçekten de tanığın kimlik ve adres bilgileri gizlenmiş olsa dahi, aleni duruşmada tanığın fiziki görüntüsü teşhis edilmeye açık olmuş olacaktır. Bu sebeple tedbirin tek başına kullanılması tanığa tam bir koruma sağlamaktan uzaktır.

3.4.2.2.5. Kimliği Gizlenen Tanığın Beyanının Delil Değeri

TKK’ ya göre, kimlik ve adres bilgileri gizli tutularak dinlenen tanık beyanı duruşmada hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir. Ancak, TKK madde 9/8 ‘ e göre de, hakkında tedbir uygulanan tanık beyanlarının tek başına hükme esas alınamayacağı şeklinde de bir düzenleme getirilmiştir.

3.4.2.3. Tanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkına Sahip Olanlar Olmadan Dinlenmesi

3.4.2.3.1. Tedbirin Genel Özellikleri

Ceza muhakemesinde duruşma, muhakemeye katılma hakkına sahip olanların huzurunda ve duruşma salonunda yapılır. Tanık da aleni duruşmada ve duruşmaya katılma hakkına sahip olanların huzurunda tanıklık yapmak zorundadır. AİHS’ nin 6/3-d hükmünün ve “silahların eşitliği ilkesi” nin bir gereği de yargılamanın yüzyüzelidir. Yüzyüzelik ilkesinin anlamı, iddianın dayanağı tüm delillerin, aleni bir duruşmada; sanığın da hazır olduğu bir ortamda ortaya konulmasıdır. Burada sanık yüzyüzelik ilkesinin bir sonucu olarak iddianın dayandığı delillerden haberdar olacak ve bunlara karşı delil sunma olanağı bulacaktır¹⁸⁰. AİHM’ in de kökleşmiş

¹⁷⁹ Benzer görüş için bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 113.

¹⁸⁰ Kızılkaya, s. 30.

içtihadına göre sanık aleyhindeki tüm deliller, sanığın da hazır bulunduğu açık duruşmada, kendisine tanığı dinleme ve soru sorma hakkı da tanınarak getirilmelidir.

Kanun koyucu, tanıkların duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar huzurunda dinlenmesinin tanık veya yakınları için bir tehlike yaratması halinde, hazır bulunma hakkına sahip olanlar olmadan da dinlenmelerine imkan tanımıştır.

Tanığın, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan duruşma salonu dışında dinlenmesi, tanığın duruşma ile eş zamanlı olarak ve lakin duruşma salonu dışında özel olarak hazırlanmış bir yerde dinlenmesi suretiyle elde edilen ses ve görüntüsünün telekonferans, video konferans veya diğer sesli ya da görüntülü iletişim araçlarından faydalanmak suretiyle, aynı anda duruşma salonuna aktarılmasını ifade etmektedir¹⁸¹.

Video aracılığı ile ya da ses ve görüntü nakli yoluyla tanık dinlemenin amacı, tanığın sanıkla yüz yüze gelmesini önlemek ve böylece sanıktan gelebilecek veya sanığı görmekten kaynaklanabilecek saldırılardan tanığı korumaktır. Tanık dinlemede video teknolojisinin kullanılması bir çok ülke kanunlarında da yer almıştır¹⁸².

Bahsettiğimiz tedbir, CMK madde 58/3’ te “hakimin hazır bulunma hakkına sahip olanlar olmadan tanığı dinlemesi”, TTK madde 5/1-b ‘ de ise, “tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi” şeklinde düzenlenmiştir¹⁸³.

Tanığın hakim tarafından, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar olmaksızın dinlenmesini öngören bu tedbirin, yalnızca kovuşturma evresinde uygulanabilirliği bulunmaktadır. soruşturma evresinde tanıkların dinlenmesi işlemi,

¹⁸¹ Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 24. Maddesinin ikinci fıkrasında, her Taraf Devletin, tanığın beyanlarının video bağlantısı veya diğer uygun araçlar dahil, iletişim teknolojilerinden yararlanılarak alınması gibi tanıklığın, tanık güvenliğini garanti eden bir biçimde yapılmasına cevaz veren ispat kuralları tesis etmesi öngörülmektedir.

¹⁸² Bu usul, Almanya ‘ da kanunla düzenlenmeden önce ilk defa Mainz Eyalet Mahkemesi tarafından tanık dinlemede uygulandığı için Alman doktrin ve uygulamasında “Mainz Modeli” olarak adlandırılmıştır. Arkasından Alman Tanık Koruma ile Alman CMK’ ya eklenen 168e ve 247a hükümleri ile tanıkların video teknoloji kullanılarak dinlenmesi kabul edilmiştir. Türk hukukunda da Alman CMK hükümleri göz önüne alınarak düzenleme yapılmıştır. Bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 119.

¹⁸³ Balo’ ya göre, “TKK’ da, tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi’ nden bahsedilmektedir. Bu ifade, tanığın duruşma salonunda mı, yoksa duruşma salonu dışında mı dinleneceği noktasında belirsizlik taşımaktadır. Bu tedbirin uygulanması suretiyle tanığın dinlenmesinde tanığın bulunacağı yer, duruşma salonu dışıdır. Bu nedenle bu tedbiri, “tanığın duruşma dışında dinlenmesi tedbiri” olarak isimlendirmenin daha doğru olduğunu ifade etmiştir. Görüş için bkz. Balo, Tanığın Dinlenmesi, s. 73; Turhan, Tanıkların Korunması, s. 137.

Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturmanın gizliliğine uygun surette zabıt katibinin bulunduğu ortamda gerçekleştirilmektedir. Tanığın hakim tarafından soruşturma aşamasında dinlenmesi, hukukumuzda sınırlı hallerde kabul edilmiştir. Tanığın duruşmada hazır bulunamayacağı veya oturduğu yerin uzaklığı nedeniyle bulunmasının güç olduğu anlaşılırsa, soruşturma aşamasında, hakim tarafından dinlenebilir (CMK m. 84/2). Bu dinleme sırasında, duruşmada olduğu gibi şüpheli veya sanık ve müdafii hazır bulunma hakkına sahip olacaktır.

3.4.2.3.2. Tedbirin Uygulanma Koşulları

Türk hukukunda tanıkların video teknoloji kullanılarak dinlenmesi CMK m. 58/3 ve TTK m. 5/1-b, 9/1-2’ de düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁸⁴. CMK madde 58/3’ e göre, hazır bulunanlar huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hakim hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilecektir. Bu dinleme sırasında teknolojik imkanlar kullanılarak duruşmanın yapıldığı yere sesli ve görüntülü nakil yapılacaktır.

CMK’ nın 58/5. Maddesi gereğince, tanığın görüntüsünün aktarılma yöntemi, ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara ilişkin uygulanabilmektedir. CMK ve TTK ‘ da yer alan tedbirlerin uygulanma koşulları ve arasındaki farklara açıklamalı olarak değindiğimiz için bu tedbirin içeriğinin ne olduğu ve uygulanma yöntemlerine burada değineceğiz.

3.4.2.3.3. Tedbirin Uygulanma Usulü

Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanık dinleme usulünün nasıl gerçekleştirileceği konusunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.

¹⁸⁴ Ayrıca CMK Madde 180’ de, tanık ve bilirkişilerin naiple veya istinabe yoluyla dinlenmesi sırasında, eğer imkan varsa, görüntülü ve sesli aktarma yöntemiyle dinlenebileceğini düzenlemiştir. Bu şekilde dinlenebilecek tanıklar ise maddede hastalık veya malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada hazır bulunmasının mümkün bulunmayacağı anlaşılan tanık ve bilirkişiler olarak belirlenmiştir. Madde incelendiğinde, düzenlemenin tanık korumayla ilgili değil, muhakemenin düzgün işleyişinin sağlanması ile ilgili olduğu görülecektir. Bkz. Behiye Eker Kazancı, “Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü ve Sesli İfade Alma”, **Hukuki Perspektif Dergisi**, Sayı: 07, Temmuz 2006, s. 165.

CMK’ da yer alan “hakimin tanığı hazır bulunanlar olmadan dinlemesi” ifadesinden, hazır bulunanların duruşma salonundan ayrı bir yere alınmak suretiyle hakimin tanığı duruşma salonunda dinleyeceği anlaşılabileceği gibi, tanığın hakim ve hazır bulunanların yer aldığı duruşma salonundan ayrı bir yere alınarak dinlenebileceği de anlaşılmaktadır¹⁸⁵. Doktrinde de bu hususlar üzerinde bir takım görüş ayrılıkları bulunmaktadır¹⁸⁶.

Şahin’ göre, dinleme sırasında tanık ve hakim, duruşma salonunda veya başka bir yerde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar ise başka bir yerde olacak ve bunların bulunduğu yere sesli ve görüntülü aktarma yapılacaktır¹⁸⁷.

Turgut’ a göre, bu usulde tanık, hakim tarafından duruşma salonunda dinlenecek, sanık ve müdafii ise duruşma salonundan çıkartılıp ayrı bir odaya alınacaktır. Ses ve görüntü aktarımı yoluyla sanık ve müdafii dinleme işlemini takip etmesi sağlanacak, dinleme işlemi sırasında sanık ve müdafii, tanığa soru sorma hakkını kullanabilecektir¹⁸⁸.

Turhan’ a göre, soruşturma evresinde hakim ile tanık muhakemeye katılma hakkına sahip olanlardan ayrı bir yerde bulunarak tanığı dinlerken, duruşmada ise mahkeme başkanı, sanık, müdafii ve duruşmaya katılan diğer kişilerle birlikte duruşma salonunda bulunarak hem duruşmayı yönetmekte hem de duruşma salonu dışındaki bir yerde bulunan tanığa bağlanarak tanık dinlemeyi gerçekleştirmektedir¹⁸⁹.

Balo’ ya göre, duruşma sırasında hakimin temel görevi duruşmanın düzenini sağlamak ve mahkemeyi kontrol altında tutmaktır (CMK madde 203). Ayrıca, mahkeme, duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillerden edineceği kanaate göre delilleri değerlendirecek ve hüküm kuracaktır (CMK madde 1-f). Bu nedenle, hakim veya mahkeme başkanının bulunması gereken yer duruşma

¹⁸⁵ Şentürk ve Bayzit, s. 144.

¹⁸⁶ Kimliği gizlenerek dinlenecek tanığın dinlenme usulü konusunda iki model bulunmaktadır. İngiliz modeli olarak tanımlanan uygulamada, hakim duruşma salonunda iddia ve savunma tarafları ile birlikte bulunmakta, tanık ise duruşma salonunun haricinde bir odada hazır bulunmaktadır. tanığın bulunduğu odadaki ses ve görüntü aktaran cihazlar sayesinde tanığın ses ve görüntüsü duruşma salonuna aktarılmaktadır. Mainz modeli denen uygulamada ise, hakim, tanık için tahsis edilmiş odada bulunmakta; iddia ve savunma tarafları duruşma salonunda hazır bulunmaktadır. Bkz. Şahin, 2002, s. 180.

¹⁸⁷ Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, 2005 (Gazi Şerhi), s. 197.

¹⁸⁸ Turgut, s. 274.

¹⁸⁹ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 127-128.

salonudur. Duruşma salonunda hazır bulunmaya hakkı olanların zaten bulunacağı yer duruşma salonu olacaktır¹⁹⁰.

Kimliğin gizli tutulması tedbirinde olduğu gibi, tehlikeye maruz kalan tanıkların duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan dinlenmesi konusunda da CMK ile TTK hükümleri arasında çelişki bulunmaktadır. Kanun’ da açıkça belirtilmemekle birlikte dinleme esnasında tanığın bulunması gereken yer, duruşma salonu dışında herhangi bir yer olacaktır. Fakat bu yerin mahkemenin bulunduğu binada mı ya da başka bir yerde mi olacağı hususu da Kanun’ da düzenlenmemiş olup Kanun’ un gerekçesine göre bu yer, mahkeme binasının başka bir odası olabileceği gibi bina dışında şehrin herhangi bir yeri ya da bambaşka bir şehir olması mümkündür¹⁹¹.

CMK madde 58/3 hükmü uygulanarak tanığın “dinlenmesi sırasında” ses ve görüntü nakli yapılacaktır. Hükümde açıkça belirtildiği üzere tanığın dinlenmesi hazır bulunma hakkına sahip olanların bulunduğu yere eş zamanlı olarak diğer bir ifade ile canlı yayın yoluyla nakledilecektir. Bu itibarla yalnızca görüntünün aktarılması ya da yalnızca sesin aktarılması mümkün görünmemektedir¹⁹². Kovaştırma aşaması, kural olarak, mahkeme heyeti ve kovuşturmayla katılan diğer kimselerin huzurunda mahkeme salonunda, aleni olarak gerçekleştirmektedir. Ancak, CMK m. 58/3 bu kurala bir istisna getirmekte ve tanığın ifadesinin bir video kamera vasıtasıyla gerçekleştirileceğini düzenlemektedir. Böylelikle tanığın ifadesi eş zamanlı olarak mahkeme salonuna eş zamanlı olarak taşınmış olmaktadır. Bu şekilde eş zamanlı bir nakil, tanığın vermiş olduğu ifadedeki sözlerin ve vücut hareketlerinin kapsamlı bir değerlendirmesinin yapılabilmesini de garanti altına almaktadır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, tanık ifadesinin teknik araçlar kullanılarak alınması onun kişisel özelliklerine ulaşmaya da yarayacaktır¹⁹³.

Balo ya göre, tehlike altında bulunan tanıklar bakımından bu tedbirin uygulanabilmesi için ön şart, tanığın kişisel bilgilerinin gizli tutulmasıdır. Aksi takdirde, kişisel bilgileri gizli tutulmayan bir tanığın, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanların olmadığı bir ortamda dinlenmesi ve bu dinleme ile eş

¹⁹⁰ Balo, Anonim Tanık, s. 214.

¹⁹¹ Şentürk ve Bayzıt, s. 144.

¹⁹² Eker Kazancı, s. 166.

¹⁹³ Eker Kazancı, s. 160.

zamanlı olarak ses ve görüntü kaydının duruşma salonuna aktarılması pratik bir yarar sağlamayacaktır¹⁹⁴. Aslında, görüntülü ve sesli ifade alma yöntemi tamamlayıcı bir rol oynamaktadır¹⁹⁵.

Ses ve görüntü naklinin teknik olarak nasıl gerçekleştirileceği konusunda Kanunda bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak, TTK gerekçesinde, telekonferans veya video bağlantısı yoluyla naklin yapılabileceği belirtilmektedir. TTK Yönetmeliğinin 12/4. maddesine göre, Tanığın duruşma salonu dışında telekonferans, video konferans veya diğer seli ya da görüntülü iletişim araçları ile özel bir ortamda dinlenmesi sırasında sesi veya görüntüsü değiştirilebilir. Bu halde, kimliğinin doğrulanabilmesi bakımından tanığın gerçek ses ve görüntüsü de kaydedilir.

Unutmamak gerekir ki, mahkeme görüntülü ifade alma yolunu kullanmadan önce, diğer tüm ihtimalleri göz önünde tutarak, vasıtasızlık ve alenilik ilkeleriyle sanık ve tanığın menfaatleri arasında bulunan çatışmayı çözmek yükümlülüğü altındadır¹⁹⁶.

3.4.2.3.4. Hazır Bulunma Hakkı Bulunanlar Olmadan Dinlemenin Tanığa Etkisi

Bu usulde tanık, sanık ve yakınları tarafından bilinmeyen bir yerde ve güvenli bir ortamda canlı yayın yoluyla duruşma salonuna bağlanarak dinlenebilmektedir. Ancak, dinleme sırasında tanık, sanık tarafından görülebildiği ya da tanığın kimliği sanık ve çevresi tarafından bilindiği için tanığa yönelik tehlikeler bu usulde tamamen ortadan kaldırılmamakta ve bu nedenle de sağladığı koruma sınırlı kalmaktadır¹⁹⁷.

TTK madde 9/2 ye göre, “Ceza Muhakemesi Kanunun 58’inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmasına mahkemece karar verilmesi halinde, dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilir”. Bu

¹⁹⁴ Balo, Anonim Tanık, s. 210.

¹⁹⁵ Örneğin, her şeyden önce, tanığın kimliğinin gizlenmesi ve daha önceden tutulmuş olan tutanağın okunması ya da kimlik bilgilerinin değiştirilmesi gibi tedbirlere müracaat etmek zorunda kalınabilir. Görüş için bkz. Eker Kazancı, s. 164.

¹⁹⁶ Şahin, Gazi Şerhi, s. 25.

¹⁹⁷ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 130.

haliyle CMK m.58/3 ile TKK m. 5/1-b' deki bu tedbir, TTK m. 9/2 ile uygulandığında, gizli tanıklık kavramına dahil olup koruma sağlanabilecektir¹⁹⁸.

3.4.2.3.5. Hazır Bulunma Hakkı Bulunanlar Olmadan Dinlenen Tanığın Beyanının Delil Değeri

Duruşma salonunda muhakemeye katılanlarla birlikte bulunan hakim veya mahkeme başkanının, başka bir yerde bulunan tanığa sesli ve görüntülü olarak bağlanarak dinlenmesi olan (ve İngiliz Modeli olarak adlandırılan) video konferans usulünde, hem sanığın tanığı görmesi ve soru sorma hakkını kullanabilmesi güvence altına alınmakta, hem de tanığın muhtemel saldırılardan korunması sağlanmaktadır¹⁹⁹.

TKK, kimlik ve adres bilgileri gizlenen tanık beyanının ispat gücü hakkında olduğu gibi bu usulde de tanık beyanının tek başına hükme esas teşkil etmeyeceği kuralını düzenlemiştir²⁰⁰.

Tanığın duruşma dışında bir ortamda dinlenmesinin, tehlikenin başka türlü önlenmesi imkanının bulunmamış olması koşuluna tabi tutulması, Kanun Koyucunun sanığın duruşma işlemlerinden uzaklaştırılmasının, sanığın savunma konusundaki menfaatlerinin zarara uğratılabileceği ön kabulü ile savunma hakkına ve aleniyet ilkesine üstünlük verdiğini ve delillerle doğrudan doğruya iletişim kurulması gereğini üstün tuttuğunu göstermektedir²⁰¹. Nitekim, ses ve görüntü nakli yoluyla tanık dinleme usulüne yöneltilen en önemli eleştiri, ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olan delillerin doğrudan doğrualığı ilkesi ile uyuşmadığı yönündedir²⁰².

¹⁹⁸ Turgut'a göre, bu tedbir sadece tanığın duruşma sırasında güvenliğini sağlamayı amaçladığı için tanığın ses veya görüntüsünün değiştirilmesine de gerek yoktur. Bu sebeple TKK' nın 9'uncu maddesinin 2'inci fıkrasının yerinde bir düzenleme olmadığı görüşündedir. Görüş için bkz. Turgut, s. 263.

¹⁹⁹ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 130.

²⁰⁰ TTK madde 9/8; "Bu Kanunun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez".

²⁰¹ Eker Kazancı, s. 163.

²⁰² Turhan, Muhakeme, s. 253.

3.4.2.4. Tanığın Ses ve Görüntüsünün Değiştirilerek Özel Ortamda Dinlenmesi

Tanığın ses ve görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi tedbirinin içeriği ve uygulanma yöntemi konusunda açık bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, bu hususta tedbirin yöntemine ilişkin bir takım görüş farklılıkları bulunmaktadır.

Bir görüşe göre; CMK madde 58/3 ve TTK madde 5/1-b' de düzenlenen “hazır bulunanlar olmadan ses ve görüntü nakli yoluyla dinleme” tedbiri ile birlikte TTK madde 9/2 kapsamında bir dinleme yöntemi olarak uygulanabileceği gibi, TTK 5/1-b uyarınca “ses ve görüntü değiştirilerek özel ortamda dinleme” şeklinde ayrı bir tedbir olabilmektedir²⁰³.

Bir başka görüşe göre, ses veya görüntü değiştirilerek özel ortamda dinleme yalnızca tanığın duruşma salonunda oluşturulan özel bir ortamda dinlenmesini sağlayan tedbirdir (TTK m. 5/1-b; m.9/3)²⁰⁴.

Diğer bir görüşe göre ise, TTK m. 5/1-b' de yer alan tedbir ile TTK m. 9/3' de yer alan tanığın fiziksel görünümünün değiştirilerek dinlenmesi iki ayrı tedbir olarak ele alındığı yönündedir²⁰⁵.

Bize göre, tanığın özel ortamda dinlenmesi tedbiri ayrı bir tedbir olarak ele alınması yönündedir²⁰⁶. Tedbirin uygulanma usulü ise TTK m.9/3 de ifade edilmiştir. Buna göre, tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre, dinlenmesine karar verilebilir.

²⁰³ Turhan'a göre, tanığın ses ve görüntüsünün değiştirilmesi, duruşma salonundaki tanık dinleme sırasında gerçekleştirilebileceği gibi, ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenmesi sırasında da gerçekleştirilebilir. Duruşma sırasındaki tanık dinlemeden farklı olarak, ses ve görüntü nakli ya da video konferans yoluyla dinlemede, tanığın ses ve görüntüsünün kolayca değiştirilerek tanınması engellenebilmektedir. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 135-136.

²⁰⁴ Tanığın korunmasını sağlayan ve CMK' da düzenlenmemiş olan tedbirlerden birisi de tanığın fert olarak tanınmasına engel olan, duruşma salonunda bulunan özel bir ortamda dinlenmesine imkan sağlayan tedbirdir. Bu dinlemenin yöntemi hakim tarafından takdir edilecektir. Balo, Anonim Tanık, s. 217.

²⁰⁵ Görüş için bkz. Turgut, s. 272.

²⁰⁶ TTK m. 5/1-b' de yer alan “hazır bulunanlar olmadan ses ve görüntü nakli yoluyla dinleme ” tedbiri CMK m. 58/3 ile bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Uygulanma usulü ise TTK m. 9/2' de belirtilmiştir.

3.4.2.4.1. Tedbirin Uygulanma Usulü

Duruşma sırasında tanığın ses ve görüntüsünün değiştirilerek dinlenmesi usulüne CMK’ da yer verilmemiştir. TTK ise koruma amacıyla tanığın duruşma salonunda fiziksel görünümü engellenecek tarzda dinlenmesini (m.9/3) düzenlemiştir. Bu tedbire ilişkin talepler, öncelikle tanık koruma defterine kaydedilir ve bu yönde verilen koruma kararları tanık koruma kartonunda gizlilik esasları çerçevesinde muhafaza edilir.

TTK m. 9/3’ e göre belirlenecek usûl, makyaj yapılması veya maske takılması gibi yöntemlerle tanığın fiziksel görünümünün değiştirilmesi veya duruşma salonuna konacak özel kabin içerisine veya bir paravanın arkasına yerleştirilmesi gibi yöntemlerle tanığın fiziksel görünümünün engellenmesi suretiyle gerçekleştirilmesi mümkündür²⁰⁷.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, tanığın duruşmada dinlenmesi sırasında sesinin değiştirilmesi, maske ve benzeri suni araçlarla görülmesinin engellenmesi veya tamamen gizlenmesi yoluyla tanığın tanınması önlenabilir (Yönetmelik m. 12/3). Ancak, TTK m. 5/1-b’ deki “tanığın ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenebilmesi” ve m.9/3’ deki tanığın “duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda dinlenmesi” tedbirlerinin anlam ve kapsamı açık değildir. Yönetmelik m. 12/3’ e göre, “Tanık, duruşma salonunda makyaj, maske, özel kabin veya benzeri yöntemlerden yararlanılarak ses ve dış görünüş bakımından tanınmasını ya da görülmesini engelleyecek şekilde de dinlenebilir²⁰⁸.”

TTK Yönetmeliği m. 12/5’ de tanıkların özel ortamda dinlenebilmesi amacıyla adliyelerde ve gerektiğinde ceza infaz kurumlarında yeterli teknik donanımına sahip özel mekanlar oluşturulması öngörülmüştür. Bu imkanı bulunmayan Cumhuriyet başsavcılığı ve mahkemelerin, kolluk veya koruma birimlerinin teknik imkanlarından da faydalanabileceği belirtilmiştir.

²⁰⁷ Turgut, s. 272; Yenidünya ve İçer, s. 614.

²⁰⁸ Yönetmeliğin bu hükmüne göre, tanığın dinlenmesi sırasında hem sesinin değiştirilmesi hem de dış görünüşü bakımından tanınması veya görülmesini önleyici tedbire aynı zamanda başvurabilecektir. TTK ise, tanığın ses veya görüntüsünün değiştirilmesinden bahsettiği için dinleme sırasında tanığın hem sesinin hem de görüntüsünün aynı anda değiştirilmesi veya engellenmesinin mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır. Kanunla izin verilmeyen bir sınırlamanın yönetmelikle yapılmasının hukuka aykırılığına ilişkin görüş için bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 137.

3.4.2.4.2. Ses ve Görüntüsünün Değiştirilerek Özel Ortamda Dinlemenin Tanığa Etkisi

Tanığın ses ve görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi tedbiri, tanığın kimliğinin gizli tutulmasını sağlamaktadır. Ancak yeterli bir koruma sağlayıp sağlamadığı hususunda tereddütler oluşturmaktadır²⁰⁹. Video konferans yoluyla tanık dinlemede olduğu gibi duruşma salonundaki tanık dinlemede de sadece sesin veya sadece görüntünün değiştirilmesi tanığın korunması için yeterli olmayabilir²¹⁰.

Ceza muhakemesinde tehlike altında bulunan tanığın korunmasının gerekliliği bütün görüşler tarafından belirlenen ortak sonuçtur. Ancak, Kanun Koyucu tarafından tanık koruma tedbirlerinin açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmemesi sebebiyle bir takım sorunlar yaşanmaktadır. Elbette ki ilerde de değineceğimiz üzere bu koruma ya da çalışmamız kapsamında daha net bir ifade ile gizli tanıklık, adil yargılanma hakkı ile karşı karşıya kalacaktır.

3.5. CEZA MUHALEMESİNDE GİZLİ TANIK BEYANLARININ ALINMA USULÜ

3.5.1. Genel Olarak

Kimliği gizli tutulan tanığın, gerek muhakeme sürecinde ve gerekse sonrasında kim olduğunun bilinmemesi, ancak aynı zamanda ifadesinin de muhakemeye aktarılması gerekmektedir. Bu tanığın doğrudan dinlenmesi veya bilgilerin mahkemeye dolaylı aktarılması suretiyle gerçekleştirilebilir²¹¹.

3.5.2. Gizli Tanığın Dinlenmesi- Doğrudan Aktarma

Kişisel bilgileri gizlenen tanığın doğrudan muhakemeye kazandırılması için bir takım yollar bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi, tanığın duruşma salonu dışında, duruşma ile eş zamanlı olarak tespit edilen ifadesinin ses ve görüntüsü ile birlikte

²⁰⁹ Balo, Anonim Tanık, s. 218; Şahin, Gazi Şerhi, s. 201.

²¹⁰ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 139.

²¹¹ Balo, Anonim Tanık, s. 196.

duruşma salonuna aktarılmasıdır. Diğer bir tanesi, gizli tanığın duruşmada, sanığın da bulunduğu ortamda dinlenmesidir. Yukarıda değindiğimiz üzere, bunun için de tanığın kim olduğunun anlaşılmayacağı ortamın sağlanması gerekmektedir. Kimliği gizlenen tanık, duruşma salonunda bir perde arkasında görünmeyecek şekilde de dinlenebilir. Ya da duruşma salonunda yaptırılan ve içerisini göstermeyen özel bir kabine alınarak da dinlenebilir.

Tüm bu dinleme usulleri gerçekleştirilirken, tanığın gizlenerek dinlenmesine yönelik tedbirlerle uygulanmasına karar verilmediği sürece dinleme, CMK hükümlerine göre açık duruşmada gerçekleştirilecektir²¹². Bu halde, kimlik ve adres bilgileri gizli tutulan tanık CMK m. 58/1 uyarınca kimliğini ortaya çıkaracak bilgileri açıklamaktan kaçınabilecektir (TTK m. 9/5). Kimliği gizlenen tanık, CMK m. 58/2 uyarınca da, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür²¹³.

TKK m. 9/4; “...tanık tarafından verilen beyanlar, hâkim tarafından Ceza Muhakemesi Kanunu’ nun 58’inci maddesinde belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır.” Hükmünü getirmiştir. Maddedeki “...açıklanır” ifadesinden tanığın beyanının tamamen okunmayacağı kimlik bilgilerinin açığa çıkmasını engelleyecek şekilde, tanık beyanının hakim tarafından açıklanmasının anlaşılmaması gerekecektir²¹⁴. Bu durumda da tanığın, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrendiğini açıklamakla yükümlü olduğunun CMK’ nın 58/2’ nci fıkrasında belirtilmiş olması karşısında, bu “...sebepler ve vesileleri” sanık tarafı öğrenmeyecek ve yine bu durumda tanığın kimlik bilgileri ortaya çıkabilecektir. Sorun mahkeme hakim tarafından çözülecek, somut olayda “...sebepler ve vesileleri” açıklarken tanığın kimliğinin ortaya çıkmaması ve savunmanın kısıtlanmaması arasında bir denge kurmaya çalışacaktır²¹⁵.

TKK’ nın 9/6. maddesinde, haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların naip olunan hakim veya istinabe yoluyla da görevli ve yetkili mahkemenin kararıyla

²¹² Balo, Anonim Tanık, s. 197.

²¹³ Benzer bir düzenleme Alman CMK m. 68/3’ te de yer almaktadır. Ancak Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda tanık, muhakemeye katılanlar tarafından sorulmasa bile, tanıklık ettiği olayları gizli soruşturmacı olarak mı, güvenilir kişi olarak mı, suçun mağduru olarak mı yoksa tesadüfi tanık olarak mı gözlemlediğini açıklamakla yükümlüdür. Diğer bir fark ise, Alman hukukunda tanık, bildiği hususları hangi “sıfat” ile öğrendiğini açıklamak durumundadır. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 101.

²¹⁴ Başer, s. 323.

²¹⁵ Başer, s. 323.

dinlenebileceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda gizli dinlemesi gerektiği ve dinlemenin gerçekleştirilmesinde uygun görülen tedbir çeşidi talimat yazısında belirtilerek istinabe veya naip olunan hakim vasıtasıyla dinleme işlemi gerçekleştirilebilecektir²¹⁶.

TKK’ nın 9/7. Maddesinde, haklarında koruma tedbiri kararı verilen tanık beyanlarını, duruşma sırasında hazır bulunup dinlenen tanık beyanları ile aynı delil gücünde olduğu belirtilmiştir.

TTK’ nın 9/9. Maddesinde ceza yargılamasının genel ilkelerine paralel olarak keşif sırasında da duruşmada uygulanan tanık koruma tedbirlerinin uygulanmasını belirtmiştir. Bu amaçla, gizli tanığın özel olarak korunan, içerisini göstermeyen özel camla kaplı bir araçla keşif mahalline ulaştırılması, mümkünse araçtan indirilmeden keşfe katılmasının sağlanması, araçtan indirilmesi gerektiğinde de başına tanınmasını engelleyecek bir başlık geçirilmesi suretiyle dinlenebilmesi mümkündür²¹⁷.

3.5.3. Aracılı Delil Elde Etme Yolları- Dolaylı Aktarma

3.5.3.1. Genel Olarak

Kimliği gizlenen tanığın muhakeme konusu olayla ilgili olarak sahip bulunduğu bilgilerin, kendisi duruşmada dinlenilmeksizin, muhakemeye aktarılması iki şekilde gerçekleşebilir. Tutanağa aktarılmış tanık ifadesinin duruşmada okunması veya kimliği gizlenen tanığın ifadesini almış olan kişinin duruşmada tanığın anlattıklarını aktaran durumunda, “tanığın tanığı olarak” dinlenilmesi suretiyle²¹⁸.

Esas itibarıyla, tanığın doğrudan dinlenmesi mümkün değilse, diğer delillerin kullanılması gündeme gelecektir. Ceza muhakemesinin temel amacı olan maddi gerçek araştırılırken; olayın delili sadece tanık açıklamaları ise bu durumda tanığın duruşmada dinlenilmesi zorunludur. CMK m. 210/1’ e göre, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçmemektedir.

²¹⁶ Turgut, s. 281.

²¹⁷ Turgut, s. 282.

²¹⁸ Dolaylı delillerin kullanılabilir olması ile kullanılan delillerin ispat hukuku bakımından hukukî değerinin varlığı ve derecesi farklı şeylerdir. Bkz. Şahin, Gazi Şerhi, s. 131.

Gizli tanığın sahip olduğu bilgilerin dolaylı olarak muhakeme sürecine aktarılmasına, savunma hakkını kısıtlamasından kaynaklı bir takım eleştiriler öne sürülmektedir²¹⁹.

3.5.3.2. Gizli Tanık Açıklamalarının Bulunduğu Tutanakların Okunması

Kimliği gizli tutulan tanığın veya tanık olarak dinlenebilecek sanığın suç ortağının aynı zamanda CMK ‘nın 211. maddesinde²²⁰ belirtilen koşulları da taşıması durumunda, bu kişilerin dinlenmesi yerine, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgeler, duruşmada okunabilir.

CMK m.211’ de belirtilen hususların gizli tanıklar için uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı bir konudur. Zira, CMK m. 210/1’ de olayın tek delili tanık ise tanık duruşmada dinlenir. Daha önceden yapılan dinlemenin ya da açıklamanın tutanağa geçirilmesinin dinleme yerine geçemeyeceği belirtilmiştir. CMK’ nın 211/1-b bendinde yer alan ve tanık veya sanığın suç ortağının duruşmada hazır bulunması “giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle belli olmayan bir süre için olanaklı olmayan” ifadesinin, gizli tanık için kullanılıp kullanılmayacağı da tartışmalıdır²²¹. Bizce, gizli tanığın duruşma sırasında dinlenebilmesinin yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere birden fazla yönteminin olması sebebiyle ve de duruşmanın vicahilik ilkesi gereği yürütülerek savunma hakkını kısıtlamaması için; daha evvelden tanık tarafından verilen ifadenin tutanak olarak duruşma esnasında okunabilmesinin kabul edilebilirliği bulunmamaktadır.

²¹⁹ Bu yöntemle, savunma makamının elinden, ifade alma sırasında hazır bulunma ve tanığa sorular sorabilme hakkı alınmaktadır ki; bu da savunmanın muhakemeye katılmak suretiyle gerçeğin ortaya çıkartılmasına iştirak imkanını azaltmaktadır. Eleştiri noktaları için bkz. Şahin, Gazi Şerhi, s. 194.

²²⁰ CMK m. 211/1- a) Tanık veya sanığın suç ortağı ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş olur veya bulunduğu yer öğrenilmezse

b) Tanık veya sanığın suç ortağının duruşmada hazır bulunması, hastalık, malullük, 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,

²²¹ Balo’ ya göre, kimliği gizli tutulan tanığın ifadesinin CMK’ nın 58/3. Maddesi veya TTK’ nın 5/1. Maddesi çerçevesinde duruşmada veya duruşma dışında tespitinin imkan dahilinde olmadığı durumlarda, tanığın kimliğinin gizliliğinin korunması gerekliliği “giderilmesi olanağı bulunmayan bir neden” olarak görülmüştür. Bkz. Balo, Anonim Tanık, s. 201.

AIHM, bir tanığın daha önceden bir sorgu hakimi veya polis gibi adlî veya idarî merciler önündeki beyan ya da ifadesini tespit eden tutanağın sonradan duruşma sırasında okunmasını, savunma hakkını ihlal etmemesi koşuluyla, AIHS' ne aykırı görmemiştir²²².

3.5.3.3. Gizli Tanığın İfadesini Alan Görevlinin Dinlenmesi

Tanığın ifadesini almış olan görevlinin “tanığın tanığı” sıfatıyla dinlenmesi hususunda kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır²²³. Dolaylı tanık, doğrudan tanıktan olay hakkındaki bilgilerini dinleyen herhangi bir kişi olabileceği gibi, doğrudan tanığın ifadesini almış olan kolluk görevlisi, savcı veya hakim de olabilir²²⁴.

Belirtelim ki, gizli tanığı dinlemiş olan görevlinin tanıklığı, maddi olaya ilişkin değil, gizli tanığın aktardığı bilgilere yani görevli tarafından yapılan işlemlere ilişkindir.

3.5.3.4. Gizli Tanığın Soruşturma Evresinde Kayıt Altına Alınan Ses ve Görüntüsünün Duruşmada Dinlenmesi

AKBK' nın Rec (2005)9 sayılı Tavsiye Kararı gereğince, soruşturma evresinde kimliği gizli tutulan tanığın ya da adaletle iş birliği yapan kişinin beyanları görsel ve işitsel araçlarla kayıt altına alınarak daha sonra bunlardan duruşmada yararlanılabileceği belirtilmiştir²²⁵. Komisyon, tanık beyanının sanığın yokluğunda ancak müdafinin huzuruyla dinlenmesinin istisnai hallerde kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir²²⁶.

Türk hukukunda CMK m. 211' de duruşmada tanığın dinlenmesinin yerine geçerek okunması gereken belgeler içerisinde ses, görüntünün olduğu video

²²²AIHM, Zana, Dicle ve Doğan/ Türkiye davasında, soruşturma evresinde dinlenen ancak kovuşturma evresinde sanıklar veya müdafilerinin kendilerine soru yöneltme imkanının bulunmadığı ve esas itibarıyla da kovuşturma evresinde yeniden dinlenilmeyen tanıkların soruşturma evresinde verdikleri ifadeler esas alınarak mahkumiyet tesis edilmesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Çiçek, s. 127.

²²³ Balo, Anonim Tanık, s. 203.

²²⁴ Şahin, Gazi Şerhi, s. 604.

²²⁵ Aksoy, s. 305.

²²⁶ Aksoy, s. 306.

kaydından bahsedilmemiştir. Bu sebeple bu hususta bir takım görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, gizli tanığın daha evvelce alınan ifadesinin, duruşma sırasında tutanak halinde okunması halinde; aynı anda video bandı da izlenmek durumundadır²²⁷.

3.5.3. Gizli Tanığa Savunmanın Soru Sorma Hakkı

Sanığın iddia tanıklarına soru sorması ve bu şekilde onlarla yüzleşmesi savunma bakımından çok önemlidir²²⁸. Nitekim, sanık bu şekilde tanık beyanlarının zayıf noktalarını ortaya koyup güvenilirliğini test edilmesini sağlayabilecek, sorduğu sorularla kendi lehine sonuçlar ortaya çıkartabilecek ve yargılama makamının sadece iddianın ortaya koyduğu şekliyle olayı algılamasını önleme imkanına sahip olacaktır²²⁹.

CMK' nın 201. maddesine göre;" Cumhuriyet savcısı, müdafî 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 veya hakim aracılığı ile soru yöneltebilir."

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.

Gizli tanıklığa ilişkin koruma tedbirlerinin uygulanmasında TTK m.9/ son' da tanıkların dinlenmeleri sırasında uygulanacak yöntemlerin sanığın savunma hakkını kısıtlayacak şekilde kullanılamayacağı ayrıca hüküm altına alınmıştır.

Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanığın dinlenmesi tedbirinin uygulanması halinde, tanığa soru sorma hakkı CMK m. 58/3; TTK Yönetmeliği m.12/2 gereğince korunmaktadır. CMK' nın 201. Maddesinde savunmaya tanınan doğrudan soru yöneltme imkanı, duruşma salonu dışında ve

²²⁷ Cumhur Şahin, "Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Baskı:Mayıs 2004 (Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi), Haziran-Aralık 2002, Cilt:VI, Sayı:1-2, s.186.

²²⁸ Kızılkaya, s. 58.

²²⁹Kai Ambos, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları – Silahların Eşitliği, Çekişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6-", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılama ve Ceza Hukuku, çev. Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 37 vd.

duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenen tanığa karşı da bulunup bulunmadığı açıkça düzenlenmemiştir. TTK' nın 9/5. maddesine göre bu imkan yalnızca, tanığın duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda dinlenmesi durumunda uygulanabilir.

TTK m. 9/5' e göre hakimin, CMK m. 201' in uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların tanık koruma tedbirlerinin amacına uygun olacak şekilde tedbirlerle orantılı olması halinde sorulmasına izin verecektir. Yani, kimliği gizlenen tanığın kimlik ve adres bilgilerinin açığa çıkmasını, tanınmasına sebebiyet verilecek soruların sorulmasına izin vermeyecektir. Bu haliyle, TTK' nın sadece duruşma sırasında tanığa soru sorulabileceğine ilişkin düzenlemesi yerinde değildir. Gizli tanığın duruşma salonunda ifade vermesi ile duruşma salonu dışında ifade vermiş bulunması, CMK' nın 201. maddesinde düzenlenen bu hakkın kullanımı bakımından bir farklılık oluşturmamaktadır²³⁰.

Unutulmamalıdır ki, gizli tanıklık, savunmanın tanık beyanlarının gerçekliğini, kesinliğini ve doğruluğunu teyit edememesinden dolayı her zaman bir risk teşkil etmektedir²³¹.

3.6. CEZA MUHALEMESİ İLKELERİYLE GİZLİ TANIKLIK

Dayanağını hukuk devleti ilkesinde bulan tanıkların korunması zorunluluğu ile, sanığın kendisini savunma ve tanığa soru sorma biçiminde anayasal açıdan da güvence altına alınmış olan hakları arasında bir takım çatışmalar bulunmaktadır. Tanığın korunması zorunluluğu; bazı ceza muhakemesi ilkelerinin sınırlandırılmasını, sanığın bazı haklarının kısıtlanmasını ve hatta bazı uygulamalarla ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılması amacından kısmen vazgeçilebilmesini gerektirebilmektedir²³². Bunun yanında maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin hiçbir şekilde yok edemeyeceği de bir takım insan hakları ve değerleri de bulunmaktadır.

Asıl olan; AİHS' nin 6. maddesinde de belirtildiği üzere, delillerin açık duruşmada tarafların önünde tartışılıp değerlendirilerek bir sonuca varılmasıdır.

²³⁰ Balo, Tanığın Dinlenmesi, s. 79.

²³¹ Balo, Anonim Tanık, s. 204.

²³² Şahin, Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi, s. 156.

Ancak, bazı maddi veya hukuki imkansızlıklar sebebiyle, tanığın duruşmada hazır bulundurulması yahut güvenlik nedeniyle sanıkla yüzleştirilmesi mümkün olmayabilir. Böyle durumlarda, mahkeme, başka ispat araçlarına sahip değilse, tanığın soruşturma evresindeki açıklamalarına dayanarak karar veremez, mahkeme, yüzyüzelik ve savunma hakkının vazgeçilmez gereklerini somut durumun gösterdiği özelliklere göre, çeşitli yollar ve imkanlardan yararlanarak, sanığa sağlamaya çalışmalıdır²³³.

3.6.1. Silahların Eşitliği İlkesi Bakımından

Silahların eşitliği ilkesi, mahkeme önünde hak ve yükümlülükler bakımından iddia ve savunma makamının eşit durumda bulunması, iddia ve savunma makamlarına sunulan usul hukuku olanaklarının dengeli olmasıdır²³⁴. Taraflar, deliller de dahil, davalarını ortaya koyma konusunda makul olanaklara sahip olmalıdır. Mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında eşitlik bulunmalı ve bu denge yargılamanın her aşamasında korunmalıdır.

AİHM, silahların eşitliği ilkesini Sözleşme m. 6/1 kapsamında görmektedir. AİHS' nin adil yargılanmaya ilişkin 6. maddesinde bu ilke açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber AİHM içtihatlarıyla zımnen dahil edilerek, silahların eşitliği bağlamında yer alabilecek durumların her somut olayın özel koşullarına bağlı olarak değişebileceği vurgulanmıştır²³⁵.

Sözleşme' de "silahların eşitliği" sözcüklerinden oluşan bir tanım yer almamaktadır. Adil yargılanma koşullarını düzenleyen 6. Maddenin 1. Bendindeki "...hakkaniyete uygun..." yargılama kavramı, AİHM' in yorumları sonucunda "silahların eşitliği" ilkesinin hukuksal temelini oluşturmuştur²³⁶. Bu bağlamda, silahların eşitliğinin ihlali yargılamanın adil olmaması anlamına da gelmektedir.

Sözleşmenin 6/3. Maddesinin (d) bendi uygulamasında AİHM, muhakeme faaliyetinin bütününe göz önünde tutarak gerekli değerlendirmede bulunduğu için,

²³³ Balo, Anonim Tanık, s. 299.

²³⁴ Centel ve Zafer, s. 221.

²³⁵ Vesile Sonay Evik, Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku**, Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 300.

²³⁶ Güney Dinç, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' ne Göre Silahların Eşitliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:18, Sayı:57, Mart- Nisan 2005, (Silahların Eşitliği), s.283.

iddia ve savunma tanıkları arasında “sayısal” anlamda bir eşitlik değil, “nitelik” bakımından bir eşitli aramaktadır²³⁷. Bir başka ifadeyle, muhakemenin, iddia ve savunmanın ileri sürülüp tartışılması bağlamında, adil olup olmadığı, iddia ve savunma dengesinin korunup korunmadığı araştırılmaktadır. Adil yargılanma hakkının bir gereği olarak silahların eşitliği açısından önemli olan, eşitlik aşamasına konu olan işlemin yargılamadaki önemidir. AİHM silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını denetlerken somut olayda şikayet konusu eşitliğin, yargılamayı gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına bakmaktadır²³⁸.

AİHM’ e göre, genel ve geniş kapsamlı bir kavram olan “hakkaniyet” in en önemli gereği, taraflar arasında “silahların eşitliği”, diğer bir deyimle, mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler açısından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır.

AİHM’ in yaklaşım tarzı genel olarak, olaya göre bir tartma ve olayın koşullarının değerlendirilmesi esasına dayanmaktadır. Tanığın, sanığı sorgulama hakkı açısından davanın değerlendirilmesinde, bir taraf için yapılan sınırlandırmadan doğan zarar, sınırlama nedenleriyle karşılaştırılır. Zarar ne kadar ağır ve özellikle sanığın tanığı sorgulama hakkı ne kadar sınırlanıyorsa, sınırlamanın nedenleri de o kadar önemli olmalıdır²³⁹.

Silahların eşitliği ilkesinin ve savunma hakkının temel unsuru, sanığın tanık dinletme ve sorgulama hakkıdır. Sanığa, tanığı sorgulama hakkının verilmesinin nedeni olarak sorgulama hakkının amacına bakılmalıdır. AİHM’ e göre bu amaç, tanığın inandırıcılığını sarsmak ve onun güvenilirliğini denetlemektir²⁴⁰.

Doktrinde, tanık koruma tedbirlerinden olan maddi tedbirlerin, sorgulama hakkının sınırlanması sonucunu doğurmadığı ifade edilmiştir. Ancak, usulî tedbirler için aynı sonuca varılamamıştır. Gerçekten de, gizli tanık dinlenmesi durumunda tanıkların kimlik bilgileri pek çok olayda Cumhuriyet savcısı tarafından bilinecek,

²³⁷ AİHS, 6. maddede adları anılan hak ve güvenceler açısından olduğu gibi, genelde de adil yargılanma olgusunu eşitlik kavramı üzerine oturtmuştur. 1. bentte sözü edilen “...kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından...makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve aleni surette...” yargılanmak, uyuşmazlığın tüm yanları için geçerli olan ortak kuraldır. Eşitlik, bu düzenlemelerin doğasında vardır. Dinç, Silahların Eşitliği, s. 284.

²³⁸ Evik, s. 300.

²³⁹ Balo, Anonim Tanık, s. 302.

²⁴⁰ Hakan Karakehya, “Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi** (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan), Yıl:2013, Sayı:2, Cilt:19, s. 715.

ancak tanığın güvenliğini sağlamak amacıyla savunma tarafından gizlenecektir. Bu sebeple savunma tarafı, tanığın inandırıcılığını sorgulama ve çürütme imkanından da yoksun kalacaktır²⁴¹. Ayrıca da TTK m. 9/5 uyarınca, gizli tanığa sorulacak sorularda tanığın kimliğini ortaya çıkarabilecek sorular hakim tarafından engellenebilecektir.

Kanun koyucu, uygulanacak koruma tedbirleri arasında öncelik sonralık ilişkisi olduğunu, duruşmada özel ortamda dinlenen tanık bakımından CMK m.201' in uygulanacağını, tanık koruma tedbirleri uygulanacak kişilerin dinlenmesinde savunma hakkının kısıtlanamayacağını, gizli tanık beyanlarının tek başına hükme esas teşkil etmeyeceğini düzenlemiş. Kanımızca, Esasen Kanun koyucu, sanığın sorgulama hakkını sınırlandıran tedbirleri de kısıtlamak istemiş ancak yine de taraflar arasında silahların eşitliği ilkesi gereği tam bir dengeyi sağlayamamıştır.

3.6.2. Doğrudan Doğruluk İlkesi Bakımından

Duruşmanın doğrudan doğruluk ilkesi, hüküm verecek olan mahkeme üyelerinin, sanık, tanık ve olayın diğer tüm delilleriyle birebir karşı karşıya gelmelerini, onlarla doğrudan temas etmelerini ve delil ikamesinin başka hakime bırakılamamasını ifade etmektedir. Yani, hükmü verecek olan hakim, beyan delilini dinleyecek, belge delilini okuyacak ve belirti delilini ise beş duyu organıyla algılayacaktır²⁴². Bu ilke, delillerle ilgili olduğu için *delillerin doğrudan doğruluk ilkesi veya vasıtasızlığı* olarak da adlandırılmaktadır²⁴³. Bu ilkeye göre mahkeme, fiilin oluşumundan mümkün olduğunca doğrudan ve araya herhangi bir araç katmaksızın bilgi sahibi olmalıdır.

CMK' nın 217. maddesinde hâkimin, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği öngörülmüştür. CMK m. 188/1' de ise duruşmada hükme katılacak hâkim/hâkimlerin hazır bulunması gerektiğinden bahsetmiştir. Esas itibarıyla duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilmesi de (CMK m. 190/1) vasıtasızlık ilkesini sağlamaya yöneliktir²⁴⁴. Kanun' da, olayın delilinin bir tanığın açıklamalarından ibaret ise bu tanığın mutlaka duruşmada dinleneceği; daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş olan

²⁴¹ Turgut, s. 67.

²⁴² Centel ve Zafer, s. 693.

²⁴³ Centel ve Zafer, s. 693; Özbek ve diğerleri, s. 75.

²⁴⁴ Özbek ve diğerleri, s. 75.

tutanakların veya yazılı açıklamanın okunmasının dinleme yerine geçmeyeceği ifade edilerek bu ilke açık bir şekilde ortaya konulmuştur (CMK m. 210/1)²⁴⁵.

Bununla birlikte, vasıtasızlık ilkesinin de bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalar şunlardır: 1) Zorunlu olan hallerde şüpheli ile tanığın soruşturma evresindeki beyanlarını içeren tutanakların duruşmada okunması (CMK m. 211-213), 2) soruşturma evresinde veya kovuşturma evresinin duruşma hazırlığında yapılan keşif işlemi tutanaklarının duruşmada okunması (CMK m.209), 3) duruşma esnasında istinabe veya naip hâkim aracılığıyla yapılan işlemlere ait tutanakların duruşmada okunması (CMK m.83, 209).

AIHM' e göre, savunma tarafı, sorgulamak istediği kişinin kimliğini bilmezse, bu kişinin ön yargılı, düşmanca veya güvenilmez olduğunu gösterebileceği en temel bilgilerden yoksun kalır. Yine Mahkeme' ye göre, her sanık, iddia tanıklarına soru sormak veya sordurmak hakkına sahiptir. Bu anlamda adil bir muhakeme, sanığın da hazır bulunduğu alenî bir duruşmada delillerin tartışılmasıyla ancak sağlanabilecektir²⁴⁶.

Gizli tanığın duruşma salonunda özel ortamda veya fiziksel görünümü engellenecek tarzda tespit edilen usulle dinlenmesi tedbiri, tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi tedbirine göre daha tercih edilebilir olduğu düşünülmektedir²⁴⁷. Çünkü, duruşma ortamında dinleme sırasında CMK' nın 201. maddesinde düzenlenen doğrudan soru sorma hakkının kullanılma imkanı bulunmaktadır.

Turgut' a göre, tanıkların kimlikleri gizli tutularak dinlenmeleri yöntemi, savunma makamı bakımından bazı kısıtlamalar getirmekte ancak hâkim için aynı kısıtlanmaları getirmemektedir. Çünkü, hâkimin her durumda tanığın kimliği hakkında bilgi sahibi olduğunu, tanığı ya bizzat karşısına alarak ya da kameralar aracılığıyla canlı olarak sorguladığını, tanıkla doğrudan temas kurduğunu belirtmiştir.

²⁴⁵ Centel ve Zafer, s. 694.

²⁴⁶ AIHM, Kostovski/Hollanda kararında, Kostovski, isimsiz tanığın verdiği ifade üzerinden mahkûm edilmiştir. Tanıklardan biri polis, diğeri sorgu hâkimi tarafından dinlenmiş, her iki ifade alma işlemi sırasında da ne sanık, ne de müdafii hazır bulunmuştur. Sanık ve müdafii, tanığa yöneltmek üzere hâkime bir soru listesi sunmuşlardır. Ancak tanık, kendisine yöneltilen 14 sorudan ikisi dışındakilere, kimliği ortaya çıkacağı için cevap vermemiştir. AIHM, mahkumiyetin sadece bu tanıkların vermiş olduğu ifadelere dayandırılmasını Sözleşme' nin 6/1 ve 6/3. Maddesinin (d) bendi hükümlerinin ihlali saymıştır. Çiçek, s. 126.

²⁴⁷ Balo, Anonim Tanık, s. 315.

3.6.3. Maddi Gerçeğe Ulaşma İlkesi Bakımından

Ceza muhakemesinin amaçlarından birisi, hukuk yargılamasından farklı olarak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Maddi gerçeğin araştırılması, esas itibariyle hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olarak adaletin emrettiği bir ödevdir. Ancak, ceza muhakemesinin hedefi, ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak değil, hukuk devleti ilkesinin ortaya koyduğu usul hukuku sistemi çerçevesinde, hukuk kurallarını gözeterek ve uygulayarak maddi gerçeğe ulaşmaktır²⁴⁸.

Daha evvelden de bahsettiğimiz üzere, soru sorma ve tartışmanın doğrudan yüz yüze gelme yönü maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından vazgeçilmezdir. Sanığın veya müdafinin soruları, tanığın sunmuş olduğu bilgi ve görgülerinin inandırıcılığını sorgulayabilme imkanı sağlamaktadır. Elbette ki maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla tanığın korunması sistemi, sanık haklarına ve ceza muhakemesi ilkelerine bir hanel getirmemelidir.

Gizli tanıklığın adil olmayan ve sanık haklarını dengelemeyen bir sisteme sebebiyet vermesi, hukukun toplumsal barışı sağladığına ilişkin inancın da azalmasına sebebiyet verecektir. Bu bağlamda, gizli tanık beyanının hukuki değerine ilişkin düzenleme ile anonim tanığın beyanının tespitinde savunma hakkını korumaya yönelik hükmün uygulanmasında, AİHM içtihatlarında belirlenen ölçülere riayet edilmesi önem taşımaktadır²⁴⁹.

Ceza muhakemesi ilkelerinden olan adil yargılanma hakkı ilkesini, AİHM' in gizli tanıklık konusundaki kararlarını ve bu müesseseye bakış açısını açıklayabilmek için; ceza muhakemesi ilkelerinin devamı şeklinde olacak ancak ayrı bir başlık altında açıklamayı daha faydalı görüyoruz.

²⁴⁸ Yenidünya ve İçer, s. 3; Centel ve Zafer, s. 7; Özbek ve diğerleri, s. 40; Şahin, Ceza Muhakemesi, s.29.

²⁴⁹ Balo, Anonim Tanık, s. 311.

3.7. ADİL YARGILANMA HAKKI

3.7.1. Adil Yargılanma Hakkının Tanımı

Adil yargılanma hakkı, genel olarak, siyasi iktidarın başta ceza hukuku ve ceza yargılaması hukukunun ilkeleri olmak üzere, hukukun genel ilkelerine uygun norm oluşturması, bu normlara uygun yargılama yapması ve yine bu normlara uygun icraî faaliyette bulunmasını içerir²⁵⁰.

Yine adil yargılanma hakkı, kişileri, en önemlisi yaşama hakkı ve kişi özgürlüğü olan temel hak ve özgürlüklerin hukuka aykırı ve keyfi olarak kısıtlanmasından veya bunlardan yoksun bırakılmasından korumayı ifade eden uluslararası insan hakları hukukunun bir normudur²⁵¹.

Adil yargılanma hakkını tam olarak açıklayabilecek bir tanımlama bulunmamakla beraber, genel kanı, adil yargılamanın evrensel adaleti sağlama amacına yönelik usulî ve maddi güvenceleri içerisinde belirten haklar bütünü olduğudur²⁵².

3.7.2. Adil Yargılanma Hakkının Kaynakları

Adil yargılanma hakkı, 1948 tarihinden günümüze kadar, geçen yıllar içinde uluslararası gelenek hukukunun bir parçası olarak bütün devletler üzerinde hukuken bağlayıcılık kazanmış bulunan bir hak konumuna gelmiştir.

Adil yargılanma hakkının temel insan haklarının en önemlilerinden biri olarak yer aldığı ilk düzenleme; uluslararası bir sözleşme olan ve AIHS' ne kaynak teşkil eden ve hâlâ uluslararası insan hakları sisteminin bir kilometre taşı²⁵³ olan Birleşmiş

²⁵⁰ Olgun Akbulut, Adil Yargılanma Hakkı (AIHS m. 6), **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman' a Armağan, Yıl:1, Ocak 2002, Sayı:1, s. 175.

²⁵¹ İnsan Hakları Avukatlar Komitesi, **Adil Yargılama Nedir? Yasal Standartlar ve Uygulamaya Yönelik Temel Rehber**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan, çev. Selman Dursun, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 360.

²⁵² Hüseyin Turan, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Birinci Bası, Ankara, 2016, s. 60; Gökhan Kalağan, "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme' ye Göre "Adil Yargılama"da Sanığın Hakları", **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl:2, Sayı:8, Nisan 2007, s. 100; Kızılkaya, s. 55; Özbek ve diğerleri, s. 50; Centel ve Zafer, 155; Turhan, Tanıkların Korunması, s. 141; Şentürk ve Bayzıt, s. 153.

²⁵³ Turan, s. 68.

Milletler Genel Kurulu' nca kabul ve ilan edilen 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi' dir²⁵⁴. İHEB' nin 10' uncu maddesinde adil yargılanma hakkı; “Herkes hakları ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir” şeklinde ifade edilmiştir. Bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, masumiyet karinesi gibi yargılama güvencelerini içeren ancak herhangi bir denetim mekanizması olmayan bu Bildirge' yi, 2 Mayıs 1948 tarihinde ilan edilen, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi takip etmiştir²⁵⁵.

Daha sonra ise, yine evrensel boyutta Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi başta olmak üzere diğer bazı uluslararası sözleşmelerde de düzenlenmiştir²⁵⁶.

Temel, evrensel ve aynı zamanda anayasal²⁵⁷ bir insan hakkı olan “adil yargılanma hakkı”, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan İnsan Hak ve Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi tarafından kişilere tanınmış ve bu Sözleşme'nin 6' ncı maddesinde de düzenlenmiştir.

Buna karşılık iç hukukumuzda; yürürlükteki 1982 Anayasasında ve kanunlarımızda hiçbir duraksamaya yer vermeden açıkça “adil yargılanma hakkı” kavramını içeren genel ve soyut bir kural dahi bulunmamakta idi. Bununla birlikte, önceki anayasalarda ve 1982 Anayasasında bu hakkı dolayısıyla güvenceye alan bir takım kurallara yer verilmiştir²⁵⁸.

Bununla birlikte, 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” un 14' ncü maddesiyle; Hak arama hürriyeti başlığını taşıyan Anayasanın 36' ncı maddesinin

²⁵⁴ Kayhan İçel, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 5.

²⁵⁵ Bildirilerin her ikisi de, İkinci Dünya Savaşı'nda yaşananların bir daha yaşanmaması için ve insan haklarının korunmasında yasal dayanak olması amacıyla kabul edilmiştir. Bununla birlikte, Bildirge herhangi bir uygulama mekanizması ile desteklenmemiştir. Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku (Kavram- Uygulama- Hak ve Ödevler)**, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Ankara, Ocak 2013, s. 289.

²⁵⁶ Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen 1966 tarihli bu Sözleşme' nin 14. Ve 15. maddelerinde adil yargılamanın genel unsurlarından bahsedilmiştir.

²⁵⁷ T.C .1982 Anayasası, md. 36.

²⁵⁸ Bu kurallara, herkesin yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğüne sahip bulunduğunu düzenleyen 36., kişilerin kanuni hâkim güvencesine sahip olduklarını düzenleyen 37., mahkemelerin bağımsızlığını, hâkimlik teminatını, duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması ile yargılamanın mümkün olan zamanda sonuçlandırılmasını düzenleyen 138., 139., 140., ve 141. maddeleri örnek verilebilir.

birinci fıkrasına savunma ibaresinden sonra gelmek üzere 'ile adil yargılanma' ibaresi eklenmiştir.²⁵⁹

Ülkemiz, Sözleşme' yi 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylamış olmasına rağmen bu tarihten sonra yapılan gerek 1961 ve 1982 Anayasalarında, gerekse yapılan kanunlarda Sözleşme' nin 6' ncı maddesinde geçen "adil yargılanma hakkı" kavramının bir hüküm içerisinde neden düzenlenmediğine ilişkin bir takım görüşler bulunmaktadır.

Bu görüşlerden birisi şudur: Öncelikle, bireyin adil yargılanma hakkına sahip olduğu gerçeği, evrensel hukuk ilkelerinin temel bir gereğidir. Bu nedenle bu hakkın ayrıca ve açık bir biçimde anayasada ve kanunlarda düzenlenmesine gerek görülmemiştir. Keza adil yargılama yapma görevi mahkemelerin yargılama fonksiyonlarının doğal bir gereğidir. Bu sebeple, Anayasalarda ayrıca adil yargılama yapma görevinden söz edilmesine de gerek görülmemiştir²⁶⁰.

Belirtilen bir başka görüşe göre ise, 4709 sayılı Kanun ile Anayasa' nın 36. maddesinde yapılan değişikliğin gereksiz bir değişiklik olduğu yönündedir²⁶¹.

Belirtilen bu görüşlere karşılık soyut anlamdaki bir insan hakkının hukuksal bir güvenceye kavuşturulması ve pozitif hukukun bir parçasını oluşturması²⁶², o hakkın bu şekilde somutlaşmasını sağlamaktadır²⁶³.

3.7.3. Adil Yargılanma Hakkının AİHS Açısından Önemi

Adil yargılanma hakkının yer aldığı, Sözleşme' nin 6' ncı maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir:

1-Her şahıs, gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar, gerek cezai sahada kendisine karşı yöneltilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan kanuni bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde

²⁵⁹ Anayasa madde 36- Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

²⁶⁰ Yahya Kazım Zabunoğlu, "Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi", **Yeni Türkiye Dergisi**, Temmuz Ağustos 1996, Sayı: 10, s. 359.

²⁶¹ Çetin Aşçıoğlu, "Yargıda Temel Sorun: Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı", **Yeni Türkiye Dergisi**, Temmuz Ağustos 1996, Sayı: 10, s. 350.

²⁶² Konu önemi sebebiyle 5237 sayılı TCK m. 288' de "adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" başlığı altında yeni bir suç olarak düzenlenmiştir. Özbek ve diğerleri, s. 52.

²⁶³ Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsamı ve içeriğinin Sözleşme' nin 6' ncı maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkı çerçevesinde belirlenmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Turan, s. 71.

hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir. Hüküm aleni olarak verilir. Şu kadar ki, demokratik bir toplulukta amme intizamının veya milli güvenliğin veya ahlakın yararına veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selametine zarar verebileceği bazı hususî hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde aleniyet, davanın devamınca tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk hakkında tahdit edilebilir.

Sözleşme’ nin 6’ ncı maddesinde güvence altına alınmış ve “adil yargılanma hakkı” olarak adlandırdığımız bu hak, terim olarak günümüze değin değişik isimlerle adlandırılmıştır. Başlangıçta 6’ ncı madde hükmü, AİHM tarafından “sağlıklı adalet yönetimi isteme hakkı”, “adaletin tam olarak dağıtılması hakkı” olarak ifade edilmiş, daha sonraları ise, “adil yargılama” bir diğer ifadeyle “hakkaniyete uygun yargılama” biçimini almıştır²⁶⁴.

Türk öğretisinde ise, “doğru yargılama”, “adil yargılama hakkı”, “dürüst muhakeme”, “doğru ve güvenli yargılanma hakkı”, “adil yargılanma hakkı” gibi terimlerle ifade edilmektedir²⁶⁵. Fakat en çok kullanılan ibare ise “adil yargılama hakkı” dır. Nitekim, 6’ ncı maddeyle ilgili AİHM tarafından Türkiye hakkında verilen kararlarda adil yargılanma hakkı ibaresi kullanılmaktadır²⁶⁶.

AİHS’ nin 6’ ncı maddesi adil yargılanmayı tanımlarken, adalet kavramının karşılığı olan “justice” den yola çıkmamaktadır²⁶⁷. Maddedeki anahtar kelime, “fairness” Türkçe anlamıyla “hakkaniyet”tir. Sözleşme’ nin resmi çevirisinde de maddenin içinde geçen “fair hearing” kavramının karşılığı olarak “hakkaniyete uygun dinleme” kavramı kullanılmıştır. Fakat, “fair hearing” kavramı 6’ ncı madde de yer alan pek çok haklardan ve ilkelerden sadece biridir. Bu nedenle maddenin bütünü ele alınırken İngilizce yayınların çoğunda “fair trial” kavramı kullanılmaktadır. “Fair trial” kavramının tam olarak Türkçe’ ye çevrilmesi “hakkaniyetli yargılama” veya “hakkaniyete uygun yargılama”dır²⁶⁸.

²⁶⁴ Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılama””, **AÜSBF Dergisi**, Yıl:1994, Cilt: 49, Sayı:1, s. 200

²⁶⁵ Turan, s.60.

²⁶⁶ Yukarıda belirtilen ifadelerden hangisi tercih edilirse edilsin, tüm bu ifadelerle Sözleşme’ nin 6’ ncı maddesinde ifade edilmiş bulunan ve ileride unsurlarını açıklayacağımız haklar belirtilmek istenmektedir. Turan, 61.

²⁶⁷ Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002 (Adil Yargılanma Hakkı), s.1.

²⁶⁸ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 2.

Bu durum, yani hakkın ifade ediliş şeklindeki değişik ifade tarzları²⁶⁹, Sözleşme’ nin İngilizce metninde geçen “fair trial” kavramının Türkçe karşılığını tam olarak bulmanın güçlüğünden kaynaklanmakta olduğu göze çarpmaktadır²⁷⁰.

Adil yargılanma hakkı, Sözleşme sisteminde üstün bir yere sahiptir. Onun bu duruma gelmesinde birkaç neden bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, AİHM ve Komisyon önüne gelen davaların yaklaşık yarısının bu maddenin ihlalinin kaynaklanması ve gerekse AİHM’ in de en çok başvuru konusu hüküm olma özelliğini taşımasıdır²⁷¹. Diğer bir neden ise, adil yargılanma hakkının taşıdığı önem sebebiyledir. Zira, 6’ ncı maddenin birinci fıkrası özel hukuka ilişkin hak ve ödevlerin belirlenmesi ve bir suç isnadı hakkında karar verilmesi gibi hem özel hukuka, hem de ceza hukukuna ilişkin konuları kapsamakta ve 3’ üncü fıkrasında da sanık haklarına yer vermektedir²⁷².

Sözleşme’ nin 6’ ncı maddesinin birinci paragrafında yargılamaya ilişkin genel ilkelerin bir kısmı açıkça sayılmıştır. Davanın; kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul sürede, hakkaniyete uygun(adil) ve aleni olarak görülmesidir. Maddede “davanın hakkaniyete uygun surette dinlenilmesi” de belirtilmiş olduğundan Mahkeme bu ibareden hareketle adil yargılanma hakkının fıkra da sayılanlarla sınırlı olmadığını, bundan başka güvenceleri de içerdiğini belirtmiştir. Mahkeme kararlarında yer alan “dava hakkı”, taraflar arasında “silahların eşitliği”, “yargılamada vicahilik”, “mahkeme kararlarının gerekçeli olması” gibi ilkeler de adil yargılanma hakkının zımni unsurları olarak madde kapsamında değerlendirilmiştir²⁷³.

Maddenin birinci fıkrasında genel ilke açıklandıktan sonra, aynı fıkranın ikinci cümlesinde açık duruşmaya getirilebilecek istisnalar, maddenin ikinci fıkrasında ceza yargılamasında evrensel bir kural olan “masumiyet karinesi”

²⁶⁹ Türk hukukçularının “fair trial” terimini çeşitli şekillerde Türkçeleştirdikleri görülmektedir. Örneğin “doğru yargılama”, “adil yargılama”, “dürüst yargılanma” terimleri “fair trial” yerine kullanılmaktadır. İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 2.

²⁷⁰ Turan, s. 62.

²⁷¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin 6. maddesi, uygulama açısından büyük öneme sahip bir hükümdür. 2000 yılında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ nden verilen 695 kararın 591’ i yani, % 85’ i, madde 6 ile ilgilidir. 521 karar, ki tüm kararların % 75’ ini oluşturmakta, yargılamanın süresine ilişkindir. Hans- Meyer Ladewig, **Adil Yargılanma Hakkı-I**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’ e Armağan, çev. Özlem Yenerer Çakmut, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 245.

²⁷² Turan, s. 74.

²⁷³ Kızılkaya, s. 56.

düzenlenmiş, son fıkrada ise ceza yargılamasında uyulması gereken ilkelere yer verilmiştir²⁷⁴.

Adil yargılanma hakkı esas olarak Sözleşme’ nin 6. maddesinde düzenlenmekle birlikte, Sözleşme’ de öngörülen hakların kamu görevlilerince ihlal edilmesi durumunda bireylerin şikayet hakkını düzenleyen 13. maddesinde²⁷⁵ ve Sözleşme’ ye Ek 7 No’ lu Protokol’²⁷⁶de de konuya ilişkin önemli ceza hukuku ilkeleri hüküm altına alınmıştır²⁷⁷.

Sözleşme hükümleri ile ek protokoller birlikte değerlendirildiğinde²⁷⁸, 7 No’ lu protokol ile adil yargılanma hakkının kapsamının genişletilmiş olduğu görülecektir.

3.7.4. Adil Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı

AİHS’ nin 6. maddesinde düzenlenen âdil yargılanma hakkı, AİHM’ in içtihatlarından da anlaşıldığı üzere, 6. maddedeki kapsayan, ancak bunlarla sınırlı olmayan genel nitelikli bir haktır.

Adil yargılanma hakkını düzenleyen Sözleşme’ nin 6’ ncı maddesinin birinci fıkrasında “*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda...*”²⁷⁹ denilerek adil yargılama hakkının sağladığı güvencelerden yararlanılabilmesi için, bir başka anlatımla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak AİHM’ e bireysel olarak bir şikayet başvurusunda bulunabilmek için başvuruda, ya bir medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin bir nizanın/uyuşmazlığın ya da cezai isnadın bulunması zorunluluğu vardır.

²⁷⁴ Bu ilkeler sanık hakları olarak da isimlendirilmektedir. Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, İstanbul, 1982, s. 16

²⁷⁵ Sözleşme madde 13:”Bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili başvuru yapabilme hakkına sahiptir.”

²⁷⁶ Kabul Tarihi: 22.11.1984. Protokol’ ün 2. maddesinde, bir kimsenin suçluluğu veya mahkumiyeti hakkındaki kararı, bir üst mahkeme önünde incelemek hakkına sahip olduğu; 4. maddesinde ise bir kimsenin aynı suçtan ikinci defa yargılanmaması gerektiği düzenlenmiştir.

²⁷⁷ Akbulut, s. 176.

²⁷⁸ Sözleşme hükümleri ve ek protokolleri bir bütünlük arz ettiklerinden birlikte ele alınıp değerlendirilmelidir. Zabunoğlu, s. 937.

²⁷⁹ Hak, hukuken korunan menfaat; niza ise Mahkeme içtihatlarında geniş ve nesnel bir anlamda iddia, ihtilaf ve uyuşmazlık anlamlarına gelmektedir. Turan, ss.91-94.

Bununla birlikte; Sözleşme’ nin 6’ ncı maddesinin 1. fıkrası, “...medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar ile kendisine ceza hukuku alanında bir suç yöneltilen...” kişileri kapsamaktadır. Yani, 1. fıkradaki güvenceler, Sözleşme kapsamındaki hukuk davalarının, davacı ya da davalı konumunda olmalarına bakılmaksızın, tüm yanları için geçerli olmaktadır.

AİHM, AİHS ve Ek Protokoller kapsamındaki uyuşmazlıklarda kendisini yetkili gördüğünden, bu iki dava türünü kısaca özetlemekte fayda bulunmaktadır.

3.7.4.1. Hukuk Davaları

Sözleşme’ nin ve Ek Protokoller’ in koruma altına aldığı haklar nedeniyle ulusal düzeyde oluşan hukuk uyuşmazlıklarının kesinleşen yargısal sonuçları, doğrudan doğruya veya koşulları varsa 6. maddenin 1. bendinde anılan “... medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili nizalar...” bağlamında AİHM’ in incelemesine sunulabilmektedir²⁸⁰. 1 numaralı Protokol’ un 1. Maddesinde yer alan mülkiyet hakkı ile birlikte değerlendirildiğinde, özel hukuk kişileri arasındaki parasal içerikli tüm davalar; ticaret ve iş hukuku ilişkileri, sözleşmelerden, aile hukukundan kaynaklanan davalar; tazminatlar ve elde edilmiş mülkiyet hakkının kullanımı ve korunmasıyla bağlantılı tüm uyuşmazlıklar, AİHM’ in yetki alanına girmektedir²⁸¹.

Yargı kararlarına göre 6. maddenin kullanılabilirliği için gerekli şartlar:

1. Hakkın, ulusal hukuka göre geçerli şekilde temsil edilebilir olması,
2. Hak üzerinde ciddi bir niza olması,
3. Hakkın medeni hukuka ilişkin bulunmasıdır.

“Haklar ve yükümlülükler” kavramı geniş yorumlanmaktadır. Hakkın, haklı olması gerekli değildir; bu, hukuki yargılamada ortaya çıkartılacaktır. Ancak geçerli

²⁸⁰ AİHM oluşturduğu içtihatlarla medeni haklar ve yükümlülükler kavramının özerk olduğunu, bir hakkın veya yükümlülüğün medeni bir hak olup olmadığının yalnızca davalı devletin iç hukukuna göre belirlenemeyeceğini açıklığa kavuşturmuş durumdadır. Komisyon ve Mahkeme Sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuklarındaki düzenlemelerin farklı olması sebebiyle, farklı yorumlara yer vermemek için tüm Sözleşmeciler devletleri bağlayacak bir “otonom- özerk” kavramın uygulanmasını tercih etmiştir.

²⁸¹ AİHM’ in hukuk davalarına ilişkin kararlar için bkz. Güney Dinç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ ne Göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, Mart 2006 (Adil Yargılanma Hakkı), s. 11-12.

şekilde savunulabilir olmalıdır. Bu, ulusal hukukta düzenlenmiş bulunan ve hukuki açıdan temsil edilebilir olmayı ifade eder²⁸².

AİHM ‘ in medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin sınırlandırma kriterleri net değildir. Hiçbir zaman tutarlılık göstermez ve kazuistik yöntemle de bu kriterleri saymak mümkün değildir²⁸³. Yukarıda örneklerini vermiş olduğumuz medeni hukuka ilişkin nizalar, karar ve örneklerden anlaşılmaktadır²⁸⁴.

Bu konuda, Mahkeme’ nin verdiği Ringeisen-Avusturya davasında şöyle denmektedir: ”Konunun kararlaştırılmasında belirleyici olan yasanın türü ve konunun çözümlenmesinde yetkili kılınan merciin özellikleri belirleyici değildir.” Maddenin uygulanabilirliği açısından en esaslı nokta yargılama sonucunun özel hukuk, hak ve yükümlülükler için belirleyici olup olmadığıdır²⁸⁵ şeklindedir.

3.7.4.2. Ceza Davaları

Sözleşme ‘ nin ceza hukuku açısından öngördüğü koruma yöntemleri, “...bir suç isnadı altında bulunan kişilere...” yani sanıklara yöneliktir. “Sanık” sözcüğü, yalnız ceza mahkemelerinde yargılananlarla sınırlı tutulmamaktadır. Kişiye bir suç yöneltilmesi²⁸⁶, sorgulanmaya çağırılması, gözaltına alınması, tutuklanması, savunma olanaklarından yararlandırılmasını gerektiren nedenler olarak benimsenmektedir²⁸⁷.

AİHS, kamu gücüne karşı bireylerin korunmasını amaçlamaktadır. İnsanlık tarihinin geçirdiği evrelerin de ortaya koyduğu gibi kişi güvenliğinin sağlanması, demokratik toplumların başlıca varlık nedenidir. Sözleşme açısından demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilmesi yükümlülüğünün

²⁸² Ladewig, s. 246.

²⁸³ Ladewig, s. 247.

²⁸⁴ Örneğin, 6’ ncı maddenin yalnızca lafzına bakılarak idari yargı, anayasaya aykırılık iddiaları, disiplin hukuku ile ilgili uyuşmazlıkların adil yargılanma hakkı içerisinde açıkça sayılmamıştır. Ancak bu halde dahi, adil yargılanma hakkının benimsenmediğini, kabul edilmediğini ileri sürmek de pek mümkün gözükmemektedir. Özellikle bu konular, sonucu itibarıyla ceza veya özel hukukla ilgili konuları ilgilendirebilmektedir. Turan, s. 101.

²⁸⁵ Cüneyt Altıparmak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:63, 2006 (Adil Yargılanma Hakkının Esasları), s. 246.

²⁸⁶ İmbrosia- İsviçre Kararı, 24.11. 1993, 36. Paragrafında ceza davaları için makul sürenin başlangıcının itham anı olduğu belirtilmektedir. Nuala Mole ve Catharina Harby, Adil Yargılanma Hakkı, Strasbourg-2003, çev. Adalet Bakanlığı, s. 9’dan aktaran Cüneyt Altıparmak, Adil Yargılanma Hakkının Esasları, s. 245.

²⁸⁷ Dinç, Adil Yargılanma Hakkı, s. 13; Yenerer Çakmut, s. 250.

son derece belirleyici bir yeri bulunmaktadır. Bu önemi nedeniyle, 6. maddenin 1. bendinin kısıtlayıcı bir biçimde yorumlanması, Sözleşme’ nin amaç ve ilkelerine uygun düşmeyecektir²⁸⁸.

3.7.4.3. Sözleşme Kapsamına Girmeyen Konular

Bir davanın AİHM’ in incelemesine sunulabilmesi için konusunun, AİHS’ in ve Ek Protokoller’ in koruduğu haklar arasında olması gerekmektedir.

Kamu görevine atanma ve seçilme, oturma ve çalışma izni alma, devletin vergi salma ve vergileri belirleme yetkisi, Anayasa Mahkemesi’ nin ulusal yasaların iptali ile ilgili kararları, askerlik yükümlülüğü, sendikaların toplu iş sözleşmesi, mülkiyet dışındaki ekonomik ve sosyal haklar, kamu gücünü kullanma yetkisine sahip kamu personeli ile ilgili idari işlemler Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun ve izleyen yıllarda AİHM’ in kararları ile Sözleşme ile bağdaşmaz bulunmuştur²⁸⁹.

Ancak bu konularda bireysel başvuru yolunun tamamen kapalı olduğu da düşünülmemelidir. Sözleşme’ nin 14. maddesindeki “eşit davranma yükümlülüğü”²⁹⁰, hakkaniyete uygun yargılamanın gereği olan ceza ve hukuk davalarında “silahların eşitliği” kuramı ulusal uygulamaların niteliğine göre, daha önce kapsam dışı sayılan hakların da AİHM tarafından incelenmesine dayanak oluşturabilmektedir.

Belirtelim ki, adil yargılanma hakkının kişi bakımından uygulama alanı ise temel insan hakkı niteliğinden yola çıkılarak; tüm bireyler, vatandaş ya da yabancı veya vatansız olsun hiçbir ayırım yapmaksızın herkes için garanti etmektedir²⁹¹.

²⁸⁸ Delcourt/ Belçika Kararı, 17.01.1970. Karar için bkz. Nuala Mole ve Catharina Harby, **Adil Yargılanma Hakkı**, İnsan Hakları Kitapçıkları, No: 3, 1. Baskı, Ekim, 2001, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/adil_yargılanma.pdf, (05.03.2018), s. 9.

²⁸⁹ Dinç, Adil Yargılanma Hakkı, s. 15.

²⁹⁰ AİHS madde 14:”Bu Sözleşme’ de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

²⁹¹ Ladewig, s. 246.

3.7.5. Adil Yargılama Hakkının Unsurları

Adil yargılanma hakkının temel gereklerinin bir kısmı 6/1' inci maddede açıkça belirtilmiştir. Bunlar, davanın kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul süre içinde, hakkaniyete uygun biçimde ve açık duruşmada görülmesidir²⁹².

Adil yargılanma hakkına konu yargılamaya ilişkin bu güvencelere değinmeden önce, dava hakkı ve mahkeme önünde hak arama hakkından bahsetmemiz gerekmektedir.

3.7.5.1. Dava Hakkı ve Mahkeme Önünde Hak Arama Hakkı

Hukukun temel prensiplerinden biri olan dava hakkı ya da mahkemeye erişim hakkı, hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi olup aynı zamanda evrensel ve anayasal bir insan hakkıdır. İHEB' in 8' inci²⁹³ ve 10' uncu²⁹⁴, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmesi' nin 2/3' üncü²⁹⁵ ve 14' üncü²⁹⁶ maddelerinde de bu haktan bahsedilmiştir.

Anayasa' nın 36' ncı maddesindeki hak arama hürriyetine ilişkin düzenlemeye paralel olarak 125/1' inci maddesinde de “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” hükmü getirilmiştir. Ayrıca 40' inci maddeye 4709 sayılı Kanun ile eklenen 2' nci fıkra ile getirilen “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek

²⁹² Komisyon ve Mahkeme, Sözleşme' nin 6' ncı maddesinin birinci fıkrasında geçen “herkes...bir mahkeme tarafından davasının dinlenmesini isteme hakkına sahiptir” ibaresinden hareketle, söz konusu maddede bazı haklarla birlikte mahkemeye erişim hakkının, bir başka ifadeyle dava hakkının da zımnen yer aldığını belirtmişlerdir.

²⁹³ “Her şahsın kendisine anayasa ve kanun ile tanınan ana haklara aykırı muamelelere karşı fiili netice verecek biçimde milli mahkemelere müracaat hakkı vardır.”

²⁹⁴ “Herkes hakları ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil ve aleni olarak tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir.”

²⁹⁵ “3- Bu sözleşmeye taraf her devlet; a) burada tanınan hak ve özgürlükleri çiğnemen bir kişiye, bu uygulama resmi görevliler tarafından yapılmış olsa bile, etkin bir yargı yolu imkanı sağlamayı, b) Böyle bir yargı yolu isteğinde bulunan bir kişinin yetkili yargı, idare ve yasama organlarınca veya devletin yasal sistemine göre yetkili başka makamlarca karara bağlanmak üzere bu hakkını güvence altına almayı ve yargı yolu imkanlarını geliştirmeyi, c) Bu yoldan bir hak alındığında bunun yetkili makamlarca yerine getirilmesini sağlamayı üstlenir.”

²⁹⁶ “Herkes, hakkındaki bir suç isnadının ya da hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir...”

zorundadır” hükmü de hak arama hakkını ve bu hakkın kullanılmasını düzenlemektedir.

Bir mahkemeye erişim, başka bir ifade ile hak arama ya da dava hakkı, hak arama özgürlüğünün en önemli boyutunu oluşturmaktadır. Kişiler bu hakkı, devlete karşı kullanırlar. Bu ise mahkemeler eliyle yerine getirilmektedir.²⁹⁷

Adil yargılanma hakkının düzenlendiği AİHS’ nin 6’ ncı maddesinde, hak arama özgürlüğünün, yani bir mahkemeye ulaşabilme hakkının açıkça düzenlenmediği gözükmekte ise de Sözleşmedeki bazı haklar açık olarak belirtilmiş bazı haklar ise sonradan dahil edilmiştir. Zımni olarak Sözleşmede yer alan bu hak, sadece mahkemede yargılama ikame etmek yetkisini değil, aynı zamanda mahkemeden kesin bir karar alma hakkını da kapsar. Ancak, Mahkeme önünde hak arama hakkı mutlak değildir. Bu hak, ulusal hukukta gerçekleştirilecek yasal düzenlemelerle sınırlandırılabilir²⁹⁸.

Hak arama hakkı ya da dava hakkı, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklarla suç isnadına ilişkin davalarda farklı bir özellik göstermez. Bir başka anlatımla, medeni hak ve yükümlülükler konusunda olduğu gibi ceza yargılamalarında da mahkemeye gitme hakkı, adil yargılanma kavramının içinde yer almaktadır.

3.7.5.2. Yargılamaya İlişkin Güvence Unsurları

3.7.5.2.1. Kanunla Kurulmuş Bağımsız Ve Tarafsız Bir Mahkeme

Adil yargılanma hakkının temel öğelerinden birisi, yargılamanın bir mahkeme tarafından yapılmasıdır. Mahkeme yargı yeridir²⁹⁹. İfade ettiğimiz üzere adil yargılanma hakkının uygulanmasında yargılamanın türü bakımından bir farklılık

²⁹⁷ Turan, s. 126.

²⁹⁸ Ancak mahkeme önünde hak arama hakkı, madde 6’ nın verdiği, özünde barındırdığı garantilere dokunacak şekilde sınırlandırılmaz. Yapılan düzenlemelerle hukuken koruma altına alınmış menfaatte sınırlandırma gerekli olmalıdır ve ayrıca belirli bir hedef izlenmeli ve oranlı olmalıdır. Ladewig, s. 252.

²⁹⁹ Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmesi’ nin 14/1 maddesinde “...hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından...yargılanmak hakkına sahiptir.” İHEB’ nde de mahkeme ibaresi yerine “yargı yeri” ibaresi kullanılmıştır.

gözetilmese de, yargılamayı yürüten mahkemenin belli başlı niteliklere sahip olması adil bir yargılanmanın gerçekleşmesinin gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mahkeme, bağımsız ve tarafsız olmalı ve yasayla kurulmuş olmalıdır³⁰⁰. Bağımsızlık, AİHM kararlarında başka bir organdan, topluluk veya kişiden emir almamak, onların etki alanı içinde kalmamak olarak değerlendirilmektedir. Bu niteliklerin varlığını araştırırken, Mahkeme, yargı yerlerinin yasa ile belirlenen görevlerini, üyelerinin atanma biçimlerini, görev sürelerini, yargıç olarak çalıştıkları sürece başka kişi ve kurumlara karşı bağımsız olup olmadıklarını, görevden alınma yöntemlerini araştırmaktadır³⁰¹.

AİHM ‘ e göre bağımsız mahkeme, yasama gücünün, yürütme gücünden ve davanın taraflarından bağımsız olan mahkemedir. Bunun da mahkeme üyelerinin görevlerini yaparken başka bir kişi veya organdan emir ve talimat almamaları, etki altında olmamalarıyla mümkün olabileceğini, vermiş olduğu kararlarda belirtmiştir³⁰². Bu bağlamda, hâkimin her türlü yargılamada ki bu idari, cezai ya da hukuki olabilir, önüne getirilen uyuşmazlığı hukuk kurallarına göre çözmesi gerekmektedir³⁰³.

Adil yargılanmanın diğer önemli bir unsuru da mahkemelerin tarafsız olmasıdır. Adil bir yargılama için mahkemenin yalnızca bağımsız olması yetmez, aynı zamanda onun tarafsızlığının da sağlanması gerekmektedir³⁰⁴. Tarafsızlık ise, bir konuda taraf tutmama, objektif kalabilme ve adil olmaktır. İfade ettiğimiz üzere, mahkemenin bağımsızlığı hâkimin bağımsızlığı olduğundan, bu durum tarafsızlık için de geçerli bir durum oluşturmaktadır. Hâkimin tarafsız olması, yargılama yaparken, taraflardan birini tutmaması, objektif davranması anlamına gelmektedir³⁰⁵.

³⁰⁰ Kalabalık, s. 500.

³⁰¹ Dinç, Adil Yargılanma Hakkı, s. 23.

³⁰² Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2011, s. 281.

³⁰³ Hâkimlik teminatı, hâkimlere tanınan bir ayrıcalık değil halk için kabul edilmiş bir teminat olup, hâkimlerin görevlerini tam bir güven ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlayan bir kurumdur. Burada hâkimin kişisel yararı değil, kamu yararı söz konusudur. Kalabalık, s. 503.

³⁰⁴ M. Serhat Kaşıkara, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Âdil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Adalet Yayınevi, Birinci Bası, Ankara, Mayıs 2009, s. 139; Akbulut, s. 182.

³⁰⁵ Bağımsızlık ve tarafsızlık, tek hâkimli mahkemelere nazaran birden fazla üyeden oluşan mahkemelerde ayrı bir özellik taşır. Zira, bazı üyelerin bağımsız oluşu mahkemenin bağımsızlığını sağlamaz. Eğer üyelerden birisi bakımından dahi bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesi geçerli değilse, bağımsızlık ve tarafsızlıkları konusunda tereddüt var ise, mahkemenin tarafsız ve bağımsız oluşundan

AİHM' e göre tarafsızlık, davanın çözümüne engel oluşturacak bir ön yargının mevcut olmaması durumudur³⁰⁶. Bununla birlikte AİHM, soruşturma yargıcının, dava açıldıktan sonra sanığın yargılandığı ceza mahkemesinin üyeleri arasında bulunması, ulusal yasaların olanak tanıdığı halde, bir yargıcın önceki yargılama aşamalarında görev almasına karşın, davanın üst mahkemede görülmesi sırasında da mahkeme kurulunda bulunması gibi hâkimin tarafsızlığına sebebiyet verecek uygulamaları Sözleşme' ye aykırı olarak değerlendirmiştir³⁰⁷. Bu uygulamalar aslında teorik ve soyut durumlar değil, aksine somut olayda yargı faaliyetinin nasıl işlediği, bir başka ifadeyle yargı görevinin yerine getiriliş ve yargı güvencesi biçimidir³⁰⁸.

Adil yargılanma hakkının evrensel unsurlarından biri de kuşkusuz ki doğal hâkim ilkesidir. Yani, mahkemenin ya da yargı yerinin kanunla kurulmuş olmasıdır. Başka bir anlatımla, yargı heyetinin veya mahkemenin kanuni bir teminat altında ve önceden görev çerçevesi belirlenmiş olmalıdır. İHEB, “bağımsız ve tarafsız mahkeme” ibaresini benimserken, Sözleşme ise “kanunla kurulmuş mahkeme” ibaresini düzenlemiştir. Hiç şüphesiz yasayla kurulmuş mahkeme ibaresi, kanuni mahkeme deyimine göre daha yerindedir³⁰⁹. Sözleşme' nin getirdiği yasayla kurulmuş mahkeme ibaresi, Sözleşme' ye bu ibarenin eklenmesi şüphesiz boşuna değildir. Bu eklemenin kriz dönemlerinde yürütme organı tarafından kurulan ad hoc-

bahsedemeyiz. Bkz. İncal/ Türkiye Kararı, 09. 06.1998. karar için bkz. <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=35638> (20.03.2018)

³⁰⁶“Her ne kadar tarafsızlık normalde önyargılı veya peşin hükümlü olmamak anlamına gelse de, bunun Sözleşme' nin 6. madde(1) kapsamında varlığı ya da yokluğu, çeşitli yöntemlerle sınanabilir. Bu bağlamda, öznel yaklaşım, yani belirli bir yargıcın belirli bir davadaki şahsi hükmünün değerlendirilmesi ile yargıcın bu anlamda tüm meşru şüpheleri bertaraf etmeye yetecek teminat sağlayıp sağlamadığını belirlemek üzere nesnel yaklaşım arasındaki farka işaret edebilir ” Piersack/ Belçika Kararı, 1 Ekim 1982, 30. Paragraf, Karar için Bkz. Mole ve Harby, ss. 60-61.

³⁰⁷ Dinç, Adil Yargılanma Hakkı, s. 26.

³⁰⁸ Gerek Devlet Güvenlik Mahkemelerinde, gerekse Sıkıyönetim Mahkemelerinde bulunan askeri hâkimlerin komutan etkisine maruz kaldıkları nedeniyle bağımsız ve tarafsız bir konumda bulunamayacakları yönünde AİHM tarafından verilen kararlar mevcuttur. Mahkemeye göre, hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, askeri hâkim ile komutanları arasında organik ve işlevsel açıdan bir bağın bulunmaması ölçütü ile belirlenir. Askeri hâkimlerin atanma ve sicil amirlerinin asker kişilerden oluşması askeri hâkim ile komutan arasında organik ve işlevsel bir bağ bulunduğunun somut bir göstergesini oluşturur. Hacı Ali Özhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Taraf Devletlerde Uygulanması”, <http://www.libertedownload.com/LD/arsiv/23/06-haci-ali-ozhan-aihm-kararlarinin-taraf-devletlerde-uygulanmasi.pdf>, (10.02.2018), s. 60.

³⁰⁹ Görüş için bkz. Bülent Tanör, **Türkiye' nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 1994, s. 217.

sırf bu iş için ya da olağanüstü mahkemelerin kurulmasını hedef almakta ve bu tür mahkemelerin kurulmasını yasaklamaktadır³¹⁰.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu da mahkemenin kanunla kurulmuş olması gerekliliğine ilişkin olarak, Parlamento tarafından yani yasama organı tarafından yasama gücünün adli teşkilata ilişkin en azından bir çerçeve oluşturmuş olması yeterli olduğu görüşündedir³¹¹.

3.7.5.2.2. Makul Sürede Yargılama Gereği

Davaların makul süre içinde sonuçlandırılması, adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından birisidir. Makul süre kavramına bugüne kadar gerek Komisyon tarafından gerekse Mahkeme tarafından somut olarak açık bir tanım verilmiş değildir. Kararlardan anlaşıldığı üzere makul süreden anlaşılması gereken, gerek ceza sistemi ve gerekse hukuk sisteminin yargılama için öngördüğü süreden fazla yargılamanın sürmemesi gerektiğidir³¹². Sözleşme’ nin 6’ ıncı maddesinin birinci fıkrasında yargılamanın belli bir süre içinde sonuçlandırılması gerektiği belirtilmiştir. Gerçekten makul yargılama süresi, adaletin de erken gerçekleşmesi sonucunu doğuracağından, “geciken adalet adaletsizlik doğurur” sözünün söylenmesine neden olan adaletin ağır işlemesi sakıncasını ortadan kaldıracaktır³¹³. Diğer yandan, sanık da uzun süren şüphelilik durumundan kurtulmuş olacaktır³¹⁴. AİHM’ i en fazla meşgul eden güvence, bu ilkedir. Şikâyetlerin ağırlıklı bir bölümü, özellikle makul dava süreci ilkesine dayanmaktadır³¹⁵.

Bu temel hak için esas alınacak süre, özel hukuk davalarında davanın açılmasıyla başlarken, ceza davalarında duruşmadan önce başlar. Bu bağlamda

³¹⁰ Tanör, s. 218.

³¹¹ 6. madde ihlali olabilmesi için belirli bir mahkemenin oluşumunun davanın sonucunu etkileme girişimi gibi bir amaca yönelik olabileceğinin gösterilmesi gerekmektedir. Zand/Avusturya Kararı, 77. Paragraf. Bkz. Mole ve Harby, s. 59.

³¹² Makul sürede ve geciktirilmeden yargılanma hakkı, insanlık tarihinin her döneminde önemini korumuştur. Bu temel hak, insanlık tarihinin ilk anayasası olarak bilinen 19 Haziran 1215 tarihli Magna Carta Libertatum’ da, “Kimseye hakkı ve adaleti satmayacağız, menetmeyeceğiz ve geciktirmeyeceğiz” sözleriyle ifadesini bulmuştur. Bkz. Kaşıkara, s. 168.

³¹³ Kalabalık, s. 507.

³¹⁴ Donay, s. 97.

³¹⁵ Christop Grabenwarter, **Yargılama Güvenceleri- Adil Yargılanma Hakkı**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’ e Armağan, çev. Osman Can, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 216.

makul süre, cezai uyuşmazlıklarda suç şüphesinin ortaya koyulduğu, diğer bir ifadeyle suç isnadının şüpheliye yöneltildiği ilk andan başlamaktadır. İdari yargı davalarında ise, sürenin hesaplanmasında, idari işlem süreciyle birlikte göz önüne alınması gerekebilir³¹⁶.

Hakkın kapsamının geniş olması hasebiyle her bir yargı alanında kabul edilen makul sürede beklenen amaçların yargılama alanlarında farklılık göstermesi doğaldır. AİHM, dava sürecinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde, Anayasa Mahkemesinin dava sürecindeki konumunu da dikkate almaktadır. Dava süresinin yeterliliğinin değerlendirilmesinde; olayın başvuru açısından önemi, davanın karmaşıklığı, başvuru tutumu, yetkili makamların tutumu gibi kriterler göz önüne alınmaktadır³¹⁷. Yine burada da AİHM, davanın kendi özel şartları içinde değerlendirme yaptığı için, mutlak bir süre belirlememiştir³¹⁸. Bazı durumlarda AİHM doğrudan bahsettiğimiz kriterlere gönderme yapmak yerine genel bir değerlendirme yapmaktadır³¹⁹.

Genel olarak, gerek medeni hak ve yükümlülüklerde ve gerekse ceza davalarında yargılamalar son aşamada hükmün verilmesiyle ya da hükmün taraflara tebliği ile ve elbette ki yargılamada herhangi bir kanun yolu öngörülmüşse mümkün ve muhtemel bütün kanun yollarının tüketilmesiyle sona ermektedir³²⁰.

3.7.5.2.3. Davanın Aleniliği

Adil yargılanma hakkının temel öğelerinden birisi de davaların aleni olarak görülmesi ve bitirilmesidir. Davanın aleniliği güvencesi, duruşmaların aleni yani kamuya açık olmasını, yalnızca tarafları ve ilgilileri değil, aynı zamanda herkese duruşmaya dinleyici olarak katılabilmeyi kapsamaktadır³²¹. Yargılamanın aleni bir şekilde yapılması sadece Sözleşme’ de ifade edilmiş bir husus değildir. Davaların aleni bir şekilde görülmesi, yani aleni yargılanma hakkı, Sözleşme dışında çok sayıda

³¹⁶ Grabenwarter, s. 216.

³¹⁷ AİHM’ in makul süre için içtihat haline getirdiği kriterlere ilişkin kararlar için bkz. Dinç, Adil Yargılanma Hakkı, ss. 73-107; Kalabalık, s. 508.

³¹⁸ Akbulut, s. 183.

³¹⁹ Mole ve Harby, s. 47.

³²⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 285.

³²¹ Donay, s.59.

uluslararası ve bölgesel düzlemde yapılmış insan hakları belgelerine konu olmuştur³²².

Aleniyet ilkesinin bir takım istisnaları bulunmaktadır. Sözleşme' nin 6' ncı maddenin birinci cümlesinde genel olarak aleniyet ilkesinden bahsedildikten sonra; ikinci cümlesinde aleni yargılamaya getirilebilecek istisnalara yer verilmiştir. Bu istisnalar, genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, yaşı küçüklerin korunması veya özel hayatın gizliliği gerektiğinde veya aleni duruşmanın adaletin gerçekleşmesine zarar verebileceği bazı özel durumlarda duruşmaların tamamen veya kısmen kapalı olarak yapılmasına karar verilebilir³²³ şeklindedir.

İfade etmekte yarar vardır ki, aleniyet, kural olarak bütün yargılama hukukları için geçerli bir ilke olmakla birlikte, en başta sözlü yargılama için geçerli bir ilkedir. Yargılamaların aleniyetine ilişkin AİHM içtihatlarının neredeyse tamamı, tekil mercilerde ya da iç hukuksal dava yolunun tümünde hiçbir sözlü duruşmanın yapılmadığı olaylara ilişkin olduğu belirtilmiştir³²⁴.

Her ne kadar aleniyet ilkesine bir takım istisnalar getirilmiş ise de, bu durum hükmün ilanı hakkında geçerli değildir. Yargılama sonucunda verilen hükmün kamuya açıklanması zorunludur³²⁵.

3.7.5.2.4. Masumiyet Karinesi

Adil yargılanma hakkının bir diğer ve önemli unsuru da hiç şüphesiz ki masumiyet karinesidir. Hiç mübâlağasız söylenebilir ki, masumiyet karinesi günümüzde tüm dünyada kabul edilen hukuk prensiplerinden birisidir³²⁶. Daha geniş ve üst bir kavram olan “adil yargılanma hakkı” ile bütünleşerek, onun zorunlu bir

³²² İHEB' in 10' uncu maddesi:”Herkes hakları ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından...alenî olarak...yargılanma hakkına sahiptir”. Kişisel ve Siyasal Uluslar arası Sözleşmesi' nin 14' üncü maddesinin birinci fıkrasında da “Herkes .. hakkındaki bir suç isnadının ya da hak ve yükümlülüklerinin karara bağlanmasında ...bir yargı yeri tarafından ...alenî olarak yargılanma hakkına sahiptir.”

³²³ Yargılamanın her aşaması kamuya açık olarak yapılmamaktadır. Ceza yargılamasında, soruşturma evresi gizlilik içerisinde yürütülmektedir.

³²⁴ Sözleşme 6/1”-2 cümlesi lafzen aleniyetin istisnasını öngörmesine rağmen sözlü duruşma yapılmasına ilişkin herhangi bir zorunluluk öngörmemektedir. Can, s. 227. AİHM ‘ in aleni yargılama hakkındaki kararlar için bkz. Dinç, s. 108-109.

³²⁵ Kalabalık, s. 514.

³²⁶ Walter Gropp, **Masumiyet Karinesinin Ceza Muhakemesini Sınırlayıcı Etkisi**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’ e Armağan, çev. Osman İsfen, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 319.

unsuru haline gelen suçsuzluk karinesi, sanığın mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar suçlu sayılmamasını, lekelenmemesini ifade eder³²⁷.

Sanıklık kendine özgü bir statü olarak kabul edilmiştir. Sanık ne masum ne de suçludur³²⁸. Masumiyet karinesi, sanığa karşı muhtemel suçlu gibi davranılmasını önlemektedir³²⁹. Burada suçsuzluk yani masumiyet karinesinin iki etkileme yönü ortaya çıkmaktadır. Bu ilke bir yandan kamuoyunun sanığın suçluluğu hakkında önceden bir kanaat oluşturmamasını, diğer yandan da kanıtların mahkemeden önce kamuoyu tarafından değerlendirmesini engelleyecektir³³⁰. Suçsuzluk karinesinin, birbirlerini tamamlayan iki önemli unsuru bulunmaktadır. Birincisi şüpheden sanık yararlanır ilkesidir³³¹. Diğeri ise, sanığın susma hakkıdır.

Her ne kadar masumiyet karinesi, ceza yargılamasına özgü bir kavram³³² olarak kullanılmakta ise de bu ilke diğer bütün resmi, idari makamlar önünde de geçerlidir.

Adil yargılanma hakkı kapsamında burada değindiğimiz Sözleşmede ve diğer uluslar arası düzenlemelerde yer alan genel ilkelerinden, ceza muhakemesi ilkelerinden-yukarıda bahsettiğimiz üzere- ayrı bir takım savunma hakkı temelinde ilkeler de bulunmaktadır.

3.7.5.3. Savunmaya İlişkin Güvence Unsurları

3.7.5.3.1. Suçlamanın Türü ve Nedeni Hakkında Bilgilenme

Sözleşme' nin 6' ncı maddesinin üçüncü fıkrasının a bendine göre her sanık, kendisine atılı suçlamanın türü ve nedeni hakkında mümkün olan en kısa sürede,

³²⁷ Evik, s. 301.

³²⁸ AİHM Barberâ, Messequê ve Jabardo/ İspanya Kararı, 6 Aralık 1988 tarihli kararında, sanığın itham edilen suçu işlediği varsayımı ile işe başlanmaması gerektiğini vurgulamıştır.

³²⁹ Bu bağlamda, Sözleşme' nin 6' ncı maddesinin ikinci fıkrası, "Bir suç ile itham edilen her şahıs, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır." şeklindedir. Suçsuzluk karinesi, suçla itham edilen kişiyi göz önünde tuttuğundan, hukuk yargılamasında uygulama alanı bulmamaktadır. Donay, s. 112.

³³⁰ Grabenwarter, s. 243.

³³¹ Şüpheden sanığın yararlandırılmasının felsefi temellerini, Romalıların ünlü "bir masum mahkum edileceğine birkaç suçlu cezasız kalsın" vecizesine kadar götürmek mümkündür. "Şüpheden sanık yararlanır ilkesi" nin değerlendirildiği daha geniş açıklamalar için bkz. Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 197.

³³² Hâkim ispat açısından bir kanaate varmazsa yani şüphesini % 100 yenmezse, o hususu sabit olmamış sayacak ve sabit olmamanın sonuçlarına göre karar verecektir. Evik, s. 303.

anladığı bir dilde, tüm ayrıntılarıyla bilgilenme hakkına sahiptir³³³(Aynı zamanda BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi madde 14/3-a). Bildirim yükümlülüğü, sanığın savunmasını hazırlaması için uygun zaman ve kolaylıklardan yararlanmasını öngören 6/3 maddesinin b bendi ile doğrudan bağlantılıdır.

İçeriksel olarak yalnızca kendisine atılı eylem hakkında bilgi verilmesi değil, sanığın bu suçlamanın hukuksal nitelendirilmesi hakkında da bilgilendirilmesi gerekmektedir³³⁴. Bu hakkın kapsamına, sanığın ifadesi alınırken, üzerine atılı suçlar hakkında çevirmen yoluyla yeterli bilgiye sahip kılınması girmektedir. Bu bağlamda, sanığın suç isnadı ile karşılaştığı ilk andan itibaren bu hakkın varlığı bulunmaktadır.

Bahsettiğimiz üzere, suçlama ile ilgili olarak bilginin sanığın anladığı bir dilde olması gerekmektedir³³⁵.

3.7.5.3.2. Savunmanın Hazırlanması İçin Yeterli Süre ve Olanakların Sunulması

Savunmaya tanınan haklardan bir diğeri ise, sanığın savunmasını hazırlamak için yeterli süre ve olanakların sağlanmasıdır. Sözleşme’ nin 6’ ncı maddesinin üçüncü fıkrasının b bendine göre her sanık, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana sahip olmalı ve kolaylıklardan yararlandırılmalıdır. Savunma için gerekli zamanın bir ölçüsü bulunmamaktadır. Somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılmaktadır³³⁶. Sanığın yararlandırılacağı zaman ve kolaylıklar, soruşturma ya da dava dosyasındaki delillerin çokluğu, içerikleri³³⁷, değerlendirmeleri, sanığın avukatıyla iletişim kurmasından sonra geçen müddet gibi durumlara paralel olarak değişiklik göstermektedir³³⁸.

³³³ AY madde 19/5:”Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama ve tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim önüne çıkarılıncaya kadar bildirilir” denmiştir.

³³⁴ Grabenwarter, s. 232; Kalağan, s. 101.

³³⁵ Brozicek İtalyaya karşı davasında, Alman sanığın dille ilgili zorluk çektiğini beyan ettiği sebebiyle, İtalyan yetkililerin başvurusunun yeterli İtalyanca bildiğini belirlemedikleri sürece, tebligatların tercüme ettirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Mole ve Harby, s.105.

³³⁶ Dinç, Adil Yargılanma Hakkı, s. 193; Kalağan, s. 101.

³³⁷ Başvurucunun kanıtlara erişim hakkı konusunda, Komisyon Jaspers Belçika’ ya karşı davasında; Kendisine karşı bir suçlama yöneltilen herkesin faydalanacağı “kolaylıkların” arasında, kişiyi savunmasını hazırlamak için yargılama esnasında yürütülen soruşturmaların sonuçlarıyla ilgili bilgilendirilmek de olduğu görüşünü ortaya koymuştur. Mole ve Harby, s. 110.

³³⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 301.

Bu hak, sanığın bir avukat yardımından faydalanma hakkı ile de bağlantılıdır. Bu bağlamda, sanığın avukatının da hazırlıklarını gereğince yapabilmesine izin vermeye yeterli bir süre önce atanmış olmasını da kapsamaktadır³³⁹. Bu ilke aynı zamanda, sanığın avukatının tutuklu yargılanan tüm müvekkillerine davanın tüm unsurlarını görüşmek için kısıtlamasız ve mahremiyet içinde ulaşılabilmesinin sağlandığı varsayımını ima etmektedir³⁴⁰. Avukat ile olan mektuplaşmaların belirli bir sürenin kaçırılması sonucunu doğuracak biçimde geciktirilmesi de bu hakkın ihlali sonucunu doğurmaktadır³⁴¹.

3.7.5.3.3. Hazır Bulunma Ve Bireysel Savunma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, ceza yargılaması açısından sanık ve iddia makamı arasında bir fark gözetilmeksizin, karşılıklı olarak iddialarını ileri sürebilmelerini ve savunma yapabilmelerini gerekli kılmaktadır. İddia ve savunma yapılabilmesinin temel koşulu ise, yargılamada/ duruşmada hazır bulunabilmektir³⁴². Ceza yargılamasında asıl olan, yargılamanın duruşmalı yapılmasıdır³⁴³. Mahkeme içtihatları ve 6' ncı madde uyarınca adil ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkının gereği olarak yargılamanın aleni ve sanığın huzurunda yapılması esas, gıyapta yargılama yapılması ise bir istisna olarak düzenlenmiştir³⁴⁴.

Sözleşme' nin 6' ncı maddesinin üçüncü fıkrasının c bendine göre; cezai bir fiil ile itham edilen herkesin, kendisini bizzat savunma hakkı bulunmaktadır. Adil yargılanma hakkından söz edebilmek için varlığı zorunlu, olmazsa olmaz koşullardan biri savunma hakkının gerçekten tanınmasıdır³⁴⁵. Bilindiği üzere, ceza yargılaması, bir kişinin eyleminin suç olduğu şüphesi üzerine yapılan iddia, tez ve yargı olarak

³³⁹ Mole ve Harby, s. 108.

³⁴⁰ Mole ve Harby, s. 109.

³⁴¹ Domenichini/ İtalya Kararı, 15 Kasım 1996.

³⁴² Turan, s. 323.

³⁴³ CMK madde 193' e göre, sanığın duruşmada bulunması zorunludur. Üst derece mahkemeleri önünde hazır bulunma hakkı ile ilgili olarak da CMK' da madde 299/1' de şu hüküm yer almaktadır."On yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde, Yargıtay, incelemelerini sanığın veya katılanın temyiz başvurusundaki istemi üzerine veya re' sen duruşma yoluyla yapar. Duruşma gününden sanığa, katılana, müdafî ve vekile haber verilir. Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafî ile de temsil ettirebilir."

³⁴⁴ Turan, s. 323.

³⁴⁵ Cevdet Çağhan Tansel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3 Kapsamında Savunma Hakkı", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:81, Sayı:2007/5, Eylül-Ekim, s. 2096.

adlandırabileceğimiz bir muhakemedir. Sanığın ise ceza yargılaması süjesi olarak en önemli hakkı savunma hakkıdır³⁴⁶. Duruşmada hazır bulunma, aleyhindeki isnatları öğrenme, haklarını öğrenme, savunmasını yapabilmek için gerekli kolaylıklar ve sürelerle sahip olma gibi haklar temelde sanığın savunma hakkına ilişkindir. Maddede, savunmanın etkinliğini amaçlayan, üç farklı hak bulunmaktadır³⁴⁷. Şahsın duruşmada hazır bulunma hakkı, kendi seçtiği bir avukat hakkı ve adli yardımdan yararlanma hakkıdır³⁴⁸. Kural, öncelikle kişinin bireysel savunma hakkını ön görmektedir, ki bu kapsamda ceza davasında ve özellikle esas duruşmada hazır bulunma hakkı güvence altına alınmıştır.

Duruşmalara bizzat katılma, yapılan yargılamada bizzat hazır bulunma hakkı, Sözleşme’ nin 6’ ncı maddesi gereği kendisine suç isnat edilmiş sanıklar için öncelikle geçerli bir hak ise de, bu hak mutlak bir hak değildir. Örneğin, sanığın duruşma düzenini bozması yahut kimliği gizli tutulan tanığın dinlenmesi ya da duruşmada dinlenen tanığın sanık tarafından korkutulması kaygısı gibi özel şartların varlığı halinde sanığın duruşmada bulunmasına izin verilmeyebilir. Bu gibi hallerde, sanığın duruşmada hazır bulunmasına izin verilmemesi, Mahkeme tarafından makul karşılanmakta ise de; hiçbir durumda sanığın duruşmada hazır bulunmasına keyfi olarak bir engel çıkarılmaması ve onun duruşmada hazır bulunabilmesi için de tebligat yapılması ve makul bir süre tanınması gibi uygun bir imkânın tanınması da gerekmektedir³⁴⁹.

Açıklamalarımızın bu kısmında AİHM’ in Türkiye’ ye karşı vermiş olduğu bir karara değinmekte yarar görüyoruz. Zana/ Türkiye kararı³⁵⁰, ceza yargılamasında “duruşmada bizzat hazır bulunma” ve “savunma hakkı” bakımından büyük önem taşımaktadır. Zana, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesindeki duruşmada hazır bulundurulmamasını, savunma hakkının kısıtlanmasından bahisle Sözleşme’ nin 6’ ncı maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM’ e şikayet başvurusunda bulunmuştur.

³⁴⁶ Evik, s. 304.

³⁴⁷ AİHS’ nin 6/3 maddesi savunma hakkının kullanılması için gerekli unsurları bir insan hakları belgesi olarak belirlemeye çalışmış; fakat bunu yaparken de sadece maddede gösterilenlerle sınırlı olmadığını da vurgulamıştır. Evik, s. 304.

³⁴⁸ Hatta denilebilir ki, sanığın tüm hakları, üst kavram olan “savunma hakkı” içinde toplanabilir. Can, s. 234.

³⁴⁹ Bu kapsamda sanığın davası görülürken onun duruşmada hazır bulunması için, ilgili devlet yeterince gayret içinde bulunmuş olmalıdır. Colozza/ İtalya Kararı, 22 Ocak 1985. Turan, s. 324.

³⁵⁰ Zana Kararı, 25 Kasım 1997. Kararın tümü için bkz. <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/zana1997.pdf>, (25.03.2018).

Hükümet ise, sanığın Mülga CMUK 226/4 maddesi uyarınca istinabe yoluyla birçok kez Aydın Cezaevi Mahkemesi önüne çıkarıldığını, duruşmalarda Türkçe konuşmayı reddetmek ve görevsizlik itirazında bulunmak dışında savunmaya dair bir hakkını kullanmadığını belirtmiştir. Ayrıca yine, Zana' nın avukatlarının Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesindeki duruşmalara bizzat katıldıklarını da belirterek başvurunun reddini talep etmiştir.

Mahkeme, istinabe yoluyla sanığın duruşmaya katılımının sağlanması, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesindeki duruşmaya ise sanığın avukatlarının katılmasını, sanığın bizzat duruşmaya katılımının yerine geçmeyeceğini, sanığın bu hakkından açıkça vazgeçmediği sürece de savunma hakkının kısıtlanamayacağını belirtmiştir³⁵¹.

Neticede; düşünceyi açıklama suçu nedeniyle sanık, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinin istemi üzerine Aydın Ağır Ceza Mahkemesi' nde istinabe yoluyla sorgulandıktan sonra Diyarbakır DGM' de yokluğunda on iki ay hapis cezasına mahkum edilmiştir.

Başvuruda Mahkeme özetle, sanığın sorgusunun Mülga 1412 sayılı CMUK' un 226' ncı maddesi gereğince talimatla yapılmış olmasını, savunmasını bizzat kendisini yargılayan mahkeme önünde yapmak hakkından mahrum bırakıldığını, bu sebeple 6' ncı maddenin birinci ve 3/c fıkralarının ihlal edildiğini, bir başka ifadeyle başvuruçunun, söz konusu davada hakkında uygulanan usulün, adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir³⁵².

AIHM' in değerlendirmelerine göre, yargılamanın en canlı aşamaları olan ilk derece mahkemelerinde, tanıkların, bilirkişilerin, dinlenmesi, olay yeri incelemelerinin yapılması, eksik kanıtların toplanıp araştırılması, sanığın düşünsel yeterliliği gibi nedenlerle, sanığın katılımı savunma hakkı bağlamında büyük önem taşımaktadır³⁵³.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Sözleşme madde 6/3- c güvencesi kişinin kendi seçtiği bir avukat hakkından yararlanmayı da kapsamaktadır. Bu hak davanın

³⁵¹ Duruşmada hazır bulunmak için kendine düşeni yerine getirmeyen sanığın, bu hakkından zimnen vazgeçtiği düşünülerek gıyabında yargılamaya devam edilebilir. Fakat söz konusu hakkın, savunma ve dolayısıyla adil yargılamadaki önemi nedeniyle, bu vazgeçmenin tereddüte yer vermeyecek derecede açık olması ve aynı zamanda kamu yararına aykırı bulunmaması gerekir.

³⁵² Turan, s. 326.

³⁵³ Dinç, Adil Yargılanma Hakkı, s. 197.

esas aşamasında değil, dava öncesi aşamadan itibaren geçerlidir. Avukatla savunma hakkının temel amacı, kişinin savunmasız bırakılmamasıdır. Sanığın görevlendirdiği bir avukatı varsa, kamu gücünün de bu seçime saygı duyması gerekmektedir³⁵⁴. Müdafiden yararlanma hakkı, iddia ve savunmanın eşitliği ve âdil bir yargılama için geçerlidir. Sanığın, hukuk kurallarına yabancı olmasının, kendisini, hukuku bilen iddia ve karar makamları karşısında eşit olmayan bir duruma sokması ve böylece sanığın zarar görmesi kaçınılmazdır³⁵⁵. AIHM’ e göre, avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkı mutlak ve hiçbir şekil şartına bağlanamaz.

Diğer taraftan ayrıca, sanığın, avukatın hukuki yardımından faydalanması mutlak olmasına karşın, avukatın hukuki yardımından faydalanmayı sağlayan ücretsiz adlî yardım mutlak değildir. İkinci durumda takdir yetkisi tamamen mahkemededir³⁵⁶. Mahkemece tayin olunan avukat konusunda sanık, hemen hemen bir seçim ve tercih hakkına sahip değil ise de, savunma “teorik ve hayali” değil, fakat “gerçek ve etkili” olmak zorunda bulunduğundan, görevin, avukat tarafından gerektiği gibi yerine getirilmediği hâllerde mahkemenin duruma müdahalesi ya da yeni bir avukat tayin etmesi gerekmektedir.

3.7.5.3.4. Tercümandan Ücretsiz Yararlanma Hakkı

Sözleşme’ nin 6’ ncı maddesinin üçüncü fıkrasının e bendinde yer alan hüküm, yargılandığı davanın duruşmasında kullanılan dili anlamayan veya yeterince konuşamayan sanığa, bir tercümanın yardımından ücretsiz yararlanma hakkı tanımıştır. Bu hak, kendisine suç isnadı yapılan kişiler için uygulanmaktadır. Diğer yandan, Mahkeme dilini anlayan ve konuşabilen sanığa, savunmasını hazırladığı başka bir dilde yapması için, tercüman sağlamamaktadır. Hükümün amacı, sanığa kendini savunma imkânı sağlamak olduğuna göre, ancak savunma için gerekli ve yararlı çevirinin yapılması yeterlidir. Savunma hakkı kapsamında tercümandan yararlanma hakkı muhakemenin sözlü evrelerindeki işlemlerin yanı sıra sunulan

³⁵⁴ Dinç, Adil Yargılanma Hakkı, s. 199.

³⁵⁵ Kaşıkara, s. 209.

³⁵⁶ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 302; Kaşıkara, s. 211.

belgelerin de tercümesini kapsamaktadır. Ancak, dava dosyasındaki tüm evrakların, savunmada fonksiyonuna bakılmaksızın tercümesi fıkra hükmünün emri değildir³⁵⁷.

3.7.5.3.5. Tanıkların Dinlenmesinde Eşitliğin Sağlanması ve Sorgulama Hakkı

AİHS ve Ek Protokoller çevresinde oluşan hukukun belirgin özelliği, kamu otoritesinin üstünlüğünü pekiştiren ayrıcalıklı hukuk anlayışından uzaklaşarak bireysel hakların önem kazandığı özgürlükçü bir kamu düzenine dönüştür. Bu aynı zamanda hukukun “baskın taraf” egemenliği yerine “denge” anlayışını öne çıkarması demektir³⁵⁸.

Bu denge anlayışıyla beraber cezai bir fiille itham edilen bir kimsenin/sanığın sahip olması gereken asgari haklardan birinin de tanık dinletme hakkı olduğu Sözleşme’ nin 6/3 (d) fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Maddeye göre; “Her sanık ...iddia makamının tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek; savunma tanıklarının da iddia makamı tanıklarıyla aynı şartlar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını talep etmek “ hakkına sahiptir.

Sanıklar için bir teminat olarak düzenlenmiş bulunan Sözleşme’ nin 6’ ncı maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendinin ifade şeklinden sanığa iki hak bahsedildiği ortaya çıkmaktadır. Bu haklardan ilki, sanığın aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulama, başka bir ifadeyle, iddia tanıklarını³⁵⁹ aleni duruşmada sanığın huzurunda çekişmeli bir şekilde sorgulama hakkıdır³⁶⁰. İkinci hak ise, göstereceği kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile aynı koşullar altında davet edilmesi ve dinlenmesidir. Bu şekilde yapılan yargılamada silahların eşitliği ilkesinin sağlanması hakkıdır³⁶¹.

Sanığın, iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin

³⁵⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 311.

³⁵⁸ Dinç, Silahların Eşitliği, s. 283.

³⁵⁹ İddia tanığı, ancak ifadelerinin sanığa atılı bulunan eylemi kanıtlamaya elverişli olan ve mahkeme tarafından da kanıt olarak kabul eden kişi olabilir. Kızılkaya, s. 59.

³⁶⁰ Turan, s. 335.

³⁶¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 306; Turan, s. 336; Donay, s.180.

sağlanmasını isteme hakkı³⁶² çelişmeli muhakeme ve onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan silahların eşitliği ilkelerinin³⁶³ temel bir yansımasıdır³⁶⁴. Muhakeme hukukunda hükmün özelliği onun kolektif verilişidir. Kolektif hüküm vermenin metodu ise, muhakeme faaliyetine katılacak olanların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerini, böylelikle süjelerin birbirlerinin düşüncelerini öğrenebilmelerini ifade eden çelişme yöntemidir³⁶⁵.

Bu bağlamda, Mahkeme içtihatlarına göre 6/3 (d) bendinin temel amacı, iddia tanıklarının olduğu gibi savunma tanıklarının da sorgulanmasında ve dinlenmesinde tam bir silah eşitliğinin sağlanmasıdır³⁶⁶. Burada bahsedilen eşitlik, taraflar arasındaki sayısal eşitlik değil, nitelik olarak eşitliğin sağlanmasıdır. Maddenin uygulanmasında Mahkeme, somut olaya ve yargılamanın bütününe göre bir karar verdiğinden, yargılama aşamasında iddia ve savunma arasında tam bir denge kurulup kurulmadığının titizlikle incelenmesi gerekmektedir³⁶⁷.

Çalışmamızın başında da ifade ettiğimiz üzere; Mahkeme, Sözleşme’ ye taraf devletlerin ulusal mevzuatlarında kabul ettikleri “tanık” ve “tanık beyanı” ile bağlı olmayıp, kendine özgü bir tanım geliştirmiştir³⁶⁸. Buna göre tanık; kişisel olarak bilgi sahibi olduğu olaylar hakkında bir soruşturma çerçevesinde ifade vermeye davet edilen herhangi bir kimsedir³⁶⁹.

Sözleşme’ nin 6/3 (d) hükmü sanığa tanık çağırmak veya yerel mahkemeleri belli bir tanığı dinlemeye zorlamak için mutlak bir hak sağlamaz³⁷⁰. Esas itibarıyla yüz yüze bir tartışmayı sağlamak için tüm delillerin, özellikle tanıkların sanığın hazır

³⁶² Komisyon, bir kararında tanık dinleme ve çağrılmasında tarafların eşitliğinin çok dengeli olmasını öngörmekte ve bu dengeyi Sözleşme’ nin 14. maddesinde belirtilen “ayrım yapmama” ilkesi ile eş değerde tutmuştur. Donay, s. 180.

³⁶³ AİHM, bu iki kavram arasındaki yakınlık nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerini birlikte ele almakta, bazen de bu iki kavramı birbirinin yerine kullanmaktadır. Inceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 236.

³⁶⁴ Bu hak aynı zamanda savunma hakkıyla da yakından ilişkilidir.

³⁶⁵ Muhakeme hukuku bağlamında çelişme; iki veya daha fazla kişinin karşılıklı olarak görüşlerini ortaya koymasını ifade eder. Çelişmeli yargılama için bkz. Karakehya, s. 720 vd.

³⁶⁶ Madde hükmünden, savunma hakkı ile bağlantılı olarak mahkemeye her tanığın dinlenilmek üzere çağrılması değil de çağrılan tanıkların eşit koşullarda dinlenilmesi anlaşılmalıdır. Kalabalık, s. 521; Akbulut, s. 191.

³⁶⁷ Maddede, bilirkişiden açıkça açıkça söz edilmemiş ise de silahların eşitliği ilkesi, mahkemece atanan bilirkişi ile savunma tanıkları arasında eşit muamele yapılması gerekmektedir.

³⁶⁸ Değirmenci, s. 111; Kızılkaya, s. 56.

³⁶⁹ Mahkeme bu hususta, tanığı otonom- özerk bir kavram olarak ele almıştır.

³⁷⁰ Mole ve Harby, s. 118.

bulunduğu açık duruşmaya getirilerek ele alınıp incelenmesi gerekmektedir³⁷¹. Gerçekten, muhakeme sürecinde iddia ve savunma makamlarının tanık beyanı deliline başvurma talepleri mahkeme tarafından delilin, maddi gerçeğin hukuka uygun şekilde ortaya çıkarılmasındaki işlevine bakılarak bir karara bağlanmaktadır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında ya da yargılama neticesinde verilecek hükme bir etkisi olamayacak olan tanığın dinlenilmesi talebi mahkemece reddedilebilmektedir. Burada önemli olan, muhakeme sürecindeki iddia tanıkları için izlenen usul ile sanığın belirtmiş olduğu tanıklar için; dinlenen ya da dinlenemeyen tanıklar olarak, izlenen usulün eşit olmasıdır.

Görüldüğü üzere, prensipte savcılığın dayanak aldığı tüm kanıtların sanığın hazır bulunduğu açık bir duruşmada karşıt iddia ileri sürme imkânı sağlanarak sunulması gerekmektedir. Ancak sanığa tanınan bu hak, tanıklara ulaşılamaması, sanığın bizatihi kendi davranışları sebebiyle tanıkların dinlenilememesi ya da tanıkların sindirilme korkusu sebebiyle tanıklıktan kaçınmak istemeleri nedeniyle sınırlandırılabilir. Söz konusu durumlarda hâkimin tarafsızlığından ve bağımsızlığından ödün vermeden bir karara varması gerekmektedir.

Sözleşme’ nin 6/3 (d) bendi incelendiğinde, bendin adil yargılanma hakkı açısından delillerin değerlendirilmesi yani ispat faaliyetine ilişkin olduğu görülecektir³⁷². Bu bağlamda, tanık dinletme ve sorgulama hakkı; sanığa kendi lehine beyanda bulunacak tanıkları sorgulamayla beraber, kendi aleyhine beyanda bulunan, bulunacak olan tanıklığa da itiraz etme ve onu sorgulama hakkı vermektedir³⁷³.

Mahkeme’ ye göre, sunulan delillerin gerekliliği konusunda karar yetkisi öncelikle bir iç hukuk sorunudur ve toplanan delillerin ispat gücünü takdir de, ilke olarak ulusal mahkemelerin yetkisindedir³⁷⁴. Ancak burada Mahkeme’ nin işlevi, ispat araçlarının sunulmuş şekli de dâhil, bir bütün olarak yargılamanın adil ve

³⁷¹ Burcu Demren Dönmez, “AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:127, Yıl:29, Kasım-Aralık 2016, (Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkı), s.123.

³⁷² Gözübüyük ve Gölçüklü, s. 306; Kaşıkara, s.212.

³⁷³ Elbette ki bu, Mahkemeye’ de tüm tanıkları beyanlarını inceleyip maddi gerçekliğe ulaşma konusunda fayda sağlayacaktır.

³⁷⁴ Bir savunma tanığının dinlenmesini reddeden yerel mahkeme, kendisini bu sonuca götüren gerekçeleri kararında göstermek zorundadır. Bkz. Vidal/ Belçika Kararı, 22.04.1992. Kararda, tanık dinletme talebini reddeden İstinaf Mahkemesinin herhangi bir gerekçe göstermemesi ve bu konuda suskun kalmasının adil yargılanma hakkına aykırı olduğu belirtilmiştir.

hakkaniyete uygun olup olmadığının araştırılmasıdır³⁷⁵. Yine Mahkeme' ye göre, başvurunun ulusal mahkemedeki taleplerinin reddedilmesi durumunda, ulusal mahkemenin ret kararını verirken yetkisini aşıp aşmadığı ve silahların eşitliği ilkesine uyup uymadığı da göz önüne alınarak bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığına bakılmalıdır.

Kural olarak sanığın her davada kendisi aleyhine ifade veren tanıkları sorgulama hakkı olmalıdır. AİHM' e göre savunmaya tanınan bu hakkın amacı, tanığın inandırıcılığını sarsmak ve onun güvenilirliğini denemek olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca AİHM ' in vermiş olduğu kararlara bakıldığında bu kuralın uygulanış şeklinin; sorgulama hakkının tanınıp tanınmamasında tanık ifadelerinin kanıtların değerlendirilmesindeki önemi dikkate alması olduğudur³⁷⁶.

İlgili bölümde değinmiş olduğumuz yüz yüzelik yahut çelişiklik ilkesi, burada özellikle tanıkların dinlenmesinde çapraz sorgulama ile önem kazanmaktadır. Bu yöntemle, savunma kendi tanıklarına kendi tezini doğrulatacak; karşı tarafın tanıklarına ise karşı tezin gerçeği yansıtmadığını açığa çıkartabilecek sorular sorma imkânına sahip olacaktır³⁷⁷. Çapraz sorgu sistemi konumuz dışında ayrıca ele alınabilecek, sözlülük ilkesi çerçevesinde adil yargılanma ilkesi ve savunma hakkının bir gereği olarak ortaya çıkan³⁷⁸; geniş kapsamlı bir muhakeme konusu olmakla beraber burada kısaca bir değinirsek; çapraz sorgu sistemi Anglo- Sakson hukuk sisteminin bir parçasıdır. Bu sistemde çapraz sorgu sistemi dört kısımdan oluşmaktadır. Birinci aşama, tarafın kendi tanığına soru sorduğu aşama, çapraz sorgu da dediğimiz ikinci aşama, karşı tarafın, diğer tarafın tanığına hâkim aracılığı olmaksızın bizzat soru sorduğu aşama, üçüncü aşama; çapraz sorgudan sonra tanığı çağıran tarafın tanığına yeniden soru sorduğu aşama, dördüncü aşama ise karşı

³⁷⁵ Grabenwarter, s. 238.

³⁷⁶ Tanığı sorgulama olanağının ortadan kalkması duruşmada tanıkların dinlenmesinin belirli hukuksal ya da fiili nedenlerden dolayı olanaksız olması durumunda nesnel olarak meşru olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Anonim tanığın da bu meşru durumlar içerisinde olup olmadığı konusunda net bir görüş olmamakla beraber, AİHM, somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

³⁷⁷ CMK' nın 201. maddesine göre: Cumhuriyet savcısı, müdafî ve vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat;...katılana, tanıklar, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. "Doğrudan soru yöneltme" başlıklı 201. madde düzenlemesi tam olarak çapraz sorgulama niteliğinde değildir.

³⁷⁸ Haydar Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 393.

tarafın yeniden soru sorduğu aşamadır³⁷⁹. Geniş anlamda çapraz sorgunun amacı, maddi gerçeğin hukuka uygun olarak ortaya çıkarılmasıdır. Dar anlamda çapraz sorgunun amacı ise; tanığın birinci aşamada vermiş olduğu ifadenin güvenilirliği hakkında şüphe yaratmak, savunma lehine bundan bir sonuç çıkarmak ya da kendi savunmasını destekleyici bilgiler almayı başarmak olarak söylenebilir³⁸⁰.

Sanık, bir süje olarak yargılamaya katılma olanağına sahip olmalı ve bu bağlamda tanığın duruşmada dinlenmesi sırasında hazır olabilmeli ve ona soru sorabilmelidir³⁸¹. Tanıklara soru sorma ya da sorgulama hakkı, sanığın tanıklara soru yöneltme veya tanıkları çapraz sorguya tutma yöntemleriyle kullanılmaktadır³⁸². İki sistemde de tanıklara soru sorulması hakkı sanığa, aleyhine sunulan tanık beyanına karşı delilin kaynağı olan tanığa soru sorarak karşı çıkma imkânı sağlamaktadır. Bu nedenle, eğer mahkûmiyet kararı münhasıran veya büyük ölçüde bir tanığın ifadesine dayandırılmış ve sanık veya müdafii ne hazırlık soruşturması ne de duruşmada kendisine soru sorma olanağı elde edememiş ise AİHS madde 6/3 (d) ihlal edilmiş olmaktadır.

Sanık ifade ettiğimiz gibi, yargılamanın diğer süjelerinin delillerine karşı koyabilme imkânına sahip ve bunu da kendi yani savunma tanıkları dediğimiz tanıklarını yargılamaya davet ederek kullanabilmektedir. Ancak belirtmemiz gerekir ki, bu hak sınırsız değildir. Bu bağlamda AİHM kararlarında belirtildiği üzere; eğer mahkeme tanığın vereceği ifadenin hüküm açısından önem taşımadığı kanaatinde ise bu talebi reddedebilmektedir. Bu bakımdan, sanığın belirli bazı tanıklara soru sorma olanağından yoksun olduğunu ileri sürmesi yeterli görülmemiş; sanığın ayrıca bu delilin önemli ve maddi gerçeğin bulunması için mutlaka gerekli olduğunu da ortaya koyması gerektiği belirtilmiştir³⁸³.

AİHS madde 6/3 (d) gereği davalı, bir ceza davasında iddia tanıklarıyla aynı koşullarda savunma tanıklarının çağırılması ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Kural olarak madde lafziyle ve anlamıyla ceza davasının yalnızca

³⁷⁹ Burcu Demren Dönmez, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Seçkin Yayıncılık, Birinci Bası, Ankara, Ocak 2007, (Çapraz Sorgu), ss. 27-33.

³⁸⁰ Demren Dönmez, Çapraz Sorgu, s. 34.

³⁸¹ Tansel, s. 2097.

³⁸² Anglo- Sakson hukuk sisteminde benimsenen itham sisteminde çapraz sorgulama kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra Kıta Avrupası muhakeme sistemini benimseyen ülkelerde ise, tanık dinlendikten sonra tanıklara soru sorulması yöntemi benimsenmektedir.

³⁸³ Tansel, s. 2097; Turan, s. 337.

duruşma kısmını ilgilendirmektedir³⁸⁴. Ceza davalarında kural, aleyhe olan bütün tanık ifadelerinin sanığın bulunduğu aleni duruşmada alınmasıdır. Bu şekilde yani tanık beyanlarının alındığı aleni bir duruşmada sanık, dinlenen tanığa soru sorma imkânına, bir başka ifadeyle alınan beyanın kendisine ve tanığın güvenilirliğine ve inanırlığına itiraz etme imkânına kavuşmaktadır. Hiç şüphesiz, yargılamaya karar verecek mahkeme de tanık beyanının güvenilirliğini, huzurda dinlenen tanığın hâl, hareket ve davranışlarını, soruları cevaplandırmasını ya da anlatımlarına eşlik eden tavırlarını gözlemleyebilme olanağına sahip olacaktır³⁸⁵. Bu da mahkemeyi hüküm aşamasında karar verirken maddi gerçeğin bulunmasında hukuka uygun bir neticeye götürecekti. Bahsettiğimiz bu hakkın da bir takım fiili veya hukuki³⁸⁶ istisnaları bulunabilmektedir. Ancak; bu istisnalar sanığın ifade ettiğimiz haklarını ihlal etmemelidir.

Bu istisnalardan biri, daha önce polis, savcı ya da sorgu yargıcı önünde, duruşma öncesinde ifade verdiği halde daha sonradan ölmesi yahut kaybolması, başka bir sebeple tanığa ulaşılabilmesi, tanığın akli dengesini kaybetmesi neticesinde tanığa duruşma anında ulaşılabilmesi durumlarıdır. Tanığın bahsettiğimiz gibi daha önceden vermiş olduğu beyanının daha sonradan ona ulaşılabilmesi sebebiyle yargılamada delil olarak kullanılabilmesi için ise; beyanının duruşmada okunması, daha evvelden alınan bu beyanın savunma hakkını açıkça çiğnememiş olması ve de sanığın bu beyandan haberinin olup bu beyanları çürütebilme imkânına kavuşturulmuş olması gerekmektedir.

Bir diğer istisna ise, kimliği gizli tutulan yani bizim ifade ettiğimiz şekil ile gizli tanığın ifadesinin hangi durumlarda delil olarak değerlendirilebileceği meselesidir.

Genel kural, sanığın aleyhindeki tanıkları sorgulama ya da sorgulatma hakkının güvenilirliğinin test edilmesi ihtiyacına dayandığıdır. Bu nedenle tanığın kimliğinin bilindiği, sanık veya müdafî tarafından duruşmada yüz yüze gelinerek sorgulama imkânına sahip bulunduğu durumlarda, bu hakkın korunduğu hususunda

³⁸⁴ AİHM, soruşturma evresinde tanığa soru sorma imkânının kullanılamamış olmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak saymıştır. Can, s. 240.

³⁸⁵ Turan, s. 342.

³⁸⁶ Hukuksal nedenlere, tanığın tanıklıktan çekinme hakkını kullanması, tanıklığın yasak olduğu durumlar örnek verilebilir.

kuşku bulunmayacaktır³⁸⁷. Ancak, tanığın kimliğinin gizli tutulması suretiyle dinlenmesi yöntemlerinin uygulandığı durumlarda tanığı sorgulama hakkı kısıtlanmadan, gizli tanığın sahip bulunduğu bilgilerin muhakemeye nasıl kazandırılacağı sorununu da beraberinde getirmektedir. İfade ettiğimiz üzere; Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatları, sanığın tanıkları sorgulama hakkının mutlak olmadığını, bu hakkın sınırlandırılabilceğini kabul etmektedir. Ancak bu sınırlandırmaların her zaman somut meşru gerekçelere dayandırılması gerekmektedir. Burada unutulmaması gereken husus, tanıklara etkin koruma sağlama ihtiyacının sanığın savunma hakkı üzerinde olumsuz bir etki sağladığı noktasıdır.

3.8. GİZLİ TANIKLIĞIN ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

3.8.1. Genel Olarak

Dayanağını hukuk devleti ilkesinde bulan tanıkların korunması zorunluluğu ile, sanığın kendisini savunma hakkı ile bağlantılı olan diğer hakları arasında bir çatışma olduğu bir gerçektir. Tanığın korunmak zorunda olması, ispat hukuku ile ilgili değindiğimiz bazı ceza muhakemesi ilkelerinin sınırlandırılması, sanığın haklarının kısıtlanması, mahkemelerin maddi gerçeğe ulaşmasından kısmen feragat edilip edilmediği hususlarında tartışmalara yol açmaktadır.³⁸⁸

Esas itibarıyla adil yargılanma hakkının temelinde, sanık ve iddia makamı arasında bir fark gözetmeksizin, karşılıklı olarak iddialarını ileri sürebilmelerini ve savunmalarını yapabilmeleri bulunduğunu belirtmiştik. AİHM' in kararlarına göre, sanığın adil yargılanma hakkı ve silahlarda eşitlik ilkesini sağlamak kaydıyla, duyduğunu söyleyen kişinin tanıklığı ya da önceki ifade tutanaklarının okunması şeklinin adil yargılanma hakkının ihlali sonucu doğurmamaktadır. Keza yine AİHM konumuz devamında inceleyeceğimiz kararlarında da görüleceği üzere, yeterli ek delillerin bulunması durumunda sadece tanığın savunma tarafından direkt sorgulamaya tabi tutulmaması nedeniyle Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği

³⁸⁷ Balo, Anonim Tanık, s. 302.

³⁸⁸ Şahin, Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi, s. 156.

sonucuna da varmamaktadır. Mahkeme, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığına bakmaktadır.

Gizli tanık kurumunun gereğinden fazla güçlendirilmesi, savunma hakkında kısıtlamayı ortaya çıkarmaktadır. Tanıklara etkin koruma sağlanması amacıyla üretilen tedbirlerden olan gizli tanıklığın, başka araç ve yöntemlerle dengelenmemesi savunmanın tanığa soru sorma hakkını ve bu hakkın işlerliğini kaybetmesine sebebiyet vermektedir³⁸⁹. Çünkü, gerek sanık gerekse de müdafii kimliğini ve adresini hiçbir şekilde bilmediği bir tanığın vermiş olduğu ya da vereceği ifade doğrultusunda savunma yapmak zorunluluğu, mağduriyeti ile karşı karşıya kalmaktadır.

3.8.2. Gizli Tanıklığın Uygulanmasında Geçerli Olan İlkeler Açısından Değerlendirme

3.8.2.1. İstisna Olma İlkesi

Gizli tanıklık kapsamındaki tedbirler ile bu tedbirlere dair usullerde en önemli ilkelerden biri, tüm bu alınan önlemler ve tedbirlerin kural değil istisna olmasıdır³⁹⁰. Asıl olan tanığın, kimliğinin gizlenmesi tedbiri uygulanmaksızın, ceza muhakemesinin sanığa sağladığı haklar tam anlamıyla gerçekleştirilmek suretiyle dinlenilerek savunmaya da bu beyanları denetleyebilme imkânı vermektir. Bu nedenle, tanık koruma tedbirleri bütün şartların sağlanmasına rağmen, yeterli görülen başka bir delil olmadığında ”son çare ” olarak uygulanabilir³⁹¹.

Gizli tanıklık kurumu öncelikle her suç bakımından değil, kanunda belirtilen suçlara uygulanabilecektir. Bu uygulamaların da, yargılama konusu olayın tamamı göz önüne alınması, maddi gerçekliği sağlayacak tanık beyanları dışında başkaca somut bir durumun ya da delilin varlığı gibi bütün faaliyetlerin incelenerek karar verilmesi gerekmektedir. Aksi halde, gizli tanıklık kurumu kolay uygulanabilir bir seçenek olarak görülecektir. İlgili bölümde belirttiğimiz gibi, sanık haklarını

³⁸⁹ Balo, Anonim Tanık, s. 303.

³⁹⁰ “Talilik ilkesi” olarak da adlandırılmaktadır.

³⁹¹ Balo, Anonim Tanık, s. 188.

yakından ilgilendiren usulî koruma tedbirlerinin şartlarının oluşup oluşmadığının dikkatlice ve titizlikle incelenmesi gerekmektedir.

3.8.2.2. Gizlilik İlkesi

Gizli tanıklık kapsamında alınan tedbirler ve işlemler ile ilgili olarak gizlilik kuralı öngörülmüştür³⁹². Alınacak tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin karar ve diğer belgeler, soruşturma evresinde Cumhuriyet başsavcılığınca, kovuşturma evresinde mahkemece bu kararlara mahsus yerlerde gizlilik esaslarına uygun olarak saklanmaktadır. Yine kanuna göre de, Cumhuriyet savcısı, mahkeme veya hâkim tarafından tanıkların korunması ile ilgili işlemleri yerine getirmek üzere bir zabıt kâtabi görevlendirileceği belirtilmiştir. Diğer taraftan TKK' nın uygulanması nedeniyle öğrenilen bilgilerin açıklanması da suç sayılmıştır³⁹³. TKK madde 18/3' te yer alan tanık koruma kararlarının alınması ve uygulanması ile ilgili öğrenilen bilgileri açıklama yasağı, “kamu görevlileri” ile “ her ne şekilde olursa olsun görev alan diğer kişiler” için getirilmişken, Yönetmelik ile yasak getirilen kişilerin kapsamı genişletilmiştir³⁹⁴.

Kimlik bilgileri gizlenen, görüntüsü veya sesi değiştirilerek dinlenen tanıklara ilişkin tedbirler ile ilgili bilgi ve belgeler soruşturmaya ait olmadığı için soruşturma dosyasına konulamamakta ve müdafinin de bunları öğrenme hakkı bulunmamaktadır³⁹⁵. Haliyle bu durumda, savunma makamı iddia delillerini öğrenemeden savunma hazırlamak zorunda kalmakta ve adil yargılanma hakkının, savunma için gerekli süre ve kolaylıkların sağlanması noktasında ihlaline neden

³⁹² Gerek TKK ' nın 5. maddesinde yer alan koruma tedbirlerine ilişkin kararlar bakımından ve gerekse TKK kapsamında yürütülen işlemler bakımından gizlilik esastır ve bu gizlilik söz konusu tedbir sona erdikten sonra da devam etmektedir.

³⁹³ TKK madde 20/1 uyarınca “Bu Kanunun uygulanması nedeniyle öğrendikleri bilgi ve belgeleri edinmesini ya da erişimini kolaylaştıranlar fiil başka bir suç oluştursa bile ayrıca, Türk Ceza Kanununun 258'inci maddesi hükmüne göre cezalandırılır.”

³⁹⁴ Yönetmelik madde 18/4' te “Kişiler, görevleri nedeniyle veya herhangi bir şekilde öğrendikleri tanık koruma tedbirine yönelik gizlilik içeren bilgi ve belgeleri hiçbir zaman açıklayamazlar” denilmiştir. Tanık koruma tedbirlerinin uygulanmasında kamu görevlileri dışında üçüncü kişilerin de görevlendirilmesi mümkün olmaktadır. Turhan' a göre, tanıkların korunmasında herhangi bir şekilde görevlendirilmemiş özel kişilere tanık koruma tedbirleri ile ilgili bilgileri gizli tutma yükümlülüğü getirilmesini Anayasa' da yer alan ifade özgürlüğü ile bağdaştırmak mümkün olmamaktadır. Öğrenilen gizli bilgilerin açıklanmasının ifade ve basın özgürlüğüne girdiğini bu sebeple de bu hakların Anayasa gereği ancak kanunla sınırlandırılabilceğini, yönetmelikle sınırlandırılmayacağını ifade etmektedir.

³⁹⁵ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 214.

olmaktadır³⁹⁶. Gizlilik ilkesi daha evvelden de bahsettiğimiz üzere, Sanığın, iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını isteme hakkı olarak ifade edilen silahların eşitliği ilkesi, yüz yüzelik ilkesi temelinde adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmaktadır. Çünkü, sanığın iddia tanıklarına soracağı soruların, alınan tanık koruma tedbirlerinin açıklanmasına sebebiyet vermesi halinde mahkemece reddedilmesi mümkündür³⁹⁷. Burada bir takım hususlara dikkat edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Hakkında tanık koruma tedbiri uygulanan kişi bakımından, uygulanan tanık koruma tedbirinin gizliliğinin sağlanması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve savunma hakkının arasındaki dengenin sağlanmasıdır. Kanaatimizce, burada bir hususun üste çıkması ya da daha fazla önem derecesine sahip olması kıstasının değil de adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan tüm ilkeler ve hususların dikkate alınarak bir çözüme varılması gerektiğidir. Zira maddi gerçeğe ulaşılması için yapılacak yargılama faaliyetlerinin savunma hakkını hiçbir şekilde kısıtlamaması gerekmektedir.

Belirtmemiz gereken diğer bir husus ise, gizlilik ilkesinin aleniyet ilkesini yani duruşmaların aleni yani açık olması ilkesine aykırı durum oluşturması noktasında adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet vermesidir.

Gizli tanıklıkta benimsenen gizlilik ilkesinin, savunma makamının tanıklara soru sorması, duruşmaların aleniliği gibi bir takım hususlarda adil yargılanma hakkını ihlal ettiği açıktır. Bu sebeple, tanık koruma tedbirlerinin sanığın savunma hakkına zarar vermeyecek ve istisna olacak şekilde uygulanması gerekmektedir.

3.8.2.3. Orantılılık İlkesi

Sanık haklarını sınırlayıcı nitelik taşıyan koruma tedbirlerine karar verilirken orantılılık ilkesine uygun davranılması gerekmektedir. İstisnai nitelikte olma

³⁹⁶ Bu husus, savunma hakkını kısıtlayıcı bir etki doğurmaktadır.

³⁹⁷ Hâkim, gerçeğin araştırılması için tanığa sorulacak soruların gerekliliği ve hükme bir tesirinin olup olmayacağı konusunda karar verebilir. Hükme ve maddi gerçeğin açığa çıkmasına etkisi olmayan soruların sorulmamasına bu durumda engel olabilir. Ancak bu durum da dâhi savunma hakkını hiçbir şekilde kısıtlayamaz (TTK madde 9/ son).

ilkesinin tamamlayıcısı olan orantılılık ilkesi³⁹⁸; uygulanacak tedbirin sanık haklarına getireceği sınırlama ile tanığa yönelik tehlikenin ağırlığı ve ciddiliği arasında makul bir denge bulunması anlamına gelmektedir³⁹⁹. Orantılılık ilkesi maddi koruma tedbirlerine karar verilirken dikkate alınacağı gibi daha çok sanığın savunma haklarına sınırlandırma getiren usuli koruma tedbirleri uygulanırken dikkate alınmalıdır. Tehlike içinde bulunan tanıkların korunmasında birden çok tedbir söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda, yetkili makamlar alınacak önlemler içerisinde sanığın savunma hakkına en az zarar verecek, sınırlandırma getirebilecek tedbiri seçmelidirler. Nitekim, AİHM kararlarında da en çok üzerinde durulan konulardan birisi uygulanan tedbirlerin, sanığın haklarını ancak zorunlu olan durumlarda ve en az seviyede sınırlandırmasının sağlanmasıdır⁴⁰⁰. Yine Mahkeme'ye göre, sanığın savunma hakkı ile tanık koruma tedbirleri arasında bir dengenin⁴⁰¹ sağlanamaması adil yargılanma hakkı ihlali olarak belirtilmiştir. AİHM' in 20.11.1989 tarihli Kostovski/Hollanda kararına esas teşkil eden olayda, başvuru hakkında bankada soygun yapmak suçundan dava açılmış ve Yerel Mahkemece iki gizli tanık beyanına dayanarak başvuru mahkûm edilmiştir. Dinlenen iki tanıktan birisi sadece polis huzurunda dinlenmiş, diğeri ise polis tarafından dinlendikten sonra sorgu hâkimi tarafından dinlenmiştir. Ancak ifadesi alınan iki gizli tanık da duruşmada dinlenmemiştir. Tanığın sorgu hâkimliği tarafından dinlenmesi sırasında sanık ve müdafii hâkim aracılığı ile soru sorma imkânı tanınmış; sanık ve müdafî de hâkime bir soru listesi sunmuş ancak cevaplanması istenilen 14 sorudan sadece ikisi cevaplandırılmıştır. Kalan diğer soruların kimliği gizlenen tanığın kimliğini ortaya çıkaracağı gerekçesiyle cevap verilmemiştir. AİHM, söz konusu olayda AİHS' nin adil yargılanma hakkını kapsayan 6/3-(d) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, Kostovski/Hollanda kararının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine dair gerekçesinde başvurunun söz konusu kimliği gizli kişilere itiraz etmek ve onları sorgulamak istediğinde tereddüt bulunmamasına rağmen, başvurucuya böyle bir fırsat tanınmaması, bu kişiler duruşma sırasında dinlenmedikleri gibi; bu kişilerin

³⁹⁸ Ölçülülük ilkesi olarak da adlandırılmaktadır.

³⁹⁹ Turgut, s. 362.

⁴⁰⁰ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 166.

⁴⁰¹ Çalışmamızın ilgili bölümünde anlatıldığı üzere; uygulanacak tanık koruma tedbiri savunma hakkını ne derecede sınırlandırıyor; tanık koruma tedbirinin uygulanma sebebinin de o derecede önem arz etmesi gerekmektedir.

ifadeleri, polis veya soruşturma yargıcı tarafından Bay Kostovski' nin ve müdafinin yokluğunda alınması olarak belirtmiştir. Böylece, bu tanıklar yargılamanın hiçbir aşamasında doğrudan başvuru tarafından veya başvuru adına sorgulanamamışlardır. Savunma tarafı ayrıca, kimliği gizli tanıklardan sadece birine, soruşturma yargıcı vasıtasıyla dolaylı olarak yazılı sorular sorabilmiştir. Ancak savunma tarafının bu yollardan herhangi biriyle sorabileceği soruların niteliği ve kapsamı, ifade verenlerin kimliklerinin gizliliğinin korunması konusundaki karar gereğince bir hayli kısıtlı kalmıştır. Bu şartlarda, savunma tarafının karşılaştığı engellerin, yargısal makamlar tarafından izlenen usullerle dengelenmediği tespit edilmiştir⁴⁰².

AİHM 23.06.2015 tarihli Balta ve Demir/ Türkiye kararında⁴⁰³ da tanığa soru sorma hakkının, tanık için mevcut olduğu söylenen tehlike ile orantılı sınırlandırılması gerektiğini belirtmiştir. Balta ve Demir/ Türkiye kararına esas teşkil eden olayda; Başvurucular Demir ve Balta, PKK yasadışı örgütünün gençlik kolu olan YDG-H bünyesinde faaliyetler yürüttükleri şüphesi ile göz altına alınmışlardır. Soruşturma aşamasında dinlenen gizli tanık, başvuranları suçlanan örgütün üyeleri olarak belirtmiştir. Başvuruculara savcılık tarafından gizli tanığın vermiş olduğu beyanlar okunmuştur. Başvurucular tarafından gizli tanığın vermiş olduğu bu ifadeler kabul edilmemiştir. Başvurucu Demir' in avukatı tarafından gizli tanığın verdiği beyanlarda kendisine yönelik mevcut herhangi bir tehdit ya da şiddetten bahsetmemesi sebebiyle, bu tanığın kimliğinin tespit edilmesi istenmiştir. Devamında, başvurucular beraberlerindeki diğer on dört kişi ile birlikte, PKK ' ya mensup olma suçuyla itham edilmişlerdir. Dava, Malatya Ağır Ceza Mahkemesinde görülmüştür. Gizli tanığın beyanları ise, Bingöl Ağır Ceza Mahkemesince istinabe yoluyla alınmıştır. Başvuranlar, kendilerine yöneltilen suçlamalara itiraz etmiş ve aynı zamanda da gizli tanığın dinlenme şeklinin hukuka aykırı olduğunu, gizli tanığın kimliğinin neden gizlenmesi gerektiğine dair kendilerine bilgi verilmediklerini, tanığın hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında avukatlarının yokluğunda dinlendiğini ve kendilerinin bu tanığa sorular sorma

⁴⁰² Kostovski/Hollanda, Başvuru No: 11454/85; Kararın Türkçe çevirisi ve ayrıntılı gerekçesi için bkz. <http://iham.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=200>. Ayrıca bu konuda bkz. Kızılkaya, s. 66; Gemalmaz, s. 418; Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 307.

⁴⁰³ Balta ve Demir/Türkiye, Başvuru No:48628/12; Kararın Türkçe çevirisi ve ayrıntılı gerekçesi için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%220001-157637%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%220001-157637%22]}).

imkânından mahrum bırakıldıklarını ifade etmişlerdir. İlk Derece Mahkemesi ise gizli tanığın usulüne uygun dinlendiği gerekçesiyle bu yöndeki talepleri reddetmiştir. Neticede, başvuranlar yasadışı örgüte mensup olma suçundan altı yıl üç ay hapis cezasına mahkûm edilmişlerdir.

AİHM, söz konusu olayda AİHS' nin adil yargılanma hakkını kapsayan 6/1 ve 6/3-(d) fıkralarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, Malatya Ağır Ceza Mahkemesi ve Bingöl Ağır Ceza Mahkemesi' nin tanığı gizliliğini korumaya ve tanığı savunma tarafının huzurunda dinlememeye iten sebepleri ortaya koymamasını, tanığın duruşma salonundan başka bir salonda dinlenmesi ve sanıkların görüntülü ve sesli aktarma sistemi aracılığıyla soru sorma haklarını kullanabilmesine imkan sağlamamasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak tespit etmiştir. Yine Mahkeme, savunma tarafının maruz kaldığı güçlüklerin giderilmesi amacıyla yeterli usuli güvencelerin bulunmadığını, sanıkların haklarını daha az kısıtlayacak tedbirlerin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun tartışılmadığını belirtmiştir.

Mahkeme' ye göre, soruşturma aşamasında gizli tanık veya muhbirlerin bayanlarına dayanılarak işlem yapılması Sözleşme' ye aykırı olmamaktadır. Ancak Mahkeme, adil yargılanma hakkının, suçun önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere feda edilemeyeceğini de vurgulanmıştır.

Yine Mahkemeye' ye göre gizli tanıklık hususunda; tanıkların korunmasındaki kamu menfaati ile savunma hakkının sınırlandırılması arasında orantılılık ilkesi gereğince dengenin sağlanmasına ilişkin olarak vermiş olduğu 26.03.1996 tarihli Doorson/Hollanda kararına⁴⁰⁴ esas teşkil eden olayda; Başvurucu Doorson, uyuşturucu ticareti suçu işlemek şüphesiyle yakalanmıştır. Bu hususta iki tane gizli tanık sorgu hâkimi tarafından dinlenmiş, ancak müdafî bu dinleme sırasında hazır bulunamamıştır. Zira, sorgu hâkimi bu iki tanığı müdafî huzurunda dinlenmesi için celbini emretmiş, ancak belirtilen yer ve saatte tanıklar hazır olmamış, orada hazır bulunan müdafî ise tanıkların gelmemesi sebebiyle ayrılmıştır. Müdafî ayrıldıktan sonra ise gizli tanıklar sorgu hâkimliğine gelmiş ve başvuru müdafîi bulunmaksızın hâkim tarafından dinlenmiştir. Devamında ilk derece mahkemesi tarafından başvuru uyuşturucu ticareti suçundan mahkûm edilmiştir. Başvurucu, karara karşı istinaf yoluna gitmiştir. Bunun üzerine, istinaf mahkemesi

⁴⁰⁴ Doorson/ Hollanda, Başvuru No:20524/92; Kararın gerekçesi için bkz. Gemalmaz, s. 411; Kızılkaya, s. 66; Turhan, Tanıkların Korunması, ss. 148-149.

gizli tanıkların müdafî huzurunda belirlenecek bir sorgu hâkimi tarafından dinlenmesine karar vermiştir. Müdafî tarafından kimlikleri bilinmeyen gizli tanıklara soru sorulabilmiştir. İki gizli tanık ise, başvurucudan uyuşturucu satın aldıkları ifade etmiş ve polis tarafından başvurucunun çekilmiş bir fotoğraftaki kişiler arasında da başvurucuyu teşhis etmiştir. İstinaf mahkemesi de, başvurucuyu uyuşturucu ticareti suçundan mahkûm etmiştir.

AIHM, söz konusu olayda AIHS’ nin adil yargılanma hakkını kapsayan 6/3-(d) bendinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. AIHM, Doorson/Hollanda kararının adil yargılanma hakkını ihlal etmediğine dair gerekçesini ise şu şekilde izah etmiştir: Mahkeme, Gizli tanık beyanlarının sanığın savunma hakları başka usullerle dengelendiği takdirde hüküm verilirken delil olarak kullanılmasını Sözleşme’ nin ihlali olarak görmemiştir. Söz konusu olayda, ihlal kararı verilmemesinin sebebi ise gizli tanıkların sorgu hâkimi tarafından dinlenmesi sırasında müdafie hazır bulunma ve soru sorabilme imkânının tanınmış olması olarak belirtilmiştir

TKK’ nın 5/2 maddesine göre de, aynı sonuç daha hafif bir tedbir ile elde edilebiliyor ise bu durum göz önünde bulundurulmalı ve daha hafif olan tedbirin uygulanmasına karar verilmelidir⁴⁰⁵. AIHM ‘ in ölçülülük kriterini karşılayacak nitelikte bulunmaktadır⁴⁰⁶. Ancak, fıkrada yer alan “daha hafif bir tedbir” ifadesinden anlaşılması gerekenin ne olduğu belirtilmemiştir. Bu hafiflikten kastın; tedbirin mali boyutu mu yoksa savunma hakkını en az kısıtlayarak savunma hakkına en az zarar veren tedbir oluşumu olduğu açıklanmamıştır⁴⁰⁷.

Balo’ya göre, tanığın korunması düşüncesinin zarar verdiği alan sanık hakları ile bir kısım ceza muhakemesi ilkeleridir. Menfaatler çatışmasında, bu değerlere verilen önem itibarıyla de “daha hafif tedbir” kavramının ifade edeceği anlamında farklı olacağını ifade etmektedir⁴⁰⁸. Örneğin, savunma hakkına önem verilirse, gizli tanıklık tedbirinin koşulları ağırlaşacak ve çapraz sorgu imkânı genişlemiş olacaktır.

⁴⁰⁵ Gerçi bu madde hükümde birden fazla tanık koruma tedbirinin aynı olay için uygulanabiliyor olması halinde daha hafif olan tedbirin seçimi hususundadır. Ancak buradaki ilkenin, tanığın kimliğinin gizli tutulması kapsamında alınabilecek tedbirler açısından da uygulanması mümkündür. Bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 167.

⁴⁰⁶ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 166.

⁴⁰⁷ Konu, Kanunun Adalet Komisyonu görüşmelerinde gündeme gelmiş ve tanık koruma tedbirlerinin kendi arasında, hafif tedbirden daha ağır tedbire doğru bir sıralama içerisinde olduğu belirtilmiştir. Balo, Anonim Tanık, s. 187.

⁴⁰⁸ Rec (2005) 9 sayılı Tavsiye Kararına göre de, tanık koruma tedbirlerinin, suçun önlenmesi, mağdur ve tanıkların ihtiyaçları ile adil yargılanma hakkının korunması arasında, demokratik bir toplumda gerekli dengenin sürdürülmesini sağlamalıdır.

Şayet, gizli tanıklık tedbirine önem verilirse de Kanun itibariyle bunun sağlanmış olacağı düşünülmektedir.

Türk hukukunda yer alan “daha hafif tedbir” kavramına benzer bir uygulama da Alman hukukunda bulunmaktadır. Üç Basamak Teorisi adı verilen bu uygulama, sadece sanığın haklarının adil bir muhakemede korunmasını değil, aynı zamanda devletin cezalandırma hakkını yerine getirebilmesini de içermektedir. Hukukumuzdaki orantılılık ilkesi gibi, bu teori de, basamaklı bir sistem olup bir öncekinin yeterli olmaması halinde sonraki basamağa geçişin sağlandığı bir uygulama olarak yer almaktadır. İlk ve en alttaki gizli tutma basamağı, tehlikedeki tanığın duruşmadaki sorgusu esnasında korunmasına tekabül etmektedir⁴⁰⁹. Örneğin, sanığın duruşmadan uzaklaştırılması, aleniyetin kaldırılması gibi kendi içerisinde de basamaklandırılmış seçenekler bulunmaktadır. Devamında, ilk gizlilik basamağında aynı şekilde basamaklanmış sistemin en son basamağı ise video konferans sistemiyle sorgunun sağlanması olarak belirlenmiştir. İkinci gizlilik basamağı, tanığın korunmasını güçlendirmekte, tanık esas mahkemesi tarafından değil, naip ya da istinabe olunan hâkim tarafından sorgulanmaktadır. Üçüncü gizlilik basamağı, bilgi veren kimsenin kimliğinin mahkeme ve muhakemeye katılanlara tamamen gizli kalmasının sağlanması yoluyla belirlenmiş ve uygulanmıştır⁴¹⁰.

3.8.3. Gizli Tanıklığı AİHM İçtihatları Açısından Değerlendirme

3.8.3.1. Genel Olarak

Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin tamamen gizlenerek dinlenmesi ve bu dinleme sonunda elde edilen beyanların hüküm verilirken kullanılması, tanık koruma tedbirlerinin en tartışmalı noktasını oluşturduğunu, gizli tanıklığın sanığın mahkûmiyetinde delil olarak kullanılmasının sanığın savunma hakkına sınırlama getirdiği bu sebeple de sanığın veya müdafinin gizli tanığın sorgulanmasında çok

⁴⁰⁹ Joachim Renzikowski, Adil Yargılanma ve Anonim Tanık- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Tanığın Korunmasında Üç Basamak Teorisi, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’ e Armağan, çev. Ali Kemal Yıldız, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 267..

⁴¹⁰ Buna göre, sadece üçüncü basamak, bilgi veren kimsenin kimliğinin tam olarak gizli kalması garantisini sağlar. Renzikowski, s. 270.

büyük derecede sorunlar yaşamasına sebebiyet verdiğini ifade etmiştik. Gizli tanıklığın uygulanması kararı ile beraber, sanık veya müdafî tarafından adı, doğum tarihi, mesleği, oturduğu yer ve sanık ile olan bağlantısı bilinmeyen bir tanığın ve yaptığı açıklamaların doğruluğu ve sorgulanması büyük oranda sınırlanmış olmaktadır⁴¹¹.

Bu nedenlerle gizli tanığın beyanının hüküm verilirken değerlendirilmesinin, sanığın AİHS madde 6' da güvence altına alınmış olan ve bizim de temelindeki ilke ve haklarla anlatmaya çalıştığımız adil yargılanma hakkı ile bağdaşp bağdaşmadığının AİHM' in içtihatları ışığında tartışılması gerekmektedir. Gizli tanığın beyanlarının hüküm verilirken sanığın aleyhine kullanılması sorunu AİHM' in birçok kararının konusunu oluşturmaktadır.

3.8.3.2. AİHM' in Gizli Tanıklık İçin Kullandığı Temel Kriterler

3.8.3.2.1. Gizli Tanıklık Yapmanın Zorunlu Olması

AİHM' e göre, tanığın gizli dinlenmesine ve kimliğinin gizlenmesine karar verilebilmesi için, tanığın korunmasının zorunlu olması bir başka deyişle bunu gerektirecek haklı bir nedenin varlığı gerekmektedir⁴¹². Tanığın kimliğinin bilinmesi tanık bakımından ciddi bir tehlike yaratıyorsa tanığın kimliği gizli tutulabilmektedir. Ancak, gizli tanıklığı haklı kılacak tehdidin ciddi ve somut olarak belirlenmesi gereklidir⁴¹³. Yani, tanığın sadece korktuğunu ifade etmesi yeterli olarak görülmemektedir. AİHM' in 14.02.2002 Tarihli Visser/ Hollanda kararına⁴¹⁴ esas teşkil eden olayda, başvuru bir kimsenin kaçırılması olayından mahkûm edilmiştir. Olaya ilişkin olarak beyanda bulunan gizli tanığın, kimliğini gizli tutmak istemesinde sorgu hâkimi tarafından haklı bulunmuştur. Gizli tanığın sorgu hâkimi tarafından dinlenmesi sırasında, sorgu hâkimi ve tanık bir odada, diğer odada ise müdafî bulunmuştur. Ancak müdafîin bulunduğu yer ile gizli tanığın bulunduğu oda arasında

⁴¹¹ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 141.

⁴¹² Yokuş Sevük, s. 617; Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, s. 264.

⁴¹³ Kişinin yaşamının tehlikede olması, kişinin özgürlüğü veya güvenliğinin tehlikede olması gibi nedenler haklı neden olarak görülmektedir. Yokuş Sevük, s. 618.

⁴¹⁴ Visser/Hollanda Kararı, Başvuru No:26668/95, Karar için bkz. Turhan Tanıkların Korunması, s. 159.

herhangi bir ses ve görüntü aktarımı yapılmamış, müdafinin önceden liste halinde hazırlamış olduğu sorular sorgu hâkimi tarafından gizli tanığa sorulmuştur.

AIHM, söz konusu olayda AIHS' nin adil yargılanma hakkını kapsayan 6/1 ve 6/3-(d) fıkralarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AIHM, Visser/Hollanda kararının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine dair gerekçesini ise şu şekilde izah etmiştir: AIHM, davada, gizli tanıklığına karar verilen tanığın, tehlikede olduğuna dair beyanlarının gerçekliğine ve yeterince gerekçelendiğine kanaat getirmemiştir. İstinaf mahkemesinin de, bu hususta tanığın kimliğinin gizli tutulması için ileri sürülen gerekçelerin ciddiliği ve gerçekten mevcut olup olmadığı konusunda bir inceleme ve araştırma yapmadığını belirtmiştir. AIHM aynı kararda tehlikenin varlığının ve ciddiyetinin devam edip etmediğinin de denetlenmesi gerektiğinden bahsetmiştir.

Yine AIHM' e göre, bir delilin kabul edilebilirliği ve delil kaynağından elde edilenlerin değerlendirilmesinin ulusal kanun koyucunun takdir hakkı içindedir. Ancak, gizli tanıklık için tanığın tehdit altında olması olmazsa olmaz bir koşuldur⁴¹⁵. Aksi halde adil yargılanma hakkının ihlal edileceği Mahkeme tarafından belirtilmiştir⁴¹⁶.

Yargılamanın her aşamasında ayrıca, karar veren merci tarafından tanık korumaya dair belirttiğimiz zorunluluğun devam edip etmediği de incelenmelidir. Tanık için korumaya sebebiyet vermiş olan tehlike durumunun hafiflemesi durumunda, orantılılık ilkesi gereği daha hafif bir tedbir uygulanması gerekiyor ise bunun incelenmeye alınması gerekmektedir. Yine Mahkeme' nin vermiş olduğu kararlardan anlaşıldığı üzere; tanık koruma hususunda uygulanan tedbirler açısından somut bir gerekçe sunulması ve daha hafif tedbire neden başvurulmadığının da belirtilmesi zorunlu olarak görülmektedir⁴¹⁷.

AIHM, tanığın kamu görevlisi olması halinde gizli tanıklığı daha sınırlı olarak kabul edilmesi görüşündedir. Yani, bir polisin ya da örnek verilmek gerekirse gizli soruşturmacının gizli tanık olarak kullanılabilmesi çok istisnai koşullarda haklı görülebilmektedir. Buradaki tehlike koşulunun normal tanıklara göre de daha farklı

⁴¹⁵ Doorson/ Hollanda Kararında Mahkeme, tanıkların uyuşturucu madde ticareti yapan sanıklar tarafından yargılamadan evvel tehdit edilmelerini ve tanıklardan birinin saldırıya uğramasını somut ve ciddi bir gerekçe olarak tespit etmiştir.

⁴¹⁶ Şentürk ve Bayzit, s. 154.

⁴¹⁷ Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, s. 264.

kıstaslarla değerlendirilmesi gerekmektedir. AİHM’ in 23.4.1997. tarihli Van Mechelen ve diğerleri/ Hollanda kararına⁴¹⁸ esas teşkil eden olayda; Başvurucular, yağma ve öldürmeye teşebbüs suçlarından Hollanda mahkemesince mahkûm edilmişlerdir. Hollanda mahkemesi mahkûmiyet kararını esas itibariyle başvurucları teşhis eden kimliği gizli on bir polis memurunun ifadelerine dayandırmıştır. Gizli tanıkların sorgu hâkimi tarafından dinlenmesinde, sorgu hâkimi ile zabıt katibi ve tanık olarak dinlenen polis memuru bir odada, sanıklar ve müdafileri ile savcı ise başka bir odada bulunmuşlardır. Sorgu hâkiminin soruları ve tanıkların cevapları ses bağlantısı yoluyla sanıklar, müdafileri ve savcının bulunduğu diğer odaya nakledilmiştir. Oda içerisinde bulunan mikrofon ile de savcıya, sanığa ve müdafine soru sorabilme imkânı tanınmıştır. Ancak tanıklar kimliklerinin gizliliğini korumak için her soruya cevap vermemişlerdir. Ayrıca sorgu hâkimliğince de gizli tanıkların, kimliklerini gizli tutma konusundaki taleplerinde haklı olduğu tespit edilmiştir. Devamında Hollanda Mahkemesi gizli tanık polis memurlarının ifadelerinin birbirini destekler nitelikte olması ve bu ifadeleri destekleyen başkaca delillerin de olmasından bahisle, sanıklardan dördünü mahkûm etmiştir.

AİHM, söz konusu olayda AİHS’ nin adil yargılanma hakkını kapsayan 6/3-(d) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda kararının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine dair gerekçesini ise şu şekilde izah etmiştir: AİHM, gizli tanık beyanıyla ilgili olarak kararlarında vurguladığı hususlara ek olarak bu olayda, gizli tanıkların polis memuru olması sebebiyle normal tanıklardan bir takım farklılıklarının bulunduğunu vurgulamıştır. Mahkeme’ ye göre bu olayda, tanıkların polis memuru olması sebebiyle tanıkların gizli tutulmasındaki yarar ile sanıkların savunma haklarının korunmasındaki yarar arasındaki denge açısından bir takım sorunlar bulunmaktadır. AİHM, polis memurlarının savcılık makamı ile aralarında bir şekilde bir bağ bulunduğunu ve aynı zamanda itaat altında olduklarını belirtmiştir. Kaldı ki yine bu kişilerin aleni bir duruşmada tanıklık yapmaları gerektiğini de vurgulamıştır.

⁴¹⁸ Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda, Başvuru No’ ları:21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93. Kararın çevirisi ve ayrıntılı gerekçesi için bkz. Tarık Söylemiş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda Kararı”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:I, Sayı:2, Yıl: 2011, ss. 159-185.

Yine AİHM' in 25.06.1992 tarihli Ludi/İsviçre kararına⁴¹⁹ esas teşkil eden olayda, başvuru hakkında uyuşturucu ticareti yaptığına ilişkin polise bilgi gelmiş ve başvuru hakkında soruşturma başlatılmıştır. Devamında başvuru telefon dinlenmiş ve başvuru ile soruşturma konusu olayın aydınlatılması için irtibata geçmesi sağlanan bir de gizli soruşturmacı görevlendirilmiştir. Gizli soruşturmacı kişi başvuru ile irtibata geçmiş ve başvuru tutuklanana kadar beş defa görüşmüş ve başvuru gizli soruşturmacıya uyuşturucu satışında bulunmuştur. Yargılama aşamasında, savunma makamı gizli soruşturmacının duruşmada tanık olarak dinlenmesini talep etmiş ancak Mahkeme, gizli soruşturmacının kimliğinin gizlenmesi ve tehlikeye düşmemesi için bu talebi reddetmiş ve telefon dinleme kayıtları ile gizli soruşturmacının vermiş olduğu yazılı raporu mahkûmiyet için yeterli görmüştür.

AİHM, söz konusu olayda AİHS' nin adil yargılanma hakkını kapsayan 6/3-(d) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ludi/İsviçre kararının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine dair gerekçesini ise şu şekilde izah etmiştir: AİHM tanık kavramının iç hukuktan özerk bir kavram olarak değerlendirilmesi gerektiği, ulusal mahkemede ifade vermesi gereken ancak vermeyen kişilerin de tanık olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Olayda yer alan gizli soruşturmacı yargılamanın hiçbir aşamasında tanık olarak yer almamasına rağmen AİHM onu Sözleşme' ye göre tanık olarak belirlemiştir. Mahkeme' ye göre, gizli soruşturmacı duruşmada tanık olarak dinlenmediği gibi sanık veya müdafinin de gizli soruşturmacı kişiye yargılamanın herhangi bir aşamasında soru sorabilme, gizli soruşturmacı kişinin güvenilirliğinin denetleyebilme imkânı da tanınmamıştır. Bu sebeple, başvuru telefon dinlenmesi Sözleşme' nin 6. maddesinin 1. ve 3/d fıkralarının ihlâl edildiğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, gizli soruşturmacı olan polis memurlarının gizli tanıklık durumlarının korunacağı bir usulde dinlenebileceklerini de belirtmiştir. Ancak bu usulün nasıl olması gerektiğini açıklamamıştır.

Daha evvelden bahsettiğimiz üzere, polis memurlarının gizli tanıklıklarının sadece istisnai durumlarda kullanılması gerekmektedir. Burada Mahkeme' nin belirlemiş olduğu diğer husus da şudur: Kolluk yetkilisinin gizli soruşturmacı olması

⁴¹⁹ Ludi/İsviçre Kararı, Başvuru No:12433/86 Kararın çevirisi ve gerekçesi için bkz. Gemalmaz, s. 422; Sevik, s.619.

durumunda, gizli tanıklık için belirlenen şartları taşıması hâlinde savunma hakkına hâlel getirmeyecek şekilde meşru olabileceği hususudur.

Tanığın kimliğinin gizli tutulabilmesi için tanığa yönelik tehlikenin hangi derecede olmasına ilişkin Mahkemece açık belirtilmiş bir belirleme bulunmamaktadır. Ancak Mahkeme, Van Mechelen ve diğerleri/ Hollanda kararında tanığın kendisi veya yakınlarının hayat ve vücut bütünlüğüne yönelik somut tehlikenin var olması gerektiğini belirtmiştir.

Diğer yandan, Mahkeme gizli tanıklık için sebep olarak gösterilen tehlikenin varlığının soruşturma organlarından bağımsız bir merci tarafından ve özellikle de bir hâkim tarafından titizlikle incelenmesi gerektiğini Doorson/Hollanda ve Kok/Hollanda kararlarında belirtmiştir.

3.8.3.2.2. Çekişmeli Yargılama

Tanığın kimliğinin gizli tutulması için önemli ve yeterli nedenin bulunması her türlü tanık koruma tedbirini hukuka uygun hale getirmemektedir. AİHM' in kökleşmiş içtihatlarından birisi de hükme esas teşkil eden delillerin sanığın huzurunda veya en azından bilgisi dâhilinde tartışılması zorunluluğudur. Asıl olan silahların eşitliği ilkesi gereği sanığın aleyhine beyanda bulunan tanıkla yüzleşmesidir. Ancak, AİHM, bunun tanık açısından ciddi, ağır tehlikeler yaratması ihtimalinde ise en azından müdafii aracılığıyla yazılı olarak tanığa soru yöneltebilmesinin gerekliliğini kararlarında vurgulamıştır. Mahkeme, sanığın bilgisi dâhilinde meydana çıkması ve üretilmesi gerekli olan ve delil niteliğinde olmaları sebebiyle mahkûmiyete esas teşkil etmeleri durumunda gizli tanığın sanığın hiçbir sorusuna cevap vermemesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Bu açıdan savunma makamının muhakemenin herhangi bir aşamasında iddia tanığına soru sormak ve onun güvenilirliğini sorgulayabilmek için yeterli imkana sahip olması hayati önem taşımaktadır⁴²⁰.

AİHM' in kararlarına göre, sanığın adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi sağlanmak şartıyla, duyduğunu söyleyen kişinin tanıklığı ya da tanığın önceki

⁴²⁰ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 164; Demren Dönmez, Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkı, s.154.

ifade tutanaklarının okunması Sözleşme’ ye aykırı bulunmamıştır⁴²¹. Gizli tanığın bildirdiklerinin dolaylı yollarla muhakemeye dâhil edilmesine bir takım itirazlar yöneltilmektedir. Hazırlık soruşturmasında kolluk veya savcıda ifade vermiş ve fakat daha sonra ölmüş veya başkaca bir nedenle kendisine ulaşamamış olan tanık, duruşmada daha önce vermiş olduğu ifadenin karşısına çıkacağını, mahkemece ve savunma makamı tarafından kendisine bir takım sorular sorulabileceğini, yalan beyanda bulunmanın cezai yaptırımının olduğunu bilerek hareket etmektedir. Ancak, gizli tanık bu tür işlemlerle karşılaşmayacağını bilmektedir ve ona göre hareket edebilmektedir.

3.8.3.2.3. Gizli Tanığın Beyanının Mahkûmiyet Hükmüne Belirleyici Olacak Şekilde Etki Etmesi

AİHM içtihatlarına göre, mahkûmiyet hükmü tek başına gizli tanık olan ve sanıkla dolaylı olarak dahi karşılıklı ilişkisine girmemiş olan tanığın beyanlarına dayandırılmamalıdır. AİHM ‘in gizli tanıklık konusunda vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, tanık beyanının yanında var olan ancak hükme etki etmeyen bazı emarelerin varlığı halinde de adil yargılanma hakkının ihlali kararı vermektedir. Bu bağlamda, silahların eşitliğinden bahsedebilmek için bir mahkûmiyet kararının gizli tanık beyanından başka delillerle de temellendirilmesi gerekmektedir. Ancak burada, gizli tanığın beyanını doğrulayan yan delillerin, gizli tutulan başka tanık beyanların olmaması gerekmektedir. Zira Mahkeme, mahkûmiyet kararının birden fazla kimliği gizlenmiş tanık beyanına dayandırılmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak tespit etmiştir. AİHM’ in 27.09.1990 tarihli Windisch/Avusturya kararına⁴²² esas teşkil eden olayda; kahvehanede gerçekleşmiş olan bir hırsızlığa ilişkin, olayın gerçekleştiği yerin yakınında bir araç içerisinde iki kişinin beklediğini polislere bildiren iki tanık bulunmaktadır. Tanıklar bu ifadelerini, polis tarafından güvence altına alınması şartıyla vereceklerini de beyan etmişlerdir. Yapılan

⁴²¹Dolaylı delillerin güvenilmez oluşundan, zorunlu olarak, bunların değerlendirilmesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmamalıdır. Daha iyi delile ulaşamadığında elde olan delilin muhakkak değerlendirilmesi gerekir. Görüş için bkz. Şahin, Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi, s. 167.

⁴²² Windisch/Avusturya Kararı, Başvuru No:12433/86 karar için bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 145.

araştırmalar neticesinde başvurucu Windisch' e ulaşılmış ve tanıklar tarafından başvurucu teşhis edilmiştir. Devamında tanıkların kimliği gizli tutularak beyanları alınmış ve yargılamada açılan duruşmada ise gizli tanıkların beyanlarını alan polis memurları dinlenmiştir. Savunma makamının, tanıkları aleni duruşmada dinlenmesi ve onlara soru sorulabilmesine ilişkin talepleri de yargılamayı yapan mahkemece reddedilmiştir. Yargılama polis memurlarının ifadeleriyle başvurucunun mahkûmiyeti ile neticelendirilmiştir.

AİHM, söz konusu olayda AİHS' nin adil yargılanma hakkını kapsayan 6/3-(d) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, Windisch/Avusturya kararının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine dair gerekçesini ise şu şekilde izah etmiştir: AİHM' göre, kimlikleri gizli tutulan tanıklar ne sorgu hâkimi ne de hüküm veren mahkeme tarafından dinlenmiştir. Yine başvurucunun teşhis işlemi de usule aykırı yapılmış ve başvurucu da bundan haberdar edilmemiştir. Talepte bulunmalarına rağmen sanık ve müdafiiine gizli tanıklara soru sorma imkânı tanınmamıştır. Her ne kadar gizli tanık ifadelerini alan polis memurlarının duruşmada dinlenmesi sağlanmış ve sanık ve müdafiiin polis memurlarına soru sorabilme imkanları bulunsa da, Mahkeme bunları iddia tanıklarına aleni duruşmada doğrudan soru sorabilme hakkını dengeleyecek nitelikte olduğuna kanaat getirmemiştir. Diğer yandan, yargılamayı yapan mahkeme de beyanları alınan gizli tanıklara ilişkin herhangi bir bilgiye sahip değildi. Bu sebeple, mahkeme doğrudan soru sorabilme sırasında tanıkları gözlemleyememiş ve beyanlarının güvenilirliği hususunda bir kanaate de varamamıştır.

Avusturya mahkemesinin büyük ölçüde gizli tanık beyanlarına dayandırılarak vermiş olduğu karar AİHM' e göre, başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine sebebiyet vermiştir.

Yine AİHM, Kok/Hollanda davasında başvurucu, yüksek miktarda uyuşturucu madde, silah, mermi ve patlayıcı maddeyi bir evde depolanmakla suçlanmıştır. Kimliği gizli tutulan bir muhbirin polise bir ev adresi vermesi sonunda yapılan inceleme ve araştırmalar neticesinde başvurucu üzerinde dolu bir tabanca ile yakalanmış ve hakkında suç örgütüne üyelik, yasak uyuşturucu madde ve silah bulundurmaktan dava açılmıştır. Savcılığın olayla ilgili gizli bir tanığın dinlenmesi talebini inceleyen sorgu hâkimliği, tanığın kendisinin ve çevresindekilerin tehlikeye

düşeceğini destekleyen durumları inandırıcı kabul etmiş ve tanığı yeminle dinlemeye karar vermiştir.

Gizli tanığın dinlemesi, başvuru, müdafî ve savcı bir odada hazır bulunurken, gizli tanık ise sorgu hâkimi, zabıt katibi ve iki polis memuru ile birlikte başka bir odada bulunacak şekilde gerçekleştirilmiştir. Polislerden biri ses tekniği ile görevli iken diğeri ise sadece dinleyici olarak odada bulunmuştur. Sesler aktarılırken mikrofon kullanılmış ve tanığın cevapları ise bir ses değıştirici kullanılarak diğerk odaya nakledilmiştir. Ancak, tanığın cevapları öncelikli olarak sorgu hâkimi tarafından dinlenmiş bu sırada diğerk odaya sesin gitmemesi için ses akışı kesilmiş. Gizli tanığın verdiği cevapların tanığı tehlikeye düşürmemiş olduğuna kanaat getiren sorgu hâkimi ses akışına tekrar başlayarak aynı soruyu sormuş ve tanıktan aynı cevabı alarak diğerk odaya naklini sağlamıştır.

Savunma makamı, sorgudan önce hazırlamış olduğu doksan soruyu ifadeden önce hâkime sunmuştur. Ancak tüm sorular sorulamamış. Sorgu hâkimi, bazı soruların hükme bir etkisi olmayacağı, bazı soruların ise gizli tanığı tehlikeye düşüreceğı sebebiyle sorulmasına izin vermemiştir. İzin vermeme gerekçelerini de tutanak altına almıştır. Neticede yargılama sonunda sanık, altı yıl hapse mahkum edilmiştir. Başvurucu tarafından yapılan istinaf başvurusu neticesinde ise istinaf mahkemesi başvurucuyu yine altı yıl sekiz aya mahkûm etmiştir. İstinaf mahkemesinin görüşünde; verilen kararın gizli tanık beyanına değil dosya içerisindeki diğerk delillere dayandırılmıştır.

AIHM, yapılan başvuruya ilişkin olarak; Sözleşme’ nin ihlal edilmediğı gerekçesi ile başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme kararında, daha önceden vermiş olduğu Doorson/Hollanda ve Van Mechelen ve diğerkleri/Hollanda⁴²³ kararlarında gizli tanıklığa ilişkin belirlemiş olduğu ilkeleri hatırlatmış ve sonrasında da başvurucunun mahkûmiyetinin belirleyici bir ölçüde gizli tanık beyanına dayanmadığını, mahkûmiyeti destekleyen birden fazla başkaca delilin olduğunu devamında da gizli tanıklık gerekçelerinin de haklılık içerisinde olduğunu tespit etmiştir. Diğerk taraftan yine Mahkeme, savunmanın haklarının çok az bir şekilde zarar gördüğünü, gizli tanığın dinlenmesi usulünün ise aleni bir duruşmada dinlemeye yakın olacak şekilde dinleme olduğunu tespit etmiştir.

⁴²³ AIHM’ in bu kararında; sanıkların mahkûmiyetinin, “büyük ölçüde gizli ifadelerle dayanmakla birlikte, gizli tanıkların beyanlarının mahkemece diğerk delillerle de desteklendiğini tespit etmiştir”.

Burada ifade etmek gerekir ki, gizli tanık beyanını destekleyen başkaca delillerin yalnızca muhakemede sunulması yeterli görülmemiştir. Sanığın mahkûmiyet hükmünde kullanılmayan deliller her ne kadar gizli tanık beyanlarını destekler nitelikte olsalar da netice olarak mahkûmiyet belirleyici ölçüde gizli tanık beyanlarına dayandırılmış olmaktadır. AİHM buna ilişkin görüşünü, 28.06.2002 tarihli Birutis ve Diğerleri/ Litvanya⁴²⁴ kararında; gizli tanık ifadesinin dışında aleni duruşmada beyanları alınan üç tanığın ifadelerinin hükümde yer almamasını, hükmün sadece gizli tanık beyanı üzerinden kurulması olarak ifadelendirmiş ve başvurunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

3.8.4. Türk Hukukundaki Gizli Tanıklığın, AİHM’ in Gizli Tanıklık Konusundaki Kararları ve Adil Yargılanma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

Türk hukukunda tanık koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için; TTK uyarınca, ağır ve ciddi bir tehlikenin varlığı, CMK’ da ise sadece ağır bir tehlikenin varlığı aranmaktadır. AİHM, tanık veya yakını olan kişilerin hukuki değerlerine yönelik bir tehlikenin varlığını kabul etmiştir. Diğer taraftan AİHM, tanığa yönelik misilleme ve tehdit tehlikesinin soruşturma organından bağımsız bir merci tarafından, özellikle bir hâkim tarafından esaslı bir şekilde incelenmesi gerektiğini de belirtmiştir⁴²⁵. AİHM’ in konu ile ilgili kararlarına bakıldığında tehlikenin varlığı somut olaya göre değerlendirilmiş ve gizli tanıklık için sunulan gerekçelerin tanık için ne kadar elzem olduğu incelenmiştir (Doorson/ Hollanda ve Kok/ Hollanda kararı).

Türk hukukunda tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizlenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise, savcının talebi üzerine veya re’ sen mahkeme tarafından verilecektir. Bu karardan sonra da gizli tanık işin doğası gereği sanık ve müdafinin yokluğunda bir şekilde dinlenilmeye çalışılacaktır⁴²⁶. Görüleceği üzere kanun koyucu, zorunlu hal olarak kabul ettiği durumlar nedeniyle tanığın, sanık ve müdafii yokluğunda ve savunma hakkı kısıtlanarak “yoklukta tanık dinleme” müessesesini istisnai de olsa kabul etmiştir

⁴²⁴ Birutis ve diğerleri/ Litvanya Kararı, Başvuru No: 476/98.

⁴²⁵ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 167.

⁴²⁶ Şen ve Yurttaş, s.19.

(CMK madde 58/3). Tanığın kimliğinin gizli tutulması, hali hazırda zaten sanık haklarını ihlal edecek nitelik taşımakta iken bir de tanığın yoklukta dinlenmesi usulü, hukuka ve adalete aykırı uygulama sonucunu doğurmaktadır⁴²⁷. Sanığın aleyhinde beyanda bulunan tanığın kim olduğunu bilmemesi ve aynı zamanda yargılamaya katılan kişilerce de bilinmemesi, tanığın güvenilirliğinin denetlenebilmesi hususunda çok büyük sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Gerçekten de sanık yargılamada, adını, yaşını, mesleğini, oturduğu yeri ve kendisi ile arasındaki ilişkiyi, husumetinin olup olmadığını bilmediği bir kişi ile karşı karşıya kalmakta ve sanık için, tanığın yalan beyanda bulunabileceğinin tespiti de fazlasıyla güçleşmektedir. Çünkü, tanık ile sanık aleni duruşmada yüz yüze gelememekte ve uygulanacak çapraz sorgu sistemiyle de tanık beyanları denetlenememektedir. Adil yargılanma hakkının unsuru olarak açıkladığımız aleniyet ilkesi gereği de asıl olan, muhakeme sùjelerinin kamuoyuna açık bir duruşmada, muhakemeye katılabilmeleridir⁴²⁸. AİHM, 19.12.1990 tarihli Delta/ Fransa⁴²⁹ kararında, tanığın kimliğinin savunma tarafından öğrenilememesinin, savunma açısından aksi ispatlanamaz bir sav ile karşı karşıya gelmesi ile sonuçlandığını ifade etmiş ve içtihat edinmiştir. AİHM aynı kararında; kovuşturma sırasında bütün kanıtların tartışılabilmesi için kural olarak bu kanıtların aleni bir duruşmada ve sanığın huzurunda ortaya konulabilmeleri gerektiğini belirtmiştir. Uyuşmazlık konusu olayın tek tanığının olması halinde bu tanığın vermiş olduğu ifadeye dayanılarak hüküm kurulacak ise bu tanığın duruşmada

⁴²⁷ Başvurucu Baran Karadağ hakkında Van Cumhuriyet Başsavcılığınca “PKK KONGRA GEL terör örgütü üyesi olmamakla birlikte terör örgütü adına suç işlemek, terör örgütü faaliyeti çerçevesinde görevli memura etkin direnme ve terör örgütünün propagandasını yapmak” suçlarından 2011 yılında soruşturma yürütülmüştür. Soruşturma kapsamında gizli bir tanığın beyanlarına başvurulmuştur. Açılan kamu davasında da Mahkeme, soruşturma evresinde dinlenen gizli tanığı, başvurucuya ve vekiline gününü ve saatini bildirmedeği bir tarihte dinlemiş ve tanığın kimliğinin gizlenmesi hususunda da herhangi bir gerekçe ve neden göstermemiştir. Neticede başvuru gizli tanık beyanları üzerinden bahsi geçen suçlardan mahkum edilmiştir (Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi 2013/215 E-2013/193 K.) .Başvurucu Anayasa Mahkemesi’ ne “gizli tanığın gerçeği yansıtmayan beyanlarına dayanılarak hakkında mahkumiyet tesis edildiğinden bahisle Anayasa’ nın 36. Maddesi ile birlikte adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Somut başvuruda Anayasa Mahkemesi, tanığın kimliğinin neden gizlendiği hususunda bir gerekçeye yer verilmediği, hükmün belirleyici ölçüde gizli tanığın ifadesine dayandırıldığı ve bu durum nedeniyle tanığın savunma hakkının adil bir şekilde dengelenmediği sonucuna varılmıştır. ” Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Akif Yıldırım, “Gizli Tanık Beyanlarının Mahkûmiyete Esas Alınmasının Başvuru Konusu Yapıldığı Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi (B. No: 2014/12906)”, <https://www.jurix.com.tr/article/3755>, (19.12.2017); Demren Dönmez, Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkı, s. 149-150.

⁴²⁸ AKBK’ nın Rec(2005)9 sayılı Tavsiye kararı uyarınca, tanığın kimliğinin gizli tutulması istisnai bir tedbir olmalıdır. Üye ülkeler, savunmanın hakları ile tanığın kimliğinin gizli kalması yönündeki menfaatleri arasında adil bir dengeyi sağlayacak usul temin etmelidir. Balo, Anonim Tanık, s. 195.

⁴²⁹ Delta/ Fransa Kararı, Başvuru No:11444/85.

dinlenmesi ve sanık tarafından sorgulanması gerektiğini ifade etmiştir. Devamında, bu tanığın sanığın kendisini sorgulamadığı bir dönemde alınan önceki ifadesine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemeyeceğini de kararında belirtmiştir.

Ceza muhakemesinde, maddi sorunun çözülebilmesi için gerekli olan tanık beyanı, ilgili bölümde bahsettiğimiz üzere delil niteliğinde olup, delillerinde muhakemeye katılanlar huzurunda tartışılması gerekmektedir. Bu sebeple, delilin muhtevasını sadece hâkimin öğrenmesi yetmemekte, iddia ve savunma makamlarının da öğrenmesi gerekmektedir. CMK madde 217’ de, hâkimin kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırılabilmesi belirtilmiştir. Gizli tanık dinlenmesi halinde tanıkların kimlik bilgileri birçok olayda hâkim veya savcı tarafından biliniyor olacak, fakat tanığın güvenliğinin sağlanması için savunma makamından gizlenecektir. Bu durumun da adil yargılanma hakkının ilkesi olan silahların eşitliği ilkesi bakımından da sorunlar ortaya çıkardığı açıktır. Bu hususta AİHM, tanıkların kimlik ve adres bilgilerinin gizlenmesi tedbirine başvurulması halinde savunma tarafının sınırlandırılan menfaatlerinin başka menfaatlerle dengelenmesi gerektiğini kararlarında vurgulamıştır (Doorson/ Hollanda kararı). Adil yargılanma hakkı gereği, tanığın haklarına öncelik tanınması durumunda; sanık kimliğini bilmediği bir kişinin beyanı üzerinden mahkûm olacak, sanık haklarına öncelik verilmesi durumunda ise tanık aleni duruşmada savunma tarafından hedef haline düşeceği de elbette ki düşünülebilir⁴³⁰. Burada adil yargılanma hakkının gereği olarak sanık ve tanık haklarının olabildiğince bağdaştırılması şarttır. AİHM’ in, kökleşmiş içtihatlarından birisi, hükme esas teşkil eden delillerin sanığın huzurunda veya en azından sanığın bilgisi dâhilinde üretilmiş olma zorunluluğudur⁴³¹. AİHM, kimlik ve adres bilgileri gizlenen tanık karşısında sanığın savunmasını hakkıyla yapamayacağını belirterek bu hususta sanığın dolaylı yollarla da olsa en azından tanığa soru sorabilmesi, sanık aleyhine ifade veren tanığa karşın itiraz edebilme ve tanığın beyanına esas teşkil eden bilgileri ne şekilde öğrendiğini sorgulayabilmesi gerektiğini belirtmiştir (Kostovski/ Hollanda kararı).

Yukarıda açıklamasını yaptığımız üzere AİHM, savunma makamının yargılamanın herhangi bir aşamasında tanığa soru sorulması ve onun güvenilirliğinin sorgulanması için uygun ve yeterli bir zamana, imkâna sahip olmasına büyük

⁴³⁰ Şentürk ve Bayzit, s. 159.

⁴³¹ Gürol, s. 49.

derecede önem vermektedir. AİHM, gizli tanığın sanığın yokluğunda ancak müdafinin varlığında dinlenmiş olmasını adil yargılanma hakkına uygun görmektedir. Elbette ki sanık ya da müdafii savunma hakkı açısından gerekli bütün soruları gizli tanığa sorabilmeli ve onun güvenilirliğini test edebilmelidir. Türk hukukunda sanığın, tanığa soru sorabilme hakkı güvence altına alınmış olmakla beraber bu hakka bir takım sınırlandırmalar da getirilmiştir. Tanığa sorulacak soruların, tanığın kimlik bilgilerini ortaya çıkarması durumunda bu soruların sorulmasına izin verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. CMK madde 58/2 gereğince, tanığın maddi olaya ilişkin bilgileri hangi neden ve vesile ile öğrendiğini açıklaması zorunluluğu bulunmakta olup bunları açıklamasının kimliğini ortaya çıkarması durumunda ise tanığın bu nedenleri açıklamasına izin verilmemesi sanığın savunma hakkına getirilecek bir diğer kısıtlamayı oluşturmaktadır. Bu durumda, muhakemeyi yürütenin sanığın hakları ile tanığın güvenliğinin sağlanması arasında bir denge kurması gerekecektir. Ancak, tanık koruma tedbirlerinin savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağının da kati surette unutulmaması gerekmektedir.

AİHM içtihatlarındaki bir başka önemli husus, mahkûmiyet hükmünün sadece veya önemli ölçüde gizli tanığın ifadesine dayandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali olarak yer almasıdır. Türk hukukunda, TTK madde 9/7' ye göre, gizli tanık ifadeleri, CMK hükümlerine göre duruşmada hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade olarak kabul edilmektedir. Devamında, TTK madde 9/8 uyarınca kimliği gizlenen tanık beyanının tek başına hükme esas teşkil edemeyeceği de belirtilmiştir. AİHM, gizli tanık beyanlarının yeterli yan delillerle desteklenebilmesi halinde ancak mahkûmiyet hükmünde kullanılabileceğini belirtmiştir. Burada, TTK hükümlerine göre, kimliği gizlenen tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil edemez ise de böyle bir beyana sanığın mahkûmiyetinde önemli ölçüde dayanılabileceği hususu sorunu ortaya çıkmaktadır. Halbuki AİHM, gizli tanığın beyanının tek başına hükme esas teşkil etmesi yanında, böyle bir beyanın mahkûmiyet kararında esaslı rol oynamasını da Sözleşme' ye aykırı olarak kabul etmektedir⁴³².

AİHM' e göre sanığın, iddia tanıklarının sorgulamak veya sorgulatmak hakkı bulunduğundan bu hakkın sınırlandırılmasının da ölçülülük ilkesine uygun yapılması

⁴³² Turhan, Tanıkların Korunması, s. 168; Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, s. 266.

gerekmektedir. Bu ilkeye göre de, tanığın kimliğinin gizlenmesi yöntemleri içinden savunma hakkına en az zarar veren tedbirin uygulanması gerekmektedir. TTK' da oranlılık ilkesine yer vermiştir. TTK madde 5/2 hükmü, tanıklar için uygulanacak tedbirlerden biri veya birkaçının aynı anda uygulanabileceğini ancak aynı sonucun daha hafif bir tedbir ile elde edilebilmesi halinde bunun göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, tanığın dinlenmesinin ses ve görüntü nakli yani video konferans dediğimiz yöntemle sağlanması durumunda; sanık veya müdafiiine soru sorma hakkının sağlanması şartıyla Sözleşme' nin 6/3-(d) ve 6/1 hükmüne aykırı olmadığı söylenebilir. Video konferans yoluyla tanık dinleme tanığa soru sorma ve sorgulama hakkını güvence altına aldığından kabul edilebilir bir yöntem olarak görülmektedir. Bu usulde, tanığın korunması ile savunma hakkı arasındaki dengenin sanık ve müdafiiin olduğu aleni bir duruşmada dinlenmesinin sağladığı menfaat kadar olmasa da olması gerekene en yakın yöntem olduğu ifade edilebilir.

Ses ve görüntü nakli yani video konferans yoluyla dinleme⁴³³ sırasında tanığın kimliği de gizli tutulmuşsa, AİHM' in kimlik ve adres bilgileri gizli tutulan tanık konusundaki tutumu burada da geçerlidir. Türk hukukunda hazır bulunması gerekenler bulunmadan dinlenen gizli tanığın ses ve görüntüsünün duruşma salonuna yahut savunma makamının bulunduğu salona aktarılma zorunluluğu bulunmaktadır⁴³⁴. AİHM bu yöntemle yapılacak dinlemede ses ve görüntünün eş zamanlı olarak aktarılması gerektiğini belirtmiştir. Bu hususta Mahkeme, tanık ile savunma makamının ayrı odalarda olduğu ve yalnızca ses aktarımının yapıldığı tanık dinlemeye ilişkin usulü adil yargılanma hakkının ihlali olarak tespit etmiştir. (Van Mechelen ve diğerleri/ Hollanda kararı). CMK 58/3 ve TTK' da kabul edilen ses ve görüntü yoluyla tanık dinlemeye ilişkin hususların, tanığın kimliğinin de gizlenmiş

⁴³³ Ses ve görüntü aktarımı konusunda; 28060 Sayılı "Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik" soruşturma ve kovuşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemece dinlenilmesi gerek görülen kişilerin Ses ve Görüntülü Bilişim Sistemi kullanılarak dinlenilmesi, kayda alınması, saklanması ile bunun için geçerli teknik altyapının kurulmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla çıkarılmıştır. Tanıkların hazır bulunması gerekenler bulunmadan dinlenmesi tedbirinin uygulanmasında SEGBİS kullanılması zorunluluğu bulunmaktadır (SEGBİS Yönetmeliği madde 9/2). SEGBİS Yönetmeliği madde 4' e göre, görüntü ile sesin aynı anda güvenli bir şekilde iletilebilmesi ve kaydedilebilmesi gereklidir. Aktarılabilecek görüntünün ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye, aktarılabilecek sesin de ilgilinin duygularını anlamaya ve söylediklerini anlaşılır şekilde dinlemeye imkân verecek nitelikte olmalıdır.

⁴³⁴ Bu yöntemle yapılan tanık dinlemesinde, tanığın fizîken nerede olması gerektiği üzerinde bir takım görüş farklılıkları bulunmaktadır.

olması halinde tek başına mahkûmiyete esas teşkil etmemeli veya mahkûmiyette belirleyici delil niteliğinde olmamalıdır.

Tanığın ses ve görüntüsünün değiştirilerek veya fizikî görünümü engellenerek özel ortamda dinlenmesi halinde, bu dinleme AİHM içtihatlarına göre Sözleşme' nin ihlali sayılmaktadır. Sanığın Sözleşme' ye göre, iddia tanıklarının sorguya çekebilmek ve aleni bir duruşmada tanığın ifade sırasındaki hareketlerini, mimiklerini inceleyebilmek, gözlemleyebilmek hakkı bulunmaktadır. Bu tedbirin uygulanması halinde, tanığın ifade sırasındaki mimik ve jestlerinin yargılamaya katılanlar tarafından gözlemlenebilmesi mümkün olmamaktadır. Bu halde de, sanığın Sözleşme madde 6/3-(d)' de güvence altına alınmış hakkının ihlal edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

SONUÇ

Tanık, etkin bir ceza muhakemesinde esas rollerden birine sahip bir delil kaynağıdır. Teknolojik ilerlemelerin artmasıyla beraber ceza muhakemesinde maddi delillerin giderek artmış olmasına rağmen, tanık beyanları hâlâ en önemli ve delil olma özelliğini sürdürmektedir. Soruşturma makamları çoğu zaman bir suçun işlendiğine dair bilgiyi tanık vasıtasıyla haberdar olmaktadır. Yine yargılama makamları da çoğu zaman suçun aydınlatılmasında ve hükme bağlanmasında tanık beyanları üzerinden yol almaktadırlar. Ki bazen ceza muhakemesine konu maddi olayın tek delili tanık olabilmektedir. Delil serbestisinin hâkim olduğu ceza muhakemesinde hâkim, hukuk mahkemelerinden farklı olarak tarafların talepleriyle bağlı olmaksızın delilleri araştırabilmekte, delilleri serbestçe vicdani kanaatiyle takdir edebilmektedir. Bu sebeple tanık beyanları deliller içerisinde özel ve ayrı bir konuma sahiptirler. Bununla birlikte, tanığın insan olmasından kaynaklı genel olarak samimi olmadığı, tanığın kendi çıkarları doğrultusunda hareket ettiği ve bu açıdan güvenilmez bir delil kaynağı olduğu da bir takım görüşlere yansımaktadır. Ancak söyleyebiliriz ki tanık olmadan ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yürütmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Tanıklık yapmak aynı zamanda bir kamu görevi olarak hukukumuzda yerini almıştır. Bu sebeple tanığa; muhakemede hazır bulunma, ifade verme ve doğruyu söyleme şeklinde bir takım yükümlülükler yükletilmiştir. Belli şartlarda tanığın, tanıklıktan çekinme hakkı olsa dahi muhakemede hazır bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunun yanında tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunmasının önüne geçilebilmesi için de cezai bir takım müeyyideler düzenlenmiştir. Öte yandan tanıkların yüklenmiş oldukları bu kamu görevi nedeniyle bilinçli ya da bilinçsiz olarak gerçek dışı beyanda bulunma ihtimalleri, devletin de bu ihtimallere sebebiyet veren durumların tanıklar üzerinde yaratmış olduğu etkiyi en aza indirmek hususunda bir takım yasal düzenlemeler yapmasını da beraberinde getirmiştir.

Organize suçluluğun ve terör suçlarının gerek ulusal alanda gerekse de uluslar arası boyutta giderek artış göstermesi, bu suç organizasyonlarında faillerin amaçlarına ulaşmak için şiddete başvurmaları, kapalı bir topluluk özelliği göstermeleri, komploya dayalı olarak faaliyet yürütmeleri dışında tipik bir özellikleri de tanıklar ve

onların verecekleri ifadeler üzerinde yoğun etki bırakmalarındır. Bu tür suçların aydınlatılması ve faillerinin ele geçirilmesi, örgütün yapısını ve organizasyonunu bilen, örgütün işleyişinde genelde görünmeyen ama bir nevi örgütün beyni olan elebaşlarının ele geçirilmesi ve suç işleme hususundaki bağlantıları hakkında bir şekilde bilgi sahibi olan tanıkların yapacakları açıklamalara, verecekleri ifadelere bağlı olmaktadır. Tanıkların ise verecekleri beyanlar nedeniyle kendileri veya yakınlarının hayat, sağlık, beden bütünlüğü, mal varlığı gibi değerleri suç organizasyonlarından gelebilecek tehdit ve misillemelere açık hale gelebilmektedir. Bu noktada, tehlike içinde bulunan tanıkların korunmasına yönelik alınacak tedbirlerin sadece devletlerin iç sorunu olarak görülmemesi uluslar arası bir boyut kazanması gerektiği düşünülmektedir. Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği hukuk araçlarının yapmış olduğu çalışmalar, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan sözleşmeler, Uluslararası Yugoslavya ve Ruanda ceza mahkemelerinin kararları, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ve Usul ve Delil Kuralları gibi uluslararası mekanizmaların tanıkların korunması için getirmiş oldukları düzenlemeler bu boyutun işlevsel hale geldiğinin de bir nevi kanıtı olmaktadır.

Tehlike içinde bulunan tanıkların korunması amacıyla düzenlenmiş bir takım ceza muhakemesi tedbirleri bulunmaktadır. Bu tedbirlerden bazıları doğrudan tanıkları koruma amacına yönelik olup bazıları ise dolaylı olarak tanıkları koruma amacına yöneliktir. Yine bu tedbirlere soruşturma veya kovuşturma aşamalarında başvurulabileceği gibi aynı anda birden fazla tedbire de başvurabilmek mümkündür. Tehlike altındaki tanıkların korunmasına yönelik tedbirlerden olan ve bizim gizli tanık olarak adlandırdığımız kimlik ve adres bilgileri gizlenen tanık, bir yandan tanığın korunmasına hizmet etmekte olup diğer taraftan ise bir takım ceza muhakemesi ilkeleri ile sanık haklarında sınırlandırmalar getirmektedir. Aslında açıklamalarını çalışmamızda yaptığımız diğer tanık koruma tedbirlerinden olan “duruşmada hazır bulunması gerekenler bulunmadan dinleme” ve “tanığın ses ve görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenilmesi” yöntemlerinin kimlik ve adres bilgileri gizlenen tanıklık yöntemine hizmet ettiği görülmektedir.

Gizli tanıklık tedbirine başvurulabilmesi için tanığın hayat, beden bütünlüğü, mal varlığı gibi değerlerine yönelik tehdit ve misillemelerin gerekçeleri AİHM ile Rec(2005)9 ve Rec(1997)13 Tavsiye Kararları’ nın da belirttiği üzere iyice

incelenmeli ve muhakeme konusu olay çerçevesinde tehlikenin ağırlığı tartışılmalıdır. Zira, gizli tanık beyanları istisnai deliller olmakla yargılamanın seyri açısından başvurulabilecek en son çare olmalıdır. Aydınlatılması gereken maddi olaya ilişkin olarak başkaca delillerin bulunması halinde ve bu delillerin de hükme elverişli olması halinde gizli tanıklığa da başvurulması gerekmemektedir. Aksi hal ve şartta hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacak bir keyfiyet hukukunun oluşması kaçınılmazdır.

Gizli tanığın gerek duruşma salonunda bulunan özel bir ortamda, tanınmayacak şekilde dinlenmesinde gerekse de duruşmada bulunması gerekenler bulunmadan başkaca bir ortamda telekonferans yöntemiyle dinlenmesinde, savunma haklarının kısıtlandığı ve bir kısım ceza muhakemesi ilkelerinin de bu yöntemden zarar gördüğü açıktır. Düşünüldüğünde; normal tanıklardan farklı bir usulle dinlenen tanıkların ifadelerinin bir şekilde muhakemeye kazandırılması gerekmektedir. Ancak, bu yapılırken hukukun temel, evrensel ilkelerin göz önüne alınma zorunluluğu bulunmaktadır. “Maddi gerçek ne pahasına olursa olsun bulunmalıdır” ilkesi yerine insan haklarına, hukukun üstünlüğüne saygı duyan, adil yargılanma hakkı ilkesi ile bağlı ilkeler ışığında maddi gerçeğe ulaşmaya çalışılmalıdır. Diğer yandan tehlike altında bulunan tanığın dinlenmesi, kendisinin veya belirtilen akraba ve yakınlarının hayat, beden bütünlüğü, mal varlığı gibi değerlerinin büyük tehlikeler altına girmesine neden olacağı durumlarda ve buna bağlı olarak savunma hakkına gelecek kısıtlamalar da göz önüne alındığında bu yöneme başvurulmaması gerektiği neticesi ortaya çıkmaktadır.

AİHM, tanıkların kimlik ve adres bilgilerinin gizlenmesi tedbirine başvurulması halinde savunma tarafının sınırlandırılan menfaatlerinin başka menfaatlerle dengelenmesi gerektiğini içtihat edinmiştir. Gerçekten de sanık kim olduğunu bilmediği bir kimsenin beyanları sebebiyle mahkûmiyet tehdidi altında kalmakta, yine savunma makamı da bu bilinmezlik üzerinden savunma yapmak durumunda kalmaktadır. Bu hususta AİHM’ in kararlarında vurguladığı mahkûmiyet hükmünün sadece veya önemli ölçüde gizli tanığın ifadesine dayandırılması adil yargılanma hakkının ihlali olarak yer alması, Türk hukukundaki hali hazırda yürürlükte bulunan düzenlemelerdeki eksikliklerinin giderilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır.

Türk hukuku gizli tanıklık kurumu için mevzuatta yer alan düzenlemeler izlenecek yol ve yöntem hususunda bir takım karmaşıklıklar ve belirsizlikler içermektedir. CMK’ da tanıklık yapacak kişiye, öncelikle ikametgahının, iş yeri adresinin ya da geçici oturduğu yerin adresinin sorulacağı belirtilmiştir. Bu haliyle yasa maddesi gizli tanıklığı bir nevi etkisiz hale de getirmektedir. Diğer yandan, kimlik ve adres bilgilerinin gizlenmesi tedbirinde, kanımızca maddi olayın incelenmesinde adres bilgisinin gizlenmesi tanık korumaya hizmet ediyorsa bu tedbirin kimlik bilgisinin gizlenmesinden ayrı tek başına yetecek işlevsel bir tedbir haline getirilmesi de gerekmektedir. Çoğu zaman tanık için, adresinin bilinmemesi yeterli bir tedbir olmaktadır.

Gizli tanıklık uygulamalarında, AIHS kapsamında doğrudan olmayan ancak madde lafzından anlaşılan adil yargılanma hakkının içerdiği, aleni yargılama, duruşmaların vecihiliği, iddia tanıklarına soru sorabilme ve sorgulatabilme gibi sanık haklarının ihlal gördüğü açıktır. Bu sebeple gizli tanıklığa başvuru sebeplerin çok özenle ve titizlikle incelenmesi, gerekçelerin somut ve haklı olması gerekmektedir. AIHM, polis, gizli soruşturmacı gibi kurumların tanıklığının incelenmesinin normal diğer tanıkların incelenmesinden daha farklı şartlara tabi olması ve daha istisnai olması gerektiğini savunmuştur. Bu nedenle kolluk görevlilerinin tanık olarak dinlenmesinde kimliklerinin gizlenmesi yanında, ses ve görüntülerinin de değiştirilmesine çok istisnai hallerde başvurulabileceğini belirtmek gerekir. Yine ifade etmek gerekir ki, hukukumuzda gizli soruşturmacı için de gizli tanıklık konusunda bir hukuki koruma düzenlenmiştir. Ancak muhbir konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Muhbir kavramı üzerinde toplanmış bir görüş birliği de bulunmamaktadır. Bu hususta CMK’ da da bir hükme yer verilmemiştir. Ancak TTK da muhbirin de gizli tanıklık hükümlerinden yararlandırılacağı genel bir ifade şeklinde düzenlenmiştir. Kanımızca, istisnai olan gizli tanıklık kurumunun daha da çıkmaza girmemesi için TTK da düzenlenmiş olan muhbirlerin de gizli tanıklık çerçevesinde tanık koruma hükümlerinden yararlandırılacağı şeklindeki genel düzenlemenin kaldırılması yerinde olacaktır.

Türk hukukunda tanık koruma tedbirlerine dair karara, soruşturma evresinde cumhuriyet savcısının verdiğini ifade etmiştik. Kanımızca bu hususta da bir takım düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. AIHM de bu hususta, gizli tanıklık için

kararın bir hâkim tarafından verilmesi ve bu karar için belirlenmiş kriterlerin çok dikkatli şekilde incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca da hâkimin gizli tanıklık hususundaki kararına da hukuk devleti ilkesi gereğince bir itiraz kanun yolu, itiraz süresinin getirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Türk hukukunda gizli tanıklık tedbiri için belirlenmiş olan yöntemlerin uygulayıcıları tarafından; daha evvelce belirttiğimiz zorunluluk, oranlılık ilkesi gibi ilkelerin göz önüne alınarak sanık haklarına en az zarar verecek tedbirin seçilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan sanık haklarına en az zarar verecek tedbirin ya da tedbirlerin seçilmesinde dahi uygulayıcıların, haklar dengesini muazzam bir incelemeyle göz önüne almaları gerekmektedir. Ancak o zaman tanığın veya yakınlarının korunması ihtiyacı, adil bir yargılanma içerisinde doğru hukuki zemini bulabilecektir. Zira, gizli tanıklık uygulamaları olağanın dışında istisnai uygulamalardır.

Tüm bu ifade ettiğimiz hususlar çerçevesinde; mevzuatımızdaki düzenlemelerin AİHM' in gizli tanıklığın adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet vermesine dair her başvuru neticesinde belirlemiş olduğu temel, belirgin kriterlerin uygulanmasının; gizli tanık beyanlarının ceza mahkûmiyet hükmünde kullanılması açısından ortaya çıkardığı sorunların tamamını olmasa da büyük çoğunluğunu gidereceği kanısındayız. Özellikle de AİHM' in kararlarında sürekli olarak ifade ettiği gibi, gizli tanık beyanının hükme belirleyici ölçüde dahi esas alınamayacağı yönündeki temel kriteri mevzuatımızda da yerini bulmalıdır.

KAYNAKÇA

Akbulut, Olgun. “Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m.6)”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, ss. 175-207.

Aksar, Yusuf. **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslar arası Ceza Usul Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2003.

Aksoy, Emine Eylem. “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararları ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Tanıkların Korunması”, **Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan**, ss. 299-309.

Akyazan, Ahmet Emrah. **Türk Hukukunda Tanıkların Korunması**, Afşaroğlu Matbaası, Ankara, 2010.

Altıparmak, Cüneyt. “Türk Hukukunda Tanık Koruma”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, 2008, ss. 171-179.

Altıparmak, Cüneyt. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:63, 2006, ss. 244-270.

Ambos, Kai, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çekişmeli Önsoruşturma ve AİHS m.6”, **Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter’ e Armağan** çev. Yener Ünver, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, ss. 15-64.

Arslan, Gülay. **Uluslar arası Ceza Mahkemesi Temel Bilgiler Derlemesi**, 2006, <http://www.ihddiyarbakir.org/content/uploads/62772829-b06e-4252-b92b-66dd792c52ed.pdf>, (06.02.2018).

Birtek, Fatih. **Ceza Muhakemesi’ nde Delil ve İspat**, Adalet Yayınevi, 2016.

Balo, Yusuf Solmaz. **Uluslar arası İle ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma (Anonim Tanık)**, Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara, 2009.

Balo, Yusuf Solmaz. “Anonim Tanığın Dinlenmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı:34, 2009, ss. 69-82.

Başer, Mustafa. “Koruma Tedbiri Kararı Alınan Tanıkların Dinlenmesi”, **Adalet Dergisi**, Sayı:31, 2008, ss. 316-330.

Bayram Turgut. **Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Bozkurt, Enver. **Türkiye’ nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, Asil Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 1999.

Centel, Nur ve Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, 13. Bası, İstanbul, 2016.

Aşçıoğlu, Çetin. “Yargıda Temel Sorun: Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Sayı:10, 1996, 347-357.

Çiçek, İbrahim. “5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu ve “Gizli Tanık””, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı:29, 2009, ss. 111-136.

Değirmenci, Olgun. “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:83, 2009, ss. 73-121.

Demren Dönmez, Burcu. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

Demren Dönmez, Burcu. “AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:127, 2016, ss.121-156.

Dinç, Güney. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ ne Göre Silahların Eşitliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:57, 2005, ss. 283-306.

Dinç, Güney. **Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006.

Donay, Süheyl. **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

Duman, İlker Hasan. “**Tanıklık**”, Adalet Dergisi, Sayı:4, Yıl:75, 1984, ss. 978-988.

Durmuş, Tezcan. “Organize Suçlar ve Bu suçlarda Mağdurun Hakları ve Tanıkların Korunması”, Adalet Dergisi, 2000, <http://yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/03.sayi/durmus.htm>, (07.12.2017).

Eker Kazancı, Behiye. “**Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü ve Sesli İfade Alma**”, Hukuk Perspektifi Dergisi, Sayı:7, 2006, ss. 158-167.

Emniyet Genel Müdürlüğü Tanık Koruma Dairesi Başkanlığı. **Tanık Koruma Uygulamaları**, Ankara, 2009.

Erdem, Mustafa Ruhan. “Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sayı:3, Yıl:60, 1995, ss. 48-88.

Erdem, Mustafa Ruhan. **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

Evik, Vesile Sonay. "Ceza Ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku, **Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan**, ss. 283-308

Feyzioğlu, Metin. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.

Feyzioğlu, Metin. **Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

Gemalmaz, Haydar Burak. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Çapraz Sorgu", Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku, **Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan**, ss. 393-426.

Gürol, Candaş. "Tanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:60, Yıl:18, 2005, ss. 44-53.

Gözübüyük, Şeref ve Feyyaz Gölcüklü. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2011.

Grabenwarter, Christop, "Yargılama Güvenceleri- Adil Yargılama Hakkı(İHAS m.6.)", **Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan**, çev. Osman Can, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, ss. 181-244.

Gropp, Walter, "Masumiyet Karinesinin Ceza Muhakemesini Sınırlayıcı Etkisi", **Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan**, çev. Osman İsfen, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, ss. 319-334.

İçel, Kayhan. "Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma ve Ceza Hukuku", **Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan**, ss. 5-6.

İnceoğlu, Sibel. **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Ankara, 2007.

İnceoğlu, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.

İnsan Hakları Avukatlar Komitesi, “Adil Yargılama Nedir? Yasal Standartlar ve Uygulamaya Yönelik Temel Rehber”, **Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter’ e Armağan**, çev. Selman Dursun, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, ss. 359-392.

Ladewig, Hans-Meyer, “Adil Yargılanma Hakkı-I”, **Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter’ e Armağan**, çev. Özlem Yenerer Çakmut, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, ss. 245-264.

Kalabalık, Halil. **İnsan Hakları Hukuku(Kavram- Uygulama- Hak ve Ödevler)**, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Ankara, 2013.

Kalağan, Gökhan. “İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’ ye Göre “Adil Yargılama” da Sanığın Hakları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı:8, 2007, ss. 99-104.

Karakehya, Hakan. “Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı”, **Prof. Dr. Nur Centel’ e Armağan**, ss. 715-733.

Kaşıkkara, M. Serhat. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Adalet Yayınevi, Birinci Bası, Ankara, 2009.

Kızılkaya, Ezgi. “Adil Yargılanma Hakkı Işığında Gizli(Ulaşılamayan, Anonim) Tanık”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı:30, 2009, 53-72.

Mole, Nuala ve Catharina Harby. **Adil Yargılanma Hakkı**, İnsan Hakları Kitapçıları, 2001, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari-/adil_yargılanma.pdf, (05.03.2018).

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Öztürk, Bahri. “Anonim(Gizli) Tanıklık Tek Başına Mahkûmiyete Yeter mi?”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Sayı:5, 2010,

Özmen, Münci. “AİHM İçtihatları Işığında Gizli Tanık Sorunu”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, 2012, <https://www.jurix.com.tr/article/4015>, (05.01.2018).

Özhan, Hacı Ali. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Taraf Devletlerde Uygulanması”, <http://www.libertedownload.com/LD/arsiv/23/06-haci-ali-ozhan-aihm-kararlarinin-taraf-devletlerde-uygulanmasi.pdf>, (10.02.2018).

Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat (Madde 1-218) 1. Cilt**, Ankara, 2008.

Renzikowski, Joachim. “Adil Yargılanma ve Anonim Tanık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Tanığın Korunmasında Üç Basamak Teorisi”, **Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter’ e Armağan**, çev. Ali Kemal Yıldız, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, ss. 265-282.

Schabas, William, **Uluslararası Ceza Mahkemesine Giriş**, çev. Gülay Arslan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.

Sevük Yokuş, Handan. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Gizli Tanıklık”, **Prof. Dr. Köksal Bayraktar’ Armağan**, ss. 615- 624.

Sevük Yokuş, Handan. “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, ss. 750-785.

Söylemiş, Tarık. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Van Mechelen ve Diğerleri/ Hollanda Kararı”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:I, Sayı:2, 2011, ss. 159-185.

Şahin, Cumhur. “Türk Hukukundaki Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, ss. 803-828.

Şahin, Cumhur. “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:VI, Sayı:1-2, 2002, ss. 155-188.

Şahin, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Ankara, 2005.

Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. **Ceza Muhakemesi Hukuku- II**, Seçkin Yayıncılık, 6. Bası, Ankara, 2017.

Şen, Ersan ve Yasemin Yurttaş. “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör”, **Yargı Dünyası Dergisi**, Sayı:147, 2008, ss. 11-44.

Şen, Ersan ve Yasemin Yurttaş. “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı:6, 2008, ss. 21-50.

Şen, Ersan. “Gizli Tanıklık”, **Nevşehir Barosu Dergisi**, Sayı:1, 2014, ss. 273-283.

Şentürk, Candide ve Tuğba Bayzit. “Gizli Tanık”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:101, 2012, ss. 103-165.

Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Tanör, Bülent. **Türkiye’ nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 1994.

Tansel, Cevdet Çağhan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6/3 Kapsamında Savunma Hakkı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:81, Sayı:2007/5, 2007, ss. 2093-2115.

Tellenbach, Silvia. “Örgütü Eleveren Tanıklığın Düzenlenmesi”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt:22, Sayı:3, 1996, ss. 289-298.

Turan, Hüseyin. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Turhan, Faruk. **Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanıkların Korunması, Türk Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

Turhan, Faruk. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil Yayınevi, Ankara, 2006.

Yaşar, Yusuf. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Tanıklık”, E Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı:133, 2013, www.e-akademi.org, (05.01.2018).

Yazıcı, Samet. “Tanık Koruma”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı:61, 2011, ss. 28-41.

Yenidünya, Caner ve Zafer İçer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Yıldırım, Akif. “Gizli Tanık Beyanlarının Mahkûmiyete Esas Alınmasının Başvuru Konusu Yapıldığı Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi(B. No:2014/12906)”, <https://www.jurix.com.tr/article/3755>, (19.12.2017).

Zabunoğlu, Yahya Kazım. “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi”, **Yeni Türkiye Dergisi**, Sayı:10, 1996, ss. 358-366.

Zafer, Hamide. **Ceza Hukukunda Terörizm**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.

