

AİHM VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA GİZLİ TANIKLARA SORU SORMA HAKKININ KULLANILMASI

ENJOYING THE RIGHT TO EXAMINE ANONYMOUS WITNESSES IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF ECHR AND CONSTITUTIONAL COURT

Burcu DÖNMEZ*

Özet: Ceza muhakemesi hukukunda tanık, önemli bir ispat aracıdır. Tanığın güvenilirliğinin sınanması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından çok önemlidir; zira adil bir yargılama yapılmasının da gereğidir. Bununla birlikte özellikle nitelikli suçlar bakımından tanığın ve yakınlarının korunması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin gizli tanıkların beyanlarının delil olarak kullanılabilmesi için aradığı koşullar ve mevzuat değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Çapraz Sorgu, Tanık, Gizli Tanık, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi, AİHM

Abstract: Witness evidence is a vital evidence in criminal procedure law. Examination of witness' credibility is very important for detection of the truth and also a necessity for fair trial. Nonetheless, it brings out the necessity of protection of witness and his relatives, especially in the extent of indictable offences. In this article, an assesment on the statute and the conditions which the ECHR and Constitutional Court searching for on the anonymous witness statements as evidence has been made.

Keywords: Cross-Examination, Witness, Anonymous Witness, Right to Fair Trial, Constitutional Court, ECHR

GİRİŞ

Tanık beyanı, ceza muhakemesi hukukunda halen oldukça önemli bir delildir. Ancak adil bir yargılanmanın yapılabilmesi için güvenilirliğinin sınanması gerekir. Tanıklık, ülkemizde genellikle bir külfet olarak görülmekte ve insanlar tanık oldukları olaylarda tanıklık yapmamak için her türlü yolu denemektedir. Özellikle ağır cezayı gerek-

* Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

tiren suçlara ilişkin tanıklık, aynı zamanda cesaret isteyen bir iş haline gelmiştir. Bu nedenle, tanığın korunması için hemen hemen bütün Dünya ülkelerinde çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Nitekim 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 58. maddesinde ve takiben 2008 yılında yürürlüğe giren 27.12.2007 tarih ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu kapsamında bir taraftan tanığın korunmasına ilişkin adli ve idari çeşitli düzenlemeler yapılmış diğer taraftan savunma haklarının korunması bakımından CMK m. 58 ve TKK m. 9'da tanığa soru sorma hakkına ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Zira amaç bir taraftan maddi gerçeğe hukuka uygun yollardan ulaşmak ve bunun için tanıktan faydalanmak, tanığı korumak; diğer yandan ise savunma haklarını korumak ve adil bir yargılama yapmaktır.

Bu çalışmanın amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6/3-d kapsamında tanığa soru sorma hakkının gizli tanıklar bakımından uygulanması noktasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında belirtilen ölçütleri ifade edip, son zamanlarda Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin vermiş olduğu kararlar eşliğinde uygulamayı tartışmaktır.

I- Mevcut Düzenleme

Tanık, ilgili olay hakkında beş duyusu aracılığıyla öğrendiklerini ni aktaran üçüncü kişidir¹ ve sanıktan farklı olarak; usulüne uygun olarak hakim, mahkeme veya savcı tarafından çağırıldığında gelip bildiklerini doğru olarak anlatmakla yükümlüdür. Diğer bir ifade ile CMK'nın 45, 46, 47 ve 48. maddelerinde yer alan sebeplerin varlığı dışında kişi, tanıklık yapmaktan çekinemez.

Tanık ifadesi, beyan delili kapsamında değerlendirilir ve mutlaka güvenilirliğinin sınanması gerekir. Çünkü güvenilirliği denetlenmeden elde edilen bilgiler maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından

¹ Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Akcan, Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.bası, Ankara 2015, s.298; Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015, s.242; Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 4. Bası, 2015, Ankara, s.31; Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.bası, Ankara 2015, s.511; Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.bası, Ankara 2015, s.675; Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku 2.cilt, Ankara 2013, s.122

sıkıntılara neden olabilir.² Günümüz uygulamasında tanık beyanı, halen önemli bir ispat vasıtasıdır.³

Delillerin esas itibarıyla tartışılacağı yer duruşma evresidir ve tanıkların duruşmada dinlenmesi gereği, duruşmanın doğrudan doğruyalığı ilkesinin doğal sonucudur.⁴ İddia makamı ile eşit koşullar altında tanık gösterip, tanıklara soru sorabilmek çekişmeli muhakemenin, bu işlemi iddia makamı ile eşit koşullar altında gerçekleştirebilmek ise silahların eşitliği ilkesinin gereğidir.⁵

Bu noktada özellikle tanığın korunması ceza muhakemesinin işleyişi bakımından önemli sorunlardan bir tanesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü bir tarafta tanığın veya yakınlarının korunması ihtiyacı diğer tarafta ise adil bir yargılamanın yapılabilmesi için sanık haklarının korunması ihtiyacı karşı karşıya gelmektedir.⁶ Bu nedenle tanığın korunması için tanık veya yakınları bakımından gerçek bir tehlike bulunmalıdır. Hakimin tanığın kimliğini gizli tutma veya diğer tanık koruma tedbirlerine karar vermeden önce somut bir tehlikenin olup olmadığını incelemesi ve bulunduğu kanaat getirmesi halinde kararında bunu gerekçeli olarak açıklaması gerekir.⁷

Tanığın korunması ihtiyacı iki noktada önem taşır. Bunlardan ilki, tanıklık dolayısıyla, hayati tehlike içermeyen fakat tanığın bir takım ek mağduriyetlere ve travmalara maruz kaldığı durumlardır. Aslında bunlar teknik anlamda tanık da değildirler, olayın mağduru⁸ olarak

² Mustafa T.Yücel, “Ceza Adaletinde Sapmalar”, *TBB Dergisi*, 2013 (105), s.26

³ Caner Yenidünya, “Ceza Yargılamasında Gizli Tanık”, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 4 Aralık 2009, Ankara, s.80; Yusuf Yaşar, “Ceza Muhakemesinde Gizli Tanıklık”, e-akademi (Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi) Ekim 2013 , sayı 133, s.4; <http://www.e-akademi.org/makaleler/cezamuh.pdf> ; erişim tarihi 21.01.2016; Mustafa Pınarcı, Kürşat Çevik , “Tanık Koruma Mevzuatı ve Uygulamalarının Suç Soruşturması Bakımından Değerlendirilmesi”, *EÜHFD*, C. XVIII, S. 1–2 (2014), s. 120

⁴ Ayrıca bkz. Hakan Karakuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye, İstanbul 2001, s.178

⁵ Hakan Karakehya, “Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuku Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, yıl 2013 cilt 19, sayı 2, s. 717

⁶ Candaş Gürol, “Sanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı”, *TBB Dergisi* sayı 60, 2005 s.49

⁷ Yenisey / Nuhoglu, s.529

⁸ Mağdurun katılan olarak davaya katıldığı hallerde tanıklıktan çekinme hakkını kullanıp kullanamayacağı sorunu hakkında bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, “ Ceza Yargılamasında Katılanın, Aynı Zamanda CMK 45. maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde,

tanıklığa ilişkin hükümler uygulanarak bilgilerine başvuru olan kişilerdir ve CMK m. 236/2-3 ve 52/2 deki düzenlemelerle daha fazla mağdur edilmemek üzere koruma altına alınmışlardır.⁹

Konumuzu ilgilendiren esas korunma ihtiyacı ise, tanığın bildiklerini anlatmasının kendisi veya yakınları bakımından ciddi bir tehlike oluşturduğu durumlardır.¹⁰Nitekim bu gibi durumları dikkate alarak yeni CMK, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yer almayan¹¹ yeni düzenlemeler getirmiştir. CMK m. 58/2'de, tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından **ağır bir tehlike** oluşturacaksa, kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemlerin alınacağını hükme bağlanmış; kimliğinin saklı tutulması için tanığa ait kişisel bilgilerin Cumhuriyet Savcısı, hakim veya mahkeme tarafından muhafaza edileceği düzenlemiştir. Hemen devamında 3. fıkrada, tanığın hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi tanık için ağır bir tehlike oluşturacak ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkimin hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanığı dinleyebilmesi mümkün hale getirilmiştir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Ve soru sorma hakkı saklı tutulmuştur. Soru sorma sırasında tanık duruşma salonunda bulunmayacak, başka bir salondan ses ve görüntüsü aktarılacak soruları yanıtlayacaktır. İlgili düzenlemede tanığın ses ve görüntüsünün tanınmayacak şekilde değiştirilmesinden bahsedilmemiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucu, bir taraftan tanığa ilişkin menfaatlerin korunmasını gözetmekte, diğer taraftan da adil bir yargılanmanın yapılması için savunma haklarını korumakta ve tanığın güvenilirliğinin sınanabilmesi imkânı sağlamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, CMK m. 58'de iki tür tanık koruma tedbirine yer vermiş olduğunu görmekteyiz. Bunlardan ilki tanığın kimliğinin gizli tutulması, diğeri ise tanığın hakim tarafından

Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan 2013 c.19, sayı 2, s.191-210

⁹ Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, s.49-52

¹⁰ Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, s.49

¹¹ 2005 yılından önce tanıkların korunmasına ilişkin düzenlemeler, sınırlı olarak 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu ile Terörle Mücadele Kanunu'nda bulunuyordu. Ancak bu tedbirler yetersizdi. Zira bu eksikliklerin tamamlanması amacıyla CMK m. 58 ve Tanık Koruma Kanunu ile detaylı düzenlemeler yapılmıştır.

hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesidir. Ancak her halde, gizli tanığın¹² kimliğinin hakim tarafından bilinmesi gerekir.¹³ CMK m. 58/4'te tanıkların kimliklerinin saklı tutulması ve fiziki güvenliklerinin sağlanması yönündeki idari (kolluk) tedbirlerinin ise, çıkarılacak bir yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür.¹⁴

2008 tarihinde yürürlüğe giren 27.12.2007 tarih ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu (TTK), CMK'daki düzenlemeleri esas almak suretiyle, içeriğinde bir taraftan tanığın korunması için gerekli düzenlemeleri yapmış diğer taraftan ise tanığa soru sorma hakkını "haklarında koruma tedbiri alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller" başlığı altında 9. maddesinde açıkça düzenlemiştir.

Bu Kanun kapsamında tanığın korunmayı hak etmesi için cezanın ağırlığının belirli bir düzeyde olması aranmaktadır. TTK, CMK m. 58/5 (bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar)'deki kapsamdan daha geniş bir düzenleme yapmıştır. TTK m. 3'e göre TCK ve ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar; 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 suçların tümünün tanıkları, tanık olarak dinlenen suç mağdurları ve yakınları korunma hakkı kapsamında tutulmuştur.

Aslında Tanık Koruma Kanunu ilk başta, sadece tanığın kimliğinin gizli tutulması ve güvenliğinin sağlanması amacıyla tasarlanmıştı; ancak tasarımı hazırlayanlar CMK m. 58'deki koruma tedbirlerini yetersiz görerek, tanığın ceza muhakemesi tedbirleriyle de korunmasına ilişkin tedbirlere yer vermiştir.¹⁵ İlgili hükme göre, haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında CMK

¹² Gizli tanığın ihbarcı olması halinde dinlenmesine ilişkin esaslar için bkz. Hüsamettin Uğur, "Suçların İhbarı ve İhbarcılarının Korunması", *TBB Dergisi* 2013(108), s.396-397

¹³ Ersan Şen, Yasemin Yurttaş "Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2008, sayı 6 , s. 33

¹⁴ Faruk Turhan, "Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi"; 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık , 2009, s.385

¹⁵ Turhan , s.386

m. 58/2-3 uygulanacak (m. 9/1); tanığın CMK m. 58/3'ün uygulanmasına mahkemece karar verilmesi halinde, dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilecek (m.9/2);¹⁶ tanığın duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre dinlenmesine de karar verilebilecek (m. 9/3); duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan tanığın dinlenmesi halinde, tanık tarafından verilen beyanlar, hâkim tarafından CMK m. 58 de belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanacaktır (m. 9/4). Tanığın dinlenmesi halinde, CMK m. 201 uygulanacak ancak tanığa sorulacak soruların Tanık Koruma Kanunu kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez (m. 9/5). Bazı yazarlara göre, kimliği gizli tutularak korunan tanıklara soru sorulması söz konusu olduğunda, bu soruların eski sistemdeki gibi, önce hakime yöneltilmesi, hakimnin de bu soruları gizli tanığa sorması uygulaması yapılacaktır.¹⁷

Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri CMK hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir (m. 9/7). Ancak hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı, tek başına hükme esas teşkil etmez (m. 9/8).

Özetlemek gerekirse Tanık Koruma Kanunu madde 9'da adil yargılanma ilkesi ve savunma hakkı ile bağlantılı olarak aşağıdaki şu temel hususlar düzenlenmiştir:

¹⁶ Olgun Değirmenci, "Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması", *TBB Dergisi*, sayı 83, 2009 s.102 "Yazara göre, tanığın hem ses hem de görüntüsünün aynı anda değiştirilip değiştirilmeyeceği tartışmalı bir husustur. Tanık Koruma Kanunu "veya" bağlacını kullanmak suretiyle ikisinden birinin değiştirilmesi gerektiği gibi bir ifade kullanılmışken, Yönetmelik uyarınca her ikisinin de değiştirilmesi mümkün hale getirilmiştir. Kanun'da yer alan "veya" bağlacı, tanık koruma tedbirlerinin amacı dikkate alındığında uygun şekilde kullanılmamıştır. Söz konusu bağlacın, Yönetmelikte olduğu gibi hem görüntü hem de sesin değiştirilmesine imkân verecek şekilde "ve" olarak anlaşılması gereklidir." Ancak biz bu değerlendirmenin yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Zira burada amaç bir taraftan tanığın korunmasının sağlanması diğer taraftan ise beyanının sınırlanmasıdır. Hem görüntüsünün hem de sesinin birlikte değiştirilmesine gerek bulunmamaktadır. Ayrıca orantılılık ilkesi bakımından da sıkıntılıdır.

¹⁷ Feridun Yenisey, "Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık", *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, 2010/1, c.1, s.415

- a- Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması
- b- Tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi
- c- Tanığın ses veya görüntüsünün değiştirilerek dinlenmesi
- d- Tanığa soru sorma hakkının kullanılması
- e- Tanığın beyanlarının tek başına hükme esas olmaması

Tanıkların korunmasına ilişkin düzenlemelerin yapıldığı diğer bir kanun da Terörle Mücadele Kanunudur (TMK). Aslında Terörle Mücadele Kanunu CMK ve Tanık Koruma Kanunundan önce konuya ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Ancak gerek CMK ve TTK kapsamında yapılan düzenlemeler gerekse Terörle Mücadele Kanunundaki değişiklikler sonucu adli kapsamdaki önemini kaybetmiştir. Mevcut düzenlemelere bakıldığında TMK kapsamında yer alan düzenlemelerin adli amaçtan (tanık olarak dinlenmeden) ziyade idari amaçlı koruma tedbirleri niteliğinde olduğunu ifade edebiliriz. Zira TMK’da yer alan “tanık olarak dinlenme”ye ilişkin hükümler, aşağıda da belirteceğimiz üzere kaldırılmıştır. Bununla birlikte, konuya ilişkin olduğu gerekçeyle ilgili hükümler hakkında kısaca bilgi vermeye çalışacağız.

TMK m. 20’de terörle mücadelede görev alan adli, istihbari, idari, askeri görevliler ile kolluk görevlileri ve yargı görevlileri ve kanunda sayılmış kamu görevlileri ile suçların aydınlatılmasına yardımcı olanlar hakkında gerekli koruma tedbirlerinin Devlet tarafından alınması düzenlenmiştir. Bu kapsamda, estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünüm değiştirilmesi dâhil nüfus kaydı, ehliyet ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, malvarlıkları ile ilgili haklar ve sosyal güvenlik hakları ve diğer haklarının korunması gibi hususlarda düzenleme yapma yetkisi verilmiş (m. 20/3), ilgili tedbirlerin uygulanmasında İçişleri Bakanlığı ile ilgili diğer kurum ve kuruluşlar gizlilik kurallarına uygun olarak (m. 20/4) hareket etmekle yükümlü kılınmışlardır. Bu madde kapsamında sayılan kamu görevlilerine, görevlerinden ayrılmış olsalar dahi terör suçluları tarafından kendilerine, eş veya çocuklarının canına vuku bulan bir taarruzu savmak için silah kullanma yetkisi de verilmiştir (m. 20/6). İlgili koruma tedbirleriyle ilgili esas ve usullerin Başbakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelik ile belirlenmesi de 20. maddenin 5. fıkrasıyla düzenlenmiştir.

Terör suçlarının soruşturulması sırasında tanık ifadesi alan kolluk memurlarının zaruret görülmesi halinde duruşmada tanık olarak gizli celsede dinlenmelerine izin veren TMK 12. maddenin ikinci cümlesi 1992 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Madde- nin geri kalanı da 29.6.2006 tarih ve 5532 sayılı Kanun’la m.17 ile yürürlükten kaldırılmıştır.

II- AİHM’nin Yaklaşımı

Kural olarak AİHM, delillerin kabul edilebilirliğinin ulusal hukuk kuralları kapsamında ulusal mahkemelerin takdir yetkisinde olduğunu kabul eder.¹⁸ Bu kapsamda Mahkeme, Sözleşme kapsamında yaptığı değerlendirmede, bir delilin nasıl değerlendirileceğinden ziyade delillerin elde edilmesi ve kullanılması da dahil olmak üzere yürütülen muhakemenin bir bütün olarak adil olup olmadığını denetlemektedir.¹⁹

AİHM, gizli tanık dinleme ve bu yolla elde edilen delillerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasını çeşitli kararlarında irdelemiştir.²⁰ Belli ölçütler esas alınmak ve güvenceler oluşturmak suretiyle gizli tanık dinlemenin ve bu tanık beyanlarının delil olma özelliklerini kabul etmiştir. Kural olarak, bir delilin hükme esas teşkil edebilmesi için açık duruşmada ve sanık önünde ortaya konulmuş ve değerlendirilmiş olması gerekir;²¹ ancak bu kurala bazı istisnalar getirilmesi

¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10.bası, Ankara 2013, s.306

¹⁹ Doorson/Hollanda kararı, Başvuru no. 20524/92, tarih 26.3.1996 , §67; Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı, Başvuru no. 21363/93; tarih. 23.4.1997,§50; Trofimov/Rusya kararı, Başvuru no.1111/02, karar tarihi 04.12.2008, §32; ; Balta ve Demir /Türkiye kararı, Başvuru No.48628/12, tarih 23.06.2015, §36

²⁰ Kotovski/Hollanda kararı, Başvuru No.11454/85, tarih 20.11.1989; Windish/Avusturya kararı Başvuru No.12489/86, tarih 28.06.1993; Doorson/Hollanda kararı, Başvuru no. 20524/92, tarih 26.3.1996; Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı, Başvuru no. 21363/93; tarih. 23.4.1997; Visser/Hollanda kararı, Başvuru No.26668/95, tarih.14.02.2002; Krasniki/Çek Cumhuriyeti kararı, Başvuru No.51277/99, tarih 28.02.2006; Pello/Estonya kararı, Başvuru no. 11423/03, tarih 12.04.2007; Trofimov/Rusya kararı, Başvuru no.1111/02, tarih. 04.12.2008; Tseber/Çek Cumhuriyeti kararı, Başvuru No.46203/08, tarih. 22.11.2012; Ellis ve Simms ve Martin/Birleşik Krallık Başvuru No.46099/06 ve 46699/06, tarih.10.04.2012; Yevgeniy Ivanov/Rusya kararı, Başvuru no.27100/03, tarih. 25.04.2013; Prajina/Romanya kararı, Başvuru no.5592/05, tarih. 07.01.2014; Balta ve Demir/Türkiye kararı, Başvuru No.48628/12, tarih 23.06.2015

²¹ Yargıtay 6. Ceza Dairesi E.2015/6838, K.2016/765, tarih 11.02.2016 tarihinde vermiş olduğu kararında “ 5271 sayılı CMK’nın 210. maddesinde, “Olayın delili, bir tanığın açık-

Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Ancak bunun için sanığa muhakemenin başında veya sonrasında tanığın güvenilirliğini sorgulayabileceği yeterli ve belirli imkânların tanınması gerekir.²²

Sözleşme sadece sanık bakımından değil, tanıklık yapacak kişiler bakımından da güvenceler getirmektedir. AİHM, sanığın savunma hakkı ile tanığın yaşama, vücut dokunulmazlığı ve kişi hürriyeti hakları arasında dengeli bir yaklaşım sergilemektedir.

Bu dengeyi sağlamak amacıyla AİHM, gizli tanık ifadelerinin delil olarak kullanılmasının AİHS m. 6/1-3(d) (adil yargılanma hakkı ve iddia tanıklarına soru sorma hakkı) kapsamında ihlal oluşturmaması için aşağıdaki koşulları aramaktadır:²³

1- Tanığın kimliğinin gizlenebilmesi için, mahkeme öncelikle gereklilik incelemesi yapmalıdır. Bu amaçla tanığın veya yakınının hayat, vücut bütünlüğü veya kişi özgürlüğüne yönelik ciddi bir tehlike olduğuna ilişkin yeterli somut deliller tespit etmeli ve bu nedenleri gerekçeli olarak hükümde açıklamalıdır.²⁴ Ayrıca mahkeme, ilgili tehlikenin tanık üzerinde yarattığı korkuyu da değerlendirmeli, objektif verilere dayalı olarak tespit etmeli ve gerekçelendirmelidir. Ancak bu işlemden sonra tanığı hazır bulunmaktan muaf edebilir.²⁵

2- Hükmü verecek olan mahkeme tanığın kimliğinin gizlenmesini gerektiren haklı sebepleri tespit edip gerekçelendirdikten sonra huzurda bulunması gerekenler olmadan tanığı bizzat kendisi dinlemeli ve güvenilirliğini sınamalıdır. Nitekim *Balta ve Demir /Türkiye* ka-

lamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçmez.” hükmü yer almaktadır. Bu açıklama ışığında somut olayda izlenen güvenlik kamera görüntülerine göre tanık ... ’nun, müştekinin işyerine girdiğinde, yağma olayını gerçekleştiren kişinin dışarıya doğru çıktığı sırada karşılaşması ve olayın tek tanığı konumunda olması nedeniyle, olayla ilgili görgüsü, bilgisi ve hazırlıkta anlatımı bulunan adı geçen mahkemeye çağrılarak dinlenilmesi; tutuklu sanığın da cezaevinden getirilerek fiziki yapısı ve ses tonu itibarıyla teşhisi amacıyla tanık ile yüzleştirilmesi ve kamera kayıtları ile karşılaştırılarak sanık ... ’un eyleminin duraksamaya yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesinden sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği düşünülmeyen, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmasını” bozma nedeni olarak kabul etmiştir. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, erişim tarihi 14.10.2016

²² Trofimov/Rusya kararı, §33

²³ Turhan , s.398

²⁴ Balta ve Demir/Türkiye kararı §39-41 vd.

²⁵ Balta ve Demir /Türkiye kararı §44; Visser /Hollanda kararı, §47-48; Krasniki/Çek Cumhuriyeti kararı, §80-83

rarında²⁶ AİHM, tanığın huzurda bulunması gerekli olanlar olmadan istinabe suretiyle ifadesinin dinlenmesini, gizli tanığın ifadesinin güvenilirliğinin sınanması bakımından yeterli görmemiş; yerel mahkemenin yeterli özeni göstermediğine karar vermiştir.

3- Tanığa soru sorma hakkı, mevcut olduğu ileri sürülen tehlike ile orantılı sınırlandırılmalıdır. Diğer bir ifade ile tanığın menfaatleri korunmakla birlikte savunma haklarına daha az zarar verecek başka bir yöntem kullanma imkânı varsa öncelikle bu yol tercih edilmelidir.²⁷ *Balta ve Demir /Türkiye* kararında (§ 58) AİHM, tanığın duruşma salonundan başka bir salonda dinlenmesi ve sanıkların görüntülü ve sesli aktarma sistemi aracılığıyla soru sorma haklarını kullanabilmesi imkânı yasal olarak bulunduğu halde, Ağır Ceza Mahkemesinin iç hukukta öngörülen bu yöntemi gerekçesiz olarak uygulamamış olmasını, ihlal nedeni olarak kabul etmiştir. Ayrıca yine aynı kararda²⁸ AİHM, ulusal mahkeme tarafından verilen karar gerekçesinde, sanığın haklarını daha az kısıtlayacak tedbirlerin tanığı koruma amacına yeterli olup olmadığının tartışılmadığını ifade etmiştir. Kısaca AİHM, yapılan kısıtlamanın gerekli ve yeterli olduğunun gerekçeli kararda mutlaka tartışılması gerektiğini ifade etmektedir.

4- Tanığa soru sorma hakkının muhakemenin herhangi bir aşamasında en az bir kez kullanılmış olması ve güvenilirliğinin sorulanabilmesi için savunma makamına yeterli imkânların sağlanmış olması gereklidir.²⁹ Ancak AİHM, bu kurala istisna kabul etmektedir. *Al-Khawaja et Tahery* kararında³⁰ Büyük Daire, tanığın duyduğu korku sebebiyle duruşmada hazır bulunmamasını incelemiştir. Mahkeme iki tür korkunun söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Bunlardan ilki,

²⁶ Balta ve Demir /Türkiye kararı §57

²⁷ Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı §58; Yevgeniy Ivanov/Rusya kararında §49, tanığa soru sorma hakkının tanık bulunmadığı için kullanılamamış olmasının alınacak diğer tedbirler ile dengelenmesi gerektiğinin özellikle altı çizilmiştir.

²⁸ Balta ve Demir /Türkiye kararı §59

²⁹ Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı §51; Kotovski/Hollanda kararı §42-43; Taal/Estonya kararı §35; Yevgeniy Ivanov/Rusya kararı §47; Trampevski/Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti kararı, başvuru no 4570/07, tarih 10.07.2012 §44-45 “Üye Devletler adil yargılama ilkesinin gereklerini yerine getirmek amacıyla açık duruşmada sanık aleyhine olan tanıkları bulundurmamak ve sanığın aleyhine olan tanığın güvenilirliğini sınamaya hakkını kullandırmakla yükümlüdür, bunun yapılamaması halinde durum gerekçeli olarak açıklanmalı ve bu delil tek başına hükme esas teşkil etmemelidir.”

³⁰ Al-Khawaja et Tahery/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No. 26766/05 ve 22228/06, tarih.15.12.2011

sanığın ya da sanık hesabına çalışan kişilerin tehditlerine veya diğer hilelerine bağlı olarak duyulan korkudur; diğeri ise duruşmada sorgulama olayının meydana getirebileceği sonuçlara dayalı olarak gelişen genel bir korkudur. Tanığın hissettiği korku sanıktan ya da sanık hesabına çalışan kişilerden kaynaklandığında, hâkimin sanığa ya da temsilcilerine, tanığa karşı çapraz sorgu uygulama imkânı vermeksizin, tanığı şahsen huzura çıkmaya zorlamaksızın ve söz konusu ifadenin sanık aleyhine yegâne ve belirleyici delil teşkil etme ihtimali olsa bile duruşma sırasında tanığın ifadesinin okunmasına izin verilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca tanığın hazır bulunmaktan muaf tutulması için korkusunun doğrudan sanığın tehditlerinden kaynaklanması da gerekli görülmemiştir. Burada önemli olan hakimin, öncelikle tanığın hissettiği korkunun objektif gerekçelere dayanıp dayanmadığını; ikinci olarak da bu objektif gerekçelerin somut unsurlara dayanıp dayanmadığını tespit etmek amacıyla uygun araştırmaları yürütmesidir. Zira tanık tarafından duyulan her türlü korku tanığın duruşmada hazır bulunmaktan muaf tutulması için yeterli değildir.³¹

5- Mahkûmiyet hükmü tek başına veya belirleyici³² ölçüde gizli tanık ifadesine dayanmamalıdır.³³ Delilin önemini değerlendirmek için mahkemeler tarafından incelenen delillerin tamamının dikkate alınması yeterli değildir, mahkûmiyet kararının fiilen hangi delillere dayandırıldığını ve dolayısıyla sanığın mahkum edildiği suçu ve sanığın cezai sorumluluğunu oluşturan farklı unsurların neler olduğunu da araştırmak gerekir.³⁴ Gizli tanık ifadesi, ancak diğer delillerle doğrulanması halinde hükümde kullanılabilir hale gelebilir ve diğer deliller de başka bir gizli tanık ifadesi olamaz. Diğer bir ifade ile diğer

³¹ Al-Khawaja et Tahery kararı, §122-124; Balta ve Demir /Türkiye kararı §44

³² AİHM, Al-Khawaja et Tahery kararında, “belirleyici delil” kavramının ispatlayıcı delil ifadesinden daha güçlü bir anlam taşıdığını ifade etmiştir. Buna göre, ilgili delil olmaksızın mahkum edilme ihtimalinin beraat edilme ihtimalinden daha düşük olmasının süreklilik arz etmesi yeterli değildir. Gerçekte belirleyici kelimesi, dava hakkında karar verilmesini sağlayacak derecede önemli bulunan bir delile işaret ederek dar anlamda kullanılmalıdır. Şayet duruşmada hazır bulunmayan bir tanığın ifadesi diğer unsurlarla desteklenirse bu ifadenin belirleyici niteliğine ilişkin değerlendirme, söz konusu diğer unsurların ispat gücüne bağlı olacaktır (§131).

³³ Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı §63; Doorson/Hollanda kararı § 76; Taal/Estonya kararı Başvuru no. 13249/02, tarih 22.11.2005 §33; Pello/Estonya kararı, §25; “hüküm soru sorma imkânı tanınmayan tanığın ifadesine dayanmamalıdır” Yevgeniy Ivanov/Rusya kararı §48-50; Balta ve Demir/Türkiye kararı §39; Ayrıca bkz. Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.cilt 2012, s.651

³⁴ Tseber/Çek Cumhuriyeti kararı §54-55; Balta ve Demir /Türkiye kararı §50

delillerle³⁵ doğrulanan ve yukarıdaki güvenceler sağlanmak koşulu ile başvuru gizli tanık ifadesi, ancak mahkûmiyet kararını kuvvetlendirmek için kullanılan yan bir delil olabilir, tek başına delil olmayacağı gibi mahkûmiyet kararında ağırlığı olan bir delil de olamaz.³⁶ Bununla birlikte, savunma makamının sorgulama imkânı bulamadığı bir tanığın aleyhte tek veya belirleyici unsur teşkil eden ifadesinin delil olarak kabul edilmesi, kendiliğinden Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasını ihlal etmemektedir; bu tür bir delilin güvenilirliğine ilişkin doğru ve adil bir değerlendirme yapabilmek için söz konusu delilin kabul edilmesine bağlı sakıncaları giderebilecek yeterli unsurların bulunması halinde, dava bir bütün olarak, hakkaniyete uygun olarak değerlendirilebilmektedir.³⁷

Yukarıdaki koşullara ek olarak AİHM, savunma makamı tarafından da bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme başvuranların sadece soru sorma hakkının kullanılılmamış olması nedeniyle m. 6/1-3 (d)'nin ihlal edildiğini ileri sürmelerinin yeterli olmadığını, tanığa soru sorma hakkının kullanılılmamış olmasının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından öneminin de savunma makamı tarafından hem ulusal mahkeme önünde hem de başvuruda tartışılması gerektiğini ifade etmektedir.³⁸ Bu gerekçeler savunma makamı tarafından ortaya konulduğu halde, üye Devlet yargılama makamları, soru sorma hakkını kullanırmak (tanıkla yüzleşme hakkını sağlamak) için gerekli tedbirleri almaz ve koşulları sağlamaz ise, Sözleşme m. 6/1-3(d)'de düzenlenen hakları ihlal etmiş olur.³⁹

III- Anayasa Mahkemesinin Bakış Açısı

Anayasa Mahkemesi, "tanıklar soru sorma hakkının kullanılması"na ilişkin 9 ihlal iddiası başvurusunu değerlendirmiştir. Bu kararlardan sa-

³⁵ Ancak bu doğrulayıcı delillerin de ispat kuvveti olmalıdır, diğer delillerin ispat gücü yeterli değilse AİHM sadece gizli tanık ifadesinin esas alındığını kabul etmektedir. Balta ve Demir /Türkiye kararı §52

³⁶ Turhan , s.398

³⁷ Balta ve Demir /Türkiye kararı §39; ayrıca bkz. Tanyar Ziya Çağa, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Gizli Tanıklık ve Adil Yargılanma Hakkı", *LHD*, Cilt 10, Sayı 114, 2012 s.59; Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, s.308-309-310

³⁸ Pello/Estonya kararı, §26; Yevgeniy Ivanov/Rusya kararı §50

³⁹ Pello/Estonya kararı, §34-35

dece bir tanesi gizli tanık beyanına ilişkindir ancak biz bu başlık altında yol göstermesi amacıyla Anayasa Mahkemesinin tanıklara soru sorma hakkı bakımından inceleme yaptığı tüm kararları değerlendirmeyi uygun gördük. Gizli tanığa soru sorma hakkı kapsamındaki karar (Baran Karadağ başvurusu) ise en son değerlendirilecektir.

1- Tanıklara Soru Sorma Hakkı Bakımından Yaptığı Genel Değerlendirme

Konuya ilişkin ilk karar, *Erol Aydeğer*⁴⁰ başvurusudur. Başvurucu, yargılandığı ceza davasında savunma hakkının kısıtlanması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, ailevi sebeplerle asker kaçağı olarak yaşadığını bu nedenle duruşmalara katılamadığını, yalnızca iki kez duruşmaya katıldığını ve bir kez kendisini savunabildiğini; ayrıca özel avukat tutamadığını, kendisini Baro tarafından tayin edilen avukatın savunduğunu ve ilk derece mahkemesi kararını bu avukatın temyiz ettiğini belirtmiştir. Başvurucu, kendisini yeterince savunamamış olması nedeniyle savunma hakkının kısıtlandığını ileri sürmüştür (§24).

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde, sanığın kendini savunma hakkından faydalanmasının ilk koşulunun sanığın savunmasını yapabilmesi için mahkeme önünde hazır bulunma olduğunu; her ne kadar AİHS'in 6. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da duruşmada hazır bulunma hakkının AİHS'in 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil muhakeme hakkının bir parçası olduğunu; sanığın aleyhine açılan ceza davasında duruşmada hazır bulunmasının genel bir hak olduğunu ve AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan hakların bir parçası olduğunu *Sejdovic/İtalya*, B. No: 56581/00, 1/3/2006, § 81 kararlarına atıf yapmak suretiyle ifade etmiştir. Ayrıca, duruşmada hazır bulunma hakkının bir sonucu olarak, 5271 sayılı Kanun'un 193. maddesinin (1) numaralı fıkrasında istisnalar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağına hükme bağlanmış olduğunu belirtmiştir (§41).

Somut olayda başvurucunun cezalandırılması için ceza davası açıldığı halde, duruşmalardan kaçması nedeniyle başvuru hakkında duruşma yapılamadığı ve ancak yakalandığı tarihte ilk kez duruş-

⁴⁰ Erol Aydeğer Başvurusu, başvuru numarası 2013/7582; karar tarihi 07.03.2014

maya çıkartılarak mahkeme önünde hazır bulunma hakkından faydalandırıldığı (§42) ; ayrıca somut olayda isnat edilen suçun kanunda öngörülen cezasının alt sınırının beş yıldan fazla olması ve başvuru-
cunun kendisinin bir müdafii seçmemiş olması nedeniyle başvurucuya re'sen müdafii tayin edildiği; her ne kadar başvuru-
cunun kendisinin bir müdafii seçmemiş olması nedeniyle savunma hakkını tam olarak kullanamadı-
ğını ileri sürmüş olsa bile, ilk derece mahkemesince re'sen tayin edilen müdafinin müdafilik görevlerini yerine getirmediğini ileri sürmediği ve müdafinin yardımından etkili bir biçimde yararlanamamasının sebeplerini bildirmediği belirtilmiştir (§43).

Somut olayda başvuru-
cuya atanan ilk iki müdafinin duruşmalar-
da hazır bulunmaması üzerine Barodan yeni müdafii talep edildiği ve başvuru-
cunun son celse atanan müdafii ile savunma hakkını kullandı-
ğı ve son atanan müdafinin ilk derece mahkemesinin kararını temyiz etti-
ği; başvuru-
cunun da, kendisine atanan müdafilerin görevini yeri-
ne getirmediği yönünde, derece mahkemeleri önünde bir şikâyetinin olmadığı ifade edilmiştir (§43).

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, somut olayda başvuru-
cunun suçlamanın nedenleri ve niteliği hakkında bilgilendirildiği, du-
ruşmada hazır bulunmasının sağlandığı, savunmasını hazırlaması için gerekli zaman ve kolaylıklardan faydalandırıldığı, kendisine ve müdafii-
ne verilen süre dışında ilave süre istemediği, bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle savunma hakkını kullandığı ve başvuru-
cunun adil yargılanma hakkını sınırlandırdığı iddiasıyla baş-
ka bir işlem hakkında da şikâyetçi olmadığı; ayrıca dava dosyası ve yargılama süreci bir bütün olarak incelendiğinde başvuru-
cunun savunma haklarından yararlandırılmadığını gösteren bir bulguya da rastlanılmadığından, başvuru-
cunun savunma hakkının kısıtlandığını ileri sürdüğü yargılama işlemlerinde açık ve görünür bir ihlal saptan-
madığına, başvuru-
cunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (§46,47).

Bu kararda Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkı kapa-
sında savunma hakkının bir gereği olan tanıklara soru sorma hak-
kına ilişkin doğrudan bir değerlendirme içine girmemiş; genel bir değerlendirme içerisinde olayı değerlendirmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi başvuru-
cuların ihlal iddiası kapa-

mında ortaya koydukları konularda, derece mahkemesi önünde de bu ihlal iddialarının gündeme getirilmesi gereğini aramakta, bu hakları kullanmak için talepte bulunmamış olmaları halinde iddiaları kabul edilebilir bulmamaktadır.

Konuya ilişkin ikinci karar *Atilla Oğuz Boyalı*⁴¹ kararıdır. Başvurucunun iddiası doğrudan tanık dinlenmediğine ilişkindir. Söz konusu davada başvuru, dava dosyası kapsamında verilen birleştirme kararından sonra tanıkların dinlenmediğini ve yargılamanın makul olmayan bir süre içerisinde tamamlandığını ileri sürerek Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir (§1).

“Somut olayda başvuru hakkındaki dava, başvuru-
cunun eşinin yargılandığı Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki dava ile birleştirilmiştir. Birleştirme sonrasında yapılan ikinci celsede, başvuru-
cunun yokluğunda yapılan muameleler ve tanık beyanları Mahkeme huzurunda ve başvuru mevcutken okunmuştur. Başvurucunun yokluğunda yapılan muameleler ve tanık beyanlarının okunmasının ardından başvuru-
cudan herhangi bir diyeceğinin olup olmadığı sorulmuş ve başvuru aleyhe olan tanık anlatımlarını kabul etmediğini beyan etmiştir. Başvuru vekili de bu beyanlara katıldığını ifade etmiştir (bkz § 49) ”.

Başvuru dosyası incelendiğinde Anayasa Mahkemesi, tanık ifadelerinin Mahkeme huzurunda alındığını, başvuru-
cunun duruşmalarda ve temyiz dilekçelerinde tanıklara soru sorma veya tanık sorgulama talebinde bulunmadığını tespit etmiştir. Ayrıca başvuru-
cunun, hakkında verilen hüküm, temyiz incelemesi aşamasında Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin ilgili kararı ile bozulduktan sonra bozma kararı üzerine Mahkemece yapılan duruşmaya katılmadığı, bunun üzerine başvuru-
cunun Mahkeme-ye zorla getirilmesine karar verildiği tespit edilmiştir (§52).

Anayasa Mahkemesi, tanıkların dinlenmek üzere çağırılmasının uygun olup olmadığının kural olarak derece mahkemelerinin takdir yetkisi dâhilinde olduğunu, dolayısıyla bir sanığın bazı tanıkları dinlemediğinden şikayet etmesinin yeterli olmayıp ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemesi gerektiği belirtmiştir. İlgili davada derece mahkemesi

⁴¹ Atilla Oğuz Boyalı Başvurusu, başvuru numarası 2013/99, karar tarihi 20.3.2014

mahkûmiyet kararı verirken başvuru tarafından tekrar dinlenmesi talep edilmeyen tanıkların beyanlarına ve bilirkişi raporuna dayanmıştır. Ayrıca ne başvuru ne de avukatı tanık beyanlarının gerçeği yansıtmadığını göstermek için Mahkemeden tanıkların dinlenmesini talep etmiştir. Söz konusu yargılamada başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararı, sadece dinlenmeyen bir tanığın beyanlarına dayanılarak da verilmemiştir. Bu nedenlerle başvurunun “birleştirme kararı sonrasında tanık dinletme taleplerinin kabul edilmediği” yönündeki iddiası açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur (§ 55).

Bu kararda Anayasa Mahkemesi iki hususu birlikte vurgulamıştır. Birincisi dinlenmeyen tanıkların dinlenmesinin neden önemli olduğu ve maddi gerçeğin ortaya çıkması bakımından değerinin savunma makamı tarafından belirtilmesi gereği (ki bu husus çeşitli AİHM kararlarında da sıkça gerekçe olarak ifade edilmektedir); ikinci olarak da bu tanıkların dinlenmesinin gerekçeli olarak ilk derece mahkemesi önünde talep edilmiş olmasıdır.

Üçüncü karar *Sencer Başat ve Diğerleri*⁴² kararıdır. Bu karar Anayasa Mahkemesi Genel Kurul kararıdır ve özellikle tanıklara soru sorma hakkı bakımından dönüm noktası olmuştur. Bu karar basında Balyoz davası olarak adlandırılan davaya ilişkindir. Başvurucuların çeşitli noktalardan ihlal iddiaları söz konusudur; ancak biz burada sadece tanıklara sorma hakkı bakımından Anayasa Mahkemesi’nin değerlendirmesi üzerinde durmaya çalışacağız.

Olay, “20-21 Ocak 2010 tarihinde ulusal yayın yapan günlük bir gazetede “Fatih Camii Bombalanacaktı- İki Yüz Bin Kişiye Tututklama” başlıklı haberlerin yayınlanması haberinden sonra, haberi yapan gazeteci tarafından 21.01. 2010 tarihinde habere dayanak teşkil eden 3 adet DVD ve 1 adet CD, 29.01.2010 tarihinde de 19 adet CD, 10 adet ses kaseti ve 2229 sayfalık belgenin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı’na teslimi ile başlamıştır. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma kapsamında el konulan 11 nolu CD’de 1. Ordu, 2,3,5 ve 15. Kolardular, Donanma Harp Akademileri, Bursa ve İstanbul Jandarma Bölge Komutanlıklarınca hazırlanan hareket ve tedhiş planları, listeler ile 2003 yılı plan seminerine ait bir kısım yazışmalar 16 nolu CD’de Adalet ve Kalkınma Partisi Hükümetince yapılan bazı atamalar hakkında bilgiler, 17 nolu CD’de ise 11 nolu CD’de bulunan hareket ve tedhiş planlarının bulun-

⁴² Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru no: 2013/7800, karar tarihi 18.06.2014

duğu değerlendirilmiştir. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2.7.2010 tarih ve 2010/420 sayılı iddianamesiyle 196 sanık hakkında 765 sayılı Kanun'un 147, 61.1.31.33.40.maddeleri kapsamında kamu davası açılmıştır. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 23.7.2010 tarihli iddianamenin kabulü ve tensip kararı sonrası 16.12.2010 tarihli duruşmayla yargılama başlamıştır. Yargılama sürecinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 16.6.2011 tarih ve 2011/288 sayılı iddianamesiyle 28 sanık hakkında, 11.11.2011 tarih ve 2011/554 sayılı iddianamesiyle 143 sanık hakkında Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten men etmeye teşebbüs suçundan açılan davalar, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/283Esas sayılı dosyasında birleştirilmiştir. Üç ayrı iddianameyle açılan ve birleştirilen dava kapsamında 367 sanık hakkında yargılama yapılmıştır. 36 sanık hakkında beraat, başvuruolarının da aralarında olduğu 325 sanık hakkında ise Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten men etmeye teşebbüs suçundan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 147 ve 61. maddeleri gereğince mahkûmiyet kararı verilmiştir (§ 8.9.10.11.12)"

Başvurucular çeşitli gerekçelerle Anayasanın ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bu iddialardan bir tanesi de " kendilerine isnat edilen suçun işlenmesine anılan tarihte görevde olan Genelkurmay Başkanı ve Kara Kuvvetleri Komutanı tarafından engel olunduğunun kabul edilmesi nedeniyle bu kişilerin tanıklık yapmak üzere davet edilmeleri taleplerinin reddedildiği ve delillerin ortaya konulması ve tartışılması safhasının usulünce yerine getirilmediği (§17)" dir. Anayasa Mahkemesi tutukluluğa ilişkin şikayetlerin, zaman bakımından kabul edilmez olduğuna karar vermiş; ancak tanık dinlenmesi talepleri ve dijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şikayetlerin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir (§26). Tanık dinlenmesi taleplerinin reddi nedeniyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiği yönündeki iddiayı yerinde bulmuş, dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Kara Kuvvetleri Komutanı Aytaç Yalman'ın tanık olarak dinlenmesi taleplerinin reddi nedeniyle tanık dinletme hakkına ilişkin şikayetlerin kabul edilebilir olduğuna ve Anayasa'nın 36.maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararını, AİHS m.6/3-d bendinde düzenlenen "sanığın iddia tanıklarını sorguya çekme veya çektirme hakkı" na atıf yaparak AİHM'nin kararlarını referans göstermek suretiyle gerekçelendirmiştir. Bu çerçevede mahkemelerin somut davadaki mad-

di gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmayacağını değerlendirdiği savunma tanıklarının dinlenmesi talebini reddedebileceğini (§76) (*Hüseyin ve diğerleri/Azerbaycan* B.No.35485/05,45553/05, 35680/05 ve 36085,26/7/2011 § 196); kural olarak tanıkların dinlenmesinin uygun olup olmadığını değerlendirmesini ilk derece mahkemesinin takdir yetkisi dâhilinde olacağı dolayısıyla bir sanığın bazı tanıkları dinletemediğinden şikayet etmesinin yeterli olmadığı ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemesi gerektiği (§77); adil yargılanma hakkının bireylere dava sonucu verilen kararın değil, yargılanma sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verdiğini ve bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikayetlerin incelenebilmesi için başvuruçunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, yargılama sürecinde iddia makamının sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfilığe ilişkin bir iddianın dayanaklarıyla ileri sürülmüş olması gerekeceği belirtilmiştir (§79). Mevcut yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin adil yargılanma hakkına uygun olup olmadığını denetlemenin Anayasa Mahkemesi'nin görevi kapsamında olmayıp, Mahkemenin görevinin başvuru konusu yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığının değerlendirilmesi olduğu ifade edilmiştir. Taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında uygun imkânların tanınması gerektiği; delillere ilişkin denge-sizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmesi gerektiği (§80) belirtilmiştir.

Söz konusu başvuru kapsamında yapılan inceleme sonucunda Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen esaslardan hareket ederek aşağıdaki gerekçelerle ihlal kararı vermiştir:

1- İlk derece mahkemesinin isnat edilen darbe suçunun yapılanmanın lideri kabul edilen Çetin Doğan'ın sağlık durumu, bazı sanıkların tayin edilmeleri yanında Genelkurmay Karargâhı'nın öncelikle muhtemel darbeye karşı çıkması, sonrasında da da günün şartlarının

elverdiği ölçüde engellemek için çaba göstermesi nedeniyle işlenemediğinin belirtilmesine karşın, suçun niteliği gözönüne alınarak toplanan delillere göre Genelkurmay Başkanı ve Kara Kuvvetleri Komutanı'nın tanıklıklarının karara etkisi bulunmadığının belirtilmesi (§84);

2- Sanıklara isnat edilen suç fiillerinin esaslı biçimde bilgisayar programlarıyla oluşturulmuş belgelere dayandığı, bu belgelerin içeriklerinin maddi olay ve olguları yansıttığı ve gerçek olduklarının ilk derece mahkemesince kabul edildiği; ancak bilirkişi raporlarında/uzman görüşlerinde bu verilerin müdahale edilebilir nitelikte olduğu ve bu verilerin teknik bilgileri ile içeriklerinin uyumsuzluğu belirtildiği halde, tanık olarak dinlenmesi talep edilen ilgili kişilerin beyanlarının maddi gerçeğe ulaşma bakımından önemsiz kabul edilemeyeceğini (§85);

3- 1. Ordu Komutanlığı merkezli bir yapılanmanın darbe amacına yönelik faaliyetlerinin Genelkurmay Başkanlığı ve Kara Kuvvetleri Komutanlığı'nca öğrenildiği ve teşebbüs edilen suça engel olunduğu kabul edilirken, toplanan kanıtlara göre tanık olarak dinlenmesi talep edilen anılan görevdeki kişilerin beyanlarının karara etkisi bulunmadığı gerekçesinin makul olmadığı (§86);

4- Tanık dinletme taleplerinin kamuoyu nezdinde başkısı oluşturmak amacıyla yapıldığı ek gerekçesiyle reddedildiği, başka amaçla yapıldığı ve karara etkisi bulunmadığı kabul edilen bu taleplerin yalnızca objektif olarak yargılamaya etkisi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği (§87);

5- Dinlenmesi reddedilen tanık beyanlarının sadece sanıklar lehine sonuç doğuracak tanık beyanı olmasının ötesinde delil niteliği taşıdığı ve bu nitelikteki delilin yargılama bakımından belirleyici özelliği dikkate alındığında aleni bir duruşmada sanıkların huzurunda ortaya konulması gerektiği (§88);

6- Delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak derece mahkemesine ait olsa da, somut olayda yargılama konusu suç, sanıkların durumu, isnat edilen suçun işleniş biçimi, suç eylemleri, tanıkların konumu ve diğer delillerin niteliği dikkate alındığında, dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Kara Kuvvetleri Komutanı Aytaç Yalman'ın tanık olarak dinlenme taleplerinin reddi, yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte bulunmuştur (§89).

Mahkeme, ilgili tanıkların isnat edilen suçun sübutu bakımından objektif olarak esaslı olduğu gözetilmeden reddini, çelişmeli yargılama ilkesine vesavrun matanıklarının davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanması hakkına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir (§90). Anayasa Mahkemesi yukarıda incelediğimiz kararlarda belirtilen hususlardan yine yola çıkmış; ilk derece mahkemesine yapılan itirazların red gerekçelerini yerinde bulmamış ve ihlal kararı vermiştir. Diğer bir ifade ile, söz konusu başvuruda, başvuranlar ilk derece mahkemesi önünde haklarını kullanmak için yasal tüm gayreti göstermiş ancak mahkeme bu talepleri yerinde olmayan gerekçeler ile reddetmiştir.

Dördüncü karar Selim Berna Altay⁴³ başvurusudur. Söz konusu olayda başvuru, delillerin eksik ve hatalı değerlendirilmesi sonucu mahkûmiyetine karar verilmesi, tanık dinletme taleplerinin kabul edilmemesi ve mahkeme kararının gerekçesiz olması nedenleriyle Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

Başvurucu, ilk derece mahkemesi tarafından, özel yetkili mahkeme uygulamaları ile ilgili olarak anlatımda bulunmak üzere, o dönemde görevli teknik personel ile yetkili Cumhuriyet Başsavcısı ve vekillerinin tanıklıklarına ilişkin talebinin değerlendirilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§ 33).

Söz konusu olay bakımından yapılan inceleme kapsamında Anayasa Mahkemesi, tanıkların dinlenmek üzere çağırılmasının uygun olup olmadığına karar vermenin kural olarak derece mahkemelerinin takdir yetkisine dahil olduğunu; bir sanığın bazı tanıkları dinlemediğinden şikâyet etmesinin yeterli olmayıp, ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemesi gerektiğini; 5271 sayılı Kanun'un 178. maddesine göre, mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın (başvurucunun) gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanığın o kişileri mahkemeye getirebileceğini ve bu kişilerin duruşmada dinlenebileceğini ifade etmiştir (§43). AİHM'nin kararlarına

⁴³ Selim Berna Altay Başvurusu, Başvuru No. 2013/8397, 16.10.2014

atıf yaparak⁴⁴ mahkemelerin, somut davadaki maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmayacağını değerlendirdiği savunma tanıklarının dinlenmesi talebini reddedebileceğini; derece mahkemesi sıfatıyla davaya bakan Yargıtay 5. Ceza Dairesinin, mahkûmiyet kararı verirken olayla ilgili doğrudan bilgi sahibi olan tanıkların beyanlarına ve yukarıda bahsi geçen delillere dayandığını; başvuru, savunmasına itibar edilmemesi halinde dilekçesinde belirttiği tanıkların dinlenmelerini talep ettiği, mahkemenin, davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirerek, gösterilen tanıkların davayla ilgisini takdir ettiğini; ancak taleple ilgili olarak açık bir karar vermemiş olduğunu, bu tanıkları dinlemeyerek talebi örtülü olarak reddettiğini ; başvurusunun bu örtülü ret kararına rağmen gösterdiği tanıkları mahkemede hazır etmediğini belirtmiştir(§45).

Anayasa Mahkemesi başvuru formu ve eklerini incelediğinde, başvurusunun ayrıca tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebinde bulunmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararının, sanık savunmalarına, diğer tanık beyanlarına ve maddi delillere dayanarak verildiği gözetilerek, yargılamanın bir bütün olarak adil olmadığına ilişkin bir bulguya rastlanmadığını ifade etmiş ve açıklanan nedenlerle, başvurusunun yargılandığı davada tanık dinletme talebinin kabul edilmediği yönündeki iddialarının “açıkça dayanaktan yoksun” olduğuna karar vermiştir(§46-47). Bu olayda da benzer sebeplerden dolayı red kararı verilmiştir. Zira başvuran ilk derece yargılamasında kendisine tanınan yasal hakları tam anlamıyla kullanmamıştır.

Beşinci değerlendirme, İsmet Özkorul⁴⁵ başvurusudur. Bu başvuru da açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle reddedilmiştir. Başvuru, Rize Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yaptığı döneme ilişkin şikâyetler üzerine hakkında başlatılan idari soruşturmada özel hayatı ihlal edilerek deliller toplandığını, görevi kötüye kullanma suçundan yargılandığı davada ise, tanık beyanlarındaki çelişkiler giderilmeden, tanıklarla yüzleştirilmeden ve savunma hakkı kısıtlanarak mahkûmiyetine karar verildiğini belirterek, Anayasa’nın 20. ve 36.

⁴⁴ Huseyin ve diğerleri/Azerbaycan, B. No:35485/05, 45553/05, 35680/05 ve 36085/05, 26/7/2011, § 196.

⁴⁵ İsmet Özkorul Başvurusu, Başvuru No.2013/7582, Karar tarihi: 11/12/2014

maddelerinde belirtilen özel hayatın gizliliği ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

İlk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay, konutları yargı çevresi dışında bulunan ve olayla ilgili bilgileri bulunduğunu değerlendirdiği tanıkların, olayla ilgili bilgi ve görgülerinin istinabe yoluyla alınmasına tensiben karar vermiştir (§15). Yargıtay Ceza Dairesi, başvurucuyu 5 ay hapis cezasına mahkum etmiş ve verilen hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar vermiştir. Mahkeme; sanığın kovuşturma evresindeki savunmasına, tanık beyanlarına, soruşturma raporuna, Rize İcra Dairesinden temin edilen belgelere, tutuklama ve tahliye kararlarına ilişkin belge örneklerine, HSYK İkinci Dairesinin kovuşturma izni verilmesine dair kararına dayanarak söz konusu kararı vermiştir (§16).

Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında olduğu gibi, konuyu AİHS'nin 6/3-d bendi kapsamında yargılamanın tümünü gözeterek değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin kararlarına atıf yaparak yargılamanın herhangi bir aşamasında sanık veya müdafii tarafından sorgulanmamış olan iddia tanığının ifadelerine dayanarak mahkûmiyet hükmünün verilebilmesi için iki koşulun birlikte bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bu koşullar, tanığın bulunmaması nedeniyle yüzleştirmenin yapılamadığı hallerde yetkili makamların yüzleştirme yapabilmek için aktif olarak çaba sarf etmiş olduklarını kanıtlanmış olması ve söz konusu tanık anlatımının mahkûmiyetin dayanacağı tek delil olmamasıdır. (§43)

Başvurucu asıl yargılamayı yapan mahkemenin bütün oturumlarına katılmış, aleyhindeki bilgi, belge ve beyanlara itiraz etme imkânlarından yararlanmıştır. Yargılamanın birinci celsesinde, Rize Ağır Mahkemesi'nce istinabe suretiyle dinlenen tanık beyanları, hükme dayanak oluşturabilecek tüm kayıt ve belgeler başvuru Mahkeme huzurundayken okunmuştur. Başvurucu, okunan kayıt ve belgelerin aleyhe olan kısımlarını kabul etmediğini bildirmiştir. Diğer taraftan başvuru, yargılamanın ikinci celsesinde, esas hakkındaki savunmalarını sunmak ve soruşturmanın genişletilmesi taleplerini bildirmek üzere Mahkemeden süre talebinde bulunmuştur (§48).

Başvurucu, yargılamanın üçüncü celsesinde esas hakkındaki savunma dilekçesi ibraz etmiştir. Mahkeme, bu dilekçeyi ayrıntılı şekilde incelenmiş, başvuru, savunma hakkının kısıtlandığı, usul

kurallarının ihlal edildiği, istinabe mahkemesince kendisine davetiye gönderilmediği, eksik inceleme yapıldığı yönündeki talepleri 29.5.2013 tarihli oturumda verilen ara kararıyla ve her bir talep gerekçesiyle karşılanacak biçimde, toplanan delillerin yeterli olduğu, tam bir vicdani kanaat olduğu, taleplerin işin esasına etki etmeyeceği, dava ve usul ekonomisine aykırı biçimde gereksiz zaman ve masraf kaybına yol açacağı gerekçesiyle reddedilmiştir (§49).

Anayasa Mahkemesi, başvuru formu ve ekli belgelerden edindiği kanaat kapsamında; başvurunun, suçlamanın nedenleri ve niteliği hakkında bilgilendirildiği, duruşmada hazır bulunmasının sağlandığı, savunmasını hazırlaması için gerekli zaman ve kolaylıklardan faydalandırıldığı, savunma yapmak için süre talebinin kabul edildiği, kendisini mahkeme huzurunda bizzat savunduğu halde; katıldığı oturumlarda veya dilekçelerinde istinabe yoluyla dinlenen tanıklarla yüzleşmek istediği yönünde bir talebi olmadığını tespit etmiştir (§50). Ayrıca başvurunun huzurunda aleyhindeki tanık beyanlarının okunduğu, tanık beyanlarına sanığın (başvurucunun) itiraz etmesi veya soracağı sorular varsa tanıkların yeniden dinlenilmesi yönünde taleplerde bulunması için yeterli ve düzgün fırsatlar verildiğini belirtmiştir. Başvurucunun, eğer tanıklar esas mahkemece dinlenmiş olsaydı mahkeme önünde dile getiremediği hangi ilave tezleri ileri süreceğine veya tanıklara hangi soruları soracağına ilişkin olarak herhangi bir açıklamada bulunmamış olduğunu, tanık beyanlarından aleyhe olan kısımları kabul etmediğine ve bazı tanık beyanlarının hangi gerekçe ile hükme esas alınmayacağına dair açıklamalarda bulunduğuna işaret etmiştir. Esas mahkeme huzurunda savunmasını yapan başvurunun, duruşmalarda ve dilekçelerinde tanıklara soru sorma veya tanık sorgulatma talebinde de bulunmadığını ifade etmiştir. Söz konusu yargılamada başvurunun hakkında verilen kararın, sadece tanık beyanlarına dayanılarak verilmediğini de tespit etmiştir (§53). Bu gerekçelerle başvurunun yargılandığı davada aleyhinde beyanda bulunan tanıkları sorguya çekme hakkının ihlal edildiği iddiasını “*açıkça dayanaktan yoksun*” olduğuna karar vermiştir.

Konuya ilişkin altıncı karar, Ali Rıza Telek⁴⁶ başvurusudur. Bu başvuruda Anayasa Mahkemesi ihlal kararı vermiştir. Başvurucu, “*silahlı*

⁴⁶ Ali Rıza Telek, Başvuru No.2013/2630, karar tarihi: 30.12.2014

terör örgütü üyesi olmak” suçu nedeniyle hakkında yürütülen yargılamada, başka suçlardan başka dosyalarda yargılanan kişilerin kolluk beyanlarına dayanarak hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduğunu, bu kişilerle yüzleştirilmediğini, bu kişilere soru sormadığını, bu kişilerin beyanlarının yasak sorgu yöntemleriyle alınıp alınmadığının araştırılmadığını belirterek Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

Başvuruda başvurucunun cezalandırılmasına dayanak yapılan tek delil tanık delilidir. Söz konusu beyanlar, başka davalarda yargılanan bazı sanıkların soruşturma aşamasında polis nezdinde sanık sıfatı ile verdiği beyanlardır. İlk Derece Mahkemesi, bu tanıkları duruşmaya çağırarak dinlemek yerine, bu kişilerin ifadelerinin dosya içerisine getirtilmesi ile yetinmiştir. Söz konusu tanıklar yargılandıkları mahkemelerde yaptıkları savunmalarda hazırlık beyanlarının baskı ve zorlama altında alındığını ileri sürerek kabul etmemişlerdir (§45).

Kural olarak Anayasa Mahkemesi, ihlale konu olan şikâyetlerin ilk derece yargılaması sırasında ileri sürülmesi gerektiğinin altını çizer. Bu olayda başvuru, bireysel başvuruda ileri sürdüğü şikâyetlerinden hiçbirini İlk Derece Mahkemesinde ileri sürmemiştir (§46); ancak temyiz dilekçesinde, mahkûmiyetine dayanak yapılan beyanların yalnızca ilgili mahkeme dosyalarından getirilmekle yetinildiğini, bu beyanların yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiğine dair iddialar bulunduğu halde, bu yönde herhangi bir araştırma yapmadan hükme esas aldığını ileri sürmüştür. Yargıtay, başvurucunun temyiz dilekçesinde bildirdiği bu şikâyetlerle ilgili bir değerlendirme yapmaksızın yerel mahkeme kararını onamıştır (§47). Anayasa Mahkemesi bu iddiaların temyiz aşamasında ileri sürülmüş olması ancak dikkate alınmamış olmasını, başvuruyu değerlendirmek için yeterli görmüştür. Sanığın aleyhine olan tanıkları çapraz sorguya tabi tutabilmesi, Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinin kilit unsurlarından biri olduğunu; bu sebeple tanık çağırma ya da sorgulama hakkından feragat edilebilirse de feragatin geri dönülmez bir biçimde ve kesin olarak yapılması ve herhangi bir kamu yararına aykırılık taşımaması gerektiğini belirtmiştir (§48).

Anayasa Mahkemesi’ne göre; ancak CMK m. 211’de açıkça sayılan istisnai hallerde, hükme esas alınacak olan tanıkların daha önceki beyanlarının duruşmada okunması ile yetinilebilir. Kanun’da yazılı istisnai haller dışında tanıkların önceki beyanlarının duruşmada okunması ile

yetinilmesi ise, ancak sanığın açık muvafakati ile mümkündür (§49, 50).

Somut olayda İlk Derece Mahkemesi, hükme esas aldığı beyanların sahipleri olan tanıkların duruşmada dinlenmesi için hiçbir girişimde bulunmamıştır. Dolayısıyla bu tanıkların CMK'nın 211. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sayılan ve duruşmada dinlenmesi yerine önceki beyanlarının okunması ile yetinilebilecek tanıklar olup olmadığı araştırılmamıştır. Bu beyanların önem dereceleri itibariyle de duruşmada okunmakla yetinilecek beyanlardan olmadığı görülmüştür. Başvurucu veya müdafinin de hükme esas alınan tanıkların beyanlarının duruşmada okunulmakla yetinilmesine açık muvafakatleri bulunmamaktadır. Savunmanın çapraz sorguya tabi tutmadığı tanıkların yazılı ifadelerinin dosyaya girmesine itiraz etmediği; ancak eğer itiraz edilmiş olsaydı, çok büyük ihtimalle kabul edileceği bir davada feragatin gerçekleşmediği kabul edilmiştir (§51).

Somut olayda başvurucunun tanıkları sorgulama imkânının hayati önemde olmasının sebebi yalnızca başvurucunun ağır bir ceza alması değil; duruşmada dinlenmeyen ve yalnızca başka davaların hazırlık soruşturmalarında verdikleri ifadelerle yetinilen tanıkların beyanlarının olayın aydınlatılması açısından ağırlığının çok ciddi olmasıdır (§52).

İlk Derece Mahkemesi yalnızca başka davaların hazırlık soruşturması sırasında dinlenen ve başvuru ile yüzleşmesi olanağı olup olmadığı araştırılmamış olan sanıkların beyanlarına dayanarak başvurucunun cezalandırmasına karar vermiş olduğu ve mahkûmiyet sadece başvurucunun soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı kimseler tarafından verilen ifadelere dayandırılmış olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesi, savunma haklarının korunması için hiçbir tedbir alınmadığını başvurucunun haklarının Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olduğu (§53), bu nedenle de Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (§54). Bu başvuruda mahkeme önünde dinlenmeyen tanıkların önemi, tanığın önceki ifadesi ile yetinilmesi için kanunda düzenlenen istisnalar kapsamında yer almaması ve ayrıca başvuran tarafından temyiz aşamasında bu hususların dile getirilmesine rağmen Yargıtayca herhangi bir değerlendirmeye konu olmaması, adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir.

Yedinci karar Cihan Yeşil⁴⁷ başvurusudur. Bu karar özellikle disiplin hukuku kapsamında uygulanan disiplin cezaları bakımından önemlidir. Zira Anayasa Mahkemesi, AİHS'nin 6/3-d kapsamında düzenlenen hakkın disiplin suçlarında da kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (§65). Bu kurala riayet etmemenin de Anayasanın 36.maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında tanık dinletme hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir (§ 66).

Olayda “başvurucu, hükümlü olarak bulunduğu Bolu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda infaz koruma memurlarının saldırısına maruz kalarak hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmasının, bu olay nedeniyle Disiplin Kurulu tarafından kendisine verilen iki ayrı 20 gün süreli hücreye koyma cezasına karşı yaptığı itirazda avukatı huzurunda savunma yapmak için kendisine makul süre verilmemesinin ve üç ayrı cezaevine sevkinin yapılarak avukatı ile görüşmesinin kısıtlanmasının kötü muamele yasağını ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüş, disiplin cezalarının sonuçları itibarıyla kaldırılması ve tazminat talebinde bulunmuştur (§1).”

Anayasa Mahkemesi, ceza yargılaması temelinde tanık dinletme hakkının ve bu bağlamda Sözleşme'nin 6/3-d bendinin “hakkaniyete uygun yargılanma” kavramına uygun düştüğü ölçüde disiplin suçlarına kıyasen uygulanabileceğini ve ceza yargılaması temelinde belirlenen ilkelerin uygun düştüğü ölçüde başvurusunun iddiaları açısından değerlendirilmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir (§63). Buna göre, başvuru konusu olaya ilişkin olarak 4675 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen cümleye göre disiplin cezasına karşı yapılan şikâyeti inceleyen infaz hâkiminin talep edilen delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını vermesi gerekir. Nitekim başvuru disiplin cezasına konu olan olaya doğrudan tanık olduklarını iddia ettiği ve aynı koşutta bulunan isimlerini de verdiği bazı hükümlülerin dinlenmesini talep etmiştir (§ 14). Ancak Bolu İnfaz Hâkimliği, başvurusunun itiraz dilekçesinde dinlenmesini talep ettiği ve başvurusunun iddiaları kapsamında olaya doğrudan şahitlik ettiği ileri sürülen tanıkları dinlemediği gibi, dinlememesinin gerekçesini de belirtmemiştir (§65).

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan tanık dinletme hakkının ihlaline karar vermiştir (§

⁴⁷ Cihan Yeşil Başvurusu, Başvuru No 2013/8635, karar tarihi 6/5/2015

66). Bu karar özellikle disiplin hukuku bakımından oldukça önemlidir. Tanık dinletme hakkının disiplin hukuku bakımından da önemi ve etkisi ortaya konulmuştur.

Sekizinci karar, başvurucunun ünlü kimliği nedeniyle kamuoyunu meşgul eden Deniz Seki⁴⁸ başvurusudur. Bu karar aslında, konuya ilişkin en son verilen karardır; ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere gizli tanıklığa ilişkin karar en son değerlendirileceği için kriminolojik sıradan ayrılarak daha önce bilgi veriyoruz. İlgili davada başvuru mahkûmiyetin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayandırılması, delillerin eksik ve hatalı değerlendirilmesi ve ayrıca kovuşturmanın kaldırılan mahkemelerce yapılması nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

Anayasa Mahkemesi, tanık sorgulatma hakkı ihlali iddiası kapsamındaki değerlendirmesinde; başvurucunun aracılık ettiği iddia edilen tanıklar N. Ü., H. Ş. ve İ. T.'nin tanık sıfatıyla dinlenilmesini talep ettiğini; ilk derece mahkemesinin, davaya ilişkin delilleri değerlendirerek gösterilen tanıkların davayla ilgisini takdir ettiğini ve taleple ilgili açık bir karar vermediğini, ancak bu tanıkları dinlemeyerek talebi örtülü olarak reddettiğini belirtmiştir. Bu örtülü ret kararına rağmen başvuru gösterdiği tanıkları mahkemede hazır etmediği ve başvuru formu ve ekleri incelendiğinde, başvurucunun ilgili tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebinde bulunmadığı anlaşılmadığı ve verilen mahkûmiyet kararı tek tanık anlatımı üzerine inşa edilmediği; kararın sanık savunmalarına, diğer tanık anlatımlarına, arama tutanağına, aramada ele geçirilen delillere, kayda alınan iletişim içeriklerine, Adli Tıp Kurumu raporuna, ekspertiz raporlarına ve diğer delillere dayanılarak verildiği gözetildiğinden, yargılamanın bir bütün olarak adil olmadığına ilişkin bir bulguya rastlanmadığına karar vermiştir (§84). Bu gerekçelerle tanık sorgulatma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir (§85).

Yukarıdaki kararlardan da anlaşıldığı üzere Anayasa Mahkemesi, tanıklara soru sorma hakkı bakımından yaptığı değerlendirmelerde, AIHM ölçütlerinden hareket etmekte ve ilgili kararlara atıf yaparak, aşağıda belirteceğimiz esaslardan hareket ederek incelemesini yapmaktadır:

⁴⁸ Deniz Seki Başvurusu, Başvuru No. 2014/5170, karar tarihi 19.9.2015

a- Öncelikle Anayasa Mahkemesi, delilleri kabul etme ve takdir etme yetkisinin kural olarak ilk derece mahkemelerine ait olduğunu ifade etmektedir.

b- Tanıklara soru sorma imkânının sağlanmamasını, yargılamanın bütünü kaspamında değerlendirir ve adil yargılanma hakkının ihlal edip etmediğini incelemektedir. Bu kapsamda gerçekleştirilen yargılamalarda savunma makamına delillerin güvenilirliğinin sınanması için gerekli ve yeterli imkânların mahkemelerce tanınması gerektiğini ifade etmektedir.

c- Anayasa Mahkemesi, CMK kapsamında düzenlenmiş savunma haklarının da savunma makamı tarafından kullanılması ve talep edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Zira savunma makamının dinlenmek üzere çağrılmasını talep ettiği tanıkların mahkemece çağrılması veya ilgili dilekçenin reddedilmesi halinde, tanıkların savunma makamı tarafından (CMK m. 178) duruşmaya getirilebileceği ve bu kişilerin duruşmada dinleneceğini belirtmektedir. Bu kapsamda tanıkların çağrılmamış olması tek başına tanıklara soru sorma hakkının ihlali olarak değerlendirilmemektedir.

d- Diğer bir aranan koşul, savunma makamının ilgili tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklaması gerekliliğidir.⁴⁹ Zira CMK m. 177/1'de de, ilgili delillerin ilişkin olduğu olayların, delil toplanma talep dilekçesinde belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi muhakemenin herhangi bir aşamasında (duruşmaya hazırlık, duruşma ve hatta üst denetim aşamasında) ilgili tanık beyanının maddi gerçeğe olan katkısının öneminin savunma makamı tarafından gerekçeli ve somut verilere dayalı olarak bildirilmesi gerektiğini belirtmektedir. İnceleme kapsamında, savunma makamının bu hususa özen göstermediğini tespit etmiş ise, sadece bu sebebe dayalı olarak ihlal kararı vermemektedir. Eğer savunma makamı bu yükümlülüğü yerine getirmiş; ancak buna rağmen mahkeme ilgili tanıkların dinlenmesini reddetmişse, mahkeme diğer her kararında da olması gerektiği gibi, bu hususu somut verilere dayalı olarak gerekçelendirmek mecburiyetindedir. Temyiz aşamasında da ileri sürülen ihlal iddialarının

⁴⁹ Durmuş Tezcan/M.Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/R. Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011, s.267

Yargıtay tarafından değerlendirilmesi, kabul görmemesi halinde gerekçelendirmesi gereklidir.

e- Son olarak üzerinde durduğu husus, ilgili tanık beyanının tek başına hükme esas teşkil edip etmediğidir. Zira mahkûmiyet kararı tek başına veya önemli ölçüde ilgili tanık ifadesine dayalı olarak verilmişse, bu tanığın güvenilirliğinin soruşturma veya kovuşturma aşamasında en az bir kere savunma makamı tarafından sorgulanması imkânının sağlanmış olması gereklidir.⁵⁰

Yukarıda belirtilen esaslar, yürütülecek olan yargılamalarda gerek ilgili makamlar tarafından dikkate alındığı takdirde, adil yargılanma hakkı bakımından sıkıntıların doğması engellenmiş olacaktır.

2- Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkı Bakımından

Gizli tanık ifadeleri kapsamında üzerinde duracağımız karar, Baran Karadağ⁵¹ başvurusudur. Bu karar, özellikle gizli tanık beyanlarına uygulamada sıkça başvurduğumuz bu günlerde, oldukça önemli ve yol gösterici niteliktedir.

Söz konusu davada başvuru, yargılandığı ceza davasında, mahkemeye savunmasını Kürtçe yapmak istediğini bildirmesine rağmen kendisine tercüman tayin edilmediğini, kendisine isnat edilen suçlara ilişkin tek delilin gizli tanık ifadeleri olduğunu ve bu gizli tanığa soru

⁵⁰ Nitekim Yargıtay 23.CD, E. 2015/1720, K.2015/162, 30.3.2015 tarihli kararında "Hükmü temyiz eden sanık E. D.'nin savunmasıyla soruşturma aşamasında beyanları alınan tanık İ. Ş. beyanları çeliştiğinden, gerçeğin kuşkuya yer bırakmaksızın tespiti amacıyla CMK'nın 210/1 maddesi gereği olayın tek tanığı olduğundan duruşmada mutlaka dinlenmesi gereken tanık İ. Ş.'in duruşmada dinlenmeden soruşturma sırasında alınmış beyanlarıyla yetinilerek eksik araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması," bozmayı gerektirmiştir.; YCGK. E. 2013/4-242, K. 2014/79, 18.2.2014 tarihli kararında " Suçun sübutuna ilişkin olarak, katılanın beyanı, olay tutanağı, adli raporlar, sanığın Amerika Birleşik Devletlerinde öğrenim gördüğüne ilişkin açık beyanı ve öğrenim belgesi gibi başka deliller de mevcut olduğundan, olayın uyumsuzlukla ilgili kısmının tek tanığı olan ve kovuşturma aşamasında tüm aramalara rağmen hazır edilemeyen O.M'nin soruşturma aşamasında alınan ifadesinin CMK'nın 211. maddesi uyarınca okunması ile yetinilerek, sanığın görevli memura direnme ve hakaret suçlarından mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yerel mahkemece soruşturmada dinlenen tanık beyanına göre mahkûmiyet kararı verilmesinin CMK'nın 210. maddesine uygun olmayacağının kabulü ile beraatine hükmolunması isabetsizdir."

⁵¹ Baran Karadağ Başvurusu, Başvuru no.2014/12906, karar tarihi 7/5/2015

soramadığını belirterek, Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

Başvurucu, Cumhuriyet Başsavcılığı'ndaki ifadesinde, sorguda ve yargılamanın ilk iki celsesinde Türkçe savunma yapmıştır (§ 11). İlk Derece Mahkemesi, soruşturma evresinde dinlenen gizli tanığın beyanlarını sanık ve müdafinin bulunmadığı bir ortamda, günü ve saati savunma tarafına bildirilmeyen bir tarihte (celse arasında) tespit etmiştir. Tanığın neden bu şekilde dinlenmesi gerektiği hususunda tutanaklarda bir gerekçeye yer verilmemiştir. Ancak yargılamanın 3. celsesinde, başvuru ve müdafii, gizli tanığa sormak istedikleri hususları bildirmesi için yedi günlük bir süre vermiştir. Sanık müdafinin dilekçe sunduğuna dair bir bilgi duruşma tutanaklarına geçmemiştir (§12). Mahkeme tarafından gizli tanığın beyanları 20/6/2012 tarihinde alınmıştır. Tanığın kimliğinin gizlenmesi hususunda gerekçe gösterilmemiş ve karara dayanak olabilecek hukukî ve fiilî nedenlere yer verilmemiştir. Gizli tanığın beyanlarının alındığı celsede Cumhuriyet savcısı da hazır bulunmuştur (§13). Yargılamanın 5. celsesinde, celse arasında mahkemece tespit olunan gizli tanık beyanları okunmuş ve başvuru müdafii gizli tanık beyanlarını kabul etmediğini bildirmiştir. Başvurucunun beyanları ise *"Kürtçe konuştuğu görüldü, anlaşılamadı."* şeklinde zapta geçmiştir (§14). Başvurucu hakkında bazı suçlardan mahkûmiyet kararı verilmiş ancak Yargıtay bazı suçlar bakımından kararı, itiraz kanunu yoluna başvurulması gerektiği, terör örgütüne üye olmak ve patlayıcı madde bulundurma suçlarından dolayı kurulan hükmün yeterli delil bulunmamakla birlikte 6352 sayılı kanunun 85.maddesiyle TCK m.220/6'daki değişikliğin dikkate alınarak sanığın hukuki durumunun takdir ve tayininde zorunluluk bulunması gerekçeleri ile bozmuştur (§16). Gizli tanık ifadesinin esas alınmasına ilişkin herhangi bir inceleme yapmamıştır. İlk derece mahkemesi, Yargıtay kararında belirtilen bozma nedenlerini gözeterek yeni bir yargılama yapmış ve mahkûmiyet kararı vermiş ve bu karar da Yargıtay tarafından onanmıştır (§20).

Anayasa Mahkemesi tanık sorgulama hakkının ihlal edildiği iddiasını kabul edilebilir bulmuştur (§50). Yargılamayı bir bütün olarak değerlendirmiştir (§51). Sözleşmenin 6.maddesine atıf yaparak, adil yargılanma hakkının hakkında suç isnadı olan kişiye iki hak sağlandığını; bunlardan ilkinin aleyhe olan tanıkları çapraz sorgulama hakkı olduğu, diğerinin de kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit

şartlar altında davet edilmesi ve dinlenmesi ve silahların eşitliğinin sağlanması hakkı olduğunu belirtmiştir (§54).

AIHM'nin gizli tanık anlatımlarının hükme esas alınmış olmasını her koşulda Sözleşmeyle bağdaşmaz nitelikte bulmadığını; zira Sözleşmenin 6. maddesinin, her ne kadar tanıkların ve özel olarak tanıklık için çağrılan mağdurların menfaatlerinin dikkate alınmasını açıkça gerektirmese de, bu kişilerin yaşamları, özgürlük ve güvenlikleri gibi, genel olarak Sözleşmenin 8. maddesi kapsamına giren birçok menfaatleri de tehlikeye girebileceğini kabul ettiğini ve tanıkların ve mağdurların da bu tür menfaatlerinin, Sözleşmenin maddi hükümleri tarafından korunduğunu belirttiğini ifade etmiştir. Bu gibi durumlarda AIHM'nin, Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birlikte ele alınması suretiyle, sanık menfaatleri ile tanık menfaatlerinin, yargı makamları tarafından uygulanan usullerle yeterince dengelenmesi gerektiğine karar verdiğini (Doorson/Hollanda, B. No: 20524/92, 26/03/1996, § 69-70, 72) belirtmiştir (§59).

Anayasa Mahkemesi 5271 sayılı CMK'nın 58. maddesinde iki tür tanık koruma tedbirinin öngörüldüğünü; bunlardan ilkinin tanığın kimliğinin gizli tutulması, ikincisinin ise tanığın hakim tarafından hazır bulunma hakkına sahip kişiler olmaksızın dinlenmesi olduğunu; 5726 sayılı Kanun'un 5. maddesinde ise, tanığın kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligata ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi gibi tedbirlerin düzenlendiğini (§ 61); yine 5726 sayılı Kanun uyarınca tedbir uygulanacak kişinin tanık veya yakınlarından biri olması, kişinin hayatı, beden bütünlüğü ve malvarlığı için ağır ve ciddi bir tehlike bulunması, tedbirin ölçülü olması ve yetkili mercilerin kararının bulunması gerektiği belirtilmiştir (§62).

Anayasa Mahkemesi, AIHM'nin yargılamanın adillliğini değerlendirirken, tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçelerin olup olmadığını ve gizli tanık ifadesinin verilecek hükmün dayandığı tek ve belirleyici temel olup olmadığını ve hükmün büyük ölçüde ve yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanıp dayanmadığını incelediğini belirtmiştir (§63).

“Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi kapsamında AİHM kararlarına da yollamada bulunmak suretiyle verdiği bir kararında; muhakemenin bir bütün olarak adil olması şartıyla sanıktan gelecek haksız müdahalelerden korunması için yeterli sebep mevcutsa tanığın kimliğinin gizli tutulmasının mümkün olabileceğini, mahkûmiyet kararının yalnızca kimliği açıklanmayan tanığın ifadesine dayandırılmayacağı gibi bu ifadenin ağırlıklı rol oynayan delil konumunda da olamayacağını, açık celse dışında verilen bu tarz ifadelerin ancak savunma için, tanığın ve ifadesinin inanılabilirliğini ve güvenilirliğini sorgulama fırsatını teminat altına alan telafi edici önlemlerin sağlanması gerektiğini, savunma hakkı üzerindeki kısıtlamaların asgaride tutulmuş olması ve bu kısıtlamaların tanığın korunmasını sağlamak için gerekli olması gerektiğini, sanığın çıkarlarının ona karşı ifade veren tanığın çıkarlarıyla dengelenmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir (AYM, E. 2008/12, K.2011/104, K.T. 16.6.2011) (§66).”

Anayasa Mahkemesi, CMK m. 58/3’te tanıklara soru sorma hakkının saklı tutulduğunu, bu kapsamda Tanık Koruma Kanunu m. 9/5’te tanıklara soru sorma hakkının usulünün düzenlendiği ve m. 9/8’de tedbir uygulanan tanığın beyanının tek başına hükme esas teşkil edemeyeceği; m. 9/10 fıkrasında madde hükümlerinin savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağı; CMK m. 58/2’de kimliği gizli tutulan tanığın tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrendiğini açıklamakla yükümlü olduğunu düzenlediği; ancak bu kurallara uygun olarak alınmış tanık ifadelerinin CMK hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olacağını; ancak bu şekilde sanığın adil yargılanma hakkı ile tanığın ve yakınlarının korunması haklarının dengelenebileceğini ifade etmiştir (§67).

Anayasa Mahkemesi AİHM’nin belirlediği ölçütlerden hareket ederek 4 noktadan değerlendirme yapmıştır (§68).

1- Önce tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçeler olup olmadığını incelemiştir bu kapsamda; başvuru formu ve ekli belgelerden tanığın kimliğinin neden gizlendiği hususunda gerekçe gösterilmediğini, tanığın saygınlığı, sabıka kaydı ve güvenilirliği hususunda dosyada mevcut bir bilgi bulunmadığını tespit etmiştir (§69).

2- İkinci olarak tanığın ifadesi üzerinde değerlendirme yapmıştır. Somut olayda, gizli tanığın beyanları soruşturma aşamasında Cumhu-

riyet savcısı tarafından, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından alındığı tespit edilmiş; mahkeme tarafından yapılan dinlemenin celse arasında başvuruca haber verilmeksizin yapıldığı; bununla birlikte, ilk derece mahkemesinin, dinlemeden önceki bir aşamada 3. celsede başvuruca ve müdafine, gizli tanığa sormak istedikleri hususları bildirmesi için yedi günlük süre verdiğini ve 5. celsede, mahkemece tespit olunan gizli tanık beyanlarını okuduğunu; başvurucaın müdafii gizli tanık beyanlarını kabul etmediğini bildirdiğini fakat başvurucaın beyanlarının “kürtçe konuştuğu görüldü, anlaşılama- dı” şeklinde, zapta geçirildiğini ifade etmiştir (§70).

3- Başvuruda, Çay Bahçesinde meydana gelen patlama olayları ile bombalı saldırı sonucu belediye otoparkında belediyeye ait bir aracın camlarının kırılması olayına ilişkin olarak, olay tutanakları ile gizli tanık beyanının mahkûmiyet hükmüne esas alındığı, hükmün esas olarak gizli tanığın anlatımına dayandığı gözlemlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, gizli tanık anlatımının belirleyici delil olduğunu, çünkü gizli tanık ifadesine kadar, bu olaylarla ilgili olarak hiç kimseye bir isnatta bulunulmadığını; meydana gelmiş olan maddi vakıalar ile başvuruca arasındaki bağlantının, gizli tanık beyanı dikkate alınarak kurulduğunu tespit etmiştir (§71).

4- Bu tespitten sonra Anayasa Mahkemesi son olarak savunma tarafına dengeleyici güvenceler sağlayan bir usulün yürütölüp yürütölmediğini değerlendirmiştir. Yargılamayı yapan mahkemenin, savunma tarafının haklarını korumak amacıyla sanık ve müdafiiine, gizli tanığa sormak istedikleri hususları bildirmesi için yedi gün süre verdiğini ve 5. celsede, gizli tanık beyanlarının tarafların huzurunda okunduğunu, tanığın, mahkeme heyeti tarafından dinlendiğini ve heyetin tüm üyelerinin tanığın reaksiyonlarını doğrudan gözlemleyebildiğini (§72); ancak , başvuruca ve müdafii, gizli tanığın beyanlarının tespiti sırasında hazır bulunmadığından, ses bağlantısı yoluyla da olsa onu sorgulayamadığını, sorulan sorulara verdiği cevaplar hakkında kişisel izlenim edinme fırsatı elde edemediğini ve tanığın beyanları arasındaki çelişkilere Mahkemenin dikkatinin çekilemediği belirtilmiştir. Bu nedenle, savunma tarafının sorgulama yoluyla gizli tanığın güvenilirliğini test edemediğini kabul etmiştir. Söz konusu tanığın beyanlarının daha sonra İlk Derece Mahkemesince sanık (başvuruca) ve müdafiiinin huzurunda okunmuş olmasını ve başvuruca tanık

beyanlarına karşı diyecekleri sorulmuş olmasını ise yeterli bir itiraz imkânı olarak değerlendirmemiştir (§73).

Tanığın soruşturma evresindeki ifadesi ile kovuşturma evresindeki ifadelerinin çelişmesi; mahkemece değişen beyanlar arasındaki çelişkilerin giderilmemiş olması; tanığın açıklamalarının önceden bilinmesi mümkün olmadığından savunma tarafından, tanığın güvenilirliğini sınamaya yönelik soruların mahkemeye önceden bildirilmesinin istenmesi, bu sakıncaları gidermek için yeterli bulunmamıştır (§74).

Bu değerlendirmelerin sonucunda Anayasa Mahkemesi, tanığın kimliğinin neden gizlendiği hususunda bir gerekçeye yer verilmediği, hükmün belirleyici ölçüde gizli tanığın ifadesine dayandırıldığı ve sanık (başvurucu) lehine alınan teminatlar gözetildiğinde, tanığın menfaatleri ile sanığın adil yargılanma ölçütleri içerisinde yer alan haklarının adil bir şekilde dengelenmediğini tespit etmiş ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan aleyhinde beyanda bulunan tanığı sorguya çekme hakkının ihal edildiğine karar vermiştir (§75,76).

İlgili kararda da belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin gizli tanık beyanlarının Sözleşme'nin 6/3-d kapsamında adil yargılanma ilkesi kapsamında ihlal oluşturmaması için aradığı somut koşullardan hareket ederek değerlendirmesini yapmaktadır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin gizli tanık beyanlarını değerlendirirken aşağıdaki ölçütler çerçevesinde inceleme yaptığını ifade edebiliriz:

1- Gizli tanık dinlenmesini gerekli kılacak nedenler somut verilere dayalı olarak gerekçelendirilecek

2- Gizli tanığın ifadesi usulüne uygun olarak ilk derece mahkemesince dinlenecek, bu kapsamda gizli tanık mahkemeye dava konusu olayları hangi sebep ve vesile ile öğrendiğini açıklayacak

3- Tanığın menfaatleri ile sanığın menfaatleri yargı makamları tarafından uygulanacak usullerle yeterince dengelenecek; savunma haklarına getirilen kısıtlama asgari düzeyde tutulacak ve tanığın güvenliği için gerekli olacak, yüzyüzelik olmasa bile tanığa soru sorma imkânı sağlanacak

4- Hüküm tek başına veya büyük ölçüde gizli tanık ifadesine dayanmayacak.

Bu koşulların yargı makamları tarafından sağlanması halinde, gizli tanığın verdiği ifadelerin hükümde kullanılması adil yargılanma ilkesi kapsamında Anayasanın 36.maddesi bakımından bir ihlal oluşturmayacaktır.

Sonuç

Yukarıdaki açıklamaların neticesinde, mevzuatımızdaki düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi ve AİHM ölçütleri esas alınarak uygulanması halinde gizli tanık beyanlarının ceza mahkûmiyet hükmünde kullanılması bakımından sıkıntıların çıkmasının önüne geçilebileceğini ifade edebiliriz. Sahip olduğumuz düzenlemeler, getiriliş amacına uygun kullanıldıkları takdirde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında faydalı olacak ve adil yargılanma hakkı kapsamında sorunların çıkmasını engelleyecektir. Her zaman ifade ettiğimiz üzere, ceza muhakemesi orantılılık üzerine kuruludur. Gizli tanık ifadelerinin kullanılması ihtiyaç olması ve makul gerekçelerle desteklenmesi halinde mümkündür. Bu kapsamda gerçekleştirilen işlemlerde kullanılacak yöntemler, sanığın menfaatlerini gerektiğinden fazla kısıtlamamalıdır, tanığın veya yakınlarının güvenliklerini de tehlikeye atmamalıdır. Orantılı ve amaca uygun bir uygulama ile ceza muhakemesinden istenilen sonuçların alınması mümkündür.

Kaynakça

- Centel Nur, Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015
- Değirmenci Olgun, “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, *TBB Dergisi*, sayı 83, 2009 s.73-122
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.cilt 2012
- Gürol Candaş, “Sanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı”, *TBB Dergisi* sayı 60, 2005 s.44-53
- Gözübüyük Şeref/ Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 10.bası, Ankara 2013
- Karakehya Hakan, “Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuku Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, yıl 2013 cilt 19, sayı 2, s.715-734
- Hakan Karakuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye, İstanbul 2001
- Mahmutoğlu F. S., “Ceza Yargılamasında Katılanın, Aynı Zamanda CMK 45. maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekinme Hakkını

- Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan* 2013 c.19, sayı 2, s.191-210
- Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.bası, Ankara 2015
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge, Kırıt Yasemin, Özaydın Özdem, Akcan Esra, Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.bası, Ankara 2015
- Pınarcı Mustafa, Çevik Kürşat, "Tanık Koruma Mevzuatı ve Uygulamalarının Suç Soruşturması Bakımından Değerlendirilmesi", *EÜHFD*, C. XVIII, S. 1-2 (2014), s.99-125
- Şahin Cumhuriyet, Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 4. Bası, Ankara 2015
- Şen Ersan, Yurttaş Yasemin, "Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2008, sayı 6, s.21-50
- Tanyar Ziya Çağa, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Gizli Tanıklık ve Adil Yargılanma Hakkı", *Legal Hukuk Dergisi (LHD)*, Cilt 10, Sayı 114, 2012
- Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/Sancaktar Oğuz/Önok R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011
- Turhan Faruk, "Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi"; 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yarartılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.383-408
- Uğur Hüsametdin, "Suçların İhbarı ve İhbarcılarının Korunması", *TBB Dergisi* 2013(108), s.383-406
- Ünver Yener, Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku 2.cilt, Ankara 2013
- Yaşar Yusuf, "Ceza Muhakemesinde Gizli Tanıklık", *e-akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi* Ekim 2013, sayı 133, s.1-42; <http://www.e-akademi.org/makaleler/cezamuh.pdf>; erişim tarihi 21.01.2016
- Yenidünya Caner, "Ceza Yargılamasında Gizli Tanık", 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 4 Aralık 2009, Ankara
- Yenisey Feridun, "Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık", *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan*, 2010/1, c.1, s.397-420
- Yenisey Feridun, Nuhoglu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.bası, Ankara 2015
- Yücel Mustafa T., "Ceza Adaletinde Sapmalar", *TBB Dergisi*, 2013 (105), s.11-34