

**CEZA YARGILAMASININ KOVUŞTURMA
AŞAMASINDA ADİL YARGILANMA HAKKI**

Yüksek Lisans Tezi

Adem TÜRKEK

2010

T.C.
ÇANAKKALE ONSEKİZ MART ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

CEZA YARGILAMASININ KOVUŞTURMA AŞAMASINDA
ADİL YARGILANMA HAKKI

Yüksek Lisans Tezi

Hazırlayan
Adem TÜRKEK

Tez Danışmanı
Doç. Dr. İbrahim KAYA

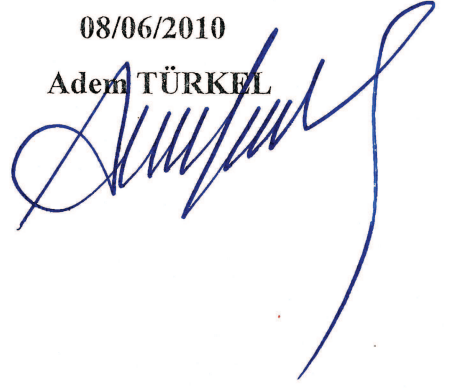
Çanakkale – 2010

TAAHHÜTNAME

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Ceza Yargılamasının Kovuşturma Aşamasında Adil Yargılanma Hakkı**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

08/06/2010

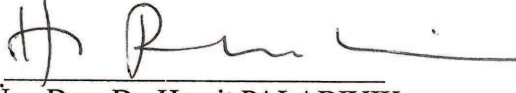
Adem TÜRKEL



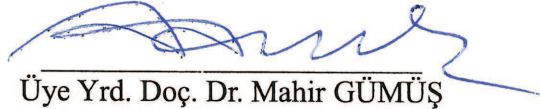
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne
Adem TÜRKEL'e ait "Ceza Yargılamasının Kovuşturma Aşamasında Adil Yargılanma
Hakkı" adlı çalışma, jürimiz tarafından Kamu Yönetimi Anabilim Dalı,
YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak oybirliği/oyçokluğu ile kabul edilmiştir.



Danışman Doç. Dr. İbrahim KAYA




Üye Doç. Dr. Hamit PALABIYIK



Üye Yrd. Doç. Dr. Mahir GÜMÜŞ

Tez No : 378888
Tez Savunma Tarihi : 30/06/2010

ONAY



Doç. Dr. Yücel ACER
Enstitü Müdürü

30/06/2010

ÖZET

CEZA YARGILAMASININ KOVUŞTURMA AŞAMASINDA

ADİL YARGILANMA HAKKI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin en önemli yansımalarından birini oluşturur. Adil yargılanma hakkı, muhakemenin tarafları arasında fiili ve hukuki olarak fark gözetmeksizin taraflara karşı eşit mesafede ve çelişmeli olarak yapılan dürüst yargılanmayı ifade eder. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında yapılan başvurularda ulusal mahkemelerce verilen kararların haklılık ve isabet durumlarına müdahale etme gibi bir durumun söz konusu olmadığı gibi; ulusal mahkemelerin kararlarını esastan inceleyen temyiz mercii sıfatı da bulunmamaktadır. Adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapma hakkını tanımasını müteakiben zaman içerisinde suç isnadıyla ilgili Mahkeme'nin geliştirdiği içtihatlarla uyumlu olacak şekilde mevzuatta çeşitli düzenlemeler yapma ihtiyacı duymuştur. Bu çalışmanın odağında bulunan ve temel amacı maddi gerçeğe ulaşmak suretiyle insan hak ve özgürlüklerini gözeterek adil yargılanma hakkına ilişkin ilkelerin gerçekleştirilmesi olan Ceza Muhakemesi Kanunu da bu kapsamda zamanla uyarlanmıştır. Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki hükümler çerçevesinde adil yargılanma hakkı kovuşturma aşamasındaki uygulamalar bağlamında incelenmiştir.

ABSTRACT

THE RIGHT TO FAIR TRIAL IN PROSECUTION

STAGE OF CRIMINAL TRIAL

The European Convention on Human Rights Article 6 providing a detailed right to a fair trial constitutes one of the most important reflections of principles of state of law. The right to a fair trial states equally and controversial, righteous trial regardless de facto and legal differences of parties subject to judgement. European Court of Human Rights shall not intervene in situations of the legitimacy and accuracy of the decisions of national courts for the applications in the context of Article 6 of Convention; besides is not entitled as appellate court to review the substantive decisions of the national authorities. Regarding the right to a fair trial the Republic of Turkey, subsequent to accord the right of individual petition to the European Court of Human Rights required regulating the criminal allegations within the legislation to be compatible with the jurisprudence developed by the Court. The Criminal Procedure Law focused by this study and stating realization of the principles of fair trial rights to protect human rights and freedom by achieving corporeal truth as the basic objective has been adapted in time in this context. In this study the right to a fair trial is examined within the framework of Article 6 of the European Convention on Human Rights and the provisions of Criminal Procedure Law, in the context of the applications subject to prosecution stage.

ÖNSÖZ

Adil yargılanma hakkı, gerek anayasalarda gerekse uluslararası sözleşmeler ile ulusal mevzuat tarafından güvence altına alınmış olan en temel insan haklarından birisidir. Adil yargılanma hakkı, ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) açık ve net bir şekilde ifade edilmiştir. Bu bağlamda adil yargılanma hakkının düzenlendiği AİHS'nin 6. maddesinde, bazı temel kaideler veya bir takım hak ve ilkelerin sözleşme organlarının içtihatları ile benimsendiği görülmektedir.

AİHS kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) bireysel başvuru imkanı 1987 yılında Devletimiz tarafından tanınmıştır. Haliyle ulusal yargı makamları tarafından gerçekleştirilen muhakeme faaliyetleri kapsamında AİHS'nin 6. maddesinde yer alan "adil yargılanma hakkının" sözleşmeye taraf olan diğer devletlerde olduğu gibi ülkemizde de ihlal edildiği bilinen bir vakıadır.

AİHS'nin 6.maddesi, içinde birçok hak ve ilkenin yer aldığı genel bir maddedir. Anılan madde, tüm kapsamıyla yargılama makamlarınca yapılan yargılamanın hakkaniyete uygun bir biçimde yerine getirilmesini öngörmüştür. Bu itibarla yadsınamayacak kadar önemli bir konu olan adil yargılanma hakkı, tez çalışmamız boyunca AİHS, Anayasa ve özellikle 17/12/2004 tarihinde Resmi Gazete'nin (RG) 25673 sayısında yayımlanarak yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu(CMK) kapsamında ayrıntılı bir şekilde ele alınmak suretiyle yargı karar merciinde adalet dağıtmakla sorumlu olan uygulayıcıların dikkat etmesi gereken hususlar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Kovuşturma Aşamasında Adil Yargılanma Hakkı başlıklı tezimiz ile ilgili yaptığımız çalışmaların olgunlaşmasında ve bu aşamaya gelmesinde görüş ve kanaatlerini benden esirgemeyip daima yanımda olduğunu bildiğim değerli hocam Doç. Dr. İbrahim Kaya'ya, diğer yandan yüksek lisans yaparken gerek ders aşamasında gerekse sonrasında hiç bir zaman desteğini sağlamaktan imtina etmeyen Yrd Doç. Dr Halil Şimşek'e, ayrıca teze son halinin verilmesi hususunda olağanüstü gayret gösteren değerli arkadaşım Öğr. Gör. Erkan Bil'e ve hayatımın her aşamasında tüm özveri ve fedakarlığı ile her zaman yanımda olan eşim Nurgül'e, bu süreçte yoğun çalışmam nedeniyle kendilerini ihmal ettiğimi düşündüğüm kızlarım Zeynep Nihan ve Seher'e teşekkür eder, çalışmanın tüm yararlanıcılar için faydalı olmasını dilerim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
ÖNSÖZ	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1
BÖLÜM I	4
ADİL YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER	4
1.1. Adil Yargılanma Hakkı	4
1.2. Adil Yargılanma Hakkının Tanımı.....	6
1.3. Adil Yargılanma Hakkının Niteliği.....	6
1.4. Adil Yargılanma Hakkının Kaynakları	9
1.4.1. Anayasa	9
1.4.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	10
1.4.3. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi	12
1.4.4. Ceza Muhakemesi Kanunu.....	15
1.4.5. Bangolar Yargı Etiği İlkeleri.....	17
1.5. Adil Yargılanma Hakkının Kapsamı.....	18
1.6. AİHS'nin 6. Maddesinin Genel Olarak Değerlendirilmesi	20
1.6.1. Uygulama Alanı	21
BÖLÜM II	23
CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA KOVUŞTURMA AŞAMASI	23
2.1. Kovuşturma	23
2.2. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Duruşma	24

2.2.1.	Duruşmanın Amacı	25
2.2.2.	Duruşmaya Hâkim Olan İlkeler	26
2.2.2.1.	Aleniyet İlkesi	27
2.2.2.2.	Sözlülük İlkesi.....	28
2.2.2.3.	Yüze Karşılık İlkesi.....	29
2.2.2.4.	Bağlılık İlkesi	30
2.2.2.5.	Vasıtasızlık İlkesi	30
2.2.2.6.	Kesiksizlik İlkesi	31
2.3.	Kovuşturma Evresinin Søjeleri	32
2.3.1.	Hâkim.....	33
2.3.1.1.	Hâkimlerin Bağımsızlığı	34
2.3.1.2.	Hâkimlerin Tarafsızlığı	35
2.3.1.3.	Hâkimlik Teminatı	36
2.3.2.	Savcı.....	36
2.3.2.1.	Savcının Bağımsız Olması	37
2.3.2.2.	Savcılık Teminatı	38
2.3.2.3.	Savcının Tarafsızlığı.....	38
2.3.3.	Sanık.....	39
2.3.4.	Müdafiinin Søjeliği	41
2.3.5.	Katılanın (Müdahilin) Søjeliği	46
2.3.6.	Katılanın (Müdahil) Vekili.....	49
2.4.	Kovuşturma Evresinde Çelişme Usulü.....	50
BÖLÜM III	52
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 6. MADDESİNE GÖRE SANIĞA TANINAN HAKLAR VE KOVUŞTURMA AŞAMASI	52
3.1.	İsnadı Öğrenme Hakkı ve Kovuşturma.....	52
3.1.1.	İsnat Edilen Suçun Niteliğinin Değişmesi.....	56
3.1.1.1.	Ek Savunma Hakkı.....	57

3.1.1.2.	Ek Savunma Hakkı Verilemeyecek Haller.....	58
3.2.	Savunmayı Hazırlamak İçin Yeterli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı ve Kovuşturma.....	60
3.3.	Bizzat ya da Müdafinin Aracılığı ile Kendini Savunma Hakkı ve Kovuşturma .	63
3.4.	Tercümandan Ücretsiz Yararlanma Hakkı ve Kovuşturma.....	72
3.5.	Tanık Dinletme ve Sorgulatma Hakkı ve Kovuşturma	74
3.6.	Masumiyet Karinesi ve Kovuşturma.....	86
BÖLÜM IV		98
ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI VE KOVUŞTURMA.....		98
4.1.	Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı ve Kovuşturma	98
4.1.1.	Makul Sürenin Belirlenmesi.....	102
4.1.2.	Makul Sürenin Belirlenmesinde Kullanılan Ölçütler	103
4.1.2.1.	Dava Konusunun Niteliği.....	105
4.1.2.2.	Başvurucunun Tutumu	106
4.1.2.3.	Ulusal Yargılama Makamlarının Tutumları	107
4.2.	Yasayla Kurulmuş Mahkeme Hakkı ve Kovuşturma	109
4.3.	Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı ve Kovuşturma	111
4.3.1.	Mahkemenin Bağımsızlığı	112
4.3.1.1.	Mahkemenin Bağımsızlığının Yasama Organına Karşı Korunması	115
4.3.1.2.	Mahkemenin Bağımsızlığının Yürütme Organına Karşı Korunması	116
4.3.1.3.	Mahkemenin Bağımsızlığının Yargı Organına Karşı Korunması	117
4.3.1.4.	Mahkemenin Bağımsızlığının Ortama Karşı Korunması	118
4.3.2.	Mahkemenin Tarafsızlığı	119
4.3.2.1.	Hâkimin Muhakemenin Soruşturma Aşamasında Görev Yapması.....	123
4.3.2.2.	Hâkimin Kişisel Menfaatleri ve Davayla Bağının Bulunması	126
4.3.2.3.	Feragat.....	127
4.4.	Aleni Muhakeme Hakkı ve Kovuşturma.....	129
4.4.1.	Duruşmanın Aleni Yapılması.....	130

4.4.2.	Aleniyet İlkesinin İstisnaları	132
4.4.3.	Aleni Duruşma Hakkından Feragat	135
4.5.	Çelişmeli Yargılama Hakkı ve Kovuşturma	135
4.6.	Silahların Eşitliği İlkesi ve Kovuşturma	139
4.6.1.	Silahların Eşitliği İlkesi Bağlamında Tarafların Yetkilerinin Değerlendirilmesi	142
4.6.2.	Delil İkame Etme ve İkame Edilen Deliller Hakkında Görüş Beyan Etme Bakımından Eşitlik.....	144
4.7.	Sorgulanma Hakkı ve Kovuşturma	145
4.8.	Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Kovuşturma.....	147
4.8.1.	Duruşmada Hazır Bulunma Hakkının İstisnaları	150
4.8.1.1.	Duruşmadan Bağışık Tutulma.....	150
4.8.1.2.	Sanığın Duruşmadan Savuşması	152
4.8.1.3.	Sanığın Yokluğunda Duruşma	153
4.8.1.4.	Mahkûmiyet Dışında Bir Karar Verilmesi	153
4.8.1.5.	Sanığın Uygunsuz Hareketleri Nedeniyle Mahkeme Salonundan Çıkarılması.....	154
4.8.1.6.	Kaçak Sanık Hakkında Yargılama Yapılması.....	155
4.9.	Hukuka Uygun Delillerle Suçluluğun İspat Edilmesine İlişkin Hak ve Kovuşturma.....	155
	SONUÇ	162
	KAYNAKÇA	169

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABTHŞ	: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
AD	: Adalet Dergisi
AİHD	: Avrupa İnsan Hakları Dergisi
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHMY	: Avrupa İnsan Hakları Merkezi Yayınları
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	: Avrupa Konseyi
AsM	: Askeri Mahkeme
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AvK	: Avukatlık Kanunu
AY	: Anayasa
AYD	: Anayasa Dergisi
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
BM	: Birleşmiş Milletler
BMGK	: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu
BMİHK	: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi
BMMŞİS	: Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşme

CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemesi Usul Kanunu
CYY	: Ceza Yürürlük Yasası
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
HSYK	: Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Beyannameesi
İHK	: İnsan Hakları Komitesi
Ka.K.	: Kabahatler Kanunu
RG	: Resmi Gazete
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SYM	: Sıkı Yönetim Mahkemeleri
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TKK	: Tanık Koruma Kanunu
TÜSİAD	: Türkiye Sanayicileri ve İşadamları Derneği
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
Y	: Yargıtay
YAŞ	: Yüksek Askeri Şura
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	: Yargıtay Dergisi
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YİBCBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Ceza Büyük Genel Kurulu

GİRİŞ

Tez çalışmamızın anahtar kavramı olan adil yargılanma hakkı, demokratik bir hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz unsuru haline gelmiştir. Aynı zamanda adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ve adaletin en önemli koruyucularından birisidir. Kavram olarak, evrensel adaletin sağlanması gayesiyle hem usule dair hem de maddi hukuka dair bazı hususların yerine getirilmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda devletler, adil yargılanma hakkını, gerek anayasalarında temel haklara ilişkin bölümde ayrıca belirterek gerekse hukuk devleti kavramını geniş yorumlayarak güvence altına almaktadır (Kaşıkara 2009: 3).

AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı anayasalarda yer alsın veya almasın hukuk devleti ilkesi, bu önemli temel hakkın içeriğini dolduran haklar ve ilkeleri hukuk sisteminin bir parçası haline getirmeyi zaten zorunlu kılmaktadır (İnceoğlu 2007: 5). Adil yargılanma hakkının içerdiği kuralların birçoğu Anayasa'mızın çeşitli maddelerinde (m. 36, 38, 125, 138 ve 142) değişik zamanlarda yapılan değişikliklerle yerini almıştır. Bilhassa Anayasa'nın 36/1 madde ve fıkrasında 03.01.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanununun 14. maddesiyle yapılan değişiklik neticesinde adil yargılanma hakkı, Anayasa'nın bir parçası haline gelmiştir (Çelik 2007: 1-2).

Muhakeme hukuku, muhakemeyi düzenleyen hukuki normların bütünüdür. Muhakeme ise, hukuki bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması amacıyla yargılama makamları tarafından yapılan faaliyetler nedeniyle meydana gelen hukuki ilişkilerin süjelerince gerçekleştirilen işlemlerin bütünüdür (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2009: 7). Bu bağlamda CMK, AİHS'nin ceza yargılaması sürecine ilişkin, tamamı olmasa da, birçok yükümlülüğünü yansıtmak suretiyle onları somutlaştırmaktadır (Türkiye Barolar Birliği 2008: 2).

Ceza muhakemesi, devletlerin yargılama sistemleri içerisindeki önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Bireylerin ve toplumun yaşamlarıyla yakın ilişkisi bulunan ceza muhakemesinin amacı; muhakemeye katılan kişilerin temel haklarına zarar vermeksizin

kamu davasına konu olan dosya kapsamında maddi gerçeği bulmak suretiyle cezai uyumsuzluğu çözmektir. Ceza muhakemesinde yargılama makamı, bir suç ithamına muhatap olan bireyin içinde bulunduğu maddi olayı çözerken vicdani kanaatine göre karar verir (Karakehya 2008: 1).

Yargılama makamı, kovuşturma evresinin bir unsuru olan duruşma devresinde ortaya konulan delillerle temas ettikten sonra ancak vicdani kanaate ulaşabilir. Bu itibarla ceza muhakemesinde sağlıklı bir karar verilebilmesinin ön şartı duruşma devresinin usulünce yapılmış olmasıdır. Bu nedenle ceza muhakemesinde duruşma haricindeki diğer tüm safhaların amacı ya duruşma devresinin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesine yardımcı olmak ya da hâkimin duruşmada ortaya konulan delillerle ilgili olarak verdiği hükümdeki yanlışlıkların düzeltilmesidir (Karakehya 2008: 2).

Tezimize konu çalışmamızda; adil yargılanma hakkının düzenlendiği AİHS'nin 6. maddesi ile CMK'da paralel olacak şekilde bulunan düzenlemelerle bağlantı kurmak suretiyle ceza muhakemesinde yapılan yargılama faaliyetleri çerçevesinde yargılama esnasında taraflar arasındaki dengenin hangi ölçütlerle sağlandığı hususlarına çalışmamızda yer verilmiştir. Bu bağlamda çalışmaya konu tez dört bölümden müteşekkildir.

Birinci bölümde AİHS'de düzenlenen adil yargılanma hakkının tanımı, niteliği, adil yargılanma hakkının kaynakları ve nihayet adil yargılanma hakkının kapsamı üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde ise, CMK'nun 175. maddesinden itibaren düzenlenen kovuşturma aşamasına ilişkin maddelerle ilgili detaylı bilgi vermeden önce bazı teknik kavramlar üzerinde durulmuş, bu manada duruşma, kovuşturma evresinin sükreleri, çelişme usulü ve nihayet duruşmaya hâkim olan ilkeler Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde AİHS'nin 6. maddesinde sanığa tanınan haklarla ilintili olarak ayrı ayrı başlıklar altında söz konusu 6. maddede düzenlenen sanık haklarının CMK'da yer alan haklar ile mukayesesi yapılmış, buna ilişkin olarak ayrıca AİHM'nin vermiş olduğu içtihatlardan da faydalanılmak suretiyle konu analiz edilmeye çalışılmıştır.

Son bölümde ise AİHS'nin 6/1 madde ve fıkrasında yer alan adil yargılanma hakkının unsurları ile CMK kapsamında detaylı olarak konu irdelenmiş, ayrıca anılan fıkranın kapsamında yer almayan ancak AİHM'nin içtihatları ile kabul ettiği zımnî unsurlara da değinilmek suretiyle konu incelenmiştir.

BÖLÜM I

ADİL YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

1.1. Adil Yargılanma Hakkı

1789 Fransız İhtilali ile daha da güçlenen klasik ulus-devlet anlayışı ve hukuk uygulamaları adım adım değişme yönünde izler taşımaya başlamıştır. Bilhassa 2. Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'nın içinde bulunduğu mevcut durum yeni düşünceleri veya açılımları beraberinde getirmiştir. Bu aşamadan sonra savaşa birlikte ortaya çıkan ölümlerin ve yıkımların etkisinin büyük olması nedeniyle, Avrupa'da ve dünyada insan hakları konusunda yeni düzenleme yapma ihtiyacı duyulmuştur. İnsan hak ve hürriyetleri konusunda ileri seviyedeki çalışmaların yapılmasının, aynı zamanda tezin konusu olan adil bir yargılamanın güvencelerini sağlamak bakımından da son derece önemli olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (BMİHEB) ile başlayan bu süreç, AİHS ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın (ABTHŞ) kabul edilmesiyle ivme kazanmıştır. AİHS ile bağlantılı olarak ortaya çıkan AİHM kararlarının, taraf devlet konumunda bulunan ülkemizin iç hukuku üzerindeki etkisi ve bazı yönleriyle yaptırımlara sahip olması nedeniyle kayda değer bir nitelik arz ettiğini söylemek gerekir (Kalay Nisan-Haziran 2006: 23).

Her şeyden önce adalet, her bireyin var olan temel haklarına saygı gösterilmesine dayanır. Bir kimse üzerine atılı bir suç isnadıyla mahkeme önüne çıkarıldığı zaman, yasal mevzuat kapsamında devletin bütün gücüyle yüz yüze gelmiş olur. Hakkında suç isnadı bulunan bir sanığa muamele şekli, o devletin insan haklarına ne kadar saygısının bulunduğu somut bir kriteridir (Uluslararası Af Örgütü 2000: 23). Adil yargılanma hakkı, soruşturma ve kovuşturma dönemlerinde kişi hak ve hürriyetlerine bir zarar gelmeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından vazgeçilmez bir kavramı ifade eder. Adil yargılanma hakkı, bildiğimiz klasik yargılama şeklinin uygulanmaya başlaması ile kavramsallaşmakla birlikte, savunma hakkı diğer temel hak ve hürriyetler ile birlikte kişinin, doğuştan sahip olduğu korunması gereken en temel hakkını ifade etmektedir (Kalay Nisan-Haziran 2006: 24). Adil yargılanma hakkı, sanık açısından yargılamanın

uluslararası sözleşmelerde yer alan ilkelere uygun bir şekilde icrasını ve sanığın haklarının korunmasını teminat altına alır (Karakehya 2008: 19).

AİHS'de yer alan adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak anılan Sözleşme'nin 6. maddesinin başlığının İngilizcesi *right to a fair trial* kavramıdır. Sözleşme'nin RG'de yayımlanan ilk çevirisinde *right to a fair trial*, "hakkaniyete uygun dinlenme" şeklinde tercüme edilmiştir. Ancak bu kavram 6. maddede yer alan birçok haktan sadece birisini ifade etmektedir. Günümüzde devletin resmi kurumlarının internet sitelerinde yer alan çeviri metinlerinde, daha önemlisi pozitif hukuk metinlerinde ve AİHM'nin resmi sitesindeki Sözleşme'nin Türkçe metninde, adil yargılanma hakkı terimi kullanılmaktadır (Karakehya 2008: 20).

Fair trial kavramının Türkçe karşılığı konusunda öğretilerde farklı birçok görüş vardır: *dürüst yargılama* (Dönmezer 1999: 19); *adil yargılama* (Gözübüyük-Gölcüklü 2003: 266); *doğru yargılama* (Akıllıoğlu 1995: 49); *adil yargılanma* (Aliefendioğlu 1993: 359), (Doğru 1998: 263) ve (İnceoğlu 2005: 3); *dürüst yargılanma* (Schoder-Yenisey 1999); *hem adil yargılanma hem de dürüst yargılanma* (Tezcan, Erdem, Sancakdar 2004: 303); *adil muhakeme* (Kaşıkara 2009: 90) ve (Karakehya 2008: 21); son olarak *düzgün yargı hakkı* (Aybay 2007: 285) terimini kullanılmaktadır.

Kanaatimiz ise *fair trail* kavramının karşılığı olarak adil yargılanma hakkı teriminin kullanılmasının doğru olacağıdır. Zira adil yargılanma hakkı kavramı, anayasal bir terim olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda Anayasa'nın 36. maddesinde: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" şeklinde değiştirilmiştir. Diğer yandan CMK'nun 160/2 madde ve fıkrasında: "Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür" demek suretiyle aynı ifade kullanılmıştır. Dolayısıyla biz de gerek anayasal gerekse yasal mevzuatımızın kabul ettiği ibareyi çalışmamız boyunca kullanacağız.

1.2. Adil Yargılanma Hakkının Tanımı

Adil yargılanma hakkının tanımına ilişkin tanım vermek zordur. Zira AİHS adil yargılanma hakkının tanımını açıkça yapmış değildir. AİHM'nin de uygulamalarında bu konu ile ilgili genel, bağlayıcı tanımlamaya gitmektense, her olayın somut özelliklerini nazara almak suretiyle adil bir yargılanma olup olmadığını AİHM'nin tespit etmeye çalıştığı görülmektedir. Gaye, anılan hakkı olabildiğince geniş yorumlayabilmektir. Bununla birlikte adil yargılanma hakkının tanımını vermek gerekirse; "Uyuşmazlığın tarafları arasında fiili ve hukuki herhangi bir fark gözetilmeksizin iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapıldığı dürüst bir yargılama" (Çelik 2007: 30) ya da "Bireyin, gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkıdır" denilebilir (Karakehya 2008: 22).

Demokratik bir devlet olma ile birlikte adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesinin de en önemli yansımasını oluşturur. Bu bağlamda "Hukuk devleti, yönetilenlerin de hukukla bağlı oldukları devlet anlayışıdır" (Teziç 1996: 137). Yargının gelişen ve genişleyen gücü veya etkinliği, hukuk devleti olmak gayesinden veya zorunluluğundan doğmuştur. Bu zorunluluk insanın temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması, siyasal iktidarın sınırlandırılması ve bireyin korunmasıdır. Hukuk devleti ilkeleri olarak adlandırılan kuralların, adil yargılanma hakkı gibi amaçları gerçekleştirmek üzere seferber edildiği görülmektedir (<http://www.adalet.org/bekran1.php?idno=537>). Diğer yandan vurgulanması gereken bir husus da AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenmiş bulunan adil yargılanma hakkı, gerek Anayasa'nın 36. maddesinde gerekse yakın zamanda yasal mevzuatta yapılan değişikliklerle iç hukukumuzda vurgulanmış olması nedeniyle konumu daha bir güçlendirilmiştir (Aktan 2003: 1).

1.3. Adil Yargılanma Hakkının Niteliği

AİHS'de yer alan adil yargılanma hakkı, sözleşme tarafından kurulmuş sistemin içinde merkezi bir konuma sahiptir (Çalışkan Eylül 2009: 1). AİHS'de adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak olması gereken asgari koşullar gösterilmiştir (Aliefendioğlu 1993: 359). Adil yargılanma hakkı, AİHM'nin içtihatlarından da anlaşıldığı üzere, Sözleşme'nin

6. maddesindeki unsurları kapsayan, ancak bunlarla sınırlı olmayan genel nitelikli bir haktır (Karakehya 2008: 24).

AİHS'de ve eki olan protokollerde "adil yargılama yapma görevi" hususunda bir düzenleme bulunmuyor ise de, adil yargılanma hakkı kişiler için bir hak; devletin bir erki olan yargılama makamı yönünden bir ödevdir. Devlet, kişileri veya şüpheli/sanığı adil bir şekilde yargılama ödevi ile yükümlüdür. Bu haliyle yargılama makamından yönünden hakkın ifade ediliş şekli "adil veya doğru yargılama" ; kişiler veya yargılananlar açısından ise hakkın söylenişi "adil yargılanma hakkı"dır (Turan Temmuz 2005: 396). Adil yargılanma hakkı, bağımsız bir hak olmaktan öte, bilhassa kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını korumaya yönelik usul gereklerinden biridir (Kaboğlu 2002: 55-56).

Bu nedenledir ki, uygulamada genel olarak yargılama sürecinde karşımıza çıkan adil yargılanma hakkı oldukça geniş bir kavramdır. AİHM bu süreci bazen dava açılmadan önceki zamanlara doğru genişletme eğilimi içindedir (Mole, Harby Ekim 2001: 9). Adil yargılanma hakkı batılı devletler tarafından tam anlamıyla uygulanmaya çalışılmakta, zaman içerisinde toplumdaki gelişmeye ve yeni gereksinimlere bağlı olarak sürekli geliştirilmektedir. Gelişmekte olan ve az gelişmiş devletlerde ise, bu hakkın tam olarak güvence altına alınmadığı görülmektedir. Bir başka deyişle, devletin gelişmişlik düzeyine göre adil yargılanma hakkı kapsamındaki haklar belirli bir öncelik sırasına göre bireylere tanınırlar. Her ne kadar adil yargılanma hakkı kapsamındaki haklar birbirlerine sıkı sıkıya bağlıysalar da, bunlardan bazıları insanlar için daha önceliklidir. Çünkü insanların öncelikli ihtiyaçlarını karşılamak, bunların temininden sonra ise diğer ihtiyaçlarına yönelik taleplerde bulunmak insanın doğasında vardır. Bu bağlamda yaşamını garanti altına alamamış, her an ölüm korkusuyla yaşayan veya beslenme ihtiyacını karşılayamayan bir bireyin adil yargılanmaya ilişkin taleplerde bulunması, kanunen kurulmuş bir mahkeme önünde yargılanmaya ilişkin bir garantisi olmayan kişinin de ücretsiz hukuki yardım almayı talep etmesi beklenemez (Karakehya 2008: 26).

AİHM, *Delcourt v. Belçika* davasında adil yargılanma ile ilgili olarak yapmış olduğu değerlendirmede: "Demokratik bir toplumda, Sözleşme anlamı kapsamında, adil bir adalet idaresi hakkı o denli önemli bir yere sahiptir ki, 6/1 maddesinin kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması bu hükmün amaç ve hedefine uygun düşmez" şeklinde yorum getirmiştir. (*Delcourt v. Belçika*, 17 Ocak 1970, Para. 25).

İHEB, AİHS'deki adil yargılanma hakkı mana itibariyle aynı kapsamdadır. Ancak İHEB'in, Birleşmiş Milletlerin (BM) yayınlamış olduğu bir bildiri olmasından başka bir bağlayıcı niteliği yoktur ve daha çok taraf devletlere insan haklarının tanınmasını tavsiye eden bir davet niteliği taşımaktadır. Hâlbuki AİHS'nin taraf devletler için bağlayıcı özelliğe sahiptir. Sözleşme'de yer alan haklar bireysel başvuru yolu ile AİHM'nin denetimi ile garanti altına alınmıştır (Yıldırım 2002: 35-36). Diğer yandan 1948'de yapılan İHEB'nde somut bir durum olarak ortaya çıkan adil yargılanma hakkı belirtilen tarihten itibaren aradan geçen zaman içinde uluslararası gelenek hukukunun bir parçası olarak tüm devletler üzerinde hukuken bağlayıcı bir nitelik kazanmıştır (Uluslararası Af Örgütü 2000: 24).

Hemen ilave edelim ki, Sözleşme'nin 6. maddesi sadece başlamış bulunan bir yargılamayı güvence altına almakla kalmayıp; ileride detaylı olarak görüleceği üzere bizzat bir yargılamayı başlatma veya dava hakkını, AİHM'nin deyimiyle bir mahkemeye gidebilme hakkını da içermektedir. Anılan madde aynı zamanda demokratik yönetimin temel öğelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesini de içermektedir. Adil yargılanma terimi adli sistemin yalnız işleyişini değil bununla birlikte organizasyonunu yani kurumlarını da içerir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 266).

Dürüst ve adalete uygun yargılanmak, insan haklarının en önemlilerinden biridir. Uluslararası sözleşmelerde yer alan adil yargılanma ilkesi, Anayasa'nın 36. maddesinde yapılan değişiklikle yerini almıştır. Bu itibarla adil yargılama, ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden biridir. Ceza yargılamasının amacına ulaşabilmesi için de, yargılama hukukuna ilişkin kuralların bir bütün olarak uygulanması gerekir (Çınar 2006: 1).

AİHM'nin, kendisine Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında yapılan başvurularda ulusal mahkemelerce verilen kararların haklılık, isabet durumlarını, ulusal mahkemelerin kararlarına bu açılardan müdahale etme gibi bir durum söz konusu olmadığı gibi ulusal mahkemelerin kararlarını esastan inceleyen temyiz mercii ya da karar düzeltilmesi görevi veya işlevi bulunmamaktadır. Sadece anılan madde kapsamında yer alan ilkeler ya da kendisinin uygulamalarıyla geliştirdiği içtihatlar ışığında; yargılama ilkelerine, yargı organlarının niteliğine, tarafsızlığına, sanıkların haklarına riayet edilip edilmediğini kapsayan ve her şeyin önüne geçen yargılamanın adil surette yapılıp yapılmadığı

konusunda inceleme yapmakta, kısaca "adil olma" ilkesi ışığında sınırlı bir üst yargı denetimi yapmaktadır (Turan 2005: 402).

Aksi durumda AİHM'nin, ulusal mahkeme kararlarının esasına müdahale anlamına geleceği açıktır. Bu şekliyle AİHM, adil yargılanma hakkı ile ilgili düzenleme kapsamında neticeden ziyade duruşma süreci ve usule ilişkin koruma ile ilgilenir (Turan 2005: 404). Ancak AİHM, ulusal mahkemenin davayla ilgili olup olmadığının değerlendirilmesinde bir önyargı taşımaksızın taraflarca sunulmuş mütalaalar, savlar ve delilleri iyi yorumlamak gibi yükümlülük altında bulunmaktadır; eğer dosyada *açıkça* hatalı bulgulara dayanan bir karara varılması durumunda adil yargılanma hakkı açısından, sözleşme denetimi iç hukukta varılan kararın içeriğinin de adil olmasını, istisnai olarak da olsa, dolaylı olarak denetlemektedir (İnceoğlu 2007: 13).

1.4. Adil Yargılanma Hakkının Kaynakları

Adil yargılanma hakkının kaynakları bağlamında öncelikle Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bangolar Yargı Etiği İlkeleridir. Belirtilen bu kaynakları, adil yargılanma hakkı ili ilintisini ortaya koymak amacıyla alt başlıklar halinde ayrı ayrı incelemek gerekir.

1.4.1. Anayasa

Her şeyden önce anayasa dendiğinde bir devletin kuruluşunu, örgütlenişini, iktidarın el değiştirmesini ve bireylerin hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar bütünü anlaşılır (Teziç 1996: 134). 1982 Anayasası'nın mevcut temel hak ve özgürlüklere getirdiği sınırlamalarla ilgili olarak 2001 yılında değişikliğe gidilmek suretiyle temel haklar ve özgürlükler alanında nispeten iyileştirmeler yapılmıştır. Bu bağlamda Anayasa'nın 36/1 madde ve fıkrası ile savunma hakkından sonra gelecek şekilde "...ile adil yargılanma" ibaresi eklenmiştir. Bu düzenleme ile Anayasa'da ilk defa, AİHS'nin 6/1 madde ve fıkrasına paralel olarak adil yargılanma hakkı açıkça düzenlenmiştir. Ancak Anayasa'da adil yargılanma hakkının tanımı yapılmadığı gibi, unsurları da belirtilmemiştir (Arslan, [http://www.yargitay.gov.tr/content/view/168/68/Adil Yargılanma Hakkı](http://www.yargitay.gov.tr/content/view/168/68/Adil_Yargılanma_Hakkı). 15.04.2010).

Yeni haliyle Anayasa'nın *hak arama hürriyeti* başlığı altında düzenlenen 36/1 madde ve fıkrası; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri

önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” şekline dönüşmüştür.

Bu bağlamda Anayasa'nın 36/1 madde ve fıkrasında yapılan değişiklik önemli olmakla birlikte, gerek AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamında bulunan sarih unsurlar gerekse AİHM'nin uygulamasıyla kabul edilen zımnî unsurlar ayrıntılı olarak Anayasa'da yer verilmesinin, daha güvenceli bir durum olacağı kuşkusuzdur (TÜSİAD 2003: 21).

Diğer yandan Anayasa'da düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkının tanımıyla birlikte unsurlarının da nelerden oluştuğuna dair detay yok ise de, genel olarak adil yargılanma hakkının bir devletin anayasasında yer almış olması, o ülkede yaşayan bireylerin adil yargılanma hakkının teminat altına alınması bakımından büyük önem arz eder (Karakehya 2008: 28). Adil yargılanma hakkını da içeren hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın ikinci maddesinde düzenlenmiştir. Bunun yanında adil yargılanma ilkesi ile bağlantılı olan birçok ilke de Anayasamızın çeşitli maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (Kaşıkara 2009: 91). Yine 1982 Anayasası'nın sistematığı dikkate alındığında Anayasa koyucunun, adil yargılanma hakkını, temel haklar arasında düzenlediği görülmektedir.

1.4.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AK tarafından hazırlanan ve Türkiye tarafından 1954'te onaylanan AİHS, etkin bir sözleşmedir. Zira AİHS ile uluslararası yargı denetimi mekanizması ile bireysel başvuru sistemini getirilmiştir. Sözleşme'de güvence altına alınan bir hak ya da özgürlüğün taraf devlet tarafından ihlal edilmesi durumunda mağdur olan birey, ulusal mevzuatının kabul ettiği hukuk yollarını bitirdikten sonra, söz konusu taraf devleti AİHM'ye yasal süresi içerisinde şikâyet edebilir (Centel, Zafer, Çakmut 2006: 79-80).

Uluslararası anlaşmaların Türk mevzuatındaki yerini düzenleyen Anayasa'nın 90. maddesinde ise, uluslararası anlaşmaların kanun gücünde olduğu, uluslararası anlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği ve nihayet usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, uluslararası anlaşmaların hükümlerinin esas alınacağı ifade edilmiştir.

Yapılan bu tespitle birlikte Türkiye tarafından imzalanan ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konan temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası bir anlaşma olan AİHS, ülkemiz açısından büyük önem taşımaktadır. Sözleşme'nin önemi nedeniyle CMK'nun 311/1 madde ve fıkrasının (f) bendinde yer alan hükmü hatırlatmada yarar olacaktır. Söz konusu maddenin düzenlemesine göre, mahkûmiyete konu bir ilamın veya bir hükmün AİHS ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin AİHM tarafından tespit edilmesi durumunda, AİHM tarafından saptanan husus yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmiştir (Karakehya 2008: 32). Yargılamanın yenilenmesi, AİHM kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilecektir (Kaşıkara 2009: 85).

AİHS'nin doğru ve yeksenak anlaşılabilmesi için AİHM içtihatlarının öğrenilmesinin zorunlu olduğunu söylemek mümkündür. Türk mahkemelerinin AİHS ve Sözleşme'nin yorumlanmasına ilişkin AİHM içtihatlarını hüküm kurarken re'sen dikkate almaları hususu Anayasa'dan kaynaklanan bir zorunluluktur (Başlar 2008: 17). Diğer yandan adil yargılama unsurlarının hayata geçirilmesi, demokrasinin de olmazsa olmazlarından birisidir. Son olarak *Colozza et Rubinat v. İtalya*, (12.02.1983, A 89, Para. 32) kararında ayrıntılı olarak anlatıldığı şekliyle adil yargılanma hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 6. maddesi hukukun üstünlüğü ilkesini de içermektedir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 266). AİHS'de düzenlenen haklar ve özgürlükler, ulusal ve uluslararası düzlemde uygulama alanına sahiptir. AİHS, taraf devletlerin çoğunda kendi ulusal hukuklarının bir parçası durumundadır. Sözleşmeye taraf devletlerin ulusal mahkemeleri, gerek ulusal bir yasaya dayanarak hüküm kurabilecekleri gibi gerekse AİHS'ye dayanarak karar verebilirler. AİHS, bireylerin doğrudan kendi iradeleri ile kullanabilecekleri hakları içeren bir belge işlevi üstlenir (Gemalmaz 1997: 261).

Gerçekten AİHS, bireysel şikâyet başvurusu mekanizmasını öngörüp pratiğe dökmesi sebebiyle özgündür. Bireysel başvuru usulünün geçerli olması, sözleşmeye taraf olmakla yetmediği, aynı zamanda AİHS tarafı devletin, Komisyon'un bireysel şikâyet başvurularını inceleme yetkisini tanıdığına ilişkin özel bir beyanda bulunması gerekir. Türkiye, Sözleşme'ye taraf olduğu 1954 tarihinden otuz üç yıl sonra 28.01.1987 tarihinde tanıma işlemini gerçekleştirmiştir.

AİHS'nin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren zaman içerisinde meydana gelen boşluk ve eksikliklerini gidermek üzere başvuru yöntemlerinden en yaygın olanı Protokoller hazırlanması olmuştur. Protokoller maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin olmak üzere iki

ana başlıkta yapılmıştır (Gemalmaz 1997: 264). AİHS'nin 6. maddesi ile Sözleşme'ye taraf olan ülkelerin yargı süreçlerinde kişilerin sahip oldukları hakların ve yargılamalarının hangi koşullar altında yapılması gerektiği belirtilmiş; yani kişilere yargılama sürecinde tanınan haklar güvence altına alınmıştır. Aynı zamanda *Golder v. İngiltere* kararında belirtildiği üzere, Sözleşme'ye taraf olan ülkeler yargı sistemlerini sözleşme hükümlerini uygulayabilecek şekilde düzenlemek zorunluluğunda olduklarından, adil yargılanma ilkesi, adli mekanizmanın işleyişini belirlemenin yanı sıra yargının yapılmasını da kapsamaktadır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 266).

1.4.3. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (BMMSHS), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (BMGK) tarafından 16.12.1966 tarihinde 2200 A (XXI) sayılı karar ile kabul edilip imza ve onaya açılmış ve 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Gemalmaz 1997: 245).

Bu Sözleşme'de düzenlenen haklar ve özgürlükler için sınırlamalar da öngörülmüştür. Kamu düzeni, kamu güvenliği, ulusal güvenlik, genel sağlık, ahlakın korunması, özel yaşamın korunması, özel yaşamın korunması, çocukların korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, başkalarının hak ya da şöhretine saygı gösterilmesi ve adaletin gerekleri maddelerde yer verilen sınırlama ölçütleridir. Sınırlamaların yalnızca belirtilen nedenlerle ve kanunla yapılabileceği kabul edilmiştir. Diğer yandan sınırlamanın sınırı ölçütü olarak uluslararası ve bölgesel birçok belgede rastlandığı şekilde, demokratik toplum gereklerine uygunluk, ölçü alınmıştır. Haliyle anılan Sözleşme'de yer alan hakların ve özgürlüklerin uygulanmasını gözetmek ve bunlara taraf devletlerin uyup uymadıklarını izlemek üzere bir "İnsan Hakları Komitesi" (İHK) kurulmuştur (Gemalmaz 1997: 246).

Anılan İHK'teye şikâyet başvurusu yapılabilmesi usulü de öngörülmüştür. Bunları belirtmek gerekirse ilki "devletlerarası şikâyet başvurusu"; diğeri ise, "bireysel şikâyet başvurusu" dur (Gemalmaz 1997: 247).

Türkiye'nin AİHS dışında taraf olduğu ve adil yargılanma hakkını açıkça güvence altına alan diğeri önemli bir uluslararası sözleşme de yukarıdaki paragraflarda hakkında bilgi verilen BMMSHS'dir. Ancak anılan Sözleşme'deki düzenlemeler, AİHS ile benzer

olmakla birlikte içerik bakımından birtakım farklılıklar da yer almaktadır. Adil yargılanma hakkı, anılan Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenleme altına alınmıştır.

Anılan Sözleşmenin 14. maddesi şöyledir:

1. Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Davayı izleyenler ve basın mensupları, demoktarik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni (ordre public) veya ulusal güvenlik nedeniyle veya tarafların özel yaşamlarının menfaatinin gerektirmesi halinde veya mahkemenin görüşüne göre aleniliğin adaletin gerçekleşmesine zarar vereceği özel şartların kesinlikle gerektirdiği ölçüde, duruşmalardan tamamen veya kısmen çıkarılabilir, ancak bir ceza davasında veya hukuk davasında verilen hüküm, gençlerin menfaati veya aile uyuşmazlıkları veya çocuğun velayeti ile ilgili davalar aksini gerektirmedikçe aleni olarak tefhim edilir.
2. Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılma hakkına sahiptir.
3. Hakkında bir suç isnadı bulunan bir kimsenin bu isnadın karara bağlanmasında, tam eşitlik içinde asgari şu hakları sahiptir:
 - a. Hakkındaki suç isnadının niteliği ve nedenleri konusunda ayrıntılı bir şekilde ve anlayabileceği dilde derhal bilgilendirilmesi,
 - b. Savunmasını hazırlamak ve kendi seçtiği avukatla görüşmek için yeterli zamana kolaylıklara sahip olma
 - c. Sebepsiz yere gecikmeden yargılanma,
 - d. Duruşmalarda hazır bulundurulma ve kendisini bizzat veya kendi seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma, eğer avukatı bulunmuyorsa sahip olduğu haklar konusunda bilgilendirilme, adaletin yararı gerektirdiği her durumda kendisine bir avukat tayin

- edilme ve eğer avukata ödeme yapabilecek yeterli imkanı yoksa, ücretsiz olarak avukat tayin edilme,
- e. Aleyhindeki tanıkları sorguya çekme veya çektirme ve lehindeki tanıkların mahkemeye çıkmaları ve aleyhindeki tanıklarla aynı koşullarda sorguya çekilmelerini sağlama,
 - f. Mahkemede konuşulan dili anlamıyor veya konuşamıyorsa bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanma,
 - g. Kendisini suçlandırıcı tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanmama,
4. Küçüklerin yargılanmasında küçüklerin yaşlarını ve rehabilitasyonlarını iletmeyi göz önünde tutacak bir yargılama usulü izlenir.
 5. Bir suçtan ötürü mahkûm olan bir kimse, mahkûmiyetinin ve aldığı cezanın daha yüksek bir yargı yeri tarafından hukuka göre incelenmesini isteme hakkına sahiptir.
 6. Bir kimse bir suçtan ötürü nihai bir kararla mahkûm olduğunda ve bu mahkûmiyeti adli hata bulunduğu gerekçesiyle bozulduğunda veya kendisi bağışlandığında, eğer mahkûmiyet kararının verildiği tarihte bilinmeyen olayların ortaya çıkarılmamış olmasının nedenleri kısmen veya tamamen kendisine yüklenebileceği kanıtlanmadıkça, bu tür bir mahkûmiyetin sonucu olarak ceza çeken bir kimseye hukuka uygun olarak tazminat ödenir.
 7. Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkûm olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz.

Görüldüğü üzere AİHS'nin 6. maddesi bağlamında kabul edilen sarih ve zımni unsurların kapsamı, BMMSHS'nin 14. Maddesinde daha da genişletilmek suretiyle düzenlendiği görülmektedir.

1.4.4. Ceza Muhakemesi Kanunu

CMK, cezai uyuşmazlıkların ne şekilde takip edilip çözüme kavuşturulacağını belirleyen normlardan oluşan, muhakeme alanına ilişkin genel bir kanundur. Adil yargılanma hakkının, cezai alanda söz konusu olan cezai uyuşmazlıklar bakımından sanığın da sahip olduğu bir hak olması nedeniyle, CMK'daki düzenlemeler adil yargılanma hakkıyla doğrudan ilişkilidir. Bu itibarla bir ülkedeki bireylerin, cezai uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkına sahip olup olmadıkları hususundaki en önemli gösterge CMK'da yer alan ayrıntılı düzenlemelerdir. Kanun koyucu, adil yargılanma hakkını, yargılama yetkisi dahilinde olan tüm bireyler bakımından geçerli bir hak haline getirmek istiyorsa; CMK'yı hazırlarken baştan sona bu hakkın gereklerine ilişkin ilkeler göz önünde bulundurmalı ve bu ilkeler temelinde oluşturmalıdır (Karakehya 2008: 34).

Gerçekten CMK'nun temel amacı, maddi gerçeğe ulaşmaktır; ancak maddi gerçeğe ulaşılırken de, insan hak ve özgürlüklerini gözeterek adil yargılanma hakkına uygun biçimde gerçekleştirilmelidir. Diğer yandan çağdaş hukukta ve ceza muhakemeleri usul hukukuna egemen olan temel strateji, sosyal dengenin korunması ile bireyin temel hak ve özgürlüklerine saygı arasında bir denge kurulmak suretiyle gerçeği ortaya çıkarmak ve adil yargılanma hakkının tüm unsurlarına uymak suretiyle adil müeyyidelere hükmedip uygulamaktır. Söz konusu stratejinin asıl ulaşmak istediği gaye ise, maddi gerçeği meydana çıkarmaktır (Bozkuş 2006: 89).

Anayasa'nın 36/1 madde ve fıkrası ile anayasal bir hak olarak karşımıza çıkan adil yargılanma hakkının gereklerine uygun şekilde bir kanun oluşturma gayretine girişen Yasa Koyucu, CMK'da adil yargılanma hakkının gereklerine uygun düzenlemelere yer vermeye ve bu doğrultuda güvenceler sağlamaya çalışmıştır. Örnek vermek gerekirse; Yasa Koyucu tarafından hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması için red ve çekinme kurumları kapsamı daha da genişletilmek suretiyle düzenlenmiş, iş yükünü azaltmak ve muhakemeyi hızlandırmak amacıyla uzlaşma kurumu ile ilgili olarak ayrıntılı düzenlemeler yapılmış, haksız verilebilecek olası bir kararın düzeltilmesi gayesi ile kanun yolları ile ilgili yeni hükümlere yer verilmiştir. Bu itibarla Yasa Koyucu tarafından CMK'da, AİHM içtihatları ışığında ayrıntılı düzenlemelere yer verilmek suretiyle, adil yargılanma hakkının gerekleri Anayasa ve AİHS'deki genel normlardan farklı olarak, daha ayrıntılı ve yol gösterici olabilecek şekilde ortaya konulmuştur. Bu nedenle CMK, ceza muhakemesi alanında adil yargılanma hakkını, kanun bazında ayrıntılı olarak güvence

altına alan tek kanundur. Adil yargılanmanın gereklerinin, CMK'daki bir çok düzenlemede teminat altına alınmasının yanında, bir maddede de bu hakka ilişkin ilkenin açıkça vurgulandığı görülmektedir. Şöyle ki CMK'nun 160/2 madde ve fıkrasına göre “Cumhuriyet Savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığıyla, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür” (Karakehya 2008: 35-36).

CMK'nun genel gerekçe kısmında kanunun kabul edilme gerekçeleri ifade edilirken adil bir yargılamanın şartları sayılmış gibidir. Gerekçede:

“Adil, hakkaniyete uygun yargılanma hakkına saygılı olmak ve bunun gerektirdiği usul hükümlerine Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yer vermek, söz konusu dengenin, bireyin hak ve özgürlüklerine ilişkin kısmını karşılamaktadır: Kişinin, kanunun belirlediği, açıkça tanımladığı usullere göre itham edilebilmesi; güvencelere saygı göstererek yakalanabilmesi, gözaltında tutulabilmesi, tutuklanabilmesi; şüpheli veya sanığın aleyhindeki ithamları önceden bilmesi, savunmanın gerektirdiği bütün olanakların davanın tüm evre ve aşamalarında tanınması (sanık veya avukatın savunmasını hazırlamak için zorunlu vasıtalara ve zamana sahip kılınması, avukatın, müvekkili ile temas etmek ve dosyaya ulaşmak olanağının her evrede kabul edilmesi, sanık olmadan duruşma yapıp hüküm verilememesi, susma hakkı kullanıldığında bunun şüpheli veya sanık aleyhinde sonuç meydana getirememesi, adlî işlemlere katılmak olanağı, zorunlu avukatlık ilkesinin mümkün olduğunca genişletilmesi ve diğerleri); silâhların eşitliğinin gerekli hükümlerle saptanması; suçsuzluk karinesi, susma hakkı, davanın bağımsız ve tarafsız, kanunla kurulmuş mahkemelerde alenen görülmesi ve makul bir süre içinde bitirilmesi; yakalama, adlî kontrol, tutuklama gibi önleyici tedbirlerin ancak çok sıkı koşullar altında ve itiraz hakları kabul edilerek uygulanabilmesi; tutuklamaya seçenek olarak adlî kontrolün kabulü; hukuka aykırı olarak elde edilen delil, iz, eser ve emarelerin hükümsüz sayılması, hazırlık evresinden kovuşturma evresine geçilirken bir orta evrenin kabulü ve diğerleri ...” denilmek suretiyle ceza muhakemesinde adil yargılanma hakkı kapsamında olması ve uygulanması gereken hususlar belirtilmiştir.

1.4.5. Bangolar Yargı Etiği İlkeleri

Birleşmiş Milletler Bangolar Yargı Etiği İlkeleri, BM'nin 2000 yılı Nisan ayında Viyana'da gerçekleştirilen ilk toplantıdan sonra Şubat 2001 tarihinde Hindistan'ın Bangolar şehrinde gerçekleştirilen ikinci toplantısında taslak olarak kabul edildikten sonra 25-26 Kasım 2002 tarihlerinde Lahey Barış Sarayı'nda yapılan toplantılarda ilk taslak gözden geçirilmek suretiyle taraflar arasında metin üzerinde anlaşma sağlanmıştır. Bangolar Yargı Etiği İlkeleri, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu (BMİHK) tarafından 23.04.2003 tarihinde yapılan oturumda kabul edilmiştir. Söz konusu ilkeler, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tarafından 18.11.2003 tarihinde tercüme edilmiştir (Kaşıkara 2009: 329). Nitekim Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından 27.06.2006 tarih ve 315 sayılı kararı ile de, Bangolar Yargı Etiği İlkeleri'nin benimsenmesine karar verilmiş ve bu husus Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce bütün hâkim ve savcılara genelge biçiminde duyurulmuştur.

Hatta Bangolar Yargı Etiği İlkeleri Yargıtay'ın ve ilk derece mahkemelerinin bir çok içtihatlarında gerekçe olarak kullanılmıştır. Özellikle anılan ilkelerinin Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) tarafından verilen kararlarda yerini almış olması önem arz eder. Buna ilişkin olarak YCGK'nun konuyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi vermesi açısından 22.01.2008 tarih ve 2007/5 MD-101, 2008/3 karar sayılı ilamında:

"Hâkimlerin görevlerini hangi esaslara göre yapmaları gerektiği konusunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu konudaki en önemli uluslar arası metin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 günlü oturumunda kabul edilmiş olan Bangolar Yargı Etiği İlkeleridir. Nitekim Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.06.2006 tarih ve 315 s. kararı ile de Bangolar Yargı Etiği İlkelerinin benimsenmesine karar verilmiş ve bu husus Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce bütün hâkim ve savcılara genelge biçiminde duyurulmuştur. Bu belgede 6 temel değerden bahsedilmiş ve bu değerlere ait ilkeler tanımlanmıştır. Adı geçen belgede korunan değerler; bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyakat olarak sayılırken, sair kapsamlı açıklamaların yanında bağımsızlıktan bahsedilirken; "hâkim, genelde toplumdan, özelde ise karar vermek zorunda olduğu ihtilafın taraflarından bağımsızdır.", tarafsızlıktan bahsedilirken, "Tarafsızlık, yargı

görevinin tam ve doğru bir biçimde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, yalnızca bizatihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir. Hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimasız olarak yerine getirmelidir. Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içinde olmalıdır." doğruluk ve tutarlılıktan bahsedilirken, "Hâkim, mesleki davranış şekli itibarıyla, makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide her hangi bir serzenişe yol açmayacak hal ve tavır içerisinde olmalıdır. Hâkimin hal ve davranış tarzı, yargının doğruluğuna ve tutarlılığına ait inancı kuvvetlendirici nitelikte olmalıdır: Adaletin gerçek anlamda sağlanması kadar gerçekleştirildiğinin görüntü olarak sağlanması da önemlidir." dürüstlükten bahsedilirken, "Dürüstlük ve dürüstlüğün görüntü olarak ortaya konuluşu, bir hâkimin bütün etkinliklerini icrada esaslı bir unsurdur. Eşitlikten bahsedilirken; "Yargıçlık makamının gerektirdiği performans açısından asıl olan; herkesin mahkemeler önünde eşit muameleye tabi tutulmasını sağlamaktır." ehliyet ve liyakatten bahsedilirken, "Hâkim, yargısal görevlerini layıkıyla yerine getirilmesine uygun düşmeyen davranışlar içinde bulunamaz." denilmek suretiyle bir hâkimin uyması gereken etik değerler özü itibarıyla ortaya konulmuştur.

Şu halde; hâkimler Anayasa ve yasalarla kendilerine verilen görev ve yetkileri yazılı olan veya olmayan ancak evrensel anlamda hâkim ve savcılar bağladığında kuşku bulunmayan etik kurallara tabi olarak yerine getirmelidirler. Aksine davranışın ortaya çıkacak sonuçlar ve toplumdaki adalet duygusunda açacağı yara itibarıyla hâkimlik mesleğinden kaynaklanan yetki ve görevin ihmal edilmesi ya da kötüye kullanılması anlamına geleceği açıktır" şeklinde tespitte bulunmak suretiyle yargı dünyasına ışık tutmuştur.

1.5. Adil Yargılanma Hakkının Kapsamı

Adil yargılanma hakkının yer aldığı AİHS'nin 6. maddesi şöyledir:

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan,

yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.
3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:
 - a. Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek,
 - b. Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak,
 - c. Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek,
 - d. İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,
 - e. Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

Yukarıda AİHS'nin adil yargılanma hakkı ile ilgili düzenlemeden görülebildiği üzere, kişinin medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi veya suçlanması durumunda 6. maddenin hükmü oldukça açık ve adil yargılama hakkını teminat altına aldığı tanımıdır.

1.6. AİHS'nin 6. Maddesinin Genel Olarak Değerlendirilmesi

Her sanığın en azından AİHS'nin 6/3 madde ve fıkrasında yer alan bu haklara sahip olduğu net bir şekilde ortaya konulmuştur. Buradan anlaşıldığı üzere adil yargılanma hakkı, sadece 3. fıkrada belirtilen haklarla sınırlı değildir. Anılan Sözleşme'nin 6/1 madde ve fıkrasındaki genel ilkenin kapsamı çok daha geniştir ve bu fıkra, Sözleşme'nin 6/3 madde ve fıkrada yer almayan bazı hakları da kapsayacak şekilde içine alan genel bir çerçeve niteliğindedir. Benzer durum genel ilke ile 2. fıkra arasında da mevcuttur. Dolayısıyla Sözleşme'nin 6. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında yer alan haklara aykırılık olmasa dahi, 6/1 madde ve fıkrasının ihlal edilmiş olması mümkündür. Sözleşme'nin 6/ 2 ve 3. fıkralarının ihlal edilmiş olması ise, kural olarak aynı zamanda 1. fıkranın da ihlal edildiği anlamına gelir (Karakehya 2008: 38).

Sözleşme'nin 6/1 madde ve fıkrasında hem medeni hem de cezai uyuşmazlıklara ilişkin davalarda bireylere tanınması gereken haklar yer alırken, ikinci ve üçüncü fıkralar sadece ceza davaları bakımından sanığa tanınması gereken birtakım hakları düzenlemektedirler. Sözleşme'nin 6/2 ve 3. fıkralarındaki güvenceler her ne kadar sanık için öngörülmüş olsalar da gerektiğinde *mutalis mutandis* olarak medeni uyuşmazlıklara ilişkin olarak da uygulanabilecektir. Mahkeme içtihatlarında da bu yönde kararlar bulunmakta ve Mahkeme, medeni muhakemeye ilişkin uyuşmazlıklarda da Sözleşme'nin 6/2 ve 3. fıkralarındaki düzenlemelerine atıfla karar verebilmektedir (Karakehya 2008: 39).

AİHS'nin 6. maddesinin genel kuralını koyan birinci fıkrasında yer alan adil yargılama kavramını oluşturan unsurlardan bazıları açıkça ortaya konulmuştur. Bunlar; davanın a-) kanunla kurulan, b-) bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde, c-) makul sürede, d-) açık duruşmada görülmesidir. Kaldı ki anılan maddenin 1. fıkrasının birinci cümlesinde davanın aynı zamanda hakkaniyete uygun surette dinlenilmesini de ifade edilmiştir. Dolayısıyla Strasbourg denetim organları bu ibareden hareketle adil yargılama kavramını fıkrada açıkça sayılanlar haricinde *zımnî unsurları* da içerdiği sonucuna varmışlardır. Mahkeme içtihatlarıyla ortaya çıkan *zımnî unsurlara* örnek vermek gerekirse; dava hakkı veya mahkeme önünde hak arama özgürlüğü, taraflar arasında silahların eşitliği, yargılamada çelişiklik gibi (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 267).

Sanığa tanınan söz konusu güvenceler aslında adil yargılanma kavramına dahil unsurlardan oldukları cihetle üçüncü fıkra hükümleri uygulanırken altıncı madde ile

hükmedilen asıl amacın gözden kaçırılmaması gerektiği, dalların bağlı bulunduğu ortak gövdenin daima nazara alınması gerekir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 267).

Buna ek olarak AİHM, kendisine yapılan bireysel bir başvuruda yapılan yargılama ve inceleme neticesinde yargılamayı yapan kurumun örneğin mahkemenin "bağımsız ve tarafsız" veya "kanuni" olmadığı veyahut yargılamanın "makul sürede" bitirilemediği veya davanın "aleni surette" yerine getirilmediği sonucuna varırsa veya bu hususlarda bir ihlal tespit ederse, bu durum karşısında Mahkeme, başvuruçunun yaptığı diğer şikâyetleri örneğin kararın gerekçeden yoksun bulunduğu şeklindeki itirazları incelemeye gerek görmemektedir (Turan 2005: 405).

1.6.1. Uygulama Alanı

AİHS, kişinin adil yargılanma hakkını “medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar“ ve “cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar”a inhisar ettirmek suretiyle söz konusu hakkı, kısmen sınırlı tutmuştur. Örneğin idari davalar ya da disiplin hukuku veya anayasaya aykırılık iddiaları kural olarak AİHS'nin 6. maddenin uygulaması dışındadır. Bununla birlikte Komisyon ve Mahkeme, otonom kavramlar kabulü uyarınca, anılan maddede bulunan "medeni hak" ve "suçlama" ibarelerini maddi kriter olarak esas almak suretiyle, söz konusu maddi kriterleri geniş bir şekilde yorumlamıştır. Bu nedenle AİHM, *Beaumur v. Fransa*, (24.11.1994, A 296-B, Para. 28) kararında olduğu üzere şeklen kamu hukuku düzeyinde yer alan pek çok ihtilafı özü bakımından medeni haklara ilişkin niza telakki edilerek madde kapsamında değerlendirmiştir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 266-267).

AİHM, *Campbell et Fell v. İngiltere* kararında belirtildiği üzere, ulusal mevzuatın suç saydığı fiil Sözleşme uygulamasında da suçtur. Buna mukabil ulusal mevzuatın suç olarak nitelenmediği bir fiil, Sözleşme'de kabul edilen ilkeler ve diğer unsurlar nazara alınarak pekala suç teşkil edebilecek ve bu haliyle 6. maddenin uygulama alanına girebilecektir. Gerçekten Sözleşme organları tarafından bir fiilin 6. madde uygulamasında suç işlemi görüp görmeyeceğine ilişkin olarak; a-) ulusal mevzuattaki nitelenmesini, b-) niteliğini ve özelliğini, c-) söz konusu fiil için öngörülen yaptırımın niteliği ve ağırlık derecesi göz önüne alınmak suretiyle sonuca varılmaktadır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 276).

Genel anlamda cezanın özgürlükte mahrumiyeti gerektirdiği durumlarda Mahkeme, suçun ceza hukuku kapsamına girdiğini kabul eder. *Engel* davasında başvuruçunun

ordunun disiplin birimine sevkinin yapılmış olmasını Sözleşme kapsamında ceza hukukunun içeriğine giren bir eylem olarak kabul edilmiştir. Ancak AİHM, *Ravnsborg v. İsveç*, (23.03.1994, Seri A No.283-B, s.31, Para. 35) kararında sadece para cezasıyla cezalandırılan söz konusu suçları 'cezaî' olarak sınıflandırmamıştır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler Kasım 2007: 217).

Bununla birlikte pek çok Yüksek Askeri Şura (YAŞ) kararına ilişkin olarak Türkiye'ye karşı yapılan başvurularda da uyumsuzluğun Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamına girmediğinden bahisle AİHM, subay ve astsubaylardan oluşan 11 davada 04.07.2000 tarihli kararında benzer başvurular hakkında kabul edilmezlik kararı vermiştir (Tezcan, Erdem, Sancakdar 2002: 244).

Bu bilgiler ışığında ceza muhakemesi açısından AİHS'nin 6. maddesinin lafzına bakıldığında, burada söz konusu olan hakların sadece mahkeme önünde gerçekleştirilen muhakeme faaliyeti sırasında uygulanan ilkeler olduğu sonucuna ulaşılması mümkündür. Hâlbuki AİHM de, sadece maddenin lafzına bakarak hareket etmiş olsaydı, sanık hakları en fazla savcı ve kolluk tarafından yürütülen soruşturma aşamasında ihlal edildiği gerçeğinden hareketle güvencenin çok fazla bir anlamı olmayacaktı. Çünkü kovuşturma aşamasında yapılan duruşmanın mevzuat gereğince aleni yapılacağından ve söz konusu aleniyetin ise getirdiği bir denetleme durumu mutlaka olacaktır. Ancak benzer durumun soruşturma evresi gizli olması bakımından ifade edilmesi mümkün değildir. Bu nedenlerle AİHM, Sözleşme'de yer alan sanık kavramının iç hukuktaki anlamıyla değil, Sözleşme'nin bütünü açısından özerk bir kavram olarak yorumlanması ve anlaşılması gerektiğine dikkati çekmiştir (Karakehya 2008: 41).

Bu maddede yargılama usulü ile ilgili kurallara da yer verilmiştir. Bunların amacı, kişinin hak arama özgürlüğünü, dürüst ve adil bir şekilde yargılanmasını güvence altına almaktır. Bu maddede belirlenen adil yargılanma hakkı, Sözleşme'de öngörülen hakların kamu görevlileri tarafından ihlal edilmesi halinde, kişinin şikâyet hakkını düzenleyen sözleşmenin 13. maddesi ile yakından ilgilidir. Ayrıca bu hakkın kapsamı, Sözleşme'ye ek 7 nolu Protokol ile genişletilmiş, yeni tanınan haklar sayesinde daha sağlam temellere oturtulmuştur.

BÖLÜM II

CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA KOVUŞTURMA AŞAMASI

2.1. Kovuşturma

CMK'ya göre, suç haberinin alınması ile muhakeme faaliyetleri ile ilgili yasal süreç işlemeye başlar ve kural olarak başlayan muhakeme faaliyetleri hükmün kesinleşmesiyle sona erer. Bu muhakeme faaliyetleri içinde soruşturma ve kovuşturma evreleri bulunmaktadır (Ünver, Hakeri 2010: 1).

CMK'ya göre soruşturma evresi, Cumhuriyet savcıları tarafından yürütülerek neticede tüm soruşturma dosyası kapsamında bulunan mevcut deliller kapsamında bireyin suç işlediğine dair yeterli şüphe olduğu kanaati oluştuğu takdirde CMK'nun 170/2 madde ve fıkrasına göre Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler. Bu düzenleme karşısında Cumhuriyet savcısı, soruşturma dosyası ile ilgili olarak topladığı deliller bağlamında yeterli şüphe bulunması halinde dava açma zorunluluğu benimsenmiş olduğundan, yerindelik denetimi yapamaz (Selçuk Sürgit Örselenen 'Yargı Yansızlığı 2, <http://www.hurfikirler.com/hurfikir.php?name=Yazilar&file=article&sid=2460>)- Diğer yandan yeterli şüphe ise: “Mevcut deliller ışığında sanığın üzerine atılı olan suç nedeniyle mahkûmiyet olasılığının beraat etme olasılığından daha kuvvetli olmasına“ denir (Ünver, Hakeri 2010: 9).

Nihayetinde Cumhuriyet savcısı yeterli şüphe görmesi üzerine usulüne uygun düzenlediği iddianameyi görevli ve yetkili mahkemeye gönderir. Haliyle iddianameyi alan mahkemenin CMK'nun 174/1 madde ve fıkrasına göre yasal on beş günlük yasal inceleme süresi vardır. İddianamenin görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesi ile yasal on beş günlük inceleme süresine anılan kanunda olmayıp öğretinin kabul ettiği şekliyle bu sürece "ara muhakeme" denir (Ünver, Hakeri 2010: 32).

Ara muhakeme döneminde görevli ve yetkili mahkemeye gelen iddianame CMK'nun 174. maddesine göre mahkeme tarafından iddianameyi Cumhuriyet savcılığına iade edilmeden, gelen iddianameyi kabul etmesi veya yasal on beş günlük sürenin sonunda kabul edilmiş sayılması halinde mahkemeye kamu davası açılmış olur. Bu aşamadan sonra CMK'nun 175/1 madde ve fıkrasında; "İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar" şeklindeki düzenlemenin lafzından da anlaşılacağı üzere

kovuşturma evresi iddianamenin kabul edilmesiyle başlayacaktır. Bu itibarla buraya kadar belirtilen hususlar nazara alınmak suretiyle CMK'nun 2/1 madde ve fıkrasının (f) bendine göre kovuşturma evresi, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen dönemi ifade edilmiştir.

2.2. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Duruşma

CMK'nun 175/1 madde ve fıkrasına göre, iddianamenin kabulü ile kamu davasının açılmış olmasının yanında anılan maddenin ikinci fıkrasına göre duruşma evresi için de aynı zamanda hazırlık yapılmaya başlanacağını düzenlemiştir. Bu bağlamda CMK'nun 175/2 madde ve fıkrasına göre, "Mahkeme, iddianamenin kabulünden sonra duruşma gününü belirler ve duruşmada hazır bulunması gereken kişileri çağırır". Dolayısıyla duruşma süreci de, mahkeme tarafından iddianamenin kabul edilmesine müteakiben duruşma günü tespit edilmesiyle başlayacaktır.

Ceza muhakemesinde yer alan usul kuralları ile süreci belirlenen duruşma, mahkemenin delillerle, doğrudan doğruya temas kurmak suretiyle maddi gerçeğe ulaşmaya çalıştığı en önemli evredir (Karakehya 2008: 43). Duruşma, kovuşturma evresinin en çok faaliyeti gerektiren ve hüküm üzerinde etkin olan en önemli evresidir (Erol 2006: 625-626).

Bu düzenlemeler ve açıklamalar ışığında duruşmaya ilişkin bir tanım vermek gerekirse; duruşma, duruşma hazırlığı devresinde belirlenen günde, madde ve yer yönünden yetkili mahkemede, mahkeme başkanı veya hâkimin iddianamenin kabulü kararını okuyup duruşmayı açtığını açıklamasıyla başlayan, delillerin ortaya koyulup tartışılması suretiyle maddi gerçeğin bulunmaya çalışıldığı ve son sözün sanığa verilip duruşmanın sona erdiğinin açıklanmasıyla biten ceza muhakemesinin en önemli evresidir (Karakehya 2008: 44).

Başka bir ifadeyle duruşma deyimi biri dar, diğeri geniş olmak üzere iki manada kullanılmaktadır. Duruşma, dar anlamıyla sadece delillerin ortaya konulmasının sonuna kadar olan devreyi, geniş anlamıyla ise mahkemece son kararın verilmesine kadar yapılan faaliyetleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Kanun, duruşmayı geniş anlamda kabul etmekte ve mahkemece son kararın verilmesine kadar yapılan faaliyetleri, bu arada tarafların son kararın ne şekilde olması gerektiği konusundaki mütalaalarını bildirmeleri

demek olan tartışma faaliyetini de duruşma adı altında toplamaktadır (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 282).

2.2.1. Duruşmanın Amacı

CMK'da kabul edilen usul kuralları çerçevesinde yargılama makamı, muhakeme taraflarının menfaatleri arasında dosya kapsamına göre bir mukayese yapar ve Anayasa'da var olan ilkeler ışığında, bir taraftan iddia makamına maddi gerçeği bulmak için gerekli imkânı verirken, diğer yandan da sanığın asgari haklarını garanti altına alır. Bu bağlamda ceza muhakemesinin temel amacı, muhakemeye katılan bireylerin haklarına zarar vermeksizin maddi gerçeği bulmak ve buna bağlı olarak taraflar arasında mevcut cezai uyuşmazlığı çözmektir (Karakehya 2008: 46).

Mahkeme duruşma sürecinde cezai uyuşmazlığın maddi boyutunu çözerken dosya içeriğinde bulunan mevcut deliller kapsamında vicdani kanaatine göre sonuca ulaşır. Vicdani kanaat, maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın, duruşma devresindeki muhakeme faaliyeti sonucunda aklını rehber yaparak ve hukukun koyduğu usul ve esaslar içerisinde kalmak suretiyle maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheye yer vermeyen bir kanaattir. Eğer hâkim cezai uyuşmazlığa konu olan olaya ilişkin olarak gerekçeye dayanan şüpheyi gidermiş ise, vicdani kanaat bakımından maddi gerçeği bulmuş demektir. Yargılama makamınca maddi olayın tüm boyutlarıyla sanık tarafından uyuşmazlığa konu fiili gerçekleştirmiş olduğu hususunda şüphe giderildikten sonra, söz konusu sanığın sabit olan eyleminin Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) düzenlenen hangi normun kapsamında kaldığı veya hangi maddeyi ihlal ettiği hususunun tespitine gelir. Nihayetinde yargılama makamı tarafından sanığın eyleminin karşılığına tekabül eden TCK'nun ilgili maddesinde yazılı olan ceza ile cezalandırılır (Karakehya 2008: 48).

Hâkimin yargılama sürecinde dosya kapsamında vicdani kanaatinin oluşmasında, CMK'da yer alan ilkeler ışığında ceza dosyası arasında bulunan ve yargılama makamını sübuta götüren bütün delillerin gösterme tarzları, şekilleri ya da somut olayı ortaya koyan biçimleri birbirine uygun olduğundan her bir delilin diğer unsurları desteklemiş olmasını dikkate alır.

Mevzuatta bulunan soyut yasa kurallarını, uygulama ile olaya göre somutlaştırarak hukuk sisteminin oluşmasını sağlayan mahkemelere tanınan yasayı yorumlama yetkisi son derece önemlidir. Zira mahkemenin duruşma veya duruşmalar neticesinde varmış olduğu

vicdani kanaati sonucunda yapmış olduğu yorum ya da getirmiş olduğu hukuksal çözümün gerçek anlamda bağlayıcı ve sonuç doğurucu özelliği vardır. Bu haliyle hukuk kurallarının nesnel anlamının anlaşılması suretiyle doğru ve amacına uygun bir biçimde uygulanmasını sağlamaktadır. Mahkeme tarafından yapılan yorumda, kuralın içindeki anlam ortaya çıkarıldığı için bir hukuk yaratıcılığı vardır. Bu nedenle değerli bilim adamı Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'nun veciz biçimde belirttiği üzere: "Yargı, hukukun doğumevi" dir (Çınar 2005: 104).

AİHS'nin 6. maddesini yönlendiren, ona anlam veya değer kazandıran "adil olma" dır. Adalet kavramı, Sözleşme ve Sözleşme organları tarafından tanımlanmış da değildir. Çünkü Mahkeme, yerel mahkemenin bir üst merci mahkemesi değildir ve verilen kararları esastan incelemeyiz. Anılan madde, her şeyden önce usule ilişkin koruma ile alakadardır. Sözleşme açısından bakıldığında AİHM tarafından sorgulanan sonuçtan ziyade duruşma sürecidir. Dava dosyasında bulunan delilleri değerlendirme, sanığın eylemine neyin uygun ya da yanlış olup olmadığını inceleme gibi konularda en yetkin makam yerel mahkemelerdir. Bu nedenle esasla ilgili konularda AİHM inceleme yapmamaktadır. Mahkeme'nin karara esastan müdahale edebilmesi için, kararda adil olunmadığına yahut keyfiliğe ilişkin çok açık, ciddi bir ihlal olgusu bulunmalı ve bu durum başvuru hakkının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği düzeye ulaşmalıdır (Reid 2000: 28).

Bir başka deyişle Mahkeme, ulusal mahkemenin davayla ilgili olup olmadığının değerlendirilmesinde bir önyargı taşımaksızın taraflarca sunulmuş mütalaalar, savlar ve delilleri iyi yorumlamak gibi yükümlülük altındadır; dosyada açıkça hatalı bulgulara dayanan bir karara varılması durumunda adil yargılanma hakkı açısından, Sözleşme denetimi iç hukukta varılan kararın içeriğinin de adil olmasını, istisnai olarak da olsa, dolaylı olarak denetlemektedir (İnceoğlu 2007: 13).

2.2.2. Duruşmaya Hâkim Olan İlkeler

CMK'nun 217/1 madde ve fıkrasına göre hâkim, kararını ancak duruşmada getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere duruşma, vicdani kanaatin olduğu devredir ve en önemli gayesi kurallara uygun şekilde yargılama makamında vicdani kanaati oluşturmak suretiyle maddi gerçeği bulmaktır. Bu itibarla bu devreye, vicdani kanı yargılaması denilebileceği ileri sürülmektedir (Karakehya 2008: 79).

Duruşmada uyulması gereken bir takım ilkeler mevcuttur. Söz konusu duruşmaya hâkim olan ilkeler; alenilik, sözlülük, yüze karşılık, bağlılık, vasıtasızlık ve kesintisizliktir. Bu ilkelerin birbiri ile yakından irtibatlı olduğundan biri diğerine feda edilemez. Anılan ilkeleri tek tek incelemekte yarar olacaktır.

2.2.2.1. Aleniyet İlkesi

Aleniyet ilkesinin esas dayanağı anayasadır. Duruşmanın belirgin özelliklerinden birisi, aleniyettir. Duruşmanın kapalı kapılar ardında yapıldığı izlenimi, adaletin dağıtımını ile ilgili şüphelerin oluşmasına mani olunması, herkesin gözü önünde icra edilmesi, adil bir yargılamanın temel şartlarından biridir. Nihayetinde verilecek hüküm ile ilgili şüpheler ve çeşitli söylentilerin önüne geçmek bu şekilde mümkün olabilecektir. Nitekim CMK'da duruşma devresinin düzenlendiği 182 ve devam eden maddelerinin hemen başında düzenlenen ilke duruşmanın açıklığıdır (Ünver, Hakeri 2010: 53). Aleniyet ilkesi ile ilgili olarak belirtilen maddelerde oldukça ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Bu bağlamda; duruşmanın herkese açık olduğu, ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece ihtiyari olarak karar verilebileceği, duruşmanın kapalı yapılmasına dair verilen gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanacağı vurgulanmıştır.

Ayrıca anılan sanık, on sekiz yaşını doldurmamış ise duruşmanın zorunlu olarak kapalı yapılacağını düzenlemekle kalmayıp hüküm de, kapalı duruşmada açıklanır. Sanığın duruşma sırasında on sekiz yaşını tamamlaması halinde, kapalı karar kaldırılır (Ünver, Hakeri 2010: 55).

Duruşmanın aleni yapılmasının bir başka sebebi ise, ceza yargılaması faaliyetinin topluma bakan yönünün olmasının bir sonucudur. Diğer yandan aleniyet ilkesi, toplumu oluşturan bireylerin ceza adaletine olan güven duygularını sağlamak gibi bir gayeyi de barındırır (Yurtcan 2002: 280).

Aleniyet ilkesi, CMK'nun 188/1 madde ve fıkrasında belirtildiği üzere, aslında duruşmada olması gereken süjeler veya asgari kişiler dışında kalan kimselere açıklığı ifade eder. Açıklık ilkesinin ihlali, açık duruşma yapılarak giderilebilir. Duruşmanın herkese açık olması, bir kayda bağlı tutmadan, mahkeme salonuna vatandaşın girebilmesidir (Erol 2006: 627).

Duruşmanın düzenini sağlamakla görevli olan mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın düzenini bozan kişinin duruşma salonundan çıkarılmasını isteyebilir. Ancak söz konusu yetki kullanırken savunma hakkının zarar görmesine engel olmamalıdır. Kanun bu konuya ilişkin olacak şekilde dışarı çıkarılması esnasında direnç gösteren veya karışıklığa neden olan kişi, yakalanır veya hâkim veya mahkemenin kararı ile derhal dört güne kadar disiplin hapsine konulabilir. Ancak disiplin hapsi avukatlara ve çocuklara uygulanmaz. Anlatılanlar kapsamında bu gibi durumlarda aleniyet ilkesinin ihlali söz konusu değildir. Bu kararın alınmasına davranışları ile kendisi bizzat neden olmuştur. Davranışları nedeniyle duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığı için duruşma salonundan çıkarılan sanık ise, mahkeme sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması yönünden zorunlu görmezse, oturuma yokluğunda devam eder. Ancak sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir müdafii görevlendirmesini ister (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 284).

Son tahlilde duruşma yapılmak suretiyle verilen hükümlerde aleniyet ilkesinin ihlal edilmiş olması halinde CMK'nun 289/1 madde ve fıkrasının (f) bendine göre, anılan ihlale ilişkin durum hukuka kesin olarak aykırı olduğu var sayılmak suretiyle Yargıtay, temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da incelenmesi gereken husus olarak belirtilmiştir.

2.2.2.2. Sözlülük İlkesi

Sözlülük ilkesini, vasıtasızlık ilkesinden ayrı düşünmek zordur. Mahkeme delillerle temas ederken, bir başka birim tarafından yapılmış olan ve yazıya dökülmüş olaylarla yetinmeyip re'sen araştırma yapmak suretiyle delillerle yüz yüze gelecektir. Sanık savunması, tanık ise olaya ilişkin görgüye dayalı bilgilerini, duruşmada sözlü olarak anlatacaktır (Bakıcı 2000: 1114).

Hâkim, delillerle ve tarafların beyanları hakkında yazılı belge aracılığı ile değil, doğrudan bilgi sahibi olur. Sözlülük ilkesi, hâkimin kararını yalnızca duruşmada sözlü olarak ortaya konan bilgilere veya beyanlara dayandırmasını ifade eder. Ancak anılan ilke, ifade edilmesi gerekenlerin yazılı olarak verilmesine de mani bir durum yoktur. Bu durumda yazılı olarak verilenler, hâkim tarafından duruşmada okunacaktır. Diğer yandan duruşmanın sözlü olması, dosyada bulunan bütün belgelerin okunmasını gerektirmez. Fakat okunmayan belgeler kararda nazara alınmayacaktır (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 283).

Diğer yandan sözlülük ilkesi, delillerin ortaya konulması ve tartışılması ile bağlantılı olduğunu söylemek mümkündür. Hâkim duruşmada ortaya konan deliller ışığında vicdani kanaati oluşur. Buna karşılık duruşmada önünde cereyan etmeyen olaylar ile ilgili olarak hazırlanmış yazılı belgeler de, sözlülük ilkesi gereğince okunmak suretiyle vicdani kanaatin oluşmasında katkı sağlayan bilgiler edinecek ve yargılamaya katılan diğer kişilerin de delillerle temas kurması sağlanmış olacaktır (Ünver, Hakeri 2010: 56).

Duruşmada yapılan işlemlerin kural olarak sözlü yapılmasını ifade eder. Her ne kadar duruşma sırasında yapılacak tüm işlemlerin tutanağı geçirilmesi şart ise de, ceza muhakemesinde sözlülük esastır ve muhakeme sonunda verilecek hükme sadece duruşmada sözlü olarak söylenen hususlar esas teşkil edebilir (Karakehya 2008: 80).

CMK'nun 209/1 madde ve fıkrasında: "Naip veya istinabe yoluyla sorgusu yapılan sanığa ait sorgu tutanakları, naip veya istinabe yoluyla dinlenen tanığın ifade tutanakları ile muayene ve keşif tutanakları gibi delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazılar, adli sicil özetleri ve sanığın kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin yer aldığı belgeler, duruşmada okunur" denilmektedir. Keza CMK'nun 214. maddesinde de resmi belge ve diğer yazılar ve fenni muayene ve doktor raporlarının okunması da düzenlenmiştir (Ünver, Hakeri 2010: 57).

2.2.2.3. Yüze Karşılık İlkesi

Kural olarak duruşma, tarafların duruşmada hazır bulunmasını ve işlemlerin onların yüzüne karşı yapılmasını gerektirir. Muhakeme işlemleri yüzlerine karşı yapılan taraflar, bu işlemler hakkında görüş bildirebilecek ve böylelikle çelişmeli muhakeme ilkesinin gerçekleşmesi söz konusu olacaktır (Karakehya 2008: 82).

Duruşmanın yüze karşılık ilkesinin gereğince karar veren hâkimlerin duruşmalarda hazır bulunmaları gerekir. Duruşmaların kural olarak tek celsede bitirilmesi öngörüldüğünden hâkimlerin değişmesi mümkün değildir. Ayrıca duruşmalarda yedek hâkim bulunması gerekir ki, kamu davasını yürüten hâkimin her ne sebepten olursa olsun mani bir hal çıkması durumunda yerine geçmek suretiyle yargılamaya devam edilecektir (Bakıcı 2000: 1135).

Son durumda duruşmaya tek yargıcın çıkma durumunu Anayasa'da kanuni hâkim güvencesi kapsamı dışında değerlendirmek mümkün değildir. Ancak Ülkemizde mevcut hâkimlerin atanma sürelerinin kısalığı nazara alındığında söz konusu anayasal güvenceye

riayet edildiği söylenemez. Hatta bu temel ilkenin ihlal edilmesi durumunda adil yargılanma hakkının zedelendiği aşikârdır.

2.2.2.4. Bağlılık İlkesi

CMK'nun ilgili maddeleri kapsamında duruşmada yapılacak işlemlerle bunları yapacak makamlar veya sùjeler, bahsi geçen işlemlerin yapılacağı yer ve zaman arasında bir bağlılık olmasını ifade eder. Buna göre duruşma işlemleri, önceden ilan edilen zaman ve yerde, kural olarak aynı kişiler tarafından yapılır. Duruşma sonuçlanıncaya kadar hâkim ve sanık değişmez (Karakehya 2008: 81).

2.2.2.5. Vasıtasızlık İlkesi

Vasıtasızlık ilkesi, hükmü verecek hâkimin kamu davasına konu olay hakkındaki kanaatinin oluşma süreci ile ilgilidir. Bu itibarla anılan ilke ile hükmü verecek olan hâkim ya da hâkimlerin, dosyada bulunan mevcut delillerle bire bir karşı karşıya gelmelerini, onlarla arada bir vasıta olmaksızın doğrudan temas etmelerini, delillerin ortaya konulması hükmü verecek hâkimden başka hâkimin önünde icra edilmemesini ifade eder (Karakehya 2008: 82). Diğer bir ifadeyle vasıtasızlık ilkesi, mahkemenin dosya kapsamında bulunan delillerle doğrudan doğruya temasa geçmesi ve delillerin içeriği hakkında bu şekilde aracı olmaksızın öğrenmesini ifade eder. CMK, hâkimin kararını ancak duruşmaya getirilmiş, huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği ve bu söz konusu delillerin hâkimin vicdanı kanaatiyle serbestçe takdir edileceğini kabul etmiştir (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 287).

Bu temel ilkeyle ilgili olarak yapılan değerlendirmede CMK'da oldukça açık düzenlemeler bulunmaktadır. Daha da somuta inmek gerekirse öncelikle CMK'nun 216/1 madde ve fıkrası: "Ortaya konulan delillerle ilgili tartışmadan ..." bahsedilmektedir. Bu maddeyle bağlantılı olarak CMK'nun 217/1 madde ve fıkrası anılan ilkeye ilişkin olarak: "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller Hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir".

Diğer yandan kamu davasına konu olayın delili, yalnızca bir tanığın açıklamalarından veya beyanlarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenmesi gerekir. Ancak tanık ölmüş, hasta, ifadesi önemsiz ise daha önce yapılan dinleme sırasında

düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgelerin okunulmasıyla yetinilebilir.

Yukarıda izah edildiği üzere bütün deliller kovuşturma aşamasında sunulması ile mahkeme vasıtasız olarak önceden meydana gelen olay hakkında bilgi sahibi olacaktır. Bu kuralın istisnası ise, tanığın veya bilirkişinin naip veya istinabe yoluyla vasıtalı olarak dinlenmesidir (Erol 2006: 629).

2.2.2.6. Kesiksizlik İlkesi

CMK'nun 190. maddesine göre duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilmesi gerekir. Bu doğrultuda soruşturma aşamasında kamu davasına konu olay ile ilgili olarak alınması gerekli bulunan savunma ya da tanık ifadesi veya başka bir delilin göz ardı edilmeksizin Cumhuriyet savcısı tarafından toplanması CMK' da öngörülmüştür.

Kesiksizlik ilkesinin istisnası olacak düzenleme ise CMK'nun 176/4 madde ve fıkrası kapsamında sanığın duruşmaya çağırılması için adına çıkartılan çağrı kâğıdı ile duruşma günü arasında bir haftalık sürenin ihlal edilmesi durumunda sanığa, savunmasını hazırlaması için duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğu kendisine hatırlatılır. Bu sebepten sanık, süre talebinde bulunursa duruşmaya ara verilir.

Kanuni ifadeyle "duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir" şeklinde izah edilen kesiksizlik ilkesi, bilhassa sözlülük ve vasıtasızlık ilkesini tamamlamaktadır. Gaye duruşmadan elde edilen sıcağı sıcağına bilgiler ışığında ve dosya kapsamında oluşan kanaate göre bir karar verilmesini sağlamaktır. Bu önemli amacın gerçekleşmesi için kanun bir adım daha atmak suretiyle anılan ilkenin hayata geçmesinin adeta alt yapısını oluşturmuştur. Bu nedenle CMK'nun "duruşma hazırlığı" başlığı ile 175. maddeden başlamak suretiyle bir takım tedbirler öngörerek duruşmanın tek celsede bitirilmesi hedeflenmiştir (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 287).

Diğer yandan kamu davasını kapsamı itibariyle makul sürede bitirilmemesini haklı kılacak nedenler var ise, duruşmaya ara verilebileceği CMK'nun 190/2 madde ve fıkrasında kabul edilmiştir. Genel hatlarıyla ortaya konulan bu hususlar çoğu zaman uygulamada gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Hal böyle iken dikkate alınması gereken davalar maddi gerçeğe ulaşma ve adil bir yargılama gerçekleştirme amaçları, duruşmanın ilkelerinden feragat ederek değil, bilakis onlara daha iyi ve sağlam tutunarak mümkün olabilecektir (Karakehya 2008: 83).

Duruşmanın CMK'nun öngördüğü şekilde tek celsede bitirilmemesi durumunda hâkim duruşmaya ara vereceği, birçok oturum yapıldığı takdirde hâkim aradan geçen zamanda olayı unutacağı, hatırlamak için dosyayı yeniden okumak durumunda kalacağı, böylece doğrudan doğruya ve sözlülük ilkesi zarar göreceği, haliyle hâkim ikinci elden karar vermeye çalışacaktır (Ünver, Hakeri 2010: 56).

Son olarak duruşmanın kesiksizliği ilkesi gereği, gerek iddia makamına gerekse savunma makamına son mütalaaları hazırlamaları için süre verilmemesi ile ilgili yasal düzenleme bulunmasa da, bu makamların haklı nedenlerle hazırlıklı olmamaları durumunda, iddia ve savunmalarını hazırlayabilmeleri için taraflara süre verilebilir. Buna dair örnek vermek gerekirse, CMK'nun 226. maddesi kapsamında ek savunma hakkı verilmesi durumunda bahse konu süre verilir (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 302).

2.3. Kovuşturma Evresinin Süjeleri

Muhakeme süjeleri, aralarında ceza muhakemesi ilişkisi kurulan kişilerdir. Ancak bu mevcut ilişkinin kimler arasında kurulduğu sorunu çok tartışmalıdır. Bir düşünceye göre ceza muhakemesi ilişkisi nedeniyle ceza muhakemesinin iki süjesi vardır. Bu iki süje kimilerine göre hâkim ve savcıdır; kimilerine göre ise savcı ve sanıktır. Bir diğer düşünceye göre ise, ceza muhakemesi ilişkisi dolayısıyla ceza muhakemesinin üç süjesi vardır. Bunlar; hâkim, savcı ve sanıktır. Ceza muhakemesi ilişkisi, ceza muhakemesi görevini oluşturan yargılama, iddia ve savunma görevlerini yapmak üzere yargılama, iddia ve savunma makamlarında bulunanlar arasında kurulmaktadır. Bu itibarla muhakeme süjeleri de bu makamları işgal eden hâkim, savcı, katılan, sanık ve müdafidir (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 94)

Dolayısıyla genel olarak yapılan değerlendirme ile bağlantılı olacak şekilde ceza muhakemesinde süjelik, makam veya şahıs itibarıyla değerlendirilebilir. Şayet bir süjenin hak ve yükümlülükleri, onun kamu davasına konu uyuşmazlıkla kişisel ilişkisi göz önünde bulundurulmaksızın düzenlenmiş ise makam itibarıyla süjelikten; yok eğer bu hak ve yükümlülükler bireyin kamu davasına konu uyuşmazlıkla kişisel ilişkileri göz önüne alınarak tanzim edilmiş ise de, bu durumda şahıs itibarıyla süjelikten söz edilir. Bu bağlamda örneğin, hâkim, savcı ve müdafî makam itibarıyla süje iken; sanık ve katılan (müdahil) şahıs itibarıyla süjedirler (Karakehya 2008: 50).

Ara muhakeme döneminde savcı ve mahkeme dışında hiçbir süjenin süreç içine dâhil edilmediği de nazara alındığında, mahkemeye yetersiz delile dayanılarak hakkında kamu davası açılmaması gereken kişiler hakkında iddianame düzenlenerek dava açıldığı ve soruşturma aşamasının eleme fonksiyonunun hayata geçirilemediği görülmektedir. Ara muhakemede mahkemelerin iddianameleri olması gereken şekilde okuyup denetlemeleri belki bu aykırılığın etkisini biraz zayıflatabilir; ancak uygulamada iddianamelerin ciddi biçimde denetlendiğini söyleyebilmek henüz mümkün değildir. Bu süreçte sanık, savunma makamının olanakları ve hakları, silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak sınırlandırılmaktadır (Ünver, Hakeri 2010: 11).

İddianamelerin iadesi ile ilgili olarak CMK'nun 190/1 madde ve fıkrasına göre, duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek oluşan vicdani kanaat kapsamında hüküm kurulması öngörülmüştür. Buradan hareketle her ne kadar CMK, sistem olarak tek duruşmada mahkemeye açılan kamu davasının bitirilmesini hedeflenmiş ise de, Cumhuriyet savcıları tarafından görevli ve yetkili mahkemelere hitaben düzenlenen iddianamelerin CMK'nun 174. maddesi bağlamında yerleşen mevcut uygulama nedeniyle neredeyse CMK'nun 190. maddesi ile hedeflenen amaçtan son derece uzaklaşmıştır.

2.3.1. Hâkim

Hâkim, muhakeme makamlarından bir olup, hatta en önemli yargılama makamında oturan ve önüne getirilen uyuşmazlığı çözen kişidir. Her çeşit yargılama makamında bulunan ve yargılama görevi yapan kişi yargıçtır (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 94). Uyuşmazlıkları çözme makamında bulunan hâkim, gerekli bilgi ve deneyime sahip olması, buna mukabil yanlış kararlar verme sonucunu doğurabilecek kusurlarının bulunmaması, bu meyanda peşin hükümlü olmaması, inatçılık etmemesi, karakter sahibi olması, kendine hâkim olmayı başarabilmesi, hasta ve düşünceli olmaması gerekir. Dolayısıyla bu niteliklere sahip olan bir hâkim doğru karar verebileceği gibi insan hak ve özgürlüklerinin güvencesi olabilir (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 95).

Eş anlamlı olarak millet namına yargılama görevini yapan ve sonunda 'karar niteliğinde hüküm' veren hâkimin, ahlak, bilgi ve verimlilik gibi genel vasıflarının yanında, psikolojik olan hükümlerinin isabetli olması için, bazı vasıflara daha fazla sahip olması gerekmektedir. Hüküm verme makamında olan; peşin hüküm sahibi olmayacak, inatçılık etmeyecek, şaşkınlık göstermeyecek, karakterli olacak, kendine hâkim olmasını bilecek,

yorgun, hasta, düşünceli olmayacaktır. Hüküm veren konumunda olan hâkimlerin de bu vasıfları haiz olması gerekeceğinden şüphe yoktur (Yenisey, Kunter, Nuhuğlu 2010: 188).

Diğer bir anlatımla Mecelle'de hâkimde bulunması gerekli olan özelliklere dair yapılan tespitlerde hâkim; hâkim, fehim, müstakim, emin, mekin, metin olmalıdır. Yani, bilgin, zeki, doğru, güvenilir, temkinli ve dayanıklı olmalıdır (Karakehya 2008: 53). Son bir anlatımla yargılama, adalet denilen üstün değer belirlenmesinde kendine özgü evrensel boyutlara varan yöntemlerin kullanıldığı bir sanattır. Hâkim ise, 'yargılama sanatının yöntemleriyle adalet denen kültürü, değeri gerçekleştiren kişi'dir (Aşçıoğlu 1995: 14).

Bu itibarla yargılama sanatının yöntemleriyle uygulanabilmesi için hâkimlerin sadece doğru, dürüst olmaları ve yasalardaki ilke ve kuralları bilmeleri yetmez; ayrıca hâkimlerin belirtilenler dışında hâkimin bilgi ve yeteneğin üst düzeyde felsefi bilgi ve düşüncelerle beslenmesi gerekir. Yasa sözcükleriyle güç kazanmış ilke ve kuralların arkasındaki gerçek anlamı, onların temelinde var olan adalet hissini veya değerini içeriğini, özünü felsefi bilgi ve düşüncelere sahip olmadan belirlemek olasılığı oldukça azdır; rastlantı ve doğaçlama yöntemiyle adalete ulaşma gündeme gelir (Aşçıoğlu 1995: 145).

Son tahlilde hâkim, aynı zamanda bir halkın içinden gelen birey olarak üstün bir vicdanla donanmak zorundadır. Hâkim, karmaşıklaşıp çeşitlenen veya farklı farklı insanlara ait sorunların eninde sonunda kendi önüne adalet talebiyle geleceğini asla unutmayarak, bilgisini ve saflığını her şekil ve ortamda koruması gerektiği bilincine, bireylerin var olan haklarının korunması için filozof yürekliliğine ve aklına sahip olmalıdır. Hâkim, aklında oluşturduğu adalet süzgeciyle bilgece bir deneyimin ve kişiliğin oluşturduğu zihni algılamaya kendisini hazırlamalı ve hiç yılmadan bu algılamayı sürekli sorgulamalıdır; bilmelidir ki hukuk sürekli aranması gereken bir olgudur ve onun içinde adaletin yok olması ya da yaşaması kendi kararlılığına bağlıdır (<http://www.adalet.org/bekran1.php?idno=537>).

2.3.1.1. Hâkimlerin Bağımsızlığı

Devletin başta gelen görevlerinden biri de, adalet dağıtmaktır. Adalet dağıtımının iyi olmasının şartı, adalet dağıtanların yani hâkimlerin bağımsız olmalarıdır. Hâkimin bağımsızlığı, birey hak ve özgürlüklerinin teminatıdır. Bağımsızlık, tarafsızlık ilkeleri

birlikte o derece önemli kabul edilmiştir ki, uluslararası metinlerde belirlenen ilkeler hâkimin nitelikleri olarak değil, sanığın en temel hakkı olarak düzenlenmiştir. Nitekim BMİHEB'nin 10. maddesinde: “Herkes haklarının, borçlarının veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde, davanın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından görülmesi hakkına sahiptir” denilmektedir. Aynı şekilde AİHS'de, mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olmasını öngörmektedir (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 98).

Hâkimlerin bağımsızlığı, hükümlerini verirken hür olmaları, hiçbir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları demektir. Hâkimlere baskı yapılması kadar, yapılabilme ihtimali dahi hâkimlerin bağımsızlığına gölge düşürür. Hâkimlerin bağımsız olması, yaptıkları yargılama görevinin doğal bir sonucudur ki, totaliter rejimler bile çok defa bağımsızlığı inkâr etme durumunda olamamışlardır. Demokratik rejim, bu ilkeyi hem kabul eden, hem de uygulayan rejimdir, çünkü hâkimlerin bağımsızlığı her türlü hak ve hürriyetlerin teminatıdır. Bu ilke bütün ülkeler anayasalarında teminat altına alınacak kadar önemli sayılmıştır. Haliyle Anayasa'mız da hâkimlerin bağımsızlığı ilkesini ele almak suretiyle, ana hatları düzenlemiştir. Ancak mevcut mahkemelerimizin bütünü tek hâkimli olmadıklarından, bazı üyelerin bağımsızlığı da mahkemenin bağımsızlığı sonucunu muhakkak doğurmayacağından mahkeme bağımsızlığı, kavramına da ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim Anayasa'mız mahkemelerinin bağımsızlığından da söz etmiştir (Yenisey, Kunter, Nuhoglu 2010: 188-189).

Hâkimlerin bağımsız ve adil olmaları tek başına yeterli değildir. Ayrıca hâkimlerin bağımsız ve adil oldukları kanaati, toplumun tüm katmanlarında yerleşmiş olması gerekir. Dolayısıyla toplumda bu inancın oluşmasını engelleyici veya var olan bu inancı ortadan kaldıracı uygulamalardan olabildiğince kaçınılmalıdır (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 99). Bu bağlamda Prof. Eichenberger 'in görüşüne göre, yargıç bağımsızlığının beş görünüşü vardır: “Yargıcın tarafsızlığı, yargıcın devlet karşısında tarafsızlığı, yargıcın özerkliği (yani düşünsel bağımsızlığı), toplum karşısında yargıcın özerkliği, kendisine karşı yargıcın bağımsızlığı“ (Selçuk 1999: 97-104).

2.3.1.2. Hâkimlerin Tarafsızlığı

Adalet dağıtımının iyi olması için önemli diğer bir husus, hâkimlerin tarafsız olmasıdır. Hâkimlerin aynı zamanda tarafsız olması veya taraflar bakımından objektif olması, muhakeme tarafların olumlu veya olumsuz manada etkisinde kalmaması, ayrıca

vicdani kanaatine göre hüküm verirken şahsi görüşlerine ve değer yargılarına göre davranmaması zorunludur. Hâkimlerin kural olarak yetkisi dâhilinde bulunan davalara bakmama gibi bir durumu yoktur. Ancak hâkimin objektif olamayacağı veya tarafsız davranamayacağı bazı özel hallerde, yargılama yapmaya zorlamak tehlikelidir. Bu itibarla kanunların bu gibi sakıncaları gidermek adına, hâkimlerin objektif ve tarafsız yargılama yapmalarını temin etme amacıyla bazı önlemler aldığı görülmektedir. Bunlar; hâkimin davaya bakamaması, reddedilmesi ve çekilmesidir (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 107).

AIHM, bağımsızlık ve tarafsızlık şartları yerine getirildiği takdirde, mahkeme üyelerinin tamamının ya da bir kısmının profesyonel anlamda hâkim olmalarını aramaz. Burada asıl önemli olanın ilgili karar organının dava konusu olayı hem maddi hem de hukuki açıdan inceleme yetkisine sahip olmasıdır. Sadece mütalaa ve tavsiye vermekle yetkili kılınan makamlar, mahkeme değildirler. Ayrıca hükümet ya da hükümetin bir bakanının mahkeme olarak kabulü de mümkün değildir (Erşen 2009: 296).

2.3.1.3. Hâkimlik Teminatı

Kanunlarda “hâkim bağımsızdır“ şeklinde düzenleme yapılmasıyla hâkim bağımsız olmaz. Bunu sağlayacak çeşitli teminatlara ihtiyaç vardır. Hâkimlerin yürütme erkine karşı bağımsızlığını sağlayan tedbirlerin başında, *hâkimlik teminatı* gelir (Yenisey, Kunter, Nuhoğlu 2010: 192). Anayasa'nın 139. maddesinde göre hâkimlere 3 çeşit teminat sağlamaktadır. Bunlar: Hâkimler ve savcılar azlolunamazlar, yaş teminatı, özlük hakları ile ilgili teminattır (Yenisey, Kunter, Nuhoğlu 2010: 192). Bu başlık altında izah edilen hususlarla ilgili olarak mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı bölümünde yeniden ele alınacağından detaya girilmekten bu aşamada kaçınılmıştır.

2.3.2. Savcı

CMK' ya göre, bir suç işlendiği haberinin alınması ile başlayan, ek kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın verilmesi yahut görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesine kadar süregelen evreye soruşturma aşaması denilmektedir. Soruşturma evresinin görevli ve yetkilisi, Cumhuriyet savcısıdır. Dolayısıyla soruşturma evresi olarak isimlendirilen bu dönemde yapılacak bütün işlemleri yapma yetki, görevi ve sorumluluğu Cumhuriyet savcısına aittir. Hâkim kararına

ihtiyaç duyulan haller dışında, tüm işlemleri savcı bizzat yapacaktır (Ünver, Hakeri 2010: 1).

Cumhuriyet savcısı, ceza muhakemesi faaliyeti içinde yer alan hâkimden sonra gelen en önemli süjedir. Ceza muhakemesi içinde savcı, kamu adına iddia faaliyetini yürüten süjedir. (Yurtcan 2002: 1-2). Diğer bir ifadeyle Cumhuriyet savcısı, muhakeme faaliyetlerinin bir basamağı olarak kamu adına iddia görevini yerine getiren toplumsal iddia makamıdır (Keyman 1970: 54). Diğer yandan Cumhuriyet savcısı, toplumun vekili olarak toplumun menfaatini nazara almak zorundadır. Toplumun menfaati ise, her zaman sanığın aleyhine olmayı veya davranmayı gerektirmez. Şartlara göre sanığın lehine olan delilleri toplamak şeklinde hareket etmekte de toplumun yararı vardır (Çınar 2006: 31).

Bu son tahlilde belirtilen hususun önemine binaen Yasa Koyucu, CMK'nun 160/2 madde ve fıkrası: "Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür" şeklinde düzenleme ihtiyacı duymuştur.

2.3.2.1. Savcının Bağımsız Olması

Devletin üç temel erki Anayasa'da belirtilmiştir. Bunlar; yaşama, yürütme ve yargıdır. Bunlar dışında ayrıca adli erk diye bir erk bulunmamaktadır. Bu noktadan hareketle, savcının yasama görevi yapmadığı aşikârdır. Önüne gelen herhangi bir hukuki uyuşmazlığı çözme gibi sorumluluğu veya yetkisi olmadığından bir yargı makamı da değildir. Dolayısıyla savcının devlet faaliyetleri içerisinde, fonksiyonel anlamda kapsamında değerlendirilebileceği tek erk yürütmedir. İdari hiyerarşi içerisinde üst amiri olan başsavcının, emrinde olan savcının faaliyet alanına ilişkin olarak emir verebilmesi de, onun fonksiyonel anlamda idari bir makam oluşunun doğal bir sonucudur (Karakehya 2008: 56).

Anayasa'da mahkemelerin bağımsızlığı düzenlenmişken, savcının bağımsızlığına ilişkin herhangi bir hükme ise yer verilmemiştir (Karakehya 2008: 57). Bu bilgiler ışığında savcı, muhakeme faaliyetlerinde kamu adına iddia görevini yapan kişi olarak yürütme erki içinde yer alır. Yürütmenin bir görevlisi durumundadır (Yurtcan 2002: 4). Diğer bir ifadeyle savcı, muhakeme faaliyetinin ilk aşaması olan soruşturma işlemlerini yürütmekte, kamu davasını açmakta, önödeme karar verebilmekte ve kanun yollarına

başvurabilmektedir. Bu nedenle savcının faaliyet türünü adli alana ilişkin idari bir faaliyet olarak nitelendirmek kanaatimizce en doğru olanıdır (Karakehya 2008: 55).

Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce hâkim ve savcılara duyurulan "Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları" (Budapeşte ilkeleri) da neredeyse Bangolar ilkeleri ile aynı mahiyettedir. Neticede hâkimler ve savcılar, anayasa ve yasalarla kendilerine verilen görev ve yetkileri, yazılı olan veya olmayan ancak evrensel anlamda hâkim ve savcılar bağladığında da kuşku bulunmayan etik kurallarını da dikkate alarak yerine getirmelidirler. Aksi durumda bir uygulamanın ortaya çıkaracağı sonuçların TCK'nun 257. maddesinde açıklanan görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarını içermesi durumunda da yetki ve görevin ihmalinden ya da kötüye kullanılmasından söz edilmesinin olanaklı bulunduğu açıktır (Ünver, Hakeri 2010: 7).

2.3.2.2. Savcılık Teminatı

Anayasamızda mahkemelerin bağımsızlığının ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, savcının bağımsızlığı ile ilgili olarak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasa Koyucu, savcılarının idari görevlerinin adli alana ilişkin olması nedeniyle, onlara görevlerini daha rahat yapabilmesine imkân tanımak istemiş olmasından dolayı hâkimler için Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen teminatları savcılar açısından da kabul etmiştir (Karakehya 2008: 57).

Anayasa'nın 139/1 madde ve fıkrasına göre: "Savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz" şeklinde düzenleme yer almaktadır.

Diğer yandan savcılarının bütün özlük işleri ve disiplin cezaları ve meslekten çıkarılmaları hakkında karar verme yetkisi Anayasa'nın 159/3 madde ve fıkrasına göre HSYK'ya aittir. Savcılar açısından coğrafi güvenceye yer verilmesinin yanında, ülke bölgelere ayrılarak, savcılarının belirli bir sürelerle bu bölgelerde görev yapabilmeleri kabul edilmiştir (Yurtcan 2002: 6-7).

2.3.2.3. Savcının Tarafsızlığı

Savcının taraf olduğunu kabul edenler olduğu gibi, savcının nevi şahsına münhasır bir taraf olduğunu ifade edenler de bulunmaktadır. Diğer yandan bazılarının göre, sadece

şeklen taraftır veya bütünüyle taraf değildir. Yine bazılarına göre ise, savcı kendi menfaatini koruyan taraftır. Bazıları ise, sanık lehine bir takım taleplerde bulunmasına rağmen, görev itibariyle taraftır. Son olarak da bazıları, savcı taraf değildir, ancak iddia makamını işgal eder (Yenisey, Kunter, Nuhoğlu 2009: 310).

Konuya ilişkin olarak daha detaylı bilgi vermek gerekirse savcı, muhakeme ilişkisinin süjesidir. Bu süjelik sıfatı kendisine, savcılık makamını işgal etmesi nedeniyle ile verilmiştir. Savcılık makamı ise, işlenen suç sebebiyle zarar gören taraflardan biri olan devlet adına iddia görevini yerine getirmek üzere kurulan bir makamdır. Ceza muhakemesinde yargılama makamından başka iki makam vardır: İddia makamı ve savunma makamı. Bunların karşılıklı iki taraf olduğu hususu, birinin tezi diğerinin anti-tezi ileri sürme görevinden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla savcı şahsı itibariyle değil, işgal ettiği makam dolayısı ile taraftır (Yenisey, Kunter, Nuhoğlu 2009: 311).

Benzer anlatımla savcı CMK'nun 160. maddesine göre, soruşturma faaliyetini sürdürürken sadece sanığın aleyhine olan delilleri değil, lehine olan hususları da araştırmakla görevlidir. Ayrıca, CMK'nun 260/3 madde ve fıkrasına göre savcı, sanığın lehine olarak da kanun yollarına başvurabilme imkânı da bir yetki ve sorumluluk olarak kendisine verilmiştir. Bu yasal düzenlemelerden savcının taraf olmadığı, savcı maddi gerçeğe ulaşmak için muhakeme faaliyetinde bulunmaktadır. Ancak gözden uzak tutulmaması gereken ise, savcı soruşturma işlemleri tamamladıktan sonra neticede elde ettiği mevcut delillere göre kamu davası açan süjedir. Savcının duruşma başladıktan sonra yargılamanın seyrinde elde edilen somut bilgiler ışığında sanığın beraatını talep edebilmesi ve sanık lehine kanun yoluna başvurabilme imkânının kendisine verilmiş olması, makam olarak savcının iddia makamını işgal etmesini etkilememektedir. Dolayısıyla savcı muhakemede, makam olarak iddia görevini üstlenmiş bir taraftır (Karakehya 2008: 57-58).

2.3.3. Sanık

CMK'nun tanımlar başlığı altında düzenlenen 2. maddesinin lafzından hareketle; iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadar (kovuşturma boyunca) suç şüphesi altında bulunan kişiye sanık; soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiye ise şüpheli denilmektedir.

Ceza muhakemesi ilişkisinin en önemli süjelerinden olan sanık, CMK'nun öngördüğü mekanizmanın harekete geçmesine neden olan süjedir. Sanık, suç işlediğinden şüphe

edilen kişi konumunda olduğuna göre, yargılanacak maddi uyuşmazlığın tarafıdır ve kişi olarak süjedir. Öte yandan sanık, üzerine atılı suç kapsamında kendisini savunduğunda savunma makamını işgal eder hale gelir. Bu durumda sanık, aynı zamanda savunma makamı itibariyle de süje durumundadır (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 124).

Eş anlama gelecek şekilde sanık ferdi müdafaa makamını işgal edebilir, gerçekten sanık kendisini isterse müdafaa eder, istemezse müdafaa etmez. Lakin müdafaa ettiği zaman, ferdi müdafaa görevini yapar ve bu sıfatla ferdi müdafaa makamını işgal eder. Bunun içindir ki sanık, şahıs itibariyle taraf oluşundan fazla olarak, ferdi müdafaa makamı dolayısıyla süje olur (Yenisey, Kunter, Nuhoglu 2009: 360). Sanık, hakkında gerçekleştirilen muhakeme faaliyetlerine boyun eğmek ve gerektiğinde rızasına aykırı da olsa tutuklama gibi kişisel özgürlüğüne, kan alma örneğinde olduğu gibi vücut bütünlüğüne karşı yapılabilecek müdahalelere katlanmak zorunda olması açısından kamusal zorlamanın merkezinde bulunmaktadır. Diğer yandan sanık, müdafii ile birlikte muhakemenin savunma ayağını oluşturur. Muhakeme, sanığın veya soruşturma aşamasındaki şüphelinin bir suçu işlediği izlenimi veren fiile bağlı olarak başlar. Bu itibarla sanığın kendisini bizzat savunmasına bireysel savunma, müdafii yardımıyla faydalanmak suretiyle savunmasına ise, kolektif savunma denilmektedir (Karakehya 2008: 59).

Adil yargılanma hakkı, ceza muhakemesi açısından değerlendirildiğinde sanık için öngörölmüş bir haktır. Teminat altına alınan bu hak topluma bakan yönüyle de büyük bir menfaat olsa da, söz konusu bu hakkın varlığı ve güvence altına alınmış olması en fazla sanık açısından önem ifade eder. Sanık, adil yargılama ilkesiyle koruma altına alınan ve bu itibarla da bu ilkenin merkezinde bulunan süjedir (Karakehya 2008: 60).

Sanığın süjeliğine dair CMK'nun tanımlar başlığı altında düzenlenen ikinci maddesinde sanık sıfatının kazanılmasının kovuşturma aşamasının başlaması ile ya da başka bir ifadeyle iddianamenin kabulüyle birlikte alacağı düzenlenmiş ise de; AİHM'nin uygulamasında ise sanık kavramını, taraf devletlerin iç hukuklarından bağımsız bir kavram olarak kabul etmiştir (Karakehya 2008: 63).

Bu konuya ilişkin olarak AİHM, *Eckle v. Almanya* kararında net bir şekilde ifade edildiği üzere; bir suçlamanın varlığı konusunda önemli olan husus suçlamanın şekli, zamanı ya da suçlayan makamın sıfatı değil; fakat isnadın içeriği yani konusudur.

Dolayısıyla kişinin ilgili makamlarca bir suç işlediğinden şüphelenilmesi, böyle bir şüphe ile kişinin yakalanması, tutuklanması, hakkında bir polis veya hazırlık soruşturması açılmış bulunması ilgilinin durumunu etkileyeceğinden bu işlemler "suçlama" niteliğinde kabul etmiştir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 275).

Buna göre kural olarak bir kişi hakkında adli işlemlere başlandığı andan itibaren, bir isnat olsun veya olmasın, söz konusu kişi AİHS’de sanık için öngörülen haklardan faydalanması gündeme gelecektir. Eş anlamlı olarak, hakkında yetkili merci tarafından soruşturma açıldığı andan itibaren, Sözleşme'deki haklardan faydalanabilme bakımından kişi sanık olarak kabul edilmektedir (Karakehya 2008: 63).

Sanık kavramı ile ilgili olarak AİHM tarafından değerlendirme yapılırken, yetkili bir makam tarafından sanığa yapılan ve suç işlediği konusunda bir ithamı içeren resmi bildirim veya açıklama ölçütü kullanılmıştır (Karakehya 2008: 63).

Konuya dair son olarak CMK'nun değişik maddelerinde (91/4, 149/1, 262/1) ceza muhakemesinde sanık yardımcıları olarak belirtilen kişiler, genel itibariyle sanığın haklarını koruyan kimselerdir. Ancak bu durum müdafinin yasal imkânlarına sahip olduklarını göstermez. Bu nitelikte olan kişiler CMK’ da belirtildiği üzere; sanığın eşi, kanuni temsilcisi ve diğer bazı yakın akrabalarıdır. Belirtilen bu kişilere, gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında herhangi bir süjeye bağlı olmaksızın sanık lehine bir takım taleplerde bulunma imkânını kanun tanımıştır. Söz konusu kişilere kanunun tanıdığı hak ve yetkiler, sanık ve müdafiyeye tanınan olanaklar kadar geniş değildir. Bu durum sanık yardımcısı olarak isimlendirilen kişilerin süje sayılmasına engel değildir. Zira süje sayılmak için önemli olan, muhakemeye ilişkin bir takım işlemler yapıp talepte bulunan kişinin herhangi bir kişiye veya organa bağlı olmaması ve bu girişimleri ile muhakemenin seyrine katkıda bulunmasıdır (Karakehya 2008: 69-70).

2.3.4. Müdafinin Süjeliği

Müdafii tarafından savunulma hakkı, hakkında bir suç isnadı bulunan şüpheli ya da sanığın haklarını, özellikle adil yargılanma hakkının korunmasında temel bir araçtır. Hakkında bir suç isnadı bulunan herkes, haklarını korumak ve kendini savunmak için hukuki yardım alma hakkına sahiptir. Hukuki yardım alma hakkı, gerek soruşturma gerekse duruşma öncesi de dâhil olmak üzere ceza muhakemesinin bütün aşamalarında

kendini gösterir. Sanık duruşmalarda hazır bulunmak istememiş olsa bile, müdafii tarafından temsil edilme hakkı vardır (Uluslararası Af Örgütü 2000: 209).

Bu bağlamda müdafii, toplumsal müdafaa makamını işgal ettiğinden makam itibariyle süjedir. Ceza muhakemesi hukukunda müdafilik *sui generis* bir muhakeme hukuku süjesidir. Makam yönünden süje olabilmek için müdafide bir takım şartlar olması gerekir (Yenisey, Kunter, Nuhoglu 2009: 411). Bu bağlamda müdafii olabilmek için; avukat olmak, avukatlık yasağı bulunmamak, aynı muhakemede tanık olmamak, aynı muhakemede sanık durumunda olmamak, menfaatlerde uygunluk olmak, aynı işe hâkim, hakem, savcı veya memur sıfatıyla el koymuş bulunmamak ve müdafinin vekâletnamesini göstermesi şartı (Yenisey, Kunter, Nuhoglu 2009: 411-413).

Müdafinin yardımından yararlanmak bakımından sanığın sahip olduğu hak, adil yargılanma hakkının en önemli düzenlemelerindendir. Müdafii olmadan gerçekleşen bir muhakeme, çoğu zaman eksik muhakemedir. Zaten sanık suç isnadı ile karşı karşıya olması dolayısıyla davada psikolojik baskı altındadır ve çoğunlukla da mahkemelerde uygulanan usul hukukunun gereklerinden veya eylemi ile ilgili maddi ceza kanununa ait teknik kavramlardan haberdar olmadığından kendisini gerektiği şekilde savunmasını yapamaz. Bu itibarla muhakemenin adil bir şekilde gerçekleşebilmesi veya sanığın aleyhine olmasının önüne geçebilme adına bir müdafinin yardımından faydalanılması ile mümkün olabilecektir (Karakehya 2008: 65).

Kaldı ki, hakkaniyete uygun yargılama için sanığın bir müdafii tarafından temsil edilmesini de zorunlu kılmaktadır. Suç isnadı ile olarak ceza davalarında Sözleşme'nin 6/3 madde ve fıkrasının (c) bendinde, her sanığın bir müdafii tarafından temsil edilmesi, şayet sanığın maddi imkânı el vermiyorsa, adaletin selameti gerekli kılıyorsa ise mahkeme tarafından re'sen tayin edilecek bir müdafinin yardımından yararlanma hakkı açıkça belirtilmiştir (İnceoğlu 2005: 330). Bu bağlamda AİHM, *Berlinski v. Polonya* kararında vurgulandığı üzere; ceza yargılamasının ilk aşamalarından itibaren sanığa müdafii yardımının sağlanması gerektiği ifade edilmiştir (Türkiye Barolar Birliği 2008: 177).

CMK'nun 150/1 madde ve fıkrasında: "Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafii seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafii görevlendirilir" şeklinde düzenleme yer almaktadır. Görüldüğü üzere AİHS'nin 6. maddesinde müdafii tayin edilmesi ile ilgili ilkeye paralel biçimde

düzenleme yapılmıştır. Diğer yandan anılan maddenin 2. fıkrasında ise: "Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir" hükmü yer almaktadır. CMK, adaletin selameti için bazı istisnai durumlarda zorunlu müdafilik sistemini getirmiştir. Buna ilişkin olarak aynı maddenin 3. fıkrasında ise zorunlu müdafilik kapsamına giren hususlara yer verilmiştir. Anılan fıkrada: "Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır" şeklinde hüküm getirilmiştir. Bu yasal düzenlemelerden çıkarılması gereken ise, CMK mevcut düzenlemeleriyle savunmayı, makam itibariyle diğer süjeler karşısındaki konumunu güçlendirmiştir.

Bu hususla ilgili olarak YCGK tarafından 18.03.2008 tarih ve 2008/9-7 esas, 2008/56 karar ilamında:

"... 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 150. maddesinin ilk üç fıkrasının hep birlikte değerlendirildiğinde; sanığın mahkemeden talep etmesi ile atanan müdafii ile zorunlu olarak atanan müdafii arasında; Aynı Kanununun 2. maddesindeki tanıma bakıldığında ise, Ceza Muhakemesi Kanunu anlamında zorunlu (veya istem üzerine atanan) müdafii ile vekâletnameli müdafii arasında her hangi bir farkın öngörülmediği gözlemlenmektedir. Bununla birlikte; 5271 s. CYY. nın ve Avukatlık Kanununun atanmış müdafilikle ilgili ayrıntılı bir düzenleme yaptığını da söylemek mümkün değildir. 5271 sayılı CYY. nın 150/son madde ve fıkrası ile ayrıntıların düzenlenmesi çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır.

CMK. nun 150/son madde ve fıkrasında belirtilen yönetmelik 02.03.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ceza Muhakemesi Yasası Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına Ait Yönetmeliğin 7. maddesinde atanmış müdafinin görevinin sona ermesi düzenlenmiştir.

Anılan maddeye göre; "atanmış müdafii veya vekilin görevi, soruşturma evresinde; kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi, yetkisizlik veya görevsizlik kararı, kamu davası açılması halinde ise iddianamenin kabulü kararı verilmesi; kovuşturma evresinde, yargılamanın yapıldığı il veya ilçe

dışında yargılamayı gerektirir görevsizlik veya yetkisizlik kararı, esasa ait hükmün kesinleşmesi ya da davanın nakline karar verilmesi, müdafii, vekil veya kendisine müdafii ya da vekil görevlendirilen kişinin ölmesi ve kişinin kendisine bir müdafii veya vekil seçmesi hallerinde sona erer."

Bununla birlikte; 7. maddenin son fıkrası uyarınca, "Ceza Muhakemesi Yasası gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının talebi üzerine görevlendirilen müdafii veya vekil azledilemez." (Ancak, bu fıkra ile ilgili olarak Danıştay 10. Dairesi 26.09.2007 tarih ve 1961 sayı ile yürütmeyi durdurma kararı vermiştir.)

Ceza Muhakemesi Yasası Gereğince Müdafii ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına Ait Yönetmelik müdafii atanması usulünü de düzenlemiştir. Yönetmeliğin 5. maddesine göre:

"Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafii seçmesi istenir. Müdafii seçebilecek halde olmadığını beyan ederse, görevlendirilecek müdafie yapılacak ödemelerin yargılama giderlerinden sayılacağı ve mahkûmiyeti halinde kendisinden tahsil edileceği hususu hatırlatılarak talep ettiği takdirde barodan bir müdafii görevlendirmesi istenir.

Şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise ya da hakkında alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı soruşturma ya da kovuşturma yapılıyorsa istemi aranmaksızın barodan bir müdafii görevlendirmesi istenir. Ancak bunun için şüpheli veya sanığın müdafiiinin olmaması şarttır".

İkinci fıkrada sayılan hallerde kovuşturma aşamasında sanığa iddianamenin tebliği için çıkarılan çağrı kâğıdına ayrıca "tebliğ gününden itibaren yedi tarih içerisinde müdafii bulunup bulunmadığını bildirmesi, bildirimde bulunmadığı takdirde barodan bir müdafii görevlendirmesinin isteneceği, (görevlendirilen müdafie ödenecek ücretin yargılama giderlerinden sayılacağı ve mahkûmiyeti halinde kendisinden tahsil edileceği)" (Ancak, parantez içerisinde gösterilen kısım ile ilgili olarak Danıştay 10. Dairesi 26.09.2007 tarih ve 1961 sayı ile yürütmeyi durdurma kararı vermiştir.) hususunu hatırlatan meşruhat verilir. Sanığın tutuklu olması halinde Ceza Muhakemesi Yasasınının 176. maddesinin

üçüncü fıkrası gereğince yapılan işlemler sırasında yukarıda belirtilen meşruhat hatırlatılır. Sanık tarafından bildirimde bulunulmadığı, tebligat yapılamadığı veya tutuklu sanığın müdafii olmadığını bildirmesi halinde duruşma günü beklenmeksizin barodan bir müdafii görevlendirmesi istenir.

Buna karşılık; zorunlu müdafii ataması yapılan bütün durumlarda, gerekçeli kararın hükmün tefhiminde hazır bulunmayan asile de tebliğ edilmesi gerektiği yönünde bir yoruma gidilmesi mümkün değildir. Zira Yönetmeliğin 6. maddesinin 5. fıkrasındaki düzenleme; "Dosyada görevli müdafii veya vekilin, istinaf veya temyiz yasa yolu muhakemesinde yapılacak duruşmaya katılmayacağını bildirmesi durumunda, zorunlu müdafii veya vekil gerektiren hallerde görevlendirme, yasa yolu incelemesini yapacak mahkeme tarafından o yer barosundan istenir." şeklindedir. Gerek bu madde, gerekse Yönetmeliğin 7. maddesindeki; "...müdafinin görevi... kovuşturma evresinde; yargılamanın yapıldığı il veya ilçe dışında yargılamayı gerektirir görevsizlik veya yetkisizlik kararı, esasa ait hükmün kesinleşmesi yada davanın nakline karar verilmesi... halinde sona erer." biçimindeki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, zorunlu müdafinin yasa yolu aşamasında görev yapma zorunluluğunun bulunmadığı değil, herhangi bir aşamada, "görevli olduğu il veya ilçe dışına çıkma mecburiyetinin bulunmadığı" sonucuna varılabilir. Çünkü zorunlu müdafinin görev yapmakla mükellef tutulduğu alan, bulunduğu il veya ilçe sınırları olarak öngörülmüştür. Bununla birlikte, zorunlu müdafii isterse, Yargıtay'daki duruşmaya da katılabilir, ama istemezse katılmak zorunda değildir. Öte yandan, müdafinin verilmiş bulunan hükme karşı temyiz, istinaf ya da itiraz kanun yoluna başvurulmasının gerektiği durumlarda, bu başvuruları yapmak zorunda olduğunda şüphe yoktur. Nitekim görevin hükmün kesinleşmesine kadar devam edeceği açıkça düzenlenmiştir (Yargıtay Kararlar Dergisi 2008: 154)."

CMK'da öngörülen müdafilik sisteminden farklı olarak 353 Sayılı Askeri Mahkemeler Kanunu ve Yargılama Usulü Kanununun 86. maddesine göre:

"Müdafii, avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili olan kimselerden tutulur.

Askeri mahkemenin bulunduğu yerde avukatlık veya dava vekilliği etmeye kanunen yetkili kimse yoksa hukuk fakültesini bitirmiş subaylar (Askeri hâkim ve askeri savcı ile yardımcılarını hariç) ve bunlar da yoksa diğer subaylar müdafî tutulabilirler.

Subaylar, savunmayı kabul etmeleri için en yakın amirinin iznini almak zorundadırlar. Askeri mahkemelerin doğrudan doğruya tutacağı müdafiler, askeri mahkemenin bulunduğu yerde olan veya askeri mahkemeye en yakın bulunan barolar ile haberleşilerek seçilir. Bunlar hizmetten kaçınamazlar”.

2.3.5. Katılanın (Müdahilin) Sûjeliği

Katılan, ceza muhakeme ilişkisinin sùjelerinden birisidir. Katılan, ferdi iddia makamında yer alır. Bu itibarla makam itibariyle sùjedir. Aynı zamanda katılan, suçtan zarar gören taraftır. Bu yönüyle ise katılan, şahıs itibariyle sùjedir (Kunter, Yenisey, Nuhoglu 2009: 342). Kamu davasına katılma, mahkemeye açılmış bulunan kamu davasına, savcının yanında yer almak suretiyle bazı hak ve yükümlülükleri üstlenmek amacıyla yargılamaya etkide bulunmak demektir. Katılan her ne kadar iddia makamının yani savcının yanında yer alarak onun bazı yetkilerini kullanabilmekteyse de, bu durum katılanı savcıdan bağımsız olmadığını ifade etmez (Ünver, Hakeri 2010: 170).

Konuya ilişkin olarak biraz daha detaylı bilgi vermek gerekirse savcı tarafından iddianameyle mahkemeye açılan kamu davasına, suçtan zarar görenin katılarak savcı ile birlikte iddia görevini yüklenmeleri mümkündür. Davaya katılma belli bir zamanla sınırlandırılmamıştır. Kovuşturma evresinde suçtan zarar gören kişi şikâyetçi olduğunu söylemek suretiyle davaya katılması yasal olarak her zaman mümkündür. Katılan sıfatını alabilmek için; suçtan zarar görmüş olmak, sağ olmak ve nihayet dava ehliyetine haiz bulunmak yeterlidir. Soruşturma aşamasında davaya katılma imkânı CMK'da düzenlenmemiştir. Mahkeme tarafından yargılama neticesinde verilen hükmün, Yargıtay tarafından bozulmasına istinaden mahkemeye gelen kamu davasına konu dosya ile ilgili yeniden yapılan yargılamada da suçtan zarar gören gelip şikâyetçi olduğunu söylemek suretiyle katılan sıfatını almasını engelleyen bir hüküm yoktur. Katılan olabilmek için aleyhine işlenen suç nedeniyle doğrudan zarar görmüş olmak gerekir. Yani dolaylı olarak zarar görmüş olmak katılma için yeterli değildir (Bakıcı 2000: 1172).

Mevzuat açısından bakıldığında katılma, CMK'nun kamu davasına katılma başlığı adı altında 237. maddesinde düzenlenmiştir. CMK'nun 237. Maddeye göre:

“Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.

Kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır”.

Katılma talep eden suçtan doğrudan zarar gören kişinin hayatta olması, tüzel kişinin ise hukuki varlığını fiilen devam ettirmiş olması gerekir (Erol 2006: 647). Ancak CMK'nun 243. maddesine göre katılan, talebinden vazgeçerse veya ölürse katılma hükümsüz kalır. Mirasçılar, katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabilirler. Katılanın ölümü halinde mahkeme mirasçılarını tespit ederek duruşmaya davet edilmeleri usule uygun olacaktır. Müştekinin soruşturma aşamasında şikâyetçi olduktan sonra ölümü halinde getirilen hukuksal çözüme ilişkin olarak Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 23.06.2009 tarih ve 2008/30475 esas, 2009/30297 karar sayılı ilamında yapmış olduğu tespit:

“Şikâyetçi Şemsettin, soruşturma evresinde sanıktan şikâyetçi olduğunu açıklamıştır. Şikâyetçi, kovuşturma aşamasında ifadesi alınmadan ölmüştür. 5237 sayılı TCK'nun 64. maddesinde, sanığın ölmesi halinde davanın düşürülmesi kurumu düzenlendiği, 5271 sayılı CMK'nun 243. maddesinde öngörülen düzenleme ise; katılanın, katılma kararından sonraki bir süreçte şikâyetinden vazgeçmesi veya ölmesi halinde katılmanın hükümsüz kalacağına ilişkindir. Bu düzenlemede ayrıca mirasçıların da katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabilecekleri de öngörülmüştür. Görülüyor ki, getirilen bu düzenlemeyle şikâyetçinin davaya katılmadan önce ölümü halinde davanın düşürülmesinin öngörülmediği, yalnızca ölüm halinin katılma kararını hükümsüz hale getireceğinin ifade edildiği, anılan düzenlemeyle şikâyet hakkının sona ermeyeceği, çünkü şikâyet hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, somut olaya göre, soruşturma evresinde açıkça şikâyetçi olduğunu bildiren Şemsettin'in duruşma sırasında henüz dinlenmeden önce

öldüğü ve şikâyetinden vazgeçmediği halde, CMK'nun 243. maddesi yanlış yorumlanarak yazılı biçimde sanık hakkındaki davanın düşürülmesine karar verilmesi dolay (BOZULMASINA), 23.06.2009 gününde oybirliğiyle karar vermiştir”.

Katılan veya katılan vekilinin kamu davasına katılma sonrasında duruşmalara bir kez olsun gelmemesi durumunda, mahkemenin takdirine göre artık davayı takip etmekten vazgeçti denebilecek kadar ilgisiz kaldığı, gelmediği yahut gelmesine rağmen açıkça davadan vazgeçtiğini belirtmesi durumunda, müdahale yoluyla dava geri alınmış, kanunun ifadesiyle katılma "hükümsüz" kalmış olacaktır (Ünver, Hakeri 2010: 174).

Diğer yandan suçta doğrudan zarar gören şikâyetçinin, soruşturma evresinde katılma talebinde bulunabilmesi açısından CMK'nun gerek lafzı gerekse içeriği buna izin vermemektedir. Ancak savcı tarafından görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlediği iddianameyle kamu davası açıldıktan sonra, ancak katılma talebi gündeme gelecektir. Zira CMK'nun 237/1 madde ve fıkrasına göre, katılma talebi kovuşturma evresinin her aşamasından hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduğunu söylemek suretiyle katılmanın hangi aşamada gerçekleşebileceğini ortaya koyduğu görülmektedir.

YCGK 01.06.1999 tarih ve 136/147 sayılı ilamında: "Sanığın cezalandırılmasını isteyen ve Cumhuriyet savcısının yanında yer alan müdahil, aynı zamanda tanık sıfatıyla yemin verilerek dinlenemez" şeklinde karar verilmiştir. Aksi halde yeminli beyanlara dayanılarak hüküm kurulmuş olacaktır. Sanığa suçu işlemediğine dair yemin ettirilemeyeceği gibi, suçu işlediğine ilişkin olarak da katılana yemin ettirilmez (Bakıcı 2000: 1181).

CMK'nun 236/1 madde ve fıkrasına göre mağdurun tanık olarak dinlenmesinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağından bahsetmektedir. Anılan düzenleme kastedilen mağdur, katılan sıfatını almamış olan suçtan zarar görendir. Zira mağdur, katılan sıfatı aldığı anda muhakemenin artık tarafı haline gelir. Dosyayı inceleme, suret alma, sanık sorguya çekilirken ve tanık dinlenirken hazır bulunma hakkına sahip olan bir kişi hakkında, anılan hakların hiçbirine sahip olmayan tanık ile ilgili hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla katılan, yalan beyanda bulunması halinde, yalan tanıklıktan dolayı değil, şartlara varsa başka suçlardan cezalandırılır (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 193-194).

2.3.6. Katılanın (Müdahil) Vekili

Kovuşturma evresinde mağdur veya suçtan doğrudan zarar gören kişi, şikâyetçi olduğunu söylemesi üzerine CMK'nun 237/1 madde ve fıkrası kapsamında katılan sıfatını alır. Suçtan zarar gören kişi, duruşmada katılan sıfatını aldıktan sonra kendisine bir takım haklar verildiği görülmektedir.

Buna ilişkin olarak CMK'nun 239/1 madde ve fıkrası: "Mağdur veya suçtan zarar gören davaya katıldığında, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebilir".

Anılan maddenin 2. fıkrası ise: "Mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz".

Konuyla ilgili olarak YCGK'nun 03.06.2008 tarih ve 2008/5-56 esas, 2008/156 karar sayılı ilamında önemli bir hususun altı çizilmiştir. Şöyle ki, mevcut yaşı itibariyle temyiz kudreti bulunmayan veya 15 yaşından küçük mağdurun veya mağdurenin şikâyetten vazgeçmeye ehil olmaması nedeniyle kendisi sanıktan şikâyetçi olmadığına ilişkin beyanının geçerli olmadığı, zira yaşı nedeniyle kendisine atanan zorunlu vekilin iradesine üstünlük verilerek şikâyetçi olması durumunda davaya katılabilir.

Mevcut düzenlemeyle ilgili olarak katılana birinci fıkra kapsamında bazı suç tipleri için vekil tayin edilmesini katılanın iradesine bırakmış iken, sanığa CMK'nun 150/3 madde ve fıkrasında alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren hallerde zorunlu müdafilik sistemi kabul edilmiştir. Müşteki haklarını düzenleyen CMK'nun 234. maddesinde de benzer düzenlemeye yer verildiği anlaşılmaktadır. Bu mevcut düzenlemelerin yetersiz olduğu kanaati ile en az sanığa verilen yasal imkânların katılana da verilmiş olmasının silahların eşitliği ilkesine uygun olacağı aşikârdır. Zira toplumdaki var olan ahengi bozan, hayatın olağan akışını ihlal eden ve bunun sonucunda tamiri mümkün olmayacak derecede olaydan doğrudan etkilenen katılanın haklarının geri plana bırakılmış olmasının Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetlere aykırı olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

Diğer bir eleştiri olarak AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile ilgili ilkelerin sadece savunma makamı etrafında örgütlenmiş olması da, belki de bu önemli uluslararası Sözleşme'nin en vahim eksikliğidir. Zira ceza muhakemesi anlamında suçtan zarar göreni, mağduru veyahut katılanı kendi haline bırakır gibi korumasız kalması,

sanığa atanan zorunlu müdafinin yapmış olduğu savunmanın mahiyetini dahi anlayamayacak konumunda bırakılması, katılan yönünden maddi gücün ön plana alınmış olmasının hukukun genel ilkeleriyle bağdaştığını söylemek zordur.

Katılana anılan madde kapsamında atanan veya kendisine katılan tarafından vekalet verilen vekili, duruşmada iddia görevini yerine getirmek bakımından çelişmeli muhakemede etkin rol oynamak suretiyle gerek katılanın haklarının korunmasında gerekse maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardım edecektir. Diğer yandan vekil yardımından faydalanarak muhakemede etkin rol alan katılan, kamu davasına konu maddi olay kapsamındaki mağduriyetini hukuk diliyle ifade edildiğini gören, iddialarını gerektiği şekilde ileri sürme ve neticede verilen kararda etkin bir şekilde müdahale ettiği hazzından kaynaklanan bir tatmin duygusuna sahip olacak, sonuçta muhakeme sonunda yargılama makamı tarafından verilen karara ve dolayısıyla adalete daha fazla güven duyacaktır (Karakehya 2008: 74).

2.4. Kovuşturma Evresinde Çelişme Usulü

Ceza muhakemesi, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir halin ortaya çıkması veya bir şüphe ile başlar. Hüküm verilinceye kadar bu şüphe elbirliği ile yenilmeye çalışılmaktadır. Bu bağlamda ceza muhakemesinde çelişme iddia, savunma ve yargılama makamlarını işgal eden sùjeler arasında gerçekleşecektir. İddia makamı olarak Cumhuriyet savcısı, ceza davasına esas olacak mahiyetindeki tezini oluşturan isnadını ortaya koyar; savunma makamı ise aleyhinde mahkemeye açılan kamu davasına konu isnat karşısında savunmasını yapmak suretiyle antitezini ortaya koyar. Nihayetinde yargılama makamı ise bu tez ve antitezin çarpışmasından senteze, bir başka deyimle gerçeğe ve herkes için bağlayıcı olacak hükme ulaşır (Karakehya 2008: 74).

Çelişmeli muhakeme sisteminin kendine has birçok özelliği vardır. Bu var olan özelliklerden ön plana çıkanlar; muhakemede hâkim ve diğer karar organlarının rolleri, tarafların veya taraf temsilcilerinin ortaya koydukları sunuşları kontrol etmekteki rolleri, maddi gerçeğe ulaşma yöntemleri ve tarafların birbirine karşı sorumlulukları şeklinde sıralanabilir (Karakehya 2008: 75).

Çelişmeli muhakemenin etkin olarak gerçekleştirilebilmesi ise, ancak silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesiyle mümkün olacaktır. Bu itibarla savunma ile iddia, aşağı yukarı eşit bir pozisyonda olmalı ve her iki taraf da muhakemede en güçlü oldukları

hususları rahatlıkla ileri sürme imkânına sahip bulunmalıdır. Genel kavram olan adil yargılanmanın içinde bulunan eşitlik de, diğer güvenceler gibi hukuk düzenince açıkça koruma altına alınmalıdır (Karakehya 2008: 77).

Sanığa isnat edilen suçun şikâyete bağlı olduğunun soruşturma evresinde değil de, kovuşturma evresinde yargılama devam ederken anlaşılması durumunda, açılmış olan kamu davasına devam edilip edilmeyeceği sorusu ile karşı karşıya kalınabilir. CMK, bu konuda açık bir hüküm getirmiş ve kural olarak davaya devam edilmesini öngörmüştür. Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra sanığa atılı olan suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam olunur. Bu durum her ne kadar şikâyet kurumunun anlam ve amacına aykırı ise de, mevzuatta düzenlendiği ve öğretilde buna *sessiz şikâyet* olarak adlandırılmıştır (Ünver, Hakeri 2010: 4). Anılan durumda kovuşturma aşamasında devam eden yargılama sürecinde sanığın eyleminin maddi ceza hukukundaki karşılığının dosyaya giren bilgi ve belgeler ışığında şikâyete tabi olduğu halde, suçtan zarar gören daha öncesinde dinlenmiş ve şikâyetçi olup olmadığına dair açık bir beyanı yoksa söz konusu mağdur çelişme ilkesi gereği CMK'nun 235/4 madde ve fıkrasına göre duruşmaya çağrılarak yeni durumla ilgili olarak beyanı alınmalıdır.

BÖLÜM III

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 6. MADDESİNE GÖRE SANIĞA TANINAN HAKLAR VE KOVUŞTURMA AŞAMASI

AIHS'nin 6/1 madde ve fıkrası adil yargılanma hakkına ilişkin genel ilkeyi belirlerken, anılan maddenin 2 ve 3. fıkraları ise 1. fıkradaki genel ilkenin özel uygulanma şekillerini ortaya koymuştur. Dolayısıyla bu fıkralarda yer alan haklar genel kuralı düzenleyen 1. fıkranın uzantısı, bir başka deyişle doğal sonucudur (Karakehya 2008: 85).

Dolayısıyla Sözleşme'nin 6/2-3 madde ve fıkralarında düzenlemiş bulunan haklara aykırılık olmasa dahi, 6/1 madde ve fıkranın ihlal edilmiş olması mümkündür. Ayrıca 6/1 madde ve fıkranın kapsamı hem medeni hem de cezai uyuşmazlıklara ilişkin olabilirliği varken, anılan maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları sadece suç ithamına konu ceza davaları bakımından sanığa tanınması gereken bir takım teminat altına alınan asgari hakları düzenlemektedirler (Karakehya 2008: 86). Buradan hareketle tezimiz ile ilgili olacak şekilde öncelikle Sözleşme'nin 6/2-3 madde ve fıkralarının ışığında kovuşturma aşamasına bakıldıktan sonra, anılan maddenin birinci fıkrasını da aynı açıdan ele alınacaktır.

3.1. İsnadı Öğrenme Hakkı ve Kovuşturma

Sanık hakkında mahkemeye açılan kamu davasında, muhakemesi yapılacak uyuşmazlığın biri normun kuralına, diğeri müeyyideye taalluk eden iki kısmı vardır. İsnat, bir yaptırımın uygulanmasını gerektirecek bir fiili veya somut durumu bir kimseye bağlamaktır. Ceza muhakemesinde isnat, bir kimseye suç olarak itham edilen bir maddi olayın isnadıdır (Yenisey, Kunter, Nuhoglu 2009: 490).

Bu bağlamda konuya mevzuat açısından bakıldığında; bir suç ithamı ile karşı karşıya bulunan sanığın öncelikle hakkındaki isnadı öğrenmesi en temel hakkıdır. Bu bağlamda CMK'nun 176/1 madde ve fıkrasının lafzına bakıldığında, iddianamenin çağrı kâğıdı ile sanığa tebliğ olacağı hususu hüküm altına almıştır. CMK'nun 174. maddesi gereğince mahkemenin iddianameyi kabulünden sonra duruşma hazırlığının veya uygulamadaki ismi ile tensip hazırlıklarının yapılacağı hususu 175. maddede düzenlenmiştir. CMK, duruşma hazırlığının nihayete ermesi ile *önceliği* sanığa, mahkemeye ulaşan iddianamenin bir çağrı kâğıdı ile tebliğine yer vermiş olması oldukça önemlidir. Zira yargılamanın odağında veya yargısal işlemler neticesinde etkilenecek yegâne özne, sanıktır. Haliyle sanığın, kendinin

hangi isnatla karşı karşıya olduğunu en geç iddianamenin tebliği ile öğrenmesi amaçlanmıştır.

Ancak farklı olarak öğretide CMK'nun 175. maddesi doğrultusunda kamu davası açılmadan önce bir kimsenin, mesela sorguya çekilmesi veya tutuklanmasını savcının sulh ceza hâkiminden isterken, şüpheliye bir suç isnadında bulunur. Artık o kimse şüpheli olmaktan çıkıp, sanık konumuna geçmiş sayılmalıdır. Bu itibarla henüz kamu davası açılmamıştır diye kovuşturmanın başlamadığını söylemek mümkün değildir (Yenisey, Kunter, Nuhoğlu 2009: 283).

Sanık kendisi ile ilgili olan suç isnadını öğrenmesi konusunu, sanığın aleyhinde Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianamede bulunması gereken unsurların nelerden ibaret olduğu yazılı olan CMK'nun 170. maddesini gözden ırak tutmamak gerekir. Zira sanık hakkındaki isnadı öğrenmesi, adil yargılanma hakkının temel ilkelerindedir. Dolayısıyla iddianame, her yönüyle muntazam olması, taraflar arasında maddi ceza hukukuna konu olan olayın net bir şekilde ortaya konulmuş olması, delillerin mevcut olayla ilişkilendirilerek açıklanması ve iddianamenin sonuç kısmında sanığın lehine olan hususların da ileri sürülmüş olması durumunda adil yargılanma ilkesinin hayatiyet kazanmasında son derece önemlidir. Bu nedenle iddianameden beklenen amacın da gerçekleşmiş olacağıdır.

Anayasa'nın 19. maddesine göre de: "Yakalanan ve tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir".

Yukarıda izah edilmeye çalışılan hususlar yerine getirilmeden bir kimse hakkında kamu davasının açılmış olması, bir kişiyi aleni duruşmada toplum önüne çıkaran lekeleyici bir usul işlemidir. Yeterli delil bulunmadan ya da mahkûmiyet olasılığı hukuka uygun ve sağlam delile dayanarak ortaya konulmadan veya bir deliller manzumesi bulunmadan dava açmak, insan hakkının ihlalidir (TÜSİAD 2003: 50). Bu bağlamda adil yargılanmada sadece yargılamayı yapan yargılama makamının değil, aynı zamanda iddia makamının da aynı ilkelere riayet etmek suretiyle dürüst olması gerekir (Turan 2005: 397).

Konunun AİHS kapsamında ele alınması halinde ise, suçlanan kişi bakımından mahkemeye başvurma hakkı, o kişiye davasının mutlaka devam etmesini isteme hakkı

anlamına gelmez. Suçlanan kişinin kendisine yöneltilen isnadın bir mahkeme tarafından sonuçlandırılmasını talep etme manasındadır (TÜSİAD 2003: 26). Bu bağlamda AİHS'nin 6/3 madde ve fıkrasının (a) bendi uyarınca, kendisine bir suç isnat edilen kimse, anladığı dilde ve detaylı olarak kendisine yöneltilen suçlamanın nedenlerini ve niteliği hakkında en kısa zamanda bilgilendirme veya hakkındaki isnadın içeriğini öğrenme hakkına sahiptir. Anılan madde ve fıkra kapsamında, bireyin savunmasını hazırlayabilmesi için son derece önem arz eder. Bu nedenle sanığa verilecek bilgi, kendisinin hangi fiili nedeniyle itham edildiğini ve bu fiilin hukuki mahiyetinin ne anlama geldiğini içerecektir. Kamu davasının açılmasında veya kovuşturma aşamasının başlamasında belirleyici bir rol oynayan iddianamenin sanığa tebliğ edilmesi ile sanığın yazılı bir biçimde, suçlamaların maddi ve hukuki temelinden resmi olarak haberdar olduğu kabul edilmektedir (TÜSİAD 2003: 155).

Diğer yandan suç isnadı kavramını AİHM tarafından, *Deweert v. Belçika* kararında belirtildiği üzere, Sözleşme içinde özerk bir anlam taşıdığına dikkat çekmek suretiyle bu kavramın şekilsel değil, esasa ilişkin anlamının (maddi anlamıyla) tercih edilmesi gerektiğini vurgulamıştır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler 2007: 214).

Sanığı bilgilendirmenin "*kısa zamanda*" yapılması mecburiyeti, AİHM tarafından açık bir şekilde ifade edilmemiştir. Her somut olaya göre bilgilendirmenin şekli değişebilmektedir. Ancak kısa zamanın başlangıç noktası, kovuşturma aşamasına geçildiği an ya da en azından sanığın hâkim önüne gönderildiği anın olacağından kuşku yoktur. Bu bağlamda sanık, kendisine karşı yapılan suçlamanın mahiyetini, üzerine atılı olan suçun dayanağını, iddia edilen maddi olay ile ilgili olgulardan haberdar edilmesi gereklidir. Ayrıca bilgilendirme bunun dışında maddi olguların hukuki nitelendirmesini de içermek zorundadır. Sanığa yüklenen suçun açık ve tam bildirimini yapılması, adil bir yargılanmanın temel şartıdır (TÜSİAD 2003: 156).

Sanığa Sözleşme'nin 6/3 madde ve fıkrasının (a) bendinde "ayrıntılı olarak bilgi verilmesi" ifadesinin varlığı, suç ithamıyla karşı karşıya kalan kişiye adil yargılanma hakkı anlamında gerçekleştirilebilecek bilgilendirmenin, Sözleşme'nin 5/2 madde ve fıkrasında yer alan bilgilendirmeden daha detaylı olması gerekir. Detaylı bildirim ise, sanığın hakkındaki iddialarla ilgili savunmasını hazırlayabilmesi için, isnadın dayandığı temel delilden bahsetme zorunluluğu olmaksızın, gerekli olan tüm maddi ve hukuki olguları içermelidir (İnceoğlu 2007: 47).

AIHS'nin 6/3 madde ve fıkrasında, soruşturma evresinde savunması alınan şüpheli hakkında da aynı hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bilhassa vurgulamak gerekirse, soruşturma aşamasında savunması alınmamış şüpheliye, iddianamenin çevrilerek tebliğ edileceği yahut iddianamenin çevrilmesi için kendisine bir tercüman atanacağına ilişkin bir hüküm CMK'da bulunmamaktadır. Bu bağlamda yabancı veya engelli sanığa Türkçe olarak hazırlanan iddianame tebliğ edilecek, söz konusu iddianamenin sanığın anlayabileceği dilde çevrilmesi için de herhangi bir tercüman görevlendirilmeyecektir. Bu mevcut durumun yabancı veya engelli sanık açısından, savunma hakkının önemli ölçüde kısıtlayacağı aşikârdır (Karakehya 2008: 90).

Kovuşturma aşamasında sanığın meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa, mahkeme tarafından duruşmada sanık hakkındaki iddiaya ilişkin esaslı noktaların tercüme edileceği, ayrıca anlayabileceği biçimde kendisine anlatılacağına dair CMK'nun 202. maddesinde düzenleme bulunmaktadır. Anılan madde duruşmada yapılması gereken faaliyetleri ifade ettiği görülmektedir. Diğer yandan Türkçe bilmeyen sanığa, CMK'nun 176. maddesinde öngörülen usul kapsamında iddianamenin tebliğ edilmesi, savunmasını hazırlayabilmesi için yasal bir haftalık sürenin kendine verilmemiş olması adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet vereceği konusunda yoğun şüphe içermektedir.

Bir suç isnadı ile muhatap olan sanık hakkında düzenlenen iddianamede bulunması gereken niteliklerle ilgili olarak YCGK tarafından 14.12.1999 tarih ve 6-303/310 sayılı kararı ile ağır ceza ve asliye ceza mahkemelerine açılan davalarda polis fezlekesine yollamada bulunan iddianamelerin savunma hakkını kısıtladığı ve bu nedenle mahkûmiyet kararının bozulması gerektiğini ifade eden kararında:

“Cumhuriyet Başsavcılığının... İddianamesinde... suçun ne şekilde, nasıl işlendiği hususunda hiçbir açıklamada bulunulmamıştır. Fezlekedede izah edildiği gibi denilmekle yetinilmiş sanığa yüklenen ve suç oluşturduğu iddia olunan eylemleri anlatılmamıştır. Ağır Ceza ve Asliye Ceza Mahkemelerinde açılan davalarda fezlekeye yollamada bulunulması yeterli olmayıp olay ve suçun kanuni unsurları açıklanmalıdır. Bu nedenle mevcut iddianamenin CMUK. nun 163. maddesine uygun bulunduğundan söz etmeye olanak yoktur, iddianamede sanığa yüklenen suç anlatılmayarak savunma hakkı kısıtlandığı gibi CMUK. nun 150 ve 257. maddelerine aykırı olarak hükmün konusu olan olaylar da belirtilmemiştir... Hükmün öncelikle bu usule dair nedenden dolayı

bozulmasına karar verilmesi gerekmektedir“ şeklinde gerekçe kullanmıştır”
(Kaban, Aşaner, Güven, Yalvaç 2001: 785-786).

Yargıtay isnadın bildirilmesi konusunda oldukça hassas davrandığını değişik zamanlarda verdiği kararlarında görmek mümkündür. Bu bağlamda iddianamenin sanığa tebliğ edilmemesi, Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 13.05.1999 tarih ve 1999/2862 esas, 1999/3021 karar sayılı uygulamasında bozma nedeni yapıldığı; istinabe suretiyle savunması alınmakta ise talimat evrakının iddianameye eklenip tebliğ edilmesi gerektiğine dair Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 30.04.1996 tarih ve 1996/1451 esas, 1996/2278 karar sayılı ilamında açıklanmaktadır. Öte yandan iddianame ile duruşma günü arasında ise CMK'nun 176/4 madde ve fıkrasına göre en az bir haftalık sürenin bulunmasına dikkat edilmektedir.

AİHM'ye göre bir suçlamanın varlığı konusunda önemli olan husus, suçlamanın şekli, zamanı ya da suçlayan makamın sıfatı değil, önemli olan isnadın içeriği, yani konusudur. AİHM, duruma göre bireyin bir suç işlediğinden şüphelenilmesi, böyle bir şüphe ile yakalanması veya tutuklanması, hakkında bir polis veya hazırlık soruşturması açılmış bulunması hali ilgilinin durumunu etkileyeceğinden bu işlemler suçlama niteliğindedir (Wemhoff v. Almanya, 27.6.1968, A 7, &18). *AİHM Campbell-Fell v. Birleşik Krallık*, 1984 kararında, cezaevindeki hükümlüye disiplin suçları ile ilgili olarak aleyhindeki suçlamaları gösteren ihbar tebligatında, “direnme” gibi genel terime yer verilmiş olması ve duruşmaya gelmediği için sözlü açıklamada bulunmaması nedeniyle suç isnadını öğrenemediği şikâyetinin, Sözleşme'nin 6/3. Maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir (Doğru 2002: 722). Suçlama konusunda sanığa verilecek bilgi, kendisinin hangi fiili nedeniyle suçlandığını ve bu fiilin hukuki nitelemesinin ne olduğunu içerecektir (*Kom. Kararı, X v. Avusturya*, 12.3.1981, No: 8490/79, DR 22, s. 144).

3.1.1. İsnat Edilen Suçun Niteliğinin Değişmesi

İddianamede sanığa isnat edilen ve CMK'da öngörülen usul kapsamında kendisine bildirilen suçun, hukuki olarak niteliğinin değişmesi yargılamanın bir unsuru sayılabilir. Zira kamu davasına konu maddi olayın kovuşturma aşamasında elde edilen bilgi ve belge, alınan savunma kapsamında maddi olayın hukuki boyutları farklı bir maddenin unsurlarını içerebilir. Bu durumda sanığın değişen hukuki niteleme kapsamında cezalandırılması

yoluna gidilecek ise, sanığın eylemine uyan yeni isnat ile ilgili olarak bilgilendirilmesi gerekir. Bu işlevi CMK'nun 226. maddesinde belirlenen yöntemle çözüm kabul edilmiştir.

Bu itibarla sanık üzerine atılı olan suçun, hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir halde bulundurulmadıkça kendisine iddianame ile bildirilen suçun kanuni unsurlarının değiştiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez (Erol 2006: 693).

Bu konu ile ilgili olarak AİHM, *Sadak, Zana ve arkadaşları v. Türkiye* kararında; kapatılan DEP milletvekili olan başvurucular hakkında 765 sayılı TCK'nun(mülga) 125. maddesi gereğince cezalandırılmaları için mahkemeye kamu davası açılıp iddianamede yazılı olan sevk maddesi olarak kendilerine bildirildiği halde, yargılama sırasında sanıkların 765 sayılı TCK'nun 168. maddesi gereğince cezalandırılmış olmalarını başvuranların suç niteliğindeki değişme hakkında zamanında bilgilendirilmemeleri nedeniyle ek savunmalarını hazırlayamadıkları gerekçesiyle 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

3.1.1.1. Ek Savunma Hakkı

Sanığın üzerine atılı olan suçun hukuki niteliğinin değişmesi durumunda sanığa ek savunma hakkı verilmesinde Yargıtay, son derece duyarlılık gösterdiğini söylemek gerekir. Gerçekten YCGK'nun 27.10.1998 tarih ve 9-271/338 sayılı kararına göre suçun hukuki niteliğinin değişmesi durumunda:

"Sanığın cezalandırılmasına karar verilebilmesi için kendisine veya müdafisine ek savunma hakkı verilmesi zorunludur... Cumhuriyet Savcısının esas hakkındaki görüşünün tebliğ edilmesi ve duruşmalara gelerek ek savunmada bulunması hususunda uyarılması olanak dışıdır. Ayrıca tutuklu olan sanığın, duruşmada hazır bulundurulması sağlanıp, sanık açıkça susma hakkını kullandığını bildirmediği takdirde, susma hakkını zımni olarak kullandığından 'da söz edilemez" Ancak, anılan Ceza Genel Kurulu'nun 2.12.1998 tarih ve 4-32/1393 sayılı ilamında iddianamede hatalı bir değerlendirme ile indirim hükümlerinin istenilmesi ve söz konusu hükmün esas hakkındaki görüşte de yine hatalı olarak tekrarlanması ancak, indirim hükmünün uygulanmaması halinde ek savunma gerekmediği YCGK'ca kararlaştırılmıştır" (Yaver 2003: 13).

CMK'nun 226. maddesi gereğince, sanığa iddianamede gösterilen suçun temas ettiği kanun maddesinde belirtilen cezadan daha az bir ceza verilmesi gerektiren hallerde, sanık meşruhatlı davetiye tebliğine rağmen gelmez yahut sanığın kendisine tebligat yapılamaz ise, ek savunma verilmesinin zorunluluğu yoktur (Adalet Bakanlığı, Teftiş Kurulu Başkanlığı, Tavsiye Kararları; Ayrıca YCGK. 30.09.199: 6-225/241).

Mahkeme, sanığa ek savunma hakkı verirken reyini belli etmekten imtina etmelidir. Suç vasfında değişme ihtimalinden bahsedilmek suretiyle sanığın ek savunması sorulmalıdır. Söz konusu ek savunma sanığın lehine olsa da CMK'nun 226. maddesine göre bu hakkın kendisine mutlaka verilmelidir (Erol 2006: 693).

Ek savunma olanağı verilmesini gerektiren durumlarda talep üzerine sanığa ek süre verilmesi CMK'nun 176/4 madde ve fıkrasına paralel olacak şekilde kanundan doğan bir zorunluluktur. Yargılama sırasında sanığın üzerine atılı olan suçun hukuki niteliğinin değişmesi halinde, sanığa ek savunma hakkı tanınmadan iddianamede belirtilen kanun maddesinden başka bir madde ile cezalandırılmasına karar verilemez. Görevsizlik kararı ile esas hakkındaki mütalaada belirtilen maddeden başka bir maddeye istinaden hüküm kurulması, ek savunma hakkının kullandırılmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğu gibi adil yargılanma hakkının açık bir ihlalidir (Ünver, Hakeri 2010: 136). Ek savunma hakkı, davasız yargılama olmaz ilkesine bir istisna değildir. Sadece sanık hakkında kamu davasına konu eylemin hukuksal nitelemesine ilişkin olarak sanığa savunmasını yapmadığı bir hukuk normu ile cezalandırılmasını önlemek amacıyla güderek, savunma erkine ve dolayısıyla da silahların eşitliği ilkesine hizmet eder. Kanun koyucu, CMK'da ek savunma hakkını hukuksal nitelemenin değişmesi olasılığı ile cezanın artırılmasını veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirecek hallerin ilk kez duruşma sırasında ortaya çıkması durumunda uygulanmak üzere düzenlemiştir (Ünver, Hakeri 2010: 137). Yargılama esnasında ek savunma hakkının yalnızca bir kez kullanılabileceği biçimde kısıtlayıcı bir hüküm CMK'da bulunmaması nedeniyle yargılamanın sonraki aşamalarında elde edilen deliller ışığında oluşacak değişiklikler halinde yeniden sanığa ek savunma hakkı verilebilir (Ünver, Hakeri 2010: 138).

3.1.1.2. Ek Savunma Hakkı Verilemeyecek Haller

CMK'nun 225. maddesine göre, dosya kapsamında yapılan yargılama neticesinde elde edilen deliller ışığında hâkim, hükmünü ancak iddianamede unsurları gösterilen suça

ilişkin fiil ve faili hakkında verir. Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia makamının veya sanığın savunmalarıyla bağlı değildir. Bu hususla ilgili olarak CMK, 1412 sayılı CMUK'un 259. maddesinde düzenlenen sözlü iddianame uygulamasına son vermiştir.

Bu itibarla duruşma sırasında sanığa isnat edilmeyen yeni bir fiilin ortaya çıkması halinde, bu yeni fiile göre de hüküm kurulması halinde, iddianamede belirtilen fiil ile, hükmün verildiği fiil haliyle farklı olacaktır. Dolayısıyla davasız yargılama olmaz ilkesinin doğal bir sonucu olarak, söz konusu fiile ilişkin iddianame düzenlenmeksizin, bu fiil hakkında hüküm kurulması CMK'nun 225. maddesine aykırı olacaktır. Ayrıca yukarıda belirttiğimiz üzere, kişi hakkında yapılan her yeni fiile ilişkin isnadın, sanığa yazılı olarak bildirilmesi, savunmasını hazırlayabilmesi için sanığa yasal sürenin verilmesi adil yargılanma hakkının önemli bir gereğidir. Bu itibarla yeni ortaya çıkan fiil hakkında hüküm kurulabilmesi için, fiil hakkında dava açılması ve davanın açıldığı iddianamenin de sanığa bildirilmesi gereklidir (Karakehya 2008: 93).

Somut durum ile ilgili Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından 29.06.2009 tarih ve 2009/27 esas, 2009/27 karar sayılı ilamında:

“5271 sayılı CMK'da ek iddianame ile ilgili açık bir düzenleme bulunmadığı gibi, bu uygulamanın aynı Yasa'nın duruşmaların bir oturumda bitirilmesini amaçlayan sistemine uygun düşmediği, mahkemenin ek iddianame talebinin hâkimin tarafsızlığıyla da bağdaşmayacağı, mahkemece sanıkların iddianamedeki suçtan başka suç işlediklerinin düşünülmesi halinde, bu konuda Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunmakla yetinmeleri gerektiği gözetilmelidir”.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından 02.03.2009 tarih ve 2008/16384 esas, 2009/2527 karar sayılı ilamıyla: “Basit cinsel istismar suçundan dava açıldığı halde, ek iddianameyle dava açılmadan sanığın kovuşturma aşamasında ortaya çıkan fiillerini kapsayacak şekilde hüküm kurulamaz“. Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından 21.01.2009 tarih ve 2008/13858 esas, 2009/377 karar sayılı ilamıyla: “Kamu davasının açılması sırasında ve hükmün gerekçesinde mahkûmiyete temel alınan eylemin gösterilmemesi ve suçun sübutuyla ilgili kanıtların da gösterilmemesi, yargılamanın temel ilkelerinin ve adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelir”.

3.2. Savunmayı Hazırlamak İçin Yeterli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı ve Kovuşturma

AİHS'nin 6/3 madde ve fıkrasının (b) bendinde açıkça koruma altına alınan sanığın savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı, iki açıdan önem taşır. Öncelikle bu hak, kamu davasına konu suç ithamı nedeniyle sanığın savunmasını hazırlayabilmesi için gerekli zamana sahip olmasını teminat altına almıştır. Nitekim sanığa gerekli zaman tanınmaksızın savunma hakkı imkânı vermek, çoğu kez sanığa hiç savunma hakkı tanımadan onu yargılamayla aynı neticeyi verecektir. Diğer yandan hakkındaki isnattan bilgi sahibi olan, ancak isnadın içeriğini anlayıp üzerine düşünmeden mahkeme önüne çıkarılmış kimsenin, gerektiği şekilde savunmasını yapamamak bakımından, çoğu kez isnattan hiç haberdar olmayan sanıktan hiç bir farkı yoktur. Bu itibarla kişiye gerekli zamanın tanınması bakımından bu hak önemlidir. Söz konusu hak ile ilgili önemli olduğu diğer husus ise, sanığın gerekli kolaylıklara sahip olmasına dairdir. Sanığın hakkındaki isnadın kendisine bildirilmesinden sonra savunmasını yapabilmek adına bir müdafii ile veya en azından savunmasını hazırlarken hukuki yardım alabilme durumu olacaktır. Bu bağlamda dosyada bulunan tüm delilleri inceleme veya gerektiğinde dosyanın örneğini alma yasal hakkına sahiptir (Karakehya 2008: 94).

Savcı tarafından düzenlenen iddianame, mahkeme tarafından yasal çerçevede kabul edildikten sonra duruşma hazırlığı yapılır. Bu işlemlerden sonra iddianame sanığa çağrı kağıdı birlikte tebliğ yapılır. İddianamenin tebliğ tarihi ile duruşmanın yapılacağı tarih arasında en az bir hafta sürenin verilmesi yasal zorunluluktur. Bu süreye uyulması veya hassasiyet gösterilmesi adil yargılanma hakkı için gereklidir. Diğer yandan söz konusu en az bir haftalık süreye uyulmaması halinde, CMK'nun 190/2 madde ve fıkrasına göre sanığa duruşmaya ara verilmesini isteme hakkı olduğu kendisine hatırlatılması gerekir.

AİHS'nin 6/3 madde ve fıkrasının (b) bendinde düzenlenen savunmanın hazırlanması için sanığa yeterli zaman tanınması, yargılamanın muhatabı olan sanığı acele yargılamaya karşı korumak amacını taşımaktadır. Bu güvence, kişiye suç isnat edildiği an başlamaktadır. Savunma için sanığa verilen sürenin yeterliliği, her somut olayın kendi boyutlarına göre değiştiğini söylemek mümkündür. Bu koşullar davanın karmaşıklığı, savunma avukatının bu davadaki iş yükü, yargılamanın gelmiş olduğu aşama veya sanığın bizzat savunma yapma kararı gibi pek çok nedenden kaynaklanabilir (TÜSİAD 2003: 158).

Başka bir ifadeyle savunmanın hazırlanabilmesi için tanınacak gerekli zaman ve kolaylıklar değerlendirilmesinde; yargılama faaliyetinin tüm seyrini, kamu davasının konusu ve mahiyeti, özellikleri (muhakeme faaliyetinin hangi safhada bulunduğu, davanın niteliğini ve konunun karmaşıklığı gibi) nazara alınır. AİHS'nin 6/3 madde ve fıkrasının (b) bendinin uygulanmasında somut olay, taşıdığı özellikle başka alanlarda olduğundan çok daha fazla önem arz etmektedir. AİHM, bir cezaevinin ayaklanma sebebi ile başlatılan bir kovuşturmanın söz konusu olduğu *Campbelle et Fell v. İngiltere davasında*, beş günlük süreyi ilgililerin savunmalarını hazırlama bakımından yeterli bulmuş fakat aynı olayda sanığa savunmasını hazırlamak için gerekli öteki kolaylıkların sağlanmadığına karar vermiştir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 301).

Mahkeme tarafından verilen hüküm, sadece sanık açısından değil aynı zamanda sanığın müdafii bakımından da netice doğurduğundan, sanık müdafii yargılama sırasında yeterli zaman ve kolaylıkların sağlanmasını da gerektirmektedir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 301). Bu itibarla gerekli zamandan kastedilen ölçüt ise, sanığın ve müdafinin savunma için asgari olarak yapılması gerekli olan zorunlu hazırlıkları yapabilecekleri zamandır. Bu yüzden kararlarda savunma tarafına verilen sürenin kısalığının savunmayı gerçekten olumsuz etkileyip etkilemediğine bakılmalıdır (Şahin 2004: 306).

Konuyla ilgisi olması sebebiyle Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından 11.05.2004 tarih ve 2004/481 esas, 2004/1780 karar sayılı ilamında:

“Savunma görevini üstlenen bir müdafinin davayı baştan sona takip etse de esas hakkındaki savunmasını hazırlaması için makul zamana ihtiyacı olduğu, bunun davanın mahiyeti ve içeriği ile orantılı olacağı, müdafiiye verilen süre yeterli görülebilse bile müdafilik görevlerini üstlenenlerin bu görevi süresinde yerine getirmemeleri durumu ile duruşmada karşılaşılan sanıkların savunmasız bırakılmamaları ve kendilerine bir kez daha imkân tanınması gerektiği gibi olayda müdafinin çekilmesi ile savunmasız kalıp avukat tutacağını söyleyen sanık Gazi'ye bu imkânın verilmemesi nedeniyle benzer konumda olan tüm sanıkların savunma haklarının kısıtlanması” şeklinde karar vermiştir.

Hakkında kamu davası açılması nedeniyle bir isnada muhatap olan sanığa, gerekli kolaylıkların sağlanmasının başında onun dava dosyasının içeriğinde yer alan delilleri ve bulunan belgeleri inceleme yetkisi gelmektedir. Bu doğrultuda savunmayı hazırlayabilmek

için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkı, ancak sanığın araştırmaların sonucu hakkında bilgilendirilmesi durumunda garanti edilmiş olabilir. Bu ise büyük ölçüde, iddianameye konu olan dosyayı inceleyebilmekle mümkündür. Silahların eşitliği ilkesinin de önemli bir gereği olan dosyayı inceleme hakkı, bilhassa duruşmaya hazırlanabilmesi açısından son derece önem arz eder. Bu itibarla şüpheliye en geç iddianamenin kabulüyle birlikte dosyadaki belgeleri inceleme yetkisi tanınmalıdır (Karakehya 2008: 97).

CMK, kamu davasına konu dosyayı inceleme yetkisini sadece müdafii bakımından düzenlemiştir. Dikkat edilirse anılan maddede müdafinin soruşturma aşamasında dosyayı inceleme yetkisini düzenlemiştir. Kovuşturma aşaması ile ilgili maddelerde benzer mahiyette kanuni düzenleme yoktur. Ancak kovuşturma evresi bakımından da yargılamanın odağında bulunan sanık açısından kabul edilmesi gereklidir. Her ne kadar soruşturmanın gizliliğine ilişkin bir kural olsa da, özellikle kovuşturma evresinde temel ilke aleniyettir ve ilgililerin kovuşturma sırasında dava dosyasını incelemesi hiçbir şekilde sınırlandırılmamalıdır (Karakehya 2008: 98).

Savunmayı hazırlamak için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkı kapsamı içinde, müdafiden faydalanma hakkıyla yakından ilintili olan, müdafii ile görüşme hakkı da bulunmaktadır. Özellikle tutuklu bulunan sanık, savunmasını hazırlamak için bir müdafinin yardımına ihtiyaç duyması durumunda, sanık ve müdafinin kimsenin duyamayacağı uygun bir ortamda rahatlıkla görüşme hakkına sahip olmalı ve müdafii ile birlikte savunmasını hazırlayabilme fırsatının kendisine verilmelidir. Zira sanığın savunmasını hazırlayabilmesi için gerekli tüm kolaylıkların sağlanması, adil bir yargılamanın parçasıdır (Karakehya 2008: 100).

Bu son durumla ilgili olarak AİHM, sanığa yeterli kolaylıklar sağlanması kavramını *Can v. Avusturya* kararında: "Söz konusu hak, sanığa savunmasının uygun bir biçimde organize etme ve savunmasının dayanaklarını hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın mahkeme önünde ortaya koyma fırsatı vermelidir" şeklinde açıklamıştır (TÜSİAD 2003: 159).

Diğer yandan AİHM, *Öcalan v. Türkiye* kararında:

"Başvurucu savunmasını hazırlaması için gerekli olan dava/mahkeme dosyasını görmeleri için avukatlarına verilmesi gereken hakkın sağlanmamasından ve bu nedenlerle adil bir biçimde yargılanmadığını ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme başvuruçunun ifadesi alınırken bir avukatla görüştürülmemiş olduğunu, başvuruçuyla üçüncü bir tarafın dâhil olmayacağı bir biçimde görüştürmenin mümkün olmamış olduğunu ve yargı sürecinin çok sonraki aşamalarına kadar dava dosyasına ulaşılmasının mümkün olmadığını göz önünde bulundurmıştır. Ayrıca başvuruçunun avukatları ile görüşme süresi ve sayısına sınırlama getirilmiş ve avukatlarının günün geç saatlerine kadar dosyaları görmesine izin verilmemiştir.

Bu zorluklar sanığın madde 6'da yer verilen adil yargılanma hakkının kısıtlanmış olduğunu göstermektedir. Bu nedenle 6/3 (b) ve (c) madde ile birlikte ele alındığında 6/1'in ihlal edilmiş olduğuna karar verilmiştir" (Öcalan v. Türkiye 12.03.2003 tarih, başvuru no: 46221/99).

3.3. Bizzat ya da Müdafinin Aracılığı ile Kendini Savunma Hakkı ve Kovuşturma

Sanığın ceza muhakemesi süjesi olarak en önemli hakkı, müdafaa hakkıdır. Hatta sanığın bütün hakları, bir tek müdafaa hakkı içinde toplanmıştır. Mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması, muhakemelerin aleni yapılması gibi hususlar hep sanığın savunma hakkı ile ilgilidir. Savunma hakkı, gerek AİHS ile gerekse Anayasa ile koruma altına alınmıştır. Savunma hakkı, temel haklardan olup aynı zamanda kutsaldır (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2009: 381).

Ceza muhakemesinde sanığın kendini savunması, en genel manasıyla iddia makamının sanığın suçlu olduğuna dair iddiasına karşı, suçsuz olduğunu, bir başka ifadeyle sanık açısından devletin cezalandırma hakkının bulunmadığını ortaya koymak amacıyla, bizzat sanık veya müdafî tarafından gerçekleştirilen muhakeme faaliyetlerinin bütünüdür. Savunma, yetkili makamca ortaya atılan tezin antitezini oluşturur (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 34).

AİHS'nin 6/3 madde ve fıkrasının (c) bendinde; suç isnadı altında bulunan kimse, kendi kendini savunmak veya kendisinin seçeceği bir avukatın yardımından faydalanmak, eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksun olup adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir müdafîin yardımından para ödmeden yararlanmak hakkına sahiptir. Savunma hakkının kutsallığı gereği, savunma şekilleri veya savunmaya dair haklar bu bent kapsamında teminat altına alınmıştır. Sanığın kendi kendini veya bir

müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle savunma hakkı, bütün muhakeme sürecinde geçerli olan bir haktır (Karakehya 2008: 100).

Savunmanın sanık adı verilen süje açısından önemi ile ilgili olarak üzerinde durmağa bile lüzum yoktur. Sanık, adından da anlaşılacağı üzere, suçlu olduğu henüz bilinmeyen, fakat suçlu olduğu sanılan, kuvvetle kendisinden şüphelenilen kimsedir. Bu var olan şüphenin yenilmesi ve mahkeme tarafından bir karara varılması için savunma şarttır. Bunun için savunma yapma yöntemlerini veya imkânlarını kolaylaştırmak gerekir. Hatta sanık hakikaten suçlu da olsa, hak ettiği kadar yahut kanunda gösterilenden fazla cezalandırılmaması da gerekmektedir. Savunma hakkı bunun için de gereklidir. Diğer yandan adalet, devletin temeli olduğuna göre, savunma devletin temelini koruyor demektir (Kunter, Yenisey-Nuhoğlu 2009: 391).

Bu temel değerlendirmeden sonra sanığın aleyhindeki isnat ile ilgili olarak kendi kendini savunabilmesi için, öncelikle mahkeme önünde bizzat hazır bulunması gerekmektedir. Duruşmada hazır bulunma hakkı AİHS'de sarîh olarak yer almasa da, Sözleşme'nin 6/3 madde ve fıkrasının (c) bendi ile hakkaniyete uygun yargılanma ilkesinin bir gereğidir (TÜSİAD 2003: 160).

Bu itibarla kovuşturma evresinde mahkeme tarafından tayin edilen gün ve saatte hazır bulunan sanığın, öncelikle açık kimliği saptanarak sosyal ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır. Devamında sanık hakkında isnadı içeren iddianame veya iddianame yerine geçen belgeler bir kez de sanığın yüzüne karşı okunduktan sonra susma hakkı ve CMK'nun 147. maddesinde yer alan hakları ayrı ayrı kendisine bildirilir. Tüm bu işlemler yerine getirilmesine müteakiben sanık savunmasına esas olacak şekilde açıklama yapmaya hazır olduğunu bildirdiğinde, sanığın savunması mahkeme tarafından alınır. Bu usule uyulmamış olması savunma hakkının sınırlandırılması anlamına geldiği gibi, aynı zamanda kanununa da aykırıdır. Zira Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından 13.04.2009 tarih ve 2009/2061 esas, 2009/6852 karar sayılı ilamında: “İddianamenin kabulü kararının okunmaması suretiyle CMK'nun 191/1 madde ve fıkrasına aykırı davranılması, nedeniyle yerel mahkemenin kararının bozulmasına oybirliği ile karar vermiştir”.

Kendi kendini savunma hakkının gereği olarak sanık, duruşma esnasında yapılan tüm işlemlerde hazır bulunma hakkına sahip olmalı, savunmasını layıkıyla yapabilmesi için gerekli yasal ortamı hazırlaması ve aleyhindeki iddialarla ilgili olarak beyanda

bulunabilme imkânına sahip olmalıdır. Bu itibarla sanığın kendi kendini savunma hakkının, silahların eşitliği ve çelişmeli muhakemeye ilişkin haklarla bağlantılı olduğunu söylemek doğru olacaktır.

Sanığın savunmasını gereği gibi yapabilmesi için, sanık hakkında düzenlenen iddianame ayrıntılı olmalı, üzerine atılı olan suçun maddi unsurlarını oluşturan fiillerin nelerden ibaret olduğu iddianamede hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde açıklanmalıdır. Duruşmada sanığın sorgusundan önce yüzüne karşı iddianame okunduğunda üzerine atılı olan suçun ne olduğunu anlayabilmeli, buna göre savunmasını yapabilmeli ve aleyhinde yapılan ithamla ilgili delillerini mahkemeye sunabilmelidir. Sanığa isnat edilen suçun açık ve net olarak anlaşılabilir olmalı ki, sanığın savunma hakkı kısıtlanmış olmasın (Ünver, Hakeri 2010: 141).

Sanık hakkında açılan kamu davası kapsamında sanığın savunması alındıktan sonra görevsizlik kararı verilmiş olsa dahi, görevli mahkeme tarafından yeniden duruşma günü kendisine ve varsa müdafisine tebliğ edilmelidir. Duruşma günü bildirilmeden karar verilmesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir (Bakıcı 2000: 1091).

Sanık ile ilgili yargılama neticesinde dosya kapsamında yapılabilecek başka bir husus kalmaması halinde mahkeme, hüküm kurmadan önce sanığa savunma hakkı kapsamında son sözün mutlaka verilmesi gerekir. Yargıtay tarafından kamu davasına konu dosyanın bozulmasına müteakiben mahkemece yapılan duruşmadan sonra hüküm kurulmadan önce de, son sözün sanığa tanınmış olması savunma hakkının doğal neticesidir. Yargıtay, son sözün sanığa tanınmış olmasını, savunma hakkı kapsamında değerlendirmek suretiyle kanuna aykırı olarak verilen kararları hassasiyetle incelediği görülmektedir.

Diğer yandan AİHM, *Colozza v. İtalya* kararında belirtildiği üzere; duruşmada hazır bulunmak için kendisine düşeni yerine getirmeyen sanığın, bu hakkından zımnen vazgeçtiği kanaati ile yokluğunda yargılamaya devam edilebilir. Ancak anılan hakkın savunma ve dolayısıyla adil yargılamadaki önemine binaen bu vazgeçmenin şüpheye mahal vermeyecek derecede açık olması ve aynı zamanda kamu yararına aykırı bulunmaması gerekir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 303).

Bir suçla itham edilen sanığın ceza yargılaması esnasında en önemli hakkı, şüphesiz savunma hakkıdır. Sanık savunma hakkını bizzat kendi de kullanabileceği gibi müdafii

vasıtasıyla yapması da mümkündür. Savunma hakkı, mahiyeti itibariyle hiç bir şekilde veya herhangi bir nedenle de olsa kısıtlanamaz. Özellikle ceza hukukunun anlam ve mahiyetini bilen iddia makamı karşısında sanığın savunmada yalnız kalması durumunda, muhakemede çoğu kez istenilen dengenin ve söz konusu silahların eşitliğinin sağlanmasını mümkün kılmayacağından, sanığın bir müdafinin yardımından faydalanması muhakemenin adil bir şekilde gerçekleşebilmesi bakımından son derece önem ifade etmektedir (Karakehya 2008: 102).

Başka bir ifadeyle müdafiden yararlanma hakkı, iddia ve savunma makamlarının eşitliği açısından, adil bir yargılamanın varlığı için zorunludur. Sanığın hukuk kurallarına yabancı olmasının yanında, sanığın hukuku bilen iddia ve karar makamları karşısında konum itibariyle eşit olmayan bir durumla karşı karşıya kalması halinde hukuken zarar görmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, savunma esnasında bir müdafiden yararlanma hakkına duyulacak ihtiyacı herhalde tartışmak gereksizdir (Kaşıkara 2009: 209).

Müdafiden yararlanma hakkı ile ilgili olarak avukat, ya sanık tarafından vekâletname vermek suretiyle serbestçe seçilecek ya da sanığın ekonomik durumunun müsait olmaması ve adaletin gereği koşulu ile mahkemece re'sen görevlendirilecektir. Mahkemece tayin olunan avukat konusunda sanık, bir seçim ve tercih hakkı bulunmamaktadır. Savunma, teorik ve hayali değil, fakat gerçek ve etkili olmak zorunda bulunduğundan, görevin avukat tarafından gerektiği gibi yerine getirilmediği hallerde mahkemenin, duruma müdahale etmesi ya da yeni bir avukat tayin etmesi gerekir. (Kaşıkara 2009: 209).

Sanığın vekâletname vermek suretiyle birden fazla müdafisi varsa, bütün müdafiler duruşmaya çağrı kâğıdı yoluyla çağrılmak suretiyle duruşmalara katılmaları temin edilmelidir. Aksi halde sanığın müdafisine duruşma gününün bildirilmemesi durumunda savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir (Bakıcı 2000: 1091). Müdafii ile temsil hakkı elbette ki sınırsız değildir. Önemli olan husus, yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında başvurusunun müdafii yardımından etkili bir biçimde yararlanmış olmasıdır (TÜSİAD 2003: 161).

Taraf devletlerin kendi iç mevzuatlarına göre sanığın, devlet tarafından atanacak ve ücreti devletçe karşılanacak müdafii seçme hakkının bulunmaması, adil yargılanma hakkı bakımından bir sorun teşkil etmemektedir. Dolayısıyla sanığa müdafii atanmış olması, hakkın icrası bakımından yeterlidir. Ancak taraf devletler, sanığa atanmış müdafii seçme

imkânı da tanımları mümkündür. CMK'da atanmış müdafî bakımından sanığa herhangi bir tercih hakkı verilmemiştir. Buna karşın, yargılama yetkisine tabi olan bireyleri, 6. maddedeki asgari haklarla sınırlandırmak istemeyen taraf devletler, müdafii seçme hakkını sanıklara tanımaktadır. Buna ilişkin olarak Almanya'da, atanmış müdafilik yapacak avukatların listesi hâkimde bulunmakta ve atanmış müdafileri hâkim tayin etmektedir. StPO'daki açık düzenlemeye göre, hâkim bu şekilde müdafî tayin ederken sanığa elindeki listeyi göstermekte ve ona listeden istediği herhangi bir avukatı müdafî olarak belirleme hakkı tanımaktadır. Ancak bu hak mutlak bir hak değildir. StPO'daki ifadeye göre hâkim, geçerli bir sebep olmadıkça sanığın seçtiği avukatı atamalıdır; ancak geçerli ve makul bir nedenin olduğu hallerde, sanığın seçtiği avukatı müdafî olarak atamama yetkisini de haizdir (Karakehya 2008: 104).

AIHS'nin 6/3 madde ve fıkrasının (c) bendindeki düzenleme kapsamında önemli olan husus muhakeme faaliyetlerinin bütünü içinde sanığın lehine fiilen bir avukatın yardımından yararlanılması öngörülmüştür. Bu itibarla Komisyon, müdafii yardımından yararlanma hakkının kanun yolları da dâhil yargılamanın bütün aşamalarını içerdiği kanaatinde. Komisyon *Pekelli v. Almanya* kararında, bu görüşünü açıkça ortaya koymuştur. Türk vatandaşı olan Lütfü Pekelli ilk derece mahkemesince hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Adı geçen, Federal Mahkemeye başvurmuş ve avukatı da temyiz dilekçesini hazırlamıştır. Avukatın, sanığın resmi savunucusu olarak atanma talebi Federal Mahkemece reddedilmek suretiyle temyiz incelemesi sanığın ve avukatının yokluğunda yapılarak sanık hakkında verilen hapis cezası onaylanmıştır. Komisyon ise, avukattan yararlanma hakkının kanun yollarına başvurulması halinde de güvence altına alındığından bahisle, şikâyetçinin bu haktan yoksun bırakılmasının, Sözleşme'nin 6/3 madde ve fıkrasının (c) bendi ile bağdaşmadığını kararlaştırmıştır (Canatan 2004: 16).

CMK'nun 147. maddesinde sanığa ait birtakım haklardan bahsedildiği, bunlar arasında 147/1 madde ve fıkrasının (c) bendinde, kendisinin bir müdafii seçme hakkının bulunduğu, onun hukuki yardımından yararlanabileceği bildirildikten sonra şayet, müdafii seçecek mali durumunun olmadığı ve bir müdafii yardımından faydalanmak istediği takdirde, mahkemenin talebi üzerine baro tarafından bir müdafii görevlendirilir. Yukarıda da izah edildiği üzere CMK'da sanığın kendi müdafiiini seçme durumu yoktur.

Yargıtay 20.10.1975 tarih ve 7/9 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (İBK) kapsamında: "Sanık, bir müdafii tayin ve duruşmada müdafii olduğunu söylemiş ise,

vekâletname aranmayacaktır. Müdafilik için sanık ile birlikte duruşmaya katılmak yeterlidir. Bu ilişkiyi gözden geçiren ve tutanağa geçiren bizzat hâkim olup, vekâletnameye gerek yoktur. Bu şekilde görev yapan müdafinin sanığın itiraz etmediği müddetçe temyiz hakkı da vardır" (Bakıcı 2000: 1155).

Bu doğrultuda CMK'daki düzenlemelere bakıldığında, vekâletnamenin arandığına dair pek fazla bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla istisnai olarak CMK'nun 196/1 madde ve fıkrasında sanığın duruşmalardan bağışık tutulma talebinde bulunabilmesi için müdafii ancak vekâletname ile yetkili kılınmış olmalıdır. Diğer yandan CMK'nun 266/2 madde ve fıkrasında, kanun yoluna yapılan başvurudan müdafinin vazgeçilmesi için vekâletnamede açıkça bu hususta özel yetkili kılınmış olması koşuluna bağlıdır. AİHM'ne bireysel başvuru yapılırken ya bizzat başvuru yapılmalı ya da özel yetkili bir müdafii vasıtasıyla başvuru yapılması kabul edilmiştir (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2009: 413).

Sanığın duruşma esnasında müdafii ile yakın oturması gerektiği ile ilgili olarak AİHM, *V v. Birleşik Krallık* kararında:

“Burada, her ne kadar başvurucuların avukatları, Hükümetin ifadesiyle, “fısıltı mesafesinde” oturtulmuş olsalar da, başvurucunun gergin mahkeme salonu ve kamunun sürekli ilgisi nedeniyle duruşma sırasında korkmadan avukatlarına danışabilmesi ve hatta olgunluk düzeyinin düşüklüğü ve ruhi durumundaki bozukluk düşünüldüğünde, mahkeme salonunun dışında bile avukatlarıyla işbirliği yaparak avukatlarına savunması için gereken bilgiyi verebilmiş olması hiç de olası görülmemektedir“ demiştir (*V v. Birleşik Krallık* karşı, 16 Aralık 1999, Para. 90).

AİHM'nin verdiği bu kararla bağlantılı olarak öğretide, ceza mahkemelerinin duruşma salonlarında, sanığın oturacağı yer veya savunmasını yapacağı bölümün kürsünün karşısında, müdafinin oturacağı yer ise, hâkimin solunda olacak şekilde düşünülmüştür. Katılan ve vekili ise, hâkimin sağında birlikte yan yana oturmaktadır. Bu düzenlemenin hiçbir kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Müdafii ve sanığın ayrı yerlerde oturtulması hiçbir kanuni düzenlemeye dayanmadığı gibi savunma hakkını güvence altına alan Anayasa, AİHS, CMK ve diğer ilgili milli ve milletlerarası mevzuatın ana fikrine de aykırıdır. Ayrıca katılan ve vekilinin yan yana oturtulduğu düşünüldüğünde, müdafii ve

sanığı birbirinden ayıran planlamanın Anayasa'nın 36. maddesinde ve AİHS'nin 6. maddesinde güvencesini bulan adil yargılanma hakkının içinde yer alan temel ilkelerden biri olan silahların eşitliği ilkesini de ihlal ettiği görülecektir ("Savunma Hakkına İlişkin İki Soru: Savunma Hakkı Kutsal Mıdır? Duruşma Salonunda Müdafî Ve Sanık Yan Yanı Oturabilir Mi?" başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'ne aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır.

AİHS'nin 6/3 madde ve fıkrasının (c) bendine göre, sanığın eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek hakkına sahip olduğu ifade edilmek suretiyle, zorunlu müdafilik sistemine vurgu yapılmıştır. Buna göre taraf devletler, adaletin selameti açısından gerekli olan durumlarda, sanık maddi imkandan mahrumsa muhakkak sanığa ücretsiz bir müdafî atama zorunda bırakılmıştır (Karakehya 2008: 107).

Sanığın zorunlu müdafiden faydalandığı durumda da, kendi seçeceği veya vekâletname vermek suretiyle bir müdafîin yardımından faydalanması mümkündür. Bu durumda seçilmiş zorunlu müdafilik gündeme gelir ve müdafilik ücretini sanığın kendisi öder. Sanığın bir müdafîin hukuki yardımından faydalanmasının zorunlu olduğu durumlarda, sanığın müdafîini kendi iradesiyle ücretini ödeyerek seçmiş olması, seçilen müdafîin statüsünü isteğe bağlı müdafîe dönüştürmez. Bir başka deyişle sanığın seçmiş olduğu ve ücretini kendisinin ödediği müdafî de zorunlu müdafî olmaya devam edecektir (Karakehya 2008: 109).

Bu itibarla zorunlu müdafiliğe bu açıklamalardan sonra bir tanım vermek gerekirse şöyle denilebilir:

“Zorunlu müdafilik, iradesinin bir önemi olmaksızın, adaletin selameti açısından zorunlu olan hallerde, sanığın bir müdafî yardımından faydalandırılmasını ifade etmektedir. Somut olay bakımından sanığa bir müdafî tayin edilmesinin adaletin selameti açısından gerekli olup olmadığının tespiti ulusal mahkemelerce yapılacaktır. Ancak AİHM her halükarda bu tür durumlarda ilgili devlet bakımından hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığını denetleyebilecektir (Karakehya 2008: 108).

CMK'da zorunlu müdafilik hallerinin genel çerçevesi CMK'nun 150. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre; şüpheli veya sanık on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafii de bulunmazsa istemi aranmaksızın bir müdafii görevlendirilir. Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada da şüpheli veya sanığın müdafii bulunmazsa istemi aranmaksızın kendisine bir müdafii tayin edilir. Ayrıca CMK'nun değişik maddelerindeki düzenlemelere göre de müdafii tayini gereken durumlar vardır. Bunlar; sanık veya şüpheli hakkında tutuklama talep edilmesi; sanık veya şüphelinin kusur yeteneğinin araştırılması için gözlem altına alınmasına karar verilecek olması; kaçak sanık hakkında duruşma yapılması; duruşma disiplini bozan sanığın yokluğunda oturumlara devam edilmesi hallerinde de, şüpheli veya sanığın müdafii yoksa kendisine muhakkak bir müdafii atanması gerekir. Anılan maddeler kapsamında duruşmada, hükme katılacak hâkimler ve Cumhuriyet savcısı ile zabıt kâtabinin ve kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hallerde müdafii hazır bulunması şarttır.

Bu bağlamda zorunlu müdafii CMK'nun 150/2-3 madde ve fıkraları kapsamında atanması halinde veya sanığın mali durumu iyi olması halinde atadığı müdafii görevini gereği gibi yapmaması durumunda TCK'nun 257. madde ve fıkrası kapsamında görevi ihmal suçunu oluşturduğu muhakkaktır. Bu hususla ilintili olacak şekilde Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından 07.12.2004 tarih ve 2003/12388 esas, 2004/11948 karar sayılı ilamında:

“1412 sayılı CMUK' nun 138. maddesi uyarınca zorunlu müdafii olarak atanan sanığın, gerekli özeni gösterip işi sonuna kadar takip etme zorunluluğuna ilişkin Avukatlık Yasası'nın 34 ve 171. maddelerine aykırı biçiminde, yargılama sonunda verilen hükümlülük kararını temyiz etmeme eyleminin TCK'nun 230/1 madde ve fıkrasına uyduğunun gözetilmemesi hatalıdır” şeklinde karar vermiştir.

Sanık müdafiiyi azletme yetkisine sahiptir. Bu kural ihtiyari atanmış müdafiliğin söz konusu olduğu durumlarda geçerlidir. Ancak zorunlu müdafiliğin söz konusu olduğu hallerde, sanık kendisine atanan zorunlu müdafii azletme yetkisine sahip değildir. Eğer atanan zorunlu müdafii, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, sanık kendisine atanan müdafii görevini gereği gibi yapmadığını ileri sürebilir. Bu durumda mahkeme başkanı veya hâkim bunu dikkate almalı ve gerekli işlemi yapacaktır (Karakehya 2008: 112).

CMK'nun 324. maddesi kapsamında mahkeme tarafından istem üzerine veya doğrudan görevlendirilen bir avukata yapılan ödeme yargılama gideri olarak sayıldığı, şayet sanığın mahkûmiyeti durumunda bu yargılama giderini ödemek zorunda bırakılması, sanığın mali durumu hususunda herhangi bir araştırılma yapılmaksızın adli yardım kapsamında görevlendirilen bir avukata yapılan ücret ödemesinin mali durum nazara alınmadan sorumlu tutulması AİHS bağlamında bir takım sorunların ortaya çıkmasına neden olacaktır (Türkiye Barolar Birliği 2008: 188).

Diğer bir konu müdafiyeye tanınması gereken yetkilerden ilki, görevini özgürce yapma yetkisidir. Bu itibarla müdafinin sanık lehine yeterli ve etkili bir savunma yapabilmesi için, her türlü baskıdan uzak olması gerekir. Bu bağlamda müdafii yargılama boyunca yasamaya, yürütmeye, yargı organlarına, baroya ve genel olarak sanığa karşı bağımsız olarak görevini ifa eder (Karakehya 2008: 113).

Müdafiyeye tanınması gereken bir diğer yetki ise, sanık ile yapacağı görüşme veya yazışmalarda rahatsız edilmeme yetkisidir. Müdafinin sanıkla serbestçe görüşmesi, yazışabilmesi bilhassa tutuklu sanıklar açısından önemi büyüktür. Nitekim sanık ile yeterli görüşme imkânına sahip bulamayan müdafii, sanığın savunması bakımından önemli konuları yeterince sanıkla müzakere edemeyecek, tartışamayacak ve ortak bir savunma stratejisi belirleyemeyeceklerdir. Bu nedenle duruşma evresinde de müdafii, sanıkla kural olarak gizli görüşme ve yazışma hakkına sahiptir. Sanığın müdafii ile görüşme hakkının kapsamı AİHS'de, sarih bir biçimde düzenlenmeyerek taraf devletlerin uygulamasına bırakılmıştır. Ancak savunma hakkının pratik etkinliği bir ölçüdür ve sözleşme organları, taraf devletlerin buna ilişkin takdir hakkının nasıl kullanıldığı hususu her zaman göz önünde bulundurma yetkisine sahiptir. Mahkeme *Öcalan v. Türkiye* davasında konuyu ele almış ve sanığın kendisine isnat edilen yüzlerce suç nedeniyle kapsamlı ve zor bir dava olan yargılamada, müdafii ile birlikte sadece iki kez ve birer saat görüştürülmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir (Karakehya 2008: 113).

Ayrıca kovuşturma evresinde yapılan tüm işlemler müdafiyeye de bildirilmelidir. Bu yetki onun hukuki statüsünün bir sonucu ve aynı zamanda silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir. Bu bağlamda sanığa bildirme, müdafiyeye bildirme yerine geçmez. Sanığa ve müdafiyeye ayrı ayrı bildirim yapıldığında, bu bildirimle birlikte bir sürenin başlaması söz konusu ise süre, sanık ve müdafiden hangisine daha sonra bildirim yapılmışsa, bu sonraki bildirimle birlikte başlamalıdır (Karakehya 2008: 113).

Bunlardan başka müdafii kamu davasına konu dosyayı inceleme ve koruma altına alınmış delilleri görme yetkisinin de bulunması gereklidir. Dosyayı incelemek için müdafii vekâletnamesinin bulunması veya göstermesi gerekmez. Ancak vekâletname göstermeyen müdafii dosyadan fotokopi alması imkân dâhilinde değildir. Müdafii, dosyası stajyeri aracılığıyla da inceleyebilir ve buradaki belgelerin fotokopisini müdafii vekâletnamesini göstermek suretiyle alabilir (Karakehya 2008: 114).

Müdafii görevi kapsamında savunma yapabilmek için haliyle duruşmada hazır bulunma ve yapılan duruşmalarda tanığa veya mağdura yahut katılana soru sorma yetkisine de sahip olmalıdır. Müdafii, sanık duruşmaya gelme de tüm oturumlarda hazır bulunma yetkisine sahiptir. Bu nedenle CMK'da, müdafii de duruşmaya davet edilecek kişiler arasında sayılmıştır. Kural olarak müdafii duruşmaya gelmemesi, duruşmanın yapılmasına engel olmaz. Ancak zorunlu müdafii olarak atanma hallerinde, müdafii hazır bulunması kanuni bir zorunluluktur. Ayrıca müdafii; sanık, katılan, tanık, bilirkişi ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere, duruşmanın disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltme yetkisine sahiptir. Anılan madde kapsamında sanığa tanınmayan bu yetkiyi müdafiiye tanınmıştır. Bunun yanında sanık, ancak mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile söz konusu kimselere soru sorabilecektir (Karakehya 2008: 114).

3.4. Tercümandan Ücretsiz Yararlanma Hakkı ve Kovuşturma

YCGK tarafından 12.03.1996 tarih ve 1996/6-2 esas, 1996/33 karar sayılı ilamıyla tercümandan yararlanma ve bunun masraflarının kimin tarafından ödenmesi gerektiğine ilişkin olarak Türk vatandaşı olan ve Türkçe bilmeyen bir sanığın yargılamasında oldukça yerinde verdiği kararda şöyle demiştir:

“İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi”nin 6/3 madde ve fıkrasının (e) bendi, genel kuralı düzenleyen cezası yasası ve ceza muhakemeleri usulü yasasının yanında istisna hükmüdür. Adil yargılamayı gerçekleştirmek, sanığın, duruşmada kullanılan dili bilmemesi nedeniyle kendini etkili şekilde savunmaktan yoksun kalmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir, kutsal haklardan olan savunma hakkını kolaylaştırmak ve güçlendirmek amacı güdülmüş, sanığın duruşmada olup biteni anlaması ve kendini savunması sağlanmıştır. Yargılama dilini anlamama yanında, sağır-dilsiz gibi fiziki bir arızanın neden olduğu olanaksızlık halinde de sanığa

ücretsiz çevirmen sağlanacak ve kendisini savunma olanağı tanınacaktır. Bu itibarla; yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da sağır-dilsiz olan sanığa, yalnız son soruşturmada değil yargılamanın tüm aşamalarında, kesin hükme kadar sağlanan çevirmen için ödenecek ücretin; mahkûmiyet halinde dahi diğer yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenmesi mümkün olmadığından, itirazın reddine karar verilmelidir” (Ünver, Hakeri 2010: 61).

YCGK'nun anılan kararı aslında tercüman atanması ile ilgili tüm detayları içerdiğini söylemek mümkündür. Öncelikle bu vurguyu yaptıktan sonra tayin edilen tercümanın ehil olması gerekmektedir. Bu hakkın somut ve etkin bir biçimde kullanılması gerekmektedir (TÜSİAD 2003: 164). Diğer yandan mahkemece tercüman olarak atanan ehil kişiye, tercüme görevi yaptırılmadan önce kimliği tespit ettirilmeli, nihayetinde yemini yaptırılması gerekir (Erol 2006: 637). Sanık tercüman aracılığıyla sorguya çekilecektir. Yargılama aşamasında yapılan diğer işlemlerde de tercüman kendini gösterebilecektir. Türkçe bilmeyen tanıklar, metnin tekrarı suretiyle yemin verdirebileceği üzere, tercümanın hazırlayabileceği metni de sanık tekrar etmelidir. Tercümanın da tercümeyi doğru yapacağı hususunda yemin etmesi gerekir. Fakat buna ilişkin olarak CMK'da bir hüküm bulunmamaktadır (Kunter, Yenisey-Nuhoğlu 2009: 506).

Atanacak tercümanın duruşma boyunca sanığın yanında bulunmalı ve savunma bakımından önem arz eden duruşmaya ait tüm hususlarla ilgili sanığa bilgi vermesi gerekir. Bilhassa sanığın sorgusu yapılırken yapmış olduğu savunmasının içeriği ve iddia tanıklarının dinlenmesi esnasında, alınan beyanların gerektiği şekilde tercüme edilmesi savunma bakımından önemi büyüktür (Karakehya 2008: 119).

Diğer bir husus CMK'nun 202. maddesinin lafzında belirtilen yardımlardan yararlanacak kimselerin vatandaşlığı vs. açılarından bir vurgu veya hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen sanığın yararlanabilmesi için Türk vatandaşı olup olmasının bir önemi bulunmamaktadır (Ünver, Hakeri 2010: 61). Ancak CMK'nun 202. maddesi açısından atanacak tercümanın sadece duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaları anlayabilecekleri biçimde anlatılması şeklindeki çevirme ile yetinilmesi sakıncalıdır. Özellikle kamu davasına konu dosya kapsamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkesine uygun bir duruşma yapılabilmesi için, savunma hakkının kısıtlanmaması adına iddia ve savunmanın tamamının tercüman tarafından çevrilmesi gerekmektedir. Zira

kamu davaları açısından bazen en küçük ayrıntı, maddi olayın ispatı adına yargılamanın seyrini değiştirebildiğini söylemek mümkündür. Kaldı ki, kamu davasının diğer tarafları ile kıyaslandığında, hak arama ve savunma yapmak açısından eşitsizliğe de yok açacak bu durum, kanun vasıtasıyla hukuka aykırı biçimde maddi gerçeğin engellenmesine veya birçok ceza muhakemesi ilkesinin işlevini yitirecek bir uygulamaya neden olacaktır. Bu doğrultuda kovuşturma evresinde tanıklar hakkında da tercüman ile ilgili kurumun uygulanacağını madde metninde düzenlenmeyişi hatalı olmuştur (Ünver, Hakeri 2010: 62).

Mahkeme dilini anlayan ve konuşabilen sanığa kanun, savunmasını arzuladığı başka bir dille yapması için tercüman sağlamaz. Amaç altıncı maddenin bütününe egemen adil yargılamayı gerçekleştirmek, sanığın dil yetersizliği nedeniyle kendini etkili şekilde savunmaktan aciz kalmasını önlemektir. Yargılama dilini anlamama yanında örneğin, sağır dilsiz gibi fiziki bir sorunun neden olduğu imkânsızlık halinde de sanığa aynı olanak sağlanacaktır. Güvence cezai suç ile itham olunan sanığa aittir (*Mah. K. Öztürk v. Almanya*, 21.02.1984, A73, p.47).

AİHS'nin 6/3 madde ve fıkrasının (e) bendiyle uyumlu olacak şekilde CMK'nun 324/5 madde ve fıkrası kapsamında: "Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderleri, yargılama gideri sayılmaz ve bu giderler Devlet Hazinesince karşılanır" hükmü karşısında tercüman giderleri yargılama giderlerinden sayılmayacaktır.

3.5. Tanık Dinletme ve Sorgulatma Hakkı ve Kovuşturma

AİHM'e göre kamu davasına konu dosyaya sunulan delillerin gerekliliği konusunda karar yetkisi, taraf devletin öncelikle bir iç hukuk sorunudur. Dolayısıyla kamu davasına konu dosya kapsamında toplanan delillerin ispat gücünü değerlendirme, ulusal mahkemelerin yetkisindedir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 306). AİHM, iddia ve savunma makamının tanıkları arasında bir sayısal eşitlikten ziyade, bir nitelik eşitliğini aramaktadır. Başka bir ifadeyle muhakemenin bütünlüğü göz önünde tutulduğunda yargılamanın, iddia ve savunmanın veya tezin-antitezin ileri sürülüp tartışılması bağlamında adil olup olmadığı, dolayısıyla iddia ve savunma dengesinin korunup korunmadığı araştırır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 307).

Tanık beyanı, yargılamanın tarafı olmayan, fakat kamu davasına konu maddi olayın tanığı olmuş bir kişinin, maddi olay ile ilgili olarak beş duyusu ile edindiği bilgileri sübut konusunda karar verecek olan mahkeme veya onun yerine duruşma yaparak tanık dinlemeye yetkili kılınmış mahkeme veya hâkim huzurunda tanıklık yaparken yaptığı sözlü beyandır. Buradan da hareketle "olayın tanığı olmak" veya "tanık olmak" başka bir şey, "tanıklık etmek" ayrı bir şeydir (Kunter, Yenisey-Nuhoğlu 2009: 655).

AİHM, içtihatlarında tanıklık kavramını da taraf devletlerin iç hukuklarından bağımsız, özerk bir kavram olarak değerlendirmektedir. Tanık ile ilgili olarak AİHM, sanığın üzerine atılı olan fiil hakkında bilgi sahibi olup bildiğini aktaran herhangi bir kişi olarak anlamaktadır. Bu bağlamda, 6/3 madde ve fıkrasının (d) bendini, anılan maddenin 1. fıkrasındaki genel ilkeyle birlikte ele alan mahkemenin, tanık kavramını geniş yorumlayarak bilirkişileri de kapsar şekilde değerlendirdiği görülmektedir (Karakehya 2008: 121).

Soruşturma evresinde, erken dinleme dışında Cumhuriyet savcısına hatta sorgu hâkimlerine verilen ifadeler, tanık beyanı delilini oluşturmaz. Zira bu makamlar, ya hâkim değildir ya da kovuşturma yapacak mahkeme adına hareket etmeye yetkili değildir. Bu itibarla mahkemenin "tanık beyanı" deliline, vereceği hükümde yararlanabilmesi için soruşturma aşamasında yeminli beyan veren kişinin mahkemeye gelerek beyanda bulunması gerekir. Söz konusu kişinin ölümü gibi nedenlerle mahkemeye gelememesi halinde, soruşturma aşamasında alınan ifadesi okunarak yetinilmesi durumunda, artık bunu tanık beyanı olarak kabul etmek mümkün değildir, sadece 'belge' delili olarak kabul etmek gerekir (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2009: 656).

Sanığın duruşmada tanıklara soru sorması ve bu şekilde tanıklarla yüz yüze gelmesi savunma bakımından son derece önemlidir. Nitekim sanık, tanık beyanlarının çelişkilerini veya zayıf noktalarını ortaya koymak suretiyle güvenilirliklerini sorgulama ve iddia makamınca olayın ortaya konulduğu gibi algılanmasının önüne geçebilme imkânı olacaktır. AİHM, savunmaya tanınan bu hakkın amacı, iddia tanığının inandırıcılığını sarsmak ve onun güvenilirliğinin denemek olarak tanımlamaktadır. Mahkûmiyet kararının tamamen veya önemli ölçüde bir tanık beyanına dayanması, sanığın ne soruşturma ne de kovuşturma sırasında sanığa soru sorma imkânının tanınmamış olması, genel itibarıyla adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmaktadır (Karakehya 2008: 121).

CMK'nun 201/1 madde ve fıkrasında sanığın tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kimselere soru sorması teminat altına alınmıştır. Anılan maddeye göre:

“Cumhuriyet savcısı, müdafii veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir”.

Sanık, hakkında açılan kamu davasında bir müdafii yardımından yararlandığı takdirde, sanık lehine müdafii kanunda sayılan kişilere doğrudan soru sorabilir. Sanık müdafiiine tanınan bu yasal hak, sanığa tanınmamıştır. Sanık ancak mahkeme veya hâkim aracılığı ile soru sorma imkânı getirmiştir.

Sanığın soru sorma hakkının kapsamı, tanıklara aleyhe olan tüm açılardan soru sorabilmeyi de içermesi durumunda çelişmeli muhakeme gerçek manasıyla uygulanabilmiş olur. Bu itibarla sanık, iddia tanıklarına soru yönelttikten sonra, tanığın olayla ilgili verdiği yeni bilgiler kapsamında başka aleyhe durumlar ortaya çıkması halinde, bu durumda soru sorma hakkının sanığa yeniden tanınması gerekir. Bu husus da CMK'nun 215. maddesinde: “Suç ortağının, tanığın ve bilirkişinin dinlenmesinden... sonra bunlara karşı diyecekleri olup olmadığı... sanığa ve müdafiiine sorulur” denilmek suretiyle güvencelemiştir (Karakehya 2008: 123-124).

Sanığın duruşma sırasında iddia tanıklarına soru sorabilmesi, doğal olarak tanıkların dinlenmesi sırasında onun duruşmada bulunmasını gerektirir (Karakehya 2008: 125). Diğer yandan Mahkeme, *Pullar v. İngiltere* kararında ifade ettiği üzere; Sözleşme'nin 6/3 madde ve fıkrasının (d) bendinin başka bir sonucu da yargılamanın vicahiliğidir. Yargılamada yüz yüzelik ilkesinin yahut çelişmeli muhakemenin önem kazandığı husus, tanıkların dinlenmesinde çapraz sorgulamadır. Bu nedenle iddia makamınca, sanık hakkındaki kamu davasına dayanak gösterdiği delillerinin nelerden ibaret olduğunu, suç ithamıyla ilgili delillere karşı iddialarının açık olarak ifade edilmiş olması silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir. Bununla beraber bir tanığın savcılıktaki ifade tutanağının duruşmada okunması ile yetinilip kendisinin duruşmada dinlenilmemiş olması her zaman Sözleşme'nin 6/1

madde ve fıkrası ve 6/3 madde ve fıkrası (d) bendinin ihlali ile sonuçlanmaz (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 308).

Diğer bir husus tanığın taraf olmaması ilkesi ile ilgili olarak; tanıkların taraflardan biri olmaması gerekir. Taraf olan kişi, taraf tutma ihtimali kuvvetli olduğundan tanık olarak beyanda bulunamaz. Bu itibarla sanık, taraf olduğundan tanık olarak beyanda bulunamaz. Diğer yandan hâkim ve zabıt katibi de tanık olarak beyanı alınamaz. Cumhuriyet savcısının veya adli kolluk memurunun tanık olduğu bir olay olması halinde, aynı olayda savcılık veya kolluk memurluğu görevi yapmaktansa, tanıklık yapmaları doğru olacaktır (Kunter, Yenisey-Nuhoğlu 2009: 659).

Bazı durumlarda tanığın dinlenmesi esnasında sanığın duruşma salonunda bulunması, tanık üzerinde olumsuz etkisi olma ihtimali karşısında CMK'nun 200. maddesinde: "Sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birinin veya bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilirse, mahkeme, sorgu ve dinleme sırasında o sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verebilir. Ancak sanık tekrar getirildiğinde, tutanaklar okunur ve gerektiğinde içeriği anlatılır" şeklinde düzenleme yer almaktadır. Haliyle duruşma salonu dışına çıkarılan sanık, tekrar içeri alındıktan sonra tanığın vermiş olduğu beyanı kendisine okunur. Tanığın dosya kapsamında vermiş olduğu bilgilerle ilgili olarak sanık, gerekli görmesi durumunda mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru sorabilir. Bu itibarla bu halde de sanığın, tanığı sorgulaması mümkün olacaktır.

Anılan madde hükmünün *yalnız gerçeği söylemeyeceği endişesi* merkezli düzenleme yapması yanlış olduğunu ifade etmek yerinde olacaktır. Zira mahkemenin sorularına eksik cevap verilmesi yahut maddi olayın çok ötesinde gerçek dışı bilgiler de vermesi halinde de benzer düzenleme yapılmamış olması hatalı olmuştur. Bu itibarla konu, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ile doğrudan ilintili olması münasebetiyle, keyfi olarak ve geniş bir şekilde kıyasa gidilmesi sakıncalı olacaktır (Ünver, Hakeri 2010: 73).

Kural olarak mahkeme tarafından tanık ve bilirkişiler, duruşmada dinlenirler. Zira kovuşturma evresinde duruşmanın, sözlü olması ve vasıtasızlık ilkesinin bir sonucudur. Bu genel ilke dışında, bir takım sebeplerden dolayı dinlenilmedikleri takdirde ileride duruşmada dinlenilmeleri mümkün olmayacak kimselerin veya yargılamanın yapıldığı idari sınırlar dışında ikamet etmeleri dolayısıyla mahkemece tespit edilen gün ve saatte duruşmaya gelmeleri zor olan kimselerin duruşma hazırlığı devresinde dinlenmesi

gerekebilir. Bu şekilde mahkemece yapılan dinlemeye daha duruşma hazırlığı devresinde yapılması nedeniyle *erken dinleme* denir (Ünver, Hakeri 2010: 50).

Başka bir anlatımla erken dinlemeye ilişkin düzenlemelerin CMK'nun değişik maddelerinde yer aldığı, bu düzenlemelere göre; tanık veya bilirkişinin mahkeme tarafından tespit edilen gün ve saatte yapılacak duruşma sırasında hazır bulunamayacağı veya oturduğu yerin konumu veyahut mesafesi nedeniyle duruşmada bulunmasının zor olduğu anlaşılması durumunda soruşturma evresinde veya duruşma hazırlığında söz konusu tanık veya bilirkişinin erken dinlenmesine mahkemece karar verilebilir. Erken dinleme için belirlenen zaman diliminin haber verilmesi üzerine sanık, müdafî, mağdur ve vekili hazır bulunabilirler. Bu şekilde gerçekleştirilen erken dinlemeye ilişkin tutanaklar duruşmada belge delili olarak okunurlar (Karakehya 2008: 126).

Konuyla bağlantılı olarak Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından 17.12.2007 tarih ve 2006/3203 esas, 2007/10902 karar sayılı ilamında: "Tanıkların dinlenilmesi için belirlenen duruşma gününün sanığa ve müdafîine bildirilmesinin zorunlu bulunduğu, sanık müdafîine tanıklara yönelik soru sorma olanağının da sağlanabilmesi bakımından bu zorunluluğa uyulması gerektiği gözetilmelidir".

Heyet halinde çalışan mahkemelerde, mahkeme haricindeki kişilerin dinlenmesi veya yapılması gereken bir yargılama faaliyetinin yapılması için mahkeme üyelerinden birine yetki verilebilir. Buna *niyabet*, yetki verilen hâkime de *naip hâkim* denir. Yetki verilmesi ara karar ile verilir. Naip hâkim, kendisine verilen yetki ve görevin dışına çıkamaz. Naip hâkim tarafından yapılması gereken bir işlem, bir başka hâkim tarafından o işlemin yapılması mümkün değildir (Bakıcı 2000: 1182).

Tanıkların sanığın da bulunduğu duruşmada dinlenmeleri gereğinin bir istisnası da, istinabe veya niyabet yoluyla alınan tanık beyanlarıdır. Delillerle doğrudan doğruya temas edilmesi gerektiğinden, bu tür yollara mümkün olduğunca başvurulmadan beyanları alınacak olan tanıkların mahkeme huzuruna getirilmesi temin edilmelidir. Ancak mevcut şartlar itibarıyla, bu tür usulle tanık beyanı alınmış ise, bu durumda alınan tanık beyanlarının başka delillerle desteklenmeleri halinde hükme esas teşkil edebilecektir. Diğer yandan duruşma evresinde istinabe veya niyabet yoluyla tanık dinlenebileceğine ilişkin açık bir hükmün CMK'da yer almaması ise önemli sayılabilecek bir eksikliklerdir. Bu itibarla duruşma evresine geçildikten sonra ortaya çıkan veya daha önceden muhakemeye

getirilmesi mümkün iken, sonradan sağlığı bozulan tanıkların duruşma devresinde istinabe ve niyabet yoluyla dinlenmeleri gerekebilecektir (Karakehya 2008: 129).

Ceza muhakemesinde genel kural, tanıkların yetkili mahkeme tarafından yapılan duruşmada doğrudan doğruya dinlenmeleridir. Kanun Koyucu bazı durumlarda istisna olarak istinabe veya niyabet yoluyla tanıkların dinlenebilmesine olanak tanımıştır. Ancak bu kanuni düzenlemeler istisnai ve tahdidi olduğundan hukuken söz konusu durumların kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Buna mukabil, kamu davasını gören esas mahkemesi, zorunluluk olmadıkça büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulunan şikâyetçi, katılan, sanık, müdafî veya vekil, tanık ve bilirkişilerin istinabe yoluyla dinlenmesine karar veremez. İstinabe olunan mahkemenin, büyükşehir belediyesinin sınırları içerisinde bulunması durumunda, ilgililer kendi yargı çevresi içinde bulunmasa dahi büyükşehir belediye sınırları içerisinde yerine getirilmesi gereken istinabe evrakını geri çevirmeksizin gereğini yapmak zorundadır (Ünver, Hakeri 2010: 51).

Sanığın kamu davasına konu dosya kapsamında bilgisine başvuru tanıklara soru yönelme hakkının sınırlandırıldığı diğer bir önemli bir husus da, duyduğunu söyleyen kişilerin tanıklığına ilişkindir. Kolluk güçlerinin suçların önlenmesi ve aydınlatılmasında muhbir olarak kullanma eğiliminin giderek artmasına bağlı olarak da duyduğunu söyleyen kişinin tanıklığının yeni durumlar yarattığı görülmektedir. Özellikle örgütlü suçlarla mücadele kapsamında muhbir olarak adlandırılan bu tür görevlilerin suç örgütüne monte edilmesinin zorluğu nazara alınmak suretiyle kolluk, örgütlerle mücadele adına bu kişilerin kimliklerinin duruşma ortamında deşifre olmalarını veya ortaya çıkartılmasını istememektedir. Bu itibarla da ceza davalarında bazen güvenilir kişilerden veya ismi gizli tutulan tanıklardan duyduklarını söyleyen polis memurları duruşmaya tanık olarak çıkartılmaktadır. Bu mevcut durumun veya uygulamanın AİHS'nin 6/1 maddesindeki genel ve 6/3 madde ve fıkrasının (d) bendinde yer alan ilkeye aykırılık oluşturup oluşturmayacağı önemli bir husustur. Nitekim sanığın kendisine soru yöneltebileceği tanık, olayın doğrudan tanığı değil; çoğu kez doğrudan tanıktan duyduklarını söyleyen kolluk görevlisidir (Karakehya 2008: 132).

Konuya dair Yargıtay 10. Ceza Dairesi tarafından 27.03.2008 tarih ve 2007/25667 esas, 2008/4879 karar sayılı ilamında: "Kovuşturma aşamasında yöntemine uygun biçimde dinlenmediği halde, kolluk tarafından soruşturma aşamasında gizli tanık olarak dinlenen

muhbirlerin beyanlarının hükme esas alınamayacağı dikkate alınarak, mevcut diğer delillere göre sanığın hukuki durumu belirlenmelidir" demiştir.

Diğer bir ifadeyle gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve tanıklık bakımından tanıklığın tehlikeli sonuçlar doğurabilecek olması genelde örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar bakımından söz konusu olmaktadır. Bu kapsamdaki suçlarla ilgili olarak dinlenen tanıkların diğerlerine nazaran daha fazla tehlike altında olacağını kabul eden kanun koyucu, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlarla ilgili olarak dinlenecek tanıkların dinlenme usulü bakımından özel düzenlemeler öngörmüştür. Nitekim CMK'nun 58/2 madde ve fıkrasına göre:

“Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir. Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlikeler oluşturacaksa, hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır. Tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemler, ilgili kanunda düzenlenir” (Karakehya 2008: 135).

Başka bir ifadeyle CMK, bir örgüt faaliyeti kapsamında işlendiği ileri sürülen suçlarla ilgili yapılan yargılamada, tanıkların korunması amacıyla bir dizi önlemler alınmıştır. Bu itibarla tanığın kimliğinin gizli tutulması ve dinleme esnasında tarafların dışarı çıkarılması mümkündür. Tarafların mahkemece dışarı çıkarılması halinde, ses ve görüntü aktarması yapılacak, soru sorma hakkının ihlal edilmemesine dikkat edilecektir. 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu ise (TKK), tanığın korunması gayesiyle muhakemede dinlemesi ile ilgili usul hükümleri getirmiştir. Bu itibarla ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar gündeme

geldiğinde tanık, ismi belirtilen kanunun öngördüğü usul çerçevesinde dinlenebilir. Duruşma esnasında, görevli mahkeme veya istinabe olunan mahkeme, naip hâkim görevlendirilmiş ise bu hâkim, dinlenen tanığın tanınmaması amacıyla görüntü veya sesinin değiştirilerek dinlenmesine karar verebilir. Ayrıca duruşma salonunda tanığın fiziksel görünümü, yani tanınması engellenecek tarzda belirlenecek bir usule göre veya yöntemle dinlenmesine karar verilebilir. Tanığın, yukarıda da ifade edildiği üzere, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan da dinlenmesi mümkündür. Hâkim, tanığın kimliğinin ortaya çıkmasını önlemek amacıyla ona bazı soruların sorulmasını engelleyebilir. Kanuna göre bu şekilde alınan tanık ifadeleri, CMK hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde sayılacaktır. Ancak aynı kanun, tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması veya duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi halinde, beyanının tek başına hükme esas teşkil etmeyeceğini ve özel dinleme usullerinin savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağını hükme bağlamıştır (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 189-190).

Haliyle tanıklara ilişkin özel dinleme usullerinin icrası sırasında savunma hakkının kısıtlanması söz konusu olacağı için, anılan usullerin savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağını ifade edilmesi büyük bir anlam taşımamaktadır. Özel dinleme usullerinin adil yargılanma hakkını zafiyete uğratmaması veya ortadan kaldırmaması için bu usullere ancak gerekli olması halinde başvurulması ve mahkemenin, savunma hakkı kısıtlanarak elde edilen tanık beyanlarının değerlendirilmesinde daha titiz davranılması gerektiğinin bilincinde olması gereklidir. Hatırdan çıkarılmaması gereken kişiye savunma hakkı tanınması, sadece ona ait kişisel bir menfaatin korunmasına hizmet etmez. Savunma hakkı, ceza muhakemesinin amacına ulaşmasını sağlayan en temel bir haktır; sanığın savunma hakkının sınırlanması, ceza muhakemesinin amacıyla bağdaşmaz. Bu nedenle savunma hakkı, yalnızca zorunluluk halinde, zorunluluğun gerektirdiği ölçüde sınırlanmalı, hâkimler savunma hakkının kısıtlanması nedeniyle sağlıklı bir delil değerlendirmesinin güçleştiğinin farkında olmalı ve bu şekilde elde edilen tanıkların beyanları, onları destekleyen çok güçlü deliller olmadığı sürece hükme esas alınmamalıdır. Diğer yandan başka bir önemli hususta, savunma hakkını kısıtlayan özel dinleme usullerine kanunlarda yer verilmesi, yargılamanın tarafsız ve bağımsız mahkemelerce yapılmasının önemini daha da vurgulamaktadır (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 190-191).

Ceza muhakemesi kapsamında zaman zaman devlet sırrı sebebiyle bazı tanıkların gizli dinlenmesi mevzuatta yer verildiği görülmektedir. Bu itibarla kendi mevzuatımız kapsamında da devlet sırrı nedeniyle tanıkların dinlenmesine ilişkin olarak CMK'nun 47. maddesinde bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre:

"Bir suç olgusuna ilişkin bilgiler devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler devlet sırrı sayılır. Tanıklık konusu bilgilerin devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zabıt kâtabi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir. Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır" şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

CMK'da var olan mevcut bu düzenleme sanığın tanıklara soru sorabilmesine, hakkında beyanda bulunan iddia tanıklarıyla yüzleşebilmesi gibi duruşmaya hâkim olan ilkelerin uygulanmasına dair hakkı, açıkça teminat altına alan Sözleşme'nin 6/3 madde ve fıkrasının (d) bendindeki düzenlemeye aykırı olduğu aşikârdır. Ayrıca bu husus çelişmeli muhakeme ilkesine ilişkin hakkın da ihlaline yol açabilecektir. Nitekim bu haliyle sanığın görmediği ve dinlemediği bir tanığın beyanları üzerine, çelişmeli bir muhakemenin gerçekleştirilmesi mümkün görünmemektedir. Bu durumda sanığın mahkûmiyetine ilişkin olan hükmün, esaslı dayanak noktasını bu şekilde dinlenen bir tanık beyanının oluşturmuş olduğu durumlarda, sanığın beyanı hükme esas alınan tanık ile yüzleştirilmemesi ve ona doğrudan soru sorma hakkından mahrum kalması adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir. Zira hükmü veren mahkeme, sanığın olmadığı bir ortamda veya duruşmada gizli tanığı dinlemek suretiyle sanık mahkûm edilmiş olacaktır. Bu usulle dinlenmiş ve uyuşmazlık konusu maddi olayın tek veya esaslı delili olan bir tanığın beyanlarına dayanmak suretiyle sanığın mahkûmiyete karar verilmesi, adil yargılanma hakkı bakımından kabul edilemez (Karakehya 2008: 138).

Diğer yandan tanığın, yapacağı kamusal görev sebebiyle zarar görme ihtimali karşısında, tanığın gizli tutulması halinde AIHM'nin nispeten sıkı bir denetim öngördüğü, dengeleyici usullerin uygulanıp uygulanmadığını dikkate alındığını ve ihlalin söz konusu

olması için *dayanılan esas veya belirleyici delil* olmasını aradığı uygulamasına yerleştirmiştir (TÜSİAD 2003: 90).

AİHM, *Kostovski v. Hollanda* kararında, polis ve sorgu hâkimine ifade veren, kimlikleri sanıktan saklanan iki tanığın duruşmada okunan eski ifadelerine dayanılarak sanığın mahkum edilmesine, sanığa tanık beyanlarını tartışıp çürütmek, onlara gerekli soruların gerekli zamanda ve uygun şekilde yöneltilmek olanağı sanığa verilmediği gerekçesi ile, AİHS'nin 6/3 madde ve fıkrasının (d) bendine aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre buna benzer davalarda sanığın savunma hakkının sınırlanmış olması sebebiyle ilgililerin adil surette yargılandıklarını kabule imkan vermeyecek derecede ağırdır. Benzeri hallerde Mahkeme için önemli olan husus sanığın mahkûmiyetinin sübutuna veya esasından ziyade; yargılamanın bütünü bakımından delil idame ve getirilen delillerin tartışılmasının veya yargılama sürecinin adil şekilde yerine getirilip getirilmediği; sanığı iddia makamı karşısında savunmasız bir durumda bırakıp bırakılmadığıdır (Mah. K. *Kostovski v. Hollanda*, 20.11.1989, A 105, Para. 41).

Bilhassa vicdani delil sisteminin kabul edildiği ceza muhakemesinde, hâkimi dosya kapsamında mahkûmiyete götüren ispat araçları ile doğrudan teması ve duruşmalardan edineceği kanaate göre karar vermesi durumunda söz konusu durum daha da değer kazanmaktadır. *Kostovski* davasında Mahkeme, tanıkların kural olarak mutlaka açık duruşmada dinlenilmesinin gerekmediğini belirttikten sonra bu olayda iddia tanıklarının "...duruşmaya getirilmemiş olmaları mahkemeyi bunların sorgulama sırasındaki davranışlarını incelemekten ve böylece inandırıcılıkları konusunda dolaysız kanaat edinmekten alı koymuştur" diyerek yargılama boyunca savunmanın maruz kaldığı kısıtlamaları duruşma safhasında da telafi edilmediği ve böylece bent hükmünün çiğnendiği sonucuna varmıştır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 310).

Benzer mahiyette Yargıtay 10. Ceza Dairesi tarafından verilen 27/03/2008 tarih ve 2007/25667 esas, 2008/4879 karar sayılı ilamında;

"Kovuşturma aşamasında yöntemine uygun biçimde dinlenmediği halde, kolluk tarafından soruşturma aşamasında gizli tanık olarak dinlenen muhbirlerin beyanlarının hükme esas alınamayacağı dikkate alınarak, mevcut diğer delillere göre sanığın hukuki durumu belirlenmelidir" denilmektedir.

Kamu davasına konu maddi olayın tek dayanağı bir tanık beyanından ibaret ise veya dosyada başka delillerinden de var olmasına rağmen mahkeme hükmünü tek bir tanık beyanına dayandırıyor ise bu durumda AİHM, söz konusu tanığın mutlaka duruşmada hazır bulunması ve sanıkla yüzleştirilmesini adil yargılanma hakkı bakımından zaruri görmektedir. Şayet anılan tanık ölmüşse veya başka bir sebepten ötürü mahkemede hazır olma durumu yok ise, bu durumda mahkeme delil araştırmalarına devam etmesini ve buna rağmen dosya açısından başka bir delile ulaşamazsa sanığın beraatına karar verilmesi gerekir. Diğer yandan maddi olayda benzer içerikli beyanda bulunacak birden fazla tanık veya bir tanıktan başkaca da belge veya belirti delilleri varsa, mahkeme diğer delillerle de maddi olayı bir şekilde aydınlatabiliyorsa, bu durumda zorunlu nedenlerle, sanığa herhangi bir tanığı sorgulama veya onunla yüzleşme imkânının tanınmaması makul karşılanabilmektedir (Karakehya 2008: 139).

CMK'nun 210/1 madde ve fıkrasına göre: “Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez ” şeklinde kesin ve mutlak bir ölçü getirmiştir. Bu düzenleme karşısında tek tanığın ölümü, akıl hastalığına yakalanmış olması, adresinin tespit edilememesi halinde veya ifadesi önemsiz ise bu durum duruşma zaptına geçmek suretiyle bir ara karar ile eski ifadesinin okunulmasıyla yetinilmesine karar verilmelidir (Ünver, Hakeri 2010: 57).

Sanığın kovuşturma aşamasında kendi tanıklarının duruşmada dinletebilmesi ile ilgili olarak CMK'da düzenlemeler bulunmaktadır. CMK'nun 177. maddesine göre:

“Sanık, tanık veya bilirkişinin davetini veya savunma delillerinin toplanmasını istediğinde, bunların ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına veya hâkime verir. Bu dilekçe üzerine verilecek karar, kendisine derhal bildirilir. Sanığın kabul edilen istemleri, Cumhuriyet savcısına da bildirilir”.

Anılan maddenin lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere sanık, duruşma gününden 5 gün önce bildirmek şartıyla kendi tanıklarının ve bilirkişilerini duruşmaya çağrılmasını mahkeme başkanından veya hâkimden isteyebilecektir. Ancak mahkeme başkanı veya hâkim sanığın bu isteğini kabul etmek zorunda değildir. Zira sanığın mevcut talebini dosya kapsamı açısından yerinde görmeyerek reddetmesi her zaman mümkündür. Buna rağmen

sanık CMK'nun 178. maddesine göre talebi reddedildiği takdirde, dinlenmesini talep ettiği tanıkları veya bilirkişiyi duruşmaya getirebilir. Getirmesi durumunda mahkemenin tercih hakkı bulunmaksızın dinlemek zorundadır.

Devamla CMK'nun 179. maddesinde:

"Sanık, doğrudan doğruya davet ettireceği veya duruşma sırasında getireceği bilirkişi ve tanıkların ad ve adreslerini Cumhuriyet savcısına makul süre içinde bildirilir. Cumhuriyet savcısı da, iddianamede gösterilen veya sanığın istemi üzerine davet edilen tanık ve bilirkişiler dışında gerek mahkeme başkanı veya hâkim kararıyla, gerek kendiliğinden başka kimseleri davet ettirecek ise bunların ad ve adreslerini sanığa yine makul süre içinde bildirir" şeklinde başka bir hüküm getirmiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus, sanık tarafından yapılacak bildirim mahkemeye değil, savcıya yapılmasıdır. Ancak savcıya bildirimde bulunulursa kanunun aradığı koşul gerçekleştirilmiş olur. Aynı şekilde kanun, iddia makamının davet edeceği veya ettireceği tanıkların ad ve adreslerini sanığa makul süre içinde bildirmesini yükümlülük olarak iddia makamına yüklemiştir. Bu düzenleme ile getirilen sistemde, gerek savunma tarafının gerekse iddia tarafının gafil avlanmaması, sırf bu nedenle duruşmanın ertelenerek zaman kaybına yol açmaması ve dosya açısından çalışıp hazırlanmalarına olanak tanımayı hedeflemektedir (Ünver, Hakeri 2010: 48).

Kovuşturma aşamasında sanık tanık gösterilmiş ise, mahkemece sanığın dinletilmesini istediği tanığın hangi konuda bilgi vereceği veya hangi konuda dinlenmesinin istendiği sanığa sorulmalıdır. Diğer yandan beyanı alınacak tanığın dinleneceği konunun kamu davasına katkısı, esasa ilişkin beyanda bulunup bulunmayacağı mahkemece değerlendirildikten sonra dinlenip dinlenmeyeceği ile ilgili ara karar verilmelidir. Beyanı alınması için çağrılan tanığın dinlenmesinden vazgeçilmesi yeterli değildir. Aynı zamanda soruşturma aşamasında tanığın vermiş olduğu ifadesi okunmak suretiyle duruşmada hazır bulunanlardan diyeceklerinin sorulması gerekir (Bakıcı 2000: 1191). Diğer yandan Yargıtay bozma ilamından sonra da sanık savunma ile ilgili olarak yeni delillerin ileri sürülmesi mümkündür (Bakıcı 2000: 1189).

Yargıtay bir çok kararında duruşmada dinlenen tanık anlatımları arasında çelişki giderilmeden söz konusu beyanların hükme esas alınmasını; mağdur veya müşteki ile

alınan tanık beyanları arasında çelişki bulunması halinde; hatta sanık ile tanık beyanı arasında çelişki bulunduğu durumda bunun delile dayalı olarak giderilmesi gerektiği, dosya kapsamında var olan bu beyan farklılığı giderilmeden sanığın mahkûmiyetine karar verilemeyeceğine hükmetmiştir (Ünver, Hakeri 2010: 116).

3.6. Masumiyet Karinesi ve Kovuşturma

AİHS'nin 6/2 madde ve fıkrasında teminat altına alınan masumiyet karinesine ilişkin ilke, aslında ceza hukukunun temel kaidelerinden birisidir. İlk olarak 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'da yer alan bu temel kural daha sonra birçok bildiri, sözleşme ve anayasalarda yerini almıştır. Bu ilkeye göre: “Bir suçla itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak kanıtlanıncaya kadar masum sayılır”. Herkes adil yargılamanın asgari gereklerini içinde barındıran bir yargılama neticesinde mahkûm olmadıkça ve oluncaya kadar, masum sayılma hakkına sahiptir (Kaşıkara 2009: 194). Başka bir şekilde ifadeyle, hâkimlerin keyfi tutumlarına, sanıkları muhakkak suçlu olarak görmek ve cezalandırmak temayüllerine karşı bir tepki olarak sanığın korunması safhasının sembolü; *sanık, suçlu olduğu sabit oluncaya kadar, masum sayılır*, ilkesidir (Kunter, Yenisey, Nuhoglu 2009: 26).

Sözleşme organları tarafından Sözleşme'nin 6. maddesinde kullanılan *suç isnadı* kavramını, taraf devletlerin nitelendirmelerden bağımsız olarak özerk bir biçimde yorumlanmaktadır. Sözleşme organlarının, bir suç isnadının varlığı için üzerinde durduğu ölçüt, başvuruçunun kendisine yönelik işlem ya da eylemden gerçekten etkilenip etkilenmediğinin belirlenmesidir (TÜSİAD 2003: 147).

Masumiyet karinesi, sanığın üzerine atılı olan bir suçu işleyip işlemediğinin ispatlanması sürecine ilişkin bir husustur. Suça etki eden faktörlerin, örneğin ağırlatıcı sebeplerin mahkeme tarafından göz önüne alınması karineye aykırılık oluşturmaz. Bu itibarla bir mahkemenin dosyada bulunan sanığın sabıka kayıtlarını nazara almak suretiyle karar vermesi, karineye aykırılık teşkil etmez (TÜSİAD 2003: 147).

AİHM, *Barbera Messegue and Jabardo v. Spain* kararında masumiyet karinesinin tanımını verirken:

“Masumiyet karinesi, diğer bazı gerekliliklerin yanında, bir mahkemenin üyelerinin, sanığın kendisine isnat edilen suçu işlemiş olduğu önyargısıyla yola çıkmamalarını güvence altına alan bir ilkedir. Kanıt yükü iddia makamının

üzerindedir ve herhangi bir şüphe halinden sanık yararlanır. Diğer yandan sanığın savunmasını hazırlayabilmesi ve sunabilmesi için kendisine karşı yürütülen davadan haberdar etme ve suçluluğu kanıtlamak için yeterli derecede kanıt gösterme görevi de, yine iddia makamına düşmektedir” demiştir (TÜSİAD 2003: 148).

Başka bir ifadeyle AİHM, *Mineli v. İsviçre* kararında, söz konusu masumiyet karinesinin neyi gerektirdiğini belirlemek suretiyle bir anlamda karinenin genel bir tanımlamasını yapmış gibidir. Bu itibarla AİHM'e göre, bir sanığın suçluluğu yasal olarak saptanmadan önce ve özellikle kendisinin savunma haklarını kullanma imkânına sahip olmadan onun suçlu olduğu hissini telkin eden mahkemenin verdiği bir karar masumiyet karinesinin ihlalidir; hatta ortada resmi bir saptama bulunmasa dahi durum değişmez. Hâkimin sanığının suçlu olduğu izlenimini doğuran bir gerekçenin mevcudiyeti kâfidir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 297).

Bir mahkemenin ceza yargılaması neticesinde, üçüncü bir kişiye ilişkin olarak vermiş olduğu kararda, yargılamanın konusunu oluşturan suçtan dolayı henüz hakkında kamu davası açılmamış olan başka bir kişiye atıf yapması ve anılan kişinin söz konusu suçla bağlantısını ortaya koymuş olması masumiyet karinesine aykırı değildir (TÜSİAD 2003: 151). Diğer yandan adil yargılamanın bir unsuru olan masumiyet karinesi, kişinin zanlı veya sanık sıfatını aldığı andan itibaren sonuç doğurmaya başlar; yani bir kamu davasının hukuken mahkemeye açılmış olması gerekmez. Bu bağlamda sanığın suç işlediği şüphesiyle hakkında polis soruşturması başlatılmış veya gözaltına alınmış olması durumunda bu karineden yararlanacaktır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 297).

AİHS'nin 6/2 madde ve fıkrası ile İHEB'nin 11. maddesine paralel bir biçimde kendi hukuk sistemimiz içerisinde de Anayasa'nın 38/4 madde ve fıkrası: “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” demek suretiyle evrensel niteliği bulunan masumiyet ilkesi, iç hukukumuzun bir parçasıdır. Masumiyet karinesi, aynı zamanda Anayasa'nın 15/4 madde ve fıkrasında: “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim, olağanüstü hallerde dahi dokunulması mümkün olmayan, çekirdek haklar kategorisinde yer almaktadır” (Kaşıkara 2009: 195).

YCGK tarafından verilen 19.4.1993 gün ve 6-81/110 sayılı kararında:

“Ceza yargılamasının amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Sanığın savunmasının aksini kanıtlaması ondan beklenemez. Sanığa yüklenen suçun sübuta erdiği yapılan yargılama sonucunda kuşkuya yer vermeksizin ortaya çıkarılmalıdır. Ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararına yer yoktur”.

Anılan kararda belirtildiği üzere masumiyet karinesinin gereği olarak, bir kimsenin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında yaptırım uygulanabilmesi, o kimsenin ancak mahkeme tarafından verilerek kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmasına bağlıdır. Dolayısıyla bir kimsenin bu şekilde mahkûmiyet alabilmesi için de, hakkında her türlü şüphenin giderilmiş olması gerekir (Kaşıkara 2009: 195).

Sanık bakımından "masumiyet karinesi", "şüpheden sanık yararlanır ilkesi" ve "susma hakkı" dolayısıyla sanığın suçsuzluğunu ispat etmesi gibi bir yükümlülüğü yoktur (Türkiye Barolar Birliği 2008: 131). Bu bağlamda sanığın dosyadaki mevcut deliller ışığında şüphe halinden yararlanarak beraat ettiği esasına dayanılarak mahkemeye açtığı tazminat davasının reddi, masumiyet karinesinin ihlalidir (TÜSİAD 2003: 150). Diğer yandan sanığın beraatıyla veya takipsizlik kararıyla sonuçlandığı halde, yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesi de bu manada bir ihlale neden olmaktadır (İnceoğlu 2007: 95).

Masumiyet ilkesi ile bağlantılı olarak CMK'nun 100. maddesinin ayrıca değerlendirilmesi gerektiği, bu hususun gözlerden irak tutulmaması doğru olacaktır. Zira soruşturma kapsamında mahkemeler tarafından anılan madde kapsamında verilen tutuklamaların bir istisna olduğu, kural olmadığı, istisnanın kural haline getirilmesi durumunda tutukluluğun cezaya dönüştürülmesi ihtimalinin artacağı, dolayısıyla gerek Anayasa'nın 38. maddesi gerekse AİHS'nin 6/2 maddesinde düzenlenen masumiyet karinesine zarar vereceği muhakkaktır (Selçuk 2010: 19). Diğer yandan tutuklama konusunda mutlak şekilde üst yargılama yolunun açılmasının mevcut olan veya muhtemel masumiyet karinesi ile ilgili ihlallerin önüne geçilebilmesi için gerekli olduğu, hatta belirli bir süre tutuklu kalmış olanların Yargıtay'a bile başvurabilmesinin önünün açılmasının doğru olacaktır. Ancak özellikle uzun süren tutukluluk süresinin anayasal ilkelere ve AİHS'ye uygunluğunu denetiminin mevcut mevzuat kapsamında yapılabilmesinin şu an mümkün değildir (Doğru 2010: 19).

Masumiyet karinesinin temelde iki önemli yansıması vardır. Bunlardan birincisi yargılama makamları açısından önem taşır. Yargılama makamı tarafından sanık hakkında karar oluşturulurken sanığın suçluluğu konusunda peşin fikirli olmamasını gerektirir. Bir başka ifadeyle gerek soruşturma evresinde görevli olan hâkim gerekse kovuşturma evresindeki yargılamayı yapan mahkeme ara kararlarını verirken, hüküm mahiyetindeki son kararını açıklarken sanığa baştan suçluymuş gibi davranmaması gerekir. *Mineli v. İsviçre* davasında, yerel mahkeme davayı işin esasına girmeden zamanaşımı nedeniyle düşürmüş olmasına rağmen yargılama giderlerinin sanık tarafından ödenmesine hükmetmiştir. Yerel mahkeme kararında dayanak olarak ise, şayet zamanaşımı dolmasa da dosyadaki mevcut delillerle sanığın kuvvetle mahkûm olacağını göstermiş olmasıdır. AİHM, önüne gelen bu uyuşmazlıkta masumiyet karinesine aykırı davranılmak suretiyle Minelli'nin adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiş ve davalı ülke İsviçre'yi tazminata mahkum etmiştir (Karakehya 2008: 150).

Masumiyet karinesinin ikinci yansıması ise, genel itibariyle bütün devlet organlarına yönelik olmak üzere, sanığın mahkûmiyet almamasına rağmen suçlu gibi muamele görmemesini, hakkında suçlu olduğu izlenimini verecek açıklamalar yapılmamasını zorunlu kılar. Bu itibarla kolluk ve savcılıktaki soruşturma işlemleri sırasında şüpheliye mahkûmiyet almış gibi davranılmaması ve ona bu şekilde yaklaşılabilmesi gerekir. Aynı şekilde devlet gücünü kullanan resmi bir organ da sanığın suçlu olduğuna dair benzer yaklaşımlar içerisinde bulunmaması gerekir (Karakehya 2008: 150).

Masumiyet karinesi, sadece devlet organlarından gelebilecek müdahalelere veya açıklamalara karşı değil; aynı zamanda medya da dâhil olmak üzere üçüncü kişiler tarafından gelebilecek müdahalelere karşı da sanığı koruyan veya onun masumiyetini teminat altına alan temel bir haktır. Bu itibarla toplumu yönlendirmede önemli bir yere sahip olan medya kuruluşları da haber yaparken, her ne şekilde olursa olsun hiçbir şekilde sanık veya şüpheliyi toplum önünde suçlu olarak nitelendiremezler. Aksi halde söz konusu yayınlar hem suçsuzluk karinesine aykırılık oluşturmakla birlikte sanığı toplum gözünde mahkemenin hükmü olmaksızın suçlu ilan edecek hem de yargı organlarının bağımsız karar vermelerine etki edebilecektir. Bu itibarla medya kuruluşlarının yayınları sarısında sanık, zanlı, şüpheli, muhtemel fail gibi terimler kullanmaya özen göstermeleri ve suçlu, fail gibi ifadelerden kaçınmaları gereklidir (Karakehya 2008: 152).

Ancak yürütülmekte olan bir ceza soruşturması sırasında, yargılama ile ilgili olarak, özellikle toplumun ilgi alanına giren veya ilgilendiği hususlarda, basında yorumlar yapılması, beklenmesi gereken bir olgu olmakla birlikte profesyonel hâkimlerin basında çıkan bu tür yorumlardan etkilenmeyecekleri Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) tarafından varsayılmaktadır. Fakat bu yorumlar devlet organlarından birinin kışkırtması ile ortaya çıkmış ise devletin sorumluluğu doğabilecektir (TÜSİAD 2003: s.149). Bu itibarla Mahkeme suçsuzluk karinesinin, sanık için bir güvence olarak yalnızca suçlamanın esası hakkında karar verecek ceza yargııcı önünde değil fakat bütün resmi makamlar düzeyinde de netice doğurduğunu belirtmiştir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 297).

Masumiyet karinesinin kamu davasındaki asıl sonucu ve uygulama alanı, ispat yükümlülüğüne ilişkindir. Bir suç işlendiği iddiasının makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilmesi suçlayana aittir. Bu itibarla kural olarak sanık suçsuzluğunu kanıtlamakla yükümlü değildir. Anılan ilkenin doğal sonucu sanığın şüpheden yararlanacağı; iddianın kanıtlanılmaması durumunda da davanın beraatla sonuçlanacağıdır. İddianın ispatı ile ilgili olarak dosya kapsamında ciddi bir delil bulunmamasına rağmen sanığın iddiaya konu olay hakkında açıklamada bulunmadan kaçınması veya susma hakkı ve başka bazı vakalardan hareketle suçun sabit görülüp mahkûmiyet verilmesi suçsuzluk karinesinin ihlalidir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 296).

Öncelikle suç işleyenlerin adalet önüne çıkartılarak haklarında yargılama yapılabilmesi ve eylemlerine karşılık gelecek şekilde cezalandırılabilmesi için, birincil olarak iddiaya konu olay ile ilgili delillerin elde edilmesi gerekmektedir (Kaşıkara 2009: s.164). Bir ceza davasında iddia makamının sanık hakkındaki iddiasını, sanığın arzusu hilafına baskı veya eza yöntemleri ile elde edilen kanıtlara başvurmadan usulüne uygun olarak ispat etmesi gereğine dayanır (TÜSİAD 2003: 85).

Masumiyet karinesinin gereği olarak iddiayı ispat, iddia edene düşer ise de makul sınırlar içinde kalacak şekilde ve sanığın savunma hakkını ihlal etmemek kaydıyla bazı durumlarda kanunla ile fiili ve hukuki bir sorumluluk karinesinin kabul edilmiş olması, Sözleşme'nin 6/2 madde ve fıkrasının hükmüne aykırı düşmez. Bu halde sanık, hakkında açılan kamu davasından beraat edebilmek gayesi için kanunun koyduğu bu karineyi çürüten, bir anlamda kamu davasına konu eylemden sorumlu olmadığını ortaya koyan deliller getirmekle yükümlü kılınmaktadır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 298).

Ceza muhakemesinin esas gayesi, maddi hakikatin araştırılması olduğu için hâkim delillerle bağlı tutulamaz. CMK, soruşturma aşamasında hâkime delil araştırma sorumluluğu yüklemiştir. Fakat kanun kovuşturma evresinde mahkemeye re'sen delil araştırma yapma imkânı vermediği görülmektedir. 1412 sayılı CMUK 237/son madde ve fıkrası, mahkemeye re'sen delil toplama imkânı vermişken bu fıkra, CMK' ya alınmamıştır (Kunter, Yenisey, Nuhoglu 2009: 624). İspatın konusu, ispat edilecek olanın ne olduğu sorusuna cevap vermeye çalışır. Medeni muhakemede sadece tarafların uyuşmadıkları olayların ispat konusu olmasına karşın, ceza muhakemesinde bazen tarafların uyuştugu konularda da ispat konusu ortaya çıkabilir. Zira ceza muhakemesinde önemli olan, tarafları tatmin etmek veya mutlu olmaları değil, kamu davasına konu olan maddi gerçeği bulmaktır (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 173).

Ceza muhakemesinde ispat külfeti yoktur. Daha doğrusu sanığın, hakkındaki iddiayı ispat etmek gibi yükümlülüğü söz konusu değildir. Savcı, esas itibarıyla sanığın suçluluğunu ispat etmeye çalışacaktır ve lehine olan hususları da kanunen ileri sürmesi gerekir. Savcının ispat yükü altında olduğunu söylemek gerekir. Savcı, mahkemenin vicdani kanaatinin oluşması yönünde çaba gösterecektir. Böylece, iddia ve savunmanın delilleri ışığında ve resen toplanan delillere göre oluşan vicdani kanaate göre mahkeme kararını verecektir. Mahkeme, öncelikli ispat yükü altındadır (Ünver, Hakeri 2010: 112).

Sanık, delillerin toplanmasını soruşturma aşamasında savcılık makamından, kovuşturma aşamasında ise mahkemeden ister. Kanun koyucu sanığa bu olanağı sağlamak için birçok maddede ilgili makamlara bazı sorumluluklar yüklemiştir. Örneğin CMK'nun 176/3 madde ve fıkrası bağlamında: “Tutuklu sanığın çağırılması duruşma gününün tebliği suretiyle yapılır. Sanıktan duruşmada kendisini savunmak için bir istemde bulunup bulunmayacağı ve bulunacaksa bunun neden ibaret olduğunu bildirmesi istenecektir“. Konuya ilişkin özel hüküm ise, CMK'nun 177. maddesidir. Bu hükme göre sanık, tanık veya bilirkişinin davetini veya savunma delillerinin toplanmasını talep edebilir ve buna ilişkin talepte bulunduğu delillerle bağlantılı olayları göstermek gayesiyle mahkemeye bir dilekçe sunmalıdır. Sanık bu dilekçesini duruşma gününden en az 5 gün önce mahkeme başkanı veya hâkime vermelidir. Mahkeme, bu dilekçe üzerine verilecek kararı derhal sanığa bildireceği gibi, sanığın bu dilekçesindeki isteklerinden kabul edilenleri dava açıldıktan sonra da iddia faaliyetlerini yürütmek ve sanığın aleyhine olduğu

kadar lehine olan delilleri de toplamak ödevi bulunan savcıya da bildirmesi gerekecektir (Ünver, Hakeri 2010: 47).

CMK' da istisnai olarak düzenlenmiş olan iddia makamı ile yargılama makamının aynı durumda birleşmesi ile ilgili olarak; kovuşturma aşamasında duruşmanın düzen ve disiplinine ilişkin CMK'nun 203/2 madde ve fıkrasında: "Mahkeme başkanı veya hâkim duruşmanın düzenini bozun kişinin savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla salondan çıkarılmasını emreder." Anılan kanunun 203/3 madde ve fıkrasında ise: "Kişi dışarı çıkarılması sırasında direnç gösterir veya karışıklıklara neden olursa yakalanır ve hâkim veya mahkeme tarafından, avukatlar hariç, verilecek bir kararlar derhal dört güne kadar disiplin hapsine konulabilir. Ancak çocuklar hakkında disiplin hapsi uygulanmaz".

Burada dikkat çeken husus duruşma disiplinini bozduğunu ve dışarı çıkmamaya direndiğini iddia eden makam, yargılama makamıdır. Yargılama makamı, aynı zamanda kendi iddiasına ilişkin olarak hapis cezasına hükmeden makam konumundadır. Bu itibarla iddia ve yargılama makamı sıfatları tek bir mercide birleşmektedir. Bu durum, mahkemenin tarafsızlığı açısından önemli bir sorun teşkil etmektedir. Fakat kanunda öngörülen hapis cezası, disiplin cezası olup bir tür idari işlemdir. Kanunda öngörülen cezanın miktarının ve duruşma düzenini bozan kimse bakımından sonuçlarının çok ağır olmaması nedeniyle söz konusu bu özel durum, adil yargılanma hakkı bakımından sorun teşkil etmez. Nitekim AİHM, benzer durumlarda genelde 3-4 gün civarındaki hapis cezalarına ilişkin disiplin cezalarını makul karşılamakta ve özerk olarak da disiplin cezası olarak kabul etmektedir. Ancak verilen ceza miktarı veya ilgili kişi bakımından cezanın sonuçları daha ağır olması durumunda AİHM, taraf devletin kendi iç hukuku kapsamında verilen cezanın disiplin cezası olarak kabul edilip edilmediğine bakmaksızın suç isnadı kavramını özerk bir kavram olarak yorumlamak suretiyle adil yargılanma hakkının ihlaline karar verecektir. Bu bağlamda CMK' da söz konusu maddedeki disiplin cezasının dört gün gibi kabul edilebilir bir süreyle sınırlandırılması Sözleşme bağlamında sorun teşkil etmemektedir (Kaşıkara 2009: 146).

Ceza yargılamasının elbette ki yegâne amacı, kamu davasına konu olaya ilişkin olarak hiç bir duraksamaya yer verilmeden maddi gerçeğin aydınlatılmasıdır. Hukukun evrensel olarak kabul edilen temel özelliklerinden biri de yasal kesinliği içerisinde barındırmasıdır. Mahkemelere açılan kamu davaları hakkında dosyada bulunan mevcut deliller ışığında vardığı nihai kararın sorgulanmaması gerekir.

Hâkim, mahkemeye açılan kamu davası kapsamında yukarıda izah edilen ilkeler ile birlikte CMK'nun 217/1 madde ve fıkrası düzenlenen: "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller Hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir" ilkesini, yani bütün delilleri vicdani ispat sistemi açısından da ayrıca nazara almak suretiyle hükmünü vermektedir.

Masumiyet karinesi cezaya değil, suçun varlığı ile alakalı olduğundan mahkemenin sonuç cezaya ilişkin olarak dosya kapsamında cezayı şahsileştirirken, sanığın duruşma ortamında yansıyan kişiliğini, geçmişini, sabıkasının bulunup bulunmadığı hususlarını göz önünde tutulmasına engel değildir.

Yargılama neticesinde muhakeme masraflarından kimin veya kimlerin sorumluluğunun bulunduğuna ilişkin olarak sanığın üzerine atılı suçun yasal olarak sabit olması şartı önem arz etmektedir. Bu itibarla beraat eden bir sanığa, hâlihazırda şüphenin devam ettiği veya ileride muhakemenin yenilenmesi suretiyle uyuşmazlığın seyrinin değişebileceği gibi farklı gerekçelerle muhakeme masraflarının tamamının veya bir kısmının sanığa yüklenilmesi masumiyet karinesine aykırılık teşkil eder (Karakehya 2008: 156).

Konuyla ilgili olarak YCGK tarafından verilen 30.06.2009 tarih ve 2009/1-65 esas, 2009/179 karar sayılı ilamında belirtildiği üzere:

"Ceza yargılamasının evrensel ilkelerinden biri olan *in dubio pro reo* yani kuşkudan sanık yararlanır kuralı uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Gerçekleşme şekli kuşkulu ve tam olarak aydınlatılmamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti, yargılama sürecinde toplanan kanıtların bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı göz ardı edilerek ulaşılan ihtimali kaniya değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir olasılığa dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayıma dayalı olarak hüküm vermek anlamına gelir. O halde ceza yargılamasında

mahkûmiyet, büyük veya küçük bir olasılığa değil, her türlü kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilmesinin tek yolu da budur”.

Bu bağlamda şüpheden sanık yararlanır ilkesinin felsefi temelleri Romalıların, bir masum mahkûm edileceğine birkaç suçlu cezasız kalsın, özdeyişine kadar gittiğini söylemek mümkündür. Bu aşamada şu hususu gözden uzak tutmamak gerekir; duruşma sürecinin sonunda yenilmesi gereken şüphe, her türlü şüphe değildir. Dosyada yer alan bilgi ve belgelere istinaden akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan şüphenin yenilmiş olmasıdır. Kamu davasında var olan şüphenin yenilmesini beklemek, mutlak gerçeğe ulaşılmasını arzu etmek olur ki, bu da neredeyse imkânsızdır. Söz konusu özdeyişi sanık lehine uç noktalara götürmek, gerekçeye dayanan şüphelinin yenilmesi zorunluluğunu, her türlü şüphenin yenilmesi seviyesine taşıyacaktır ki, bu da ceza muhakemenin etkinliğini kabul edilemez oranda zayıflatacaktır. Bu nedenle anılan özdeyişin, bir masumun cezalandırılmasından da yüz suçlu ya da bin suçlunun serbest kalması daha iyidir, şeklinde ifade etmek doğru olacaktır (Karakehya 2008: 158).

Dosyada bulunan delillerin gösterdiği, objektif bakımdan "ihtimal"dir. Ancak var olan ihtimal belli bir aşamaya gelince kanaati oluşturur, yani maddi gerçeğe ilişkin şüphenin yerini kanaat alır. İspat için aranan bellilikten kastedilen de budur. Kanaat, dosyadaki mevcut delillerin değerlendirilmesinin ve dolayısıyla akıl yürütmenin ürünü olduğu kadar, bir inanç sorunudur. Bir hususun sabit olması için, o hususun aksinin mümkün olmadığının kabul edilmesini gerektirir. Ceza muhakemesinde ispatın gayesi, iddianameye konu olan maddi gerçek konusundaki kanaati oluşturmaktır (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 174).

Diğer yandan hâkim hükmünü verirken sadece sanığın ikrarı değil, dosyada bulunan tüm delil ve emarelerden birisi olaya, dosyadaki diğer delillere, hayatın olağan akışına, tıbbi veya teknik bilimsel delillere uygunluk göstermiyorsa ya da bunlara rağmen sadece sanığın ikrarına dayalı karar vermesi mümkün değildir. Dolayısıyla hâkim karar verirken tüm delilleri birlikte değerlendirmek suretiyle dosya kapsamında bulunabilecek hür tür kuşku halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanık lehine karar verecektir. Bu itibarla kararda belirtilen kriterler ikrara münhasır olmayıp, tüm delil ve emareler için geçerlidir (Ünver, Hakeri 2010: 91).

Burada belirtilmesi gereken önemli bir başka konu da, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin hukuksal konularda uygulanamayacağı, yalnızca kamu davasına esas teşkil eden maddi konularda, yani *ispat/sübut* konusunda uygulanabileceğidir. İspatın konusu suçun hangi unsuru olursa olsun, anılan ilke hukuksal *tavsif/niteleme* konusunda tereddütlerin yenilememesi durumunda uygulanacak bir ilke değildir. Ayrıca dosya içeriğine göre toplanması mümkün delil bulunmasına rağmen, dosyadaki eksik delile dayalı olarak mahkemenin hüküm vermiş olması hukuka aykırıdır ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi bu hukuka aykırılığı gizleyemez (Ünver, Hakeri 2010: 117).

CMK'nun 225/1 madde ve fıkrasında: “Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir” şeklindeki düzenleme, mahkemede yargılanacak uyuşmazlığın tüm soruşturma aşamalarında sınırlandırılması gerektiğini göstermektedir. Ancak CMK'nun 230/1 madde ve fıkrasının (c) bendi sanık mahkûm olması durumunda hükmün gerekçesinde sanığın üzerine atılı olup mahkemece sabit görülen fiilin gösterileceğine değinilmesi ise hükümde de varsayıma dayalı, kuşkulu kalan hususlara yer verilemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır (Ünver, Hakeri 2010: 119).

Anayasa'nın 38/5 madde ve fıkrasında, susma hakkı masumiyet karinesinden bağımsız olarak ayrıca teminat altına alınmıştır. Söz konusu Anayasal düzenlemeye göre: “Hiç kimse kendisinin ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz”. Bu meyanda sanığın tüm yargılama boyunca susma hakkını kullandığı durumda, hiçbir şekilde onun kusurunun ya da suçluluğunun bir delili olarak kabul edilemeyecektir. Aksi halde sanığa susma hakkının mevzuatta tanınmış olmasının bir anlamı kalmayacaktır. Sanığın ifade alma ve sorgu sırasında hakkındaki iddialar ile ilgili olarak susma hakkının bulunduğu ve bunun kendisine hatırlatılması gerektiği de CMK'nun 147/1 madde ve fıkrasının (e) bendinde açıkça düzenleme altına alınmıştır. Kovuşturma aşamasında ise CMK'nun 191/3 madde ve fıkrasının (c) bendinde benzer düzenlemeyle, duruşma devresinde sanık mahkeme tarafından sorgulanmadan önce, sanığa susma hakkının bulunduğunu söylenmesi kanunen zorunlu kılınmıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucu sanığa sadece susma hakkının tanınmasıyla yetinmemiş, birçok işlemten önce bu hakkın sanığa hatırlatılmasını da mecbur kılmıştır (Karakehya 2008: 160).

Diğer yandan sanığın susma hakkı mevzuatta yalnız düzenlememiş aynı zamanda yukarıda anılan maddeler doğrultusunda sanığın susma hakkı olduğu mahkemece hatırlatılmak zorunluluğu getirilmiş olmakla birlikte; AİHM'nin içtihatları nazara alınmak suretiyle sessiz kalmanın mahkemede sanığın aleyhine kullanılıp kullanılmayacağı veya sanığın sessiz kalmasının bazı şartlarda kendi aleyhine olabileceğine dair uygulamasında özetle;

1. Sanığın susma hakkı mutlak değildir,
2. Bir ceza tehdidi ile konuşturulmamaya zorlanmaması gerekir, fakat susmasının kendi aleyhine sonuç çıkarılmasına neden olabileceği konusunda uyarılabilir,
3. Savcılığın sunduğu güçlü ve izah edilmeye muhtaç deliller var ise, bu deliller karşısında sanık tarafından açıklama yapılmaması, deliller değerlendirilirken suçlu olduğu yönünde bir sonuç yaratabileceği,
4. Sanığın susması, sorulara cevap vermemesi veya delil göstermemesi, mahkûmiyetin tek ve esas dayanağı olamaz başka delillerin de olması gerekir,
5. Mahkemenin böyle bir sonuç çıkarması durumunda gerekçenin detaylı olması, bu konuda sanığın yeterince açık bir biçimde aydınlatılmış olması, bir üst mahkeme tarafından tekrar incelenmesi gibi güvencelerin olması gerekir (TÜSİAD 2003: 86).

Bu itibarla AİHM'e göre, sanığın kendisi aleyhine delil vermeye zorlanamaması ve susma hakkı genel ve uluslararası kabul edilen bir temel hakkı ifade etmekte olup, aynı zamanda adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Susma hakkının özü, kendisine kanun tarafından verilen susma hakkını kullanıp kullanmayacağına *şüpheli/sanığın* ifade veya sorguda özgür iradesiyle kendisinin karar vermesi hakkının korunmasıdır (Ünver, Hakeri 2010: 90).

Diğer yandan CMK'nun 147/1 madde ve fıkrasının (e) bendi ile 191/3 madde ve fıkrasının (c) bendinde sanığa susma hakkı verilmiş olmasına rağmen CMK'nun 201. maddesinde anılan düzenlemelere aykırı durum yaratılmıştır. Zira sanık ancak kimliği ile ilgili hususlarda bilgi vermek dışında susma hakkı tanınan sanık, doğrudan soru sorma ve çapraz sorgunun objesi haline getirilmiştir. Sanığın susma hakkı ihlal edilerek kendisinden beyan alınması hukuka aykırı olur (Ünver, Hakeri 2010: 104). Hukuk felsefesi bağlamında

hem sanığa bir şeyi hak olarak verip diğerk yandan bu hakkın kullanılmasını onun aleyhine kullanamaz. Susma hakkı, sanığın temel haklarından olduğu gibi, suç işleyen bir kimsenin kaçması veya suçunu gizlemeye çalışması da sanığın temel hakkı olduğu aşikârdır. Nitekim benzer eylemleri yapan tanıklar konusunda cezalandırma yoluna gidildiği halde, sanıklar aynı nedenle bu tür davranışları nedeniyle cezalandırılmazlar (Ünver, Hakeri 2010: 144).

BÖLÜM IV

ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI VE KOVUŞTURMA

4.1. Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı ve Kovuşturma

Adil yargılanma hakkı açısından makul sürede yargılanmaya ilişkin hak, AİHS'nin 6/1 madde ve fıkrasında açıkça teminat altına alınmıştır. Benzer şekilde Anayasa'nın 141/4 madde ve fıkrasında: "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir " demek suretiyle makul sürede yargılanmaya gönderme yapmıştır. Ayrıca CMK'nun 190/1 madde ve fıkrasında ise: "Duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir" denilmek suretiyle yargılamanın ilke olarak tek oturumda bitirilmesi mevzuatta kabul edilmiştir. Anılan fıkranın devamında: "Ancak zorunlu hallerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir" şeklinde hüküm getirerek ilkeye istisna getirilmiş; ancak bu istisnanın her halükarda makul sürede yargılanma hakkına zarar vermeyecek şekilde söz konusu olabileceği vurgulanmıştır (Karakehya 2008: 168).

AİHM, *Stogmüller v. Avusturya* kararında, makul sürede yargılanmaya ilişkin hakkın amacını: "Hak arayan kişileri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak ve özellikle ceza davalarında, sanığın davanın ne şekilde sonuçlanacağı endişesiyle uzun süre yaşamasını engellemek olarak ifade etmiştir". Bu bağlamda, makul süreye uyulup uyulmadığının tespitinde, taraf devletin kendi mahkemesinin kararının mahiyetinin ne olduğunun bir önemi yoktur. Bir başka ifadeyle, dava makul sürede bitirilmiş olsaydı da davanın zaten sonucu açısından bir değişiklik söz konusu olmayacaktı, şeklindeki bir gerekçeyi Sözleşme organlarınca kabul görmemektedir. Örneğin, mahkemenin *Zana v. Türkiye* kararında da ortaya koyduğu üzere, başka bir suçtan dolayı cezaevinde mahkûm olarak cezasını çekmekte olan kimsenin, yargılama süresince zaten hapiste olduğu için özgürlüğünü kaybetme tehlikesini düşünemeyeceği, bu nedenden ötürü de yargılamada makul süreye uyulmamış olmasının başvuran bakımından önemli bir hak kaybı olmayacağı yönündeki gerekçe kabul edilemezdir. Zira infaz edilmekte olan cezaya

ek olarak, başka bir fiilden dolayı yeniden mahkûmiyete götürecek şekilde ceza alma tehlikesi kişinin mağduriyetini doğurmaya yeterlidir (Karakehya 2008: 170).

Makul kelimesi ile ifade edilmek istenen husus, hukukun temelinde yer alan sosyal bakımdan kabul edilebilir davranışların sınırıdır (Gölcüklü 1991: 2-3). Öncelikle her dava konusu, her somut olayda geçerli, her durumu içine alan standart bir “makul süre” tespitinin imkânsızlığı aşikârdır. Nitekim Strasbourg organları pragmatik davranmak suretiyle, makul süreyi her somut olayın mevcut şartları nazara alınarak değerlendirilmektedir (Gölcüklü 1991: 285).

AİHS'nin 6. maddesi, yargılamanın makul süre içinde bitirilmesini bir hak olarak aramaktadır. Bu hüküm esas itibariyle Sözleşme'nin 5. maddesinde yer alan, yakalanan veya tutuklanan kişinin, makul bir süre içinde yargılanması veya duruşmalar esnasında salıverilme hakkının, bir yansıması niteliğindedir. Hakikaten anılan 5. maddede özgürlüğü, yakalama ve tutuklama gibi geçici tedbirlerle kısıtlanmış kişiyi hedef alarak, bunun makul süre içinde ya yargılanmasını ya da bırakılmasını öngörmektedir. Buna karşın Sözleşme'nin 6. maddesi ise, özgürlüğü herhangi bir nedenle kısıtlanmamış kişi hakkında yürüyen davasının makul süre içinde dinlenmesinin altını çizdiği görülür (Donay 1982: 95). Bir başka ifadeyle makul sürede yargılanma hakkı, hem medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıkların hem de bir suç isnadının karara bağlanması açısından geçerlidir. AİHS'nin 6/1 madde ve fıkrasında yer alan makul süre kavramı, bütün yargılama sürecini ilgilendirdiği için, tutukluluktaki makul süre kavramından farklıdır (TÜSİAD 2003: 125).

Diğer yandan davayı makul sürede bitirmek amacıyla adalet oldubittiye getirilmemeli, davaların süratle ve ekonomik yollarla çabuk bitirilmesi ilkesi yanında, davada esas olan adaletin gerçeğe uygun sağlanması hedefi hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir (Çelik 2007: 83). Eş ifadeyle ceza muhakemesinin çabuk sonuçlanması ne kadar gerekli ise, kamu davasına konu maddi gerçeğin araştırılması da bir o kadar gereklidir. Yargılamanın çabuk bitirilmesi uğruna, maddi gerçeğin araştırılması feda edilemez. Bu itibarla ceza muhakemesinin çabuk sonuçlanması değil, hakikatin araştırılması açısından mümkün olduğu kadar çabuk sonuçlanmasından bahis edilmelidir. Makul süre içinde yargılanmanın insan haklarından sayılmasının sebebi budur (Kunter, Yenisey, Nuhoglu 2009: 38).

CMK'nun içeriğine bakıldığında kamu davalarının makul sürede bitirilmesi amacıyla çeşitli hükümler yasa koyucu tarafından konulduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi başlığı altında düzenlenen CMK'nun 160. maddesinde, ceza yargılamasının soruşturma evresinin sahibi veya sorumlusu olan Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Bu itibarla maddi gerçeğin araştırılması ve adil yargılanmanın yapılabilmesi için, emrindeki kolluk görevlileri marifetiyle şüphelinin lehine ve aleyhine olan bütün delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür. Zira mahkemeye açılan kamu davasının makul sürede bitirilmesinde, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan işlemlerin mahiyeti son derece önem arz eder.

Dolayısıyla CMK'da, Cumhuriyet savcısına soruşturmayı yapabilmesi için geniş yetkiler tanınmıştır. Bu bağlamda soruşturma kapsamında ilgili tüm kurumlara veya kamu görevlilerine yazılan yazılara vakit geçirmeksizin cevap verme yükümlülüğünü yüklemiştir. Emrindeki kolluk görevlileri de, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhal bildirmek ve Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle sorumlu oldukları açıkça düzenlemiştir. Aksi durumda ilgililerin sorumluluğunun doğacağından kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açık düzenleme yapılmıştır.

Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenlemek suretiyle görevli mahkemeye kamu davası açar. Şayet mahkeme soruşturma evresinde yapılan işlemler neticesinde toplanan deliller ile ilgili olarak suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenmiş olan veya ön ödemeye veya uzlaşmaya tabi olduğu soruşturma dosyasından açıkça anlaşılabilir işlerde ön ödeme veya uzlaşma usulü uygulanmaksızın düzenlenen veya CMK'nun 170. maddesine aykırı düzenlenen iddianameyi Cumhuriyet savcılığına iadesine karar verebileceğine ilişkin tüm yasal düzenlemeler, davaların makul sürede bitirilmesi amacına matuftur.

Haliyle soruşturma evresinde toplanan delillerin yeterli olacağı varsayımından hareketle CMK'nun 190/1 madde ve fıkrasında: "Duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir" düzenlemesi yapılmıştır. Ancak, buna rağmen duruşmada ortaya

çıkabilecek zorunlu hallerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebileceği de hüküm altına alınmıştır.

Kovuşturma aşamasında da kamu davalarının makul sürede bitirilmesi amacıyla farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Şöyle ki, CMK'nun 195/1 madde ve fıkrası ile suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabileceği, fakat sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılması gerektiği; 248. maddesinde, “kaçak” sayılan sanığı, duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla el konulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanacağı, ancak kaçak sanık yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda el koymanın kaldırılmasına karar verileceği; 307. maddesinde ise sanık, müdafii, katılan ve vekilinin dosyada var olan adreslerine de davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemeleri nedeniyle bozmaya karşı beyanları saptanmamış olsa da duruşmaya devam edilerek dava yokluklarında bitirilebileceğine dair yer alan hükümlerin varlığı ile güdülen gaye kamu davalarının makul sürede bitirmek için konulduğundan şüphe bulunmamaktadır.

Bu yasal düzenlemelere rağmen ceza mahkemelerine açılan kamu davalarının makul sürede bitirildiğini söylemek doğru olmayacaktır. Zira yargı teşkilatında bulunan hâkim ve savcı sayısının yetersizliği, hâkimlerin duruşmaya hazırlanmadan çıkmaları, bazı yargı mensuplarındaki bilgi bağlamında donanım eksikliği, müdafilerin veya vekillerin davaya bakış açıları, soruşturma evresinin son derece yetersiz yapılmış olması, kurumların yazılan yazılara zamanında cevap vermemeleri, kolluk makamlarının görevlerini yerine getirmede zafiyetleri, özellikle soruşturma aşamasında soruşturmanın bilgi bakımından son derece yetersiz veya şüphelinin üzerine atılı olan suçun kanundaki maddi unsurlarını bilmeyen ve bu bağlamda şüpheliye hangi soruların sorulması gerektiğini bilmeyen kolluk vasıtasıyla yapılmış olması, temyiz incelemelerinin uzun sürmesi... gibi daha bir çok nedenden ötürü davaların makul sürede bitirilemediği görülmektedir.

Son olarak davaların makul bir sürede görülüp neticelendirilmesi, adaletin gecikmemesi, yargı ile bağlantılı çalışan kamu kurumlarının adli görevlerini zamanında ve doğru bir şekilde yerine getirmesine de bağlıdır (Petek 2006: 41).

4.1.1. Makul Sürenin Belirlenmesi

Adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan makul sürede yargılanma hakkı, insan var olduktan günümüze kadar ki tarihinin her döneminde önemli yerini korumuştur. Bu önemli hak, insanlık tarihinin ilk yazılı anayasası olarak bilinen 19 Haziran 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'da: "Kimseye hakkı ve adaleti satmayacağız, menetmeyeceğiz ve geciktirmeyeceğiz" sözleriyle ifade edilmiştir (Kaşıkara 2009: 68).

Davaların yargılama makamları önünde zaman içinde uzaması veya sürüncemede kalması pek çok taraf ülkede şikâyetlere neden olmaktadır. Gecikmiş adalet, adaletsizlik olduğuna göre adil yargılanma taahhüdünde bulunmuş Sözleşme'ye taraf devletlerin bu mevcut şikâyete konu duruma çare bulmaları kaçınılmaz bir zorunluluktur. Mahkeme *Tutsa v. İtalya* kararında ifade ettiği üzere, 6/1 madde ve fıkrası; "...devletleri kendi adli sistemlerini mahkemelerin bu fıkra gereklerinden her birini yerine getirecek şekilde düzenlemeyi mecbur tutmaktadır". Mahkeme, yargılamanın makul süre içinde tamamlanmasını emreden hükmün amacını ilk kararlarından olan *Stögmüller v. Avusturya* kararında açık bir şekilde ifade etmiştir. Şöyle ki:

"Tüm hak arayanlar için geçerli olan bu hükmün amacı kişileri yargılama işlemlerini sürüncemede kalmasına karşı korumak; özellikle ceza davalarında suçlanan yahut herhangi bir nedenle mahkeme kararı bekleyen kişinin uzun süre davasının nasıl sonuçlanacağı endişesiyle yaşamasını önlemektir" (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 283-284).

AİHM, sözleşmeye taraf olan devletleri, yargısal sistemlerini en hızlı işletecek şekilde yapılandırmalarından sorumlu tutmaktadır (Çiftçi 2003: 95). Bu bağlamda Sözleşme'nin taraf devleti olan Türkiye, anılan sorumluluğu açısından geliştirdiği ve yargı teşkilatında fiilen kullanılan Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) ile yargılamaların makul sürede bitirilmesine dair katkılarının büyük olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira sadece UYAP sistemi ile ilgili bir örnek vermek gerekirse; bir mahkemenin özellikle iş yoğunluğu fazla olduğu İstanbul'daki bir mahkemeye sanığın savunmasının veya tanığın dinlenmesi için yazılan talimatın ismi verilen sistem sayesinde ilgili mahkemenin ekranına anında yansyarak aynı gün talimat duruşmasının günü belirlenebiliyor olması ve sonrasında talimat mahkemesince alınan savunma veya tanık beyanı aynı anda talimatı gönderen mahkemenin kendi ekranından UYAP'tan bir suretinin alınır hale gelen bu

teknolojik gelişme, son derece önemlidir, görülmekte olan davaların makul sürede bitirilmesine ciddi mahiyette etki ettiğini ifade etmek yerinde olacaktır. Daha öncesinde İstanbul'daki mahkemelere yazılan talimatların 5 ya da 6 ay gibi bir sürede talimatı yazan mahkemeye iade edildiği gerçeği karşısında UYAP'tan sonra ise bu süre ortalama 2 veya 3 ay inmiş olması gibi. Söz konusu UYAP sistemi Türk Yargısının ciddi mahiyette nasıl ve ne şekilde teknik olarak hız kazandırdığına dair hususlar ayrı bir tez konusu olarak incelenmeye değer bir husustur.

Diğer yandan davaların makul süre içerisinde bitirilememesi, tarafların yargıya olan güvenini sarsmakta ve özellikle de davanın gecikmesinde yararı olanı cesaretlendirmektedir. Devletin, vatandaşının yargıya olan güveni sağlamak ve bu güveni devam ettirmekteki ödevini ihmal etmeksizin yerine getirmesi gerekir. Makul süre içerisinde bitirilemeyen davanın sonunda hakkını elde eden mağdur veya sanık, bu mevcut gecikme sebebiyle ya hakkını tam olarak elde edemeyecek ya da bu gecikmeden dolayı zarar görecektir. Yargılamaların makul süre içerisinde bitirilememiş olması durumunda, yargıya olan güven kaybı ile birlikte kişinin hakkını bireysel olarak yasal olmayan biçimde doldurma gayreti içine girecektir (Kaşıkara 2009: 169).

4.1.2. Makul Sürenin Belirlenmesinde Kullanılan Ölçütler

Ceza davalarında suç isnadı, kamu adına dava açmaya yetkili makamın, soruşturma dosyasına konu davayı mahkeme önüne götürme anlamına gelmez. Sanığın suç işlediğine dair resmi bir iddianın olduğu manasındadır. Bu nedenle makul süre, çoğu zaman olayın ceza hâkimi önüne götürmesinden daha da önce polis veya savcılık soruşturmasına başlandığı zamanda veya yetkili makam tarafından, şüpheliye suç işlediğine dair iddianın resmi bildirimini ile işlemeye başlayabilmektedir (TÜSİAD 2003: 127). Diğer bir ifadeyle ceza davalarında AİHS'nin 6/1 madde ve fıkrasında yer alan suçlama deyimi mahkemenin otonom kavramlar doktrini uyarınca teknik hukuki anlamda yani iddia makamının işi yargıç ya da mahkeme önüne götürülmesi şeklinde değil, ilgilinin suç işlediği şüphesi altında olması anlamındadır. Bu itibarla makul sürenin sonu ise, mümkün ve olası kanun yolları dâhil yargılamanın kesin hükümlerle sonuçlandığı tarihtir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 285). Bununla birlikte Komisyon'un bazı olaylarda ileri sürdüğü görüşüne göre; bir kimsenin suç işlediğine dair hakkında duyulan kuşku nedeniyle kişinin durumunun ciddi

şekilde etkilendiği aşama, makul sürenin başlangıcı olarak kabul etmektedir (Çavuşoğlu 199: 35).

Mahkeme, *Poiss v. Avusturya* kararında da ifade ettiği gibi, ceza davalarında sanığın yargılama makamlarıyla aktif bir işbirliği yapmak gibi bir mecburiyeti yoktur. Başvurucunun, kendisinin yasal mevzuatın vermiş olduğu kanun yollarını sonuna kadar kullanması ve bu yüzden yargılanmasının uzamış olması halinde makul sürenin aşılmasından dolayı kendisini sorumlu tutmak mümkün değil ise de, AİHM benzeri durumlarda sanığın iyi niyetli manevraları da hesaba katmaktadır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 287). Diğer yandan kamu davası Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüşse, anılan mahkemede geçen süre ilke olarak hesaba katılmayacaktır. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin kararı asıl davanın esasını etkileyecek mahiyette ise-bekletici mesele gibi bu süre de hesaba katılacaktır (Gölcüklü 199: 128).

Tüm anlatılanlar ışığında AİHM, her olayın kendine özgü farklılıkları olabildiği için, yargılama süresinin makul olup olmadığı konusunda, görülmekte olan davanın barındırdığı özellikler kapsamında değerlendirme yapmış olduğundan dolayı makul sürenin ne olduğuna ilişkin belirli olan mutlak bir süre yoktur. Buna rağmen, sekiz yıl ve üzerindeki süreleri, Mahkeme içtihat denebilecek şekilde her zaman, Sözleşme'nin 6/1 madde ve fıkrasına aykırı bulmaktadır. Ancak bu tespit, daha kısa süren davaların, makul bir sürede bittiği anlamına gelmez. Zira davanın şartlarına göre altı veya yedi yıllık süreler 6/1 madde ve fıkrasına aykırı bulunmazken, bazı diğer durumlarda ise üç ile beş yıl arasındaki sürelerin makul olmadığına karar verilmektedir (TÜSİAD 2003: 125).

Yakış v. Türkiye davasında, başvuru için 15 yıl süren yargılamanın davanın uzunluğu nedeniyle, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Yakış v. Türkiye Davası, 25.9.2001 gün ve 33368/96).

AİHM'ye başvurabilmek için taraf devletin mevzuatının düzenlemesinde ışığında kendi iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunludur. Ancak AİHM, makul süreye uyulmaması halinde, iç hukuk yolları tüketilmeden de yapılan başvurular kabul etmektedir (Arslan http://www.yargitay.gov.tr/content/view/168/68/Adil_Yargılanma_Hakkı). Diğer yandan kamu davasının zamanaşımı ile düşmüş olması veya iddia makamı tarafından yapılan soruşturmanın takipsizlik kararı ile sonuçlanmış bulunması makul sürenin aşıldığı

hükümünün ihlaline mani değildir. Mahkeme, *H v. İngiltere davasında* belirttiği üzere, makul sürenin değerlendirmesinde dava sonucu önemli ve etkili değildir, başka bir deyişle dava makul süre içinde bitirilmiş olsaydı dahi sonucun değişmeyeceği hususu devlet lehine def'i teşkil etmez (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 287).

Mahkeme yargılamada makul süreyi araştırırken değerlendirme anlamında üç ölçüt kullanmaktadır. Bunlardan birisi dava konusunun niteliği, ikincisi yargılama sırasında başvuruçular ulusal merciler önündeki tutumu, üçüncüsü ise ulusal yargılama makamlarının tutumudur (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 286). Bu üç kriterin toplam etkisi, sanığın makul sürede yargılanıp yargılanılmadığını belirlemektedir (TÜSİAD 2003: 128).

4.1.2.1. Dava Konusunun Niteliği

Dava konusunun zorluğu ölçütünün kapsamına, dava konusunun karmaşıklığı, davaya konu hukuki meselenin çözümündeki güçlük, delillerin toplanmasında karşılaşılan problemler, maddi olayın girift olması, sanıkların veya sanıklara isnat edilen suçların mahiyeti, sayısı, bilgisine başvurulması gereken tanıkların sayısı, tanıkların yargılamanın yapıldığı mercilerin mesafeleri, davanın uluslararası boyutunun bulunması gibi birçok sebep etken olmaktadır. Ancak bu unsurlar tek başına yargılamanın uzamasına neden oluyor ve diğer bazı unsurlar da ilave fonksiyonu oluyorsa, davanın zorluğu gerekçesi haklı bir dayanak olmaktan çıkmaktadır (TÜSİAD 2003: 128).

Davanın zorluğu, AİHM tarafından makul sürenin tespit edilmesinde belirli bir aşamaya kadar haklı neden olarak sayılabilmektedir. Fakat kamu davasına konu uyumsuzluk ne kadar karmaşık olursa olsun, davanın sonuçlanması kabul edilemez şekilde uzun sürmesi durumunda, bu halde davanın karmaşık olması haklı gerekçe olmaktan çıkmaktadır. AİHM, *Ferrantelli ve Santangelo v. İtalya* davasında, 16 yıl sonra sona eren davanın son derece karmaşık olduğunu kabul etmiş olmasına rağmen, yine de davanın 16 yıllık sürmesi göz önüne alındığında, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğinin kabulünden başka bir sonucu ulaşmanın mümkün olmadığını altı çizilmiştir (Karakehya 2008: 176). Mahkeme *Ramazanoğlu v. Türkiye* davasında AİHM, başvuruçunun yargılanma sürecinin yaklaşık 21 yıl 6 aydır devam etmekte olduğunu göz önünde bulundurmuştur. Ulusal mahkemelerin yetkisi dâhilinde olan yargı süreci oldukça uzun bir zamandır devam etmiştir. Davanın karmaşık olması yargılama süresinin bu denli uzun

sürmesini haklı çıkarmaz. Bu nedenle AİHM, oybirliği ile 6/1. maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.

Bir davanın karmaşık olup olmadığını değerlendirilirken davanın tüm aşamaları nazara alınmaktadır. Karmaşıklık nedeni, hem davanın bünyesine yer alan maddi gerçekleri hem de yasal düzenlemelerle ilgili olabilir. AİHM'nin önem verdikleri arasında, dosya kapsamında temin edilmesi gereken maddi deliller, suçlanan sanık ve tanık sayısı, uluslar arası unsurlar, davanın başka davalarla bağlantılı olması sebebiyle birleştirilmesi ve yargılama usulüne başka kişilerce yapılan müdahale bulunur (Mole, Harby 2001: 22). Fakat AİHM'in *Zana v. Türkiye* kararında da belirttiği üzere, yer ve madde yönünden yetki uyumsuzlukları, davanın karmaşıklığına dâhil edilmediğinden bu tür nedenlere bağlı olarak görülmekte olan davanın makul sürenin üzerinde tamamlanması halinde adil yargılanmanın ihlaline hükmedilmektedir (Karakehya 2008: 176).

4.1.2.2. Başvurucunun Tutumu

Sanığın hakkında açılan kamu davasının yargılama sırasındaki genel tutumu, dosya açısından makul süre tespit edilirken dikkate alınmaktadır. Bu itibarla örneğin tarafına verilen sürelerle uymayan, savunma ile ilgili antitezlerini zamanında ve tam olarak ileri sürmeyen sanığın bu davranışları makul süreye uyulup uyulmadığının belirlenmesinde nazara alınmaktadır (Karakehya 2008: 179).

Bu bağlamda başvuru yargılamanın gecikmesine neden olmuşsa, bu durum şikâyetini zayıflatır. Ancak başvuru aşamasında savunmasını yapmak için kanunun içinde kalacak şekilde çeşitli mevcut usullerden sonuna kadar faydalanmış olması, kendisinin aleyhine karşı kullanılamaz. Bu itibarla başvuru yargılama neticesinde hüküm giymesine yol açabilecek şekilde yargılamaları hızlandırmak için faal bir şekilde işbirliği yapması beklenmez. Başvuru eğer yargılamayı kendi çabalarıyla hızlandırmaya çalışırlarsa bu onun lehine değerlendirilecektir. Ancak yargılamanın hızlandırılması için teşebbüste bulunulmamış olması bu hususta belirleyici değildir (Mole, Harby 2001: 23).

Başka bir ifadeyle AİHM'in *Capuano v. İtalya* kararında belirttiği üzere; ceza davasında sanık, yargılama makamlarıyla aktif olarak işbirliği yapmak mecburiyetinde değildir. Başvurucunun, ceza usul kanununun açık yollarını sonuna kadar kullanması ve bu nedenden hakkındaki yargılamanın uzaması durumunda makul sürenin aşılmasından sanığı

sorumlu tutmak mümkün değil ise de, AİHM benzeri hallerde sanığın kötü manevralarını da dikkate almaktadır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 287). Diğer yandan davanın hareketsiz kaldığı dönemlerde, sanığın bu mevcut durumu hatırlatmak için inisiyatif kullanmaması, devlet tarafından bir gerekçe olarak ileri sürülememektedir. Devlet kamu davasının hareketsiz kalması nedeniyle ortaya çıkan somut bu durumdan veya ihmalden sorumlu olacaktır (İnceoğlu 2005: 384).

4.1.2.3. Ulusal Yargılama Makamlarının Tutumları

AİHM'nin, adaletin hakkaniyete uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için mahkemelerce birbiri ile bağlantılı davaları birleştirilmesi, dosya kapsamında delil toplama gibi nedenlerle davayı uzatmalarını belirli bir aşamaya kadar makul kabul ettiği görülmektedir. Ancak yargılama makamı tarafından bu tür kararların yargılamayı uzatacağı hesaplanmalı ve bu tür işlemler nedeniyle geçen zamanı davanın diğer safahatında daha çabuk davranmak suretiyle telafi edilmeye çalışılmalıdır (Karakehya 2008: 180).

AİHM, adli makamların yargılamayı mümkün olduğunca hızlandırma çabalarının başvuruçunun 6. madde kapsamındaki garantilerden yararlanmasını temin etme açısından önem taşıdığını açıklığa kavuşturmuştur. Dolayısıyla taraf devletlerin ulusal mahkemelerinin diğer bir görevi de yargılamada rolü olan herkesin, yargılamanın gereksiz gecikmelerini önlemek için azami gayret göstermesini sağlamaktır. Strazburg organları tarafından Devlete atfedilebileceği kararlaştırılan gecikmelerin arasında; ceza davalarının mahkemeler arasında devredilmesi, iki veya daha fazla sanığın birlikte duruşmaya çıkarılması, kararın sanığa tebliğ edilmesi ve temyiz başvurularının yapılması ile temyiz davalarının görülmesi bulunur (Mole, Harby 2001: 23-24).

Kamu davalarına konu olan yargılamalarda, bir dosyanın veya belgenin bir mahkemeden diğerine gönderilmesinde veya verilen kararın yazılmasındaki gecikme gibi mahkemelere atfedilebilecek bazı hallerde de devletin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. AİHM, *B v. Avusturya* davasında, tutuklu yargılandıktan sonra mahkûmiyet alan sanığın, karara karşı temyiz yoluna başvurmayı düşünen başvuruçuya ilişkin mahkûmiyet kararının duruşmada tefhim edilmesine müteakiben 33 ay sonra yazılmasını ve başvuruçuya geçen zamandan sonra tebliğ edilmesini Sözleşme'nin 6/1 madde ve fıkrasına aykırı bulmuştur (İnceoğlu 2005: 388).

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan makul süreye uyulması açısından ulusal yargılama makamları kendi üzerlerine düşen görevleri ziyadesiyle yerine getirmiş olmasına rağmen, hâkim sayısının yetersizliği, siyasi ortam, ulusal hukuktaki boş kalan alanlar, hâkim sayısına göre iş yükünün ağırlı gibi zorluklar nedeniyle makul sürenin aşılması halinde de devletin sorumluluğu devam etmektedir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 287). Çünkü devlet, sadece yargılama organlarının eliyle değil, tüm devlet çatısı altında bulunan kurumları tarafından adil yargılanmayı sağlamak için gerekli imkânları sağlamakla sorumludur. Ancak burada başka bir konu da, yargı sistemi içerisindeki hâkim, savcı ve diğer personelin sayısının artırılmasının makul sürede yargılamaya katkısı olacağı muhakkak ise de, bunu tek başına yeterli olamayacağı aşikârdır. Nitekim bunun yanında benzer sorunların giderilmesinde çoğu kez çalışanların niteliği de, en az görevli sayısı kadar önem arz etmektedir (Karakehya 2008: 181). Diğer yandan hâkimin kişiliği, görev anlayışı, özveride bulunması ve motivasyonu en önemli nedenlerdendir. Bu bağlamda hâkimlerin daha fazla motivasyon sağlamaları için ücretlendirme diğer yardımcı motivasyon araçları bakımından iyileştirmeye gidilmelidir (Karakehya 2008: 182).

Yargılama mevzuatımızda, kamu görevlilerinin veya muhakemenin ilerlemesine etkisi olan kişi veya kurumlar tarafından adli emirleri yerine getirmekte ihmal göstermelerinin ve bu surette ceza muhakemesinin gecikmesinin önüne geçilmesi amacıyla bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre muhakeme sırasında, gerçek veya tüzel kişiler, kovuşturma ve soruşturma organlarının taleplerini yerine getirme yükümlülüğü altındadırlar. Bu bağlamda: "Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle... hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idari para cezası verilir" (Kabahatler K. m.32). Diğer yandan tanıklık yapmaktan veya kamu davasına konu suç ile ilgili olarak delil olabilecek eşyayı teslimden kaçınan kimseler hakkında üç aya kadar disiplin hapsine karar verilmesi mümkündür. Bunların dışında TCK'nun 257/2 madde ve fıkrası ise, herhangi bir yargılama makamının veya savcılığın adli işlere ilişkin emirlerini yerine getirmeyen kamu görevlileri bakımından ise ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır. CMK'nun 161/5 madde ve fıkrasına göre:

"Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlilerine ile cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk amir ve

memurları hakkında cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır" (Karakehya 2008: 180).

AİHM, *Akyazı v. Türkiye* davasında Sıkıyönetim Mahkemesinin sanık hakkında yedi yıl dokuz ayda kararını açıklamıştır. Askeri Yargıtay itirazı beş yıl dört ay sonra gündemine almıştır. Buna müteakiben Askeri Yargıtay davayı gündemine aldıktan yaklaşık yedi ay sonraya tekabül eden 4 Temmuz 1995 tarihinde dosyayı neticeye bağlamıştır. Bu karara müteakiben sanık hakkındaki yargılama dosyası Ankara Ağır Ceza Mahkemesinde görülmeye başlamış ise de, anılan mahkeme zamanaşımına dayanarak yargılamayı sona erdirmiştir. AİHM, tüm bu anlatılanlar ışığında gerek ilk derece mahkemesinde gerekse temyiz sürecinde önemli gecikmeler olduğu kanısındadır. Bu gecikmeler davanın karmaşıklığı ile açıklanamaz ve başvurana karşı yürütülen cezai kovuşturmanın uzamasının sorumluluğu ulusal makamlara verilmeliydi. Mahkeme, kendisindeki delillere ve konu hakkındaki içtihadına dayanarak, ceza yargılamasının uzun sürmesinin makul süre yükümlülüğünün yerine getirilmemesine yol açtığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 6/1 madde ve fıkrasının ihlal edildiğini belirtmiştir.

Başka bir örnek vermek gerekirse *Zimmerman-Steiner v. İsviçre* kararında, İsviçre Federal Mahkemesi uzun bir süre dosya üzerinde hiçbir işlem yapmadan hareketsiz kalmıştır. İsviçre Hükümetinin, Federal Mahkemenin ağır bir işyüğü altında bulunduğunu istatistikleriyle ortaya koyması ve mahkemenin bu yüzden davaları önemlerine göre sırayla incelediği şeklindeki savunması, geçerli mazeret olarak kabul edilmemiştir (Ünal 1995: 157).

4.2. Yasayla Kurulmuş Mahkeme Hakkı ve Kovuşturma

Yargılama devletin belli makamlarının, devletin egemenliğine dayanarak, bir olayın hukuk normları karşısındaki somut durumu ile ilgili olarak ortaya çıkan uyuşmazlığa kesin, yerine getirilebilir ve göz önünde tutulabilir bir kararla son vermesidir. Aynı şekilde ceza yargılaması da, devletin belli makamlarının somut bir olayla ilgili olarak suç isnadının yapılmasıyla ortaya çıkan uyuşmazlığı, devletin egemenliğine veya gücüne dayanarak kesin, yerine getirilebilir ve göz önünde tutulabilir bir kararla çözmesi ve olay suç ise, fiilin karşılığı olacak şekilde müeyyidenin belirlenmesi faaliyetidir (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 21).

Yargılamanın genel bir tanımı verdikten sonra mahkeme, kendi yetki alanı içindeki maddi olayları ve meseleleri mer'i hukuk kurallarına ve önceden öngörölmüş yargılama usullere göre karara bağlamak üzere kurulmuş, yargısal görevleri yerine getiren bir makam olarak tanımlanmıştır (Kaşıkara 2009: 120). Başka bir ifadeyle mahkeme, kovuşturma aşamasında duruşma ve duruşmadan sonuç çıkarma evrelerinde yargılama görevini yapan makam olarak da tanımlanabilir. Ceza davaları açısından mahkeme, görevli ve yetkili olduğu suçlara ilişkin kamu davaları, ceza muhakemesi kuralları temelinde, belirlenen usullere bağlı olarak yaptığı yargılama sonunda karara bağlayan bir süjedir ve anılan süjenin kamu davasının tarafları ile ilgili olarak adil bir karar verebilmesi için öncelikle bazı nitelikleri taşıma gerekir (Türkiye Barolar Birliği 2008: 102).

Her şeyden önce mahkemenin dava konusunu kesin karara bağlama yetkisi bulunmalıdır. Bir mahkemenin verdiği kararın yerine getirilip getirilmeyeceğine başka bir yetkili mercii veya makam karar veriyorsa, suç isnadını karara bağlayan bir mahkemeden söz etmek mümkün değildir. Bazı konularda yorum yapma yetkisi olmayan, yorum yetkisini bir idari kuruma bırakan organ da bağımsız bir mahkeme olarak görülemez (TÜSİAD 2003: 55).

Yasayla kurulmuş mahkeme kuralı gereğince, gerek mahkemelerin kuruluş ve yetkileri, gerekse izleyecekleri yargılama usulü, yürütme erkinin düzenleyici işlemleri veya tasarrufları ile değil, ancak yasa yoluyla ve kamu davasına konu maddi olay ortaya çıkmadan önce belirlenecektir. Bu itibarla kişi veya olaya göre yargılama makamı oluşturma imkânının önü kesilmiş olacak, dolayısıyla olası keyfilikler önlenecektir. Bu teminat, doğal yargılama makamı ve doğal yargıç ilkesini yansıtmaktadır (İnceoğlu 2005: 163). Diğer yandan yasayla kurulmuş mahkeme kuralı, sadece belli bir kategorideki mahkemelerin yargı yetkisi içinde yer alacak maddi konuların tespit edilmesi değil, her bir mahkemenin kuruluşunu ve yer bakımından yargı yetkisinin tespit edilmesi de dâhil olmak üzere mahkemelerin organizasyonlarına ilişkin kuruluşu ifade etmektedir (TÜSİAD 2003: 55). AİHS anlamında mahkeme kavramının öteki vasıfları ise, görevine dâhil konularda belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanılarak gereğince devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün karar verme yetkisini elinde tutmasıdır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 280).

Mahkemenin yasayla kurulmuş olma kuralı, yasaya uygun olarak kurulmuş olmayı da içinde barındırır. Terör suçları veya devlete karşı işlenmiş suçlar gibi bazı örgütlü suç

kategorilerine ilişkin olmak üzere özel yetkili mahkemelerin kurulması da, yasayla kurulmuş olması ve AİHS'de adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddenin diğer gerekli olan şartlarını yerine getirdiği müddetçe mümkündür (TÜSİAD 2003: 56).

Fisher v. Avusturya kararında AİHM ifade ettiği üzere mahkeme, kanunen kurulan yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencesine sahip bir makamı ifade etmektedir. Niza ya da suçlamanın bu niteliklere sahip bir organ önüne götürülmesi altıncı maddenin bireye sağladığı adil yargılama güvencesinin temel ve yapıcı unsurlarından biridir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 279).

Yukarıda anlatılan konu bağlamda özetle, olağan veya tabii mahkeme, somut bir olay veya olaylarla bağlantılı olacak şekilde kurulmamış, söz konusu maddi olay gerçekleşmeden önceden yasayla kurulmuş mevcut mahkemelerdir. Anılan mahkemeler, suçtan sonra kurulmuş olağanüstü mahkemelerin karşılığıdır. Olağan mahkeme hâkimine *tabii hâkim* denilmektedir (Kunter 1986: 129).

Diğer yandan bağımsız, tarafsız ve adil yargı erkinin ve yargılama işlevinin can alıcı temel vasıflarından biri, olağanüstü mahkemelerin kurulmasına izin verilmemesidir. Tabii hâkim ya da doğal yargı yeri ilkesi diye ifade olunan bu genel kural, hiçbir kimsenin kendisine yüklenen suçu işlediği tarihte görev yapan yetkili mahkemeler haricinde, suçun işlenmesinden sonra oluşturulacak mahkemeler önünde yargılanmamasını teminat altına alır (Tanör 1996: 235).

Doğal yargıç güvencesi, kanuni hâkim güvencesi başlığı altında Anayasa'nın 37. maddesinde teminat altına alınmıştır. Buna göre: "Hiç kimse kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz ". Anayasa'nın bu açık maddesinin varlığı sayesinde, hâkim bağımsızlığı yasama organına karşı güvence altına alınmıştır.

4.3. Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma Hakkı ve Kovuşturma

Demokratik bir toplumda yargı makamlarının bağımsızlığının temelinde, kuvvetler ayrılığı vardır. Devletin çeşitli organlarının kendine has görevleri vardır. Devletin bir kurumu olarak yargı organı ve birey olarak hâkimler, mahkemede bulunan davalar hakkında karar verebilmek için münhasır bir yetkiye sahip olmalıdır. Bu itibarla yargı organı ile her bir hâkim, hem devletin hem de özel kişilerin müdahalelerine karşı korunmuş

olmalıdır. Yargının bağımsızlığı devletçe teminat altına alınmalı, mevzuatta düzenlemeler yapılmış olmalı ve nihayetinde tüm kurum ya da kuruluş tarafından yargı, saygı görmelidir. Devletler adaletin dağıtılması konusunda son derece hassas davranmak suretiyle siyasi ve diğer müdahalelere karşı yapısal ve işlevsel tedbirler almalıdır (Uluslararası Af Örgütü: 160).

Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı, AİHS'nin 6/1 madde ve fıkrasında açıkça teminat altına alınan haklardandır. Bu itibarla kovuşturma aşamasında duruşmayı yapacak mahkemenin hem bağımsız hem de tarafsız olması, sanığın adil yargılanma hakkının doğal sonucudur. Mahkemeye ait her iki vasıf birbiri ile bağlantılı, fakat birbirinden farklı hususiyetlerdir. Mahkemenin bağımsızlığı, tarafsızlığının ön koşuludur. Bağımsızlık mahkemesinin genel itibariyle yasama, yürütme, yargı ve dış etkilere karşı korunmasını ifade ederken, tarafsızlık maddi olaya bakan yönüyle mahkemenin uyuşmazlığın tarafları arasında yanlı olmamasını ifade eder (Karakehya 2008: 187).

Hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz şartlarının başında, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı gelir. Bağımsız ve tarafsız bir yargı makamında yargılanma hakkı, öylesine önemli bir haktır ki, İHK, istisna kabul etmeyen mutlak bir hak olduğunu açıkça ifade etmiştir. Haliyle bu durumun doğal bir sonucu olarak, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, ülkelerin anayasalarında ve uluslararası insan hakları belgelerinde veya sözleşmelerinde teminat altına alınmıştır (Kaşıkara 2009: 128).

Anayasa Mahkemesi tarafından 27.01.1977 tarih ve 1976/43 esas,1977/4 karar sayılı ilamında; mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hukuk devletinin en temel unsuru olup, bu husus Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında: "Anayasal güvencelere sahip yani kısaca bağımsız ve tarafsız bir yargı denetiminin, hukuk devleti ilkesinin öteki öğelerinin güvencesini de oluşturan temel öge olduğu" belirtilmiştir.

4.3.1. Mahkemenin Bağımsızlığı

Demokratik hukuk devleti olmanın gerekli koşulu veya olmazsa olmaz unsuru, yargı bağımsızlığıdır (Arslan, http://www.yargitay.gov.tr/content/view/168/68/Adil_Yargılanma_Hakkı). Mahkemelerin bağımsız olması, herhangi bir kişi, kurum veya organdan emir ya da talimat almamak, yasamanın, yürütme organın ve diğer bazı dış etkilerin altında kalmaması, başka bir anlatımla özgür olmasıdır (İnceoğlu 2005: 166). Yargı yerinin

özgürlüğü ya da bağımsızlığı, adil bir yargılanmanın en temel kurallardandır. Yargı makamının bağımsızlığı, belli bir davada hüküm kurmakla karşı karşıya bulunanların, önlerine gelen hukuki meseleler veya kamu davaları hakkında tarafsız bir şekilde, maddi olaylara dayalı ve mevzuata uygun bir şekilde, devlet erkinin herhangi bir biriminin ya da başka bir kurumun bir müdahalesi, baskısı ve diğer etkileri olmaksızın karar vermekte özgür olmaları anlamına gelmektedir (Çelik 2007: 57). Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse yargının bağımsızlığından murat, hâkimin keyfi bir şekilde hüküm oluşturmasına zemin sağlamak değil, tam aksine hâkim hiç bir etki ve tesir altında kalmadan ve sadece yürürlükteki kanunlara ve vicdani delil sistemi kapsamında adaleti gerçekleştirmesini sağlamaktır (Çoban 2006: 11).

AİHM'nin içtihatlarında, bir mahkemenin bağımsız olup olmadığına karar verirken, üyelerin atanma biçimini, görevden alınma yöntemlerine, görev süresine, mahkeme üyelerine emir verme yetkisine sahip bir makamın olup olmadığına, üyelerin muhtemel her türlü etkiden koruyacak önlemlerin alınıp alınmadığına, dış etkilere karşı garantilerinin varlığını ve son olarak bağımsız bir görünüm verip vermediğine nazara almaktadır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 281). Diğer yandan AİHM'nin başka uygulamalarında ise, mahkemenin bağımsızlığını ele alırken, hâkimlerin atanma şeklinin, tek başına onların bağımsız olup olmadıkları konusunda kesin bir kanaat ortaya koymadığı görülmektedir. Mahkeme, bu hususu bağımsızlık açısından diğer unsurlarla ele aldığı görülmektedir. Bu itibarla mahkeme üyelerin bir bakan tarafından atanması her zaman bağımsızlık ilkesine aykırı bulmamaktadır (Karakehya 2008: 190).

Bu bağlamda Türkiye bakımından, Adalet Bakanı'nın bizzat başkanlık ettiği ve müsteşarının kurulun doğal üyesi olduğu HSYK' nın, hâkimlerin mesleğe kabul ve atama işlemlerini yapması tek başına mahkemelerin bağımsız olmadığını göstermeye yeterli bulunmamakta ve adil yargılanma hakkının ihlaline neden olmamaktadır. Buna mukabil AİHM *Uslu v. Türkiye* kararında ise, kararları yargı denetimi tabi bulunmayan HSYK' nın hâkim atamalarının altına imza atmasının, mahkemelerin bağımsız olmadığını gösteren ve bu konuda geçerli bir neden olmadığı sonucuna varmıştır (Karakehya 2008: 190).

Yargı makamının üyelerinden birisi, taraflardan birinin astı konumunda ise şartlar farklı bir alana kayar. Bu halde yargı yerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda bir şüphe ortaya çıkabilecek mahiyettedir. *Findlay ve Birleşik Krallık* davasında AİHM, askeri yargı tarafından verilen mahkûmiyet kararının komutan tarafından onaylanmasından

itibaren uygulanabileceği hususu ile ilgili olarak: "Yargı dışı bir merci tarafından değiştirilemeyen bağlayıcı karar verme yetkisi, mahkeme kavramının en önemli ilkesidir ve bu ilke aynı zamanda 6/1 madde ve fıkranın gereklerinden olan bağımsızlık şartının bir unsurudur, söz konusu onay yetkisi bu ilkeye aykırıdır" (Erşen 2009: 299).

Mahkemelerinin bağımsızlığı ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2002 tarih ve 2001/309 esas, 2002/91 karar sayılı ilamında:

“Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan bağımsız yargı gücü, günümüzde temel hak ve özgürlüklerin olduğu kadar kamusal düzenin korunmasının da güvencesidir. Yargının bağımsızlığının amacı ise bireylere her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak adaletin dağıtılacağı güven ve inancı vermektir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen objektif bağımsızlık da yargılama çalışmalarında hâkimlerin hiçbir etki altında kalmamaları gereğine dayanmaktadır. Taraflardan birinin davasını üstlenen bir avukatın kısa bir süre önce o mahkemede hâkim veya savcı olarak görev yapmış olması, karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık yapabilir. Yargıya bir etkinin yapılması kadar, yapılabilmesi olasılığı da adaleti olumsuz yönde etkileyerek sonuçta yargı bağımsızlığını zedeler” şeklinde ifade edilmiştir (Ergül 2004: 245-257).

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde kuvvetler ayrımı ilkesi tam anlamıyla yürürlükte olduğunu söylemek yerinde değildir. Ancak yargı makamı, yasama ve yürütme organlarından bağımsızdır. Bir başka ifadeye kuvvetler ayrımı söz konusu olduğunda yargı organı ile diğer organlar arasındaki ayrım anlaşılmaktadır. Anayasa'ya göre yargı yetkisi bağımsız mahkemeler eliyle kullanılır. Bu bağlamda Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan düzenleme ile bir taraftan yargı organının diğer erklerden bağımsız, onların herhangi bir etkisi altında kalmadan yargı işlevini yerine getirmesini güvence altına alırken, diğer yandan yasama ve yürütme erklerinin mahkeme kararlarına uygun davranmalarını güvence altına almaktadır. (Polatoğlu 2003: 99). Başka bir ifadeyle mahkemelerin bağımsızlığının temelinde kuvvetler ayrılığı ilkesi yatmaktadır. Yargı erki, yürütme ve yasama organının işlemlerinden bağımsız nitelikte olmasını anlatır. Hukuk devletinin temel vasıflarından biri de yargı makamlarının, siyasi ve başka kurum ya da kuruluşların müdahalelerin etkisinden de uzak ve bağımsız olarak hareket edebilmelidir (Kaşıkara 2009: 132).

AİHM önce *İncal v. Türkiye* kararında, hemen arkasından *Çıraklar v. Türkiye* kararında ve sonradan birçok benzer davada, Anayasa ve 2845 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca kurulan üç hâkimli Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde (DGM) hâkimlerinden birinin askeri hâkim sıfatıyla bulunmasını, bağımsızlık ve tarafsızlık önlemlerine rağmen, 6/1 madde ve fıkrasındaki bağımsız ve tarafsız mahkeme teminatına aykırı bulmuştur. Mahkeme'ye göre bir sivilin, kısmen de olsa, askeri hâkimin de bulunduğu bir mahkemede yargılanmasını gözden uzak tutmamak gerekir. Sanığın anılan şekilde teşekkül eden bir mahkeme önünde bulunması, kendisinde haklı olarak mahkemenin değişik faktörlerin etkisiyle hareket edebileceği endişesini uyandırabilecektir. Haliyle DGM'nin, görüntü itibariyle bağımsız ve tarafsız mahkemede olması gerekli olan madde hükmünün çiğnendiğine hükmedilmiş ve benzer mahiyetteki kararların devam etmesine üzerine askeri üye, DGM'lerden çıkartılmıştır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 282).

Bir üst paragrafta yer alan konuya ilave olarak ülkemizde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM), Askeri Mahkemeler (AsM) ve yine askeri olan Disiplin Mahkemeleri bulunmaktadır. AYİM'nin ve AsM'nin kuruluşlarında bulunan hâkim sınıfından olmayan subay üyelerin konumu veya statüsü AİHM'nin kabulünde olan bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesinin kapsamına uymamaktadır. Kaldı ki Disiplin Mahkemeleri'nin mevcut kuruluş ve şekil itibariyle AİHS'ne aykırıdır. Diğer yandan askeri mahkemelerde görev yapan askeri hâkimlere doğrudan ilgili askeri makamlar tarafından amir sıfatıyla verilen subay sicil notunun da anılan hâkimlerin terfilerinde dikkate alınır olması bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından eleştirilebilecek diğer bir noktadır (Gözler 1999-2000: 77-93).

4.3.1.1. Mahkemenin Bağımsızlığının Yasama Organına Karşı Korunması

Anayasa'nın 138/2 madde ve fıkrasında: "Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz" hükmüne göre, hiçbir organ mahkemelere veya hâkimlere emir veremeyeceği gibi görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak yargı makamına kanunla dahi emir verilemez. Bu itibarla, yasama fonksiyonu yoluyla hâkimlerin mevzuatla birlikte vicdanları ile kurdukları hükümlerine hiçbir şekilde etkilemede bulunamamalıdır. Nitekim kuvvetler ayrılığının geçerli olduğu ve demokratik bir hukuk devletinde yasama organının her şeye etki edebileceği konusu kabul edilemez (Karakehya 2008: 192).

Bunun dışında Anayasa'nın 138/4 madde ve fıkrası ile: "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına kuymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" şeklindeki düzenleme kapsamında, yasama organının mahkeme tarafından verilen bütün kararlarına uyma zorunluluğu getirilmiştir. Böylelikle yasama organının, mahkeme kararlarına uyma zorunluluğu net bir şekilde Anayasa'da vurgulanmıştır. Ayrıca anılan fıkranın devamında yasama organı tarafından mahkeme kararlarının hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği ve bunların yerine getirilmesinin engellenemeyeceği hususu da teminat altına alınmıştır. Bu bağlamda mahkeme kararlarının, yasama organının onayına bağlı olmadan doğrudan hüküm ve sonuç doğurur olması, hâkimin yasamaya karşı bağımsızlığının önemli bir göstergesidir (Karakehya 2008: 193).

4.3.1.2. Mahkemenin Bağımsızlığının Yürütme Organına Karşı Korunması

Mahkemelerin bağımsızlığı, öncelikle yürütme organına ve taraflara karşı bağımsızlığı anlatır. Dolayısıyla bir mahkemenin bağımsız olup olmadığı, diğer şartlarla birlikte üyelerin atanma şekli, görev süreleri, dış etkilere karşı alınan tedbirlerin mevcudiyeti ve mahkemenin bağımsız görünüp görünmediği hususlarına bakılarak tespit edilir (AİHM Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları: 104). Diğer yandan AİHM, yürütme erkinin içinde bulunan herhangi bir organ ya da kişiye mahkemelerde dava açma yetkisi verilmesini, bu kişinin yargılama makamına katılmasını, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı görmektedir (Kaşıkara 2009: 137).

Yargı bağımsızlığı, yargısal nitelikli bütün mevzularda yargı organının münhasır bir yetkiye sahip olmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle mahkemeler tarafından verilen yargısal kararların cezaların indirilmesi, değiştirilmesi veya affı dışında, davanın taraflarından birinin aleyhine yargı vasfı veya sıfatı taşımayan bir makam ya da merci tarafından değiştirilemez (Uluslararası Af Örgütü 2000: 160).

Konuya farklı bir açıdan ele almak gerekirse siyasal iktidar kanadının bir tarafını oluşturan yürütme, çeşitli şekillerde yargı makamının ileri gelenlerini kanun kapsamında görevlerini yapmaktan alıkoyacak kadar ileri gitmektedir. Yürütme organında ve idare teşkilatında mahkeme kararlarının uygulanmasında, bir savsama ve isteksizliğin hatta mahkeme hükmünü uygulamaktan kaçma niyetlerinin olduğu görülmektedir. Yürütme erkinin bir parçası olan adalet bakanlıkları aracılığıyla yargı iktidarı, yürütmenin etkinliği

altında örgütlenmek suretiyle, sessizce güdüm altına sokulmaktadır. Hâkimlerin denetim, gözetim ve idari yönleri yürütme erki ile ilintili kılınarak, yürütmenin gücü hâkimin üzerinde pekiştirilmektedir. Bu itibarla meslek disiplini, arzulandığı seviyede gerçekleştirilemediği gibi, hâkim amacından uzaklaşarak uymacılığın verdiği ruh haliyle etkisizleşmektedir. Yargı erkinin etkin olmasının gerçek boyutlarını, çeşitli hükümetler dönemlerine ya da adalet bakanlarının şahsı çabaları ile gelen başarılarına göre şekillenmektedir (Reid 2000: 8).

Son olarak AİHM, *Campbell ve Feel v. İngiltere* kararında, bakanlığın yargı organlarının yargı fonksiyonlarına ilişkin yol gösterici genel nitelikli ilkeleri belirlemesini, yargı organına talimat verme şeklinde yorumlamamaktadır (Erşen 2009: 301).

4.3.1.3. Mahkemenin Bağımsızlığının Yargı Organına Karşı Korunması

Kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağlantılı olarak yargının diğer iki erkten bağımsızlığı konusunda, soyut olarak dikkate alınan hâkimlerin bütününe bağımsızlığı kastedilmektedir. Diğer yandan bağımsızlığı belli bir davada hüküm kuracak hâkim açısından da ele alınması gerekir. Bu manada hâkimlerin bağımsızlığı, yalnız diğer devlet organları olmakla birlikte, yargılama makamlarına karşı da korunmalıdır. Bu bağlamda her iki erk gibi, yargılama erki içerisindeki organ, makam, merci veya kişi de, yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili olarak mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz (Karakehya 2008: 196).

Yüksek yetkili yargılama mercii, kanun yolu olarak ceza muhakemesinin kabul ettiği ölçüler içerisinde aşağı yetkili bir başka yargılama makamının kararının yasal mevzuata uygun olmadığı gerekçesiyle kararı etkileyebilir veya onu farklı bir hukuki işlem yapması şeklinde bağlayacak bir karar verebilir. Fakat yüksek yetkili mercii, önceden belirli bir davaya ilişkin emir vermesi veyahut genel olacak şekilde talimatlar vermesi hâkim bağımsızlığını zedeler (Karakehya 2008: 196).

Yargılama makamı mahkemeler, ceza muhakemesinin kanun yolu olarak gösterdiği üst mahkemelerin itiraz ve temyiz mercii sıfatıyla verdikleri kararlar dışında, başka bir mahkemenin verdiği herhangi bir kararla kural olarak bağlı değildir. Üst mahkemelerin da ceza muhakemesinin kendilerine verdiği hukuki inceleme dışında alt mahkemelere emir ve talimat vermeleri mümkün değildir (Kaşıkara 2009: 138).

Belli bir yargılama makamını işgal eden hâkimin, bütün yargılama makamlarından oluşan ve yasama ve yürütmeden ayrı bir kuvvet olarak kabul edilen yargılama organı bakımından da bağımsızlığı söz konusudur. Yargılama makamları arasında altlık veya üstlük gibi bir hiyerarşi, ancak görevin belli bir muhakemede koordinasyonunun haklı kıldığı ölçüde kabul edilebilir. Bu mana itibarıyla, hâkimin bir kararını temyiz mercii bozabilir veya onu bağlayıcı bir karar verebilir. Diğer yandan İBK' nın mahkemeleri bağlayıcılığı, hâkimlerin bağımsızlığına ve Anayasaya aykırıdır (Kunter, Yenisey, Nuhoglu 2009: 197).

4.3.1.4. Mahkemenin Bağımsızlığının Ortama Karşı Korunması

Hâkimin, hukukun genel kurallarının belirlediği ölçüler içerisinde bulunan hukuka uygun olarak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış deliller ve vicdanı ispat sistemi ışığında özgürce karar verebilmesi için, her türlü baskıdan uzak tutulması ve bu itibarla karar vereceği ortamın etkilerine karşı da korunması gerekir. Yargılama makamının içinde bulunduğu ortam, çoğu kez onun karar verme özgürlüğü üzerinde etkili olduğu görülmektedir (Karakehya 2008: 197).

Hâkimlerin ortama karşı korunmaları için mevzuatımızda bazı bağdaşmazlıkların kabul edildiği görülmektedir. Anayasa'nın 140/6 madde ve fıkrasında belirtildiği üzere, hâkimlerin kanunda belirtilenlerden başka, genel ve özel hiçbir görev almamaları ile ilgili anayasal düzenleme; Avukatlık Kanunu'nun (Av.K.) 12. maddesi ile de, hâkimin eşi veya yakını olan avukatın, o hâkimin baktığı işte avukatlık yapamaması bu bağdaşmazlıklara örnek olarak verilebilir (Karakehya 2008: 197).

Kovuşturma aşamasının temeli olan duruşmanın yapılması ile ilgili olarak getirilen yasal mevzuat veya duruşma düzeninin sağlanmasına yönelik olarak getirilen normların bir amacı da aleniyet ilkesi kapsamında duruşma salonuna gelen dinleyicilerin mahkeme üzerindeki etkisini önlemektir. Ayrıca mahkemenin, duruşma salonunda bulunan dinleyicilerden etkilenmemesini güvence altına almak için, heyet halinde çalışan mahkeme hâkimleri arasında karara ilişkin yapılan müzakerelerin de gizli yapılması kabul edilmiştir (Karakehya 2008: 197).

Mahkemelerin kamuoyu baskısına karşı korunması amacıyla getirilmiş olan en önemli teminatlardan bir tanesi de, kamu güvenliği nedeniyle davanın naklinin kabul edilmiş olmasıdır. Buna ilişkin olarak CMK'nun 19/2 madde ve fıkrasına göre:

“Kovuşturmanın görevli ve yetkili olan mahkemenin bulunduğu yerde yapılması kamu güvenliği için tehlikeli olursa, davanın naklini Adalet Bakanı Yargıtay’dan ister”. Getirilen bu hükümle bilhassa mahkemenin yargılama kapsamındaki halkta, işlenen suç sebebiyle büyük infial uyandıran uyuşmazlıkların yargılamasına ait kovuşturma evresinin başka bir yer mahkemesince yapılarak, söz konusu baskının ortadan kaldırılması veya azaltılması sağlanmaya çalışılmıştır (Karakehya 2008: 197).

Hâkim bağımsızlığının ortama karşı korunması bakımından önem arz eden konulardan biri de, hâkimlerin medyaya karşı korunmasıdır. Kaldı ki, teknolojinin gelişmesine paralel olarak iletişim imkânlarının çok geliştiği günümüzde, medyanın kamuoyu üzerindeki etkisi tartışılmayacak kadar çok büyük boyutlara varmıştır. Bu itibarla yasama, yürütme ve yargıdan sonra medyanın dördüncü güç olarak ifade edilmesi de, medyanın toplum üzerindeki etkinliğinin boyutlarını göstermektedir (Karakehya 2008: 198). Anlatılan bu nedenden dolayı Basın Kanunu’nun 19/2 madde ve fıkrası ile: "Görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar, bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır" demek suretiyle yasak getirilmiştir (Karakehya 2008: 198).

Hâkim bağımsızlığı ile ilgili medyaya bakan yönüyle son olarak CMK'nun 183/1 madde ve fıkrasında yer alan düzenleme kapsamının dışında kalan istisnalar dışında: "Adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır". Adliye içerisinde ve duruşma salonunda ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağının getirilmesindeki gayelerden birisi de mahkemenin etki altında kalmasının önüne geçilebilmesi ve hâkimin ortama karşı bağımsızlığının sağlanmasıdır (Karakehya 2008: 199).

4.3.2. Mahkemenin Tarafsızlığı

Yargı makamı tarafsız olmalıdır. Haliyle bütün davalara uygulanan tarafsızlık ilkesi, karar verecek olan hâkimin tarafsız olmasını gerektirir. Zira tarafsızlık ve tarafsız görünme, adaletin dağıtılmasında saygının korunmasının temelini oluşturur. Yargı makamının adil bir yargılama yapması ve davanın taraflarının haklarına saygı göstermesi mecburidir (Uluslararası Af Örgütü 2000: 166-167).

Bu itibarla AİHM, AİHS'nin 6/1 madde ve fıkrasında belirtilen tarafsız mahkeme kavramının içeriği ile ilgili olarak *Debled v. Belçika* kararında; bağımsızlık kavramı ile de yakın bir ilgili bulunan tarafsızlık, mahkemede görülmekte olan kamu davasının çözümünü etkileyecek bir önyargı yokluğu; özellikle mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazısının taraflar düzeyinde onların leh ve aleyhinde bir duyguya ya da çıkara sahip olmaması şeklinde tanımlamaktadır (Gölcüklü 1991: 282). Başka bir ifadeyle tarafsızlık hâkimin mahkemede görülmekte olan uyuşmazlığın taraflarından her hangi birisine karşı olan duygusal yakınlığı ya da uzaklığı ile zarar görülebileceği gibi, kendi inanç, eğilim ve ideolojisinin etkisi altında karar vermesi halinde de benzer durum ortaya çıkabilir. Hâkimin, uyuşmazlığın taraflarına karşı objektifliğini garanti altına almak için yargılama yasakları ve çekilme halleri usul yasaları tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (Çoban 2006: 12).

Hâkimin bakmakta olduğu davanın tarafları açısından objektif olmasına veya taraflar bakımından sübjektif davranmamasına *hâkimin tarafsızlığı* denir. Bahsedilen tarafsızlık, davanın taraflarının işgal ettiği makamlarında aynı durumda başkaları da olsa, aynı kararın verilmesini teminat altına alır. Anayasa'nın 121/1 madde ve fıkrasının göre: “Herkes... kanun önünde eşittir” derken kastedilen budur. Adalet sembolü olan Justitia'nın elinde terazi bulunan, gözü kapalı bir kişi olarak kabul edilmesi, hâkimin görülmekte olan davanın taraflarından birinin olumlu veya olumsuz etkisi altında kalmaması gerektiğini işaret eder. Dolayısıyla hâkim, gözü ne kadar kapalı olursa yani taraflara yabancı kalabildiği ölçüde doğru ve isabetli karar verir (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2009: 199).

Yargıç, yalnız kalabilmelidir. Yargıcın yalnızlığı, onu Tanrı'ya, yani kusursuz adalete yaklaştırır. Duruşma yargıcı, hükmün dayanağı bulunan bütün öğelerle, taraflarla, tanıklarla, bilirkişilerle, belgelerle ve benzerleriyle Tanrı'nın kuluyla ilişkisi gibi, araya hiçbir yabancı öğe/araç koymaksızın doğrudan iletişim kurarak karar vermek, duruşma dışı öğeleri/araçları dışlamak zorundadır. Yargıç, duruşma dışı kanıtlara göre değil, yalnızca duruşma sırasında getirilen, doğrudan ve yüz yüze tartışılan kanıtlara göre vicdani kanı oluşturmak ve nesnel mantığa göre karar vermek zorundadır. Yasama, yürütme, bir başka yargıç, kamuoyu, yargıcın kendi kişisel inançları ve görüşleri dâhil, hiçbir güç ve hiçbir telkin odağı, duruşma yargıcını etkilememelidir. Etkilememekle yükümlüdür (Selçuk: <http://www.hurfikirler.com/hurfikir.php?name=Yazilar&file=article&sid=2460>).

AİHM *De Cubber v. Belçika* kararında, tarafsızlık kavramını objektif ve subjektif olmak üzere iki farklı açıdan ele almak suretiyle değerlendirmektedir. Subjektif tarafsızlık, hâkimin veya mahkeme üyesi hâkimin birey sıfatı ile kişisel tarafsızlığı; objektif tarafsızlığı da kurum olarak mahkemenin, kamu davasının taraflarında bıraktığı izlenim yani hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünüme sahip bulunması, diğer yandan mahkemenin tarafsızlığını sağlamak için alınmış bulunan tüm tedbirlerin organın tarafsızlığı konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır mahiyette olması gerekir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 282). Bu bağlamda Mahkeme, ilk kez *İncal* kararında önüne gelen ve daha sonra *Çıraklar, Gerger ve Zana* gibi bir dizi davada da DGM'lerdeki askeri yargıç üyenin var olmasının nesnel olarak bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesine aykırı bulunmuştur (Yaver 2003: .2).

AİHM *Piersack v. Belçika*'ya karşı davasında şöyle demiştir:

"Her ne kadar tarafsızlık normalde önyargılı veya peşin hükümlü olmamak anlamına gelse de, bunun Sözleşme'nin 6/1 madde ve fıkrasının 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 edilebilir" (Piersack v. Belçika, 1 Ekim 1982, Para. 30).

Bu bağlamda öznel tarafsızlığı karar verebilmek için AİHM, fiili peşin hüküm deliline bakar. Aksine ilişkin olacak şekilde delil buluncaya kadar, usulüne uygun olarak atanmış bulunan bir hâkim kişisel olarak tarafsız kabul edilir. Bu husus çok güçlü bir karinedir ve pratikte kişisel peşin hükmün varlığının sübut bulması oldukça zordur (Mole, Harby 2001: 29). Farklı bir şekilde ifade etmek gerekirse, subjektif tarafsızlık aksi sahip oluncaya kadar varsayılır. Tarafsızlığından makul şüpheye düşülen hâkimin, bu durumda mahkemesinde bulunan davaya bakmaktan çekilmesi gerekir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 283).

Objektif tarafsızlık ile ilgili olarak *Fey v. Avusturya* kararında şöyle demiştir:

"Nesnellik sınavında, yargıcın kişisel tutumundan ayrı olarak ile hiç karıştırılmadan tarafsızlığına ilişkin şüphe doğurabilecek soruşturulabilir gerçekler olup olmadığı belirlenmelidir. Bu bağlamda görünüm bile belli bir

önem taşıyabilir. Burada yitirilebilecek olan, demokratik bir toplumda ve her şeyden öte, ceza davalarında, sanıkta mahkemelerin yaratması gereken güvenilirlik hissidir. Bu da belirli bir davada belirli bir yargıcın tarafsız olmayacağından korkmak için meşru bir neden varsa, bu sanık bakımından önemli olsa da belirleyici değildir. Belirleyici olan bu korkunun nesnel anlamda haklılığının saptanıp saptanamayacağıdır" (Fey v. Avusturya, 24 Şubat 1993, Para. 30).

Bu itibarla objektif tarafsızlık ile ilgili olarak da, bu konuda mahkemenin taraflara karşı verdiği görünüme bakmak gerekir. Burada varlığı önemsenen husus, demokratik bir toplumda mahkemelerin bilhassa kamu davalarında sanığa verdikleri güven hissi veya duygusudur. AİHM *Delcourt v. Belçika* kararında belirtildiği üzere: "Adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin de görülmesi lazımdır" özdeyişine atıfta bulunmuştur. Objektif tarafsızlık değerlendirilmesi konu olabilecek şekilde, mahkemenin kuruluş şekli ve nihayetinde görevini yerine getirilme yöntemi açısından ele alınmaktadır. Mahkemelere toplum ya da davanın tarafları açısından duyulan güvenin büyük ölçüde yargı makamında oturan hâkimden soyutlanarak bir bütün olarak verdiği nesnel görünümüne bağlı olduğu şüphesizdir. Bu nedenledir ki mahkeme bir davada şahsen iddia makamının işgal etmemekle beraber soruşturmayı yürüten savcının, kişiyi sonradan aynı davada duruşma yargıcısı sıfatıyla mahkemede yer almasını, soruşturma aşamasında görevli sorgu hâkiminin daha sonra mahkeme üyesi olarak esas hakkındaki karara katılmasını, bir siyasi parti ile sıkı ilişki içerisinde olan kişilerin jüri üyesi olarak yargılamaya katılmalarını objektif bağımsızlıkla bağdaşmaz görmüştür (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 283).

Ancak AİHM *Nortier v. Hollanda* kararında ise, kamu davasına bakan bir hâkimin, sanığın henüz soruşturma aşamasında şüpheli sıfatını taşıdığı dönemde tutuklanmasına karar vermesini: "Yargıcın sadece tedbir olarak tutuklama kararı vermesi dâhil duruşma öncesi karar vermesi, tek başına onun tarafsızlığına ilişkin kaygıları haklı çıkarmaz; önemli olan bu kararların kapsamı ve niteliğidir" şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.

CMK bakımından yasa koyucu da, davaya bakan hâkimin tarafsızlığını güvence altına almak için bir takım düzenlemeler yapmıştır. Bu bağlamda CMK'nun hâkimin davaya bakamaması ve reddi başlığı ile ilgili bölümü 22. maddeden başlamak suretiyle 32. maddeye kadar düzenlemeler yer almaktadır.

4.3.2.1. Hâkimin Muhakemenin Soruşturma Aşamasında Görev Yapması

Mahkemenin tarafsızlığı ile ilgili olarak hâkimin, müstemir yetkisi kapsamında görev yaptığı mahkemeye gelen bir uyuşmazlık bakımından söz konusu uyuşmazlığın soruşturma aşamasında görev almış olması, bazı durumlarda hâkimin tarafsızlığını etkileyebilecektir. Bu itibarla bir uyuşmazlığın soruşturma aşamasında görev yapmış olan bir hâkimin, kovuşturma evresinde de görev yapması veya kovuşturmada görev yapmış olan bir hâkimin temyiz mercii hâkimi olarak görev almasının, onun tarafsızlığı bakımından taşıdığı önem açıktır (Kaşıkara 2009: 144).

Şayet hâkim, soruşturma evresinde kamu davasına konu olan uyuşmazlıkla ilgili bir rol üstlenmişse, ancak bu uyuşmazlıkla ilgili olarak esasa etkili olmayan işlemlerden ibaretse, tarafsızlığın ihlalini oluşturmayabilecektir. Buna mukabil, soruşturma evresinde hâkimin verdiği karar veya savcı yerine yaptığı işlem, uyuşmazlığın esasını etkileyecek mahiyette ise, tarafsızlık ilkesinin ihlalini oluşturması gündeme gelecektir. Tarafsızlığın ihlal edildiğinin kabulü için kovuşturma aşamasında görev yapan hâkimin, soruşturma evresinde muhakkak bir yargılama makamı olarak görev yapmış olması da zorunlu değildir. Bu itibarla hâkim, soruşturma evresinde savcı sıfatıyla soruşturma yapması durumunda da tarafsızlığın zedelendiği kabul edilmektedir. Diğer yandan kamu davasına ilişkin olarak sanığı üzerine atılı suçu itham eden makam ile onu yargılayan makamın aynı olması durumunda, bu hal tarafsızlığı şüpheye düşüren önemli hususlardan biri haline gelecektir (Karakehya 2008: 203). Başka bir ifadeyle kamu davasına konu dosyada yer alıp ve üzerinde tartışma olmayan delillerin değerlendirilmesi söz konusu ise veya davanın esasa girmeyi gerektirmeyecek ölçüde yüzeysel değerlendirmeler yapılmış ise, tarafsızlık ilkesi zarar görmeyecektir. Burada önemli olan kovuşturma hâkiminin duruşma aşamasından önce kişinin suçlu olup olmadığına ilişkin bir görüş oluşturmasını sağlayacak şekilde davaya dâhil olmamasıdır (TÜSİAD 2003: 60).

CMK'nun da, hâkimin muhakemenin farklı aşamalarında, görev almasını engellemek amacını içeren yasal düzenlemeler içerdiğini söylemek mümkündür. Bu itibarla CMK'nun 22/1 madde ve fıkrasının (g) bendinde: "Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa", (h) bendin de ise: "Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, hâkimlik görevini yapamaz". Yine anılan kanunun yargılamaya katılamayacak hâkim başlıklı 23. maddesinde: "Bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek

karar veya hükme katılamaz. Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz. Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz" şeklinde ayrıntılı düzenlemeye yasa koyucu gitmiştir.

Konuyla bağlantılı olarak Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından 28.05.2008 tarih ve 2008/864 esas, 2008/14072 karar sayılı ilamıyla:

"5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 23/3. maddesindeki 'Yargılamanın yenilenmesi halinde önceki yargılamada görev yapan hâkim aynı işte görev alamaz' şeklindeki düzenleme ile aynı Kanun'un 318/1. maddesindeki 'Yargılamanın yenilenmesi istemi, hükmü veren mahkemeye sunulur. Bu mahkeme, istemin kabule değer olup olmadığına karar verir' şeklindeki düzenlemeler karşısında, ilk karara katılan hâkimin olayla ilgili kanaatinin oluştuğu, görüşünün ilk hükümlerle belirginleştiği, yeniden yargılama aşamasında ya da bu aşamaya götüreceği talebin kabule değer olup olmadığına dair vereceği kararda önceki kanaat ve görüşünün etkisi altında kalabileceği, bu nedenle adil yargılama hakkının bir uzantısı olarak hiçbir önyargısı olmayan, olaya tamamen yabancı, farklı bir hâkimin yargılamanın yenilenmesi talebini incelemesi gerektiği hususu gözetilmeden, itirazın bu yönden kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir" demek suretiyle mahkemenin kararının bozulmasına karar vermiştir.

Diğer yandan sanığın üzerine atılı suçu itham eden iddia makamı ile hüküm kuracak yargılama makamının birleşmesi durumu ile ilgili olarak, CMK'nun 203. maddesinde duruşmanın düzen ve disiplinine ilişkin düzenlemede:

"Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla salondan çıkarılmasını emreder. Kişi dışarı çıkarılması sırasında direnç gösterir veya karışıklıklara neden olursa yakalanır ve hâkim veya mahkeme tarafından, avukatlar hariç, verilecek bir kararla derhal dört güne kadar disiplin hapsine konulabilir. Ancak çocuklar hakkında disiplin hapsi uygulanmaz".

Burada önemli olarak görülmesi gereken ilgili kişinin duruşma disiplinini bozduğunu veya dışarı çıkmamaya direndiğini ortaya atan veya iddia eden makam, yargılama

makamıdır. Dolayısıyla kendi iddiası ile ilgili olarak müeyyide uygulayıp disiplin hapsi cezasına hükmeden makam da yine yargılama makamıdır. Bu itibarla iddia ve yargılama makamı sıfatları tek bir mercide birleştiği görülmektedir. Bu durumun mahkemenin tarafsızlığı açısından önemli bir sorun teşkil etmektedir. Ancak kanunda öngörülen hapis cezası, bir disiplin cezasıdır ve dolayısıyla idari işlemdir. CMK'da kabul edilen cezanın miktarının ve ilgili kimse bakımından sonuçlarının çok ağır olmaması nedeniyle söz konusu düzenlemeye ilişkin uygulama adil yargılanma hakkı bakımından sorun teşkil etmeyecektir. AİHM, genel itibarıyla 3-4 gün civarındaki hapis cezalarına ilişkin disiplin cezalarını makul karşılamakta ve özerk olarak da disiplin cezası olarak görmektedir. Ancak ceza miktarı veya ilgili kişi bakımından cezanın sonuçları daha ağır olması durumunda AİHM, taraf devletin kendi iç hukuk kapsamında verilen cezanın disiplin cezası olarak kabul edilip edilmediğine bakmaksızın suç isnadı kavramını özerk bir kavram olarak ele alacak ve kuvvetle muhtemel adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verecektir (Karakehya 2008: 205).

Konu ile ilgili olarak Yargıtay'ın uygulamasına ilişkin örnekler vermek gerekirse; 7. Ceza Dairesi tarafından 12.3.1991 tarih ve 1991/13439 esas, 1991/279727 karar sayılı ilamında: "Görevsizlik kararı veren hâkim, oyu belli olduğundan dolayı üst mahkemede görev yapamaz; hatta üst mahkemeye gelen dosyanın tensibini dahi yapamayacağı" Yargıtay'ca benimsenmektedir.

4. Ceza Dairesi tarafından 1.3.1988 tarih ve 1988/1292 esas, 1988/1641 karar sayılı ilamında: "Bir davaya bakarken suç ihbarında bulunan hâkim eğer, ihbarda bulunduğu suçtan tutuklama kararı verdiği sırada oyunu açıklayacak nitelikte gerekçe göstermiş ise 22. maddeye göre davaya bakamayacaktır" ; 5. Ceza Dairesi tarafından 17.5.1990 tarih ve 1990/1427 esas, 1990/2753 karar sayılı ilamında: "Görevsizlik kararı veren hâkim, o davanın istinabe evrakı ile ilgili olarak da ifade alamayacaktır". YCGK tarafından 19.6.1950 tarih ve 340/116 sayılı ilamıyla; "Soruşturma aşamasında savcının verdiği takipsizlik kararına karşı *yapılan* itirazı inceleyen ağır ceza mahkemesi başkanının sonradan davanın görülmesine katılamayacağı" benimsenmiştir.

5.12.1977 tarih ve 2/3 esas sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun (YİBBGK) kararında belirlenen ilkeye göre:

"Duruşmayı yöneterek, delilleri toplayan, olay hakkında belli bir kanıya varıp suçun niteliği ve uygulanacak yasa maddelerini açıklayan ve böylece oyunu belli etmiş hâkimin bu işe ait davada hükme iştiraki sakıncalı görülmüş ve yasa hükmüyle yasaklanmıştır; ama duruşmada edinilen kanaat ve suç vasfının değişmesiyle değil de, iddianame veya son soruşturmanın açılması kararında suç niteliği yönünden davanın görülmesinin başka bir mahkemeye ait olduğunu görerek görevsizlik kararı veren hâkim bu haliyle davaya bakmış sayılamaz. Hâkimin burada yaptığı iş maddi hata sonucu mahkemesine açılan davayı görevsizlik kararı ile ait olduğu mahkemeye göndermekten ibaret olup dava hakkında olumlu veya olumsuz bir kanıya varmış ve oyunu da belli etmiş sayılamaz" kuralı getirilmiş bulunmaktadır.

YİBBGK tarafından 4.12.1935 tarih ve 23/122 esas sayılı ilamıyla: "Bir davada hâkim olarak görev yapan daha sonra aynı davanın bir evresinde ya da derecesinde savcılık yapabilir". YİBBGK tarafından 05.12.1977 tarih ve 2/3 esas sayılı ilamında: "Sanığın sorgusunu yapan, hazırlık soruşturmasında tutuklama kararı veren hâkim hükme katılabilir". Ancak 5.Ceza Dairesi tarafından 9.4.1996 tarih ve 1996/1072 esas, 1996/1150 karar sayılı ilamıyla: "Tutuklamaya itirazı, gerekçe gösterip oyunu açıklayacak nitelikte inceleyen yargıç ise hükme katılamayacaktır". Bu itibarla 5. Ceza Dairesi tarafından 4.10.1997 tarih ve 1997/2735 esas, 1997/2723 karar sayılı ilamında: "Tutuklama kararına itirazı gerekçeli biçimde inceleyen yargıç, 466 Sayılı Yasaya göre açılacak tazminat davasında da mahkeme kuruluna katılamaz".

4.3.2.2. Hâkimin Kişisel Menfaatleri ve Davayla Bağının Bulunması

Tarafsızlık konusuna ilişkin olarak, mahkeme hâkimi veya üyelerinin kamu davasına konu uyuşmazlıkla ilgili olarak kişisel menfaatlerinin bulunmaması gerekmektedir. Aksi halde nesnel tarafsızlık ilkesine aykırılık gündeme gelir ve 6/1 madde ve fıkrasının ihlali ortaya çıkmaktadır. Taraflardan biriyle veya kamu davasının esasını oluşturan maddi olayla yakın bir bağı bulunan mahkeme üyesinin veya hâkimin davadan çekilmesi genel olarak kabul gören bir usuldür. Şayet hâkim hüküm kurarken ne kadar nesnel davrandıklarının veya karar organında meslekten gelen hâkimlerin de bulunmasının, hatta meslekten gelen hâkimin ağırlıklı oya sahip olmasının önemi kalmamaktadır (İnceoğlu 2005: 204).

Diğer yandan uyumsuzluk konusuyla bir şekilde kişisel menfaati olan hâkimin yargılama süresince gerçekten tarafsız davranıp davranmadığının pek bir önemi bulunmamaktadır. Eğer yargılama görevi yapan hâkimin mahkemede görülmekte olan kamu davası ile doğrudan bir bağlantısı varsa, bu durumda tarafından yapılan yargılamada tarafsız davranıp davranmadığına bakılmaksızın doğrudan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmedildiği görülmektedir. Buna ilişkin olarak hâkim ile taraflar arasında dolaylı bir bağın bulunması durumunda ise, tarafsızlık açısından makul şüpheye neden olmayabileceğinin kabul edildiği görülmektedir (Karakehya 2008: 207).

Konuyla ilgili olarak CMK'da çok açık düzenlemelere yer verildiği anlaşılmaktadır. Buna dair hâkimin davaya bakamayacağı halleri düzenleyen CMK'nun 22/1 madde ve fıkrasında:

Hâkim; a) Suçtan kendisi zarar görmüşse, b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunmuşsa, c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise, d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlat edinme bağlantısı varsa, e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dâhil kan hısımlığı varsa, f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dâhil kayın hısımlığı varsa, g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa, h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, Hâkimlik görevini yapamaz".

Maddenin lafzına bakıldığında bazı durumların bulunması halinde herhangi bir başka yorum yapmadan hâkimin doğrudan bağlantısının bulunması durumunda tarafsız olamayacağı net bir şekilde ortaya konulmuştur.

4.3.2.3. Feragat

CMK bağlamında düzenlenen hâkimin görev yasaklarının olduğu durumda yargılama boyunca her zaman taraflarca iddia edilmesi mümkün iken, tarafsızlık ile ilgili olarak şüpheye düşülmesi halinde, yargılamanın her aşamasında aynı imkân söz konusu değildir. Bu itibarla CMK'nun 25/1 madde ve fıkrasında:

"Tarafsızlığımı şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı bir hâkimin reddi, ilk derece mahkemelerinde sanığın sorgusu başlayıncaya; duruşmalı işlerde bölge

adliye mahkemelerinde inceleme raporu ve Yargıtay'da görevlendirilen üye veya tetkik hâkimi tarafından yazılmış olan rapor üyelere açıklanıncaya kadar istenebilir. Diğer hallerde, inceleme başlayıncaya kadar hâkimin reddi istenebilir". Anılan maddenin 2. fıkrasına göre ise; "Sonradan ortaya çıkan veya öğrenilen sebeplerle duruşma veya inceleme bitinceye kadar da hâkimin reddi istenebilir. Ancak bu istemin, ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde yapılması şarttır".

Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere kanun koyucu yargılama esnasında tarafsızlıktan şüpheye düşülebilecek hallerin ortaya çıkması halinde de uyuşmazlığın taraflarına bunu ileri sürebilmeleri için gerekli yasal imkânı tanımıştır. Ancak yasal düzenleme kapsamındaki süreler içinde kendisine tanınan bu hakkı göz ardı eden taraf, AİHM içtihatları doğrultusunda tarafsızlık iddiasından feragat etmiş sayılacaktır. Bu bağlamda söz konusu düzenlemenin belirli bir yasal süreyle sınırlandırılması Sözleşme'nin 6. maddesine aykırılık oluşturmamaktadır (Karakehya 2008: 209).

Komisyon, tarafsız mahkeme hakkından feragatin mümkün olduğunu ifade etmiş ise de AİHM içtihatlarında, bu husus ile ilgili olarak açık bir uygulaması yoktur. Mahkeme'ye göre genel anlamda usule dair haklardan feragat mümkündür, fakat feragat sınırlı olmalıdır ve sadece taraflara bağlı olmayan minimum güvenceler kalmalıdır. Feragat eden tarafın feragatin sonuçları hakkında yeterince bilgi sahibi olduğundan emin olunmalıdır, zira feragat edildiği şüpheye yer bırakmayacak bir biçimde tespit edilmelidir. Sözleşme'de yer verilen mahkeme kavramı özerk bir kavramdır (İnceoğlu 2007: 43).

Bu bağlamda AİHM, bir sanığın bağımsız ve tarafsız mahkeme hakkı ile ilgili olarak hangi ölçüde feragat edebileceğine ilişkin somut ve açık bir düzenleme getirmemiştir. Ancak Mahkeme, bu konuya ilişkin bir feragat olağanın sınırlı olması ve asgari güvencelerin korunması gerektiğini, bunların sadece taraflara bağlı olamayacağını ifade etmiştir. Feragat kesin bir dille oluşturulmalıdır. Taraflar tarafsızlıkla ilgili hususlarda bilgilendirilmiş olmalı, kendilerine tarafsızlıkla ilgili konuyu gündeme getirecek imkânlar verilmiş olmalı ve taraflar mahkemenin oluşumundan memnun kaldıklarını belirtiş olmalıdır. Tarafsızlıkla alakalı itiraz edilmemesi tek başına, feragat anlamı taşımaz. AİHM *Pfeiffer ve Plankl v. Avusturya* davasında, soruşturma hâkimi olan ve hâkimlik yapma niteliğine sahip bulunmayan iki mahkeme hâkimine itiraz etmenin feragat sayılmak için yeterli sayılmasının mümkün olmayacağı kararlaştırmıştır. Diğer yandan *Oberschlick v.*

Avusturya davasında, temyiz mahkemesine başkanlık eden hâkim, yargılamanın soruşturma aşamasına katılmış olduğu için Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre böyle bir görevde bulunamazdı. Başvurucu, hâkimin bu özel durumuna itiraz etmemiştir, ancak diğer iki hâkimin de aynı sebepten ötürü bu davada görev yapamayacağı gerçeğinden bilgisi yoktu. AİHM, anılan başvuru ile ilgili olarak başvurucunun tarafsız mahkeme hakkından feragat etmediğini neticesine varmıştır (Mole, Harby 2001: 33).

4.4. Aleni Muhakeme Hakkı ve Kovuşturma

Bazı özel durumlar dışında bütün duruşmalar ve mahkemenin verdiği tüm kararlar aleni olmalıdır. Ceza yargılamasında aleni muhakeme hakkı, uluslararası insan hakları belgelerinde de yerini almıştır. Aleni muhakeme hakkı, kovuşturma aşamasında yalnızca kamu davasının taraflarının değil, genel olarak halkın duruşmalarda hazır bulunma hakkı olduğu manasına gelir. Bu itibarla halk, adaletin nasıl gerçekleştiğini ve yargı makamları tarafından hangi kararların alındığını öğrenme hakkına sahiptir (Uluslararası Af Örgütü 2000: 174).

Bu anlamda Sözleşme'nin 6/1 madde ve fıkrasında, medeni hak veya suç ithamına dair kamu davasının aleni görülmesi kural olarak düzenlenmiştir. Yargılama hukukunun evrensel ilkelerinden biri olan aleniyetin amacı, yargılamada saydamlığı sağlayabilmektir. Başka bir ifade ile adalet dağıtımında, adli makamların işleyişine ilişkin toplumun denetimini sağlamak, keyfiliğe yol açabilecek müsait gizli yargılamanın önüne geçebilmektir. Yargılamada aleniyetin sağlanması ile yargı faaliyetlerinde adil olunduğu gösterilmek suretiyle bir yandan mahkemelere olan güven korunmuş öte yandan da gizlilikten kaynaklanabilecek keyfi işlemlerin önüne geçerek 6. madde ile amaçlanan adil yargılama gerçekleşmiş olacaktır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 288). Bu itibarla duruşmanın açıklığı ilkesi, ceza yargılaması faaliyetinin toplumu ilgilendiren bir konu olmasının doğal bir sonucudur (Yurtcan 2002: 1-2).

Bu bağlamda kovuşturma evresinde yapılan duruşmanın en önemli özelliklerinden birisi, aleni olmasıdır. Duruşmanın yargı makamları tarafından kapalı kapılar ardında yapılmaması, herkesin göz önünde yapılmış olması, adil bir yargılamanın olmazsa olmazlarından biridir. Haliyle yargılamanın sonunda verilecek hüküm ile ilgili şüpheler ve çeşitli iddiaların önüne bu şekilde geçmek mümkün olabilecektir. Nitekim CMK'nun duruşma devresi ile ilgili olarak düzenlemelerin yer aldığı 182 ve devam eden

maddelerinin hemen başında düzenlenen ilke duruşmanın açıklığı ilkesidir (Ünver, Hakeri 2010: 53). Aleni muhakeme hakkı, adil yargılanma hakkının esası ve özüdür ve aynı zamanda sözlü duruşma hakkını da kapsar (Yaver 2003: 6).

AİHM'nin *Axen v. Federal Almanya Cumhuriyeti* davasında belirttiği gibi:

"Adli kurumların baktığı davaların 6. Madde (1) de söz edilen kamusal niteliği davacıları adaletin gizlice, kamuoyu denetimi olmaksızın idaresine karşı korur; ayrıca, gerek üst gerekse alt mahkemelere güvenin devamını sağlayan bir yöntemdir. Adaletin idaresini görünür kılarak, kamuya açmak 6/1 madde ve fıkrasının hedeflerinden birinin, yani adil yargılamanın başarılmasına katkıda bulunarak Sözleşme kapsamında tüm demokratik toplumların temel ilkelerinden biri olan bu garantiyi sağlar" demiştir (Mole, Harby 2001: 18).

4.4.1. Duruşmanın Aleni Yapılması

Anayasa'nın 141. maddesinde aleniyet ilkesinin düzenlenmesi nedeniyle duruşmaların aleniyeti Anayasal teminat altına alınmıştır. Buna ilişkin olarak Anayasa'nın 141. maddesine göre: "Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur".

Anayasa'dan dayanağını alan aleniyet ilkesi, CMK'nun 182. maddesinde de yukarıda ifade edildiği üzere düzenlenmiştir. Bu bağlamda CMK'nun 182. maddesine göre kural olarak duruşmanın herkese açık olduğu ifade edilmiştir. Buradan hareketle aleniyet ilkesi, sınırsız değildir. Demokratik bir toplumdaki kamu düzeni, milli güvenlik veya ahlakın korunmasının veya küçüklerin menfaatleri, davaya taraf olanların özel yaşamlarının korunması gerektirdiği zaman veya aleniyetin adaletin selametine zarar vereceği özel koşullarda, mahkemenin kesinlikle gerekli gördüğü ölçüde tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk davanın dışında tutulabilir (TÜSİAD 2003: 114).

Benzer düzenleme AİHS'nin 6/1 madde ve fıkrasının son cümlesinde yer aldığı üzere; yargılama makamı tarafından hüküm aleni olarak yapılan oturumda verilir. Ancak demokratik bir toplumda genel ahlakın, kamu düzeninin ve ulusal güvenlik yararına, çocukların korunması veya kamu davasına taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda,

mahkemenin zorunlu göreceği makul seviyede aleni duruşma, dava süresince tamamen veya kısmen basına ve kamuya sınırlandırılabilir.

Kovuşturma aşamasında yapılan duruşmanın aleni olması, duruşmada bulunması gerekli olanlardan başka kişilerin hazır bulunması imkânının sağlanması demektir. Bu kişilerin duruşmada hazır bulunması aranan bir durum değildir. Hiçbir dinleyici olmadan yapılan bir duruşma, duruşma salonunun her ne sebeple olursa olsun kapalı olması, isteyenin girmesine engel olunmamış ise, duruşma açık olarak yapılmış demektir (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2009: 516). Başka bir anlatımla aleniyet, duruşmada arzu edenin hazır bulunması ve yargılamada yapılanları görmesi kadar, aynı zamanda duruşma ortamında nelerin konuşulduğunu işitmesi ve gösterilenleri görmesidir. Bu nedenle büyük duruşma salonlarda dinleyici bölümünde bulunanların da duymasını ve görmesini sağlayacak teknik tertibat alınmalıdır. Kamu davasının tarafı olan savcının hâkim ile duruşma salonunda bulunan dinleyicilerin duymayacakları şekilde konuşması açıklık prensibine aykırıdır (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2009: 517).

Sözleşme organları aleniyet ilkesi açısından kamu davasına konu bir uyuşmazlıkla ilgili değerlendirme yaparken, çoğunlukla aleniyet ilkesi ile hedeflenen amacın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaktadırlar (Karakehya 2008: 212). Bu manada ilk derece mahkemesinde aleni bir duruşmanın yapılmamış olduğu hallerde, söz konusu aleniyet ilkesinin bazı durumlara bağlı olarak, kanun yolunda veya temyiz mercilerinde aleni bir duruşma yapılmak suretiyle giderilmişse, aleniyet ilkesinin ihlal edilmediği kabul edilebilmektedir. Ancak Sözleşme organlarının bu özel durumu kabulü için belirli şartlar aradığı görülmektedir. Bu itibarla kanun yolu aşamasında delillerin ikamesi de dahil olmak üzere yargılamanın tekrarının yapılması gereklidir. Diğer bir anlatımla kanun yolu mahkemesi duruşmayı, maddi ve hukuki açıdan tüm yönleriyle ele alması halinde, aleniyete ilişkin eksiklik giderilmiş olabilir. Bu durumda temyiz merci tarafından yapılan incelemenin sadece hukuki yönden yapılması durumunda, yargılamanın duruşmalı ve aleni yapılmasının, ilk derece mahkemesinde yerine getirilmeyen aleniyet ilkesine ilişkin eksikliği gideremeyeceği açıktır (Karakehya 2008: 215).

Tüm bu yazılı metinlerden ve bilgilerden çıkarılması gereken, duruşmaların aleni şekilde yürütülmesi ilkesi sanıklar için kabul edilen bir teminattır. Zira adaletin dağıtım şeklinin aleni yapılmasına imkân verilmesi ile halkın yargılama makamını kontrol etmesine imkân verildiğinden hâkimlerin, yargılama faaliyetini icra ediş şekline ve verdiği

hükümlerinde daha fazla dikkat ve basiret göstermelerini, bilhassa tarafsızlıklarını temin bakımından sanıklar için son derece önemlidir. Aynı zamanda bu durum, toplum için de bir teminattır. Fertler üzerinde yargılamanın adil bir şekilde yerine getirdiği ve adaletin şeffaf ve açık olarak dağıtıldığı hususunda toplumda bir kanaat olması durumunda, kanunlara ve onların uygulayıcıları olan hâkimlere karşı dolaylı bir şekilde saygı oluşur. Duruşmalarda aleniyet ilkesi uygulanmaması halinde, vatandaşın hâkimlere karşı güveni sarsılır ve adaletin gereği gibi dağıtılmadığı şüphesinin yerleşmesine neden olur. Yargı makamlarına şüphe ile bakan halkın, devlete ve kanunlara olan bağlılığı tehlikeli denebilecek bir surette zayıflar. Diğer yandan aleniyet ile yürütme organının veya başka makamların hâkimler üzerinde baskısı bulunmadığını ve yargıya hiçbir şekilde müdahale etmediklerini kamuya göstermesi bakımından da demokrasi için kuvvetli bir güvencedir (Sanal 1962: 262).

Bundan dolayı duruşmanın aleniyeti, insanlar hakkında yapılacak gizli yargılamalara karşı korumuş olmasından dolayı, demokratik rejimin vazgeçilmez ilkelerindedir (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 283). CMK, aleniyet ilkesinin duruşmalarda titizlikle uygulanmasına dair verdiği öneme binaen, söz konusu ilkenin ihlali halinde CMK'nun 289/1 madde ve fıkrasına (f) bendine göre, taraflarca verilen temyiz dilekçesi veya tarafların beyanında gösterilmiş olmasa da hukuka kesin aykırılık olduğu kabul edilmiştir.

4.4.2. Aleniyet İlkesinin İstisnaları

Ceza yargılamasında temel ilke uyarınca, kamuya açık yargılama olmakla birlikte, Sözleşme'nin 6/1 madde ve fıkrasında belirtilen bazı hal ve şartlarda, yani genel ahlakın, ulusal güvenliğin, tarafların özel hayatının korunmasının gerektirdiği durumlarda duruşmanın tümü veya bir bölümü basına ve halka kapalı yapılabilir. Fakat temel karalın istisnasını oluşturan bu durumlarda da, mahkeme kuracağı hükmünü kamuya açık bir biçimde aleni olarak vermelidir (Reisoğlu 2001: 109).

CMK'nun benzer biçimde 182/1 madde ve fıkrasında, duruşmaların herkese açık olduğuna dair kaideyi belirledikten sonra anılan maddenin 2. fıkrasında ise, AİHS'nin 6. maddesindeki düzenlemeyle paralel olacak şekilde istisnalar getirmiştir. Hakikaten CMK'nun 182/2 madde ve fıkrasına göre: "Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir". Mahkeme CMK'nun belirlediği alan kapsamında kalmak koşuluyla duruşmanın kapalı yapılmasına karar verse dahi, hükmünü

aleni olarak verir. Diğer yandan anılan ceza yargılamasını düzenleyen usul kanunu, duruşmanın aleniyetini ortadan kaldırmaya dönük kararların gerekçesinin aleni olarak açıklanacağı ise, yine aynı maddenin son fıkrasında kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.

CMK'nun 184/1 madde ve fıkrasında, aleni duruşmanın 182. maddesi bağlamında aleniyetin kaldırılması istemlerine ilişkin olarak yapılacak duruşma, istem üzerine veya mahkemece uygun görülmesine halinde kapalı yapılacağını hüküm altına almıştır. Duruşmanın aleniyetinin kaldırılması kararı, nedenleriyle birlikte tutanağa geçirilir. Duruşmanın kapalı yapılması kararı ile birlikte, yargılamanın taraf olmayan kişilerin veya dinleyicilerin salona alınmamasını ifade eder. Diğer yandan kapalı duruşmada mahkeme, bazı kişilerin duruşmada hazır bulunmasına izin verebilir. Bu halde adı geçenler, duruşmanın kapalı olmasını gerektiren hususları açıklamamaları bakımından uyarılırlar ve bu husus tutanağa yazılır. Kapalı duruşmanın içeriği hiçbir iletişim aracıyla yayımlanamaz. Açık duruşmanın içeriği, milli güvenliğe veya genel ahlaka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise; mahkeme, bunları önlemek amacı ile ve gerektiği ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklar ve kararını açık duruşmada açıklar.

Başka bir anlatımla duruşmanın kapalı yapılması ile ilgili verilen hallerde, mahkeme bazı kimselerin duruşmada hazır bulunmalarına izin verebilirler. Ancak bu kimseler, duruşmanın gizli yapılmasını gerektiren olayları dışarıda anlatmamaları konusunda uyarılmaları gerekir. Mahkemenin vereceği izin ile hâkim ya da savcı aday, stajyer avukatlarla birlikte sanığın veya mağdurenin anne ve babasına duruşmada bulunmaları için izin verebilirler, gizli duruşmanın yayımı yasaktır (Bakıcı 2000: 1145).

CMK'nun 185. maddesinde tarafların istemine veya mahkemenin uygun görmesine bırakmadan çocukların sanık olarak yargılandığı davalarda, duruşma zorunlu kapalı yapılır. Yani mahkemenin bu konuda takdir hakkı bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi getirmesindeki amacı, çocukların korunmasıdır. Anılan maddede ayrıca, mahkemenin yargılama sonunda vereceği hükmün de kapalı duruşmada açıklanması kabul etmiştir. Bir üst paragrafta anlatılan takdiri olarak duruşmanın kapalı yapılması halinde, hüküm aleni olarak açıklanması gerektiğini bir kez daha ifade etmekte yarar vardır.

Zira Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından 20.04.2000 tarih ve 2000/6208 esas, 2000/1347 karar sayılı ilamında, takdiri gizlilik kararı verildiği hallerde, hükmün mutlaka açık olarak tefhim edildiğinin belirtilmemesinin bozma nedeni olduğunu ortaya koymuştur. Anılan ilamda; "Suçun niteliği gereği verilen gizlilik kararı uyarınca oturumlar gizli olarak yapılsa dahi hüküm mutlaka aleni tefhim edilmesi gerektiği halde gizli olarak yapılan yargılama sonunda verilen karar okunup anlatıldı denilip ve hükmün tefhim şeklinin belirtilmemesi" sonucu verilen karar CMUK' nun 373/2. (CMK'nun 182) madde ve fıkrasına aykırı olduğunu belirtmiştir.

Mahkemede görülmekte olan kamu davasında birden çok sanık bulunması durumunda kovuşturma evresinin birlikte görülmesinin doğal sonucu olarak sanıklar hakkında tek ve aynı usul hükümlerinin tatbikini zorunlu kılmaktadır. Çocuk olan sanık hakkında kovuşturma aşamasının gizli yapılması zorunluluğu karşısında, birlikte yargılanan çocuk olmayan sanıkların da mecburen küçüğün yargılama usulüne tabi kalacaktır. Aynı şekilde hüküm de gizli tefhim edilmesi gerekir (Bakıcı 2000: 1147).

AİHM *Campbell ve Fell* davasında, kapalı duruşma yapılmasını Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Bu davada, bir hapisshanede başka bir mahkûma yapılan muameleyi protesto etmek için koridorda oturma eylemi yapıp, kalkmayı reddeden başvuruçulara yapılan müdahale sonucu hapisshane görevlileri ve başvuruçularda yaralanmalar olmuş, başvuruçular disiplin kurallarına uymadıkları gerekçesiyle Hapisshane Teftiş Kurulu tarafından kapalı duruşma sonucu cezalandırılmışlardır. Hükümet, Teftiş Kurulunun yargılamayı kapalı yapmasını haklı kılacak kamu düzeni, milli güvenlik, adaletin gerçekleşme menfaati gibi temellere dayanmış ve meşru olduğunu ileri sürmüştür. Hükümete göre, güvenlik sorunları mahkûmun kötü niyetli iddialarla propaganda yapması ve diğer mahkûmların mahremiyet istekleri bu gizliliği desteklemektedir. AİHM'e göre buradaki yargılamanın olağan yargılamada çıkabilecek zorluklardan daha fazla zorluğa sahip olduğu şüphesizdir; Teftiş Kurulunun yargılaması hapisshane sınırları içinde yapılmaktadır. Bu sınırlar içine halkı getirmenin zorluğu açıktır; dışarıda yapıldığı takdirde ise mahkûmların duruşmaya getirilmesi açısından benzer sorunlar ortaya çıkacaktır. Disiplin yargılamasının hükümlüler açısından aleni bir biçimde yapılmasını istemek, devlet otoritelerine orantısız bir yükümlülük yüklemek olacaktır. Bu nedenle AİHM basın ve halkın Campbell'in yargılanmasında dışarıda tutulmasını haklı kılan, kamu düzeni ve güvenliği gibi yeterli nedenler olduğunu kabul etmektedir (İnceoğlu 2005: 356).

4.4.3. Aleni Duruşma Hakkından Feragat

Mahkemede aleni yargılanma hakkından, sanığın kendi açık istemi veya zımnen vazgeçebilmesi mümkündür. Ancak feragatin zımni olduğu hallerin kabulü için, zımni feragatin hiçbir şüpheye mahal vermeyecek belirgin olması ve mevcut durum itibariyle eş zamanlı olarak kamu yararına aykırı düşmemesi gerekir (TÜSİAD 2003: 116).

Aleni duruşma yapılması taraf devletın kendi iç hukuk sisteminde genel kural olarak düzenlenmiş ise, başvuru aleni duruşma yapılma hakkından açıkça feragat ettiğini bildirmedığı müddetçe, başvuru aleni duruşma talep etmemesi bir feragat olarak kabul edilmesi olanaklı değildir. Fakat aleni duruşma yapma hakkı kural olarak değil de, başvuru aleni duruşma talebi üzerine duruşma yapılacağı mevzuatta açıkça düzenlenmiş ise, kamu yararına ters düşmediği müddetçe başvuru aleni duruşma talep etmemesi, zımni feragat olarak kabul edilebilir (TÜSİAD 2003: 116). Diğer yandan aleni duruşmadan vazgeçmek, duruşmanın kapalı yapılması anlamında değil, duruşmadan vazgeçmek demektir. Duruşmanın kapalı yapılması konusunda mahkeme karar verir (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 289).

Sanık, CMK'nun 182/2 ve 187/3 madde ve fıkralarındaki sebeplerin varlığını ileri sürmek suretiyle mahkemeden, duruşmanın aleniyetinin kaldırılarak kapalı yapılmasını veya açık duruşmanın içeriğinin açıklanmasının yasaklanmasını isterse; duruşmanın aleniyetinden feragat etmiş sayılır (Karakehya 2008: 220). AİHM *Hakansson ve Sturesson v. İsveç* davasında ise, mahkeme özellikle ceza davalarından sanığın kapalı duruşma talep etmesi halinde, mahkemenin sanığın menfaati ile kamu menfaati arasında bir orantı kurmak suretiyle talebi reddetmesini haklı bulmuştur. AİHM'ye göre aleniyetten feragat etmenin kamu yararına önemli derecede aykırı olduğu hallerde, aleniyetin sağlanması zorunludur (Karakehya 2008: 220).

4.5. Çelişmeli Yargılama Hakkı ve Kovuşturma

Çelişmeli yargılama ilkesi, kamu davası ile ilgili yapılan yargılama sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla dosyaya sunulan delil, mütalaa ve görüşlerin her biri hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında değerlendirme yapma imkânının taraflara verilmesi olarak özetlenebilir (TÜSİAD 2003: 81).

Ceza muhakemesi tarafından duruşmalardan sonra verilecek hükmünün kolektif olabilmesi ve herkes yönünden geçerli veya bağlayıcı olabilmesi için, muhakemeye katılan süjelerden birinin kendi kanaatini veya maddi olaya ilişkin kabulünü gerçek olarak diğerlerine dayatmaması, haliyle hüküm verme faaliyetine katılan makamların düşüncelerini karşılıklı olarak ortaya koymaları ve tartışmaları gerekir. Zira tek taraflı düşünce ile maddi gerçek bulunamaz. Kamu davasına konu maddi gerçek, çeşitli düşüncelerin duruşmada tartışılmasından ortaya çıkar. Düşüncelerin karşılıklı olarak ileri sürülmesi ve tartışılması metoduna, çelişme denir. Çelişme, en genel manasıyla, muhakeme süjelerinden her birinin, yargılamanın konusu ile ilgili düşüncesini, tekrar düşünülme üzere diğer süjelerin önüne koymasındır (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 20-21).

Savunma makamının hakkındaki isnat ile ilgili olarak savunma görevinin gereği gibi yapılabilmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet edebilmesi için, savunma makamının gerekli yasal yetkilerle donatılmış olması zorunludur. Bu bağlamda önemli olan husus, iddia ve savunma makamları arasında, yetki yönünden bir dengenin veya eşitliğin sağlanmasıdır. Nitekim çelişmeli yargılamanın tam olarak uygulanabilmesi ve sonuçta maddi gerçeğin ortaya konulabilmesi, anılan makamlar arasındaki dengenin sağlanmış olmasına bağlıdır. Özellikle belirtmek gerekir ki, burada bahsedilen söz konusu yetkilerde eşitlik değildir. Makamlar farklı olduğundan, yetkilerin de farklı olması doğaldır. Örneğin savcının sahip olduğu kolluğa emir verme yetkisinin sanığa, hatta müdafiyeye tanınması beklenemez. Burada önemli olan yetkilerde eşitlik değil, bir tarafa verilen yetkilere karşılık, diğer tarafa da bazı yetkiler tanıyarak dengeyi sağlamaktır. Bir başka deyişle savunma makamı, savunma görevini, iddia makamının iddia görevini yerine getirirken sahip olduğu serbesti içinde yerine getirebilmelidir (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 35-36).

Çelişmeli yargılama hakkı, silahların eşitliği ilkesi ile yakın bir bağı olduğunu söylemek mümkündür. Zira AİHM'nin verdiği kararlarında anılan iki ilke birbirini tamamlayacak şekilde kullanılmaktadır. Bu bağlamda çelişmeli yargılama hakkının ihlal edilmesi, aleyhinde açılan kamu davasında sanığın kendini savunabilmesi açısından taraflar arasındaki dengeyi bozabilmesi mümkündür. Mahkeme'ye göre, silahların eşitliği adil yargılanma hakkının sadece bir özelliğidir, adil yargılama aynı zamanda ceza yargılamasının çelişmeli olması hakkını da içinde barındırır (İnceoğlu 2005: 249).

Diğer yandan çelişmeli yargılama, silahların eşitliği ilkesi ile yakın bağı nedeniyle önemli bir görünümü olmasına rağmen; çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi, her zaman silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmesi manasına gelmez. Çelişmeli yargılama hakkı, ilk derece mahkemesinin temyiz mahkemesine gönderdiği bilgi ve belgeler için de geçerlidir (Kaşıkara 2009: 159). Kaldı ki, ulusal yargılama sisteminin içinde yer alan başka bir bağımsız üyesi tarafından ilk derece mahkemesinin kararı ile ilgili olarak verilecek nihai kararı etkilemek amacıyla verilen mütalaalar için de geçerlidir. Örneğin Yargıtay savcısının, temyiz aşamasında mahkemeye gönderdiği tebliğnamelerin karşı tarafa gönderilmesi, çelişmeli yargılamanın gereğidir (TÜSİAD 2003: 81). Bu noktada AİHM *Göç v. Türkiye* kararında, çelişmeli yargılama hakkı bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın görevi kapsamında temyiz taleplerinin esası hakkında mütalaada bulunmak ve bu şekilde Yargıtay tarafından verilecek karara etki etmeye çalışmaktadır. Bu manada anılan tebliğnamenin niteliği nazara alındığında, sanığa tebliğnameye konu mütalaa ile ilgili beyanda bulunma verilmemiş olması çelişmeli yargılama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (Çelik 2007: 90).

Çelişmeli yargılama hakkı, taraflar arasında silahlarda eşitliğin sağlandığı bazı hallerde, çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilebilmesi mümkündür. Nitekim AİHM *Niderost ve Huber v. İsviçre* kararında, ilk derece mahkemesinin Federal Mahkemeye gönderdiği ve uyuşmazlık konusunda kendi kanaatini yansıtan yazının dava dosyasına konu uyuşmazlığın her iki tarafına da bilgi vermeden göndermiş olmasını silahlarda eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Zira söz konusu mahkemenin gönderdiği belgeden her iki tarafın da haberi yoktur. Ancak bu uygulaması bakımından AİHM, silahlarda eşitlik ilkesine bir aykırılık olmasa da; çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Çünkü muhakemede taraflar arasında tam bir çelişmenin sağlanabilmesi için yargılama açısından önemli belgelerin enstrümanların tarafların bilgisine sunulması bir zorunluluktur (Karakehya 2008: 223).

Çelişmeli yargılama hakkının diğer bir yönü, kamu davalarına özgü olan Sözleşme'nin 6/3 madde ve fıkrasının (d) bendinde yer alan tanıkların çapraz sorgulanmasına ilişkin özel güvencedir (TÜSİAD 2003: 81). Başka bir anlatımla yargılamada yüz yüzelik ve çelişmelilik, bilhassa tanıkların dinlenmesinde çapraz sorgulama imkânını gerektirmektedir. Böylece iddia makamının ithamına dayanak gösterdiği delillerin neler olduğunu sanık bilecek ve iddia makamının kanıtlarına karşı

kendi savunmasını sunacak ve açıkça tartışacaktır (TÜSİAD 2003: 163). Kovuşturma aşamasında çelişmeli yargılama hakkı ve delillerin müşterekliği ilkeleri dikkate alınarak, tarafların bilgisi bulunmadan iddianameye konu dava ile ilgili keşif dahi yapılmamalıdır (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 206). Ayrıca dosyada bulunan delilin içeriğini sadece yargılama makamının öğrenmesi yetmeyecektir. Taraflar da öğrenmeli ve mütalaa niteliğindeki hükümleri ile kolektif hüküm verme faaliyetine katılma imkânının verilmelidir (Kunter, Yehisey, Nuhoglu 2009: 615).

CMK'da, her ne kadar açıkça yazmasa da, getirilen düzenlemelerden anlaşıldığı üzere çelişmeli yargılama hakkı duruşmaya hâkim olan temel yöntem olarak belirlenmiştir. Bu itibarla CMK'nun 201. maddesine göre, duruşma esnasında çelişmenin tam olarak uygulanabilmesi için savcı, müdafiyeye veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya gelen diğer kişilere doğrudan soru sorma yetkisi verilmiş, bu şekilde tarafların birbirlerinin gösterdikleri tanıklarının güvenilirliğini doğrudan test edebilmelerine imkân tanınmıştır. Ayrıca sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim vasıtasıyla tanıklara soru yöneltebilmektedir. Bunun dışında duruşmada getirilen her türlü delilden sonra tüm taraflara söz hakkı verilmesi gerektiğine ilişkin husus güvence altına alınmış; bu şekilde getirilen deliller hakkında tarafların karşılıklı olarak görüş beyan edebilmesi ve bu şekilde tam bir çelişmenin sağlanması amaçlanmıştır (Karakehya 2008: 225).

Ceza muhakemesinde kural olarak bütün deliller tarafların katıldığı duruşmada veya huzurunda ortaya konulur ve taraflarca duruşmada tartışılır. Bu şekilde yapılan yargılama ile tarafların karşılıklı çelişmesi sonucu deliller taraflar arasında en iyi şekilde değerlendirmek suretiyle, kamu davasına konu olan maddi gerçek en yalın haliyle ortaya konulmaya çalışılır. Ancak ceza muhakemesinde bazen devlet sırrı nedeniyle bir takım delil mahiyetindeki belgelerin mahkeme tarafından gizli incelenmesi yasal düzenlemeye konu olmuştur. Bu bağlamda CMK'nun 125/2 madde ve fıkrasına göre: " Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydedilir". Ancak anılan madde ve fıkranın uygulanabilmesi için şarta bağlı tutulduğu 125/3 madde ve fıkrasında görülmektedir. Anılan fıkrada: " Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş

yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır" denilmektedir (Karakehya 2008: 225).

CMK'nun 125. maddesinde yer alan bu düzenleme, çelişmeli yargılamanın ayrılmaz bir parçasını oluşturan silahların eşitliği ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Çünkü devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren ve delil mahiyetinde olan belge, hem iddia hem de savunma makamına karşı gizli tutulmamaktadır. Bu itibarla silahların eşitliği bakımından herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir. Diğer yandan tarafların mahkemenin vereceği hükmüne delil olabilecek bir belgeyi hiç görmemelerine rağmen, söz konusu belgenin mahkeme tarafından delil olarak kabul edilmiş olması, çelişmeli muhakeme ilkesine aykırı olduğu muhakkaktır. Haliyle tarafların görmedikleri veya inceleme imkânları olmayan bir belgenin üzerinde tartışmaları ve dolayısıyla birbiriyle çelişmeleri mümkün görünmemektedir. Diğer yandan duruşmada tarafların düşüncesi sorulmamış ve dolayısıyla üzerinde tartışılmamış bir belge delilinin dosya kapsamında maddi gerçeği ne oranda yansıtacağı da ayrı bir sorundur (Karakehya 2008: 226). Bu bağlamda bilhassa sanık hakkında verilen mahkûmiyete ilişkin hükmün, dosyada bulunan tek veya esaslı dayanak noktasının mahkeme tarafından gizli incelenmiş bir belge olması durumunda, sanığın mahkûmiyetine dayanak olan belgeyi görüp inceleyememesi ve onun doğruluğunu sorgulayamaması adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir. Zira bu özel durumda mahkeme, sanık olmaksızın belge delilini inceleyecek ve onun devlet sırrı niteliğinde bilgiler içerdiğine kanaat getirmesi halinde sadece kamu davasına konu uyuşmazlıkla ilgili kısımlarını tutanağa geçirecektir (Karakehya 2008: 226).

4.6. Silahların Eşitliği İlkesi ve Kovuşturma

Tarafların yetkilerinin eşitliğini ifade eden silahların eşitliği yargılamanın tarafları arasında hâkim karşısında düello edercesine çarpıştığı devirlerde ortaya çıkmış ise de, bugün itibariyle muhakemenin ayrılmaz bir parçası olarak hakkaniyete uygun yargılamanın ayrılmaz bir unsuru haline gelmiştir (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2009: 311).

Adil yargılanma hakkının içinde, silahların eşitliği ilkesi de bulunmaktadır. AİHM, *De Haes ve Gijssels v. Belçika* davasında ifade edildiği üzere: "Bir davaya taraf olan herkesin karşı taraf karşısında kendisini önemli bir dezavantajlı konumda bırakmayacak şartlarda, iddialarını mahkemeye sunabilmesi için makul bir fırsata sahip olabilmesidir" şeklinde ifade edilmiştir. Diğer yandan Komisyon, *Jespers v. Belçika* davasında silahların

eşitliği ilkesini Sözleşme'nin 6/3 madde ve fıkrası ile birlikte ele alındığında: "Savcılık veya soruşturma makamının ellerindeki ya da ulaşabildikleri ve sanığın kendisini temize çıkarabilmesine veya cezasını azaltmasına yardımcı olabilecek nitelikteki tüm malzemeleri açıklamakla yükümlü" olduğu şeklinde anlaşılması gerektiğini belirlemiştir (Mole, Harby 2001: 40-41).

İddia makamının devletin bütün olanaklarını arkasına aldığı kamu davalarında silahların eşitliği ilkesi, sanığın kendini savunmasının en önemli güvencesidir. Silahların eşitliği ilkesi, ceza davalarında savunmanın iddia makamı ile eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunma konusunda makul imkânlarla sahip olmasını güvence altına alır (Uluslararası Af Örgütü 2000: 173).

Hakkaniyete uygun yargılamanın temel ölçütlerinden biri, davanın tarafları arasındaki silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği, hukuk devleti ve genel eşitlik ilkelerinin doğal bir sonucudur. Silahların eşitliği ilkesi, anayasa hukukunda genel eşitlik ile sosyal devlet ilkelerine dayanmaktadır (Kurtaran 2004: 22). Bütün yargılama süreci boyunca mahkeme tarafından gözetilmesi gereken silahların eşitliği ilkesi, her iki tarafın yargılama sırasında usul açısından eşit konuma sahip olmalarını sağlayacak tarzda muamele görmeleri ve davaya hazırlanırken eşit konumda bulunmaları anlamına gelir. Bu her iki tarafa da, karşı taraf karşısında kendisini esaslı bir surette dezavantajlı konuma sokmayan şartlarda görüşlerini sunmak için makul imkânların verilmesi anlamına gelir (Uluslararası Af Örgütü 2000: 173).

AİHM, konuyla ilgili olarak *Vermeulen v. Belçika* kararında, adil yargılanma kavramının, kural olarak bir davanın taraflarının dosya kapsamında gösterilen deliller veya sunulan mütalaalar hakkında bilgi sahibi olması ve bu deliller ile ilgili görüş bildirmesi hakkını da barındırdığı belirtmiştir. *Nideröst-Huber v. İsviçre* kararında ise, asıl önemli olanın davacıların adaletin işleyişine olan güvenidir ki, bu da diğer hususların yanı sıra, davacıların dosyadaki tüm belgelerle ilgili görüş bildirme fırsatı bulduklarını bildirmelerine bağlıdır (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler 2007: 238).

Sanık hakkında mahkemeye açılan kamu davasında duruşmalarda hazır bulunularak adaletin hakkıyla yerine getirildiği görüntüsünün sağlanması amacıyla, silahların eşitliği ilkesine büyük önem atfedilmektedir. Silahların eşitliği ilkesi ile ilgili olarak bir

yargılamada mevcut bulunması gereken bazı koşullar yer almaktadır. Bu bağlamda karşı tarafın hazırladığı sunumları alma ve cevaplama fırsatının kendisine verilmiş olması, lehine olduğunu düşündüğü delil ileri sürme ya da isteme hakkı, tanık dinlenmesinde taraflar arasında eşitliğin sağlanmış olması, tarafların bilgi ve belgeye ulaşmasında ayırım yapılmaması, her iki tarafın da anlayabileceği bir dilde yargılamanın yapılması, savunma ve iddialar için makul süre ve fırsat tanınması, susma hakkı, hukuka aykırı delillerin sanık aleyhine kullanılmaması ve nihayet kararların gerekçeli olması şeklinde izah mümkündür (Kalay 2006: 30-31).

AİHM'nin yerleşmiş içtihatları uyarınca; kamu davalarında sanık ile savcı eşit durumda olacağı; savcılık tarafından soruşturma aşamasında elde edilen tüm bilgi ve belgeler mahkemeye sunulmasına müteakiben karşı görüşünü bildirebilmesi sanığa verilecek ya da tebliğ edilmesi; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca dava dairesine sunulan savcılık mütalaasının, sanığa tebliğ edilmemiş olması; temyiz incelemesinde kararın daire tarafından müzakeresi sırasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının hazır bulunması silah eşitliğinin bozulacağı; ceza ve hukuk davalarında mehiller taraflar için aynı olması gerektiği; tanıklar aynı koşullar altında dinlenmesi zorunluluğu; hasım tarafça sunulan kanıt ya da belgeleri tartışma olanağına sahip bulunacağı; temyiz aşamasında raportör tarafından hazırlanan raporun, duruşmadan önce Yargıtay savcısına gönderilmesine mukabil karşı tarafa bildirilmemesi silahların eşitliğine aykırıdır (Gözübüyük, Gölcüklü 2009: 292-293).

Sayılan bu hususlardan sadece biri ile ilgili olarak AİHM, *Göç v. Türkiye* kararında şöyle demektedir:

“Başvuran, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın temyize ilişkin tebliğ namesinin kendisine bildirilmeği ve tazminat talebine yönelik sözlü duruşma hakkından mahrum bırakıldığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 6/1 hükmünün ihlal edildiğini ileri sürmüştü, Mahkeme; Başsavcının Hazinenin temyiz başvurusunun reddine yönelik mütalaada bulunduğunu bilmesine rağmen, fakat bu tarafsız yaklaşım temyiz aşamasında taraflar arasında silahların eşitliğini de sağlasa da başvuranın kendisi için ilk derece mahkemesi tarafından hükmedilen tazminat tutarına yönelik itirazının sürmesi ve Yargıtay önündeki başarı şansını zedeleyen her türlü mütalaadan haberdar edilmesi hakkına sahip olması gerekliliğinden hareketle ve dolayısıyla; başvurana Yargıtay Cumhuriyet

Başsavcılığının Yargıtay'a sunduğu tebliğnamenin bildirilmemesi göz önünde bulundurulduğunda Sözleşme'nin 6/1 madde ve fıkrasının hükmü ihlal edildiğine karar vermiş ve bu nedenle başvuranın adil yargılanma hakkının sonucunu göz önünde Mahkeme; başvuranın sözlü duruşma yapılmaması nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetini ayrıca incelemeyi gerekli görmemektedir (Göç/Türkiye Davası, Kasım 2000 gün ve 36590/97).

Silahların eşitliği ilkesi, adeta yargılamada meydana gelebilecek ağır insan hakları ihlallerine karşı acil bir fren mahiyetindedir (Kaşıkara 2009: 155). Mahkeme içtihatlarının hep bir arada değerlendirme yapmak suretiyle tasnif edilmesi halinde silahların eşitliği genel olarak; delil sunma yönünden eşitlik, bilirkişi yönünden eşitlik, savcılık ve savunma makamları arasında usule ilişkin eşitlik, dava taraflarının bilgi ve belgelere ulaşmada eşit imkânlar şeklinde yan başlıklarının bulunduğunu söylemek mümkündür (Bekri 2009: 250).

4.6.1. Silahların Eşitliği İlkesi Bağlamında Tarafların Yetkilerinin Değerlendirilmesi

Herkes hukuk önünde eşit haklara ve imkânlara sahiptir. Hukuk önünde eşitlik hakkın, mevcut yasaların eşitliği öngörmesi veya ayrımcı olmaması, hâkimlerin yasaları uygularken herkese eşit mesafede durması, ayrımcı bir şekilde davranmaması manasına gelir. Hukukun bu genel ilkesi, herkesin hem mahkemeye eşit olarak ulaşma ve hem de mahkemeler tarafından eşit muamele edilme hakkına sahip olduğu anlamına gelmektedir (Kaşıkara 2009: 156).

Adil bir yargılanmada, silahların eşitliği ilkesi bazı temel sonuçları doğal olarak ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla bu ilke ile devletin yargı fonksiyonu, kişi lehine sınırlandırılmakta ve yargının doğru ve adil muhakemede bulunmasına yardımcı olması ile birlikte, kamu davasına konu maddi olay sebebiyle mahkemede yargılamaya katılanların salt bir figür olması önlenmekte ve muhakeme işlemlerinde daha etkin olmaları sağlanmaktadır (Kaşıkara 2009: 157).

Kovuşturma aşamasında yapılan duruşma sırasında, iddia makamına tanınan haklarla savunma makamına tanınan haklar arasında tam bir eşitliğin sağlanması gereklidir. Çünkü bu aşama ile birlikte savcı, soruşturma evresindeki süjelik görevinin getirdiği yöneten pozisyonundan, taraf olma özelliğini belirgin bir şekilde ortaya koyan veya iddia eden konumuna gelmiş olur (Karakehya 2008: 229).

Kamu davasına konu uyuşmazlığın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir eşitlik olabilmesi için, tarafların kamu davası ile ilgili tüm bilgi ve belgelere ulaşabilmek bakımından da eşit imkânlarla (yetkilere) sahip olmayı zorunlu kılar. Bu itibarla silahların eşitliği açısından önemli olan taraflardan birinin diğerine karşı avantajlı duruma gelmemesi veya avantajlı bir duruma sokulmamasıdır. Diğer bir ifadeyle kamu davasının her iki tarafı da bir belgeye ulaşamamak bakımından eşit konumdaysa, bu durum silahların eşitliğine aykırılık oluşturmaz. Ancak adil yargılanma hakkının diğer ilkelerine veya diğer alt haklara aykırılık teşkil edebilir. AİHM, söz konusu olan uyuşmazlık bakımından silahların eşitliğine aykırılık görmese de, tarafların davaya tam olarak katılımı sağlanmadığından genel ilkeye ilişkin hakkın ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu olumlu düzenlemelerle birlikte, sanığın hakkında açılan kamu davasına konu dosyasını inceleyebilme imkânının kanunda açıkça düzenlenmemiş olması ve bazı özel durumların olması halinde duruşma işlemlerinin öne alınmasını ifade eden erken dinleme durumunda, tutuklu sanığın bu erken dinleme olarak isimlendirilen işlemlerde bulunmasının mahkemenin takdirine ve zorunlu hallerin varlığına bağlı tutulmasının silahların eşitliği ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını önemli ölçüde zafiyete uğratacağını belirtmek gerekir (Karakehya 2008: 229-230).

Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan soruşturma kapsamında yeterli şüphenin olması üzerine düzenlenen iddianameyi mahkemenin yasal on beş günlük inceleme süresi olarak adlandırılan ara muhakeme döneminde, savcı ve mahkeme dışında hiçbir süjenin süreç içine katılmadığı da nazara alındığında, soruşturma dosyası kapsamında bulunan yetersiz delile dayanılarak mevcut bilgi ve belgeler ile hakkında dava açılmaması gereken kimseler hakkında iddianame düzenlenmek suretiyle kamu davası açıldığı, soruşturma evresinin eleme fonksiyonunun hayata geçirilmediği görülmektedir.

Yasa koyucu, bu ve benzeri olumsuzlukların olabileceğini öngörmüş olması sebebiyle CMK'nun 174. maddesinde iddianamenin iadesi kurumu ihdas etmiştir. Bu itibarla ara muhakemede mahkemelerin iddianameleri gerektiği biçimde inceledikten sonra iade edebilmeleri halinde belki bu aykırılığın etkisini biraz zayıflatabilir; ancak uygulamada iddianamelerin ciddi biçimde denetlendiğini söyleyebilmek henüz mümkün değildir. Bu süreçte sanık, savunma makamının olanakları ve hakları silahların eşitliği ilkesine aykırı olarak kısıtlanmaktadır.

4.6.2. Delil İkame Etme ve İkame Edilen Deliller Hakkında Görüş Beyan Etme Bakımından Eşitlik

Her ne kadar AİHS'nin 6. maddesinde açıkça yer almasa da, silahların eşitliği ilkesi kapsamında ortaya çıkan diğer bir hak da, delil ikame edebilme ve diğer tarafın duruşmaya getirdiği deliller hakkında gerekli olan açıklamaları yapabilmeye ilişkin haktır. Anılan hak, Sözleşme'nin 6/3 madde ve fıkrasının (d) bendinde açıkça güvence altına alınmıştır. (Karakehya 2008: 231). Başka bir ifadeyle silahların eşitliği ilkesi, AİHS'nin 6/3 madde ve fıkrasının (d) bendinde yer alan *tanıkların dinlenmesinde hak eşitliği* kavramı ile yakından ilgilidir (Gölcüklü 1994: 227).

Ancak delil ikame etme hakkı ile ilgili olarak şunu da ifade etmek gerekir ki, anılan hak mutlak surette kabul edilmiş bir hak da değildir. Nitekim sanık kendisine isnat edilen suç ile ilgili savunmasını gerektiği şekilde yapabilmesi, lehine olan hususları rahatlıkla duruşmada ortaya koyabilmesi adına bu hakkı, iyi niyetli olmayacak şekilde sanık tarafından duruşmayı uzatmak bakımından gereksiz delil ikamesi talepleri olabilecektir. Bu itibarla AİHM bu hakkı mutlak olarak kabul etmemiştir. Sanığın savunmasıyla bağlantılı olarak ikame etmek istediği her delilin mahkeme tarafından kabul edilmesi şart değildir; ancak bu hakkın amaca uygun olmayan şekilde kısıtlanması, adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturur (Karakehya 2008: 233).

Bu paralelde CMK'da düzenlemelerin bulunduğunu söylemek yanlış olmaz. Nitekim CMK'nun 206/2 madde ve fıkrasına göre, taraflarca duruşmada ortaya konulması istenilen bir delil, bazı durumlarda mahkeme tarafından reddedilebilme imkânı Yasa Koyucu öngörülmüştür. Bu itibarla CMK'nun 206/2 madde ve fıkrasında:

“(a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse, (b) Delil ile sipat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa (c) İstem, sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa ortaya konulması istenilen bir delil reddolunur” şeklinde ifade edilmiştir.

Kamu davasına konu maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için bir tanığın dinlenmesinin zorunlu olduğu hususu taraflarca ileri sürülmesine rağmen, bu tanığın dinlenmesi istemini CMK'nun 206/2 madde ve fıkrası doğrultusunda reddeden mahkeme, kendisini bu sonuca götüren nedenleri veya gerekçeleri, ara kararında göstermek zorundadır. Bunun doğal sonucu olarak silahların eşitliği ilkesi, mahkeme tarafların

birbirleri karşısında önemli bir dezavantaj içine girmeyecek şekilde yargılamalarının devam etmesi gerekir (TÜSİAD 2003: 78).

Deliller müşterek olmalıdır. Diğer bir tabirle dosyada bulunan delillerin içeriğini sadece hâkim tarafından vakıf olunması yetmez, söz konusu delilleri tarafların da bilgisine sunulmalıdır. Bu konu da var olan delillerin ortaya konulup tartışılmasıyla mümkündür. Delillerin müşterekliği ilkesi gereği, hâkim şahsi bilgisine dayanak dosya kapsamında hüküm veremez. Hâkimin şahsi bilgisine dayanması, bu bilginin tartışılmasına imkân vermeyeceğinden, savunma hakkına da zarar verecektir. Nitekim CMK'da, delillerin ortaya konulmasını ve kanaatin duruşmadan elde edilmesini kabul etmiştir (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 173).

Kovuşturma aşamasında, savcılık makamı tarafından kolluğa yaptırılan ek bazı araştırma ve soruşturmaların, sanığın bilgisi bulunmaksızın savcının hukuki yorumu ile birlikte mahkemeye sunulması, silahların eşitliği açısından soruna neden olmaktadır. Diğer yandan eğer kamu davasında, iddia makamını temsil eden kişi, dosya ile ilgili olarak mahkeme heyetine bir görüş bildiriyorsa, bu bildirim bir gerekçe veya yorum içermese de, iddia makamı tarafından mahkemeye sunulan görüş veya mütalaasının savunma makamının bilgisinin sunulması gerekir (TÜSİAD 2003: 80).

4.7. Sorgulanma Hakkı ve Kovuşturma

Sorgulanma hakkı, Sözleşme makamlarınca 6/1 madde ve fıkrasında yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ile ilgili uygulama neticesinde çıkarılan haklardandır. Anılan hakkın, silahların eşitliği ve kendi kendini savunma hakkıyla yakın bir ilişki içinde olduğu görülmektedir. Ceza muhakemesi bakımından bu hak, öncelikle bir suç ithamı ile karşı karşıya bulunan kimsenin hâkim önünde hakkındaki iddialar kapsamında sorgulanmasını ifade eder. Bununla birlikte maddi olay ve hukuki meselelerde görüş bildirme imkânının sanığa tanınmasını da kapsar. Sanığın sorgusu yapılırken savunmasına dair konuşması ve konuşmasının etkinliğini kaybedecek şekilde rahat ettirilmesi, duruşmada ortaya konulan ve dosya arasında bulunan her delilden sonra görüşünü bildirmesi ve nihayetinde yargılamanın sonunda sanığın savunmasına ek olarak son sözü söyleme hakkının kendisine verilmesi sorgulanma hakkının bir parçasıdır (Karakehya 2008: 235).

Diğer yandan yargılamanın yöntemine ilişkin olarak sanığın sorgusunun mu önce yapılacağı, yoksa kamu davası ile bağlantısı bulunan delillerin mi önce toplanması gerektiği konusunda ortak bir kanaat bulunmamaktadır. Sanığın hakkındaki iddialarla ilgili olarak sorgusunun önce yapılması durumunda, sanığın iddianameye konu maddi olayı olduğu gibi anlatacağı, delilleri bilmediği için ifadesini değiştiremeyeceği görüşü olmakla birlikte; duruşmada delillerin ilk önce sunulması halinde ise, sanığın dosya kapsamında ortaya konulan delillere göre savunmasını değiştirmesi, hâkimin duruşmada getirilen delillerin etkisinde kalarak sanığın sorgusunu yapmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür (Bakıcı 2000: 1146).

Bu tartışmalarla ilgili olarak CMK, yargılamanın nasıl yapılacağına dair hüküm getirmiştir. Bu itibarla CMK'nun 206/1 madde ve fıkrasına göre öncelikle sanığın hakkındaki iddialarla ilgili olarak mahkemece sorguya çekildikten sonra delillerin ortaya konulmasına başlanır. Ancak sanığın kendisine duruşma gün ve saati meşruhatlı çağrı kağıdı ile çağrılmış olmasına rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olması, delillerin ortaya konulmasına engel olmayacaktır. Kaldı ki, sanığın yokluğunda ortaya konulan deliller, sonraki duruşmaya gelen sanığa bildirilir.

YCGK tarafından 19.12.1994 tarih ve 322/343 sayılı ilamında: "Sorgu, sadece sanık lehine konulmuş bir usul kurumu değildir. Maddi gerçeği bulmak için konulmuş, kamusal niteliği de oldukça ağır basan bir usul kuralıdır " şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla sanığın sorgusu yapılırken savunmasına ilişkin ifadesi duruşma tutanağına anlattığı şekilde yazılmalıdır. Hâkim sadece Türkçe yazım hatalarını düzeltmekle yetinmelidir. Sanık hakkındaki iddialarla ilgili yapmış olduğu savunmasını hâkimin özet halinde veya aklında kalanları tutanağı yazdırması, üçüncü kişi olarak duyduklarını tutanağı geçmesi hatalıdır. Dolayısıyla savunmanın kısıtlanmasına neden olabilmektedir (Bakıcı 2000: 1148).

Bu itibarla ceza muhakemesi hukukunun temel amacı, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer olmaksızın açığa çıkarılmasıdır. Sorgulanma, esasında bir savunma aracı olup, delil elde etmek için kabul edilmiş bir müessese değildir. Ancak sanığın duruşmada hâkime, hakkındaki iddialarla ilgili verdiği yanıt, maddi gerçeği öğrenme hususunda hâkim için bir delil teşkil edebilir ise de, dosyada bulunan diğer kanıtları doğrulanmayan, oluşa ve maddi gerçeğe uygun düşmeyen, fenni kanıtlarla çelişen soyut ikrara dayanılarak sanık aleyhine mahkûmiyet hükmü tesisi, ceza muhakemesi hukukunun *maddi gerçeğe ulaşma* ilkesine aykırılık teşkil eder (Ünver, Hakeri 2010: 91).

CMK'da duruşma ile ilgili olarak, sorgulanma hakkının korunması adına önemli teminatlar getirilmiştir. Sanığın duruşma sırasında sorgusunun yapılması ve hatta kural olarak sanığın savunması alınmadan istisnai durumlar dışında hüküm kurulamaması hususları düzenleme altına alınmıştır. Sorgulanmanın gerek sanık bakımından gerekse maddi gerçeğin bulunması açısından arz ettiği önem nedeniyle CMK, bu konularla ilgili düzenlemelerin oldukça ayrıntılı olarak yapıldığı görülmektedir. Bu itibarla CMK'nun 191. maddesine göre sanığın sorgusuna geçilmeden önce mahkeme tarafından duruşmada yapılacak usule ilişkin işlemler, sanığa verilen hakların hatırlatılması ile ilgili haklar detaylı olarak düzenlenmiştir. Yargıtay anılan maddede yer alan usule ilişkin işlemlerin yerine getirilmesini hassas bir şekilde incelediğini söylemek yerinde olacaktır.

Yargıtay 3. Ceza Dairesi tarafından 02.04.2008 tarih ve 2007/14102 esas, 2008/3380 karar sayılı ilamında: "İddianame okunmadan sanığın sorgusu yapılamaz. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını belirtmesi ile yetinilmesi gerekirken infaz yetkisini kısıtlar şekilde süre belirlenmesi doğru değildir". Bu bağlamda sorgusu yapılan sanığa, kuşkudan kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılmalı ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınmalıdır. Sanık aleyhindeki delilleri çürütebilecek ve lehine olan delillerin toplanmasını isteyebilecektir (Bakıcı 2000: 1148).

Ayrıca sanığın duruşmada ortaya konulan deliller ve muhakeme açısından müdafî aracılığıyla veya bizzat kendisi tarafından görüş bildirme hakkına yer verilmiştir. Diğer yandan CMK'nun 216/3 madde ve fıkrasına göre mahkeme hükmünü açıklamadan önce son sözün hazır bulunan sanığa verileceğine ilişkin düzenleme de sorgu hakkının önemli bir parçasıdır. Nitekim bu şekilde sanık, kendisi hakkında ileri sürülen tüm tez ve delilleri gördükten sonra, mahkeme önünde tüm bunlara karşı genel bir değerlendirme ve görüş bildirme olanağı sahip olmaktadır (Karakehya 2008: 236).

4.8. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Kovuşturma

Hakkında suç ithamı bulunan herkes, aleyhindeki suçlamaları dinlemek ve iddialarla ilgili savunma yapmak için ilk derece mahkemesinde hazır bulunma hakkına sahiptir. Bu itibarla duruşmada hazır bulunma hakkı, savuma hakkının bir parçasıdır. Yargılamayı yapacak olan görevli mahkemede duruşmalarda hazır bulunma hakkı, AİHS'de açık bir şekilde yer almamış olmasına rağmen AİHM tarafından 6. maddenin amaç ve gayesinin,

hakkında suç isnadı bulunan kişinin duruşmalarda hazır bulunmasını güvence altına almanın gerekli olduğu ifade edilmiştir (Uluslararası Af Örgütü 2000: 219).

AIHM'nin içtihatlarına göre sanığın duruşmada hazır bulunması, mutlak bir hak değildir. Sanığın duruşma düzenini bozması veya kimliği gizli tutulan tanığın dinlenmesi gibi istisnai bazı şartların gerçekleşmesi halinde anılan haktan sapmayı gerektirebilir. Buna mukabil sanığın duruşmada hazır bulunması keyfi olarak engellenir yahut sanığın duruşmada hazır olması için sorumluluklar yerine getirilmemesi halinde, sözleşmenin hükümlerine aykırılık meydana gelecektir (Çelik 2007: 94).

CMK'nun 193/1 madde ve fıkrasına göre kural, sanığın duruşmada bulunmasıdır. Ancak sanığın kendisine gün ve saati bildirilen duruşmaya gelmemesinin geçerli bir nedeni bulunmaması halinde zorla getirilmesine karar verileceği belirtilmiştir. Sanığın duruşmada bulunmuş olması, savunma hakkının da neticesidir. CMK'da belirlenen bu kural, mutlaka uygulanması kabul edilmiş değildir (Toroslu, Feyzioğlu 2009: 289).

Duruşma için sanığın gaip olmaması kural olmakla birlikte, gaip olmayan sanığın duruşmada hazır bulunması da kuraldır. Gaipilerin duruşmasının kabul edilmemesini haklı gösteren, maddi gerçeğin daha iyi meydana çıkartılması, savunmanın sağlanması ve cezaların şahsileştirilmesi nedenleri ile gaipleri de içine alacak şekilde, sanığın yokluğunda duruşma yapılmaması kural olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle mahkemeye gelmemiş sanık hakkında duruşma yapılmaz (Kunter, Yenisey, Nuhoglu 2009: 374). Sanığın hakkında açılan kamu davası mahkemede görülürken duruşmada hazır bulunması için devlet, yeterince gayret içinde olmalıdır (TÜSİAD 2003: 82). Bu itibarla sanığın hazır bulunmadığı bir duruşmada tanığın bilgisine başvurulmuş olması, sanığın maddi olayla ilgili tanığın beyanlarını öğrenme ve varsa tanığın beyanlarına karşı diyeceklerini söyleme imkânının fiilen ortadan kaldırılması, savunma hakkının sanığın aleyhine olacak şekilde sınırlandırılması anlamında adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir (Ünver, Hakeri 2010: 63).

Bu manada CMK'da sanığın duruşmaya gelmemesi nedeniyle sanık hakkında duruşma yapılamaması dolayısıyla yargılamanın sonlandırılmaması, deliller ve ispat muhakemesi gibi hükmün de kolektifliğini sağlamak, doğrudan olmasa dahi savunma hakkına verilen değer nedeniyle uygulanabilir bazı yollarla sanığın duruşmada hazır bulundurulması adına bazı düzenlenmelere yer verilmiştir. Bu nedenle mahkeme CMK'nun

199. maddesine göre: "Sanığın hazır bulunması ve zorla getirme kararı veya yakalama emriyle getirilmesi her zaman verebilir." Anılan Kanunun 193/1 madde ve fıkrasına göre, "gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir". CMK'nun 196/2 madde ve göre: "Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur". CMK'nun 196/6 madde ve fıkrasına göre: "Yurt dışında bulunan sanığın, belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu halinde, bu tarihten önce duruşma açılarak veya istinabe suretiyle sorgusu yapılabilir". CMK'nun 194/1 madde ve fıkrası ise: "Mahkemeye gelen sanığın duruşmanın devamı süresince hazır bulunması sağlanır ve savuşmasının önüne geçmek için mahkeme gereken tedbirleri alır" şeklindeki düzenlemeleri ile sanığın duruşmada hazır edilmesinin yolları ile ilgili düzenlenen olanaklardandır. Tüm bu yasal düzenlemelerin amacı, delil, ispat ve hükmün kolektifliği, çelişmelilik ilkesinin savunma hakkı açısından önemi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacı, ceza muhakemesinin itham veya tahkik değil işbirliği sistemine dayalı oluşu vb. ceza muhakemesi amaç ve ilkelerinin hayata geçirilmesidir (Ünver, Hakeri 2010: 64).

Haliyle sanığın hakkında açılan kamu ile ilgili yapılan duruşmada hazır bulunması kendisi açısından hem bir yükümlülük hem de bir haktır. Anılan hak, duruşmada sanığın doğrudan doğruya savunmasını yapabilmesi açısından önemlidir. Elbette ki duruşma sonucunda özgürlüğünün kısıtlanmasının söz konusu olduğu yargılamanın içinde bulunması sanığın önemli bir yararı olduğu muhakkaktır. Bu bağlamda sanık, duruşmada hazır bulunabildiği zaman zarfında devam eden yargılama sürecine veya davaya aktif olarak katılabilecek, gerektiğinde delil gösterecek, müdafisine tavsiyelerde bulunacak veya gerektiğinde savunmasını bizzat kendisi yapacaktır. Ayrıca sanığın duruşmada bulunması cezanın bireyselleştirilmesi ve takdiri hafifletici sebeplerin yargılama makamı tarafından doğru bir şekilde uygulanabilmesi açısından sanığın suç işlemeye yönelik kişiliğinin ortaya konulmasında da önemli bir rol oynayacaktır (Karakehya 2008: 237).

CMK'nun 188/1 madde ve fıkrasına göre, duruşmada bulunması gerekli olan kişileri açıkça belirtmiştir. Buna göre duruşmada, hükme katılacak hâkim ve Cumhuriyet savcısı ile zabıt kâtibinin ve kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hallerde müdafinin bulunması şarttır, demiştir. Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından 08/11/2006 tarih ve 2006/2602 esas, 2006/4788 karar sayılı ilamında: "Sanığa müdafii tayin edildiği halde bozmadan sonra yapılan yargılama sırasında müdafii hazır bulundurulmaksızın CMK'nun

188/1. maddesine muhalefet edilerek karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" şeklinde kararı ile bu hususa yer vermiştir.

4.8.1. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkının İstisnaları

Kovuşturma aşamasında gerçekleştirilen duruşmada sanığın hazır bulunmaması durumunda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yapılması veya Sözleşme'nin 6. maddesinin içeriğinde yer alan silahların eşitliği ve çelişme ilkeleri gibi temel yargılama ilkelerinin gerçekleşmeyeceğinden dolayı adil bir muhakeme sürecinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Haliyle sanık hakkında mahkemeye açılan kamu davasına konu maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için CMK'nun 193/1 madde ve fıkrasına göre, kanunun ayırık tuttuğu haller saklı kalmak suretiyle kural olarak duruşmanın yapılabilmesini sanığın duruşmada hazır olmasına bağlamıştır.

Sanığın duruşmada hazır buluma hakkı ile ilgili olarak CMK'nun 193/1 madde ve fıkrasına göre: "Kanunun ayırık tuttuğu haller saklı kalmak üzere..."den bahsedildiğine göre, o zaman bu haller kapsamında bulunanların hangisi olduğu belirtmeden öncelikle duruşmada hazır bulunma zorunluluğunun sebebi, sanığın savunma hakkını kullanabilmesidir. Sanık hakkındaki iddialarla ilgili kendini savunmadan bir muhakemede cezalandırılması adil yargılanma bakımından uygun değildir (Ünver, Hakeri 2010: 69).

4.8.1.1. Duruşmadan Bağışık Tutulma

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ile ilgili olarak kanunun ayırık tuttuğu hallerden birisi CMK'nun 196/1 madde ve fıkrasında yer alan duruşmadan bağışık tutulma halidir. Bağışık tutma, sanığı duruşmada hazır bulunma yükümlülüğünden kurtarmaktır (Karakehya 2008: 239). Hakikaten anılan maddenin lafzına bakıldığında öncelikle sanığın duruşmalarda hazır bulunma sorumluluğundan bağışık tutulması için mahkemede sorgusunun yapılmış olması zorunludur.

Başka bir ifadeyle sanığın hakkında açılan kamu davası ile ilgili savunmasını yapabilmesi için lehine kabul edilen duruşmada hazır bulunma yükümlülüğü, sanığın aleyhine de olması gayet tabidir. Özellikle sosyal hayat itibariyle yoğun işi bulunan veya yargılamanın yapıldığı yerde oturmayan kimse açısından her duruşmaya sanığın katılması külfet getirebilir. Bu nedenle CMK, mahkemeye sanığın duruşmalarda bulunmaktan bağışık tutma yetkisi vermiştir. Sanık müdafii de, sanık tarafından yetkili kılınması

durumunda benzer talepte bulunabilir (Ünver, Hakeri 2010: 71). Ancak sanık veya yetkili kıldığı müdafii tarafından duruşmalardan başışık tutulma talebini mahkemenin kabul etmek gibi bir zorunluluğu olmadığı maddenin lafzından anlaşıldığını söylemek gerekir. Zira anılan fıkra, bu konuda dosyanın mevcut içeriği nazara alınmak suretiyle mahkemeye takdir hakkı vermiştir.

CMK'nun 196/5 madde ve fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastaneye veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, duruşmada sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak anılan maddenin kapsamında bertilen nedenlerden dolayı mahkemenin böyle bir karar vermiş olması adil yargılanma hakkını zedeler mahiyettedir. Bu bağlamda hukuk devleti ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde devlet, maliyeti her ne olursa sanığın duruşmalarda hazır bulunma talebini uygulamak durumundadır. Sanığın kendisi ile ilgili olarak yapılacak duruşma sonucunda bir takım cezai yaptırımlarla cezalandırılacak bir kimsenin, rızası dışında duruşmalarda bulundurulmaması, duruşmada bulunmak ve hakkındaki isnatlara cevap vermek suretiyle kendisi üzerinden yürütölen muhakeme faaliyetine katılamaması kabul edilebilir bir durum değildir. Bu itibarla AİHM'nin mevcut içtihatları da nazara alındığında, duruşmalarda hazır bulunmak isteyen sanığın maliyet fazlalığı gibi makul olmayan bir takım nedenlerle duruşmalarda hazır bulundurulmaması, savunma hakkının zedelenmesi ve adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilecektir (Karakehya 2008: 240).

Diğer yandan CMK'nun 196/2 madde ve fıkrasına göre:

"Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir. Sorgu için belirlenen gün, Cumhuriyet savcısı ile sanık ve müdafine bildirilir. Cumhuriyet savcısı ile müdafinin sorgu sırasında hazır bulunması zorunlu değildir. Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur".

Anılan madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, üzerine atılı olan suçun TCK' da öngörülen yaptırımının alt sınırı beş yıl veya daha fazla ise, sanık istinabe veya talimat yoluyla sorguya çekilemeyecektir.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından 10.07.2006 tarih ve 2005/4402 esas, 2006/3039 karar sayılı ilamında: "CMK'nun 193/1 ve 196/2. maddeleri gereğince alt sınırı beş yıldan fazla cezayı gerektiren suçtan dolayı yargılanan hükümlü istinabe yoluyla dinlenemez, mutlaka duruşmaya çağırılıp dinlenmesi gerekir" şeklindeki içtihadında da belirtildiği üzere, Yargıtay hassasiyetle konuyu incelemektedir.

İstinabe ile ilgili olarak CMK'nun 196/6 madde ve fıkrasına göre: "Yurt dışında bulunan sanığın, belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu halinde, bu tarihten önce duruşma açılarak veya istinabe suretiyle sorgusu yapılabilir".

Duruşmadan bağışık tutulma ile ilgili olarak, CMK'nun 198/1-2 madde ve fıkralarında ise:

"Duruşma, sanık hazır bulunmaksızın yapılırsa, mahkemenin karar ve işlemlerinin kendisine tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde, sürenin geçmesinden doğan sonuçları gidermek için sanık, kanuni nedenlere dayanarak, mahkemenin o karar ve işlemleri hakkında eski Hale getirme isteminde bulunabilir. Ancak, sanık kendi istemi üzerine duruşmadan bağışık tutulmuş veya müdafii aracılığıyla temsil edilmek yetkisini kullanmış olursa artık eski hale getirme isteminde bulunamaz" şeklinde düzenlemesi bulunmaktadır.

4.8.1.2. Sanığın Duruşmadan Savuşması

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı ile ilgili olarak kanunun ayırık tuttuğu hallerden birisi de, CMK'nun 194/1 madde ve fıkrasında yer alan duruşmadan sanığın savuşma halidir. Anılan düzenleme kapsamında mahkemeye gelen sanığın duruşma süreci devam ettiği müddetçe hazır bulunması sağlanır ve duruşmalardan sanığın savuşmasını önlemek için mahkeme gerekli tedbirlerin alır. Buna rağmen sanık savuşur veya duruşmaya ara vermeyi izleyen oturuma gelmezse, öncesinde sorguya çekilmiş ve artık duruşmada hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmezse, kamu davası sanığın yokluğunda bitirilebilir.

4.8.1.3. Sanığın Yokluğunda Duruşma

CMK'nun 195/1 madde ve fıkrasına göre: "Suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hallerde sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılır". Bu itibarla sanığın üzerine atılı olan suçun yaptırımının hafif olması halinde sanık hazır bulunmadan koşulu aramaksızın duruşma yapılabileceği kabul edilmiştir. Ancak bu durumun da sanığa gönderilecek davetiyede mutlak surette ihtar edilme şartına tabi tutulmuştur.

Buna ilişkin olarak Yargıtay 10. Ceza Dairesi tarafından 07.05.2009 tarih ve 2007/18940 esas, 2009/8799 karar sayılı ilamında: "Sanığın savunması alınmadan ya da gelmediği takdirde yokluğunda yargılamaya devam edileceğine ilişkin davetiye yöntemine uygun tebliğ edilmeden hüküm kurulamaz" yönündeki içtihadıyla bu hususun önemi vurgulanmıştır.

4.8.1.4. Mahkûmiyet Dışında Bir Karar Verilmesi

CMK'nun 193/2 madde ve fıkrasında: "Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir". Gerçekten söz konusu düzenleme ile sanığın savunmasının alınmadan kamu davasının yokluğunda bitirileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla sanık, hakkında mahkemeye açılan kamu davası ile ilgili olarak kendini savunma hakkı verilmeden dosyanın sonlandırılmış olması duruma göre önemli olmakla birlikte üzerinde titizlikle durulması gereken bir konudur. Zira Yargıtay 2. Ceza Dairesi tarafından 27.06.2007 tarih ve 2007/6143 esas, 2007/9610 karar sayılı ilamında: "CMK'nun 193/2 madde ve fıkrasının, dosya kapsamına göre ilk bakışta eylemin suç oluşturmayacağına anlaşılması hali ile sınırlı olup, sanığın kastı değerlendirilip kanıt takdiri yapılarak uygulanması doğru değildir" şeklindeki yorumuyla anılan maddenin uygulama alanının sınırlarını göstermiştir.

Uygulamaya ilişkin başka bir örnek sadedinde Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından 26.06..2006 tarih ve 2006/1580 esas, 2006/13013 karar sayılı ilamında ise şöyle denilmektedir:

"1412 sayılı CMUK'un 223/son ve 225/son maddelerinde belirtilen ayırık hükümler dışında sanığın sorgusu yapılmadan hüküm kurulması olanaklı değildir. Ayırık tutulan 223/son maddesi hükmüne göre de ancak dosya içeriğinden sanığa yüklenen eylemin ilk bakışta suç oluşturmadığının anlaşılması halinde sanığın sorgusu yapılmadan beraat kararı verilebilecektir. Bu nedenle sanığın sorgusu yapılmadan kanıt takdiri suretiyle beraat kararı verilmesi olanaklı değildir. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nun 193/2 ve 195. maddelerinde de 1412 sayılı Yasa'nın sözü edilen hükümlerine paralel bir düzenlemeye yer verilmiş olması nedeniyle yukarıda belirtilen içtihatların bu tarihten sonra da geçerliliğini sürdürdüğü kabul edilmelidir".

4.8.1.5. Sanığın Uygunuz Hareketleri Nedeniyle Mahkeme Salonundan Çıkarılması

Sanığın kendi arzusu doğrultusunda duruşmaya katılmamış olması kural olarak adil yargılanma hakkını ihlal etmez (Karakehya 2008: 238). CMK'nun 203/1 madde ve fıkrasına göre: "Duruşma düzenini mahkeme başkanı veya hâkim sağlar. (2) Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın düzenini bozan kişinin, savunma hakkının kullanılmasını engellemek koşuluyla salondan çıkarılmasını emreder".

Diğer yandan buna anılan maddeye paralel olarak CMK'nun 204/1 madde ve fıkrasına göre:

"Davranışları nedeniyle, hazır bulunmasının duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokacağı anlaşıldığında sanık, duruşma salonundan çıkarılır. Mahkeme, sanığın duruşmada hazır bulunmasını dosyanın durumuna göre savunması bakımından zorunlu görmezse, oturumu yokluğunda sürdürür ve bitirir. Ancak, sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir müdafii görevlendirilmesini ister. Oturuma yeniden alınmasına karar verilen sanığa, yokluğunda yapılan işlemler açıklanır".

Bu halde İHK, sanığın usulüne uygun olarak duruşmanın konusu ile ilgili bilgilendirildikten sonra sanığın duruşmaya katılmamasının, anılan hakkını devretmiş sayılabileceğini kabul edilmiştir (Uluslararası Af Örgütü 2000: 220).

4.8.1.6. Kaçak Sanık Hakkında Yargılama Yapılması

CMK'nun 247/1 madde ve fıkrasında kaçağın tanımı yapılmıştır. Buna göre; hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir.

İradi olarak kendisi ile ilgili mahkemeye açılan kamu davasının sonuçsuz kalmasını sağlamak maksadıyla mahkemeden kaçan sanık hakkında kanun, kovuşturma yapılabileceğini hüküm altına almıştır. Ancak bu halde, daha öncesinde sorgusu yapılmamış ise, mahkeme sanık aleyhine mahkûmiyet kararı veremez. Diğer yandan savunma hakkının kısıtlanamaması adına kanun bir adım daha atmak suretiyle kaçak sanığın müdafii yoksa mahkeme barodan bir avukat görevlendirilmesini gerektiğini açıkça belirtmiştir.

4.9. Hukuka Uygun Delillerle Suçluluğun İspat Edilmesine İlişkin Hak ve Kovuşturma

Ceza yargılamasının temel amacı, sanık tarafından işlendiği iddia edilen eylemle ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması konusunda mahkeme tarafından yapılacak araştırma ve soruşturma ise sınırsız değildir. Hukuka uygun yöntem ve usullere göre yapılan araştırma ve soruşturma sonucu elde edilen delillere dayanmak suretiyle iddianamede tarif edilen veya anlatılan fiil ile ilgili maddi gerçek ortaya çıkarılmalıdır.

Delil elde edilirken kişisel ve toplumsal değerlerin korunmasının yargı makamlarınca göz ardı edilmemesi gerekir (Çınar 2006: 1). Bu itibarla yargılama neticesinde mahkeme tarafından varılacak sonuç adil olmalı, iddianamede anlatılan maddi olaya ilişkin getirilen çözüm kamu vicdanını rahatsız etmemelidir. Yargılama sonunda verilen hüküm, doğru olmalı ve doğru hükme varabilmek için de yargılama sürecinde elde edilen delillerin hukuka uygun bir biçimde elde edildiği hususunda tereddüt bulunmamalıdır (TÜSİAD 1988: 75).

Bir delilin hangi durumlarda hukuka uygun olarak elde edilen delil kapsamına girdiğini belirledikten sonra, diğer bir husus kanuna aykırı yöntemle elde edilen delilin hüküm verilirken kullanılıp kullanılmayacağıdır. Zira bir delil kanuna aykırı olarak elde edilmiş olmasına rağmen hukuka uygun bir şekilde kullanılabilmesi özel durumlar da

mevcuttur. Bu itibarla kanuna aykırı bir yöntem kullanılarak mevcut kamu davasına konu dosya kapsamında elde edilen delillerin, mutlak surette değerlendirme dışı bırakılması da doğru değildir. Bu anlamda delil elde edilirken ihlal edilen kural bazen önemli olmakla birlikte bazen de önemsizdir (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2010: 406-407).

Ceza mahkemesinin CMK'nun 223/1 madde ve fıkrasına göre: "Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir" şeklinde tarif edilen *hüküm verme* görevini yerine getirirken mahkemenin nazara aldığı ölçütler; normlar ve delillerdir (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2009: 609). Hâkim, yargılama neticesinde kamu davasına konu maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek amacı için bir tarihçi gibi, önceden yaşanan olayı yeniden yaşatarak hakikati görmeye çalışacaktır. Gerçekten hâkim, kamu davasına konu maddi olayla ilgili geçmişte ne olduğunu, olayın nasıl cereyan ettiğini bilmeye mecburdur. Bu itibarla elindeki yegâne imkân, delildir. Hâkim, maddi gerçeğe ulaşmak ve hatadan sakınmak için ispat konusunda mantık kuralları ile bağlıdır (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2009: 610). Bu anlatımların ışığında delil, yargılamanın konusu olan maddi olayı temsil eden ve iddianameye konu olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçları ifade eder (Karakehya 2008: 242).

Ceza muhakemesinde iddianameye konu maddi gerçek arandığı için, şekli gerçekliği aramakla yetinebilen medeni muhakemeden farklı olarak ceza hâkimi, gerek tarafların ileri sürdüğü delillerle gerekse kanunun bazı hususların belirli delillerle ispat edilebileceği hususu ile bağlı değildir (Kunter, Yenisey, Nuhoğlu 2009: 611). Başka bir ifadeyle ceza muhakemesi hukukunda, delil serbestisi geçerlidir. Bu bağlamda delillerin yasal olma özelliklerini taşımaları kaydıyla, her şey delil olabilir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile ilgili bir hususun mutlaka belirli bir delille ispatlanması gerektiği şeklinde bir zorunluluk veya kural, ceza usul kanununa konulmamıştır. Bu temel kuralın tek istisnası duruşmanın nasıl yapıldığını, kanunda öngörülen usul çerçevesinde yapıldığını denetleme anlamında düzenlenen CMK'nun 222/1 madde ve fıkrasında yer aldığı görülmektedir. Anılan madde ve fıkrada: "Duruşmanın nasıl yapıldığı, kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapılıp yapılmadığı, ancak tutanakla ispat olunabilir. Tutanağa karşı yalnız sahtecilik iddiası yöneltilebilir" şeklindeki düzenlemedir. Dolayısıyla duruşma tutanağı, sahteliği kanıtlanmadığı sürece duruşmada konuşulanlarla veya duruşmanın hukuki sürecine ilişkin tek ispat aracıdır (Ünver, Hakeri 2010: 81).

Öncelikle ceza muhakemesi hukukunda delil serbestîsi kuralı esas ise de, mahkeme tarafından verilecek hükümde ispat aracı olarak kullanılacak delillerin de bazı özelliklere sahip olması elbette ki gerekmektedir. Delillerde bulunması gerekenleri sıralamak gerekirse şunları söylemek mümkündür:

- a) Delil, yargılama konusu olayın tümünü veya bir parçasını ispat edecek nitelikte olmalıdır,
- b) Delil, beş duyu organımızla algılanabilecek nitelikte olmalıdır,
- c) Delil, elde edilebilir olmalıdır,
- d) Delil, hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmalıdır,
- e) Delil, sağlam ve güvenilir olmalıdır,
- f) Delil, müşterek olmalı, başka anlatımla müşterekliği sağlanmalıdır. Bunun için iddia, savunma ve yargılama makamlarının bilgisine sunulmalıdır,
- g) Delil, akılcı, bilim tarafından kabul edilebilir olmalıdır (Ünver, Hakeri 2010: 81).

Ceza muhakemesinde yukarıda da ifade edildiği üzere, her şeyin delil olabilme özelliği vardır. Ancak bu kabul edişin hukukun temel kaidelerine ters düşmemesi ve objektif olarak bakıldığında haklı görünmelidir. Dolayısıyla hakkında kamu davası açılan tüm sanıklar, kural olarak sadece hukuka uygun yollarla elde edilmiş delillere dayanılmak suretiyle mahkûm edilebilir (Karakehya 2008: 243).

Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi hususunda iki farklı sistem mevcuttur. İlkinde göre bütün hukuka aykırı delillerin değerlendirmesi yasaktır ve bu söz konusu durum *mutlak değerlendirme yasağı* olarak ifade edilir. İkincisine göre ise, kullanılan bir takım argümanlara göre bazı hukuka aykırı olarak elde edilen deliller yasakken bazılarının değerlendirilmesi serbesttir. Anglo-Sakson sisteminde, hukuka aykırı usullerle elde edilen tüm delillerin kullanılması kesin bir biçimde yasaktır ve bu yasağın gayesi kolluk gücünü veya görevlilerini disipline etmektir. Buna mukabil Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde ise, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmemesinin nihai hedefi bireysel hakları korumaktır. Hukuk sistemimiz Kıta Avrupa'sı sistemine dâhil olmakla birlikte, delil yasakları konusunda Anglo-Sakson hukuk sistemindeki mutlak delil değerlendirme yasağına paralel olarak düzenlemeler yer almaktadır (Karakehya 2008: 243).

Konuyla ilgili olarak Anayasa'mızın 38/6 madde ve fıkrasına göre: "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" düzenlemesine paralel biçimde uygulama ve öğretide CMK'nun 148/3 madde ve fıkrası kapsamında, yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi hüküm verilirken delil olarak değerlendirilemeyeceği noktasında mevzuat aynı tek bir sestir. Bununla birlikte, ifadeler dışındaki delillerin hukuka aykırı olarak elde edilmiş bulunmaları durumunda, bunların değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda fikir birliği bulunmamaktadır (Ünver, Hakeri 2010: s.121).

İspata elverişli veriler insan onuruna zarar vermek veya tehlikeye sokulmak suretiyle elde edilmişse, bunların nazara alınmayacağı hususu Anayasa'dan da ulaşılabilecek bir sonuçtur. Maddi gerçeğin araştırılması, kanunla bağlantılı olacak şekilde ilgili kişinin kişilik haklarının ihlaline müsaade vermemektedir. Bu nedenle, bir davada tanıklık yapan bir kimse, ifadesini mahkemede verdikten sonra tanıklıktan vazgeçme hakkını kullanırsa, tanığın verdiği beyanları ilke olarak değerlendirilemez. Diğer taraftan sanığa, tanığın beyanlarının inandırıcılık ve güvenilirliğini anlamak için, ulusal hukuk tanığa gerekli sorular sorulması için uygun yasal imkânlar tanınmalıdır. Eğer muhakemenin bütününde bu yasal imkân hiç tanınmamışsa, AİHS'nin 6/3 madde ve fıkrasına aykırılık teşkil eder (Ünver, Hakeri 2010: 121).

YCGK tarafından konu ile ilgili oldukça ayrıntılı olarak verdiği 29.11.2005 tarih ve 2005/7-144 esas, 2005/150 karar sayılı ilamında şöyle denmektedir:

"5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 148. maddesine göre, ifade alma ve sorgudaki yasak usuller örneksime yoluyla ve sayılanlarla sınırlı olmayacak biçimde gösterilmiş, ayrıca önceki yasal düzenlemeye benzer biçimde, "yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği" hükme bağlanmıştır. Keza CMK'nun 217/2 madde ve fıkrasında, "yüklenen suçun, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği" belirtilmiştir. Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, hukuka uygun olarak elde edilmeyen deliller, ceza yargılama sistemimizde de ispat aracı olarak kabul edilmemiştir. Kaldı ki, CMK'nun 230/1 madde ve fıkrası uyarınca, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen

delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi de zorunludur.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 213. maddesinde ise, sanığın hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcılar tarafından alınan ifadelerin duruşmada okunabilmesi kabul edilerek, savcı tarafından alınan ifadelere de delil olma değeri tanınmıştır. Buna karşılık, şüphelinin kollukça alınan ifadesine ilişkin tutanağın duruşmada okunabilmesi için, kollukta ifade alındığı sırada müdafinin hazır bulunması koşulu aranmıştır. Görüldüğü gibi, her iki yasal düzenlemede de, hâkim önündeki ikrarın delil niteliği bulunduğu kabul edilmiştir.

Ancak, vicdani delil sisteminin geçerli bulunduğu ceza yargılaması hukukumuzda, özgür iradeye dayalı olan ikrarın da, diğer tüm deliller gibi yargıç tarafından serbestçe takdir edilip değerlendirilmesi gerekir.

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

Hiç kuşkusuz ceza yargılamasında da, maddi gerçek araştırılırken Sözleşme ve Anayasadaki bu ilkeler ışığında öngörülmüş hukuk kurallarına uygun davranılacaktır. Dolayısıyla ceza yargılamasında kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan kuralların en başında gelen delil toplama yöntemlerini düzenleyen kurallara uyulmadan yapılan müdahale de hukuka aykırı sayılacak ve bu biçimde elde edilen deliller de hukuka aykırı elde edilmiş deliller olacaktır.

Hukuk kurallarına aykırılık kavramı bir bütündür. Hukukun bir dalına veya bir yasaya aykırı sayılan bir husus sair bir yasaya veya hukuka uygun sayılamaz.

Bir delil ceza yargılaması normlarında düzenlenmemiş ve yasaklanmamış olmasına rağmen, herhangi bir hukuk kuralına aykırı biçimde elde edilmiş ise o delil de hukuka aykırı delil olarak kabul edilecektir.

Hukuka aykırı biçimde elde edilen delillerden yola çıkılarak ulaşılan delillerin hukuka aykırı olup olmadığı konusuna gelince: Hukukun uygulamasında meşru ve hukuka uygun olmayan bir şeyin üzerine meşru ve hukuka uygun bir şey bina edilemeyeceğinden, son delilinde değerlendirme dışı bir delil olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu biçimde ulaşılan delil, elde edilirken yasal düzenlemeye uygun hareket edilse dahi hukuka aykırıdır. Örneğin işkence yapılarak elde edilen bir adreste hukuka uygun bir arama yapılsa, dahi burada elde edilen deliller hukuka aykırı delil olacaktır. Aynı şekilde, sanığın zorla alınan ifadesinde suç aletinin yerini söylemesi üzerine hâkimden alınan bir arama kararı ile yapılacak ev aramasında suç aleti ele geçirilse bile bu delil hukuka aykırıdır.

Bu konuda özet olarak şu sonuca varmaktayız. Hukuka aykırı biçimde elde edilen delil dolayısı ile ulaşılan deliller ister hukuka aykırı, isterse hukuka uygun yolla elde edilsin, hukuka aykırı deliller olacaktır. Öğretide baskın görüşün bu yönde olduğunu görüyoruz. Bu duruma "hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisi, uzak etkisi" ya da "zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir" denilmektedir.

Bilindiği gibi bu hukuka aykırı delilleri kullanma yasağı bizim de dâhil olduğumuz Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminde, temel hak ve özgürlükleri korumayı, Anglo-Amerikan sisteminde ise kolluğu disiplin altına almayı amaçlamaktadır. Kuşkusuz insan haklarıyla temel hak ve özgürlükleri koruma amacının içerisinde, doğal olarak bu konudaki kurallara en başta uyması gereken kolluğun disiplin altına alınması amacı da bulunmaktadır" (Yargıtay Kararlar Dergisi 2006: 460).

Hukuka aykırı delillerin kamu davasına konu dosyaya girmesine esasen ilke olarak mevzuattaki düzenlemeler imkân vermemektedir. Bu itibarla. CMK'nun 206/2 madde ve fıkrasının (a) bendinde, ortaya konulmak istenilen kanuna aykırı delilin dosyaya girmesine mani olma zorunluluğu getirilmiştir. CMK'nun 230/1 madde ve fıkrasının (b) bendine göre,

hükmün gerekçesinde, dosya içinde bulunan ve hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 6/6 madde ve fıkrasına göre, adli kolluğa dahi, hukuka aykırı delilleri Cumhuriyet savcılığına sunacağı fezlekede ayrıca belirtme yükümlülüğü getirmektedir. Bu düzenlemelerin amacı hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin dosyaya girmesini önlemeye yöneliktir. Ancak, dosyada bulunan aynı mahiyetteki bir delilin dosyadan çıkarılmayacağına da belirtmek gerekir. Zira delilin bilahare değerlendirilmesi, özellikle hukuka aykırılık yönünden sınanması, kanun yolu aşamasında gözetilmesi gerekmektedir. Nitekim CMK'nun 289. maddesinin son fıkrasında hükmün, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanmasının mutlak bozma sebebi olduğu açıklanmaktadır. Yani bu tür bir delil dosyaya girince, CMK bunun dosyadan çıkarılmasını engellemektedir (Ünver, Hakeri 2010: 123).

SONUÇ

Adil yargılanma hakkı, soruşturma ve kovuşturma dönemlerinde kişi hak ve hürriyetlerine bir zarar gelmeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından vazgeçilmez bir kavramı ifade eder. Adil yargılanma hakkı, klasik yargılama şeklinin uygulanmaya başlaması ile kavramsallaşmakla birlikte, savunma hakkı diğer temel hak ve hürriyetler ile birlikte kişinin, doğuştan sahip olduğu korunması gereken en temel hakkını ifade etmektedir. Ceza muhakemesi bağlamında önemi haiz adil yargılanma hakkının temel bir hak olarak açık bir şekilde ilk kez kaleme alan uluslararası metin, AİHS'dir. Bu itibarla adil yargılanma hakkı, günümüzde toplumu oluşturan tüm bireylerin gerek ulusal gerekse uluslararası alanda teminat altına alınmış en önemli haklarından biridir.

Adil yargılanma hakkına ilişkin olarak AİHM, önüne gelen davalar bağlamında oluşan içtihatlarında somut bir tanım yapmamış, adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak davaya konu olay kapsamında değişik tanımlar getirmiştir. Genel bir değerlendirme neticesinde adil yargılanma hakkının tanımını yapmak gerekirse; uyuşmazlığın tarafları arasında fiili ve hukuki herhangi bir fark gözetilmeksizin iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapıldığı dürüst bir yargılama ya da bireyin, gerek medeni hak ve yükümlülüklerine gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin haktır.

Mevzuatımızda yer alan adil yargılanma hakkının kaynakları; Anayasa, CMK, AİHS, BMMSHS ve nihayet Bangolar Yargı Etiği İlkesidir. Haliyle sayılan bu kaynaklar arasında AİHS'nin yerini ayrı tutmak gerekir. Zira Anayasa'nın 90. maddesi ile uluslararası anlaşmaların kanun gücünde olduğu, uluslararası anlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği ve nihayet usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi sebebiyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, uluslararası anlaşmaların hükümlerinin esas alınacağını söylemek mümkündür.

AİHS'nin 6/1 madde ve fıkrasında hem medeni hem de cezai uyuşmazlıklara ilişkin davalarda bireylere tanınması gereken haklar yer alırken, anılan maddenin ikinci ve üçüncü

fıkraları ise sadece ceza davaları bakımından sanığa tanınması gereken bir takım haklara yer verildiği görülmektedir. AİHS'nin 6. maddesinin genel kuralını koyan birinci fıkrasında yer alan adil yargılanma kavramını oluşturan unsurlardan bazılarının açıkça ifade edildiği görülmektedir. Bunları saymak gerekirse; davanın kanunla kurulan, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde, makul sürede ve açık duruşmada görülmesidir. AİHM içtihatlarıyla da adil yargılanma hakkının kapsamını genişletmek suretiyle bazı unsurlar getirmiştir. AİHM'nin içtihatlarıyla geliştirdiği ve Sözleşme'nin 6. maddesinin kapsamına dâhil ettiği zımnî unsurlar ise dava hakkı veya mahkeme önünde hak arama özgürlüğü, taraflar arasında silahların eşitliği ve yargılamada çelişikliklerdir.

CMK'ya göre kovuşturma evresi, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen dönemi ifade eder. Dolayısıyla mahkeme tarafından iddianamenin kabulü ile duruşma günü tespit edilmesi gündeme gelecektir. Ceza muhakemesinde yer alan usul kuralları ile süreci belirlenen duruşma, mahkemenin delillerle, doğrudan doğruya temas etmek suretiyle vicdani kanaatin oluştuğu, nihayetinde maddi gerçeğe ulaşıldığı en önemli evredir.

Mahkeme, duruşma evresinde cezai uyuşmazlığın maddi boyutunu çözerken mevcut deliller kapsamında vicdani kanaatine göre sonuca ulaşır. Vicdani kanaat, maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın, duruşma evresindeki muhakeme faaliyeti sonucunda aklını rehber yaparak ve hukukun koyduğu usul ve esaslar içerisinde kalmak suretiyle maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheye yer vermeyen bir kanaattir. Eğer hâkim cezai uyuşmazlığa konu olan olaya ilişkin olarak gerekçeye dayanan şüpheyi gidermiş ise, vicdani kanaat bakımından maddi gerçeği bulmuş demektir. Yargılama makamınca maddi olayın tüm boyutlarıyla sanık tarafından uyuşmazlığa konu fiili gerçekleştirmiş olduğu hususunda şüphe giderildikten sonra, söz konusu sanığın eyleminin TCK'da düzenlenen hangi normun kapsamı içinde olduğu veya hangi maddeyi ihlal ettiğinin tespit edilmesi üzerine sanık, eyleminin karşılığı olan maddede öngörülen ceza ile cezalandırılır.

Ceza muhakemesinde yargılama makamı tarafından gerçekleştirilen muhakeme neticesinde oluşacak vicdani kanaat, muhakeme süjeleri arasında kurulan ceza muhakemesi ilişkisi sonucunda olgunlaşacaktır. Ceza muhakemesinde süjelik ise, makam veya şahıs itibarıyla değerlendirilebilir. Şayet bir süjenin hak ve yükümlülükleri, onun kamu davasına konu uyuşmazlıkla kişisel ilişkisi göz önünde bulundurulmaksızın düzenlenmiş ise makam

itibariyle süjelikten, yok eğer bu hak ve yükümlülükler bireyin kamu davasına konu uyşmazlıkla kişisel ilişkileri göz önüne alınarak tanzim edilmiş ise de, şahıs itibarıyla süjelikten söz edilir. Bu bağlamda örneğin, hâkim, savcı ve müdafî makam itibarıyla süje iken, sanık ve katılan (müdahil) şahıs itibarıyla sjedirler.

Ceza muhakemesi, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir halin ortaya çıkması veya bir şüphe ile başlar ve hüküm verilmeye kadar bu şüphe elbirliği ile yenilmeye çalışılır. Bu meyanda ceza muhakemesinde çelişme iddia ve savunma ve yargılama makamlarını işgal eden süjeler arasında cereyan eder. İddia makamı olarak Cumhuriyet savcısı ceza davasına esas olacak mahiyetindeki tezini oluşturan isnadını ortaya koyar, savunma makamı ise aleyhinde mahkemeye açılan kamu davasına konu isnat karşısında savunmasını yapmak suretiyle antitezini oluşturur ve nihayetinde yargılama makamı ise bu tez ve antitezin çarpışmasından senteze, bir başka deyimle gerçeğe ve herkes için bağlayıcı olacak hükme ulaşır.

CMK'nun 217/1 madde ve fıkrasına göre, hâkim kararını ancak duruşmada getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, duruşma vicdani kanaatin olduğu evredir ve en önemli gayesi kurallara uygun şekilde yargılama makamında vicdani kanaati oluşturmak suretiyle maddi gerçeği bulmaktır. Bu itibarla vicdani kanaatin olduğu duruşma evresinde bir takım ilkeler olması gerekir. Bu bağlamda; aleniyet, sözlülük, yüze karşılık, bağlılık, vasıtasızlık ve nihayet kesiksizlik ilkelerine adil yargılama yapılabilmesi için mutlaka uyulması zorunluluğu vardır.

Ceza muhakemesinin amaca uygun yerine gelmesi için öncelikle sanık haklarından birisi olan isnadı öğrenme hakkı, gerek uluslararası gerekse ulusal mevzuatta teminat altına alınmıştır. İsnat, bir kimseye suç olarak itham edilen bir maddi olayın isnadıdır. Dolayısıyla isnadın bildirilmesi, sanığın aleyhindeki isnadın niteliğinin ve nedeninin bildirilmesi veya hem suçun adı hem de suç olduğu iddia edilen eylemin bildirilmesidir.

Aleyhinde bir suç isnadı bulunan herkesin ve bulunması halinde sanığın avukatının, savunma hazırlamak için yeterli zaman ve imkân sağlanması hakkı bulunmalıdır. Savunma hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıkların sağlanması hakkı, silahların eşitliği temel kuralının önemli bir bölümünü teşkil eder. Silahların eşitliği ilkesi, yargılama sırasında savunma ve iddia makamına kendi görüşlerini hazırlarken ve sunarken eşit

imkânlara sahip olmalarını teminat altına alan bir biçimde davranılması anlamına gelir. Savunmayı hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıkların sağlanması hakkı, yargılamanın tüm aşamalarında hem sanığa hem de avukatına tanınması gerekir.

Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi süjesi olarak en önemli hakkı, müdafaa hakkıdır. Hatta sanığın bütün hakları, bir tek müdafaa hakkı içinde toplanmıştır. Mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması, muhakemelerin aleni yapılması gibi hususlar hep sanığın savunma hakkı ile ilgilidir. Savunma hakkı, gerek uluslararası İHEB, AİHS ve diğer bağlayıcı sözleşmeler ile gerekse Anayasa ile koruma altına alınmıştır. Savunma hakkı temel haklardan olup aynı zamanda kutsal kabul edilmiştir.

AİHS'nin 6/2 madde ve fıkrasında teminat altına alınan masumiyet karinesine ilişkin ilke, aslında ceza hukukunun temel kaidelerinden birine yer vermiştir. Bu ilkeye göre, bir suçla itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak kanıtlanıncaya kadar masum sayılır. Herkes adil yargılamanın asgari gereklerini içinde barındıran bir yargılama neticesinde mahkûm olmadıkça ve oluncaya kadar, masum sayılma hakkına sahiptir. Başka bir şekilde söylemek gerekirse, hâkimlerin keyfi tutumlarına ve sanıkların muhakkak suçlu görülme ve cezalandırılmak temayüllerine karşı bir tepki olarak sanığın korunması safhasının sembolü, "*sanık, suçlu olduğu sabit oluncaya kadar, masum sayılır*" ilkesidir. Diğer yandan adil yargılamanın bir unsuru olan suçsuzluk karinesi, kişinin zanlı veya sanık sıfatını aldığı andan itibaren sonuç doğurmaya başlar; yani bir kamu davasının hukuken mahkemeye açılmış olması gerekmez. Bu bağlamda sanığın suç işlediği şüphesiyle hakkında polis soruşturması başlatılmış veya gözaltına alınmış olması durumunda bile bu karineden yararlandırılacaktır. Ceza yargılamasının evrensel ilkelerinden biri olan *in dubio pro reo* yani kuşkudan sanık yararlanır kuralı uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Gerçekleşme şekli kuşkulu ve tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti, yargılama sürecinde toplanan kanıtların bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı göz ardı edilerek ulaşılan ihtimali kanıya değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa (örnek vermek gerekirse % 99) bir olasılığa dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan, varsayıma dayalı olarak hüküm vermek anlamına gelir. O halde ceza yargılamasında mahkûmiyet,

büyük veya küçük bir olasılığa değil, her türlü kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilmesinin tek yolu da budur.

AİHS'nin 6. maddesi yargılamanın “makul” süre içinde bitirilmesini bir hak olarak aramaktadır. Makul sürede yargılanma hakkı, hem medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyumsuzlukların hem de bir suç isnadının karara bağlanması açısından geçerlidir. Diğer yandan davayı makul sürede bitirmek amacıyla adaletin eksik olarak yerine getirilmemesi, davaların süratle ve ekonomik yollarla çabuk bitirilmesi ilkesi yanında, davada esas olan adaletin etkin, hızlı ve pahalı olmayan hedefi hiçbir zaman göz ardı edilmemesi gereken bir durumdur. AİHM'nin yargılamada makul süreyi araştırırken nazara aldığı üç ölçüt bulunmaktadır. Bunlardan birisi dava konusunun niteliği, ikincisi yargılama sırasında başvuruçunun ulusal merciler önündeki tutumu, üçüncüsü ise ulusal yargılama makamlarının tutumudur.

Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı, AİHS'nin 6/1 madde ve fıkrasında açıkça teminat altına alınan haklardandır. Bu itibarla kovuşturma aşamasında duruşmayı yapacak mahkemenin hem bağımsız hem de tarafsız olması, sanığın adil yargılanma hakkının doğal sonucudur. Mahkemeye ait her iki vasıf birbiri ile bağlantılı; fakat birbirinden farklı hususiyetlerdir. Mahkemenin bağımsızlığı, tarafsızlığının ön koşuludur. Bağımsızlık, mahkemelerin genel itibariyle yasama, yürütme, yargı ve dış etkilere karşı korunmasını ifade ederken; tarafsızlık, maddi olaya bakan yönüyle mahkemenin uyumsuzluğun tarafları arasında yanlı olmamasını ifade eder. Diğer yandan hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz şartlarının başında mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı gelir. Başka bir ifadeyle mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hukuk devletinin en temel unsuru olup, bu husus Anayasa Mahkemesi tarafından da "Anayasal güvencelere sahip yani kısaca bağımsız ve tarafsız bir yargı denetiminin, hukuk devleti ilkesinin öteki öğelerinin güvencesini de oluşturan temel öge olduğu" şeklinde belirtilmiştir.

Aleni yargılama hakkı, kovuşturma aşamasında yalnızca kamu davasının taraflarının değil, genel olarak bireyin duruşmalarda hazır bulunma hakkı olduğu manasına gelir. Bu itibarla birey, adaletin nasıl gerçekleştiğini ve yargı makamları tarafından hangi kararların alındığını öğrenme hakkına sahiptir. Yargılama hukukunun evrensel ilkelerinden biri olan aleniyetin amacı yargılamada saydamlığı sağlayabilmektir. Başka bir ifade ile adalet dağıtımında, adli makamların işleyişine ilişkin toplumun denetimini sağlamak, keyfilığe

yol açabilecek gizli yargılamanın önüne geçebilmektir. Yargılamada aleniyetin sağlanması ile yargı faaliyetlerinde adil olduğu gösterilmek suretiyle bir yandan mahkemelere olan güvenin korunmasıyla birlikte öte yandan da gizlilikten kaynaklanabilecek keyfi işlemlerin önüne geçmek suretiyle AİHS'nin 6. maddesinin amacı adil yargılama gerçek kılınacaktır.

Çelişmeli yargılama hakkı, kamu davası ile ilgili yapılan yargılama sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla dosyaya sunulan delil, mütalaa ve görüşlerin her biri hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında değerlendirme yapma imkânının taraflara verilmesidir. Bu bağlamda önemli olan husus, iddia ve savunma makamları arasında, yetki yönünden bir dengenin veya eşitliğin sağlanmasıdır. Çelişmeli yargılama hakkının, silahların eşitliği ilkesi ile yakın bir bağı olduğunu söylemek mümkündür. Zira AİHM'nin verdiği kararlarda anılan iki ilke birbirini tamamlar bir şekilde kullanılmaktadır. Diğer yandan çelişmeli muhakeme, silahların eşitliği ilkesi ile yakın bağı nedeniyle çelişmeli muhakeme ilkesinin ihlal edilmesi, her zaman silahların eşitliği ilkesinin ihlali anlamına gelmez. İddia makamının devletin bütün imkânlarını arkasına aldığı kamu davalarında silahların eşitliği ilkesi, sanığın kendini savunmasının en önemli güvencesidir. Silahların eşitliği ilkesi, ceza davalarında savunmanın iddia makamı ile eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunma konusunda makul imkânlarla sahip olmasını güvence altına alır. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse adil yargılanmanın ilk ve en önemli unsuru kamu davasının tarafları arasında silahların eşitliği; bu bağlamda mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve hükümler açısından taraflar arasında tam bir eşitlik ortamının oluşturulması ve bu dengenin ceza muhakemesi boyunca korunması ile yani yargılamanın eşit silahlarla, yapılmasıdır. Adil bir yargılanmada, silahların eşitliği ilkesi bazı temel sonuçları doğal olarak ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla bu ilke ile, devletin yargı fonksiyonu, kişi lehine sınırlandırılmakta ve yargının doğru ve adil muhakemede bulunmasına yardımcı olması ile birlikte, kamu davasına konu maddi olay sebebiyle mahkemede yargılamaya katılanların salt bir figür olması önlenmekte ve muhakeme işlemlerinde daha etkin olmaları sağlanmaktadır.

CMK'da duruşma ile ilgili olmak üzere, sorgu hakkının gereği olarak önemli teminatlar getirilmiştir. Sanığın duruşma sırasında sorgusunun yapılması ve hatta kural olarak sanığın savunması alınmadan istisnai durumlar dışında hüküm kurulamaması hususları düzenleme altına alınmıştır. Sorgunun gerek sanık bakımından gerekse maddi

gerçeğin bulunması açısından arz ettiği önem nedeniyle CMK'da bu konularla ilgili düzenlemelerin oldukça ayrıntılı olarak yapıldığı görülmektedir.

Hakkında suç ithamı bulunan herkes, aleyhindeki suçlamaları dinlemek ve iddialarla ilgili savunma yapmak için ilk derece mahkemesinde hazır bulunma hakkına sahiptir. Ancak AİHM'nin içtihatlarına göre sanığın duruşmada hazır bulunması, mutlak bir hak değildir. Benzer şekilde CMK'nun 193/1 madde ve fıkrasına göre de, kural sanığın duruşmada bulunmasıdır. CMK'da belirlenen bu kural, mutlaka uygulanması gerekli bir kaide değildir.

Son olarak sanığa itham edilen suçun veya sanığın suçluluğunun hukuka uygun delillerle ispat edilmesine ilişkin durum da adil yargılanma hakkının bir yansımasıdır. Bu itibarla delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesi zorunludur. Dolayısıyla hukuka aykırı olacak bir biçimde delil elde edilmesi yasaklanmıştır. Anayasamızın 38/6 madde ve fıkrasına göre, *“kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez”* şeklinde temel bir ilke bulunmaktadır. Diğer yandan CMK'nun 148/3 madde ve fıkrası kapsamında, yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi hüküm verilirken delil olarak değerlendirilemeyeceği hususu paralel bir biçimde ele alınmıştır.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin. *İnsan Hakları*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No: 17, Ankara 1995.
- Aliefendioğlu, Yılmaz. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa Açısından Adil Yargılanma Hakkı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 10, 1993, 359 – 372.
- Aşçıoğlu, Çetin. *Doğru ve Güvenli Yargılama Hakkımız Var!*, İkinci Bası, Ankara 1995.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, *Avrupa Konseyi Kararları*, Ankara 2007.
- Aybay, Rona. *Yabancılar Hukuku*, İkinci Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007.
- Bakıcı, Sedat. *Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2000.
- Başlar, Kemal. *Türk Mahkeme Kararları'nda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2008.
- Bekri, Nedim. “Adil Yargılanma Hakkının Unsuru Olarak Silahların Eşitliği İlkesi ve Resmi Bilirkişi Sorunu”, *Adalet Dergisi*, 33. Sayı, Ocak 2000, 248 – 255
- Bozkuş, Naci. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bir Koruma Tedbiri Olarak Adli Kontrol”, *Hukuk Dünyası Dergisi: Araştırma*, Nisan-Haziran 2006, 88 – 101.
- Centel, Nur; Hamide Zafer; Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukuku'na Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu İle İlgili Mevzuata Göre Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş*, Dördüncü Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2006.
- Çalışkan, Bilal. “Makul Şüphenin Ötesinde Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında AİHM'in Delil Değerlendirmesi”, *Adalet Dergisi*, 35. Sayı, Eylül 2009, 1 – 33.
- Çavuşoğlu, Naz. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, AÜSBF-İHM Yayınları, Özel Dizi No: 1, Ankara 1994.
- Çelik, Adem. *Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

- Çınar, Ali Rıza. *Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Çınar, Ali Rıza. *Türk Ceza Hukukundaki Cezalar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- Çiftçi, Erhan. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılama İlkesi ve İdari Yargı”, *Danıştay Dergisi*, Sayı 2003/106, 77 – 97.
- Çoban, Ali Rıza. “Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yargıcın Siyasal Tarafsızlığı Sorunu”, *Hukuk Dünyası: Araştırma*, Nisan-Haziran 2006, 11 – 21.
- Doğru, Osman. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt: 1, Birinci Basım, Beta Yayınları, İstanbul 2002.
- Doğru, Osman. *İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı-International Human Rights Instruments*, Beta Yayınları, İstanbul 1998.
- Donay, Süheyl. *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları*, İstanbul 1982.
- Dönmezer, Sulhi. “Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri”, *CMUK Sempozyumu*, Beta Yayınevi, İstanbul 1999.
- Ergül, Ozan. “Anayasa Mahkemesi ve Hakim Tarafsızlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, Eylül – Ekim 2004, 245 – 257.
- Erol, Haydar. *Adli Yargı İlk Derece Mahkemelerinde Ceza Yargılaması ve Uygulaması*, Ankara 2006.
- Erşen, Serkan. “Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılama Hakkı”, *Adalet Dergisi*, Sayı: 33, Ocak 2000, 205 – 314.
- Gemalmaz, Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- Gölcüklü, Feyyaz. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı”, *AÜSBFD*, Cilt: 49, No: 1 – 2, Ankara Ocak/Haziran 1994, 199 – 233.
- Gölcüklü, Feyyaz. “İnsan Haklarının Uluslararası Korunması”, *TBMM Sempozyumu*, Antalya 4-5 Kasım 1991.
- Gölcüklü, Feyyaz. “Yargılama Makamları Önünde Makul Süre”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Sayı: 1, Cilt: 1, Mayıs – Eylül 1991.

- Gözler, Kemal. “Askeri Yargı Organlarının AİHS'ye Uygunluğu Sorunu”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt:21-22, 1999-2000.
- Gözübüyük, A.Şeref; Feyyaz Gölcüklü. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- İnceoğlu, Sibel. *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2007.
- İnceoğlu, Sibel. *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İkinci Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- Kaban, Mater; Halim Aşaner; Özcan Güven; Gürsel Yalvaç. *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, Ankara 2001.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002.
- Kalay, Mehmet. “Adil Yargılanma Hakkı”, *Hukuk Dünyası Dergisi: Araştırma*, Nisan-Haziran 2006, 22 – 35.
- Karakehya, Hakan. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, Savaş Yayınları, Ankara 2008.
- Kaşıkar, Serhat M. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, Adalet Yayınevi 2009.
- Keyman, Selahattin. *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, AÜHF Yayınları, Ankara 1970.
- Kunter, Nurullah. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1986.
- Kunter, Nurullah; Feridun Yenisey; Ayşe Nuhoğlu. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı*, İkinci Kitap, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010.
- Kunter, Nurullah; Feridun Yenisey; Ayşe Nuhoğlu. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı*, Birinci Kitap, 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- Mole, Nuala; Catharina Harby. *İnsan Hakları El Kitabı*, Türkiye Barolar Birliği No:3, Çev: Avrupa İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Birinci Baskı, Strazburg Ekim 2001.

- Petek, Reşat. “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Sorunlarını Çözecek Makamların Sorunları”, *Hukuk Dünyası Dergisi: Araştırma*, Nisan – Haziran 2006, 36 – 42.
- Polatoğlu, Aykut. *Kamu Yönetimi Genel İlkeler ve Türkiye Uygulaması*, İkinci Bası, ODTÜ Yayıncılık, Ankara 2003.
- Reid, Karen. *Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, (Çev.Bahar Öcal Düzgören), Üçüncü Kitap, Scala Yayınları, İstanbul 2000.
- Reisoğlu, Safa. *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001.
- Sanal, Adil. “Mahkemelerin Aleniliği Prensibi”, *Adalet Dergisi*, 53. Sayı / Mart-Nisan 1962.
- Schroeder, Friedrich Christian. “Ceza Muhakemesinde Dürüst Yargılama İlkesi”, *SÜHFD*, Cilt.5, Sayı:1-2, 1996.
- Selçuk, Sami. *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999.
- Şahin, Cumhur. *Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı*, Nergiz Yayınları, Aralık 2004.
- Tanör, Bülent. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul 1996.
- Tezcan, Durmuş; Mustafa Ruhan Erdem; Oğuz Sancakdar. *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- Tezcan, Durmuş; Mustafa Ruhan Erdem; Oğuz Sancakdar. *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 1996.
- Toroslu, Nevzat; Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara Eylül 2009.
- Turan, Hüseyin. “Adil Yargılanma Hakkının Bir unsuru Olarak Mahkeme Kararında Gerekçe”, *Yargıtay Dergisi*, Sayı: 3, Temmuz 2005, 393 – 414.
- Türkiye Barolar Birliği. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2008.

TÜSİAD. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu: Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından*, İstanbul 2003.

TÜSİAD. *Yargılama Düzeninde Kalite*, İstanbul 1988.

Uluslar arası Af Örgütü, *Adil Yargılanma Hakkı*, (çev: Fadıl Ahmet Taner, Erol Kaplan), İletişim Yayınları, İstanbul 2000.

Ünal, Şeref. *AİHK ve AİHD Kararları Işığında Sözleşme Hükümlerinin Açıklanması Ve Yorumu*, TBMM Basımevi, Ankara 1995.

Ünver, Yener; Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt 2, Adalet Yayınları, Ankara 2010.

Yargıtay Kararlar Dergisi, Mart 2006.

Yargıtay Kararlar Dergisi. Mart 2008.

Yıldırım Gökçe, *Adli Tıp Yönünden A.İ.H.M Kararları ve İç Hukukta Olay Yeri İncelemesi ve Otopsi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2002, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

Yurtcan, Erdener. *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının El Kitabı*, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Aralık 2002.

Diğer Kaynaklar

Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı Tavsiye Kararları, <<http://www.teftis.adalet.gov.tr/fihrist.html>> (Erişim Tarihi: 10.11.2009).

Arslan, Osman. <http://www.yargitay.gov.tr/content/view/168/68/Adil_Yargılanma_Hakkı> (Erişim Tarihi: 15.04.2010).

Aktan, Hamdi Yaver. <<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde6.htm>> (Erişim Tarihi: 15.04.2010).

Feyzioğlu, Metin. <http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_931.htm> (Erişim Tarihi: 20.04.2010)

Osman, Doğru. <<http://www.milliyet.com.tr/uzun-tutukluluk-cok-bas-agritacak/siyaset/haberdetay/18.04.2010/1226594/default.htm>> (Erişim Tarihi: 18.04.2010).

Selçuk, Sami. <<http://www.milliyet.com.tr/uzun-tutukluluk-cok-bas-agritacak/siyaset/haberdetay/18.04.2010/1226594/default.htm>> (Erişim Tarihi: 17.04.2010).

Selçuk, Sami. <<http://www.tumgazeteler.com/?a=1240900>> (Erişim Tarihi: 18.04.2010).

<<http://www.hurfikirler.com/hurfikir.php?name=Yazilar&file=article&sid=2460>> (Erişim Tarihi: 20.04.2010)

<<http://www.adalet.org/bekran1.php?idno=537>> (Erişim Tarihi: 18.04.2010)