

TANIĞIN KORUNMASI MÜESSESESİ

ve

ADİL YARGILANMA HAKKI

Candaş GÜROL*

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Hukuku'nda, "*tanık beyanı*" kolay temin edilebilmesi nedeniyle sıkça kullanılan bir delil türüdür. Tanıklık müessesinin asıl önemi örgütlü suçluluk gibi yazılı delillerin neredeyse hiç var olmadığı, sıkı bir gizlilik ve sessizlik kuralının hüküm sürdüğü yapılanmalara karşı iddia makamının tek somut dayanağı olması gerçeğinin altında gizlidir. Gerçekten de tanık beyanı Bentham'ın da söylediği gibi "*adaletin kulakları ve gözleridir*". Bu nedenle tanık mutlak doğruyu söylemeli öte yandan bunu gerçekleştirebilmesi için tüm baskılara karşı etkin bir şekilde korunmalıdır. Ancak unutulmamalıdır ki Sessizlik Yasası birçok suç örgütünün temel kuralı halini almıştır.¹ Bunun temel sonucu da örgüt ve üyeleri hakkında tanıklık yapacak kişilerin ve onların yakınlarının ciddi bir baskı altına sokularak tanığın ve görevini yerine getirmesini engelleme teşebbüslerinin yoğunlaşması olacaktır. Öte yandan birçok yabancı ülke Ceza ve Ceza Usul Kanunu konu ile geniş boyutlu düzenlemelere yer vermekte ve tanığın etkin bir şekilde korunabilmesini amaçlayan enstrümanları muhakeme prosedürünün içersine dahil etmektedir.²

* Avukat, Poitiers Üniversitesi Ceza Hukuku ve Suç Bilimleri Doktora öğrencisi.

¹ Sicilya'da La Cosa Nostra ; Calabria 'da La Ndrangheta de Calabre , Campagnia'da La Camorra ve Puglia'da doğmuş olan La Sacra Corona gibi İtalya kökenli suç örgütlerinin yanı sıra et Rus Vory u Zakone gibi örgütlerde de sessizlik kuralı örgütün yazılı olmayan öte yandan varlığı da sorgulanmayan bir normudur. Örgüt üyeleri ve onların ilişkide bulunduğu kişilerin yanı sıra tesadüfen bazı vakialardan haberdar olan üçüncü kişilerin adli merciler önünde tanıklık yapması son derece net ve ağır bir şekilde cezalandırılı gelmiştir.

² 1970 tarihli The organised crime control act., Amerika Birleşik Devletleri'nde tanığa yeni bir kimlik ve fiziki görünüm verilmesini öngören tanık güvenlik programlarını düzenlemektedir. İsviçre'de ise 2004 yılında yürürlüğe giren Askeri Yargıda Tanık-

Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanan 15 Kasım 2000 tarihli New York Milletlerarası Organize Suçluluğa Karşı Sözleşme'nin 24. maddesinde taraf devletler organize suçluluğa karşı mücadele tanıklara ve yakınlarına girişilebilecek saldırılar ve bazı telkinlere karşı gereken önlemleri almayı yükümlenmişlerdir. CMUK'un "*Çağrıya Uymayan Tanıklar*" başlıklı 46. maddesi ile tanığın kanunda sayılan haller dışında davete icap etmemesini hafif para cezası ile cezalandırılmıştır. Çağrıya uymayan tanıkların sebep oldukları masrafların kendilerine ödetilmesi ve yol ve diğer masraflarının mahkemece karşılanmaması gibi diğer yaptırımlarla da tanıklık yükümlülüğü yoğunlaştırılmıştır. Kısaca kanun koyucu tanığın çekinme nedenleri dışında duruşmada hazır olması gerekliliğinin altını çizmiş, öte yandan özel olarak tanığın korunmasına ilişkin hiçbir hükmü kanun metnine dahil etmemiştir. Bu durumda tanığın korunması ancak TCK'nın genel nitelikteki suç kalıpları ile, dolaylı olarak, sağlanmaya çalışıla gelmiştir. Bu durum, beş duyusu yardımıyla vakıf olduğu ve maddi gerçeğe ulaşmada önemi olan her vakıayı beyan etmekle yükümlü olan tanığın bu görevini korku ve adli makamlara güvensizlik nedeniyle gereği gibi ifa edememesi sonucunu doğurmakta ve tanıklık toplum içerisinde korkulan, istenmeyen bir olay haline gelmektedir.

Kanun koyucu yeni CMK'ın tanığın korunması müessesini düzenleyen 58. maddesi ile bu alanda büyük sayılabilecek bir yenilik getirmiş ve bu yenilik, çağdaş bir ceza muhakemesine ulaşma yolunda olumlu bir adım olarak algılanmıştır. Kanaatimizce kanun koyucunun tanığın korunması müessesine yer vermesinin altında yatan bir diğer neden de yeni CMK'nın 201/1.maddesi ile getirilen çapraz sorgu (cross-examination)³ karşısında tanığın haklarını güçlendirme arayışı olmuştur. Sanığın ve/veya vekilinin sorularına doğrudan maruz kalacak olan tanığın kimliğinin kimi durumlarda saklı tutulması da bunun bir sonucu olarak algılanmalıdır.

Ne var ki, tanığın korunması müessesinin varlığının dışında bir önemli husus da bu koruma için seçilen seviye ile adil yargılanma hakkı ile arasındadır. Tanığın korunması kimi zaman savunma için öyle sonuçlar doğurmuştur ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu

ların Korunması Hakkında Kanun (Loi relative à la protection des témoins) tanığın askeri yargı sahasında da etkin bir şekilde korunmasını öngörmektedir, Fransız Ceza Usul Kanunu'nda değişiklik yapan 15.11.2001 tarihli Gündelik Güvenlik Hakkında Kanun (Loi relative à la sécurité quotidienne) ileride ayrıntılı olarak bahsedilecek olan müesseselerle etkin bir tanık koruma sistemi getirmiştir.

³ Çapraz sorgunun temel ilkeleri için bkz., Mustafa Tören Yücel, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (YCMK) Karşısında Ceza Adaleti Sistem'inin -de facto- Görünümü ve Sosyolojik Çıkmazlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Nisan 2005, s. 29 vd.

seviyedeki tedbirlerin Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmış ve taraf devletleri tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Öte yandan Mahkeme birçok kararında tanığın hangi noktaya kadar ve hangi hukuki metotlarla korunabileceğinin sınırlarını çizmiş ve somut kriterler koymaya çalışmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde yeni CMK'nın 58. maddesi ile öngörülen ve hukuk hayatımıza giren tanık koruma formlarını karşılaştırmalı hukukun da ışığında incelemeye çalışacağız (I). Son bölümünde ise *“Tanığın korunması hangi noktada sanık haklarını ihlal eder?”* sorusunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla yanıtlamaya ve uygulamada bu hususta doğabilecek sorunları aydınlatmaya gayret edeceğiz (II).

I. YENİ CMK İLE ÖNGÖRÜLEN TANIĞIN KORUNMASI MÜESSESİ

A. Tanık Koruma Tedbirlerinin Uygulama Sahası ve Uygulamada Yaşanan Bazı Problemler

Yeni CMK'nın 58. maddesinin (5). bendinde gözümüze çarpan *“2, 3 ve 4. fıkra hükümleri, ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabilir”* hükmü maddenin uygulama sahasını oldukça daraltmaktadır. Madde metninde geçen *“bir örgütün faaliyeti”* ibaresinin, yeni TCK'nın suç işlemek amacıyla örgüt kurma başlıklı 220. maddesi⁴ ile birlikte telakki edilmesinin daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. O halde tanık ilgili tedbirlerden, sadece yeni TCK'nın 220. maddesi anlamında bir *“suç örgütü”* tarafından işlenen suçlarda yararlandırılacaktır. O halde ceza yukarı haddi ne olursa olsun örgütlü suç olarak nitelendirilemeyecek olan suçların failleri hakkında beyanda bulunan tanık yeni yeni CMK'nın 58. maddesi ile düzenlenen korumadan yararlanamayacaktır. Oysa Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 706/58. ve devamı maddeleri tanık hakkında, *“ismin gizli tutulması”* kararının verilebilmesini aleyhinde beyanda bulunduğu kişinin fiilinin en az verdiği beş yıl hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektiriyor olması koşuluna bağlamış ve bu şekilde hükmün uygulama alanı genişletilmiştir. Gerçekten de tanığın korunması müessesesi ile amaçlanan tanığın beyanın hiçbir baskı altında kalmadan verilebilmesi iken sadece örgütlü suçluluk kapsamında tanığın koruma tedbirlerinden yararlanabileceği hususundaki bu düzenleme müessesenin varlık nedeni ile çelişmektedir.

⁴ Madde 220. - (1) “Kanun'un suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir”.

Kanaatimizce tanık belirli bir aşağı haddten fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren her fiil hakkındaki beyanları nedeniyle karşılaşabileceği her türlü tehlikeye karşı korunmalıdır. Maalesef Türk hukuku ceza mahkemelerinin tedbir nitelikli kararlarına son derece yabancı bırakılmıştır. Uygulamada bu nev'i tedbir kararlarının verilmesi talepleri çoğu zaman gerekçesiz olarak reddedilmektedir.⁵ Tanığın korunabilmesi için suç kalıplarının yerine asgari bir ceza haddi tespit edilmesinin yanında uygulamada var olan şikayete bağlı suçlarla ilgili tedbir kararı vermeme tutumunun tanığın korunması hususunda verilecek kararlara yansımaması için gereken önlemler de alınmalıdır. Hatırlatmak isteriz ki ülkemiz adalet sisteminin her ülkede olduğu üzere yazılı olmayan bir boyutu vardır. Bu boyut yasa maddelerinden farklı bir boyuttur. Adalet sosyolojisi ya da adalet psikolojisi çağdaş ülke ceza sistemlerinde belirleyici bir rol oynamakla birlikte ülkemizde bu kurumlara gereken önem verilmemektedir. Tanığın korunması müessesinin de *“genel adli teamüllere”* kurban edilmemesi ve etkin bir tedbir yolu olarak mahkemelerimizce uygulanması için gereken hassasiyet gösterilmelidir.

B. “Tanığın Kimliğinin Saklı Tutulması” ve Alternatif Bir Tedbir Olarak “Tanığın Adresinin Gizlenmesi”

Yeni CMUK’un 58. maddesi tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri ve yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa, kimliklerinin saklı tutulması için gereken önlemlerin alınacağını öngörmüştür. Öncelikle belirtmek isteriz ki madde metninde bu husustaki kararın hangi merci tarafından verileceği belirtilmemiştir. Bununla birlikte Fransız Ceza Usul Kanunu’nun 706-58. maddesi bu seviyede bir tedbirin uygulanabilmesi için Cumhuriyet Savcısı’nın veya sorgu hakiminin gerekçeli talebi doğrultusunda *“Özgürlükler ve Tutuklama Yargıcı”*⁶ tarafından verilen bir kararın varlığını aramaktadır.

Kanun koyucu *“gereken önlemler alınır”* ibaresiyle zımnen tanığın kimliğinin saklı tutulmasına yönelik özel konulu ancak genel nitelikte bir

⁵ Bakırköy 20. Sulh Ceza Mahkemesi’nin 21.02.200X tarihli kararı ceza hakimlerimizin tedbir niteliğindeki kararlara olan güncel bakış açısını yansıtmaya açısından dikkat çekicidir. Mahkeme taklit markalar ihtiva eden ve bu nedenle gümrük müdürlüğü tarafından Gümrük Kanunu 57. maddeye göre hakkında “gümrük işlemlerinin geçici olarak durdurulması” kararı verilen mallar hakkında müştekinin zapt ve muhafaza altına alınma talebini şu “gerekçeyle” reddetmiştir: “Evrak içeriğine ve ekli belgelere göre talebin reddine ...”. Bu ve bunun gibi sayısız kararda ceza hakimlerimiz kovuşturulması şikayete bağlı suçlarla ilgili olarak tedbir kararı vermeme tutumunu ısrarla sürdürmektedirler.

⁶ Juge des libertés et de la détention.

tedbir kararını vurgulamaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasının son cümlesi kimliği saklı tutulan tanığa ait kişisel bilgilerin Cumhuriyet Savcısı, hakim veya mahkemece muhafaza edileceğini düzenlemektedir. Son cümleden adı geçen makamlar, kimliğin gizli tutulmasına yönelik tedbirlerin hangi merci tarafından verileceği hususundaki tereddütleri kuvvetlendirmektedir.

Önemle belirtmek isteriz ki 58/II madde hükmü kimliği saklı tutulan tanığın bu bilgileri hangi vesileyle öğrendiğini açıklamakla yükümlü olacağı yolundaki düzenlemesi ile ikinci bir tereddüt noktası yaratmıştır. Şöyle ki tanığın bu bilgileri hangi vasıta ile öğrendiğini açıklaması kimi durumlarda mesleğini, adresini, sanıklarla yakınlık derecesini açıklamasına ve böylece dolaylı olarak kimliğinin ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Yapılan bu açıklamanın sadece koruma tedbirine karar vercek makama mı yoksa tüm ilgililer tarafından haberdar olunacak bir şekilde mi yapılacağı da yine tam olarak açıklığa kavuşturulmuş değildir. “Gizli tanığın” beyanlarını hangi şekilde temellendirdiğinin ne dereceye kadara bilinmesi sorunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında çalışmamızın ikinci bölümünde incelenecektir. Belirtmek isteriz ki yeni CMK tanıkların korunması sahasını çağdaş ceza usul kanunlarına nazaran daha dar tutmuş bir diğer söyleyişle daha az suç tipi için tanığın korunmasına karar verilebileceğini düzenlemiştir. Bunun yanı sıra öngörülen önlemler temel alındığında da gizli tanıklık müessesesinin uygulanması ile uygulanmaması arasında son derece faydalı olacağını düşündüğümüz “gizli adres” tedbiri öngörülmemiştir.

Vurgulamak isteriz ki adalet psikolojisi açısından ceza hakimini sanık aleyhine son derece ağır sonuçlar doğuracak bir tedbire karar vermekle, soruşturmanın selametini tehlikeye düşürecek bir tutumu takınmak (örneğin; hiç önlem almamak) seçenekleri arasından bırakmak, muhakemenin sıhhat ve objektifliği hususunda olumsuz sonuçlar doğurabilir. Öyle bazı durumlar vardır ki hakim bir ara tedbirle yetinip olayın özel şartlarıyla muhakeme seyrinin uyumlu bir şekilde devam etmesini sağlayabilir. Fransız Ceza Usul Kanunu’nun yeni 706-56. maddesi de orta seviyeli bir koruma tedbiri olarak muhakeme açısından önem arz eden ve delil değeri olan bazı bilgi ve vesikayı sunmaya hazır olan ve hakkında o suçu işlediğine dair hiçbir şüphe unsuru bulunmayan kişilerin adres olarak polis ya da jandarma karakollarını gösterebileceklerini düzenlemektedir. Tedbirin uygulanabilmesi Cumhuriyet Savcısı veya Sulh Ceza Hakimî’nin bu yolda bir karar vermesine bağlı tutularak kolluğun keyfi davranışlarda bulunması tehlikesi de ortadan kaldırılmıştır. Belirtmek isteriz ki bu tedbir Fransa’da özellikle hazırlık soruşturması safhası süresince sıkça uygulanmaya başlanmış ve olumlu sonuçlar doğurduğu genel olarak kabul edilmiştir.

II. ADİL YARGILANMA HAKKI ÇERÇEVESİNDE TANIĞIN GİZLİLİĞİ

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere tanığın korunması iki boyutu ile ele alınması gereken bir müessesedir. Bir taraftan suçluluğa karşı mücadelede maddi gerçeğe ulaşılması açısından özellikle hazırlık soruşturması safhasında büyük faydalar getirebilecek bir hukuki enstrüman olarak karşımıza çıkmaktayken öte yandan sanığın savunma hakkını kısıtlayabilme tehlikesi olan bir delil türü olarak da görünebilir ve bu haliyle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal eden bir unsur olarak mahkeme kararlarının güvenilirliğini tartışılır hale dahi koyabilir.⁷ “Gizli tanığın beyanıyla hüküm verilebilmesi için gereken şartlar nelerdir?” sorusuna cevap arayacağımız bu bölümde konu ile ilgili temel içtihat kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1985 tarihli Kostovsky/Hollanda⁸ kararını inceleyeceğiz. Vurgulamak isteriz ki bu karar gizli tanığın beyanının ne dereceye kadar mahkumiyet hükmüne esas teşkil edebileceği hususunu somut kriterler koyarak belirtmesi nedeniyle çalışmamız açısından önem arz etmektedir. Bahsi geçen kararda Mahkeme son derece yüklü bir adli sicile sahip olan Slobodan Kostovski isimli bir Yugoslav vatandaşının Hollanda mahkemeleri tarafından gizli tanık beyanlarını dayanılarak cezalandırılmasını Sözleşme’nin 6. maddesi ile düzenlenen adil yargılanma hakkının bir ihlali olarak niteleyerek Hollanda hükümetinin sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kullandığı Temel Kriterler

1. Çekişmeli Yargılama “*Débat Contradictoire*”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kökleşmiş içtihatlarından birisi de hükme esas teşkil eden delillerin tanığın huzurunda veya en azından bilgisi dahilinde üretilmesi zorunluluğudur. Hiç kuşkusuz bu içtihat ilk bakışta hazırlık soruşturmasının gizliliği prensibine aykırı bir izlenim yaratmaktaysa da Mahkeme birçok kararında bu içtihadın hükmü verecek olan yargı yerinde nazara alınması gerektiğini ve hazırlık soruşturmasında bu safhanın doğası gereği gizliliğin belirli bir noktaya kadar kabul edilebilir olduğunu vurgulamıştır.¹⁰ Öte yandan “*silahların eşitliği prensibi*”

⁷ Pradel, Jean, Corstens Geert, *Droit Pénal Européen*, no. 378 vd., Paris 1999, Dalloz.

⁸ Kararın tam metni için bkz., www.echr.coe.int 22.02.2005, M. Slobodan Kostovski C. - Royaume des Pays Pas, *Requête*, no. 11454/85.

⁹ Leclerc, Henri, “Les limites de la liberté de la preuve: Aspects actuels en France”, *RSC* 1992/1, s. 15 vd.

¹⁰ Öte yandan “Hazırlık soruşturmasının gizliliği” prensibi dahi karşılaştırmalı hukukta farklı şekilde uygulanma gelmiştir. Değişik uygulamalara AIHM’nin bakış açısı için bkz., Lamy c./Belgique, 30.03.1989, Bricmont c./Belgique, 07.07.1989, Edwards c./RU, 16.12.1992.

gereğince sanığın aleyhine beyanda bulunan tanıkla yüzleşmesi, bunun tanık açısından ciddi tehlikeler yaratması ihtimalinin varlığında ise en azından avukatı aracılığı ile yazılı olarak tanığa soru yöneltebilmesinin gerekliliği özellikle Kostovski kararında vurgulanmıştır. Mahkeme sanığın bilgisi dahilinde meydana çıkması ve üretilmesi gerekli olan ve delil niteliğinde olmaları nedeniyle mahkumiyet hükmüne esas teşkil eden beyanlarla ilgili olarak sanığın hiçbir sorusuna cevap alamamış oluşunun altını çizerek tanığın gizliliğinin kabul edilmiş olması durumunda dahi dolaylı yollarla tanığa soru sorulabilmesi ve tanığın beyanına esas teşkil eden bilgileri nasıl öğrendiğini sorgulanabilmesine büyük önem vermiştir.¹¹ Kimliği açıklanmayan tanığın beyanına başvurulabilmesi imkanı her ne kadara kabul edilebilir bulunmuşsa da sanık veya en azından avukatının tanığa dolaylı olarak (çoğu zaman yazılı olarak) soru yöneltmesine imkan tanınmalıdır.¹² Aynı kararda Mahkeme; Kostovski'nin avukatı tarafından hazırlanan soru listesinin kimliği saklı tutulan bir tanık tarafından cevaplandırılmaması sonucunda Mahkeme'nin hiçbir özen göstermemesi ve bu durumun tanığın güvenilirliği üzerinde tereddüt yaratmasını Sözleşme'yi ihlal olarak değerlendirmiştir.

Adil yargılanma hakkının sanığa tanıdığı haklar ile devletin yargılama yetkisi arasındaki dengenin tespiti çoğu zaman güç olmaktadır. Bu bağlamda polisin savunma haklarının etkinliğinin artmasının suçluluk oranında artışa neden olduğu savı geleneksel bir hal almıştır.¹³ Diğer yandan AİHS'nin etkin bir şekilde uygulandığı ülkelerde, bireyin sahip olduğu temel haklar yargıç tarafından çoğu kez kendiliğinden gözetilmekte ve savunmanın talebi olmaksızın dahi uygulanmaktadır.

2. Kimliği Gizli Olan Tanığın Beyanının Mahkumiyet Hükmüne Belirleyici Olacak Derecede Tesir Etmesi “*Condamnation Fondée À Un Degré Déterminant Sur Les Déclarations Anonymes*”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre mahkumiyet hükmü tek başına ismi saklı olan ve sanıkla dolaylı dahi olsa karşılıklılık ilişkisine girmemiş olan bir veya birkaç tanığın beyanlarına dayandırılmamalıdır. Mahkeme tanık beyanının yanında mevcut olan ancak hükmü

¹¹ De Smet B., “La défense face aux témoins anonymes et les exigences d’un procès équitable dans la jurisprudence de la CEDH”, *RID*, pén., 1998.

¹² Van de Kerchova, Michel, La preuve en matière dans les jurisprudences de la Cour et de la Commission Européenne des Droits de l’Homme, *RSC*, 1992/1, s. 1 vd.

¹³ Pettiti Louis-Edmond, “Les Garanties Du Procès Équitable: La Jurisprudence De La Cour Européenne Des Droit De L’homme”, *Quelle politique pénale pour l’Europe sous la direction de Mirelle Delmas-Marty*, Paris, *Economica*, 1993.

etkileyecek vasıflar taşımayan bazı emarelerin varlığı halinde dahi gizli tanığın beyanının hükmün verilmesinde “bir dereceye kadar belirleyici bir şekilde” kullanıldığından bahisle ihlal kararı verebilmektedir.¹⁴ Kostovski kararının belki de en dikkat çekici yanı Mahkeme’nin Hollanda hükümetinin tanık beyanlarının tam olarak gerçeğe dayanıyor olduğu ve kısıtlanan özgürlük ile toplum çıkarı arasında bir orantının varlığı yolundaki savunmasını kabul etmeyerek, adil yargılanma hakkının verdiği prosedüral garantilerin ve doğru işleyen bir adli mekanizmanın hiçbir şekilde feda edilemeyeceği şeklindeki görüşüdür. Mahkeme bir diğer kararında ise tanığın gizli oluşunun savunma için başlıbaşına başa çıkılmaz bir dezavantaj yarattığı sonucuna varmıştır.¹⁵ Yine benzer bir kararda, tanığın kimliğini öğrenememesi “savunmanın neredeyse aksi ispatlanamaz bir sav”la karşı karşıya kalması olarak nitelemiştir.¹⁶ Adı geçen kararda Mahkeme savunmanın tanıkların inandırıcılık ve güvenilebilirlik gibi özelliklerinin muhakeme esnasında tartışma konusu dahi yapılamamış oluşunu adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelemiştir.¹⁷

Mahkeme tüm bu kararlarında başlı başına tanığın gizliliğini değil savunmanın tanığın inandırıcılık ve güvenilirliği konusunda soru sormasını veya sorduğu soruların cevapsız bırakılmasını göstermiştir. Bununla birlikte AIHM’nin “gizli tanık beyanı kavramı” hakkındaki içtihatları incelendiğinde Mahkeme’nin adil yargılanma hakkı ihlali iddiaları karşısında ne denli hassas olduğu ve prensipte karşı çıkmamakla birlikte gizli tanık müessesesi üzerinde son derece dikkatli ve strict bir incelemeye gittiği de dikkatlerden kaçmamalıdır.¹⁸ Mahkemeni’nin mahkemeye göre silahların eşitliğinden bahsedebilmek için bir mahkumiyet kararı karar gizli tanık beyanından başka delillerle de temellendirilmeli ve argümente edilmelidir. Bu bağlamda taraf devletler de milli mevzuatlarında gerekli düzenlemeleri yapmış ve sadece gizli tanığın beyanının hükmüne esas teşkil edemeyeceği yolundaki hükümlere ceza usul kanunlarında yer vermişlerdir. Buna en iyi örneğin Fransız Ceza Usul Kanunu’nun (CPP) “Tanığın kimliğinin bilinmesinin savunma için kaçınılmaz bir durum yaratması durumunda” gizli tanıklığa dair hükümlerin uygulanamayacağı yolundaki 706-60 maddesidir. Yeni

¹⁴ Molina, Emanuel, “La Liberté De La Preuve Des Infractions En Droit Français Contemporain”, Marseille, PUAM, 2001.

¹⁵ Ulterperginter c./ Autriche 24.11.1986.

¹⁶ Delta c./ France, 19.12.1990, Num. de requête 11444/85, www.echr.coe.int, 28.02.2005, 19 Décembre 1990.

¹⁷ Louis-Edmond Pettiti, a.g.e. s. 290.

¹⁸ Boulloc, Bernard, “L’audition Des Témoins Dans La Procédure Pénale En Droit Français Et En Droit Communautaire Après Les Derniers Arrêts De La Cour Européenne”, La Vie Judiciaire, 31.12.1990/6.01.1991, s. 5.

CMK'nın hazırlanma safhasında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşık yirmi beş yıllık kökleşmiş içtihadı ve karşılaştırmalı hukukta bulunan bu örneklerin dikkate alınmamış oluşu son derece düşündürücüdür.

SONUÇ

Türk hukuk öğreti ve uygulamasının yeni CMK ile tanışacağı ve bizim için son derece yabancı bir müessese olan “*tamığın korunması*” her ne kadar “*kulağa hoş geliyor*” olsa da bir ceza davasının akışını ve sonucunu değiştirebilecek kadar hassas kararların alınmasını gerektiren bir hukuki enstrümandır. Ana hatlarıyla özetlemeye çalıştığımız üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da “*tamığın korunması*” ile adil yargılanma hakkının ihlali arasındaki ince çizginin tespiti umuyoruz ki uygulamada hakim ve savcılarımız için zorluk yaratmayacak ve AİHM'nin kökleşmiş içtihatları hüküm veren yerel mahkeme yargıcı tarafından re'sen nazara alınacaktır. Benzeri bir durum adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile mahkum olan Fransa'da yargıçların özellikle prosedüral haklara yoğun bir dikkat göstermeleri olmuştur.¹⁹ Aksi taktirde adil yargılanma hakkı ihlal iddiaları, tazminat talepleri ve aleyhine çıkmış yüksek sayıdaki kararın yanına “*tamığın korunması*” gibi son derece iyiniyetle yapılmış bir düzenlemenin kötü meyvalarının da eklenme riski son derece yüksek görünmektedir. AİHS taraf devlet yargıçlarına hüküm vermeden önce AİHM'den bir yorum kararı talep etme hakkını tanımamaktadır. Bu durumun en önemli sonucu önüne gelen olayla ilgili karar verecek olan yargıcın İnsan Hakları mevzuatı ve mahkeme içtihadına hakim olması gerekliliğidir. Aksi taktirde Sözleşmeyi ihlal eder nitelikteki kararlar ülke aleyhine bir başvuru yapıp devlet mahkum edilene kadar devam edecektir.²⁰ Günümüzde hukuk ve toplum düzenini ve hatta demokratik rejimin varlığını tehdit eden bir noktaya ulaşmış olan örgütlü suçlulukla mücadelede etkin bir hukuki enstrüman olan bu kurum doğru olarak algılandığı ve sanık hakları ile maddi gerçeğe ulaşma amacı arasındaki ince sınır doğru olarak tespit edildiği sürece büyük faydaları beraberinde getirebilecek niteliktedir. Eleştirdiğimiz hususların dışında suçlulukla mücadele ve insan hakları sahalalarında Türkiye'nin yükümlendiği bazı edimlerin kodifikasyon aşamasına gelip de tartışılıyor oluşu ise olumlu bir gelişme olarak değerlendirmelidir.

¹⁹ Lafarge, Philippe, “Les Garanties Du Procès Équitable”, *Quelle Politique Pénale Pour L'europe Sous La Direction De Mirelle Delmas-Marty*, Paris, Economica, 1993.

²⁰ Chemin, Anne, “Compte Rendu De La Table Ronde –les Garanties Du Procès Équitable–”, *Quelle Politique Pénale Pour L'europe Sous La Direction De Mirelle Delmas-Marty*, Paris, Economica, 1993.

KAYNAKÇA

Türkçe Eserler

Yücel Mustafa Tören, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (Yeni CMK) Karşısında Ceza Adaleti Sisteminin –de facto- Görünümü ve Sosyolojik Çıkmazlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Nisan 2005, s. 29 vd.

Fransızca Eserler

Boulloc Bernard, “L’audition Des Témoins Dans La Procédure Pénale En Droit Français Et En Droit Communautaire Après Les Derniers Arrêts De La Cour Européenne”, *La vie judiciaire*, 31.12.1990/6.01.1991.

Chemin Anne, “Compte rendu de la table ronde –Les garanties du procès Équitable-”, *Quelle Politique Pénale Pour L’europe Sous La Direction De Mirelle Delmas-Marty*, Paris, *Economica*, 1993.

De Smet B., “La Défense Face Aux Témoins Anonymes Et Les Exigences D’un Procès Équitable Dans La Jurisprudence De La CEDH”, *RID*, pén., 1998.

Lafarge Philippe, “Les Garanties Du Procès Équitable”, *Quelle Politique Pénale Pour L’europe Sous La Direction De Mirelle Delmas-Marty*, Paris, *Economica*, 1993.

Leclerc Henri, “Les Limites De La Liberté De La Preuve: Aspects Actuels En France”, *RSC*, 1992/1, s. 15 vd.

Molina Emanuel, “La Liberté De La Preuve Des Infractions En Droit Français Contemporain”, *PUAM*, Marseille 2001.

Pettiti Louis-Edmond, “Les Garanties Du Procès Équitable: La Jurisprudence De La Cour Européenne Des Droit De L’homme”, *Quelle Politique Pénale Pour L’europe Sous La Direction De Mirelle Delmas-Marty*, Paris, *Economica*, 1993.

Pradel Jean - Corstens Geert, *Droit Pénal Européen*, Paris, Dalloz, 1999.

Van de Kerchova Michel, “La Preuve En Matière Dans Les Jurisprudences De La Cour Et De La Commission Européenne Des Droits De L’homme”, *RSC* 1992/1, s. 1 vd.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Bricmont c./Belgique, 07.07.1989

Delta c./France, 19.12.1990

Edwards c./RU, 16.12.1992

Kostovski c./Royaume des Pays Pas, 20.11.1989

Lamy c./Belgique, 30.03.1989

Ulterperginter c./Autriche 24.11.1986



DIGESTA TURCICA

JOURNAL OF THE
UNION OF TURKISH BAR
ASSOCIATIONS

1

Özdemir ÖZOK
Richard HONIG
Georgetta DUCULESCU
Yüksel ERSOY
Rona AYBAY
Dursun TEZCAN
Helmut KURY
Ahmet MUMCU
Günce KOPTAGEL-İLAL
Christian RUMPF
Fırat Demir YAŞAMİŞ
Cem ERSÜL

ISSN 1305-1061

ÇIKTI !!!