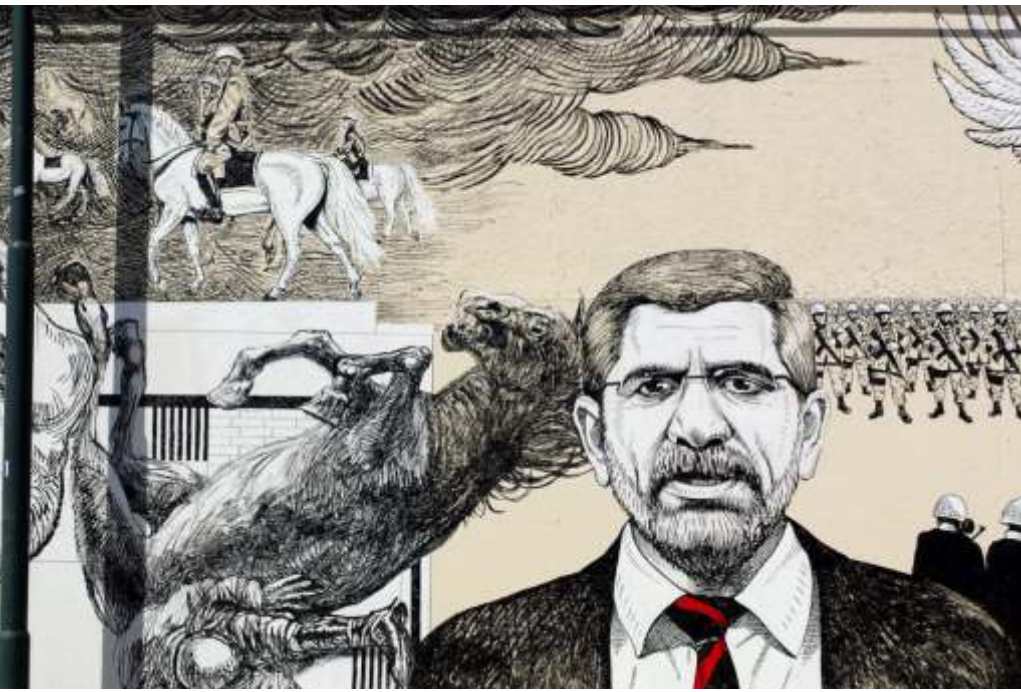
CEZA AVUKATININ İNSAN HAKLARI EL KİTABI

Dr.Günal KURŞUN - Av.Orhan Kemal CENGİZ



Ceza Avukatının İnsan Hakları El Kitabı

CEZA AVUKATININ İNSAN HAKLARI EL KİTABI

Dr.Günal KURŞUN - Av.Orhan Kemal CENGİZ

Ankara-2021

İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları

Tüm hakları saklıdır @ Dr. Günal Kurşun & Av.Orhan Kemal Cengiz

1.Baskı: **Ocak, 2021, Ankara**

ISBN : **978-605-74779-0-3**

Tasarım&Baskı :
Girişim Ajans Matbaa Tic. Ltd. Şti.
www.girisimmatbaacilik.com

Bu yayın Hollanda Büyükelçiliği İnsan Hakları Programı'nın desteğiyle yürütülen bir proje kapsamında hazırlanmıştır. Bu yayının içeriğinden yalnızca yazarlar sorumlu olup herhangi bir şekilde Hollanda Büyükelçiliği'nin görüşlerini yansıtmamaktadır.

Kapak resmi: **Bob Ramsak, Oslo'da duvar resmi, 2016**

Dostumuz Av. Tahir Elçi'nin aziz hatırasına

SUNUŞ

Elinizdeki bu kitap, uzun ve meşakkatli bir çalışmanın sonucunda ortaya çıktı. Özellikle Türkiye'de yaşadığımız süreç ve son beş yılda hukuk dünyasında tanık olduğumuz uygulamalar, bizi bu çalışmaya sürekleyken en önemli nedenlerdir.

Olağan zamanlarda her avukat öyle ya da böyle avukatlık yapabiliyor, ancak kriz zamanlarında avukatlık yapabilmek, her zamankinden daha fazla cesaret ve basiret gerektiriyor.

Motivasyonumuzun ana eksenini iki nokta oluşturuyor. İlki, teori ile pratiği birleştirebilme gayreti. Türkiye örneğinde hukuk, özelde de ceza hukuku alanında teori ile pratik neredeyse iki ayrı alanmış gibi kurgulanıyor ve öyle de algılanıyor. Üniversitede işin teorisiyle ilgilenen hocalar, doçentliğe kadar avukatlık yapmaları yasak olduğu için uygulamadan neredeyse tamamen habersiz yetişiyorlar. Doçentliği aldıktan sonra da geçen yıllardaki maddi kayıpları telafi etme kaygısıyla neredeyse bütün enerjilerini avukatlık bürolarına aktarıp teoriyle bağlarını koparıveriyorlar. Uygulama alanındaki avukatlar da teoriye gereksiz bir ayrıntı, öğrencilik yıllarında kalmış ve orada kalması gereken sıkıcı bir bütün gözüyle bakıyor, hatta kimi zaman öğrencilikten kalan öfkeyle teoriyi aşağılıyorlar. Böylelikle de aslında bu ikisi bir bütünün parçaları olması ge-

rekirken, birbirine rakip ya da birbirini baltalayan ayrı alanlar olarak karşımıza çıkıyor.

Ceza uygulamasının diğer iki bileşeni hâkim ve savcılar ise, başta HSK ve Adalet Bakanlığı baskısı olmak üzere pek çok farklı kaynaktan gelen tehdit ve baskılar arasında hayatta kalmaya çalışırken bu konuları düşünmeye vakit ayırmıyorlar. Uygulamada, son tahlilde nasıl olsa hep hâkimin dediği olduğu için, hakimlerimiz yeni bir şey öğrenmeye o kadar da açık değiller. Bundan yirmi yıl önce baroların, başka meslek örgütlerinin ya da sivil toplum kuruluşlarının düzenlediği hukuk toplantılarında mutlaka birkaç hâkim-savcı hukukçu toplantıyı izler, soru sorar, katkıda bulunurdu. Son on yılda bir-iki istisna dışında hiç böyle bir manzaraya tanık olamıyoruz.

İkinci olarak, özellikle avukat meslektaşlar arasında ulusal ceza hukukunun ayrı, AYM ve AİHM özelinde bireysel başvuru yoluyla işleyen insan hakları hukukunun ayrı alanlar olduğu yönündeki yanlış algıyı biraz olsun kırabilmeyi amaçlıyoruz. Gerçekten de, içinde ceza hukuku olmayan bir insan hakları hukuku düşünülemeyeceği gibi, bunları birbirinden farklı hukuk alanları olarak algılamak, çoğu zaman müvekkile zarar veren şekilde çok ilerdeki aşamalarda fark ediliyor ancak çok geç oluyor. Bir avukat, ceza davasına taraf olduğu an itibariyle en sondaki AİHM aşamasını da hesap ederek eylem ve işlemlerde bulunmak ve buna göre savunma stratejisi oluşturmak mecburiyetindedir.

Bu vesileyle, çalışmamıza katkıda bulunan kişi ve kurumları da anmak isteriz. Bu çalışmanın kusurları hiç şüphesiz ki, onu kaleme alan biz iki yazarlara aittir. Ancak şu kişi ve ku-

rumların katkıları olmasa bu eser gün yüzüne çıkamayacak, mevcut kıvamına ulaşamayacaktı:

Bu çalışmanın gerçekleştirilebilmesini maddi kaynak sağlayan **Hollanda Dışişleri Bakanlığı Matra Programı'na ve Hollanda Kraliyeti Büyükelçiliği'ne** müteşekkiriz.

Çalışmamızın editörleri dostlarımız **Av.Aynur Tuncel Yazgan** ve **Doç.Dr.Ali Rıza Çoban** gerek görüş ve önerileriyle çalışmamızı içerik olarak; **Av.Zahide Beydağ Tıraş Öneri** de, Türkçe bakımından çalışmamızı zenginleştirdiler. Katılarından dolayı çok teşekkür ediyoruz.

Girişim Matbaacılık çalışanlarına teşekkürü de bir borç biliriz.

Son olarak, kitabı atfettiğimiz **Av.Tahir Elçi**'yi de anmak isteriz. Dostluğu bizim için büyük bir ayrıcalık ve ölümü de o günden beri tarifsiz bir acı kaynağı olan büyük hukukçunun anısı önünde saygıyla eğiliyor, çalışmamızı ona adıyoruz.

Dr. Günal Kurşun-Av. Orhan Kemal Cengiz

Ocak 2021, Ankara

İÇİNDEKİLER

Sunuş 7
İçindekiler 11
Kısaltmalar Cetveli 21

BİRİNCİ BÖLÜM
Ceza Muhakemesi Sistemi

Giriş 25
I. Soruşturma Evresi 27
A. Suç Haberinin Alınması ve Soruşturma İşlemleri 27
B. İfade ve Sorgu 32
1. İfade ve Sorgunun Tarzı 32
2. Soruşturma Evresinde Kolluğun Şüpheliyle "Mülakat" Adı Altında Görüşmesi 36
C. Şüpheli ve Sanığın Hakları 39
1. Savunma, Susma ve Lekelenmeme Hakkı 39
2. Haklarını ve Suçlamayı Öğrenme Hakkı 46
3. Yakınlarına Haber Verilmesini İsteme Hakkı 48
4. Adli Makam Önüne Çıkma Hakkı 50
5. İtiraz Hakkı 56
6. Tercüman Hakkı 62
7. Avukat Yardımından Yararlanma Hakkı 64
Ç. İddianame 66
1. Şekli ve Şartları 66
2. Cumhuriyet Savcısının İddianameyi Geciktirmesi 68
D. İddianamenin Kabulü ve İadesi 69
E. Kovuşturmaya Yer Olmadığı (Takipsizlik) Kararı 70
II. Koruma Tedbirleri 72
A. Durdurma 73
1. Kavram 73
2. Durdurma Süresi ve Şekli 78
B. Yakalama 80

1. Kavram ... 80
2. Yakalamanın Koşulları ... 82
3. Yakalamaya Karşı Koyma ... 88
C. Gözaltı ... 90
1. Kavram ... 90
2. Gözaltı Süresi ve Şekli ... 96
3. Yeniden Yakalama ve Gözaltına Alma Yasağı ... 99
4. Kabahatler Kanunu Çerçevesinde Gözaltı ... 100
Ç. Tutuklama ... 101
1. Kavram ... 101
2. Tutuklama Şartları ... 103
a. Kaçma Şüphesi ... 109
b. Delilleri Karartma Şüphesi ... 112
c. Tutuklama Nedeni Varsayılabilen Durumlar (Katalog Suçlar) ... 114
3. Tutuklama Yasakları ... 117
a. Suçun Gerektirdiği Ceza Miktarı ve Türü ... 117
b. Ölçülülük İlkesi ... 117
c. 15 Yaşından Küçük Suça Sürüklenen Çocuklar ... 118
ç. Sanığa Verilen Güvence Belgesi ... 119
4.Tutuklama Kararının Şekli ... 119
5. Tutuklama Kararı Üzerine Yapılan İşlemler ... 121
6. Tutuklamaya İtiraz ... 125
7. Tutuklamada Süreler ... 128
8. Tutuklama Kararının Geri Alınması ... 132
D. Adli Kontrol ... 133
1. Kavram ... 133
2. Adli Kontrolün Şartları ve Şekli ... 136
3. Adli Kontrol Kararının Kaldırılması, İtiraz ve Tedbirlere Uymama ... 142
E. Arama ... 143
1. Kavram ... 143
2. Önleme Araması ve Adli Arama ... 144

3.Aramanın Şartları 147
4. Arama Kararı ve İcrası 150
5. Avukat Bürolarında Arama 155
6. Arama Kurallarına Uyulmaması Durumunda Yapılması Gerekenler 159
7. Arama Sırasında Tesadüfen Bulunan Deliller 163
F. Elkoyma ve Muhafaza Altına Alma 165
1. Kavram 165
2. El Konulamayan Belgeler 167
3. Elkoyma Kararı ve İcrası 169
4. Avukat Bürolarında Elkoyma 172
5. Postada Elkoyma 173
6. Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma 175
7. Basılmış Eserlere Elkoyma 181
8. Zorlama Amaçlı Elkoyma 181
9. Elkonulan Eşyanın İadesi, Muhafazası ve Elden Çıkarılması 182
G. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma 184
1. Kavram 184
2. İmaj Alma 186
3. Hukuka Aykırılık Durumları 186
Ğ. Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini 189
1. Kavram 189
2. Kayyım Atanabilmesinin Şartları ve Kayyımın Alacağı Ücret 190
H. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi 191
1. Kavram 191
2. İletişimin Denetlenmesinin Şartları 195
a. Kuvvetli Şüphe 195
b. Katalog Suçlar 195
c. Başka Surette Delil Elde Edilememesi 199
ç. Yalnızca Sanık veya Şüphelinin Denetlenmesi 200

3. İletişimin Denetlenmesinin Şekli ve Süresi 202
4. İletişim İçeriklerinin Yokedilmesi ve Bildirim 207
5. Müdafiin Bürosu, Konutu ve Kişisel İletişiminin Denetlenmesi 207
I. Gizli Soruşturmacı 208
1. Kavram 208
2. Gizli Soruşturmacı Tedbirinin Şartları 209
a. Kuvvetli Şüphe 209
b. Başka Surette Delil Elde Edilememesi 209
c. Kamu Görevlisi 210
ç. Katalog Suçlar 210
3. Gizli Soruşturmacı Şekli, Süresi ve Yükümlülükleri 211
İ. Teknik Araçlarla İzleme 214
1. Kavram 214
2. Teknik Araçlarla İzlemenin Şartları 218
a. Kuvvetli Şüphe 218
b. Başka Surette Delil Elde Edilememesi 218
c. Katalog Suçlar 219
3. Teknik Araçlarla İzlemenin Şekli ve Süresi 219
J. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun Uyarınca Erişimin Engellenmesi ve/veya İçeriğin Çıkarılması 223
1. Kavram 223
2. Erişim Engelleme/İçerikten Çıkarmanın Şartları 224
a. Katalog Suçlar 224
b. Yeterli Şüphe 225
3. Erişim Engelleme/İçerik Çıkarmanın Şekli ve Süreler 225
K. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat 229
1. Tazminat Kavramı 229
2. Tazminat Nedenleri 231
3. Tazminat Başvurusu 233
a. Tazminat İstemeye Yetkisi Olanlar 233

b. Tazminat İsteminde Süreler ... 235
c.Yetkili Merci ... 239
ç. Başvuru Şekli ... 239
4. Tazminat Kapsamındaki Zararlar ... 241
5.Tazminatın Geri Alınması ve Rücu ... 243
III. Kovuşturma Evresi ... 245
A. Duruşma Hazırlığı ... 245
B. Duruşma ... 248
C. Deliller ve Tespiti ... 252
Ç. Delil Serbestisi İlkesi ve Vicdani Delil Sistemi ... 253
D. Delil Türleri ... 254
1. Beyan deliller ... 255
a. Şüpheli ve Sanık Beyanı ... 255
b. Katılan, Mağdur ve Şikayetçi Beyanları ... 259
c. Tanık Beyanı ... 260
ç. Gizli Tanık ... 264
d. Çapraz Sorgu ... 268
2. Belge Deliller ... 277
a. Yazılı, Görüntülü ya da Sesli Belgeler ... 277
b. Dijital Belgeler ... 282
3. Belirtiler ... 285
E. Hukuka Aykırı Elde Edilen Deliller ... 289
1. Kavram ... 289
2. Hukuka Aykırı Delillerin Dava Dosyasından Çıkarılması ... 294
F. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi ... 297
G. Suçsuzluk Karinesi ... 298
H. Delillerin Değerlendirilmesi ... 300
1. Bilirkişi İncelemesi ... 302
a. Kavram ... 302
b. Bilirkişi Raporu ve Uzman Görüşü ... 305
c. Ne Zaman Uzman Görüşü Almak Gerekir? ... 306
3. Keşif ... 308
4. Yer Gösterme ... 309

5. Ölü Muayenesi 310
6. Şüpheli ya da Sanığın Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması 313
7. Çıplak Arama 314
I. Esas Hakkındaki Mütalaa ve Esas Hakkındaki Savunma 319
İ. Hüküm 322
J. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması 326
K. Seri Muhakeme Usulü 335
L. Basit Yargılama Usulü 338
IV-Kanun Yolları 340
A. Olağan Kanun Yolları 345
1. İtiraz 345
2. İstinaf 349
3. Temyiz 357
B. Olağanüstü Kanun Yolları 372
1. Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılarının İtirazı 372
2. Kanun Yararına Bozma 373
3. Yargılamanın Yenilenmesi 374
V-İnfaz Evresi 377
A. Cezaevi Koşulları 377
B. Cezaevinde Görüşme 380
C. İnfaz Hakimliği ve Şikâyet 382

İKİNCİ BÖLÜM
Anayasa Mahkemesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Bireysel Başvuru

Giriş 387
Kanun yolu olmama 389
Otonom kavramlar 389
İkincillik 390
Açıkça dayanaktan yoksunluk 390

Bireysel başvuru nedir? 393
I) Bireysel Başvurudan Önce Yapılacak Ön Hazırlıklar 396
A) İçtihatları okuyun 396
B) Başvurucunun ifadesini alın 396
C) Belge, bilgi ve raporları toplayın 398
D) Zaman tablosu hazırlayın 398
E) Yetki belgesi hazırlayın 399
F) Davaya katılabilecek üçüncü kişilerle yazışın 400
II) Başvur u Dilekçelerinin Hazırlanması 402
A) Taraflar 404
1) Çocuklar 405
2) Engelliler ve kısıtlılar 405
3) Barolar 408
4) Mağdurun veya başvurucunun ölümü 409
5) Başvurucunun temsilcisi 412
6) Karşı Taraf 413
B) Olayların Açıklanması 414
1) İç hukuk yollarının tüketilmesi 419
2) Bir ay ve altı ay kuralı 428
3) Özen Yükümlülüğü 433
4) 30 günün sonu 434
5) 6 Aylık sürenin sonu 435
C) Öne sürülen aykırılıklar ve ilgili dayanaklara ilişkin açıklama 436
D) Mazeret, Tedbir, Gizlilik, Adli Yardım 441
1) Mazeret 441
2) Tedbir 442
3) Gizlilik 451
4) Adli yardım 453
E) Sonuç Talepleri 456
F) Beyan ve İmza 456
III) Başvuru Sonrası Aşamalar 457
A) Kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin inceleme 457
B) Başvuru dilekçesinin Adalet Bakanlığı'na veya

Hükümete havalesi 458
C) Duruşma 459
1) Sözlü Duruşma 460
2) Olgu Bulgulama Duruşması 461
D) Dostane Çözüm 473
E) İspat 474
F) Pilot Kararlar 482
IV) Esas Hakkında Hüküm ve Adil Karşılık 492
A) Kararın İçeriği 492
B) Tazminat ve Vekalet Ücreti 493
V) Kararın İnfazı 498
AİHS tarafından koruma altına alınan haklar 501
I. Madde1: İnsan Haklarına saygı yükümlülüğü 502
II. Madde 2: Yaşama hakkı 504
A)Etkili soruşturmanın unsurları 512
1) Bağımsızlık ve tarafsızlık 512
2) Yeterlilik 513
3) Soruşturma ivedilikle yürütülmelidir 513
4) Deliller düzgün toplanmalı ve muhafaza edilmelidir 514
5) Ölenin yakınları dosyaya erişim sahibi olmalıdır 514
6) Cinayet ırkçı motiflerle işlenmişse bunlar açığa çıkarılmalıdır 515
III. Madde 3: İşkence yasağı 517
A)İşkence, insanlık dışı muamele, onur kırıcı davranış 520
B) Devletin pozitif ödevleri 530
C) Usuli yükümlülükler 531
IV) Madde 4: Kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma yasağı 533
V) Madde 5: Özgürlük ve Güvenlik Hakkı 536
A) Yasallık 538
B) Makul şüpheye dayanarak özgürlükten yoksun bırakma 542
C) İsnadı öğrenme hakkı 544
D) Derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı 545
E) Tutukluluk süresi 548

F) Tutuklama nedenleri 550
G) Yakalama ve tutuklamanın hukuki denetimi 552
H) Tazminat hakkı 554
VI) Madde 6: Adil yargılanma hakkı 555
A)Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı 557
B)İddia ve savunmanın eşitliği (Silahların eşitliği) 558
C)Gerekçeli karar hakkı 561
D) Makul sürede yargılanma hakkı 562
E) Masumiyet karinesi/masum sayılma hakkı 563
F) Suçlamayı öğrenme hakkı 569
G) Savunmayı hazırlama olanağına sahip olma hakkı 570
H) Kendini bizzat savunma veya müdafinin yardımından yararlanma hakkı 572
I) İddia tanıklarını sorguya çekme hakkı 575
J) Tercüman yardımından yararlanma hakkı 576
VII) Madde 7: Kanunsuz ceza olmaz 578
VIII) Sözleşmenin 8.,9.,10. ve 11. Maddeleri için geçerli olan ortak kurallar 581
IX) Madde 8: Özel ve aile hayatına saygı hakkı 585
X) Madde 9: Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü 590
XI) Madde 10: İfade özgürlüğü 599
XII) Madde 11: Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü 612
XIII) Madde 13: Etkili başvuru hakkı 621
XIV) Madde 14: Ayrımcılık yasağı 625
XV) Madde 18: Haklara getirilecek kısıtlamaların sınırlanması. 634

EK-1 644

KAYNAKÇA 683

KISALTMALAR CETVELİ

A.B.D. : Amerika Birleşik Devletleri

ABD : Ankara Barosu Dergisi

a.g.e. : Adı geçen eser

a.g.m. : Adı geçen makale

AHM : Avukat Hakları Merkezi

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AÖAY : Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği

AsCK : Askeri Ceza Kanunu

AYM : Anayasa Mahkemesi

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBFD : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

B. : Baskı

BAM : Bölge Adliye Mahkemesi

B.M. : Birleşmiş Milletler

bkz. : Bakınız

C. : Cilt

CD. : Yargıtay Ceza Dairesi

CGK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu

CGTİHK : Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK : Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

Çev. : Çeviren

Der. : Derleyen

dn. : Dipnot

E. : Esas

et. al. : Et Alii (Ve diğerleri)

fr. : Fransızca

HD. : Yargıtay Hukuk Dairesi

HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu

ing. : İngilizce

it. : İtalyanca

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K. : Karar

Karş. : Karşıt görüş

lat. : Latince

m. : Madde

No : Numara

ör. : Örnek, örneğin

para. : Paragraf

RG : Resmi Gazete

s. : Sayfa

S. : Sayı

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

T.C. : Türkiye Cumhuriyeti

TCK : Türk Ceza Kanunu

TİHV : Türkiye İnsan Hakları Vakfı

TTB : Türk Tabipler Birliği

ty. : Tarih yok

UCM : Uluslararası Ceza Mahkemesi

UK : United Kingdom (Birleşik Krallık)

vb. : ve benzerleri

vd. : ve diğerleri

YGİY : Yakalama, Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliği

BİRİNCİ BÖLÜM
CEZA MUHAKEMESİ SİSTEMİ

Giriş

Ceza muhakemesi yaşayan bir bütündür. Çalışmamızda kısaca "Sözleşme" olarak ele alacağımız Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ve Sözleşmenin uygulayıcısı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ortaya koyduğu hukuk, bu bütünün bir parçasıdır. AİHM hukukunu asla ulusal hukuktan ayrı düşünmemek gerekir. Ceza muhakemesinin evrensel ilkelerinin en üst düzeyde uygulanması, Anayasa m.90 doğrultusunda AİHM hukukunun ulusal düzeyde uygulanmasıyla olur. Ceza muhakemesi kuralları, Sözleşmeye aykırı olamazlar ve uygulanamazlar. Bu yönüyle bakıldığında AİHM'in ortaya koyduğu hukuk, aynı zamanda Türkiye hukukudur.

Ceza muhakemesi, suç haberinin alındığı anda başlar, infazın tamamlanmasıyla son bulur. Bütün bu süreç ise çeşitli evrelere ayrılmıştır. Bu evreler, yazarlara göre değişiklik gösterse de genel anlamıyla soruşturma evresi, kovuşturma evresi, kanun yolları ve infaz evresi olarak dörde ayrılmaktadır[1]. Ça-

1 Baha Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap Muhakeme Usulü, İstanbul, 1946, s.243-249 (Kantar); Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2.Bası, İstanbul, 1950,

lışmada sırasıyla bu evrelere değinerek, özellikle avukat meslektaşlarca dikkat edilmesi gereken noktaları ön plana çıkaracağız, ancak soruşturma evresi ile kovuşturma evresi arasında, ceza muhakemesini etkileyen en önemli başlıklardan biri olan "koruma tedbirleri" başlığına, kovuşturma evresi başlığı içinde de "deliller" başlığına yer vermeyi tercih ettik. Kovuşturma evresini takiben kanun yolları ve infaz evrelerini de tartışacağız.

Muhakemeyi, bir bütün olarak algılamadığımız sürece, söylediklerimiz eksik kalacaktır. Uygulamada en sık yapılan hatalardan biri de ulusal yargı ile uluslararası yargı sistemini birbirinden ayrı parçalarmış gibi mütalaa etmektir. Türkiye'deki ceza muhakemesi ile AİHM yargılamaları, Anayasa m.90/5 uyarınca birbirlerini tamamlayan bütünün parçalarıdır.

s.449-454 (Taner); Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Bası, İstanbul, 1967, s.2 (Kunter); Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 1970, s.724-734 (Erem); Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, 15.Baskı, Ankara, 2018, s.10-12 (Yurtcan); Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 10.Baskı, s.16-18 (Centel/Zafer); Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, 13.Baskı, Ankara, 2014, s.260 (Toroslu/Feyzioğlu); Yener Ünver-Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 16.Baskı, Ankara, 2019, s.107-109(Ünver/Hakeri); Bahri Öztürk-Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Özge Sırma Gezer-Yasemin Saygılar Kırıt-Esra Alan Akcan-Özdem Özaydın-Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin-Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.595 (Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok); Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara, 2018, s.546 (Yenisey/Nuhoğlu).

Bu bütünün parçalarını elbette tek tek analiz etmek mümkündür; ancak son tahlilde tüm parçaların birleşerek muhakeme bütününü oluşturduklarını asla gözden kaçırmamak gerekir. Dolayısıyla aslında soruşturma evresinin başındaki ilk işlemden infaz aşamasının en sonuna değin, her ne eylem ve işlem yapılıyorsa bu gerçeğin göz önünde bulundurulması ve buna göre davranılması doğru olur. Avukatlık faaliyetinde de gerçekleştirilecek tüm eylem ve işlemlerde, ilk hareketten itibaren dosyanın bir gün AİHM önüne götürülebileceği hesap edilerek davranılmalıdır.

Bütünün parçalarını incelemeye geçelim.

I. Soruşturma Evresi

A. Suç Haberinin Alınması ve Soruşturma İşlemleri

Genel anlamıyla ceza muhakemesi, özelde ise soruşturma evresi, suç haberinin alınmasıyla başlar. Suç haberinin alınması ise herhangi bir şekilde olabilir. Cumhuriyet savcısı örneğin, kahvaltıda gazete okurken gördüğü bir haber üzerine (kendiliğinden öğrenme), polis karakoluna veya savcılığa gelen imzasız bir mektup ile (ihbar), görülmekte olan bir dava sırasında bir başka suçun işlendiğinin mahkemece anlaşılmasıyla (suç duyurusu), suçtan zarar gören kişinin olayı anlattığı bir başvuru ile (şikayet), Adalet Bakanlığı'nın belli bir konuda savcılıktan dava açmasını bağlayıcı olarak istemesi (talep) ya da kaymakamlığın savcılığı bağlamayan şikayeti (müracaat) üzerine ceza muhakemesi başlayabilir[2].

Bu yollardan biriyle suç haberini alan kolluk, derhal

2 Toroslu-Feyzioğlu, s.261-263.

Cumhuriyet Savcısına bildirimde bulunup onun soruşturma başlatmasını bekleyip vereceği talimata göre işlem yapmalıdır. PVSK m. Ek 6 ile, kolluğa yalnızca olay yerinin ve delillerin korunması ile sınırlı olarak acele tedbirleri alma yetkisi tanınmıştır. Bu halde, CMK m.161/2 uyarınca kolluğun elkoyduğu işleri ve aldığı tedbirleri hemen Cumhuriyet Savcısına bildirme ödevi bulunmaktadır, zira CMK m.160 ile ceza muhakemesini başlatma görevi münhasıran savcıya tanınmış bir görevdir. Kolluk, soruşturma konusunda savcılıktan yetki talep etmelidir, çünkü kolluk yalnızca yakalama tedbirine doğrudan başvurabilir ve yasal koşulları varsa PVSK ile öngörülen durdurma, kimlik sorma, zor kullanma ya da silah kullanma gibi yetkileri kendiliğinden kullanabilir. Her ne kadar kitaplarda, CMK m.161 ile araştırma işlevinin doğrudan doğruya Cumhuriyet Savcısı tarafından yerine getirileceği, adli kolluğa emir vererek işlem yaptırabileceği öngörülmekte ve kolluk tarafından yapılan soruşturmanın savcılıkça idare edildiği söylenmekteyse de uygulamada çoğu kez savcının kolluk tarafından yapılan soruşturmaya göre sonuç çıkarmakla yetindiği gözlemlenmektedir.

Kanunlarda bazı hallerde soruşturmanın hiçbir biçimde kolluğa bırakılmayıp her aşamada savcı tarafından yapılması kabul edilmişse de bu durumla karşılaşmak pek olası değildir. Örneğin, avukatın takibi izne bağlı görev suçlarında (Avukatlık Kanunu m.58) veya avukatın ağır cezayı gerektiren suçüstü durumunda (Avukatlık Kanunu m.61) soruşturmayı bizzat savcı yapmalıdır. Uygulamada ise çoğu kez bu hükümlerin uygulanmadığı, kovuşturma evresinde de özellikle ilk

derece mahkemeleri tarafından dikkate alınmadığı görülebilir. Geneli ilgilendiren en önemli hal olarak, PVSK ek m.9/B'de belirtilen "adliyeye ilişkin vazife ve işlerle ilgili bir hizmeti yerine getirirken silah kullanmak zorunda kalan polis" hakkında CMK m. Ek 1 uyarınca savcı tarafından bizzat ve öncelikle yapılması gereken soruşturmanın üzerinde ayrıca durmak gerekir. Böyle bir olayla karşılaşıldığında, polisin soruşturma evresindeki herhangi bir işleme karıştığı tespit edilirse, durumun bir tutanakla belgelenmesi, ilerideki aşamalarda delil değerlendirmesi açısından zorunludur.

CMK m.157'de kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olacağı belirtilmektedir. Soruşturma evresi kural olarak gizlidir, bununla birlikte gizlilik, suçsuzluk karinesi gereği şüphelinin damgalanmaması amacına yönelik olduğundan, aslında uyuşmazlığın taraflarına değil, basına ve üçüncü kişilere yöneliktir. Şüpheli ve müdafii ile mağdur/şikayetçi ve vekilinin soruşturma belgelerini inceleme ve örnek edinme hakları bulunmakta olup, bu yetkinin bazı belgeler bakımından kısıtlanması mümkün değildir, ki bunları ilerleyen bölümlerde tartışacağız. İddianame yazılıp kabul edildikten, bir başka deyişle kamu davası açıldıktan sonra gizlilik ortadan kalkar; yerine aleniyet gelir. Kovuşturma evresinde de kural açıklıktır; istisnaen -sınırlı bazı durumlarda- kapalılık kararı verilebilir. Soruşturma evresindeki gizliliğin amacı, maddi gerçeği ortaya çıkaracağına inanılan delillerin yok edilmesini ya da değiştirilmesini engellemek adına, gizlilikle bunları toplamaktır.

Soruşturma evresinde alınan suç haberinin gerçekliği araştırılır. Olay hakkındaki deliller toplanır. İddianame düzenlenebilmesi için yeterli şüphe seviyesine ulaşılıyorsa iddianame düzenlenerek kamu davası açılmasına olanak sağlanır, bu seviyede şüpheye ulaşılmamışsa kovuşturma yapılmasına yer olmadığı kararı, uygulamadaki adıyla takipsizlik kararı verilecektir.

Soruşturma, etkili bir biçimde yürütülmesi gereken bir süreçtir. Suç haberi alındıktan itibaren savcı CMK m.160/1 uyarınca olayı araştırmaya başlayacaktır. Savcı, araştırmayı bizzat kendisi yapabileceği gibi emrindeki kolluk görevlileri aracılığıyla da yaptırabilir. CMK m.161 uyarınca kolluk görevlileri, savcının emirlerini yerine getirmekle mükelleftir. Savcı kolluğa emirlerini kural olarak yazılı, acele durumlarda ise sözlü olarak verir. Sözlü emirler, CMK m.161/3 uyarınca en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir. Buna karşılık, kolluk görevlileri de kendiliklerinden el koydukları olayları CMK m.161/2 uyarınca gecikmeksizin savcıya bildirmek durumundadır. Savcı, CMK m.161/1 uyarınca tüm kamu görevlilerinden bilgi ya da belge talep edebilir; kamu görevlileri de yürütülen soruşturmayla ilgili olarak ihtiyaç duyulan belge ve bilgileri CMK m.161/4 uyarınca vakit geçirmeden savcıya iletmek durumundadır. Genel itibariyle, CMK m.332/1 uyarınca, suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir.

CMK m.160/2'de Cumhuriyet savcısının, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almak ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü olduğu yazılıdır. Buna karşın uygulamada savcıların sanığın lehine delil topladığı nadiren görülür.

Cumhuriyet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir. Sulh ceza hâkimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir. Özellikle soruşturma evresinde gerçekleştirilecek ve bir sonraki bölümde ele alınacak koruma tedbirleri bakımından, bu kural son derece önemlidir.

CMK m.163'e göre, suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir. Böyle bir durumda kolluk âmir ve memurları, sulh ceza hâkimi tarafından emredilen tedbirleri alır ve araştırmaları yerine getirirler.

Her soruşturma işlemi CMK m.169 uyarınca tutanağa bağlanır. Şüphelinin ifadesinin alınması veya sorgusu, tanık ve bilirkişinin dinlenmesi veya bir keşif ve muayene sırasında, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkiminin yanında bir zabıt kâtibi bulunur. Acele hâllerde, yemin vermek koşuluyla, başka bir kimse, yazman olarak görevlendirilebilir. Tutanak, adlî kol-

luk görevlisi, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi ile hazır bulunan zabıt kâtibi tarafından imzalanır. Müdafi veya vekil sıfatıyla hazır bulunduğu işlemlerle ilgili tutanakta avukatın isim ve imzasına da yer verilir. Tutanak, işlemin yapıldığı yeri, tarihi, başlama ve bitiş saatini ve işleme katılan veya ilgisi bulunan kimselerin isimlerini içerir. CMK m.97 (yakalama tutanağı), m.119/3 (arama tutanağı), m.147/1-i (ifade/sorgu tutanağı) gibi özel düzenlemelere özellikle dikkat edilmelidir.

Dikkat: Bir dosyadaki tüm soruşturma işlemlerinin CMK m.169 uyarınca tutanağa bağlanıp bağlanmadığı öncelikle kontrol edilmeli, eğer bağlanmamışsa veya eksiklik varsa bu durum karşı tutanakla belgelenmelidir.

İleride, yapılan muhakemenin denetimi aşamalarında, istinafta, temyizde, AYM veya AİHM önünde bir hususun ispatı, dosyadaki tutanaklara bakılarak yapılacağından, ihlali belirleyen tutanak altın değerindedir. Aynı zamanda tutanak düzenleme, soruşturma evresine egemen olan "gizlilik" ve "yazılılık" ilkelerinin zorunlu bir sonucu olup, gizlice yapılan işlemlerin, gerçeğe ya da hukuka aykırılığının daha sonradan denetlenebilmesi için gerekli bir "emniyet sübabı"dır.

B. İfade ve Sorgu

1. İfade ve Sorgunun Tarzı

İfade ve sorgunun tarzı CMK m.147'de belirlenmiştir. "İfade alma, bir araştırma işlemidir."[3] Buna göre, önce ifadesi alınan şüphelinin kimliği saptanır. Şüpheli, kimliğine il-

3 Kunter, s.359.

işkin sorulara doğru cevap vermek zorundadır; esasen bunun dışında herhangi bir soruya da cevap vermek zorunda değildir. Şüpheliye yüklenen suç anlatılır. Müdafi seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafiin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafi seçecek durumda olmadığı ve bir müdafi yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafi görevlendirilir. Yargıtay, CMK m.148/4 uyarınca kollukta yanında müdafii olmadan verilen ifadelerde ikrar olsa dahi, sadece bu ifadeye dayanarak mahkûmiyet kararı verilemeyeceğini belirtmektedir[4].

Dikkat: Kollukta müdafi olmadan verilen ifade, ancak daha sonradan hâkim veya mahkeme huzurunda tekrar edilirse hükme esas alınabilir.

CMK m.147 uyarınca, yakınlarından istediklerine yakalandığının bildirilmesi hakkı olduğu, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu yani susma hakkı bulunduğu, bildirilir. Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır. İfade vere-

4 Yargıtay 7.CD., 23.11.2010, E.2008/12528, K.2010/16843, "Yurtdışından yolcu olarak gelen sanığın beraberinde 20 kg toz şeker, 10 kg pirinç ve 6 kg kutu çay yakalandığı, sanık kollukta müdafii hazır bulunmaksızın verdiği ifadesinde, bu eşyayı satacağını beyan etmiş ise de, 5271 sayılı CMK.148/4 maddesi uyarınca yargılama aşamasında sorgusu yapılmayan sanığın bu beyanının tek başına hükme esas alınamayacağı hususu da dikkate alınarak yargılamaya devamla…".

nin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır. Uygulamada ifadenin sesli veya görüntülü kaydı yapılabilmektedir. CMK m.147/1-h'de ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılacağı belirtilmektedir. YGİY m.23/1-i'de de *"... teknik imkanlardan yararlanılabilir"* denmesi nedeni ile uygulamada kolluğun bilgisayar aracılığı ile tutanak düzenleme ile yetindiği görülmektedir, ancak yer gösterme gibi işlemlerde sesli ya da görüntülü kayıtlar yapıldığı da bilinmelidir. Cumhuriyet savcıları ve sulh ceza hakimliklerinin ise SEGBİS olanaklarından yararlanması mümkündür.

İfadenin tutanağa bağlanması hususu da CMK m.147/1-i'de belirtilmiştir. Düzenlemeye göre ifade tutanağında, ifade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih, ifade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği, ifade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri, tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafi tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı, imzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri mutlaka bulunmalıdır. Burada kullanılan "sorguya çekme" deyimine karşın, CMK m. 2/1-g ve h'de "ifade" ve "sorgu" kavramlarınının, "suçla ilgili dinleme" olarak tanımlandığı ve şüphelinin, kolluk ve savcılık tarafından dinlenmesine "ifade", sulh ceza hakimliği ya da mahkeme tarafından dinlenmesine ise "sorgu" dendiği unutulmamalıdır[5].

5 "Ancak hâkim tarafından yapılabilen bir işlem olan 'sorgu', ikrar elde

İfade işleminin CMK m.147 ile öngörülen unsurları taşımaması durumunda mutlaka müdahale etmek gerekir. Avukat ifade sırasında her aşamada şüpheliye yardımda bulunabilir. Sorulan sorulara itiraz etme ve şüpheliye haklarını hatırlatma bu yardımlar çerçevesinde değerlendirilebilir. Elbette, müdafi ifade almada sorulan soruyu şüpheli yerine yanıtlayamaz, ancak örneğin, susma hakkı gibi bir hakkının bulunduğunu hatırlatarak şüpheli aleyhine doğabilecek sonuç engellenebilir. Gerek işlem sırasındaki ve gerekse işlem öncesi ya da sonrasındaki süreçte saptanan diğer hukuka aykırılıklara da müdahale edilebilir. Örneğin; uykusuz ya da aç bırakma, tuvalete çıkarmama, ilaç vermeme, pazarlık yapma, yönlendirici bilgiler sunma ya da vaadlerde bulunma gibi bir uygulama var ise, bunun tutanağa geçirilmesi, gerekiyorsa işlemin ertelenmesi ya da gerçekleştirilmemesi talep edilerek kolluk amiri ya da savcıyla görüşüp yanlış uygulamaya son verilmesi gerekebilir. TBB Meslek Kuralları m.21'in (haklı nedenle duruşmayı terk etme) kıyasen uygulanarak müdafi tarafından işlemin terk edilmesi de mümkündür, ancak bu durum yalnızca son çare olarak, artık başka yapılabilecek bir şey kalmamışsa önerilebilir. Bilinmelidir ki avukatın görevi ve ödevi, müvekkiline

---

etmek için kabul edilmiş bir vasıta değildir. Gerçi sorguda verilen cevaplar, gerek ikrar şeklinde olsun, delillerin takdiri bakımından çok önemlidir. Hele sanık ikrar ederse, hakimlerin mahkûmiyet kararlarını gönül rahatlığı ile verdiklerine şüphe yoktur. Ancak sorgunun delil bakımından önemli olması başka şeydir. Sorgu aslında bir çeşit müdafaa vasıtasıdır. Sorguya çekilmek sanık için bir haktır. Söyleyeceği olana sorulara cevap şeklinde olsa da söyleme imkânı verilmelidir. Fakat söylemek istemeyeni söyletmeğe mecbur etmek müdafaanın inkârı demek olur.", Kunter, s.359.

her şart altında yardımcı olabilmektir, bırakıp kaçmak değildir. Uygulamada kolluk personelinin avukatı yıldırmak adına pek çok hukuka aykırılığa imza atabileceği bilinmelidir, yine de önemli olan müvekkilin haklarının korunmasıdır. Elbette, avukatın varlığının artık bir teferruat haline indirgenmesi ve müvekkile herhangi bir yardım olanağının kalmadığı durumlarda terk de düşünülebilir. Böyle bir durumda, ifade işlemi sonrasında gerekli idari ve adli başvuruların (suç duyurusu gibi) yapılması da pozisyonu güçlendirir.

2. Soruşturma Evresinde Kolluğun Şüpheliyle "Mülakat" Adı Altında Görüşmesi

Özellikle soruşturma evresiyle sınırlı olarak, Türkiye'ye ilişkin bir pratiğe değinmekte yarar vardır. Müdafi olmadan, şüpheliyi yönlendirmek veya ağzından laf alabilmek amacıyla kolluk güçlerinin, henüz müdafi gelmeden şüpheli ile "mülakat" adı altında görüşme yaptıkları bir ülke gerçeğidir. CMK m. 147 ile yapılan düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere, ifade alma, "masa başında", dinleme öncesinde şüpheliye haklarının hatırlatılması gibi belli merasime bağlanmış, "yazılı" nitelik taşıyan bir işlemdir. Kolluk, kendiliğinden ifade almaya yeltenemez, savcıdan bu işlemi yapabilmek için emir almış olmalıdır. Kanun Koyucu bu sıkı düzenleme ile, bir yandan şüpheliden delile gitme yolunu zorlaştırmak; diğer yandan da insan hak ve özgürlüklerini güvence altına almak istemiştir[6]. İfade, hak hatırlatılmadan, şüphelinin haklarını öğrenip bu hakları kullanıp kullanmamaya kendi özgür iradesi ile karar

6 Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s.411.

vermesi sağlanmadan, ayaküstü ya da sözlü olarak gerçekleştirilebilecek bir işlem değildir. Susma hakkını kullanmaya karar veren kişiye suçlama ile ilgili hiçbir soru sorulamaz. Müdafiden yararlanmak isteyen kişi için hemen avukatını seçme ve çağırma olanağı sağlanmalı, avukat seçecek durumda değilse derhal baro aranarak müdafi atanması süreci işletilmelidir. Bunlar yerine kolluğun mülakat yapmaya yeltenmesi, hukuka aykırı olduğu gibi, böyle bir uygulamanın ispatlanması durumunda tereddütsüz suç duyurusunda bulunulmalıdır. Uygulamada, yanında müdafi olmadan, polislerle yapılan "mülakat" sırasında, yarı tehdit eder yarı iyilik yapar tonda, şüpheliye "doğruları ve bildiklerini anlatmasının hem kendisi (veya ailesi) hem de getirilecek suçlama ve yapılacak yargılama için en doğrusu olduğunun" söylenmesi nadiren görülen örnekler değildir. Elbette, bu durumun ileride ispatlanması mülakatlar bir tutanağa bağlanmadığı için çok zor, çoğu kez de imkansızdır. Olayın hemen ardından ifade ya da sorguya katılan müdafiin böyle bir durum tespit etmesi halinde, tutanağı imzalamaması veya kendi şerhini koyarak imzalaması ve o sırada karşı tutanak tutması gerekmektedir. Uygulamada polis merkezlerinin içinde kurulu kamera sistemleri vardır ve bu sistemler 24 saat kayıt yapabilecek şekilde ayarlanmışlardır. Müdafiin karşı tutanak tuttuğu ya da tutmaya çalıştığı da bu kayıtlarla kanıtlanabilir. Elbette, karakolda kayıt yapan sistemin o gün en kritik anda "arıza" yapması da neredeyse yaygın ve sistematik bir durumdur[7]. Bu durumda tutulacak karşı tutanak iki kat önem

7 CNN Türk, "Festus Okey: Ölüm anında kamera kayıtta değildi", https://www.cnnturk.com/2007/turkiye/09/05/olum.aninda.kamera.kayitta.degildi/389298.0/index.html ; Evrensel, "Ali İsmail Kork-

kazanacaktır. Baroların CMK Servisleri[8] ya da kimi barolarda mevcut olan Avukat Hakları Merkezleri aracılığı ile "müşahit" olarak görevlendirdiği avukatlardan yardım istenmesi ve duruma tanıklık edip tutanağı imzalaması gibi uygulama örnekleri ile sorunların aşılmaya çalışıldığı bilinmektedir. Avukatların sıkıştığı durumlarda meslek örgütünden yardım istemesi kadar doğal bir tepki yoktur.

Yine önemle belirtmek gerekir ki, müdafi olmaksızın alınan ifadelerle kolluğun yeni bir delile ulaşması, suçun ikrar ettirilmesi veya şüpheli ya da sanığın aleyhine delil elde edilmesi durumlarında, sözkonusu delile "müdafi olmadan alınan ifade ile ulaşıldığı" mutlaka yapılan yargılamada tartışılmalı ve dile getirilmelidir. Bundan öte, müdafiin kendi huzurunda dile getirilmemiş hiçbir hususun kolluk tarafından tutanağa geçirilmesine izin vermemesi de çok önemlidir. Uygulamada avukatlar ile polisler arasında pek çok tartışma yaşanmaktadır, ancak bu konularda tartışmadan kaçmamak avukatlık mesleği açısından bir zorunluluktur. Bu noktada, avukatlar arasında

maz", https://www.evrensel.net/haber/62298/sanik-polis-ise-kamera-hep-bozuk; Bianet, "Karakolun kamerası işkenceyi kaydetmemiş", http://bianet.org/bianet/insan-haklari/170888-karakolun-kamerasi-iskenceyi-kaydetmemis ; Mazlumder, "Yine karakolda ölüm, yine kamera görüntüsü yok", https://mazlumder.org/tr/main/faaliyetler/basin-aciklamalari/1/yine-karakolda-olum-yine-kamera-goruntusu-yok/5053 (31.05.2020). Elbette bunlar münferit örnekler değildir, internette yapılacak küçük bir araştırmayla pek çok örneğe ulaşılabilmektedir.

8 Kendisine avukat seçemeyecek durunmda olan kişilere CMK m.150 uyarınca "müdafi", CMK m.234 uyarınca "vekil" olarak işlem yapmak üzere avukat ataması yapan baroların idari birimine CMK Servisi denir.

hukuka aykırılıkla mücadele etme bilinci oluşturulması ve ortak davranış kodları geliştirilmesi amacı ile meslekiçi eğitim seminerleri düzenlenmesinin önemine dikkat çekilmelidir.

AİHS m.5 ve 6 bağlamında, "mülakat" adı verilen yolla müdafiin bulunmadığı bir ortamda kişinin ifadesinin alınması, bu durumun iç yargılama sırasında dile getirilmesi kaydıyla ihlal kabul edilmelidir.

C. Şüpheli ve Sanığın Hakları

1. Savunma, Susma ve Lekelenmeme Hakkı

CMK m.147'de savunma hakkı çerçevesinde şüpheli veya sanığın hakları özel olarak belirlenmiş durumdadır. Buna göre şüpheli veya sanığın müdafiden yararlanma hakkı (m.147/1-c, m.148/4), susma hakkı (m.147/1-e), kendi kendini suçlamama ve aleyhine olacak hususları ileri sürmeme hakkı, soru sorma hakkı, anladığı dilde bilgilendirilme ve savunma yapabilme (tercüman) hakkı, delil toplama ve delil ikame edebilme hakkı (m.177), delillerin toplanmasını isteme hakkı (m.147/1-f) ve duruşmada hazır bulunabilme hakkı bulunmaktadır. Kişinin kendisini suçlamama ve aleyhe delil sunmaya zorlanmama hakkı güvence altına alınmış olup bu düzenleme AİHS m.6/1'de yer verilen "adil yargılanma (fair hearing)" hakkı içinde ele alınmaktadır. "Kendini suçlamama hakkı" (nemo tenetur ilkesi), susma hakkı ile doğrudan ilintilidir. AİHS m.6/3-d ile "soru sorma hakkı", AİHS m.5/2 ile yakalama nedeninin derhal bildirilmesi, AİHS m.6/3-a ile "suç isnadını öğrenme" ve AİHS m.6/3-e ile "çevirmenden yararlanma" hakları da güvence altına alınarak, şüpheliye anladığı

dilde bilgilendirme ve savunma yapma olanağı tanınmaktadır. AİHM, "delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi" ile ilgili standartları AİHM m.6/1 içinde yer alan adil yargılanma hakkı kapsamında ele almaktadır.

Kovuşturma evresi bakımından CMK m.177 ile; duruşma hazırlığı sürecinde lehe delillerin toplanmasını isteme olanağı sağlanmaktadır. CMK m.193/1 ile sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı, aslında bir ödev olarak düzenlenmiştir. Sanığın tüm bu haklarının tanınmaması mutlak bozma nedenidir, zira CMK m.289'da; hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması ve hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması mutlak bozma nedenleri arasında sayılmaktadır. Bununla birlikte, istinaf incelemesi bakımından 20.11.2017 tarihli ve 696 sayılı OHAL KHK'sı[9] m. 98 ile yapılan değişiklikle[10], CMK m. 280/1-d ile, CMK m. 289/1-g ve h, mutlak bozma nedeni olmaktan çıkarılıp Bölge Adliye Mahkemesi tarafından davanın yeniden görülmesini gerektiren, duruşma yapılarak düzeltilebilecek bir hukuka aykırılık olarak düzenlenmiştir.

Susma hakkı, sanığa tanınmış gerçek haklardan biridir. Sanığın susma hakkını kullanarak "siyasi bir duruş içine girdiği" gerekçesiyle karar verilmesini Yargıtay bozma nedeni saymıştır[11].

9 Resmî Gazete'nin 24.12.2017 tarihli ve 30280 sayılı nüshasında yayımlanmıştır.

10 TBMM tarafından 01.02.2018'de 7079 sayılı Kanun ile onaylanan metin, 08.03.2018 tarihli ve 30354 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

11 Yargıtay, 4.CD., 02.12.2008, E.2008/10723, K.2008/21522, "Vicda-

Çağdaş muhakeme sistemlerinde kısaca *"nemo tenetur"* diye anılan ve Latince "Nemo tenetur se ipsum accusare" yani "Kimse kendini suçlamak zorunda değildir" vecizesi[12] doğrultusunda, aynı zamanda da Anayasa m.38/5 gereği "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz." Bu yönde yapılacak zorlama, delili hukuka aykırı elde edilen delil haline getirir; başta işkence veya kötü muamele olmak üzere zorlayan açısından suçlara da sebebiyet verebilir.

Nemo tenetur ilkesi, sanığın beyanda bulunma ya da bulunmama özgürlüğü anlamına gelir. İlkenin bir başka yönü ise, sanığın kendisini ve yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamamasıdır. Susma hakkı, *"bir kişinin kendi suçsuzluğunu ispat yükü altında olmamasını, suçun ispatı bakımından yargılama makamlarına yardım etmeye zorlanamamasını, yargılamadaki pasif tutumunun kendi aleyhine yorumlanamamasını"* da kapsar[13]. AİHM içtihatları ile, kişinin rızası dışında beden muayenesi yapılma-

ni kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede hapis cezası infaz edilmekte olan sanık hakkında TCY. 58.maddesi uygulanmamış ise de, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamış, başkaca nedenler yerinde görülmemiştir. Ancak; CYY.sı 147.maddesinde tanınan susma hakkı kullanan sanık hakkında, '... susma hakkıyla siyasi bir duruş içine girdiği ...' biçiminde yasal olmayan gerekçeyle takdiri indirim nedeninin uygulanmamış olması; bozmayı gerektirmiş…"

12 Nuran Haydar, Susma Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.23.

13 Rezan İtişgen, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)", Istanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2012, İstanbul, s.4 vd (İtişgen, Nemo Tenetur).

sı, kişiden kan, idrar, doku örneği alınması, kişinin iradesinden bağımsız nitelikte olan belgeler ile kan, nefes, üre, DNA testinin zorla alınması susma hakkı ihlali olarak görülmemektedir[14].

Uygulamada ifade ve sorgu sırasında genel itibariyle; şüpheli ya da sanığa susma hakkı bulunduğu hatırlatılmaktadır; ancak, bu hatırlatmanın gerçek bir hak öğretme merasimi gibi değil, YGİY m.6/4 ile öngörüldüğü gibi yakalama anında değil, nezarethaneye alınan şüpheliye "şüpheli ve sanık hakları formu" imzalatılması yolu ile gerçekleştirildiği de bilinmektedir.

Susma hakkı, suçsuzluk karinesi ile doğrudan ilintilidir. Sanık suçsuz kabul edildiği içindir ki, muhakeme yapılmakta ve maddi gerçek aranmaktadır[15].

Suçsuzluk karinesinin bir başka sonucu da lekelenmeme hakkına ilişkindir. Buna göre, suçluluğu bir yargı kararına bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır. Bu hüküm, YGİY m.27'de de belirlenmektedir. Aynı maddede soruşturma evresi sırasında bir kişinin sanki suçluymuşçasına kamuoyuna duyurulması ve basın önüne çıkarılarak teşhir edilmesine yasaklama getirilmektedir.

14 ECtHR, Saunders v. The United Kingdom, Application No:19187/91, 17.12.1996, para.69, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009.

15 Metin Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, AÜHFD, C. 48, S.1-4, 1999, s.140 (Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi).

Dikkat: Susma hakkı peşin olarak kullanılırsa, kolluğun sorguda soracağı soruları öğrenme şansı olmayabilir. Bu nedenle, kolluk ya da savcılık ifadesinde soru bazında bu hakkın kullanılması lehe olur. Her sorudan sonra, "bu soruda susma hakkımı kullanıyorum" biçiminde şüpheli ya da sanığın hak kullanımını dile getirmesi durumunda, sorguda sorulacak sorular sırayla öğrenilebilir ya da not alınabilir. Böylelikle ilerleyen aşamalar açısından nelerle suçlandığı, tam olarak suç izafe edilen olayların neler olduğu daha büyük bir netlikle öğrenilebilir.

AİHS m.6/2 ile güvence altına alınan suçsuzluk karinesi, ceza muhakemesi ile ilgilidir. Bu ilkenin bir de muhakeme sürecinin dışına taşan, kişinin saygınlığı ve şöhretinin korunması boyutu da bulunmaktadır. AİHM, soruşturma sürerken, içişleri bakanı ve üst düzey adli kolluk görevlilerinin basına şüphelinin azmettirici olduğuna ilişkin açıklama yapmasını AİHS m.6/2'nin ihlal edilmesi olarak değerlendirmiştir[16].

AİHM Büyük Dairesi 2013 yılında verdiği bir karar ile, maddenin genel amacının, "bir suçtan beraat eden bireyleri veya ceza yargılaması düşen kişileri, itham edildikleri suçtan aslında suçlu olduklarını düşünen kamu görevlileri ve makamlarına karşı korumak" olduğunu, beraat veya başka türden yargılamalardaki düşme kararına saygı gösterilmesinin sağlanması hakkı korunmadan, AİHS m.6/2 ile getirilen güvencenin teorik ve hayali olacağını, ceza yargılaması tamamlandığında kişinin şöhreti ve kişinin kamu tarafından algılanma biçiminin

16 ECtHR, Allenet de Ribemont v. France, Application No.15175/89, 10.02.1995, para.41, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57914 .

de risk altına gireceğini, suçsuzluk karinesi ile sağlanan korumanın AİHS m.8 ile sağlanan koruma ile bu açıdan çakışabileceğini belirledikten sonra, *"Masumiyet karinesi, bir suç isnadı olduğunda ve ceza yargılamaları beraatla sonuçlandığında, ceza yargılamasına maruz kalan kişinin hukukun gözünde masum olduğu ve bu masumiyete uygun bir şekilde muamele görmesi gerektiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, bu kapsamda, masumiyet karinesi, kanıtlanmayan bir itham bakımından, söz konusu kişinin masumiyetine saygı gösterilmesini sağlamak için yargılamaların bitiminden sonra aynen devam etmektedir"* sonucuna varmaktadır[17].

Ne yazık ki, Türkiye uygulamasında özellikle son yıllarda hemen her olayda bu kuralın ihlal edildiği durumlarla karşılaşmak mümkündür. Anayasa Mahkemesi de bu hususta ihlal kararları vermektedir ancak bu kararlar ihlalleri azaltmamaktadır[18].

17 ECtHR, Allen v. The United Kingdom, Application No:25424/09, 12.07.2013, para. 94, 105, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122859.

18 Anayasa Mahkemesi, Ercan Kanar Başvurusu, Başvuru No: 2013/533, 09.01.2014, para.60-61, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-533.pdf, "Başvurucu hakkında mesleğiyle bağlantılı ve olumsuz olarak nitelendirilebilecek bu değerlendirmenin hukuki kesinlik taşımamasına ve başvurucu hakkında bir isnada dayanak teşkil etmemesine rağmen, dava dosyasına konulmak suretiyle alenileştirilmesiyle başvurucunun özel hayatına yönelik ağır bir müdahale gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Demokratik bir toplumda, doğruluğu hiçbir şekilde sorgulanamamış ve denetime tabi tutulmamış istihbarî nitelikteki bilgilerin dava dosyasına konulması suretiyle alenileştirilmesi kabul edilemez. Hakkında kamu davası açılmayan başvurucuya ilişkin bilgilerin dava dosyasına konulması demokratik toplumda gerekli kabul edilemeyeceği gibi ölçülü olduğu da söylene-

Diğer yandan, 15.08.2017 tarihli ve 694 sayılı OHAL KHK'sı[19] ile yapılan bazı düzenlemelerin[20] lekelenmeme hakkının korunmasına yönelik olduğu değerlendirilebilir. Düzenleme ile oluşturulan CMK m.158/6 ile, C. Savcılarının verebileceği karar türlerine bir yenisi daha eklenmekte, ilk bakışta suç oluşturmadığı belli olan fiillere ilişkin soyut ve genel nitelikteki, delile dayanmayan şikâyet ve ihbarlar bakımından "soruşturma yapılmasına yer olmadığına" karar verilebileceği öngörülmektedir[21]. Bu karara da itiraz edilebilecektir. Yeniliğin gerekçesi ile lekelenmeme hakkının korunmasının amaçlandı-

mez…Bu belirlemeler karşısında başvurucunun icra ettiği avukatlık mesleği nedeniyle oluşan ilişkileri çerçevesinde, olumsuz sayılabilecek bir değerlendirme içeren raporun kamuya duyurulması sonucunu doğuran uygulama nedeniyle özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."

19 Resmî Gazete'nin 25.08.2017 günlü ve 30165 sayılı nüshasında yayımlanmıştır.

20 TBMM tarafından 01.02.2018'de 7078 sayılı Kanun ile onaylanan metin, 08.03.2018 tarihli ve 30354 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

21 CMK m.158/6 metni şöyledir: "İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez. Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirilir ve bu karara karşı 173'üncü maddedeki usule göre itiraz edilebilir. İtirazın kabulü hâlinde Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini başlatır. Bu fıkra uyarınca yapılan işlemler ve verilen kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilir."

ğı açıklanmaktadır[22]. Öğretide, bu düzenleme ile "Cumhuriyet savcısının … soruşturma başlatmasını gerektirecek olguya dayanan basit bir şüpheye ulaşamaması durumunda ne şekilde karar vermesi gerektiği(nin)" belirlendiği ifade edilmektedir[23].

Ayrıca, düzenleme ile 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.16'ya eklenen 2.fıkra ile, kolluk aracılığı ile yapılan ihbar ve şikayetler hakkında verilen soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin kararların kolluğa bildirilmesi öngörülmektedir[24]. Bu düzenleme ile, bireyin kamuoyuna suçlu olarak tanıtılmaması, saygınlığının korunması yönünde idareye bir ödev yüklendiği anlaşılmalıdır.

2. Haklarını ve Suçlamayı Öğrenme Hakkı

Sanığın haklarından bir diğeri, haklarını ve suçlamayı öğrenme hakkıdır. CMK m.90/4'e göre, "Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir." Yakalanan kişiye suç ayrımı olmak-

22 Madde gerekçesi şöyledir: "Madde ile 5271 sayılı Kanunun 158 inci maddesine eklenen fıkrayla soyut ve dayanıksız ihbar ve şikâyetler için savcıların soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verebilmesi ve bu kararların ayrı bir sisteme kaydedilerek kişilerin lekelenmeme hakkının korunması öngörülmektedir."

23 Muharrem Özen/Atacan Köksal, Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı, AÜHFD, 68 (1), 2019 s.278 (Özen/Köksal).

24 5320 sayılı Kanun m. 16/2 metni şöyledir: "Kolluk birimlerine yapılan ihbar ve şikâyetler üzerine verilen soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair kararlar da gerekli işlem ve düzeltmelerin yapılması için ilgili kolluk birimine gecikmeksizin gönderilir."

sızın yakalama nedeni ve hakkındaki iddialar ile susma ve avukat yardımından yararlanma hakkı bulunduğu, yakalanmaya itiraz etme hakları ve diğer kanuni haklarını nasıl kullanacağı yazılı olarak bildirilir. Yakalama anında yazılı bildirim yapılması mümkün olamıyorsa sözlü olarak mutlaka haklar bildirilmelidir (YGİY m.6/4).

Amerikan hukukunda "Miranda Yasası" ya da "Miranda Hakları" olarak bilinen ve kolluğun yakalama esnasında şüpheliye okuması gereken haklar listesi konusunda hukukumuzda toplu veya özel bir belirleme yapılmış değildir. ABD Anayasası'nda yapılan beşinci değişikliğin bir bölümü, kendini suçlayıcı ifade vermeme ve kendi aleyhinde tanıklık yapmama hakkına ilişkindir[25]. ABD Anayasası'nda yapılan altıncı değişiklik ise avukat yardımından yararlanma hakkını teminat altına alır[26]. ABD Yüksek Mahkemesi'nin verdiği Miranda v. Arizona (1966) davasında mahkemenin koyduğu bir standarttan adını alan bu yasaya göre, gözaltında polis sorgusu sırasında bir kişinin söylediği şeyler, yalnızca susma hakkı ve avukat yardımından yararlanma hakkı kendisine bildirilmişse geçerli olabilir[27]. Bu sebeple, ABD'de federal bir kural olarak Miranda Hakları, bir kişinin gözaltına alınması sırasında standart olarak kolluk görevlilerinin şüpheliye okuyarak bildirdiği

25 The Fifth Amendment to the Constitution of The United States, 15.12.1791, https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendment/amendment-v (19.06.2020).

26 The Sixth Amendment to the Constitution of The United States, 15.12.1791, https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendment/amendment-vi (19.06.2020).

27 Miranda v. Arizona, 384 US 436 (1966), https://www.oyez.org/cases/1965/759 (19.06.2020).

bir haklar bütününe dönüşmüştür. Bu haklar bütününe AİHM kararlarında ve karşı oylarda sıklıkla atıfta bulunulmaktadır[28].

Şüpheli ve sanık yeterince bilgilendirilse bile bu durumun dosyadan anlaşılabilmesi gereklidir. Bu sebeple, şüpheli veya sanığa haklarının açıkça anlatıldığına dair tutanaklar mutlaka kontrol edilmelidir; eksiklik tespit ediliyorsa durum tutanakla tespit edilerek yargılama sırasında mutlaka dile getirilmelidir.

3.Yakınlarına Haber Verilmesini İsteme Hakkı

Şüpheli veya sanığın yakalanmasıyla birlikte, CMK m.95 uyarınca gözaltına alınma veya gözaltı süresinin uzatılması, bir yakınına veya belirleyeceği bir kişiye haber verilir. Anayasa m.19/6'da yer alan *"kişinin yakalandığı ya da tutuklandı*ğının yakınlarına derhal bildirilir" hükmü ile yakın sayısında bir sınırlama yapılmadığı halde, CMK m.95 ile tedbirin yalnızca "bir" yakına bildirileceği öngörülmüştür. Bu sınırlamanın nedeni belirsizdir; ayrıca burada geçen bildirim ödevinin yakalama yapan ya da nezaret işlemlerini yürüten kolluğa değil C. Savcısına yüklendiğine de dikkat edilmelidir. Yine, haber verilecek "yakını" seçecek olan kişi şüpheli ise de, bu seçimin C. Savcısı onayından geçmesi gerekmektedir. C. Savcısı, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin belirlediği yakınlarından birini, soruşturmanın selametini (seçilen kişinin aynı so-

28 ECtHR, Ibrahim and Others v. The United Kingdom, Application Nos: 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.09.2016, para.229-231, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-166680 ; ECtHR, O'Halloran v. The United Kingdom, Application Nos: 15809/02, 25624/02, 29.06.2007, Disenting Opinion of Judge Pavlovschi, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81359.

ruştırmada şüpheli olması vb. olasılıkları da gözeterek), şüpheli ile çıkar çatışması (özellikle çocuk istismarı iddialarında) içinde olup olmadığına da bağlı olarak belirleyerek, kolluğa emir verecektir. Kolluk bu emri almadan, yakını kendiliğinden belirleyip haber veremez. Diğer yandan, Anayasa ile "derhal" yapılması gereken haber verme işlemi, CMK uyarınca "gecikmeksizin" yerine getirilecektir.

Yakınlarına haber verme hakkı, aynı zamanda Yakalama, Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliği (YGİY) m.8'de de düzenlenmektedir[29]. Uygulamada, özellikle kolluk merkezlerinde bulunan telefonlar vasıtasıyla bu hak kullandırılmaktadır. Elbette, bu hak kullandırılmaksızın, hatta gözaltı defterine kayıt yapılmaksızın yapılan gözaltılar ve gözaltında kayıplar

29 **Yakalama, Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliği**
Yakınlarına haber verme
Madde 8 – Yakalanan kişinin;
a)Kendisi ile birlikte bir kişi varsa bu kişi vasıtasıyla,
b)Suçun işlendiği veya yakalandığı yerde ikâmet ediyorsa ve haber vereceği yakınının telefon numarasını biliyorsa ya da kolluk vasıtasıyla sair suretle tespit edilebiliyorsa, telefon ile,
c)Haber vereceği yakınının telefon numarasını bilmiyorsa ilgili yer kolluğu vasıtasıyla,
d)Konutu suç yeri dışında ise telefonla veya kişinin adresinin bulunduğu yerle ilişki kurulmak suretiyle,
yakalandığı, gözaltına alındığı veya gözaltı süresinin uzatıldığı Cumhuriyet savcısının emriyle gecikmeksizin bir yakınına veya belirlediği bir kişiye haber verilir.
Yakalanan veya gözaltına alınan kişi yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması hâlinde, durumu vatandaşı olduğu ülkenin büyükelçiliği veya konsolosluğuna haber verilir.
Muhafaza altına alınmak amacıyla kişinin yakalandığı, istediği kanunî yakınlarına derhâl bildirilir.

konusunda azami duyarlılık ve dikkat gerekmektedir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında, durumun bir tutanakla belgelenmesi gereklidir.

AİHM, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin durumunun "yakınlarına haber verilmesi" ödevini, gözaltı sürecinin tam tecride (incominicado) dönüşmemesinin güvencelerinden biri olarak değerlendirmektedir[30]. Diğer güvenceler, bir avukatın hukuki yardımından yararlanma ve bir hekim tarafından sağlık muayenesinden geçirilme olarak gösterilmiştir.

4. Adli Makam Önüne Çıkma Hakkı

Şüpheli ve sanık haklarından bir diğeri ise, hâkim veya bir adli makam önüne çıkma hakkıdır. CMK m.90/5 uyarınca yakalanan kişi hakkında savcıya derhal bilgi verilir. Kişi serbest bırakılmıyorsa, CMK m.91/1 uyarınca hakkında gözaltı kararı verilecektir. Kişinin bizatihi savcılığa çıkarılıp savcı tarafından sorgulanma şartı bulunmamaktadır, bu işlem savcının emriyle kolluk tarafından da yapılabilir; ancak CMK m.91/7 uyarınca da en geç gözaltı süresinin sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılmalıdır. Sulh ceza hâkimi sorgusundan sonra şüphelinin tutuklanmasına ya da serbest bırakılmasına karar verilecektir.

Adli makam önüne çıkma hakkı, AİHM tarafından daha geniş bir biçimde yorumlanmaktadır. Mahkemeye göre, adli makamdan yürütmeden ve yargılamanın taraflarından "bağımsız" bir merci anlaşılır. AİHS m.5/1-c ile, adli yakalama

30 ECtHR, Tomasi v. France, Application No:12850/87, 27.08.1992, para.113, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57796.

ile tek amaç güdülebilir: Yetkili adli merci önüne çıkarılmak. AİHS m.5/3 ile gözaltına alan idari makamlara, serbest bırakmadıkları kişiyi "derhal hâkim önüne çıkarma yükümlülüğü" yüklenmektedir[31]. AİHM içtihatları ile bu makamınönüne çıkarılan kişiyi bizzat dinleyerek, yargısal ölçütlere göre tutmanın lehine ya da aleyhine olan durumları değerlendirip gerekli ve hukuki olup olmadığına ve salıvermeye karar verebilecek yetkilere sahip olması aranmaktadır. Bu kişinin hâkim olması zorunlu değildir, savcı da olabilir; ama bu durumda soruşturmayı sürdürmemesi ve iddianame düzenlememesi koşulu aranır[32].

Bu çerçevede, bir başvurucunun tutuklama konusunda herhangi bir bağlayıcı yetkisi bulunmayan "soruşturmacı" önüne çıkarılmasını veya soruşturmacının başvurucu hakkında ev hapsi kararı vermesini AİHS m.5/3 bağlamında ihlal kabul etmiştir[33]. Yine bir başka kararında Mahkeme, bölge mahkemesinin baktığı bir davada -bizdeki Sulh Ceza Hakimliği benzeri- soruşturma hakiminin tutuklama kararı vermesini, kovuşturma makamının temsilcisi kanalıyla davaya müdahale olarak gör-

31 ECtHR, McGoff v. Sweden, Application No:9017/80, 26.10.1984, para.27, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57538.

32 ECtHR, Schiesser v. Switzerland, Application No:7710/76, 04.12.1979, para.28-32, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57573; ECtHR, Huber v. Switzerland, Application No:12794/87, 23.10.1990, para.39, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57644 .

33 ECtHR, Nikolova v. Bulgaria, Application No: 31195/96, 25.03.1999, para.49-50, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58228 ; ECtHR, Vachev v. Bulgaria, Application No: 42987/98, 08.07.2004, para.64, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61877.

müş ve ihlal bulmuştur[34]. Sulh ceza hakimliği müessesesi, kimi yazarlarca "zorunluluk savcısı" terimiyle nitelenmektedir[35]. Sulh ceza hakiminin yaptığı işlemlerin "bağımsız ve tarafsızlığı" ayrı bir çalışmanın konusunu oluştursa da kısa bir süre içinde AİHM'de bu hukuki kurumun etkili bir başvuru yolu olup olmadığı yolunda bir tartışma yapılacağı öngörülebilir. AİHM açısından önemli olan, önüne çıkarılan adli makamın işlevli bir serbest bırakma yetkisi bulunup bulunmadığıdır.

AYM, 14.01.2015 tarihli ve 2014/164-E, 2015/12-K sayılı kararı ile; 6545 sayılı Kanun'un başvuruya konu sulh ceza hakimliklerinin kurulmasına ilişkin hükümlerini doğal hâkim ilkesine aykırı bulmamış ve iptal istemini reddetmiştir. AYM'nin 21.01.2010 tarihli ve 2009/52-E, 2010/16-K sayılı kararına göre; bir kuralın belirli bir suçun işlenmesinden sonra bu suça ilişkin davayı görecek yargı yerini belirlemeyi amaçlamaması, yürürlüğü müteakip kapsamına giren tüm davalara uygulanması hâlinde, doğal hâkim ilkesine aykırılık söz konusu olamaz. 17/7/2013 tarihli ve 2012/146-E, 2013/93-K sayılı kararına göre ise; "*Doğal hâkim güvencesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından biridir. ... suçun işlenmesinden veya davanın doğmasından önce davayı görecek yargı yerini kanunun belirlemesi olarak tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, doğal hâkim ilkesi, yargılama makamlarının uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra kurulmasını veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasını engeller. ... belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrı-*

34 ECtHR, H.B. v. Switzerland, Application No: 26899/95, 05.04.2001, para.62, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59367.

35 Ünver/Hakeri, s.221.

ca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış olması da gerekir. ... doğal hâkim ilkesinin bünyesinde, «kanuniliğin" yanı sıra "önceden belirlenmiş" olmaya da yer verilmiştir."

Ne var ki, sorun doğal hâkim ilkesi ile sınırlı değildir. Venedik Komisyonu, *"sulh ceza hakimlerinin birbirlerinin kararlarına yapılan itirazları incelemesini öngören yatay başvuru sisteminin, başvuruların tarafsız ve anlamlı bir şekilde incelenmesine olanak tanımadığı"* sonucuna ulaşmıştır[36]. Komisyona göre; "*Kapalı ve yatay başvuru sistemi ile birlikte ele alındığında sulh ceza hakimlerinin belirlenmesine ilişkin yöntem kaygı verici gözükmektedir. ... Aynı düzeydeki tek hâkim tarafından incelemeyi öngören Türk sistemi, başvurunun tarafsız olarak incelenmesi için yeterli güvence sağlamamaktadır. Sulh ceza hakimleri* eşit deneyim ve niteliklere sahip olan, aynı yerde çalışan ve birbirlerinin kararlarını denetleyen meslektaşlardır; bunlar bir kapalı devre oluştururlar. Bunların birbirlerine gü*veneceklerini ve birbirlerinin kararlarına saygı göstermelerini bekleyeceklerini düşünmek çok mantıksız değildir. Doğal olarak kendi meslektaşlarının yetkinliğini ve itibarını, kazançlarını ve bir bütün olarak kurumu savunma eğiliminde olacaklardır. Bu sistem tutuklama kararlarının hukukiliğine ilişkin itirazların tarafsız ve anlamlı bir şekilde incelenmesine olanak tanımamaktadır. ... Bir üst mahkemeye*

36 Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Türkiye Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkındaki Görüş, Strasburg, 2017, para.68-88, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)004-tur (Venedik Komisyonu Raporu).

başvurma genel bir insan hakkı olmasa bile […] genel yetkili bir üst mahkemeye başvuru hakkının bulunmaması, uzmanlaşmış özel mahkemelerin tehlikelerine ilişkin olarak yukarıda tanımlanan zorlukları daha da artırmaktadır; bu ayrıca pek çok Avrupa sisteminde mevcut olan bağımsız bir üst mahkemeye başvuru şeklindeki ortak bir güvenlik ağını ortadan kaldırır"[37].

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği de; "2014 yılında 6545 sayılı Kanunla kurulan Sulh Ceza Hakimliklerinin yetki ve uygulamalarının bazı kaygılara neden olduğunu" tespit etmiştir. Komiserliğe göre, *"Bu hakimlikler, gazetecileri ve insan hakları savunucularını tutuklama kararları da dahil olmak üzere, tutuklama kararı vermek, medya yasaklarını uygulamak, medya şirketlerine el koymak için kayyum atamak ya da interneti yasaklamak için OHAL KHK'larını kullanmışlardır"*[38].

BM İfade Özgürlüğü Özel Raportörü'ne göre ise; *"yatay başvuru sistemi uluslararası standartları karşılamaktan uzaktır ve bireyleri adil yargılanma ve savunma haklarından mahrum bırakmaktadır"*[39].

37 Venedik Komisyonu Raporu, para. 50-52, 71-72.

38 UN OHCHR, Report on the impact of the state of emergency on human rights in Turkey, including an update on the South-East, March 2018, para. 52, https://www.ohchr.org/Documents/Countries/TR/2018-03-19_Second_OHCHR_Turkey_Report.pdf .

39 UN OHCHR, Report on the impact of the state of emergency on human rights in Turkey, including an update on the South-East, March 2018, para. 53, https://www.ohchr.org/Documents/Countries/TR/2018-03-19_Second_OHCHR_Turkey_Report.pdf .

Uygulamadaki tanıklıklarımızdan ve basına yansıyan haberlerden de anlaşıldığı üzere, sulh ceza hakimlikleri tarafından soruşturma evresinde milletvekilleri, akademisyenler, gazeteciler, sivil toplum kuruluşu temsilcileri, hak savunucuları başta olmak üzere muhalif tavır alan kişilerle ilgili olarak verilen ve artık standart hale geldiği kabul edilen tutuklama kararlarının neredeyse tamamında, kürsü ya da toplantılarda yapılan konuşmaları, bildiriye atılan imzaları, cenazeye, mevlüde ya da gösteriye katılmaları, sosyal medyadaki haber ya da düşünce paylaşımları, vb. suç isnadının dayanağı tek delil olarak gösterilmektedir. Tutuklama istemleri yüksek oranda kabul edilmekte ya da sorgu yapılmadan, gıyapta yurtdışına çıkış yasağı konulması türünde adli kontrole başvurulmakta, koşulları yokken CMK m.153 uyarınca kısıtlama kararları verildiği görülmektedir. Bu kararlara yapılan itirazların neredeyse tamamı, matbu hale gelmiş kararlar ile sistematik biçimde reddedilmektedir. Ayrıca, CMK m.173 ile kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararlara itirazı değerlendiren ve C. Savcıları tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarından sonra, yeni delil bulunsa dahi aynı olaydan dolayı yeniden soruşturma başlatılmasına CMK m.172/2 uyarınca karar veren makam olarak belirlenen bu hakimliklerin, soruşturma evresindeki egemenliği ortadadır. En önemlisi ise, CMK m.23/2 ile, soruşturma evresinde görev alan hâkimin kovuşturma evresinde görev almaması esası kabul edildiği halde, aynı yargı çevresinde bir süre sulh ceza hakimliği yapan hakimlerin kısa sürede ağır ceza mahkemesi başkanı olarak atanarak HSK tarafından "ödüllendirildiği" görülmektedir.

5. İtiraz Hakkı

CMK m.91/5'e göre, yakalama, gözaltı ve gözaltı süresinin uzatılması kararlarına karşı sulh ceza hakimliği nezdinde itiraz hakkı söz konusudur. Doktrinde buna tali ceza davası açma/başvuruda bulunma hakkı dendiği de görülebilir. Davayı açan (davacı) şüpheli ya da yakınları olup, amaç, "serbest bırakılmayı sağlamak"tır. Ancak, davaya bakan sulh ceza hakiminin şüpheliyi doğrudan serbest bırakması öngörülmemiş, istemin kabulü halinde şüphelinin hakkındaki soruşturma belgeleri ile birlikte C. Savcılığında hazır edilebileceği yönünde düzenleme yapılmıştır. Bunun nedeni, soruşturmayı yöneten öznenin C. Savcısı olması, serbest bırakma iradesinin yakalama ve gözaltı sürecinde bu makam tekelinde bırakılması olabilir. Çünkü, yakalama tedbiri "geçici" (muvakkat) nitelik taşır, kolluğun yakaladığı kişiyi C. Savcısı hemen serbest bırakabilir. Şüphelinin gözaltına alma süreci sonunda da bırakılması asıldır. Şüpheli hakkında C. Savcısı tarafından bir tali ceza davası açılıp tutuklanması istenmedikçe, sulh ceza hakiminin duruma müdahale etmesi sözkonusu olmaz. "Davasız yargılama olmaz" ilkesi uyarınca, hâkim kendiliğinden sürece dahil olamaz. Soruşturmada bir özgürlüğe müdahale edecek biçimde tedbir alınması gerektiğinde, C. Savcısının hâkime başvurarak "sınırlama" kararı alması gerekir. Çünkü özgürlükler, kural olarak ancak "hâkim tarafından" kısıtlanabilir. Bu nedenle CMK m.162 ile, ancak hâkim tarafından yapılabilecek bir soruşturma işlemine gerek duyulduğunda; sulh ceza hakimine C. Savcısı tarafından bildirimde bulunulması öngörülmektedir. Buradaki bildirim, aslında bir istemdir, diğer deyişle tali ceza

davası açılması anlamına gelmektedir. Kanunun genel sistematiği içinde, şüpheli ya da müdafiine daha ziyade, C. Savcısının özgürlüğe yönelik müdahalelerine karşı CMK m.267 vd. ile düzenlenen "itiraz" kanunyoluna başvurarak karşı koyma olanağı tanınmıştır.

Genel durum bu iken, yakalama ve gözaltı tedbirleri ile AİHS m.5 ve Anayasa m.19 ile düzenlenen "kişi özgürlüğü ve güvenliği" hakkına doğrudan müdahale edildiği ve bu müdahalenin çok ağır sonuçları olduğu açıktır. CMK m.267 vd. uyarınca düzenlenen itiraz kanunyoluna başvurulabilmesi için ortada bir hâkim kararı bulunması gerekirken, yakalama ve gözaltı tedbirlerinin uygulanması gündeme geldiğinden, şüpheli ve yakınlarına CMK m.91/5 ile ayrıca bir karşı koyma olanağı tanınmıştır. Kolluğun CMK m.90 ile belirlenen belli koşulların varlığı halinde, kendiliğinden yakalama tedbirine başvurma yetkisi bulunmaktadır. C. Savcısının bu tür durumlarda, kolluktan gelen sözlü bilgileri değerlendirmede hataya düşebilme ve CMK m.91/12 ile aranan; "soruşturmanın tamamlanması için zorunlu olma" koşuluna aykırı olarak ve haksız biçimde gözaltı kararı verebilme tehlikesi her zaman için doğabilir. Sözkonusu tedbirlerin ağır sonuçları dikkate alınarak, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye, doğrudan sulh ceza hakimine başvurma yolu açık tutulmuştur.

CMK m.91/5 ile tanınan bu karşı koyma olanağı, şüpheliye hakkında C. Savcısı tarafından henüz bir tutuklama isteminde bulunulmadan, AİHS m.5/4 ve Anayasa m.19/8 ile güvence altına alınan; tutmanın hukukiliğinin denetlenmesini isteme kolaylığı sağlamaktadır

AİHS m.5/1-c ile öngörülen; "makul suç şüphesi" nedeniyle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına karşı koyma ve tutmanın hukukiliğinin denetlenmesini isteme hakkı, CMK'da yalnızca yakalama ve gözaltında tutma süreci ile sınırlı olarak düzenlenmemiştir. CMK m. 104/1'de soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında tutuklu bulunan şüpheli ya da sanığın salıverilmeyi isteme hakkı olduğu belirtilmektedir. CMK m. 104/3 ile, salıverme isteminin kanunyolu incelemesi sırasında da ileri sürülebileceğini, bu incelemenin dosya üzerinden yapılacağını öngörmektedir.

İnceleme sonunda başvurunun reddine ya da kabulüne karar verilir. Kabul kararı, şüphelinin salıverilmesi sonucunu kendiliğinden sağlamaz. Çünkü soruşturma evresinde, CMK m.91/7 uyarınca tutuklama istemi ile sorguya sevk edilmeyen şüpheli hakkında salıverme kararı verme yetkisi, yalnızca soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısına aittir. "Davasız yargılama olmaz" ilkesi uyarınca; hâkim ancak sorguya sevk edilen şüpheli hakkında tutuklama istemini reddederek, CMK m. 101/4 uyarınca serbest bırakma kararı verebilecektir. CMK m.91/5 uyarınca açılan davanın kabulü kararı, şüphelinin nezarethaneden çıkarılıp soruşturma belgeleriyle birlikte derhal adliye binasındaki Cumhuriyet Savcılığında hazır bulundurulmasına yol açar. Kabul kararı, hâkimin kolluk ve soruşturmayı yöneten Cumhuriyet Savcısına yönelik çok önemli bir uyarıda bulunmasını sağlar. Kolluk ve C. Savcısı bu karara uymakla yükümlüdür. Kolluk şüpheliyi derhal adliye binasına götürecektir. C. Savcısı halen soruşturmayı yürüttüğünden; şüphelinin ifadesini bizzat alabilir, şüpheli hakkında salıverilme kararı

verebilir ya da CMK m.100'ün koşulları varsa şüpheliyi tutuklama istemi ile sulh ceza hakimliğine sevkeder.

AİHM içtihatları, bu tür başvurulara ilişkin incelemenin dosya üzerinden değil, şüphelinin duruşmaya katılımı ve yargıca meramını sözlü olarak açıklamasına olanak sağlanarak yapılmasını gerekli bulmaktadır. Çünkü "Habeas Corpus" olarak bilinen hak, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin soruşturma belgesinin değil, **kendisinin yargıç önüne çıkarılmasını ve "hukukilik denetimi yapılmasını"** içerir. Bu nedenle CMK m. 91/5 ile getirilen düzenlemenin AİHS m. 5/3'deki derhal yargıç önüne çıkarılma ve AİHS m. 5/4'deki yakalamanın hukukiliğinin yasa ile görevlendirilmiş yargısal ya da yarı yargısal (bağımsız) bir makam tarafından denetlenmesini istemek ve gerektiğinde uygun teminat karşılığında salıverilmeyi isteme hakkını tam olarak karşılamadığı değerlendirilmektedir. Hukukilik denetimine ilişkin kararın, "kısa süre içinde" verilmesi de gerekmektedir.

"Yakalamaya karşı tali ceza davası açma hakkı, hukuk devletinde "özgürlük ve güvenlik hakkı" ile güvence altına alınan bireye tanınmış bir direnme/başkaldırma olanağıdır. Bu olanak ancak yakalanan kişinin yargıç önüne çıkarılması ile kullanılabilir. Yakalamaya karşı dava açmada önemli olan, yargıcın hakkında karar verdiği kişiyle doğrudan iletişim kurarak, onun suçlama, deliller ya da yakalama nedeni hakkındaki yaklaşımını ve savunmasını izleyebilmesine olanak sağlanmasıdır. Bu nedenle müdafilerin bu tür incelemeler için duruşma açılmasını istemeleri önerilir. Yargıç, önüne gelen ve dinlediği kişinin tutulma nedenleri ve tutulma koşullarının hu-

kuka uygunluğunu daha iyi denetler. Haksızlığı saptadığında daha hızlı müdahalede bulunur"[40].

Hukukilik denetimi; *"sadece şekli bir denetim değildir; aynı zamanda tutuklamanın suç şüphesinin yerindeliğini ve tutuklama ile gerçekleştirilmek istenen amacın meşruluğunu da kapsamalıdır"*[41].

AİHM, AİHS m. 5/4 kapsamındaki denetimin, AİHS m.6/1 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı içinde örtülü biçimde var olduğunu kabul ettiği "çelişmelilik" ve "silahların eşitliği" ilkelerine uygun biçimde gerçekleştirilmesini gerekli görmektedir. Bu kapsamda, müdafiin soruşturma belgelerini inceleyememiş olması, hak ihlali olarak değerlendirilmiştir[42].

İtiraz ya da doktrindeki adıyla tali ceza davası, şüphelinin haksız yakalamalar kadar hukuka aykırı biçimde gözaltında tutulmasını ya da işkence ve tecridi önlemeyi amaçlayan, ne-

40 Aynur Tuncel Yazgan, Adli Yardım, Avukatlar İçin El Kitabı III, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, TBB ve Karakatur yayını, Ankara, 2012, s.93.

41 Hans- Heiner Kühne, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tutuklama Konusundaki Yargısı, 2000 ve 2001 Yıllarındaki Gelişim Üzerine Bir İnceleme, Çev: Oğuz Şimşek, Karşılaştırmalı Güncel Hukuk Serisi, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Seçkin Yayınları, 2004, s.177'den nakleden, Behiye Eker Kazancı, AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması, TBBD, 2012 (98), s.96. http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1121.

42 ECtHR, Mooren v. Germany, Application No:11364/03, 09.07.2009, para.124, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93528.

zarethaneden çıkarılıp bir hukukçu olan Cumhuriyet Savcısı önüne getirilmesini sağlayan bir kurumdur. Müdafilerin özellikle işkence ve tecrit saptadıkları soruşturmalarda bu kurumu işletmesi beklenmektedir. Dava reddedilirse, artık elimizde bir hakimlik kararı bulunduğundan, CMK m. 267 vd uyarınca bu karara karşı "itiraz" kanunyoluna başvurulabilir.

Aynı zamanda, CMK m.101/5 ile, CMK m.103 ile C. Savcısı tarafından şüphelinin adli kontrol altına alınarak serbest bırakılması, CMK m.104 ile şüpheli/sanığın salıverilme istemlerinin incelenmesinde uyulacak usul düzenlenmektedir. Buna göre, inceleme mercii (soruşturmada sulh ceza hâkimi, kovuşturmada görevli mahkeme) 3 gün (örgüt suçları bakımından –adli kontrol altına alınma istemi hariç- 7 gün) içinde istemin kabulüne, reddine ya da şüpheli/sanığın adli kontrol altına alınmasına karar verebilir. Sözkonusu istemler duruşma içinde ileri sürülmüşse, öncelikle C. Savcısı ile şüpheli/sanık ya da müdafiin görüşü alınmalıdır. Bu inceleme sonucunda verilecek salıverme isteminin reddi ile tutukluluğun devamına ilişkin kararlara da tutuklama kararına karşı da CMK m.267 vd uyarınca itiraz mümkündür.

Bir olağan kanun yolu olarak CMK'da tanımlanan hallerde itiraz başvurusunda bulunulabilmesi, aynı zamanda AİHS m.5/4 gereği tanınmış bir hak kapsamındadır. Mahkeme, kararlarında; itiraz hakkının bir defaya mahsus bir imkân olmadığını, koşulların sürekli değişmesi ve özellikle alıkoyma gerekçelerinin zamanla artık geçerli olmayabileceği durumların öngörülerek, alıkoyma hali devam ettiği müddetçe itiraz hakkı tanınması gerektiğini belirterek, bu konuda ulusal hukukların

durumlara göre belli zaman dilimleri öngörebileceğini, ancak bu dilimlerin makul bir süreyi de aşmaması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre; akli dengesi yerinde olmayan bir kişinin alıkonması konusunda bir yıla varan aralıklarla itiraz hakkı tanınması kabul edilebilir, ancak yargılaması devam eden kişilerin alıkoymaya itiraz haklarının daha kısa aralıklarla tanınması gerekir. Mahkeme, bir aylık aralıklarla itiraz hakkı tanınmasını kabul edilebilir bulmaktadır[43].

Ayrıntılarını ileride tartışacağımız üzere AİHM, Türkiye hakkındaki kararlarında hukukilik denetiminin duruşmalı yapılmaması ve etkili bir iç hukuk yolu olduğunun ortaya konulamaması gibi nedenlerle, AİHS m. 5/4'deki hakkın teoride kaldığını ve pratikte uygulama alanı bulunmadığını belirlemektedir[44].

6. Tercüman Hakkı

Şüpheli veya sanığın suçlamadan bilgilendirilme ve savunma haklarına paralel olarak, CMK m.202/1'de *"Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir"* hükmü bulunmaktadır. Bu imkân hem soruşturma

43 ECtHR, Bezicheri v. Italy, Application No:11400/85, 25.10.1989, para.20, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57439.

44 CEDH, Gündoğan v. Tuquie, Requete No:31877/96, 10.10.2002, para.26, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65236; ECtHR, İğdeli v. Turkey, Application No:29296/95, 20.06.2002, para.34, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60513 ; ECtHR, Öcalan v. Turkey, Application No:46221/99, 12.03.2003, para.70-71, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69022.

hem de kovuşturma evreleri için getirilmiş durumdadır. Soruşturma evresinde tercümanı savcılık veya sulh ceza hakimliği atayacaktır. Engelli sanıklar bakımından CMK m.202/2 uyarınca işaret dili tercümesi veya anladıkları başka bir dil ile savunma ve suçlamadan bilgilendirilme haklarının kullandırılması öngörülmüştür. Tercüman hakkından kural olarak ücretsiz yararlanılır.

Özellikle anadili Kürtçe veya Türkçe'den başka bir dil olanların karşılaştığı bir sorun olarak, bu konuda geçmişte Türkiye'den AİHM'e çok sayıda başvuru yapılmıştır. AİHM, tercüman hakkı konusunda yargılamanın yapıldığı dili anlayamayacak düzeyde o dili bilmemeyi gerekli görmektedir. Bununla beraber, örneğin üniversiteyi Türkiye'de bitirdiği için Türkçe yapılan yargılamayı anlama konusunda bir sorunu bulunmasa da, politik bir tavır gereği olarak Kürtçe savunma yapmayı tercih eden sanıklar konusunda da bir belirleme yapmak gerekir. Gerek soruşturma gerek kovuşturma evresinde, Türkçe bilse dahi anadilinde daha iyi bir savunma yaparak, kendini anadilinde ifade etmek isteyen şüpheli ya da sanıklar olabilir. Böyle bir durumda CMK m.202/4'e göre, yargı çevresi çapında oluşturulan tercüman listesinden sanığın kendi tercümanını seçmesine izin verilecek, ancak bu tercümanın giderleri hazineden değil sanık tarafından karşılanacaktır.

AİHM, jandarma tarafından sorgusu yapılan ve yeterli düzeyde Türkçe bilmediği için kendisine sorulan soruları anlayamayıp yanıtlayamayan şüphelinin başvurusunda, AİHS m.6/3-e bağlamında ihlal tespit etmektedir[45]. Mahkeme aynı

45 ECtHR, Baytar v.Turkey, Application No: 45440/04, 14.10.2014,

zamanda, duruşma sırasında şeklen bu hakkın kullandırıldığı tespit edilmişse de, koridordan rastgele çevrilen birisinin tercüme niteliklerinin hâkim tarafından denetlenmemiş oluşunu da ayrı bir ihlal olarak kabul etmektedir[46].

7. Avukat Yardımından Yararlanma Hakkı

Avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkı, CMK m.147/1-c'de şüpheli veya sanığa hatırlatılacak haklar arasında "Müdafi seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafiin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafi seçecek durumda olmadığı ve bir müdafi yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafi görevlendirilir" biçiminde sayılmaktadır. AİHS m.6/3-c ile, kişinin kendisini hem bizzat hem de bir avukatın hukuki yardımını alarak savunması güvence altına alınmış olup, bu hak, adaletin tecellisi gerektiriyorsa adli yardımdan yararlanmayı (ücretsiz hukuki yardım) da kapsamaktadır. Kendine avukat seçemeyeceğini açıklayan şüpheli/sanık için CMK m.150 uyarınca "müdafi" ve mağdur/şikayetçi için CMK m.234 uyarınca "vekil" sıfatı ile ilgili kişiye hukuki yardım sunmak üzere baro tarafından hemen bir avukat görevlendirilmektedir.

Bilindiği gibi, CMK m.150/1 ile, kendine müdafi seçemeyecek şüpheli/sanık için **istemi halinde** avukat görevlendirme ödevi barolara yüklenmiştir. Ancak, bazı durumlarda, şüpheli/sanığın bir müdafiin hukuki yardımından yararlanması zorun-

para.46, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-147468.

46 ECtHR, Baytar v. Turkey, Application No: 45440/04, 14.10.2014, para.57, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-147468.

lu görülmüştür. CMK m.150/2 uyarınca, şüpheli/sanığın özel durumu (çocuk, kendisini savunamayacak kadar malul ya da sağır ve dilsiz olması), CMK m.150/3 uyarınca suçun ağırlığı (suçun karşılığı olan cezanın alt sınırının beş yıldan fazla olması) ya da yapılacak muhakeme işleminin taşıdığı önem (tutuklama istemi ile sorguya sevkedilme, gözlem altına alınma istemi, kaçak hakkında duruşma yapılması) gibi ölçütlere bağlı olarak, kişinin istemi aranmaksızın hukuki yardımdan yararlanması sağlanmaktadır.

Esas itibariyle CMK m.149'da şüpheli veya sanığın soruşturma veya kovuşturmanın her aşamasında müdafi seçebileceği ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, soruşturma evresinde ifade almada en çok üç avukatın hazır bulunabileceği ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukatın hazır bulunabileceği dile getirilmektedir[47].

Avukat yardımından yararlanma hakkı kullanımında AİHM'in yaklaşımı, avukat sayısından ziyade fiili olarak şüpheli ya da sanığa avukat yardımının kullandırılıp kullandırılmadığı hususunda düğümlenmektedir. AİHS m.6/3-c'de bu hak, *"Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafiinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, re`sen atanacak bir avukatın yardımın-*

47 CMK m.149'da üç avukat sınırlamasına ilişkin hüküm, 03/10/2016 tarih ve 676 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle metne eklenmiş, madde aynen 01/02/2018 tarih ve 7070 sayılı kanunun 1.maddesiyle kabul edilmiştir.

dan ücretsiz olarak yararlanabilmek" biçiminde tanımlanmaktadır. Bu durumda, Mahkeme özellikle sanık veya şüphelinin fiilen bir avukatın yardımından yararlandırılıp yararlandırılmadığına bakmaktadır. AİHM, *"avukatla temsilin aslında iddia ve savunmada bulunanın* ***yargılamaya tam olarak katılımını sağlayan*** *bir yol olduğuna"* dikkat çekmekte[48] ve sunulan hukuki yardımın etkili ve pratik olması gerektiğini belirterek, devletin "etkili temsili sağlayıp sağlamadığı konusunda müdafiin ihmalini gözetme ve tedbir alma" yükümlülüğü olduğunu kabul etmektedir[49].

Ç. İddianame

1. Şekli ve Şartları

Kamu davasını açan temel belgeye iddianame denir. Bilindiği üzere, ihbar veya başka bir suretle suç işlendiğini öğrenen savcılık, kamu davası açmak üzere işin gerçeğini araştırmaya başlar. Araştırmanın sonunda, dava açmak için yeterli şüphe tespit eden Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenler. Yeterli şüphe ise, şüphelinin suçu işlemiş olma olasılığının, işlememiş olma olasılığından daha fazla olması olarak tanımlanabilir. CMK m.170'e göre, her iddianamede bulunması zorunlu birtakım unsurlar vardır. Buna göre iddianamede şüphelinin kimli-

48 ECtHR, Kerojarvi v. Finland, Application No:17506/90, 19.07.1995, para.39, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57941.

49 ECtHR, Artico v. Italy, Application No:6694/74, 13.05.1980, para.36, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57424; ECtHR, Imbrioscia v. Switzerland, Application No:13972/88, 24.11.1993, para.41, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57852 ; ECtHR, Czekalla v. Portugal, Application No:38830/97, 10.10.2002, para.60-71, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60676.

ği, müdafii, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, şikâyette bulunan kişinin kimliği, şikâyetin yapıldığı tarih, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, suçun delilleri, şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri gösterilmek zorundadır.

Ayrıca iddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanmak durumundadır ki, pek az iddianamede bu noktanın tam manasıyla yerine getirildiği görülür. Sanığa tam olarak hangi suçun yüklendiği, hangi fiilinin suç kapsamında değerlendirildiği açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde belli olmalıdır ki, savunma da bu noktalara odaklanabilsin. CMK m.225 ile, kovuşturma sonunda yalnızca iddianamede unsurları gösterilen fiil ve fail hakkında hüküm kurulacağı öngörüldüğünden, iddianamenin, kamu davasına konu edilecek uyuşmazlığın sınırlarını belirleme gibi çok önemli bir işlevi olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu sınır, savunmanın da etkili biçimde kullanılmasını sağlayacaktır.

Bunlardan başka, CMK m.170/6 gereğince iddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir.

Uygulamada pek çok iddianamede; bu unsurların bir ya da birkaçının birden eksik olduğu veya hiç olmadığı görülebilir. Özellikle CMK m.170/4'de; *"iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür"* hükmü bulunsa da senelerdir bu konuları takip eden insanlar olarak, bu hükme uyan bir iddianame henüz göremedik.

Soruşturma evresi gizli olduğu için, iddianame açıklanıncaya kadar içinden ne çıkacağı tam olarak bilinemez. Bütünüyle sav makamının etkisi altında bir yöntem söz konusu olduğundan, avukatın iddianamenin yazılması aşamasında herhangi bir müdahalesi söz konusu olamamaktadır. Buna karşın, eğer iddianamede CMK m.170'de belirtilen unsurlarda davanın açıldığı mahkemece eksiklik görülüyorsa, aşağıdaki başlıkta tartışılan iddianamenin iadesi müessesesine müracaat edilebilir.

2. Cumhuriyet Savcısının İddianameyi Geciktirmesi

CMK m.170'e göre ve yukarıda da belirtildiği üzere, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler. Tutuklama nedenlerini düzenleyen CMK m.100'e göre kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir.

Görüldüğü gibi, bir kişi hakkında iddianame düzenlenmesi için "yeterli şüphe" aranırken, tutuklama için "kuvvetli şüphe" aranmaktadır. Yani, Cumhuriyet savcısının kişiyi tu-

tuklamaya sevk edebilmesi için elinde, iddianame düzenlemek için kâfi olandan daha kuvvetli bir şüpheyi destekleyecek delil ve emareler bulunmalıdır.

Cumhuriyet savcıları tutuklamaya sevk ettiklerinde ellerinde, iddianame düzenlemek için gerekenden bile daha kuvvetli bir suç şüphesi olması gerektiğine göre, kanunun bu sistematiği, aslında tutuklama ve iddianame düzenlemenin ardışık veya eş zamanlı olmasını gerektirmektedir. Uygulamada ise, ilk önce tutuklama kararı verilmekte ardından çok uzun bir zaman beklenip iddianame düzenlenmektedir.

İddianame düzenlenmesinin ciddi şekilde geciktirildiği durumlarda ilgili savcı hakkında, TCK m.109 ile düzenlenen "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" ve m.257 ile düzenlenen "görevi kötüye kullanma" kapsamında suç duyurusunda bulunulabilir.

D. İddianamenin Kabulü ve İadesi

İddianame; görevli ve yetkili mahkeme hangisiyse, o mahkemeye hitaben düzenlenerek verilir. Böylelikle de mahkeme açısından; iddianamenin ve soruşturma evrakının verildiği tarihten itibaren onbeş günlük bir "ara evre" başlamış olur. Gerçekten de, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin arasındaki bu evrede mahkemece, iddianame ve soruşturma evresine ilişkin bütün belgeleri inceleyerek eksik veya hatalı noktalar belirtilmek suretiyle; CMK m.170'e aykırı olarak düzenlenen, suçun sübûtuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen, önödemeye veya uzlaştırmaya ya da seri muhakeme usulüne tâbi olduğu soruşturma dosya-

sından açıkça anlaşılan işlerde önödeme veya uzlaştırma ya da seri muhakeme usulü uygulanmaksızın düzenlenen, soruşturma veya kovuşturma yapılması izne veya talebe bağlı olan suçlarda izin alınmaksızın veya talep olmaksızın düzenlenen iddianamenin, Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir. 15 gün içinde iade edilmeyen iddianameler ise kabul edilmiş sayılır ve CMK m.175 uyarınca kovuşturma evresine geçilmiş, kamu davası açılmış olur. CMK m.174/2 uyarınca; suçun hukukî nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edilemez.

Cumhuriyet savcısı, iddianamenin iadesi üzerine, kararda gösterilen eksiklikleri tamamladıktan ve hatalı noktaları düzelttikten sonra, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunmaması halinde, yeniden iddianame düzenleyerek dosyayı mahkemeye gönderir. Böylelikle de süreç yeniden başlamış olur. İlk kararda belirtilmeyen sebeplere dayanılarak yeniden iddianamenin iadesi yoluna gidilemez. İade kararına karşı Cumhuriyet savcısının itiraz edebilmesi mümkündür.

E. Kovuşturmaya Yer Olmadığı (Takipsizlik) Kararı

CMK m.172 uyarınca Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde; kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararına uygulamada "takipsizlik kararı" adı da verilmektedir.

Bu karar, suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir. Kararda itiraz hak-

kı, süresi ve mercii gösterilir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılamaz.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın, etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin AİHM'in kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi veya bu karar aleyhine AİHM'e yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi halinde yeniden soruşturma açılır.

Takipsizlik kararına itiraz edilmesi mümkündür. CMK m.173'e göre, suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir. İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir. Sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise; bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.

II. Koruma Tedbirleri

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek, delil temin veya muhafaza edebilmek ve neticede verilen kararın uygulanmasını sağlayabilmek adına başvurulan kimi tedbirlere "koruma tedbirleri" adı verilir. Koruma tedbirleri, adından da anlaşılacağı üzere birer tedbirdir. Ne var ki, uygulamada çoğu kez, tedbirin peşinen cezalandırma amacıyla kullanıldığı sıklıkla görülür. Aslında koruma tedbiri denince, ceza muhakemesinin anlam kazanabilmesi, gecikmesinin önlenmesi, somut olayda uygulanabilir bir karar verilmesi ve o ana kadar yapılan işlemlerin boşa çıkmaması için alınan birtakım tedbirler anlaşılmalıdır[50]. Koruma tedbirleri kavramının kimi yazarlarca, ihtiyati tedbir[51], usul tedbirleri[52], zorlayıcı önlem[53] veya ceza yargılaması önlemi[54] adlarıyla ifade edildiği görülebilir.

Koruma tedbirleri, uygulamada en fazla ihlalle karşılaşılan alandır, dolayısıyla yargılamanın devamını ve verilen hükmün onanıp bozulmasını doğrudan etkileyebilir. Bu açıdan azami dikkat göstermek gereken noktalara değinerek, koruma tedbirleri bütününe öncelikle bakalım.

50 Kunter, s.655; Taner, s.131 vd.; Erem, s.435; Yurtcan, s.315; Centel/Zafer, s.309; Toroslu/Feyzioğlu, s.216; Ünver/Hakeri, s.317; Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok, s.435; Yenisey/Nuhoğlu, s.299.

51 Taner, s.131.

52 Erem, s.435.

53 Turhan Tufan Yüce, Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi, EÜHFD, 1980, S.1, s.69.

54 Yurtcan, s.315.

Koruma tedbirleri, kimi zaman doğrudan özgürlüğü etkilediklerinden, Anayasa ve AİHS gibi uluslararası sözleşmelerle de düzenlenmişlerdir. Özgürlükten başka, vücut bütünlüğüne ya da zilyetliğe yönelebilirler. Koruma tedbirlerinin tamamı; yakalama, gözaltı, el koyma ya da tutuklamada görüldüğü gibi zora dayanan tedbirlerdir. Bir başka özelliği, geçici olmalarıdır. Amacı yerine getirdikten sonra kaldırılırlar. Bu yönleriyle de araç kabul edilirler.

Koruma tedbirlerinin mutlaka kanunla düzenlenmiş olması gerekir. Gecikmesinde tehlike bulunan durumlarda, görünüşte haklılık olmasına bağlı olarak ve orantılı şekilde uygulanabilirler[55].

Koruma tedbirleri genel başlığı altında; durdurma, yakalama, gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama, elkoyma ve muhafaza altına alma, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma, şirket yönetimi için kayyım tayini, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı, teknik araçlarla izleme ve internet yasakları tedbirlerine daha yakından bakalım ve koruma tedbirleri nedeniyle tazminat konusunu inceleyelim.

A. Durdurma

1. Kavram

Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'na (PVSK) 2007 yılında 5681 sayılı Kanun ile eklenen durdurma tedbiri, ilk

55 Centel-Zafer, s.312; Yurtcan, s.316-319; Ünver-Hakeri, s.321 vd.

olarak, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren AÖAY m.27 ile, kanuni dayanağı olmadan düzenlenmişti. AÖAY m.27, en son olarak 2016 yılında yapılan değişiklikle son halini almıştır[56].

56 **Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği**

Durdurma, durdurma sonrası kontrol ve arama işlemleri

Madde 27 – (Başlığı ile Birlikte Değişik: RG-29/4/2016-29698)

Kolluk, kişileri ve araçları;

a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek,

b) Suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek,

c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek,

ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek,

amacıyla durdurabilir.

Durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için, "umma" derecesinde makul şüphe bulunmalıdır. Somut emarelerle desteklenen şüphe bulunmadan, süreklilik arz edecek, fiilî durum ve keyfilik oluşturacak şekilde durdurma işlemi yapılamaz.

Kolluğun durdurma yetkisini kullanabilmesi için tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanarak, kişinin bir suç işleyeceği veya işlediği hususunda veya kişinin silâhlı olduğu ve hâlen tehlike yarattığı konusunda makul bir sebebin bulunması gerekir.

Kolluk, görevini yerine getirirken, kendisinin kolluk görevlisi olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir; şüpheye yol açan davranışları ve durdurma sebebine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulundurulması gerekli diğer belgelerin ibraz edilmesini isteyebilir. Kişi, kimliğine ilişkin olanlar hariç, sorulan sorulara cevap vermekle yükümlü değildir. Durdurma yetkisinin kullanılmasına neden olan şüphe, yapılan açıklamayla veya herhangi bir şekilde ortadan kalkarsa, kişilerin gitmesine ve araçların

Bir kişinin durdurulması ile yakalanması farklı kavram-

ayrılmalarına izin verilir.

Durdurma süresi, durdurma sebebine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan süreden fazla olamaz.

Durdurma üzerine aşağıdaki işlemler yapılır:

a) Durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır. Bu işlem sonucunda, kişide silâh bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silâh ve diğer suç eşyası araması yapabilir.

b) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.

c) Yapılan kontrolün konusu ve sebepleri ilgiliye açıklanır.

ç) Bir kişinin veya aracın durdurulma süresinin, şartlara göre makul olması ve kontrol için ayrılan süreyi aşmaması gerekir.

d) Yoklama suretiyle kontrol, kişiye en az sıkıntı verici şekilde yapılır.

e) Yapılan kontrolün neticesinde suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır.

f) Uyuşturucu gibi belirli bir şeyin, kişinin herhangi bir yerinde gizlendiği düşünülüyorsa, daha geniş çaplı kontrol yapılabilir.

g) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek kontrol yapılamaz.

ğ) Makul sebebi oluştuğu takdirde, daha geniş kapsamlı kontrol yapılması için, kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.

h) Kontrolden sonra talep üzerine olay yerinde derhâl bir tutanak düzenlenir.

Kolluk, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silâh veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacına yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerin-

lardır ve durdurma, yakalama sayılmaz. Yakalamanın oluşabilmesi için, yakalanan kişinin fiili denetim altına alınması gerekir. Durdurma ise, yalnızca adli amaçla değil, önleyici kolluk hizmetleri kapsamında da başvurulan, "çift karakterli", kişiler kadar araçlar üzerinde de kullanılabilen bir yetkidir. Durdurmada kolluğun kişi üzerinde tam bir fiili denetiminden söz edilemez. Kolluğun durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için, içinde bulunulan duruma ilişkin makul bir neden bulunmalıdır.

---

deki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. Ancak el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir.

Arama emrinde aşağıdaki hususlara açıkça yer verilir:

a) Aramanın sebebi,

b) Aramanın konusu ve kapsamı,

c) Aramanın yapılacağı yer, tarih ve emrin geçerli olacağı süre,

ç) Aramanın yapılacağı kişinin açık kimliği ile aracın plaka, marka ve modeli.

Kişinin üstü ve eşyası ile aracının aranmasında 28 ve 29 uncu maddelerde belirtilen usuller uygulanır.

Arama sırasında elde edilen ve adlî soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılabilecek bilgi, bulgu ve şüpheliler hakkında bu Yönetmelikteki ilgili hükümler uygulanır.

Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir.

Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir.

Bu makul nedenin, yalnızca içinde bulunulan somut durumdan edinilen izlenime dayalı olması gerekmez, kolluğun mesleki deneyimi de belirleyici bir unsur olarak kabul edilmiştir. Bu tür bir sebebin, sübjektif nitelik taşıdığı, yeterli öngörülebilirlik içermediği ve hukuk güvenliği ilkesine aykırı düştüğü düşünülmektedir. Anayasa m.19 ve 20 ile durdurma yetkisi düzenlenmemiştir. Öğretide, bu tür yetkilerin, "araç" niteliği taşıdığı, ancak yakalama, arama ya da kimlik sorma gibi bir görevin icrasına bağlı olarak ve bu görevi yerine getirebilmek için kullanılabileceği, bu nedenle; bağımsız bir yetki olarak kolluğa verilmesinin sakıncalı olduğuna ve Anayasa m.13 ile düzenlenen "ölçülülük" ilkesine aykırı düşebileceğine dikkat çekilmektedir[57]. CMK ile durdurma yetkisinin düzenlenmemesinin bir unutkanlık eseri değil, yasakoyucunun bilinçli bir seçimi olduğu ileri sürülmekte[58], kullanımının da sıkı koşullara bağlanması önerilmektedir[59]. Sürekli şekilde, fiili durum

57 'Adli' veya 'önleme' amaçlı kolluk faaliyetlerinde kolluk birey ilişkileri yönünden Anayasa'da yer alan kurallarla belirlenmiş alanın ötesinde bir alanın var olduğunu iddia etmek demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemez." Ozan, Ergül/Muammer Ketizmen, "Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Üzerine", Güncel Hukuk, Ağustos 2007/8–44, s.13.

58 Aynur Tuncel/Naim Karakaya, 5681 Sayılı PVSK Değişikliğinin Anayasa ve Ceza Muhakemesi İlkeleri Temelde Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet Dergisi, S.11, Istanbul, 2007, s.144.

59 "… bu yetkilerle donatılan kişilere, kişilerin özgürlüğüne ve özel alanına müdahalede bulunma izni veren düzenlemelerin, özel olarak, kanunlarda 'açık ve net' bir şekilde, 'ağır gereklilik' şartına bağlı olarak belirlenmesini beklemek haksız bir beklenti olmasa gerekir." Mesut Bedri Eryılmaz, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, 2003, s.32.

ve keyfilik yaratacak durdurmalar hukuka aykırıdır[60]. Polis, durdurduğu kişiye nedenini bildirmelidir. Durdurma nedenine ilişkin sorular sorulabilir, kimlik göstermesi istenebilir.

2. Durdurma Süresi ve Şekli

Durdurma süresi, halin icabına göre belirlenir, ancak durdurma nedenine esas teşkil eden işlemin gerçekleştirilmesi için gerekli süreden fazla olamaz. PVSK m.4/A-5 ile, "durdurma nedeninin ortadan kalkması halinde kişilerin durdurulduları yerden ayrılabileceği" öngörüldüğüne göre; kişi dilediğinde durdurma yerinden ayrılamıyorsa, kişinin özgürlük ve güvenlik hakkı ihlal edilmiş demektir ve durdurma, aslında adı konmamış ve güvencesiz (sahte) bir yakalamadır[61]. AİHM, bir kararında 45 dakikalık bekletmeyi özgürlüğün kısıtlanması olarak kabul ederek ihlal kararı vermiştir[62].

Ülkemizde, hukuk devleti ilkesinin ve hukuk güvenliği sağlanmasına yaklaşımın en yakın örneği, PVSK m.4/A'da yer alan bir hükümle izlenebilir. Hükme göre polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacına yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu tedbirlerin ne olduğu, AÖAY m.27/6 ile *"yoklama biçiminde bir*

60 Ünver/Hakeri, s.327.

61 Aynur Tuncel/Naim Karakaya, 5681 Sayılı PVSK Değişikliğinin Anayasa ve Ceza Muhakemesi İlkeleri Temelde Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet Dergisi, S.11, Istanbul, 2007, s.147.

62 ECtHR, Shimovolos v.Russia, Application No:30194,21.06.2011, para.48-49, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3581541-4053078.

kontrol", "silah ve diğer suç eşyasının aranması", "uyuşturucu bulunduğu düşünülüyorsa daha geniş çaplı kontrol" olarak gösterilmektedir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. Maddeye 2015 yılında yapılan bir ekleme ile *"el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir"* hükmü getirilmiş; Anayasa Mahkemesi'nin 4/5/2017 tarihli ve E.: 2015/41, K.: 2017/98 sayılı kararı ile de fıkranın *"kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir"* bölümü iptal edilmiştir. Kanun koyucuya gerekli düzenlemeleri yapabilmesi amacıyla zaman bırakmak adına, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı 3/8/2017 tarihinden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınsa da, bu zaman zarfında herhangi bir düzenleme yapılmış değildir. İşin daha ilginç tarafı, AÖAY'de PVSK'daki iptal edilen hüküm aynen varlığını korumaktadır. Kanuni dayanağı olmayan bir yönetmelik hükmüne dayanarak, bu tip kolluk emriyle yapılan aramalar hukuka aykırıdır. Ayrıca Anayasa m.20 ve AİHS m.8'e göre; yazılı emir olmadan yapılan aramalar özel hayatın gizliliğini ihlal eder.

B. Yakalama

1. Kavram

Yakalama konusu CMK m. 90'da ve YGİY m.6'da düzenlenmiştir[63]. Hâkim kararı olmaksızın, şüphelinin özgürlü-

63 **Ceza Muhakemesi Kanunu**

Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler

Madde 90 – (1) Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir:

a) Kişiye suçu işlerken rastlanması.

b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması.

(2) Kolluk görevlileri, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.

(3) Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmakla birlikte, çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malûllük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde kişinin yakalanması şikâyete bağlı değildir.

(4) (Değişik: 25/5/2005 – 5353/7 md.) Kolluk, yakalandığı sırada kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirleri aldıktan sonra, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir.

(5) (Değişik: 25/5/2005 – 5353/7 md.) Birinci fıkraya göre yakalanıp kolluğa teslim edilen veya ikinci fıkra uyarınca görevlilerce yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır.

(6) Yakalama emrine konu işlemin yerine getirilmesi nedeniyle yakalama emrinin çıkarılma amacının ortadan kalkması durumunda mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından yakalama emrinin derhâl iadesi istenir.

ğünün kısıtlanması, gözaltına alınıp alınmayacağı hususunda

Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği

Yakalama işlemi

Madde 6 – Yakalama 5 inci maddede belirtilen yetkiler çerçevesinde, hâkim kararı veya Cumhuriyet savcısının emriyle veya doğrudan kolluk kuvveti veya suçüstü hâlinde herkes tarafından yapılabilir.

Yakalanan kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek amacıyla kaba üst araması yapılarak, silâh ve bunun gibi unsurlardan arındırılması sağlanır.

Yakalama sırasında suçun iz, emare, eser ve delillerinin yok edilmesini veya bozulmasını önleyecek tedbirler alınır.

Yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir.

Kolluk kuvveti tarafından yapılan yakalama hâlinde işlem, yakalanan kişi ve uygulanan tedbirler derhâl Cumhuriyet savcısına bildirilir.

Yakalamadan ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin emirden, yakalananın bir yakınına veya belirlediği bir kişiye Cumhuriyet savcısının emriyle gecikmeksizin haber verilir.

Yakalama işlemi bir tutanağa bağlanır. Bu tutanağa yakalananın, hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, hangi yer ve zamanda yakalandığı, yakalamayı kimlerin yaptığı, hangi kolluk mensubunca tespit edildiği, haklarının tam olarak anlatıldığı açıkça yazılır, bu tutanağın bir sureti yakalanan kişiye verilir. Bu kişiye ayrıca haklarının yazılı olarak bildirildiğini ve kendisi tarafından da bu hususun anlaşıldığını belirten bu Yönetmeliğe ekli "Yakalama ve Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu" (EK-A) tanzim edilerek imzalı bir örneği verilir.

Suç işlerken rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması ihtimalinin bulunması veya hemen kimliğini belirleme imkânının bulunmaması nedeniyle başkaları tarafından yakalanıp kol-

bir karar verilinceye kadar denetim ve gözetim altında tutulmasını ifade eder[64].

2. Yakalamanın Koşulları

Yakalama, ancak zorunlu hallerde başvurulan geçici bir tedbirdir. Yakalanan kişi, savcılıkça en kısa sürede ya serbest bırakılır ya da göz altına alınır. Bu iki durumda da tedbir sona erecektir.

Anayasa m.19/3'de "Hâkim kararı olmadan yakalama,

luk görevlilerine teslim edilen veya bu hâllerde kolluk görevlilerince yakalanan ya da haklarında tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma imkânı bulunmaması sebebiyle kolluk görevlilerince yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen sözlü emir, en kısa zamanda yazılı hâle dönüştürülerek mümkün olması hâlinde en seri iletişim vasıtasıyla ilgili kolluğa bildirilir; aksi hâlde ilgili kolluk görevlilerince alınmasına hazır edilir. Ancak, kolluk görevlisi emrin yazılı hâle getirilmesini beklemeden sözlü emrin gereğini yerine getirir.

Yakalanan kişi, Cumhuriyet savcısının emri ile serbest bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınır.

Muhafaza altına alınmak amacıyla yakalanan kişiler hakkında da bu maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulandıktan sonra, yakalama sebebi, yakalamaya itiraz etme hakkı ve bu hakkı nasıl kullanacağı derhâl bildirilir. Bu kişilerden ıslah veya tedavi kurumuna götürülmesi gerekenlerin ilgili kurumlarca teslim alınmaları sağlanır. Teslim alınmaması hâlinde, durum bir tutanakla tespit edilir ve tutanağın bir sureti mülkî amire gönderilir.

64 Doğan Soyaslan, Yakalama, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C.1, İstanbul, 2008, s.663.

ancak suç üstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir" denmektedir. Kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen AİHS m. 5 de, başta özgürlüğü kısıtlama yönüyle yakalama kurumunu ilgilendirir. Yakalama işleminde basit şüphe aranmaktadır[65].

Yakalama, herkes tarafından yapılabileceği gibi kolluk tarafından da yapılabilir. Yakalamanın herhangi bir kişi tarafından yapılabilmesi için, yakalanan kişiye suç işlerken rastlanması (suçüstü hali) ya da suçüstü bir eylemden ötürü şüphelinin kaçma olasılığının bulunması veya derhal kimliğinin belirlenmesi olanağının bulunmaması gerekir. CMK m.2/1-j gereği "suçüstü hali", işlenmekte olan suçu, henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu, ya da fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu tanımlamak için kullanılır.

Yakalamayı yapan kişi, yakaladığı şahsı derhal kolluğa teslim etmek zorundadır. Kolluk da yakalanan kişiye haklarını derhal bildirmelidir. Yönetmelikte, yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirileceği belirtilse de; uygulamada genellikle bildirilmez. **Yapılan görüşmede müvekkile sorulması gereken ilk sorulardan biri,**

65 Öztürk/Tezan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villeminm/Tok, s.459.

yakalama anında haklarının kendisine hatırlatıp hatırlatılmadığıdır. Eğer hatırlatılmamışsa, kişi hakkındaki suçsuzluk karinesi ihlal edilmiş olabilir; dolayısıyla durum avukat tarafında bir tutanak ile belirlenebilir ve ilerleyen aşamalarda yakalamanın hukuksuzluğunu kanıtlamak için kullanılabilir. AİHM, özellikle küçük ya da engelli sanıklar gibi özel durumları olan şüphelilere haklarını bildirme hususunda, devletlerin sorumluluğunun daha geniş olduğuna işaret etmekte, yalnızca ilgili matbu formun imzalatılmış ancak gerçekte herhangi bir bildirim yapılmamış olmasını, adil yargılanma hakkının ihlali kabul etmektedir[66].

Yakalanan kişiye haklarını bildiren kolluk, daha sonra olay hakkında Cumhuriyet Savcısına bilgi vermeli ve savcının emri doğrultusunda işlem yapmalıdır. Kolluğun savcıya bilgi vermemesi, görevin ihmali suçunu oluşturur. Herkesin yakalama yetkisine sahip olduğu hallerde, kolluk görevlilerinin evleviyetle, *a fortiori*, haydi haydi yakalama yetkisi bulunduğu sonucuna varılır. Ancak kolluk görevlileri, herkesten farklı şekilde, suçüstü hali dışında da yakalama yetkisi kullanabilirler. Eğer bir tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren bir durum varsa, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal söz konusuysa ve Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amirine derhal başvurma olanağı bulunmuyorsa, kolluk su-

66 ECtHR, Plonka v. Poland, Application No: 20310/02, 31.03.2009, para.37-38,https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-91927"]}; ECtHR, Panovits v.Cyprus, Application No: 4268/04, 11.03.2009, para.67, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90244 ; ECtHR, S.C. v.UK, Application No: 60958/00, 10.11.2004, para.29, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61826 .

çüstü hali dışında da yakalama yapabilir. Böyle bir durumda, elbette yakalanan kişi ve uygulanan tedbirler savcılığa vakit geçirmeden bildirilmelidir. Tutuklama kararı verilmesini gerektiren durum terimi, CMK m.100'de düzenlenen tutuklama şartlarının somut olayda bulunmasını, yakalama emri düzenlenmesini gerektiren durum ise CMK m.98/2'de belirtilen "Yakalanmış iken kolluk görevlisinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da tutukevi veya ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet savcıları ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilirler" hükmünü ifade eder.

Dikkat: Yakalamada hâkim kararı olmadığından, yakalanan kişinin durumu güvence altında değildir. Kural, kişilerin özgürlüklerinin ancak bir hâkim kararıyla kısıtlanmasıdır, bu nedenle yakalanan kişilerin olabilecek en kısa süre içinde hakim karşısına çıkarılmaları esastır.

Soruşturma veya kovuşturması şikâyete bağlı suçlarda şikâyet yoksa yakalama yapılamaz, ancak takibi şikâyete bağlı suçun çocuklara, beden veya akıl sağlığı, sakatlık veya güçsüzlük bakımından kendilerini idareden aciz kişilere karşı, suçüstü işlenmesi hallerinde şikâyet olmaksızın yapılması mümkündür (CMK m.90/3). Böyle bir durumda, şikâyete yetkili kimseye yakalama işlemi bildirilmeli, kişi şikayetçi olmazsa yakalanan derhal salıverilmelidir (CMK m.96).

Yakalama yetkisinin belli koşullar altında herkese ve görevleri gereği kolluğa verilmiş olması, hakimlerin yakalama konusunda hiçbir yetkileri olmadığı anlamına gelmez. CMK m.98 uyarınca hâkimin yakalama emri düzenleme yetkisi bu-

lunmaktadır. Aslında, ana kural, kişilerin ancak bir hâkim kararı ile, bu karara dayanılarak yakalanabilmesidir, ancak hiçbir hâkim, doğrudan yakalama emri düzenleyemez. CMK m.98/1 uyarınca, şüpheli kişinin öncelikle C. Savcısı tarafından CMK m.145 uyarınca ifade ya da sorguya davet edilmesi, kişinin bu davete uymaması ya da kendisine tebligat yapılamaması gerekir. Böyle bir hâkim kararı varsa, yine yakalama yapılacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli nokta, yakalamayı gerçekleştiren kolluğun elindeki emrin geçerli olup olmamasıdır. Uygulamada pek çok örnekte, polisin kullandığı bilişim sistemindeki kayıtların düzgün tutulmamasından kaynaklı sorunlar görülmektedir. En sık karşılaşılan durum, eski ve yerine getirilmiş bir yakalama emri kaydının sistemden silinmemesi sonucu, kişinin aynı emre dayanarak ikinci defa, ancak bu kez hukuka tamamen aykırı olarak yakalanmasıdır. Oysa, CMK m. 90/6 ile yakalama emrinin yerine getirilmesi ya da çıkarılma amacının ortadan kalkması durumunda emrin derhal hakimlikçe geri alınması gerekli görülmüştür. Uygulamada "sehven, yanlışlık olmuş" denilerek geçiştirilmeye çalışılan bu durumun özellikle kontrol edilmesi, gerçekten silinmesi gerektiği halde silinmeyen bir kayda dayanarak yakalama işleminin gerçekleştirilmiş olduğunun tespiti halinde sorumlular hakkında dava açılması gereklidir.

Yakalamanın en önemli sonuçlarından biri, yakalamayı yapan kolluk görevlisinin yakaladığı kişinin kaçmasını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önleyecek tedbirler almasıdır (CMK m.90/4). Bu tedbirler, kelepçe kullanımı örneğinde olduğu gibi özgürlüğün kısıtlanması sonucunu

doğurabilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, uygulanan tedbirin orantılılığıdır. Yakalanan kişiye bir yerden başka bir yere götürülmesi durumunda kelepçe takılabileceği kanunda belirtilmektedir (CMK m.93). Ancak bunun koşulu, kişinin kaçacağı ya da kendisi veya başkalarına zarar vereceği hususunda belirtiler bulunmasıdır. Böyle belirtilerin bulunmaması durumunda, kelepçe uygulanması hukuka aykırıdır[67]. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) m.18 ve YGİY m.19/1-b,10 ile çocuklara kelepçe takılması yasaklanmıştır. AİHM ayrıca, kişinin aile üyeleri önünde küçük düşürmek maksadıyla belli bir neden olmaksızın kelepçelenmesini de ihlal saymaktadır[68].

Yakalama konusunda dikkatli olunmasını gerektiren bir diğer önemli nokta, yakalama nedeni hakkında kişinin bilgilendirilip bilgilendirilmediğidir. Kişinin mutlaka yakalama nedeni hakkında bilgilendirilmesi gerekir, aksi durum AİHM tarafından AİHS m.5/2'nin ihlali olarak kabul edilmektedir[69].

Yakalama işlemi bir tutanağa da bağlanmalıdır. Tutanakta yakalanan kişinin hangi suç nedeniyle, hangi koşullarda, nerede ve ne zaman yakalandığı, yakalama işlemini kimlerin gerçekleştirdiği, tutanağın kim tarafından düzenlendiği ve yakalanan kişiye haklarının tam olarak anlatılıp anlatılmadığı ya-

67 ECtHR, Erdoğan Yağız v. Turkey, Application No:27473/02, 06.03.2007,para.34,46-47,http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79666.

68 ECtHR, Erdoğan Yağız v. Turkey, Application No:27473/02, 06.03.2007, para.34,46-47, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79666.

69 ECtHR, Fox, Campbell and Hartley v.UK, Application No: 12244-12245-12383/86, 30.08.1990, para.41, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57721.

zılır (CMK m.97). Bu tutanak, yakalanan kişilerin gözaltında kaybedilmesi uygulamasını önlemenin bir yolu olarak öngörülmüştür. Müdafi olarak, bu tutanağın dikkatlice incelenmesi, eksik husus varsa tutacağınız tutanakta belgelenmesi önerilir. AİHM, yakalama işleminin herhangi bir tutanağa bağlanmamış olmasını ihlal kabul etmektedir[70].

3. Yakalamaya Karşı Koyma

Uygulamada neredeyse hiç görülmese bile, yakalamaya karşı koyma davası açılması mümkündür ve işletilmelidir. Yakalamaya karşı koyma için, yakalama yerine en yakın sulh ceza hakimliğine başvuru yapmak gerekir. Başvuru hakkı ise, yakalanan kişiye, müdafiine, kanuni temsilcisine, eşine ve birinci veya ikinci derece kan hısımlarına tanınmıştır (CMK m.91/5). Sulh ceza hâkimi, incelemeyi evrak üzerinden yaparak derhal ve en fazla 24 saat içinde sonuçlandıracaktır. Başvurunun koşulları yerinde görülürse itiraz kabul edilir ve yakalanan derhal soruşturma evrakı ile birlikte C. Savcılığında hazır edilir, koşullar yerinde görülmüyorsa başvuru reddedilecektir.

Yakalamaya itiraz kurumu; bir sonuç alınamayacağı inancıyla pek fazla işletilmemektedir. Oysaki işletildikçe, etkili bir başvuru yolu olması ve sonuç alınması mümkün olabilecektir. İşin sonunda, sanığın beraet etmesi durumunda; bu başvurunun yapılmış olması hem sanığın alacağı tazminatı etkileyebilir hem de yanlış karar veren sulh ceza hakiminin hanesine "bir eksi daha" yazılmış olur. Hemen belirtelim ki, tedbirin uygulanması ayrı, işin sonunda kişinin beraet etmesi ya da

70 ECHR, Kurt v. Turkey, 24276/94, 25.05.1998, para.123-125, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58198.

mahkûm olması ayrı şeylerdir. Hukuka uygun bir yakalama işleminin sonunda kişi beraet edebileceği gibi, hukuka aykırı şekilde yakalanan kişi mahkûmiyet kararı almış olabilir. İleride bu bölümün sonunda, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere; gerek Yargıtay gerek Anayasa Mahkemesi, CMK m.141 çerçevesinde tazminat davasının açılması için, hükmün beklenmesine gerek olmadığını kararlarında belirtmektedirler[71].

71- Anayasa Mahkemesi, her ne kadar Ramazan Aras ve Burak Döner başvurularında, asıl davanın henüz sonuçlanmamış olduğu tutukluluk başvurularında CMK'nin 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkanının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olmadığını söylemişse de, 29 Eylül 2016 tarihli İrfan Gerçek başvurusu ile bu içtihadını değiştirdiğini duyurmuştur. (İrfan Gerçek başvurusu, başvuru no. 2014/6500, 29.09.2016, para. 41) Bu başvuruda Anayasa Mahkemesi, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 29.02.2016 tarihli E. 2015/2851 K. 2016/3143, 14.12.2015 tarihli E. 2014/19906 K. 2015/19237, 29.05.2015 tarihli E. 2015/201 K. 2015/13994, 16.06.2015 tarihli E. 2014/6167 K. 2015/10867, 09.03.2015 tarihli E. 2014/15450 K. 2015/4363 sayılı kararlarına atıf yaparak, asıl davanın sonuçlanması ya da hükmün kesinleşmesi beklenmeden CMK'nin 141. maddesine dayanılarak tazminat talep etmenin mümkün olduğunu söylemiştir. Buna göre, asıl davanın sonuçlanmadığı durumlarda, hukuka aykırı olarak gözaltına alındığını iddia eden (Günay Dağ ve Diğerleri başvurusu, (GK), başvuru no. 2013/1631, 17.12.2015, para. 145); müdafii hazır bulunmadan hakkında tutuklama kararı verilen (Adem Gedik başvurusu, başvuru no. 2013/2950, 14.10.2015, para. 36); yakalama nedenlerinin bildirilmediği (Deniz Özfırat başvurusu, başvuru no. 2013/7929, 01.12.2015, para. 49) ve makul süreyi aşan bir süre tutuklu kalan (İrfan Gerçek başvurusu, para. 45) kişiler Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapmadan önce CMK'nin 141. maddesindeki tazminat yolunu tüketmek zorundadır. **Özellikle Deniz Özfırat başvurusundaki belirlemeden hareketle, yakalama nedenlerinin bildirilme-**

C. Gözaltı

1. Kavram

Gözaltı, kanunun verdiği yetkiye dayanarak, yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, yetkili hâkim önüne çıkarılmasına ya da serbest bırakılmasına kadar kanuni süre içinde, sağlığına zarar gelmeyecek şekilde özgürlüğün kısıtlanıp alıkonması anlamına gelir. CMK m.90'a göre yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığı tarafından bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınır. Gözaltı, yakalamadan ayrı bir koruma tedbiridir[72]. Ceza mu-

miş olması nedeniyle mutlaka yakalamaya itiraz ve arkasından CMK m.141 dolayısıyla dava açmak gerektiği kanaatindeyiz.

72 **Gözaltı**

Madde 91 – (1) Yukarıdaki maddeye göre yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. (Değişik ikinci cümle: 25/5/2005 – 5353/8 md.) Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. (Ek cümle: 25/5/2005 – 5353/8 md.) Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz.

(2) Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığına bağlıdır.

(3) Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhâl tebliğ edilir.

(4) (Ek: 27/3/2015-6638/13 md.) Suçüstü hâlleriyle sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mül-

hakemesinde koruma tedbiri kararı ancak hâkim tarafından

ki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir. Gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması hâlinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhâl ve her hâlde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına, yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa yukarıdaki fıkralara göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından gözaltına alınan kişiler hakkında da gözaltına ilişkin hükümler uygulanır.

a) Toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar.

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

1. Kasten öldürme (madde 81, 82), taksirle öldürme (madde 85),

2. Kasten yaralama (madde 86, 87),

3. Cinsel saldırı (madde 102),

4. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

5. Hırsızlık (madde 141, 142),

6. Yağma (madde 148, 149),

7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

8. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (madde 195),

9. Fuhuş (madde 227),

10. Kötü muamele (madde 232),

c) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer alan suçlar.

d) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen suçlar.

alınabilir. Gecikmeli hallerde C. Savcısının koruma tedbirine başvurması kolluğa "emir" vermesi yolu ile gerçekleştirilir. Ancak, yasakoyucu gözaltı tedbirinin sonuçlarının ağırlığını dikkate alarak ve C. Savcısının da verdiği emrin önemine göre davranıp düşünmesini sağlamak bakımından, gözaltı "kararı" verileceğini öngörmüştür. Bu aynı zamanda C. Savcısının kolluk üzerindeki otoritesini de pekiştiren bir yaklaşımın göstergesidir. CMK m.91/2'de gözaltı şartları hususunda "bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olması ve kişinin suç işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı" aranmaktadır.

e) 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme.

f) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen suçlar.

(5) Yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, yakalanan kişi, müdafii veya kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımı, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilir. Sulh ceza hâkimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhâl ve nihayet yirmidört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Yakalamanın veya gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına varılırsa başvuru reddedilir ya da yakalananın derhâl soruşturma evrakı ile Cumhuriyet Savcılığında hazır bulundurulmasına karar verilir.

(6) Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamaz.

(7) Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur.

21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 6'ncı maddesiyle bu fıkrada yer alan "işlediğini düşündürebilecek emarelerin" ibaresi "işlediği şüphesini gösteren somut delillerin" şeklinde değiştirilmiştir. Önceden "emare" sözcüğünün kullanılmasıyla basit şüphe eşik olarak belirlenmişken, yapılan değişiklik ile doğru orantılı olarak ve gözaltı işlemi aslında özgürlüğü bağlayıcı bir tedbir olduğundan makul suç şüphesi aranmalıdır[73].

Yeri gelmişken, ceza muhakemesi hukukunda şüphenin derecelerine de kısaca değinmemiz gerekir. Bir kişinin fiili işlediği konusunda herhangi bir emare, **basit şüpheye** karşılık gelir. **Makul şüphe**, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir[74]. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen somut olguların bulunması gerekir. Örnek olarak, bir arabayı durduran polisin koltuğun üzerinde bir mermi bulunduğunu görmesi, bu somut olguya dayanarak arabada silah da bulunabileceği makul şüphesiyle arama yapması verilebilir. AİHM, makul şüpheyi "tarafsız üçüncü bir kişiyi, ilgili kişinin suç işlemesinin mümkün olduğuna ikna etmeye yetecek ölçü ve nitelikte şüphe" olarak tanımlamaktadır[75]. Bir kişinin, bir fiili işlemiş olma olasılığının, işlememiş olma olasılığından fazla olduğu durumlarda **yeterli şüpheden** söz edilir. İddianamenin yazılması için yeterli şüphe gerekir. Bir kişinin söz konusu fiili işlediği hususunda kuvvetli bir olasılık söz konusu ise, bu durumda **kuvvetli şüphe** vardır.

73 Toroslu/Feyzioğlu, s.238; Yurtcan, s.355, Centel-Zafer, s. 321.

74 AÖAY, m.6.

75 CtHR, Fox, Campbell and Hartley v.UK, Application No: 12244-12245-12383/86, 30.08.1990, para.32, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57721.

Tutuklama, yakalama, gözaltı gibi özgürlüğü sınırlandıran tedbirlerde, kural olarak kuvvetli şüphenin varlığı aranır.

Cumhuriyet savcısı, gözaltı için sözlü ya da yazılı şekilde emir verebilir. Savcının yakalama karşısında herhangi bir işlem yapmaması da gözaltı kararı anlamına gelir, çünkü YGİY m.13'de "yakalanan kişi hakkında savcılıkça bırakılması emredilmezse, gözaltına alınır" hükmü bulunmaktadır. Oysa, CMK m.91/1 ile, "yakalanan kişi 'bırakılmazsa' C. Savcısı tarafından gözaltına alınmasına karar verilebilir" denmektedir. YGİY m.13'deki düzenlemenin diğer bir nedeni ise, CMK ile C. Savcısına doğrudan yakalama emri verme yetkisinin tanınmamış olmasıdır. C. Savcısının bir kişi hakkında yakalama tedbirine başvurulmasını sağlaması için, CMK m.145'e göre; öncelikle şüpheliyi ifadeye çağırması gerektiği, çağrı yanıtsız kalır ya da gerçekleştirilemezse CMK m.98/1 uyarınca tali ceza davası açılarak, sulh ceza hakiminden yakalama emri düzenlemesini isteyebileceğine yukarda dikkat çekilmişti. C. Savcısı ancak yakalanmış olup da kolluğun elinden kaçan şüpheli/sanık ile tutuklanmış olup da ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu/hükümlü hakkında doğrudan yakalama emri çıkarabilir. Zaten kolluk amiri de bu yetkiye sahiptir. Kolluk ise, PVSK m.13/A ve CMK m.90/2 uyarınca; kişileri doğrudan yakalama yetkisine sahiptir ve bu bakımdan C. Savcısına göre daha geniş bir yetkiye sahipmiş gibi görünür. Ancak, kolluğun yakalama tedbirine yasaya uygun olarak başvurup başvurmadığını, CMK m.161 ve 164/2 uyarınca adli amiri olan C. Savcısı denetleyecektir ve bu nedenle CMK m.91/1 ile, yakalanan kişilerin serbest bırakılıp bırakılmayacağına karar verme yetkisi mün-

hasıran C. Savcısına tanınmıştır. Kolluk kendiliğinden salıverme yetkisine sahip değildir, C. Savcısından emir almadıkça yakaladığı kişileri bırakamaz, ancak tüm bunlara karşın, özgürlüğün esas, tutmanın istisna olduğu bir hukuk düzeninde, savcının suskunluğunu kişinin tutulması biçiminde değerlendiren bu yönetmelik hükmü eleştirilmelidir. Özgürlükten yoksun bırakan bir karar, susarak değil, hangi zorunluluk nedeni ile sözkonusu tedbire başvurulduğunun gerekçeli biçimde açıklanması ile verilebilir. Tıpkı, CMK m.101 ile tutuklama isteminde hukuki ve fiili gerekçe gösterilmesinde olduğu gibi. PVSK m.2/2, kolluk amirinin yakalama emrini sözlü olarak verebileceğini öngörmektedir.

Cumhuriyet savcısının kararı olmaksızın, soruşturma evresinde kolluğun kendiliğinden gözaltı işlemi yapması mümkün değildir. Bu kuralın tek istisnası, kamuoyunda İçgüvenlik Yasası olarak bilinen 6638 sayılı Kanun ile düzenlenen; CMK m.91/4'de belirtilen suçüstü halleriyle sınırlı olan ve mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından 24 saate kadar; şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylarda veya toplu olarak işlenen suçlarda 48 saate kadar verilebilen gözaltı kararıdır. Gözaltı işlemlerinin denetimini görevlerinin gereği olarak, *ipso iure*, Cumhuriyet Başsavcıları veya görevlendirecekleri savcılar yaparlar. CMK m.92 uyarınca, her gözaltı işlemi, alınan kişinin kimlik bilgileriyle beraber gözaltına alınma neden ve süreleri Nezarethaneye Alınanlar Defterine kaydedilir. Gözaltındaki müvekkiliyle görüşmek üzere polis merkezine giden avukatın ilk yapması gereken işlerden biri, bu defteri

dikkatlice kontrol etmek olmalıdır.

2. Gözaltı Süresi ve Şekli

Gözaltı süresi, kural olarak kişinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkeme önüne götürülmesi için zorunlu süre hariç, 24 saati geçemez. Bu durum kural olmakla beraber, istisnaları kuralın önüne geçmiş durumdadır. İstisnaların ilki toplu suçlarla ilgilidir. CMK m.2/1-k uyarınca toplu suç kavramı, aralarında iştirak iradesi bulunmasa bile üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçları ifade eder. Toplu suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedenleriyle, savcılık tarafından gözaltı süresinin her defasında bir günü geçmemek üzere üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak karar verilebilir. Toplu suçlarda gözaltı süresi en fazla 4 gün olabilir.

Gözaltı konusundaki, kuralın önüne geçen diğer istisna ise, 7145 sayılı kanunla Terörle Mücadele Kanunu'na (TMK) eklenen geçici 19. maddeden kaynaklanmaktadır. Buna göre, 31.07.2018 tarihinden başlayarak üç yıl süre ile terör suçlarında (TCK'da yer alan devlete karşı işlenen suçlar, TMK kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti çerçevesinde (TCK m.220) işlenen suçlar bakımından) gözaltı süresi yol hariç 48 saat, toplu olarak işlenen suçlarda ise 4 günü geçmeyecek şekilde düzenlenmiştir. "Delillerin toplanmasındaki güçlük veya dosyanın kapsamlı olması" nedeniyle süre en fazla iki defa uzatılabilecektir. Yani toplu olarak işlenen terör suçlarında süre 12 güne kadar uzayabilir. Bu durum AİHS'e doğrudan aykırıdır. AİHM, Brogan ve diğerleri/İngiltere kararında 4 günden fazla sürelerin AİHS m.5 kapsamında ihlal oluşturduğu sonucuna

varmıştır[76].

Gözaltı süreleri azami süreler olup, daha erken işlemlerin bitirilmesi durumlarında sürenin sonuna kadar beklenmesi hak ihlali anlamına gelir. İşlemlerin en kısa sürede bitirilmesi esastır. AİHM, 18 yaşından küçük şüphelilerin 3 gün 9 saatlik gözaltı süresini ilk bakışta, *prima facie,* hukuka uygun görünse bile, şüphelilerin küçük olduğu, bu süre içinde yalnızca ifade alma işlemi yapıldığı, neden süre uzatımında bulunulduğu konusunda tatmin edici bir açıklama yapılamadığı gerekçesiyle ihlal kabul etmektedir[77].

Gözaltı işlemleri sırasında, şüphelinin kimliği tespit edilir, ifadesi ve parmak izi alınır, yer gösterme veya teşhis etme işlemleri yaptırılabilir. Gözaltı kararı üzerine, şüphelinin gözaltına alınma anındaki şartlarını belirlemek amacıyla sağlık kontrolünden geçirilmesi zorunludur. Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi durumunda da bu kontrol tekrarlanır. Uygulamada sıklıkla sağlık kontrolü esnasında polislerin de muayene odasında bekledikleri bilinmektedir. Böyle bir durumda şüphelinin işkenceye uğradığı bilgisini sorumlu hekimle paylaşması çok zordur. Sorumlu hekimin talebi olmadıkça, sağlık kontrolü sırasında kolluk kuvvetlerinin muayene odasında bulunması kabul edilemez, ki doktorun böyle bir talebinin de YGİY m.9 uyarınca tutanağa bağlan-

76 ECtHR, Brogan and Others v. The United Kingdom, Application No:11209/84, 29.11.1998, para.53-62, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57450.

77 ECtHR, İpek and others v. Turkey, Application No:17019/02, 30070/02, 03.02.2009, para.36-37, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91063.

ması gereklidir. Böyle bir tutanağın bulunmadığı durumlarda, durum tutulacak bir karşı tutanak ile belgelendirilebilir. Muayene sırasında iki polis memurunun muayene odasında bulunmasını AİHM ihlal kabul etmiştir[78]. Mahkeme ayrıca tüm bu muayene usulünün İstanbul Protokolüne uygun olmasını da aramaktadır[79]. İlgili raporların usulüne uygun olarak tutulmamış olması da ayrıca ihlal nedenidir[80].

YGİY m.10 uyarınca yakalanan veya gözaltına alınan şahıslar, nezarethaneye konulmadan önce aranırlar. Bu arama sırasında, kişinin kendisine zarar verebileceği gerekçesiyle kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesneler alınır ve üzerinden çıkan eşya ve para muhafaza altına alınır.

Nezarethaneye giriş işlemlerinin şekli açısından çok dikkatli olmak gerekir. Nezarethane defterindeki kayıtların doğruluğu AİHM tarafından çok önemsenmektedir. Bu defterdeki kayıtların hiç olmaması, düzgün tutulmamış olması, kayıtlarda tahrifat yapıldığını düşündürten noktalar bulunması; AİHS m.5/1 bağlamında ihlal kabul edilmektedir[81].

78 CEDH, Mehmet Ali Okur c. Turquie, Requete No:31869/06, 17.01.2012, para.58, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108694 (Fr), s.8, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-123701 (Tr).

79 CEDH, Mehmet Ali Okur c. Turquie, Requete No:31869/06, 17.01.2012, para.61, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108694; İstanbul Protokolü için bkz. Adli Tıp Uzmanları Derneği, https://www.atud.org.tr/wp-content/uploads/2016/07/istanbul_protokolu.pdf , (22.03.2020).

80 CEDH, Alkes c. Turquie, Requete No: 3044/04, 16.02.2010, para.39, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97295 (Fr), s.6 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120840 (Tr).

81 ECtHR, Kurt v. Turkey, 24276/94, 25.05.1998, para.123-125, http://

Nezarethane koşulları açısından da bir değerlendirme yapmak gerekirse, ülkemizde nezarethanelerin fiziksel koşullarının uluslararası standartların altında olduğunu söylemek yanlış olmaz. Doğal ışıklandırması olmayan, yeterli havalandırılmayan, yetersiz yatak, yetersiz yemek, hijyen koşullarının sağlanamadığı ortamlar yaygındır. Nezaret yerleri, genel anlamıyla standartlara uygun biçimde inşa edilmediklerinden, gerekli fiziki ve diğer maddi koşulları karşılamaktan uzaktırlar. AİHM'e göre, alıkonma koşullarındaki uygunsuzluk -soğuk, karanlık ve rutubetli, yeterli yatak, yiyecek ve hijyen olanaklarından yoksun mekanlar- ihlal nedenidir[82].

Son olarak, şüphelinin dışarıyla irtibatı hususuna da değinmemiz gerekir. Gözaltı sırasında, gözaltına alınan kişinin dışarıyla irtibatının tamamen kesilmesi ya da tecrit durumu *(incommunicado),* AİHM tarafından kesinlikle AİHS m.3'ün ihlali olarak değerlendirilmektedir[83].

3. Yeniden Yakalama ve Gözaltına Alma Yasağı

CMK m. 91/6'ya göre, gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hakiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında, yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve savcılık kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama yapılamaz. Bu hükmün varlık nedeni, *ratio legis*'i, gözaltı sürelerinin kısalığı gerekçesiyle ya da süre

hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58198.

82 ECtHR, Elçi and others v. Turkey, Application No: 23145/93, 25091/94, 13.11.2003, para.641, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61442.

83 CEDH, Sadak c. Turquie, Application No: 25142/94, 27099/95, 08.04.2004, para. 45-47, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66257.

uzatma talebine itirazın reddi durumunda; yakalama ve gözaltı kurallarının arkadan dolaşılmasını önlemektir. Hükme göre, kişi serbest bırakıldıktan sonra yeniden yakalama veya gözaltı için yeni delil elde edilmiş olmalıdır ve bu delilin kişinin yakalanmasını veya gözaltına alınmasını haklı gösterecek yeterlilikte olması gerekmektedir. Yine hükme göre, yeniden yakalama kolluk tarafından kendiliğinden yapılamaz; mutlaka savcılığın yazılı emri olması gerekir. Bu hüküm de, -yeni delil elde edilmesi koşuluna bağlı olarak- C. Savcısına doğrudan yakalama yetkisi tanımakla "istisnai" bir nitelik taşımaktadır.

4. Kabahatler Kanunu Çerçevesinde Gözaltı

Kabahatler Kanunu m.40/1'e göre; kimlik bilgisini kolluğa vermeyen veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kimseye para cezası verilir. Maddenin 2. fıkrasına göre, kişinin açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla kimliği belirlenemeyen kişi hakkında, Cumhuriyet Savcısına haber verilerek kimliği anlaşılıncaya kadar gözaltı ve gerekirse tutuklama işlemi yapılabilir. Kişinin kimliğinin belirlenmesi durumunda gözaltı veya tutuklamaya derhal son verilir.

Uygulamada sıklıkla, kişinin kimliğinin yanında olmadığını, kendisiyle birlikte gelinmesi durumunda hemen ibraz edebileceğini belirtmesine rağmen gözaltı işlemi yapıldığı gözlenmektedir. Belirtmemiz gerekir ki, Kabahatler Kanunu'ndaki bu hüküm, AİHM'in koyduğu kriterler çerçevesinde açıkça oranlılık ilkesine aykırıdır. TCK ya da başkaca özel bir kanunda; "kimliksiz gezmek" diye bir suç düzenlemesi bulunmadığı gibi, bazı özel durumlarda kişinin kimliği hakkında-

ki bilgilere yanıt vermesi, Anayasa m.38/5 ile güvence altına alınan "kendini ve yakınlarını suçlamama" hakkının ihlaline yol açabilir. Diğer yandan CMK m.100 ile belirlenen koşullar gerçekleşmeden, hiçbir hâkim hiçkimse hakkında tutuklama kararı veremez.

Ç. Tutuklama

1. Kavram

Suçlu olduğu konusunda henüz kesin hüküm bulunmayan, ancak suç işlediği konusunda hakkında kuvvetli şüphe bulunan kişinin özgürlüğünün hâkim kararıyla sınırlandırılmasına "tutuklama" denir[84]. Kişiyi özgürlüğünden yoksun bıraktığı için en ağır koruma tedbiridir.

AİHS m.5'e göre, *"herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir; kişinin suç işlediği yolunda haklı kuşkular üzerine yetkili yasal makam önüne getirilmesi, suç işlenmesini ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak üzere haklı nedenlerle zorunlu sayıldığında, bir kimse yasal olarak tutuklanabilir; tutuklanan herkesin anladığı dilde tutuklanma nedeni ve kendisine yöneltilen suçlamalardan en kısa sürede bilgilendirilmesi zorunludur; tutuklu hemen bir hakim ya da yargı gücünü yasayla kullanmaya yetkili kılınmış görevliler önüne çıkarılmalıdır; tutuklama kararına karşı itiraz etme hakkı vardır; makul bir süre içinde yargılanma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya, kanun dışı tutuklama halin-*

84 Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok, s.458; Ünver/Hakeri, s.354; Yenisey/Nuhoğlu, s.345; Tuğrul Katoğlu, Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar, ABD, 2011, S.4, s.17; Devrim Aydın, Tutuklama, TBBD, 2001, S.3, s.881.

de ise tazminat istemeye hakkı vardır."

Anayasa m.19/4 ise, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklama yapılabileceğini belirtmektedir.

CMK m.100'e göre, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir.

Tutuklama bir ceza değildir, bir tedbirdir. Kişi özgürlüğünü sınırlandırması nedeniyle son çare, *ultima ratio* olarak başvurulması zorunludur. Son derece sıkı şartlara bağlanmış bir müessese iken, uygulamada halen suçluluğu kesinleşmemiş şüpheliyi suçluymuşçasına cezalandırmak amacıyla, kalıplaşmış ve hiçbir somutluğu bulunmayan soyut gerekçelerle, peşin bir cezalandırma şekli olarak uygulandığı gözlenmektedir. Adalet Bakanlığı verilerine göre, 2002 yılında yaklaşık 24500 tutuklu varken bu sayı 2005 yılında 31000'e, 2018 yılında ise 67000'e yükselmiştir[85]. Mart 2020 itibariyle bu sayı 59000'dir. 2002-2018 arası tutuklu sayısındaki artış oranı %181'dir. Aynı dönemde Türkiye'deki nüfus artış hızı %1,3'tür. 2018 yılı itibariyle günde ortalama 115 kişi tutuklanmaktadır[86].

85 CHP milletvekili Gamze Akkuş İlgezdi'nin Adalet Bakanlığı'na yazılı soru önergesine verilen yanıt https://www.evrensel.net/haber/353830/tutuklu-sayisi-16-yilda-4-kat-artti (26.03.2020).

86 Ceza İnfaz Kurumları İstatistikleri, TÜİK, http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30597 (26.03.2020); Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü 2018 Yılı Adli İs-

Tutuklama kurumunun cezalandırma amacıyla kullanımının en önemli nedenlerinden biri, tutuklamanın şüphelinin veya üçüncü kişilerin ifadelerini etkileme yöntemi olarak, soruşturma veya kovuşturmayı kolaylaştırmak için kullanılıyor oluşudur. CMK m.100/1'e göre, "işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez." Oranlılık ilkesinin bir başka görünüşü olan bu kural doğrultusunda, aslında tutuklama kararı verilirken işin önemi veya ceza beklentisi dışında, tutuklamanın birey üzerindeki bütün etkileri değerlendirmeye alınmalıdır. Kişinin sağlığına, ailevi durumuna, işine ve ekonomik durumuna, ticari varlığına ve toplum içindeki imajına yapılacak etki, oranlılık konusunda değerlendirilmelidir. Tutuklama koşullarının olay üzerinde bireyselleştirilmesi gerekir. AİHM'e göre "hâkim, hürriyetin sınırlandırılmasında hukuka uygunluk şartlarını değerlendirirken, gerekçelendirilecek somut olayları önemsiz olarak değerlendiremez veya değerlendirme dışı tutamaz"[87].

2. Tutuklama Şartları

Tutuklama şartları, CMK m.100'de belirlenmektedir[88].

---

tatistikler http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1982019170455istatistik2018.pdf (26.03.2020); Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü 2018 Yılı Adalet İstatistikleri http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1792019103654adalet_ist_2018.pdf (26.03.2020).

87 ECtHR, Nikolova v. Bulgaria, Application No: 31195/96, 25.03.1999, para.16, 61, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58228 .

88 **Ceza Muhakemesi Kanunu**

Tutuklama nedenleri

Madde 100 – (1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma, Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),

2. (Ek:6/12/2019-7196/58 md.) Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80)

3. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

4.(Ek: 6/12/2006 – 5560/17 md.) Silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87),

5. İşkence (madde 94, 95)

6. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

7. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

8.(Ek: 6/12/2006 – 5560/17 md.) Hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149),

9. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

10. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar

Maddeye göre birtakım tutuklama şartları belirlenmiştir, ancak tüm bu şartlar gerçekleşse bile, tutuklama zorunlu bir tedbir değildir; yani bu şartların gerçekleşmesi durumu illa tutuklama kararı verileceği anlamına gelmez.

---

hariç, madde 220),

11. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),

12. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

b) 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.

d) 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

f) 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 110 uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

g) (Ek: 27/3/2015-6638/14 md.) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinde sayılan suçlar.

h) (Ek: 27/3/2015-6638/14 md.) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen suçlar.

(4) (Değişik: 2/7/2012-6352/96 md.) Sadece adlî para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.

Tutuklama şartlarından ilki, kuvvetli suç şüphesi uyandıran somut delillerin bulunmasıdır. Kanun koyucu, 2014 yılında 6526 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle "somut olguların" ibaresini "somut delillerin" ibaresiyle değiştirmiştir. Uygulamada verilen hatalı tutuklama kararlarını bir türlü dengeleyemeyen kanun koyucu, AİHM'den daha fazla tazminat mahkumiyeti almamak adına, pratikte bir anlam ifade etmeyen değişiklikle hakimlere adeta "öyle hafif emarelerle olmaz, ciddi delil ortaya konulması gereklidir" demektedir. Aslında somut olgu demek, somut delil demektir[89]. Basit, makul ya da yeterli şüphe değil, kuvvetli şüphe aranmasının elbette bir nedeni vardır. Tutuklama kararı için acil ve zorlayıcı bir şüphenin bulunması gerekir. Bu acil ve zorlayıcı, aynı zamanda da somut olgulara dayanan şüphenin oluşup oluşmadığı; olay özelinde hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Belirtmek gerekir ki, ülkemizde hakimler arasında, hatta aynı hâkimin farklı dosyalarda verdiği kararlar arasında bile, bu konuda bir istikrara rastlamak oldukça zordur. Örneğin bir sulh hakiminin kuvvetli şüphe bulduğu olayda, Anayasa Mahkemesi hukukumuzda daha aşağıda bir seviyeyi ifade eden makul şüphe dahi bulmayabilir[90]. Burada dikkat edilmesi gereken, AİHM'in deyimiyle aslında tarafsız bir üçüncü kişiyi ikna edebilecek şüphe seviyesine ulaşılmasıdır. Gerçekten de AİHM'e göre, AİHS m.5 bağlamında tutuklama kararı verilebilmesi için makul şüphenin söz konusu olması gerekir. İlk bakışta CMK'nın belirlediği şüphe seviyesinin

89 Yurtcan, s.330; Toroslu/Feyzioğlu, s.220.

90 Anayasa Mahkemesi, Mehmet Hasan Altan Başvurusu, Başvuru No: 2016/23672, 11.01.2018, para.127-151, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2016-23672.pdf.

altında bir seviyede şüphe arıyormuş gibi görünen AİHM'e göre, eldeki somut olgular (vakıalar) tarafsız bir üçüncü kişiye gösterildiğinde suçun işlendiği yönünde ikna olabilmesi gerekir[91]. Bu olguların suça dair kesin deliller olması elbette gerekmemektedir[92], ancak hiçbir somutluğu olmayan, somut olayla ilişkisi kurulamayan, birbirinin aynı basmakalıp ifadelerin tekrarlandığı ya da sanığın suçu işlediği hususunda hiçbir anlam ifade etmeyen ifadelerin de makul şüphe, dolayısıyla da tutuklama gerekçesi yapılması kabul edilemez[93]. CMK, tutuklama kararında kuvvetli suç şüphesi arayarak bu eşiği daha da yükseğe taşımaktadır. İster makul ister kuvvetli şüphe aransın, önemli olan eldeki olguların objektif bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde suç işlendiği hususunda somut, geçerliliği olan ve yüksek bir şüphe yaratmasıdır.

91 ECtHR, Fox, Campbell and Hartley v.UK, Application No: 12244-12245-12383/86, 30.08.1990, para.32, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57721; O'Hara v.UK, Application No: 37555/97, 16/10/2001, para.34, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59721.

92 ECtHR, Ferrari-Bravo v.Italy, Application No: 9627/81, 14.03.1984, p.37, para.3, https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-73443&filename=FERRARI-BRAVO%20v.%20ITALY.pdf; ECtHR, Schertenlieb v. Switzerland, Application No: 8339/78, 12.07.1979, p.218, para.1, https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-74732&filename=SCHERTENLEIB%20v.%20SWITZERLAND.pdf.

93 ECtHR, Bykov v. Russia, Application No: 4378/02, 10.03.2009, para.66, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91704; ECtHR, Mamedova v. Russia, Application No: 7064/05, 01.06.2006, para.78-80, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75646 ; ECtHR, Ignatov v. Ukraine, Application No:40583/15, 15.12.2016, para.36, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169524.

Kanunumuz tutuklama kararı için kuvvetli şüpheden başka, bir de olayda bir tutuklama nedeni bulunması şartını aramaktadır. Yalnızca kuvvetli şüphenin bulunduğu ancak tutuklama nedenlerinden birinin bulunmadığı bir olayda tutuklama yapılamaz. Tutuklama nedenleri ise CMK m.100/2'de; kaçma, delilleri karartma şüphesi ve tutuklama nedeni varsayılabilen durumlar olarak gösterilmektedir. AİHM'e göre tutuklama kararının gerekçesinde; elde edilen olguların gösterdiği makul suç şüphesi -CMK'ya göre kuvvetli suç şüphesi- ve tutuklama nedenlerinden birinin varlığı gösterilmelidir[94]. Elbette bu iki şart çerçevesinde, tutukluluğun hukukiliği soyut olarak değil somut olayın koşulları içinde incelenecektir. Tutuklama nedenlerinin varlığını ispat yükü, tutuklananın üzerinde değil, tutuklamayı yapan ve salıvermeyen resmi makamların üzerindedir[95].

Tutuklama konusunda AİHM'in getirdiği bir başka koşul ise, şüpheli ya da sanığa isnat edilen suçun ağırlığının tek başına tutuklama için yeterli bir neden olmadığıdır. Mahkemeye göre ilgili suçun cezasının ağırlığı, tutuklama nedenlerine karine teşkil etmez. Mutlaka tutuklama nedenlerinin varlığının somut olay üzerinden tartışılması ve gerekçelendirilmesi gereklidir[96].

94 ECtHR, Labita v. Italy, Application No:26772/95, 06.04.2000, para.153, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58559 ; ECtHR, Boicenco v. Moldova, Application No: 41088/05, 11.07.2006, para.141, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76295.

95 ECtHR, Moiseyev v. Russia, Application No: 62936/00, 09.10.2008, para.154, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88780.

96 ECtHR, Mamedova v. Russia, Application No: 7064/05, 01.06.2006, para.74, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75646 ; ECtHR, Panc-

Tutuklama nedenleri konusundaki bu genel açıklamalardan sonra, özel olarak belirlenen üç tutuklama nedenine daha yakından bakalım.

a. Kaçma Şüphesi

CMK m.100/2-a bendinde düzenlendiği üzere, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması, tutuklama nedenlerinden ilkidir. Kaçma şüphesinden gerçek anlamda söz edebilmek için soyut bir şüphe yeterli değildir; mutlaka şüphenin somut olgulara dayanması gerekir. Örneğin sanığın yurt dışına çıkmak üzere vize talebinde bulunması, kaçma şüphesini ortaya çıkaran somut bir olgudur. Kaçma şüphesi değerlendirilirken, somut olayın koşulları dikkate alınmalıdır. Şüpheli ya da sanığın kişiliği, maddi durumu, yaşam şartları, isnat edilen suçun ne olduğu, suçun işlenmesinden sonraki davranışları mutlaka göz önünde bulundurulmalı, kaçmayacağını gösteren olgular da değerlendirmeye alınmalıdır[97]. Kuvvetli aile bağları, sabit bir mesleğinin oluşu, ilerlemiş yaş, kaçmayı engelleyecek kötülükte sağlık durumu veya devam eden düzenli tedavi veya suçun mahkeme önünde ikrar edilmiş olması; kaçmama ko-

henko v. Russia, Application No: 45100/98, 08.02.2005, para. 102, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68148 ; ECtHR, Goral v. Poland, Application No:33654/97, 30.10.2003, para.68, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61415 ; ECtHR, Ilijkov v. Bulgaria, Application No: 33977/96, 26.07.2001, para.81, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59613 ; ECtHR, Kovyazin and Others v. Russia, Application No: 13008/13, 60882/12, 53390/13, 17.09.2015, para.84-85, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157283.

97 ECtHR, W. v. Switzerland, Application No: 14379/88, 26.01.1993, para.33, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57817.

nusunda olgular olabilecekken, sağlam bir ailevi veya mesleki bağının bulunmaması, sıkça ikametgah veya işyeri değiştirmesi, belirli bir konut veya ikametgahının bulunmaması, sahte isim veya kimlik belgesi kullanılması, ceza alması durumunda büyük bir ekonomik veya sosyal çöküntüyle karşılaşacak olması veya daha önce bir başka davada kaçmış olması, kişinin kaçacağı yönünde somut olgular olarak karşımıza çıkabilir[98].

AİHM'e göre; kaçma tehlikesi için, öngörülen cezanın ağırlığı önemli bir kriter olsa da tek başına yeterli değildir. Bir takım yanal nedenlerle bu görüş desteklenmelidir[99]. AİHM aynı kararda "delil durumu" ifadesinden suça ilişkin ciddi göstergelerin mevcut olduğu ve devam ettiği algısının oluştuğunu, ancak somut bir olgu gösterilmediğini belirtmektedir. Gerçekten de pek çok tutuklama kararında soyut bir "delil durumu" ifadesiyle geçiştirilen, hangi delillere dayanıldığının hiç tartışılmadığı sıklıkla vakidir. AİHM bu durumu m.5/3'ün ihlali sayar[100].

98 Centel/Zafer, s.351, Ünver/Hakeri, s.359.

99 ECtHR, Mansur v. Turkey, Application No:16026/90, 08.06.1995, para.55, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57932.

100 ECtHR, Mansur v. Turkey, Application No:16026/90, 08.06.1995, para.56, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57932 ; Faruk Turhan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi Ve Türk Hukuku, SÜHFD, Y.2001, C.9, S.3-4, s.87, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262192 . Kararın kimi yayınlarda hatalı olarak "AİHM,….. başvuru sahibinin kaçması riskini doğuracağını tespit etmiştir" biçiminde yanlış okunması ve yorumlanması söz konusudur. Dileriz sonraki baskılarda bu hatalar giderilir. Hatalı okumalar için bkz. Mustafa Tarık Şentuna, Tutuklama ve Adi Kontrol, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s.40 vd; Ali Parlar/ Mustafa Öztürk, Ceza Yargılamasında Tutuklama, Yakalama, Gözaltı

İştirak halinde işlenen suçlarda bir sanığın kaçma şüphesi, diğerleri için karine teşkil etmez. AİHM'e göre; her sanık için kişisel ve ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır[101]. Bir başka kararında AİHM, gizli servis tarafından mahkemeye sanığın kaçma riskinin bulunduğu, akrabalarını gayrimenkul satmaları ve döviz almaları konusunda uyardığının bildirilmesi karşısında, bu durumun ilk başta bir kaçma şüphesi yaratmasının kabulünü gerektirdiği; ancak tutukluluğun süresinin uzamasının aynı zamanda gelen istihbarat bilgisinin herhangi bir delille desteklenmemiş olması (satış sözleşmesi kopyaları, mülkiyetin devrini gösteren belgeler, yabancı para satın alındığına dair banka kayıtları gibi) karşısında yargı makamlarına istihbari bilginin doğruluğunu kanıtlama konusunda zaman da tanındığını, oysa ki dosyada böyle bir kanıt bulunmadığı, kaçma şüphesinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir[102].

Mahkemeye göre kaçma şüphesi belirlenirken mutlaka sanığın karakteri ve ahlaki değerleri, maddi durumu, Devletle kurduğu ilişkiler ve uluslararası bağlantıları göz önünde bulundurulmalıdır[103].

Yabancı sanığın kaçma olasılığına ilişkin olarak, kişinin yabancı uyruklu olması, kişisel bağları, bulunduğu ülkede bir ikametgahının bulunmaması ve sıklıkla seyahat etmesi ilk baş-

---

ve Adli Kontrol, Aristo Yayınları, İstanbul, 2019, s.100.

101 ECtHR, Mamedova v. Russia, Application No: 7064/05, 01.06.2006, para.76, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-75646.

102 ECtHR, Aleksandr Makarov v. Russia, Application No: 15217/07, 12.03.2009, para.124-128, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91758.

103 ECtHR, Smirnova v. Russia, Application No: 46133/99, 48183/99, 24.07.2003, para.60, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61262.

ta haklı bir şüphe doğurabilir. Ancak AİHM'e göre tüm bu nedenler başlarda kaçma riskini gösterse de uzun tutuklukta tek başlarına yeterli değildir. Aynı şekilde kişinin yabancı olması ya da alacağı ceza miktarının yüksekliğini AİHM tek başına peşinen yeterli görmemektedir[104].

b. Delilleri Karartma Şüphesi

Kaçma şüphesinden başka, şüpheli ya da sanığın serbest kalması durumunda delilleri karartma olasılığının bulunması da, CMK m.100/2-b'ye göre bir tutuklama nedenidir. Delilleri karartmadan anlaşılması gerekeni kanun açıklamaktadır. Buna göre, şüpheli ya da sanığın delilleri yok etme, gizleme, değiştirme ya da tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapma girişiminde bulunması, delillerin karartılması çabası olarak anlaşılmalıdır.

Çok önemli bir nokta olarak belirtmek gerekir ki, kaçma olasılığı tutuklama nedeninden farklı olarak kanun koyucu, delilleri karartma şüphesinin varlığını kuvvetli şüpheye bağlamıştır. Delilleri karartma şüphesi bölümünde ayrıca kuvvetli şüphenin varlığından söz edildiği için, bu nedene dayalı olarak verilen tutuklama kararlarında hem sanığın suçu işlediği hususunda kuvvetli şüphe hem de aynı kişinin delilleri karartacağı hususunda kuvvetli şüphe ayrı ayrı aranmalıdır[105].

AİHM uygulamasında, sanığın yakalanmasından önce ve sonra sistematik olarak muhasebe kayıtlarını değiştirme ya da

104 CEHD, Erdem c. Allemagne, Requete No:38321/97, 05.07.2001, para.44, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-64115.

105 Yenisey/Nuhoğlu, s.350; Ünver/Hakeri, s.359; Toruslu/Feyzioğlu, s.220.

silme niyeti, serbest kalması durumunda altmıştan fazla şirketin sahibi olarak altında çalışanların üzerlerindeki etkisini kullanarak henüz ortaya çıkmamış ama varlığı ortaya çıkan belgelerden anlaşılabilen delilleri yok edebileceği, sahte delil üretebileceği ya da tanıkları etkileyebileceği olasılıkları, delilleri karartma kuvvetli şüphesi için yeterli kabul edilmiştir[106].

Önemle belirtmek gerekir ki, tüm deliller toplanmışsa, bir başka deyişle ortada toplanacak delil kalmamışsa bu nedene dayanarak tutuklama kararı verilemez; zira ortada karartılacak bir delil bulunmamaktadır[107]. AİHM aynı kararda ayrıca, tanıkların üzerinde baskı kurma riskinin ilk iki tutuklama kararında belirtilse de, tutuklamanın değerlendirildiği sonraki iki kararda belirtilmemiş olması, beşincide tekrar ortaya çıkması, ancak altıncıda bulunmaması, yedinci-dokuzuncu değerlendirmelerde bulunması ancak sonraki dört değerlendirmede değinilmemesi gibi bir durumun anlaşılmaz ve istikrarsız bulunduğunu, bu durumun dosyada adı geçen tüm tanıkların ifadelerinin soruşturma evresinde alınmış olması karşısında tanıkları etkileme olasılığına dayanarak tutuklama kararı verilmesinin ihlal oluşturduğunu belirlemektedir[108].

106 ECtHR, W. v. Switzerland, Application No: 14379/88, 26.01.1993, para.36, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57817.

107 ECtHR, I.A. v. France, Application No: 28213/95, 23.09.1998, para.110, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58237.

108 ECtHR, I.A. v. France, Application No: 28213/95, 23.09.1998, para.110, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58237.

c. Tutuklama Nedeni Varsayılabilen Durumlar (Katalog Suçlar)

Mülga CMUK'tan farklı olarak CMK, uygulamada adına "katalog suçlar" denen ve görece bazı ağır suçlar bakımından hâkime bir yetki alanı tanımlayarak, CMK m.100/3'te listesi verilen suçlar söz konusu olduğunda ve kuvvetli şüphenin varlığı halinde diğer iki tutuklama nedeninin -kaçma şüphesi ve delilleri karartma kuvvetli şüphesi- varsayılabilmesine olanak tanımaktadır[109]. Kanunun bu maddesi adeta bir yasal kari-

109 a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),

2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80)

3. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

4. Silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87),

5. İşkence (madde 94, 95)

6. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

7. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

8. Hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149),

9. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

10. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

11. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),

12. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

b) 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12)

ne gibi işlem görmektedir. Kanuna göre bu suçların işlendiği şüphesi, doğrudan tutuklama nedeni aranması zorunluluğunu ortadan kaldırmamakta ve bu suçlar üzerinde kuvvetli şüphe varsa tutuklama nedeni varsayılabilmekte ancak varsayma zorunluluğu bulunmamaktaysa da; uygulamada listede yer alan suçların varlığı otomatik bir tutuklama nedeni gibi işlem görmektedir. CMK m.100/3'de yeralan düzenlemenin, hâkimin takdir hakkını ortadan kaldırmadığı hiç unutulmamalıdır. Aksi halde, ağır cezalık suçlar bakımından tutuklama zorunluluğu öngörülen 1412 sayılı CMK md.104 ile ilgili, AYM tarafından 13.05.1963 tarihinde verilen 130 sayılı iptal kararının gerisine düşülecektir.

Kanuna göre tutuklama nedeni bulunmasa dahi, bir başka deyişle kaçma şüphesi veya delilleri karartma kuvvetli şüphesi bulunmasa bile, maddedeki listede belirlenen suçların işlendi-

---

suçları.

c) 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu.

d) 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

f) 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 110 uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

g) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinde sayılan suçlar.

h) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen suçlar.

ği yönünde kuvvetli şüphe varsa tutuklama kararı verilebilir. Ortada bir tutuklama nedeni yokken, dolayısıyla da yargılama tehlikeye sokulmamışken, sırf kanunda yazan bir listede belirlenen suçların işlendiğine dair şüphe nedeniyle tutuklama olanağı yaratılmasına karşı çıkmak gerekir. Olması gereken hukuk, *de lege feranda* açısından bakıldığında, "katalog suçlar" kavramına ve bu yolla tutuklama nedeni varsayılmasına karşı çıkmak gerektiği kanaatindeyiz.

AİHM'e göre; başlangıçta var olan tutuklama nedenleri tutuklamayı haklı çıkarabilirken, ilerleyen aşamalarda bu nedenlerin varlığı zamanla zayıflayıp kuşkulu hale gelebilir. Özellikle tutukluluğun incelenmesi aşamalarında tutuklama nedenlerinin halen geçerliliğini koruyup korumadığı ve tutuklama gerekçelerinin ölçülü olup olmadığı özellikle "ilgililik" ve "yeterlilik" noktalarından her defasında yeniden değerlendirilmelidir. Süregiden tutmanın hukuka uygunluğu için, kişinin bir suç işlediği yönündeki şüphenin süreklilik göstermesi olmazsa olmaz, *sine qua non* bir koşuldur. Ancak aradan belli bir zaman geçtikten sonra bu şüphe tek başına yeterli olmayacaktır. Belli bir zamanın geçmesinin ardından AİHM, yargısal makamlar tarafından ortaya konulan diğer nedenlerin özgürlükten yoksun bırakmayı haklı çıkarıp çıkarmadığını tespit etmelidir. Bu nedenler "yeterli" ve "ilgili" ise, bu defa da AİHM ulusal makamların usule ilişkin özen yükümlülüklerini yerine getirdikleri konusunda tatmin olmalıdır[110]. Özen yükümlülüğünden ise, soruşturma kovuşturma işlemlerinin

110 ECtHR, Kreps v. Poland, Application No: 34097/96, 26.07.2001, para.42, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59614.

düzgün ve hukuka uygun şekilde yapılması anlaşılır.

3. Tutuklama Yasakları

a. Suçun Gerektirdiği Ceza Miktarı ve Türü

CMK m.100/4'e göre, tutuklama tedbirinin uygulanmasında işlenen suçun türü ve yaptırım miktarı bakımından bazı sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre yalnızca adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere üst sınırı iki yıldan az olan suçlarda tutuklama kararı verilemez. Eğer kanunda suç için hapis cezasıyla birlikte adli para cezası da öngörülmüşse tutuklama kararı verilebilir, ancak bu durumda da hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmalıdır. Hem üst sınırı iki yıldan az hapis hem de adli para cezası gerektiren suçlarda tutuklama kararı verilemez.

CMK m.109/2'ye göre, kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde adli kontrol uygulanabilir. CMK m.112/1'e göre ise adli kontrol hükümlerini kasten ihlal eden şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilecektir. Böyle bir durumda hapis cezasının süresine bakılmaz.

b. Ölçülülük İlkesi

Koruma tedbirleri genelinde geçerli olan ölçülülük ilkesi, tutuklama konusunda da kanunda özel olarak ele alınmıştır. CMK m.100/1'e göre ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemez.

Anayasa Mahkemesi'ne göre ölçülülük ilkesi, "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden

oluşur. Elverişlilik, öngörülen müdahalenin beklenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını; orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesini ifade eder[111].

CMK m.109'a göre, adli kontrol tedbirleri ile aynı sonucu elde etmenin mümkün olduğu hallerde, kişi özgürlüğüne çok daha ağır bir sınırlama getiren tutuklama tedbirine başvurulamaz. Ayrıca CMK m.101/1'e göre Cumhuriyet savcısının tutuklama isteminde mutlaka gerekçe gösterilir ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilir.

CMK m.101/2 ile tutuklama kararında; CMK m.100 ile öngörülen tüm koşulların gerekçelendirilerek gösterilmesi aranmış ve tutuklama kararının hâkim tarafından şüpheliye sözlü olarak ve bizzat açıklanması emredilmiştir. Tutuklama kararının ölçülülüğü, tutuklamanın devamına veya tahliye talebinin reddine ilişkin kararlar bakımından da geçerlidir. CMK m.101/2 uyarınca, tutuklamaya devam niteliğindeki kararlarda mutlaka ölçülülük değerlendirmesi yapılmalıdır.

c. 15 Yaşından Küçük Suça Sürüklenen Çocuklar

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 21. maddesin-

111 Anayasa Mahkemesi, Mehmet Hasan Altan Başvurusu, Başvuru No: 2016/23672, 11.01.2018, para.122, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2016-23672.pdf.

de bir başka tutuklama yasağı belirlenmiş durumdadır. Buna göre, on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı tutuklama kararı verilemez. Kanun koyucu, 15-18 yaş aralığındaki çocuklar açısından bir belirleme yapmadığından bu yaş grubundaki çocuklar hakkında tutuklama kararı verilebileceği kabul edilmelidir, ancak yukarıda anılan CMK m.100/4 uyarınca belli tür ve miktardaki cezalar hakkındaki tutuklama yasağı kuralı göz önünde bulundurulmalıdır. Bir diğer dikkat edilmesi gereken nokta, kanundaki düzenlemenin 15 yaşından küçük çocukların işlediği tüm fiillere değil, üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezası gerektiren fiillere ilişkin oluşudur.

ç. Sanığa Verilen Güvence Belgesi

CMK m.246 uyarınca sanığa güvence belgesi verilmesi söz konusu olabilir. Gaip veya kaçak sanıkların duruşmaya gelmeleri halinde tutuklanmayacakları güvencesini içeren bu belge söz konusuysa tutuklama kararı verilemez. Elbette sanık hapis cezası mahkumiyeti alır veya kaçma hazırlığı yaparsa bu belgenin bir hükmü kalmaz. Güvence belgesi kimi koşullara da bağlanabilir. Bu noktada, sanığa verilecek "tutuklamama" sözünün, (yurt dışına çıkış yasağı koymama gibi) "adli kontrol altına almama" garantisini de içerip içermeyeceği tartışılmalıdır.

4.Tutuklama Kararının Şekli

Tutuklama kararları yalnızca hakimler tarafından verilebilir ve bu kuralın istisnası yoktur. Tutuklama kararı; soruşturma evresinde cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh

ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise savcının talebiyle veya re'sen, *ipso iure* yargılamaya bakan mahkeme tarafından verilir. CMK m.101/1 uyarınca, soruşturma evresinde sulh ceza hakiminin re'sen tutuklama kararı verebilmesi mümkün değildir; mutlaka savcının talebi gerekir. Bu kuralın tek istisnası CMK m.163'te belirlenen suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcıya erişilemediği durumlarda veya olayın genişliği itibariyle savcının iş yükünü aşıyorsa sulh ceza hakiminin re'sen tutuklama kararı verebilmesidir. Yargıtay tutuklama kararı veremez, ancak CMK m.104/3'e göre salıverme kararı verebilir.

Çocuk Koruma Kanunu uyarınca, kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMK uygulanır (ÇKK m.42). Yargıtay'a göre, suça sürüklenen çocuklar hakkında tutuklama kararı sulh ceza hakimince verilecektir[112]. Aynı kanunda çocuklar hakkındaki tüm koruyucu ve destekleyici tedbirlerin çocuk hakimince verileceği belirtildiği halde suça sürüklenen çocuklar bakımından tutuklama kararının verilmesinin sulh ceza hakimine

112 "Çocuk Koruma Kanunu'nun 42. maddesi amir hükmü nazara alındığında Çocuk Koruma Kanunu'nda suça sürüklenen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarına çocuk hakimi tarafından karar verilebileceği halde, adli kontrol ve tutuklama kararına hangi merciin karar verilebileceği belirtilmediğinden bir ceza muhakemesi tedbiri olan tutuklama kararı Çocuk Koruma Kanununda bir düzenleme bulunmadığından anılan Kanunun 42/1. maddesi delaletiyle Ceza Muhakemesi Kanununun başlıklı 101/1. maddesi uyarınca çocuk hakkında soruşturma evresinde tutuklama kararını Sulh Ceza Hakiminin vermesi gerektiği…" Yargıtay 3.CD, E.2007/4265, K.2007/3641, 19.04.2007, https://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=6889 (30.03.2020).

bırakılması eleştirilmelidir.

Tutuklama kararları mutlaka gerekçeli verilmelidir. Gerekçeden anlaşılması gereken, kuvvetli suç şüphesinin, tutuklama nedenlerinin varlığının ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunun açık ve anlaşılır şekilde açıklanmasıdır. Uygulamada genellikle birbirinin aynı, basmakalıp cümlelerle tutuklama kararının gerekçelendirildiği görülür. Yalnızca "suçun niteliğine, delil durumuna ve dosyanın içeriğine göre" terimleriyle tutuklama kararı verilmesi mümkün değildir. AİHM, 05.07.2016 günü verdiği bir karar ile, ilk tutuklama kararı bakımından da tıpkı tutukluluğun devamı kararlarında olması gerektiği gibi "ilgili ve yeterli gerekçe gösterilmesini aramaya başlamıştır[113]. AİHM'e göre, tutuklama kararı verilmesi için AİHS m.5/1-c'de gösterilen makul nitelikte şüphe oluşturan delilin varlığı yeterli olamaz, makul şüphe doğsa dahi tutuklama kararının ilgili ve yeterli gerekçeye dayandırılması gerekir, aksi uygulama AİHS m.5/3 ihlalini oluşturur. AİHM, hiçbir açıklama getirilmeksizin "delil durumu" tabirinin kullanılmasını ihlal kabul etmektedir[114].

5. Tutuklama Kararı Üzerine Yapılan İşlemler

Tutuklama kararı verildikten sonra ilk yapılması gereken işlem, tutuklananın durumunun bir yakınına veya belirlediği

113 ECtHR, Buzadji v. The Republic of Moldova, Application No:23755/07, 05.07.2016, para.87, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164928.

114 ECtHR, Letellier v. France, Application No: 12369/86, 26.06.1991, para.43, 52, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57678 ; ECtHR, Mansur v. Turkey, Application No:16026/90, 08.06.1995, para.56, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57932.

bir kişiye bildirilmesidir. CMK m.107/1'e göre yapılması gereken bu bildirim hâkim kararıyla olur. Aynı maddenin diğer fıkrasına göre; tutuklananın kendisi de, ortada soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmesi olasılığı yoksa, tutuklandığını bizzat bir yakınına veya belirleyeceği kişiye bildirebilir. Tutuklanan yabancı şahsın durumu ise, yazılı olarak karşı çıkmaması durumunda vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilecektir (CMK m.107/3).

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK)'un 111. maddesine göre tutuklular tutukevlerinde veya maddi olanak bulunmadığı takdirde diğer kapalı ceza infaz kurumlarının bu amaca ayrılmış bölümlerinde tutulurlar. Kuralın varlık nedeni, *ratio legis*'i suçsuzluk karinesi gereği, mahkûm edilen ile edilmeyenlerin aynı rejime tabi tutulmasını engellemektir. AİHS'te bu konuda bir hüküm bulunmadığından AİHM özellikle Sözleşme m.6/2 bağlamında ihlal tespit etmemektedir[115].

Tutuklanan kişinin tutukevi veya cezaevinde barınacağı şartlar da AİHM denetimi kapsamındadır. Tutukluluk sırasında, sağlıksız koşullarda barındırılmayı, karanlık ve yeterli şekilde havalandırılmayan ve nemli mekanlarda tutulmayı ihlal olarak gören AİHM'e göre, "üç ay boyunca başka dört kişiyle birlikte 6 metrekarelik hücrede bulundurma" AİHS m.3 uyarınca gayriinsani ve aşağılayıcı muamele kapsamında ihlaldir[116]. Yine AİHM, tutuklama aşamasında yüksek güvenlikli

115 ECtHR, Peers v. Greece, Application No: 28524/95, 19.04.2001, para.76-78, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59413.

116 ECtHR, I.I. v. Bulgaria, Application No: 44082/98, 09.06.2005,

rejim uygulanarak tutuklunun aynı anda üçten fazla tutukluyla temasının engellendiği, tutukevi personeliyle doğrudan temas kurdurulmadığı, ayda bir defa aile görüşüne, o da kapalı görüş şartlarında camın arkasından temas kurmasına izin verildiği, tutuklu kaldığı 3,5 yıllık dönem içinde defalarca çıplak aramaya maruz bırakıldığı, bu aramaların tutukevi personeli önünde çırılçıplak soyulması ve arama sonunda herkesin önünde rektumuna da bakılarak utanç verici bir durumda bırakılması şeklinde gerçekleştiği, tüm bunların AİHS m.3 bağlamında gayriinsani ve aşağılayıcı muamele teşkil ettiğini belirtmektedir[117].

Tutukluluk sırasında aile ile görüşme hakkına özel önem veren AİHM'e göre, aile görüşünün sınırlandırılmasının mutlaka "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunun gerekçelendirilmesi gereklidir. Aksi durum AİHS m.8 bağlamında özel ve aile hayatına saygının ihlali anlamına gelir[118]. Bir başka kararda tutuklunun 13 ay boyunca eşiyle görüşmesine izin verilmemesi de 8. maddenin ihlali kabul edilmiştir[119].

Tutukluluk koşullarına ilişkin bir başka nokta, tutukluluk süresince sağlık yardımından yararlanma hakkıdır. AİHM'e göre "tutuklunun 4,5 yıllık tutukluluk süresi boyunca zamanında verilmeyen ve kötü kalitede karşılanan sağlık yardımından yararlanma hakkı ile tutukevi personelinin tutukluyu hastane-

para.72-79, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69313.

117 ECtHR, Van der Ven v. Netherlands, Application No: 50901/99, 04.02.2003, para.54-63, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60915.

118 ECtHR, Ploski v. Poland, Application No: 26761/95, 12.11.2002, para.37-39, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60733.

119 ECtHR, Kucera v. Slovakia, Application No. 48666/99, 17.07.2007, para.129, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81731.

ye götürme ve ulaşım konusunda savsaklayıcı davranmaları ve özellikle yaşamının son günlerinde dahi doktora götürülmeyişi göz önüne alındığında…. Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında yaşam hakkı ihlal edilmiştir."[120]

Tutuklunun tutuklama süresi boyunca kendi kıyafetlerini giymesi engellenemez. Bu durum aynı zamanda suçsuzluk karinesinin önemli sonuçlarından biridir, bu nedenle tutuklulara tek tip elbise giyme zorunluluğu getirilmesi kabul edilemez. CGTİHK'e göre giysiler, iç ve dış güvenlik görevlilerinin üniformaları ile benzer şekil ve renkte olamaz (m.64). Uygulamada hâkî, açık mavi ve lacivert hiçbir gömlek, ceket ve pantolona izin verilmemektedir.

Tutuklu kişiye çalışması önerilebilir, ancak çalışma konusunda mecbur tutulamaz (CGTİHK m.114).

Tutukluluk sırasında siyasi hakların kullanılması da mümkündür. Mevzuatımızda TCK m.53/1-b uyarınca kasıtlı suçlardan mahkûm olanlar dışında herkesin seçme ve seçilme hakkını kullanması mümkündür. Buna göre tutuklular, hüküm alıp cezası henüz kesinleşmeyen hükümözlüler ve taksirli fiillerden ceza alan hükümlüler oy kullanabilirler; buna karşın kasten suçtan hüküm giyip cezası kesinleşenler oy kullanamazlar. Ayrıca her seçimden önce Yüksek Seçim Kurulu (YSK), Resmî Gazete'de yayınlanan kararlarında o seçimde kimlerin oy kullanıp kullanamayacağı konusunda yorum yoluyla karar vermektedir. AİHM, mafya mensubu olduğu gerekçesiyle oy kullandırılmayan kişinin başvurusunda, serbest seçim hakkına

120 ECtHR, Dzieciak v. Poland, Application No: 77766/01, 09.12.2008, para.101, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90165.

ilişkin Sözleşmeye Ekli 1 Nolu Prokolün 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır[121]. Türkiye'den yapılan bir başvuruda ise, beş yıl hapis cezasına çarptırılan bir kişinin 2007 yılında cezaevinde olması, 2011 yılında ise şartlı tahliye olmasına rağmen ceza süresinin henüz tamamlanmamış olması gerekçesiyle oy kullandırılmamasını ihlal kabul etmektedir[122]. AİHM aynı yöndeki bir başka kararında ise hem koşullu salıverme veya başka bir nedenle dışarıda bulunan kişiye oy kullandırılmamasını ihlal kabul etmekte, hem de kasıtlı suçlardan hüküm giyen herkesin suçun tip ve ağırlığı, ceza süresi ya da mahkûmun bireysel koşullarına bakmaksızın otomatik olarak ve hiçbir ayrım yapılmadan seçme ve seçilme hakkından mahrum bırakılmasını eleştirmekte ve Ek Protokol 1 m.3 bağlamında ihlal tespit etmektedir[123].

6. Tutuklamaya İtiraz

Tutuklamaya itiraz kurumu, CMK m.101/5, 104/2 ve 105 yollamasıyla m.267 ve devamında düzenlenmiştir. Tutuklama kararları ister sulh ceza hâkimi ister mahkeme tarafından verilsin itiraza tabi kararlardandır. Tutuklama talebinde bulunan savcının bu talebi reddedilmişse, savcı da itirazda bulunabilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir, ancak savcının tutuklamama kararına itirazı üzerine verilen tutuklama kararlarında, bu defa şüpheli ya da sanık yönünden itiraz olanağı bulunmak-

121 ECtHR, Labita v. Italy, Application No. 26772/95, 06.04.2000, para.202-203, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58559.

122 ECtHR, Söyler v. Turkey, Application No: 29411/07, 17.09.2013, para.36-47, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126350.

123 ECtHR, Murat Vural v. Turkey, Application No: 9540/07, 21.10.2014, para.77-80, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147284.

tadır (CMK m.271/4).

CMK m.104 uyarınca, soruşturma veya kovuşturma evrelerinde her aşamada şüpheli ya da sanık salıverilmesini isteyebilir. Tutukluluk halinin devamına veya salıvermeye hâkim karar verecektir. Bu noktada, önemli bir kanun değişikliğine işaret etmek gerekir. CMK'nın orijinal metninde ve çağdaş ceza muhakemesinde, hâkimin verdiği salıverme kararına karşı savcının itirazı kabul edilmemişken, yapılan bir kanun değişikliği ile savcının salıverme kararına karşı itirazda bulunarak kişiyi tekrar tutuklatabilmesine imkân tanınmıştır. Bu durum hukuk devletine vurulan bir darbedir. 20.11.2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nin 93 üncü maddesiyle CMK m.104/2'de yer alan "Ret kararına" ibaresi "Bu kararlara" şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanunun 88 inci maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

AİHS m.5/4 uyarınca, tutuklamanın mutlaka hukuki olarak denetlenmesi gerekir ve tutuklamaya itiraz yargılamasında taraflar mutlaka hâkim önünde dinlenmeli, çelişme ve silahların eşitliği ilkesine uyulmalıdır. Buna göre, tutuklamanın hukuka uygun olup olmadığı incelemesi mutlaka duruşmalı olarak, hâkim önünde gerçekleşmelidir. AİHM, tutuklamanın devamına yönelik yapılan her itirazda sanığın dinlenmesine yargılamayı tıkayabileceği gerekçesiyle gerek olmadığı, ancak kişinin makul aralıklarla dinlenmesinin gerekli olduğu kanaatindedir[124]. Uygulamada, özellikle soruşturma evresinde ilk

124 ECtHR, Çatal v. Turkey, Application No: 26808/08, 17.04.2012, para.33, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110441 ; CEDH, Knebl c. Republique Tcheque, Requete No: 20157/05, 28.10.2010, para.85,

tutuklama duruşması dışında gözden geçirme kararlarının büyük çoğunluğu dosya üzerinden duruşmasız şekilde verilmekte, nadiren duruşma açılmaktadır. Müdafiin bu konuda ısrarlı şekilde duruşma açılmasını istemesi gerekir. Talebe rağmen duruşma açılmaması, AİHS m.5/4'ün ihlali kabul edilmelidir. Müdafiin talebi üzerine dahi, pek çok dosyada duruşmasız şekilde, sanık veya müdafi dinlenmeden karar verilmektedir. CMK m.108/1'de 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanunun 16'ncı maddesiyle, fıkrada yer alan "bulundurularak" ibaresinden sonra gelmek üzere "şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle" ibaresi eklenmiştir[125]. 2013 değişikliğinden sonra, hala hiçbir gözden geçirme kararında duruşma yapılmaması, elbette hukuk devleti sınırları içinde açıklanamaz. Kovuşturma evresinde ise, CMK m.108/3'e göre davaya bakan mahkeme her oturumda veya en geç otuzar günlük aralıklarla yeniden değerlendirmek durumundadır. Bu değerlendirmelerde yukarıda açıklanan gerekçelendirme şartı mutlaka yerine getirilmek durumundadır[126]. AİHM, çeşitli kararlarında basma-

http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101479 ; CEHD, Altınok c. Turquie Requete No: 31610/08, 29.11.2011, para.54, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107599.

125 **Ceza Muhakemesi Kanunu**
Madde 108: (1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.

126 Behiye Eker Kazancı, AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması, TBBD, Y.2012, S.98, s.92-93, http://tbbdergisi.ba-

kalıp ifadelerle verilen tutukluluğun devamı kararları karşısında itiraz müessesesinin herhangi bir başarı şansı olmadığını, tutuklamaya itirazın incelenmesi usulünün çelişme ilkesine aykırı olduğunu ve duruşma yapılmaksızın karar verildiğini belirterek AİHS m.5/3 bağlamında ihlal bulmaktadır[127].

7. Tutuklamada Süreler

Tutukluluk süresi konusunda birtakım azami süreler belirlenmiş durumdadır. Anayasa m.19/7 de ve AİHS m.5/3 de tutuklanan kişilerin makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma ve kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları güvence altına alınmıştır. AİHM, tutuklama süresinin makul olması gerektiğini belirtir[128]. Buna karşın CMK m.102'de, belirlenmiş azami süreler yer almaktadır. Buna göre, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıl, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise iki yıldır. Bu sürelerden ilki gerekçesini göstermek kaydıyla altı ay, ikincisi ise yine gerekçe gösterme şartıyla üç yıl daha uzatılabilir. Bu durumda, ağır cezalık işler için maksimum tutukluluk süresi beş yıl olabilmektedir. Bu noktada bir başka istisna düzenlenmiştir. 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 141 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan "üç yılı" ibaresinden sonra gelmek üzere ", 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci

robirlik.org.tr/m2012-98-1121.

127 ECtHR, Koşti and others v. Turkey, Application No: 74321/01, 03.05.2007, para.22, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80398 ; CEDH, Yiğitdoğan c. Turquie, Requete No: 20827/08, 16.03.2010, para.28, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97712.

128 ECtHR, Mamedova v. Russia, Application No: 7064/05, 01.06.2006, para.82, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75646.

Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı" ibaresi eklenmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanunun 136 ncı maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. Bu durumda, TCK İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümler'deki suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda azami tutukluluk süresi yedi yıl olmaktadır (CMK m.102/2).

AİHM, tutukluluk sürelerinin hesaplanmasında başlangıç zamanını durdurma, yakalama veya gözaltı gibi kişinin fiilen özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andan başlatmakta, ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararı ile sonlandırmaktadır[129]. Yine AİHM kararlarına bakıldığında, tutuklama için belirli bir süre öngörülmediği, her olayın kendi koşulları içinde makul sayılıp sayılmayacağının denetlendiği görülebilir. AİHM tutukluluk süresinin genel olarak, *in abstracto* belirlenemeyeceğini, davanın somut koşulları içinde bir inceleme yapılarak tutukluluk süresinin makul olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği fikrindedir. Mahkeme kimi kararlarında 48 günlük süreyi tutukluluk için makul görmezken[130], kimi kararlarında 4 yıl 3 günlük süreyi makul süre olarak

129 ECtHR, N. V. Federal Republic of Germany, Application No: 9132/80, 16.12.1982, p.173, para.11, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74012 ; ECtHR, Kalashnikov v. Russia, Application No:47095/99, 15.07.2002, para.110, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60606.

130 ECtHR, Nart v. Turkey, Application No: 20817/04, 06.05.2008, para.29-30, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86189.

nitelendirebilmektedir[131].

Tutukluluk süresinin hesabında Anayasa Mahkemesi, pek çok kararında tutuklulukta makul sürenin hesaplanmasında sürenin bitiş tarihi olarak kişinin serbest bırakılması veya ilk derece mahkemelerince hükmün verilmesi tarihinin esas alınması gerektiğini, bununla birlikte olağan kanun yolları aşamasında kişi tutuklu olsa bile bu dönemin hesaba katılmaması gerektiği fikrindedir[132]. Aynı yaklaşım, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca da benimsenmektedir[133]. Bu tabloya göre, kişinin ilk derece mahkemesindeyken tutukluluğu makul sürenin hesabında dikkate alınacak, olağan kanun yolları olan istinaf ve temyiz aşamalarındaki hükmen tutukluluğu hesap dışında bırakılacaktır. Yargıtay'ın bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderdiği durumda ise, kişinin du-

131 ECtHR, W. v. Switzerland, Application No: 14379/88, 26.01.1993, para.29,43, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57817.

132 Anayasa Mahkemesi, Hamit Kaya Başvurusu, Başvuru No: 2012/338, 02.07.2013, para.40-42, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/338.

133 YCGK, E.2011/51, K.2011/42, 12.04.2011, "…anılan maddede (CMK m.102) belirtilen tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verilinceye kadar geçen süre dikkate alınmalı, buna karşın yerel mahkeme tarafından hükmün verilmesinden sonra tutuklu sanığın hükmen tutuklu hale gelmesi nedeniyle temyizde geçen süre hesaba katılmamalıdır. Zira, hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkumiyet hükmü olmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de AİHS'nin 5. maddesinin uygulamasına ilişkin olarak verdiği kararlarda tutuklulukla ilgili makul sürenin hesabında, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünden sonra geçen süreyi dikkate almamaktadır".

rumu tekrar suç isnadına bağlı tutuklamaya dönüştüğü için ilk derece mahkemesi önünde geçen süre değerlendirmede dikkate alınacak ve dosya ilk derece mahkemesindeyken tutuklu kalınan süreler toplanacaktır[134]. Bununla birlikte, bu yaklaşımın Türk mevzuatına uygun olmadığı belirtilmelidir. Zira ilk derece mahkemesince hüküm verilmesiyle infaz başlamamaktadır. Aynı şekilde sanıklık statüsü CMK m.2/1-b'ye göre hükmün kesinleşmesi ile sona ermektedir. Dolayısıyla hükümözlü tutmanın bir mahkûmiyet kararının infazı olarak nitelenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu tutmanın tutukluluk olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır. Kaldı ki Türkiye'de verilen cezaların kanun yollarında bozulma oranının da oldukça yüksek olduğu bilinmektedir. Ayrıca kanunyollarında geçen süreler de azımsanmayacak derecede uzundur. Özellikle terörle ilgili mevzuatın oldukça geniş yorumlandığı ve basit fikir açıklamalarının terör suçlarından yargılanmaya ve tutuklanmaya neden olduğu da herkesçe bilinen bir gerçektir. Bütün bu hususlar dikkate alındığında; birkaç eleştirel twit attığı için kişilerin terör suçlamasıyla tutuklanarak, on yıldan fazla süre tutulması mümkün hale gelmektedir. Bu durumda Yargıtay bozması sonrasında beraat eden bir kişinin, haksız yere on yıldan fazla özgürlüğünden mahrum bırakılması bu yorum yoluyla mümkün hale gelmektedir.

Tutuklama süresinin hesabında, ilk derece yargılaması gerekçeli kararın açıklanmasıyla tamamlanmış sayılır, çünkü uygulamada kısa karar adı verilen hüküm açıklandıktan sonra

134 Anayasa Mahkemesi, Hamit Kaya Başvurusu, Başvuru No: 2012/338, 02.07.2013, para.40-42, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/338 ; Ünver/Hakeri, s.375.

gerekçeli kararın açıklanması pek çok dosyada aylarca sürmektedir. Aslında CMK m.232/3 uyarınca hükmün gerekçesi, tümüyle tutanağa geçirilmişse açıklanmasından itibaren en geç onbeş gün içinde dosyaya konulmak durumundadır. Kanunun bu açık hükmüne rağmen, uygulamada 6-7 ay süren "gerekçeli karar açıklama" sürelerine tanık olunmaktadır. Mahkemeler gerekçesini henüz oluşturmadan, aslında yargılamayı henüz tamamlamadan, sırf tutuklama süresini aşmamak adına karar açıklamaktan vazgeçmediği sürece, bu ihlaller devam edecektir[135].

Kanunun öngördüğü tutuklama süreleri azami sürelerdir; dolayısıyla bu sürelerin mantıklı bir gerekçe olmaksızın sonuna kadar uygulanması, kanuni olsa bile hukuki değildir.

8. Tutuklama Kararının Geri Alınması

CMK m.103/1'e göre, Cumhuriyet savcısı, şüphelinin adli kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını sulh ceza hakiminden isteyebilir. Bu hak aynı hüküm çerçevesinde, tutuklanmış şüpheli veya müdafiine de tanınmıştır.

CMK m.103/2'ye göre, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı adli kontrol veya tutuklamanın gereksiz olduğu kanısına varırsa, şüpheliyi re'sen, *ipso iure* serbest bırakır. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi durumunda, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tutuklu serbest bırakılacaktır. Kovuşturma aşamasına geçildiğinde ise, artık savcının serbest bırakma yetkisi yoktur; mahkemenin tutuklama kararını kal-

135 Günal Kurşun, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.117 (Kurşun, Hüküm).

dırması gerekmektedir.

CMK m.105 uyarınca, savcının sulh ceza hakiminden adli kontrol uygulanmasını talep etmesi üzerine, hâkim şüpheli veya müdafiin görüşünü alarak, üç gün içinde istemin kabulüne veya reddine ilişkin karar vermek durumundadır; ancak böyle bir durum örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından söz konusuysa, aynı hüküm gereğince süre yedi gündür. Duruşma dışında bu karar verilirken Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafiinin görüşü alınmaz.

Kanun, aynı maddede şüpheli veya sanığın da soruşturma ya da kovuşturmanın her aşamasında salıverilme talebinde bulunabileceklerini belirtmektedir. Soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise davaya bakan mahkeme yukarıda belirtilen bu usul çerçevesinde karar verecektir. Bu kararlara itiraz mümkündür. İstinaf ve temyiz aşamalarında ise karar, Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay'ın ilgili dairesince yine CMK m.105'te belirlenen usule göre verilir.

D. Adli Kontrol

1. Kavram

Adli kontrol, CMK m. 109 ve devamında, tutuklama tedbirine alternatif bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir. Tutuklama, en sert ve özgürlüğü kısıtlayan koruma tedbiri olduğundan, ölçülülük ilkesi çerçevesinde ve tutuklama ile ulaşılabilecek amaca uygun olduğu takdirde; kişinin kanunda belirlenen bir veya birkaç yükümlülüğe tabi tutulmasına adli kontrol denir[136]. Adli kontrol, tutuklama tedbirine alternatif

136 Anayasa Mahkemesi, Yüksel Baran Başvurusu, Başvuru No:

olarak başvurulabilecek önemli bir imkandır.

Tutuklama tedbiri özgürlüğü kısıtlarken, adli kontrol kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmadan denetleme ve gözetleme imkânı sağlamaktadır. Dolayısıyla özgürlükçü bir tedbirdir. Ne var ki bu tedbir 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK ile hukukumuza dahil edildiğinden, Türkiye'de 15 yıllık bir geçmişe sahiptir ve bu zaman zarfında yeteri kadar başvurulmuş bir alternatif tedbir olduğu söylenemez. Özellikle birer tutuklama makinesi gibi çalışan sulh ceza hakimliklerinin pek çok olayda adli kontrol şartları oluşmasına rağmen tercihlerini tutuklamadan yana kullandıkları görülmektedir.

CMK m.109'da adli kontrolün çeşitleri sayılmaktadır[137].

2012/782, 26.06.2014, para.31, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2012-782.pdf .

137 **Ceza Muhakemesi Kanunu**

Madde 109 – (1) (Değişik: 2/7/2012-6352/98 md.) Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adlî kontrol altına alınmasına karar verilebilir.

(2) Kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde de, adlî kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir.

(3) Adlî kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir:

a) Yurt dışına çıkamamak.

b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak.

c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak.

d) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek.

e) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek.

f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak.

g) Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adlî emanete teslim etmek.

h) Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak.

i) Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adlî kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek.

j) (Ek: 2/7/2012-6352/98 md.) Konutunu terk etmemek.

k) (Ek: 2/7/2012-6352/98 md.) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek.

l) (Ek: 2/7/2012-6352/98 md.) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek.

(4) (Ek: 25/5/2005 – 5353/14 md.; Mülga: 2/7/2012-6352/98 md.)

(5) Hâkim veya Cumhuriyet savcısı (d) bendinde belirtilen yükümlülüğün uygulamasında şüphelinin meslekî uğraşılarında araç kullanmasına sürekli veya geçici olarak izin verebilir.

(6) Adlî kontrol altında geçen süre, şahsî hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak cezadan mahsup edilemez. Bu hüküm, maddenin üçüncü fıkrasının (e) bendinde belirtilen hallerde uygulanmaz.

(7) (Ek: 6/12/2006 – 5560/19 md.) Kanunlarda öngörülen tutukluluk

Çocuklar bakımından ise Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) m.20'de, CMK'da belirtilen tedbirlere ek olarak, belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak, belirlenen bazı yerlere gidememek veya bazı yerlere gidebilmek ve belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak biçiminde üç ayrı tedbire daha yer verilmektedir. Hâkim veya mahkeme, CMK ve ÇKK'da belirtilen bu tedbirlerden birine veya birkaçına karar verebilir.

2. Adli Kontrolün Şartları ve Şekli

Adli kontrol uygulamasına başvurabilmek için, öncelikle CMK m.100'de belirtilen tutuklama nedenlerinin gerçekleşmiş olması aranır. Bu nedenler yoksa, adli kontrol kararı da verilemez. Bu nedenle, ortada bir kaçma veya delilleri karartma şüphesi bulunmalı ya da katalog suçlardan biri söz konusu olmalıdır. Tutuklamaya alternatif bir tedbir olduğu için, tutuklama yasağı bulunan hallerde de adli kontrol uygulanabilir. Adli kontrol uygulamasına soruşturma evresinde başvurulabileceği gibi kovuşturma evresinde de başvurulabilir, yalnız kanundaki açık hükümden hareketle (CMK m.109/6), adli kontrolde geçen süre kural olarak sonuç cezadan mahsup edilmez. Kuralın tek istisnası, CMK m.109/3-e'de belirtilen; uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene süreçlerinin cezadan mahsup edilebilmesidir.

Adli kontrol kararı soruşturma evresinde cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise yine talep üzerine veya re'sen davaya bakan mahkeme ta-

---

sürelerinin dolması nedeniyle salıverilenler hakkında adlî kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir.

rafından verilir. Kararda adli kontrol çeşitlerinden hangilerinin uygulanacağı belirtilir, ayrıca şüpheli veya sanık bir veya birden çok yeni yükümlülük altına konulabilir, kontrolün içeriğini oluşturan yükümlülükler bütünüyle veya kısmen kaldırılabilir, değiştirilebilir veya şüpheli veya sanık bunlara uymaktan geçici olarak muaf tutulabilir.

Adli kontrol kurumuna ilişkin AİHM'in yaklaşımından da bahsetmekte yarar vardır. AİHM'e göre, adli kontrol uygulaması değerlendirilmeksizin doğrudan tutuklama kararı verilmesi ihlal olduğu gibi, neden adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağının açıklanmaması da AİHS m.5/3 bağlamında ihlal oluşturur[138].

AİHM'e göre ev hapsi (konutunu terk etmeme), özellikle AİHS m.5/1-c bağlamında özgürlüğü sınırlayan bir hal kabul edilir ve her ne kadar daha hafif koşullar içerse de, doğası gereği tıpkı tutuklama gibi değerlendirilmelidir; dolayısıyla örneğin konutu terk etmeme kararının kaldırılmasında gecikme veya ihmal gösterilmesi ihlale işaret eder[139]. Yine mahkemeye göre ev hapsi durumu, derhal bir yargıç önüne çıkarılma gerekliliğine bir halel getirmez; kişi en kısa sürede bir yargıç önüne çıkma hakkından mahrum bırakılmışsa AİHS m.5/3 bağlamında ihlal var demektir[140].

138 ECtHR, Zherebin v. Russia, Application No: 51445/09, 24.03.2016, para.58-63, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-161542.

139 ECtHR, Vittorio and Luigi Mancini v. Italy, Application No: 44955, 02.08.2001, para.17, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59626.

140 ECtHR, Vachev v. Russia, Application No: 42987/98, 08.07.2004, para.64-65, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61877.

AİHM kararlarına bakıldığında, sanığa getirilen adli kontrol kapsamındaki yükümlülüklerin "derece ve yoğunluğuna göre" farklı sonuçlara varıldığı görülmektedir. AİHM tarafından ilgili yükümlülük, niteliğine göre özgürlükten yoksun bırakma ile *özgürlüğün sınırlanması olarak* ayrılmakta ve serbest dolaşım *özgürlüğünün Sözleşme'nin* 5. maddesi kapsamında koruma altında olmadığı vurgulanmaktadır[141]. AİHM, ev hapsinin 5. madde kapsamında olduğuna ve adli kolluk tedbirinin AİHS m. 5/3 ile getirilen güvenceleri sağlamak zorunda olduğuna işaret etmiştir[142].

AİHM, bir başka kararında somut olayın koşulları içinde ki**şinin işe gitme** imkânı olmakla birlikte günde belirli sürelerle ev hapsinde olması durumunda da başvuranın **şikayetlerini**, AİHS m.5 kapsamında değil 4 Nolu Protokolün 2. maddesi kapsamında incelemeyi uygun görmektedir[143].

Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmeme tedbiri uygulandığı durumlarda AİHM, olayın özel şartları çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Yerleşim bölgesini terk etmeme tedbirinin 5 yıl 10 ay 17 gün sürdüğü ve çeşitli kereler ge-

141 Özen Kaya Göçmen, Adli Kontrol Koruma Tedbirinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi, AÜHFD, 65(4), 2016, s.1763.

142 ECtHR, Guzzardi v. Italy, Application No:7367/76, 06.11.1980, para.93, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57498 ; ECtHR, Gillan ve Quinton v. The United Kingdom, Application No:4158/05, 12.01.2010, para. 56, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96585 ; Van Dijk/Van Hoof/Van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, Intersentia, Cambridge, 2006, p.458-460.

143 ECtHR, Trijonis v. Lithuania, Application No:2333/02, 17.03.2005, para.2-b, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68774.

rekçesiz şekilde izin talebinin reddedildiğine ilişkin açılan bir davada Mahkeme, belirtilen süre içinde idare tarafından iki kere yerleşim bölgesi dışına çıkma izni verildiğini, diğer başvuruların gerçekleştiği ve gerekçesiz şekilde reddedildiği iddiasını kanıtlayacak herhangi bir belge sunulamadığı gerekçesiyle red kararı vermiştir[144].

Türkiye'deki mahkemelerde sıklıkla rastlanan yurt dışına çıkamama tedbiri konusunda ise yine Mahkeme, olay özelinde amaca uygunluğa bakmaktadır. Uzun süredir yurt dışında yaşayan kişinin ülkesine döndüğünde gözaltına alınıp yazılı kaçmayacağı garantisi ve pasaportuna el konulması karşısında serbest bırakıldığı, ancak bu nedenle 3 yıldan fazla süreyle ülke dışına çıkamadığı bir davada Mahkeme, ilgili hükümetin başvurucunun ailesinin yurt dışına çıkmalarının engellenmediği savunmasını kabul etmeyerek bu durumun aile yaşamına müdahale teşkil ettiğini belirtmiş, örneğin güvence bedeli gibi aile hayatına daha az zarar verecek tedbirlerin düşünülmemiş olması karşısında, kişinin özel ve aile hayatını koruyan AİHS m.8 bağlamında ihlal kararı vermiştir[145].

Ayrıca yurt dışına çıkmanın yasaklanması tedbirinin, seyahat özgürlüğünü güvence altına alan AİHS'e Ek 4 Nolu Protokol'ün 2. maddesinde belirtilen "kanunla düzenlenmiş, demokratik bir toplumda, ulusal güvenlik ve kamu güvenliği için gerekli, kamu düzeninin sağlanması, sağlık ve ahlak ile başka-

144 ECtHR, Fedorov and Fedorova v. Russia, Application No: 31008/02, 13.10.2005, para.45-46, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-70583.

145 ECtHR, Kotiy v. Ukraine, Application No: 28718/09, 05.03.2015, para.72, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-152593.

larının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla sınırlanabilmesi" kuralıyla da uyumlu olması gerekir[146]. Bu noktada belirtmek gerekir ki Türkiye bu protokolü onaylama işlemini tamamlamadığı için[147], protokole dayanarak olmasa bile AİHS m.8 bağlamında başvuruya engel bir durum söz konusu değildir[148]. Nitekim Mahkeme de Türkiye'den giden başvurularda bu doğrultuda değerlendirme yapmaktadır.

Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirlenen süreler içinde başvurma tedbiri, uygulamada daha ziyade polis merkezine belli aralıklarla giderek imza vermek biçiminde görülmektedir. AİHM'e göre bu tedbirin yerindeliği yanı sıra,

146 ECtHR, Schimidt v. Austria, Application No: 10670/83, 09.07.1985, p.196, para.2, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-74578.

147 Ek 4 Nolu Protokol, 16 Eylül 1963 tarihinde imzaya açılmış ve 2 Mayıs 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 4 Numaralı Protokol'ü 19 Ekim 1992 tarihinde imzalamıştır. 23 Şubat 1994 tarih ve 3975 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu, 26 Şubat 1994 tarih ve 21861 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol'ün onaylanmasını kararlaştıran 9 Haziran 1994 tarih ve 94/5749 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi, 14 Temmuz 1994 tarih ve 21990 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır (https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/20/AIHS_4.protokol.pdf). Fakat onay belgeleri halen Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmemiştir. Bu durumda Protokol iç hukuk bağlamında yürürlüğe girmiş, ancak uluslararası yükümlülük doğurmamıştır. Bu nedenle, iç hukuk yollarında Protokol'deki haklara dayanılabilir; fakat bu haklara ilişkin olarak Türkiye'den Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmak mümkün değildir (https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/54-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-4-numaral-protokol/)(15.04.2020).

148 ECtHR, İletmiş v. Turkey, Application No: 29871/96, 06.12.2005, para.50, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-71498.

tedbirin devamı konusunda da değerlendirme yapılmalıdır. Bir davada mahkeme tarafından tedbirin kaldırılmasıyla gerekçeli kararın ilgili kolluk makamlarına bildirilmesi arasında geçen yaklaşık beş aylık sürede tedbirin devam ettirilmesini ihlal olarak tespit etmiştir[149]. Mahkemeye göre her türlü özgürlükten yoksun bırakma kararının kaldırılmasında idari formaliteler nedeniyle gecikmeye düşülmesi birkaç saatlik olağan gecikmeler dışında ihlal kabul edilmelidir. Bir başka davada Mahkeme konutu terk etmeme kararının kaldırılmasının bir hafta gecikerek yerine getirilmesini AİHS m.5/1 bağlamında ihlal olarak nitelemiştir[150].

Yalnızca kaçma şüphesinin bulunduğu durumlarda; tutuklama yerine mutlaka güvence bedeli uygulaması düşünülmesi gerektiğini belirten AİHM[151], tespit edilecek güvence bedelinin de şüpheli veya sanığın maddi durumuyla uyumlu olmasını aramaktadır[152]. AİHM'e göre güvence suretiyle tutuklamadan vazgeçilmesi seçeneğinin makul bir gerekçe olmadan reddi AİHS m.5/1 bağlamında ihlal nedenidir. Red için ise, sanığın duruşmaya katılmama riski, salıverme durumunda delilleri karartma olasılığı, başka suçlar işleme olasılığı ve kamu düzenini bozma olasılığı biçiminde dört gerekçe kabul edilebilir[153].

149 ECtHR, Raimondo v. Italy, Application No: 12954/87, 22.02.1994, para.39, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57870.

150 ECtHR, Nikolov v. Bulgaria, Application No: 38884/97, 30.01.2003, para.84, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60912.

151 ECtHR, Letellier v. France, Application No: 12369/86, 26.06.1991, para.46, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57678.

152 ECtHR, Gatt v. Malta, Application No: 28221/08, 27.07.2010, para.42, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-100190.

153 ECtHR, Smirnova v. Russia, Application No: 46133/99, 48183/99,

Güvence bedelinin belirlenmesinde, ölçülülük ilkesi çerçevesinde kişinin ne vazgeçebileceği ne de altından kalkmasının mümkün olmayacağı bir miktar belirlenmeli; adli kontrolün amacının kişiyi özgürlüğünden mümkün mertebe az mahrum bırakarak delillere ulaşmak olduğu akıldan çıkarılmamalı ve her zaman amaçsal yorum yapılmalıdır[154].

3. Adli Kontrol Kararının Kaldırılması, İtiraz ve Tedbirlere Uymama

Adli kontrol kararlarının değiştirilmesi her aşamada mümkündür. CMK m.110 ve 111 uyarınca, sulh ceza hâkimi veya davaya bakan mahkeme adli kontrol kararlarını değiştirebileceği gibi kaldıra da bilir. Kaldırma konusunda bir talep geldiğinde hâkim veya mahkeme beş gün içinde karar vermek durumundadır. Kaldırma talebi şüpheli veya sanık tarafından gelmişse, CMK m.111 uyarınca hâkim veya mahkemenin karar vermeden önce savcının görüşünü alması gereklidir. Soruşturma evresinde savcılık, adli kontrolün artık gerekmediği kanaatindeyse re'sen adli kontrolü kaldırabilir. Kovuşturma evresinde ise adli kontrolün kaldırılması mutlaka hâkim veya mahkeme kararı ile olur.

Adli kontrol kararına karşı, CMK m.111/2 doğrultusunda itiraz mümkündür. Bu itiraz hakkı, her ne kadar adli kontrol kararının kaldırılması maddesi içinde düzenleniyor olsa da, "adli kontrole ilişkin kararlara itiraz edilebilir" hükmünden hareketle yalnızca adli kontrolün kaldırılması kararlarına iliş-

24.07.2003, para.59, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61262.

154 ECtHR, Gatt v. Malta, Application No: 28221/08, 27.07.2010, para.50, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-100190.

kin olarak değil, bütün adli kontrol kararları için itirazın mümkün olduğu kanaatindeyiz[155].

Adli kontrol hükümlerinin kasten ihlal edilmesi durumunda, hükmedilebilecek hapis cezasının süresine bakmaksızın tutuklama kararı verilebilir. CMK m.112/1'deki düzenleme doğrultusunda, örneğin iki yıldan az hapis cezası gerektiren suçlarda CMK m.100/4 uyarınca tutuklama yasağı söz konusu olsa bile, adli kontrol hükümlerine kasten uyulmamış olması üzerine tutuklama kararı verilebilecektir. CMK m.112/2 hükmü gereğince, azami tutukluluk süresinin dolması nedeniyle verilen adli kontrol tedbirinin kasten ihlal edilmesi durumunda ise tutuklama süresi; ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde dokuz aydan, diğer işlerde ise iki aydan fazla olamaz.

E. Arama

1. Kavram

Arama, suçun önlenmesi, şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin ve el koymaya tabi eşyanın ele geçirilmesi için belli yerlerde, bir kimsenin konutunda, işyerinde, kişiye ait diğer yerlerde, üzerinde ve eşyasında yapılan araştırma işlemidir. Suç delillerinin elde edilmesi ve yakalama, arama kurumunun en önemli amaçlarıdır.

Aramada bir nesne veya bir hayvanın araç olarak kullanılması mümkündür. Örneğin X-ray cihazı, seyyar metal detektörü veya özel eğitimli köpek kullanılması, arama araçları

155 Aynı doğrultuda bkz. Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, 2005, s.323.

arasında sayılabilir[156]. Gizli olan şey aranır. Aramanın tanımından hareketle, saklı olan nesnelerin bulunması amacıyla yapıldığından, açık olan nesnelerin teslimi durumunda aramadan söz edilemez[157]. Örneğin; belinde silah bulunan bir kimsenin kolluk tarafından silahının alınması, arama değil el koymadır, şayet rızaen teslim edilmişse muhafaza altına almadır.

2. Önleme Araması ve Adli Arama

Arama, suçların önlenmesi amacıyla yapılabileceği gibi suç işlendikten sonra yakalama, el koyma veya delil elde etme amaçlarıyla da yapılabilir. Suçun önlenmesi amacıyla yapılan

156 Ünver/Hakeri, s.386-387.

157 "2559 sayılı PVSK'nun Ek 5. maddesi uyarınca kaçakçılık suçlarıyla daha etkin mücadele edebilmek amacıyla görevlendirilen güven timlerince, olay tarihinde ... Caddesi ile ... Sokak kesişiminde gerçekleştirilen devriye görevi sırasında, görevlilerin, mesleki tecrübelerine ve içinde bulundukları durumdan çıkardıkları izlenime göre; sigara satışı yapması nedeniyle tanıdıkları sanığın, geçmiş tarihlerde sigara sattığını bildikleri mevkiye doğru sırtında dolgun vaziyetteki bir çanta ile gittiğini görmeleri nedeniyle şüphelenerek oluşan bu makul sebep nedeniyle PVSK'nun 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak sanığı durdurdukları, sanığın tedirgin hareketler sergilemesinin işlenmekte olan bir suçun varlığına ilişkin şüpheyi arttırdığı, sanığa sırt çantasında ne olduğu sorulduğunda, içerisinde bandrolsüz sigara olduğunu söyleyerek çantasını açıp sigaraları görevlilere teslim ettiği olayda; sanığın, çantasında bandrolsüz sigara olduğunu söyleyerek bu sigaraları görevlilere rızaen teslim etmesinin "gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma" anlamlarına gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan sigaraların ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu ve hukuka aykırı bir delilden söz edilemeyeceği…" YCGK, E.2016/63, K.2017/9, 17.01.2017,; Yenisey/Nuhoğlu, s.377, dipnot 177.

aramaya "önleme araması", başta işlenmiş suçun delillerini tespit etmek olmak üzere diğer amaçlarla yapılan aramaya ise "adli arama" adı verilir.

Önleme araması, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) m.9[158] ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği

158 **Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu**

Önleme araması

Madde 9- (Değişik: 2/6/2007-5681/3 md.) Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.

Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir.

Arama kararında veya emrinde; a) Aramanın sebebi, b) Aramanın konusu ve kapsamı, c) Aramanın yapılacağı yer, ç) Aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre, belirtilir. Önleme araması aşağıdaki yerlerde yapılabilir:

a) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde.

b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde.

c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde.

ç) Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek yüksek öğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş

(AÖAY) m.18-26'da düzenlenmektedir. Buna göre kolluk, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kişilerin üstü, araçları, eşyası ve özel kağıtlarını kural olarak sulh ceza hâkimi kararıyla, istisnaen ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin mülki amirinin yazılı emriyle arayabilir. Arama kararında veya emrinde aramanın sebebi, aramanın konusu ve kapsamı, aramanın yapılacağı yer ve aramanın yapılacağı ve geçerli olduğu zaman belirtilir. Yönetmelikte bir süre sınırı konulmadığı halde, önleme aramalarında bir ay, altı ay veya bir yıl gibi uzun geçerlilik sürelerinin verilmesi keyfilik oluşturduğu kadar özel hayata da müdahale niteliğindedir ve hukuka ve Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır. Nitekim, İstanbul Üniversitesi'nde bir yıl süreyle önleme araması yapılmasına ilişkin hâkim kararı, adli aramalarda dahi şüphelinin ev veya aracında arama-

ve çıkışlarında.

d) Umumî veya umuma açık yerlerde.

e) Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlarda.

Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.

Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır.

Polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar. Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır.

Önleme aramasının sonucu, arama kararı veya emri veren merci veya makama bir tutanakla bildirilir.

ya bir defaya mahsus izin verilirken, önleme aramasında bir yıl gibi uzun bir süreye müsaade edilmesinin, hâkimin karar verme yetkisinin devri anlamına geleceği gerekçesiyle mahkemece kaldırılmıştır[159].

Somut bir suç şüphesi üzerine yapılan arama, adli aramadır. Önleme araması kararı üzerine adli arama yapılamaz. Suç şüphesi üzerine, daha önceden alınan önleme araması kararına istinaden adli arama yapılması mümkün değildir; böyle bir durumda aşağıda şartları tartışılacağı üzere adli aramaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır[160]. Önleme araması sonucunda elde edilen delilin hukuka uygun elde edilmiş delil olarak kabul edilebilmesi için, mutlaka önleme aramasının şartlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir. Uygulamada, C. Savcısına bildirimde bulunup, onun açacağı tali ceza davası ile sulh ceza hakimliğine başvurarak arama kararı almasına olanak bulunan hallerde dahi, kolluğun, elinin altındaki önleme araması kararına dayanarak kişilerin üzerlerinde arama yapmak suretiyle suç delili elde ettiği bilinmektedir.

CMK m.116-122 arası hükümlerle adli arama konusu son derece ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Çalışmanın bu bölümünde, kanundaki bu hükümleri daha yakından inceleyeceğiz.

3.Aramanın Şartları

Adli aramanın en önemli şartı makul şüphedir. 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı kanun ile CMK m.116'daki "makul" iba-

159 İstanbul 12.Asliye Ceza Mahkemesi, 18.01.2011, Değişik İş 2011/3, kararı nakleden Ünver/Hakeri, s.391.

160 Ünver/Hakeri, s.391.

resi "somut delillere dayalı kuvvetli" terimiyle değiştirilse de, yaklaşık 9 ay sonra 02.12.2014 tarih ve 6572 sayılı kanunla "somut delillere dayalı kuvvetli" terimi tekrar "makul" ibaresiyle değiştirilmiştir. Bu durum aslında ceza muhakemesi hukukunun son dönemlerde yaz-boz tahtasına çevrildiğini de göstermektedir.

Makul şüpheden ne anlaşılması gerektiğini yukarıda gözaltı başlığında tartışmıştık. Kısaca anımsatmak gerekirse, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphenin makul şüphe olarak tanımlandığını[161], makul şüphede ihbar veya şikâyeti destekleyen somut olguların bulunması gerektiğini, örnek olarak, bir arabayı durduran polisin koltuğun üzerinde bir mermi bulunduğunu görmesi, bu somut olguya dayanarak arabada silah da bulunabileceği makul şüphesiyle arama yapmasını belirtmiş ve AİHM'in makul şüpheyi "tarafsız üçüncü bir kişiyi, ilgili kişinin suç işlemesinin mümkün olduğuna ikna etmeye yetecek ölçü ve nitelikte şüphe" olarak tanımladığını dile getirmiştik[162]. Aramadaki makul şüphe hususunda dikkat edilmesi gereken en önemli ayrıntı, buradaki makul şüphenin sanığın suç işlemiş olduğu hususundaki şüphe değil, arama yapılacak yerde aranan kişinin veya bir suç delilinin bulunabileceği hususunda bir makul şüphe bulunmasıdır. Adli aramanın mutlaka bir nedene dayanması gerekir.

Makul şüphenin oluşması açısından tek başına bir ihbar

161 Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, m.6.

162 ECtHR, Fox, Campbell and Hartley v.UK, Application No: 12244-12245-12383/86, 30.08.1990, para.32, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57721.

yeterli değildir, ihbar veya şikâyeti destekleyen somut emarelerin de varlığı aranır. Ayrıca makul şüphenin arama kararında gerekçelendirilmemiş olması durumunda; karar hukuka aykırı kabul edileceğinden, arama sonucunda bulunan delil de hukuka aykırı elde edilmiş delil konumunda olacaktır[163]. Hukuka aykırı deliller de hükme esas alınamaz. AİHM'e göre; arama ve el koymalarda kötüye kullanımlara karşı, mutlaka hem mevzuatta hem de uygulamada yeterli ve etkili önlemler alınmalıdır; mevzuatın belirli olmaması veya kaçamak noktalara izin vermesi AİHS m.8'in ihlali niteliğindedir[164].

Arama kararının konusu, yalnızca şüpheli veya sanık değil herkes olabilir. CMK m.117/1'de şüpheli ya da sanığın yakalanması veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla diğer kişilerin de üstünün, eşyasının, konutunun, işyerinin ve diğer yerlerin aranabileceği belirtilmektedir. Belirtmek gerekir ki, şüpheli olmayan bir kimse hakkında verilecek arama kararı kanun koyucu tarafından ekstra zorlaştırılmış koşullara bağlanmıştır. Bunun nedeni, aramanın kişinin özel hayatını ihlal eden en önemli tedbirlerden biri olmasıdır. CMK m.117/2'de kanun koyucu, şüpheli olmayan kişinin aranması konusunda "Bu hâllerde aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır" demek suretiyle, sadece makul şüpheyi yeterli görmemiş, belirli vakıalar da aramıştır. Ancak bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkın-

163 Ünver/Hakeri, s.392-393.

164 ECtHR, Funke v. France, Application No: 10828/84, 25.02.1993, para.56-57, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57809.

da geçerli değildir.

4. Arama Kararı ve İcrası

Arama; yalnızca hâkim kararıyla olur. Kural, aramanın hâkim kararıyla yapılmasıdır. İstisnai olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılması, savcıya ulaşılamıyorsa kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılabilmesine kanun cevaz vermektedir.

Arama kararı veya emri sözlü olmaz; mutlaka yazılı olmalıdır. Uygulamada zaman zaman görülen emrin önce sözlü olarak verilip sonra yazılı olarak teyid edilmesi biçimindeki usul, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetine ilişkin Anayasa'nın 21 ve 22. maddelerine aykırıdır. Arama emrinin arama yapılmadan önce mutlaka yazılı olarak verilmesi gereklidir. Yine uygulamada görüldüğü üzere önceden hazırlanıp imzalanmış formların kolluk tarafından doldurulması suretiyle yazılı emir oluşturulması, yetki devri anlamına geldiğinden hukuka aykırı kabul edilmelidir. CMK m.2'de "gecikmesinde sakınca bulunan hal" tanımı bulunmamaktadır. Bu kavram, yönetmeliklerle tanımlanmaya çalışılmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal teriminden, derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar alınması için vakit bulunmaması halleri anlaşılır[165]. Yargıtay'ın tanımına göre, ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde; o tedbirin uygulanamaz duruma

165 Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, m.4.

düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır[166]. İnternet ve mobil telefon çağında ve cumhuriyet başsavcılıklarının 24 saat süreyle arama kararları konusunda savcı görevlendirdikleri bir dönemde "savcıya ulaşılamaması" pek mümkün değildir; böyle bir iddia ciddi şekilde araştırılmalıdır. Yine Yargıtay'a göre, gecikmesinde sakınca bulunmadığı halde, varmış gibi muamele yapılarak ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ceza muhakemesi önlemine karar verecek bir merciin kararı ile yapılan arama sonucunda elde edilen veriler hukuka aykırı delil niteliğindedir[167].

Arama kararı veya emrinde, aramanın nedenini oluşturan fiil, aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi mutlaka gösterilmelidir. Yukarıda da tartışıldığı üzere, genel nitelikteki arama karar veya emirleri geçerli değildir.

CMK m.119/3 uyarınca, aramanın sonunda bir arama tutanağı düzenlenir. Bu tutanağa arama işlemini yapanların açık kimlikleri yazılır. TMK m.10/1-ç uyarınca eğer Terörle Müca-

166 "…arama ancak hâkim kararıyla mümkündür. C.Savcıları ile onun yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için bir ön koşul olarak, gecikmesinde sakınca umulan halin gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca bulunduğundan söz edebilmek için de, ilgilinin hakime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır.", YCGK, E.2009/7-160, K.2009/264, 17.11.2009.

167 Yargıtay 7.CD, 20.06.2005, 13539/8098'den nakleden Ünver/Hakeri, s.396, dipnot 166.

dele Kanunu kapsamında bir arama yapılıyorsa kolluk görevlilerinin açık kimlikleri yerine yalnızca sicil numaraları yazılır.

Arama hususunda uygulamaya ilişkin bir başka noktaya da değinmekte yarar vardır. Uygulamada kolluk tarafından bir mahale girip oraya gelecek kişileri bekleyerek yakalama şeklinde, adına "karakol kurma" denen uygulama bütünüyle hukuka aykırıdır. Arama kararında belirtilen süreye de uyulması gerekmektedir.

Kişinin üstü aranacaksa, bu aramanın "beden muayenesi" boyutunda olmaması gerekir. Bu boyuta varan uygulamalarda artık arama değil, beden muayenesine ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Aramanın gündüz yapılması esastır ve kuraldır. CMK m.118/1 uyarınca konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamaz. İstisnaen, suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan haller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla; konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde, gece de arama yapılabilir. TCK m.6/1-e'ye göre gece, güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve güneşin doğmasından bir saat öncesine kadar devam eden zaman dilimidir. Gündüz başlayan ancak tamamlanamayan aramanın gece devam edebilmesi için gece aramasına ilişkin şartların oluşmuş olması gerekir.

Öğretideki egemen yaklaşıma göre, *"Arama sırasında savcı da arama mahallinde bulunuyorsa herhangi bir işlem tanığının bulundurulmasına gerek yoktur*" ancak, CMK

m.120/1'de yer alan *"Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur"* hükmüne dikkat edilir, malik ya da zilyedin şüpheli de olabileceği hesaba katılırsa, yasakoyucunun gıyapta yapılan aramalar bakımından C. Savcısının katılımında dahi en az bir işlem tanığının gerekli olduğunu öngördüğü düşünülebilir. "Konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde yapılan aramalara cumhuriyet savcısı katılmamışsa, CMK m.119/4 uyarınca o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin işlem tanığı olarak bulundurulması ve düzenlenecek arama tutanağına kimlik bilgilerinin yazılarak imzalarının alınması gerekir.

Kolluğun belge veya kağıtları inceleme yetkisi yoktur; bu yetki CMK m. 122/1 uyarınca cumhuriyet savcısı veya hâkime tanınmıştır. Uygulamada sıklıkla kolluğun arama sırasında elde edilen belge ve kağıtlara incelemeksizin -suçla ilgili olup olmadığını tespit amacıyla bakma yetkisini kötüye kullanarak- basitçe bakmayıp uzun uzun okuyup incelediği görülmektedir, ki bu uygulama da hukuka aykırıdır.

CMK m.120/1'e göre, arama sırasında aranan yerin sahibi veya aranan eşyanın zilyedi de aramada hazır bulunabilir. Bu kişiler hazır bulunmuyorsa, temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip akrabalarından biri veya kendisiyle birlikte oturan biri ve komşusu hazır bulunmalıdır. Elbette bir hazır bulunma hakkının bulunması, mutlaka bu hakkın kullanılacağı anlamına gelmez, lakin arama sırasında hazır bulunma hakkının kullanılmaması veya müdahale edilmemesi, olası hukuka

aykırılığın tespit edilebilmesi hususunda büyük bir avantajın yitirilmesi anlamına gelecektir. Sahip veya zilyet birden fazla ise, her birinin aramada hazır bulunmaya hakkı vardır. CMK m.120/3 uyarınca avukatın aramada hazır bulunması, hiçbir şekilde engellenemez.

CMK m.121 uyarınca, aramanın sonunda bir tutanak düzenlenir ve elkonulan veya koruma altına alınan eşyaların listesi de tutanağa eklenir. El konulan eşya hakkında emanet memurluğunca yapılması gereken işlemler Suç Eşyası Yönetmeliği m.5 ve devamında belirlenmiştir.

Arama işleminde tespit edilen belge veya kağıtları inceleme yetkisi, münhasıran savcı ve hâkime tanınmıştır. CMK m122/2 uyarınca; söz konusu belge ve kağıtların zilyedi veya temsilcisi kendi mührünü de koyabilir, böylelikle kağıtların değiştirilmesi veya bazı eklemeler yapılması engellenebilir. Uygulamada aramada bulunan kağıtlar bir zarfın içine konmakta ve zarf kapatılarak mühürlenmektedir. Kanun uyarınca, ileride mührün kaldırılması ve kağıtların incelenmesi aşamasında, kağıtların zilyedi veya temsilcisi de inceleme makamı tarafından çağrılarak hazır bulunması sağlanacak, suça ilişkin olmadığı anlaşılan belge ve kağıtlar da ilgilisine iade edilecektir.

Arama işleminin gerekçesini oluşturan ve işlem sırasında bulunması amaçlanan ancak ele geçirilemeyen bir delilin bulunabilmesi veya yerinin söylenmesi için şüpheli veya sanığın zorlanması mümkün değildir. Çağdaş muhakeme sistemlerinde kısaca *"nemo tenetur"* diye anılan ve latince "Nemo tenetur se ipsum accusare" yani "Kimse kendini suçlamak zorunda de-

ğildir" vecizesi[168] doğrultusunda, Anayasa m.38/5 gereği "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz". Bu yönde yapılacak zorlama, delili hukuka aykırı elde edilen delil haline getirir; başta işkence veya kötü muamele olmak üzere zorlayan açısından suçlara da sebebiyet verebilir. Bu nokta, susma hakkının tartışıldığı bölümde ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

5. Avukat Bürolarında Arama

Avukat bürolarında yapılan arama, genel arama kurallarından farklı hükümlere bağlanmıştır. CMK m.130/1 ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.58'e göre avukat büroları, ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak savcının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat, aramada hazır bulundurulur.

1136 sayılı Kanun m.36 ile avukatlara sır saklama ödevi yüklendiğinden, avukatlık bürosunun hukuka aykırı şekilde aranması birden fazla yönden Anayasa ve AİHS'i ihlal edebilir. Örneğin; hukuka aykırı aramayla avukat bürosundan duruşmadan önce savunma dilekçesi veya avukatın davaya ilişkin notları/görüşme tutanakları okunmuşsa veya kopyalanmışsa, avukat yönünden özel hayata saygı hakkı (AİHS m.8) bağlamında, avukatın müvekkili yönünden ise adil yargılanma hakkı (AİHS m.6) bağlamında ihlal oluşabilir.

AİHM, avukatın bürosunun aranmasıyla ilgili davalarda hem mevzuatın hem de uygulamanın keyfiliğe ve kötüye kul-

168 Nuran Haydar, Susma Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.23.

lanmaya yol açıp açmadığını incelemektedir[169]. Bu doğrultuda, özellikle aramanın hâkim tarafından verilen bir arama kararına ve makul bir şüpheye dayanıp dayanmadığı, bir avukatın bürosunun aranması söz konusu olduğunda, arama kararının kapsamının makul bir şekilde sınırlı olup olmadığı ve mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi olan materyallerin götürülmemesini temin etmek üzere bağımsız bir gözlemcinin huzurda bulunup bulunmadığı unsurları yönünden de bir değerlendirme yapmaktadır[170].

AİHM'e göre, bir avukatın bürosunun aranmasının "özel yaşama" ve "aile hayatına" hatta, Sözlemenin 8. maddesinde "*domicile-ikamet*" terimini içeren Fransızca metnin İngilizce metindeki "*home-ev*" teriminden daha geniş bir anlam içermesi nedeniyle potansiyel olarak "*konuta*" müdahale olarak telakki edilmesi gerekmektedir[171]. Mahkeme, elektronik verilerin incelenmesi ve bunlara el konulmasının başvuruculaların, Sözleşmenin 8. maddesinin anlamı çerçevesinde, yazışma/haberleşmeye saygı haklarına bir müdahale teşkil ettiği kanaa-

169 ECtHR, Societe Colas Est and others v. France, Application No: 37971/97, 16.04.2002, para.48, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60431.

170 ECtHR, Weiser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, Application No: 74336/01, 16.10.2007, para.57, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-82711.

171 ECtHR, Weiser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, Application No: 74336/01, 16.10.2007, para.43, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-82711; ECtHR, Niemietz v. Germany, Application No: 13710/88, 16.12.1992, para.30, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887.

tindedir[172].

Avukatlık bürosunun aranması, Mahkeme tarafından hukuka uygun olma, meşru amaç ve özellikle de demokratik bir toplumda gereklilik kriterleri noktalarında da değerlendirilir[173]. Bu çerçevede, yapılan aramanın ilgili ceza muhakemesi mevzuatı uyarınca hem şekli hem de maddi anlamda hukuka uygunluğuna bakılır ve aramanın gerçekten meşru bir amacının olup olmadığı değerlendirilir. Bu noktalardan başka, AİHS m.8 bağlamında özel hayata müdahale anlamına gelen böyle bir tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı da irdelenir[174].

Müdafiin şüpheli veya sanık için yapacağı savunmayla bağlantılı olarak suça iştirak gerekçesiyle aranması durumunda, ölçülülük ilkesi ve arama tedbirinin diğer koşulları da korunmak durumundadır. Aramanın gerekçelendirilmesi son derece önemlidir, zira aksi durum Anayasa'nın yukarıda değinilen maddelerinin ihlali anlamına gelecektir[175]. Uygulamada

172 ECtHR, Petri Sallinen and others v. Finland, Application No: 50882/99, 27.09.2005, para.71, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70283; ECtHR, Weiser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, Application No: 74336/01, 16.10.2007, para.45, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-82711 ; ECtHR, Niemietz v. Germany, Application No: 13710/88, 16.12.1992, para.30, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887.

173 ECtHR, Weiser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, Application No: 74336/01, 16.10.2007, para.53-68, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-82711.

174 ECtHR, Tamosius v. UK, Application No: 62002/00, Decision to the admissibility, 19.09.2002, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22687.

175 Ünver/Hakeri, s.406.

avukatın bürosunun aranması kuralları son derece keskin koşullara bağlandığından, tipik bir kolluğun bilgisi ve yeteneği hukuka tamamen uygun bir arama gerçekleştirilmesine nadiren izin verir. Çoğunlukla böyle bir aramada hukuka aykırılıklara imza atılır, dolayısıyla dikkatli bir inceleme ile birden fazla ihlal tespit edilebilir ve böylelikle aramaya hukuka aykırı arama olarak; gerçek bir hukuk devleti şartları altında yapılan yargılamalarda delil değeri kazandırmamak mümkündür. Bu sonuca ulaşmak için mümkün mertebe ayrıntılı bir araştırma yapmak gerekir.

Bu başlık altında son olarak, avukatın üzerinin aranması hususuna da değinmek gerekir. 1136 sayılı Kanun m.58/1'e göre, "ağır cezayı gerektiren suçüstü hali dışında" avukatın üzeri aranamaz. Avukatlara ilişkin bu özel yasak; hem önleme aramalarını hem de adli aramaları kapsar[176]. TCK m.120'ye göre hukuka aykırı şekilde bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası verilir. Bir Danıştay kararında ise *"Avukat olan davacının, avukatlık kimliğini ibraz etmesine rağmen kolluk kuvvetleri tarafından üzerinin aranması nedeniyle manevi zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. Avukatlık Kanunu uyarınca ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatların üzeri aranamaz. Suçüstü hali olmadan müvekkili önünde kolluk kuvvetlerince üzeri aranan davacının meslek onurunun zedelendiği açıktır. Davalı İdarenin bu eylemde hizmet kusurunun bulunduğuna, davacının manevi*

176 Ersan Şen, Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması, Ankara Barosu Dergisi, Y.2013, S.2, s.341-342, http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/2013-2/2013-2-12.pdf.

zararının karşılanmasına, haksız zenginleşmesine de yol açılmamasını sağlamak üzere takdiren manevi zararın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı İdare tarafından davacıya ödenmesine ve fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmesi hukuka uygundur" denmektedir[177].

6. Arama Kurallarına Uyulmaması Durumunda Yapılması Gerekenler

Arama, delil bulmaya yarayan bir koruma tedbiridir. Aramanın baştan sona hukuka ve kanuna uygun olması gerekir. Eğer hukuka aykırı bir arama söz konusu ise, hukuka aykırılığın tespit edilmesi, ileriki aşamalar için gerekli ve zorunludur.

Buna göre, avukat olarak aramada bir hukuka aykırılık tespit ediliyor ise, o anda müdahale edilerek hukuka aykırılığı tespit ettirmek gerekir. Aramanın sonunda tutulacak tutanağı avukatın kendi şerhini koyarak imzalaması mümkündür. Hukuka aykırı olarak kolluk tarafından böyle bir şerh konmasına izin verilmiyorsa, bu durumda avukatın kendi tutanağını tutması gerekir. Böyle bir belgenin yaratılması, özellikle ileriki aşamalarda o aramada elde edilen delilin değerlendirmeye alınıp alınmamasını etkiler. AİHM aşaması açısından ise, Mahkeme olası hukuka aykırılığın ulusal mahkemeler önünde dile getirilmiş olmasını aramaktadır[178]. Tutanak düzenlemek, bir *force majeure*, zorlayıcı neden olarak değerli olduğu gibi, karşılaşılan hukuka aykırılığı tespit için de önemli bir araçtır. Tutanağın tutulamadığı, yani yazılı belge delil yaratılamadığı

177 Danıştay 8.D., 12.11.2010 tarih, 2010/5626 E., 2010/6024 K.

178 ECtHR, Ahmet Sadık v. Greece, Application No: 18877/91, 15.11.1996, para.32, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58066.

durumlarda fotoğraf ya da video çekerek görüntülü belge delil üretilebilir.

Bunlardan başka, çeşitli durumlara ilişkin AİHM yaklaşımına bakmakta yarar vardır. AİHM'e göre, gümrük muhafaza mevzuatının yetkililere fazlasıyla geniş yetkiler tanıması, hatta bir arama kararı veya emrine gerek olmaksızın arama yapılmasına olanak tanıması, başvurucunun haklarına gerçekleşen müdahale ile karşılaştırıldığında savunulamaz. Mevzuatın ve uygulamanın yetkinin kötüye kullanılmasını engelleyecek yeterlilikte sınırlamalar getirmesi gereklidir[179].

Arama işlemine ve neyin ya da kimin arandığına ilişkin hiçbir açıklamanın yapılmadığı, herhangi bir karar, emir veya arama sonunda hazırlanan bir tutanağın verilmediği benzer bir davada AİHM, ulusal Terörle Mücadele Kanunu'nda böyle bir aramaya izin veriliyor olmasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağını, kaldı ki yetkililerin böyle bir aramanın yapıldığı dönemde herhangi bir terör operasyonu yapıldığına dair bir kanıt sunamadıkları ve yetkililerin de aslında aramanın ardından geçen iki yıl süreyle böyle bir arama yapıldığını inkar edip daha sonra kabul etmeleri karşısında ihlal kararı vermiştir[180].

Yine AİHM, bir trafik suçundan ötürü kaçan sanığın bulunması amacıyla sanığın babasının evinde yapılan aramanın, atfedilen suçun görece basit bir suç oluşu, hatta Alman Ceza

179 ECtHR, Funke v. France, Application No: 10828/84, 25.02.1993, para.56-57, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57809.

180 ECtHR, Imakayeva v. Russia, Application No: 7615/02, 09.11.2006, para.187-189, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-77932.

Kanunu'ndan çıkarılan ve kabahat nev'inden bir suç olduğu, buna karşılık yaklaşık on bin kişinin yaşadığı bir yerde hakkında hiçbir suçlama getirilmeyen üçüncü kişi konumundaki babanın evinde yapılan böyle bir aramanın kişisel ve ticari itibarı sarsıcı etkisi bulunduğu, dolayısıyla müdahale ile amaçlanan fayda arasında oranlılık bulunmadığı bir davada özel hayatın ihlal edildiği kararı vermiştir[181].

Bir soygunla ilgili makul şüphe üzerine hukuka uygun olarak alınan arama kararıyla yapılan bir aramada Mahkeme, evi aranan kişilerin o adreste yalnızca altı aydır oturuyor olmaları nedeniyle çevre tarafından tanınmamaları, aslında atfedilen suçla hiç ilişkilerinin bulunmaması ve sabaha karşı henüz yataktayken kapılarının polis tarafından kırılarak baskın şeklinde konuta girilmesi durumunun yarattığı korku ve panik düşünüldüğünde, orantısız şekilde uygulanan tedbirin AİHS m.8 bağlamında ihlal yarattığını belirlemektedir[182].

AİHM'in bir başka kararında, hakkında hiçbir suçlama getirilmeyen bir avukatın 7806 nolu ceza davasında iki farklı şirketin sahibi dört farklı müvekkili önceden savunmuş olmasıyla, evinin aranması arasında ilgili devlet yetkililerinin herhangi bir ilişki gösteremedikleri, buna karşılık arama kararında herhangi bir sınır konulmadan avukatın "evinde yapılacak aramada 7806 nolu davayla ilgili her şeyin" aranması hükmü bulunduğu, yetkililerin eve girdiklerinde iki farklı şirkete iliş-

181 ECtHR, Buck v. Germany, Application No: 41604/98, 28.04.2005, para.47-53, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-68920.

182 ECtHR, Keegan v. UK, Application No: 28867/03, 18.07.2006, para33-36, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76453.

kin tüm dokümanların teslim edilmesini istedikleri, ancak aynı yetkililerin bu şirketlere ait kayıtların neden avukatın evinde aranmakta olduğuna dair herhangi bir gerekçe göstermedikleri, bu durumun da ölçüsüz ve AİHS m.8 bağlamında ihlal oluşturduğu belirtilmektedir[183].

Bir şirketin vergi suçuna ilişkin olarak görülmekte olan davada, davaya bakan şirket avukatının bürosunun aranmasıyla ilgili olarak AİHM, arama sırasında avukatın el yazısıyla tuttuğu notlarına, arama sırasında hazır bulunan Baro Başkanının itirazı hilafına el konmasının ayrı, aramanın amacının şirketin işlediğinden şüphelenilen vergi suçuna ilişkin kanıt toplanması olması yanında hiçbir zaman avukata bir suçlama yöneltilmediği halde sırf şirketin yapmış olabileceği vergi yolsuzluğuna ilişkin kanıtların araştırılarak elde edilmesindeki güçlükten ötürü avukatın hedef alınmasını ayrı yönlerden ihlal kabul etmiştir[184].

Bir diğer kararında Mahkeme, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde kriminolog olarak görev yapan başvurucunun ofisinin aranarak, masasının çekmecesinde bulunan kimi kişisel evraklarına el konulması karşısında, ilgili devletin yaptığı "kişinin kamu görevlisi olduğu ve ofisinin de özel alan oluşturmadığı" biçimindeki savunmayı gerekçesiz bularak AİHS m.8 bağlamında ihlale hükmetmiştir[185].

183 ECtHR, Smirnov v. Russia, Application No: 71362/01, 07.06.2007, para 46-49, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-80953.

184 ECtHR, Andre and Another v. France, Application NO: 18603/03, 24.07.2008, para.43-49, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87938.

185 ECtHR, Peev v. Bulgaria, Application No: 64209/01, 26.07.2007, para.35-46, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-81914.

AİHM aramaya ilişkin bir diğer kararında, kişinin üzerinde bulunduğu iddia edilen fiziksel delillerin güvenilirliği ve doğruluğunun bulunduğu şartların incelenmesiyle belirlenebileceği tespitini yaparak, kişinin polis ekiplerince yakalanma anında üstünün aranmaması, İçişleri Bakanlığı Narkotik Şubesine götürülerek burada aranması, yakalama anı ile arama anı arasında yaklaşık 20 dakikalık bir zaman bulunduğu, ısrarlı şekilde başvurucu tarafından talep edildiği halde arama anına ilişkin çekilen video görüntülerinin mahkemeye gönderilmediği ve özel olarak AİHM tarafından da talep edildiği halde ilgili hükümetin talebe yanıt vermemesi karşısında, kişinin üzerinde bulunduğu ifade edilen delilin "üretilmiş" delil olduğu tespitiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir[186].

Görüldüğü üzere, AİHM uygulamasında arama tedbiri çok çeşitli yönlerden incelenmekte ve yararlar arasında bir denge gözetilmekte, dengenin sarsıldığı durumlarda ise ihlal kararı verilmektedir.

7. Arama Sırasında Tesadüfen Bulunan Deliller

Arama sırasında aramayla ilgili soruşturma ya da kovuşturmanın dışında, ancak bir başka suç işlendiğini düşündürten bir delil elde edilebilir. Böyle bir durumda, CMK m.138/1 uyarınca bu delil muhafaza altına alınacak ve durum vakit geçirmeksizin savcılığa bildirilecektir. Elbette, "zehirli ağacın meyveleri de zehirli olur" düşüncesi doğrultusunda, böyle bir delilin ancak aramanın hukuki olması durumunda kullanılabilmesi mümkündür. Eğer arama hukuka aykırı bir arama ise,

186 ECtHR, Peev v. Bulgaria, Application No: 64209/01, 26.07.2007, para.35-46, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-81914.

bu arama sonucunda elde edilen delililer de hukuka aykırı delil olacaktır; bu deliller de istisnası olmaksızın muhakemede kullanılamazlar.

CMK m. 138/2 gereğince, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddede liste şeklinde sayılan katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil de muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.

Kanun koyucu, "hukuka uygun olmak şartıyla" aramanın konusu dışında kalan ve tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesine imkân vermiş, ancak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi sırasında tespit edilen ve tedbirin konusu dışındaki bir suça ilişkin olan delilin kullanılabilmesini yalnızca CMK m.135/8'de belirtilen katalog suçlardan birine ilişkin olması şartına bağlamıştır.

Son olarak, konuya ilişkin bir soruya yanıt vererek bu başlığı kapatmamız gerekir. Acaba hukuka uygun bir arama sırasında hukuka aykırı şekilde bir delil elde edilmişse ne olacaktır? Gerçekten de örneğin hukuka uygun gerekçelerle ve hukuka uygun merciin kararıyla yapılan bir arama sırasında, kolluğun şüpheli veya sanığı aranan bir belgenin yerini söylemesi için zorlaması sonucunda bir delile ulaşılmış olabilir. Böyle bir durumda, hukuka uygun bir aramayla hukuka aykırı şekilde bir delil elde edilmiş olur. Böyle bir durumda, delilin kullanılabilmesine imkân yoktur, delilin derhal savcı tarafından imha edilmesi ve kullanılmaması gerekir. Tesadüfen elde

edilen delillerde hem aramanın hem de delilin hukuka uygun olması gerekir, bunlardan biri hukuka aykırı ise o delil kullanılamaz[187].

F. Elkoyma ve Muhafaza Altına Alma

1. Kavram

Bir koruma tedbiri olarak elkoyma, ispat aracı olabilecek bir malvarlığı değeri üzerinde zilyedinin rızası bulunmaksızın tasarruf yetkisinin kaldırılması anlamına gelir. CMK m.123'deki tanımlamadan hareketle[188], üzerindeki tasarruf yetkisi kaldırılan malvarlığı değerini kişinin rızasıyla teslim etmesi durumuna "muhafaza altına alma" denmektedir; elkoymada ise rıza yoktur, zorla yapılır. Kanun koyucu, çeşitli yerlerde muhafaza altına alma kavramını "koruma altına alma" olarak da ifade etmektedir[189].

El konulacak ya da muhafaza altına alınacak taşınır malın şüpheli veya sanığa ait olması gerekmez. İspat aracı olarak yararlı görülen, emare niteliğindeki her eşyaya el konulabilir, zira ceza muhakemesi sisteminde delil serbestisi ilkesi geçerlidir. Bunlardan başka; TCK m.54 bağlamında eşya müsaderesi-

187 Ünver/Hakeri, s.453.

188 **Ceza Muhakemesi Kanunu**

Eşya veya kazancın muhafaza altına alınması ve bunlara elkonulması

Madde 123 – (1) İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır.

(2) Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.

189 Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.4; CMK m.121.

ne tabi bulunan malvarlığı değerleri ile TCK m.55 bağlamında kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri elkoymanın konusunu oluşturabilir.

Anayasa'nın 2001 yılında değiştirilen 20/2. maddesinde, *"Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*" hükmü bulunmaktadır.

Elkoyma, geçici bir tedbirdir. Yargılamada maddi gerçeğin tespit edilmesi amacıyla alıkonan nesne, yargılamanın sonunda ya müsadere edilecek ya da sahibine iade edilecektir. Uygulamada elkoyma kararının genellikle arama kararıyla birlikte verildiği gözlenebilir. Yalnızca arama kararı verilmiş ve kararda elkoymaya ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamışsa, arama sırasında bulunan eşyaya el konulamaz, aksi halde elkoyma için bir karar verilmesini öngören CMK m.127 hükmü anlamsız olurdu[190].

190 Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara, 2007, s.249 (Şahin).

2. El Konulamayan Belgeler

Kanunda kimi belgelere el konulamayacağı açık şekilde düzenlenmektedir. Buna göre, içeriği devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemelerce incelenmesi, CMK m.125'te düzenlenmiştir. CMK'daki düzenlemeye göre, bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamazlar. Bu belgeler ancak bir mahkeme heyeti veya bir hâkim tarafından incelenebilirler. Hâkim veya mahkeme, belgede yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturmaya yarayan bilgileri tutanağa kaydettirir. Bu durum, her suç bakımından değil, cezanın alt sınırı beş yıl ve daha fazla olan suçlar bakımından geçerlidir. *Argumentum a contrario,* aksi ile kanıt yöntemiyle; alt sınırı beş yıldan az olan suçlar için devlet sırrı gerekçesiyle kimi belgelerin mahkemelerle paylaşılmayacağı ve el konulamayacağı sonucuna ulaşılabilir. Elkoyma ise; maddede "mahkeme hâkimi veya heyet" terimi kullanıldığı için, yalnızca kovuşturma evresinde söz konusu olur.

Bundan başka, kimi özel kanunlardaki bazı hükümler CMK'da getirilen bu temel kuralı boşa çıkarmaktadır. Örneğin 2937 sayılı MİT Kanunu m. Ek 1'e göre, Millî İstihbarat Teşkilâtı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar (Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk) hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemezler. Maddede "adli merciler" terimi kullanıldığı için ne savcılıkça ne de hakimlik veya mahkeme tarafından böyle bir talepte bulunulabileceği sonucuna

ulaşılmaktadır; yani adli mercilerce dahi talep edilemeyen ve dolayısıyla da adli mercilerin ulaşım imkânı bulunmayan ve denetlenemeyen birtakım istihbari nitelikteki bilgi ve belgelerle karşı karşıyayız. Elbette, gerçek bir hukuk devletinde, bu gibi yargısal bağışıklıklara yer bulunmamaktadır. Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmak ise, sebebi ne olursa olsun Devletin işlenmiş bir suça ilişkin bir sırrının bulunması kabul edilemez. CMK'daki düzenleme ile, aslında devlet sırrı niteliğindeki belgeye yargılama makamı dışındaki kişilerin erişimi engellenmiş bulunmaktadır. Ne var ki, örneği verilen bazı özel kanunlarla bu kural boşa çıkarılmıştır.

CMK m.126'da, el konulamayacak mektuplar ve belgeler başlığı altında, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere el konulamayacağı düzenlenmektedir. Tanıklıktan çekinebilecek kimseler, şüpheli veya sanığın CMK m.45'de belirtilen listede sayılan yakınları ve CMK m. 46'da belirtilen avukatlar, sağlık çalışanları mali müşavirler ve noterler gibi meslek ve sürekli uğraşıları nedeniyle tanıklıktan çekinebilecek kişilerdir. Anayasa m.38/5'de "Hiç kimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolla delil göstermeye zorlanamaz" hükmü, bu kuralların dayanağını oluşturmaktadır. Şüpheli veya sanık ile CMK m.45 ve 46'da gösterilen kimseler arasındaki mektup ve belgelere, söz konusu mektup veya belgenin bu kimseler nezdinde bulunması şartıyla el konulamaz. Nezdinde bulunmanın anlamı, kişilerin üzerinde, konutunda veya işyerinde bulunmasıdır.

CMK m.154'deki düzenlemeden hareketle, tutuklu bulu-

nan şüpheli veya sanığın müdafii ile yazışmaları da herhangi bir denetime tabi tutulamaz. Denetime tabi tutulamayan bu yazışmalara el konulması da mümkün değildir. Ne var ki, olağanüstü hal uygulamasının sürdüğü Temmuz 2016-Temmuz 2018 döneminde, hemen her ceza muhakemesi aşamasında şüpheli veya sanık ile müdafiin yazışmalarının türlü şekillerde denetlendiği ve bu yazışmalara pek çok olayda el konulduğu yaşanmış vakıalardır. Bu durum, ancak Türkiye'nin hukuk devleti kavramıyla kurduğu ilişkinin zayıflığı ile açıklanabilir[191].

3. Elkoyma Kararı ve İcrası

Elkoyma kararı, hâkim tarafından verilir. Kural bu olmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının, savcıya ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle elkoyma işleminin yapılabileceği CMK m.127'de belirtilmektedir. CMK m.162 doğrultusunda, soruşturma evresinde savcılık tarafından arama ve elkoymaya ilişkin yapılan talepler, sulh ceza hakimliğince yanıtlanmaktadır.

2020 yılı şartlarında, kanunda hala "savcıya ulaşılamayan" halin düzenlenmesi eleştirilmelidir. Bu hüküm CMK'nın orijinal metninde yokken kanunun yürürlüğe girişinin ertelenmesiyle, henüz kanun yürürlüğe girmeden yapılan değişiklikle metne eklenmiştir[192]. Elkoyma kararının savcı ya da kolluk amiri tarafından verilmesi istisnai durumlardır. CMK

191 Doğan Erkan, OHAL KHK Rejiminin Eleştirisi ve OHAL İle Kalıcı Olarak Dönüşen Ceza Hukuku Rejimi, Ekin Yayınları, Bursa, 2019, s.145.

192 Ünver/Hakeri, s.411.

m.127/3'e göre, cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine yapılan elkoyma işleminin yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması, hâkimin de en geç kırk sekiz saat içinde kararını açıklaması gerekir; aksi halde elkoyma işlemi kendiliğinden kalkar.

Yukarıda arama kararı ve icrası başlığı altında tartıştığımız "gecikmesinde sakınca bulunan hal" (AÖAY m.4), "emrin mutlaka yazılı verilmesi" ve "kolluk amirinin tedbiri cumhuriyet savcısına bildirmesi" hususlarında dile getirilen noktalar, elkoyma başlığı için de geçerlidir. Her ne kadar arama tedbirinde olduğu gibi, kolluk amirinin yazılı emri üzerine eşyaya el konmasından sonra Cumhuriyet Savcısına tedbirin sonuçlarının haber verileceği hususunda kanunda bir düzenleme yoksa da suç delillerinin bulunması amacıyla yapılacak arama sonunda bulunan ve el konan eşya hakkında da savcıya bildirim yapılmış olacaktır[193]. Yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulmaması veya kırk sekiz saat içinde hâkimin kararını açıklamaması durumlarında elkoyma *ipsu iure,* kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Bu süreler dolduktan sonra elkoymanın hâkim kararına sunulması veya hâkimin kararını açıklaması elkoyma işlemini hukuka uygun hale getirmez.

Elkoyma kararına karşı CMK m.267 bağlamında itiraz yoluna gidilebilir; zira CMK m.127/4 uyarınca zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir ve hâkim kararlarına karşı da itiraz yoluna başvurulabilir. Uygulamada bu itiraz yoluna pek başvurulmasa da

193 Şahin, s.251.

haksız elkoyma durumunda mutlaka denenmesi gerekir.

CMK m.169/2 uyarınca soruşturma evresinde yapılan tüm işlemler belgelendirilmelidir, dolayısıyla elkoyma işlemi de bir tutanak ile kayda geçirilir. Bu tutanağın gerçeğe uygunluğunun dikkatlice incelenmesi gerekir. Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 5. maddesi gereği, el konulan eşyanın cinsi, miktarı, üzerindeki işaret, yazı ve numaraları, tür, marka, model ve ölçü gibi benzerlerinden ayırt etmeye elverişli bütün nitelikleri, takdir edilen değeri, hangi suçtan ötürü kimden, nereden ve ne suretle alındığı, soruşturma evrakı numarası, hazır olan mağdur, suçtan zarar gören, şüpheli veya sanık ile bunların vekil ya da müdafilerinin, bilirkişi ve tanıklar ile huzurda bulunan diğer kişilerin ve elkoyma işlemini yapan kolluk görevlilerinin açık kimlikleri, işlemin yeri, tarih ve saati yazılır, ilgililerin imzaları alınır. TMK m.10/1-ç uyarınca Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bir suç söz konusu olduğunda, ilgili kolluk görevlilerinin açık kimlikleri yerine yalnızca sicil numaralarının yazılmasına dair özel hüküm bulunmaktadır.

Arama sırasında kolluğun soruşturmayla ilgili delilleri ayırarak yalnızca soruşturmaya ilişkin materyale elkoyması gerekir. Kolluğun evrakları okuma yetkisi de bulunmadığından, ilk bakışta soruşturmayla ilgili olmadığı anlaşılan dosya ve evrakların elkoyma harici tutulması gerekir. Böyle bir ayrım yapılmayarak ofiste bulunan tüm belgelere ve kişisel eşyalara el konulması, AİHS m.8 bağlamında ihlal kabul edilir[194].

194 ECtHR, Panteleyenko v. Ukraine, Application No:11901/02, 29.06.2006, para.51, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76114.

4. Avukat Bürolarında Elkoyma

Tıpkı arama konusunda olduğu gibi, elkoyma ve postada elkoyma konularına ilişkin avukatlara özel kimi hükümlere yer veren CMK, el konmasına karar verilen eşyalar bakımından ofisinde arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden bir başka avukat, el konulacak eşyanın avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hakiminden, kovuşturma evresinde ise hakim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim, el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. CMK m.130/2 uyarınca bu kararlar yirmi dört saat içinde verilecektir. Avukat büroları, savunma hakkı ve sır saklama mükellefiyeti gerekçeleriyle kanun koyucu tarafından fazladan tedbirlerle korunmak istenmiştir. Uygulamanın da bu amaca hizmet etmesi beklenir. Avukat bürosundaki mesleki sır içeren belgelerin adli hatalar sonucu haksız yere arama ve elkoymaya konu edilmesini engellemenin en etkili yolu, arama işlemine C. Savcısının değil, hâkimin katılması olarak ortaya çıkmaktadır. Böylelikle, arama sırasında elkoymaya bürosu aranan avukat ya da baro temsilcisi karşı koyduğunda o anda tali ceza davası açılmış sayılacak ve hâkim hemen gerekli incelemeyi yaparak orada karar verecek, karşı koymayı haklı bulursa, elkoymaya engel olacak, böylelikle işleme konu belge ya da diğer eşyanın büro dışına çıkarılması

gerekmeyecektir.

5. Postada Elkoyma

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması adına, delil değeri olabilecek herhangi bir eşya veya belgenin posta hizmeti veren bir kuruluşta bulunduğu tespit edilirse, bu eşya veya belgeye hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı kararıyla postada el konabilir. CMK m. 129/1'e göre, "suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilen ve gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olması zorunlu sayılıp, posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluşta bulunan gönderilere, hâkimin veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararı ile elkonulabilir." Kolluk amirinin postada elkoyma yetkisi yoktur.

Madde yalnızca PTT değil özel kargo şirketleri bakımından da uygulanabilir. Özel otobüs seyahat firmalarına teslim edilerek gönderilen materyale de el konması mümkündür[195]. Özel kurye ile gönderilen materyal üzerine kanımızca bu maddenin uygulama olanağı bulunmamaktadır, genel arama ve elkoyma kuralları doğrultusunda işlem yapmak gerekmektedir. Elektronik posta ve elektronik postaya eklenen elektronik belgeler hususunda da bu maddenin işletilmesine olanak yoktur. Bu konuda ileride iletişimin denetlenmesi başlığı altında gerekli açıklamalar yapılmaktadır.

Hâkim veya savcı kararı üzerine postada elkoyma işlemini gerçekleştiren kolluk görevlileri, söz konusu zarf veya

195 Ünver/Hakeri, s.417.

paketleri kural olarak açamazlar. CMK m.129/2'ye göre, el konulan gönderiler ilgili posta görevlilerinin huzurunda mühür altına alınıp derhal elkoyma kararını veren hâkim veya savcıya teslim edilecektir. İstisnai olarak, CMK m.129/3'te listesi verilen suçlarla ilgili bir elkoyma işlemi yapılmakta ise, Cumhuriyet savcısının talimatıyla kolluk görevlileri ilgili zarf veya paketi açabilir[196]. Bu istisna hükmü, 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nin 94 üncü maddesiyle 129 uncu maddeye bu fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanunun 89 uncu maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

Soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilir. Açılmasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur.

Bir avukatın gönderilerine postada el konulacaksa avukatın bürosunda yapılan arama şartlarına uyulmalıdır. Buna göre, elkoyma işlemi mutlaka Cumhuriyet savcısının denetiminde gerçekleştirilecek, elkoyma sırasında Baro başkanı veya onu temsil eden bir başka avukat hazır bulunacaktır. Baro başkanı ve onu temsil eden avukatın, el konulacak gönderinin avukatla

196 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi (madde 174), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188) suçları, 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 12nci ve 13 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar ile 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 67nci ve 68 inci maddelerinde tanımlanan suçlar.

müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğu durumda, bu eşya ayrı bir zarf veya paket içine konularak hazır bulunanlarca mühürlenecek ve bu konuda gerekli kararın verilmesi için soruşturma evresinde sulh ceza hakimine, kovuşturma evresinde ise hâkim veya mahkemesine gönderilecektir. Hâkim veya mahkeme, en geç yirmi dört saat içinde bir karar vermelidir. El konulan eşyanın avukatla müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu saptanırsa, el konan gönderi derhal ilgilisine iade edilecek ve yapılan işlem bir tutanakla ortadan kaldırılacaktır.

6. Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara Elkoyma

CMK m.128'e göre, taşınmazlara, haklara ve alacaklara el konulması, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunması durumunda mümkündür[197]. Kuvvetli şüphe, hem soruşturma veya kovuş-

197 **Ceza Muhakemesi Kanunu**

Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma

Madde 128 – (1) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait;

a) Taşınmazlara,

b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına,

c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba,

d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara,

e) Kıymetli evraka,

f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına,

g) Kiralık kasa mevcutlarına,

turmanın konusunu oluşturan suçun işlendiğine dair, hem de

h) Diğer malvarlığı değerlerine,

Elkonulabilir. Somut olarak belirlenen Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir. (Ek cümle: 21/2/2014 – 6526/10 md.) Bu madde kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir.

(2) Birinci fıkra hükmü;

a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),

2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91),

3. Hırsızlık (madde 141, 142),

4. Yağma (madde 148, 149),

5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),

6. Dolandırıcılık (madde 157, 158),

7. Hileli iflas (madde 161),

8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

9. Parada sahtecilik (madde 197),

10. (Mülga: 21/2/2014 – 6526/10 md.; Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/25 md.) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),

11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

12. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),

13. (Ek: 24/11/2016-6763/25 md.) Tefecilik (madde 241),

elkoymanın konusunu oluşturan taşınmaz, hak, alacak veya

14. Zimmet (madde 247),

15. İrtikap (madde 250)

16. Rüşvet (madde 252),

17. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),

18. (Değişik: 2/12/2014-6572/41 md.) Anayasal Düzene ve bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

19. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,

c) Bankalar Kanunu'nun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar,

Hakkında uygulanır.

(3) Taşınmaza elkonulması kararı, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle icra edilir.

(4) Kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında verilen elkoyma kararı, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmek suretiyle icra olunur.

(5) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba elkonulması kararı, teknik iletişim araçlarıyla ilgili banka veya malî kuruma derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili banka veya malî kuruma ayrıca tebliğ edilir. Elkoyma kararı alındıktan sonra, hesaplar üzerinde yapılan bu kararı etkisiz kılmaya yönelik işlemler geçersizdir.

(6) Şirketteki ortaklık paylarına elkoyma kararı, ilgili şirket yöneti-

diğer malvarlığı değerlerinin bu suçtan elde edildiğine dair olmalıdır. El konan taşınmaz, hak veya alacakların idaresi amacıyla kayyım da atanabilir.

CMK m.128/9'a göre, elkoyma veya onuncu fıkra uyarınca kayyım atanmasına ancak hâkim karar verebilir. Maddedeki hükümden hareketle, elkoyma kararının öznesini oluşturan şüpheli veya sanığa ait taşınmazlar, hak ve alacaklara yönelik olarak elkoyma kararı verilebildiğinden belirleyici kavram zilyetlik değil mülkiyettir; yani mülkiyeti şüpheli veya sanığa ait olan değerlere, zilyetliği başkasında olsa dahi el konabilecektir.

Birinci fıkraya 2014 yılında yapılan bir ekleme ile ilgi-

---

mine ve şirketin kayıtlı bulunduğu ticaret sicili müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili şirkete ve ticaret sicili müdürlüğüne ayrıca tebliğ edilir.

(7) Hak ve alacaklara elkoyma kararı, ilgili gerçek veya tüzel kişiye teknik iletişim araçlarıyla derhâl bildirilerek icra olunur. Söz konusu karar, ilgili gerçek veya tüzel kişiye ayrıca tebliğ edilir.

(8) Bu madde hükmüne göre alınan elkoyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde, Türk Ceza Kanununun "Muhafaza görevini kötüye kullanma" başlıklı 289 uncu maddesi hükümleri uygulanır.

(9) (Değişik: 24/11/2016-6763/25 md.) Bu madde hükümlerine göre elkoymaya ve onuncu fıkra uyarınca kayyım atanmasına ancak hâkim karar verebilir.

(10) (Ek: 15/8/2016-KHK-674/13 md.; Aynen kabul: 10/11/2016-6758/13 md.) Bu madde uyarınca elkonulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresi gerektiğinde bu malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla kayyım atanabilir. Bu durumda 133 üncü madde hükümleri kıyasen uygulanır.

sine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı (Bakanlığı) ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınacağı belirtilmektedir. Bu raporun en geç üç ay içinde hazırlanacağı, özel sebepler zorunlu kıldığında bu sürenin talep üzerine iki ay daha uzatılacağı, yani azami beş aylık sürede rapor alınması gerektiği yine maddede belirlenmektedir. Siyasi iktidara bağlı kurumlardan alınan raporların ceza muhakemesinde belirleyici olması bir yana, elkoyma kararının belirlenen idari mercilerin raporuna ve kararına bağlı kılınması kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerini erozyona uğratmaktadır[198]. Taşınmazlara, hak ve alacaklara istisnası olmaksızın yalnızca kuvvetli şüphe üzerine hâkim kararıyla el konulabileceği belirtilmişken, idari ve hatta siyasi kimi makamlara bu kararda belirleyici bir rol tanınması eleştirilmesi gereken ve hukuk devleti ilkelerine uymayan bir çelişkidir.

CMK m.128/3 uyarınca taşınmazlara elkoyma, tapu kütüğüne şerh verilmesi suretiyle olur. Aynı maddenin 4'üncü fıkrası uyarınca kara, deniz ve hava ulaşım araçları hakkında elkoyma, bu araçların kayıtlı bulunduğu sicile şerh verilmesi yoluyla gerçekleştirilir.

CMK m.128/5'e göre, banka veya mali kurumlardaki her türlü hesaba, şirketteki ortaklık paylarına, hak ve alacaklara elkoyma, teknik iletişim araçlarıyla ilgili kişi veya kurumlara derhal yapılacak bildirimle gerçekleşir.

198 Ünver/Hakeri, s.416.

5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 17. maddesinde de CMK m.128'e atıf yapılmaktadır. Buna göre, aklama ve terörün finansmanı suçlarının işlendiğine dair kuvvetli şüphe bulunan hallerde CMK m.128'deki usule göre malvarlığı değerlerine el konabilir. Yalnızca bu iki suçla ilgili olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da elkoyma kararı verebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi en geç yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim en geç yirmi dört saat içinde onaylanıp onaylanmamasına karar verir. Onaylamama halinde Cumhuriyet savcılığının elkoyma kararı hükümsüz kalır.

Bir davada AİHM, bir organize suç örgütü liderine ait olduğu iddia edilen on altı taşınmaz ve altı taşıta el konmasını ölçülülük ilkesine uygun kabul etmiş; ancak altı taşınmaz ve bir kamyona ilişkin verilen elkoyma kararının gerekçesinin yaklaşık beş ay sonra açıklanmasını AİHS'e Ek 2 nolu Protokolün 4. maddesinin ihlali kabul etmiştir[199].

Bir başka kararında ise Mahkeme, para aklama ve terörizmin finansmanı suçlarıyla ilgili olarak başka şahıs ve şirketlerin başvurucuya ait aracılık şirketi üzerinden ilişki kurarak suç işlendiği iddiasıyla diğerlerinin malvarlığı değerleriyle birlikte başvurucuya ait şirketin malvarlığı değerlerine de el konmasını AİHS m.8'in ihlali kabul etmiştir[200].

199 ECtHR, Raimondo v. Italy, Application No: 12954/87, 22.02.1994, para.27-40, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57870.

200 ECtHR, M.N. and others v. San Marino, Application No: 28005/12, 07.07.2015, para.83, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-155819.

7. Basılmış Eserlere Elkoyma

Basın Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca, delil olması kaydıyla basılmış bir eserin en fazla üç adedine Cumhuriyet savcısı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk tarafından el konabilir. Müsadere için ise tümüne el konulur. Uygulamada buna "toplatma" adı verilmektedir. Toplatma için mutlaka hâkim kararı gerekir. Kararda basılmış eserin tamamına elkoyma kararı verildiği açıkça belirtilmelidir (Basın Kanunu m.25/2).

Basın Kanunu m.25/3'e göre, süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin kanunda belirtilen suçları işlediklerine dair kuvvetli şüphe bulunması koşuluna bağlı olarak, bunların Türkiye'de dağıtılmasının veya satışa sunulmasının yasaklanmasına başsavcılığın talebi üzerine hâkim tarafından karar verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde başsavcılığın kararıyla da yasaklama kararı alınabilir, ancak bu durumda kararın en geç yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulması şarttır. Hâkimin bu kararı en geç kırk sekiz saat içinde onaylamaması durumunda başsavcılığın kararı hükümsüz kalır.

8. Zorlama Amaçlı Elkoyma

Kaçak bir şüpheli veya sanığın savcılığa başvurması veya duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla ve amaçla orantılılık ilkesi dahilinde, Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına savcının istemi üzerine hâkim veya mahkeme tarafından el konulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanabilir. Elkoyma veya kayyım atama kararı şüpheli veya sanığın müdafiine bildirilir. CMK m.248'deki düzenlemeye göre, zorlama

amaçlı elkoyma yalnızca maddenin ikinci fıkrasında belirlenen katalog suçlarla ilgili olarak verilebilir. Kaçak yakalandığında veya kendiliğinden gelip teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir. Sulh ceza hâkimi veya mahkeme elkoymaya karar verdiğinde, kaçağın yasal olarak bakmakla yükümlü bulunduğu yakınlarının alınan tedbirler nedeniyle yoksulluğa düşebileceklerini saptarsa, bunların geçimlerini sağlamak üzere, elkonulan mal varlığından sosyal durumları ile orantılı miktarda yardımda bulunulması konusunda kayyıma izin verir. Kaçak hakkında verilen elkoyma kararına karşı, CMK m.248/8 uyarınca itiraz mümkündür.

9. Elkonulan Eşyanın İadesi, Muhafazası ve Elden Çıkarılması

CMK m.131'e göre, elkoyma kararı verilmiş bir eşyanın soruşturma veya kovuşturma bakımından artık muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağının anlaşılması durumunda, re'sen veya talep üzerine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme kararıyla geri verilmesine olanak tanınmıştır.

Uygulamada, özellikle TCK m.165'te belirlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçuyla bağlantılı olarak, çalıntı suç eşyasının bir kuyumcuda bozdurulduğu tespitiyle, kuyumcudan söz konusu eşyanın değerine denk "emsal altın" alındığı görülmektedir. Böyle bir durumda, soruşturma için bir önemi kalmayan altının sahibi kuyumcuya iade edilmesi gerekir.

İade durumunda, elkoyma kimden yapılmışsa iade de ona

yapılmalıdır; hukuk davası açılmışçasına mülkiyetin tespit edilip malikinin aranması doğru değildir.

AİHM, bir kararında Kıbrıs Rum Kesimi'ne silah kaçakçılığı iddiası ile İstanbul Boğazı'ndan geçen bir geminin durdurularak aranması ve bulunan silahlarla birlikte gemiye ve gemideki diğer kargoya bir yıldan fazla süreyle el konmasını AİHS'ne Ek 1 Nolu Protokol'ün 1.maddesinin ihlali kabul etmiştir[201].

CMK m.132 doğrultusunda, el konan eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılmasına karar verilebilir. Elden çıkarma kararı soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir. Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 10/4. maddesine göre, bu kabilden eşya, verilecek karar doğrultusunda ve kararda gösterilen mercilere teslim edilir veya satılır. Satış ve tevdi için yapılan masraflar cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilen sanıktan alınmak üzere kovuşturma giderlerinden karşılanır. Eşyanın satılması hâlinde satış bedeli emanet bürosunca saklanır.

CMK m.132/4 uyarınca el konulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınır. CMK m.132/5'e göre, el konulan eşya, soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve is-

201 ECtHR, Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey, Application No: 40998/98, 13.03.2008, para.97, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-83951.

tendiğinde derhâl iade edilmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu bırakma, teminat gösterilmesi koşuluna da bağlanabilir. El konulan eşya, delil olarak saklanmasına gerek kalmaması halinde, rayiç değerinin derhâl ödenmesi karşılığında, ilgiliye teslim edilebilir. Bu durumda müsadere kararının konusunu, ödenen rayiç değer oluşturur (CMK m.132/6).

Elkoyma kararının konusunu oluşturan eşyanın zarara uğraması veya değerinde önemli ölçüde kaybın meydana gelme tehlikesi varsa, eşya elden çıkarılmadan önce fotoğrafı çekilebilir, tanıklara gösterilebilir veya bilirkişi incelemesi yaptırılarak delil değeri muhafaza edilir[202].

G. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma

1. Kavram

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından; şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine karar verilebilir. CMK m.134/1'e göre, bu işlemlerin *sui generis,* kendine özgü bir yapısı bulunduğu için tipik arama ve elkoyma kuralları ile değil, ayrı birtakım kurallarla karşılanmıştır. Kuvvetli şüphe

202 Ünver/Hakeri, s.420.

sebebi şartına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararıyla gerçekleştirilebilen bu koruma tedbirinde, Cumhuriyet savcısının verdiği karar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur[203]. Bu sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde, CMK m.134/1 uyarınca çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler derhal imha edilir.

Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir (CMK m.132/2).

OHAL döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnameleri hukuk sisteminde kalıcı hale getiren 25/7/2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle, CMK m.134'ün birinci fıkrasında yer alan "Cumhuriyet savcısının istemi üzerine" ibaresi "hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından" şeklinde değiştirilmiş, fıkrada yer alan "hâkim tarafından" ibaresi madde metninden

203 "Kuvvetli şüphe sebepleri, henüz kuvvetli şüphe derecesine ulaşmaya yetmeyen ancak kuvvetli şüphe oluşturabilecek sebepler olarak düşünülmelidir. … kuvvetli şüphe sebeplerinin basit başlangıç şüphesinden daha yoğun ama henüz iddianame düzenlemeye yetecek yeterli şüphe seviyesine ulaşmamış şüphe derecesi olduğu...", Resul Göksoy, Ceza Muhakemesinde Dijital Delillerin Elde edilmesi ve Güvenilirliğinin Sağlanması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.161.

çıkarılmış, ikinci fıkrasına "bilgilere ulaşılamaması" ibaresinden sonra gelmek üzere "ya da işlemin uzun sürecek olması" ibaresi eklenmiştir.

2. İmaj Alma

CMK m.134/3 uyarınca bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Uygulamada bu işleme imaj alma adı verilmektedir. Alınan bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır. Bu işlemin mantığı, sonradan başka verilerin alınan imaja eklendiği iddiası ortaya atılırsa karşılaştırma yapabilmeyi sağlamaktır.

Uygulamada pek çok olayda, imajın arama sırasında değil, bilgisayara el konup Emniyet Müdürlüğü'ne götürüldükten çok sonra alındığı sıklıkla görülmektedir. Maddenin mantığına aykırı bu uygulama terk edilmeli ya da mutlaka itiraz ve tazminat konusu yapılarak Anayasa Mahkemesi ve AİHM'deki bireysel başvurularda dile getirilmelidir.

3. Hukuka Aykırılık Durumları

Öğretide bu tedbirin bir çeşit elkoyma düzenlemesi mi olduğu[204], yoksa bir çeşit arama düzenlemesi mi olduğu tartışılmakta, arama ya da elkoyma değil de bir "tespit" işlemi olduğu da ileri sürülmektedir[205]. Bu tartışmanın pratik değeri uygulamayı yakından ilgilendirmektedir; zira eğer bu tedbirin

204 Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok, s.526.

205 Ünver/Hakeri, s. 427.

bir çeşit elkoyma tedbiri olduğu kabul edilirse, bilgisayarlara genel elkoyma kuralları çerçevesinde el konulması, hatta bir arama sırasında bulunan her türlü bilgisayara otomatik olarak el konması sonucunu doğurur. Halbuki kanun koyucunun ayrı bir madde ile düzenleme getirmesindeki amaç, delil tespiti amacıyla bilgisayarda kayıtlı olabileceği sanılan verilere ulaşabilmek için ve bu amaçla sınırlı olarak geçici şekilde ve istinaen elkoyma yapılabilmesidir. Uygulamada bilgisayara elkoymanın neredeyse kural haline getirildiği görülmektedir, hatta bilgisayar üzerinde hiçbir inceleme teşebbüsünde bulunmaksızın görüldüğünde doğrudan el konulacak materyal arasına alındığı izlenmektedir. Öğretide CMK m.134 hükmünün bir elkoyma biçiminde savunulması da bu sonuca önemli ölçüde katkıda bulunmaktadır. Maddenin *ratio legis*'i, varlık nedeni uygulamadaki halinden büsbütün farklıdır.

Dikkat: CMK m.134 doğrultusunda, öncelikle arama sırasında bulunan bilgisayardan kopya alınmalıdır. Bu mümkün olmuyorsa bilgisayara el konulacak, ancak kopyalandıktan hemen sonra el konan cihaz ilgilisine iade edilecektir. Elkoyma sırasında mutlaka yedekleme (imaj alma) işlemi yapılacak, eğer o anda örneğin bilgisayar şifreli olduğu için yapılamıyorsa bu durum mutlaka tutanağa kaydedilecektir. Kural elkoymadan imaj almak ve gerekli incelemeyi bu imaj üzerinde gerçekleştirmektir. Nitekim CMK m.134/5'e göre, bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır. Esasen kolluk kuvvetlerinin elinde bu kuralı yerine getirmek üzere her türlü teknoloji bulunmaktadır.

Uygulamada mutlaka bilgisayar veya bilgisayar kütüğüne el konması tutanağı dikkatle incelenmeli, herhangi bir aykırılık durumunda da mutlaka karşı tutanak düzenlenmelidir.

Dikkat: Bilgisayarlar için, genel arama kararından ayrı bir karar verilmesi zorunludur. Genel arama kararıyla gidilen yerde bilgisayar üzerinde arama yapılması hukuka aykırıdır.

AİHM kararlarında da bilgisayar veya bilgisayar kütüklerinde arama ve elkoyma konusu tartışılmıştır. Avukat olan başvurucunun bilgisayarına kendisine değil müvekkiline izafe edilen suçla ilgili olarak el konması ve altı yıl boyunca geri verilmemesini, bilgisayarın kendisinin suçla ilişkili olmaması, içindeki bilgilerin ve kayıtların suç konusunda delil teşkil ede-

bileceği, dolayısıyla bu verilerin incelenmesi yerine bilgisayarın kendisinin elde tutulmasının ihlal oluşturduğu gerekçesiyle tazminata hükmedilmiştir.[206] Mahkemeye göre hukuk sistemleri her türlü keyfiliğe ve kötüye kullanmaya karşı uygun ve elverişli koruma araçları içermek durumundadır, zira avukata karşı gerçekleştirilen hukuka aykırılık aynı zamanda müvekkilinin de hakkını ihlal etmektedir.

Dikkat: Madde dikkatle incelendiğinde, yalnızca soruşturma evresinden ve şüpheliden söz edildiği görülmektedir. Bu durumda, kovuşturma evresi sırasında sanığa ait veya sanığın kullandığı bilgisayarlar ve bilgisayar kütüğünde inceleme yapılması mümkün değildir. Kovuşturma evresinde sanık için CMK m.134 hükmünün kullanılması hukuka aykırı olacaktır.

Ğ. Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini

1. Kavram

Şirket yönetimi için kayyım tayini, şirketin faaliyeti çerçevesinde kuvvetli şüpheye bağlı olarak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla uygulanan ve suç faaliyetine engel olmak için şirket yönetiminin değiştirilmesini ifade eden bir koruma tedbiridir. Bu koruma tedbiri, esas itibariyle suçun bir şirket faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe üzerine uygulanabilir.

CMK m.133'e göre, suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebepleri-

206 ECtHR, Smirnov v.Russia, Application No: 71362/01, 07.06.2007, para 58-59, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-80953.

nin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir. Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiği açıkça belirtilir. Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicil gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur.

2. Kayyım Atanabilmesinin Şartları ve Kayyımın Alacağı Ücret

Kayyım atanabilmesi için, ayrıca CMK m.133/4'te belirlenen suçlardan birinin şirket faaliyeti çerçevesinde işlendiği hususunda kuvvetli şüphe olmalıdır; dolayısıyla rastgele herhangi bir suçla ilgili kayyım ataması yapılamaz.

Atamayla birlikte, yönetim organlarının her türlü eylem ya da işlemi kayyımın onayına bağlı hale gelir. Kayyımın alacağı ücret de hâkim veya mahkeme tarafından takdir edilir ve şirket bütçesinden ödenir. Atanan kayyımın işlemlerine karşı görevli mahkemeye 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre başvurulabilir. CMK m.133 uyarınca atanan kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerinden dolayı tazminat davaları, CMK m.142 ila 144 uyarınca Devlet aleyhine açılır. Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kul-

lanan kayyımlara bir yıl içinde rücu eder.

H. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi

1. Kavram

Kanunda iletişim ve telekomünikasyon kavramları tanımlanmış değildir. Türk Dil Kurumu'na göre iletişim "telefon, telgraf, televizyon, radyo vb. araçlardan yararlanılarak yürütülen bilgi alışverişi, haberleşme", telekomünikasyon ise "haber, yazı, resim, sembol veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik vb. elektromanyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı veya alınması, uzaktan iletişim" biçiminde tanımlanmaktadır[207]. Kanunda özellikle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinden söz edildiğinden, normal posta ve kargo dışındaki elektronik posta, sabit veya mobil telefon, faks, kısa mesaj (SMS), Whatsapp, Telegram, Viber, Signal, Snapchat gibi mesajlaşma programları, ftp, ssh gibi veri alışverişine izin veren programlar ya da Facetime, Zoom, Bluejeans, Facebook Messenger ve Google Hangout gibi görüntülü konuşma programları da dahil olmak üzere her türlü elektronik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri üzerinden iletişim kurulması kastedilmektedir. Uygulamada da tüm bu iletişim kanallarına yönelik kararlar verilmektedir. Tüm bu iletişim vasıtalarının izlenmesi, teknolojik olarak mümkündür; kimi kuruluşlar kolluk güçleri ile iş birliği yaparak kaynak kodlarını paylaşırlar, işbirliğinde bulunmayan yapıların da emniyetçe çeşitli casus programlar kullanarak

207 https://sozluk.gov.tr, (20.05.2020).

izlenmesi mümkündür.

CMK m. 135'te *"Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır"* denmektedir. Bu yöntemin dışında başka hiçbir suretle telefon dinlenemez, dinlenirse hukuka aykırı olur, delil değeri kazanmaz ve dosyadan çıkartılarak imha edilmesi gerekir. Ceza muhakemesinde koruma tedbirleri açısından kıyas yasağı bulunduğundan ve iletişimin denetlenmesi de bir koruma tedbiri olduğundan, ilgili kişinin rızası ile dinleme gerçekleştirilmesi de hukuka aykırı dinlemeyi hukuka uygun hale getirmez[208].

Dikkat: CMK m.135'de belirtilen usul dışına çıkarak, şartları oluşmadan ve yetkili mercilerin kararları bulunmadan yapılan her türlü izleme ve dinleme hukuka aykırıdır; delil olmaz ve dosyadan çıkarılır.

Yargıtay'a göre, CMK m.135 bağlamında iletişimin de-

208 Ünver/Hakeri, s.428; krş. Ersan Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Seçkin Yayınları, 5.Baskı, Ankara, 2011, s.92.

netlenmesi tedbirinin yalnızca şüpheli veya sanığa karşı uygulanması mümkünse de "kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara da başvurma imkanının bulunmadığı, ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması" hukuka uygundur[209]. Ani gelişen bir saldırı veya tehdit ile karşı karşıya kalan müştekinin, ortam konuşmalarını veya görüntülerini kayda alabileceğini, hatta bunun katalog suçlarla da sınırlı olmayacağını söylemek mümkündür. Bu yöntemle elde edilen bulguların şüpheli veya sanık aleyhine

209 "Hâkim, adliye memuru ve turizmci sanıkların Yargıtay Hukuk Dairesince onanarak kesinleşmiş olan bir kararın tashihi karar yoluyla bozulmasını sağlayacaklarını söyleyerek katılandan yarar sağladıklarından bahisle yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçundan cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açılmıştır. Müdahil; İcra Hukuk Mahkemesi'nin dosyasında aleyhine verilen kararın tashihi karar aşamasında Yargıtay'da lehine dönüştürebileceklerinden bahisle sanıkların kendisinden para istediklerini ileri sürüp şikayetçi olmuş, kanıt olarak cep telefonu ile kayıt ettiği ve taraflara ait olduğunu iddia ettiği konuşmalara dayanmıştır. Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hakim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, rüşvet istenmek suretiyle sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak, bir daha elde edilme olasılığı bulunmayan kanıtların yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekir." Yargıtay CGK, 21.06.2011, E.2011/187, K.2011/131; Ali İhsan Erdağ, "İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi", TBBD, S.92, Ocak-Şubat 2011, s.53-54, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-668.

delil olarak kullanılabilmesinin yegâne yolu; meşru müdafaa halinde kalan müştekinin önceden yaptığı plan, program ve kurduğu bir düzenek bulunmaksızın görüntü ve/veya ses kaydı alması veya sistemin otomatik işlemesi ile kayıt altına alınması, müştekinin delil elde etmek amacıyla şüpheli veya sanığı tahrik etmemesi halleridir. Burada kişi, gizli şekilde başkalarının yaptığı görüşme kayıt ve içeriklerine ulaşmamakta, kendisinin taraf olduğu bir görüşmeyi içinde bulunduğu zorunluluk gereği kaydetmekte veya sistemin özelliği gereği bu görüşmeler cihaza kendiliğinden kaydolup, sonrasında delil olarak kullanılmaktadır.

Örneğin; kişinin cep telefonundan mesaj gönderilerek, telefonla aranarak veya internetten yapılan yazışma veya görüşme ile tehdit edilmesi ve bu verileri delil olarak kullanmasında, TCK m.132 bağlamında "haberleşmenin gizliliğini ihlal" suçundan bahsedilemez, çünkü kişinin bizzat kendisi görüşmenin tarafı olup, içinde bulunduğu zaruret gereği görüşme içeriğini delil olarak kullanmak zorunda kalmıştır. Bu sınırlı kullanım, TCK m.132/3 bağlamında; diğer tarafın rızası olmaksızın haberleşme içeriğinin alenen ifşası olarak da kabul edilemez. Aleni sayılabilmesi için, ifşanın açık ve başkalarının duyabileceği bir şekilde yapılması gerekir. Bir başka ifadeyle kişinin lehine olan bir delili kullanmak yerine, haberleşme içeriğini alenen ifşa etme kastı bulunmalıdır.

Her ne kadar "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" çıkarılmışsa da, daha sonra

Danıştay 10. Dairesi tarafından iptal edilmiştir.

2. İletişimin Denetlenmesinin Şartları

a. Kuvvetli Şüphe

CMK m.135/1 uyarınca, suçun işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı üzerine iletişimin denetlenmesi kararı verilebilir. 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle, maddeye "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri" ibaresinin eklenmesinin amacı, uygulamadaki son derece hatalı, ortada hiçbir şüphe olmasa bile neredeyse soruşturmaya telefon dinlemesiyle başlanmasına varan keyfiliklerin önüne geçmektir. Ne var ki bu ibarenin eklenmesinden sonra da uygulamada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe aranmaksızın, aslında basit şüpheye dayanan dinleme kararları kolaylıkla verilmektedir. Aslında kuvvetli şüphe, doğası gereği içeriğinde somut delillere dayalı vakıaları bulunduran şüphe çeşididir. Dolayısıyla kanun koyucunun kuvvetli şüpheyi bir de somut delillere dayanması gerektiğini belirleyerek pekiştirmesi, bu konudaki keyfi ve hatalı uygulamaların önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Asgari kuvvetli şüphe varsa iletişimin denetlenmesi kararı verilebilir.

b. Katalog Suçlar

CMK m.135/8 uyarınca iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesinin ikinci şartı, söz konusu suçun fıkrada belirtilen suçlardan biri olması şartıdır[210]. Esas itibariyle iletişimin denetlenmesi dört farklı unsurdan meydana gelir: İletişimin

210 **Ceza Muhakemesi Kanunu**

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması

tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin de-

Madde 135 – (1) (Değişik: 21/2/2014–6526/12 md.) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi (...) dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır. (Mülga son iki cümle: 24/11/2016-6763/26 md.)

(2) (Ek: 21/2/2014–6526/12 md.) Talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcısını gösterir belge veya rapor eklenir.

(3) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

(4) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir. (Ek cümle: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim yukarıdaki sürelere ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir.

(5) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, (...) mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, (...) mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok iki ay için yapılabilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir.

ğerlendirilmesi. Katalog suçlara ilişkin fıkrada yalnızca din-

(6) (Ek: 2/12/2014-6572/42 md.) Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu ve tedbirin süresi belirtilir. (Ek cümleler: 24/11/2016-6763/26 md.) Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir.

(7) Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

(8) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91),

2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

3. İşkence (madde 94, 95),

4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

6. (Ek: 21/2/2014 – 6526/12 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149) ile nitelikli dolandırıcılık (madde 158),

7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

8. Parada sahtecilik (madde 197),

9. (Mülga: 21/2/2014 – 6526/12 md.; Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/26 md.) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),

leme, kaydetme ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinden söz edilmekte, tespitten söz edilmemektedir. İletişimin tespiti kararı CMK m.135/5 ve 6 doğrultusunda bütün suçlar için alınabilir. İletişimin tespiti, şüpheli ya da sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun sinyalinden yerinin tespit edilmesinin yanı sıra, telefonla hangi numaranın arandığı, dolayısıyla kiminle, ne zaman, hangi sıklıkla iletişim kurulduğunun tespi-

10. (Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Fuhuş (madde 227),

11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

12. (Ek: 24/11/2016-6763/26 md.) Tefecilik (madde 241),

13. Rüşvet (madde 252),

14. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

15. (Değişik: 2/12/2014-6572/42 md.) Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),

16. (Ek: 2/12/2014-6572/42 md.) Anayasal Düzene ve bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

17. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) (Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Bankalar Kanunu'nun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

(9) Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.

ti anlamına gelir. Buna karşın, iletişim içeriğinin dinlenmesi, kayda alınması veya sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi söz konusu olduğunda; karar yalnızca CMK m.135/8'deki katalog suçlar için alınabilecektir.

Soruşturmanın başında katalog suçlar kapsamında görülen bir fiille ilgili olarak, sonraki aşamalarda fiilin o kapsamda olmadığı tespit edilirse telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiriyle elde edilmiş delil kullanılamaz. Aksi yorum, CMK m.135/8'deki güvenceyi boşa çıkarmaya yönelik bir yorum olur.

c. Başka Surette Delil Elde Edilememesi

CMK m.135/1 doğrultusunda, iletişimin denetlenmesi kararı verilebilmesi için başka surette delil elde etme imkanının da bulunmaması gerekir. Gerçekten de kanun koyucu bir koruma tedbiri olarak iletişimin denetlenmesi kurumunu *ultima ratio*, son çare olarak değerlendirmiştir. Kanun koyucu aynı zamanda, hem somut delillere dayalı kuvvetli şüphe hem de başka surette delil elde edilememesi şartını birlikte arayarak bilinçli şekilde, özel hayata en keskin müdahalelerden birini teşkil eden iletişimin denetlenmesini iyice zorlaştırmak istemiştir. Bunun ana nedeni, kamu gücünün bu koruma tedbirinde kasten veya taksirle, ancak neticede hukuka aykırı olarak kötüye kullanılmasıyla hak ihlaline meydan vermesinin istenmemesidir. İletişimin denetlenmesi, kanuna göre son çare olmalı, eğer başka bir yolla o delillere ulaşma olanağı varsa başvurulmamalı, ancak ve ancak hiçbir şekilde delil elde etme olanağı kalmamışsa veya bu olanaklar denendikten sonra başvurulmalıdır. Uygulamada ise; telekomünikasyon yoluyla ile-

tişimin denetlenmesi tedbirine, Sulh Ceza Hakimlerimiz ve Cumhuriyet Savcılarımız tarafından son değil ilk çare olarak başvurulduğu tespit edilmektedir.

Dikkat: İletişimin denetlenmesi söz konusu olduğunda, sırasıyla somut delillere dayalı kuvvetli şüphe bulunup bulunmadığı, dinleme, kaydetme ve sinyal bilgilerini değerlendirme açısından katalog suçlardan birinin söz konusu olup olmadığı, başka surette delil elde etme imkânı olup olmadığı mutlaka değerlendirilmeli ve bu konudaki dava stratejisi de bu değerlendirme sonrasında oluşturulmalıdır. AİHM'in deyimiyle koruma tedbiri uygulamasının "demokratik bir ülkede gerekli olup olmadığı" mutlaka araştırılmalıdır. Yapılan denetlemenin hukuka aykırılığı ispat edilirse bu delil dosyadan çıkacaktır.

ç. Yalnızca Sanık veya Şüphelinin Denetlenmesi

CMK m.135/1'de şüpheli ve sanıktan bahsedilmektedir. İletişimin denetlenmesi kararı yalnızca belirli bir şüpheli veya sanık yönünden alınabilir. Çeşitli yazılımlarla, belirli kelimelerin geçtiği konuşmaların kayda alınması veya belirli yazılımlar kullanarak bir grup kayıt içinde belirli kelimelerin geçtiği konuşmaları ayıklamak teknolojik olarak mümkündür, ancak böyle bir yöntem CMK, Anayasa ve AİHS'e aykırıdır. Bu suretle elde edilen deliller de hukuka aykırı delil konumundadır.

CMK m.135/3'e göre, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir. Uygulamada, madde-

nin arkasından dolaşmak için, şüpheli ya da sanığın tanıklıktan çekinebilecek yakınlarıyla iletişiminin kaydedilemeyeceği, ancak dinlenebileceği veya şüpheli veya sanığa ilişkin olarak değil de tanıklıktan çekinebilecek yakınına ilişkin ayrı bir tedbir kararı aldırarak bu konuşmaların denetlenebileceği ileri sürülmektedir[211]. Ceza muhakemesi kurallarında kıyas yapılabilir, ancak genellikle bu kıyas sanığın aleyhine sonuç doğuracak şekilde yapılmaktadır. Oysaki yapılması gereken, şüpheli ya da sanığın lehine yorumlanacak şekilde, eğer kayda almak yasaklanmışsa bu durumun zaten dinlemeyi de kapsadığını kabul etmektir. Kaldı ki, konu koruma tedbirleri olduğunda, sanığın aleyhine olacak şekilde muhakeme kuralları arasında kıyas yapılması de kabul edilemez. Kanun koyucu sanığın tanıklıktan çekinme hakkı bulunan yakınlarıyla görüşmelerinin kayda alınmasını yasaklamışsa, bu görüşme kayıtlarını hukuka aykırı delil kabul ediyor demektir. Zehirli ağacın bir dalındaki meyve zehirli ise, diğer dalındaki meyve de zehirlidir. *Nemo tenetur* ilkesi, kişinin kendisinin yanı sıra, yakınlarını da suçlamaya zorlanmamasını ifade eder. Sanığın aleyhine olacak şekilde konuşmaların kayda alınmaması ancak dinlenmesinin kabulü, *nemo tenetur* ilkesinin içini boşaltır ve kişi hakları açısından

211 Ünver/Hakeri, s.438; Yazarlar, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kimseler açısından iletişimin kayda alınmaksızın dinlenmesinin mümkün olduğunu, ancak kabul edilebilir bulmadıklarını belirtmektedirler. Yenisey/Nuhoğlu, s.435; Yazarlar, tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlar ile şüphelinin iletişiminin kayda alınarak daha sonra kayıtlardan bu bölümün silinmesi usulünü eleştirerek, bu durumun kaydın bütünlüğü açısından şüphe yarattığına, kolluğun konuşmanın bazı kısımlarını silip bazı kısımları kaydederek yönlendirme yapabileceği şüphesine değinmektedirler.

Anayasal bir güvenceyi güvencesizlik haline dönüştürür.

3. İletişimin Denetlenmesinin Şekli ve Süresi

Yukarıda da belirtildiği üzere iletişimin denetlenmesi, dört ana unsurdan oluşur: İletişimin tespiti, dinleme, kayıt alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi. İletişimin tespiti hususunda "Historical Traffic Search", kısaca "HTS" kayıtları denilen, GSM operatörünün trafik kayıtları, diğer bir tabirle baz istasyonu kayıtlarının incelenmesi anahtar bir role sahiptir. Bu kayıtların içerisinde telefon numarası, bağlantı türü, bağlantı başlangıç zamanı, bağlantı süresi, bağlantının bitiş zamanı, IP adresi, IMEI bilgileri, alınan ve gönderilen veri miktarları, bağlanılan baz istasyonlarının kayıtları bulunmaktadır. Savcılık ve mahkemeler, sıklıkla HTS kayıtları analizini delil olarak kullanmaktadır.

İletişimin dinlenmesi, elektronik posta, sabit veya mobil telefon, faks, kısa mesaj (SMS), Whatsapp, Telegram, Viber, Signal, Snapchat gibi mesajlaşma programları, ftp, ssh gibi veri alışverişine izin veren programlar ya da Facetime, Zoom, Bluejeans, Facebook Messenger ve Google Hangout gibi görüntülü konuşma programları da dahil olmak üzere her türlü elektronik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri üzerinden telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin içeriğinin izlenmesi anlamına gelir. İzlenen bu içerik elektronik veya yazılı ortamda kayda da alınabilir; bu durumda iletişim CMK m.135 doğrultusunda kayıt altına alınmış olur. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde ise, iletişim sistemi üzerinde bırakılan kimi izlerin tespit edilerek bu izlerden anlamlı sonuçlar çıkarılması ve bu çıkarımların değerlen-

dirilmesi söz konusu olmaktadır. Örneğin bir şüpheli kişinin, suçun işlendiği dönemi kapsayan iki aylık bir zaman diliminde, cep telefonuyla görüşme yaptığı kişiler arasında sıklıkla görüştüğü kişiler bakımından bir eleme yapılması ve araştırmanın sıklıkla görüşülen bu kişiler üzerinde yoğunlaştırılması, bir sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemidir.

İletişimin denetlenmesi kararları kural olarak hâkim tarafından verilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde CMK m.135/1 uyarınca Cumhuriyet savcısı kararıyla da denetim işlemi yapılması mümkündür. Böyle bir durumda Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde, tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır. CMK m.135/2'ye göre, talepte bulunulurken hakkında tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibi ve biliniyorsa kullanıcısını gösteren belge veya rapor da eklenir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararda; yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir. İstisnaen, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim yukarıdaki sürelere ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere süre uzatımına karar verebilir; bu durumda örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçla ilgili dinleme veya kaydetme işlemi en fazla altı ay

uygulanabilecektir. Süre uzatımına ilişkin kararların, önceki kayıtların mutlaka hâkim tarafından incelendikten sonra verilmesi esastır[212].

Dikkat: Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinde süre uzatımı kararı veriliyorsa, önceki kararda belirtilen süre sonunda denetlemeye ilişkin kayıtların çözümü yapılarak hâkim huzuruna getirilmeli ve hâkimin incelemesinden geçirilmelidir. Evrak üzerinden, hâkim huzuru olmaksızın uzatma kararı verilmesi hukuka aykırıdır; bu yolla elde edilen deliller de yargılamada kullanılamazlar

Kararı soruşturma evresinde Sulh Ceza Hakiminin, kovuşturma evresinde ise davaya bakan mahkemenin vermesi esastır. Karar, belirli bir şüpheli ya da sanığa ilişkin ve belirli iletişim aracını kapsayan, kanunda belirli süreler için verilmiş olmalıdır. Örneğin bütün Türkiye'yi kapsayan, tüm konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması biçiminde bir karar verilemez. Elbette, demokratik ülkelerde vatandaşların tümünün şüpheli kabul edilmesi mümkün değildir, ancak bu durum zaman zaman Türkiye'de görülebilir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi

212 Yargıtay 18.CD., 29.04.2015, E.2015/16, K.2015/737, "…Adıyaman Sulh Ceza Mahkemesinin 13.04.2007 tarih ve 2007/464 müt. sayılı kararı ile sanıklar M.. B.. ve E.. G.. haklarında CMK.nun 135. maddesi uyarınca üç ay için verilen iletişimin denetlenmesine ilişkin kararın, anılan sürenin bitiminden sonra denetlemeye ilişkin kayıtlar çözülüp hakim huzuruna getirilmeden, 16.07.2007 tarihinde 2007/847 D. İş. sayılı kararla evrak üzerinde sürenin uzatılmasına karar verilmesi isabetsiz ve bu suretle elde edilen belirti delillerin de hukuken geçerli olamayacağı her ne kadar anlaşılmakta ise de; sürenin uzatılmasından önceki belirti delillerin, diğer kanıtlarla desteklenmiş olması karşısında bu husus bozma sebebi yapılmamıştır."

bile, bu açık hukuka aykırılığı görmezden gelememektedir[213].

213 "….Jandarma sorumluluk alanında oluşabilecek olayların önlenebilmesi açısından Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Grup Komutanlığı'nın telefon detay kayıtlarının alınması yönündeki isteminin 5397 sayılı Kanun ile değişik 2803 sayılı Kanun'un ek 5. maddesi uyarınca kabulüne, Jandarma'nın sadece kendi sorumluluk alanında olmak üzere 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Ka-nunu'nun 250. maddesinin 1. fıkrasının a, b, c bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla sınırlı olmak koşuluyla, yurtdışı çıkışları dahil olmak üzere Türk Telekom A.Ş. tarafından işletilen sabit telefon veya mobil (nmt), Turkcell, Vodafone ve Avea A.Ş. tarafından işletilen ve telefon üzerinde yapılan iletişime ait tüm detay bilgilerinin (arayan, aranan ve Celi İD), kullanıcı bilgi ve makine bilgilerinin, GPRS bağlantıları ile GPRS üzerinden internet bağlantılarının, SMS alıp gönderme bilgilerinin, internet üzerinden DATA transferi ve DATA hattı üzerinden haberleşme bilgilerinin, faks bilgilerinin, abone bilgileri detay kayıtlarının (isim, adres, kimlik, kimlik fotokopisi, hattın hangi bayiden ve ne zaman alındığı) alınmasına, anılan bilgilere ilişkin detay kayıtlarına ait datalartnın 26 Kasım 2007 tarihinden itibaren ileriye dönük olarak üç aylık süre ile canlı (online) olarak alınmasına, kararın gereğinin Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Grup Komutanlığı tarafından yerine getirilmesine dair, (Ankara Onbirinci Ağır Ceza Mahkemesi)'nin 27.11.2007 tarihli ve 2007/6147 sayılı tek hakim tarafından verilen kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin, (Ankara Onbirinci Ağır Ceza Mahkemesinin 19.12.2007 tarihli ve 2007/6522 Tek,Tak. sayılı kararı ile ilgili olarak;… Anılan yasal düzenlemelerin amaç, kapsam ve gerekçesi birlikte nazara alınıp değerlendirildiğinde; amacı ne olursa olsun hiçbir kuruma demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan insanlar şüpheli görülerek Ülke genelini kapsayacak şekilde yetki verilemeyeceği, anılan kanunların ilgili maddeleri gereğince talepte bulunan kolluk birimlerinin bulundukları yerler itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı CMK'nın 250. maddesinin 1. fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesi üyelerinin kendi yargı çevreleri ile ilgili karar vermeleri gerektiği, sınırsız bir yetki verilmesi suretiyle iletişimin tespit edile-

CMK m.137'ye göre, iletişimin denetlenmesine ilişkin karar gereğince Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adlî kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhâl yerine getirilir; yerine getirilmemesi hâlinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır. Tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin hâline getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçe'ye çevrilir. Kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, kararın uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir. Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı bilgi verir.

CMK m.135/7 uyarınca iletişimin denetlenmesine ilişkin alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenme-

rek dinlenilmesine karar verilemeyeceği, yasa koyucunun amacının da bu olduğu açıktır. …Bozulmasına…", Yargıtay 9. CD., 04.06.2008, E.2008/874, K.2008/7160.

si sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.

4. İletişim İçeriklerinin Yokedilmesi ve Bildirim

CMK m. 137/3'te, 135 inci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verileceği belirtilmektedir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilecektir. CMK m.137/4 uyarınca, tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde; soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir.

5. Müdafiin Bürosu, Konutu ve Kişisel İletişiminin Denetlenmesi

Sanık ile avukat veya müdafi arasındaki telefon görüşmelerinin gizlice dinlenmesi hukuka aykırıdır. CMK m.136 uyarınca müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları, müvekkiline yüklenen suç dolayısıyla denetlenemez. Müdafiin iletişiminin denetlenmesinin tek yolu, isnad edilen suça müdafiin de iştirak etmekte olduğunun

belirlenmesidir. Ancak bu durumda, müdafi artık şüpheli veya sanık konumuna geldiğinden iletişimin denetlenmesi kararının muhatabı olabilir.

AİHM'e göre, avukatla müvekkili arasındaki ilişkide savunma hakkının doğasından kaynaklanan bazı ayrıcalıklar bulunur. Bu doğrultuda avukatın yaptığı işin gereği olarak müvekkiliyle iletişiminin denetlenmesi AİHS m.8 bağlamında ihlal oluşturur[214]. Mahkeme aynı zamanda, ilgili ulusal hukukun iletişimin denetlenmesi konusunda son derece açık düzenlenmesi ve her türlü kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili garantilerle desteklenmesi gerektiğini belirtmektedir[215].

I. Gizli Soruşturmacı

1. Kavram

Danıştay tarafından iptal edilen "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik"te gizli soruşturmacı, gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak, örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delil toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi biçiminde tanımlanmaktadır.

Özellikle son yıllarda artış gösteren organize suçlulukla

214 ECtHR, Kopp v. Switzerland, Application No: 23224/94, 25.03.1998, para. 75, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58144.

215 ECtHR, Roman Zkharov v. Russia, Application No: 47143/06, 04.12.2015, para.302, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-159324.

mücadele çerçevesinde, Türkiye'de ilk defa 1999 yılında -sonradan yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı Organize Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile- getirilen gizli soruşturmacı kurumunda, özellikle örgütlü suçlulukta suç örgütü içine kolluk kuvveti elemanının yerleştirilmesi ve bu yolla delil elde edilmesi amaçlanmaktadır.

Gizli soruşturmacı yalnızca soruşturma evresi açısından kabul edilmiştir.

2. Gizli Soruşturmacı Tedbirinin Şartları

a. Kuvvetli Şüphe

CMK m.139/1'e göre soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Fıkrada açıkça somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinden söz edilmektedir. 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 13 ncü maddesiyle, maddeye "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri" ibaresinin eklenmesinin amacının keyfiliklerin önüne geçmek olduğunu, aslında kuvvetli şüphenin, doğası gereği içeriğinde somut delillere dayalı vakıaları bulunduran şüphe çeşidi olduğunu, dolayısıyla kanun koyucunun kuvvetli şüpheyi, bir de somut delillere dayanması gerektiğini belirleyerek pekiştirdiğini, tıpkı yukarıda iletişimin denetlenmesinin şartları bölümünde olduğu gibi belirtelim.

b. Başka Surette Delil Elde Edilememesi

Kanun koyucu bir koruma tedbiri olarak gizli soruşturmacı kurumunu *ultima ratio*, son çare olarak değerlendirmiştir.

Gizli soruşturmacı kararı verilebilmesi için başka surette delil elde etme imkanının da bulunmaması gerekir. Eğer başka bir yolla o delillere ulaşma olanağı varsa gizli soruşturmacı tedbirine başvurulmamalı, ancak ve ancak hiçbir şekilde delil elde etme olanağı kalmamışsa veya bu olanaklar denendikten sonra başvurulmalıdır.

c. Kamu Görevlisi

Gizli soruşturmacı olarak ancak bir kamu görevlisi atanabilir. Kamu görevlisi olmayan bir gizli soruşturmacının ulaştığı deliller, yasak yolla elde edilmiş delil statüsündedir ve hükme esas alınamayacağı gibi dava dosyasından da çıkarılmalıdır. Tutuklu bir şüphelinin tutukevinde bir ziyaretçi aracılığıyla dinlenmesi suretiyle elde edilen deliller de delil yasakları kurallarına tabidir. Örgüt içindeki bir üyeden bilgi alınması, o kişinin bir gizli soruşturmacı değil, bir muhbir olduğu anlamına gelir; bu nedenle hukuka uygundur[216].

ç. Katalog Suçlar

CMK m.139/7 uyarınca, gizli soruşturmacı ancak fıkrada belirtilen suçlarla ilgili olarak atanabilir. Bu suçlar, Türk Ceza Kanununda yer alan; örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları ile

216 Ünver/Hakeri, s.464.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan tarihi eser kaçakçılığı suçlarıdır. Bu suçlar dışındaki suçlarla ilgili olarak gizli soruşturmacı tedbirine başvurulamaz.

3. Gizli Soruşturmacı Şekli, Süresi ve Yükümlülükleri

Gizli soruşturmacı görevlendirmesi, istisnası olmayan bir şekilde, yalnızca hâkim tarafından yapılabilir. CMK m.139/1'de bu husus belirtilmektedir. Gizli soruşturmacı yetkilendirmesi herhangi bir süre şartına tabi değildir. Bu durum, koruma tedbirlerinin geçici olması ilkesine aykırıdır.

Soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir. Soruşturmacı görevlen-dirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Bassavcılığında muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur.

Soruşturmacı, kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenir. Bu durumda 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu maddesi hükmü kıyasen uygulanır.

CMK m.139/4 uyarınca soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.

CMK m.139/5'e göre soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz.

Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz. Suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhâl yok edilir (CMK m.139/6).

Uygulamada, uyuşturucu satışı yapan birisinden alıcı kılığına giren sivil polislerin uyuşturucu almaları durumunda, yapılan operasyonun hukuka uygun olması için önceden gizli soruşturmacı kararı alınmaktadır.

AİHM, bir kararında işlenmiş bir suçu ortaya çıkarmak için gizli soruşturmacının şüpheli ile temas kurarak 5 kg kokain alımı için anlaşmasını ve belirlenen zaman ve yere gidildiğinde suçüstü yapılarak yakalanmasını AİHS m.8'in ihlali olarak görmemiş, ancak gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmemiş olmasını AİHS m.6 bağlamında adil yargılanma hakkının ihlali kabul etmiştir[217].

Gizli soruşturmacının, ilgili kişilerin zihninde suçun işlenmesi kararı yokken suç işleme kararlılığını yerleştirmesi, yani suça azmettirmesi veya ilgili kişilerin zihinlerindeki zayıf suç işleme kararlılığını teşvik etmesi ve güçlendirmesi, gizli soruşturmacı görevinin sınırını aşar. Bu fiillerin sahibinin adı gizli soruşturmacı değil tahrikçi ajan, ajan provokatör olur ve bu durum hukuka aykırıdır.

217 ECtHR, Lüdi v. Switzerland, Application No:12433/86, 15.06.1992, para.40-50, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57784.

AİHM'e göre, gizli soruşturmacı polislerin talebi üzerine uyuşturucu satışına aracılık eden kişinin fiilinde, polisler gizli soruşturmacı sınırını aşarak kişiyi suça teşvik ettikleri ve polislerin talebi olmaksızın böyle bir suç işlenmesi mümkün olmayacağı için AİHS m.6 bağlamında ihlal bulunmaktadır[218].

Rüşvet verilmesine ilişkin bir olayda AİHM, gizli soruşturmacıların fiillerinin eski savcı olan başvurucu açısından suç işlemeye tahrik ve teşvik olduğu, gizli soruşturmacıların tahrikleri olmaksızın böyle bir suçun işlenebileceği hususunda hiçbir inandırıcı delil de ortaya konmaması karşısında AİHS m.6/1'in ihlal edildiğine karar vermiştir[219].

Bir başka olayda AİHM, hakimenin konuşmalarından rüşvet karşılığı işin çözülebileceğini anlayan sivil kişinin polise şikayetiyle başlayan soruşturmada, başvurucu hâkimeye suçüstü yapılmasında suçun gizli soruşturmacı polisler tarafından başlatılmadığını, olsa olsa suça sonradan katılma aşamasında olduğunu, bu durumun ajan provokatörlük sayılamayacağını, işlemin gizli soruşturma sınırında kaldığını ve ihlal bulunmadığını belirtmektedir[220].

Uyuşturucu satışında önceden numune talep eden gizli soruşturmacıların eyleminde, başvurucuların uyuşturucu satıcısı olduğu yönünde kollukça başka hiçbir araştırma yapılmama-

218 ECtHR, Teixeira de Castro v. Portugal, Application No: 25829/94, 09.06.1998, para.39, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58193.

219 ECtHR, Ramanauskas v. Lithuania, Application No: 74420/01, 05.02.2008, para.73, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84935.

220 ECtHR, Miliniene v. Lithuania, Application No: 74355/01, 24.06.2008, para. 39, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87142.

sı, operasyonun kollukça verilen karar üzerine ve herhangi bir denetim altında olmaksızın düzenlenmesi, gizli soruşturmacı mevzuatında da kötüye kullanmaları engelleyici bir hüküm bulunmaması karşısında AİHM, ihlal kararı vermektedir[221].

Korsan CD ve yazılım yüklenmesi olayına ilişkin bir başka davada ise AİHM, lisanssız yazılım talebi gizli soruşturmacıdan gelse de başvurucuların suç işleme kararını kendi özgür iradeleri ile aldıkları ve fiilin ajan provokatörlük olmadığı gerekçesiyle ihlal bulmamıştır[222].

Son olarak Mahkemeye göre, suçla mücadeledeki kamusal yarar, devlet organlarının ajan provokatörlüğünden kaynaklanan ispat araçlarını hukuka uygun hale getirmez. Gizli soruşturmacıyla suç işlemeye tahrik içeren ajan provokatörlüğü ayırt etmede sınır, gizli soruşturmacıların kişi üzerinde suç işlemesi yönünde baskı kurup kurmadıklarında düğümlenir. Gizli soruşturmacılar pasif tavır sergilemeyi bırakarak, kişiyi suç işleme konusunda teşvikleriyle suça sevk etmişlerse, bu ajan provokatörlük olur ve AİHS m.6/1 bağlamında ihlaldir[223].

İ. Teknik Araçlarla İzleme

1. Kavram

Teknik araçlarla izleme, kişilerin eylemlerinin tespiti amacıyla belli bir yerdeki seslerin ve konuşmaların teknik araçlar

221 ECtHR, Veselov and Others v. Russia, Application No: 23200/10, 02.10.2012, para.126, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113289.

222 ECtHR, Volkov and Adamskiy v. Russia, Application No:7614/09, 26.03.2015, para.44, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152988.

223 ECtHR, Furcht v. Germany, Application No: 54648/09, 23.10.2014, para.52-59, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147329.

kullanılarak dinlenmesi veya görüntülenmesini ifade eder[224].

224 **Ceza Muhakemesi Kanunu**

Teknik araçlarla izleme

Madde 140 – (1) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91),

2.Kasten öldürme (madde 81, 82, 83)

3. (Ek:21/2/2014–6526/14 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149) ile nitelikli dolandırıcılık (madde 158)

4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

5. Parada sahtecilik (madde 197),

6. (Mülga:21/2/2014–6526/14 md.; Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/28 md.) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),

7. (Ek: 25/5/2005 – 5353/19 md.) Fuhuş (madde 227)

8. İhaleye fesat karıştırma (madde 235)

9. (Ek: 24/11/2016-6763/28 md.) Tefecilik (madde 241),

10. Rüşvet (madde 252),

11. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282)

12. (Değişik: 2/12/2014-6572/43 md.) Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302)

13. (Ek: 2/12/2014-6572/43 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316)

14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330,

Uygulamada "teknik takip" olarak adlandırılan yöntemle, şüpheli ya da sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinde drone, GPS vericiler, video kamera, lazer veya UHF

331, 333, 334, 335, 336, 337)

Suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

d) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

(2) (Değişik: 24/11/2016-6763/28 md.) Teknik araçlarla izlemeye hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir.

(3) (Değişik:21/2/2014–6526/14 md.) Teknik araçlarla izleme kararı en çok üç haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir hafta daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi hâlinde, hâkim yukarıdaki sürelere ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir. (Ek cümle: 15/8/2017-KHK-694/143 md.; Aynen kabul: 1/2/2018- 7078/138 md.) Teknik araçlarla izleme tedbiri ile birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde bu fıkrada belirtilen süreler bir kat artırılarak uygulanır.

(4) Elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı taktirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edilir.

(5) Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz.

dinleme cihazları gibi teknik araçlarla izleme, dinleme, görüntüleme ve kayıt işlemleri yapılabilir[225]. Teknolojik olarak şüphelinin örneğin; 10. katta bulunan işyeri açık penceresinden, karşı kaldırıma park eden arabadan lazer dinleme cihazı yardımıyla son derece net şekilde dinlenebilmekte, bu tip cihazlar piyasada da satılmakta, internetten kısa bir aramayla da ulaşılabilmektedir. Bu işlemlerin kanuna uygun şekilde alınmış teknik araçla izleme kararı olmaksızın yapılması suçtur.

Kanunda yer almasa da uygulamadaki adıyla "fiziki takip" ise, kişinin kamuya açık alanlardaki hal ve hareketlerinin, kimlerle iletişim kurduğunun, ne yaptığının izlenerek delillere ve faillere ulaşılmaya çalışılmasıdır. Örneğin, bir alışveriş merkezinde uyuşturucu alım satımı şüphesiyle kolluğun satıcı olduğundan şüphelendiği kişiyi alışveriş merkezi içerisinde fiziken takip etmek suretiyle şüphelinin diğer bağlantılarına ulaşmaya veya suç delillerini elde etmeye çalışması fiziki takiptir.

Teknik araçla izlemede, şüpheli ya da sanığın faaliyetleri, konuşmaları ve görüşmeleri takip altına alınmakta ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi dışındaki faaliyetlerini kapsamaktadır. Kolluğun çıplak gözle takip yapabilmesi her zaman mümkündür teknik araçla izleme kararı veya herhangi bir koruma tedbiri kararı gerektirmez.

2. Teknik Araçlarla İzlemenin Şartları

a. Kuvvetli Şüphe

Teknik araçla yapılan izlemelerin somut delillere daya-

225 Ünver/Hakeri, s.469.

nan kuvvetli şüpheye dayanması gerekir. CMK m.140/1'e 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 14 üncü maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "hususunda" ibaresinden sonra gelmek üzere "somut delillere dayanan" ibaresi eklenmiştir. Bu eklemenin amacının keyfiliklerin önüne geçmek olduğunu, aslında kuvvetli şüphenin doğası gereği içeriğinde somut delillere dayalı vakıaları bulunduran şüphe çeşidi olduğunu, dolayısıyla kanun koyucunun kuvvetli şüpheyi bir de somut delillere dayanması gerektiğini belirleyerek pekiştirdiğini yukarıdaki başlıklarda tartışmıştık, dolayısıyla burada tekrar etmiyoruz.

b. Başka Surette Delil Elde Edilememesi

Teknik araçlarla izleme kararı verilebilmesi için başka surette delil elde etme imkanının da bulunmaması gerekir. Yine yukarıdaki başlıklarda tartışıldığı için ayrıntıya girmemekle beraber, kanun koyucu bir koruma tedbiri olarak teknik araçlarla izleme kurumunu *ultima ratio*, son çare olarak değerlendirdiğini, aynı zamanda kanun koyucunun hem somut delillere dayalı kuvvetli şüphe hem de başka surette delil elde edilememesi şartını birlikte arayarak bilinçli şekilde, özel hayata müdahale teşkil eden teknik araçla izlemeyi zorlaştırmak istediğini, kamu gücünün hukuka aykırı olarak kötüye kullanılmasının önlenmesinin amaçlandığını belirtelim. Teknik araçlarla izleme kanuna göre son çare olmalı, eğer başka bir yolla o delillere ulaşma olanağı varsa başvurulmamalı, ancak ve ancak hiçbir şekilde delil elde etme olanağı kalmamışsa veya bu olanaklar denendikten sonra bu koruma tedbiri işletilmelidir.

c. Katalog Suçlar

CMK m.140/1'e göre, teknik araçlarla izleme kararı yalnızca fıkrada belirtilen suçlara ilişkin olarak verilebilir. Bu suçlar, Türk Ceza Kanununda yer alan göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti, organ veya doku ticareti, kasten öldürme, nitelikli hırsızlık, yağma, nitelikli dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, parada sahtecilik, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, fuhuş, ihaleye fesat karıştırma, tefecilik, rüşvet, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı Suçlar ve casusluk suçları ile Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlardır. Bu suçların dışında teknik araçlarla izleme kararı verilemez.

3. Teknik Araçlarla İzlemenin Şekli ve Süresi

CMK m.140/2 uyarınca teknik araçlarla izlemeye kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir.

CMK m.140/4'te elde edilen delillerin, yukarıda sayılan

katalog suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamayacağı; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı taktirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edileceği belirtilmektedir.

Kişinin konutunda teknik araçla izleme uygulanamaz. Kişinin konutu, aynı zamanda işyeri olarak kullanılıyorsa, kişi konuta ilişkin korumadan yararlandırılmalıdır.

CMK m.140/3'e göre teknik araçlarla izleme kararı, en çok üç haftalık süre için verilebilir. Bu süre, gerektiğinde bir hafta daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi hâlinde, hâkim dört haftalık süreye ek olarak; her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir. Bu durumda en fazla sekiz haftalık bir süre için teknik araçla izleme yapılabilecektir. Bu hüküm 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 143.maddesiyle kanuna eklenmiş; madde 1/2/2018 tarih ve 7078 sayılı kanunun 138.maddesiyle aynen kabul edilmiştir.

Teknik araçlarla izleme tedbiri ile birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde CMK m.140/3'te belirtilen süreler bir kat artırılarak uygulanır.

2005 yılında çıkarılan 5397 sayılı PVSK ve Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ile 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilâtı Kanunu'nda değişiklik yapan kanunla, MİT, polis ve jandarmaya istihbari nitelikli önleme amaçlı teknik araçlarla izleme yapılabilmesi imkânı tanınsa da Yargıtay'a göre istihbarat amaçlı yapılan iz-

lemeler ceza yargılamasında delil olarak kullanılamazlar[226].

Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 16.03.2016 tarihli, 2015/9292 E. ve 2016/2035 K. sayılı kararına göre, CMK'da düzenlenen özel koruma tedbirlerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme söz konusu olduğunda, bu düzenlemelerle soruşturma ve kovuşturma evreleri ve kapsadıkları suçlar yönünden aralarında öncelik-sonralık ilişkisi olduğu, bu bağlamda CMK m.135'deki iletişimin denetlenmesinin diğer iki maddeye nazaran öncelik aldığı, bundan sonuç alınmaması halinde CMK m.140'daki teknik araçlarla izleme ve ancak örgütün mevcudiyeti halinde ise CMK m.139'daki gizli soruşturmacı tedbirine başvurulması gerektiği belirtilmektedir. Bu doğrultuda, her üç koruma tedbirine aynı anda ve birlikte karar verilemez.

AİHM'e göre, şüphelinin evine dinleme aleti (böcek) yerleştirilerek, telefonlarının dinlenmesi yoluyla ve karakoldaki ifadesi sırasında şüphelinin haberi ve izni yokken konuşmaların kaydedilmesi ve ses analiziyle karşılaştırma yoluyla delil elde edilmesi işlemi, iç hukukta durumu düzenleyen herhangi bir kanun maddesi olmadığından ve böylelikle tedbirin uygulanmasında olması gereken güvenceler düzenlenmemiş

226 "5397 sayılı Yasa uyarınca önleme amaçlı iletişimin tespiti ve denetlenmesine, ancak suç işlenmesinin ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amacıyla başvurulabilecek ve Önleme amacıyla yapılan iletişimin tespiti ve denetlenmesi sonucunda ulaşılan bulgular da yasanın öngördüğü amaçlar dışında ve bu arada bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak da kullanılamayacaktır.", Yargıtay CGK, 17.05.2011, E.2011/83, K.2011/95.

bulunduğundan hukuka ve AİHS m.8'e aykırıdır[227]. Mahkeme, kötüye kullanmaları engelleyecek tedbirler alınmış olmasını da önemsemekte, böyle tedbirlerin bulunmamasını ihlal kabul etmektedir[228].

Bir başka kararında AİHM, habersiz şekilde videoya çekilen başvurucunun videosunun teşhis amacıyla tanıklara gösterilmesini de AİHS m.8/2 bağlamında ihlal kabul etmektedir[229].

Mahkeme bir başka kararında, polis muhbirleriyle temas kurmakla ve onları yönlendirmekle görevli eski polis başvurucuyla telefon görüşmesini, polisin haberi olmadan emniyetten aldığı alet ile kaydederek emniyet güçlerine ihbarda bulunan muhbirin fiilini hukuka aykırı elde edilmiş delil kabul etmiştir[230].

AİHM, terör faaliyetiyle ilgili olarak suç ortağının aracının GPS takip cihazıyla üç ay boyunca teknik izlenmesiyle, arabaya binen kendisinin de izlendiğini belirten başvurucunun bu biçimde bir teknik takiple izlenmesini, ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olduğu gerekçesiyle ihlal olarak görmemekte, ancak teknik araçlarla izlemenin hiçbir zaman külli bir izlemeye dönüşmemesi gerektiğini belirtmektedir[231].

227 ECtHR, P.G and J.H. v. United Kingdom, Application No: 44787/98, 25.09.2001, para.38,59-60, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59665.

228 ECtHR, Bykov v. Russia, Application No:4378/02, 10.03.2009, para.81, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91704.

229 ECtHR, Perry v. United Kingdom, Application No: 63737/00, 17.07.2003, para.47, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61228.

230 ECtHR, Van Vondel v. Netherlands, Application No: 38258/03, 25.10.2007, para.53, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-82962.

231 ECtHR, Uzun v. Germany, Application No: 35623/05, 02.09.2010,

J. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarin Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkinda Kanun Uyarınca Erişimin Engellenmesi ve/veya İçeriğin Çıkarılması

1. Kavram

İnternet kullanımının artmasıyla birlikte internet yoluyla işlenen suçlarda artış meydana geldiğinden, bu yolla işlenen suçlarda uygulanacak koruma tedbirleri ayrı ve özel kanun niteliğindeki başlıkta yazılı kanun vasıtasıyla düzenlenmektedir. 5651 sayılı kanun uyarınca niteliği tartışmalı olmakla beraber, koruma tedbiri niteliğindeki "erişimin engellenmesi" ve "içeriğin çıkarılması" mekanizmaları oluşturulmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 5651 Sayılı Kanun'un 8/A, 9 ve 9/A maddelerinde düzenlenen erişimin engellenmesi/içeriğin çıkarılması tedbirleri tipik koruma tedbirlerinden değildir. AYM, çeşitli kararlarında m.8/a ve m.9'da belirlenen yöntemleri "geçici tedbir" olarak nitelemektedir[232]. Bununla birlikte, uygulamada erişim engelleme/içerikten çıkarma kararlarının kesin kararlar olarak muamele gördüğünü hatırlatmak gerekir.

7253 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu, tartışılan kanun metnine "ve/veya içeriğin çıkarılması" terimi de eklenmiştir. Gerek erişimin engellenmesi, gerek de içeriğin çıkarıl-

para.80, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-100293.

232 Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık Başvurusu, Başvuru No:2014/5552, 26.10.2017, para.55, 88, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-5552.pdf ; Anayasa Mahkemesi, Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret AŞ Başvurusu, Başvuru No: 2015/18936, 22.05.2019, para.70-71, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2015-18936.pdf.

ması kurumlarının birer koruma tedbiri olduğu, bütünüyle koruma tedbiri muhakemesine tabi tutulması gerektiği ve AYM ile AİHM'in koruma tedbirleri genelindeki standartlarının dışına çıkılmaması, böylelikle de başta ifade özgürlüğü olmak üzere özgürlükler alanının korunması gerektiği kanaatindeyiz.

2. Erişim Engelleme/İçerikten Çıkarmanın Şartları

a. Katalog Suçlar

Kanuna göre, internet ortamında yapılan ve içeriği 5651 sayılı kanun m.8/1'de belirtilen katalog suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine ve/ veya içeriğin çıkarılmasına karar verilir. Kanunda belirtilen katalog suçlar şunlardır:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

c) 29/4/1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

b. Yeterli Şüphe

Kanunda tedbirlerin uygulanabilmesi için katalog suçlara ilişkin olarak yeterli şüphe bulunmasından söz edilmektedir. Hatırlanacağı üzere, suçun işlenmiş olma olasılığının işlenmemiş olma olasılığından daha büyük olduğu durumlarda yeterli şüphe vardır.

3. Erişim Engelleme/İçerik Çıkarmanın Şekli ve Süreler

5651 sayılı Kanun m.8/2'ye göre, erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara CMK hükümlerine göre itiraz edilebilir.

Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Bilgi Teknolo-

jileri ve İletişim Kurumu'na gönderilir. İçeriği katalog suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama ve 7258 sayılı kanunda belirtilen suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

Erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, hükümsüz kalan erişimin engellenmesi kararına konu internet adresini belirtmek suretiyle, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na gönderir. Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece hükümsüz kalan erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararına konu internet adresini belirtmek suretiyle, beraat kararının bir örneği Bilgi Teknolojileri ve İletişim Ku-

rumu'na gönderilir. Konusu katalog suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararının yerine getirilmemesi halinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Türk Lirasından yüzbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilirler.

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi; doğrudan sulh ceza

hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini ve/veya içeriğin çıkarılmasını da isteyebilir. İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır. İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir. Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

Kanunda, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde erişimin engellenmesi m.8/A ve özel hayatın gizliliğini ihlal nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi m.9/A'da ayrıntılı şekilde belirlenmiştir.

Bu noktada belirtmemiz gerekir ki, 5651 sayılı kanunda belirlenen usul, AİHS m.10 bağlamında son derece sorunlu noktalar içermektedir. Nitekim, 5651 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 2007 yılından 2020 yılına kadar geçen sürede on altı farklı kanun, KHK veya Anayasa Mahkemesi kararıyla değişiklik yapılmıştır. Bu kadar kısa sürede bu kadar sıklıkla değ-

şiklik yapılması, kanunun ne kadar uyumsuz, hukuka aykırı, özgürlükleri kısıtlar nitelikte ve olaya özgü değişen niteliğini sergilemektedir.

K. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat

1. Tazminat Kavramı

Tazminat kavramı, esas itibariyle Borçlar Hukuku alanında düzenlense de, CMK m.141 uyarınca koruma tedbirleri nedeniyle meydana gelen zararların giderimi CMK m.141-144'de belirlenmiştir. Bu belirlemeye göre, bütün koruma tedbirlerinden ötürü değil, yalnızca yakalama, gözaltı, tutuklama, arama ve elkoyma tedbirlerinden ötürü, o da kanunda belirtilen şekillerde gerçekleştirilen ihlallerin, tazminatla karşılanacağı CMK m. 141/1'den anlaşılmaktadır. Bu durumda, maddede belirtilenlerin dışındaki koruma tedbirleri için tazminat talep edilememekte, örneğin hukuka aykırı şekilde telefonları dinlenen şüpheli CMK uyarınca tazminat davası açamamaktadır. Açık düzenleme karşısında, adli kontrol, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı veya teknik araçla izleme tedbirlerinin madde kapsamı dışında bırakıldığını söyleyebiliriz.

CMK m.141'de belirtilen tazminat sebepleri dışında, kişisel kusur, haksız fiil veya hâkim ve savcıların zarar doğuran her türlü kusurlu eylem veya işlemine karşı Devlet aleyhinde idari yargı kuralları çerçevesinde tam yargı davası açmak mümkündür. İnfaz aşamasındaki aykırılıklar da bu kapsamda değerlendirilebilir. Haksız fiil sorumluluğu doğrultusunda açılan davalara ise genel yetkili hukuk mahkemelerinde bakıla-

caktır.

AİHM, tutuklanan bir kişinin CMK m.141 bağlamında tazminat talep etme imkânı bulunduğunu, ancak maddede belirtilen durumların sınırlı birtakım halleri kapsadığını, dolayısıyla da CMK m.141'in her durum için etkili bir hukuk yolu kabul edilemeyeceğini belirtmekte, bu durumu da AİHS m.5/5'in ihlali saymaktadır[233]. Mahkemeye göre ayrıca, CMK m.141 uyarınca açılacak tazminat davalarının kabul şartı, CMK m.142/1 uyarınca davanın esasına ilişkin kararın kesinleşmesine bağlı olduğundan, dava devam etmekte iken herhangi bir tazminat imkânı tanınmaması nedeniyle de AİHS m5/5 bağlamında ayrıca bir başka ihlal söz konusudur[234]. Bu durumda, CMK m.141 doğrultusunda açılan ve iç hukukta düzenleme bulunmaması nedeniyle reddedilen davaların mutlaka AYM ve AİHM'e götürülmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

CMK m.141 uyarınca, ancak bir soruşturma veya kovuşturma nedeniyle tazminata hükmedilebilir. Her ne kadar doktrinde kabahatlerden ötürü tazminat talep etmenin mümkün olmadığı söylense de Kabahatler Kanunu m.18/3'de belirtilen elkoyma hallerinde tazminata hükmedilebilir[235]. Buna karşın,

233 CEHD, Altınok c. Turquie, Requete No: 31610/08, 29.11.2011, para.67, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-107599.

234 CEDH, Kürüm c. Turquie, Requete No: 56493/07, 26.01.2010, para.20, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-96937.

235 Hakan Hakeri, "Türk ve Alman Hukukunda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat", Ord.Prof.Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara, 2008, s.873; Ünver7Hakeri, s.479; Ragıp Şahin, Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara.

bir soruşturma veya kovuşturmaya dayanmayan bir karara ilişkin, örneğin İcra İflas Kanunu m.344/1'deki tazyik hapsi kararından ötürü tazminat, madde metninden hareketle istenemez[236].

2. Tazminat Nedenleri

CMK m.141 uyarınca açılacak tazminat davaları, yine aynı maddede belirtilen nedenlere dayanabilir[237]. Bu nedenler

236 Yargıtay 12. CD. 18.06.2013, E.2013/11876, K.2013/16646.

237 **Ceza Muhakemesi Kanunu**

Tazminat istemi

Madde 141 – (1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,

c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,

d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,

f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan,

g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,

CMK m.141/1'de sınırlı olarak sayılmıştır ve bu nedenlerden başka herhangi bir nedene dayanarak tazminat talep edilmesi imkânı yoktur. Kanunda sayılan nedenler, kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanma, tutuklanma veya tutukluluğun devamına karar verilmesi, kanuni gözaltı süresi içinde hakimin önüne çıkarılmama, kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklardan yararlandırılmadan tutuklanma, kanuna uygun tutuklanıp makul sürede yargılama mercii önüne çıkarılmama veya bu süre içinde hakkında hüküm verilmeme, kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra kovuşturmaya yer olmadığına veya beraete karar verilmesi,

---

i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,

k) (Ek: 11/4/2013-6459/17 md.) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan,

Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

(2) Birinci fıkranın (e) ve (f) bentlerinde belirtilen kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirirler ve bu husus verilen karara geçirilir.

(3) (Ek:18/6/2014-6545/70 md.) Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.

(4) (Ek:18/6/2014-6545/70 md.) Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarına bir yıl içinde rücu eder.

mahkumiyet halinde gözaltı veya tutuklulukta geçen sürenin sonuçta mahkum olunan süreden fazla oluşu veya mahkum olunan suçun cezasının yalnızca para cezası olması nedeniyle gözaltında ve tutuklulukta geçirilen sürenin varlığı, yakalama ve tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamaların kendilerine açıklanmaması, yakalama veya tutuklamanın yakınlarına bildirilmemesi, arama kararının ölçüsüz şekilde gerçekleştirilmesi, koşulları oluşmadığı halde elkoyma kararı verilmesi, el konulan eşyanın korunması için gerekli tedbirlerin alınmaması, eşyanın veya malvarlığı değerlerinin amaç dışı kullanılması veya zamanında geri verilmemesi ve yakalama veya tutuklama işlemine karşı başvuru imkanından yararlandırılmama biçiminde on bir bentten oluşmaktadır. Bunların dışında, on ikinci bir neden olarak CMK m.323/3'de yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla uğranılan maddi ve manevi zararların tazmin edilmesi hükmü gösterilebilir.

Tekrar etmek gerekirse, sayılan bu nedenlerden başka herhangi bir nedene dayalı olarak tazminat talep etme imkânı olmadığından, AİHM'e göre CMK m.141, dışarıda bırakılan haller bakımından etkili bir başvuru yolu değildir.

3. Tazminat Başvurusu

a. Tazminat İstemeye Yetkisi Olanlar

Tazminat davası, her ne kadar asıl davaya bağlı olsa da asıl dava içinde re'sen karara bağlanmaz. Tazminata karar verilebilmesi için ayrıca talepte bulunulması gerekir. Tazminat

talebinde bulunabilecek kişi CMK m.142'de, hukuka aykırı koruma tedbirinin uygulandığı kişi olarak belirlenmiştir. Elbette davanın avukat aracılığıyla takip edilmesi mümkündür, ancak bu durumda Yargıtay, vekaletnamenin ceza davası nedeniyle verilmesi nedeniyle davacının dinlenmesi, vekalet ilişkisinin devam edip etmediğinin ve davaya muvafakat edilip edilmediğinin belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir[238].

Sanığın ölümü durumunda, ancak miras bırakanın ölmeden önceden dava açmış olması halinde mirasçıların davaya devam edebilmeleri mümkündür[239]. Ayırt etme gücüne sahip küçükler, koruma tedbirinden dolayı tazminat davasını bizzat açabilecekleri gibi velileri veya vekilleri vasıtasıyla da açabilirler. Ancak velinin açtığı dava devam ederken küçüğün reşit olması durumunda, dava hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, bizzat reşit olan veya onun vekili tarafından devam edilmesi gerekir. Zarara uğrayan kişi vesayet altındaki birisiyse, vasinin sulh hukuk mahkemesinden husumet izni alarak dava açması mümkündür. Bizzat vesayet altındaki kişinin dava açması veya vasinin husumet izni alarak davaya ka-

238 Yargıtay 1. CD., 21.09.2010, E.2010/2081, K.2010/5909'dan nakleden Ünver/Hakeri, s.486; "Davacı vekilinin 02.08.2002 tarihinde ceza dava dosyasına ilişkin olarak verildiği anlaşılan vekaletnameye istinaden açtığı tazminat davasında, davacı usulüne uygun olarak dinlenerek vekil ile arasında tazminat davası açılması yönünde vekalet ilişkisinin devam edip etmediği ve dava açılmasına muvafakatinin bulunup bulunmadığı tespit edilmeden eksik kovuşturma sonucu yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi hatalıdır.", Yargıtay 12. CD, 03.06.2013, 2013/5899, K.2013/14916.

239 Yargıtay 1. CD., 13.05.1991, E.1991/1274, K.1991/1262, Yargıtay Kararları Dergisi, Ağustos 1991, s.1252.

tılmaması durumunda dava reddedilir[240].

Yabancıların da dava açma hakkı vardır; CMK m.141 uyarınca koruma tedbirleri dolayısıyla dava açmak için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma şartı yoktur[241].

Tazminat istemeye hakkı olan kimseye bu hakkının hatırlatılması, CMK m.141/1,b,e,f, m.141/2 ve m.232/6 uyarınca zorunludur[242].

b. Tazminat İsteminde Süreler

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası açma hakkı süreyle sınırlandırılmıştır. CMK m.142/1'e göre, üç aylık ve bir yıllık süreler söz konusu olup, bu süreler hak düşürücü nitelikte olduğu için *restitutio in integrum,* eski hale getirme müessesesinden yararlanmak mümkün değildir; süreler uzamaz. Buna göre, karar veya hükmün kesinleştiğinin tefhimi veya tebliği tarihinden itibaren üç ay içinde dava açılmalıdır. Tebliğ yapılmadığı sürece üç aylık dava süresi başlamaz, ancak kanun kesinleşmeyi takip eden bir yıl içinde talepte bulunulmadığı takdirde artık tazminat istenemeyeceğini belirtmektedir.

Bir beraet, mahkûmiyet veya kovuşturmaya yer olmadı-

240 "Dava açtığı tarihte başka suçtan hükümlü olarak cezaevinde bulunan davacının, almış olduğu hapis cezasının süresi dikkate alınarak kendisine vasi atanmış olup olmadığı araştırılarak, varsa vasinin dava açma hususunda izin alması için kendisine süre verilmesi, izin alınmaması halinde dava açma ehliyeti bulunmayan davacının tazminat talebine ilişkin dilekçenin reddine karar verilmesi gerekir.", Yargıtay, 12. CD., 11.02.2019, E.2018/8553, K.2019/1643.

241 Yargıtay 12. CD., 14.03.2016, E.2015/10113, K.2016/395.8

242 Yargıtay CGK, 21.12.2010, E.2010/212, K.2010/263.

ğı kararı verildiğinde, üç aylık sürenin başlangıcı, yukarıda belirtilen genel kural doğrultusunda belirlenebilir. Buna karşın, tebliğ veya tefhimi olmayan kararlar bakımından, mesela yakalanıp yakalandığı yakınlarına bildirilmeyen kişinin dava açılmadan veya takipsizlik kararı verilmeden serbest bırakılması ya da evinde arama yapılan ve hiçbir delil bulunmayan kişi hakkında hiçbir işlem yapılmaması durumları bakımından sürenin başlangıç tarihi belirlenemeyeceğinden, işlemin yapıldığı tarihten bir yıl içinde tazminat davasının açılması gerekir[243]. Beraet kararlarının kesinleştiği hususunun CMK m.142/1 uyarınca tebliğ edilmesi gerekmektedir. Eğer tebliğ edilmemişse, üç aylık süre işlemeye başlamayacağı için, bir yıllık süre uygulanacaktır.

Önemli bir husus olarak belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan kimi başvurularda, Adalet Bakanlığı görüşü olarak sanığın serbest kaldığı tarihten itibaren CMK m.141 uyarınca tazminat davası açması gerektiği, üç aylık sürenin ise tahliye tarihinden itibaren başlaması gerektiği görüşü dile getirilmektedir. Bu görüş son derece hatalıdır ve bakanlığın bu görüşünü hazırlayan kişilerin hukukçu sıfatları sorgulanmalıdır. Hele de bu görüşün, aslında fiili bir salıvermenin söz konusu olmadığı, başvurucunun tahliye kararı üzerine cezaevinden henüz çıkmadan bir başka soruşturmaya dayanarak tekrar tutuklandığı bir davada dile getiriliyor olması ayrıca düşündürücüdür[244].

243 Ünver/Hakeri, s.487.

244 Anayasa Mahkemesi, Atilla Taş Başvurusu, Başvuru No: 2016/30220, 29.05.2019, para.120-121, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2016-30220.pdf.

Anayasa Mahkemesi, her ne kadar Ramazan Aras ve Burak Döner başvurularında, asıl davanın henüz sonuçlanmamış olduğu tutukluluk başvurularında CMK m.141'de öngörülen tazminat davası açma imkanının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olmadığını söylemişse de 29 Eylül 2016 tarihli İrfan Gerçek başvurusu ile bu içtihadını değiştirdiğini duyurmuştur[245]. Bu başvuruda Anayasa Mahkemesi, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 29.02.2016 tarihli E. 2015/2851 K. 2016/3143, 14.12.2015 tarihli E. 2014/19906 K. 2015/19237, 29.05.2015 tarihli E. 2015/201 K. 2015/13994, 16.06.2015 tarihli E. 2014/6167 K. 2015/10867, 09.03.2015 tarihli E. 2014/15450 K. 2015/4363 sayılı kararlarına atıf yaparak, asıl davanın sonuçlanması ya da hükmün kesinleşmesi beklenmeden CMK m.141'e dayanılarak tazminat talep etmenin mümkün olduğunu belirtmektedir. Gerçekten de koruma tedbirlerinin yanlış uygulanması nedeniyle hak kaybı ya da zarara uğramak ayrı, esas ceza yargılamasına ilişkin davada mahkûm olmak ayrı şeylerdir. Bir kişi, suçu işlemiş ancak dava süresinde kendisine uygulanan koruma tedbirleri hatalı, ölçüsüz veya kasıtlı şekilde zarar doğuracak nitelikte uygulanmış ve bu nedenle mahkûm olan kişiye CMK m.141 uyarınca tazminat ödenmesi gerekmiş olabilir. Örneğin CMK m.100 uyarınca tutuklama nedenlerinden hiçbiri bulunmayan bir dosyada, şüpheli ya da sanık hakkında aslında hukuka aykırı olarak ve hatalı şekilde tutuklama kararı verilmiş ve aynı davanın sonunda tutuksuz yargılanması gereken bu kişi mahkûm edilmiş olabi-

245 Anayasa Mahkemesi, İrfan Gerçek Başvurusu, Başvuru no. 2014/6500, 29.09.2016, para.41, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-6500.pdf.

lir. Böyle bir durumda, bireye uygulanan koruma tedbirinin hukukiliği ayrı, işin sonunda bireyin mahkûmiyet alması ayrı değerlendirilmek durumundadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, asıl davanın sonuçlanmadığı durumlarda, hukuka aykırı olarak gözaltına alındığını iddia eden[246], müdafii hazır bulunmadan hakkında tutuklama kararı verilen[247], yakalama nedenlerinin bildirilmediği[248] ve makul süreyi aşan bir süre tutuklu kalan[249] kişiler Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapmadan önce CMK'nin 141. maddesindeki tazminat yolunu tüketmek zorundadır.

Tazminat talebi, kişiye uygulanan koruma tedbiri nedeniyle ihlal sayısı kadar olmalıdır; bir başka anlatımla, bir koruma tedbiri, birden fazla dava nedeniyle uygulanmışsa, her tedbirden sonra kararın kesinleşmesini takiben süresi içinde tazminat talebinde bulunmak gereklidir[250].

246 Anayasa Mahkemesi, Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, (GK), Başvuru no. 2013/1631, 17.12.2015, para.145, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-1631.pdf.

247 Anayasa Mahkemesi, Adem Gedik Başvurusu, Başvuru no. 2013/2950, 14.10.2015, para.36, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-2950.pdf.

248 Anayasa Mahkemesi, Deniz Özfırat Başvurusu, Başvuru no. 2013/7929, 01.12.2015, para.49, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-7929.pdf.

249 Anayasa Mahkemesi, İrfan Gerçek Başvurusu, Başvuru no. 2014/6500, 29.09.2016, para.45, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-6500.pdf.

250 Hakan Hakeri, "Türk ve Alman Hukukunda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat", Ord.Prof.Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara, 2008, s.900.

c.Yetkili Merci

CMK m.141 uyarınca açılacak tazminat davası, ağır ceza mahkemesinde açılır. CMK m.142/2 uyarınca yetkili mahkeme, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesidir. Kişinin Türkiye'de ikametgahı yoksa, kıyasen CMK m.13 uyarınca kişinin Türkiye'de en son adresinin bulunduğu yer mahkemesi; bu da yoksa ilk usul işleminin yapıldığı yer mahkemesini yetkili olarak kabul etmek gerekir.

ç. Başvuru Şekli

CMK m.142/3 uyarınca, başvuru bir dilekçe ile yapılır. Dilekçenin HMK'daki şartları taşıma zorunluluğu yoktur[251], ancak dilekçede tazminat talebinde bulunanın açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gereklidir. Dava harca tabi değildir ve dava sonunda da leyh veya aleyhe harca hükmedilmez.

CMK m.142/4 uyarınca dilekçedeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur.

CMK m.142/5'e göre mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde

251 Ragıp Şahin, Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.293.

yazılı olarak bildirmesini ister.

İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir (CMK m.142/6).

CMK m.142/7 uyarınca dava duruşmalı olarak görülür ve mahkeme kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir.

CMK m.142/8'e göre karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi, istinaf yoluna başvurabilir; inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır.

Tazminat davaları nedeniyle Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince hesaplanan nisbî avukatlık ücreti ödenir. Ancak, ödenecek miktar Tarifede sulh ceza hâkimliklerinde takip edilen işler için belirlenen maktu ücretten az, ağır ceza mahkemelerinde takip edilen davalar için belirlenen maktu ücretten fazla olamaz (CMK m.142/9).

CMK m.142/10'daki belirlemeye göre, tazminata ilişkin mahkeme kararları, kesinleşmeden ve idari başvuru süreci tamamlanmadan icra takibine konulamaz. Kesinleşen mahkeme kararında hükmedilen tazminat ile vekâlet ücreti, davacı veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirimin yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde ödenir. Bu süre içinde ödeme yapılmaması halinde, karar genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.

4. Tazminat Kapsamındaki Zararlar

Uygulanan koruma tedbirleri dolayısıyla uğranılan her türlü maddi ve manevi zararların tazmini, Devletten talep edilebilir, ancak mahkeme taleple bağlıdır. Bir başka ifadeyle, talepten azına karar verilebilir ancak talepten fazlasına karar verilemez.

Talep kapsamında kişinin mesleğini yapamaması dolayısıyla gördüğü zararlar, sözleşme, meslek makbuzu veya başka şekilde kanıtlanmak suretiyle avukata ödenen vekalet ücretleri, elkoyma ile el konulan eşyada meydana gelen zarar ve değer kayıpları gibi maddi zararlar ile uygulanan koruma tedbiri dolayısıyla kişinin ve ailesinin uğradığı itibar kaybı, aile yakınları için hasret çekilmesi, kişisel olarak hürriyetin kısıtlanması dolayısıyla duyulan sıkıntı ve acı, cezaevi şartlarının zorluğuna katlanma ve duyulan ıstırap gibi manevi zararlar dile getirilebilir.

Gerekçe olarak gösterilen zarar ile koruma tedbiri arasında bir nedensellik bağı kurulabilmelidir. Faiz konusunda Yargıtay görüş değiştirmiştir. Önceden faiz istenemeyeceği yönünde istikrar kazanmış kararlar verirken, 2004 yılından itibaren Yargıtay faiz de talep edilebileceğini belirtmektedir[252]. Dava dilekçesinde tarih belirtmeden faiz istenmesi durumunda faizin dava tarihinden itibaren hesaplanması gerekir; dolayısıyla dilekçede koruma tedbiri nedeniyle tedbirin uygulandığı tarihten itibaren faiz işletilmesi talebinin açıkça belirtilmesi doğru olur.

252 Yargıtay CGK, 23.11.2004, E.2004/177, K.2004/203.

AİHM'e göre, AİHS m.5/5 uyarınca koruma tedbirlerinden ötürü özgürlüğü kısıtlanan kişilerin tazminat hakkı olsa da, Ek 1 nolu Protokol m.1 uyarınca kişinin mallarına yönelik gerçekleştirilen el koyma nedeniyle ortaya çıkan tüm zararlar için tazminat elde etme hakkı tanınmamıştır. Buna karşın, adli makamların mallara el koymaları halinde, özellikle malların sayısını, el koyuldukları ve beraat eden mal sahibine iade edildikleri sıradaki durumlarını gösteren bir envanter çıkarmak suretiyle malların muhafazasına yönelik makul tedbirleri almak zorunda olduğunu ifade eden AİHM, ayrıca ulusal mevzuatta bu malların görece iyi bir durumda muhafaza edilmemeleri nedeniyle oratya çıkan zararların tazmin edilmesi için devlete karşı bir başvuru yolu öngörmesi gerektiğini, aksi durumun ihlale yol açacağını belirtmektedir[253].

CMK m.144'de de tazminat istenemeyecek haller belirtilmektedir. Maddeye göre şu dört halde tazminat talep edilemez:

- Tazminata hak kazanmadığı hâlde, sonradan yürürlüğe giren ve lehte düzenlemeler getiren kanun gereği, durumları tazminat istemeye uygun hâle dönüşenler.
- Genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan veya kamu davası ertelenen veya düşürülenler.
- Kusur yeteneğinin bulunmaması nedeniyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilenler.

253 AİHM, Tendam İspanya Davası, Başvuru No: 25720/05, 13.07.2010, para.51, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111147.

- Adlî makamlar huzurunda gerçek dışı beyanla suç, işlediğini veya suça katıldığını bildirerek gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olanlar.

5.Tazminatın Geri Alınması ve Rücu

CMK m.143/1 uyarınca, tazminata hükmedildiği halde, kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak, hakkında kamu davası açılan ve mahkûm edilenlerle, yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkûm edilenlere ödenmiş tazminatların mahkûmiyet süresine ilişkin kısmı, Cumhuriyet savcısının yazılı istemi ile aynı mahkemeden alınacak kararla, kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat hükümleri uygulanarak geri alınır. Bu karara itiraz mümkündür. Geri alma işlemi, kamu alacaklarının tahsiline ilişkin mevzuat uyarınca yapılır.

Anayasa m.40/3 hükmüne göre, Devletin, tazminat ödenmesinden sorumlu ilgili kamu görevlisine rücu hakkı saklıdır. CMK m.141/4'de de Devletin, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarına bir yıl içinde rücu edeceğinden söz edilmektedir. Bundan başka, iftira veya yalan tanıklık nedeniyle, uygulanan koruma tedbirinden ötürü uğranılan zararlardan dolayı tazminat ödenmişse, Devletin iftira eden veya yalan tanıklıkta bulunan kişiye de rücu edeceği CMK m.143/3'de belirtilmektedir.

Her ne kadar Anayasa'da açık hüküm bulunsa da, bugüne değin Devletin ödediği tazminatla ilgili olarak herhangi bir kamu görevlisine rücu ettiği bir örnek uygulama bulunmamak-

tadır. Bu durum, başta cezasızlık olmak üzere yaygın ve sistematik işkence, kadına yönelik şiddet ve pek çok insan hakları ihlalinin tekrarlanmasına hizmet etmektedir.

III. Kovuşturma Evresi

A. Duruşma Hazırlığı

İddianamenin hazırlanmasıyla soruşturma evresi, iddianamenin kabulüyle de ara evre sona erer. Kovuşturma evresi; iddianamenin kabulünden hükmün kesinleşmesine kadar geçen dönemi ifade eder. Duruşma hazırlığı, duruşma ve son karar devrelerinden oluşan kovuşturma evresi, ceza muhakemesinin bir sonuca ulaştığı evredir. Maddi gerçeğin elde edildiği sonuca ulaşmak açısından ise, kovuşturma evresinde soruşturma sırasında tespit edilen deliller ortaya konulacak, değerlendirilecek ve hükme ulaşılacaktır[254].

Kovuşturma evresinin temel konusu, duruşmadır. Türkçe'de "işteşli" tüm fiillerde olduğu gibi karşılıklı ya da birlikte yapılan bir eylem olan duruşmak, kelimenin tam anlamıyla; mahkemede karşılıklı olarak iddiaları söylemek ve bu iddialara karşı savunmaları dile getirmek anlamına gelir, böylelikle tezin ve antitezin ortaya konulmasıyla senteze yani bir hükme ulaşmayı amaçlar[255].

Duruşma hazırlığı, adı üzerinde, kesintisiz bir duruşmaya hazırlanmak için gerekli işlemlerin yapıldığı devredir[256]. Bu devrede; davaya bakan mahkeme tarafından bir duruşma günü belirlenir ve davanın taraflarına duruşmaya katılabilmeleri için gerekli çağrılar yapılır. Kabul edilmiş olan iddianame, savunmasını hazırlayabilmesi için sanığa bildirilir. CMK m.

254 Kunter, s.475.
255 Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr, (01.08.2020).
256 Kunter, s.576.

175/2 uyarınca; mahkeme duruşma gününü belirleyip duruşmada hazır bulunması gereken kişilere çağrı gönderir. Çağrılar sanığa, müdafiine, tanıklara, bilirkişilere (CMK m.176-177) ve sanığın kanuni temsilcisi olarak veli ya da vasisine (CMK m.155/1) yapılır. Ayrıca CMK m.233 uyarınca suçtan zarar görene de çağrı gönderilir.

İddianame, CMK m.176/1 uyarınca gönderilecek çağrı kâğıdı ile birlikte sanığa tebliğ edilir. Çağrı kağıdının tebliği ile duruşma günü arasında en az bir hafta bulunması gerekir ki, sanık savunmasını hazırlayabilsin (CMK m.176/4). Tutuklu olmayan sanığa gönderilen çağrı kağıdında, CMK m.176/2 uyarınca; mazereti olmaksızın gelmediğinde zorla getirileceği hatırlatması yapılır.

Dikkat: Müdafi olarak, toplanması talep edilen bir delil veya delil aracı söz konusu ise, CMK m.177/1 uyarınca duruşmadan en az beş gün önce mahkemeye bir dilekçeyle başvurarak bu talep dile getirilebilir. Talebin soyut olmaması, mümkün mertebe somutlanarak delille ilgili olaylarla bağlantısının kurulması dilekçenin kabul olasılığını artıracaktır. Mahkemeler böyle taleplerin, sırf mahkemeyi oyalamak için dile getirildiğini düşünmeye meyillidir. Talep ne kadar somut olursa, mahkemenin bu doğrultuda karar vermesi o kadar kolay olacaktır. Dilekçedeki taleplerin aslında önceden soruşturma evresinde savcılıklar tarafından karşılanmış olması gerekliliği ise, ancak hukuk devletlerinde tartışılabilir.

Sanığın duruşma hazırlığı devresinde, kendi lehine olan delillerin toplanmasını ve dosyaya konulmasını isteme hak-

kı vardır (CMK m.160/2, 170/5). Bilindiği üzere; sanık ve müdafinin aslında suçsuzluğu kanıtlamaya ihtiyaçları yoktur; aksine suçu kanıtlaması gereken savcılık makamıdır. Ancak özellikle son yıllarda Türkiye'deki yargı pratiğinde, adeta bu karinenin tersine çevrilerek sanıklardan kendi suçsuzluklarının kanıtlanmasının beklendiği de neredeyse politik unsuru bulunan her ceza davasında gözlemlenebilir. Bu nedenle duruşma hazırlığı devresinde, soruşturma evresinde sanık lehine olan ve savcılık tarafından aslında kanuna aykırı şekilde toplanmayan delillerin toplanması veya toplanmasının mahkemeden talep edilmesi söz konusu olabilir. Gerek CMK m.176/3 gerek de CMK m.177 gereğince, sanık ve müdafi kendi lehlerine olan tanık veya bilirkişinin davet edilmesini veya savunma delillerinin toplanmasını talep edebilir.

Duruşma hazırlığı devresinde, her ne kadar henüz duruşma başlamamış olsa da, duruşma sırasında yardımı olacak kimi işlemlerin daha erken bir aşamada yapılması söz konusu olabilir. Kural aslında, bu işlemlerin duruşma sırasında gerçekleştirilmesidir, ancak kimi nedenler duruşma sırasında bu işlemleri gerçekleştirmeye engel olabildiğinden daha erken aşamada bu işlemlere başvurulma imkânı CMK m.180'e göre mümkündür.

Tanık ve bilirkişilerin duruşma sırasında dinlenmeleri gerekse de, ileride dinlenmesi mümkün olmayacak ya da ikamet farklılığı gibi nedenlerle duruşmaya gelmeleri çok zor olacak kişilerin duruşma hazırlığı devresinde dinlenmeleri mümkündür ve bu tip dinlemeye "erken dinleme" adı verilir. CMK

m.180/1 uyarınca; hastalık, sakatlık veya giderilme olanağı bulunmayan başka bir nedenle, bir tanık veya bilirkişinin uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada bulunmasının olanaklı olmadığı anlaşılırsa ya da konutlarının yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmasından dolayı getirilmeleri zor olan tanık veya bilirkişiler söz konusuysa erken dinleme yöntemine başvurulabilir. Elbette tanık ya da bilirkişilerin dinlenmesinde, SEGBİS adlı uzaktan görüntülü ve sesli iletişim teknolojisinden de yararlanılması mümkündür.

Yine duruşma hazırlığı devresinde, adına erken keşif ve muayene denen yöntemle, duruşma devresinde yapılması mümkün olmayacak keşif ve muayenelerin daha erken bir safha olan duruşma hazırlığı devresinde yapılması da mümkündür (CMK m.181).

B. Duruşma

Duruşma hazırlığı devresinde tespit edilen duruşma gününde, kural olarak duruşma kesintisiz şekilde gerçekleştirilir. Bu nedenle duruşma gününün doğru tespit edilmesi aslında çok önemlidir. Uygulamada kimi zaman; aslında soruşturma evresinde yapılması gereken işlemlerin yapılmayarak dava açıldığı, bu nedenle de duruşmaların aslında olmaması gereken şekilde tehir edildiği görülmektedir. Ceza muhakemesi sistemi, tespit edilen duruşma gününde savcılığın davaya ilişkin tüm delilleri toplamış olduğu, tüm sanıkların ve müdafilerinin savunmaları ve savunmaya ilişkin delilleri duruşmaya getirdikleri, dinlenecek tüm tanıkların duruşmada hazır edildiği, gerekli tüm bilirkişi incelemelerinin yaptırıldığı, kısaca ihtiyaç duyulan tüm faktörlerin sağlanmış olduğu kabulüyle yargılamanın bir kez

başlayıp kesinti olmaksızın bitmesi öngörüsüne dayanır. Oysaki ülkemizdeki uygulamada pek çok kez bu durumun tersi söz konusu olmakta, ya deliller tamamlanmadığı için ya da değişik kimi nedenlerle hemen her davanın ertelendiği görülmektedir.

Duruşma devresinde dört temel ilke söz konusudur. Bunlar açıklık (aleniyet), kesintisizlik, sözlülük ve doğrudan doğruyalık olarak adlandırılır[257]. Aleniyet, duruşmanın en önemli özelliklerinden biridir. Kural olarak bütün duruşmalar, dileyen herkesin duruşma salonuna girip izleyebilmesine açıktır. Bu ilke hem AİHS m.6'da hem Anayasa m.36'da hem de CMK m.182'de düzenlenmektedir. İstisnaen, CMK m.182/2 ve 185'de belirtilen hallerde; duruşmanın kapalı yapılması kanunda belirlenmiştir. Buna göre, genel ahlak veya kamu güvenliği nedenleriyle duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ilgili mahkemece karar verilebilir. Buna "ihtiyari kapalılık" denir. CMK m.185'de belirlenen "zorunlu kapalılık" durumunda ise, 18 yaşını doldurmamış sanığın yargılandığı davanın kapalı olarak görülmesi zorunludur. İhtiyari kapalılık kararı verilen davada, gerekçeli karar ve hüküm CMK m.182/3 gereğince açık duruşmada açıklanır; zorunlu kapalılık durumunda ise verilen hükmün de kapalı oturumda verilmesi zorunludur.

CMK m.187/2-3 uyarınca, kapalı duruşmanın içeriği hiçbir iletişim aracıyla yayımlanamaz; açık duruşmanın içeriği, millî güvenliğe veya genel ahlâka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise; mahkeme, bunları önlemek amacı ile ve gerektiği

257 Kunter, s.586-587; Ünver/Hakeri, s.540vd.

ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklar ve kararını açık duruşmada açıklar. CMK m.183 uyarınca, adliye binası içinde ve özellikle duruşma sırasında hiçbir şekilde sesli veya görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bunların dışında CMK m.209 uyarınca, sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde kapalı oturumda anlatılmasına mahkemece karar verilebilir. Bu istisnaların dışında, aleniyet ilkesinin kanuni dayanağı olmaksızın ihlal edildiği durumlarda AİHS m.6 bağlamında "adil yargılanma hakkı" da ihlal edilmiş demektir.

Kesintisizlik, yukarıda da anlatıldığı üzere, duruşmanın bir kerede başlayıp bitirilmesi esasına dayanır. CMK m.190/1'e göre, duruşmaya ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir, ancak zorunlu hâllerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir. Kesintisizlik ilkesinin en önemli amacı, duruşma sırasında ortaya konan hususlar konusunda hafızanın güçlü ve diri olduğu bir anda karar verilmesini sağlamaktır, çünkü üzerinden zaman geçtikçe hâkim, ortaya konan hususların ayrıntılarını unutabilir. Bu sebeple, hâkimin herhangi bir ayrıntıyı kararında ıskalamamasını temin etmek üzere, kesintisizlik ilkesinin azami şekilde uygulanması gerekir.

Sözlülük, delillerin ortaya konulması ve tartışılmasında söz konusu olan en önemli ilkedir. Bir yazılı belgenin dosyaya girmiş olması tek başına yeterli değildir, aynı zamanda duruşmada okunarak tartışılmalı ve tarafların ortak algısına da sunulmalıdır. Sözlü olarak ifadeler de yazılı şekle dönüştürüle-

cektir, ancak esas olan sözlü ifadelerin duruşma sırasında dile getirilmesi ve tarafların işiterek algısına sunulmasıdır.

Doğrudan doğruyalık dendiği zaman, hâkimin delillerle bizzat temas etmesi gerektiği anlaşılır. CMK m.217/1'de hâkimin kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği dile getirilmektedir. O halde, CMK m.180'de belirtilen naip hakimlik ve istinabe istisnaları dışında hâkim, duruşmaya getirilen ve duruşmada tartışılan delillere dayanarak kendisi tarafından bizzat görülerek, duyularak, beş duyu ile algılanarak hükme konu alınacak delillere dayanacak, buna karşılık duruşmada tartışılmayan, okunmayan, muhakeme makamlarının algısına sunulmayan delillere dayanamayacaktır.

Uygulamada ise bu ilkelerin tatbikinde çeşitli sorunlar söz konusudur. Örneğin; polislerin veya mübaşirin, dileyen vatandaşların ve hatta sanık yakınlarının duruşmaya girerek izlemelerinin engellemesinde "aleniyet", en basit çözümlenebilecek davada dahi 8-10 duruşma talikiyle "kesintisizlik", çoğu belgenin aslında gerçekten okunmayıp böylelikle muhakeme makamlarının algısına sunulmadan sadece tutanağa "okundukları, dosyaya kondukları"nın geçirilmesinde "sözlülük" ve aslında duruşmada hiç tartışılmayan, böylelikle hakimin de görüp görmediğinden şüphe duyulan kimi "gizli deliller" üzerine mahkumiyet kurulduğunda da "doğrudan doğruyalık" ilkeleri ihlal edilmiş olur. Sorunun çözümü bellidir ve aslında herkes tarafından da bilinmektedir.

C. Deliller ve Tespiti

Çalışmanın bu bölümünde deliller konusunda kimi açıklamalara yer vereceğiz. Geleneksel ayrımda deliller ayrı bir başlık altında ele alınsa da; aslında ceza muhakemesinde ispat konusunun kalbinde yer alan deliller, ister soruşturma ister kovuşturma evrelerinde tespit edilmiş olsunlar, duruşmada tartışılarak muhakeme makamlarının algısına sunulmaktadırlar. Böylelikle de esas itibariyle kovuşturma evresinin duruşma ve sonuç çıkarma devrelerinde tartışılacaklardır. Bu nedenle biz delilleri kovuşturma başlığının altında incelemeyi tercih ediyoruz.

Yargılama konusu olayın açıklığa kavuşturulması, maddi gerçeğin bulunmasında ispat amacıyla kullanılan, muhakeme makamlarınca da maddi gerçeği gösterdiğine kanaat getirilen materyallere **delil** denmektedir[258]. Kendisinden delil elde edilebilen kişi veya kurumlara **delil kaynağı** adı verilir[259]. Belli bir delile ulaşmak için bazen kimi araçlar kullanılabilir ve bir delil kaynağı muhakeme makamlarının algısına sunulduğunda, bunlara **delil aracı** denir[260]. Kimi zaman da delil aracının değerlendirilmesinde kullanılmak üzere, birtakım verilerin hukuken anlamlı bir hale dönüştürülmesi işlemleri gerekebilir; ki buna da **delil aracı değerlendirme aracı** veya **delil içerikleri değerlendirme aracı** denir[261]. Örneğin, bir trafik kazasından sonra, şoförün olay anında alkollü olup olmadığını anlamak

258 Ünver/Hakeri, s.562; Kunter, s.365; Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, s.141.
259 Kunter, s.366; Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, s.139.
260 Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, s.140.
261 Devrim Aydın, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.40 (Aydın, Deliller).

için kan testi yapılabilir. Bu durumda şoför bir delil kaynağı, alınan kan bir delil aracı, yapılacak kan testi ise bir delil aracı değerlendirme aracı olacaktır. Bu işlemlerin sonunda, şoförün olay anında alkollü olduğu muhakeme makamlarınca tespit edildiğinde, artık elimizde bir delil var demektir. Yine bir tanığın kendisi delil kaynağı, tanığın ifadesi delil aracı, yabancı tanığın ifadesinin Türkçeye çevirisi ise delil aracı değerlendirme aracı olacaktır. Bilirkişi raporu ve keşif, delil aracı değerlendirme araçlarıdırlar. Bir delil aracının delil haline gelmesine soruşturma evresinde savcılık, kovuşturma evresinde ise davaya bakan mahkeme karar verir.

Delillerin tespitinde, dikkat edilmesi gereken en önemli noktalardan biri; hem delilin hem de tespit metodunun hukuka uygun olmasıdır. Bu kural bizi "delil yasakları" kavramına götürür. Eğer delilin kendisi veya elde ediliş yöntemi hukuka aykırı yöntemle sağlanmışsa, bu durumda yasak delilden söz edilir; bir başka ifadeyle o delil, delil olarak değer kazanmaz ve kullanılamaz. Anglo-amerikan hukuk sistemi kaynaklı bu yaklaşıma göre, zehirli ağacın meyveleri de zehirlidir, dolayısıyla yasak yöntemlerle elde edilmişse, aslında niteliği itibariyle maddi gerçeği gösterse bile, delil değer kazanmamalıdır[262]. Yasak delilin sadece kullanılmaması yetmez, dosyadan da çıkarılması gerekir. Hukuka aykırı deliller, aşağıda ayrı bir başlıkta tartışılmaktadır.

Ç. Delil Serbestisi İlkesi ve Vicdani Delil Sistemi

Ceza muhakemesinde kanuni delil, yani belli hususların

262 Aydın, Deliller, s.218.

ancak kanunun öngördüğü delillerle kanıtlanabileceği kuralına yer yoktur[263]. Her şey delil olabilir; deliller konusunda herhangi bir sınırlama yoktur. Bu konudaki tek istisna, CMK m.222'de belirtilen duruşmada gerçekleşen (ya da gerçekleşmeyen) hususların yalnızca duruşma tutanağı ile ispat edilebileceği kuralıdır. Her şey, her şey ile ispatlanabilir. Delil ileri sürmede zaman kısıtlaması olmadığı gibi, kesin karine kavramına da yer yoktur[264]. Delil aracı bir değerlendirmeye tabi tutulur, inandırıcı bulunursa delil halini alır. Herhangi bir noktada çelişki varsa, bu durumda da şüpheden sanık yararlanacaktır[265].

Vicdani kanaat, muhakeme makamlarının algısına sunulan delillerin maddi uyuşmazlığın çözümü konusunda belirlenen usul ve mantık çerçevesinde değerlendirilmesiyle ulaşılan hukuki sonuçtur[266]. Vicdani delil sisteminde hukuka uygun şekilde elde edilmiş delillerden hangilerinin hükme esas alınacağını belirleme yetkisi hâkime aittir; ancak hâkim bu değerlendirmesinde keyfi davranamaz, zira vicdani delil, hissi delil anlamına gelmez[267].

D. Delil Türleri

Ülkemiz doktrininde deliller, genellikle beyan deliller, belge deliller ve belirtiler olmak üzere üç ayrı başlıkta incelenir. Sırasıyla bu delil türlerini gözden geçirelim.

263 Aydın, Deliller, s.33.
264 Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, s.108.
265 Erem, s.302-305.
266 Feyzioğlu, Vicdani Kanaat, s.109.
267 Erem, s.308; Aydın, Deliller, s.34.

1. Beyan deliller

a. Şüpheli ve Sanık Beyanı

Şüpheli ya da sanığın beyanı, esas itibariyle savunma hakkına ilişkindir; ancak bu beyanın delil değeri de olacaktır[268]. CMK, şüpheli ya da sanığın beyanını ifade alma ve sorgu başlıkları altında m.145 ve devamı maddelerde düzenlemektedir. Şüpheli veya sanığın beyanlarından çeşitli veriler elde etme amacıyla sorular sorulması işlemlerini tanımlar. Kolluk ve savcılığın gerçekleştirdiği işleme "ifade alma", hâkim veya mah kemenin gerçekleştirdiği işleme ise "sorgu" adını veriyoruz.

Dikkat: İfade, CMK m.161/1 ve m.147/1 uyarınca kolluk görevlileri tarafından veya bizzat savcı tarafından alınabilir, ancak CMK m.148/4'e göre, ifadenin kolluk tarafından alınması durumunda, müdafi hazır bulunmadan alınan kolluk ifadesi hâkim veya mahkeme huzurunda sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.

İfade sadece bir kez değil, ifadeler arasındaki çelişkileri yakalamak amacıyla birkaç kez de alınabilir. İfadeler sözlü veya yazılı şekilde alınabilir. İfade almanın yöntemi konusunda bir belirleme yoktur.

İfade alınacak kişiye CMK m.145 uyarınca davetiye çıkarılır. Bu davetiyede çağırılma nedeni belirtilerek, çağrıya icabet edilmediği durumda zorla getirileceği de yazılır. Zorla getirme yetkisi, CMK m.146 uyarınca savcı veya hâkime aittir, kolluğun kendiliğinden böyle bir yetkisi yoktur[269]. Uygulama-

268 Ünver/Hakeri, s.564.
269 Ünver/Hakeri, s.565.

da; çağrılması durumunda ifade vermeye gidecek pek çok kişiye otomatik olarak zorla getirme uygulaması yapılmaktadır ki, bu durum hem kanuna hem de hukuka aykırıdır.

Sorgu ise, hâkim veya mahkeme tarafından CMK m.91/7 uyarınca yakalama üzerine yapılır. Savcılık, yakalanan kişiyi tutuklama talebiyle veya böyle bir talep olmadan sorguya sevk edebilir.

Kanunda "ifade ve sorgunun tarzı" başlığı altında, CMK m.147'de şüpheli veya sanığın kimliğinin saptanacağı, kişinin kimliği hakkında olan soruları doğru yanıtlamakla yükümlü olduğu, yüklenen suçun anlatılacağı, müdafiden yararlanma hakkının anlatılacağı, yakınlarına haber verileceği, susma hakkının hatırlatılacağı, lehine olan delillerin toplanmasını isteyebilme ve bu hususları ileri sürme hakkı tanınacağı, kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınacağı belirtilmektedir. İfade ve sorgu işlemleri, CMK m.147/1-h uyarınca teknik imkanlarla kayıt altına alınabilir, ancak her halükârda ifade veya sorgu CMK m.147/1-i uyarınca tutanağa bağlanmak durumundadır. Tutanakta ise; ifade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih, ifade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği, ifade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri, tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafi tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı ve imzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri bulunmak durumundadır.

Bir suç şüphesi altında bulunmayan kişilerin, müşteki

veya suçtan zarar gören kişilerin dinlenmeleri ise YGİY m. 4'de bilgi alma olarak tanımlanmaktadır. Bu bilgi almalar ifade ve sorguya ilişkin kurallara bağlı değildir. Ancak, şüpheli veya sanıktan bilgi alınması adı altında, hakları hatırlatılmadan ve özellikle tutanağa geçirilmeksizin veri elde edilmesi her durumda hukuka aykırı kabul edilmelidir[270]. İlerde açıklanacağı gibi, CMK m.53 uyarınca tanıklar yemin ettirilerek dinlenir. CMK m.54 ile ise; tanıklara yemin verme yetkisi münhasıran hâkime ve C. Savcısına aittir. Bu nedenle kolluğun tanık dinleme yetkisi bulunmamaktadır, ancak uygulamada, PVSK m.15 ve YGİY m.4 kıyasen uygulanarak, CMK m.161 de yanlış yorumlanarak, kolluğun tanık dinlemesi emredilmektedir. Kolluk, tanık olabilecek kişilerin ifadelerini, "bilgisine başvurulan" sıfatı altında tespit etmektedir. Bu ifadelere beyan değeri verilemez.

Beyan delillerin özgür iradeye dayanması, istisnası olamayan bir kuraldır. Kişinin açıklamada bulunmaya ve bunun sınırına kendisinin karar vermesi gerekir. İradesini etkileyecek her türlü girişim, hukuka aykırı kabul edilmelidir. Bu çerçevede yorma, aldatma, kötü muamele, işkence, ilaç verme, cebir veya tehditte bulunma veya kanuna aykırı vaatte bulunma gibi her türlü bedensel ve ruhsal müdahale CMK m.148 uyarınca

270 Doktrinde, ifade almaya başlamadan ve şüpheliye hakları anlatılmadan şüphelinin kendiliğinden olayı anlatması veya olay hakkında açıklama bulunması durumunda, söylenenlerin ifade tutanağına geçirilmemesi ve kolluğun tanık olarak duyduklarını anlatmasına tanık beyanı olarak değer atfedilmesi yönündeki görüşlere katılmıyoruz. Pandoranın kutusu bir kez açıldığında içinden ne tip kötülüklerin dünyaya saçılabileceği konusunda ülke olarak tecrübe sahibiyiz. Katılmadığımız bu yönlü görüş için bkz. Ünver/Hakeri, s.568.

"yasak yöntemler" olarak belirlenmiştir. Yine CMK m.148'e göre yasak usullerle elde edilen ifadeler, rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. Müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz. Yasak usuller, mutlak delil yasağını oluştururlar. Mutlak delil yasakları ise, istisnası olmayan şekilde o verilerin delil değeri kazanmaması anlamına gelmektedir.

Dikkat: CMK m.148/5 uyarınca, şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir. Kural her ne kadar bu olsa da, uygulamada kanuna aykırı şekilde; bir defa ifadesi alınarak serbest bırakılan kişilerin "ek ifade tutanağı" ile tekrar kollukça ifadelerinin alındığı görülmektedir. Bu ifadelerin delil olarak kullanılmaması konusunda ısrarcı olmak gerekir. Kanunu kasten ihlal eden polis amiri hakkında da suç duyurusunda bulunmak gerekebilir.

Bu başlık altında son olarak ikrar konusundan da bahsetmemiz gerekir. İkrar, şüpheli veya sanığın kendisine atfedilen fiili yaptığını kabul etmesi anlamına gelir. Ceza hukuku tarihinde, diğer delillerin üstünde ve varlığı durumunda diğer delilleri gereksiz kılan bir konum atfedilmişse de, hatta engizisyon döneminde "delillerin altını" (delillerin şahı) olarak kabul edilip, ikrara ulaşabilmek adına çeşitli işkence yöntemlerine hukuka uygun birer araç gözüyle bakılması sağlanmışsa da, günümüzde asla böyle bir konuma sahip değildir. Kişi elbette suçunu kabul edebilir, ancak bunu serbest iradesiyle yapması

gerekir. Hukuka uygun ikrar, bir delil değeri taşısa bile, tek başına ikrara dayanarak hüküm kurmak hukuka aykırıdır, ikrarın diğer delillerle de desteklenmesi gerekir[271]. Bu kuralın en önemli gerekçesi, ikrarda bulunan kişinin suçu üstlenmek ve bir başkasını suç şüphesinden kurtarmak amacıyla yalan söyleme olasılığıdır.

b. Katılan, Mağdur ve Şikayetçi Beyanları

Davaya katılma, CMK m.237'de düzenlenmektedir. Buna 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.

Mağdur ile şikayetçi, CMK m.236 uyarınca tanık sıfatıyla dinlenebilirler, bu durumda tanığa ilişkin beyan kuralları, bu

271 "Ceza hukukunun temel amacı, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuya yer vermeksizin açığa çıkarılmasını sağlamaktır. Sanığın ifadesi, gerçeği öğrenmek konusunda hâkim için delil teşkil edebilir ise de yan kanıtlarla doğrulanmayan, oluşa ve maddi gerçeğe uygun düşmeyen, bilimsel kanıtlarla doğrulanmayan soyut ikrara dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulması, ceza hukukunun "maddi gerçekliğe ulaşma" ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle; sanığın baskıya dayalı olduğunu belirterek kabul etmediği kolluk ifadesi dışında, isnat olunan suçu işlediğine ilişkin kuşku sınırlarını aşan yeterli kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması, bozmayı gerektirmiş…", Yargıtay 10. CD. E. 2005/1716, K.2006/19, 23.01.2006; "Başka suç kapsamında verdiği ifadede esrar kullandığını belirten sanığın kendisinde uyuşturucu madde ele geçirilemediği gibi uyuşturucu madde kullandığı tıbben de saptanamadığına göre, soyut ikrarı dışında suçu işlediğine ilişkin delil bulunmayan sanığın beraatine karar verilmesi gerekir.", Yargıtay 10.CD. E.2008/834, K.2010/3241, 15.02.2010.

kişiler için uygulanır. Ancak bu kişiler davaya katılma talebinde bulunarak katılan sıfatını kazanmışlarsa artık tanık gibi dinlenmelerine olanak yoktur, zira katılan tanık değildir. Katılanın beyanı daha çok sanığın beyanına benzemektedir, çünkü katılan muhakemenin tarafıdır, dosyayı inceleme, suret alma, sanık sorguya çekilirken veya diğer tanıklar dinlenirken hazır bulunma haklarına sahip olmuştur[272]. Kaldı ki katılan yalan beyanda bulunursa yalan tanıklık suçundan değil, eğer kanuni şartları varsa iftira suçundan dolayı cezalandırılabilir[273].

c. Tanık Beyanı

Tanık, uyuşmazlığın konusu hakkında beş duyusu ile bilgi sahibi olan ve uyuşmazlığın tarafı olamayan kişidir[274]. Tanık beyanı, uyuşmazlığa konu olayla ilgili bilgilerin sahibi tarafından yetkili makamlar huzurunda açıklanmasıdır. Soruşturma evresinde savcılık da tanık dinleyebilir, ancak esas olan tanığın mahkeme huzurunda verdiği ifadedir. Tanığın tanık dinlemeye yetkili olmayan makamlar, örneğin kolluk önünde yaptığı açıklamalar tutanağa geçirilince, beyan delil olarak değil belge delil olarak dikkate alınırlar[275].

Herkes tanık olabilir. Tanıklık için ehliyet şartı da aranmaz, böylelikle çocuklar ve akıl hastaları da tanıklık yapabilirler. Tanık beyanı hâkimi bağlamaz; hâkim tanık ifadelerine atfedeceği önemi, olaya göre kendisi takdir edecektir[276].

272 Toroslu/Feyzioğlu, s.195.
273 Toroslu/Feyzioğlu, s.196.
274 Feyzioğlu, Tanıklık, s.28.
275 Feyzioğlu, Tanıklık, s.28 dn.56, s.29 dn.58; Kunter, s.631.
276 Ünver/Hakeri, s.257.

Tanık beyanı, ceza muhakemesi hukukunda en çok başvurulan delillerden biri olmasına karşın, aslında en güvenilmeyen delillerden de biridir[277]. Tanıklar istemeden de olsa hataya düşebilir, yanlış görmüş, duymuş veya duyduğunu zannetmiş ya da uydurmuş olabilir. Elbette bilerek isteyerek yalan söylemeleri de olasıdır. Kanun, tanıkların yalan söylemelerini engelleyebilmek maksadıyla bazı önlemler getirmiştir. Bunların başında tanıklıktan çekinme, yemin, yüzleştirme ve yalan tanıklığın suç sayılması gelmektedir.

CMK m.43/4'e göre, usulüne uygun olarak çağırılan tanık, çağrıya icabet etmek zorundadır. Bu çağrı bir davetiye ile yapılır. Yapılan çağrıya rağmen tanık gelmezse CMK m.44 uyarınca zorla getirilir. CMK m.180 uyarınca, hastalık, engellilik veya karşı konulamayan bir engel nedeniyle duruşmaya gelemeyeceği anlaşılan veya konutu mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan ve getirilmesi çok zor olan tanıkların, mahkeme kararı ile istinabe veya naip hâkim tarafından dinlenmelerine olanak tanınmaktadır.

Tanık, dinlenmeden önce yemin eder. Yemin etmek, kanunda belirtilen istisnalar dışında zorunludur, ancak bir kişinin tanık sıfatıyla dinlenmesinin uygunluğu konusunda tereddüte düşüldüğünde yemin, CMK m.54/1 uyarınca beyan sonrasına bırakılabilir. Yemine zorlamak için; CMK m.60 uyarınca tanığın ilgili masrafları ödemeye mahkûm edilmesi veya tanığa disiplin hapsi uygulanması mümkündür.

Asıl olan tanığın sözlü olarak beyanda bulunması olsa da,

277 Toroslu/Feyzioğlu, s.180.

istisnai olarak yazılı şekilde de beyanda bulunabilir. Beyanın yalnızca içeriği değil, beyan alınırken gösterilen dış görünüm de beyanla birlikte değerlendirmeye alınır[278].

Tanığın yemin etme mecburiyetinin istisnaları CMK m.50-51'de belirlenmektedir. Buna göre, on beş yaşından küçük tanıklar, ayırt etme gücü bulunmayan tanıklar ve soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar yemin etmezler. Bunların dışında, tanıklıktan çekinme hakkı bulunup bu hakkını kullanmayarak tanıklık yapanlar yemin etmekten çekinebilirler.

Tanık beyanda bulunmak zorundadır. Tanığın beyanda bulunmaktan kaçınması mümkün olmadığı gibi, böyle bir durumda ilgili masrafları ödemeye mahkûm edilmesi veya disiplin hapsi uygulanması da mümkündür.

Hâkim öncelikle tanığın kimliğini tespit eder, tanığa iddiayı anlatır ve duruşmada mevcutsa sanığı gösterir; mevcut değilse kimliğini açıklar. Eğer varsa, beyanda bulunmaktan çekinme hakkını hatırlatır. Yemin edip etmeyeceğini belirlediği tanığın eğer şartları varsa yeminden çekinme hakkını hatırlatır, ayrıca tanığa doğruyu söylemesinin önemi, aksi takdirde yalan tanıklıktan cezalandırılacağı, yemin edeceği ve izinsiz duruşmayı terk etmemesi gerektiği de belirtilir. Tanık yemin ederken, CMK m.55/2 gereği herkes ayağa kalkar. Uygulamada çoğu kez hakimlerin kalkmadığı görülmektedir, oysa hakimler

278 Ünver/Hakeri, s.576.

de herkes kavramına dahildir ve yemin sırasında onların oturmalarını gerektiren bir durum söz konusu değildir.

Duruşmada tanıklar yüzleştirilebilir, tanık ifadeleri görüntülü veya sesli kayıt altına alınabilir. Soruşturmada tanık dinlenirken taraflar, diğer tanıklar ve dinleyiciler hazır bulunamazlar. Duruşmada ise her tanık ayrı ayrı ve sonradan dinlenecek tanıklar etkilenmemeleri için dışarı çıkarılarak dinlenir (CMK m.52/1).

Tanıklar genellikle, doğrudan doğruya kendilerinin beş duyularıyla algıladıkları ve vakıf oldukları hususları dile getirirler. Bu nedenle olaya bizzat hâkim olduğunu dile getiren tanığa "görgü tanığı" adı da verilir[279]. Bazı durumlarda ise; tanığın başkalarından duyduğunu dile getirdiği durumlara da rastlanır. Anglo-amerikan hukukunda "hearsay" (kulaktan dolma- söylentiye dayanan/söyleneni duymak) adı verilen bu halde tanık, başkasından olayın öyle olduğunun söylendiğini duymuştur[280]. Tanığın böyle bir durumda bilgisi, kendi beş duyusu ile öğrendiği bir olgu değil, başkalarınca kendisine anlatılanlardır. Kıta Avrupası hukukunda "hearsay" deliller şüpheyle karşılanır ve delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesine aykırı olduğu için büyük bir değer atfedilmez, ancak bu durum bu tip ifadelerin hiçbir biçimde kullanılmayacağı anlamına da gelmez. Doktrinde başka birtakım delillerle birlikte ortaya konulmak kaydıyla, duyuma dayalı tanıklıkların kesin bir şekilde

279 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.637.

280 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.637; Serra Tekin et al., "Görgü Tanıklığının Güvenilirliği", Güncel Hukuk, S.9, Eylül 2007, s.50-51.

reddedilmemesi gerektiği ifade edilmektedir[281]. Anglo-amerikan hukukunda ise hearsay yasağından söz edilir[282].

Ölmüş kişilerin ölmeden önce tutanak altına alınan beyanları delil olarak değerlendirilebilir, ancak bu beyanların son derece dikkatli şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. AİHM'e göre bu beyanlar, denetleme imkânı olmadığından tek başına kullanılmamalı ve maddi gerçeği ifade eden diğer noktalarla desteklenmelidirler[283].

Yine AİHM'e göre, sanığın mahkumiyetinin sadece istinabe yoluyla dinlenen tanık beyanlarına dayandırılmış olması halinde, mutlaka sanık veya müdafiin istinabe duruşmasına katılmış olması ve tanıklara soru sorma olanağı tanınmış olması gerekir, aksi halde Mahkeme asıl mahkemede itiraz hakkı tanınmış olsa bile, adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş sayılacağını belirtmektedir[284].

ç. Gizli Tanık

Gizli tanıklık, hukuk sistemimize özellikle son 10 yıla damgasını vurmuş müesseselerden biridir. Son derece kısıtlı

281 Aydın, Deliller, s.68-69.

282 Frank Tom Read, Ceza Muhakemesinde Anlattırıcı Soru ve Çapraz Sorgu Teknikleri, Çev. Yenisey/Ziyalar, 2.Baskı, Ankara, 2015, s.15 (Read, Çapraz Sorgu).

283 ECtHR, Ferrantelli and Santangelo v. Italy, Application No: 19874/92, 07.08.1996, para.52, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57997.

284 ECtHR, Hulki Güneş v. Turkey, Application No:28490/95, 19.09.2003, para.95, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61169; ECtHR, Sadak and others v. Turkey, Application No:29900/96, 29901/96, 29902/96, 29903/96, 17.07.2001, para.66, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59594.

ve istisnai durumlarda uygulanması mümkün olan gizli tanıklık kurumu, geldiğimiz noktada özellikle siyasi içeriği olan hemen her davada başvurulan bir metod halindedir.

Bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiği iddia edilen suçlarla ilgili yapılan yargılamalarda tanıkların ve yakınlarının korunmaları adına getirilen gizli tanıklık kurumu, tanığın kimliğinin gizli tutulmasını, dinleme sırasında tarafların dışarı çıkarılmalarını veya taraflar dışarı çıkarılmıyorsa ses ya da görüntü aktarımı yoluyla, soru sorma hakkını da yerine getirerek ifadelerinin alınması usulünü kapsamaktadır. CMK m.58/2'ye 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. Yine CMK m.58/3'e göre, hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır. Tanıkların bu hususlarda korunabilmeleri için, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu (TKK) yürürlüktedir. Gerek CMK ve gerekse TKK ile, tanıkların tarafların katılımı olmaksızın gerçekleştirilecek gizli bir duruşma ile dinlenmeleri usulü kabul

edilmemiştir, ancak uygulamada bu tür dinlemelere rastlanmaktadır[285].

Son derece baskın mafya tipi örgütlenmelerin olduğu İtalya'da, bütün örgütün deşifre edilmesini sağlayarak, suçların ortaya çıkarılmasını sağlayan ifadeleri veren tanıkların veya ailelerinin, daha sonra zarar görmelerini önlemek üzere, Avrupa'da bu konuda çıkarılan ilk kanunlar, gerçekten de tanıklar ve yakınları için ciddi tehlike oluşturan yapılara karşı bir koruma sağlamıştır. Bununla birlikte ülkemizdeki uygulamada, başta siyasi yargılamalar olmak üzere, ne ya da kim olduğu, olayla ilişkisi, gerçekten beş duyusuyla olaya vakıf olup olmadığı bilinmeyen, muhakeme makamlarınca bilinmesine izin de verilmeyen, dolayısıyla "sahte delil" oluşturduğu hususunda büyük kuşkulara neden olan ifadeler ile bu ifadelerin üzerine kurulan mahkûmiyet kararları, adil yargılanma hakkının önündeki en büyük engellerden birini oluşturmaktadır[286].

285 Anayasa Mahkemesi, Baran Karadağ Başvurusu, Başvuru No: 2014/12906, 07.05.2015, para.72-73, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-12906.pdf (Karar, Resmî Gazete'nin 25.06.2015 tarihli ve 29397 sayılı nüshasında da yayınlanmıştır).

286 Örneğin, kamuoyunda "Büyükada Davası" olarak bilinen, bir insan hakları atölye çalışması sırasında "ihbar üzerine" olduğu söylenen bir polis baskınıyla, aralarında bu kitabın yazarlarından Dr.Günal Kurşun'un da bulunduğu on insan hakları aktivistinin gözaltına alınmaları ve daha sonra sekizinin tutuklanmasına yol açan davada gizli tanığın, "oteldeki havuzun kenarındaki tuvalete gittiği sırada, 30 saniye içinde" duyduğunu iddia ettiği bilgiler, bir buçuk A4 boyutunda kâğıdı dolduracak kadar fazladır. Bu gizli tanığın, hangi tehlikeye binaen "gizli tanık" yapıldığı ise, ayrı bir tartışma konusu olup mahkemece bu konuda hiçbir açıklama yapılmamıştır.

Kural; tanığın kimliğinin sanık ve müdafi tarafından bilinmesidir. Böylelikle tanığın gerçekten olaya beş duyusu ile vakıf olup olmadığı, sanıkla önceden bir husumetinin bulunup bulunmadığı ve verdiği ifadede mevcut çelişkilerin denetlenmesi mümkün olabilir. AİHM'e göre, tanıkların kimliklerinin gizlenerek dinlenebilmesi için tanıkların korunmak istenen menfaatleri ile sanığın adil yargılanmaya ilişkin menfaatleri arasında bir denge oluşturulmalıdır[287]. Yine AİHM'e göre, kimliği açıklanmayan tanığın ifadesinin tek delil olması halinde, savunma hakkı kısıtlanmış sayılmalıdır[288]. Özellikle olayın tek tanığı varsa ve tanığın beyanları hükme etki edecekse, tanığın mutlaka duruşmaya getirilerek sorgulanması ve dinlenmesi gerekir; daha önceki ifadelere dayanarak hüküm kurulması, adil yargılanma hakkını ihlal eder[289]. AİHM aynı zamanda tanığa "gizli tanık" sıfatı verilmesinin mutlaka gerçekçi, mantıklı ve anlaşılabilir bir tehlikeyle ilişkilendirilmesi gerektiğini, aksi durumun adil yargılanma hakkını ihlal edeceğini belirtmektedir[290]. Bu, AİHM kriterleri çerçevesinde değerlendirildiğinde; başta Tanık Koruma Kanunu m.9/7'deki "Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri, Ceza Mu-

287 ECtHR, Doorson v. The Netherlands, Application No: 20524/92, 26.03.1996, para.70, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57972.

288 ECtHR, Windisch v. Austria, Application No:12489/86, 27.09.1990, para.31, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57643.

289 CEDH, Rachdad v. France, Requete No: 71846/01, 13.11.2003, para.25, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-66008.

290 ECtHR, Krasniki v. The Czech Republic, Application No:51277/99, 28.02.2006, para.82, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-72590; ECtHR, Visser v. The Netherlands, Application No: 26668/95, 14.02.2002, para.47-48, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60112.

hakemesi Kanunu hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir" hükmü olmak üzere, aynı maddede belirtilen dinleme usulüne ilişkin pek çok husus Sözleşmeye aykırı hale gelmektedir[291].

d. Çapraz Sorgu

Çapraz sorgu, ifade verenin ifadesinin doğruluğunun denetlenebilmesi amacıyla, ifade verene muhakemenin kimi taraflarının doğrudan doğruya soru sorabilmesi yöntemine denir[292]. Çapraz sorgu, İngiltere kökenli bir yöntemdir[293]. Özel-

291 Faruk Turhan, "Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanunu'na Göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi", 3.Yılında Ceza Adaleti Sistemi, (Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, ed. Bahri Öztürk), Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s.401; Aydın, Deliller, s.76.

292 Read, Çapraz Sorgu, s.9.

293 "Çapraz sorgu sisteminin mahkemelerde kullanılmasına zemin hazırlayan olay, 1603 tarihinde İngiltere'de görülmüş olan Sir Walter Raleigh davasıdır. Kraliçe Elizabeth zamanında İngiltere'nin Kraliçe'den sonra ikinci önemli şahsiyeti olan Sir Walter Raleigh mükemmel bir İngiliz vatandaşı figürüdür. Amerika'daki North Carolina ve Virginia eyaletlerinin İngiliz sömürgesi haline gelmesinde büyük emeği geçmiştir. Kraliçenin başdanışmanı olup, sömürgelerde de çok sevilen ve sayılan bir şahsiyettir. Sir Walter Raleigh bütün bu vasıflarına rağmen Kraliçenin ölümünden sonra vatana ihanetle suçlanmış ve Londra köprüsünün iki başındaki kulelerden birine hapsedilmiştir. Sir Walter Raleigh'nin arkadaşı olan ve kendisi de bizzat İngiliz camiasında tanınmış biri olan Lord Cobham olayla ilgili bilgisine başvurulmak üzere Londra köprüsünün diğer başındaki kulede gözaltına alınmıştır. Gözaltı sürecinde Lord Cobham, Sir Walter Raleigh'nin kendisi ile beraber vatana ihanet suçunu işlediğini iddia ve itiraf etmiştir. Ancak

likle tanıkların dinlenmesi işleminde; savcı ve müdafiin tanığa "doğrudan doğruya" soru yöneltebilmesini içerir. Çapraz sorgu bütünü incelendiğinde, iddia ve savunma makamlarının kendi tanıklarını önce kendilerinin sorgulaması doğrudan sorgu (direct examination), taraflardan birinin karşı tarafın tanıklarını sorgulaması (cross examination) ve eksiklerin tamamlanması amacıyla tarafların kendi tanıklarını yeniden sorgulaması (re-examination) aşamalarını ifade eder.[294]. Doğrudan sorgu, bir başka deyişle araya hâkimi katmadan doğrudan doğruya soru sorma imkânı, CMK m.201/1'de *"Cumhuriyet savcısı, müdafi 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*

bu itirafın işkence altında alındığı düşünülmektedir. Sir Walter Raleigh'nin Lordlar Kamarası'ndaki duruşmada Lord Cobham'ın itirafını alan zabıt kâtibi tanık olarak dinlenmiştir ve bu delile dayanarak Sir Walter Raleigh vatana ihanet suçundan hüküm giyerek kafası kesilmek suretiyle idam edilmiştir. Duruşmalar esnasında Sir Walter Raleigh, Lord Cobham'ın özellikle duruşmaya çağrılıp bizzat hâkim önünde suçlamaları tekrarlamasını talep etmiş ise de mahkeme bu talebe itibar etmeyip Lord Cobham'ı bizzat dinlemeden, zabıt kâtibi aracılığıyla aldığı ifadeye dayanarak karar vermiştir. Hukuk camiasında büyük yankılar uyandıran bu karar, İngiliz hukukunu değiştirmiş ve itham durumunda kişinin ya da temsilcisinin tanığa doğrudan ve/veya çapraz sorgulama yapabilme hakkı gelmiştir.", Read, Çapraz Sorgu, s.10-11.

294 İ. Hamit Hancı, Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.15 (Hancı, Çapraz Sorgu).

soru sorabilir." şeklinde ifade edilmektedir. Doğrudan soru sorma imkânı, savcı, müdafi ve vekil olarak duruşmaya katılan avukatlara verilmişken, sanık ve katılana verilmemiştir. Bu durum, sanık ve katılanın eski usuldeki gibi hâkim aracılığıyla soru sormasına engel değildir.

Anlattırıcı sorgu, ifade verenin, olayı beş duyusuyla hâkim olduğu şekliyle sözü kesilmeksizin mahkemede baştan sona anlatması anlamına gelir[295]. CMK m.59/1'e göre hâkim öncelikle tanığa doğrudan ve anlattırıcı sorular sorarak olayı anlattırır ve sözünü kesmeden dinler. CMK m.59/2'ye göre ise; bundan sonra aynı hâkim, aynı tanığa ifadesini sınayan sorular sorarak çapraz sorgu yapar. Hâkimin yaptığı tanık dinleme bittikten sonra, CMK m.201 uyarınca taraflar araya hâkimi sokmadan doğrudan tanığa soru sorabilirler. İşte çapraz sorgu; özellikle bu aşamada kullanılmaktadır. Anlattırıcı sorgu aşamasında; tanığın "evet" ya da "hayır" ile cevaplandırması mümkün olmayan, olay anlatımına ilişkin kim, nerede, nasıl gibi, ucu açık yanıtlara yönelen sorular sorulur. Sorgulayanın, mahkeme ortamına alışık olmayan tanığa yönelik yumuşak ve nazik bir dil kullanması, tanık için rahat bir atmosfer yaratarak olayı tüm ayrıntılarıyla anlatabilmesi için cesaretlendirebilir[296]. Çapraz sorguda ise yönlendirici, belli bir sonuca yönelik ifade almak amaçlanmalıdır.

Uygulamada, savcıların ve müdafilerin tanıklara yalnızca anlattırıcı sorular sormakla yetindikleri gözlenmektedir. Oysaki çapraz sorgu, daha ziyade ucu kapalı, genellikle evet/hayır

295 Read, Çapraz Sorgu, s.8.
296 Read, Çapraz Sorgu, s.12.

biçiminde yanıtlanabilen, yönlendirici ve yanıtı sorunun içine gizlenmiş sorular sorarak, tanığın önceden hesaplanan noktaya getirilmesine dayanır[297]. Çapraz sorguda tanığın algılama yeteneğine, hafızasına, taraf tutma olasılığına ilişkin sorular sorulabileceği gibi, tanığın önceki beyanlarıyla duruşmadakiler arasındaki tutarsızlığı ortaya koymaya yönelik sorular da sorulabilir[298].

Çapraz sorgu konusunda iki önemli kural gözden kaçırılmamalıdır. İlk olarak, yapılacak çapraz sorgu ile somut olayın şartları ortaya konulmalıdır. İkinci akıldan çıkarılmaması gereken kural ise, her çapraz sorgunun başarılı olamayacağını kabul etmektir[299]. Çapraz sorgu ile, bir taraftan müdafi kendi görüşünü sağlamlaştırmaya çalışırken diğer taraftan savcılığın pozisyonunu bozmak amaçlanmalıdır[300]. İyi hazırlanılmadan girişilen çapraz sorgu, faydadan çok zarar getirebilir[301]. Bu nedenle, duruşma öncesinde iyi düşünülüp olası yanıtlar hesaplanarak gelmek istenen noktalar hedeflenmeli, titizlikle sorular hazırlanmalı ve hesapta olmayan durumlara da hazır olunmalıdır[302]. Çapraz sorgu, Anglo-Amerikan hukukunda belli bir tecrübe, uzmanlık ve ustalığın mecburi görüldüğü bir alan olarak algılanmaktadır[303].

297 Hancı, Çapraz Sorgu, s.17.
298 Read, Çapraz Sorgu, s.24-26.
299 Advocacy, Inns of Court School of Law, Blackstone Press, 2nd Ed., London, 1997, s.162-163 (Advocacy).
300 Advocacy, s.163.
301 Advocacy, s.169.
302 Advocacy, s.170.
303 Read, Çapraz Sorgu, s.24; Hancı, Çapraz Sorgu, s.24; Advocacy, s.171.

AİHM, çapraz sorgu konusuna çok sayıda kararında yer vermektedir. AİHM'e göre, suç ortağının daha sonra etkin pişmanlıktan yararlanmak maksadıyla itirafçıya dönüştüğü olayda, başvurucu tarafının duruşma sırasında itirafçıya çapraz sorgu uygulama olanağı bulması yeterlidir, önceki aşamalarda çapraz sorguda bulunulmaması ve bunun için duruşmanın beklenmesi adil yargılanma hakkını ihlal etmez[304].

Mahkemeye göre, duruşmada müdafiin tanığı sorgulamasına izin verilmemesi, tereddütsüz şekilde AİHS m.6 bağlamında adil yargılanma hakkını ihlal eder[305].

Özellikle çapraz sorgunun uygulanmasında usullere uyulması gerektiğini belirten AİHM, bu konudaki standartları kararlarında belirlemektedir[306]. Başvuruculardan birinin (Bay

304 ECtHR, Padin Gestoso v. Spain, Application No: 39519/98, 08.12.1998, para.3, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-181.

305 http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-181 . ECtHR, Pichugin v. Russia, Application No:38623/03, 23.10.2012, para.211-212, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-114074.

306 ECtHR, Schatschaschwili v. Germany, Application No:9154/10, 15.12.2015, para.100-165, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-159566 ; "Hukuki Değerlendirme– madde 6 § 3 (d) ile birlikte ele alındığında madde 6 § 1: Mahkeme, başvuranın yargılanmasına ilişkin genel hakkaniyetin, davaya katılmayan tanıklarca daha önce verilen ifadelerin kullanılması nedeniyle zarar görüp görmediğini değerlendirmek üzere, Büyük Daire tarafından Al-Khawaja ve Tahery / Birleşik Krallık ([BD], 26766/05 ve 22228/06, 15 Aralık 2011, 147 sayılı Bilgi Notu) davasında belirlenen ölçüte başvurmuş ve söz konusu ölçüte açıklık getirmiştir. Özellikle, birinci aşamadaki soru (tanığın duruşmaya katılmaması için geçerli bir gerekçesi olup olmadığı) ile ikinci aşamadaki sorunun (duruşmaya katılmayan tanığın tanıklığının, sanığın mahkûmiyetine tek veya belirleyici dayanak olup olmadığı) olumlu

şekilde cevaplanması halinde ölçütün üç aşamasının her birinin incelenmesi gerektiği açık olmasına karşın, birinci veya ikinci aşamadaki sorunun olumsuz cevaplandığı durumlarda ölçütün tüm aşamalarının incelenmesinin gerekli olup olmadığı ve aşamaların hangi sırayla incelenmesi gerektiği belirsizdir. Mahkemeye göre:

(i)Tanığın duruşmaya katılmaması bakımından geçerli bir gerekçenin bulunmaması, yargılamanın adil olmadığı konusunda tek başına belirleyici olmasa da, yargılamanın genel olarak adil olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken oldukça önemli bir unsur olup, Sözleşme'nin 6 §§ 1 ve 3 (d) hükümlerinin ihlal edildiği yönünde karar verilmesini sağlayabilir.

(ii) Yeterli dengeleyici unsurların varlığı; sadece duruşmaya katılmayan bir tanık tarafından verilen ifadenin mahkûmiyetin tek veya belirleyici dayanağını oluşturduğu durumlarda değil, aynı zamanda, oldukça önemli olduğu ve kabulünün, savunma tarafını engelleyebileceği durumlarda da incelenmelidir. Yargılamanın adil olarak değerlendirilmesi için gereken dengeleyici unsurların kapsamı, duruşmaya katılmayan tanığın ifadesinin önemine bağlıdır.

(iii) Kural olarak bu, Al-Khawaja test kararında tanımlanan sırada bu kararda bahsedilen üç aşamanın incelenmesi olacaktır. Ancak, bu üç aşama birbiriyle bağlantılı olup birlikte ele alındığında söz konusu ceza kovuşturmasının bir bütün olarak adil olup olmadığının tespit edilmesini sağlayacaktır. Bu nedenle, belirli bir davada, özellikle bu aşamalardan birinin yargılama sürecinin adil olup olmadığı hususunda belirleyici olduğu durumlarda söz konusu aşamaların farklı bir sırayla incelenmesi uygun olacaktır.

Mahkeme, Al-Khawaja test kararı ölçütlerini başvuranın davasına özgü olaylara uygulamaya devam etmiştir:

(a) Tanığın duruşmaya katılmaması için haklı bir gerekçe olup olmadığı –Mahkeme; öncelikli olarak yargılamayı yapan mahkemenin, tanıkların tanıklık etmekten kaçınmalarını yeterli ölçüde destekleyemedikleri kanaatinde olduğunu ve tanıkların sağlık durumu veya korkularını duruşmaya katılmamalarını haklı kılacak bir gerekçe olarak kabul etmediğini dikkate almıştır. Tanıklar ile tek tek iletişime geçen

Al–Khawaja) hastalarından ikisine cinsel saldırıda bulunduğu-

ve farklı çözüm önerilerinde bulunan yargılamayı yürüten mahkeme, Letonya mahkemelerine, tanıkların sağlık durumu ve tanıklık ehliyetinin kamuda çalışan sağlık görevlisi tarafından tetkik edilip edilmediğini ya da tanıkların Letonya'da duruşmaya katılmaya zorlanıp zorlanmadıklarını defalarca sormuştur. Bu girişimler sonuçsuz kaldığı için yargılamayı yürüten mahkeme tanıkların sorgulama aşamasındaki ifadelerini yargılamalarda delil olarak kabul etmiştir. Bu nedenle, tanıkların duruşmada hazır bulunmaması yargılamayı yürüten mahkemeye atfedilemez. Bu doğrultuda, yargılamayı yürüten mahkeme açısından bakıldığında tanıkların yargılamaya katılmaması ve yargılama öncesi aşamada verdikleri ifadelerinin delil olarak kabul edilmesi için haklı sebep bulunmaktaydı.

(b) Duruşmada hazır bulunmayan tanıkların ifadelerinin, başvuranın mahkûmiyeti için tek ve belirleyici bir temel teşkil edip etmediği hakkında:

– Ulusal mahkemeler; söz konusu tanık ifadelerini "belirleyici" yani davanın sonucu açısından belirleyici olabilecek öneme sahip delil olarak kabul edip etmediklerini açıkça ortaya koymamıştır. Ulusal mahkemeler önünde bulunan tüm delilleri inceledikten sonra Mahkeme, suçun iki mağdurundan başka söz konusu suça tanıklık eden herhangi bir kişinin bulunmadığını dikkate almıştır. Mevcut olan diğer deliller, söylentiden veya belirleyici olmayan ikinci derece teknik delil ve diğer tür delillerden ibaretti. Bu koşullarda, duruşmada hazır bulunmayan tanıkların ifadesi, başvuranın mahkûmiyeti açısından "sonuç üzerinde etkili" yani belirleyici niteliktedir.

(c) Savunmanın maruz kalacağı engelleri telafi edecek yeterli ölçüde dengeleyici faktörlerin mevcut olup olmadığı –Karar gerekçesinde yargılamayı yürüten mahkeme, geçerliliği teyit edilmemiş tanık ifadelerinin delil niteliğinin düşük olduğunun farkında olduğunu açıkça belirtmiştir. Mağdurların soruşturma aşamasında verdiği ifadelerinin içeriğini mukayese etmiş ve suçun koşullarına ilişkin ayrıntılı ve tutarlı tanımlamalarda bulunduklarını tespit etmiştir. Ayrıca tanıkların başvuranı teşhis edememiş olması, başvuranı suçlu çıkarmak amacıyla tanıklık yapmadıklarını göstermektedir.

nun iddia edildiği ve mağdurlardan birinin davanın açılmasın-

Ayrıca, tanıkların inanırlığını değerlendirirken yargılamayı yürüten mahkeme, verdikleri ifadelere ilişkin olarak tanıkların tutumlarının farklı yönlerini ele almıştır. Yargılamayı yürüten mahkeme, bu nedenle, duruşmada hazır bulunmayan tanıkların inanırlığını ve ifadelerinin güvenirliğini dikkatli şekilde incelemiştir.

Ayrıca, yerel mahkeme nezdinde tanıkların ifadelerini destekler nitelikte ilave itham edici söylentiler ve ikinci derece deliller mevcuttu. Buna ilaveten, yargılama aşamasında başvuran, olayları kendisi açısından anlatma ve kulaktan dolma bilgiler veren tanıkları çapraz sorguya çekmek suretiyle tanıkların inanırlığına gölge düşürme olanağına sahipti. Ancak, başvuranın dolaylı olarak veya soruşturma aşamasında iki mağdura soru yöneltme fırsatı olmamıştır.

Nitekim, iddia makamı, sorgu yargıcı nezdinde tanıkların dinlenme aşamasına katılması için bir avukat tayin edebilecek olmasına rağmen, bu usulî güvenceye başvuranın davasında başvurulmamıştır. Mahkeme, bu bağlamda, tanıkların Letonya'ya her an dönebilecek olması nedeniyle, iddia makamının delillerin yok olma tehlikesinin söz konusu olduğuna kanaat getirmesi nedeniyle, tanıkların ifadesinin sorgu yargıcı tarafından alındığı konusunda başvuran ile hemfikirdir. Bu bağlamda ve ulusal hukukta tanığın sorgu yargıcı tarafından alınan önceki ifade tutanaklarının, polis tarafından düzenlenen tanık ifade tutanağına göre daha az katı koşullar kapsamında yargılamada okunabileceğini göz önünde bulundurarak yetkililer, sanık veya müdafisinin yargılamaların herhangi bir aşamasında tanıklara soru yöneltemeyecek olması şeklinde ortaya çıkan öngörülebilir riski göze almışlardır. Söz konusu risk, daha sonra gerçekleşmiştir.

Başvuranın mahkûm edildiği suçun tek tanıkları olan kişilerin ifadelerinin önemi bakımından, ulusal mahkeme tarafından alınan dengeleyici tedbirler, geçerliliği teyit edilmemiş ifadelerin güvenirliğinin adil ve uygun şekilde değerlendirmesine olanak tanıyacak ölçüde yeterli değildi. Bu nedenle, başvuranın yargılamaların herhangi bir aşamasında iki tanığı sorguya çekme veya çektirme olanağına sahip olmaması, yargılamanın bir bütün olarak adil olmamasına neden olmuştur." AİHM, Schatschaschwili/Almanya, Başvuru No:9154/10,

dan önce, ancak ifadesinin polis tarafından alınmasından sonra öldüğü, diğer başvurucunun ise (Bay Tahery) çeteler arasında çıkan bir kavgada kasten bıçakla yaralamayla suçlandığı, olay yerinde hazır bulunan tanıklardan biri olan T'nin ancak iki gün sonra polislere, ikinci başvurucuyu itham altında bırakan bir ifade verdiği, yargılamada ise savcılığın T'nin şahsen çıkıp tanıklık etmekten çok korktuğunu belirterek yalnızca ifadesinin jüri üyelerine okunması için izin istediği ve ulusal mahkemenin sanığın çapraz sorgu hakkından feragat etmiş sayılmasına karar verdiği bir davada AİHM, hukuk literatürüne "Al-Khawaja testi" olarak geçen kararıyla; çapraz sorgu hakkından vazgeçmeye ilişkin üç aşamalı bir test sistemi getirmiş, ancak bu testin üç aşamasından da geçilmişse vazgeçmenin haklılığına işaret etmiştir. Mahkemeye göre, ilk olarak, bir tanığın hazır bulunmaması ciddi bir nedenle gerekçelendirilmelidir. Tanığın ölmüş olması veya sanık veya onun hesabına çalışan insanlardan korktuğu için duruşmaya gelmek istememesi; böyle bir nedene örnek olarak gösterilebilir. İkinci olarak mahkûmiyet kararının, sadece veya belirleyici olarak, hazır bulunmayan ve böylelikle sanığın soruşturma veya kovuşturma sırasında sorgulama olanağı bulmadığı bir tanığın ifadesine dayandığı bir durumda, savunma hakkı Sözleşme m.6 güvenceleriyle uyuşmayacak bir şekilde sınırlandırılmış olabilir, ki buna "yegâne veya belirleyici" delil kuralı adı verilmektedir. Böyle bir durumda üçüncü nokta değer kazanır; savunma tarafının maruz kaldığı bu engelleri telafi edecek yeterli ölçüde dengeleyici faktörlerin mevcut olup olmadığı-

15.12.2015, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-176944.

na bakılmalıdır; savunmaya silahların eşitliği prensibi gereği savunma hakkını yerine getirecek başka imkanlar tanınmalı veya devletin pozitif yükümlülüğü doğrultusunda; tanık korumaya alınmalıdır. Mahkeme, ilk başvurucu yönünden tüm test aşamalarından başarıyla geçilmesi nedeniyle ihlal bulunmadığı ancak ikinci başvurucu yönünden ilk iki test aşamasından geçilmişse de üçüncü aşamada yeterli gayretin gösterilmediği gerekçesiyle ihlal bulgulamıştır[307].

2. Belge Deliller

Somut bir olayı temsil eden, insan yapısı olanlar kadar teknolojik araçlarla da üretilebilen ispat araçlarına belge delili denir. Okunabilir içeriği olan her şey belge olabilir. Ceza muhakemesindeki belge kavramı, maddi ceza hukukundaki belge kavramından daha geniş anlaşılır, örneğin imzasız anonim bir mektup dahi belge sayılabilir[308].

Doktrinde belgeler, yazılı belgeler, şekil tespit eden belgeler, ses tespit eden belgeler ve dijital belgeler olarak dört grupta incelenirler[309]. Biz bunlardan ilk üçünü tek bir başlıkta inceleyeceğiz.

a. Yazılı, Görüntülü ya da Sesli Belgeler

Somut bir olayı tespit eden, olayın yazıya döküldüğü bel-

307 ECtHR, Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom, Application No: 26766/05, 22228/06, 15.12.2011, para.123, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-108072.

308 Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.III, 15.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.1484 (Ünver/Hakeri, C.III); Aydın, Deliller, s.78.

309 Ünver/Hakeri, C.III, s.1485-1488.

gelere "yazılı belge" denir. Belgeyi düzenleyenin kamu görevlisi olması ve görevinden dolayı düzenlemesi halinde belge, resmî belge sıfatını alır. Bunun dışındaki yazılı belgeler, örneğin bir mektup, özel belge niteliğindedir. Sürücü belgesi veya noter senedi, resmî belge örnekleridir. Resmî belgenin ispat kuvveti, özel belgeye nazaran daha fazladır[310]. Yazılı belgelerin denetlenebilmesi amacıyla tercihen orijinal nüshalarının, bu yapılamıyorsa onaylı örneklerinin dava dosyasında bulunması gerekir. Bu durum aynı zamanda ileride yapılacak denetim muhakemeleri açısından da zorunludur.

CMK m.214 ve 215'te belgenin okunmasından söz edilmektedir. Bu hükmü geniş yorumlayarak; okunma dışında belgenin içeriğinin görülmesi ve duyulması suretiyle öğrenilmesini de anlamak gerekir. Zira ispata konu olan olayı yazılı biçimde değil de kimi şekiller, resimler ve görüntüler vasıtasıyla anlamak da mümkündür. Bu durumda görüntülü belge söz konusu olur. Kroki, konut planı, fotoğraflar ya da filimler görüntülü belge örnekleridir. Fotoğraf veya filimler, tıpkı yazılı belgeler gibi duruşmaya getirilebilir ve duruşma sırasında muhakeme makamları tarafından izlenebilir[311].

Dikkat: Özellikle bir fotoğraf, şekil ya da resimin yargılama konusu olduğu durumlarda, söz konusu fotoğrafı büyülterek duruşma salonuna getirip muhakeme makamlarının önünde tartışmak, yanlışlıklara yalnızca sözel değil görsel olarak da işaret etme şansı verebilir.

310 Ünver/Hakeri, C.III, s.1485.
311 Aydın, Deliller, s.79.

Sesli belgeler, ses kayıtları içeren belgelerdir. Örneğin CMK m.147/1-h uyarınca ifade alma sırasında ses kaydı alınmış olabilir, bu kayıt duruşma sırasında da dinlenebilir. İletişimin denetlenmesi koruma tedbiri doğrultusunda tutulmuş kayıtlar da sesli belge sayılırlar[312]. Sesli deliller, kolay değiştirilebildikleri ve manipüle edilebildikleri gerekçesiyle, tartışmalı nitelikte delil olarak kabul edilirler[313]. Yargıtay, eski kararlarında teyp bantlarının tek başına delil olamayacağı yönünde kararlar vermekteydi[314]. Son yıllarda ise Yargıtay ses kayıtlarında olduğu iddia edilen sanığın bilirkişi yoluyla ses örneğinin alınmasını ve ses kayıtlarının sanığa ait olup olmadığının ses analizi yöntemiyle bilirkişi görüşü alınarak sağlamasının yapılmasını ve bu delilin diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir[315].

Dikkat: Tape adı altında, kolluğun düzenlediği bir yazılı evrak ile karşılaşıldığında, kolluğun herhangi bir yorum eklemediğinden emin olunmalı, varsa bu yorumlara mutlaka itiraz edilmelidir. Yazılı şekle dönüştürülmüş tape, mutlaka şüpheli ya da sanığa gösterilerek konuşmanın doğruluğu araştırılmalı, herhangi bir ekleme çıkarma olup olmadığı denetlenmeli ve eğer varsa kolluğun eklediği yorumlar mutlaka şüpheliye gösterilerek sorulmalıdır.

Uygulamada özellikle telekomünikasyon yoluyla iletişi-

312 Ünver/Hakeri, C.III, s.1486.
313 Ünver/Hakeri, C.III, s.1486.
314 Yargıtay 9. CD., 05.10.1984, 2346'dan nakleden Ünver/Hakeri, C.III, s.1486, dn.2.
315 Yargıtay 10.CD., E.2013/27582, K.2013/10175, 14.11.2013.

min denetlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme tedbirleri söz konusu olduğunda, alınan ses veya görüntü kayıtları kolluk tarafından "tape" adı verilen biçimde yazıya dökülmektedir. İfade işlemlerinde, bu tapelerden bazı noktaların şüpheliye okunarak sorulduğu gözlemlenebilir. Tapeler çoğu zaman polis fezlekesine aynen konulmakta, buradan da savcılık tarafından iddianameye aynen alınmaktadır. Bununla birlikte, tapelerdeki konuşmaların altına kolluk tarafından bazı yorumlar da eklenmektedir. Örgütlü suçlar söz konusu olduğunda örgüt üyeleri arasındaki şifreli konuşmalar olduğu iddiasıyla, sözcüklerin tapeyi düzenleyen kolluk görevlisinin kendi anladığı şekilde yorumlamasına dayalı bu "açıklamalar" konusunda çok dikkatli olmak gerekir.

Bir diğer uygulama açısından önemli nokta ise, tapelerdeki konuşma içeriklerinin duruşmalarda ayrıntılı olarak incelenmemesi hususudur. Konuşmalarda kullanılan terimler için kolluğun yaptığı yorumlar, mahkemece neredeyse konuşma içeriğinden daha fazla önemsenme eğilimindedir[316]. Bir türlü devletten de bağımsız olmayı beceremeyen ve hukukça hiç de böyle bir görevleri olmadığı halde, devleti koruma konusunda cansiperane görev yapan hakimlerimiz, çoğu kez tapenin içeriğinden ziyade konuşmayı yazıya döken kolluk görevlisinin yorumlarını hiç sorgulamaksızın kabul edip, bu belgeler üzerinden hüküm kurmaktadırlar. Bu durumda aslında hakimliği, konuşmaları yazıya döken kolluk görevlisi yapmış olmaktadır.

Ses ve görüntü içeren delillerin duruşmada ele alınarak

316 Aynı hususa son derece haklı şekilde işaret eden Ünver/Hakeri, C.III, s.1487.

ayrıntılı bir analize tabi tutulmaları son derece önemlidir[317]. Yargıtay'a göre, ses ve görüntü kayıtlarının tek başına dosyada bulunmaları yeterli değildir, bu kayıtların özellikle sanığa sorularak denetlenmiş olması gerekir[318]. AİHM'e göre, ses ve görüntü kayıtlarının tutanaklardaki çözümünün doğru yapılıp yapılmadığının anlaşılabilmesi için tutanakların yanı sıra kayıtların birer örneğinin de taraflara verilmesi ve duruşmada

317 Bu satırların yazarlarından Dr. Günal Kurşun'un yargılandığı ve kamuoyunda "Büyükada Davası" olarak bilinen davanın duruşmasından önce, bir kısım basında günlerce ve mütemadiyen "sanıkların Türkiye haritası başında" yakalandıkları propagandası yapılmıştı. Mahkemede harita ile ilgili iki ayrı tartışma yapıldı. Bunlardan ilki yabancı sanıklardan birinin aylarca didiklenen bilgisayarında bulunan ve on beş yıl önce yapılan bir okul sunumunda kullanılan etimoloji yani dünya diller haritasıydı. Bu harita, müdafiler tarafından A3 boyunda büyüttürülerek duruşmada muhakeme makamlarının algısına sunuldu ve "bölücülükle" herhangi bir ilgisi bulunmadığı, hatta siyasi sınırları tam ve eksiksiz olarak gösterdiği ortaya konuldu. İkinci harita ise, bir diğer sanığın duygularını anlatmak üzere bir kâğıda yaptığı resimde, Türkiye'nin kimi bölgelerinde yapılan hidroelektrik santrallerin (HES) yarattığı tahribatı, başka bölgesinde devam eden silahlı şiddet ortamını, bir diğer bölgesinde devam eden orman yangınlarının yol açtığı çevre yıkımını görselleştirdiği kurşun kalemle çizilen haritaydı, ki yargılama heyeti duruşma sırasında yine müdafiler tarafından gösterilerek tartışılan bu haritayı yargılamaya konu olacak şekilde ciddiye alınır bulmadı.

318 "…telefon dinlemesine ilişkin çözüm tutanakları ile izlemeye ilişkin kamera kayıtlarının, DVD çözüm tutanaklarının getirilerek sanığa okunması, gerektiğinde sanığa kamera kayıtlarının izletilmesi ve telefon konuşmalarının dinletilmesi, görüntü ve konuşmaların kendisine ait olup olmadığının ve kendisine aitse neyi ifade ettiğinin sanıktan sorulması gerekir." Yargıtay 10. CD., E.2009/8450, K.2010/3907, 22.02.2010.

bu kayıtların dinlenip izlenmesi gerekir. Mahkemeye sunulan ses kayıtları orijinal değil de kopya ise ve bu kopyalar hiçbir yargısal denetimden geçmeden kolluğun yaptığı bir eleme sürecinden geçerek mahkemeye gelmişse AİHS m.6 bağlamında adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş demektir[319].

b. Dijital Belgeler

Dijital belgeler, özellikle son yirmi yılda sıklıkla karşımıza çıkan, gelecekte daha fazla karşılaşacağımız delil grubudur. Türkçeye "sayısal" olarak çevrilen ve verilerin bir ekran üzerinden elektronik olarak gösterilmesi esasına dayalı olan bu sistemlerden elde edilen deliller de dijital delil olarak adlandırılır. Bilişim suçlarının en önemli kaynağını oluşturan bu deliller, veri dosyaları, kurtarılmış/silinmiş dosyalar, kayıp alanlardan kurtarılan veriler, dijital fotoğraf ve videolar, sunucu (server) kayıt dosyaları, elektronik postalar, chat kayıtları, internet geçmişi, kısa mesajlar, web sayfaları kayıt loğları veya abone kayıtları biçiminde karşımıza çıkabilir[320].

Doktrinde, dijital belgelerin delil olarak kullanılabilmeleri hususunda; beş şart ileri sürülmektedir. Dijital veriler üzerinde çok kolay bir şekilde değiştirme, silme ve yenisini oluşturma gibi işlemlerin yapılabilmesi, bu delillerin bütünlüğünü sağlamayı çok zorlaştırmaktadır. Bir kişiyi dijital delillerle birlikte

319 CEDH, Prado Bugallo c. Espagne, Requete No: 58496/00, 18.02.2003, para.29-30, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-65499 , http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=002-4998.

320 Yusuf Uzunay/Mustafa Koçak, "Bilişim Suçları Kapsamında Dijital Deliller", s.3, https://ab.org.tr/ab05/tammetin/134.pdf (Uzunay/Koçak, Dijital Deliller).

yakaladıktan sonra mahkeme sürecinde o verilerin gerçekten o kişiye ait olduğunun ispatı gerekmekte, fakat delil olarak ele geçirilen verilerin aynısı herhangi bir kişi tarafından da oluşturulabilmektedir. Dijital delillendirme işlemindeki dijital delilin sahibi, onu ele geçiren şahıslar, delilin alındığı medya, delilin ele geçirildiği zaman, delilin içeriği gibi bütün unsurların daha sonradan inkar edilememesi gerekmektedir. Dijital delillerin ele geçirilmesi esnasında kullanılan teknikler ve kullanılan bilgilerin, örneğin delilin ele geçirilme zamanının doğruluğunun ispatı gerekir. Son olarak, dijital deliller oluşturulduktan sonra, bu delilleri üçüncü bir şahıs da inceleyebilmeli ve aynı sonuçlara ulaşabilmelidir[321].

Dijital belgelere ulaşılabilmesinin en önemli yolu, bilgisayar ve kütükleri üzerinde arama ve bunlara elkoymadır. Bu konuda önceki bölümlerde ayrıntılı açıklamalara yer vermiştik. Burada üzerinde durmak istediğimiz nokta, özellikle son on yılda ceza muhakemesi sistemimizde tartışmaları tetikleyen, dijital delillerin el konduktan sonra, kolluk kuvvetleri ya da başkaları tarafından değiştirilerek veya yeniden üretilerek yargılamada delil olarak kullanılması ve bu delillerin üzerine mahkûmiyet hükümleri inşa edilmesi hususudur. Toplanan deliller hem fiziksel hem de dijital olarak korunmak durumundadır. Fiziksel koruma, delile ulaşıldığı andan itibaren inceleneceği yere bozulmadan taşınması, uygun ortamlarda saklanması ve böylelikle muhakeme makamlarının algısına sunulabilmesi anlamındadır. Dijital koruma ise, delillerin ilk alındıkları andan itibaren değiştirilmediğini, bütünlüğünün bozulmadığını kanıtlaya-

321 Uzunay/Koçak, Dijital Deliller, s.3.

cak çeşitli yöntemlerin kullanılması anlamına gelir. Örneğin "hash" olarak adlandırılan, verilerin kriptografik (şifrelenmiş) olarak özetlerinin alınması anlamına gelen yöntem bunlardan biridir[322]. Hash yöntemiyle bir verinin değiştirilip değiştirilmediği anlaşılabilmektedir[323].

Dikkat: Dijital belgeler konusunda, talep edilen resmi adli bilişim raporunda sizi tatmin etmeyen, aleyhte gördüğünüz ve yanlış olabileceğine inandığınız noktalar için, CMK m. 67/6 doğrultusunda uzman görüşü alınabilir.

Dijital delilleri değerlendirmede, mahkemelerin genellikle gelen resmi raporlara bağlı kaldıkları gözlenmektedir. Uzman görüşü ile mahkemenin talep ettiği resmi bilirkişi raporu çürütülebilir[324]. Elbette, alınacak uzman görüşü, gerçek bir uzmandan ve bilimsel kural ve akıl yürütmelere uygun şekilde hazırlanmış olmalıdır. CMK m.68/3 uyarınca uzmanın duruşmada dinlenmesi ve sorulara yanıt vermesi yoluyla, mütala-

322 Aydın, Deliller, s.87.

323 Uzunay/Koçak, Dijital Deliller, s.4.

324 Elbette, özellikle siyasi içerikli bazı davalarda, bilirkişi raporları ve uzman mütalaaları aksini söylese de, sırf iddianamede öyle yazdığı için mahkemece bu raporlara itibar edilmeyip bilimselliği kendinden menkul iddianamelere dayanarak hüküm kurulabilir. Örneğin, yazarlardan Dr. Günal Kurşun'un yargılandığı, kamuoyunda "Büyükada Davası" olarak bilinen davada, sanıklardan birinin cep telefonunda yüklü olduğu iddianamede dile getirilmişken, alınan Emniyet Müdürlüğü Siber Suçlar Dairesi bilirkişi raporu ile biri İngiltere merkezli olmak üzere dört ayrı uzman mütalaasında cep telefonuna hiçbir zaman Bylock adlı programın yüklenmediği belirtilmesine rağmen, sırf bu husus sanığın mahkûmiyet hükmüne gerekçe yapılmıştır. İstanbul 35.ACM, E.2017/100, K.2020/152, 03.07.2020.

asında ileri sürdüğü değerlendirmeleri sözlü olarak sunması sağlanabilir.

3. Belirtiler

Yargılamanın konusu olan somut uyuşmazlığa ilişkin dolaylı bilgiler veren delil grubuna belirti adı verilir[325]. Doktrinde "emare" olarak da adlandırılmaktadırlar[326]. Beyanlar olaya ilişkin sözlü, belgeler ise yazılı açıklamalar iken belirtilerin hem sözlü hem de yazılı olabileceği kabul edilmektedir. Belirtiler ise; olaydan geriye kalan iz ve eserlerdir[327]. Örneğin; olay yerinde bulunan kan izleri, lastik izleri ya da parmak izi bu gruba dahil deliller olarak kabul edilir.

"Belirti kavramının, mevzuatta ve Yargıtay içtihatlarında tutarlılıkla kullanıldığı söylenemez" denilmektedir[328]. Gerçekten de "belirti" kavramının "belge" ve beyan" gibi bir delil türü mü, suç şüphesinin niteliği ya da niceliği(derecesi) mi yoksa nedeni mi olduğu kesin olarak saptanamamaktadır.

*"Belirti, olaydan geriye kalan her türlü iz ve eserdir. Sanı*ğın iradesi dışında olaydan geriye kalan iz ve eserlere, tabii (doğal) belirti denilir"[329]. Belirti başlığı altında, "bilirkişi mütalaası" ile "keşif" işlemi de ele alınmaktadır. Bu yaklaşıma göre, *"Olay yerinin incelenmesi, belirti delilleri-*

325 Aydın, Deliller, s.85.
326 Yenisey/Nuhoğlu, s.518.
327 Ünver/Hakeri, C.III, s.1488.
328 R. Barış Erman, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri", GSÜHFD, Prof Dr Köksal Bayraktar'a Armağan, C. 1 1/2010, Beta, Istanbul, 2011, s.679 (Erman).
329 Centel/Zafer, 12. Bası, s.272.

nin elde edilmesi bakımından son derece önemlidir ve olay yerinde bulunan bütün belirti delilleri dilsiz birer tanıktır." Öğretide, "belirti"nin bir delil türü olmadığı, *"belirtiler ile delillerin birbirinden farklı ispat araçlarını betimlediği"*[330] *de* ileri sürülmektedir. Bu yaklaşıma göre; "delil", *"olayı temsil eden ve olayın bir parçasını oluşturan ... ispat araçları"*[331] iken, "belirtiler", *"sadece uyuşmazlığı oluşturan olayı değil, 'o olayın dahil olduğu daha genel bir olayı temsil eden' ispat aracı"*[332] olarak tanımlanmakta, belirtinin, *"ispat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan ve olaydan geriye kalan her türlü iz ve eser"*[333] olduğu ileri sürülmektedir. Yine, *"... 'beyan' ve 'belge' delillerinin somut olaya münhasır, yani ispat olunacak olayı doğrudan doğruya ispat eden deliller olduğu, buna karşılık ispat edilecek hususun da dahil olduğu daha geniş bir gerçekliğin ispatına yarayan delillerin 'belirti' olarak adlandırıldığı"* yönünde yorumlar yapıldığı da bilinmektedir[334].

Öğretiye göre, belirti delili tek başına mahkûmiyet hükmü kurulmasına yol açamaz; *"ancak diğer delillerle desteklenirse böyle bir ispat değeri kazanabilir"*[335]. Sorun, birden fazla

330 Erman, s. 685.

331 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, "Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s.265.

332 Kunter, s. 357.

333 Koca, s. 219.

334 Metin Feyzioğlu, "Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İstinadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, Y.57, S.1, 2000, s.20.

335 Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu/ Erol Güngör Yüksel, Açıklamalı İçti-

belirtinin birlikte değerlendirilmesi ile hüküm kurulup kurulamayacağı noktasında düğümlenmekte olup, çözüm olarak, "belirti çokluğunun hüküm kurmaya yeterli olması gerektiği" sonucuna varılmaktadır[336].

"Belirti olaylar, suç tipinin şüpheli veya sanık tarafından işlendiğini doğrudan göstermedikleri için, ancak düşünsel içeriklerinin ilişkili olduğu konuları kanıtlamış kabul edilebilirler. Bununla birlikte yan olaylar, doğrudan doğruya önem taşıyan asli olay bakımından çıkarım yapılmasında kullanılabilirler. ... tek başlarına sanığın suçlu olduğunu kanıtlayamasalar da, pek çok belirti olayın bir araya gelmesi, hakimin vicdani kanaatini oluşturması bakımından etkili olabilecektir"[337].

"Bu şekilde, belirti olaylara dayanılarak yapılan ispata, belirti ispatı (Indizienbeweis) adı verilmektedir. Tanımlamak gerekirse, belirti ispatı, hüküm bakımından doğrudan doğruya önemli bulunan asli olaylara, yardımcı olaylar (belirtiler, delil göstergeleri) vasıtasıyla çıkarım yoluyla ulaşılmasıdır."[338]

"Belirti olaylara ispat değeri tanınması için, bir belirti dizisinin kesintisiz olması gerektiği ve ispatladığı yan olayla-

hatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.466.

336 Öztürk /Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, s. 301.

337 Claus Roxin (Strafverfahrensrecht, 25.b., Beck, München, 2005, p. 15, Kn. 20 -Eserin ispat hukukuna ilişkin bölümünün Türkçe çevirisi: Çeviren Yener Ünver, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4, Sayı:8, Güz 2005/2, s. 265-289-)'den nakleden, Erman, s.696.

338 Gerd Pfeiffer (StPO, 5. B. 2005, p. 261, Kn. 15)'den nakleden, Erman, s.696.

rın asli olayla aralarındaki bağlantının da ortaya konmasının zorunlu bulunduğu kabul edilmektedir"[339].

Belirtiler eşyaya ait olabilecekleri gibi kişiye ait de olabilirler. Bıçak, mermi kovanı ve çekirdeği ya da fren izi eşyaya, tükürük, cinsel salgı veya saç teli ise kişiye ait belirtilerdir. Bunların tümü dolaylı olarak bağlantıyı gösterdikleri için başka delillerle mutlaka desteklenmeleri gerekir. Bununla birlikte, belgeler veya beyanlar gibi iradi olmadıkları için daha objektif delil olarak kabul edilirler[340].

Amerikan hukuku kaynaklı, "sanığın olay anında başka yerde olduğu" savunmasına "alibi" denir ve bir belirti delil olarak kabul edilir. Niteliği itibariyle, aslında bir beyan delil gibi görünse de, objektif bir durumu ispatlayan bu beyan delilde aslında gerçekleşmemiş bir olayın yani sanığın suçu işlememiş olduğunun doğrudan doğruya ispatı mümkün olmadığından, sanığın alibi iddiası belirti delil olarak kabul edilir[341].

Belirtiler yaşanmış olaylardan arta kalan fiziksel parçacıklar olduğu için duruşmada ortaya konulmaları ve anlamlandırılmaları gerekir, ki bu da bilirkişi marifetiyle gerçekleşebilir.

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak, ancak bunu da hukuka uygun yöntemler kullanarak gerçekleştirmektir. İster beyan, ister belge, isterse de belirti delil

339 Hans Engelhart (in Gerd, Pfeiffer (ed.) Karlsruher Kommentar zur StPO, 6.b., Beck, München, 2008, § 267, Kn. 18.)'den nakleden, Erman, s.696.

340 Aydın, Deliller, s.86; Yenisey/Nuhoğlu, s.518.

341 Yenisey/Nuhoğlu, s.519.

olsun, hukukun belirlediği yöntemin dışında elde edilmiş deliller yargılamada kullanılamazlar, hükme esas olamayacakları gibi dosyadan da çıkarılmaları gerekir. Bu nokta ise bizi hukuka uygun elde edilmiş delil, hukuka aykırı elde edilen delil ayrımı konusuna bakmaya sürükler.

E. Hukuka Aykırı Elde Edilen Deliller

1. Kavram

"Kanuna aykırı elde edilen delil" kavramı, Anayasa m.38/6'da "kanuna aykırı elde edilmiş bulgu" biçiminde kullanılmaktadır. CMK m.206/2-a'da ise "kanuna aykırı olarak elde edilmiş delil" biçiminde kullanıldığı görülebilir. Bunlara karşılık CMK m.217'de "hukuka uygun şekilde elde edilmiş delil" terimi kullanılırken, yine CMK m.230 ve m.289/i'de "hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil" kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Bu terminoloji karışıklığı, aslında bizi kanuna aykırılık-hukuka aykırılık kavramları konusunda düşünmeye itekler[342]. CMK m.206, oldukça dar bir bakış açı-

342 "İkinci dünya savaşı sonrasında gerçekleşen Nürnberg Yargılamaları sırasında yaşanan tartışmalar, doğal hukuk ile pozitivist yaklaşım arasında farkı kavrayabilmek bakımından çok öğreticidir. İkinci dünya savaşı sonrasında, Avrupa savaş alanında çok büyük bir yıkım ile karşı karşıya kalınmış, özellikle nasyonel sosyalist Hitler hükümetinin, savaştan önce Avrupa savaş alanında yaşayan Yahudilere karşı çok büyük bir yok etme hareketine giriştiği görülmüştür. Savaşın sonunda yapılan değerlendirmeler göre yaklaşık 6,5 milyon Yahudinin öldürüldüğü, ölüme terk edildiği ya da ölümcül koşullarda yaşamak zorunda bırakıldığı anlaşılmıştır. Belirtmek gerekir ki, hareketin hedefi sadece Yahudiler değildir. Romanlara, engellilere, eşcinsellere, kısacası Hitler ideolojisine göre "ırkın tümlüğünü bozan bütün unsurlara karşı" bir yok etme harekâtı gerçekleşmiştir. İkinci dünya savaşı

sıyla kanuna aykırılık terimini tercih etmiş olsa da, kanunun sırasında yaşanan bu yoketmenin günümüzde özel adına "holokost", gerçekleşen suçun adına ise "soykırım suçu adı verilmektedir. Almanya'nın Nürnberg kentinde gerçekleştirildiği için Nürnberg Yargılamaları adını alan ve Alman savaş suçlularının yargılandığı bu davalarda sanık avukatlarının yaptığı savunmalar son derece güçlüdür. Savunma avukatları, yapılan eylemleri kabul etmekle birlikte, bunları gerçekleştirmelerinin sanıkların aslında görevleri olduğunu, zira bu konuda Alman Meclisinin yasalar çıkarmış bulunduğunu, Almanya'nın pozitivizme bağlı bir hukuk sistemi bulunduğunu, asıl eğer bu eylemleri yapmamış olsalardı suç işlemiş durumuna düşeceklerini, eylemlerin tam da o şekliyle yapılmasını öngören kanunlara aykırı durum yaratmamak için eylemlerin gerçekleştirildiğini, hukuken de kanunlara uygun hareket etmenin suç oluşturmadığını belirtmişlerdir. Gerçekten de Alman Meclisinden, 1933-39 yılları arasında şiddeti giderek artan oranda Yahudi karşıtı kanunlar çıkarılmıştır. Önce Yahudileri kamu hizmetlerinde görev almaktan yasaklayan, eğitim sisteminde Yahudi öğrenci sayısına sınırlama getiren "düzenleme" yasaları, daha sonra "Aryan ırkından gelen Almanların" Yahudilerle evlenmelerinin engellenmesi ve Yahudilere vatandaşlık hakları verilmemesini sağlayan "ayrım" yasalarına, daha sonra da Yahudileri toplumdan izole eden, "getto" kanunlarına dönüşmüştür. İşin vardığı nokta tüm Yahudilerin sırayla öldürülmeleri için zorla toplama kamplarına nakledilmelerini için çıkarılan ölüm yasalarıdır. Gerçekten, Almanya'da son derece "kanuni" bir soykırım yaşanmıştır. Alman savaş suçlularının bu savunmalarından pozitivizm içinde kalarak çıkabilmeye imkân yoktur. Gerçekten de soykırım, kanunun öngördüğü şekilde ilerletilerek gerçekleştirilmiştir ve bu durum, yani kanunun uygulanması pozitivist yaklaşım esas alındığında bir hukuka uygunluk sebebi olarak görülebilir. Yargılamaların sonunda, pozitivizm dışında çözüm arayan hukukçular, aradıkları çözümü doğal hukuk yaklaşımında bulmuşlardır. Nürnberg yargılamalarının gerekçeli kararına göre, bu konuda alınmış resmi kararlar veya parlamentonun usulüne uygun olarak çıkardığı kanunlar bulunsa bile, soykırımı gerçekleştirenler insandır. Her insanın tam ve sağ doğumla birlikte kazandığı ve hiçbir biçimde ondan koparılıp alınamayan haklar söz konusudur, ki günümüzde bunun adına

geri kalan maddelerinde hep hukuka aykırılık ve hukuka aykırı elde edilen delillerden söz edildiği gözlenmektedir. Elbette hukuka aykırılık, kanuna aykırılıktan çok daha geniş bir alanı ifade etmektedir.

Hukuka aykırı deliller konusunda hem Anayasa Mahkemesi hem de Yargıtay, çeşitli belirlemeler yapmaktadırlar. Anayasa Mahkemesi'ne göre, hukuka aykırılık en başta ulusal hukuk sistemi içinde yürürlükte olan tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede, Anayasaya, usulüne uygun kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulama-

'insan hakları' demekteyiz. Her insan, bir diğerinin doğal olarak gelen bu haklarına dokunulmaması gerektiğini bilir. Almanlar, böyle yasalar olsa bile, Yahudilere kötü şeyler yapıldığını, yapılan o muameleyi yapmamaları gerektiğini bilmekteydiler; buna rağmen duraksamaksızın yasaların öngördüğü bu yanlış ve kötü davranışı gerçekleştirmişlerdir. Elbette bu tartışma, bizi bir içeriğin kanuniliği ile hukukiliği arasındaki farkı düşünmeye zorlamaktadır. Kanunilik, hukukilik ile aynı anlama gelmez. Bilinmesi gerekir ki, hukukilik kanunilikten daha geniş bir alanı ifade eder. Hukukilik, içinde bulunduğu toplumun normları ve değer yargılarını ifade eden ve yansıtan kanunların ötesinde, daha evrensel bir bakış açısını içermektedir. Hukuki olan meşrudur ve bu meşruiyet genel bir kabule erişmiştir. Dolayısıyla hukukilik, kanuniliği kapsar. Hitler'in Yahudilere yaptığı da, belki kanuni, ama hukuki olamayan bir soykırımdır. Eğer kanunilik eşittir hukukilik dersek, 6,5 milyon insanın katliamını meşru görmüş oluruz. Nitekim iç hukukumuzda da Anayasa Mahkemesi zaman zaman TBMM'nin çıkardığı kanunlardan hukuka aykırı bulduklarını iptal etmektedir." Günal Kurşun, "Ünite 3: Hukuk Sosyolojisi Açısından Hukuk", Hukuk ve Suç Sosyolojisi, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzincan, 2015, s.58.

ların tümü, hukuka aykırılık kavramı içinde yer almaktadır[343].

Yargıtay ise yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararına atıf yaparak "yasa dışılıktan" daha geniş bir içeriğe sahip olan "hukuka aykırılık" kavramı konusunda çerçeve ve kapsam saptanırken gerek pozitif hukuk metinlerine gerekse kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığının gözetilmesi ve aykırılığın varlığı halinde hukuka aykırılığın kabulünün gerektiğini belirtmektedir[344].

Bu genel açıklamalardan sonra, hukuka aykırı elde edilen deliller konusunda metod ve konu bakımından ispat yasaklarını sırasıyla ele alalım. Delil elde etme metodu bakımından ifade alma ve sorgu sırasında yasak yöntemlere başvurulmuş, susma hakkı ihlal edilmiş, kendini suçlamaya zorlama yasağına yani "nemo tenetur se ipsum accusare" ilkesine aykırı hareket edilmiş, müdafiin hukuki yardımından yararlanma hakkına uyulmamış veya özel hayatın gizliliği ile aile hayatına saygı hakkı ihlal edilmiş olabilir. İşte tüm bu durumlarda elde edilen delil, elde ediliş yöntemine uyulmaması nedeniyle hukuka aykırı kabul edilecektir.

Konu bakımından ise, devlet sırrı, meslek sırları, tanıklıktan çekinme hakkı, elkonulamayacak belge ve mektupların içerikleri, müdafi ile şüpheli veya sanık arasındaki haberleşme içerikleri ve istihbari nitelikteki dinleme ve izleme içerikleri konularında sınırlamalar bulunmaktadır. Bu sınırlamaların

343 AYM, Fazilet Partisi Kapatma Kararı, E.1999/2, K.2001/2, 22.06.2001, https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/SP/2001/2/1.

344 YCGK, E.2009/7-160, K.2009/264, 17.11.2009.

ihlal edilmesi yoluyla elde edilmiş deliller de, hukuka aykırı delil kabul edilerek geçerli kabul edilmeyecek, bu delillere dayanarak üzerlerine hüküm kurulamayacak ve dosyadan çıkarılacaklardır.

Hukuka aykırı deliller konusunda Alman hukuku kaynaklı; "hukuka mutlak aykırılık-hukuka nisbi aykırılık" gibi bir ayrımı, bir başka deyişle bazı durumlarda olaya bakarak hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsa bile basit aykırılıkları görmezden gelme yaklaşımı, Türkiye açısından savunulamaz[345]. Türkiye gibi, zaman zaman azalmalar görülse de işkencenin genel itibariyle yaygın ve sistematik olduğu bir ülkede[346] böyle bir ayrım, işkencenin meşru çıkarılmasını destekler ve teşvik eder. Hukuka aykırı elde edilmiş delilin muhakemede herhangi bir aşamada kullanılabilmesi ise, başta işkence ile alınmış ifade olmak üzere her türlü hukuka aykırılığı meşru çıkarma sonucunu doğurur. Bu nedenle, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin:

-Disiplin soruşturmaları da dahil olmak üzere bütün yargılamalarda ve bütün yargılama derecelerinde,

345 Ünver/Hakeri, C.III, s.1614.

346 Amnesty International, Turkey 2019, https://www.amnesty.org/en/countries/europe-and-central-asia/turkey/report-turkey/ (16.08.2020); Nils Muiznieks, AI Europe Director, "In Turkey, you speak the truth at your peril", https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/07/in-turkey-you-speak-the-truth-at-your-peril/ (16.08.2020); Human Rights Watch, "Turkey: Police, Watchmen Involved in Torture, Ill-treatment", https://www.hrw.org/news/2020/07/29/turkey-police-watchmen-involved-torture-ill-treatment (16.08.2020); HRW, World Report 2020, https://www.hrw.org/world-report/2020/country-chapters/turkey (16.08.2020).

-Kanuna aykırılık kavramının değil, hukuka aykırılık kavramının esas alınarak,

-Yargılamaların hiçbir aşamasında kullanmadan (yalnızca hükme esas almayarak değil, kamu davası açmayarak, koruma tedbirine esas almayarak vs.),

değer görmemesi, hukuk devletinin geleceği açısından son derece önemlidir.

2. Hukuka Aykırı Delillerin Dava Dosyasından Çıkarılması

Hukuka aykırı delillerin dava dosyasından çıkarılması hususunda kanunda doğrudan bir hüküm bulunmasa da, hukuka aykırı yolla elde edilen delili kullanmamanın zorunlu ve mantıksal sonucu olarak dosyadan da çıkarılması gerekmektedir. Şeklen, hukuka aykırı yollarla elde edildiği için aslında "delil" sıfatını kazanamayan ve hiçbir zaman da kazanamayacak olan bir varlığı dosyada tutmanın mantığı bulunmamaktadır; maddeten de hukuka aykırı delilin onu görenin vicdani kanaatini etkilememesi adına, dosyadan çıkarılması gerekir. CMK m.206/2-a'da kanuna aykırı olarak elde edilen delilin reddolunacağı açıkça belirtilmekte, böylelikle de delil ikamesine olanak tanınmamaktadır. Bununla birlikte CMK m.230/1-b ile, hâkimin hüküm kurarken yazdığı gerekçesinde hangi delileri hukuka uygun ya da aykırı bulduğunu ve hükme esas alıp almadığını açıklaması istenmekte, hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılmasına cevaz verilmemektedir. Bunun nedenlerinden biri, Yargıtay denetiminin sağlanabilmesi olarak gösterilmektedir. Oysa delilin dosyadan çıkarıl-

ması, yokedilmesi anlamına gelmez. Bir başka dosya içinde sözkonusu deliller saklanacaktır. Dosyadan çıkarmanın nedeni, hukuki değerlendirmede hukuka aykırı delilin dışlandığını göstermektir. Diğer neden, hâkimin muhakemenin uzman öznesi olması nedeni ile gördüğü/incelediği delilden etkilenmeyeceğinin varsayılması/etkilenmeyeceği yönündeki beklentidir. En önemli neden olarak ise tam tersi bir yaklaşıma dayanılmaktadır: Hukuka aykırı delili dışlayan hâkimin, bu delilden etkileneceği için istinkaf ederek dosyadan elçekmesi, dosyadan hukuka aykırı delilin çıkarılmasından sonra yeni bir hâkimin görevlendirilmesi gereğidir ve bu yol, yeterli hâkim sayısına erişilmediği ve süreci uzattığı için zahmetli görülmektedir.

Hukuka aykırı yollarla elde edilen delilin dosyaya girmesini engelleyen onca kurala rağmen, her nasılsa dosyaya giren böyle bir delil, onu gören hakimlerin vicdani kanaatlerini kaçınılmaz olarak etkiler. Bu delil hükme esas alınmasa bile, dosyadaki varlığı ile her durumda ve her zaman bağımsız vicdani kanı üzerinde bir tehdit olarak algılanmalıdır. Bu nedenle, yalnızca hükme esas alınmaması yetmez, dosyadan da çıkarılarak kesin hükme kadar vicdani kanaati etkilemeyecek bir ortamda muhafaza edilmeli, kesin hükümden sonra da yok edilmelidir. Nitekim İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/5. maddesi, tam da bu usule işaret etmektedir[347].

347 **İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu**
Madde 141, paragraf 5: Hukuka aykırı deliller, dava dosyasından çıkarılacak, kesin hükümle dava sonuçlanana kadar saklanacak ve ardından imha edileceklerdir. https://www.legislationline.org/download/id/8562/file/Swiss_CPC_2007_am2020_en.pdf (17.08.2020)

Doktrinde hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılmasının pratik bir sonucu olmayacağını[348], sanığın temel hakları ihlal edilmemiş ve adil yargılanma hakkı yerine getirilmişse hukuka aykırı delilin hükme esas alınabileceği[349], temyiz incelemesi yapılabilmesi amacıyla delillerin ayıklanmaksızın dosyada bulundurulmalarının isabetli olduğu[350] ve hukuka aykırı elde edilen delil sadece sanığın lehine ise hükme esas alınarak dosyadaki yerini muhafaza edebileceği[351] savunulmaktadır. Bu görüşlerin hiçbirine katılmıyoruz.

Hukuka aykırı delili kimin elde ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır. Kamu görevlisi veya özel kişiler tarafından elde edilmiş olabilirler. Özel kişiler tarafından hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kullanılabileceğini iddia etmek, kamu görevlisi sıfatı bulunmayan paramiliter güçlerin delil toplamalarına olanak sağlar ve bu güçleri meşru çıkarma kastı taşır. İster kamu görevlisi ister özel kişi elde etmiş olsun hukuka aykırılık ortadan kalmaz, bu nedenle de özel kişilerin elde ettiği hukuka aykırı delillerin hiçbir surette kullanılma olanağı yoktur[352].

348 Nuran Haydar, Susma Hakkı, s.176;

349 Yenisey/Nuhoğlu, s.534.

350 Bahri Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995, s.45.

351 Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.1, Genişletilmiş 4 Bası, İstanbul, 1984, s.808 (Tosun); Ersan Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s.142-143 (Şen).

352 Öztürk, s.421; Durmuş Tezcan, "AİHM Kararları Işığında Adil yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri", Prof.Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Ankara, 2008, s.1226; Mesut Bedri Eryılmaz, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara, 2012, s.657.

Hukuka aykırılık hukuka aykırılıktır; sanığın ister lehine ister aleyhine olsun bu niteliği de değişmemektir[353].

F. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Latince "In Dubio Pro Reo", yani "şüphe varsa sanık lehine" yararlanma ilkesi, hâkimin ispat bakımından tam bir kanaate varamaması, bir başka ifadeyle şüpheyi yüzde yüz yenememesi durumunda, o noktanın gerçekleşmemiş kabul edilmesi ve sabit olmamanın sonuçlarına göre karar verilmesi ilkesini ifade eder[354]. Bu ilke, ancak delillerin takdiri açısından uygulanabilir bir ilkedir[355]. Ceza muhakemesi hukukunda bir "galat-ı meşhur", doğru bilinen yanlış olarak; şüpheden sanık yararlanır ilkesini "her şeyin sanık lehine yorumlanacağı" biçiminde anlamak doğru değildir. Aslında "sanık lehine yorum" diye bir yorum çeşidi de yoktur, yorum çeşitleri bellidir[356]. Sanığın ister lehine ister aleyhine olsun, kanun hükmü uygulanır. İlkeyle anlatılmak istenen aslında bellidir. Ortada ispata konu noktaların kanıtı konusunda her türlü olasılık bertaraf edildikten sonra geriye kalanın gerçeği gösterdiğine inanılır. Yalnızca bir olasılık dışında, başka olasılıklar hala söz konusuysa, başka olasılıklar bertaraf edilememişse, bir başka deyişle ortada gerçek üzerinde hala şüphe varsa, bu şüpheden sanık yararlanır ve tam bir ispata kadar, o noktanın gerçek olmadığı ka-

353 Hukuka aykırı delilin eğer sanık lehine ise kullanılabilmesine ilişkin doktrindeki görüşler için bkz. Aydın, Deliller, s.220; Tosun, s.808; Şen, s.142.

354 Kunter, s.371.

355 Giuseppe Bettiol, "La regola in dubio pro reo nel diritto e nel processo penale", Rivista Italiana di Diritto Penitenziaro, 1937, p.241.

356 Kunter, s.364, 372.

bul edilir. Böyle bakıldığında, herhangi bir şeyin sanık lehine yorumlanması söz konusu değildir. İspat yükü, evrensel bir kural olarak iddia edene ait olduğundan, ispatlanamayan şeyin olmadığı sonucuna ulaşılması mantığın gereğidir.

Şüpheden sanığın yararlanması, aslında suçsuzluk karinesinin sonuçlarından biridir.

G. Suçsuzluk Karinesi

Suçsuzluk karinesi, AİHS açısından adil yargılanma hakkının temel bir unsurunu oluşturmaktadır. İlk olarak 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 9.maddesinde yazılı bir kural biçiminde karşımıza çıkan ve *"Her insan, suçlu olduğu bildirilinceye kadar suçsuz sayılacağından, onun tutulması gerekli görüldüğü zaman, yakalama için zorunlu olmayan her türlü sert davranış yasa tarafından ağır biçimde cezalandırılmalıdır"* cümlesinde ifadesini bulan bir ilkedir[357]. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde (1948, m.11/1), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (1950, m.6/2) ve Anayasa'da (1982, m.38/4) anılan suçsuzluk karinesine göre, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Hukukta karine, ispat işleminde kullanılan bir yöntemdir[358]. Bilinenden bilinmeyeni çıkarmak anlamına gelir ve aksi ispat edilinceye kadar, daha iyi bir tecrübe kuralı bulmak ve dolayısıyla daha iyi bir sonuca varmak mümkün değilse "çok

357 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, https://tr.wikisource.org/wiki/İnsan_ve_Yurttaş_Hakları_Bildirisi, (17.08.2020).

358 Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHFD, C.48, Y.1999, S.1-4, s.139 (Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi)

defa böyle olur" denilerek bir kabule ulaşılmaktadır[359].

Karine üzerinde iki farklı görüş ve bu doğrultuda; iki farklı adlandırma söz konusudur. Birinci görüş, suçsuz sayılmanın aynı zamanda "masum sayılma" olduğunu dile getirerek karineye "masumiyet karinesi" adını verir[360]. İkinci görüş ise, sanığın baştan ne masum ne de suçlu sayılması gerektiğini belirtir ve sanık baştan masum kabul edilirse koruma tedbirlerinin, örneğin tutuklamanın sanığa uygulanmaması gerekeceğini, bu sebeple sanığın suçlu sayılamayacağı gibi masum da sayılamayacağını, nötr bir ifade ile "suçsuz" kabul edilmesi gerektiğini belirtir[361].

Suçsuzluk karinesi yalnızca kovuşturma evresinde değil,- muhakemenin tüm evrelerinde uygulanır ve değer görür[362].

AİHM, suçsuzluk karinesini pek çok kararında tartışmıştır. AİHM, bir davada Adalet Bakanının televizyondan yaptığı "söz konusu kişi birçok bombalama eyleminin sorumlusudur ve sonucuna katlanmalıdır, yargı ne der bilemem" biçimindeki ifadesini, kullanılan kelimeler dikkatsizce seçilmiş olsa da suçsuzluk karinesini ihlal eder nitelikte bulmamıştır[363].

359 Kunter, s.390; Yenisey/Nuhoğlu, s.753.

360 Turhan Tufan Yüce, "Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri", TBBD, Y.1988, S.1, s.160.

361 Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi, s.138.

362 Kunter, s.390, Yenisey/Nuhoğlu, s.73; Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi, s.137; suçsuzluk karinesinin yalnızca kovuşturma evresinde uygulama alanı bulacağı görüşü için bkz. Süheyl Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, 1982, s. 115-116.

363 ECtHR, Krause v. Switzerland, Application No: 7986/77, 03.10.1978, p.76, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74207.

Buna karşın, öldürme fiilinden ötürü yapılan yargılamada delil yetersizliğinden beraet eden başvurucuya tutuklu kalınan süreler için tazminat ödenmemesine ilişkin yapılan başvuruda, tazminat talebi kanunen şüphenin yenilmiş olmasına bağlı kılındığından, suçsuzluk karinesinin ihlal edildiğine hükmedilmiştir[364].

Suçsuzluk karinesiyle birlikte, ayrıntıları önceki bölümlerde tartışılan ispat yükünün iddia eden tarafa düşüşü, susma hakkı, şüpheden sanığın yararlanması, tutuklulukta makul sürenin aşılmaması ve hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yasak oluşu sonuçlarına ulaşılır; tüm bu kurallar da aslında suçsuzluk karinesinden çıkarılmaktadır[365].

H. Delillerin Değerlendirilmesi

Delillerin değerlendirilmesi, AİHS m.6/1 içinde yer alan "adil yargılanma" hakkı kapsamındadır. Bu konuda birtakım ilkeler söz konusudur. İlk olarak, delilleri değerlendirecek olan makam, herhangi bir talep olmaksızın delilleri inceler ki buna, delillerin re'sen incelenmesi adı verilir[366]. Ceza muhakemesinde kural, delilleri hükmü verecek olan kişi veya kişilerin incelemesidir ve buradan da delillerin doğrudan doğruya incelenmesi ilkesine ulaşılır[367]. Modern bilimin ve teknolojinin sunduğu imkanları da kullanarak, olayı temsil eden veya olayı

364 ECtHR, Sekanina v. Austria, Application No: 13126/87, 25.08.1993, para.30, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57842.

365 İlhan Üzülmez, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", TBBD, Y.2005, S.58, s.57-62.

366 Aydın, Deliller, s.143.

367 Aydın, Deliller, s.144.

ortaya koyan her şey delil olarak kullanılabilir; buna delil serbestisi adı verilir[368].

Delil değerlendirilmesi konusunda Yargıtay, *"ceza yargılamasında kanıt serbestliği ilkesi başlığı altında toplayabileceğimiz ve yasanın gerekçesinde açıklanan temel prensiplere göre: a) Her şeyin kanıt olabileceği, b) İlgililerin kanıt ileri sürebilecekleri, c)Hakimin kendiliğinden kanıt araştırabileceği (hatta zorunlu olarak araştırması gerektiği), d) Kanıt ileri sürmede zaman kısıtlaması olamayacağı, e) Kanıtlama külfetinin sanığa yüklenemeyeceği, f) Kanıt değerlendirmede hakimi bağlayan üstün kanıtın söz konusu olmayıp hakimin tüm kanıtları serbestçe değerlendirebileceği (vicdani kanaat), ceza yargılamasının temel ilkeleridir"* demektedir[369]. Bu ilkeler, birbirlerini teyit etmekte ve tamamlamaktadırlar.

Delil serbestisi ilkesi, hâkimin bütünüyle keyfi karar alabilmesi ve değerlendirmede bulunabilmesi anlamına gelmemektedir. CMK m.217/1'de "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir" denmektedir. CMK m.34'teki kararların gerekçeli yazılması kuralı da keyfiliğin önündeki bir diğer engeldir. CMK m.217/2'de ise "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" denerek delillerin serbestçe takdiri, hukuka uygun elde edilen delillerle sınırlanmaktadır.

Uygulamada pek çok olayda, hakimlerin keyfi tutum,

368 Aydın Deliller, s.148.

369 Yargıtay CGK, E.1991/9-81, K.1991/111, 08.04.1991.

davranış ve kararlarıyla, mahkemede hiç tartışılmamış ve muhakeme makamlarının algısına sunulmamış delillere dayanarak verilen, gerekçesiz ve hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillere dayanan kararlarla karşılaşılmaktadır. Derin bir nefes alıp, olması gerekeni ısrarlı ve istikrarlı bir biçimde savunmak gereklidir.

Delil değerlendirmede mahkemeler kimi araçları kullanabilirler. Bunlara delil aracı değerlendirme araçları adı verildiğinden yukarıda bahsetmiştik. Bu delil araçları değerlendirme araçlarını sırayla daha yakından inceleyelim.

1. Bilirkişi İncelemesi

a. Kavram

Delilleri değerlendirme yetkisi; davaya bakan hâkim veya hakimlere ait bir yetkidir. Bununla birlikte, delillerin bir kısmı, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuk bilgileriyle anlaşılamaz. Çözümü özel ve teknik bir bilgi gerektiren durumlarda, mahkemenin o alanın uzmanı kişi veya kurumlardan görüş alması, o delili açıklattırması veya anlamlandırması gerekir. Özel ve teknik bilgi gerektiren konudan yardım alınan kişiye bilirkişi denir. Bilirkişilik ise, mahkeme, savcılık veya adli bir yetkili makam tarafından mevcut ya da olası bir duruşmada teknik ya da olgusal deliller sunarak adli çözüme katkı sağlamak üzere atama veya onay yoluyla bir teknisyenin görevlendirildiği araştırma tedbiri olarak tanımlanabilir[370].

Bilirkişi raporu, bir delil aracı değerlendirme aracıdır. Bilirkişinin beyanı, değerlendirmesi, sözlü veya yazılı raporları

370 Ünver/Hakeri, C.I, s.547.

delil değildir. Kural olarak bilirkişilik kurumu ihtiyaridir, ancak bazı istisnai hallerde; kanun gereği bilirkişiye başvurma zorunluluğu getirilmiştir. Bilirkişi raporu, alınması zorunlu olsun ya da olmasın, mahkeme açısından bir bağlayıcılık oluşturmaz. Bununla birlikte, ortada bilimsel bir gerçekliği tespit eden bir bilimsel görüş varken aksi yönde karar alan mahkemenin en az o kadar bilimsel aksi gerekçelere ihtiyacı olduğu da açıktır.

Kimlerin bilirkişilik yapacağı konusu CMK'da düzenlenmiştir. CMK m.64'e göre bilirkişiler, bölge adliye mahkemelerinin yargı çevreleri esas alınmak suretiyle bilirkişilik bölge kurulu tarafından hazırlanan listede yer alan kişiler arasından seçilir. Ancak, kendi bölge listesinde ilgili uzmanlık alanında bilirkişi olmasına rağmen, diğer bir bölgedeki bilirkişinin, görevlendirme yapılan yere daha yakın bir mesafede bulunması durumunda, bu listeden de görevlendirme yapılabilir.

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu, 2016 yılında çıkarılarak yürürlüğe girmiştir. Yeni kanun, bilirkişilerin bağımsızlıklarına yönelik kısıtlamalar getirmektedir. Kanunda bilirkişiler, esas itibariyle Adalet Bakanlığı'na bağımlı bir kurum halinde düzenlenmiştir ve bu durum pek çok yazar tarafından sakıncalı ve endişe verici bir yaklaşım olarak görülmektedir[371]. Bilirkişilerden beklenen, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet etmek ve görevini gerçeklere uygun yerine getirmektir; başka bilirkişilik dosyalarında rapor verebilmek ve para kazanabilmek adına gerçekleri çarpıtmak değildir.

371 Feridun Yenisey, "Ceza Mevzuatımızın Ağustos 2017 Hali", Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2017, s.12; Ünver/Hakeri, C.I, s.553.

CMK m.63 doğrultusunda, çözümü genel ve hukuki bilgi gerektiren konularda bilirkişiye gitmek yasaklanmıştır. Kanunda genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı, hatta hukuk öğrenimi görmüş kişilerin, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemeyeceği yönünde açık hüküm bulunmaktadır. Bununla birlikte uygulamada, kimi hukuk alanlarıyla bağlantılı konularda (örneğin iş hukuku gibi) hukukçu bilirkişiye başvurulduğu görülebilir. Daha da ileri bir nokta olarak, belli suç tiplerine ilişkin davalarda (örneğin hileli iflas suçu gibi) bizatihi Yargıtay, bilirkişi heyetinde hukukçu bulunması için mahkemeleri zorlamaktadır[372]. Yine uygulamada, bazı "hukukçu bilirkişilerin" avukatlık mesleğini terk ederek "bilirkişilik" mesleğine başladıkları ve bu yolla aslında "iş mahkemesi hakimliği" yaptıkları, kimi iş hukuku akademisyenlerinin ise akademik faaliyete ayırdıkları zamanın çok daha fazlasını bilirkişilik faaliyetine ayırdıkları görülebilir.

Ceza muhakemesi hukukunda bilirkişiye başvurma mecburiyeti gibi bir mecburiyetten söz edilemez. Kanun "bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilebilir" demektedir. Buna karşılık Yargıtay, özel ve teknik bilgi gerektiren konularda (örneğin imza tespiti[373], görevi kötüye kullanma suçunda haksız sağlanan yarar veya oluşan zarar ve mağduriyetin tespiti[374], uyuşturucu bulundurma ve uyuşturucu ticareti suç-

372 Ünver/Hakeri, C.I, s.556.

373 Yargıtay 10.CD, E.2004/24652, K.2005/6779, 20.06.2005.

374 Yargıtay CGK, E.200774-88, K.2007/94, 17.04.2007.

larında ele geçirilen maddenin uyuşturucu niteliğinin bulunup bulunmadığı[375], dosyada mevcut bilirkişi raporları arasında çelişki bulunduğunda çelişkinin giderilmesi için uzman bilirkişi heyetine gidilmesi gerektiği[376], cinsel suçlarda mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığı[377], suça sürüklenen çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılması[378], yaralama suçlarında yaranın nitelik ve ağırlığı gibi konularda) mutlaka bilirkişi incelemesi yaptırılarak rapor alınması gerektiğini belirtmektedir.

Bilirkişilik bir kamu görevidir ve kabul yükümlülüğü bulunmaktadır. Bilirkişilikten çekinme ve bilirkişinin reddi konularında kanunda ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Biz burada özellikle savunmayla ilgili olan noktalar üzerinde durma gayretiyle, savunma için bir imkândan söz edeceğiz.

b. Bilirkişi Raporu ve Uzman Görüşü

Soruşturma evresinde savcılık tarafından kovuşturma evresinde ise mahkemece görevlendirilen resmi bilirkişinin dışında, CMK m.67/6 uyarınca Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci tarafından, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alınabilmesi de mümkündür. Sadece; bu nedenle ayrıca süre istenemez.

Uygulamada sıklıkla başvurulan bu yol, savunma makamının elindeki araçlardan biridir. Uzmandan alınan mütalaa-

375 Yargıtay 10.CD, E.2005/4951, K.2005/8680, 13.07.2005.
376 Yargıtay 9.CD, E.2005/3428, K.2005/6093, 19.09.2005.
377 Yargıtay 5.CD, E.2007/1394, K.2007/3114, 01.05.2007.
378 Yargıtay 2.CD, E.2011/43334, K.2012/9541, 10.01.2012.

nın teknik konularda bir rapor olabileceği gibi, olayın hukuksal yönünün değerlendirileceği bir uzman hukukçu raporu da olması mümkündür[379].

Bilirkişi raporuyla uzman mütalaası, aslında eşit değerdedir. Bu kişilere "tarafların seçtiği bilirkişi" ya da "taraf bilirkişisi" de denmektedir[380].

c. Ne Zaman Uzman Görüşü Almak Gerekir?

Kovuşturma evresinin her aşamasında, mahkemeden belli bir özel ve teknik konuda bilirkişi incelemesi yaptırılması talep edilebilir. Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın ya da katılanın bu yönlü talebini reddettiği durumlarda, sanık veya katılanın o uzmanı mahkemeye getirmesi mümkündür. CMK m.178 uyarınca o kişi duruşmada dinlenir. Eğer sırf davayı uzatmak maksadıyla yapılmamışsa, mahkeme uzmanı dinlemeye mecburdur.

Bunun dışında, özellikle karmaşık mühendislik konularında, hesap hatasının olduğu düşünülen konularda ve bilhassa teknolojinin geldiği nokta itibariyle elektronik, bilgisayar veya yazılım konularında mahkemenin başvurduğu bilirkişilerden farklı düşünme ve çözümler söz konusu olabilir. Örneğin; bir kişinin cep telefonuna belli bir programın yüklenip yüklenmediği, yüklenmişse ne zaman yüklendiği, ne kadar kullanıldığı ve silindiği konularında özellikle son yıllarda tartışmalar yoğunlaşmaktadır. Bununla birlikte, yine teknolojik imkanlarla bir kişinin belli bir programı aslında indirmemiş olduğu

379 Ünver/Hakeri, s.278.
380 Centel/Zafer, s.239.

halde indirmiş gibi gösterilebildiği de bilinmektedir[381]. Uygulamada bilirkişi raporunun neredeyse tek başına kararı belirlediği bilinen bir gerçektir.

İşte tüm bu tartışmalı noktalarda, uzman mütalaasının savunmaya yardımı olabilir. Adli Tıp Kurumu'nun yoğunluğu ve zaman zaman kamuoyuna da yansıyan[382] eksik incelemeleri göz önünde bulundurulduğunda, mahkemeden bağımsız bir şekilde alınacak mütalaanın gidişatı değiştirme kabiliyeti vardır. Pek çok örnekte, dosyada mevcut bilirkişi raporunun neredeyse tam aksini kanıtlayan uzman mütalaaları vakidir. Bir çelişki yaratmak amacına matuf olarak da uzman mütalaası alınabilir.

381 "Ankara Cumhuriyet Başsavcısı Kocaman, makamında FETÖ'nün kriptolu haberleşme programı ByLock hakkında basın mensuplarına açıklama yaptı. Kocaman, ByLock'un FETÖ'nün en büyük delili olmaya devam ettiğinin altını çizerek, "Bunda hiçbir değişiklik yok. Biz ByLock soruşturmaları sırasında zaman zaman şikayetler almaya başladık. ByLock sunucusuna bağlandığı tespit edilen kişinin sosyal çevresi ve diğer verilere baktığımızda FETÖ'ye ilişkin hiçbir bağlantı olmadığını gördük. Şikayetler artınca bununla ilgili soruşturma başlattık ve MİT ile BTK'dan rapor istedik. Onlar birkaç aydır çok titiz çalışmalar yaptılar ve en son raporlarını bize sundular. Burada gerçekten ByLock'a bağlanmayı hiç düşünmeyen, FETÖ ile bağlantısı olmayan insanların da başka bir programa bağlanmak isterken ByLock sunucularına bağlandıklarını tespit ettik. Bu yüzden detaylı çalışmalar yaptık ve 11 bin 480 kişinin aslında böyle bir kastı olmadıkları halde iradesi dışında ByLock sunucularına yönlendirildiklerini tespit ettik" diye konuştu.", Sözcü, "Mor Beyin Nedir? Binlerce Kişi Yanlışlıkla İndirdi!", https://www.sozcu.com.tr/2017/gundem/mor-beyin-nedir-binlerce-kisi-yanlislikla-indirdi-2149644/ (20.08.2020)

382 https://sendika63.org/2019/02/sule-cet-davasinin-bilirkisi-raporu-sperm-incelemesi-bile-yapilmamis-529668/ (20.08.2020).

3. Keşif

Keşif, hâkim veya savcının beş duyusu vasıtasıyla yaptığı, suç belirtilerinin tespiti, mevcut delillerin değerlendirilmesi ve olay anının tekrar canlandırılarak daha iyi algılanması adına gerçekleştirilen bir değerlendirme aracıdır[383].

Keşif, yargılama konusu olayın ve olaya ilişkin delillerin ve suç izlerinin hâkim tarafından daha iyi anlaşılabilmesine olanak tanıdığı için; zaman, yer ve hava durumu gibi dış koşullar göz önünde bulundurularak gerçekleştirilmesi ve değerlendirilmesi gerekir.

Keşif, davaya bakan mahkeme veya hâkim tarafından yapılır. İstisnai olarak istinabe olunan mahkeme veya naip hâkim atanması suretiyle de gerçekleştirilmesi mümkündür. Soruşturma evresinde savcının keşif yaptırması gibi bir yetkisi kanunda bulunmamaktadır, ancak CMK m.83/1'e göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde; savcı tarafından keşif yapılabilir. Keşifte elde edilen bilgilerin ve ulaşılan kanaatin muhakemede kullanılabilmesi için, bir keşif tutanağı tutulur. CMK m.83/2 uyarınca keşif tutanağına, var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılır.

Keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafi veya vekilleri hazır bulunabilirler. Örneğin MOBESE kayıtlarının incelenmesi sırasında, gizlilik gereğince müdafiin bulunması engellenemez. Keşif tutanağının tüm say-

383 Ünver/Hakeri, C.I, s.642-643; Yenisey/Nuhoğlu, s.626; Öztürk, s.377; Centel/Zafer, s.283.

faları keşfi yapan hâkim ve zabıt kâtibi tarafından imzalanır[384].

Dikkat: Hükme esas teşkil eden mahkeme keşif tutanağının bazı sayfalarının mahkeme başkanı ve aynı tutanağın bazı sayfalarının ise zabıt kâtibi tarafından imzalanmaması kanuna aykırıdır ve bozma nedenidir. Bu nedenle keşiften sonra tutanağın dikkatlice incelenmesi önerilir.

4. Yer Gösterme

CMK m.85'e göre, Cumhuriyet savcısı, kendisine yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırabilir. Yukarıda keşif başlığında, savcılığın keşif yetkisi bulunmadığından söz etmiştik. Aslında yer gösterme de bir tür keşiftir[385], fakat burada delil incelemesinden ziyade olayın gerçekleştiği yerde yapılan bir yeniden canlandırma faaliyeti söz konusudur[386]. Uygulamadaki şekliyle yer gösterme, olay yerinde doğrulatma ve ifade alma işlemidir[387]. Bu nedenle, yer gösterme işleminden önce şüpheliye susma hakkı hatırlatılmalıdır.

Yer göstermede yetki savcıya tanınmıştır. Keşiften farklı olarak sadece soruşturma evresinde yer gösterme işlemi yapılabilir. Terörle Mücadele Kanunu geçici m.14/6 uyarınca kolluk amiri, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu; haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçe-

384 Yargıtay 1.CD, E.2008/9015, K.2008/4004, 14.05.2008.
385 Ünver/Hakeri, C.I, s.649.
386 Aydın, Deliller, s.173.
387 Centel/Zafer, s.316.

vesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ile devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, milli savunmaya ve devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları söz konusu olduğunda; yer gösterme işlemi yaptırmaya yetkilidir. Uygulamada, kolluğun "kolluk yetkilerini gayet başarılı şekilde kullandığının gösterisi" olarak da kullanılmaktadır. Kanunen yer gösterme işlemine, basının ve diğer yetkisiz kişilerin katılmaları mümkün değildir[388]. Yer göstermede müdafi de CMK m.85/2 uyarınca hazır bulunabilir. Yine uygulamada, yer gösterme işlemine müdafiin katılımının engellendiği, ancak basının davet edildiği örnekler söz konusudur.

AİHM'e göre, yer gösterme işlemi sırasında ilgili kişilerin güvenliklerine yönelik önlemlerin yeterince alınmamış olması nedeniyle meydana gelen ölüm, AİHS m.2 bağlamında yaşam hakkı ihlali olarak değerlendirilmektedir[389].

5. Ölü Muayenesi

CMK m.86 uyarınca, engelleyici sebepler olmadıkça ölü muayenesinden veya otopsiden önce ölünün kimliği her suretle ve özellikle kendisini tanıyanlara gösterilerek belirlenir ve elde edilmiş bir şüpheli veya sanık varsa, teşhis edilmek üzere ölü ona da gösterilebilir. Ölünün adlî muayenesinde tıbbî belirtiler, ölüm zamanı ve ölüm nedenini belirlemek için tüm bulgular saptanır.

CMK.m.86/3'e göre, ölünün adli muayenesi bir hekim ta-

388 Ünver/Hakeri, C.I, s.651.

389 ECtHR, Demiray v. Turkey, Application No: 27308/95, 21.11.2000, para.53, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59026.

rafından yapılır. Ölüler üzerinde yapılacak incelemelerde, aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin hükümler değil, keşif ve ölü muayenesine ilişkin özel hükümler uygulanır.

Ölü muayenesi ve otopsi işlemine ilişkin tutanakların, ispat açısından çok büyük bir değeri bulunmaktadır. Bu nedenle, bu tutanaklar son derece dikkatli bir gözle incelenmeli, olası eksiklik, çelişki ve yanlışlıklar mutlaka tartışma konusu yapılmalıdır.

Özellikle hukuk dışı, keyfi ve yargısız infaz iddialarıyla karşılaşıldığı durumlarda, Birleşmiş Milletler Hukuk Dışı, Keyfi ve Yargısız İnfazların Önlenmesine ve Soruşturulmasına İlişkin El Kılavuzu, kısaca Minnesota Protokolü'ne[390] ve İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu, kısaca İstanbul Protokolü'ne[391] uygun otopsi işlemleri yapılıp yapılmadığı son derece önemlidir.

AİHM, kararlarında sıklıkla bu konudaki uluslararası standartlara uyulmamış olmasına atıf yapmaktadır. AİHM, *"Mahkeme, …'nın ölümünün arkasındaki gerçeklerin belirlenmesinde otopsi araştırmasının son derece önemli olduğunu gözlemlemektedir. Bu araştırmanın savcı tarafından başlatılmış olsa da birçok önemli konuda yetersiz olduğu görülmek-*

390 Adli Tıp Uzmanları Derneği, Minnesota Protokolü, https://www.atud.org.tr/portfolio-items/minnesota-protokolu/ (20.08.2020).

391 Türk Tabipleri Birliği, İstanbul Protokolü, https://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul_prot/ist_protokolu.html (20.08.2020).

tedir. Özellikle organlar yerinden çıkartılmamış ve ağırlıkları ölçülmemiş, kalp inceden inceye tetkik edilmemiş, elektrik şoku ya da diğer işkence ve kötü muamele şekillerinin varlığını tespit etmek üzere histopatolojik örnekler alınmamış, toksik madde analizleri yapılmamış, fotoğraf çekilmemiş ve tıkanıklığa neden olan kan pıhtısı bulgusu yeterince tasvir ve analiz edilmemiştir" biçiminde ayrıntılı görüşler serdetmektedir[392]. Yine Mahkeme, *"Otopsi raporu sadece kurşun yaralarının biçimini, ciddiyetini ve konumlarını içermektedir. Mahkeme, Komisyon'un, raporun bazı önemli konularda, özellikle de kurşun sayısı ve kurşunun atıldığı yaklaşık mesafenin ölçülmesi konularında son derece eksik kaldığına ilişkin görüşünü paylaşmaktadır. Yapılan otopsinin baştan savma niteliği ve raporda belirtilen bulgular, hukuka uygun öldürme konusunda kesin olarak emin olmayı gerektirecek bir incelemenin ve hatta sadece asgari bir incelemenin bile yapılmış olduğu sonucuna varmayı mümkün kılmamaktadır, geride yanıtlanması gereken birçok kritik soru kalmaktadır. Mahkeme, olay yerinde yapılan ölüm sonrası ve adli tıp araştırmasının terörist şiddete açık bir yerde olduğunu, dolayısıyla standart uygulamanın gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığını tespit etmektedir. Bunu Dr.D.da raporunda belirtmiştir… Bu nedenle, doktorun ve Cumhuriyet savcısının cesedi, vücut, giysiler ve kurşun yaraları üzerinden araştırma yapılmak üzere daha güvenli bir yere götürmek konusunda herhangi bir talepte bulunmamış olmaları şaşırtıcıdır."* demektedir[393].

392 ECtHR, Tanlı V. Turkey, Application No: 26129/95, 14.04.2001, para.120, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59372.

393 ECtHR, Kaya v. Turkey, Application No: 22729/93, 19.02.1998,

Minnesota Protokolü'ne de kararlarında sıklıkla atıf yapan AİHM, her şüpheli ölüm için soruşturma açılması ve bu soruşturmaların yeterli bir otopsiyi içermesi, otopsinin ehil kişilerce yapılması ve soruşturma sonuçlarının otopsi raporu da dahil olmak üzere kamuoyuna sunulmasının amaçlanmasının önemine işaret etmektedir[394].

6. Şüpheli ya da Sanığın Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Delil elde etmek ve bazı vakıa ve olayları, örneğin yara, iz ve eserleri belirlemek amacıyla muayene yapılabilir ve beden boşlukları incelenebilir. Bu doğrultuda, vücuttan kan, cinsel salgı, saç, kıl, tırnak, tükürük, nefes, deri döküntüsü, gaita, sümük, balgam gibi örneklerin alınması da mümkündür. İşlemin ilgilinin sağlığını tehlikeye düşürmemesi temel koşuldur. Bu doğrultuda muayene veya parça almak amacıyla hiçbir surette cerrahi müdahalede bulunulamaz. İşlemler ultima ratio, yani başka delil elde imkânı bulunmayan durumlarda son çare olarak başvurulabilecek işlemlerdendir[395].

Beden muayenesi ve örnek alma işlemlerine, CMK m.75/1 uyarınca hâkim karar verir. Hâkimin görevlendireceği bir hekim veya diğer bir görevli tarafından gerçekleştirilebilir. Alınan örneklerin ise kişi haklarının korunması amacıyla paralel olarak, başka bir yargılamada kullanılabilmesi mümkün değildir.

---

para.89, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58138.

394 ECtHR, Finucane v. The United Kingdom, Application No: 29178/95, 01.07.2003, para.58, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61185.

395 Ünver/Hakeri, C.I, s.652.

Beden muayenesi, dış beden muayenesi-iç beden muayenesi olmak üzere ikiye ayrılır. Dış beden muayenesi, bütün suçlar bakımından mümkün iken; iç beden muayenesine üst sınırı iki yıldan çok hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından başvurulabilir.

Dış beden muayenesi savcı, adli kolluk görevlileri ve mahkeme tarafında yapılabilir. İç beden muayenesine ise yalnızca hâkim, gecikmede sakınca bulunması halinde ise savcı karar verebilir.

7. Çıplak Arama

AÖAY m.27/6-a ile, kontrol işleminin durdurulan kişinin "giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın" gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. AÖAY m.28/9 ile düzenlenen "üst araması" tedbirine başvurulabilmesi için ise, hâkim kararı ya da yetkili amirin yazılı emrinin bulunması önkoşuldur. AÖAY m.28/9-c ile, "önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkartılır; bedenin alt kısmındaki giysiler, üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkartılır." denirken, ARYÖN m.27/9-d ile, "bedene dokunulmaması" öngörülmektedir. Bedene dokunabilecek kişi, yalnızca "hekim"dir ve bunun için CMK m.75 uyarınca verilmiş bir hâkim kararı ya da savcı emrinin bulunması önkoşuldur[396].

Cezaevinden cezaevine uygulama farklılık gösterse de, cezaevine getirilen her mahpus "kuruma alınma ve kayıt işlemleri" sırasında aranır. Bu aramanın yasal çerçevesini ise

396 Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m.4.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK) ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük (CGTİHT-Tüzük) oluşturur. 5275 sayılı kanunun "Kuruma alınma ve kayıt işlemleri" başlıklı 21. maddesinde, mahpusun "üstü ve eşyaları arandıktan sonra" kabul odasına alınacağı ve sonrasında parmak ve avuç içi izlerinin alınacağı, fotoğraflarının çekileceği, kan grupları ve vücutlarının dış özellikleri ile ölçülerinin belirlendiği ifade edilmektedir[397].

Tüzük m.46/2'de; *"hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğuna dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi halinde,* çıplak *olarak veya beden*

397 **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun**

Kuruma Alınma ve Kayıt İşlemleri

Madde 21- (1) Haklarında kesinleşmiş hapis cezasını içeren mahkûmiyet ve ödenmeyen adlî para cezalarının hapse çevrilmesine ilişkin karar bulunanlar, Cumhuriyet Başsavcılığının yazılı emriyle ceza infaz kurumuna gönderilirler. Üstleri ve eşyaları arandıktan sonra kabul odalarına konulur ve hekim muayenesinden sonra kuruma yerleştirme işlemleri yapılır.

(2) Ceza infaz kurumuna alınan hükümlülerin adı ve soyadı, işledikleri suç, cezalarının türü ve süresi, mahkûmiyet ilâmının tarih ve numarası ve infaza başlandığı gün "hükümlü defteri"ne kaydolunur. Bu defterdeki sıra numarası, hükümlünün numarasını oluşturur.

(3) Tanıya yönelik olarak hükümlülerin parmak ve avuç içi izleri alınır, fotoğrafları çekilir, kan grupları, vücutlarının dış özellikleri ve ölçüleri belirlenir. Kayıt altına alınan söz konusu bilgiler hükümlünün kişisel dosyasında veya elektronik ortamda saklanır. Bu bilgiler, Kanunun zorunlu kıldığı hâller dışında hiçbir kurum ve kişiye verilemez.

çukurlarında aşağıda *belirtilen usullere göre arama yapılabilir"* içerikli bir düzenleme bulunmaktadır[398].

AİHM, kararlarında *"cezaevi güvenliğini sağlamak, suç işlenmesini ya da düzenin bozulmasını engellemek amacıyla çıplak arama yapılmasının gerekli olabileceğini"* kabul etmekle birlikte[399], *"tutuklu ve hükümlülerin korunmasız ve zayıf durumda olduklarını, en zor koşullarda dahi yetkililerin bu kişilerin fiziksel esenliklerini korumakla sorumlu olduklarını"*[400] belirtmiştir.

Bu çerçevede AİHM, *"somut olayın koşullarında bu uygulamanın* üzüntü ve *aşağılama duygusunu artırabileceği, bu yönüyle kamu otoritelerinin hükümlü/tutukluların onurunu zedelemeyecek biçimde davranmaları gerektiği, tamamen duyusal yalıtma ile birlikte bütünüyle sosyal yalıtmanın kişiliği tahrip edeceği, güvenlik veya başka gerekçelerle haklı gösterilmeyecek bir insanlık dışı muamele biçimi oluşturacağı"* tespitini yapmaktadır[401].

398 04.06.2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

399 ECtHR, Van Der Ven v. The Netherlands, Application No: 50901/99, 04.02.2003, p.60, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60915.

400 ECtHR, Keenan v. The United Kingdom, Application No: 27229/95, 03.04.2001, p. 91, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59365; ECtHR, Tarariyeva v. Russia, no.4353/03, 14.12.2006, p. 73, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78591; ECtHR, Vladimir Romanov v. Russia, Application No: 41461/02, 24.07.2008, p.57, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87836.

401 ECtHR, Van Der Ven v. The Netherlands, Application No: 50901/99, 04.02.2003, p.61-62, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60915; ECtHR, Valasinas v. Lithuania, Application No: 44558/98, 24.07.2001, p.117, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59608; ECtHR, Iwanc-

AYM, çeşitli başvurularda çıplak arama iddialarını Anayasa m.17 kapsamında, yaşam hakkı ve kötü muamelede bulunma yasağı kapsamında değerlendirmektedir[402].

Hükümlülük dışında, bireyin üstü aranırken kolluk görevlilerine üst araması kapsamında çıplak arama yetkisi tanıyan herhangi bir düzenleme hukukumuzda bulunmamaktadır ve Anayasa m.90/son uyarınca iç hukukumuza dâhil olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar kapsamında hukuka aykırıdır.

Yargıtay'a göre, *"Sanık ...'ın üzerinde yapılan arama işleminin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesine gelince; hukuka uygun olarak yapılan arama sonucunda sanık ...'ın elindeki poşette uyuşturucu madde ele geçirilmesi, sanık ... ile birlikte yakalanan ve sanık ...'ın kardeşi olan inceleme dışı sanık ... .'nin, yakalandığı anda ele geçirilen üç paket hâlindeki esrarları sanık ...'ın satmaları için kendilerine verdiğini kolluk görevlilerine beyan etmesi ve sanık ...'ın pantolonunun içinde hayalarının üzerinde yapılan aramanın, kaç-*

zuk v. Poland, Application No: 25196/94, 15.11.2001, p.59, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59884; ECtHR, Frerot v. France, Application No: 70204/01, 12.06.2007, p.38-47, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81008; ECtHR, Pawel Pawlak v. Poland, Application No: 13421/03, 30.10.2012, p. 141, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114085.

402 Anayasa Mahkemesi, Turan Günana Başvurusu, Başvuru No: 2013/5545, 15.12.2015, para. 67, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-5545.pdf; Anayasa Mahkemesi, Elif Kaya Başvurusu, Başvuru No: 2014/266, 06.04.2017, para. 37, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-266.pdf.

masını, kendisine veya başkalarına zarar vermesini önlemek ve silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyadan arındırmak amacıyla kişiler üzerinde yapılabilecek yoklama düzeyini aşan nitelikte ve orantısız olduğunun anlaşılması karşısında; usulüne uygun olarak verilmiş arama kararı veya yazılı arama emri olmaksızın sanık ...'ın pantolonunun içinde hayalarının üzerinde yaptıkları arama sonucu elde ettikleri suç konusu uyuşturucu maddenin hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil niteliğinde olduğu ve bu delilin hükme esas alınamayacağı, dolayısıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın sanık ... ile ilgili yapılan arama işleminin hukuka uygun olduğuna dair itirazının yerinde olmadığı kabul edilmelidir.[403] *"*

Cezaevinden cezaevine farklılık görülmesi ilgili kanun ve yönetmeliklerde bu konunun çerçevesinin çizilmemesi ve aramanın hapishane idaresinin tasarrufuna bırakılması, pek çok hukuk ihlaline zemin hazırlamaktadır.

Mahpusun cezaevine getirilişi sırasında yaşanan çıplak arama, bütün elbise ve iç çamaşırların çıkarılması şeklinde olmaktadır. Çıplak aramaya ek olarak bazı cezaevlerinde "oyuk araması" da yapılmaktadır; bu konuda da cezaevleri arasında bir uygulama birliği bulunmamaktadır. "Oyuk araması", mahpusun makatının ve kadınsa aynı zamanda vajinasının içinin aranması işlemini anlatmak için kullanılan bir tabirdir. 1980'lerden itibaren örneklerine rastlandığı gibi mahpusun ağız içinin aranması da "oyuk araması" kapsamında görülebilir.

403 Yargıtay CGK, E.2015/9-1071, K.2018/365, 25.09.2018,

Mahpusların, özellikle de cezaevine ilk girişleri esnasında çıplak aramayı kabul etmemeleri halinde, arama zorla yapılmakta, elbiseler zorla çıkarılmakta, dolayısıyla olaya müdahil olan tüm infaz koruma memurları (gardiyanlar) mahpusun her tarafına "dokunmakta"dır.

"Oyuk araması", "çıplak arama"nın da ötesinde bir ihlaldir. Özellikle adli mahpuslar, kendilerine yönelik ihlalleri kanıksamış durumdadır, kanıksamamış olanlar ise büyük oranda bu ihlalleri duyurabilecek imkân ve olanaklardan yoksundurlar. Bu konuda hassasiyet gösteren siyasi mahpusların aranmaları ise daha büyük olayları tetikler nitelikte bir hak ihlali olarak kayıtlara geçmektedir. Müdafilerin bu konuda azami hassasiyet göstererek olası hak ihlallerini önlemeleri, önleyemedikleri durumları da dava konusu yapmaları beklenir.

I. Esas Hakkındaki Mütalaa ve Esas Hakkındaki Savunma

Delillerin ortaya konularak muhakeme makamlarının algısına sunulmalarından sonra savcılık, esas hakkındaki mütalaasını verir. Bu, savcılığa tanınan bir son sözünü söyleme hakkıdır. Savcılığın son sözünden sonra savunma yapılabilmesi için yeterli süre verilmesi şartıyla esas hakkındaki savunmanın yapılması gündeme gelir. Esas hakkındaki savunma, son derece hassasiyetle hazırlanılması gereken bir "son müdahale" olarak karşımıza çıkar.

Esas hakkında savunma, savcılığın esas hakkında mütalaasına karşı savunma tarafının beyan ve görüşlerini yargılamayı yapan mahkemeye bildirmesidir. Diğer bir deyişle, esas

hakkında savunma, ceza mahkemesinde yapılan yargılamada mahkemenin son kararının nasıl olması gerektiği konusunda yapılan son savunmadır.

Esas hakkında savunma, AİHS m.6'da düzenlenen "çelişmeli yargılama" ilkesinin zorunlu bir unsurudur.

CMK m.216'ya göre, sonuç çıkarma evresinin "delillerin tartışılması" bölümünde tarafların son söz hakkına ilişkin sıra şu şekildedir:

- Bireysel iddia makamını temsil eden müdahil (katılan) ve avukatı, herkesten önce davanın esası hakkındaki son sözünü söyler.
- Kamusal iddia makamını temsil eden Cumhuriyet savcısı, müdahil ve vekilinden hemen sonra esas hakkındaki görüşünü, yani esas hakkındaki mütalaasını açıklar.
- İddia tarafı son sözlerini söyledikten sonra savunma tarafı son sözlerini söyler. Sanık ve avukatına veya sanığın kanunî temsilcisine, esas hakkında savunma yapmak üzere söz hakkı verilir.
- Sanık duruşmada hazırsa, esas hakkında savunma yaptıktan sonra sanığa yargılamanın bitirileceği hatırlatılır ve ayrıca bir kez daha "son sözü" sorulur. Esas hakkında beyandan sonra sanığa ayrıca son söz hakkı verilmemesi bozma nedenidir.

Esas hakkındaki savunmada bazı hususlara özellikle dikkat edilmelidir. Delillerin tartışılması, esas ilişkin savunmanın en önemli yapılma biçimidir. Hukuka aykırı deliller tespit

edilerek mutlaka mahkemenin dikkati çekilmelidir. Çünkü, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması kesin hukuka aykırılık halleri arasında olup hükmün bozulması nedenidir (CMK m.289/1-h). Delil tartışmasında, deliller ile ispat arasında bir korelasyon kurulmalı, hangi delilin ispat açısından diğerine üstün tutulması gerektiği gerekçeleriyle açıklanmalıdır. Her delil kendine özgü özellikleri bağlamında tartışılmalıdır. Örneğin, telefon görüşmeleri "belirti", telefon görüşmesi içeriğinin tape haline getirilerek yazılması "belge", telefon görüşmesi içeriğini duyan birinin tanıklık etmesi "beyan" delili olarak değerlendirilir. Türleri farklı olan bu delillerin elde edilmesi, muhafazası, ileri sürülmesi ve tartışılması sırasında yapılan uygulamalar kendine özgü hukuka aykırılıklar ortaya çıkarabilir. Ceza muhakemesinde "kesin delil" kavramı yoktur. Tüm deliller mahkeme tarafından vicdani kanaat ile değerlendirilmelidir.

Suç vasfının belirlenmesi, ceza yargılamasında uyuşmazlığın "hukuki mesele" boyutunun çözülmesi açısından önemlidir. Esasa ilişkin savunma yapılırken, savcılığın mütalaada olay anlatımı veya savunmanın bakış açısına göre olay anlatımı dikkate alınarak; suç vasfının ne olduğu tartışılmalıdır. Mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, sanığın cezası suç vasfına göre belirlenecektir.

Talep edilmesine ve esasa etkili olmasına rağmen mahkeme tarafından toplanmayan deliller, eksik veya yanlış yapılan işlemler, mahkemenin uygulama hataları da (Örneğin, tanık dinlenirken taraf avukatına söz hakkı verilmemesi) esas hakkında savunma ile değerlendirilmelidir.

İ. Hüküm

Hüküm bir muhakemenin sonunda verilen ve uyuşmazlığı çözen karardır. Hüküm hem psikolojide hem mantık/felsefede hem de hukukta çeşitli tanımlara sahiptir. Buna göre, psikolojide hüküm, iki kavram arasında ilişkiyi onaylamak ya da reddetmek olarak tanımlanır. Mantık/felsefede ise hüküm, psikolojidekine benzer ancak ondan daha geniş şekilde, iki kavram arasında olumlama ya da olumsuzlamayı içerecek biçimde önermelerden sonuç çıkarma işlemi olarak tanımlanmaktadır. Hukukta hüküm, hukuksal uyuşmazlığı çözen ve muhakemeyi sonlandıran karar tanımıyla karşılanır[404].

Muhakemenin yargılama makamları önüne götürülüşü dava ile olur. Hüküm ise dava sırasında ve sonunda yapılan muhakemenin sonucudur. Davasız muhakeme olmaz ve dolayısıyla davasız hüküm olmaz. Her hüküm bir davaya dayanır, dayanağı dava olmadan hüküm de var olamaz[405].

Hükmün konusu, davası açılmış eylemdir. Dava iddianame ile açılır. O halde hükmün konusu, iddianamede belirtilen eylemdir. Açılmış bulunan davanın maddi konusu ile hükmün konusu aynı olmalıdır. Aynılıktan, davaya ve hükme konu edinilen eylem ve kişinin aynı olması anlaşılır[406]. Kovuşturma evresi sırasında ortaya konan delillerin incelenmesiyle eylemin iddianamede belirtilen suçtan başka bir suç olduğu ortaya

404 Hükmün çeşitli tanımları konusunda bkz. Günal Kurşun, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.32-42 (Kurşun, Hüküm).

405 Kurşun, Hüküm, s.44.

406 Kurşun, Hüküm, s.43-53.

çıkarsa suç niteliğinin değişmesi söz konusu olur[407]. Mahkeme, iddianamede yöneltilen eylemin dışına çıkamaz, ancak eylemi nitelemede özgürdür ve bu durum, belli usul kurallarına bağlanmıştır. Sanığın başka bir suçunun ortaya çıkması durumunda ise savcı, yeni bir iddianame ile yeni bir dava açmak durumundadır. Aynı eylemden ötürü aynı kişi iki kere yargılanamaz[408].

Hükmün niteliğinden, uyuşmazlığı çözerek muhakemeyi sona erdiren kararlar anlaşılır. Uyuşmazlığı tam manasıyla çözen kararlar olduğu sürece, son karar ile hüküm terimlerinin farklı anlamları yoktur. Beraet, mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı hükümleri, aynı zamanda uyuşmazlığı çözdükleri için son karar kabul edilmelidir. Düşme ve red kararı da uyuşmazlığı doğrudan olmasa bile dolaylı olarak çözen hükümlerdir; dolayısıyla son karar kabul edilebilir. Uyuşmazlığın çözümünü öteleyen kararların son karar olmaması gerekir. Durma kararı, niteliği itibariyle uyuşmazlığı çözmez, bekletir. Dolayısıyla durma kararı, niteliği itibariyle bir son karar değil bir ara kararıdır. Hükmün bir diğer niteliği mecburi olmasıdır, muhakeme makamları ve özellikle hâkim, bu görevinden kaçınamaz[409].

Hüküm sorun, gerekçe ve sonuç şeklinde üç unsurdan oluşur. Olayın nasıl gerçekleştiği, olayın hukuk normları karşısında durumu, tüm yönleriyle değerlendirildiğinde suç teşkil edip etmediği, teşkil ediyorsa bu suçun vasfı, suçun nasıl analiz

407 Kurşun, Hüküm, s.53 vd.
408 Kurşun, Hüküm, s.60.
409 Kurşun, Hüküm, s.67.

edilmesi gerektiği, hükmün sorun bölümünü oluşturur. Gerekçe, soruna bağlı olarak ve sorunun açıkça ortaya konmasından hareketle varılan sonuca ilişkin izlenen akıl yürütmenin mantıksal açıklamasıdır. Sorun ortaya konduktan sonra gerekçe verilerek varılan sonuç, hükmün son unsurunu oluşturur[410].

Her muhakeme bir şüphe ile başlar. Muhakeme sürecinde de başka başka şüphelerin giderilmesine ya da doğrulanmasına çabalanır. En sonunda ise tüm şüpheler yenilir ve bir hüküm verilir. Şüphelerin yenilme süreci, niteliği itibariyle muhakeme makamlarından yalnızca birinin işi değildir. Muhakeme makamları ortaya koydukları deliller ile olasılıkları artırıp azaltırlar, ancak yine de şüphelerin neticede yenilmesi noktasında rol oynarlar. Muhakeme işlemi, ortaklaşa yapılan bir işlemdir. O halde, ortaklaşa yapılan muhakeme işleminin sonunda verilen hüküm de bir ortaklaşa faaliyetin sonucu olarak elbirliği ile verilir. Bu ortaklaşa işleme "tarafların hükme katılması" ya da "kolektif muhakeme" adı verilir[411]. Bir sentez olarak hükme ulaşmada, adına "çelişme" denen yöntem uygulanır. Buna göre, hüküm verme faaliyetine katılan tüm taraflar, görüşlerini ortaya koyarlar; böylelikle taraflar birbirlerinin fikirlerini öğrenerek birlikte düşünebilirler. Hüküm maddi anlamda, yalnızca sonuç çıkarma devresinde değil, tüm muhakeme evrelerinde; şekilsel anlamda ise sonuç çıkarma devresinin sonunda verilir.

Roma hukuku kökenli bir kavram olan "kesin hüküm", kanunca belirtilen durumlarda, verilmiş hükmün değiştirilemez

410 Kurşun, Hüküm, s.68-77.
411 Kurşun, Hüküm, s.77.

olduğunu anlatmak için kullanılır[412]. Olağan kanun yolları açısından, hüküm henüz kesinleşmeden kanun yoluna gidilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Olağanüstü kanun yollarının ise, kesinleşmiş hükme karşı, sınırlı bazı durumlarda gidilebilen bir başvuru yolu olduğunu belirtmek gerekir. O halde, olağan-olağanüstü kanun yolunu belirleyen şey, hükmün "kesin hüküm" niteliğinde olup olmadığıdır. Hükme karşı olağan yollar tüketilmişse, artık hükmün kesinlik kazandığı söylenebilir. Ancak bu kesinlik biçimsel bir kesinliktir, çünkü olağanüstü yollar kullanılarak değiştirilebilir. Durum böyle olunca, zorunlu olarak "biçimsel kesin hüküm-maddi kesin hüküm" ayrımı yapılmak durumundadır. Gerçekten de, hukuki uyuşmazlığın bütün bir gelecek için, mutlak olarak sonuçlandırılması ancak maddi anlamda kesin hüküm ile mümkün olabilir. Hükmün biçimsel kesinlik kazanması, ancak belli şartlarla mümkün olur. Biçimsel kesin hükümden farklı olarak, maddi kesin hüküm, hükmün diğer muhakemelere olan etkisini de ifade eder. Maddi anlamda kesin hükmün bağlayıcılık ve önleyicilik şeklinde iki önemli etkisi vardır[413].

Hükmün verilmesi usulü, bir başka deyişle müzakereye kimlerin katılacağı, müzakerenin gizliliği, müzakere yöntemi, oy verme usulü, gerekçenin içeriği ve hükmün şekli kanunca belirlenir. Hükmün tefhimi ve tebliği konusunu da kanun, belirli normlara bağlamıştır[414].

412 Kurşun, Hüküm, s.81.

413 Kurşun, Hüküm, s.85-95; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1987, s.27-53.

414 Kurşun, Hüküm, s.95-118.

Kanunda, beraet, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, red ve düşme olarak altı hüküm çeşidi sayılmaktadır. Durma kararı uyuşmazlığı çözmediği, çözümünü beklettiği için hüküm kabul edilmez. Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararları, yalnızca kanun yolu bakımından hüküm sayılırlar[415].

J. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması CMK m.231'de düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması; kurulan hükmün sanık hakkında bir sonuç doğurmamasını ifade eder[416].

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin CMK hükümlerinin somut olaya uygulanıp uygulanmayacağına, herhangi bir talebe gerek olmaksızın hâkim tarafından karar verilir. Hüküm paragrafında mutlaka bu konuda gerekçeli bir değerlendirme bulunmalıdır[417]. Yargıtay, içtihat halini alan bir başka CGK kararında *"Geçmişte sabıkası bulunmayan ve kısa süreli hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilen sanık*

415 Kurşun, Hüküm, s.166.

416 Ünver/Hakeri, C.III, s.1716.

417 "Özenle vurgulanması gereken bir diğer husus da şudur; yargılama sonunda belirlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına dair değerlendirme yapılması için, yargılamanın herhangi bir sujesinin istemde bulunması gerekmez. Maddede öngörülen koşulların oluşup oluşmadığı ve bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı yargıç tarafından her olayda kendiliğinden değerlendirilip takdir edilmeli ve denetime olanak sağlayacak biçimde kararda gösterilmelidir." Yargıtay CGK, E.2007/8-171, K.2007/235, 13.11.2007.

hakkında yerel mahkemece, hüküm tarihi itibariyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve re'sen değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığa verilen kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50. maddesi uyarınca seçenek yaptırıma çevrildiği gerekçesiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır" demektedir[418].

418 Hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda aşağıya alıntılanan bu karar kilit önemdedir ve tüm ana ilkeleri açıklamaktadır: "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hukukumuzda ilk kez çocuklar hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesi ile kabul edilmiş, 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesine eklenen 5 ila 14. fıkrayla büyükler için de uygulamaya konulmuş, aynı kanunun 40. maddesi ile 5395 sayılı Kanun'un 23. maddesi değiştirilmek suretiyle, denetim süresindeki farklılıklar hariç tutulmak kaydıyla çocuk suçlular ile yetişkin suçlular, hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından aynı şartlara tâbi kılınmıştır. Başlangıçta yalnızca yetişkin sanıklar yönünden şikâyete bağlı suçlarla sınırlı olarak hüküm altına alınan, bir yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezaları için kabul edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması 5728 sayılı Kanun'un 562. maddesi ile 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin 5 ve 14. fıkralarında yapılan değişiklik sonucu, Anayasanın 174. maddesinde güvence altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlar istisna olmak üzere, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezalarına ilişkin suçları kapsayacak şekilde düzenlenmiş, maddeye 6545 sayılı Kanunla "Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez" hükmü eklenmiştir.5560, 5728, 5739 ve 6008 sayılı Kanunlarla 5271 sayılı CMK'nun 231. maddesinde yapılan değişiklikler göz önüne alındığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için; 1) Suça ilişkin olarak;a- Yapılan yargılama sonucu hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezası olması,b- Suçun Anayasanın 174. maddesinde güvence altına alınan

inkılâp kanunlarında yer alan suçlardan olmaması, 2) Sanığa ilişkin olarak; a- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,b- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,c- Mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önüne alınarak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate ulaşılması,d- Sanığın, hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmediğine dair bir beyanının olmaması,Şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir.Bu şartların varlığı halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecek ve onsekiz yaşından büyük olan sanıklar beş yıl, suça sürüklenen çocuklar ise üç yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulacaktır.Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükmü, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklere uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır. Uyuşmazlığın çözümü açısından kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar konusu üzerinde de durulması gerekmektedir:5237 sayılı TCK'nun "Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar" başlıklı 50. maddesi;"1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre,a) Adlî para cezasına,b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç

işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,Çevrilebilir.2) Suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adlî para cezasına çevrilmez.3) Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.4) Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adlî para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz.5) Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir.6) Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.7) Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir." şeklinde düzenlenmiştir.5237 sayılı TCK'nun 50/1. maddesindeki düzenleme ile kısa süreli hapis cezasının, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkün kılınmıştır. Bu nedenle maddede yazılı şartlarının oluşması halinde özgürlüğü bağlayıcı cezanın seçenek yaptırımlardan birisine dönüştürülebilecektir.Buna karşılık CMK'nun 231/7. maddesi; "Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez" şeklinde düzenlenmiş olup, açıklanması geri

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ve

bırakılan hükümde yer alan hapis cezasının ertelenemeyeceği ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırıma çevrilemeyeceği belirtilmiştir. Ceza Genel Kurulunun 19.02.2008 gün ve 346-25, 03.02.2009 gün ve 250-13 ile 29.09.2009 gün ve 130-213 sayılı kararları başta olmak üzere birçok kararında da açıkça belirtildiği gibi, şartlı bir düşme nedeni oluşturan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, objektif şartların (mahkumiyet, suç niteliği ve ceza miktarı, daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmama, zararın giderilmesi) varlığı halinde, 6008 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce re'sen, bu değişiklikten sonra ise sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmediğine dair bir beyanının olmaması halinde mahkemece diğer kişiselleştirme hükümleri olan seçenek yaptırımlara çevirme ve ertelemeden önce değerlendirilmesi gerekmektedir.Öte yandan kanun koyucu, kişi hakkında kurulan hükmün hukuki sonuç doğurmamasını ifade eden "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ile belirli şartların gerçekleşmesi halinde kişilerin işledikleri bir takım suçlardan dolayı adli yönden lekelenmemeleri için bir fırsat tanımak istemiştir. Kanun koyucu, 5271 sayılı CMK'nun 231. maddesine 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını düzenlediği 5-14. fıkraları eklediği aşamada; 5237 sayılı TCK'nun 50. maddesindeki yasal düzenlemeyi bilmektedir. Buna rağmen CMK'nun 231. maddesinin 7. fıkrasındaki düzenlemeyi yapmakla, açıklanması geri bırakılan hükümlerde 5237 sayılı TCK'nun 50. maddesindeki seçenek yaptırıma çevirme zorunluluğunun uygulanmamasını istediği yönündeki iradesini açıkça ortaya koymuştur. Aksi görüşün kabulü, sanıkların hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmaması suretiyle; adli yönden lekelenmeme haklarının ellerinden alınması sonucunu doğurur ki, bu sonuç hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının düzenleniş amacına açıkça aykırıdır. Bununla birlikte, şartların gerçekleşmemesi nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi veya açıklanması geri bırakılan hükmün 5271 sayılı CMK'nun 231. maddesinin 11. fıkrası uyarınca açıklanması sırasında 5237 sayılı TCK'nun 50. maddesinde yer alan seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilmeyeceği mahkemece gözönüne alınacaktır.Bu açıklamalar ışığında somut olay

Türkiye'deki uygulaması çeşitli AİHM kararlarına da konu olmuştur. AİHM'e göre, özellikle işkence ve kötü muamelenin söz konusu olduğu polislerin yargılandığı davalarda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi, sanık polisler hakkında mahkûmiyet hükümlerinin etkisiz kalmasına yol açtığından kabul edilemez "tedbirler" kategorisine girmektedir[419]. Mahkeme benzer bir davada, CMK m.231 anlamında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun infaz ertelemesinden (tecil) çok daha güçlü bir etkiye sahip olduğu tespitiyle açıkça bir işkence davasında polislere yönelik hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının cezasızlık anlamına geldiğini belirtmektedir[420].

---

değerlendirildiğinde;Geçmişte sabıkası bulunmayan ve kısa süreli hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilen sanık hakkında yerel mahkemece, hüküm tarihi itibarıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının diğer kişiselleştirme hükümlerinden önce ve re'sen değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığa verilen kısa süreli hapis cezasının TCK'nun 50. maddesi uyarınca seçenek yaptırıma çevrildiği gerekçesiyle hükmünaçıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır." Yargıtay CGK, E.2014/176, K.2015/95, 07.04.2015.

419 "Polis memurlarının on ay hapis cezasına ve iki ay on beş gün kamu hizmetinden uzaklaştırıldıkları doğrudur; ancak duruşmalara hiç katılmamış olmalarına rağmen polisler, duruşmadaki davranışları nedeniyle hafifletici koşullardan yararlanmıştır. Daha sonra hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Mahkeme, ulusal hukukun yasama ve baskıcı hükümlerinin, polis memurlarının etkili bir şekilde mahkûm edilmesinden kaçınmak için de facto, fiilen kullanıldığı ve bu şekilde ceza yargılamasının alet edildiği sonucuna varmıştır." CEDH, Zeynep Özcan c. Turquie, Requete No:45906/99, 20.02.2007, para.43, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-79522.

420 ECtHR, Eski v. Turkey, Application No: 8354/04, 05.06.2012, para.36,

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında (HAGB) birtakım şartlar söz konusudur. Öncelikle elbette HAGB için söz konusu hükmün bir "mahkûmiyet" hükmü olması şarttır; yani CMK'da aslında "mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması" düzenlenmektedir. Sanığın mahkûm olduğu cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması gerekir. CMK m.231/6-a'daki düzenlemeye göre, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması gereklidir. Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda mahkemece kanaate varılması şarttır. Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmiş olması gerekir. CMK m.231/14'e göre, HAGB için söz konusu suçun Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlardan olmaması gerekir[421]. 6728 sayılı Çek Kanunu m.5/10 uyarınca; karşılıksız çek keşide etme suçunda HAGB uygulanamaz. Son olarak HAGB'yi sanığın kabul etmesi şarttır. Tüm bu şartlar gerçekleşmişse, yetişkinlerde beş yıl, çocuklarda üç yıllık denetim süresi başlar ve bu süre içinde kasten yeni bir suç iş-

http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-111266 .

421 Burada şöyle bir gariplik vardır ki, en son TCK m.230/5'de yapılan değişiklikle evlenmenin dinsel törenini yaptırma suçu suç olmaktan çıkarıldığından, Anayasa m.174'de bahsi geçen inkılap kanunları içinde tespit edebildiğimiz biri dışında ceza hükmü içeren ve halen yürürlükte olan bir kanun bulunmamaktadır. 30.11.1925 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Birtakım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun'un 1. maddesindeki ceza hükümleri halen yürürlüktedir.

lenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesi kararı verilir. Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı, CMK m.231/12 uyarınca itiraz edilebilir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında HAGB kararı ve ertelenen mahkûmiyet hükmü aleyhine gidilebilecek kanun yolu konusunda tartışma vardır. Esasen, HAGB kararı aleyhine itiraz yoluna başvurulabileceği açıkça kanunda yazdığı için bu konuda bir tartışma olmaması gerekir. Buna karşın, kanunda hiç de böyle bir ifade bulunmadığı halde, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet hükmü için istinaf ve temyiz yolunun kapalı olduğu Yargıtay içtihatlarıyla belirlenmiş durumdadır[422]. Yargıtay, HAGB kararını bir son karar değil bir ara karar olarak gördüğü için, son karara bağlanan istinaf ve temyiz yollarının HAGB için kapalı olduğunu savunmaktadır. Aynı Yargıtay, açıklanması geri bırakılan hükümden sonra denetim süresi içinde yeni bir suç

422 Yargıtay CGK, E.2009/64, K.2009/83, 07.04.2009; Yargıtay CGK, E.2014/13-1204, K.2014/1123, 04.11.2014.

işlenmesi durumunda ikinci suç için infaz ertelemesini kabul etmemektedir; yani ortada ilk suç için de bir mahkûmiyet hükmü vardır. Kaldı ki, HAGB kararı non bis in idem, bir suçtan ötürü iki yargılama yapmama etkisi göstermektedir[423]. Yargıtay, bu yorumu tamamen iş yükünü artırmamak amacıyla yapmaktadır. Uygulama ile ne kadar çok talep edilirse, Yargıtay'ın bu yanlış içtihadından dönmesi o kadar çabuk olacaktır.

Uygulamada hatalı olarak, yargılamanın en sonunda sormak yerine sanığa son savunması yaptırılmadan, esas hakkındaki mütalaaya karşı diyecekleri sorulmadan veya son söz sanığa verilmeden, CMK m.231 bağlamında HAGB'yi kabul edip etmediği sorulmaktadır. Sanıkların çoğu da, hele belli süre tutuklu kalmışlarsa haklı olarak, adeta kendi mahkumiyet kararlarına zemin hazırlarcasına ve çoğunlukla kanun yolu haklarından vazgeçtiklerini bilmeden muvafakat etmektedirler. HAGB usulünün bütünüyle gözden geçirilmesi gerekir.

HAGB kararına karşı kanun yararına bozma yolu işletilebilir[424]. Kanun yararına bozmaya başvurmak için itiraz yoluna başvurarak ya da başvurmaksızın kararın kesinleşmiş olması gerekir.

HAGB kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunu sınırlı olarak işletmek mümkündür. Yalnızca

423 Ünver/Hakeri, C.III, s.1757. Yazarların eserinde HAGB'nin niteliği ve uygulamada yaşanan sorunlar, Yargıtay'ın hatalı içtihatlarının eleştirisiyle birlikte tartışılmaktadır. Okuyanın damağında müthiş bir tat bırakan bir hukuk tartışması ve neredeyse tümüne katıldığımız akıl yürütmeler için konunun ilgililerinin eserin 1747-1767 sayfalarını mutlaka incelenmesi önerilir.

424 Ünver/Hakeri, C.III, s.1760.

ifade özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşleri özgürlüğü konularıyla sınırlı olarak, AYM'nin yapılan bireysel başvuruları diğer şartlara bağlı olarak kabul ettiği kararlar vardır. Beş yıllık denetim süresi, kişiyi ifade özgürlüğü kullanımından[425] veya bir toplantı ya da gösteri yürüyüşüne katılmaktan alıkoyabilecek[426] nitelikte olduğundan AYM, HAGB kararlarının Anayasa'nın 26 ve 34. maddeleriyle çelişki içinde olduğu gerekçesiyle ihlal kararı vermektedir.

K. Seri Muhakeme Usulü

17.10.2019 tarihinde kabul edilen 7188 sayılı kanunla, hukuk düzenimize özel bir yargılama yolu getirilmiştir. Yargılamaların hızlandırılmasının amaçlandığı bu yol ile, kanunda listesi verilen bir grup suç söz konusu olduğunda ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmemişse, şüphelinin de rızasıyla bir çeşit "azaltılmış cezayı peşinen kabul etme" seçeneği getirilmektedir.

CMK m.250/1'de hangi suçlarda seri muhakeme usulü uygulanacağı belirtilmektedir[427]. Sınırlı sayıdaki ve kanunda

425 Anayasa Mahkemesi, Ali Taştan Başvurusu, Başvuru No:2017/5809, 29.01.2020, para.44, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/5809 ; Anayasa Mahkemesi, Çağrı Yılmaz Başvurusu, Başvuru No: 2017/34463, 13/2/2020, para.43, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/34463.

426 Anayasa Mahkemesi, Ali Demirci ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No:2015/16311, 20.09.2018, para.56, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/16311?BasvuruNoYil=2015&BasvuruNoSayi=16311.

427 **Ceza Muhakemesi Kanunu m.250/1'de sınırlı sayı ile sayılan suçlar şunlardır:**

verilen listede belirtilen suçların çoğunun cezasının üst sınırı 2 yıl hapistir, zira kamu davasının ertelenmesindeki sınır da budur. Cumhuriyet savcısı veya kolluk güçleri şüpheliyi seri muhakeme usulü ve sonuçları konusunda bilgilendirdikten

"a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Hakkı olmayan yere tecavüz (madde 154, ikinci ve üçüncü fıkra),

2. Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (madde 170),

3. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma (madde 179, ikinci ve üçüncü fıkra),

4. Gürültüye neden olma (madde 183),

5. Parada sahtecilik (madde 197, ikinci ve üçüncü fıkra),

6. Mühür bozma (madde 203),

7. Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (madde 206),

8. Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (madde 228, birinci fıkra),

9. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (madde 268),

suçları.

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 13 üncü maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları ile 15 inci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen suçlar.

c) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 93 üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç.

d) 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunun 2 nci maddesinde belirtilen suç.

e) 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun ek 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suç."

sonra, seri muhakeme usulünün uygulanması şüpheliye teklif edilir ve şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde bu usul uygulanır. Cumhuriyet savcısı, TCK m.61/1'de belirtilen cezanın belirlenmesine ilişkin hususları göz önünde bulundurarak, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirler. Örneğin gürültüye neden olma fiili söz konusuysa suçun cezası olan iki aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasında TCK m.61'e göre belirleyip bireyselleştireceği cezanın yarı miktarını şüpheliye önerir. Bu şekilde sonuç olarak belirlenen hapis cezası Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde TCK m.50'ye göre seçenek yaptırımlara çevrilebilir veya 51'inci maddesine göre ertelenebilir; ayrıca CMK m.250/6'da "belirlenen yaptırımlar hakkında, Cumhuriyet savcısı tarafından koşulları bulunması hâlinde 231 inci madde kıyasen uygulanabilir" dense de bu hüküm teknik olarak hatalıdır. TCK m.50 ve 51 uyarınca seçenek yaptırımlar ve tecil ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına mahkeme karar verir[428]. Savcılığın bu konularda karar yetkisi bulunmamalıdır.

Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını görevli mahkemeden yazılı olarak talep edecektir. Mahkeme, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra, seri muhakeme şartlarının gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurar; aksi takdirde

428 Erdener Yurtcan, Ceza Avukatının El Kitabı, 20. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.270

talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli, bu usulden vazgeçmiş sayılır. Seri muhakeme usulünün herhangi bir sebeple tamamlanamaması veya soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi hâllerinde, şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usulün uygulanmasına dair diğer belgeler, takip eden soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamaz. Suçun iştirak hâlinde işlenmesi durumunda şüphelilerden birinin bu usulün uygulanmasını kabul etmemesi hâlinde seri muhakeme usulü uygulanmaz. Seri muhakeme usulü, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hâllerinde uygulanmaz. Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle şüpheliye ulaşılamaması hâlinde de, seri muhakeme usulü uygulanmaz. Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda mahkemece kurulan hükme itiraz edilebilir.

L. Basit Yargılama Usulü

17.10.2019 tarihinde kabul edilen 7188 sayılı kanunla, hukuk düzenimize getirilen özel yargılama yollarından bir diğeri de basit muhakeme usulüdür. Basit muhakeme, ağır ceza mahkemelerinde uygulanmaz. Savcılığın kamu davası açmasından ve asliye ceza mahkemesinin de iddianameyi kabul etmesinden sonra, adli para cezasını ve/veya üst sınırı 2 yıl ve daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda mahkemece basit yargılama usulü kabul edilebilir. Böyle bir durumda mahkeme,

iddianameyi sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ ederek, beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmeleri ister. Tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verilebileceği hususu da belirtilir.

Beyan ve savunma için verilen süre dolduktan sonra mahkemece duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin TCK m.61 dikkate alınmak suretiyle, CMK m.223'te belirtilen kararlardan birine hükmedilebilir. Mahkûmiyet kararı verildiği takdirde sonuç ceza dörtte bir oranında indirilir.

Mahkemece, koşulları bulunması hâlinde; kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilir veya hapis cezası ertelenebilir ya da uygulanmasına sanık tarafından yazılı olarak karşı çıkılmaması kaydıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükümde itiraz usulü ile itirazın sonuçları belirtilir. Mahkemece gerekli görülmesi hâlinde bu madde uyarınca; hüküm verilinceye kadar her aşamada duruşma açmak suretiyle genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilebilir. Basit yargılama usulü, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hâlleri ile soruşturma veya kovuşturma yapılması izne ya da talebe bağlı olan suçlar hakkında uygulanmaz. Basit yargılama usulü, bu kapsama giren bir suçun, kapsama girmeyen başka bir suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uygulanmaz.

CMK m.251 uyarınca, basit yargılama usulüne göre verilen hükümlere karşı itiraz edilebilir. Süresi içinde itiraz edilmeyen hükümler kesinleşir. İtiraz üzerine hükmü veren

mahkemece duruşma açılır ve genel hükümlere göre yargılamaya devam olunur. Taraflar gelmese bile duruşma yapılır ve yokluklarında 223 üncü madde uyarınca hüküm verilebilir. Taraflara gönderilecek davetiyede bu husus yazılır. Duruşmadan önce itirazdan vazgeçilmesi hâlinde duruşma yapılmaz ve itiraz edilmemiş sayılır.

Mahkeme, itiraz üzerine hüküm verirken, CMK m.251 kapsamında basit yargılama usulüne göre verdiği hükümle bağlı değildir, ancak itirazın sanık dışındaki kişiler tarafından yapıldığı hâllerde 251'inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yapılan dörtte birlik indirim korunur. İtiraz üzerine verilen hükmün sanık lehine olması hâlinde, bu hususların itiraz etmemiş olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa bu sanıklar da itiraz etmiş gibi verilen kararlardan yararlanır.

CMK m.252/2 uyarınca itiraz üzerine genel hükümlere göre yargılama yapıldığından, genel hükümlere göre kanun yoluna başvurulabilir. Bu yol istinaf yoludur. İtirazın, süresinde yapılmadığı veya kanun yoluna başvuru hakkı bulunmayan tarafından yapıldığı mahkemesince değerlendirildiğinde dosya, CMK m.268/2 uyarınca itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderilir. Merci bu sebepler yönünden incelemesini yapar ve kararını gereği için mahkemesine gönderir.

IV-Kanun Yolları

Kanun yolları, ilk derece makamları önünde tamamlanan bir yargılamayı üst derece mahkemeler önüne taşıma yoludur. Böyle bir imkânın bulunup bulunmadığı kararın niteliği, kararı veren makam, zaman ve ilgili kişi gibi birçok etkene bağlı ola-

rak değişebilir. Kanun yolu davası bir denetim muhakemesidir. Herkes hata yapabilir ve hakimler de herkes kavramına dahildir. İlk derece yargılaması sonunda verilen kararı beğenmeyen tarafın başvurabileceği denetleme ve varsa hataların giderim yolu olarak kanun yolları, olağan kanun yolları ve olağanüstü kanun yolları olarak ikiye ayrılır[429]. Henüz kesinleşmemiş kararlara karşı olağan kanun yollarına, kesinleşen kararlara karşı ise olağanüstü kanun yollarına başvurulur. İtiraz, istinaf ve temyiz olağan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yollarıdır.

Yapılacak denetimin niteliğine göre de maddi denetim-hukuki denetim biçiminde başka bir ayrımdan da söz edilebilir. Adından da anlaşılacağı üzere maddi meselenin değerlendirilmesinde maddi denetim, hukuki meselenin değerlendirilmesinde ise hukuki denetim söz konusudur. İtiraz ve istinafta maddi ve hukuki denetim birlikte yapılırken, temyizde yalnızca hukuki denetim yapılır[430].

Türkiye, 2004 yılında yürürlüğe giren CMK ile "üç dereceli yargı sistemi" kavramıyla tanışsa da, fiilen 2016 yılından sonra üç dereceli sisteme geçmiştir. Önceden ilk derece mahkemeleri ve temyiz olmak üzere iki dereceli yargılama yapılırken, CMK döneminde istinaf ve temyiz olmak üzere iki dereceli denetim muhakemesi sistemiyle birlikte üç dereceli yargı istemi kurulmuş, ancak sistemin fiili kuruluşu ve çalışması on yıldan fazla bir süreyi bulmuştur. Bugün itibariyle ilk

429 Ünver/Hakeri, C.III, s.1866.
430 Kunter, s.640; Ünver/Hakeri, C.III, s.1866

derece mahkemelerinin kararlarına karşı kural olarak istinafa, Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kararlarına karşı ise temyize başvurulmaktadır.

Kanun yoluna başvuru hakkı, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilir[431]. AİHM, kanun yolu başvurusunda sanığın duruşmada bizzat hazır bulunmaması ve müdafiin duruşmaya kabul edilmemesi veya istinaf başvurusunun reddedilmesini adil yargılanma hakkına aykırı bulmaktadır[432].

Kanun yollarına başvurma hakkının kimlere ait olduğu CMK m.260'da gösterilmiştir. Buna göre, hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.

Avukat, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak kaydıyla kanun yollarına başvurabilir[433]. Buna karşın CMK m.266/2 uyarınca kanun yolundan müdafiin vazgeçebilmesi için bu hususta vekaletnamede özel yetki bulunması aranır. Elbette avukat, müdafilik görevini yerine getirirken sanık veya şüphelinin talimat ve yönlendirmelerinden bağımsız hareket etmeye mecburdur, ancak bu bağımsızlık müdafiin aleyhe hareket edebileceği biçiminde de

431 Anayasa Mahkemesi, E.2017/49, K.2017/113, 14/06/2017, para.11, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/113 .

432 ECtHR, Neziraj v. Germany, Application No: 30804/07, 08.11.2012, para.53, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114267 .

433 Toroslu/Feyzioğlu, s.322; Ünver/Hakeri, C.III, s.1879.

yorumlanmamalıdır[434].

Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı savcı da kanun yoluna başvurabilir. Savcılığın görevi, kamusal iddia makamı olarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunmak olduğu için sanığın lehine veya aleyhine kanun yoluna başvurmaları mümkündür. Bununla birlikte sanığın lehine olan kurallara aykırılık, hükmün sanığın aleyhine bozdurulması için savcılığa bir hak vermez[435]. Müdafi yalnızca sanık lehine kanun yollarına başvuru yapabilir.

CMK m.262 uyarınca, şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi, şüpheli veya sanığa açık olan kanun yollarına süresi içinde kendiliklerinden başvurabilirler. Şüphelinin veya sanığın başvurusuna ilişkin hükümler, bunlar tarafından yapılacak başvuru ve onu izleyen işlemler için de geçerlidir.

Kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesi, mercii tarafından karar verilinceye kadar geçerlidir, ancak Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine yapılan başvurudan onun rızası olmaksızın vazgeçilemez.

CMK m.264/1'e göre kanun yolunun veya merciin belirlenmesinde hata, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz. Böyle bir durumda, başvurunun yapıldığı merci, başvuruyu derhal görevli ve yetkili mercie gönderir.

Sanığın, aleyhine olan bir kararı kanun yoluna başvurarak denetletmesi için, kararın kanun yolunda daha da ağırlaşması ihtimalini göz önünde bulundurması gerekir. Bu durumda,

434 Toroslu/Feyzioğlu, s.323; Ünver/Hakeri, C.III, s.1883.
435 Toroslu/Feyzioğlu, s.321; Ünver/Hakeri, C.III, s.1885.

cezanın daha da ağırlaşmasından korkan sanık, kanun yoluna hiç başvurmayabilir. Bu sakıncanın ortadan kaldırılması için, sadece sanığın kanun yoluna başvurduğu veya savcılığın sanık lehine kanun yolu başvurusu yaptığı durumlarda, sanığa bir güvence getirilmiştir. Latince *reformatio in peius,* "aleyhe bozma yasağı" olarak adlandırılan bu kurala göre hükmün yalnızca sanık lehine denetletildiği durumlarda sanık aleyhine değiştirilmesi yasağı söz konusudur. Yasak, sadece sonuç ceza bakımından söz konusudur; suçun niteliği kanun yolu denetimiyle değişebilir. Ceza hukukunda "kazanılmış hak" kavramı söz konusu değildir[436]. Aleyhe değiştirme yasağı istinaf, temyiz, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi kanun yollarında söz konusu olur.

Olağan kanun yollarında, süresi içinde kanun yoluna başvurma, aleyhine başvurulan kararın kesinleşmesine engel olur. Kesinleşmeme durumu, kararın bütünü için söz konusudur; kısmi kesinleşmeden söz edilemez. Kesinleşme olmadığı için mahkûmiyet kararlarının infazı mümkün olmaz. Bununla birlikte olağanüstü kanun yoluna başvuru, cezanın infazını kendiliğinden durdurmaz. Olağanüstü kanun yoluna başvuru durumunda infazın durması veya yerine getirilmemesi için ayrı bir karara ihtiyaç vardır. Mahkûmiyet dışındaki kararlar için kanun yolu başvurusu infazı engellemez.

436 Ünver/Hakeri, C.III, s.1909; Uğur Ersoy, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı (reformatio in peius), Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.254.

A. Olağan Kanun Yolları

1. İtiraz

Hâkim kararları ile kanunda gösterilen hallerde mahkeme kararlarına karşı başvurulabilen, hem maddi hem de hukuki meselenin incelenebildiği ve kural olarak infazı ertelemeyen kanun yoluna "itiraz" denir. Soruşturma evresindeki sulh ceza hâkimi kararları, naip hâkim kararları, istinabe olunan hâkimin kararları ve mahkeme başkanı sıfatıyla verilen kararlara karşı itiraz yoluna başvurulabilir. Bunlardan başka, kanunda açıkça gösterilen hallerde, örneğin CMK m.5/2, 18/3, 28, 31/3, 42/2, 60/4, 74/4, 75/6, 101/5, 104/2, 111, 131, 151/4, 174/5, 223/8, 248/8, 319/3 ve 321/3'de itirazın mümkün olduğu belirtilmektedir.

İtiraz kanun yolunda kural hâkimin tek başına verdiği kararın bir başka merci tarafından denetlenmesidir. İtiraz, süreye bağlanmıştır ve kanunda başkaca bir düzenleme yoksa CMK m. 268/1 uyarınca yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılmalıdır. Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir. İtirazı incelemeye yetkili merciler CMK m.268/3'de gösterilmiştir:

a) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza

mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.

b) İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.

Burada belirtmemiz gerekir ki, sulh ceza hakimliği kararlarına karşı yapılan itirazlar, ceza muhakemesi sistemimiz içinde en sorunlu noktalardan birini oluşturmaktadır. İtirazda esas olan, kanun yolu derece olarak düzenlendiğinden bir üst dereceli yargı organının itirazı incelemesidir. Oysaki sulh ceza hakimliği kararlarına karşı itirazları yine bir başka sulh ceza hâkimi karara bağlamaktadır. Kanun hükümleriyle bu konuda kurulan "kapalı devre" sistemi, uluslararası kurumlardan da yoğun eleştiri almaktadır[437]. Özellikle İstanbul, Ankara ve Adana'da görev yapan yaklaşık 30-40 civarında sulh ceza hakiminin iktidara yakın, Adalet Bakanlığının "sözünden çıkmayan" kişilerden seçilmesi, sulh ceza hakimliği kurumunu son derece siyasi hale getirmekte, adeta "sulh ceza görevlisi"

437 International Commission of Jurists, Türk Sulh Ceza Hakimlikleri ve Uluslararası Hukuk, Cenevre, 2018, s.17, https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/02/Turkey-Judgeship-Advocacy-Analysis-brief-2018-TUR.pdf .

sıfatını yüklemektedir. Siyaset, yargıyı dizayn ve kontrol etme kaygısıyla, neredeyse tüm koruma tedbiri kararlarını veren bu kişiler eliyle istediği kararı aldırmakta, en azından istemediği herhangi bir karar alınmamaktadır[438].

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu ya da kısa adıyla Venedik Komisyonu, sulh ceza hakimlikleri hakkındaki görüşünde benzer noktalara dikkat çekmekte ve tarafsızlık ve bağımsızlık noktalarından eleştiriler getirmektedir[439]. Düzenlemenin Anayasaya aykırılığı çeşitli defalar Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüşse de, "yaşıyor taklidi yapan" mahkeme tarafından Anayasaya aykırılık tespit edilmemiştir[440]. Anayasa Mahkemesi, siyasi iktidarın radarına girmeyen konularda insan hakları hukukuyla muhakeme hukukunun temel ilkelerine uyan kararlar verebiliyorsa da, özellikle siyasi iktidarı rahatsız edebilecek konularda son derece özgürlük karşıtı kararlar almaktadır.

c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı

438 International Commission of Jurists, Turkey: The Judicial System in Peril, Cenevre, 2016, s.18, https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/07/Turkey-Judiciary-in-Peril-Publications-Reports-Fact-Findings-Mission-Reports-2016-ENG.pdf

439 Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Türkiye Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkındaki Görüş, Strasburg, 2017, para.68-88, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)004-tur .

440 Anayasa Mahkemesi, Norm Denetimi Kararı, E.2014/164, K.2015/12, 14.01.2015, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/12 .

tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.

d) Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre bulundukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir.

e) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler.

İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz, ancak, kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merci, geri bırakılmasına karar verebilir.

Kanunda yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir, ancak gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafi veya vekil dinlenebilir. İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir. Karar mümkün olan en kısa sürede verilir. Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.

Dikkat: İtirazda, yalnızca itiraz başvurusunda hatalı olduğu iddia edilen noktalar incelenir. Bu sebeple, itiraz dilekçesinin dikkat ve hassasiyetle, müvekkil açısından tüm hatalı olduğu düşünülen noktaları kapsayacak şekilde hazırlanması son derece önemlidir.

2. İstinaf

İstinaf, ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı hem maddi hem de hukuki denetim amacıyla başvurulan bir olağan kanun yoludur. İstinaf organı olarak Bölge Adliye Mahkemeleri görevlendirilmiştir. Kural olarak, istinaf talebi olmadan bölge adliye mahkemesi kendiliğinden ilk derece ceza mahkemesi kararını istinaf incelemesine tabi tutamaz, ancak CMK m. 272/1 uyarınca 15 yıl ve daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemesi tarafından kendiliğinden istinaf incelemesine tabi tutulur. Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir.

CMK m.272/3'e göre, aşağıda belirtilen durumlar için istinaf yasağı söz konusudur; bu kararlara karşı istinaf kanun yoluna gidilemez:

-Hapis cezasından çevrilen adlî para cezaları hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dâhil adlî para cezasına mahkûmiyet hükümleri,

-Üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adlî para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümleri,

-Kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler.

İstinaf istemi kanunda süreye bağlanmıştır. Buna göre, istinaf talebi hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır; beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hâkime onaylattırılır.

Hüküm, istinaf yoluna başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar.

Ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, mahkemelerinin yargı çevresi içerisindeki asliye mahkemelerinin hükümlerine karşı, kararın o yer Cumhuriyet başsavcılığına geliş tarihinden itibaren yedi gün içinde istinaf yoluna başvurabilirler.

Sanık ve CMK'ya göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların dilekçe veya beyanında, başvuruya ilişkin nedenlerin gösterilmemesi inceleme yapılmasına engel olmaz.

Dikkat: Cumhuriyet savcısı, CMK m.273/5 uyarınca istinaf yoluna başvurma nedenlerini gerekçeleriyle birlikte yazılı isteminde açıkça gösterir. Bu durum, savcıya yüklenen bir zorunluluktur. Savcılık başvuru nedenlerini göstermemişse, başvuru incelenemez. Bu durum, sırf sanık lehine bir düzenlemedir ve savcılığın başvurusunda istinaf nedenlerinin belirtilip belirtilmediği müdafi tarafından dikkatle incelenmelidir. Savcılığın istemi ilgililere tebliğ edilir. İlgililer, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde bu hususta cevaplarını bildirebilirler.

CMK m.275/1'e göre, süresi içinde yapılan istinaf başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller. Hüküm, istinaf yoluna başvuran Cumhuriyet savcısına veya ilgililere gerekçesiyle birlikte açıklanmamışsa; hükme karşı istinaf yoluna başvurulduğunun mahkemece öğrenilmesinden itibaren gerekçe, yedi gün içinde tebliğ edilir.

İstinaf istemi, kanunî sürenin geçmesinden sonra veya aleyhine istinaf yoluna başvurulamayacak bir hükme karşı yapılmışsa ya da istinaf yoluna başvuranın buna hakkı yoksa, hükmü veren mahkeme bir kararla dilekçeyi reddeder.

İstinaf başvurusunda bulunan Cumhuriyet savcısı veya ilgililer, ret kararının kendilerine tebliğinden itibaren yedi gün içinde bölge adliye mahkemesinden bu hususta bir karar vermesini isteyebilirler. Bu takdirde dosya bölge adliye mahkemesine gönderilir. Ancak, bu nedenle hükmün infazı ertelenemez.

CMK m.276'ya göre hükmü veren mahkemece reddedilmeyen istinaf dilekçesi veya beyana ilişkin tutanağın bir örneği karşı tarafa tebliğ olunur. Karşı taraf, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevabını verebilir.

Karşı taraf sanık ise, bir tutanağa bağlanmak üzere zabıt kâtibine yapılacak bir beyanla da cevabını verebilir. Cevap verildikten veya bunun için belirli süre bittikten sonra dava dosyası, bölge adliye mahkemesine gönderilir.

CMK m.278'e göre dava dosyası, bölge adliye mahkemesine geldiğinde işbölümüne göre görevli ceza dairesine verilir. Daire, varsa tebligat eksikliklerinin giderilmesini sağlar.

Dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonunda;

a) Bölge adliye mahkemesinin yetkili olmadığının anlaşılması hâlinde dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesine,

b) Bölge adliye mahkemesine başvurunun süresi içinde yapılmadığının, incelenmesi istenen kararın bölge adliye mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığının, başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşılması hâlinde istinaf başvurusunun reddine,

karar verilir. Bu kararlar itiraza tabidir.

Bölge adliye mahkemesi, dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra;

a) İlk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine, 303 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (c), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı hâlinde hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine,

b) Cumhuriyet savcısının istinaf yoluna başvurma nedenine uygun olarak mahkumiyete konu suç için kanunda yazılı cezanın en alt derecesinin uygulanmasını uygun görmesi hâlinde, hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine,

c) Başka bir araştırmaya ihtiyaç duyulmadan cezayı kal-

dıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebeplere ya da şahsî cezasızlık sebeplerine bağlı olarak daha az ceza verilmesini veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesini gerektiren hâllerde, hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine,

d) Olayın daha fazla araştırılmasına ihtiyaç duyulmadan davanın reddine karar verilmesi veya güvenlik tedbirlerine ilişkin hatalı kararın düzeltilmesi gereken hâllerde hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine,

e) İlk derece mahkemesinin kararında 289 uncu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine,

f) Soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmediğinin veya önödeme ve uzlaştırma usulünün uygulanmadığının anlaşılması ya da davanın ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile birlikte yürütülmesinin zorunlu olması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine,

g) Diğer hâllerde, gerekli tedbirleri aldıktan sonra (...) davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına,

karar verir. Birinci ve ikinci fıkra uyarınca verilen kararların sanık lehine olması hâlinde, bu hususların istinaf isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa bu sanıklar da istinaf isteminde bulunmuşçasına verilen kararlardan yararlanırlar.

Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddeder veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurar.

Duruşma hazırlığı aşamasında bölge adliye mahkemesi daire başkanı veya görevlendireceği üye, CMK m.175 hükümlerine uygun olarak duruşma gününü saptar; gerekli çağrıları yapar. Mahkemece, gerekli görülen tanıkların, bilirkişilerin dinlenilmesine ve keşfin yapılmasına karar verilir.

CMK m.282'ye göre, duruşma açıldığında aşağıda gösterilen istisnalar dışında bu Kanunun duruşma hazırlığı, duruşma ve karara ilişkin hükümleri uygulanır:

a) Duruşma, CMK'nın öngördüğü genel hükümlere göre başladıktan sonra görevlendirilen üyenin inceleme raporu anlatılır.

b) İlk derece mahkemesinin gerekçeli hükmü anlatılır.

c) İlk derece mahkemesinde dinlenilen tanıkların ifadelerini içeren tutanaklar ile keşif tutanakları ve bilirkişi raporu anlatılır.

d) Bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgeler, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporlar anlatılır.

e) Bölge adliye mahkemesi duruşmasında dinlenilmeleri gerekli görülen tanık ve bilirkişiler çağırılır.

f) Sanık, müdafii, katılan ve vekilinin davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi hâlinde duruşmaya devam edilerek sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle dava yokluklarında bitirilebilir. Ancak, CMK m.195 hükümleri saklı kalmak üzere, sanık hakkında verilecek ceza, ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır ise, her hâlde sanığın dinlenmesi gerekir.

İstinaf yoluna yalnız sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz. Bir başka deyişle, reformatio in peius, "aleyhe bozma yasağı" söz konusudur.

CMK m.284 uyarınca, bölge adliye mahkemesi karar ve hükümlerine karşı direnilemez; bunlara karşı herhangi bir kanun yoluna gidilemez.

Ceza muhakemesinden farklı olarak, hukuk muhakemesindeki istinafta gerekçeli istinaf dilekçesine rağmen incelemenin yalnızca kamu düzeniyle sınırlı şekilde yapılarak istinaf talebinin süre yönünden reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin açılan bir davada Anayasa Mahkemesi, süre tutum dilekçesi verildiği halde gerekçeli kararın tebliğinden itibaren kanuni süre olan 8 gün içinde gerekçeli dilekçenin verilmemesini hukuka aykırı görmektedir.[441] Bu yorum, ceza muhakemesi açısından kabul

441 "Somut olayda başvurucunun ilk derece mahkemesi kararına karşı süresinde istinaf yoluna gittiği, ne var ki tefhim edilen kısa kararın

edilemez.

gerekçe içermemesi nedeniyle istinaf nedenlerini belirtme imkânının bulunmadığı açıktır. Bu husus esas olarak İstanbul BAM tarafından da kabul edilmiş ve 6100 sayılı Kanun'un 355. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararı, kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden resen incelenmiştir. Başvurucu gerekçeli kararın 14/2/2017 tarihinde tebliğinden on beş gün sonra 2/3/2017 tarihinde istinaf nedenlerini belirten dilekçesini Mahkemeye sunmuştur. Taraflar arasında uyuşmazlığın iş hukukundan kaynaklandığı ve yargılamayı yapan mahkemenin iş mahkemesi olduğu hususunda herhangi bir çekişme bulunmadığı gibi başvurucunun da sekiz günlük istinaf süresine yönelik bir şikâyeti bulunmamaktadır. Başvurucu esas olarak sekiz günlük kanuni süre içinde süre tutum dilekçesi vermiş olması nedeniyle istinaf nedenlerini herhangi bir süre kısıtlaması olmadan ileri sürebileceği iddiasındadır. İstinaf kanun yoluna başvuru yöntemi ve süresi, ilgili mevzuatta açıkça düzenlenmiştir. Öte yandan Mahkemenin kısa kararının 6100 sayılı Kanun'un 297. maddesinde belirtilen unsurları içermemesi halinde somut olayda olduğu gibi gerekçesiz verilen kısa karara karşı kanun yoluna başvurma süresinin gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacağı da Yargıtay içtihatlarında istikrarlı olarak belirtilmektedir. Hâl böyle iken derece mahkemeleri süre tutum dilekçesiyle istinaf yoluna gitme iradesini ortaya koyan başvurucunun lehine olarak istinaf nedenlerini sunabilmesi için sekiz günlük süreyi gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlatmış, ne var ki başvurucu anılan süre içinde istinaf nedenlerini bildirmemiştir. İstinaf mahkemelerinin daha etkin ve nitelikli çalışmaları bakımından istinaf dilekçelerinin istinaf nedenlerini içermesi zorunluluğu öngörülmüştür. Öte yandan kanun yoluna başvurma iradesini ortaya koyan süre tutum dilekçesinin ilgili yargı yerine verilmesinden sonra bu dilekçenin kişinin iradesine bırakılmadan belirli bir süre içinde verilmesi gerektiği şeklinde derece mahkemeleri yorumunun aşırı şekilci (katı) olmadığı gibi mahkemeye erişimi aşırı derece zorlaştırmadığı ya da imkânsız hâle getirmediği anlaşılmaktadır. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir." Anayasa Mahkemesi, İbrahim Demirci Başvurusu, Başvuru No: 2017/31717,

3. Temyiz

Temyiz, istinaf üzerine verilen bazı kararlarla, kanunda gösterilen diğer bazı kararlar aleyhine başvurulabilen ve sadece hukuki denetimin yapıldığı bir olağan kanun yoludur. Temyizde, mahkeme tarafından yargılama kurallarına uygun muhakeme, duruşma ve hüküm salt hukuki açıdan değerlendirmeye tabi tutulur. AİHS m.6 bağlamında adil yargılanma hakkının bir parçası olarak etkili hukuki koruma hakkı adına mahkemeye başvurma düzenlenmektedir. Bu hakka kimi sınırlamalar getirilebilse de, bu sınırlamaların meşru bir amaca hizmet etmesi, ölçülü olması ve yargıya başvuru hakkının özünü ortadan kaldırır nitelikte bulunmaması aranır[442].

CMK m.286 uyarınca, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir. Buna göre;

1)İstinafta verilen ret (onama) kararları,

2)İstinafta verilen yargılama kararları,

3)6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu'nun 18/4 maddesi hükmü gereğince verilen kararlar,

4)Hükümden önce verilip de hükme esas teşkil eden veya

30/6/2020, para.46-49, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/31717.

442 ECtHR, Bayar and Gürbüz v. Turkey, Application No:37569/06, 27.11.2012, para.40, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115124 ; ECtHR, Levages Prestations Services v. France, Application No:21920/93, 23.10.1996, para.40, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58065.

başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları,

temyiz edilebilir.

Ancak CMK m.286/2 uyarınca;

a) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adlî para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları,

b) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları,

c) Hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımlara ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen; seçenek yaptırımlara ilişkin her türlü kararlar ve istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,

d) İlk defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272 nci maddenin üçüncü fıkrası kapsamı dışında kalan mahkûmiyet kararları hariç olmak üzere, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adlî para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,

e) Adlî para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,

f) Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,

g) On yıl veya daha az hapis cezasını veya adlî para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,

h) Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,

ı) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları,

temyiz edilemez.

Bununla birlikte, "istisnanın istisnası" olarak adlandırılabilecek şekilde, temyiz edilemeyen kararlardan olsa bile CMK m.286/3'de listesi verilen suçlarla ilgili olarak bölge adliye mahkemeleri ceza dairelerince verilen kararlar temyiz edilebilir. Bu suçlar:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Hakaret (madde 125, üçüncü fıkra),

2. Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (madde 213),

3. Suç işlemeye tahrik (madde 214),

4. Suçu ve suçluyu övme (madde 215),

5. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (madde 216),

6. Kanunlara uymamaya tahrik (madde 217),

7. Cumhurbaşkanına hakaret (madde 299),

8. Devletin egemenlik alametlerini aşağılama (madde 300),

9. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama (madde 301),

10. Silâhlı örgüt (madde 314),

11. Halkı askerlikten soğutma (madde 318), suçları.

b) Terörle Mücadele Kanununun 6 ncı maddesinin ikinci ve dördüncü fıkrası ile 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.

c) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrası, 31 inci maddesi ve 32 nci maddesinde yer alan suçlardır.

Temyizde genel kural, ceza mahkemelerinden verilen hükümlere karşı temyiz yoluna başvurulabileceği doğrultusundadır. Buna karşın, istisnai olarak mahkeme kararlarına karşı da itiraz yoluna başvurulabilir, ancak bunun kanunda açıkça belirtilmesi gerekir.

Temyiz ile istinaf arasındaki farklara da değinmek gerekir. En önemli fark olarak, temyizde sadece hukuki denetim yapılmakta iken istinafta maddi ve hukuki denetimin birlikte yapılmasıdır. Bunun zorunlu sonucu olarak, temyiz organı olarak Yargıtay temyiz edilmiş de olsa maddi olguları inceleyemez ve maddi vakıaların denetimini yapamaz. Yine Yar-

gıtay'ın kararı veren mahkemenin takdirinin yerindeliğini inceleyebilmesine imkân yoktur. Bu önemli farkın dışında, temyizde re'sen temyiz mümkün değilken istinafta re'sen istinaf kurumuna yer verilmiştir. Temyiz organının verdiği kara-ra karşı direnme mümkün iken, istinafta direnme söz konusu değildir. Temyizde temyiz eden hükmün neden ötürü bozulması gerektiğini başvurusunda göstermek zorundadır[443], buna karşın istinafta böyle bir zorunluluk yoktur. Temyizde yeniden yargılama mümkün değildir, istinafta mümkündür.

CMK m.288/1 hükmü uyarınca, temyiz ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır. Bu hukuka aykırılık hallerine "nisbi temyiz nedenleri" adı verilir ve hükmün bozulabilmesi için bu hukuka aykırılığın hük-

443 Bununla birlikte, Yargıtay CGK, 2020 tarihli ve 194/197 sayılı içtihadı ile, "karar hukuka aykırıdır, karar kanuna aykırıdır" biçimindeki beyanları temyiz nedeni olarak kabul ederek, CMK m.288 uyarınca inceleme yapılması gerektiği sonucuna varmıştır. Yargıtay 16. CD'nin 09.05.2018 tarihli ve 386/1676 sayılı içtihadına verilen iki muhalefet şerhi ile, Yargıtay'ca inceleme yapılana dek dilekçe sunularak temyiz nedenlerinin bildirilebileceği ve "sanığın beraati yerine mahkûmiyet hükmü kurulması hukuka aykırıdır" denmesi halinde, somut gerekçe sunulmamasına karşın hükmün bu yönle sınırlı olarak temyizen incelenmesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir. Öğretide de "yalnızca CMK m.289 ile sınırlı temyiz incelemesi yapılabileceği, bunun dışında mevcut yasal düzenleme karşısında başka bir incelemeye gidilemeyeceğini, aksi halde gerek CMK'nın gerek yasal düzenlemelere ve gerekse Anayasa m.138/1'e aykırılık oluşacağı" ileri sürülmüştür. (Ersan Şen, "Temyizde Sebep Gösterme Zorunluluğu ve İstinafta Formül Karar", 14.01.2019, https://www.hukukihaber.net/temyizde-sebep-gosterme-zorunlulugu-ve-istinafta-formul-karar-makale,6395.html

mü etkileyip etkilemediği araştırılır. CMK m.302/2 uyarınca hükme etki etmeyen hukuka aykırılıklar bozmayı gerektirmez. Bir hukuka aykırılığın hükme etki edip etmediğini anlamak için ise, o hukuka aykırılığın giderilmesi halinde başka bir hüküm verilme olasılığının bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Bununla birlikte, verilen cezayı etkilemese bile, fiilin hukuki nitelendirilmesini etkileyen hukuka aykırılıklar hükme etkili aykırılık kabul edilir[444].

Hukuka kesin aykırılık halleri, CMK m.289'da sayılarak gösterilmiştir. Buna göre;

a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması.

b) Hâkimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkimin hükme katılması.

c) Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olunduğu hâlde hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip hâkimin hükme katılması.

d) Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi.

e) Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması.

f) Duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralının ihlâl edilmesi.

444 Toroslu/Feyzioğlu, s.353.

g) Hükmün 230 uncu madde gereğince gerekçeyi içermemesi.

h) Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması.

i) Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması.

Temyiz istemi, hükmün açıklanmasından itibaren on beş gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır; beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hâkime onaylattırılır. Hüküm, temyiz yoluna başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar.

Temyiz talebini alan mahkeme, temyiz isteğinin süresi içinde yapılıp yapılmadığını, temyiz edilen hükmün temyiz edilebilen hükümlerden olup olmadığını, temyiz talebinde bulunanın böyle bir hakkı bulunup bulunmadığını ve temyiz harcının yatırılıp yatırılmadığına bakar. Tüm unsurlar olumluysa mahkeme, CMK m.297 uyarınca dilekçenin bir suretini karşı tarafa tebliğ eder. Bu işlemle hükmün kesinleşmediği hususu ve talepte ileri sürülen noktaların karşı tarafça öğrenilmesi ve yanıtlaması amaçlanır. Karşı taraf, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde yazılı olarak cevabını verebilir. Cevaba cevap gibi bir usul bulunmamaktadır. Cevap verildikten veya bunun için belirli süre bittikten sonra dava dosyası, bölge adliye mahkemesi tarafından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğname, aslında bir mütalaadır; yerel mahkeme veya istinaf

mahkemesi (bölge adliye mahkemesi) kararıyla ilgili görüşü içerir ve hükmü temyiz etmeleri veya aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi hâlinde sanık veya müdafii ile katılan veya vekillerine ilgili dairesince tebliğ olunur. İlgili taraf tebliğden itibaren bir hafta içinde yazılı olarak cevap verebilir.

Yargıtay'ın ilgili dairesi, önce temyiz davasının kabul edilebilirliği yönünden bir inceleme yapar. Bu incelemede temyiz dilekçesinde temyiz nedenlerinin bulunup bulunmadığına da bakılır. Temyiz dilekçesi bu ön incelemeden geçemezse temyiz isteminin reddine karar verilir. Red kararıyla birlikte mahkeme hükmü kesinleşir. Bu sebeple, yazılacak dilekçede temyiz nedenlerinin özellikle belirli hale getirilmesi yararlı olabilir.

Ön incelemeden geçen dosya, uyuşmazlığın yargılanması için incelemeye alınır. Kural dosya üzerinden yargılama yapılmasıdır, ancak istisnaen duruşma da açılabilir. Uygulamada dosya üzerinden incelemede dosyalar üyeler ve üyelere yardımcı olan tetkik hakimleri arasında bölüştürülmektedir. Bireysel olarak incelenen her dosya, kurulda incelemeyi yapan tarafından açıklanır, yapılan müzakere sonunda karar verilir.

CMK m.299 uyarınca, on yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde, Yargıtay, incelemelerini uygun görmesi halinde duruşma yoluyla yapabilir. Duruşma günü sanığa, katılana, müdafi ve vekile haber verilir. Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafi ile de temsil ettirebilir. Sanık, tutuklu ise duruşmaya katılmak isteminde bulunamaz.

Dikkat: Yargıtay, yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar. Bunun dışında bir noktaya bakmaz, ancak CMK m.302/3 uyarınca; hüküm temyiz dilekçesinde gösterilen sebeplerle bozulacak olursa, dilekçede açıklanmış olmasa bile tespit edilen bütün hukuka aykırılık halleri ilamda gösterilir.

Duruşmalı olarak yapılacak yargılama söz konusuysa, duruşmadan önce görevlendirilen üye veya tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor üyelere açıklanır. Üyeler, ayrıca bizzat dosyayı incelerler. Bu hususlar gerçekleştikten sonra duruşma açılır. Duruşmada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya yerine görevlendirdiği Yargıtay Cumhuriyet savcısı, sanık, müdafii, katılan ve vekili iddia ve savunmalarını açıklar. Temyizi istemiş olan tarafa önce söz verilir. Her hâlde son söz sanığındır. Yargıtayca bölge adliye mahkemesinin temyiz olunan hükmünün hukuka uygun bulunması hâlinde temyiz isteminin esastan reddine karar verilir. Buna kısaca "onama" denir. Böylelikle hüküm kesinleşir.

Yargıtay, temyiz edilen hükmü, temyiz başvurusunda gösterilen, hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar nedeniyle bozar. Bozma sebepleri ilâmda ayrı ayrı gösterilir. Hükmün bozulmasına neden olan hukuka aykırılık, bu hükme esas olarak saptanan işlemlerden kaynaklanmış ise, bunlar da aynı zamanda bozulur.

Savcılıkça sanık aleyhine temyiz yoluna başvurulduğunda hükmün sanık lehine bozulması mümkündür. Benzer şekil-

de, savcılığın sanık lehine yaptığı başvuru sonucunda; hüküm sanık aleyhine de bozulabilir, ancak bu durumda reformatio in peius, "aleyhe bozma yasağı" prensibi uyarınca verilecek ceza, önceki hükümdeki cezadan ağır olamayacaktır.

Hükme esas olarak saptanan olaylara uygulanmasında hukuka aykırılıktan dolayı hüküm bozulmuş ise, aşağıdaki hâllerde Yargıtay davanın esasına hükmedebileceği gibi hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebilir, buna ıslah kararı adı verilir. CMK m.303'e göre ıslah durumları:

a) Olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeden beraate veya davanın düşmesine ya da alt ve üst sınırı olmayan sabit bir cezaya hükmolunması gerekirse.

b) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iddiasına uygun olarak sanığa kanunda yazılı cezanın en alt derecesini uygulamayı uygun görürse.

c) Mahkemece sabit görülen suçun unsurları, niteliği ve cezası hükümde doğru gösterilmiş olduğu hâlde sadece kanunun madde numarası yanlış yazılmış ise.

d) Hükümden sonra yürürlüğe giren kanun, suçun cezasını azaltmış ve mahkemece sanığa verilecek cezanın belirlenmesinde artırma sebebi kabul edilmemiş veya yeni bir kanun ile fiil suç olmaktan çıkarılmış ise birinci hâlde daha az bir cezanın hükmolunması ve ikinci hâlde hiç ceza hükmolunmaması gerekirse.

e) Sanığın açıkça saptanmış olan doğum ve suç tarihlerine göre verilecek cezanın belirlenmesinde gerekli indirim yapılmamış veya yanlış indirim yapılmış ise.

f) Artırma veya indirim sonucunda verilecek ceza süresi veya miktarının belirlenmesinde maddî hata yapılmış ise.

g) Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesindeki sıralamanın gözetilmemesi yüzünden eksik veya fazla ceza verilmiş ise.

h) Harçlar Kanunu ile yargılama giderlerine ilişkin hükümlere ve Avukatlık Kanununa göre düzenlenen ücret tarifesine aykırılık mevcutsa.

Biçiminde belirlenmektedir.

Yargıtayca verilen kararlara ilişkin dosya ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği ise bölge adliye mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Yargıtay, ıslah nedenleri dışında kalan hâllerde dosyayı yeniden incelenmek ve hüküm verilmek üzere hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine veya diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderir. Ancak bozma kararı,

a) İstinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkin ise dosya, gereği için kararı veren ilk derece mahkemesine,

b) Hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkin ise,

dosya, gereği için kararı veren ilk derece mahkemesine ya da bozma kararının içeriği doğrultusunda Yargıtayca uygun görülmesi halinde bölge adliye mahkemesine gönderilir. Dosyanın ilk derece mahkemesine gönderildiği hallerde, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir.

Hüküm, mahkemenin hukuka aykırı olarak kendisini gö-

revli veya yetkili görmesinden dolayı bozulmuşsa, Yargıtay aynı zamanda dosyayı görevli veya yetkili mahkemeye gönderir. İlk derece mahkemesi tarafından doğrudan temyiz yolu açık bulunan hükümlerle ilgili olarak verilen karara ilişkin dosya, hükmü veren ilk derece mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verilir.

Dikkat: CMK m.306 uyarınca hüküm, sanık lehine bozulmuşsa ve bu hususların temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanması olanağı varsa, bu sanıklar da temyiz isteminde bulunmuşçasına hükmün bozulmasından yararlanırlar.

Yargıtaydan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakacak bölge adliye veya ilk derece mahkemesi, öncelikle bozmaya uyup uymama (direnme) konusunda bir karar vermek durumundadır. Bunun için mahkeme, ilgililere bozmaya karşı diyeceklerini sorar. Sanık, müdafii, katılan ve vekilinin dosyada varolan adreslerine de davetiye tebliğ olunamaması veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemeleri nedeniyle bozmaya karşı beyanları saptanmamış olsa da, duruşmaya devam edilerek dava yokluklarında bitirilebilir. Ancak, sanık hakkında verilecek ceza, bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise, her hâlde dinlenmesi gerekir.

Uymama veya uygulamadaki adıyla direnme veya ısrar kararı veren mahkeme, bunun gerekçelerini de gösterir. Direnme kararları temyiz edilebilir. Direnme temyiz edilmezse veya onanırsa daha önce bozulmuş olan hüküm kesinleşir. Direnme kararlarına karşı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda yargılama yapılır. Direnme üzerine bozma kararı verilirse, dosya direnme

kararı veren mahkemeye gönderilir. Ceza Genel Kurulu'nun kararlarına mahkemeler uymak zorundadırlar.

Yargıtay dairesince verilen bozma kararı üzerine mahkeme uyma kararı verirse, bozulan karar tamamen hukuk dünyasından kalkar. Mahkemenin yeniden duruşma yaparak yeni bir karar vermesi gerekir. Mahkeme, uymadan sonra serbesti ilkesi gereğince vereceği hükümde serbesttir. Bir başka ifade ile mahkeme, Yargıtay'ın görüşü ile bağlı değildir ve uyma ile ortadan kalkan eski kararı da mahkemeyi artık bağlamaz. Mahkeme, uyma kararı üzerine yapılan yeni yargılamasında tekrar önceki kararında vardığı sonuçlara varabilir ki, bu bir direnme kararı değildir. Yapılan yeni yargılamada mahkemenin varacağı hüküm, öncekinden farklı bir hüküm de olabilir. Bozulan noktalardaki hatalar yeni yargılamada düzeltilecektir ve bunun sonucunda farklı bir sonuç ortaya çıkabilir.

Dikkat: Uymadan sonra serbesti ilkesinin tek istisnası, salt sanık lehine temyiz başvurularında söz konusu olur. Buna göre, temyiz davası sadece sanık tarafından veya sanık lehine savcılık veya kanuni temsilci veya eş tarafından açılmış ve Yargıtay bozma kararı vermiş ise, mahkeme bu kara-ra uyarak vereceği yeni hükmünde önceki hükmünden daha ağır bir ceza veremez.

Buna karşın, öğretide *"sadece madde, yer ve kişi gibi hangi yönden olursa olsun yetkisizlik veya eksik soruşturma nedeniyle bozmalarda, direnme kararı verilememeli"* yönünde görüş belirtilmektedir[445].

445 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Mu-

Uygulamayı belirleyen Yargıtay CGK'nun 2/516-29 sayılı ve 22.01.1979 sayılı içtihadı ile şöyle denmektedir: *"... Özel daire bozması, mahkemenin görevli olmadığını belirterek, görevli mahkemeyi göstermek suretiyle, göreve ilişkin bir bozmadır. CMUK.nun 323. Maddesinde; 'Hüküm,* ***mahkemenin haksız olarak kendisini görevli görmesinden dolayı bozulmuşsa,*** *Yargıtay'ın aynı zamanda işi görevli mahkemeye göndereceği' açıklanmak suretiyle, görev yönünden bozulan hükümlere karşı* ***mahkemelerin direnme hakkı olmadığı*** *belirtilmiş bulundu*ğundan, hükmün … *bozulmasına karar verilmelidir (oybirliğiyle)."*

Yargıtay CGK'nun; 6/420-472 sayılı ve 11.12.1978 tarihli, 6/407-447 sayılı ve 19.12.1977 tarihli, 2/432-492 sayılı ve 10.12.1978 tarihli, 5/229-236 sayılı ve 29.09.1975 tarihli, 4/147-310 sayılı ve 20.05.1974 tarihli, 6/158-563 sayılı ve 24.09.1973 tarihli, 2/234-402 sayılı ve 04.12.1972 tarihli, D/6-276-346 sayılı ve 27.11.1967 tarihli, 6/117-171 sayılı ve 26.06.1967 tarihli, 5/351-469 sayılı ve 12.12.1972 tarihli içtihatları[446] ile, 4/502-493 sayılı ve 30.11.1964 tarihli, 1/443-33 sayılı ve 09.02.1981 tarihli, 5/211-380 sayılı ve 30.06.1986 tarihli, 210/234 sayılı ve 15.10.1990 tarihli içtihatları[447] ile, 6/64-287 sayılı ve 18.05.1987 tarihli, 7/317-383 sayılı ve

hakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınları, Istanbul, 2009, s. 1779; Kubilay İnan, Öğreti-İçtihat Ceza Yargılamasında Yasayolları, Seçkin yayınları, Ankara, 2006, s.153.

446 Sözkonusu içtihat metinleri için bakınız: M.Muhtar Çağlayan, age, s. 230-237.

447 Sözkonusu içtihat metinleri için bakınız: Vural Savaş/ Sadık Mollamahmutoğlu, Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun Yorumu, C. 2 (md.258-424), Seçkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 1819-1823.

21.09.1987 tarihli içtihatları[448] da aynı yöndedir.

Yargıtay'ın bozma kararı sonrasında dosyaya bakan esas mahkemesi bazen, açık bir uyma kararı vermemekle birlikte bozma kararı doğrultusunda işlemlere başlamakta, tartışılması ve araştırılması gereken hususlarda tartışma, araştırma ve inceleme işlemlerine girişmekte, yeni deliller toplamakta ve yeni sonuçlara ulaşmaktadır. Yargıtay, bu duruma "eylemli uyma" adını vermektedir ve artık bu işlemlerden sonra direnme kararı verilemeyeceği kanaatindedir[449].

448 Sözkonusu içtihat metinleri için bakınız: Osman Yaşar, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu (Ceza Yargılaması Yasası), C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 1823-1827.

449 "Yerel Mahkemenin bozma üzerine verdiği kararın direnme kararı olduğu ifade edilse bile, hükümlüye müdafi tayin edilerek bozma kararı doğrultusunda işlem yapıldığı sabittir. Ceza Genel Kurulunun sürekli kazanmış uygulamalarına göre, şeklen ısrar kararı verilmiş olsa dahi;

Bozma kararı doğrultusunda işlem yapmak,

Bozma kararında tartışılması gereken hususları tartışmak,

Bozma sonrasında yapılan araştırmaya, incelemeye, toplanan yeni kanıtlara dayanmak,

İlk kararda yer almayan ve daire denetiminden geçmemiş bulunan yeni ve değişik gerekçelerle hüküm kurmak,

Suretiyle verilen karar özde direnme kararı olmayıp, bozmaya eylemli uyma sonucu verilen yeni bir karardır. Bu nitelikteki bir kararın temyiz edilmesi halinde incelemenin Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından yapılması gerekir.İncelenen dosyada, yerel Mahkemece bozma kararına karşı direnildiği belirtilmişse de, bozmaya eylemli olarak uyulduğu anlaşılmaktadır. Özel dairece incelenmeyen bir hususun doğrudan ve ilk kez Ceza Genel Kurulu tarafından ele alınması olanaksız bulunduğundan, saptanan eylemli uyma nedeniyle dosya-

B. Olağanüstü Kanun Yolları

1. Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılarının İtirazı

Yargıtay ceza dairelerinden verilen kararlara karşı, CMK m.308 uyarınca yalnızca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı ise bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığına kanunca tanınmış bir olağanüstü kanun yoludur. Yargıtay veya bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararlarındaki hukuki hatalar veya hukuki aykırılıklar nedeniyle işletilebilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, re'sen veya istem üzerine, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir. Sanığın lehine itirazda süre aranmaz. İtiraz üzerine dosya, kararına itiraz edilen daireye gönderilir. Yargıtay ceza dairesi, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderir. Aynı süre ve usulle bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığının itirazı üzerine bölge adliye mahkemesi ceza dairesi, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı itirazı incelemek üzere ceza daireleri başkanlar kuruluna gönderir. Kurula gönderilen itiraz hakkında, kararına itiraz edilen dairenin başkanı veya görevlendireceği üye tarafından kurula sunulmak üzere bir rapor hazırlanır. Kurulun itirazın kabulüne ilişkin kararları, gere-

nın incelenmek üzere özel daireye gönderilmesine…", Yargıtay CGK, E.2008/11-54, K.2008/105, 15.05.2008; Yargıtay CGK, E.2008/6-20, K.2008/110, 13.05.2008.

ği için dairesine gönderilir. Kurulun verdiği kararlar kesindir. Dörtten fazla ceza dairesi olan bölge adliye mahkemelerinde Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından daire başkanları arasından belirlenen ve dört üyeden oluşan başkanlar kurulu bu incelemeyi yapar. Başkanlar kurulunun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esasları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir.

2. Kanun Yararına Bozma

Uygulamada "yazılı emir" de denen kanun yararına bozma, istinaf veya temyiz olağan kanun yollarından geçmeksizin kesinleşen hükümlere karşı başvurulabilen olağanüstü bir kanun yoludur. Böylelikle kesinleşmiş kararlardaki hukuka aykırılıkların giderilmesi ve kanunların ülke içinde eşit uygulanması amaçlanır[450].

Hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtayca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, bu nedenleri aynen yazarak karar veya hükmün bozulması istemini içeren yazısını Yargıtayın ilgili ceza dairesine verir. Yargıtayın ceza dairesi ileri sürülen nedenleri yerinde görürse, karar veya hükmü kanun yararına bozar.

CMK m.309'a göre bozma nedenleri:

a) 223 üncü maddede tanımlanan ve davanın esasını çöz-

450 Toroslu/Feyzioğlu, s.378.

meyen bir karara ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkeme, gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar verir.

b) Mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir. Bu hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.

c) Davanın esasını çözüp de mahkûmiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise, aleyhte sonuç doğurmaz ve yeniden yargılamayı gerektirmez.

d) Hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiriyorsa bu hafif cezaya Yargıtay ceza dairesi doğrudan hükmeder. Yalnızca bu halde; kanun yararına bozma yetkisi re'sen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından da kullanılabilir. CMK m.309/2 uyarınca, Adalet Bakanlığı tarafından başvurulduğunda; bu yetki artık Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kullanılamaz. Verilen bozma kararına karşı direnme mümkün değildir.

3. Yargılamanın Yenilenmesi

Cezai bir uyuşmazlığı çözen kesin hükümlerde, çeşitli nedenlerle hata yapılmış olabilir. Bu hatalar hâkimin fiili veya hukuki hatasından kaynaklanabileceği gibi, tanık ve sanıkların ifadeleriyle hâkimi yanıltmalarından veya yetersiz olan teknoloji, teknik ve özel bilgiler nedeniyle maddi gerçeğin tam

anlaşılamamasından kaynaklanmış olabilir. Yargılamanın yenilenmesi, hatalı olduğu iddia edilen kesin hükümlere karşı en son çare olarak başvurulabilen bir olağanüstü kanun yoludur. CMK m.311'e göre kesin hükümle sonuçlanmış bir dava, hükümlünün lehine olarak şu hallerde yenilenebilir:

a) Duruşmada kullanılan ve hükmü etkileyen bir belgenin sahteliği anlaşılırsa.

b) Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılırsa.

c) Hükme katılmış olan hâkimlerden biri, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmiş ise.

d) Ceza hükmü hukuk mahkemesinin bir hükmüne dayandırılmış olup da bu hüküm kesinleşmiş diğer bir hüküm ile ortadan kaldırılmış ise.

e) Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa.

f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla

tespit edilmiş olması veya ceza hükmü aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.

Hükümlünün aleyhine olarak yargılamanın yenilenmesi nedenleri ise CMK m.314'de düzenlenmektedir:

a) Duruşmada sanığın veya hükümlünün lehine ileri sürülen ve hükme etkili olan bir belgenin sahteliği anlaşılırsa.

b) Hükme katılmış olan hâkimlerden biri, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek nitelikte olarak görevlerini yapmada sanık veya hükümlü lehine kusur etmiş ise.

c) Sanık beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hâkim önünde güvenilebilir nitelikte ikrarda bulunmuşsa.

Yargılamanın yenilenmesi istemi, istemin dayandırıldığı iddialar yeterli derecede doğrulanamaz ya da esassız bulunursa duruşma açılmadan reddedilebilir. Aksi halde duruşma açılarak yeniden yargılama yapılması gerekir. Yeniden yargılananan kişiye "hükümlü" denmemeli, onun hakkında da suçsuzluk karinesi olduğu dikkate alınmalıdır. Hükümlü ölmüşse mahkeme yeniden duruşma yapmaksızın gerekli delilleri topladıktan sonra hükümlünün beraatine veya yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine karar verir. Diğer hâllerde de mahkeme, bu hususta yeterli delil varsa Cumhuriyet savcısının uygun görüşünü aldıktan sonra duruşma yapmaksızın hüküm-

lünün derhâl beraatine karar verir. Mahkeme beraat kararı ile beraber önceki hükmün ortadan kaldırılmasını da karar altına alır. Yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunan kimse isterse, gideri Devlet Hazinesine ait olmak üzere önceki hükmün iptaline ilişkin karar Resmî Gazete ile ilân olunacağı gibi mahkemenin takdirine göre diğer gazetelerle de ilân edilebilir.

Yeniden yapılacak duruşma sonucunda mahkeme, önceki hükmü onaylar veya hükmün iptali ile dava hakkında yeniden hüküm verir. Yargılamanın yenilenmesi istemi hükümlünün lehine olarak yapılmışsa, yeniden verilecek hüküm önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez. Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar CMK m.141 ila 144 hükümlerine göre tazmin edilir.

V-İnfaz Evresi

A. Cezaevi Koşulları

Ülkemiz, cezaevi koşulları konusunda öteden beri sorunlu bir noktada durmaktadır. Konudan sorumlu Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürülüğü, 2016 yılından beri herhangi bir faaliyet raporunu kamuoyu ile paylaşmadığından dolayı, cezaevleri konusunda farklı kaynaklardan edinilen bilgilerde çelişkiler bulunmaktadır[451]. Sivil kaynakların Ağustos 2020 rakamlarına göre, Türkiye'de toplam 220.230 kapasite-

451 Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Faaliyet Raporları, https://cte.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/19 , (30.08.2020).

li 76'sı açık 355 cezaevinde 282.703 kişi tutulmaktadır. Tutulanların 199.861'i hükümlü, 58.799'u tutukludur[452]. Resmi rakamlara göre ise, ülkemizde 01/07/2020 tarihi itibariyle, 264 kapalı ceza infaz kurumu, 76 müstakil açık ceza infaz kurumu, 4 çocuk eğitimevi, 9 kadın kapalı, 7 kadın açık, 7 çocuk kapalı ceza infaz kurumu olmak üzere toplam 367 ceza infaz kurumu bulunmakta olup, bu kurumların kapasitesi 236.755 kişiliktir[453]. 14 Nisan 2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen "infaz reformuyla"[454] birlikte yaklaşık 90.000 kişi cezaevlerinden tahliye edildiği halde, cezaevleri kapasitesinin yaklaşık %28 üzerine çıkılmış durumdadır[455].

Özellikle 15 Temmuz 2016 sonrasında ilan edilen Olağanüstü Hal (OHAL) ve yapılan OHAL yargılamaları döneminde yaşanan hak ihlalleri, çeşitli raporlara konu olmuş, bu dönemde infaz evresi koşullarındaki hak ihlallerinde de büyük bir artış gözlenmiştir[456]. Bu ihlaller arasında yaşam hakkı, örgüt-

452 Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneği (CİSST), Genel İstatistikler, http://cisst.org.tr/# , (30.08.2020).

453 Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Ceza İnfaz Kurumları Genel Bilgiler, https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-genel-bilgi , (30.08.2020).

454 AYM'nin 17.07.2020 tarihli ve 2020/44-41 sayılı kararı ile; 7242 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin, "cezanın kapsamına değil, ceza infaz usulüne yönelik hükümler öngördüğü, Anayasa m. 87 ile düzenlenen özel af niteliği taşımadığı" sonucuna varılmış olup (7'ye 9 oy ile), sözkonusu karar Resmi Gazete'nin 07.10.2020 tarihli ve 31267 sayılı nüshasında yayımlanmıştır.

455 Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneği (CİSST), Genel İstatistikler, http://cisst.org.tr/# , (30.08.2020).

456 İnsan Hakları Ortak Platformu (İHOP),21 Temmuz 2016-20 Mart 2018 Olağanüstü Hal Uygulamaları Güncellenmiş Durum Raporu, s.11-12,

lenme özgürlüğü, ifade özgürlüğü, etkili başvuru hakkı, adil yargılanma hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği ilkesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi sayılabilir[457]. Henüz infazına başlanmamış olsa da tutukluluğun bir cezalandırma mekanizması olarak kullanıldığı bu dönemde, müdafilerin müvekkilleriyle görüşmelerine, evrak alışverişinde bulunmalarına, dolayısıyla da savunma hakkına önemli sınırlamalar getirilmiştir. Bu ihlaller arasında da müdafisiz duruşmaya devam edilebilmesi, duruşmada avukatla temsilin kısıtlanması, müdafilik görevinden yasaklanma, soruşturma evresinde müdafiyle görüşme hakkına getirilen sınırlamalar ve cezaevinde avukatla görüşme hakkına getirilen sınırlamalar sayılabilir.

Özellikle terör ve bağlantılı suçlar söz konusuysa, tutuklu ya da hükümlün yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumunda barındırılması söz konusu olur. Bu tip kurumlar ya tek kişilik ya da üç kişilik hücrelerden oluşmaktadır. Tek kişilik hücre içerisinde kapıyla ayrılmış bir bölüm tuvalet ve banyo olarak kullanılırken, hücrenin geri kalanı yatak, mutfak ve yaşam alanı olarak kullanılmakta, avluya açılan bir kapı ile 6-7 metrelik duvarlarla çevrili yaklaşık 20 m^2'lik bir alanda genellikle 12 saat süresince (sabah 8-akşam 8) betonlar ve tavana gerili tel örgü arasından gökyüzü seyredilebilmektedir.

http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/Olağanüstü-Hal_17042018.pdf , (30.08.2020).

457 Doğan Erkan, OHAL KHK Rejiminin Eleştirisi ve OHAL ile Kalıcı Olarak Dönüşen Ceza Hukuku Rejimi, Tartışmalar/İmkanlar, Ekin Yayınları, 3.Baskı, Ankara, 2019, s.133 vd.

B. Cezaevinde Görüşme

29 Ekim 2016 tarih ve 676 sayılı KHK ile cezaevinde avukatla görüşme hakkına ciddi sınırlamalar getirilmiş, daha sonra bu KHK 01.02.2018 tarih ve 7070 sayılı kanuna dönüştürülmüştür. Bu kanunla Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.59'da yapılan değişiklikle, TCK'da düzenlenen belli suçlar ve TMK kapsamına giren suçlarla yargılanan veya mahkûm olanların avukatları ile görüşmeleri, Cumhuriyet savcısının talebi ve infaz hakiminin kararıyla üç ay süreyle teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir.

Yine anılan kanuna göre, tutuklu veya hükümlünün avukatı ile yapacağı görüşmeyi izlemek amacıyla bir görevlinin görüşmede hazır bulundurulması sağlanabilir, tutulu bulunan kimseyle avukatının birbirlerine verecekleri belge ve belge örneklerine, dosyalarına ve aralarındaki konuşmaları tuttukları kayıtlarına el konulabilir; bu görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, üç aydan fazla olmamak şartıyla birden fazla kez uzatılabilir ve herhangi bir yetki sınırlandırması bulunmamaktadır.

Bu tür bir tedbire başvurulabilmesinin koşulu, tutuklu veya hükümlünün toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerini yönlendirdiğine, bu örgütlere emir ve talimat verdiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar ilettiğine dair bilgi, belge, bulgu elde edilmesidir. Görüşmenin bu amaçlarla yapıldığının anlaşılması halinde, görüşme sona erdirilerek tutuklu veya hükümlünün avukatıyla görüşmesi infaz hakimince (tutuklular hakkında soruşturmada sulh ceza

hakimliği, kovuşturmada mahkemesince) altı ay yasaklanabilecektir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nce, m.59/10'da yer alan *"beşinci fıkradaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler hakkında da uygulanır"* bölümü bakımından, *" ... kural, 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinin (5) numaralı fıkrasının '... görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkonulabilir…' bölümü yönünden Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı"* bulunup iptal edilmiştir[458]. Kararın gerekçesi, şüpheli veya sanık ile avukatın görüşmesine getirilen kısıtlamaların *"belli koşullara bağlı olsa da ... doğrudan avukat ve müvekkil arasındaki mahremiyeti ortadan kaldıracak nitelikte"* görülmesi ve "*müdafi yardımından yararlanma hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirmesi"* olarak açıklanmıştır.

Tüm bu yasaklamaların Anayasa ile, AİHS ile, çağdaş ceza infaz sistemiyle uzaktan yakından alakası yoktur; ancak avukatlık şikâyet değil, bir mücadele sanatıdır. Tüm bu şartlar altında dahi, müvekkille olan iletişim sürdürülmelidir.

458 Anayasa Mahkemesi, Norm Denetimi, E.2018/73, K.2019/65, 24.07.2019, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2019-65-nrm.pdf (Karar, Resmî Gazete'nin 29.11.2019 tarihli ve 30963 sayılı nüshasında yayımlanmıştır).

C. İnfaz Hakimliği ve Şikâyet

4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nda infaz hakimliğinin, "ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemlere veya bunlarla ilgili faaliyetlere ya da Cumhuriyet savcısının ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin verdiği kararlara yönelik şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin hâkim veya mahkeme tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere" kurulduğu belirtilmektedir.

Nisan 2020'de gerçekleştirilen "infaz reformu" ile, 4675 sayılı kanunda değişiklikler yapılarak her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca infaz hâkimliği kurulacağı, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında idarece yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlere ilişkin yapılan şikâyetler bakımından işlemin yapıldığı veya faaliyetin gerçekleştiği ceza infaz kurumunun bulunduğu yer infaz hâkimliğinin yetkilendirildiği belirtilmiştir. İnfaz hakimlerinin görevleri, 4675 sayılı kanunun 4. maddesinde sayılmaktadır[459].

459- **İnfaz Hakimliği Kanunu**

İnfaz hâkimliklerinin görevleri

Madde 4 – İnfaz hâkimliklerinin görevleri şunlardır:

1. Hükümlü ve tutukluların ceza infaz kurumları ve tutukevlerine kabul edilmeleri, yerleştirilmeleri, barındırılmaları, ısıtılmaları ve giydirilmeleri, beslenmeleri, temizliklerinin sağlanması, bedensel ve ruhsal

Kanunun 5'inci maddesine göre, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlerin ya da Cumhuriyet savcısının ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin verdiği kararların kanun veya diğer mevzuat hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle bu karar, işlem veya faaliyetlerin öğrenildiği tarihten itibaren onbeş gün, herhalde yapıldığı ta-

---

sağlıklarının korunması amacıyla muayene ve tedavilerinin yaptırılması, dışarıyla ilişkileri, çalıştırılmaları gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak.

2. Hükümlülerin cezalarının infazı, müşahadeye tâbi tutulmaları, açık cezaevlerine ayrılmaları, izin, sevk, nakil ve tahliyeleri; tutukluların sevk ve tahliyeleri gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak.

3. Hükümlü ve tutuklular hakkında alınan disiplin tedbirleri ve verilen disiplin cezalarının kanun, veya diğer mevzuat hükümlerine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak.

4. Ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurullarının kendi yetki alanlarına giren ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki tespitleri ile ilgili olarak düzenleyip intikal ettirdikleri raporları inceleyerek, varsa şikâyet niteliğindeki konular hakkında karar vermek.

5. **(Ek:14/4/2020-7242/4 md.)** Cumhuriyet savcısının ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin verdiği kararlara karşı yapılan şikâyetleri incelemek.

6. **(Ek:14/4/2020-7242/4 md.)** Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin mahsup, ceza zamanaşımı ve hükümlünün ölümü hâllerinde verilecek kararlar da dahil olmak üzere hâkim veya mahkeme tarafından verilmesi gerekli kararları almak ve işleri yapmak.

7. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Kanunlarda başka bir yargı merciine bırakılan konulara ilişkin hükümler saklıdır.

rihten itibaren otuz gün içinde şikâyet yoluyla infaz hâkimliğine başvurulabilir. Şikâyet, dilekçe ile doğrudan doğruya infaz hâkimliğine yapılabileceği gibi; Cumhuriyet başsavcılığı veya ceza infaz kurumu ve tutukevi müdürlüğü aracılığıyla da yapılabilir. İnfaz hâkimliği dışında yapılan başvurular hemen ve en geç üç gün içinde infaz hâkimliğine gönderilir. Sözlü yapılan şikâyet, tutanağa bağlanır ve bir sureti başvurana verilir. Şikâyet yoluna, kendisi ile ilgili olmak kaydıyla hükümlü veya tutuklu ya da eşi, anası, babası, ayırt etme gücüne sahip çocuğu veya kardeşi, müdafii, kanunî temsilcisi veya ceza infaz kurumu ve tutukevi izleme kurulu başvurabilir. Şikâyet yoluna başvurulması, verilen kararın, yapılan işlem veya faaliyetin yerine getirilmesini durdurmaz. Ancak, infaz hâkimi giderilmesi güç veya imkânsız sonuçların doğması ve karar, işlem veya faaliyetin açıkça hukuka aykırı olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda karar, işlem veya faaliyetin ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebilir.

Şikâyet başvurusu üzerine infaz hâkimi, duruşma yapmaksızın dosya üzerinden bir hafta içinde karar verir; ancak, gerek gördüğünde karar vermeden önce şikâyet konusu işlem veya faaliyet hakkında re'sen araştırma yapabilir ve ilgililerden bilgi ve belge isteyebilir; ayrıca ceza infaz kurumu ve tutukevi ile ilgili Cumhuriyet savcısının da yazılı görüşünü alır. Disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkimi, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını verir. Hükümlü veya tutuklu, savunmasını, hazır bulunmak ve vekaletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatıyla birlikte veya

avukatı aracılığıyla yapabilir. İnfaz hâkimi gerekli görmesi durumunda hükümlü veya tutuklunun savunmasını ceza infaz kurumunda da alabilir. İnfaz hâkimi, inceleme sonunda şikâyeti yerinde görmezse reddine; yerinde görürse, verilen kararın veya yapılan işlemin iptaline ya da faaliyetin durdurulmasına veya ertelenmesine karar verir.

İnfaz hâkiminin kararlarına karşı şikâyetçi veya ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından, tebliğden itibaren yedi gün içinde Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

İnfaz hakimliği sisteminin uygulamasına 1 Eylül 2020 tarihi itibariyle başlanmıştır. Uygulama çok yeni olduğu için, infaz hakimliği işlemlerinin "etkili bir başvuru yolu" olup olmadığını zaman gösterecektir. Bununla birlikte, kanunda belirtilen usul işletilerek uygulamada infaz aşamasındaki ihlallerin şikâyet yoluyla giderilmesi için titizlikle ve sebatla başvuru yapılması gerekmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ÖNÜNDE BİREYSEL BAŞVURU

Giriş

Kitabımızın ikinci bölümünde Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından koruma altına alınan hakları inceleyeceğiz.

Bireysel başvuru usulünü mümkün olduğunca uygulamacıların pratik ihtiyaçlarını gözeterek anlatmaya çalışacağız. Yine aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde koruma altına alınan haklar, Ceza avukatlarını en çok ilgilendiren konulara özel bir ağırlık verilerek aktarılacaktır.

Bizim gözümüzde, kişinin gözaltına alınması için savcının emir verdiği aşamadan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde verilen nihai karara kadar geçen bütün aşamalar tek bir hukuk sisteminin değişik parçalarıdır.

Bu anlamda meslektaşlarımıza ilk önerimiz, iç hukuk ve bireysel başvuru diye zihinlerde bulunan ayrımı bir kenara koymalarıdır. Kişinin gözaltına alınmasından, tutuklanmasına, ilk derece mahkemesi önünde hüküm tesis edilmesinden,

Yargıtay'daki temyize, oradan Anayasa Mahkemesi önünde yapılan bireysel başvuruya ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruya kadar, kesintisiz ve tek bir süreç işlemektedir.

Sözünü ettiğimiz bu bakış açısı iki pratik sonucu anlamak bakımından son derece önemlidir. İlki, daha ceza usul hukukunun devreye girdiği ilk aşamadan itibaren Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının uygulanması konusunda ısrarcı olmak gerektiğidir. Anayasa'nın insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerle, iç hukuk normları arasında çatışma olması halinde öncelik ve üstünlüğü uluslararası insan hakları sözleşmelerine veren açık hükmü karşısında (Anayasa Madde 90) ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onun ne anlama geldiğini açıklayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Türkiye hukuku bakımından normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer aldığına şüphe yoktur. Bu nedenle AİHM ve AYM içtihatları, sadece bireysel başvuru yoluna giderken bakacağımız kararlar değildir. Daha en baştan, ceza muhakemesinin her aşamasında, bu yüksek mahkeme kararlarının hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçası olduğu hiç hatırdan çıkarılmadan hareket edilmelidir.

İkinci pratik sonuç, bu mahkemelerin içtihatlarından kaynaklanmaktadır. AYM veya AİHM'in önüne getirilen yakınma ve tartışmalar daha önce, hiç olmazsa özü itibariyle, derece mahkemeleri önünde ileri sürülmüş olmalıdır. Yani, derece mahkemeleri önünde hiçbir şekilde ileri sürülmeyen ihlal iddiaları AYM ve AİHM önünde de ileri sürülemez, çünkü bunlar bakımından iç hukuk yolları tüketilmemiş sayılır.

Dolayısıyla, iç hukuk ve bireysel başvuru aşamaları birbirini takip eden bir bütünün parçalarıdır.

Kanun yolu olmama

Ancak bu bütünlük, paradoksal bir şekilde, belli nitelikler bakımından bu iki sürecin birbirinden ayrıldığını anlamamızı da engellememelidir. O da şudur; bireysel başvuru yolu bir kanun yolu, bir itiraz yolu veya bir temyiz yolu değildir. Dolayısıyla da AYM ve AİHM önündeki bireysel başvuru süreci, iç hukuk usulüne veya yasaların yanlış uygulanmasına ilişkin ikinci bir temyiz yolu değildir. Bireysel başvuruda tartışma konusu yapılan, Anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılıklar ve Anayasa veya Sözleşme ile çatışma halindeki uygulama, işlem ve kararlardır.

Otonom kavramlar

Burada dikkat etmemiz gereken diğer bir husus Anayasa'da ve AİHS'de geçen kavramların "otonom" bir yapıya sahip olduğu, yani bu kavramları iç hukukta bildiğimiz şekilde yorumlayamayacağımızdır. Anayasa ve Sözleşmede yer alan kavramların ne anlama geldiği, bireysel başvuru Mahkemeleri tarafından yorumlanmaktadır ve biz gerek iç hukukta bu maddelere dayanırken ve gerekse bireysel başvuru yoluna giderken bu yorumları bilmek zorundayız.

Bir örnek vermek gerekirse; Anayasa ve Sözleşmede yer alan "mülkiyet hakkı"[460] kavramı özel hukuktaki mülkiyet

460 Hüseyin Remzi Polge Başvurusu, No. 2013/2166, 25/6/2015, para. 31; İsmail Akçayoğlu Başvurusu, No. 2014/1950, 13/09/2017, para. 31; Hamdi Akın İpek Başvurusu, No. 2015/17763, 24/5/2018, para. 82

kavramından çok daha geniş bir şekilde, her türlü mal varlığı hakkını hatta meşru beklentileri kapsar şekilde yorumlanmaktadır. Dolayısıyla AYM veya AİHM önünde bireysel başvuru yaparken mesela emekli maaşının[461] mülkiyet teşkil ettiğini bilmemiz gerekir. Benzer şekilde "adil yargılama" kavramı söz konusu yargılamanın sonucunun adil olup olmadığına ilişkin değildir. Burada tartışma konusu yapabileceğiniz olgu ve vakalar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde tanınan usulî haklara aykırı olanlardır.

İkincillik

Aşağıda ayrıntılı olarak tartışacağımız üzere, bireysel başvuru "ikincil" nitelikte bir hak arama yoludur. Yani hak ve özgürlükleri korumak öncelikle ulusal mahkemelerin görevidir. İşte tam da bu nedenle, başvuru yollarının tüketilmesi bireysel başvuru mekanizmasının nirengi noktasını oluşturur. Yani; AYM için derece mahkemeleri, AİHM için iç hukukta yapılabilecek olanlar yapılmış, ama buna rağmen iddia edilen hak ihlalleri ortadan kaldırılamamış veya bunlara ilişkin bir giderim elde edilememişse bireysel başvuru yoluna gidilebilir.

Açıkça dayanaktan yoksunluk

Bu söylediklerimiz AYM ve AİHM'in başvuruları reddederken en sık kullandıkları gerekçelerdir. Açıkça dayanaktan yoksunluk, başvuruların esastan kabul edilemezliği nedeni olarak değerlendirilmektedir. AYM ve AİHM'in yerleşik içti-

461 Zekiye Şanlı Başvurusu, No. 2012/931, 26/6/2014, para. 62-63; Yasemin Mutlu Başvurusu, No.2013/1426, 25/3/2014, para. 61-62; Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu, No.2012/928, 11/12/2014, para. 63-64.

hadına göre; dört farklı nedenle açıkça dayanaktan yoksunluk kararı verilmektedir: i. Temyiz başvurusu ya da dördüncü derece başvurusu niteliğindeki başvurular, ii. Açıkça ihlalin bulunmadığı görülebilen başvurular, iii. Gerekçelendirilmemiş ve delillendirilmemiş başvurular ve nihayet, iv. Karmaşık ve anlaşılmaz başvurular.

AYM "açıkça dayanaktan yoksunluğu" aşağıdaki gibi açıklamaktadır:

"Başvurucunun ihlal iddialarını kanıtlayamadığı, iddialarının salt kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu, karmaşık veya zorlama şikâyetlerden ibaret olan ya da temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı veya müdahalenin meşru olduğu açık olan başvurular açıkça dayanaktan yoksundur."[462]

Yine AYM, dördüncü derece başvurusu niteliğindeki başvuruların kabul edilemez olduğunu şu şekilde ifade etektedir:

"…bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile kişisel bir uyuşmazlığa derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması, bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ya da açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru in-

462 AYM, Kürşat Eyol Başvurusu, Başvuru No: 2012/665, 13.06.2013, para. 20

celemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde açıkça keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz."[463]

AYM başka bir kararında, kendisinin temyiz mercii olmadığını şöyle ifade ediyor:

"Derece mahkemesinin delilleri değerlendirme ve yorumlamada isabet edemediğine dair başvuru kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğundan 'açıkça dayanaktan yoksundur'"[464].

AİHM de kendisinin bir temyiz mercii olmadığını şu şekilde ifade etmektedir:

"…Ulusal bir mahkemenin şu yerine niye bu kararı verdiğini ele almak Mahkemenin işi değildir. Eğer aksi olsaydı, Mahkeme bir üçüncü veya dördüncü derece mahkemesi olarak hareket ediyor olurdu ki bu da eylemleri üzerine konulan sınırları aşmak anlamına gelirdi."[465]

Bu temel prensiplerin anlaşılamaması nedeniyledir ki, hukuk yollarını bitirdikten sonra bir de şansımızı burada deneyelim diyerek bireysel başvuru yoluna gidilebilmektedir. Sonuç, yapılan başvuruların %88.4'ünün Anayasa Mahkemesi

463 AYM, Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu, (Başvuru numarası:2012/1027), 12.02.2013, para.26 https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/udf/2012-1027.docx

464 AYM, Erdinç Ergin başvurusu, Başvuru No: 2012/695, 12.02.2013, paragraf.23 http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/58b72011-0eca-4e48-8eb3-4b4fec247c52?wordsOnly=False

465 ECHtR, Kemmache v. France (Application No: 1762191) (No.3), 24 November 1994, para.44, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57894

tarafından kabul edilemez bulunarak reddedilmesidir[466].

Bireysel başvurunun temel gerekliliklerine uymadan yapılan başvurular AYM ve AİHM önünde gereksiz yığılmalara ve başarı şansı çok yüksek başvuruların da gecikerek ele alınmasına neden olmaktadır. Başarı şansı olmayan başvuruları gereksiz yere bireysel başvuruya konu etmemek hem avukatlar ve hem de bu mahkemeler bakımından ciddi zaman tasarrufuna yol açacağı gibi, başarı şansı yüksek başvuruların çok daha süratli bir şekilde ele alınmasına da katkıda bulunacaktır.

Bireysel başvuru nedir?

O halde bireysel başvuru, itiraz veya temyiz ile alakası olmayan, kendine özgü (*sui generis*) bir yargı yoludur. Bu yargı yolunda, iç hukuktaki uygulamaların Anayasayı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal ettiği tartışılır.

Bilindiği gibi Türkiye 1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanıdı. O zaman Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi şeklinde ikili bir yapı söz konusuydu. Başvuruların kabul edilirliğine Komisyon, esasa ilişkin olarak da Mahkeme karar veriyordu. Ayrıca Mahkemenin yargı yetkisini tanımak taraf devletlerin ihtiyarına bırakılmıştı. 1998 yılında yürürlüğe giren 11 nolu protokol bu ikiliği ortadan kaldırmış, bireysel başvuruların yapılabileceği tek bir mahkeme oluşturmuştur. Aşağıda zaman zaman Komisyon kararlarına da atıf yapacağız. Ancak bunları "Mahkeme (Komisyon)" ibaresiyle belirteceğiz. Artık tek bir Mahkeme bu-

466 AYM, Bireysel Başvuru İstatistikleri, 2012-2018, s.3, https://www.anayasa.gov.tr/media/5601/bb_istatistik_2018.pdf

lunduğu için bu şekilde atıfta bulunuyor, orijinal karar veya saptamanın Komisyon tarafından alınması durumunda bu hususu parantez içinde belirtiyoruz.

Kitabın ikinci bölümünün ikinci Kısmında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruma altına aldığı hakları uygulamacıların ihtiyaçlarını göz önüne alarak kapsamlı bir şekilde ele almaya çalıştık. Görüleceği üzere gerek bireysel başvuruyu anlatırken ve gerekse bireysel başvurunun maddi hukukunu açıklarken, çoğunlukla sadece AİHS maddelerine atıfta bulunmakla yetindik.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda daha çok Anayasa ön plandaymış gibi görünüyorsa da, aslında AYM önünde de AİHS sürecin merkezindedir. Anayasa madde 148'de bireysel başvurunun çerçevesi şu şekilde çizilmiştir:

"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış, temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

Görüldüğü gibi buradaki temel payda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Bizde anlatımlarımızı bu temel payda üzerine inşa etmiş bulunmaktayız.

Aşağıdaki metinde sıklıkla AYM ve AİHM'in ikisini birden kastederek "Bireysel Başvuru Mahkemeleri" terimini kullanacağız. Bilindiği gibi AYM 2012 yılından beri bireysel başvuruları kabul ediyor. AYM önündeki bireysel başvuru me-

kanizması, detaylarda farklılık olsa da temel olarak AİHM'in önündeki usul model alınarak oluşturulmuştur. Yani temel mantık ve kurgu aynıdır. AİHM'e gitmek için, 2012'den beri AYM tüketilmesi gereken bir hukuk yoludur. Yani AYM adeta Türkiye özelinde iş gören bir AİHM halini almıştır. Temel olarak kavramlar, usul ve yöntemler aynı olduğu için, özel bir farklılık olmadığı sürece usule ilişkin olarak anlattıklarımız her iki mahkemeyi de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

I) BİREYSEL BAŞVURUDAN ÖNCE YAPILACAK ÖN HAZIRLIKLAR

Başvuru dilekçesinin nasıl doldurulması gerektiğini tartışmadan önce uygulamada önem arz eden bazı hususları kısaca açıklamak isteriz.

A) İçtihatları okuyun:

Bireysel başvuru dilekçelerini hazırlamadan önce gerek AYM'nin ve gerekse AİHM'in konuyla ilgili içtihatlarını mutlaka okuyun. Aslında yukarıda da açıkladığımız gibi, kanımızca uygulamacılar bu içtihatları iç hukukun her aşamasında göz önünde bulundurmalıdır. Ancak, elbette, bireysel başvuru dilekçeleri hazırlanırken, tartışma konusu yapacağınız hak ihlalleri kapsamında AYM ve AİHM'in ilgili kavramları nasıl yorumladıklarını bilmek temel öneme sahiptir. AYM ve AİHM sizin önüne getirmediğiniz tartışmaları kendiliğinden ele almayacaklardır. Yine aynı şekilde, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi maddelerine soyut bir şekilde atıfta bulunulması da çok fazla anlam ifade etmemektedir. Hak ihlallerini açıklarken, bunların hangi maddelerde koruma altına alınan hangi hakları neden çiğnediğini açık bir şekilde ortaya koymak büyük öneme sahiptir.

B) Başvurucunun ifadesini alın:

Eğer Bireysel Başvuru Mahkemeleri önünde yapacağınız tartışma salt hukuki olgular üzerine bir tartışma ise başvurucunun beyanını almanıza gerek bulunmamaktadır. Ancak işkence gibi maddi olaya ilişkin bir tartışma söz konusu ise iyi alınmış bir ifade sağlam bir delil oluşturacaktır. Ayrıca işkence söz ko-

nusu olduğunda, böylesi bir ifadeyi daha ilk aşamada almak ve savcılığa yapılacak suç duyurusuna eklemek hem iç hukuka AYM/AİHM penceresinden yaklaşmak ve hem de iç hukuk yollarından sonuç alınamaması halinde iyi belgelenmiş bir bireysel başvuru gerçekleştirmek anlamına gelecektir.

Önceki bölümlerde işkence ve kötü muamele mağdurlarının ifadelerini nasıl almanız gerektiğini detaylı bir şekilde açıklamıştık. Burada kısaca yapılması gerekenleri ve konunun önemini hatırlatmakla yetineceğiz.

İlk olarak, böyle bir ifade almak sizin için başvuru dilekçesinin hazırlanmasına yönelik son derece işlevsel bir çalışma ve zihinsel alıştırma olacaktır. İfadenin aşağıda belirteceğimiz şekilde alınması koşuluyla, başvurunun ekinde sunacağınız bu ifade ile Mahkemeye olayların geniş bir resmini sunmuş olacaksınız. Başvurucunun ifadesinde belirttiği her hususu başvuru formunun olaylar kısmında anlatmayı tercih etmeyebilirsiniz; bu durumda ekte sunacağınız ifade dilekçenizin bir tamamlayıcı unsurunu oluşturacaktır. İfadeyi alırken ayrıntılı, kronolojik bir sıra izleyerek ve mümkün olduğunca başvurucunun özgün ifade tarzına sadık kalarak alınız; başvurucunun abartmasına ve yalan söylemesine izin vermeyiniz.

Delilleri değerlendirme faslını tartışırken açıklayacağımız üzere, bilhassa AİHM, deyim yerinde ise, "gerçek ayrıntılarda" gizlidir prensibinden hareket etmektedir. Bu nedenle de ifade alırken, bir kanaat oluşmasına yardımcı olacak hiçbir unsuru atlamamaya çalışınız.

C) Belge, bilgi ve raporları toplayın:

Başvuru dilekçesine ilgili bütün karar ve belgelerin eklenmesinin yanı sıra, ilgili gazete kupürlerini, Ulusal ya da Uluslararası İnsan Hakları Kuruluşları tarafından hazırlanmış raporlar var ise bunları da eklemek yararlı olacaktır. Türkiye de, İnsan Hakları Vakfı, İnsan *Hakları Derneği*, Hrant Dink Vakfı, Dünya'da da İnsan Hakları İzleme Örgütü (*Human Rights Watch), Uluslarası Af Örgütü*, *Amerikan Dış İşleri Bakanlığı*, vb. gibi pek çok kuruluş insan haklarının durumuna ilişkin son derece kapsamlı raporlar hazırlamaktadırlar. Yine *Article 19*, *Lawyers to Lawyers* gibi kuruluşlar ülke bazında, ifade özgürlüğü, avukatlara yönelik hak ihlalleri vb. gibi spesifik alanlarda raporlar hazırlamaktadırlar. Bu tür raporların, başvuru konunuzla ilgili olduğu ölçüde, dilekçenize eklenmesi savlarınızı desteklemek bakımından son derece yararlı olabilir.

Anayasa Mahkemesi özellikle geri gönderilecek sığınmacının kötü muameleye uğrayabileceği iddialarını değerlendirmek için uluslararası örgütlerin raporlarını büyük ölçüde göz önüne almaktadır. İddialarınızı destekleyen insan hakları raporlarının sunulması AİHM başvuruları bakımından da oldukça önemlidir.

D) Zaman tablosu hazırlayın:

Aşağıda tekrar ele alacağımız üzere, AYM bireysel başvuruda ihlal kararı verirse, avukatlık ücreti olarak asgari ücret tarifesine göre maktu ücrete hükmetmektedir.

Ancak AİHM, gerçekçi olması koşuluyla, kesilen serbest meslek makbuzunda yazan ücretin başvurucuya ödenmesini

kararlaştırabildiği gibi, avukat tarafından bir zaman tablosu hazırlanmışsa buna göre de avukatlık ücretine hükmedebilmektedir.

AİHM başvurusu açısından, eğer serbest meslek makbuzu kesilmemişse, ayrıntılı bir zaman tablosu hazırlamanızı salık veririz. Bireysel başvuru için yaptığınız tüm hazırlıkları ve yine başvuru görüşülürken yaptığınız tüm çalışmaları bu zaman tablosu üzerinde not edin. Bu not, tarih, aktivite ve o aktivite için harcanan zamanın gösterileceği bir biçimde hazırlanmalıdır. Davanın son aşamasında Mahkeme, hazırladığınız bu zaman tablosunu göz önüne alarak ne kadar ücret alacağınıza karar verecek; bu şekilde ayrıntılı bir zaman tablosu kendisine sunulmamış ise, kendi takdirine dayanarak ücret belirleyecektir. Türkiye'den yapılan başvurularda, meslektaşlarımız böyle bir hazırlık yapmadıkları için, son derece düşük avukatlık ücretleri belirlenmektedir.

Bu zaman tablosunda her bir saat için makul bir ücret belirleyip, buna göre müvekkilinizle bir sözleşme imzalayabilir ve AİHM'den masraf ve ücretlerin talep edildiği aşamada bu sözleşmeyi ve zaman tablosunu mahkemeye sunabilirsiniz.

E) Yetki belgesi hazırlayın:

Anayasa Mahkemesine başvuru için özel bir yetki belgesi düzenlenmesine gerek yoktur. Genel vekaletname ile müvekkiliniz adına başvuruyu gerçekleştirebilirsiniz. Ancak AİHM için vekaletname yeterli olmadığı gibi, vekaletname sunulması gerekli de değildir. Aşağıda başvuru formlarının nasıl doldurulacağını anlatırken daha ayrıntılı açıklanacağı gibi, AİHM

önünde müvekkilinizi temsil edebilmek için AİHM başvuru formunun ilgili bölümünü sizin ve müvekkilinizin imzalaması gerekmektedir.

F) Davaya katılabilecek üçüncü kişilerle yazışın:

Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvurularda üçüncü kişilerin davaya sunumda bulunmasına ilişkin kurallar bulunmamaktadır. Ancak uygulamada bazı örgütlerin üçüncü taraf görüşleri sundukları ve Mahkeme'nin de bu görüşleri dosyaya kabul ettiği bilinmektedir[467].

AİHM'e gelince üçüncü taraf görüşlerinin dosyaya sunulması hem Sözleşme ve İç Tüzük de düzenlenmiş ve hem de uygulamada sıklıkla rastlanan bir olgudur. AİHM'inden farklı olarak AİHM kararlarında kendisine sunulan üçüncü taraf görüşlerinde neler söylendiğini de özet olarak kararında belirtmektedir.

AİHS Madde 36'ya göre "…Mahkeme başkanı, adaletin gereği gibi yerine getirilmesi amacıyla, davaya taraf olmayan herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ı ya da başvurucu dışında davayla ilgili her kişiyi yazılı görüş sunmaya veya duruşmalara katılmaya davet edebilir… Bir Daire veya Büyük Daire önündeki her davada Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri yazılı görüş sunabilir ve duruşmalara katılabilir."

Maddede her ne kadar sadece başkanın davet etmesinden söz edilmekteyse de uygulamada insan hakları örgütleri bel-

467 Doç.Dr. Tolga Şirin, "Bireysel Başvuru Usul Hukuku-Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018, s.247

li davalara kendileri görüş sunmak talebinde bulunmaktadır. AİHM İç Tüzüğünün 44. Maddesine göre üçüncü taraflar başvurunun hükümete havale edilmesinin ardından görüş sunma taleplerini Daire başkanına iletebilirler. Bu talep, başvuru hükümete havale edildikten sonra en geç 12 hafta içinde yapılmalıdır. Yeterli sebep gösterilmesi halinde bu süre Daire başkanı tarafından uzatılabilir. Üçüncü taraf görüşleri İngilizce veya Fransızca olarak sunulabilir. Üçüncü tarafların sunduğu görüşler görüşlerini bildirmeleri için başvurucuya ve hükümete gönderilir.

AYM veya AİHM'e başvuru sunarken, dava konunuza ilişkin arka plan bilgisi sunmasında yarar olacağını düşündüğünüz örgütlerle önceden yazışmak; onları katkı sunmaya çağırmak, bu örgütlere de gerekli hazırlıkları yapabilmek için zaman kazandıracaktır. Örneğin müvekkiliniz bir gazeteciyse, Türkiye'deki durumu izleyen uluslararası örgütler arka plan bilgisi sunmak isteyebilirler. Müvekkiliniz kötü muameleye uğradığı iddiasında ise İnsan Hakları Derneği veya Uluslararası Af Örgütü, dosyanıza bir "amicus curiae" sunmak isteyebilir. Bu tür sunumların başvurunuza ciddi katkı sağlayacağına şüphe yoktur.

II) Başvuru Dilekçelerinin Hazırlanması

Bu bölümde Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne verilecek dilekçelerin hazırlanması usulüne ilişkin bilgi vermeye çalışacağız. Her ne kadar, iki mahkemeye başvuru, kural olarak, eş zamanlı olmayıp, ancak birinden karar aldıktan sonra diğerine başvurmak şeklinde ilerliyorsa da biz her iki Mahkeme için de başvuru dilekçelerinin hazırlanmasını aynı başlıklar altında inceleyeceğiz.

Dilekçe formatlarında bazı değişiklikler olsa da her iki Mahkemeye başvuru da aynı temel mantık üzerine inşa edilmiştir. Bu nedenle aşağıda, mahkeme adını özel olarak belirtmediğimiz sürece söyleyeceklerimiz her iki mahkeme için de geçerli olacak şekilde okunmalıdır.

Her iki mahkemeye başvuru standart başvuru formlarının doldurulması suretiyle gerçekleştirilmelidir. Anayasa Mahkemesi'ne başvuru dili Türkçedir[468]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi dilleri İngilizce ve Fransızcadır. Mahkeme İçtüzüğü ile, Sözleşmeye taraf diğer ülke dilleriyle yazışmaların yapılabilmesi olanağı da tanınmıştır. Türkçe de bunlardan biridir. Dilekçe yazabilecek düzeyde İngilizce veya Fransızca dillerine vakıf olmamanız halinde AİHM'in sitesin-

468 Kanaatimizce bir insan hakları mahkemesi fonksiyonu icra ettiği bireysel başvuru alanında Anayasa Mahkemesi, diğer dillerde de başvuruları -hiç olmazsa belli aşamalara kadar- kabul etmelidir. Özellikle Türkiye'nin yaşadığı mülteci sorunu göz önüne alındığında, Türkiye'de yasal veya yasa dışı bir şekilde bulunan göçmenlerin insan haklarından daha etkin bir şekilde yararlanabilmesi için AYM'nin dil konusunda belli bir esneklik göstermesi ve Türkçe dışında bir dille yazılmış başvuruları da kabul etmesi gerektiği kanısındayız.

den indireceğiniz Türkçe formattaki başvuru formunu yine Türkçe olarak yazıp doldurabilirsiniz.

Ancak, AİHM önünde herhangi bir izin alınmadan Türkçe'nin kullanılması, başvurunun hükümete bildirilmesi aşamasına kadar mümkündür. AİHM İç Tüzüğü'nün 34/3-a maddesine göre, sonraki aşamalarda yazışma ve sunumları Türkçe yapabilmek için Mahkeme başkanının bu konuda izin vermesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi başvuru formundan görüleceği üzere, ilk sayfada, başvurucu sayısının belirtilmesi, başvuru tarihinin yazılması, eğer başvurucunun halihazırda AYM önünde derdest bir başka başvurusu varsa bunun numarasının bildirilmesi istenmektedir.

Ayrıca yine bu ilk sayfada, başvurunun dayanağı olan belgelerin dizi pusulasının sunulması, yani başvuruya ekli her bir belgenin belirtilmesi istenmektedir. Tıpkı AİHM başvurularında olduğu gibi AYM başvurusunda da belgelerin asılları değil, suretleri gönderilir.

AYM, kendisine gönderilen belgelerle ilgili olarak şu belirtilen hususlara kesinlikle uyulmasını istemektedir:

* Belgeleri tarih sırasına göre çok kısa ve özlü bir şekilde tanımlayarak düzenleyiniz.

* Sayfaları sırasına göre numaralandırınız

* Belgeleri birbirine tutturmak için zımba, ataş, yapıştırıcı bant kullanmayınız.

A) Taraflar

AYM başvuru formunun 1., AİHM başvuru formunun ise 2. sayfasında başvurucu ile ilgili bilgiler istenmektedir.

Bu bölümde başvuran kişinin T.C kimlik numarası, adı, soyadı, anne adı, baba adı, doğum tarihi, cinsiyeti, uyruğu, mesleği, telefon numaraları, e-posta adresi, istenmektedir. Başvuran bir tüzel kişi ise mersis ve vergi numaralarının da bildirilmesi gerekmektedir.

Birden fazla başvurucu tarafından yapılan başvuruda her bir başvurucu için ayrı bir sayfa kullanılarak her başvurucuya ilişkin kişisel bilgilerin ayrı ayrı ve eksiksiz yazılması gerekmektedir. AYM başvuru formu, bilgisayar ortamında doldurulyorsa başvurucu ve temsilci bölümlerinin altında yer alan butonlar kullanılarak başvurucu veya temsilci sayısı kadar sayfa üretilebilmektedir. AİHM başvurusunda bir butona basarak başvurucuya ilişkin bilgi istenen sayfanın çoğaltılma imkânı bulunmamaktadır. O yüzden, birden fazla başvurucunun bulunması halinde, başvurucu sayısı kadar formun bu sayfasının çoğaltılarak doldurulması gerekir.

Bireysel başvuru Mahkemelerine "herkes" başvuruda bulunabilir. Yani başvuruda bulunacak kişinin vatandaş olması hatta ülkede yasal olarak bulunuyor olması gerekli değildir. Bir yabancı, bir mülteci veya Türkiye'ye yasa dışı yollarla girmiş bir göçmen diğer gerekli koşulları yerine getirmiş olmak şartıyla bireysel başvuruda bulunabilir; ki insan haklarını korumanın mantığı da bunu gerektirmektedir.

Bireysel başvuru mahkemeleri önünde taraf ehliyeti ve

mağdur kavramları iç hukuktan bağımsız kavramlardır. O nedenle mahkemelerin bu kavramlardan ne anladığını aşağıda açıklamaya çalışacağız.

1. Çocuklar

AİHM, "herkes" ibaresinden "çocukları" da anlamakta, hak ehliyetine sahip olan çocukların, bireysel başvuru açısından da hukuk ehliyetine sahip olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle çocuklar gerek yetişkinlerle birlikte olsun ve gerekse tek başlarına olsun bireysel başvuruda bulunma ehliyetine sahiptirler. Örneğin A/Birleşik Krallık davasında başvurucu üvey babasından dayak yediği ve devletin de kendisini koruyamadığı iddiasıyla AİHM'e başvuruda bulunmuştur. Çıkar çatışması olmaması durumunda çocuklar ebeveynleri tarafından da temsil edilebilirler.[469]

2. Engelliler ve kısıtlılar

AİHM ruhsal rahatsızlıkları nedeniyle kısıtlanmış olan kişilerin de, icabında kendi başlarına bireysel başvuruda bulunabileceklerini belirtmektedir. Nitekim Zehentner/Avusturya davasında AİHM, paronoid psikoz rahatsızı olan kişinin gerçekleştirdiği başvuruda hükümetin başvurucunun "hukuki işlem ehliyetinin" bulunmadığı yönündeki itirazını reddetmiş ve şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

"Mahkeme, bireysel başvuruların yönetilmesine ilişkin koşulların, taraf ehliyetine ilişkin ulusal kriterlerle aynı olmasının gerekli olmadığını gözlemler. Bu bağlamda ulusal ku-

469 Philip Leach, "Taking a Case to The European Court of Human Rights" (Student version), Oxford University Press, 2017, s. 123

rallar, Sözleşme madde 34'te tasarlananlardan farklı amaçlara hizmet eder. Bu amaçlar bazen kıyas edilebilir olsa da, bunun her zaman böyle olması gerekmez. (…) Mahkeme, ulusal hukukun, sözleşme yapmak veya muameleleri geçerli şekilde sona erdirmek konusunda hukuki ehliyeti olmayan bir kişiye engel olduğunu kaydeder. Dolayısıyla bu, başka şeylerin yanında, kişiyi, haklarına veya mallarına ilişkin kendi dezavantajına tasarruflardan korumaktadır. Sözleşme usullerinde hukuksal ehliyeti olmayan kişilerin bir vasi tarafından temsil edilmesi gerekliliği az açıktır. Bu nedenle, belli durumlarda, kendi hakkına ilişkin Sözleşme usullerinin sonlandırılmasına izin verilmesi haklı kılınabilir. Gerçekten de Sözleşme'nin 34'üncü maddesi uyarınca Mahkeme, Sözleşme veya ona ek protokollerinde düzenlenen hakların Yüksek sözleşmeci taraflardan biri tarafından ihlalinin mağduru olduğunu iddia eden herhangi bir kişiden başvuru alabilir. Genel olarak veya hukuksal ehliyeti olmayan kişiler için özel olarak, usullerin ilk aşamasında temsil edilme zorunluluğu yoktur."[470]

Benzer şekilde AYM de hükümlülerin yaptıkları başvurularda "kısıtlılık" durumlarına dikkat etmemekte, başvuruları ehliyet yönünden reddetmemektedir. Mehmet Ali Eneze kararında, bir hükümlünün uzaktan eğitim sınavlarına girmesine izin verilmediği gerekçesiyle eğitim hakkının ihlal edildiği iddiasını incelemiş, kişi yönünden yetkisizlik tespit etmemiştir[471].

470 Doç.Dr. Tolga Şirin, "Bireysel Başvuru Usul Hukuku-Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018, s.22-23

471 Doç.Dr. Tolga Şirin, a.g.e, s. 23

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesine göre, "her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir". 6216 sayılı yasanın 46/2. Maddesine göre "Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir". 6216 sayılı yasa, kimlerin bireysel başvuruda bulunabilecekleri konusunda AİHS maddeleri ve AİHM kararlarıyla uyumlu bir düzenleme getirmiştir.

Bu düzenlemeler çerçevesinde, kural olarak, kamu gücü kullanan makamların bireysel başvuruda bulunma imkânı yoktur. Bu nedenle, köy tüzel kişiliği[472] veya belediyenin[473] tüzel kişilik olarak başvuruda bulunabilmesi mümkün değildir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi vakıf üniversitelerinin[474] ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının[475] da bireysel başvuruda bulunamayacağına karar vermiştir.

Aynı şekilde, kamu erkini kullanan bir makam, devletin herhangi bir organı, Sözleşmede veya Anayasada koruma altına alınan haklardan birinin çiğnendiğinden bahisle AYM'ye veya AİHM'e bir başvuruda bulunamaz.

---

472 *Büğdüz Köyü Muhtarlığı*, B. No: 2012/22, 25/12/2012, §§ 26-29; *Demirdöven Köyü Tüzel Kişiliği ve diğerleri*, B. No: 2014/14359, 25/12/2018.

473 *Ballıdere Belediye Başkanlığı*, B. No: 2012/1327, 12/2/2013, §§ 16-19.

474 İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, B. No: 2013/1430, 21/11/2013.

475 *Doğubayazıt Ticaret ve Sanayi Odası*, B. No: 2012/743, 5/3/2013, §§ 15-17.

3. Barolar

Barolar mensuplarının gönüllü olarak bir araya gelmeleriyle oluşturulmuş tüzel kişilikler olmaması, kanunla kurulmuş olmaları nedeniyle bireysel başvuruda bulunamazlar. Bursa Barosu'nun yaptığı bir başvuruda AİHM, baroların dava ehliyetini şöyle değerlendirmiştir:

"Mahkeme öncelikle, Bursa Barosu'nun, kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluş olarak, kamu hukukuna tabi tüzel bir kişi olduğunu gözlemlemektedir. Dolayısıyla Bursa Barosu'nun Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında bir sivil toplum kuruluşu veya ortak menfaati bulunan kişiler grubu olarak nitelendirilmesi zor olacaktır.

(…) Mahkeme ayrıca, yerleşik içtihatlarına göre, "mağdur" kavramının, dava açma menfaati veya hakkı gibi yerel kavramlardan bağımsız ve özerk olarak yorumlanması gerektiğini hatırlatmaktadır. Mahkeme, yukarıda yapılan değerlendirmelerin tamamı bakımından, Bursa Barosu'nun Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında mağdur sıfatını haiz olduğunu iddia edemeyeceği sonucuna varmaktadır (…) dolayısıyla başvurunun bu kısmı Sözleşme hükümleriyle kişi yönünden (*ratione personae*) uyumsuzdur ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi ve 4. fıkrası uyarınca reddedilmesi gerekmektedir."[476]

Özel hukuk tüzel kişileri, kendi tüzel kişiliklerini ilgilendiren konularda bireysel başvuruda bulunabilirler.

476 AİHM, Bursa Barosu Başkanlığı ve Diğerleri/Türkiye çeviren Adalet Bakanlığı, (Başvuru No. 25680/05), 19 Haziran 2018, para.111-112

Aynı şekilde sendikaların doğrudan kendi tüzel kişiliğinin hak ve menfaatlerini etkileyen işlem, eylem ya da uygulamalarla ilgili olarak ortaya çıkan hak ihlalleri konusunda başvuruda bulunma yetkileri vardır. Sendikalar üyelerinin ortak hak ve menfaatlerini ilgilendiren konularda da dava açabilirler, ancak sadece belli bir üye adına dava açabilmeleri mümkün değildir[477].

4. Mağdurun veya başvurucunun ölümü

Kural olarak ölmüş bir kişi adına başvuru yapılamaz. Ancak, meşru bir çıkarı olması koşuluyla, yakın akrabaları ya da mirasçıları ölmüş kişi adına başvuru yapabilirler[478]. Ölen kişiler adına yapılan başvuruların en bilinen örnekleri, merhumun ölümünden devletin sorumlu olduğu iddiasıyla, yakınları tarafından yapılan başvurulardır.

AİHM ölen kişi adına yapılan başvurularda "yakın akraba" kavramını dar yorumlamaktan yana değildir. Mahkemeye göre, Sözleşmenin amacı uygulanabilir ve etkili güvenceler getirmektir. Bu bağlamda AİHM, Yaşa/Türkiye davasında, yeğenin amcasının öldürülmesinin mağduru olduğunu meşru bir şekilde tartışabileceğini kabul etmiştir. Ölen kişinin, bu başvuruyu gerçekleştirebilecek, yeğenden daha yakın akrabalarının hayatta olmasının da bir önemi yoktur.[479]

Başvuru yaptıktan sonra kişinin ölümü otomatik olarak

477 Yunus Emre Yılmazoğlu, Bireysel Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, 2019, s. 74-75

478 Philip Leach, "Taking a Case to The European Court of Human Rights" (Student version), Oxford University Press, 2017, s. 124

479 Philip Leach, a.g.e, s.125

davanın son bulmasına neden olmaz. Dava, bunu yapmakta hukuki yararları bulunması koşuluyla, başvurucunun yakınları tarafından devam ettirilebilir. Durum böyle olmakla birlikte, davanın devam ettirilebilmesi için öne sürülen Sözleşme ihlaline ilişkin hakkın "el değiştirebilir" nitelikte olması gerekmektedir. Örneğin Komisyon (Mahkeme), ceza yargılamasındaki sürenin uzunluğuna ilişkin yakınmanın başvurucunun yakınları tarafından sürdürülemeyeceğine karar vermiştir[480]. Böyle olmakla birlikte AİHM hapishanedeki alıkoyma koşullarına[481] ve adil yargılamaya[482] ilişkin yakınmalarda, başvurucuların yakınlarının davayı devam ettirebileceğine hükmetmiştir. Benzer şekilde eski başbakanın derdest edilmesi ve kovuşturulmasını konu alan Lukanov/Bulgaristan davasında ve keza yaptığı haberlerden ötürü hakkında Müslümanları kamu düzenini bozmaya kışkırttığı için dava açılan Ahmet Sadık/Yunanistan davasında, başvurucuların ölümlerinin ardından davaların eşleri ve çocukları tarafından sürdürülmesi AİHM tarafından kabul görmüştür[483].

Anayasa Mahkemesi, Mahmut Tanal ve Diğerleri[484] davasında da belirttiği gibi, mağduriyet kavramı kapsamında, kişinin bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç koşulun yerine gelmiş olmasını aramaktadır: 1) başvuruya konu edilen ve ih-

480 Bkz.Kofler v Italy No 8261 / 78, 30 DR 5, 9 (1982)

481 Bkz.Altun v.FRG No 10308 / 83, 36 DR 236 (1983)

482 Bkz.Beader, Ennsslin and Rapse v FRG Nos 7572 / 76 (1978)

483 Philip Leach, a.g.e, s. 126

484 AYM, Mahmut Tanal ve Diğerleri Başvurusu, (Başvuru No: 2014/18803),10/12/2014, para.24-25 http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/014cfdeb-bd78-4dab-b705-0f815d8e-4e86?wordsOnly=False

lale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı, başvurucunun "güncel bir hakkının ihlal edilmesi"; 2) bu ihlalden dolayı "kişisel olarak" ve "doğrudan" etkilenmiş olması; 3) bunların sonucunda başvurucunun kendisinin mağdur olduğunu ileri sürmesidir. AYM'ye göre, "Bu üç temel koşula ilave olarak (…) Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bir hakkı doğrudan etkilenmeyen kişi "mağdur" statüsü kazanamaz."

Gerek AYM ve gerekse AİHM (halk davası) "actio popularis" adını verdikleri, kamu adına hareket ederek bir başvuruda bulunmanın mümkün olmadığını belirtmektedirler.

Anayasa Mahkemesi'ne göre: "Kendilerinin belirli bir işlemden doğrudan etkilenme tehdidiyle ya da tehlikesiyle karşı karşıya olduklarını ve dolayısıyla potansiyel olarak mağdur olduklarını iddia eden başvurucular ile yalnızca ulusal hukukları değiştirmeyi veya toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan başvurular arasında dikkatli bir ayrım yapılmalıdır. Bu son bahsedilen türdeki ve içtihatta "*halk davası*" (actio popularis) olarak isimlendirilen başvurulara bireysel başvuru hakkı tanınmamıştır. Dolayısıyla bireylerin, kendi bireysel haklarının ihlal edildiğini ileri sürmeksizin, toplumun menfaatlerinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakları bulunmamaktadır"[485]

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, belirli bir işlemden doğrudan etkilenme tehdidiyle ya da tehlikesiyle karşı karşıya

485 AYM, *Mahmut Tanal ve Diğerleri*, para.27

olma durumunu ayrık tutmaktadır. Burada "potansiyel mağdur" kavramı ortaya çıkmaktadır. Bir yasanın kişileri negatif yönde etkileme imkânı bulunması halinde potansiyel mağdurluk söz konusu olabilir. AİHM Dudgeon/Birleşik Krallık, Norris/İrlanda davalarında eşcinsel eylemleri yasaklayan yasalar nedeniyle, LGBT bireylerin potansiyel mağdur oldukları iddiasıyla yaptıkları başvuruları kabul etmiştir[486].

5. Başvurucunun temsilcisi

Anayasa Mahkemesine başvuruda avukatın, aslının aynıdır şeklinde tasdik ettiği ve baro pulu yapıştırdığı vekaleti sunması yeterlidir. Ancak AİHM'e yapılan başvurularda, vekaletname yerine, başvuru formu C.3'deki "Yetki belgesi" başlıklı bölümün avukat ve başvurucu tarafından ıslak imza ile imzalanması gerekmektedir. Yetki belgesi bölümü avukat tarafından imzalanmamış ise, AİHM yazışmaları sadece başvurucuyla sürdürebilir.

Uygulamada gerek AYM ve gerekse AİHM, başvurucunun birden fazla avukatla temsili durumunda, yazışmaları sadece bir avukatla yaptığından, kiminle yazışma yapılmasının tercih edildiğinin belirtilmesi durumunda, olası karışıklıklar ve zaman kaybı önlenebilir.

AYM ile bütün yazışmalar, başvuru usulündeki gibi, ya aracı mahkemelerden göndererek veya mahkemenin kendisine doğrudan evrak teslim ederek yapılabilmektedir. AİHM'de, başvuru hükümete havale edilinceye kadar olan yazışmalar posta ile yapılır. Başvuru hükümete havale edildikten sonraki

486 Philip Leach, a.g.e, s.131

aşamada Mahkeme ile elektronik yazışma mümkün hale gelmektedir. Yine birden çok avukatın bulunması halinde, başvuru formundaki "Mahkeme ve Başvurucu arasında elektronik iletişim," başlıklı bölüme, bu yazışmalar hangi avukat üzerinden yürütülecek ise onun adresinin en baştan yazılması gerekir. Yazışmaların yapılacağı eComms hesabının açılması için gereken linkler bu e-posta adresine gönderilecektir.

6. Karşı Taraf

Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda bir karşı taraf yoktur. Başvuru idarenin ve yargının eylem ve işlemlerine karşı yapılmaktadır.

AİHM önünde ise karşı taraf, aleyhine başvuru yapılan devletin tüzel kişiliğidir. Başvuru Formunun ikinci sayfasında "Aleyhine başvuru yapılan devlet veya devletler" ibaresi bulunmakta ve altında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf devletlerin isimleri yer almaktadır. Buradan Türkiye veya hangi devletin aleyhine başvuruda bulunuluyorsa onun adı işaretlenmelidir.

Bireysel başvuru hakkı, Sözleşme hükümlerinin devletin bir işlem veya eyleminden ya da eylemsizliğinden dolayı ihlal edilmesi durumunda kullanılabilir. Devletin sorumluluğu, devletin herhangi bir görevlisinin, (örneğin; bir polis memurunun) eylemlerine kadar uzanır. Sözleşmenin 1. Maddesi bütün devletleri "kendi yetki alanları içinde bulunan" herkesin Sözleşmedeki haklarını tanımakla yükümlendirmiştir. Burada, devletlerin sorumluluk alanları belirtilmektedir. Sözleşme organlarının içtihatları ile devletlerin sorumluluk alanları

yalnızca hukuken değil, fiili yetki kullandıkları alana kadar genişletilmiştir. Örneğin Türkiye›ye karşı, Kıbrıs'tan açılan davalar nedeniyle mahkumiyetler söz konusudur. (Bu konuda daha ayrıntılı bilgiler için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. Maddesinin açıklandığı bölüme bakınız.)

B) Olayların Açıklanması

Anayasa Mahkemesi'ne başvuru formunun 4., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru formunun 5. sayfasında; başvuruya konu olayların ve iç hukuk yollarının nasıl tüketildiğinin anlatılması istenmektedir.

Bireysel başvuru Mahkemelerine yapılan başvuruların her geçen gün artması, maalesef başvuru formlarında şekilci bazı kriterlerin ağırlık kazanmasına neden olmuştur. Başvuru formları, tam da istendiği gibi doldurulmalıdır. Kanımızca, sınırlı sayfalar içeren bu formlarla Mahkeme personeli, dilekçenin meramını kısa bir sürede anlamak, elenecek ve incelemeye devam edilecek başvuruları görmek istemektedirler.

Başvuru formlarına ilişkin açıklamalarda her iki mahkeme de kısaca meramın anlatılmasını isteseler de, meramını iyi anlatamayan başvuruların daha ilk aşamada elenme olasılığının da yüksek olduğu hatırdan çıkarılmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi, başvuru formunun olayların açıklandığı bölümünün nasıl yazılacağına ilişkin olarak şunları belirtmektedir:

"Başvuru formunun bu bölümü zengin metin formatını desteklemektedir. Form bilgisayar ortamında dolduruluyorsa harici bir kelime işlemciyle oluşturduğunuz metinleri kopya-

la-yapıştır yöntemi ile ilgili alanlara aktarabilir veya formun kendi metin biçimini kullanabilirsiniz."

Anayasa Mahkemesinin elektronik başvuru formundaki sayfa sayıları "Açıklama sayfası ekle" butonuna basarak arttırılabilmektedir.

AİHM başvuru formu için sayfa sayısını arttırma olanağı yoktur. AİHM başvuru formunun yeterli olmaması durumunda ilave bilgi ve açıklamalar içeren ayrı bir belgenin başvuru formuna ek olarak sunulabileceğini belirtmektedir. "Ek bilgi ve açıklamaları içeren bu ek belge, toplam 20 sayfayı geçmemelidir" (Başvurucuya ilişkin karar ve belgeler bu 20 sayfalık sınırın dışındadır). Ancak bu, başvurunun konusuna ilişkin açıklamalarınıza başvuru formu üzerinde başlayıp, bu açıklamalar 20 sayfa olana kadar devam edebileceğiniz anlamına gelmemektedir. Söz konusu 20 sayfa ancak, formun ilgili sayfalarında özlü bir şekilde belirtilmesi gereken olayların, şikâyetlerin ve kabul edilebilirlik kriterlerine uygunluğun anlatımına ek olmalıdır. Sunulacak ekte yeni şikâyetlere yer verilemez; sunulan ek sadece başvuru formunda halihazırda belirtilmiş şikâyetlerin geliştirilmesi amacıyla kullanılabilir. Tüm gönderileriniz tamamen okunaklı olmalıdır ve eğer "olaylar, şikâyetler ve kabul edilebilirlik kriterlerine uygunluk" bölümlerindeki açıklamalarınıza ilave olarak sunduğunuz gönderileriniz varsa, aşağıda belirtilen hususlar da dikkate alınmalıdır:

*Bu gönderileriniz eğer daktilo veya bilgisayar kullanılarak doldurulmuşsa, okunaklı bir yazı karakteri ve yazı tipi ile yazılmış olmalıdır (başvuru metninde en az 12 punto, dipnotlarda 10 punto)

*Ek belgeler söz konusu ise, A4 sayfa boyutunda ve sayfa kenar boşluğu belirlenmiş olmalıdır.

*Sayfalar sırasına göre numaralandırılmış olmalı ve paragrafları numaralarla belirlenmiş olmalıdır."

Başvuru formlarında istenen belge ve bilgiler açık iken, başvuru formlarının bu denli şekil unsurlarına bağlanmasının, insan hakları ihlal başvurularını kabul eden mahkemeler için aşırı ve gereksiz bir şekilcilik içerdiği kanısındayız. Ancak, bugün için bireysel başvurular sadece bu formatlar içinde yapılabilmektedir.

Başvurunun nasıl yazılması gerektiğine ilişkin olarak, kendi tecrübelerimize dayanarak, aşağıdaki şekilde tavsiyede bulunabiliriz:

Bu bölümde şikâyette bulunduğunuz olayları açık ve özlü bir biçimde, esası içerecek şekilde anlatınız. Olayları oluş sırası içinde anlatmaya çalışınız. Kesin tarihleri veriniz.

Her dilekçe yazımında olduğu gibi, bireysel başvuru dilekçelerinde de kullanacağınız üslup ve hitap biçimlerini belirlemek konusunda zorlanabilirsiniz. Mahkemenin kullandığı dili de göz önüne alarak şu hususlara dikkat edilmesini önerebiliriz:

- Müvekkil, şikayetçi vs. demek yerine, ***başvurucu*** deyimini kullanmak daha yerinde olacaktır. Sizin değil başvurucunun davada taraf olduğunu hiç hatırdan çıkarmadan, bütün tartışmaları, hatta hukuki nitelemeleri bile, başvurucunun ağzından yapmak daha tercihe şayan olabilir. Gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse Avrupa İn-

san Hakları Mahkemesi, kararlarını bu formatta kaleme almakta, en sofistike, en karmaşık hukuki argümanları bile başvurucuya referansla aktarmaktadırlar. Uygulamacıların da aynı formatı kullanması, mahkemelerin dilini benimsemek bakımından daha isabetli olabilir.

- İdeolojik ya da hakaretamiz ibareler kullanmaktan kesinlikle kaçınılmalıdır. Böyle bir durum (ağır örneklerde), dilekçe hakkının kötüye kullanımı kabul edilip, başvurunuzun listeden çıkarılmasına yol açabilir ya da en hafifinden, sempatiyle karşılanmayacağı açıktır. Sözleşme ile ilgili bir başvuru aracılığı ile politik amaçlar için kamuoyu oluşturma girişimleri, dilekçe hakkının kötüye kullanılması muamelesi görme riskini taşımaktadırlar.
- Olayların anlatıldığı bu bölümde; Anayasa'nın ve/veya Sözleşme'nin belirli maddelerinin ihlal edildiğinin vurgulanmasına gerek yoktur. Çünkü Anayasa'nın ve Sözleşme'nin hangi maddelerinin neden ihlal edilmiş olduğu daha sonraki bölümde anlatılacaktır.
- Olayları, bir sonraki bölümde (Öne Sürülen Aykırılıklar) yapacağınız tartışmayı hatırdan çıkarmadan ve onları destekleyecek bir biçimde anlatınız.
- Bu bölümde anlattığınız belge, bilgi vs. yi dilekçenize ekleyiniz ve bu belgeleri atıflarla belirtiniz.
- AİHM'e vereceğiniz dilekçeyi Türkçe olarak yazıyorsanız, dilekçenizin İngilizce ya da Fransızca dillerinden birine çevirtileceğini hiç hatırdan çıkarmadan, mümkün olduğunca açık, sade bir anlatım kullanıp, çok uzun cüm-

lelerden kaçınınız. Çevirmenlerin sizin ne dediğinizi değil, anladıklarını bu dillere çevireceklerini unutmayınız.

- Olaylar kısmını ve sonraki bölümleri yazarken her bir paragrafa numara vermek, ilerleyen aşamalarda bu bölümlere atıf yapmayı kolaylaştırabilir.

Anayasa Mahkemesi başvuru formunun "olaylar" kısmında, aynı zamanda hukuk yollarını nasıl tükettiğinizi, gerekli belgelere atıfta bulunarak ve tarihleri belirterek açıklamanız istenmektedir. AİHM başvuru formunda, olaylardan ayrı olarak, formun 10. sayfasında ayrıca her bir başvuru yolunun "şikâyet" ve "Kullanılan iç hukuk yolları ile ilgili bilgi ve nihai karar tarihi" başlıkları altında açıklanması istenmektedir. Örneğin, "Şikâyet: İnsanlık dışı muamele; Kullanılan iç hukuk yolu: Savcılığa …tarihinde yapılan şikayet; Savcılığın … tarihli takipsizlik kararı; itiraz üzerine Sulh Ceza hakimliğinin …tarihinde verdiği karar…" şeklinde hukuk yollarının açıklanması gerekmektedir.

Hukuk yollarının tüketilmesi, bireysel başvurunun nirengi noktalarından birisi olduğu için, bu hususu aşağıda uygulamacıların ihtiyaçlarını göz önüne alarak, mümkün olduğunca pratik bir şekilde açıklamaya çalışacağız.

Artık Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak mümkün olduğundan, AİHM'e gitmek için kural olarak AYM önündeki bireysel başvurunun tamamlanması gerekmektedir. Bu bağlamda, AYM'nin hukuk yolları tüketilmediği için reddettiği bir başvurunun, AİHM tarafından da aynı gerekçeyle reddedileceğini belirtmek isteriz. Aynı şekilde AYM

önündeki başvuru süresi kaçırıldığında, AİHM'e de başvuru imkânı kalmayacaktır. Dolayısıyla, AYM'nin hukuk yollarının tüketilmemesi veya başvuru süresinin kaçırıldığı gerekçesiyle reddettiği başvurular, eğer bu tespitlerde teknik bir sorun yok ise, AİHM tarafından da otomatik olarak reddedilecektir.

Kural olarak AYM'den geçmeden AİHM'e gitmek mümkün olmadığı için, hukuk yollarının tüketilmesi dendiğinde, daha çok AYM'ye başvurudan önceki hukuk yollarını kastediyoruz. Ancak AİHM uzun yıllar boyunca, hukuk yollarının nasıl ve ne biçimde tüketileceği konusunda çok sayıda içtihat ürettiği için, bu kısımda da AİHM içtihatlarına sıklıkla atıfta bulunacağız. Zaten AYM de, hukuk yollarının tüketilip tüketilmediğini büyük oranda AİHM'in geliştirdiği kıstaslarla değerlendirmektedir.

1. İç hukuk yollarının tüketilmesi

Kabul edilebilirlik aşamasında, hukuk yollarının mevcut ve işler bulunduğunu ispat yükü bunu ileri süren devletin üzerindedir. Devlet bu ispat yükümlülüğünü yerine getirdiğinde, bu defa başvurucu öne sürülen iç hukuk yollarının tüketildiğini ya da başvuru yollarının olayın özel koşulları içerisinde etkin ve yeterli olmadığını ve bu nedenle de bu yükümlülükten muaf bulunduğunu ispatlamakla mükelleftir.

Hangi iç hukuk yolunun tüketilmesi gerektiği, uyuşmazlığın türüne ve ulusal hukukun sağladığı imkanlara göre değişmektedir[487].

487 Bkz. Civan Turmangil, "Bireysel Başvuru Hakkının Kullanılmasında 7. Yıla Doğru", Çağdaş Hukuk Dergisi, Sayı 42, s.27-28

Bu konuda dikkat edilmesi gereken hususlar şöylece özetlenebilir:

- Hukuk yollarının tüketilmesi kuralı yargılamanın her aşamasında resen dikkate alınır; birden fazla başvurucunun bulunduğu durumlarda, hukuk yollarının tüketilip tüketilmediği her bir başvurucu açısından ayrı ayrı değerlendirilir.[488]
- Hak ihlaline neden olduğu ileri sürülen olaya ilişkin olarak gidilebilecek birden fazla hukuk yolu mevcut ise, bunlardan sadece birini tüketmek yeterlidir. AİHM'in de belirttiği gibi, bir hukuk yolu tüketilmişse, aynı amacı taşıyan diğer hukuk yollarını tüketmek gerekli değildir[489].
- Hukuk yolları, o yol için getirilen süreler ve usule uygun olarak tüketilmelidir[490]. Sürelere veya diğer usulî gerekliliklere uyulmadığı için bir başvuru yolu tamamlanmamışsa, hukuk yolları tüketilmemiş kabul edilecektir.[491] Başvuranın yaptığı bir usul hatası nedeniyle temyiz talebinin incelemeye alınması reddedildiğinde, hukuk yollarının tüketilmesi kuralına riayet edilmemiş olur.[492]

488 Doç.Dr. Tolga Şirin, "Bireysel Başvuru Usul Hukuku-Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018, s.146

489 ECHtR, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2019, p. 24, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf

490 Bkz. J v. Switzerland No 13467 / 87, 62 DR 269 (1989)

491 Philip Leach, "Taking a Case to The European Court of Human Rights" (Student version), Oxford University Press, 2017, s.144

492 ECHtR, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2019, p. 23, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf

- Mahkeme önüne getirilen ihlal iddiası, hiç olmazsa özü itibariyle yerel mahkemede de tartışılmış olmalıdır[493]. Özü itibariyle ileri sürmek, Sözleşme hükümlerine dayanılmamış olması halinde, iddia edilen ihlalin ilk önce ulusal mahkemelerce telafi edilmesine fırsat vermek üzere, aynı veya benzer savları iç hukuka dayanarak ileri sürmüş olmak gerektiği anlamına gelmektedir[494]. Aksi halde sözü geçen şikâyet bakımından iç hukuk yolları tüketilmemiş olacaktır. Ahmet Sadık/Yunanistan davasında AİHM, başvurucunun iç hukuktaki hiçbir aşamada Sözleşmenin 10. Maddesine (İfade özgürlüğü) veya bu maddeye denk gelecek argümanlara değinmemesi nedeniyle, Mahkeme önüne getirdiği bu iddialar bakımından iç hukuk yollarını tüketmediği sonucuna ulaşmıştır.[495]
- Bireysel başvuruya konu edilen olay veya duruma ilişkin olarak yerleşik ve değişme olanağı bulunmayan kararlar varsa o yolların tüketilmesi gerekmeyebilir. AİHM, Belizzi/Malta kararında Anayasa Mahkemesi tarafından bozulan bir karardan sonra buna koşut karara karşı yeniden Anayasa Mahkemesine başvurulması, söz konusu yargılamanın uzunluğu da dikkate alınarak külfetli görülmüş, bu yola başvurulmasının zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır[496]. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yaklaşımı da benzerlik taşımaktadır. Temyiz mahkemesinin

493 Bkz.Cardot v. France, A 200 para 32-35 (1991)
494 ECHtR, Practical Guide on Admissibility Criteria, p.24
495 Philip Leach, "Taking a Case to The European Court of Human Rights" (Student version), Oxford University Press, 2017, s. 143
496 Doç.Dr. Tolga Şirin, a.g.e, s.164

yakın zamanda vermiş olduğu ve başvurucunun davasına da uygulanacak nitelikte bir karar varsa ve temyiz mahkemesinin bu kararını değiştirmesi ihtimal dahilinde değilse, başvurucu olağan başvuru yollarını tüketmiş sayılmaktadır.[497]

- İhlal bir yasadan ya da **yaygın bir idari uygulamadan**[498]

497 Doç.Dr. Tolga Şirin, a.g.e, s.165

498 Strasbourg organlarına göre idari uygulamanın ortaya çıkabilmesi için iki unsura ihtiyaç vardır: Bunlar; olayların tekrarı ve resmi toleranstır: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bu kavramların ne anlama geldiğini Yunanistan davasında açıklamıştır. Buna göre: " 'Olayların tekrarı ' ile kastedilen; çok sayıda işkence ya da kötü muamele ediminin, genel durumu yansıtmasıdır. Bu tür eylem örnekleri, aynı yerde cereyan etmiş, polis ve askeriye içindeki aynı kişilere atfedilmiş, mağdurları aynı siyasi görüşteki kişilerden oluşmuş, birkaç yerde farklı otoritelerin yetki alanında ortaya çıkmış ya da farklı siyasi ilişkileri olan kişilere uygulanmış olabilir. "Resmi tolerans" ile kastedilen; işkence ve kötü muamele edimlerinin açıkça yasa dışı olmasına ve doğrudan sorumlu yetkili amirlerce bu tür olaylardan haberdar olunmasına rağmen, failleri cezalandırmak ya da bu tür olayların tekrarına engel olmak için önlem alınmayarak tolere edilmesi veya üst resmi makamların, çok sayıdaki iddiaya rağmen, bu iddiaların doğru ya da yanlış olduğunu saptamak için gerekli soruşturmaları reddederek ortaya koydukları ilgisizlik ya da hukuki prosedür içinde bu tür yakınmaların adil bir şekilde yargılanmasının inkarıdır". Bkz. The Greek Case. Comm. Report 5.11.69, paras.28-29, Yearbook 12 pp.195-196. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından yapılan bu tanıma dayanarak, Türkiye'den (özellikle Güney-Doğu Anadolu bölgesinden) yapılan pek çok başvuruda, işkencenin Türkiye'de bir idari pratik olduğu öne sürülmüştür. Komisyon, her defasında, Türkiye'de işkenceye ilişkin bir idari pratiğin olup olmadığını saptamayı gereksiz bulmuştur. Ancak olayın özel koşulları içinde başvuruculların belli girişimlerinin (şekli olarak bütün hukuk yolları tüketilmemiş olmasına rağmen) iç hukuk yollarının tüketildiği anlamına geldiğini belirtmiştir.

kaynaklanıyor ise iç hukuk yollarını tüketme şartı aranmaz.

- Ceza hukuku bakımından olağan kanun yolları istinaf ve temyizdir. İstinaf ve temyiz başvurularının sonuçlanmasıyla birlikte olağan hukuk yolları tüketilmiş olur. Karar düzeltme, yargılamanın yenilenmesi veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazı olağanüstü hukuk yollarıdır ve tüketilmeleri gerekmez.
- Tüketilmesi gerekmeyen olağanüstü hukuk yollarına başvurmak ve bu yolun sonucunu beklemek, başvuru süresini kaçırmaya neden olabilir[499].
- Hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından, hukuk yollarının tüketilmiş kabul edilmesi için "itiraz" aşamasının geçilmesi gerekir. Ancak, AYM ve AİHM ifade özgürlüğü veya toplantı özgürlüğünü konu almayan durumlarda, HAGB sonucu bir mağduriyet oluşmadığını belirterek başvuruyu reddetmektedir[500].
- Ceza infaz kurumlarında infaz savcısının kararına karşı infaz hakimine itiraz edilmeden bireysel başvuruda bulunulamaz[501].
- İç hukukun tüketilmesi bakımından dikkat edilecek bir başka husus da, Sözleşmeye aykırılık teşkil eden her bir olayı ayrı ayrı değerlendirmektir. Bir örnekle açıklamak

499 Doç.Dr. Tolga Şirin, a.g.e, s.149

500 Av. Revşan Deniz Yıldırım Çobanoğlu, "Avukatlar için karşılaştırmalı AYM-AİHM Kabul edilebilirlik Rehberi, Ankara Barosu, 2019, s.23

501 Doç. Dr. Tolga Şirin, a.g.e,s.153

gerekirse, diyelim ki, önünüzdeki davada müvekkiliniz işkenceye uğramış, uzun süre gözaltında kalmış, tutuklamanın sona erdirilmesi yönündeki tüm istemler reddedilmiş ve gösterdiği tanıkların dinlenmemesi, savunma hakkına riayet edilmemesi gibi nedenlerle de adil bir şekilde yargılanmamış olsun. Görüldüğü gibi olayda Sözleşmenin birden fazla ihlali söz konusudur. Böyle bir durumda, iç hukuk yollarının tüketilmesi ve aşağıda ele alacağımız bir ay kuralı bakımından her bir ihlalin tek tek ele alınacağı gözden kaçırılmamalı; bütün ihlal iddialarının temel davanın bitiminden sonra bireysel başvuruya konu edilebileceği gibi yanlış bir düşünceye kapılınmamalıdır. İşkence bakımından (3.madde) Türk hukukunda gidilebilecek yol, savcıya suç duyurusunda bulunmak ve eğer kovuşturmaya mahal bulunmadığı yönünde bir karar çıkar ise, Sulh Ceza hakimine itirazda bulunmaktır. Sulh Ceza Hâkimi savcılığın kararını onayladığı anda bu olay bakımından iç hukuk yolları tükenmiş ve bir aylık süre işlemeye başlamış demektir. Uzun gözaltı (5.madde) eğer yasadan kaynaklanıyorsa; (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin istikrarlı içtihatlarına göre gözaltı süresi dört gün altı saati aşamaz) CMK m.141 deki "kanuni gözaltı süresi" ibaresi AİHS ile birlikte yorumlanıp, tazminat talebinde bulunulabilir ve bu yolun tüketilmesinin ardından bireysel başvuru yoluna gidilebilir. Tutuklamaya itirazın reddi (5.madde) durumunda üst mahkemeye yapılan itiraz ve bu itirazın da reddi ile hukuk yolları tükenmiş olacaktır. Adil yargılamaya (6.madde) ilişkin hususlar davanın esasına ilişkin bulunduğundan, bu konudaki başvuru an-

cak tüm başvuru yolları tüketildikten sonra yapılabilir. Görüldüğü gibi bir bütün teşkil ediyormuş gibi görünen, birbirini takip eden olaylardan dört farklı dava ortaya çıkmaktadır.

- İhlal iddiasını giderici bir hukuk yolu bulunmaması durumunda başvuru, bu ihlal devam ederken veya sona ermesinden itibaren süresi içinde bireysel başvuruya konu edilebilir. Örneğin, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik şikayetler bu durumun tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Zira, yargılamanın uzamasını önleyici etkiye sahip bir yargısal yol bulunmamaktadır[502].
- AİHM, tüketilmesi gereken iç hukuk yollarına ilişkin bazı kriterler oluşturmuştur. Tüketilecek iç hukuk yolları; etkin, ulaşılabilir, normal usulün bir parçası olmalı ve makul bir başarı şansı sunmalıdır. Dolayısıyla, sırf şekli bir merasimin yerine getirilmesi aranmamaktadır. Mahkemenin (Komisyonun) meseleyi ele alış tarzını göstermek bakımından Türkiye'ye karşı yapılan başvurularda verdiği bazı kabul edilebilirlik kararlarından örnekler vermek isteriz:

  "Mahkeme (Komisyon), başvurucunun, işkence gördüğünü Cumhuriyet Savcısı'na söylemiş bulunduğuna ilişkin açıklamasını not etmektedir. Dahası başvurucudan beyanını imzalaması istendiğinde, başvurucu, ellerini hareket ettiremediği için imzalayamayacağı şeklinde yanıt vermiştir. Başvurucunun Cumhuriyet Savcısı'yla görüşmesi

502 Yunus Emre Yılmazoğlu, Bireysel Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, 2019, s.88

sırasında olanları ayrıntılı şekilde ortaya koymak olanaklı değildir, ancak Mahkeme (Komisyon), başvurucu ve Savcı'nın görüşmesi sırasında Cumhuriyet Savcısını bir kovuşturma açmak ya da en azından, başvurucunun sağlık durumuna yahut maruz bırakıldığı muameleye ilişkin olarak başvurucudan daha fazla bilgi edinmeye çaba harcamak zorunda bırakacak unsurların bulunduğundan kuşkulanacak bir neden bulunmadığı görüşündedir.

(.....)

Mahkeme (Komisyon) sonuç olarak, salıverilmesinden önce Cumhuriyet Savcısı önüne çıktığı zaman, başvurucunun uygun bir hukuk yoluna başvurmuş olduğu ve mevcut şartlarda Hükümet tarafından gösterilen diğer başvuru yollarını izlemekle yükümlü olmadığı hususlarına ikna olmuştur."[503]

Bu kararda görüldüğü üzere Mahkeme (Komisyon), **vakanın özel koşulları içerisinde**, iç hukuk yollarını tüketmek bakımından başvurucunun Savcıya işkence gördüğünü söylemesini yeterli bulmuş, başkaca bir başvuruda bulunma koşulunu aramamıştır. Yukarıdaki örnekte, Mahkeme (Komisyon), başvurucunun ifadesine rağmen Savcının bir dava açmamış olması nedeniyle, iç hukuk yollarının etkin olmadığı, dolayısıyla da bu yolları tüketmek zorunda bulunmadığı savını kabul etmiş ve iç hukuk yolarına müracaat etmeksizin yapılan bir başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

Peki iç hukukta bir soruşturma başlatılmış ise, mutlaka

503 Bkz.Zeki Aksoy v. Türkiye, Prof.Dr.Semih Gemalmaz, a.g.e, s.532

bunun sonucunu beklemek gerekir mi? AİHM'in (Komisyonun) konuya ilişkin cevabı şöyledir:

> *"Hükümet, başvurucunun kardeşinin 25 Mart 1993'deki ölümü konusunda, Cumhuriyet Savcısı tarafından yürütülen derdest durumdaki soruşturmaya yollama yaparken; Komisyon, öldürme eyleminin üzerinden neredeyse iki yıl geçtiğini ve Komisyonun, bu kovuşturmada herhangi bir kayda değer ilerleme sağlandığı hususunda bilgilendirilmediğini not etmektedir. Söz konusu gecikmeler ve ileri sürülen suçun ciddi mahiyeti dikkate alındığında, Komisyon, bu soruşturmanın, Sözleşme Madde 26'nın amaçları bakımından etkin bir hukuksal başvuruyu sağladığı şeklinde değerlendirilmesi hususunda ikna olmamıştır."*[504]

Görüldüğü üzere, başvurucu, iç hukuk yolunun etkin olmadığı düşüncesiyle, doğrudan Komisyona başvuruda bulunmuş, Komisyon da, yaşama hakkına ilişkin bir ihlalin soruşturulması bakımından, yürütülen kovuşturmayı yeterli bulmayarak, başvurucuya hak vermiştir.

Yukarıda verdiğimiz örnekler Türkiye'nin güney doğusundan açılan davalara ilişkindir. Başvuru yollarının etkin olmadığı düşüncesiyle, başvurucular bu yükümlülükten muaf tutulmuşlardır.

Ancak AİHM'in bu kararlarını, 90'lı yıllarda Türkiye'nin Güneydoğusunda yaşanan olağanüstü durum ve koşulları göz önüne alarak ve belli vakalar özelinde verdiğini unutmamak gerekir. Dolayısıyla aslolan ; tüketilecek hukuk yolları bulu-

504 Bkz. M. Kaya v. Türkiye, Prof. Dr. Semih Gemalmaz, a.g.e., s.686.

nan her durumda öncelikle bunları tüketmektir.

2. Bir ay ve altı ay kuralı

Hukuk yolları tüketildikten sonra bir ay içinde Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerekir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi kararı alındıktan sonra da 6 ay içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne müracaat etmek mümkün olacaktır.[505]

Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 47. ve İç Tüzüğün 64. maddesine göre, "Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir."

Anayasa Mahkemesinin kararında da belirttiği gibi, "Anılan düzenlemelerde başvuru yolu öğrenilen durumlarda bireysel başvuru süresinin başlangıcına ilişkin olarak 'başvuru yollarının tüketildiği tarihten' söz edilmekte ise de haberdar olunmayan bir hususta başvuru yapılamayacağı dikkate alınarak bu ibarenin 'nihai kararın gerekçesinin öğrenildiği tarih' olarak anlaşılması gerekir. Bu öğrenme somut olayın özelliklerine göre farklı şekillerde gerçekleşebilir."[506]

Anayasa Mahkemesi, gerekçeli nihai kararın öğrenildiği

505 24 Haziran 2013 tarihinde imzaya açılan Sözleşmeye Ek 15 Numaralı Protokol ile başvuru süresi dört aya indirilmiştir. Türkiye, 15. Protokol'ü 13 Eylül 2013'te imzalamış, Protokol'ün Onaylanmasının Uygun Bulunmasına Dair Kanun, 18 Şubat 2016 tarihinde, 29628 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak Protokol henüz yürürlüğe girmemiştir.

506 AYM, Bilent Aktaş ve Diğerleri, (Başvuru no: 2014/19389), 7.12.2016, para.11, http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-19389.pdf

gün açısından tebliğ tarihi dışında, dosyadan suret alınan tarihi ve hatta UYAP'da işlem yapılan tarihi, 30 günlük başvuru süresinin hesaplanmasında başlangıç anı olarak kabul edebilmektedir. AİHM'in Suat Bircan kararında yaptığı aşağıdaki değerlendirmeler, 30 günlük sürenin hesaplanması bakımından dikkatle okunmalıdır:

"Bireysel başvuru süresi bakımından 'nihai kararın gerekçesinin tebliği', öğrenme şekillerinden biridir. Ancak öğrenme, gerekçeli kararın tebliği ile sınırlı olarak gerçekleşmez; başka şekillerde de öğrenme söz konusu olabilir. Bu kapsamda nihai kararın gerekçesinin 'dosyadan suret alınması' gibi hâllerde öğrenilmesi de mümkündür. Başvuruculaların nihai kararın gerekçesini 'öğrendiklerini beyan ettikleri tarih' de bireysel başvuru süresinin başlangıcı olarak ele alınabilir.

Hukuk yargılamasında Yargıtay kararları ilgili mahkemenin yazı işleri tarafından derhâl taraflara tebliğ edildiğinden bu kararlara ilişkin bireysel başvuru süresi tebliğ tarihinden başlamaktadır. Buna karşılık kanun yolu incelemesinden sonra ilk derece mahkemesine ulaşan dosyalarda, nihai karar tebliğinin henüz gerçekleşmediği aşamada mahkemeye başvurup talep veya beyanda bulunan, bir başka ifadeyle dava ile ilgili işlem yapan ilgililerden, bu işlem sırasında nihai kararın sonucunu öğrenmeleri beklenir. Böyle bir durumda işlem yapılırken nihai kararın sonucunun öğrenildiği kabul edileceğinden sonucu öğrenilen nihai kararın gerekçesine derece mahkemesinden kesin olarak erişilebilmesi mümkün ise bireysel başvuru süresinin bu tarihten itibaren başlatılması gerekir.

Bu kapsamda avukatların UYAP Avukat Bilgi Sistemi

vasıtasıyla vekâletleri bulunan dava dosyalarını herhangi bir kısıtlama olmaksızın inceleyebildikleri ve bu dosyalarda bulunan belgelerden suret alabildikleri göz önünde bulundurulduğunda UYAP üzerinden davayla ilgili işlem yapan vekilin bu sırada nihai karar sonucunu ve gerekçesini kesin olarak öğrenme olanağına sahip bulunduğu açıktır.

Somut olayda 9/4/2013 tarihinde Mahkemeye ulaşan dava dosyasındaki Yargıtay ilamı, başvurucu vekiline Mahkeme kaleminde 16/10/2014 tarihinde tebliğ edilmiş olmakla birlikte, başvurucu vekilinin bu tarihten çok önce UYAP üzerinden Mahkemeye gönderdiği 9/7/2014 ve 11/7/2014 tarihli dilekçelerle; Yargıtay kararının ve kesinleşmiş gerekçeli kararın tebliğe çıkarılmasını, kesinleştirme işlemi yapılarak bakiye kalan gider avansının kendisine iadesini talep ettiği, 18/7/2014 tarihli reddiyat makbuzuyla başvurucu vekiline gider avansı iadesi yapıldığı göz önüne alındığında yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca başvurucu ve vekilinin, nihai kararın sonucunu en geç 9/7/2014 tarihinde öğrendikleri ve bu tarihte karar içeriğine erişme imkânını elde ettikleri sonucuna ulaşılmıştır.

Başvurucunun 9/7/2014 tarihinde öğrendiği nihai kararа karşı, bireysel başvurular için öngörülen otuz günlük süreden sonra; 23/10/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunduğu anlaşıldığından başvuruda süre aşımı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin süre aşımı nedeniyle ka-

bul edilemez olduğuna karar verilmiştir."[507]

Anayasa Mahkemesi Özgür Çapkın kararında nihai kararın, tebligat dışında, Yargıtay'da duruşma yapılmışsa tefhimle; ceza alan başvurucunun cezanın infazı için yakalanmasıyla; müddetnamenin/çağrı kağıdının/ ödeme emrinin tebliği suretiyle de öğrenilebileceğini belirtmiştir[508].

Yukarıda iç hukuk yollarının tüketilmesi faslında, tüketilmesi gerekenin olağan hukuk yolları olduğunu, olağanüstü hukuk yollarına başvurulmasının sürelerin kaçırılmasına sebep olabileceğini söylemiştik. AYM sadece olağanüstü hukuk yollarına başvurmanın gerekli olmadığını belirtmekte, fakat böyle bir başvuruda bulunulması durumunda, nihai kararın öğrenildiği gün bakımından da bir tespitte bulunmaktadır:

"Ceza yargılamasında tüketilmesi gereken son başvuru yolu temyiz aşaması olup, temyiz incelemesinden geçen kararlara karşı itiraz yolu, 5271 sayılı Kanun'un 308. maddesi gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınmıştır. Dolayısıyla başvurucunun itiraz yoluna gidilmesi istemi, sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru

507 AYM, Süre Aşımı Nedeniyle Kabul Edilemezliğe İlişkin Suat BİRCAN Kararı Basın Duyurusu, 28.12.2016, https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/sure-asimi-nedeniyle-kabul-edilemezlige-iliskin-suat-bircan-karari-basin-duyurusu/

508 AYM, Özgür Çapkın, (Başvuru no: 2014/2546), 30.12.2014, para.22, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/a3128408-7256-47f0-89cf-e184f1643a25?wordsOnly=False

süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.

Somut olayda başvuru yolları 5/12/2012 tarihinde Yargıtay 1. Ceza Dairesinin Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesinin kararını onaması ile birlikte tüketilmiştir. Dosya kapsamından bu kararın başvurucuya tebliğ tarihi anlaşılmamakla birlikte, başvurucunun en geç Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına itiraz istemiyle başvuru yaptığı 24/12/2012 tarihinde nihai karardan haberdar olduğunun kabul edilmesi gerektiği açıktır. Bu durumda söz konusu karara karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun en son 23/1/2013 tarihine kadar yapılmış olması gerekirken, 11/3/2013 tarihinde yapılmış olması nedeniyle başvuruda süre aşımının bulunduğu sonucuna varılmıştır."[509]

Başvuru süresi ile ilgili üzerinde durulması gereken başka bir husus ise; özellikle ceza davalarında Yargıtay'ın onama kararının başvurucuya tebliğ edilmemiş ve başvurucunun başka bir şekilde bu kararı öğrendiğinin gösterilemediği durumlarda, başvuru süresinin ne zaman başlayacağı sorunudur. Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihada göre başvurucu gerekçeli onama kararını öğrenmemiş olsa bile, onama kararının ilk derece mahkemesindeki dosyaya girdiği tarihten itibaren üç ay içinde öğrenmiş sayılacaktır. Dolayısıyla kararın ilk derece dosyasına girdiği tarihten en geç üç ay sonra başvurucu kararı öğrenmiş sayılacak ve bu tarihten itibaren 30 gün içinde bi-

509 AYM, Mehmet Mercan Başvurusu, (Başvuru no: 2013/2001), 16.05.2013, para.18-19, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/9995f58d-518f-402a-9f73-ec9cf892fa22?wordsOnly=False

reysel başvuruyu yapmış olması aranacaktır.[510] Mahkeme bu içtihadını özen yükümlülüğü kavramına dayandırmıştır.

3. Özen Yükümlülüğü

Anayasa Mahkemesi'nin A.C kararında da belirttiği gibi; başvurucuların ve vekillerinin dava ve başvurularını takip etme konusunda özen yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülük nedeniyledir ki, Yargıtay'ın onama kararının, dolayısıyla da nihai kararın taraflara tebliğ edilmemesine dayanarak, 1 aylık başvuru süresinin başlangıcını çok uzun bir zaman dilimine yaymak mümkün değildir:

"Başvurucuların bireysel başvuruda bulunmak için dava ve başvurularını takip etmek için gerekli özeni gösterme yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülük kapsamında ilk derece mahkemesine ulaşan nihai kararın gerekçesini öğrenme konusunda gerekli özeni gösterme sorumluluğu başvuruculara aittir. Diğer bir ifadeyle başvurucular veya vekillerinin ilk derece mahkemesine ulaşan kararın bir örneğini almak için özenli davrandıklarını kanıtlamaları gerekir (benzer yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları için bkz. Ölmez/Türkiye (k.k.), B. No:39464/98, 1/2/2005; *Refik Alpaya ve İbrahim Dağılma/Türkiye* (k.k.), B. No: 34384/08, 12/3/2013, § 16).

Mevzuatta, Yargıtay Ceza dairelerinin kararlarının taraflara tebliğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ceza yargılamasında nihai kararın tebliğ edilmediği durumlarda, kararın derece mahkemesine ulaşmasından ve böylece gerekçe-

510 *A.C. ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1827, 25/2/2016, § 30.

sinin erişilebilir olmasından sonra, özen yükümlülüğü kapsamında makul bir süre içinde, bireysel başvuru yapmak isteyen ilgililerden karara erişmeleri ve karar gerekçesini öğrenmeleri beklenir. Bu kapsamda erişilebilir olan nihai kararın, en geç üç ay içinde ilgilileri tarafından bilindiği ve gerekçesinin öğrenildiği kabul edilmelidir. Aksi tespit edilmediği sürece; bireysel başvuru için kanunda öngörülen otuz günlük başvuru süresi, en geç anılan üç aylık sürenin sona ermesinden itibaren başlayacaktır."[511]

Bu durumda, başvuru süresinin son günü şöyle hesaplanacaktır: Yargıtay kararının derece mahkemesine ulaştığı günden itibaren üç ayın sonunda karar öğrenilmiş sayılacak. Bu üç ayın bittiği günden itibaren 30 günlük başvuru süresi başlayacaktır.

Adli tatil 30 günlük süreyi kesmez[512].

4. 30 günün sonu

Otuz günlük sürenin başlangıcı; AYM kararlarına göre yukarıdaki gibi tespit edilirken, bu sürenin son gününün hangi gün olduğu da Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 63. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre "Bireysel başvurular, Kanunda ve İçtüzükte belirtilen şartlara uygun biçimde, İçtüzük ekindeki ve Mahkemenin internet sitesinde yayımlanan başvuru formu kullanılarak Mahkemeye şahsen yapılabileceği gibi diğer

511 AYM, A.C ve Diğerleri Başvurusu, (Başvuru no: 2013/1827), 25.02.2016, para.30-31, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1827

512 Yunus Emre Yılmazoğlu, Bireysel Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, 2019, s.83

mahkemeler ya da yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla da yapılabilir.(2) Usulünce hazırlanan başvuru formu, harç tahsil makbuzuyla birlikte yukarıda belirtilen yerlere teslim edildiğinde, başvurucu ya da temsilcisine alındı belgesi verilir ve bu tarih, başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilir."

AİHM bakımından

AİHM'e gitmek için, Anayasa Mahkemesi başvurusu tüketilmesi gereken zorunlu bir yol olduğu için, 6 aylık sürenin başlangıcı AYM kararının tebellüğ edildiği tarihtir.

AİHM içtihatlarına göre; altı ay kuralı kamu düzenine ilişkindir, devlet ileri sürmese bile resen göz önüne alınır.

Başvuranın yararlanabileceği etkili bir hukuk yolunun mevcut olmadığı belli ise, altı aylık süre şikâyet konusu eylemin meydana geldiği tarihte, başvurucunun bu eylemden doğrudan etkilendiği tarihte veya menfi sonuçlarını öğrendiği tarihte başlar[513]. AİHM'e gitmek için AİHM'inden geçmek gerektiğine göre, bu yaklaşım ancak, başvuru konusunda AİHM'in aynı konuda vermiş olduğu ve değişmesi muhtemel olmayan bir kararına karşı geçerli olabilecektir.

5. Altı aylık sürenin sonu[514]

*AİHM'in yerleşik içtihatlarına göre 6 aylık süre; aleyhine başvuru yapılan kararın öğrenildiğinin ertesi günü başlar ve aradaki ayların süresi ne olursa olsun, 6 ay sonra sona erer.

513 ECHtR, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2019, s. 34, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf

514 ECHtR, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2019, s. 35-36 https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf

*Altı aylık sürenin hesabı bakımından sadece AİHM'in kendi kriterleri söz konusudur ve bu kriterler iç hukuktan tamamen bağımsızdır.

*Altı aylık sürenin son günü; Cumartesi, Pazar veya resmi bir tatile denk gelse bile süre bir sonraki güne uzamaz.

*Altı aylık sürenin son günü; başvuru Formunun AİHM'e gönderildiği gündür.

*Başvurunun yapıldığı tarih, usulüne uygun bir şekilde doldurulmuş başvuru formunun Mahkemeye gönderilmek üzere postaya verildiği tarihi belirten, pulun üzerindeki tarihtir.

*Başvurunun faksla gönderilmesi süreyi durdurmaz.

C) Öne sürülen aykırılıklar ve ilgili dayanaklara ilişkin açıklama

Anayasa Mahkemesi başvuru formunun (C) başlığı altında, AİHM başvuru formunun ise (F) başlığı altında; ihlal edildiği iddia edilen hakların neler olduğunun açıklanması istenmektedir.

Anayasa Mahkemesi Başvuru kılavuzunda, bu bölüme ilişkin olarak şunları belirtmektedir:

"Bireysel başvuru kapsamındaki güncel ve kişisel haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği, buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamalar ile ihlal edildiği iddia edilen temel haklar ve bunlara ilişkin açıklamaların birbiriyle ilişkilendirilerek ayrı ayrı yapılması gerekmektedir.

Bu alanda başvurucu, Anayasa ile güvence altına alınan

haklarından hangisinin ya da hangilerinin ihlal edildiğini, açık ve özet bir şekilde ifade etmeli; şikâyetlerinin Anayasa'nın hangi maddelerine dayandığını belirtmelidir.

Anayasa ile güvence altına alınan haklarından hangisinin ihlal edildiği "*Haklar*" başlığı altına ayrı ayrı, karşılarına bu hakların hangi nedenle ihlal edildiğinin açık ve özet bir şekilde yazılması gerekmektedir. Ayrıca başvuru konusu edilen kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmaline dair olayların hangi temel hakkı ihlal ettiğine ilişkin bağlantının kurulup açıklanması gerekmektedir. Başvurucu, gerekçelerini açık, sade ve anlaşılır bir şekilde delilleriyle birlikte ortaya koymalıdır.

Şayet başvurucunun birden fazla Anayasal hak ihlali iddiası varsa her bir şikâyete ait açıklamayı ayrı ayrı yapması gerekmektedir.

Bu alanda başvurucunun kamu gücü kullanılarak kişisel ve güncel bir hakkının ihlal edildiğini ve mağduriyetinin başvurunun yapıldığı sırada da sürdüğünü gerekçeleriyle birlikte açıklaması gerekir. Başvurunun Anayasa Mahkemesince kabul edilebilmesi için; bir temel hakkı şahsen ve doğrudan zedeleyen bir kamu gücü işleminin varlığı ve bu ihlal nedeniyle meydana gelen mağduriyetin başvuru yapıldığı sırada da devam ediyor olması gerekmektedir. Bu nedenle başvuru konusu bireysel işlemle, bir temel hakkı şahsen ve doğrudan etkilenmeyen kişilerin başvuruları kabul edilemez bulunup reddedilmektedir."[515]

Anayasa Mahkemesi başvuru formuna ilişkin açıklayıcı

515 AYM, Bireysel Başvuru Kılavuzu, s. 12

kılavuzunda; Anayasa'daki haklardan bahsediyorsa da, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında yer verilen bütün hakların bireysel başvuruya konu yapılabilmesi olanaklı değildir. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 6216 sayılı Kanunun 45. maddesine göre, "Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir".

Bu tuhaf ifade etme biçimini sadeleştirdiğimizde, anlamamız gereken AİHM'inye bireysel başvurunun AİHS'de korunan haklarla sınırlı olduğudur. Kanun koyucu, belli ki, AİHS'de koruma altına alınanlardan bir gram olsun fazlasına ilişkin hak tanımak istememiştir.

Bu karmaşık ifade biçimine ilişkin olarak, pratikte bulunacak sade çözüm, Anayasaya hiçbir atıfta bulunmadan bütün tartışmayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üzerinden yürütmektir. Zaten orada bulunmayan bir hak, Anayasa'da olsa bile ileri sürülememektedir!

Kısacası gerek AİHM'in ve gerekse AİHM'e başvururken üzerine tartışma yürüteceğimiz haklar AİHS tarafından tanınan haklardır. Bu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin koruma altına aldığı temel hakları, Ceza hukukçularını ilgilendirdiği oranda ve bunlara bireysel başvuru mahkemelerinin verdiği anlamı da ortaya koyarak açıklamaya çalıştık.

Ancak burada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafın-

dan koruma altına alınan hakları ve ilgili maddeleri başlıklar halinde hatırlatmakta fayda olduğunu düşünüyoruz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Madde 2: Yaşama Hakkı

Madde 3 : İşkence Yasağı

Madde 4 : Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı

Madde 5 : Kişi Güvenliği ve Özgürlüğü

Madde 6 : Adil Yargılanma Hakkı

Madde 7: Suç ve Cezaların Kanuniliği

Madde 8: Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

Madde 9 : Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyeti

Madde 10 : İfade Hürriyeti

Madde 11: Toplantı ve Dernek (Sendika) Kurma Hürriyeti

Madde 12: Evlenme ve aile Kurma Hakkı

Madde 13: Hak Arama Hürriyeti

Madde 14 : Ayrımcılık Yasağı

Madde 18 : Sözleşme altında getirilecek sınırlamaların öngörülen amaçla sınırlı olması.

Madde 34 : Sözleşmece koruma altına alınan hakları çiğnenen bireylerin, kişi topluluklarının ve Hükümet Dışı Kuruluşların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuruda bulunma hakkı

Madde 41 : Sözleşmenin ihlali halinde zarar gören tarafa

adil karşılık ödenmesi

Birinci Protokol

Madde 1: Mülkiyet Hakkı

Madde 2: Eğitim ve Öğrenim Hakkı

Madde 3 : Serbest Seçim Yapma Hakkı

Dördüncü Protokol

Madde 1: Borç Nedeniyle Hapis Yasağı

Madde 2 : Seyahat Özgürlüğü

Madde 3 : Vatandaşların sınır dışı edilmesi yasağı

Madde 4 : Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmeleri yasağı

Altıncı Protokol

Madde 1: Ölüm Cezasının Kaldırılması

Yedinci Protokol

Madde 1: Bir ülkede yasal olarak bulunan yabancının keyfi olarak sınır dışı edilmesi yasağı

Madde 2: Bir suçtan hüküm giyen kişinin üst mahkemeye müracaat hakkı

Madde 3: Haksız hüküm giyen kişiye tazminat ödenmesi

Madde 4: Aynı suçtan dolayı iki defa yargılanmama hakkı

Madde 5: Evlilikte eşlerin hak eşitliği

12 Nolu Protokol

Madde 1: Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması

Bu tartışmayı yaparken, Sözleşmenin koruma altına aldığı hakların sınırlı olduğunu, hatta bu sınırlı hakların da, Sözleşmede her bir maddenin ikinci paragraflarında (İşkence yasağı hariç) ayrıca bir sınırlamaya tabi tutulduğunu hatırdan çıkarmayınız.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi birkaç istisna dışında, klasik/birinci kuşak adı verilen hakları koruma altına almıştır. Sosyal ve ekonomik haklar (1 Nolu Protokol tarafından koruma altına alınan Mülkiyet hakkı dışında) ve Çevre Hakkı doğrudan doğruya koruma altına alınmamıştır.

D) Mazeret, Tedbir, Gizlilik, Adli Yardım

1) Mazeret: Başvuru formunun V-a bölümünde "mazeret" başlığı yer almakta, "Başvuru süresi içinde yapılamamışa mazerete ilişkin açıklamaların" yapılması istenmektedir.

Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 64. Maddesine göre, "Başvurucu mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu yapamadığı takdirde, mazeretinin kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilir. Komisyonlar raportörlüğünce mazeretin kabulünün gerekip gerekmediği yönünde karar taslağı hazırlanır. Komisyon, öncelikle başvurucunun mazeretinin geçerli görülüp görülmeyeceğini inceleyerek mazereti kabul veya reddeder".

Madde sadece başvurucudan bahsetmekle birlikte, haklı mazereti bulunması durumunda başvurucunun vekili tarafından da tatbik edilebilir niteliktedir. Ancak Başvurucu birden

fazla avukata vekalet vermişse, başvuruyu bizzat yapan avukatın hastalığıyla ilgili bir sağlık raporunun bulunması, diğer avukatın süresi içinde bireysel başvuruda bulunmasına engel bir durum teşkil etmemektedir[516].

İç Tüzük "ağır hastalık" ibaresini kullandığı için, AYM bu düzeye ulaşmayan hastalıklar için mazeret kurallarını uygulamamaktadır. Örneğin 10 gün istirahat gerektiren "akut bronşit"; 5 gün istirahat gerektiren "miyalji", "bel ağrısı" vd. AYM tarafından ağır hastalık olarak kabul edilmemiştir.[517]

Anayasa Mahkemesi uygulamada, kendisine sunulan doktor raporunda "ağır hastalık" belirlemesinin olup olmadığına bakmakta, bu yönde bir hüküm olmasa bile istirahatin "yatakta geçirilmesini gerektiren bir hastalık" olduğunu tespit ederse hastalığı "ağır" kabul etmektedir[518].

AİHM önündeki 6 aylık süre bakımından, başvurucu veya vekilinin hastalanması bir mazeret olarak kabul edilmemektedir[519].

2) Tedbir: Anayasa Mahkemesi Başvuru Formu Kılavuzuna göre varsa tedbir talebi başvuru formunun V-b başlığı altında nedenleriyle birlikte açıklanmalıdır. Yine Başvuru Formu Kılavuzuna göre; "Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya

516 Doç.Dr. Tolga Şirin, "Bireysel Başvuru Usul Hukuku-Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018, s.201

517 Doç.Dr. Tolga Şirin, a.g.e, s.202

518 Doç.Dr. Tolga Şirin, a.g.e, s.203

519 Karen Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights 6th Edition, Sweet&Maxwell, 2019, s.31

manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine, gerekli tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebilir. Gerekmediği halde tedbir talebinde bulunulması başvurunun sonuçlandırılma sürecinin uzamasına neden olabilir".

Önemine binaen, tedbir konusunun AYM ve AİHM tarafından nasıl ele alındığını aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklayacağız.

Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü Madde 73:
Tedbir kararı

(1) Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine, Bölümlerce esas inceleme aşamasında gerekli tedbirlere resen veya başvurucunun talebi üzerine karar verilebilir.

(2) İncelenen başvurulara ilişkin olarak; resen ya da başvurucunun talebi üzerine dosyanın esası hakkında karar verilmeden önce, tedbir kararına başvurulmaması hâlinde başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine, Komisyonlarca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesi derhâl yapılarak, tedbir hususunu da karara bağlamak üzere başvuru, ilgili Bölüme gönderilir.

(3) Bölüm, tedbire karar vermesi hâlinde gereğinin ifası için bunu ilgili kişi ve kurumlara bildirir.

(4) Tedbir kararı verilen başvurunun esası hakkındaki kararın en geç altı ay içinde verilmesi gerekir. Tedbirin devamı konusunda yeni bir karar alınmadığında, başvurucunun hakkının ihlal edilmediğine ya da başvurunun düşmesine karar verildiği durumlarda tedbir kararı kendiliğinden kalkar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü Madde 39: Geçici Tedbirler

1. Daire veya gerektiği takdirde Bölüm Başkanı ya da bu maddenin 4. paragrafı uyarınca atanan bir nöbetçi yargıç, taraflardan birinin veya ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine ya da resen, tarafların yararı veya yargılamanın uygun şekilde yürütülmesi için alınması gerektiğini düşündükleri i geçici tedbirleri taraflara bildirebilirler.

2. Uygun olduğu düşünülen durumlarda, belirli bir davada alınan tedbir hakkında Bakanlar Komitesine derhal bilgi verilir.

İhtiyati tedbirler/geçici tedbirler, telafisi mümkün olmayan zararların meydana gelmesi ihtimali karşısında gerek AYM'nin ve gerekse AİHM'in uyguladıkları tedbirlerdir.

Ancak her iki mahkemenin de uygulamasında ihtiyati tedbirler, kural olarak, kişinin yaşamına veya vücut bütünlüğüne bir zararın meydana gelmesi ihtimali gibi "ağır durumlarla" sınırlandırılmıştır. Bireysel başvuru Mahkemeleri, ihtiyati tedbirlerin sınırlarını bu şekilde çizdikleri için, uygulamada tedbir taleplerinin ezici bir çoğunluğu reddedilmektedir.

İhtiyati tedbirler, asıl olarak devlet organlarını hedef

alıp, onlara bir şey yapma veya bir şey yapmaktan kaçınma yönünde bir talimat yöneltiyorsa da, bazı istisnai durumlarda; tedbirlerin hedefinde bireyler de olabilir. Örneğin Ilaşçu ve Diğerleri/Moldavya ve Rusya başvurularında AİHM, ihtiyati tedbire hükmederek başvurucudan açlık grevine son vermesini istemiştir[520].

Yukarıda görüldüğü üzere; Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü, ihtiyati tedbir verilebilecek durumları "…başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunması" haliyle sınırlarken, AİHM İç Tüzüğü "…tarafların yararı veya yargılamanın uygun şekilde yürütülmesi için…" gereken tedbirlerin alınacağını belirtmekte ve ucu açık bir tanım kullanmaktadır.

Hal böyle olmakla birlikte, AİHM'in de tedbir kararı vermek konusunda oldukça sakınımlı davrandığı görülmektedir. Örneğin, AİHM bugüne kadar şu konulardaki ihtiyati tedbir taleplerini reddetmiştir: "…İflasın ertelenmesi; zorunlu askerlik hizmeti yükümlülüğünün yerine getirilmesinin önlenmesi; adil olmayan bir yargılamayla bağlantılı olarak serbest bırakılmasının sağlanması; referandum yapılmasının sağlanması veya bir siyasi parti hakkında kapatma davası devam ederken feshinin önlenmesinin sağlanması…"[521]

Gerek AYM ve gerekse AİHM kararlarına genel olarak

520 Philip Leach, "Taking a Case to The European Court of Human Rights" (Student version), Oxford University Press, 2017, s.31

521 Doç.Dr. Tolga Şirin, "Bireysel Başvuru Usul Hukuku-Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018, s.253

bakıldığında; ihtiyati tedbir kararlarının en çok sınır dışı etme olayları için verildiği görülür. Özellikle, bireyin iade edileceği ülkede ölüm cezasına çarptırılma veya işkence ya da kötü muamele görme riski varsa, tedbir kararları kolaylıkla verilebilmektedir.

AYM sınır dışı etme olaylarında Uluslararası Af Örgütü ve İnsan Hakları İzleme Örgütü gibi uluslararası örgütlerin raporlarını göz önüne almakta, bu raporlara göre başvurucunun ilgili ülkeye iadesinin yaşamsal veya vücut bütünlüğüne yönelik bir tehdit oluşturup oluşturmadığını değerlendirmektedir. AİHM'in bu konudaki delilleri değerlendirme konusunda belli bir esneklik gösterdiği gözlemlenmektedir. AİHM'in Z.M ve I.M başvurusunda da belirttiği gibi "…Türkiye'de sığınmacı statüsünde bulunan, sınır dışı edilmesi halinde yaşanan mezhep çatışmaları nedeniyle, bu ülkede yaşamına ya da maddi ve manevi varlığına yönelik risk bulunduğu iddialarının ciddi nitelikte olduğuna ilişkin delillerin başvurucu tarafından ortaya konmasının beklenmesi, başvurucudan gelecekte gerçekleşecek bir olayı ispat etmesini istemek gibi neredeyse imkânsız ve orantısız bir yük anlamına gelecektir."[522]

AYM ve AİHM'in göreli olarak sıklıkla tedbir kararı verdikleri bir başka konu da mahpusların sağlık sorunlarıyla ilgilidir. Örneğin AYM, Fatih Hilmioğlu başvurusunda "başvurucunun kronik sistemik ciddi rahatsızlıkları olduğunun anlaşıldığı, mevcut karaciğer sirozu nedeniyle hayat kalitesinde düşme, enfeksiyonlara eğilim ve üst gastrointestinal sistem kanaması geçirme riski olduğu, kronik B hepatiti tedavisine

522 Doç.Dr. Tolga Şirin, a.g.e, s. 262

ek olarak portal hipertansiyon tedavisinin başlanmasının uygun olacağı, başvurucunun sağlığı açısından, cezaevi koşulları yerine fiziksel, psiko-sosyal şartların daha sağlıklı olduğu ve her türlü tıbbi imkana kolayca ulaşabileceği bir ortamda izlenmesinin uygun olacağı" nı belirterek, başvurucunun tahliyesi yönünde ihtiyati tedbir kararı vermiştir[523].

AİHM'in ihtiyati tedbirle ilgili kararlarına bakıldığında; üç şartın gerçekleşmesini aradığı görülmektedir:

-Ciddi yapısı bulunan, tamiri olanaksız bir zarar tehdidi bulunmalıdır;

-Bu zarar tehdidinin telafisi mümkün olmamalı ve acil olmalıdır;

-Tartışılabilir (prima facie-ilk görünüşte) bir vaka bulunmalıdır.[524]

AİHM bu kriterlere dayanarak, gönderildiği ülkede ölüm cezasına çarptırılması veya işkenceye uğraması muhtemel kişilerin yaptıkları başvurularda ihtiyati tedbir kararlarına hükmetmiştir.

Türkiye'ye ilişkin en bilinen tedbir kararlarından birisi, AİHM'in Abdullah Öcalan'ın ölüm cezasının uygulanmaması için verdiği[525] ve Türkiye'nin de uyduğu tedbir kararıdır.

AİHM Aleksenyan/Rusya davasında, yetkililerin mah-

523 Doç. Dr. Tolga Şirin, a.g.e, s.256

524 Philip Leach, a.g.e, s.31

525 ECHtR, Öcalan v. Turkey press release issued by the Registrar, (Application no. 46221/99), 12.05.2005, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1340973-1399281

pusun uzman bir AIDS hastanesinde tedavi altına alınmasına; Popov/Rusya davasında başvurucu mahpusun fiziksel olarak çalıştırılmasına son verilmesine; Tehrani ve Diğerleri/Türkiye davasında başvurucu mahpusun tam teşekküllü bir devlet hastanesinin psikiyatri bölümünde muayene edilmesine, ihtiyati tedbirler yoluyla karar vermiştir.[526]

Oldukça istisnai durumlarda AİHM, delillerin toplanabilmesi için de ihtiyati tedbir kararı vermiştir. Diri/Türkiye davasında başvurucu, cezaevinde "falaka" işkencesine maruz kaldığını öne sürmüş; başvurucuyu tetkik eden doktorlar herhangi bir falaka izine rastlamamış, savcılık da bu raporlara dayanarak takipsizlik kararı vermiştir. Dava önüne gelince AİHM, ihtiyati tedbir kararı alarak, başvurucunun MR'ının (Manyetik Rezonans) ve kemik sintigrafisinin çekilmesini istemiştir. Sintigrafi falakayla uyumlu travma ortaya koymuştur.[527] AİHM bu davada başvurucuya işkence yapıldığı sonucuna ulaşmıştır.

Usul

Anayasa Mahkemesi "Bireysel Başvuru Tedbir Taleplerinin Değerlendirilmesindeki İlkeler" başlıklı açıklayıcı notunda, tedbirin nasıl isteneceğine ve nasıl işlem göreceğine ilişkin olarak şunları belirtmektedir:

1) Anayasa Mahkemesince, mesai günlerinde saat 16.00'ya kadar Mahkemeye ulaşan tedbir talepleri aynı gün; saat 16'dan sonra Mahkemeye ulaşan tedbir talepleri ise ertesi

526 Philip Leach, a.g.e, s.33
527 Philip Leach, a.g.e, s.33

gün değerlendirilecektir.

2) Cuma günleri ile bayram ve yılbaşı tatilleri öncesinde saat 17.00'ye kadar Mahkemeye ulaşan tedbir talepleri ise tatilin bitiminden sonra ilk mesai günü değerlendirilecektir.

3) Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda tedbir talep edilmesi halinde, başvuru formunun tedbir talebine ilişkin bölümüne (Tedbir talebi varsa nedenleri) bu talebin ve gerekçesinin yazılması gerekmektedir. Bu bölüme tedbir talebi ve gerekçesinin yazılmaması halinde tedbir yönünden Mahkemece herhangi bir değerlendirme yapılmayacaktır.

4) Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 73. maddesinin 1 numaralı fıkrasına göre, başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması üzerine tedbir kararı verilebileceği dikkate alınmalıdır[528].

Anayasa Mahkemesinden Tedbir Talebinde bulunabilmek için başvuru formunun "Diğer Bilgiler" başlıklı V. Bölümünde (B) başlığı yer almaktadır. Başvuru formu bu bölüm dahil doldurulup, normal usule göre ya bizzat Mahkemeye teslim edilir veya aracı mahkeme vasıtasıyla gönderilir.

AİHM'in ihtiyati tedbirlere ilişkin uygulama talimatına[529]

528 Anayasa Mahkemesi, "Bireysel Başvuru Tedbir Taleplerinin Değerlendirilmesindeki İlkeler", https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/bireysel-basvuru-tedbir-taleplerinin-degerlendirilmesindeki-ilkeler/

529 AİHM, Uygulama Talimatı, İhtiyati Tedbir Talepleri, https://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_TUR.pdf , 7 Temmuz 2011.

göre ise tedbir talebi şu bilgileri içerecektir:

"Mahkeme'ye sunulan herhangi bir talebin gerekçelerinin belirtilmesi gerekir. Başvurucunun, özellikle detaylı olarak; belirli endişelerinin dayandığı sebepleri, iddia edilen tehlikenin niteliği ve ihlal edildiği iddia edilen Sözleşme maddelerini belirtmesi gerekir.

Diğer belgelerdeki veya yerel yargılamadaki beyanlara sadece atıfta bulunma yeterli değildir. Taleplere, tüm destekleyici belgelerin, özellikle, ilgili yerel mahkeme kararlarının veya diğer kararların, başvurucunun iddialarını desteklediği düşünülen tüm diğer materyallerle birlikte eklenmesi gerekir.

Mahkeme, ihtiyati tedbir talebinde eksiklikler bulunan başvurucularla temasa geçmek zorunda değildir. Karar vermek için gerekli bilgileri içermeyen talepler, kural olarak karar verilmek üzere sunulmayacaktır.

Dava Mahkeme nezdinde derdest ise, verilmiş olan başvuru numarası belirtilmelidir.

Sınır dışı edilme ile ilgili davalarda, sınır dışı işleminin gerçekleşmesi beklenen tarih ve saate ilişkin detaylar, başvurucunun adresi veya tutulduğu yer ve resmi dava dosya numarası belirtilmelidir. Mahkeme'nin bu bilgilerdeki (sınır dışı edilme tarihi ve saati, adres vs) herhangi bir değişiklikle ilgili olarak, mümkün olan en kısa sürede haberdar edilmesi gerekir.

Mahkeme davanın kabul edilebilirliği ile ilgili kararını, ihtiyati tedbir talebini değerlendirmesiyle aynı zamanda verebilir."

AİHM'e ihtiyati tedbir istemleri, faks veya posta yoluyla gönderilebilir. Mahkeme e-posta yoluyla yapılan talepleri kabul etmemektedir. İhtiyati tedbir talepli dilekçe, Türkçe olarak yazılabilir.

Yukarıdaki yönergeye uygun bir şekilde yazılacak olan dilekçenin en tepesine, "**Rule 39-Urgent**" (İçtüzük 39. madde) İngilizce olarak yazılmalı ve yine irtibata geçilecek kişinin isim ve irtibat bilgileri eklenmelidir. Eğer tedbir sınır dışı etme vakası için isteniyorsa, sınır dışı işleminin tarih ve saati ve yeri ve varış yeri dilekçeye yazılmalıdır.

AİHM'e ihtiyati tedbir talebini gönderirken, iki ülke arasındaki saat farkını da gözetmeniz gerekir.

Bir kere daha belirtmek isteriz ki, normal koşullarda faksla AİHM'e başvuru yapılamamakta, ancak ihtiyati tedbir talebi bu konuda bir istisna teşkil etmektedir.

3) Gizlilik

AYM Başvuru formunun V-c bölümünde, başvurucunun kimliğinin gizli tutulması yönünde bir talebi varsa, bunun belirtilmesi istenmektedir. Zaman zaman AYM veya AİHM kararlarını okurken, başvuruculara sadece baş harflerden oluşan bir atıf görebilirsiniz, bunun nedeni başvuruculara gizlilik talebinde bulunmuş olmalarıdır. Ancak başvuru formunda başvurucunun kimliğinin gizli tutulması mümkün değildir. Başvurucular gerek AİHM'inden ve gerekse AİHM'den kamuya açık belgelerde kimliklerinin gizli tutulmasını talep edebilirler. Başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebinin gerekçeleri-

ni açıkça belirtmesi gerekir[530].

AYM Başvuru Kılavuzunda "gizlilik" konusu şöyle açıklanmaktadır:

> "Kamuya açık belgelerde kimliğin gizli tutulması talebi varsa, bunun gerekçesi yazılmalıdır. Gerekçesiz olarak yapılan gizlilik talepleri incelenmeksizin reddedilebilir. Komisyonların kabul edilemezlik kararı verilen başvurularda gizlilik taleplerini karara bağlamayacakları dikkate alınmalıdır. Bu alanda başvurucunun varsa kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebinin olup olmadığını belirtmesi gerekir. Kimliğinin açıklanmasını istemeyen başvurucu, yargılamanın aleniyeti ilkesinin istisnası niteliği taşıyan bu talebinin gerekçesini bildirmelidir. Anayasa Mahkemesi kimliğin saklı tutulması taleplerini istisnai durumlarda ve ancak gerekçesini haklı bulursa kabul edebilir"[531].

AİHM'de de kimliğin gizli tutulması talebi başvuru formunda belirtilebileceği gibi, başvuru formunun sunulmasının hemen akabinde ayrı bir dilekçe ile de talep edilebilir. İster başvuru sırasında, isterse sonradan talep ediliyor olsun, her durumda başvurucunun bu talebinin nedenleri ve özellikle de, kimliğinin açık bir şekilde AİHM kararları ve basın açıklamalarında yer almasının onun üzerinde yaratacağı etki açıklan-

530 Yunus Emre Yılmazoğlu, Bireysel Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, 2019, s.33

531 AYM, Başvuru Formu Klavuzu, s.14, https://www.anayasa.gov.tr/media/5687/basvuru_kilavuzu.pdf

malıdır[532].

4) Adli Yardım

AYM başvuru formu kılavuzuna göre[533] "Adli yardım talebinin kabul edilebilmesi için başvurucunun kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olması ve talebin dayanaksız olmaması gerekmektedir. Adli yardım talebi varsa buna ilişkin belgelerin eklenmesi gerekmektedir. Soyut ve gerekçesiz bir şekilde ve herhangi bir belgeye dayanmaksızın adli yardım talebinde bulunulması halinde, talep incelenmeksizin reddedilebileceği gibi, bu durum başvurunun sonuçlandırılma süresinin uzamasına da neden olabilir.

Adli yardım talebi değerlendirilirken; başvurucunun sunduğu SGK kaydı, taşınır ve taşınmaz malvarlığına ilişkin belgelerin doğruluğu UYAP vasıtasıyla ilgili kurum kayıtları üzerinden araştırılmaktadır. Ayrıca değerlendirmede, başvurucunun bireysel başvuruda bulunmadan önce tükettiği yargılama aşamalarında adli yardımdan yararlanıp yararlanmadığı; yararlanmış ise başvurucunun malvarlığında bir değişiklik olup olmadığı incelenmektedir. Bu inceleme sonucunda başvurucunun kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olup olmadığı hususunda bir kanaate ulaşılmaktadır. Başvurucunun adli yardım talebi

532 ECHtR, Practice Direction-Request for anonymity, https://www.echr.coe.int/Documents/PD_anonymity_ENG.pdf

533 AYM, Başvuru formu kılavuzu, s. 14

reddedilirse, başvuru harcını yatırmak üzere kendisine 15 gün süre verilmektedir[534].

AYM'de sağlanan adli yardım ile, bu yardımı almak için getirilen bürokrasinin yoğunluğu arasındaki fark, kanımızca şaşırtıcı niteliktedir. Bütün bu süreç, sadece başvurucunun başvuru harcından muaf olmasına gerek olup olmadığını incelemek için işletilmektedir. AYM önünde avukatlık ücretine ilişkin bir adli yardım söz konusu değildir. Bu eksiklik, ekonomik olarak zor durumdaki başvurucuların başarı şansı yüksek bir başvuruda bulunmaları önünde ciddi bir engeldir.

Bu durumda, başvurucuların barolar tarafından sağlanan adli yardım mekanizmasından yararlanabileceği düşünülebilirse de, orada da bazı sorunların olduğu görülmektedir. AYM başvuru sürecine ilişkin olarak Luca Perilli tarafından yapılan ihtiyaç analizinde de belirtildiği gibi "…adli yardım avukatının baro tarafından atanması usulü hakkında bazı belirsizliklerin olduğu görülmüştür. Avukatlar, adli yardım için bir avukat atandığında, o avukatın görevinin bireysel başvuru sürecini değil, ilk derece ve temyiz mahkemesi önündeki yargılamayı kapsadığını ifade etmektedirler. Bu nedenle başvurucu, AYM aşamasında avukat desteği istiyorsa baroya yeniden başvurmak zorundadır. Avukatlara göre bu tür bir başvurunun değerlendirilmesi en az 15 gün sürmekte, bu da başvurucunun bireysel başvuruda bulunabilmek için yasayla öngörülen otuz günlük süre sınırlamasına uymasını -imkânsız hale getirmese

534 Yunus Emre Yılmazoğlu, Bireysel Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, 2019, s.37-39

de son derece zorlaştırmaktadır.[535]"

AİHM'de ise bir başvuru harcı yoktur. Ancak masraflar ve avukatlık ücreti için adli yardım verilmektedir. Adli yardım, başvurunun hükümete havale edilmesinden sonraki aşamada verilmektedir. Bu aşamada başvurucunun talebi üzerine veya gerekli görmesi halinde, Mahkeme re'sen gelir beyannamesi formu gönderir. Doldurulan bu form resmi bir makam, örneğin mahalle muhtarı, tarafından onaylanmalıdır. Mahkeme doldurulmuş ve onaylanmış bu formu aldıktan sonra, eğer gerekli görürse, hükümete bu konuda diyeceklerini sorabilir[536].

Adli yardım; avukatlık ücreti açısından ciddi bir katkı sunmasa bile, diğer masrafların karşılanması açısından da önem arz etmektedir. Adli yardım talebi kabul edildiğinde, fotokopi, telefon, seyahat ücretleri vd. gibi masraflar ödenmektedir.

Adli yardım, avukatlık ücreti bakımından, davanın görülmesinin değişik aşamalarında peyderpey gönderilmektedir.

Başvurunun hazırlanması, hükümete cevap aşamaları için toplamda 850 Euro; Duruşmaya katılım için 300 Euro (ve Masraf olarak günlük 175 Euro); dostane çözüm konusundaki hukuki yardım için 200 Euro ödenmektedir[537].

Her ödeme için bir talep formu doldurulur ve Mahkemeye gönderilir. Mahkeme ödemeyi yapması için formu Avrupa

535 Luca Perilli, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemi İhtiyaç Analizi Raporu", 2014 s.11, https://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/NA_Report_CC_Turkey_2014_tur.pdf

536 Karen Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights 6th Edition, Sweet&Maxwell, 2019, s.23

537 Karen Reid, a.g.e, s. 1314

Konseyi finans bölümüne havale eder ve ücretler avukatın hesabına yatırılır[538].

E) Sonuç Talepleri

Anayasa Mahkemesi başvuru kılavuzunda sonuç talepleriyle ilgili olarak şunlar belirtilmektedir:

> "Bu alanda başvurucu, nihai taleplerini maddeler halinde belirtmelidir. Duruşma, keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması, ihlal kararı verilmesi, yeniden yargılama yapılması, tazminat ve yargılama giderlerine hükmedilmesi vb. İsteklerin belirtilmesi gerekmektedir."[539]

Gerek Anayasa Mahkemesi'nin ve gerekse AİHM'in taleple bağlı olduklarını, talep edilmediğinde tazminata ve avukatlık ücretine hükmetmediklerini belirtmek isteriz.

F) Beyan ve İmza

Başvuru formunun ıslak imzalı olmaması durumunda işleme konulmayacağını hatırlatmak isteriz.

538 Karen Reid, a.g.e, s.24
539 AYM, Başvuru formu klavuzu, s. 14

III) Başvuru Sonrası Aşamalar

A) Kabul edilebilirlik ve esasa ilişkin inceleme

Anayasa Mahkemesinde kabul edilebilirlik yönünden inceleme; ikişer üyeden oluşan altı Komisyon tarafından yapılmaktadır[540]. Komisyonlar, başvurunun kabul edilebilirliği ya da kabul edilemezliği hakkındaki kararları oybirliği ile alır. Oybirliği sağlanamazsa konu ilgili Bölüme havale edilir. Ayrıca, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıyan başvurular, kabul edilebilirlik konusunda karar vermek üzere ilgili Bölüme gönderilir. Bölümler ve Genel Kurul, kabul edilebilirlik ve esası birlikte de inceleyebilir. Kabul edilmezlik kararları kesindir.[541] Bölümler, kabul edilirliği karara bağlanmadan kendilerine havale edilmiş başvuruları ve kabul edilmiş başvuruları esastan inceleyerek karara bağlarlar. Bölümlerin vereceği karar, Bölümlerin önceden vermiş olduğu bir kararla çelişecekse ya da konunun niteliği bakımından Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülürse, Bölüm davayı Genel Kurula havale edebilir[542].

AİHM önündeki usulde ise; dosya kendisine havale edilen tek yargıç, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verebilir. Eğer tek yargıç başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna ulaşmamışsa, dava Komite ya da Daire tarafından ele alınacaktır. Komiteler üç yargıçtan oluşur, üç yargıç oy bir-

540 Yunus Emre Yılmazoğlu, Bireysel Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, 2019, s. 115

541 Yunus Emre Yılmazoğlu, a.g.e, s.116

542 Yunus Emre Yılmazoğlu, a.g.e., s. 117

liğiyle başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna ulaşabilir. Eğer üç yargıç başvurunun kabul edilemez olduğu konusunda oy birliğine varamamışlarsa, dava Daire'ye havale edilir. Komite başvurunun kabul edilebilir olduğuna hükmetmişse, aynı zamanda davanın esası hakkında da karar verebilir. Komitenin esas hakkında karar verebilmesi için davanın AİHM'in yerleşik içtihatları ile çözümlenebilecek, onlarla benzer nitelikte bir dava olması gerekir. Tek yargıcın ve komitenin kabul edilemez bulmadığı başvurularla Daire ilgilenir. Yedi yargıçtan oluşan Daire, hem davanın kabul edilebilirliği ve hem de esası hakkında karar verebilir. İster tek yargıç, ister Komite ve isterse Daire tarafından verilmiş olsun, kabul edilemezlik kararlarına karşı bir itiraz veya temyiz yolu yoktur[543].

B) Başvuru dilekçesinin Adalet Bakanlığı'na veya Hükümete havalesi

Anayasa Mahkemesi'nde başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verildiğinde, bir örneği Adalet Bakanlığı'na gönderilir. Adalet Bakanlığı, gerekli gördüğü halde görüşünü 30 gün içinde mahkemeye gönderebilir. Adalet Bakanlığı görüş göndermişse, bu görüşler başvurucuya gönderilir, varsa karşı beyanlarını iletmesi için 15 gün süre verilir[544].

AİHM tarafından kabul edilemez bulunmayan başvurular hükümete havale edilir ve hükümetten 16 hafta içinde görüşlerini sunması istenir. Bu görüşler başvurucuya havale edilir.

543 Philip Leach, "Taking a Case to The European Court of Human Rights" (Student version), Oxford University Press, 2017, s. 44-45

544 Yunus Emre Yılmazoğlu, Bireysel Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, 2019, s.121

Genellikle bu aşamada, başvurucudan karşı görüşlerinin yanı sıra, ayrıntılı bir şekilde tazminat taleplerini bildirmesi de istenir.

C) Duruşma

Daha önce de belirttiğimiz gibi bireysel başvuru mahkemeleri (AYM ve AİHM), temyiz mahkemesi veya itiraz mercii değildir. Onların görevleri ikincil niteliktedir. Bu nedenle de; kural olarak, birinci elden delil toplamazlar. Bu delillerin, iç hukukta tamamlanmış olan başvuru yolları sırasında toplandığı varsayılır.

O yüzden duruşmalar, özellikle AİHM tarafından, daha çok hukuki tartışmaları netleştirmek için yapılır. AYM'nin ise uygulamada duruşma yaptığına pek tanık olunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü'nün 74. maddesinde; bireysel başvurularda duruşma şu şekilde düzenlenmiştir:

"(1) Bölümler, başvuruları dosya üzerinden inceler. Ancak re'sen ya da başvurucu veya Adalet Bakanlığı'nın talebi üzerine gerekli görülmesi hâlinde duruşma yapılmasına karar verilebilir.

(2) Duruşma yapılmasına karar verilmesi hâlinde, duruşmanın yeri, günü ve saati ilgililere bildirilir.

(3) Duruşma esnasında duruşma tutanağı düzenlenir. Tutanak örnekleri, talepleri hâlinde başvurucu ve Adalet Bakanlığı ile varsa diğer ilgililere verilir."

İç Tüzüğün 69. maddesinin 3. paragrafına göre; "Başvurulara ilişkin bilgi, belge ve diğer her türlü talebin yazı-

lı olarak yapılması gerekir. Duruşma, tanık dinlenilmesi veya keşif esnasında yapılanlar hariç, bu usule uyulmaksızın yapılan talepler dikkate alınmaz."

Yine bu maddeden AYM'nin gerektiğinde sadece duruşma yapmakla yetinmeyip, tanık dinleyebileceğini ve keşif yapabileceğini de görüyoruz.

Ancak bu müesseselerin pratikte fazlaca uygulamaları olduğunu söylemek mümkün değildir. AYM önünde, kural olarak, bütün süreç yazışmalar ile tamamlanmaktadır.

Ancak Türkiye'de insan hakları ihlallerinin arz ettiği vahamet göz önüne alındığında, AYM'nin özellikle "olgular üzerine" tartışmanın bulunduğu durumlarda keşif ve duruşma gibi müesseseleri kullanması ve avukatların da bu konularda ısrarlı bir şekilde talepte bulunması yararlı olacaktır.

AİHM önünde ise; iki tür duruşma yapılmaktadır. Bunlardan; daha çok hukuki tartışmaların yapıldığı duruşmaya "sözlü duruşma" (oral hearing) adı verilmektedir. AİHM'in birinci elden delilleri değerlendirdiği duruşma ise "olgu bulgulama duruşması" (fact finding hearing) olarak anılmaktadır.

1. Sözlü Duruşma

AİHM İç Tüzüğünün 59/3. maddesine göre, taraflardan birinin istemi üzerine veya re'sen duruşma düzenlenmesine karar verebilir. Uygulamada Mahkeme Sözlü duruşma yoluna davaya ilişkin olguların veya ilgili iç hukukun daha fazla açıklanmaya muhtaç olduğu kanısında ise karar vermektedir.

Bu duruşmalar Mahkeme'nin web sitesi üzerinden canlı

olarak yayınlandığı gibi, önceki duruşmaların video arşivi de burada bulunmaktadır. Dolayısıyla, AİHM'in bir başvurunuz konusunda "sözlü duruşma," düzenlemesi halinde, bu arşivden birkaç duruşmayı izlemek faydalı olacaktır.

Önceden yazılı sunum vermek gibi bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, eğer Mahkeme önünde İngilizce veya Fransızca konuşmayacaksanız, yazılı sunum göndermekte büyük yarar vardır. Zira bu şekilde, siz sunumunuzu okurken, bu sunumu önceden almış olan tercümanların çok daha iyi bir çeviri yapmalarını sağlayabilirsiniz.

Bu duruşmada; ilk önce başvurucu tarafına argümanlarını ileri sürmesi için 30 dakika ve keza bunlara karşı diyeceklerini söylemesi için de hükümete yine 30 dakika süre verilmektedir. Tarafların sunumlarının tamamlanmasının ardından, Mahkeme üyeleri gerekli gördükleri soruları yöneltmektedirler.

Duruşmalar kural olarak kamuya ve basına açıktır, ancak istisnai durumlarda Mahkeme kapalı oturum yapabilir. Taraflardan birisinin gizli oturum düzenlenmesi yönünde bir talebi varsa, bunun neden istendiği ve tüm duruşmanın mı yoksa belli bölümlerin mi kamuya kapalı düzenlenmesinin istendiği bu talep yazısında belirtilmelidir (AİHM İç Tüzük, madde 63).

2. Olgu Bulgulama Duruşması

Sözleşme'nin 38. maddesine göre; "Mahkeme, başvuruyu tarafların temsilcileriyle birlikte inceler ve gerekirse, ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafların, etkin olarak yürütülmesi için gerekli kolaylıkları sağlayacakları bir soruşturma açar."

Mahkeme İçtüzüğünün Ek A1 maddesine göre;

"1. Daire, kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine, davanın olaylarına açıklık getirebileceğini düşündüğü soruşturma tedbirlerini alabilir. Daire, diğer şeylerle birlikte, taraflardan yazılı delil sunmalarını isteyebilir; ifadelerinin veya beyanlarının Dairenin görevlerini yerine getirmesine yardımcı olacağını düşündüğü bir kişiyi tanık, bilirkişi veya başka sıfatla dinlemeye karar verebilir.

2. Daire ayrıca, istediği bir kişi veya kurumdan, olayla ilgili herhangi bir konuda, bir görüş belirtmesini veya yazılı bir rapor vermesini isteyebilir.

3. Daire, davanın kabul edilebilir olduğu beyanından sonra veya istisnai olarak kabul edilebilirlik kararından önce, üyelerinden birini veya birkaçını veya Mahkemenin diğer yargıçlarını, yerinde inceleme veya soruşturma yapmaları veya başka bir biçimde delil toplamaları için görevlendirebilir. Daire uygun gördüğü takdirde ayrıca, bu heyete yardımcı olması için herhangi bir kişi veya kurum atayabilir.

4. Bir heyet tarafından soruşturma tedbirleriyle ilgili bu Kısım hükümleri, gerekli değişikliklerle birlikte (mutatis mutandis), Dairenin bizzat yaptığı işlemlerde de uygulanır.

5. Bir Daire veya heyet soruşturmasının bir parçasını oluşturan işlemler, Daire Başkanı ve heyet başkanı aksine karar vermedikçe, gizli olarak yürütülür.

6. Daire Başkanı, uygun gördüğü takdirde, soruşturma işlemine katılması için üçüncü bir tarafı davet edebilir veya

katılmasına izin verebilir. Başkan bu katılımın koşullarını belirler ve bu koşullara uyulmadığı takdirde katılımı kısıtlayabilir."

Yine AİHM İçtüzüğü Ek Madde 2'nin 2. paragrafına göre "Ülkesinde heyet tarafından yargılama işlemi yapılacak olan Sözleşmeci Taraf, yargılamanın düzgün bir şekilde yapılması için heyete gerekli kolaylıkları sağlar ve işbirliği yapar."

Burada yargılama yetkisinin kullanılması ile kastedilen Mahkeme'nin olgu bulgulama duruşması yapmasıdır.

Olgu bulgulama duruşması düzenleme yoluna başvurulması bir istisna ise de, 90'lı yıllarda Türkiye'den açılan, yargısız infaz, işkence, köy yakma-boşaltma gibi olayları konu alan davaların pek çoğunda bu duruşmalar yapılmıştır. Çünkü, bu tür olaylarda, iç hukukta usulüne uygun bir soruşturma ve inceleme yapılmamaktaydı.

Yani Devlet ve başvurucular arasında, olayların meydana geliş biçimlerine ilişkin bütünüyle farklı anlatımlar söz konusu oluyordu. Örneğin, başvurucu gözaltına alınıp tecavüze uğradığını öne sürerken, devlet ilgili kişinin hiçbir biçimde gözaltına alınmadığını öne sürebilmekteydi. Aynı şekilde, Kürt köylüler, köylerinin güvenlik güçleri tarafından yakıldığını öne sürerken, Hükümet bu köy yakma işinin PKK tarafından yapıldığını ileri sürebiliyordu. Başvurucunun iddialarına ilişkin olarak ya hiçbir soruşturma yapılmamış ya da birkaç güvenlik görevlisinin ifadesi alınıp dosyalar kapatılmış oluyordu.

Dolayısıyla da davaya ilişkin olguların gerçekte ne ol-

duğunu dosyaya bakarak anlamak mümkün değildi. İşte bu davalarda AİHM sık sık "olgu bulgulama," duruşması düzenleme yoluna gitmiş, başvurucuları ve devlet görevlilerini bizzat kendisi dinlemiş ve sorgulamıştır. O zaman Komisyon ve Mahkeme şeklindeki ikili ayrım sürmekte olduğundan bu duruşmaların pek çoğu Komisyon tarafından düzenlenmiştir. Ancak bugünkü yapı göz önüne alındığında aşağıdaki Komisyon ibarelerini Mahkeme olarak okumak gerekir.

AİHM 90'lardan sonra Türkiye'ye ilişkin olgu bulgulama duruşmaları düzenlemedi. 2000'li yıllarda mahpusların şikayetleri üzerine Türkiye'ye heyet gönderip yerinde yaptığı incelemeler[545] bir kenara bırakılırsa, AİHM'in de Türkiye davalarında kendisini dosya incelemesiyle sınırlandırdığı söylenebilir. Şüphesiz ki, Anayasa Mahkemesi'nin devreye girmiş olması da, AİHM'in rolünün sınırlanmasında etkili olmuştur.

Ancak, son yıllarda yeniden vahim insan hakları ihlallerinin tırmanışa geçtiği ve bu ihlaller karşısında sergilenen inkârcı tutum ve hukuk yollarının tıkanmışlığı göz önüne alınırsa, tekrar "olgu bulgulama," duruşmalarının başlaması işten bile değildir. Bu bağlamda Avukatların da önemli bir rol oynayabileceğini belirtmek isteriz. Zorla kaybetme, kaçırma, işkence ve yargısız infaz gibi konularda soruşturmaların yeterli bir şekilde yapılmaması durumunda ilk olarak Anayasa Mahkemesi'nden, ardından da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden ilk elden delil toplaması ve duruşma düzenlemesi istenmelidir.

545 AİHM, Tekin Yıldız/Türkiye Dışişleri Bakanlığı çevirisi, (Başvuru no. 22913/04), 10 Kasım 2005, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125005

90'lı yıllarda AİHM'in sıklıkla başvurduğu bu duruşma türünü aşağıda mümkün olduğunca pratik bilgiler ile destekleyerek anlatacağız. Umuyoruz ki, bu anlattıklarımız, eksik soruşturulmuş vahim insan hakları ihlallerinde bu tür duruşma düzenlenmesini talep etme konusunda, meslektaşlarımızı cesaretlendirsin ve yapılması halinde bu tür duruşmalara daha hazır bir şekilde çıkmalarını sağlasın.

Olgu Bulgulama Duruşması Usulü

Olgu bulgulama duruşması yapılması gerektiğini düşünüyorsanız, ayrıntılı gerekçelerinizi yazarak Mahkemeye bir dilekçe göndermeniz gerekir. Ayrıca bu gerekçeli açıklamalara muhtemel tanıkların bir listesi de eklenmesi faydalı olacaktır. Bu listede sadece kendi tanıklarınızı değil, hükümet tarafında dinlenmesi gerektiğini düşündüğünüz tanıkları da açıklayabilirsiniz. Örneğin, iç hukukta soruşturmayı yürüten savcı, adli tıp raporunu düzenleyen doktor, jandarma veya emniyet birimlerindeki ilgili kişiler gibi. Bu tür bir duruşma yapılacağı bildirildiğinde Hükümetler genel olarak, olayları aydınlatacak tanıkları bildirmekten çekinmekte, bu nedenle başvurucu vekilinin bu kişilerin dinlenmesini istemesi önem arz etmektedir[546].

Dinlenmesini istediğiniz her bir tanık için, bu tanıktan ne gibi bilgilerin alınmasının umulduğu da yazılmalıdır. Bu açıklamalar Mahkeme'ye duruşma düzenlemenin önemini göstermek açısından da önem arz etmektedir. Ayrıca, bu yolla, en azından başvurucu açısından anahtar durumundaki tanıkların

546 Philip Leach, "Taking a Case to The European Court of Human Rights" (Student version), Oxford University Press, 2017, s. 62

mevcut olduğu ve bunların dinlenilmeye hazır olduğu da gösterilmiş olacaktır.

a) Duruşmaya hazırlık[547]

Bu bölümde anlatacaklarımız, 90'lı yıllarda olgu bulgulama duruşmalarına katılımımız sonucu elde ettiğimiz tecrübelere dayanmaktadır. O dönemde bu duruşmalar Komisyon tarafından icra edilmekteydi. Kafa karışıklığına yol açmamak için Komisyon yerine Mahkeme terimini kullanacağız.

aa) Tanıkların bildirilmesi ve ilgili dokümanların iletilmesi

Bir olgu bulgulama duruşması düzenlenmesine karar verildiğinde, taraflardan tanıklarını bildirmeleri (eğer önceden bildirmediyseniz) istenir. Bu aşamada kendi tanıklarınızın yanı sıra, karşı taraftan olayla ilgili olarak dinlenmesinde yarar umduğunuz kişilerin isimlerini de Mahkemeye bildirebilirsiniz. Bu önerileriniz dikkate alınacaktır; ancak hangi tanıkların dinleneceği konusunda karar verme yetkisi Mahkemeye aittir. Kendi tanıklarınızı belirlerken, bu kişilerin anlatımlarının davanızı ve tezlerinizi nasıl ve ne ölçüde destekleyebileceklerini tespit etmeye çalışın; olayla çok uzaktan ilgili kişileri tanık olarak önermeyin; unutmayın ki çapraz sorguda çok fazla detaya inilmektedir ve dolaylı tanıklar çelişkili ifadeler vererek davanıza zarar verebilir.

Ayrıca bu aşamada, duruşma sırasında üzerinde tartışma yürütmeyi planladığınız bütün belge, bilgi ve dokümanları

547 Orhan Kemal Cengiz, "Uygulamacılar için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Rehberi", İzmir Barosu yayını, 2001, s.31-36

makul bir süre içinde Mahkemeye iletmeye çalışınız.

bb) Dosyanın Hazırlanması

Duruşmaya girmeden önce, dava dosyasını yeniden bir düzene sokmak, duruşma sırasındaki etkinliğinizi ve davaya katkınızı arttıracaktır. Bu tür bir hazırlık için şu pratik önerileri getirebiliriz:

- Dosya içindeki bütün sayfalara birer numara vererek, bir "içindekiler" bölümü oluşturun. Bu sayede, duruşma sırasında istediğiniz evrakı kolayca bulup çıkarabilir, zamanı daha ekonomik kullanabilirsiniz.
- Aynı şekilde, dosya içinde yeni kategoriler yaratıp, ilgili her bir evrakı bu bölümlere koymak son derece işlevsel bir hazırlıktır. Örneğin, dinlenecek her bir tanık için ayrı ayrı kategoriler yaratıp onlarla ilgili bütün dokümanları belli bölümlerde toplayabilirsiniz. Bu, duruşma sırasında, gerek ilgili evrakı hemen çıkartıp bulabilme, gerekse tanığın verdiği ifade ile dosya kapsamını mukayese edebilme bakımından son derece yararlıdır.

cc) Çapraz sorgu için hazırlanma

Olgu bulgulama duruşmalarında, tanıkların sorgulanması için çapraz sorgu adı verilen yöntem uygulanmaktadır. Çapraz sorgu, kelimenin teknik anlamında, karşı tarafın tanıklarını sorguya çekmek anlamına gelmektedir. Başvurucu temsilcisinin, bir iddia makamı konumunda olduğunu hatırlatarak, çapraz sorguya hazırlanmak için aşağıdaki tavsiyeleri getirebiliriz:

- İlk olarak bütün dosyayı son derece ayrıntılı olarak

inceleyip, bir kronoloji ve özet hazırlamak yararlı bir ön hazırlık olacaktır.

- İkinci adım olarak, bu dava ve duruşmada neyi ispatlamaya çalıştığınızı net bir şekilde belirlemeye çalışın. Bu belirlediğiniz çerçevede, dinlenecek her bir tanıktan, davanızı geliştirmeye yarayacak hangi bilgileri almayı umduğunuzu tespit edin. Yalnız kendi tanıklarınızdan değil, karşı tarafın tanıklarından da elde edeceğiniz bilgilerin resmi tamamlamak bakımından son derece işlevsel olacağını hatırdan çıkarmayın.
- Bütün bunları belirledikten sonra, her bir tanık için ayrı ayrı birer soru listesi hazırlayın. Soruları, kesin soru kalıpları olarak hazırlamak yerine, üzerinde durmak istediğiniz konunun unsurlarını not etmek suretiyle hazırlamak, size duruşma sırasında daha geniş bir hareket imkânı ve orada aktarılanlara göre sorularınızı biçimlendirme olanağı verir.
- Bizim 'usul' den farklı olarak AİHM' de avukatlar davanın her aşamasında tanıkların bilgisine başvurabildiklerinden, duruşmadan 1-2 gün önce kendi tanıklarınızı sorgulayın. Bu egzersiz birkaç bakımdan önem arz etmektedir: İlk olarak, dosya üzerinde yoğun çalışmanız nedeniyle, kafanızda yeni pek çok soru işareti oluşmuş olacaktır. Tanıklarla yapacağınız son bir konuşma sayesinde hem sorularınıza yanıt bulma hem de Mahkeme önüne çıkmadan önce durumunuzu daha net bir şekilde tespit etme olanağına sahip olacaksınız. Ayrıca, tanıklar da bu konuşmalar sayesinde hafızalarını tazeleyeceklerdir. Biz bu aşamada

tanıkların çok alakasız şeyler anlatma eğiliminde olduklarını gözlemlemiştik. Çoğu başvurucu ve tanık, daha önce olaya ilişkin olarak Türkiye'de hiçbir makam tarafından dikkate alınmamış olduklarından, ilk defa yakınmalarını anlatacak birilerini bulmuş olma duygusuyla, konuyla alakalı alakasız her şeyi anlatma, bir tür duygusal boşalım sağlamaya çalışma yoluna gitmektedirler. Bu aşamada başvurucu ve tanıklara bazı tavsiyelerde bulunmak duruşmanın daha verimli yapılabilmesi için elzemdir:

Yalan söylememeleri ve abartmamaları, Mahkemenin bir siyasi arena olmadığı, gördükleri ile duyduklarını birbirlerinden ayırmaları; duyduklarını görmüş gibi anlatmamaları ve sadece sorulan sorulara yanıt vermeleri konularında onları uyarın. Ucu kapalı sorulara sadece evet ya da hayır, ucu açık sorulara ayrıntılı olarak yanıt vermeleri gerektiğini belirtin. Başvurucu ve tanıkların tamamının duruşmaya katılması konusunda azami özen gösterin; kabul edilebilir bir mazeret sunmaksızın duruşmaya katılmayan başvurucu ve tanıklar hem genel olarak davanızı olumsuz bir şekilde etkileyebilir ve hem de Mahkeme duruşmaya katılmayan başvurucunun davayı takip etmek niyetinde olmadığı sonucuna ulaşıp o kişi bakımından başvurunun listeden çıkarılmasına karar verebilir.

b) Duruşma

90'lı yıllarda duruşmalar genellikle Ankara adliyesindeki kütüphane salonunda yapılmaktaydı. Günümüzde tekrar bu duruşmalar yapılmaya başlar ise, Mahkeme'nin hangi binayı kullanmayı tercih edeceğini şu an için bilememekteyiz. Başvurucuların ve dinlenecek devlet görevlilerinin kalabalık ol-

duğu davalarda, standart bir duruşma beş gün (Pazartesi'den Cuma'ya kadar) sürer. Duruşma sabah 9.00 da başlar akşam 17.00-19.00 arasında sona erer.

Duruşmada; önce başvurucular ve tanıkları, ardından da hükümetin tanıkları dinlenir. Tanıklar ilk önce Mahkeme delegeleri tarafından sorgulanır. Ardından, hangi tarafın tanığı dinleniyorsa, ilk olarak soru sorma sırası ona verilir. Yani başvurucu dinleniyorsa, Mahkeme delegelerinden sonra başvurucu temsilcisi, ardından da hükümet avukatı soru sorar. Hükümetin tanıkları dinlenirken tersinden gidilir. Tanık içeri alındığında, delegelerin başkanı tanığın kimliğini tespit eder, kendilerini ve duruşma salonunda bulunan diğer kişileri tanıttıktan sonra tanığa yemin ettirir. Mahkeme İç Tüzüğü Ek Madde A6 gereğince yemin şu şekilde edilir:

"Gerçeği, tüm gerçeği ve sadece gerçeği söyleyeceğime, şerefim ve vicdanım üzerine yemin ederim" veya "yemin ederim."

Ardından tanık Mahkeme üyeleri tarafından sorgulanır. Üyeler sorularını bitirdiklerinde, kendi sorularınızı sormanız için söz size, ardından da hükümet avukatına bırakılır. Soru sorarken dikkat edilmesi gereken hususları kısaca şu şekilde özetleyebiliriz.

Genel olarak:

-Soru doğrudan tanığa yöneltilir; üyelerin aracılığı söz konusu değildir.

-Dinlenen kişinin bütün söylediklerini not alın. Dikkat edilmesi gereken en önemli hususlardan birisi de daha önce

sorulmuş soruları bir biçimde tekrar etmemektir. Önceden sorulan soruları listenizden çıkarın, aksi takdirde yargıçlar tarafından uyarılabilirsiniz. Mahkeme zamanı ekonomik kullanma konusunda son derece titiz hareket etmektedir.

-Soru ve yanıtların simültane çeviri aracılığıyla İngilizce'ye çevrildiğini hiç hatırdan çıkarmadan, yanıtla bir sonraki sorunuz arasına belli bir boşluk koyun. Aksi takdirde, daha tanığın cevabının yarısı İngilizceye çevrilmişken siz yeni bir soru soruyor olabilirsiniz. Böyle bir karışıklığı önlemenin en pratik yolu, zaman zaman çeviri kabinine bakarak; ya da önünüzdeki panelden hattı İngilizceye çevirip, kısık seste dinleyerek, çevirinin bitip bitmediğini takip etmektir.

Kendi tanığınızı sorgularken:

Bu nispeten işin kolay olan bölümüdür. Önceden yaptığınız egzersizler sayesinde, tanığın hangi soruya ne cevap vereceğini biliyor olacaksınız. Kendi tanığınızı sorgularken üzerinde konsantre olmanız gereken tek husus, başvurucunun tezlerinin tam olarak ortaya konup konmadığını saptayıp, resmi tamamlayacak (eğer gerekliyse) ek sorular sormaktır.

Hükümetin tanıklarını sorgularken:

Sorduğunuz sorulara alacağınız yanıtları bilmediğinizden, karşı tarafın tanıklarını sorgulamak nispeten daha zordur. Bu konuda da genel olarak şu tavsiyelerde bulunabiliriz ;

-Kesinlikle saldırgan bir tutum içinde olmayın. Hükümetin tanıklarının, her ne kadar yargılama konusu olayla bire bir ilişkileri bulunsa da, orada sanık değil tanık sıfatıyla hazır bulunduklarını ve amacınızın onlardan da ek bilgiler almak ol-

duğunu hatırdan çıkarmayın.

-Tanıklarla tartışmaya girmeyin. Özellikle savcılar, sorgulanırken hukuk tartışması yaratma eğiliminde olmaktadırlar. Mahkemenin ilgisinin, teorik olarak hukukun ne dediği değil, gerçekte ne olduğu üzerinde yoğunlaştığını hiç hatırdan çıkarmayın.

-Kısa, açık ve net sorular sorun. Uzun cümleler ve sorudan çok yorum niteliğindeki ifadeler pozisyonunuzu zayıflatabilir.

-İstediğiniz yanıtı alamayınca, kafanızdaki cevabı almak için ısrarcı olmayın, başka bir soruya geçin. Israrcı yaklaşım, tanığın direncini arttırmaktan başka bir işe yaramayacaktır.

-Soru sorarken, nereye ulaşmak istediğinizi belli etmeyin, ulaşmak istediğiniz yere dolaylı olarak gidin.

c) Duruşma sonrası

Duruşma sırasında bütün soru ve cevaplar dijital olarak kaydedilir. Duruşma bittikten birkaç ay sonra, bu bantların çözümlenmesi suretiyle oluşturulan duruşma tutanakları taraflara gönderilir ve tutanaklarda herhangi bir hata bulunup bulunmadığı sorulur; duruşmada dinlenilen tanıklıklara ilişkin yorumlarınızı Mahkemeye göndermeniz istenir. Duruşma tutanaklarının gönderilmesi ile yanıtlarınızın istenmesi arasına çok kısa bir süre konulduğundan, duruşma sırasında iyi not tutarak bir ön hazırlık yapmak son derece yararlı olacaktır. Tarafların görüşlerini de aldıktan sonra, Mahkeme bir rapor hazırlayarak delilleri değerlendirir.

D) Dostane Çözüm

Taraf yokluğundan dolayı, Anayasa Mahkemesine yapılan başvurularda dostane çözüm mümkün değildir[548].

AİHM önündeki Dostane Çözüm, ilgili hükümetin hakkının ihlal edildiğini kabul ederek başvurucuya bir miktar tazminat ödemeyi ya da bir edimde bulunmayı taahhüt etmesi ve başvurucunun da bunu kabul etmesi ile ulaşılan bir anlaşma ve davayı sonlandıran bir süreçtir.

AİHM başvuruyu hükümete bildirdiğinde, hükümete ve başvurucuya dostane çözüm konusundaki görüşlerini sormaktadır.

Hükümetler, olayın bütün detaylarıyla ele alındığı bir kararın çıkmasından kaçınmak için dostane çözüme sıcak bakabilmektedirler.[549]

Taraflar dostane çözümle ilgili önerilerini daireye gönderirler. Dostane çözüme ulaşmak için, başvurucu üzerinde tazyik uygulanması, devlet üzerinde uygulanmasından daha büyük bir olasılıktır. Önceki uygulamada Komisyon, dostane çözümü teşvik etmek amacıyla şöyle bir yaklaşım geliştirmişti: Bir başvurucu, dostane çözüm için Komisyon önerisini reddederse, Bakanlar Komitesi verilecek tazminat konusunda kendisine danıştığında, Komisyon daha önce önerdiği miktarın daha altında bir rakamı tavsiye etmekteydi. Yeni düzenleme ile

548 Av. Revşan Deniz Yıldırım Çobanoğlu, "Avukatlar için karşılaştırmalı AYM-AİHM Kabul edilebilirlik Rehberi, Ankara Barosu, 2019, s.34

549 Bkz.Francis G. Jacobs, Robin C.A White, "The European Convention on Human Rights", second edition,Clarendon Press, s.374

Bakanlar Komitesinin yargısal fonksiyonu sona ermiştir.

Dostane çözüm görüşmeleri gizlidir; dostane çözüme ulaşılamayıp da Mahkeme kararını açıkladığında, bu konudaki görüşmelere herhangi bir atıfta bulunulmaz[550].

Dostane çözüm için, kural olarak iki koşul bulunmaktadır. Tarafların belli bir tazminat ya da başkaca bir giderim üzerinde anlaşmaları ve bu anlaşmanın "İnsan Haklarına saygı ilkesinden esinlenmiş" (AİHS madde 39) olması. Görüldüğü gibi, tarafların kendi aralarında bir uzlaşmaya varmaları yeterli bulunmamakta, aynı zamanda ulaşılan çözümün Mahkemece de uygun görülmesi aranmaktadır.

Eğer bir dostane çözüme ulaşılırsa, Mahkeme, olguların ve ulaşılan sonucun belirtildiği bir özetle sınırlandırılacak olan bir karar ile davayı listeden çıkartır (m.39). Dostça çözüm Sözleşmenin çiğnendiği anlamına gelmemektedir[551]

E) İspat

Gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önlerine gelen delilleri serbestçe değerlendirirler. Ancak her iki Mahkeme açısından da; delil içermemesi veya delillerin yeterli ve inandırıcı olmaması halinde başvuru, "açıkça dayanaktan yoksun" bulunarak reddedilecektir.

AİHM içtihat hukuku, delil ve ispat konularında daha

550 Karen Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights 6th Edition, Sweet&Maxwell, 2019, s.13

551 Bkz.Prof.Dr.Feyyaz Gölcüklü,Prof.Dr.Şeref Gözübüyük,»Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", Turhan Kitabevi,Ekim 1994, s.105

zengin bir literatür ortaya koyduğu için konuyu bu kararlar çerçevesinde ve Ceza hukukçuları için gereken pratik bilgiler düzeyinde irdeleyeceğiz.

AİHM uygulamasında, bir başvurunun değerlendirilebilmesi için, en azından başvurucunun haklarından birisine yönelik bir müdahalede bulunulduğuna dair başlangıç delili (prima facie) diyebileceğimiz bir temelin ortaya konabilmesi gerekir. Ancak işkence, yaşam hakkı ihlalleri gibi kompleks ve delillerin daha çok devletin elinde bulunduğu durumlarda Mahkeme daha farklı bir değerlendirme yoluna gidebilmektedir.

AİHM'in Akkum/Türkiye[552] davasında da ifade ettiği gibi "…bir başvurucu tarafından öne sürülen iddiaları çürütecek veya destekleyecek delillere sadece davalı hükümetin ulaşabildiği durumlarda -tatmin edici bir açıklamada bulunmaksızın- bu delilleri sunma konusunda bir başarısızlığın ortaya çıkması, başvuruculara iddialarının iyi temellendirilmiş olup olmadığına ilişkin çıkarımlar yapılması" konusunda göz önüne alınacaktır.

Görüldüğü gibi AİHM, delil saklanması durumunda bundan sonuçlar çıkarabileceğini belirtmektedir. AİHM önünde yapılan bir ceza yargılaması değildir. O yüzden hükümet ve onun yetkilileri için bir masumiyet karinesi mevcut değildir. Mahkeme hak ihlallerinin devlet tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini anlamaya çalışmaktadır. Bunu yaparken, bütün dosya kapsamına ve hükümetin delilleri sunma konusundaki istekliliğine de bakmaktadır.

552 ECHtR, Akkum and Others v. Turkey, (Application no. 21894/93), 24.06.2005, para.209, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68601

AİHM'in Nachova ve Diğerleri/Bulgaristan[553] davasında da belirttiği gibi, "Mahkeme önündeki safahatta, delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin bariyerler bulunmadığı gibi, bunların nasıl değerlendirileceğine dair önceden kararlaştırılmış (sabitlenmiş) formüller de mevcut değildir. Mahkeme, kendi görüşüne göre, bütün delillerin serbest bir biçimde değerlendirilmesinden çıkardığı sonuçları kabul eder…"

Gerçekten de AİHM olayların somut özelliklerini göz önüne alarak, kendi akıl yürütme biçimini dayanak alarak bazı sonuçlara ulaşmaktadır.

Örneğin, Tomasi/Fransa davasında, bütün işkence iddiası içeren davalarda göz önüne alınması gereken bir akıl yürütme biçimi geliştirmiştir. Buna göre gözaltına alındığında sağlıklı olan, ancak salıverildiğinde üzerinde yara bere taşıyan bir kişiye ilişkin olarak, yara berelerin nedenleri hakkında makul, inandırıcı bir açıklama getirme yükümlülüğü ilgili devletin üzerindedir.

Mahkemenin belirttiği gibi, bu davada, öncelikle hiç kimse, başvurucunun üzerindeki yara ve berelerin gözaltından önceki bir tarihte meydana geldiğini veya bunları başvurucunun kendisinin yaptığını veya kaçmaya çalışırken meydana geldiğini ileri sürmemiştir. Buna ilave olarak, başvurucu sorgu yargıcı önüne çıkar çıkmaz göğsündeki ve kulağındaki yara izlerine dikkat çekmiş, bunlar yargıç tarafından kayda geçirilmiş ve bir uzman görevlendirilmiştir. Ayrıca, gözaltını takip eden

553 ECHtR, Nachova and Others v. Bulgaria, (Applications nos. 43577/98 and 43579/98), 6 July 2005, para.147, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630

günlerde, birisi cezaevi doktoru olmak üzere, dört doktor başvurucuyu muayene etmiştir. Bu tıbbi dokümanlar birbiriyle tutarlı ve kesin tıbbi gözlemleri içermekte ve yaraların meydana geldiği tarihleri işaret etmektedir, ki bu tarihler de başvurucunun polis gözaltısında geçirdiği zamana denk gelmektedir[554]. AİHM bu bulgulara dayanarak başvurucuya işkence yapıldığı sonucuna ulaşmıştır.

Mahkemenin (Komisyonun), Aksoy/Türkiye davasında belirttiği gibi, ailesi, avukatı ve diğer kişilerle görüştürülmeksizin, yalıtım içinde alıkonulan kişinin, işkenceye uğraması durumunda, bunu ispatlaması son derece güçtür. Komisyon işkence ve yalıtım arasında birebir bağlantı kurmamakla birlikte, yalıtımı işkencenin varlığını destekler bir unsur olarak değerlendirmiştir.[555] Komisyonun tespitleri AİHM tarafından da kabul edilmiş ve Türkiye 3. maddeyi ihlal ettiği için mahkûm edilmiştir.

Mahkeme, başvuruculaın ve diğer tanıkların iç hukuktaki çeşitli makamlar önünde verdikleri ifadeleri, ancak belli bazı vasıfları taşımaları kaydıyla dikkate almaktadır. Akdıvar davasında Mahkeme (Komisyon), köylülerin daha önce jandarmaya verdikleri ifadelerin, matbu formda hazırlanmış olması, tümünün aynı içerikte olması, olayları neredeyse özdeş şekilde açıklamaları nedeniyle, köylüler tarafından kendiliğinden dile getirilen hususları yansıtmaktan çok, jandarma tarafından mat-

554 ECHtR, Tomasi v. France, (Application no. 12850/87), 27 August 1992, para.110, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57796

555 Aksoy/Türkiye, çev.Prof.Dr.Semih Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye-2-Nihai Raporlar", Beta Yayınevi, Ekim 1998, s.189

bu bir biçimde hazırlandığı kanaatine ulaşmış ve bunları dikkate almamıştır[556]. Aynı şekilde, AİHM iç hukukta yapılan bir soruşturmayı, maddi olayın saptanması için gerçek bir niyetin bulunup bulunmadığı bakımından test etmekte, böyle bir niyet saptayamazsa bunları ciddiye almamaktadır[557].

AİHM, tanık tarafından anlatılan hikâyenin ayrıntılı olmasına büyük önem vermektedir. Tekin davasında, başvurucunun anlatımının uydurulmuş bir hikayede bulunamayacak unsurlar taşıması nedeniyle olayların doğru bir sunumu olduğu sonucuna ulaştığı gibi,[558] Erdagöz davasında, başvurucunun olayları anlatırken muğlak ifadeler kullanması ve kötü muamelenin kendisine yapılış tarzı hakkında bir bilgi vermemesi; bu ayrıntıların bulunmaması nedeniyle, Erdagöz'ün iddialarının doğruluğu hakkında ciddi şüphe uyandığı gerekçesiyle, başvurucunun işkence ve kötü muameleye ilişkin yakınmalarını reddetmiştir[559].

AİHM önündeki duruşma sırasında verilen, birbiriyle tutarlı ifadeler delil niteliğindedir. Bunun tersi de doğrudur. Yani, birbiriyle çelişen ifadeler de bir tarafın yalan söylediği ya da olguları olduğu gibi yansıtmadığı konusunda bir delil

556 Akdıvar /Türkiye, çev.Prof.Dr.Semih Gemalmaz, a.g.e (Nihai Raporlar), s.187

557 Salih Tekin/Turkey, No.22496/93, Report of the Commission, para.198

558 Salih Tekin v. Turkey, Report, para.179

559 Erdagöz/Türkiye, çev.Yrd.Doç.Dr.Osman Doğru,Yrd.Doç.Dr.Sibel İnceoğlu, "İnsan Hakları Kararlar Derlemesi,Cilt 2", İstanbul Barosu Yayını, 1998, s. 299-300

teşkil etmektedir.[560]

Mahkeme tanıkların ifadelerini değerlendirirken, genel olarak güvenilirlik ve samimiyet derecelerini de test etmektedir. Mahkemenin (Komisyonun) Aksoy davasındaki değerlendirmesi oldukça düşündürücüdür. Bu davada tanık olarak dinlenen bir polis memuru ve savcının, dava konusundaki işkence olayını reddetmeleri üzerine, meslek yaşamları boyunca işkence ya da kötü muameleye tanık olup olmadıkları sorulmuş, her ikisi de böyle bir şeye tanık olmadıklarını söyleyince Mahkeme (Komisyon) şu değerlendirmeyi yapmıştır:

"Mahkeme (Komisyon), Mustafa Yazgan ve Rıza Cıngı tarafından verilen ifadeleri inandırıcılıktan yoksun bulmaktadır. Bu ifadelerden edinilen izlenim daha çok, söz konusu iki kamu görevlisinin, polis elinde tutulan kişilere kötü muamele uygulanması olasılığını dikkate almaya hazır bulunmadıkları yolundadır. Mustafa Yazgan'ın bu tür olaylar hakkında herhangi bir bilgisi bulunmadığına dair kesin inkârı ve Rıza Cıngı'nın 20 yıllık meslek yaşamında hiç kimsenin kendisine, gözaltında iken kötü muamele gördüğünden ötürü bir şikâyette bulunmadığına dair beyanı, Mahkemeyi (Komisyonu) hayrete düşürmüştür ve söz konusu iki kişinin, kendi sorumluluk bölgelerinde kötü muamelenin vuku bulduğunu her halükarda reddetme endişesiyle davrandıklarını göstermiştir."[561]

Tanıkların duruşmaya katılım oranı ve tarafların işbirliğine ne ölçüde yanaştıkları olgusu da, Mahkemenin yargısını önemli ölçüde etkilemektedir: Şükran Aydın davasında, hükü-

560 Akdıvar / Türkiye, çev.Prof.Dr.Semih Gemalmaz,a.g.e, s.187-188
561 Aksoy/Türkiye, çev.Prof. Dr.Semih Gemalmaz, a.g.e, s.243

metin gözaltı merkezinin tam bir planını vermemesini "anlamlı" bulan Mahkeme (Komisyon), Menteş davasında soruşturma dosyalarının sunulmamasından iç hukukta hiçbir adım atılmadığı sonucuna ulaştığı gibi, Ergi davasında dinlemek istediği jandarma görevlilerinin önüne çıkarılmamasından, yetkililerin köylüleri korumak için hiçbir girişimde bulunmadıkları sonucuna ulaşmıştır[562].

Çok ana hatları ile ele aldığımız delilleri değerlendirme faslından da anlaşılacağı üzere; Mahkeme iç hukukta pek tanık olmadığımız bir muhakeme biçimi yürütmektedir ki, bu muhakeme biçiminin kavranması, aynı değerlendirme biçiminin iç hukukta da uygulanması için ısrarcı olmak ve iç hukuktan sonuç elde edilemediğinde davanızı bireysel başvuru mekanizmalarına makul bir başarı şansı ile götürebilmek bakımından son derece önemlidir.

Son olarak, belirtmek isteriz ki, delillerin toplanması ve sunulması konusunda avukatlar da son derece yaratıcı ve çok ciddi katkılarda bulunabilirler. Bunun en çarpıcı örneklerinden birisi, sevgili dostumuz Av. Tahir Elçi'nin takip ettiği Benzer ve Diğerleri/Türkiye davasıdır. Bu dava Güneydoğu'daki Kuşkonar ve Koçağılı köylerinin Türk Hava Kuvvetleri tarafından bombalanması iddiasını ve çok sayıda köylünün hayatını kaybetmesini konu alıyordu. Dava AİHM'e ulaştığında hükümet, bu bombalamayı tamamen reddetmiş ve anılı günlerde THK'nin bir uçuşunun söz konusu olmadığını öne sürmüştür. Tahir Elçi, savcılıktan anılı günlerde uçuş defter-

562 Orhan Kemal Cengiz, "Uygulamacılar için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Rehberi", İzmir Barosu Yayını, 2001, s.39

lerini Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nden getirtilmesini talep etmiş ve gelen bu defterleri AİHM'e sunarak, köylülerin anlatımlarının doğru olduğunu ispatlamıştır[563]. Açıktır ki, Tahir Elçi'nin bu girişimi olmasa, söz konusu köyün bombalanması AİHM aşamasında bile gizemini koruyan bir vaka olarak kalmaya devam edecekti. Elçi'nin ısrarlı girişimleri ve ezber bozan yaklaşımlarıyla, çok vahim insan hakları ihlalleri gün ışığına çıkarılmıştır. Tahir Elçi'nin yaklaşımı bütün avukatlar tarafından örnek alınmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, başvurucunun ispat yüküne ilişkin olarak Mustafa Akaydın Başvurusunda; "*başvurucunun sarf ettiği sözlerin bağlamını, bu sözlere ilişkin arka plan bilgisini, söylendiği yer ve kime karşı söylendiği dahil* söylenme şekli ve nedenini, sözleri söylemesinde kamu yararı bulunup bulunm*adığını, sözlerinin genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığını, kamuoyu ile diğer kişilerin düşünce açıklamaları karşısında bir hakka sahip olup olmadığını izah etmedi*ğini" belirtmiştir (*Mustafa Akaydın Başvurusu,* B.No: 15/4800, 08.01.2020, para.25). Mahkeme bu nedenle başvurucunun ihlal iddiasını ispatlayamadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Yine bir diğer kararında da aynı ilkeleri tekrarlayan Anayasa Mahkemesi, başvurucunun ihlal iddiasına ilişkin delilleri sunma ve bireysel başvuru kapsa-

563 Haval Özvarış, "Tahir Elçi: Şırnak Katliamında Genelkurmay, hükümeti de yalanlamış oldu", T24, 02 Aralık 2013,https://t24.com.tr/haber/tahir-elci-sirnak-katliaminda-genelkurmay-aihmde-hukumeti-de-yalanlamis-oldu,245155 , ayrıca bkz. ECHtR, Benzer and Others v. Turkey, (Application no. 23502/06), 12 November 2013, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128036

mındaki haklardan hangilerinin ihlal edildiğine yönelik açıklamalarda bulunmak yükümlülüğüne dikkat çekmiş ve başvurucunun ihlal iddiasını ispatlayamadığı gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (*Abdurrahman Erol Özkoray Başvurusu,* B.No: 2015/798, 9.01.2020*,* para. 24-25). Anayasa Mahkemesinin bu başvurularda benimsediği tutumun eleştiriye açık olduğunu belirtmek gerekir. Kanıtlanamamış şikâyet içtihadının bu şekilde kullanılması doğru değildir. Başvuru konusu olaylarda; olguların kanıtlanması bakımından bir tartışma yoktur. Akaydın başvurusunda, başvurucunun yaptığı siyasi bir konuşma dolayısıyla hakkında "Başbakana hakaret" dolayısıyla dava açılmış ve aleyhine tazminata hükmedilmiştir. Başvurucunun kanıtlaması gereken bir olgu söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi kendisinin yapması gereken dengeleme değerlendirmesini başvurucunun yapmadığı gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.

F) Pilot Kararlar

Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü madde 75: Pilot karar usulü

"(1) Bölümler, bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler. Bu usulde, konuya ilişkin Bölüm tarafından pilot bir karar verilir.

Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır.

(2) Bölüm, pilot karar usulünü resen, Adalet Bakanlığının ya da başvurucunun istemi üzerine başlatabilir.

(3) Pilot karar uygulaması için seçilen başvuru, gündemin öncelikli işleri arasında sayılır.

(4) Bölüm pilot kararında, tespit ettiği yapısal sorunu ve bunun çözümü için alınması gereken tedbirleri belirtir.

(5) Bölüm pilot kararla birlikte, bu karara konu yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilir. İlgililer erteleme kararı hakkında bilgilendirilirler. Bölüm, gerekli gördüğü takdirde ertelediği başvuruları gündeme alarak karara bağlayabilir."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü Madde 61: pilot karar usulü

1. Bir başvuruya ilişkin olayların, ilgili Sözleşmeci Taraf'ta yapısal ya da sistemik bir sorun ya da benzer başvurulara neden olan başka benzer işlevsizlikler ortaya çıkarması durumunda, Mahkeme pilot-karar uygulaması başlatabilir ve pilot-karar verebilir.

2. (a) Mahkeme, pilot-karar usulünü başlatmadan önce, ilk olarak taraflardan, incelenen başvurudaki meselenin ilgili Sözleşmeci Taraf'ta böylesi bir sorunun ya da işlevsizliğin varlığından kaynaklanıp kaynaklanmadığına ve bu usul uyarınca başvurunun incelenmesinin uygunluğuna ilişkin görüşlerini u ister.

(b) Mahkeme pilot-karar usulünü re'sen ya da bir ya da her iki tarafın talebi üzerine başlatabilir.

(c) Pilot-karar uygulaması için seçilen herhangi bir başvuru İçtüzüğün 41. maddesi uyarınca öncelikli olarak işlem görecektir.

3. Mahkeme pilot-kararında, hem yapısal veya sistemik sorunun niteliğini veya diğer işlevsizlikleri, hem de ilgili Sözleşmeci Tarafın iç hukuk düzeninde, kararın hüküm fıkrasına uygun olarak alması gereken düzeltici tedbirlerin türünü tespit eder.

4. Mahkeme, gerekli tedbirlerin niteliğini ve teşkil edilen problemin iç hukuk düzeninde çözülebileceği hızı göz önünde tutarak, pilot kararın işlevsel hükümlerinde, yukarıda 3. paragrafta belirtilen pilot kararının hüküm fıkrasındaki tedbirlerin belirli bir süre içinde yerine getirilmesini emredebilir.

5. Mahkeme bir pilot karar verirken, pilot kararda davalı Devlet tarafından alınması gereken bireysel ve genel tedbirlerin yerine getirilmesi beklentisiyle adil tazmin talebinin tamamını ya da bir kısmını saklı tutabilir.

6. (a) Mahkeme, uygun gördüğü takdirde, pilot kararın hüküm fıkrasında öngörülen gerekli düzeltici tedbirlerin uygulanmasını bekleyen bütün benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilir.

(b) Başvuranlar, erteleme kararından uygun bir şekilde haberdar edilirler. Ayrıca, uygun görüldüğün takdirde, davalarını etkileyen bütün ilgili gelişmeler konusunda bilgilendirilirler.

(c) Mahkeme, dilediği zaman, düzgün bir adalet yönetiminin gerekleri nedeniyle ertelenen bir başvuruyu inceleyebilir.

7. Pilot dava, taraflarının dostane çözüm hususunda anlaşmaları halinde, bu tür bir anlaşma, diğer mevcut başvuranlara veya muhtemel başvuranlara ödenecek tazminatın yanında, pilot kararda tespit edilen genel tedbirlerin uygulaması hususunda davalı Hükûmetin bir bildirimini içerir.

8. İlgili Sözleşmeci Tarafın pilot kararın hüküm fıkrasına uygun davranmaması halinde, Mahkeme, aksi yönde bir karar vermedikçe, yukarıda 6. paragraf uyarınca ertelediği başvuruların incelenmesine yeniden devam eder.

9. Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Mahkeme'nin bir Sözleşmeci Taraf'ta yapısal ya da sistemik sorunun varlığına dikkat çektiği herhangi başka bir kararın yanı sıra verdiği bir pilot karar hususunda bilgilendirilir.

10. Pilot karar yargılamasının başlatıldığına, pilot kararın verilmesine ve bu kararın icrasının yanında yargılamanın sonlandırıldığına ilişkin bilgi, Mahkeme'nin web sitesinde yayınlanır.

Pilot karar usulünün amacı yapısal sorunlardan kaynaklanan bazı konularda mükerrer başvuruların önüne geçmektir. Pilot karar karar usulünde amaç hükümete bu başvuruların yapılmasına neden olan yapısal sorunları çözmesi için bir imkân sunmaktır.

Aynı temel nedenden kaynaklanan çok sayıda başvuru yapıldığında, AYM veya AİHM, pilot başvuru usulü çerçevesinde bu davalardan bir veya birkaçını seçip, bunlara öncelik verir. Burada amaç; bu başvurulara neden olan sistemle ilgili

sorunu tespit ederek, Hükümete bu sorunun çözümüne dair ne tür telafi edici tedbirler alınması gerektiğini işaret etmektir. Eğer Hükümet süratle harekete geçip kararın gerektirdiği ulusal tedbirleri alırsa, aynı konuda yapılan mükerrer başvurular beklemeye alınır. Ancak eğer işaret edilen yapısal sorunlar çözülmez ise, bekleyen bu başvurular tekrar incelemeye alınabilir[564].

Anayasa Mahkemesi Y.T başvurusunda, sınır dışı edilmesi durumunda işkenceye uğrama ihtimali olduğunu belirten başvurucunun, 6458 Sayılı yasanın, sınır dışı etme işlemine karşı dava açılması halinde bile işlemin yürütülmesine izin veren yapısının, "etkili başvuru hakkını" ortadan kaldırdığı yönündeki iddialarını pilot başvuru usulü ile incelemiştir.

AYM şunları belirtmiştir[565]:

"Başvurucu; idare mahkemesinde görülecek davanın sonucunu bekleme imkanının bulunmadığını, davanın her aşamasında sınır dışı edilme olasılığının söz konusu olduğunu dile getirmiştir. Başvurucunun idare mahkemesinde görülen davanın pratikte başarı şansı sunmadığı için etkili bir başvu-

564 AİHM bilgi notu, "Pilot kararlar", Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış ilişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2015, s.1-2, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_TUR.pdf

565 Anayasa Mahkemesi, Y. T başvurusu, (Başvuru no. 2016/22418), 30.05.2019, https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/sinir-disi-edilme-kararina-karsi-basvurulabilecek-etkili-bir-yargi-yolu-bulunmamasi-nedeniyle-etkili-basvuru-hakkinin-ihlal-edilmesi-ve-ihlalin-yapisal-sorundan-kaynaklanmasi-nedeniyle-pilot-karar-usulunun-benimsenmesi/

ru yolu olmaktan çıktığı yönündeki iddiaları temelsiz değildir. Başvurucunun idare mahkemesinde görülen davasını sınır dışı edilme riski bulunmaksızın takip edebilme olanağı yoktur. Bu durum, güvencelerin idare mahkemesinde görülen davada karşılanma olanağının bulunmadığını açıkça ortaya koymuştur."

Bununla birlikte somut davada ortaya çıkan durum, idare mahkemesinin uygulamasından veya mevzuatı yanlış yorumlamasından değil, 6458 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikten kaynaklanmıştır. Bu değişikliğin Anayasa'da güvence altına alınan, yaşam hakkı, kötü muamele yasağı, etkili başvuru hakkı ve Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yerleşik içtihatlarıyla uyumlu olmadığı anlaşılmıştır.

Dolayısıyla başvurucunun, idare mahkemesine açtığı davanın sonucunu beklerken, sınır dışı edilme riskini ortadan kaldıran yasal bir güvenceye sahip olmaması nedeniyle, etkili başvuru hakkının ihlal edildiği, ihlalin ise mevzuatta yapılan değişiklik sonrası oluşan yeni durumdan kaynaklandığı sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi açıklanan gerekçelerle; Anayasa'nın 17. Maddesiyle bağlantılı olarak 40. Maddesinde güvence altına alınan "etkili başvuru hakkı"nın ihlal edildiğine, pilot karar usulünün uygulanmasına ve yeniden yapılacak yargılama sonuçlanıncaya kadar başvurucunun sınır dışı edilmemesine karar vermiştir.

(…) Bu başvuruların mevzuat değişikliğine bağlı yapısal bir sorundan kaynaklanması nedeniyle (…) pilot karar usulünün başlatılmasına karar verilmiş ve somut dosya pilot dava

olarak belirlenmiştir.

(…) İlgili kanun hükmü yürürlükteyken; idare mahkemeleri tarafından yeniden yargılama yapılması yoluyla ihlalin giderimi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla ihlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi, benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için takdir yasama organına ait olmakla birlikte ihlale yol açan kanun hükmünün gözden geçirilmesi gerektiği anlaşılmıştır.

Yasama organı tarafından bir düzenleme yapılması, bu konudaki yapısal sorunu ortadan kaldıracak ve benzer nitelikte yeni başvuruların önüne geçilecektir. Bu nedenle kararın bir örneğinin yasama organına bildirilmesine karar verilmiştir."

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı üzerine, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 53. Maddesinin son fıkrasında 6.12.2019 tarihinde yapılan değişiklikle, terör örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi; çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar ile kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanların, dava sonucu beklenmeden sınır dışı edilmelerini öngören düzenleme değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre; ne ile suçlandığına bakılmaksızın, "dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması halinde yargılama sonuçlanıncaya kadar" yabancı sınır dışı edilemeyecektir.

Yukarıdaki karar, Anayasa Mahkemesi'nin istediğinde pilot dava sürecini kullanarak, yaygın bazı insan hakkı ihlallerinin önüne geçebileceği konusunda iyi bir örnek ortaya koymaktadır. Ancak AYM'nin bu yetkisini, tekerrür eden başvurularla sonuçlanan bütün hak ihlallerinde kullandığını söylemek

mümkün değildir.

AİHM sekretaryasının yayınlandığı bilgi notuna göre pilot kararlar şu amaçları yerine getirir[566]:

-Öncelikle somut davada Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğini tespit etmek;

-Bu ihlalin kökeninde yatan ulusal düzeydeki fonksiyon bozukluğunu tespit etmek;

-İlgili hükümete söz konusu fonksiyon bozukluğunu nasıl giderebileceğine ilişkin net göstergeler sunmak;

- (Halihazırda AİHM önünde bekleyenler de dahil olmak üzere) İç hukukta benzer vakaları ele alabilecek giderim yolunun yaratılması veya en azından AİHM önünde derdest bulunan bu tür bütün davaların çözüme kavuşturulması.

AİHM bir başka bilgi notunda[567] pilot dava usulünün nasıl uygulanacağını açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, Mahkeme pilot dava sürecini başlatmadan önce, görülmekte olan davanın Sözleşmeci devletin iç hukuk sistemindeki bir fonksiyon bozukluğundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusunda hükümetin ve başvurucunun görüşlerine başvurur. Pilot dava süreci AİHM tarafından resen başlatılabileceği gibi, davanın taraflarından birisinin istemi üzerine de başlatılabilir. Pilot dava usulü uygulanan dava, İç Tüzüğün 41. maddesine göre

566 ECHtR, **The Pilot-Judgment Procedure,** *Information note issued by the Registrar, https://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_ENG.pdf*

567 ECHtR, Rule 61 of the Rules of Court, Pilot-Judgement procedure, 18.03.2011, https://www.echr.coe.int/Documents/Rule_61_ENG.pdf

öncelikli dava olarak ele alınır.

AİHM bugüne kadar değişik vesilelerle, farklı ülkelerden yapılan başvurularda pilot dava usulünü uygulamıştır. Bu usulü en çok, yapısal sorunlardan kaynaklanan nedenlerle iç hukukta davaların uzaması nedeniyle uyguladığı söylenebilir. Uzun yargılama süreleri nedeniyle Ümmühan Kaplan/Türkiye[568] (2012) başvurusunda da pilot dava usulü uygulanmıştır. AİHM ilk olarak yapısal sorun tespitinde bulunmuştur. Bu tespite göre, hukuk ve ceza davalarında, idari ve ticari davalarda, iş ve kadastro mahkemelerinde görülen davalarda yargılama süreleri aşırı derecede uzundur. AİHM Türkiye'den şu tedbiri almasını istemiştir: AİHM önünde yargılama süresinin uzunluğu nedeniyle derdest bulunan davalar için, bu davanın nihai hale gelmesinden itibaren bir yıl içinde uygun ve yeterli bir tazmin yolunun oluşturulması.

AİHM'in bu pilot kararı üzerine, Adalet Bakanlığı bünyesinde bir tazminat komisyonu oluşturulmuştur. Bu komisyonun web sitesinde, kuruluş amacı şu şekilde açıklanmıştır[569]:

"AİHM, 20 Mart 2012 tarihli Ümmühan KAPLAN-Türkiye (24240/07) davasında; hâlihazırda kendi önünde derdest olan ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının tanındığı 23 Eylül 2012 tarihinden önce kaydedilmiş olan, uzun yargılama şikâyetine yönelik başvurular hakkında, Türkiye'de yeterli ve uygun tazmin sunan etkili bir iç hukuk yolu-

568 ECHtR, Factsheet-Pilot judgements, April 2020, s.9, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf

569 Adalet Bakanlığı Tazminat Komisyonu Başkanlığı, http://www.ihtk.adalet.gov.tr/hakkida.html

nun ihdas edilmesi gerekliliğine karar vermiştir. Gerek bu kararın bir sonucu olarak gerekse de Ülkemizin AİHM önündeki ve uluslararası platformdaki olumsuz görünümünün düzeltilmesi yönünde sürdürülen çalışmalar kapsamında, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Olan Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun Tasarısı" hazırlanmış ve 9 Ocak 2013 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabul edilerek yasalaşmış, 19 Ocak 2013 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir."

IV) Esas Hakkında Hüküm ve Adil Karşılık

A) Kararın İçeriği

AYM ve AİHM kararları birbirine paralel bir format takip etmektedir. Mahkemelerin kararında ilk olarak kararı alan birime ilişkin tanıtıcı bilgiler yer alır. Bireysel başvuruda davalar başvurucunun ismiyle anıldığından ilk olarak başvurucunun ismi zikredilir. AİHM kararlarında ayrıca aleyhine başvuruda bulunulan ülkenin ismi zikredilir. Ardından sırasıyla karar tarihi, başvuru numarası, kararın hangi Bölüm veya Daire tarafından alındığı ve bu birimin söz konusu kararı hangi üyelerle aldığı bilgileri yer alır.

Karar metninde ilk olarak başvuru süreci açıklanmaktadır. Burada davanın Mahkeme'nin önüne geliş süreci, başvurunun konusu ve yapılan usul işlemleri anlatılmaktadır.

Ardından "olaylar" bölümü gelmektedir. Burada ihlale yol açtığı iddia edilen olaylar kronolojik biçimde anlatılmaktadır.

Metinde daha sonra; inceleme ve gerekçe (karar) bölümü yer almaktadır. Bu bölüm kararın gerekçesidir. Bu bölümde Sözleşme'nin madde sırasına göre; Sözleşme'ye aykırılık iddiaları, önce Hükümet'in -varsa- ilk itirazları açısından, daha sonra da şikâyetin esası açısından ele alınmaktadır. Burada, başvurucunun ve Hükümet'in görüşü özetlendikten sonra, varsa üçüncü taraf görüşü sunan kurumların görüşleri kısaca belirtilmektedir. Daha sonra Sözleşme'ye aykırılık iddiası Mahkeme tarafından tartışılmakta ve varılan sonuç belirtilmektedir. Sözleşme'ye aykırılıklar tespit edilmiş ise ve başvu-

rucu tarafından talep edilmiş ise, maddi tazminat ve masraflar konusunda varılan sonuç belirtilmektedir.

Metinde daha sonra hüküm fıkraları yer almaktadır. Anayasa'nın/Sözleşme'nin maddelerine ilişkin verilen hükümler tek tek belirtilmektedir.

Eğer sonuca oybirliğiyle varılmamış ise, yargıçların muhalefet şerhleri veya ayrık görüşleri Mahkeme kararının en sonuna eklenmektedir.

B) Tazminat ve Vekalet Ücreti

Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü

Madde 79/1

b) Bölümlerce yapılan inceleme sonunda, başvurucunun bir hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi hâlinde, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı takdirde başvurucu lehine uygun bir tazminata hükmedilebilir.

c) Tazminat miktarının tespitinin, daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde, Bölüm bu konuyu kendisi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İç Tüzüğü

Madde 60

1. Mahkeme'nin, başvuranın Sözleşmede yer alan haklarının ihlal edildiğini tespit etmesi halinde, Sözleşme'nin 41. Maddesi uyarınca adil tazminat talep eden başvuran, bu yönde özel bir talepte bulunmalıdır.

2. Başvuran, Daire Başkanı aksine karar vermedikçe, esas bakımından görüşlerini sunması için verilen zaman süresi içerisinde, destekleyici belgelerle birlikte bütün taleplerini başlıklar altında ayrıntılı olarak sunmak zorundadır.

3. Başvuranın yukarıdaki fıkralardaki standartlara uymaması halinde, Daire, talepleri bütünüyle veya kısmen reddedebilir.

4. Başvuranın talepleri, hakkında görüş bildirmesi için davalı Sözleşmeci Tarafa iletilir.

Gerek Anayasa Mahkemesi ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tazminata ve avukatlık ücretine hükmedilebilmesi için bunların talep edilmesi gerekir. Tazminat miktarı talep edilenin üstüne çıkamaz, ancak altına inebilir.

Her iki mahkeme de tazminat taleplerini değerlendirirken, meydana geldiği öne sürülen zararla, tespit edilen ihlal arasında bir illiyet bağı bulunup bulunmadığına bakmaktadır. Bu illiyet bağının gösterilememesi durumunda, maddi tazminat talepleri reddedilir. Manevi tazminat bakımından, -talep edilmiş olmak koşuluyla- miktar AYM ve AİHM'in takdirine bağlıdır.

Avukatlık ücretleri bakımından AYM sabit tarife uygulamaktadır. 2020 yılı için ihlal tespitiyle sonuçlanan başvurularda 3000 (Üç bin) lira avukatlık ücretine hükmetmektedir.

AİHM, avukatlık ücreti bakımından; eğer avukat tarafından bir zaman tablosu sunulmuş ise, bu zaman tablosuna göre, saat üzerinden bir ücrete hükmedebilmektedir. Avukatlık serbest meslek makbuzu sunulması durumunda ise buna göre ödeme yapılabilmektedir.

AİHM'de tazminat, maddi kayıplar, manevi kayıplar ile ücret ve masraflar şeklindeki üç ana kalem için belirlenir. Mahkeme, başvurucunun kayıplarının ne olduğunu kendiliğinden araştırmaz; başvurucunun maddi kayıplarının nelerden ibaret olduğu ayrıntılı bir şekilde belirtilmelidir. Ancak, bu zarar listesi Mahkeme tarafından incelenerek, ne oranda gerçeği yansıttığı tespit edilecektir.

Maddi tazminata hükmedilebilmesi için; Sözleşmenin ihlali ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı bulunmalı; zarar gerçekten meydana gelmiş olmalıdır.[570]

Maddi zarar, örnek olarak; geçmiş ve gelecekteki gelir kayıplarını, para cezalarını, menkul ve gayrimenkul malların değerindeki azalmayı kapsamına alır.

Manevi tazminat için ise; Sözleşme ihlalinin başvurucuda manevi ıstırap, kaygı ya da psikolojik bir örselenme yaratmış olması aranmaktadır. Bazı durumlarda Mahkeme, ihlal bulgulamış olmasının yeterli bir tatmin sağladığını belirterek, ayrıca manevi tazminata hükmetmeye yer olmadığına karar vermek-

570 Bkz.Öztürk v. Germany, October 23,1985, Series A, No 85, para.8

tedir. Mahkemenin bu şekilde karar vermesine neden olan faktörler açıklıkla belirtilmemekle birlikte, başvurucunun tutumu, işlediği suç ve Sözleşme ihlalinin pek hafif nitelikte olması gibi bazı faktörleri göz önüne aldığı gözlenmektedir. Örneğin, ömür boyu hapse mahkûm bir başvurucunun, avukatı ile yazışmalarının kısıtlanmasını 8. maddeye aykırı bulan Mahkeme, tazminat vermek hususunda isteksiz davranmıştır.[571]

Masraf ve ücretler ile kastedilen, başvurucunun dava nedeniyle yaptığı harcamalar ve temsilcilerine ödediği ücretlerdir; bu kalem yalnızca davanın Strasburg aşamasını değil, iç hukuktaki süreci de kapsamaktadır. Eğer bir başvurucunun adil karşılığa ilişkin talebi reddedilmişse, bu kişinin yaptığı masraflar ödenmeyebilir.[572]

Masraf ve ücretlerin potansiyel olarak mevcut olması değil, fakat gerçekten ve gerekli olduğu için yapılmış olması gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi; avukatlık ücreti saat bazında belirlenmekte, Türkiye'den yapılan başvurularda meslektaşlarımız ayrıntılı bir zaman tablosu sunmadıkları için, Mahkeme ne kadar zaman harcandığını kendisi tespit etmektedir. Saat başına ne kadar ücret ödeneceği, avukatın tâbiiyetine göre belirlenmektedir. Şu anda ülkemiz hukukçularına ödenen saat ücreti; 20 Pound civarındadır. Avrupalı avukatlara 100 Pound civarında saat ücreti ödenmektedir. Strasburg'da davası bulunan hukukçuların, bu konuda (ikna edici) deliller ileri sürerek, bu rakamı arttırmak için çaba göstermeye gayret etmeleri gerektiği kanısındayız.

571 Bkz.Campbell v. UK, A 233 paras. 68-70(1992)
572 Welch v. UK., (Art 50) February 26,1996, R.J.D,199-II, No.5

Son olarak belirtmeliyiz ki masraf ve ücretler için, bu kalemlere ilişkin taleplerin Mahkemeye depo edilmesi için verilen sürelere uymak hayati öneme sahiptir; sürelerin kaçırılması bu hakkın kaybı ile sonuçlanabilir.[573]

Tazminatlar için Anayasa Mahkemesi, başvurucunun Hazine ve Maliye Bakanlığı'na yapacağı başvurudan itibaren dört ayın içinde ödeme yapılmasını öngörmekte, bu sürenin dolmasından sonra yapılmayan ödeme için yasal faiz ödenmesine hükmetmektedir. AİHM ise, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde ödeme yapılmasını öngörmekte, bu sürenin dolmasından itibaren gecikme için, Avrupa Merkez Bankasının o an için geçerli olan asgari borç verme faizine % 3 ekleme yapılarak gecikme faizi ödenmesine hükmetmektedir.

573 Bkz. Alastair R. Mowbray,"The European Court of Human Rights' Approach to Just Satisfaction", Public Law, Sweet&Maxwell Publication, London 1997, ps.540

V) Kararın İnfazı

AYM kararları başvurucuya, Adalet Bakanlığına ve diğer ilgililere tebliğ edilir. AYM Bölüm kararlarının tümü ile Komisyon kararlarının "kabul edilebilirlik açısından ilkesel önem taşıyanları" Mahkemenin internet sitesinde yayınlanır[574].

Anayasa'nın 153. Maddesine göre; "Anayasa Mahkemesi kararları…yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar". Ancak, AYM bireysel başvuru sisteminde kararların infazının izlenmesine ilişkin bir usul bulunmamaktadır.

AİHM kararları için ise, bu kararlara uyulup uyulmadığını izlemek için Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi görevlendirilmiştir.[575]

Mahkeme, verilen bir kararı Bakanlar Komitesine gönderdiğinde, dava hemen Komitenin gündemine alınır. İlgili devlet, kararın gereklerini yerine getirmek için aldığı tedbirleri Komiteye bildirmeye davet edilir. Devletin, kararın gereklerini yerine getirdiği ve bunları bildirdiği tarihe kadar, dava Komitenin gündeminde kalmaya devam eder. Devlet kararın gereklerini yerine getirdiğini bildirir ve varılan sonuç Komite tarafından tatmin edici bulunur ise, bir "Çözüm" (Resolution) metni yayınlanır ki; bununla Komitenin görevi sona erer.

Ülkemizde gözaltı sürelerinin düzenlenmesinden, Devlet

574 Yunus Emre Yılmazoğlu, Bireysel Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, 2019, s.125-126

575 Bkz. Collected Texts, "Rules for the application of Article 54", p.322-323

Güvenlik Mahkemelerinden askeri hâkimin çıkarılmasına kadar, olumlu yönde atılan pek çok adım AİHM kararlarının ardından gerçekleşti. AYM'nin de, siyasi iktidarın radarı içinde yer almayan meselelerde iyi kararlar verebildiğini ve bu iyi kararların hukuk sistemini olumlu yönde etkilediğini söylemek mümkün.

Ancak Türkiye'de demokrasi ve hukuk devleti konusundaki geriye gidiş, bu Mahkemelerin kararlarının uygulanması noktasında da ciddi problemler yaratmış görünmektedir. Tazminata mahkûmiyet halinde, bu tazminatların ödenmesi konusunda bir sıkıntı bulunmuyor. Ama kararların özünün yerine getirilmesi konusunda; maalesef yürünmesi gereken bir yol bulunuyor. Bu anlamda; AİHM'in uygulanmayan çok sayıda kararı, ciddi bir kaygı yaratmaktadır. Bu kararların yerine getirilip getirilmediğini izlemek, sadece Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin işi olmamalıdır.

Türkiye'deki barolar, avukatlar, hukuk devletinin korunması ve geliştirilmesi açısından büyük önemi olan AYM ve AİHM kararlarına uyumu bizzat gözetmeli ve konunun takipçisi olmalıdırlar. Mahkeme kararlarına uyulmayan bir yerde; hukuk devletinden geriye çok fazla bir şey kalacağı söylenemez.

Her iki Mahkemenin kararlarının uygulanması açısından, üzerinde durulması gereken başka bir husus da; kararların yalnızca hüküm fıkralarının mı, yoksa gerekçelerinin de (*obiter dictum*) bağlayıcı olup olmadığı hususudur. Bireysel başvurunun ikincil niteliği ve anayasal önem taşımayan başvuruların kabul edilemezliği kuralları dikkate alındığında; bu mahkeme-

lerin bireysel hakları koruma görevinden önce, Anayasayı ve Sözleşmeyi yorumlama görevleri olduğu açıktır. Dolayısıyla; bireysel başvurudan beklenen faydanın sağlanabilmesi için, bu mahkemelerin yorumlarının da bağlayıcı olduğunu (*res interpretata*) kabul etmek zorunludur. Nitekim Bakanlar Komitesi, yalnızca kararların gereği olan bireysel önlemleri değil, karar gerekçesinden anlaşılan genel önlemlerin de yerine getirilip getirilmediğini denetlemektedir. Dolayısıyla AYM veya AİHM bir konuda karar verdiğinde, tüm alt derece mahkemelerinin, benzer davalarda söz konusu kararın gereğine uygun şekilde hüküm tesis etmeleri zorunludur. Ancak bu şekilde; temel hak ihlalleri hızlı bir şekilde ortadan kaldırılabilir. Ne var ki, bu konuda Türkiye yargı sisteminin bir bütün olarak olumlu bir performans sergilediğini söylemek mümkün değildir.

AİHS
Tarafından Koruma Altına
Alınan Haklar

I. Madde 1: İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü:

"Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar."

Madde metninde de görüldüğü gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde koruma altına alınan haklar, sadece ilgili ülkenin vatandaşları veya o ülkede bir şekilde ikamet edenler için değil, "herkes" için geçerlidir. İlgili kişi; ister yabancı, ister mülteci, isterse yasa dışı yollarla söz konusu ülkeye girmiş bir kişi olsun, Sözleşmedeki haklardan herhangi bir ayrım yapılmaksızın yararlanma hakkına sahip olacaktır.

Maddede söz edilen "yetki alanları" ibaresi, kural olarak, söz konusu ülkenin egemenlik ve yargı yetkisini kullandığı, kendi sınırları içinde yer alan coğrafi alana işaret etmektedir.

AİHM'in Litvanya'yı Çeçen sığınmacıların iltica taleplerini işleme koymayan sınır görevlilerinin eylemleri nedeniyle mahkûm ettiği M.A ve Diğerleri/Litvanya[576] davasından da görüleceği üzere, devletlerin sorumlulukları, sadece sınırları içinde meydana gelen değil, bizzat bu sınır kapılarında ve kontrol noktalarında cereyan eden hadiseler için de geçerlidir.

AİHM'in Öcalan/Türkiye[577] davasında da belirttiği gibi;

576 ECHtR, M.A and Others v. Lithuania, application no: 59793/17, 11 December 2008, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-188267%22]} para. 70

577 ECHtR, Öcalan v. Turkey, application no: 46221/99, 12 May 2005, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-69022%22]}, para. 91

söz konusu kişi üzerinde ilgili devletin güvenlik görevlileri tarafından, başka bir ülkenin sınırları içinde bir kontrol uygulanıyor ise, artık o kişi, o kontrolü uygulayan devletin yargı yetkisi içinde kabul edilir. Dolayısıyla da; ilgili kişinin hak ve özgürlükleri ve keza devletin sorumlulukları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde değerlendirilir. Somut olayda, Abdullah Öcalan Kenya yetkilileri tarafından Türk makamlarına teslim edildiği andan itibaren, Türkiye'nin yargı çevresi içinde kabul edilmiş ve dolayısıyla da o andan itibaren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi geçerlilik kazanmıştır.

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf bir devletin kendi sınırları dışındaki bir başka yerde ya da başka bir ülkede meydana gelen hak ihlallerinden sorumlu tutulabilmesi için, "etkin kontrol" kavramını geliştirmiştir. Buna göre, Sözleşmeci bir devlet, yabancı topraklar üzerinde etkin bir kontrol kullanıyorsa, yargı yetkisinin oralara kadar genişlediğini kabul etmek gerekir. Bu özellikle, Sözleşmeci bir devletin kendi sınırları dışında, ister hukuka uygun isterse hukuk dışı bir şekilde olsun, askeri olarak kontrol ettiği bölgeler için söz konusu olacaktır[578]. AİHM'in etkin kontrol içtihadının, her zaman tutarlı bir şekilde uygulandığını söylemek mümkün olmasa da,[579] bir devlet kendi sınırları dışında açık bir yetki kullanıyorsa; bu yetki kullanımından da sorumlu olduğunu söylemek mümkündür.

578 European Court of Human Rights, "Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights", 31 December, 2019, p.14

579 Bankovic and others v. Belgium and others, [GC], no. 52207/99 12.12.2001.

II. Madde 2: Yaşama Hakkı

1. Herkesin yaşama hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.

Ayrıca bu maddede devlete yüklenen insan haklarını koruma yükümlülüğünün, Sözleşmede güvence altına alınan hakların yorumunda, devletin pozitif ödevlerine kaynaklık ettiğini de belirtmek gerekir.

Yaşama hakkının en temel insan hakkı olduğuna hiç şüphe yok. Bu hakka yönelik olarak ihlallerin nasıl meydana gelebileceğini düşünmeye başladığımızda aklımıza ilk gelecek olan; bir kişinin kasten öldürülmesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, pek çok diğer konuda olduğu gibi bu konuda da içtihatlarıyla; yaşam hakkının alanını ciddi bir şekilde genişletmiştir. Mahkemeye göre, sadece öldürme fiilleri değil, aşağıda ayrıntılı bir şekilde tartışacağımız gibi, örneğin bu öldürme fiillerinin "etkili" bir şekilde soruşturulmaması da bir yaşama hakkı ihlalidir.

Herhalde ilk olarak; Sözleşmenin 2. maddesinin "ölüm cezasıyla" ilgili söylediği, kafa karıştırıcı ibarelere bir açıklama getirilmesi gerekiyor. Sözleşmenin kaleme alındığı 1940'lı yılların sonlarında ölüm cezası, özellikle de savaş halindeki uygulamaları bir geçerlilik taşıyordu. Günümüzde Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde ölüm cezası bütünüyle ortadan kalkmış bulunuyor. Bu bağlamda 2. Maddeyi; ölüm cezasını savaş halinde sınırlayan 6. ve ölüm cezası konusunda yükümlülük azaltılmasını yasaklayan 13 Nolu Protokollerle birlikte okumak gerekir. Bu okumanın pratik sonucu şudur: artık ölüm cezası Avrupa hukuk sistemi için kapsam dışıdır.

Sözleşmenin 2. Maddesi; yaşam hakkını, üçlü bir yapı içinde koruma altına alıyor.[580] Bu korumanın ilk boyutu, öldürmenin yasak olmasıdır. Yani devletler, hukukun izin verdiği durumlar hariç, insanları öldürmekten kaçınma yükümlülüğü altındadır. Burada bir yapmama/çekinme yükümlülüğü bulunduğundan, öldürmeme ödevine "negatif yükümlülük" adı verilmektedir. İkinci yükümlülük; devletlerin yapmak, bir edim ifa etmek yükümlülüklerini konu alır ki, bunlara da pozitif yükümlülükler adı veriliyor. Buna göre, devletler yaşama hakkını koruyacak tedbirleri almak zorundadırlar.

Bu başlık altında, trafik kazalarını engellemekten, ölümcül hastalıkların yayılmasını önlemeye kadar pek çok yükümlülük düşünülebilir ve nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin değerlendirmesi de bu şekildedir. Yine bir başka

580 Marty Bond, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne giriş", çev. Orhan Kemal Cengiz, Avrupa Konseyi ve Özgürlük Araştırmaları Derneği ortak yayını, Mart 2019, s.15

pozitif yükümlülük, ölümle sonuçlanan vakaların soruşturulmasına ilişkindir. Devletler bu konuda etkili bir soruşturma yürütmek zorundadırlar. Bunun ne anlama geldiğini pratik detaylarla birlikte aşağıda açıklayacağız.

Güvenlik güçlerinin silah kullandıkları durumlarda, ilgili kişiyi öldürme niyetleri olup olmadığına bakılmaksızın, kişinin hayatını riske atacak bir şekilde davranmaları halinde "yaşama hakkına" ilişkin bir ihlal ortaya çıkabilir[581]; dolayısıyla da söz konusu olay ölüm olmaksızın sonuçlansa bile Sözleşmenin 2. Maddesi altında incelenebilir.

AİHM'in Ümraniye çöplüğünün patlaması sonucu hayatını kaybedenlerin yakınları tarafından gerçekleştirdikleri başvuruda da belirttiği gibi, yaşama hakkı sadece devletin güvenlik güçleri tarafından kişilerin hayatına kasten son verilmesiyle değil; ama aynı zamanda, vatandaşların yaşama haklarını güvenceye alacak tedbirlerin alınmamasıyla da (pozitif yükümlülükler) ihlal edilebilir.

Çöplüğün patlaması nedeniyle yaşam hakkı ihlali

AİHM'e göre devlet yetkililerinin, Ümraniye çöplüğünün arz ettiği tehlikeyi bilmemeleri mümkün değildi. Türk yetkililer, çöplüğün etrafında yaşayan kişiler için gerçek ve yakın bir tehlikenin var olduğunu bilebilecek durumda olduklarına göre, Sözleşmenin 2. Maddesi çerçevesinde; bu kişilerin yaşamlarını koruyacak gerekli ve yeterli tedbirleri almakla yükümlüydüler.

581 ECHtR, press relase issued by the Registerar, Makaratzis v. Greece, 20.12.2004

Hükümetin ileri sürdüğü, çöplük kenarında yaşayan kişilerin yasalara uymadan evlerini inşa ettikleri yönündeki argüman da bu yükümlülüğü ortadan kaldırmaz. Ayrıca Mahkeme, hükümetin çöplüğün kenarında yaşayan kişilere, karşı karşıya oldukları riskleri bildirmek için de herhangi bir adım atmadığını not etmiştir. Şehir planlaması ve denetim konusundaki eksikliklerin de katkısıyla sorun daha da büyümüştür[582]. Bütün bunlar nedeniyle meydana gelen ölümlerden devlet sorumludur.

Tren yolu güvenliğinin alınmaması nedeniyle yaşam hakkı ihlali

Kalender/Türkiye[583] davasında da belirtildiği gibi, devletin vatandaşların yaşama haklarını korumaya yönelik pozitif yükümlülükleri; kişilerin kazalara karşı korunması için gereken tedbirleri almayı da içinde barındırır. Bu dava, başvuruculaların, trenden inen yakınlarının, başka bir treninin çarpması sonucu ölmelerini konu alıyordu.

AİHM, olay yerinde bir alt geçit olmadığını, yük treninin geçiti kapaması nedeniyle, yolcuların raylardan geçmek zorunda kaldıklarını, etrafta bilgilendirici işaretlerin olmadığını ve yeterli personel bulunmadığını tespit etti. Başvuruculaların kusurlu davranışlarının belirleyici neden olduğunu söylemek mümkün değildi. Aksine; bilirkişi raporları, tren yolu güven-

582 ECHtR, press release issued by the Registrar, Grand Chamber Judgement in the Case of Öneryıldız v. Turkey

583 ECHtR, Press release issued by the Registrar, Kalender v. Turkey, (application no: 4324/02) 15.12.2009, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":["003-2969271-3269606"]}

liğine ilişkin eksikliklerle başvurucuların yakınlarının ölmesi arasında bir illiyet bağı olduğunu belirtiyordu. Bu eksiklikler nedeniyle yaşama hakkı ihlal edilmişti.

Aile içi şiddetin kovuşturulmaması nedeniyle ihlal

AİHM'in Opuz/Türkiye[584] davasında da belirttiği gibi, şiddete uğradığı için yetkili makamlara başvuruda bulunan bir kadın, ardından öldürüldüğünde, devlet yeterli korumayı sağlamadığı için de yaşama hakkı ihlali meydana gelir. Somut vakada, maktul uğradığı şiddet nedeniyle çeşitli başvurularda bulunmuş, ancak bu şikayetlerinden sonradan vazgeçmesi nedeniyle kovuşturmaya son verilmiştir.

Şikayetler geri alınmış olsa bile, öldürme eylemini gerçekleştiren kocanın önceki şiddet eylemleri kovuşturmayı gerektirecek derecede ciddi olduğundan, hukuk mevzuatı bu durumda kovuşturmaya devam konusunda savcılara olanak tanımalıydı. Dolayısıyla Türkiye'nin, her türlü ev içi şiddeti cezalandıracak ve mağdurlara yeterli koruma sağlayacak bir sistemi kurma ve etkin bir şekilde uygulama konularında başarısız olduğu açıktır. Sonuç olarak Türk yetkililer başvurucunun annesinin yaşama hakkını koruyamamıştır.

Aile içi şiddetin düzgün kaydedilmemesi ve önlem alınmaması nedeniyle ihlal

AİHM[585] Kontrova/Slovakya davasında da benzer bir ko-

584 ECHtR, Press release issued by the Registrar, Chamber Judgement, Opuz v. Turkey, 09.06.2009, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":["003-2759276-3020932"]}

585 ECHtR, Press release issued by the registrar, Kontrova v. Slo-

nuyu ele almış, kendisinin ve çocuklarının şiddet gördüğünden yakınan başvurucunun şikayetlerinin durumun gerektirdiği ciddiyetle ele alınmadığını tespit etmiştir. Başvurucunun polise çeşitli defalar yaptığı şikayetlerin ardından, kocası çocuklarını öldürmüş ve intihar etmiştir.

AİHM, Slovakya makamlarının şu konularda eksik ve hatalı davrandığını tespit etmiştir: Polis, şikayetçinin yakınmalarını kayıt altına almakla yükümlüdür; ardından derhal başvurucunun eşine karşı cezai soruşturma başlatılmalı ve cezai usuller yürürlüğe sokulmalıydı.

Polisler, başvurucu tarafından yapılan acil aramaları düzgün bir şekilde kayıt altına almalı ve bunları nöbet değiştirirken yeni gelen meslektaşlarına bildirmeliydi. Aynı şekilde, başvurucunun, kocasının silah taşıdığı ve bu silahı tehdit amaçlı kullandığı yönündeki şikâyeti üzerine harekete geçilmeliydi. Slovakya makamları bu hususlarda gösterdikleri başarısızlık sonucu, yaşama hakkını ihlal etmişlerdir.

Devletin üçüncü kişilerden kaynaklanan tehditlere karşı koruma yükümlülüğünün kapsamı nedir?

Devletin pozitif yükümlülüklerinin bir boyutu da; yukarıda Opuz ve Kontrova kararlarında gördüğümüz gibi devlet görevlisi olmayan kişilerden kaynaklanan tehditler konusundaki yükümlülüğünün kapsamının tespit edilmesidir. Bu tehdit, belirtilen kararlarda olduğu gibi yalnızca aile bireylerinden kaynaklanmayabilir. AİHM üçüncü kişilerden kaynaklanan

vakia, 31.05.2007, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":["003-2013708-2124711"]}

tehditler karşısında koruma yükümlülüğünün kapsamını, etraflı bir şekilde ilk olarak Osman/Birleşik Krallık[586] kararında tartışmıştır.

Takıntılı bir öğretmenin öğrencisini ve ailesini tehdit etmesi ve öğrenciyi yaralayıp babasını öldürmesi olayında; tehdidin ciddiyeti konusunda kamu otoritelerinin tam bir bilgisi olduğu ya da olması gerektiği kanıtlanamadığından, yaşam hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Buna göre; eğer tehdidin ciddi ve yakın olduğu, kamu otoriteleri/güvenlik güçleri tarafından biliniyorsa ya da bilinmesi gerekiyorsa, etkili tedbir alınmamasından devlet sorumludur.

Nitekim AİHM Dink/Türkiye[587] davasında; Hrant Dink'in öldürülmesi olayında kamu otoritelerinin tehdidin farkında olmalarına rağmen gerekli önlemi almamış olmaları nedeniyle yaşam hakkının esastan da ihlal edildiğine karar vermiştir.

Polis operasyonunun düzgün planlanıp planlanmadığının araştırılmaması nedeniyle ihlal

AİHM, güvenlik güçlerinin ölümle sonuçlanan bir hareketleri olduğunda, sadece kasıtlı ve taksirli bir öldürme söz konusu olup olmadığına değil, fakat aynı zamanda güvenlik güçlerinin ölüm olaylarının meydana gelmemesi için yeterli düzeyde tedbir alıp almadıklarına da bakmaktadır. G8 Zirvesinde, güvenlik güçlerine karşı şiddet kullanan göstericilerden birisinin öldürülmesini konu alan, Carlo Giuliani/İtalya[588]

586 Osman v. UK, [GC] no. 23452/94, 28.10.1998

587 Dink v. Turkey, no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14.09.2010

588 ECHtR, Press Release Death of a demonstrator at the 2001 G8 sum-

başvurusunda AİHM, bir aracın içine sıkışmış olan güvenlik görevlilerinden birisinin, aracı yakmaya ve taşlamaya çalışan göstericiler karşısında, canlarının ciddi ve yakın tehlikede olduğuna dair inançla hareket ettiğini tespit etmiştir. Bu açıdan AİHM ilk önce havaya, sonra göstericilere ateş eden polisin eylemi ile yaşam hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmamıştır.

Ancak, AİHM başvurucunun öldürülmesinin ardından yapılan soruşturmanın sadece olaya karışanların sorumlu tutulmasının gerekip gerekmediği meselesi üzerinde odaklandığını tespit etmiştir. Mahkeme, soruşturmanın, kamu düzenini ilgilendiren operasyonların planlanması ve icra edilmesine ilişkin eksikliklerin bulunup bulunmadığını araştırmaması nedeniyle, başvurucunun ölümüyle ilgili olarak usuli yükümlülüklerin yerine getirilmediği, bu nedenle de yaşama hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Yani, güvenlik güçlerinin ölümle sonuçlanan bir eylemleri olduğunda, sadece adam öldürmekten sorumlu olup olmadıklarına değil, ama aynı zamanda, söz konusu operasyonun öncesinde insanların can güvenliğini sağlamak için yeterli tedbirlerin alınıp alınmadığına da bakılmalıdır.

Sözünü ettiğimiz son örnekle birlikte, yaşama hakkını konu alan davalarda avukatlar açısından en önemli konulardan birisi olan "etkili soruşturma" meselesine girmiş bulunuyoruz.

---

mit in Genoa, 24.03.2011, file:///Users/orhan/Downloads/Grand%20Chamber%20judgment%20Giuliani%20and%20Gaggio%20v.%20Italy%2024.03.2011.pdf; Ayrıca bu konuda en önemli ilkesel karar için bkz. McCann and Others v. UK, [GC] no. 18984/91, 27.09.1995

Yukarıdaki örnekte; kendilerinin ölümcül bir tehlike altında olduğunu düşünen polisin ateş etmesi sonucu bir göstericinin ölmesine ilişkin, AİHM'in yaşama hakkına ilişkin bir ihlal bulmadığını gördük. Ama mahkeme, bu konuda yürütülen soruşturmanın eksikliği nedeniyle bir ihlal tespit etmiştir. Yani, "negatif yükümlülük" açısından bir sorun tespit etmemiş ama "pozitif yükümlülükler"in ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Yani bu durumda, yaşama hakkı, devlet tarafından usuli yükümlülükler yerine getirilmediği için ihlal edilmiştir.

Devletler, bir ölüm olayıyla karşılaştıklarında "etkili bir soruşturma" yürütmek zorundadırlar. Etkililikle kastedilen; mutlaka sonuç alınması değildir. Ama sonuç almak için gereken bütün unsurların bir arada bulunmasıdır. AİHM içtihatlarına baktığımızda; etkili bir soruşturmanın bir dizi güvencenin bir arada bulunması sonucu ortaya çıktığını görüyoruz. Diğer şeylerin yanı sıra, etkili soruşturma, bağımsız ve tarafsız bir makam tarafından, ivedilikle, yeterli kapsamda, tüm delilleri toplayıp bunları layıkıyla değerlendirerek, ölenin yakınlarının dosyaya erişimi temin edilerek ve cinayetin ardındaki saikler deşifre edilerek yapılabilir. Aşağıda bu unsurları kısaca açıklamaya çalışacağız.

A) ETKİLİ SORUŞTURMANIN UNSURLARI

1) Bağımsızlık ve tarafsızlık:

AİHM'in çeşitli defalar belirttiği gibi, bir soruşturmanın etkili kabul edilebilmesi için, bu soruşturmayı yürüten makamın bağımsız ve tarafsız olması gerekir. Soruşturmayı yürüten makamlar, her şeyden önce olaya karışan kişi ve kurumlardan bağımsız olmalıdır. Bu durum yalnızca, hiyerarşik

veya kurumsal bir bağlantı bulunmaması gereğini değil, aynı zamanda pratik işleyiş açısından da bağımsızlığı gerektirir. Örneğin, Cumhuriyet Savcısının, bir çatışma sonucu olduğu iddia edilen bir ölüm olayını araştırırken, ağırlıklı olarak olayda dahli bulunan jandarmalar tarafından sağlanan delilleri dayanak alması, onun bağımsız olmadığını ortaya koymaktadır[589].

2) **Yeterlilik:**

Etkin bir soruşturmadan söz edebilmek için, öncelikle bu soruşturmanın "yeterli" olması gerekir. Soruşturmanın "yeterli" olması için, güç kullanmanın olayın somut koşulları altında haklı gösterilip gösterilmediğinin belirlenmesine, sorumluların tespit edilmesine ve gerektiğinde bu kişilerin cezalandırılmasına imkân vermelidir[590]. Bu elde edilecek sonuca ilişkin bir yükümlülüğü değil fakat uygun araçların kullanılması gereğini işaret eder[591].

3) **Soruşturma ivedilikle yürütülmelidir:**

Belirli durumlarda soruşturmanın ilerlemesini önleyen engel veya güçlükler olabilir. Ancak adli makamların ölümcül

589 ECHtR, Anguelova v. Bulgaria, (Application no. 38361/97), 13 June 2002 , Para 138 https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2238361/97%22],%22itemid%22:[%22001-60505%22]}

590 Armani Da Silva v. The United Kingdom, (Application no. 5878/08), 30 March 2016, para. 172, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-161975%22]}

591 ECHtR, Ramsahai and Others v. The Netherlands, (Application no. 52391/99), 15 May,2007 para 324, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2252391/99%22],%22itemid%22:[%22001-80563%22]}

güç kullanılmasıyla ilgili vakaları soruştururken ivedilikle hareket etmeleri gerekir[592].

4) Deliller düzgün toplanmalı ve muhafaza edilmelidir:

Yetkililer, görgü tanıklarının anlatımları, adli tıp delilleri, yaraları tam ve doğru şekilde kayıt altına alan ve klinik bulguları objektif bir şekilde analiz eden otopsi raporu gibi delilleri toplamak ve muhafaza etmek için tüm makul tedbirleri almak zorundadır[593]. Özellikle otopsi yapılmasında Minnesota Otopsi Protokolü ilkelerine titizlikle uyulmalıdır.[594]

5) Ölenin yakınları dosyaya erişim sahibi olmalıdır:

Etkili soruşturma; sadece adliye ve polis koridorlarında yapılanlarla ilgili değildir. Ama aynı zamanda bu soruşturmanın, belli ölçülerde kamunun ve ölenin yakınlarının denetimine açık olması gerekir.

Ölenin yakın akrabaları, kendi meşru çıkarlarını gözetebilecek ölçüde soruşturmaya dahil olmalıdırlar.[595] Bölge

592 ECHtR, Tahsin Acar v. Turkey, (Application no. 26307/95), 8 April 2004, para 224 https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-61698%22]}

593 Jaloud v. The Netherlands, (Application no. 47708/08, 20 November 2014, para.186, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2247708/08%22],%22itemid%22:[%22001-148367%22]}

594 Kavaklıoğlu ve diğerleri /Türkiye, no. 15397/02, 06.10.2015; Finucane v. UK, no. 29178/95, 01.07.2003

595 ECHtR, Hugh Jordan v. The United Kingdom, (Application no. 24746/94), 4 May 2001, para.109, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2224746/94%22],%22itemid%22:[%22001-59450%22]}

İdare Mahkemesi'nin, binbaşının yargılanmasına gerek olmadığı yönündeki kararının, başvurucunun avukatına tebliğ edilmemesi nedeniyle, dosyaya erişim hakkı ihlal edilmiştir[596]. Gül davasında da belirtildiği gibi; sanığı dinleyen ceza mahkemesi tarafından, ölenin yakınlarının davanın devam ettiği konusunda bilgilendirilmemiş ve olaya ilişkin kendi versiyonlarını anlatma imkanından mahrum bırakılmış olmaları nedeniyle, Sözleşmenin 2. maddesinin usuli yükümlülükleri ihlal edilmiştir[597].

6) Cinayet ırkçı motiflerle işlenmişse bunlar açığa çıkarılmalıdır:

AİHM'in Nachova ve Diğerleri/Bulgaristan[598] davasında belirttiği gibi, Sözleşmeci devletler, şiddet eylemlerinin arkasındaki muhtemel ırkçı saikleri açığa çıkarmak konusunda, usuli bir yükümlülük altındadırlar. Yani, yaşam hakkına yönelik bir saldırı, ırkçı saiklerle yapılmışsa ve bu konuda ipuçları varsa, bu saiklerin araştırılmaması başlı başına bir ihlal ortaya koyacaktır.

Türkiye'de, dini azınlıklara, Romanlara, LGBT bireylere, Kürtlere ve diğer kişilere, kimlik ve aidiyetlerinden dolayı yapılan saldırılarda, bu cinayet veya teşebbüslerinin sıradan

596 ECHtR, Oğur v. Turkey, (Application no. 21594/93), 20 May 1999, para.92 https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-58251%22]}

597 ECHtR, Gül v. Turkey, (*Application no. 22676/93*), 14 December 2000, para.93 https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59081%22]}

598 Nachova and others v. Bulgaria, (Applications nos. 43577/98 and 43579/98), 6 July 2005, para.160

birer vaka gibi ele alınması, saldırganların saiklerinin araştırılmaması, bu açıdan başlı başına bir yaşam hakkı ihlali ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi ilk kararlarından itibaren, AİHM'in yukarıda açıklanan içtihadını benimsemiş ve uygulamıştır. Devletin "negatif yükümlülükleri"; özellikle güç kullanımı sonucu meydana gelen ölümlerde, güç kullanımının hukuka uygun olmasını gerektirir.

Bu yükümlülük aynı zamanda, operasyonların herhangi bir can kaybını önlemek için titizlikle planlanmış olması gereğini de kapsar. Pozitif yükümlülükler, üçüncü kişilerden ya da doğal felaketlerden kaynaklanan, gerçek ve yakın riskin bilindiği ya da bilinmesi gerektiği hallerde gerekli tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar. Aynı şekilde usuli yükümlülükler de, doğal olmayan her ölüm olayının, muhtemel sorumluları ortaya çıkaracak ve cezalandıracak şekilde, hızla ve etkili şekilde soruşturulmasını gerektirir.[599]

599 *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013.

III) Madde 3: İşkence yasağı

Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.

İşkence ve kötü muamele yasağı, mutlak bir yasaktır. Savaş veya olağanüstü halde bile, devletlerin işkence ve kötü muameleden uzak durma yükümlülükleri ortadan kaldırılamaz veya kısıtlanamaz.

Madde metninden de görüleceği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi neyin işkence, neyin insanlık dışı muamele olduğunu tanımlamamaktadır. Bu tanımlamalar, zaman içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yapılmıştır. Burada ilk olarak kaydetmemiz gereken; maddede sayılan üç muamele biçiminin de eşit derecede ve mutlak olarak yasak olduğudur.

Anayasa Mahkemesi veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapacağınız başvurularda, Sözleşme'nin 3. ve Anayasanın 17. maddelerine atıf yapılması önem arz etse de, yakınılan davranışın işkence mi, insanlık dışı muamele mi, yoksa onur kırıcı davranış olarak mı nitelendirildiğinin bir önemi yoktur. Önemli olan, başvurucunun maruz kaldığı kötü muamelenin ve bu muamelenin onun üzerinde yarattığı etkilerin detaylı bir şekilde tarif edilmesi ve mağdur sıfatının açıklanmasıdır.

Belirtmek gerekir ki; bir muamelenin 3. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için asgari bir ağırlığa sahip olması gerekir. Eğer müdahale asgari eşiği aşmıyorsa, Sözleşme bağ-

lamında 8. madde kapsamında[600], Anayasa bağlamında ise 17. maddenin birinci fıkrası kapsamında, yani maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında incelenecektir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için, asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekmektedir.

Bu asgari eşik göreceli olup, her olayda asgari eşiğin aşılıp aşılmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda; muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır. Değerlendirmeye alınacak bu unsurlara, muamelenin amacı ve ardındaki saik de eklenebilir. Ayrıca kötü muamelenin, heyecanın ve duyguların yükseldiği durumda meydana gelip gelmediği de dikkate alınması gereken diğer bir faktördür [601].

Başvurucunun mağdur sıfatı devam ediyor mu?

Bireysel başvuruda, başvurucunun mağduriyetinden söz edebilmek için; tüketilen hukuk yolları neticesinde bu mağduriyetin giderilemediğinin gösterilmesi gerekir. Başvurucuya işkence veya kötü muamelede bulunanlar hakkında, savcılığa yapılan suç duyurusunun ardından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararı ve ardından bu karara yapılan itiraz sonucu neticenin değişmemesi, şüphesiz ki mağdur sıfatının devam

600- *Aksoy/Türkiye,* B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 64; *Eğmez/Kıbrıs,* B. No: 30873/96, 21/12/2000, § 78; *Krastanov/Bulgaristan,* B. No: 50222/99, 30/9/2004, § 53.

601 *Tahir Baykuşak*, B. No: 2016/31718, 9/7/2020, § 40; *Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, §83.

ettiğini gösterir.

AİHM'in Razzakov/Rusya davasında da belirttiği gibi, işkenceye uğrayan başvurucudan devletin resmen özür dilemiş ve tazminat ödenmiş olması; onun mağduriyetinin devam ettiği gerçeğini ortadan kaldırmaz. Çünkü işkence yapanların cezalandırılmasına yol açacak şekilde etkili bir soruşturma ve kovuşturma yürütülmemiştir.[602]

Bazı durumlarda, kötü muamelede bulunan görevlilerin yeterli derecede sert cezalara çarptırılmamaları da, başvurucunun mağdur sıfatının devam etmesine neden olabilir. Polisin, bir çocuğu kaçıran şüpheliye işkence tehdidinde bulunarak itiraf elde ettiği vakayı konu alan Gafgen/Almanya[603] davası, bu açıdan önemli bir içtihat ortaya koymaktadır. Mahkeme bir kişinin işkenceyle tehdit edilmesinin, hatırı sayılır bir korku ve kaygı yarattığını belirterek, bunu insanlık dışı muamele olarak kabul etmiştir.

Alman mahkemeleri, polislerin bir çocuğun hayatını kurtarma yönündeki motivasyonlarını hafifletici sebep olarak kabul etmiş ve polislere çok hafif cezalar vermiş; ardından da bu cezaları da ertelemiştir. AİHM, polisin motivasyonu her ne olursa olsun, işkence ve insanlık dışı muamelenin mutlak olarak yasak olduğuna dikkat çekmiştir. AİHM'e göre, polislerin cezalandırılma biçimleri Sözleşmenin gelecekteki müstakbel

602 ECHtR, Razzakov v. Russia, 5 February 2015, para.50-51, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-150790%22]}

603 ECHtR, Press release issued by the Registrar Grand Chamber judgment1 Gäfgen v. Germany (application no. 22978/05), 01.06.2010, file:///C:/Users/dell/Downloads/003-3151842-3499098.pdf

ihlalleri konusunda yeterince caydırıcı bir nitelik taşımamaktadır. Bu hafif cezalar nedeniyle, başvurucunun mağdur sıfatı devam etmektedir.

A) İşkence, insanlık dışı muamele, onur kırıcı davranış

AİHM (1998 yılına kadar bir de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu vardı) İşkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ayrımını ilk olarak Yunanistan davasında ele almıştır. Mahkemeye göre, bu muameleler arasındaki ayrım, yoğunluk ve verilen ıstırabın derecesiyle ilgilidir:

"İşkence, mutlaka insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi içerir ve insanlık dışı muamele aynı zamanda onur kırıcıdır. İnsanlık dışı muamele, belirli bir durumda, en azından kişiyi fiziksel ya da zihinsel bir şiddet uygulanmasına kasıtlı olarak maruz bırakan gayrı meşru edimi içerir.

'İşkence' kelimesi genellikle, bilgi ya da ikrar temin etmek ya da ceza vermek gibi amaçlarla yapılan İnsanlık dışı muameleyi tanımlamak için kullanılır ve çoğu zaman insanlık dışı muamelenin şiddetlendirilmiş biçimidir. Bir kişiye yönelen muamele veya ceza, bireyi diğer kişilerin önünde büyük ölçüde utanca boğuyorsa ya da onu kendi arzu yahut istencine aykırı biçimde davranmaya yönlendiriyorsa onur kırıcı muameleden söz edilebilir."[604]

AİHM'in sonradan pek çok davada tekrar edeceği gibi, kötü muamelenin 3. maddenin kapsamına girebilmesi için,

604 The Greek Case. Comm. Report 5.11.69, paras. 28-29, Yearbook 12 p.186

belli bir ağırlıkta olması gerekir. Bu eşiğin aşılıp aşılmadığı, uygulanan muamelenin süresi, fiziksel ve psikolojik etkileri; mağdurun, yaşı, cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu gibi olayın kendi özel koşullarına bakılarak değerlendirilir[605].

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İrlanda/Birleşik Krallık davasında, 3. maddede yasaklanan davranışların dereceleri konusunda yaptığı ayrımı daha da netleştirmiştir. Bu davanın konusu, İngiltere'nin Kuzey İrlanda'daki şüphelilere uyguladığı sorgulama (genellikle beş teknik olarak söz edilir) yöntemleri idi.

Beş teknik:

1. Şüphelileri bir duvar önünde, son derece rahatsızlık verici bir konumda, saatlerce ayakta durmaya zorlamak;
2. Sorgu sırasında şüphelileri kafalarına koyu renkli kukuleta takmaya zorlamak;
3. Uykusuz bırakmak;
4. Gürültüye maruz bırakmak
5. Yeterli yiyecek ve içecekten mahrum bırakmaktan oluşuyordu[606].

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, İngiliz polisinin İr-

605 ECHtR, Costello-Roberts v. The United Kingdom, (Application no. 13134/87), 25 March 1993, para. 30, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57804%22]}

606 ECHtR, Ireland v. The United Kingdom, (Application no. 5310/71), 18 January 1978, para 96 https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57506%22]}

landalı şüphelilere uyguladığı bu beş tekniğin işkence olduğu sonucuna varmıştır. Ancak davanın havale edildiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu uygulamaların işkence düzeyine ulaşmadığı, bunların insanlık dışı muamele olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, İrlanda davasında; yasaklanan üç davranış biçimi arasında aşağıdaki biçimde ayrıma gitmiştir:

1. **İşkence**: Kasıtlı yapılan, çok ciddi ve zalimane insanlık dışı muameleye maruz bırakmak
2. **İnsanlık dışı muamele**: Yoğun fiziksel ve ruhsal ıstırap vermek.
3. **Aşağılayıcı muamele**: Mağdurda korku duygusunun yükselmesine sebep olan, şiddetli ıstırap veren; utanca boğan ve alçaltan; fiziksel ve psikolojik direncini kıran kötü muamele[607].

İşkence nedir

İşkence; acımasız, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezanın ağır ve kasıt içeren şeklidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına bakıldığında, "işkence" teriminin en ağır, en şiddetli vakalar için kullanıldığını görüyoruz. Bir devletin işkence yaptığını beyan etmek, ağır bir itham olarak görüldüğünden, AİHM'in istisnai olarak bu terimi kullandığına, önüne gelen vakaları daha çok diğer iki kategori içinde değerlendirdiğine tanık oluyoruz. AİHM'in yaklaşımı, zaman içinde belli bir evrime uğramış, insanlık dışı muamele ve işkence için aradığı "eşiği" belli ölçülerde aşağıya

607 Ireland v. The United Kingdom, para.167

çekmiştir.

Falaka

Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun ilk "işkence" tespitlerinden birisi, Yunanistan davasındadır. Yunanistan davasında Komisyon, falaka, şiddetli şekilde dövmek, elektrik vermek, öldürme tehdidinde bulunmak gibi eylemleri; işkence ya da insanlık dışı muamele olarak tanımlamıştır[608].

Filistin askısı

AİHM'in işkence kelimesini telaffuz ettiği ilk bireysel başvuru; Aksoy davasıdır. Başvurucunun "Filistin askısına" asılıp, sonuçta kısmi felç geçirdiği bu olayda, AİHM uygulamanın tartışmasız bir şekilde işkence olduğu tespitinde bulunmuştur[609].

Gözaltında tecavüz

AİHM'in yine aynı şekilde, başvurucunun maruz kaldığı muameleyi tartışmasız bir şekilde işkence olarak kabul ettiği bir başka vaka da Aydın/Türkiye davasında ortaya çıkmıştır. Bu başvuru, 17 yaşındaki genç bir kızın, gözaltına alınmasının ardından Derik Jandarma karakolunda uğradığı tecavüzü konu alıyordu. AİHM, gözaltına alınan bir kişinin tecavüze uğramasını işkencenin ağır ve özel bir türü olarak kabul etmiştir.

AİHM'in de belirttiği gibi, "Zanlının, mağdurun zayıflamış direncinin ve kırılganlığının sağladığı kolaylıktan ya-

608 The Greek case, Comm. Report 5. 17.69, para 2, Yearbook 12 p. 467.

609 ECHtR, Aksoy v. Turkey, (Application no. 21987/93, 18 December 1996, para.64, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:

rarlanarak gerçekleştirdiği, mağdurun bir devlet görevlisince tecavüze uğraması olgusu, kötü muamelenin bilhassa ağır ve tiksindirici bir formu olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca tecavüz mağdurda, fiziksel ve psikolojik şiddetin diğer formlarındaki kadar hızla iyileşmeyen derin psikolojik yaralar bırakır" [610].

Mahpusun üzerine işeme

AİHM'in işkence kelimesini telaffuz ettiği diğer bir başvuru da; Selmouni/Fransa[611] davasıdır. Uyuşturucu satıcısı olduğu şüphesiyle gözaltına alınan başvurucu, çok sayıda polis tarafından dövülmüş, bir polis görevlisi penisini göstererek, "bunu em" demiş ve ardından da üzerine işemiştir. AİHM başvurucunun maruz kaldığı fiziksel ve psikolojik şiddeti bir bütün olarak göz önüne alarak, başvurucunun ciddi bir şekilde elem ve ıstırap duyduğunu, bu uygulamaların da bilhassa ciddi ve zalimane olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu davranışlar işkence olarak kabul edilmelidir.

Kitlesel dayak ve zorla besleme

AİHM'e göre, cezaevindeki protestoları bastırmak için, mağdurların özel kuvvetler tarafından kitlesel olarak dövüldükleri olaylar işkence olarak nitelenmelidir[612]. AİHM,

610 ECHtR, Aydın v. Turkey, Applicaion no: 57/1996/676/866, 25 September 1997, para 83, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58371%22]}

611 ECHtR, Selmouni v. France (Application no. 25803/94), 28 July 1999, para. 106, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58287%22]}

612 ECHtR, Karabet v. Ukraine, Applications nos: 38906/07 and

mahpusların zorla beslenmesi konusunda da, benzer tespitlerde bulunmuştur. Zorla beslemenin AİHS 3. Madde kapsamına girmemesi için, bunun gerekli olduğuna ilişkin ikna edici tıbbi bir gereklilik bulunmalı; usuli garantiler karşılanmış olmalı ve uygulama biçimi insan onuruna uygun olmalıdır. Ukrayna hükümetinin bu gerekliliklerin yerine getirildiğini gösteremediği, başvurucunun açlık grevinin daha dördüncü gününde zorla beslenmesini konu alan, Nevmerzhitsky davasında AİHM, uygulanma biçimini de göz önüne alarak muamelenin işkence niteliğinde olduğu sonucuna ulaşmıştır[613].

Çelik copla dövmek

G8 Protestocularının polis tarafından çelik (baston tipi) coplarla dövülmesini konu alan Cesaro/İtalya[614] davasında da AİHM, uygulamanın işkence düzeyine ulaştığı sonucuna ulaşmıştır. Polisin uyguladığı şiddet nedeniyle başvurucunun bazı kemikleri kırılmıştır.

52025/07), 17 January 2013, para. 311-333, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-115886%22]}

613 ECHtR,Nevmerzhitsky v. Ukraine, Press relaase, 05.04.2005, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-1306808-1363018%22]}

614 ECHtR, Cestaro v. Italy, (Application no. 6884/11), 7 April 2015, para. 177-190, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-153901%22]}

İnsanlık dışı muamele nedir?

İnsanlık dışı muamele, kasıtlı olarak yoğun zihinsel ve fiziksel ıstırap veren uygulamalardır.

AİHM'in insanlık dışı muamele konusunda da; son yıllarda eskisine göre daha esnek bir tutum geliştirdiği görülüyor. Önceden söz konusu davranışın mağdur üzerinde yarattığı etki üzerinde odaklanırken, son yıllarda AİHM daha çok, yetkililerin davranışlarının kabul edilemez nitelikte olup olmadığına bakmaktadır.

Yemek ve içecek vermeden alıkoymak

Fedotov/Rusya[615] davasında AİHM, bunların mağdur üzerinde yarattığı etkiyi çok fazla analiz etmeden, başvurucunun gece kalmaya uygun olmayan bir hücrede bir gece, yemek ve içecek verilmeden tutulmasını insanlık dışı muamele olarak nitelemiştir.

Kusturucu ilaç verme

AİHM, Almanya'ya karşı yapılan bir başvuruda, kusturucu ilaç kullanılmasını insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiştir. Bir uyuşturucu satıcısının plastik torbalar içinde sakladığı eroini, polisi görünce yutması ve ardından savcının polislere, bu kişiye kusturucu ilaç vermelerini emrettiği bu vakada, AİHM şunlara dikkat çekti: Bu kusturucu ilacın kullanılması, söz konusu delilleri elde etmek için zorunlu bir uygulama değildi.

615 ECHtR, Fedotov v. Russia, (Application no. 5140/02), 25 October 2005, para. 68, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70756

Soruşturma makamları, bu delillerin başvurucunun sindirim sisteminden geçip doğal yollarla dışarı çıkmasını bekleyebilirlerdi. Ayrıca Mahkeme, kendisine kusturucu ilaç verilmesini kabul etmeyen başvurucuya uygulamanın zorla yapıldığına, yere yatırıldıktan sonra burnundan bir tüpün midesine sokulduğuna ve kusturucu iğne yapıldığına dikkat çekmiştir. Bu uygulamalar başvurucuda ciddi kaygı ve ıstıraba yol açmış olmalıdır. Sonuç olarak uygulama insanlık dışıdır.[616]

Yakalanan kişiye biber gazı sıkma

AİHM Türkiye'ye karşı yapılan bir başvuruda[617], gözaltına alınmış bir kişinin, polisler kollarına girdiği halde yüzüne biber gazı sıkılmasını "insanlık dışı muamele" olarak nitelendirmiştir. Bu davada alınan karar; AİHM'in biber gazı kullanımı karşısında tümden karşıt bir tutum sergilediği anlamına gelmiyor. AİHM, biber gazının sağlığa olası yan etkilerini de göz önüne alarak, biber gazının haksız ve hukuka aykırı bir şekilde kullanılmasını Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında bir ihlal olarak görüyor. Söz konusu olayda başvurucu hâlihazırda gözaltına alınmıştı. Dolayısıyla da polisin, şiddet kullanan göstericileri dağıtmak vd. gibi bir gerekçesi bulunmamaktaydı.

Çıplak olarak hücrede tutma

Kendisine zarar verebileceği iddia edilerek, mahpusun çıplak şekilde, yedi gün bir hücrede tutulması insanlık dışı ve

616 ECHtR, Press Release by the registrar, Jalloh v. Germany, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1723669-1807285

617 ECHtR, press relase, Ali Güneş v. Turkey, 10.04.2012, file:///C:/Users/dell/Downloads/Chamber%20judgment%20Ali%20Gunes%20v.%20Turkey%2010.04.12.pdf

aşağılayıcıdır. AİHM, Almanya'ya karşı açılan bu davada[618], gerçekten mahpusun kendine zarar verme ihtimaline samimi olarak inanıldığı durumlarda bile, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin de belirttiği gibi, çıplak bırakmak yerine, yırtılmayan kumaştan elbiselerin verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Aşağılayıcı/Onur kırıcı davranış nedir?

Aşağılayıcı muamele ciddi şekilde küçük düşüren ya da kişiyi kendi irade veya vicdanına aykırı davranmaya zorlayan muamele veya cezalardır.

Gözlükten mahrum bırakmak

Slyusarev/Rusya[619] davasında ileri derece miyop olan başvurucunun gözlüğü, yakalama sırasında zarar görmüş ve kendisinden alınmıştı. AİHM başvurucunun cezaevinde gözlüğünden mahrum bırakılmasının, hapsetmenin pratik gerekliliklerı ile açıklanamayacağını belirtmiştir. AİHM'e göre, başvurucunun gözlüğünün kendisine iki buçuk aylık bir gecikmeyle verilmesinin nedenini hükümet açıklayamamıştır. Yakınılan bu davranış, büyük oranda yetkililerin kusurundan kaynaklanmaktadır. Bu uygulama onur kırıcı niteliktedir.

Çıplak Arama

AİHM, bir başvuruda çıplak üst aramasını değerlendirmiştir. Litvanya'ya karşı açılan davada, erkek başvurucu,

618 ECHtR, Press release, Hellig v. Germany, 07.07.2011, file:///C:/Users/dell/Downloads/Chamber%20judgment%20Hellig%20v.%20Germany%2007.07.11%20(1).pdf

619 ECHtR, Slyusarev v. Russia, (Application no. 60333/00), 20 April 2010, Para.43-44, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98331

cezaevinde bir kadın görevlinin de bulunduğu bir ortamda, kendisinden soyunmasının istendiğini ve ellerinde eldiven olmadığı halde görevlinin cinsel organına dokunduğunu belirtmiştir. AİHM yaptığı değerlendirmede, cezaevi güvenliğini sağlamak gibi belli bazı durumlarda; çıplak aramanın gerekli olabileceğini ancak bu durumda da aramanın uygun bir şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, önündeki olayda ise, aramanın yapılma biçiminin başvurucuya karşı açıkça saygısızlık içermesi nedeniyle, onur kırıcı nitelikte olduğu sonucuna ulaşmıştır[620].

Kelepçeli jinekolojik muayene

AİHM Türkiye'ye karşı yapılan bir başvuruda;[621] terör örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle mahkûm olan bir kadın başvurucunun, elleri kelepçeli olduğu halde ve arada bir bölme bulunsa dahi erkek jandarmaların odada bulunduğu bir ortamda, jinekolojik olarak muayene edilmesini onur kırıcı bir davranış olarak nitelemiştir. Somut olayda, başvurucu, bu koşullar altında muayeneyi kabul etmediğini söylemiş ve bu nedenle de muayene yapılamamıştır. AİHM, muayene yapılamasa da, başvurucunun maruz bırakıldığı koşulların aşağılayıcı ve stres yaratıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir. Sonuçta 3. madde ihlal edilmiştir.

620 ECHtR, Press relase issued by the Registrar in the case of Valasinas v. Lithuania, file:///C:/Users/dell/Downloads/003-68412-68880.pdf

621 ECHtR, Filiz Uyan v. Turkey, (Application no. 7496/03), 8 January 2009, para.32-35, file:///C:/Users/dell/Downloads/001-90448%20(1).pdf

Yaşlı kişinin askere alınması

Türkiye'ye karşı açılan bir davada AİHM, 71 yaşındaki başvurucunun askere alınması ve 20 yaşındaki diğer erlerle aynı eğitimlere tabi tutulmasını onur kırıcı bulmuştur[622]. Başvurucu, eğitimler sırasında üstlerinin kendisiyle fotoğraf çektirmek için sigara teklif ettiklerini, sürekli olarak kendisi hakkında şakalar yapıldığını; dişleri olmadığı için askerler için çıkarılan yemekleri yiyemediğini; çok soğuk koşullarda eğitime çıkarıldığı için, kalp ve akciğer problemleri yaşadığını belirtmiştir. Mahkeme, başvurucunun askere alınması ve askerlik yaptırılmasını, bilhassa da kendisinden çok daha genç yaşlardaki kişiler için yaptırılan eğitimlere katılmasını stres verici ve onur kırıcı bulmuştur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki; insanlık dışı ya da onur kırıcı/aşağılayıcı cezalar da aynı şekilde Anayasaya ve Sözleşmeye aykırı olacaktır. Mesela AİHM, Tyrer/BK davasında Çocuk Mahkemesi tarafından verilen ve polis merkezinde yetkili polis tarafından uygulanan; 15 yaşındaki çocuğa üç kez sopa ile vurma cezasını Sözleşmeye aykırı bulmuştur.

B) Devletin Pozitif Ödevleri

Devletin 3. madde kapsamında pozitif yükümlülükleri de vardır. Bu çerçevede devletin en temel yükümlülüğü kişileri her türlü fiziksel ve psikolojik şiddete karşı koruyacak bir hukuki çerçeve kurmak, ister kamu görevlileri, isterse üçüncü

622 European Court of Human Rights, Press relase, Taştan v. Turkey, 04.03.2008, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2286178-2450706

kişiler tarafından gerçekleştirilecek kötü muameleleri yasaklamak ve yaptırıma tabi tutmaktır. Mahkeme çeşitli kararlarında, özellikle aile içi şiddeti önleyecek ve failleri cezalandıracak yasal düzenlemelerin bulunmamasını Sözleşmenin ihlali olarak nitelendirmiştir.[623]

Pozitif yükümlülüğün bir boyutu da ; kişiyi kötü muamele görme olasılığı çok yüksek ya da muhakkak olan bir ülkeye göndermeme ya da iade etmeme yükümlülüğüdür.[624] Ancak pozitif yükümlülükler bununla sınırlı değildir. Üçüncü kişilerin kötü muamelesine uğrama riski yüksek olan durumlarda devletin bunu engellemek için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Mesela AİHM Opuz/Türkiye kararında; kocanın fiziksel şiddetine karşı, kadını korumak için gerekli tedbirlerin alınmamış olmasını 3. maddenin ihlali olarak nitelendirmiştir. Benzer şekilde çocuğu ebeveynlerinin asgari eşiği aşan fiziksel şiddetine karşı koruyacak hukuksal çerçevenin bulunmamasının da 3. maddeyi ihlali ettiğine karar vermiştir.[625]

C) Usuli yükümlülükler

Tıpkı yaşama hakkı konusunda olduğu gibi, işkence yasağı konusunda da devletlerin usuli yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu usuli yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda, AİHS 3. madde usul yönünden ihlal edilmiş olur. Bir kişi işkence ya da kötü muamele iddiasında bulunduğunda; ilgili

623 Valiuliene v. Lithuania, no. 33234/07, 26.03.2013; Mahmut Kaya v. Turkey, no. 22535/93, 28.03.2000

624 Soering v. UK, no. 14038/88, 07.07.1989

625 A v.UK, no. 25599/94, 23.09.1998

devlet bu konuda etkili bir soruşturma yürütmek zorundadır. Etkili soruşturmanın gereklerinden ilki, işkence ve kötü muamele iddiası üzerine, ilgili delillerin süratle toplanmasıdır.

Bu deliller, işkence yapıldığı öne sürülen gözetim merkezinin dışındaki nöbetçi görevlilerin ifadesini almaktan[626]; adli tıp raporuna, tanıkların dinlenmesine kadar pek çok değişik delilleri içerebilir. İşkence, kötü muamele ve ev içi şiddet gibi iddialar konusunda soruşturmalar süratle ve makul olmayan gecikmeler olmadan yürütülmelidir. Ev içi şiddeti konu alan M. ve M / Hırvatistan[627] davasından da görüleceği gibi; devletin etkin soruşturma görevi sadece kendi görevlilerinin yaptıkları kötü muamele konusunda değil ama aynı zamanda kişilerin birbirlerine uyguladıkları kötü muamele konusunda da geçerlidir.

Bir babanın kızına uyguladığı şiddetle ilgili iç hukuktaki davanın dört buçuk yıl sürmesi nedeniyle AİHM, Hırvatistan'a karşı açılan bu davada, devletin süratli bir şekilde soruşturmayı tamamlamadığını, bu nedenle de AİHS 3. maddeyi usuli açıdan ihlal ettiğini bulgulamıştır. Aynı şekilde işkence ve kötü muamele iddialarının soruşturma ve kovuşturmasını yürütenler tarafsızlık ve bağımsızlıkla hareket etmek zorundadırlar ve bu da usuli yükümlülüğün bir parçasıdır.

626 ECHtR, Tanrıkulu v. Turkey, (Application no: 23763/94), 8 July 1999, para.109, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-58289%22]}

627 ECHtR, M. and M. Croatia, (Application no. 10161/13), September 2015, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156522

IV) Madde 4. Kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma yasağı

1. Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz

2. Hiç kimse zorla çalıştırılamaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.

3. Aşağıdaki haller, bu madde anlamında "zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma" sayılmaz:

a) Bu Sözleşmenin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş;

b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet;

c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet;

d) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 2. Dünya Savaşı'nın akabinde kaleme alındığı için o günlerin kaygılarını yansıtmaktadır. Nazilerin toplama kamplarında tuttukları insanları zorla çalıştırdıkları biliniyordu. Bu bağlamda madde daha çok o günlerin kaygılarına hitap eden bir yapıda görünebilir.

Ancak son on yıllarda uluslararası göçün artması ve özellikle de mültecilerin kırılgan yapılarının, yeni gittikleri ülke-

lerde insan onurunu hiçe sayar bir sömürüye tabi tutulması 4. maddeyi tekrar AİHM'in gündemine getirmiştir. Bu bağlamda "ev içi kölelik" fenomeni AİHM tarafından değerlendirmeye alınmıştır.

Ev içinde kulluk

Siliadin/Fransa[628] davası, Togo'lu 15.5 yaşındaki bir kızın, Fransız bir aile tarafından, pasaportuna el konularak, sabah 7.30'dan akşam 10.30'a kadar, haftanın yedi günü ve kendisine hiçbir ücret ödenmeden çalıştırılmasını konu alıyordu. AİHM, başvurucunun 4. Maddedeki anlamda "kul durumunda" tutulduğuna hükmetmiştir. Fransız ceza yasalarının, köle ve kul olarak tutmayı cezalandıran hükümlerinin bulunmaması nedeniyle; 4. madde ihlal edilmiştir. Fransa, ceza kanunlarında kölelik ve kulluk durumlarını cezalandıran hükümlerin bulunmaması nedeniyle, insanları bu tür durumlardan korumak yönündeki pozitif yükümlülüğünü ihlal etmiştir.

İnsan kaçakçılığı

AİHM'in Ransev/Kıbrıs ve Rusya[629] davasında da belirttiği gibi, insan kaçakçılığı; kölelik gibi, doğası gereği sömürüyü amaçlayan, sahiplikle bağlantılı erkleri kullanmayı temel alan; insanlara alınıp satılacak mal muamelesi yapan; onları zorla çalıştıran bir kurumdur. İnsan kaçakçılığı, hareket alanı genellikle kısıtlanmış olan kurbanların eylemlerini yakından

628 ECHtR, Siliadin v. France press release, 26.7.2005, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1412014-1474284

629 ECHtR, Ransev v. Cyprus and Russia press relaese, (application no. 25965/04), 07.01.2022, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2981696-3287868

gözetlemeyi ima eder ve yine kurbanlara karşı şiddeti ve tehditleri içerir. Bu nedenlerle AİHM insan kaçakçılığının bizatihi kendisinin, Sözleşmenin 4. maddesi altında yasaklandığı sonucuna ulaşır. Bütün bu mülahazalarla AİHM; bu başvuruda iki nedenle Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Sözleşmenin 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. İlk olarak, "artist vizesi" adı ile bilinen sistem nedeniyle, insan ticaretiyle mücadele edecek yasal ve idari bir çerçeve geliştirme konusunda başarısız oluşu nedeniyle bu madde ihlal edilmiştir. İkinci olarak, polislerin bir şekilde kurbanla karşılaşmasına ve onun insan ticareti kurbanı olduğuna ilişkin güvenilir bir kuşku oluşmasına rağmen, kurbanı koruyacak operasyonel tedbirler almamaları nedeniyle de bu madde ihlal edilmiştir.

AİHM'in çeşitli vakalarda da belirttiği gibi, Sözleşmenin 4. maddesi devletlere, bu maddeye aykırı eylemleri cezalandırma; kurbanları koruma ve maddenin ihlali şüphesi yaratan eylemleri etkin bir şekilde soruşturma yükümlülüğü getirmektedir.

V) Madde 5. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

1.Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişlerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması.

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca; yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesi kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkını düzenlemektedir. Bu maddede kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılabilecekleri bütün durumlar sayılmış durumdadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olan hiçbir devlet, maddede sayılan, özgürlüğün kısıtlanabileceği bu hallere ilave yapamaz, özgürlüğün maddede sayılan bu istisnalarını genişletemez. Yani; Sözleşmenin 5. maddesinde ortaya konulan özgürlüğe istisna getiren hükümler, sınırlı bir sayıma tabidirler.[630] Ayrıca AİHM'in sürekli olarak altını çizerek belirttiği gibi, Sözleşmenin 5/1. maddesinde, sınırlı sayımla ortaya konulan istisnai haller "dar yorumlanmak"[631] zorundadır. Çünkü kişi güvenliği ve özgürlüğü hakları demokratik bir toplumda üstün bir konuma sahiptirler.[632]

Görüldüğü gibi, Sözleşmenin 5. maddesi, Ceza hukuku alanı dışında yer alabilecek olan istisnalara da yer vermektedir. Ancak biz, bu kitabın amaçları bakımından, 5. maddeyi ceza hukuku ve özellikle de "yakalama" ve "tutuklama" odaklı olarak değerlendirmeyi uygun bulduk. Avukatlar açısından ciddi pratik öneme sahip konuları öne çıkarmaya çalıştık.

A) **YASALLIK**

5. madde 1. fıkraya göre, her türlü özgürlükten yoksun kılma eylemi yasaya uygun olmalıdır. Buradan çıkarılacak ilk sonuç, yasal dayanağı olmayan her türlü özgürlükten yoksun bırakma hali, doğrudan doğruya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlalini ortaya çıkaracaktır.

630 Engel and Others v. The Netherlands, (Application no. 5100/71; 5101/71; 5354/72; 5370/72), 8 June 1976, para.57, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479

631 ECHtR, Conka v. Belgium, (Application no. 51564/99), 5 February 2002, para. 42, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60026

632 ECHtR, Ladent v. Poland, (Application no. 11036/03), 18 March 2008, para. 45, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85487

Ancak yasallık unsurunun yerine getirilebilmesi için, kişilerin yakalanması ve tutuklanmasıyla ilgili tüm kuralların açık ve öngörülebilir hükümler olması gerekir. AİHM'in Baranowski/Polonya[633] davasında da belirttiği gibi, "…özgürlükten yoksun bırakma söz konusu olduğunda, hukuki kesinlik genel prensibine uyulmuş olmalıdır. Bu nedenle, özgürlükten yoksun bırakmanın hangi koşullara tabi olduğu iç hukukta açıkça tarif edilmiş olmalı ve söz konusu yasanın uygulanması öngörülebilir olmalıdır ki, Sözleşmenin aradığı "yasallık" unsuru yerine getirilmiş olsun…"

Yukarıdaki atıftan da anlaşılacağı gibi, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının Sözleşmeye uygun olabilmesi için, iç hukukta bu konuda yasal bir dayanak bulunması yeterli değildir. Ama aynı zamanda; bu yasanın hükümlerinin açık ve uygulamasının da öngörülebilir olması gerekir. Bütün bunların amacı da, kişilerin özgürlüklerinden keyfi bir şekilde alıkonulmasının önüne geçmektedir.

Belli bazı durumlarda AİHM, bu yasallık unsurunun ihlal edildiğine ve dolayısıyla da kişinin özgürlüğünden keyfi bir şekilde mahrum edildiğine hükmediyor. AİHM'in 5/1'in ihlalini tespit ettiği bazı tipik durumlara örnekler şunlardır.

Tahliyenin Geciktirilmesi

AİHM'in Labita/İtalya[634] davasında da belirttiği gibi, "tahliye kararlarının yerine getirilmesi sırasında bazı gecikme-

633 ECHtR, Baranowski v. Poland, (Application no. 28358/95), 28 March 200, para. 52, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58525

634 ECHtR, Labita v. Italy, (Application no. 26772/95), 6 April 2000, para. 171-174, https://www.refworld.org/pdfid/402a05eba.pdf

ler kaçınılmaz olsa da, bu süre minimum düzeyde olmalıdır. Bu bağlamda; mahkeme tarafından hakkında tahliye kararı verilen sanığın, gece 12.30'da cezaevine getirilmesine rağmen, tahliye işleminin ancak sabah 8.30'da gerçekleştirilmesi, Sözleşmenin 5. Maddesinde belirtilen özgürlüğün kısıtlanabileceği hiçbir durumun içine girmemektedir, bu nedenle de 5. Maddenin 1. Fıkrası ihlal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi Kararına Rağmen Tahliye Etmemek

AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin tutukluluğun hukuka aykırı olduğuna hükmetmesine rağmen, bu karara karşı direnerek, sanığı tahliye etmeyen derece mahkemesinin Sözleşme'nin 5/1. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. AİHM, Mehmet Hasan Altan[635] kararında bu konuyu özetle aşağıdaki şekilde değerlendirmiştir: Türk Anayasa'sının 153. Maddesinin 1. Paragrafına göre Anayasa Mahkemesi kararları "kesin"dir. Yine 153. Maddenin 6. Paragrafına göre, Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar. Bu düzenlemeler karşısında İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesinin kesin ve bağlayıcı kararına rağmen, sanığı tahliye etmeyi reddetmesi 5/1. Maddenin gerekleriyle bağdaştırılamaz. Bir başka mahkemenin, Anayasa Mahkemesi'ne verilmiş, bireysel başvuruları nihai ve bağlayıcı bir şekilde hükme bağlama yetkisini sorgulaması, hukuk devletinin temel prensiplerine ve hukuki kesinliğe aykırıdır.

635 ECHtR, Mehmet Hasan Altan, (Application no. 13237/17, 10.09.2018, para. 137-141, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181862

Güvenlik güçlerince gözaltına alınan bir kişiden bir daha haber alınamaması

AİHM'in Timurtaş/Türkiye[636] kararında da belirttiği gibi, demokrasilerde, 5. maddenin içerdiği güvencelerin temel önemi, kişilerin yetkililerin elinde keyfi bir şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılmama hakkını güvence altına alıyor olmasıdır. Bir kişinin kayıt dışı bir şekilde alıkonulması, bu güvencelerin tamamen ortadan kaldırılması anlamına gelir ve 5. maddenin en ağır ihlallerinden birini ortaya çıkarır. Yetkililerin kontrolleri altındaki kişiler konusunda hesap verme sorumluluğunu göz önüne alarak, 5. madde onları, bu kişilerin kaybolmasına karşı etkili tedbirler almak ve kişinin gözaltına alındıktan sonra bir daha görünmediği yönündeki iddiaları etkili bir şekilde soruşturmakla yükümlendirir. Bu bağlamda, gözaltına alındıktan sonra bir kişinin kaybolması 5. maddenin bilhassa ağır bir ihlalini ortaya çıkarır.

636 ECHtR, Timurtaş v. Turkey, (Application no. 23531/94), 13 June 2000, para.103-106, http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58901

B) Makul şüpheye dayanarak özgürlükten yoksun bırakma

5/1.Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

Uygulamacılar için büyük önem arz eden 5/1-c'de birbirinden farklı üç durum düzenlenmektedir.

(İlk durum her ne kadar, Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisinde; "inandırıcı sebeplerin bulunması" olarak ifade edilse de, biz İngilizce orijinal metindeki adlandırmayı, yani "makul şüphe" (reasonable suspicion) kavramını tercih edeceğiz.) Buradaki ilk durum; kişinin suç işlediğine ilişkin makul bir şüphenin bulunmasıdır. İkinci durum; suç işlemesinin önlenmesi için kişinin tutulmasıdır. Üçüncü durum ise; suç işleyen kişinin kaçmasını önlemek için tutulmasıdır.

Her üç durumda da, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının amacı; yetkili yasal merci önüne çıkarmaktır[637]. Kişinin sonradan adli merci önüne çıkarılmaması, otomatik olarak bu maddenin ihlali anlamına gelmez, önemli olan; özgürlüğün kısıtlandığı anda bu amacın bulunmasıdır. Örneğin,

637 ECHtR, Lawless v. Ireland (No.3), (Application no. 332/57), 1 July 1961, para.13-14, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518

cinayet işlediğinden şüphelenilip gözaltına alınan kişinin, cinayet saatinde başka bir yerde olduğunu kanıtlayıp serbest bırakılması durumunda olduğu gibi.

Makul Şüphe

Makul şüphe, ilgili kişinin suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli bilgi ve olguların mevcut olmasıdır. Makul şüphe, suçun varlığı ve vasfının kesin olarak ispatlanması anlamına gelmez, bu ancak soruşturma ve hatta kovuşturmanın tamamlanmasının ardından mümkün olabilir.

AİHM'in O'Hara/Birleşik Krallık[638] kararında da belirttiği gibi; Sözleşmenin 5-1/c maddesi, polisin gözaltına alma sırasında kişinin hakkında dava açmaya yetecek kadar delile sahip olması anlamına gelmez. Gözaltına alınan kişinin sorgulanmasının amacı, yakalamanın üzerine inşa olduğu somut şüphenin güçlenmesi veya çürütülmesi için suç soruşturmasını ileriye taşımaktır.

AİHM'e göre şüphenin makul olup olmadığı davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile anlamlandırılabilir. Bu bağlamda arz ettiği aciliyet nedeniyle, terör suçları özel bir kapsam içinde değerlendirilmelidir. Örneğin; bu suçların soruşturulmasında kaynağın açıklanması bazı kişilerin yaşamını risk altına sokabilir. Ancak bu durum, ilgili hükümeti söz konusu kişilerin suç işlediğine dair olgu ve delilleri ortaya koyma zorunluluğundan alıkoymaz. Bu

638 ECHtR, O, Hara v. UK, (Application no. 37555/97), 16 October 2001 para.36 (*Application no. 37555/97*), http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59721

bağlamda, örneğin, sadece kişilerin daha önceden bir örgütle bağlantılı olarak suç kayıtlarının bulunması, yıllar sonra bu kişilerin, söz konusu örgütün işlediği suçlarla bağlantılı olarak gözaltına alınmasını meşrulaştıramaz[639].

C) İsnadı öğrenme hakkı

Madde 5/2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

5. maddenin 2. fıkrası, temel bir güvence getirmektedir. Gözaltına alınan kişiye, özgürlüğünden mahrum edilmesinin dayandığı olgular ve hukuki durumu; basit, teknik olmayan ve anlayabileceği bir dille söylenmelidir. Açıkça görüleceği üzere, bu hak ile, 5. maddenin 4. Fıkrasındaki, özgürlükten yoksun bırakılmaya karşı hukuki müracaat hakkı arasında yakın bir bağlantı bulunmaktadır.

Neden gözaltına alındığını bilmeyen bir kişinin, durumuna karşı etkili bir itiraz hakkına sahip olduğu söylenemez. Ayrıca, gözaltına alınan kişiye bu bilgiler mümkün olan en kısa sürede verilmelidir. Verilen bilginin yeterli olup olmadığı ve bu bilgilerin kısa bir sürede verilip verilmediği, her olayın kendi özel koşullarına göre değerlendirilir[640].

Söz konusu bilgilerin şüpheliye veya avukatına veril-

639 ECHtR, Fox, Cambell and Hartles v. UK, (Application no. 12244/86…), 30 August 1990, para.32-34 https://rm.coe.int/1-right-to-liberty-and-security/1680937255

640 ECHtR, Khlaifia and others v. Italy, *(Application no. 16483/12), 15 December 2016, para.115,* https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf

mesi gerektiği açıktır.[641] Şüpheliye suçlama ile ilgili olarak verilen bilginin yeterli olup olmadığı, her olayın kendine özgü koşulları içinde değerlendirilmelidir. Ancak, sadece kanun maddelerinin söylenmesi, örneğin, Terörle Mücadele Kanunu 7/2 veya TCK 312. madde kapsamında gözaltına alındınız denilmesi AİHS 5/2'deki yükümlülüğün yerine getirildiği anlamına gelmez[642].

D) Derhal yargıç önüne çıkarılma hakkı

Madde 5/3: İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

Gözaltı süresi

Derhal yargıç önüne çıkarma hem hukuki kontrol mekanizmalarının işletilmesi suretiyle kişilerin keyfi bir biçimde özgürlüklerinden mahrum bırakılmasının önüne geçilmesini ve hem de gözaltında kötü muamele görme riskini azaltmayı

641 ECHtR, Saadi v. The United Kingdom, (Application no. 13229/03), Para. 53, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-76303%22]}

642 ECHtR, Fox, Cambell and Hartles v. UK, (Application no. 12244/86…), 30 August 1990, para.41 https://rm.coe.int/1-right-to-liberty-and-security/1680937255

hedeflemektedir[643].

AİHM'in Sözleşme m.5/3 deki güvencelerin ne anlama geldiğini açıkladığı, Oral ve Atabay/Türkiye[644] davasındaki aşağıdaki değerlendirmeleri, her türlü gözaltı için uygulanması gereken bir rehber niteliğindedir:

"AİHM, AİHS 5. maddesinin 3. paragrafındaki zorunlulukların yerine getirilmesi için; gözaltıların otomatik olarak adli denetime tabi tutulması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bu denetim, gözaltına alınan kişinin önceden talep etmesine bağlı olmamalıdır (…). Zira böyle bir zorunluluk, gözaltına alınan kişiye, avukatı aracılığıyla bir mahkemede gözaltının yasal olup olmadığının incelenmesini isteme hakkı öngören AİHS'nin 5/4 maddesinden farklı olan 5/3 maddesindeki güvencenin doğasını değiştirecektir.

Tutuklama ve gözaltıyla ilgili ilk otomatik denetimin, yasalara uygunluğunu incelemeye imkân vermesi ve tutuklanan kişinin bir suç işlediğinden şüphelenilmesinin makul nedenleri olup olmadığını, yani gözaltının AİHS'nin 5. maddesinin 1/c paragrafında sıralanan itirazlarla örtüşüp örtüşmediğini ortaya koyması gerekmektedir. Bu kıstasların yerine getirilmediği durumlarda, hâkimin serbest bırakma kararı alma yetkisi bulunmalıdır (…)

643 ECHtR, Ladent v. Poland, (Application no: 11036/03), 18 March 2008, para.72, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf

644 AİHM, Oral ve Atabay/Türkiye kararın özet çevirisi, sayfa 6, file:///C:/Users/dell/Downloads/CASE%20OF%20ORAL%20AND%20ATABAY%20v.%20TURKEY%20-%20[Turkish%20Translation]%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs.pdf

Mevcut davada AİHM, AİHS'nin 5/3 maddesi anlamında tutmanın yasallığı ile ilgili ilk denetimin, iki başvuranın dört gün iki saat (Ahmet Atabay) ve dört gün dört saat (İsa Oral) gözaltında tutulduktan sonra sulh hakiminin önüne çıkarıldıkları, 17 Mart 2002 tarihinde gerçekleştiğini gözlemlemektedir. Bu durumda, dört gün dört saat ve dört gün iki saatlik gözaltı sürelerinin "ivedilik" kıstasına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Her ne kadar Hükümet, Brogan ve diğerleri (…) davasında dört gün altı saatten daha uzun bir gözaltı süresi için ihlâl tespit edildiğini hatırlatsa da, bu karara bakılarak birkaç saat ve hatta birkaç dakika daha kısa süreli gözaltılarda hiçbir ihlâl olmadığı sonucu çıkarılamaz.

AİHM, dört günü aşan her gözaltı süresinin, terörle mücadele kapsamında dahi olsa (prima facie) çok uzun olduğu kanaatindedir (…) Dolayısıyla, mevcut davada olduğu gibi, yasallığın uygun ve hızlı bir şekilde denetlenmediği durumlarda AİHM, Ahmet Atabay vakasında dört gün iki saat ve İsa Oral vakasında dört gün dört saatlik gözaltı sürelerinin, AİHS'nin 5. maddesinin 3. paragrafının ilk cümlesinde belirtilen "ivedilik" zorunluluğuna uymadığı kanaatindedir. Bu itibarla, iki başvuranla ilgili durumda AİHS'nin 5/3 maddesi ihlâl edilmiştir."

Bu karardan da anlaşılacağı üzere, maksimum gözaltı süresi; her halükarda 4 gündür. Bunun üzerindeki gözaltı süreleri Sözleşmenin 5/3. Maddesini ihlal etmektedir. Bu ihlalin yasadan kaynaklanması da durumu değiştirmez. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini tanıyan devletler, kendi yasalarının AİHM kararlarına aykırı kısımlarına dayanarak AİHS'de tanınan hakları ortadan kaldıramazlar.

AİHM'in, reşit olmayan iki çocuğun gözaltı süresini incelediği İpek ve Diğerleri[645] davasından da anlaşılacağı üzere, sözü geçen "4 günlük" süre, hükümetlere verilmiş açık çek niteliğinde değildir. Bu süre maksimum süredir. Yani her koşulda, en fazla kullanılabilecek süredir; ama eğer makul bir açıklama yok ise, yargıcın önüne çıkarmanın 4 günden az sürmesi durumunda da 5/2'nin ihlali ortaya çıkabilir.

Nitekim AİHM, çocukların gözaltına alındıktan 3 gün 9 saat sonra yargıç önüne çıkarılmalarını ihlal olarak değerlendirmiştir. Bütün gözaltı süresince yapılan, gözaltından 2 gün sonra ve hâkim karşısına çıkarmadan 1 gün önce başvuruculara sorgulanmasından ibarettir.

E) Tutukluluk süresi

Madde 5/3'ün ikinci kısmında bahsedilen "makul bir süre içinde yargılanma" hakkı ile kastedilen, tutukluluk süresidir. AİHM tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığını değerlendirirken, bu periyodu kişinin gözaltına alındığı tarihten başlatmakta ve ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkumiyete kadar geçen zamanı hesaba katmaktadır[646].

Sanığın tutuklu kaldığı zaman makul bir süreyi aşmamalıdır. Süregiden tutukluluk hali için kişinin suç işlediğine dair

645 ECHtR, İpek and Others v. Turkey, (Application no. 17019/02 and 30070/02), 3 February 2009, para.36-37, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-91063%22]}

646 ECHtR, Kalashnikov v. Russia, (Application no. 47095/99), 15 July 2002, para 110, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-60606%22]}

makul şüphenin varlığı, hiç kuşkusuz ki, olmazsa olmaz bir gerekliliktir. Ancak, kişinin ilk tutuklanması için aranan "makul şüphe", devam eden tutuklama için artık tek başına yeterli değildir; yargısal makamlar tutukluluğu haklı kılan başkaca ilgili ve yeterli nedenleri de ortaya koyabilmelidirler[647]. Bu nedenlerin mevcut bulunması halinde de, bu defa ulusal makamların muhakemeyi "özel bir özen" göstererek yürütüp yürütmediklerine bakılmalıdır.[648]

Sözleşme madde 5/3, tutukluluğu inceleyen yargıca, itiraz dilekçesinde sunulan her bir argümanı tek tek ele alma yükümlülüğü getirmemektedir. Ancak, bu itiraz incelemesinde sanığın salıverilmesinin lehinde ve aleyhindeki argümanlar "genel ve soyut" nitelikte olamazlar[649].

AİHM'in Panchenko/Rusya[650] kararında da belirttiği gibi, tutuklamanın uzatılması kararları kalıp cümleler üzerine kurulamaz. Tutukluluğun devamının neden gerekli olduğu sanığın kişisel durumuyla ilişkilendirilerek açıklanmalıdır.

---

647 ECHtR, Buzadji v. The Republic of Moldova, (Application no. 23755/07), 5 July 2016, para. 102, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-164928%22]}

648 ECHtR, Buzadji v. The Republic of Moldova, para.87

649 ECHtR, Boicenco v. Moldova, (Application no. 41088/05), 11 July 2006, para. 142, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-76295%22]}

650 ECHtR, Panchenko v. Russia, (Application no. 45100/98), 8 February 2005, para.107, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-90390%22]}

F) Tutuklama Nedenleri

AİHM içtihat hukuku, suç işlediğinden şüphelenilen sanığın tutuklanması için dört tane kabul edilebilir gerekçe ortaya koymuştur[651]. Bunlar; sanığın mahkemeye gelmeme/kaçma riski; sanığın tutuksuz yargılanması halinde adaletin yürütümüne zarar verme riskinin bulunması; başka suçlar işleme riskinin bulunması veya kamu düzenini bozma ihtimalinin bulunmasıdır.

-Kaçma riski

Sanığın kaçma riski, sadece istenen cezanın ağırlığına bakarak değerlendirilemez. Bu risk başka bazı faktörler göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme, kişinin karakteri, ahlaki yapısı, ikametgâhı, mesleği, malvarlığı, aile bağları ve kovuşturmaya uğradığı ülke ile olan bütün bağları gibi faktörler göz önüne alınarak yapılır[652].

-Adaletin yürütümüne zarar verme

AİHM**,** sanığın tanıklar üzerinde baskı kurma veya muhakeme sürecini başkaca hukuk dışı yollarla engelleme riskinin, bütün tutuklama süreci için yeterli bir neden olamayacağını belirtmektedir. Bu bağlamda, sanığa verilecek muhtemel cezanın ağırlığı, onun bu nedenle tanıklar üzerinde baskı kuracağı ya da muhakeme sürecini engellemeye çalışacağı şeklinde

651 ECHtR, Piruzyan v. Armenia, (Application no. 33376/07), 26 June 2012, para. 94, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-111631%22]}

652 ECHtR, Becciev v. Moldavia, (Application no. 9190/03), 4 October 2005, para.58, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-70434%22]}

bir varsayımı haklı kılamaz. Sanığın işlediği suçtan hareketle, onun bu tür eylemlerde bulunabileceği varsayımı tutuklamanın başlangıç aşamasında kabul edilebilir bile olsa, ilerleyen aşamalarda, iddia edilen riskin gerçekten var olduğunu gösteren başkaca faktörler ortaya konamaz ise, bu varsayım da geçerliliğini yitirecektir[653].

-Yeni suçlar işleme ihtimali

Sanığın serbest kalması halinde yeni suçlar işleme ihtimali de somut ve inandırıcı gerekçelere dayandırılmalıdır. Örneğin, sanığın işinin veya ailesinin olmamasından hareketle, yeni suçlar işleyebileceği gibi bir sonuca ulaşılamaz[654].

Ancak CMK'nın 100. maddesinde; yeni suç işleme ihtimali bir tutuklama nedeni olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle; bu gerekçeyle tutuklama kararı verilemez. Sözleşme kapsamında tutuklamanın hukuka uygun olması gerektiğinden, bu nedenle tutuklama, aynı zamanda Sözleşmeye de aykırı olacaktır.

-Kamu düzenini korumak

Bazı ağır suçların ve bu suçlara kamunun reaksiyonunun, toplumsal bazı kargaşalara yol açabileceği kabul edilmektedir. Ancak, tutuklamada bu gerekçeye dayanılabilmesi için, bunun iç hukukta yerinin olması ve somut olgularla desteklenmesi

653 ECHtR; Jarzynski v. Poland, (Application no. 15479/02), 4 October 2005, Para.43, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-70369%22]}

654 ECHtR, Sulaoja v. Estonia, (Application no. 55939/00), 15 February 2005, para. 64, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-68229%22]}

gerekir.

Kamu düzeninin korunması, sivillere karşı savaş suçlarının işlenmesi gibi, ağır insan hakları ihlallerini içeren vakalarda, bu suçların failleri açısından bilhassa geçerli bir gerekçe oluşturmaktadır[655].

Yeni suç işleme ihtimali için yukarıda söylediklerimiz, bu neden için de geçerlidir. Zira CMK'nın 100. maddesinde bu husus, bir tutuklama nedeni olarak gösterilmemiştir.

G) Yakalama ve tutuklamanın hukuki denetimi

Madde 5/4: Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrası, yakalama veya tutuklama yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının "yasaya uygunluğunun" özünü oluşturan usule ve esasa ilişkin koşullar hakkında başvuruda bulunma hakkı tanır. Ayrıca, tutukluluğun gözden geçirilmesi esnasında "çekişmeli yargı" ve "silahların eşitliği" (iddia makamı ve savunma arasında) ilkelerine riayet edilmesi gerekmektedir[656].

655 ECHtR, Milankovic and Bosnjak v. Croatia, (Applications nos. 37762/12 and 23530/13), 26 April 2016, para. 154, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-162676%22]}

656 AİHM, Çatal/Türkiye kararı özet çeviri, (Başvuru no. 26808/08), 17 Nisan 2012, para.32

AİHM, Sözleşmenin 5. maddesinin 4. fıkrasından kaynaklanan ilk temel teminatın; tutukluluğun yasaya aykırı olup olmadığının, hâkim önünde duruşmalı olarak incelenmesini talep etme hakkı olduğunu ifade eder. Ayrıca m. 5/4; tutukluluk halinin gerekli olup olmadığının hızlı bir şekilde incelenmesini de teminat altına almaktadır. AİHM, tutukluluğun uzatılmasına ilişkin kararlara yapılan her itirazda sanığın dinlenilmesinin gerekli olmadığını, ancak kişinin makul aralıklarla dinlenilme hakkını kullanmasının yerinde olacağını belirtmektedir[657].

AİHM'in kararlarından da anlaşılacağı üzere, tutukluluk incelemelerinin hiçbirinde duruşma açılmamış ve keza tutukluluğa yapılan itirazın incelemesinde, savcının mahkemeye bir görüş sunup da sanığın bundan haberinin olmadığı durumlarda; Sözleşmenin 5/4. Maddesinin ihlal edilmiş olacağı açıktır.

Madde 5/4 tutuklamaya itirazı inceleyen yargıca, şüpheli ve avukatı tarafından ileri sürülen her argümanı değerlendirmek gibi bir yükümlülük getirmemektedir. Ancak AİHM'in Illijkov/Bulgaristan[658] kararında da belirttiği gibi; şüpheli tarafından ileri sürülen, tutmanın temel koşullarının varlığına ilişkin şüphe yaratan somut olguların, yargıç tarafından görmezden gelinmesi, bu maddedeki güvencenin içeriğini boşaltır.

Şüphelinin itirazlarına karşı, itiraz içeriğine ilişkin hiçbir değerlendirme içermeyen, tekrarlanan, kalıplaşmış kararların

657 AİHM, Çatal/Türkiye kararı özet çeviri, (Başvuru no. 26808/08), 17 Nisan 2012, para.3

658 ECHtR, Ilijkov v. Bulgaria, (Application no. 33977/96), 26 July 2001, para. 94, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-59613"]}

verilmesi de 5/4'ü ihlal edecektir[659].

H) Tazminat hakkı

Madde 5/5: Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir

Gerek madde metninden anlaşıldığı ve gerekse AİHM'in çeşitli kararlarında da görüldüğü üzere;[660] Sözleşmenin 5/5 maddesi, 5. maddenin 1,2,3 ve 4. paragraflarındaki herhangi bir hükmün ihlal edilmesi halinde tazminat ödenmesini gerektirmektedir.

Bu madde; yakalama ve tutuklamaya ilişkin hukuka aykırılıklar konusunda, ülkeleri kendi iç hukuk sistemleri dahilince tazminat ödemekle yükümlendirmiştir.

Daha ayrıntılı açıklamalar için CMK. Madde 141 ile ilgili önceki bölümlerdeki açıklamalarımıza bakınız.

659 ECHtR, G.B and Others v. Turkey, (Application no. 4633/15), 17 Ocotober 2019, para 176, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-196612"]}

660 ECHtR, Lobanov v. Russia, (Application no. 16159/03), 16 October 2008, para. 54 https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-88926%22]}

VI) Madde 6: Adil yargılanma hakkı

1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde hakkaniyete uygun şekilde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak

Adil yargılanma hakkı, hem medeni hak ve vecibeleri ilgilendiren ve hem de bir ceza isnadını konu alan davalar için geçerlidir. Çok kabaca söylemek gerekirse, özel hukuk ve ceza hukuku 6. maddenin kapsamına girmektedir.

Biz bu kitabı ceza avukatlarının kullanımına sunmak için yazdığımızdan, adil yargılamanın özel hukuku ilgilendiren kısımlarını kapsam dışında bırakacağız. Bu bölümde ele alacağımız bir "ceza isnadı" çerçevesinde yapılan yargısal işlemlerdir.

Ceza "hukuku" yerine, ceza "isnadı" denmesinden de anlaşılacağı üzere, burada iç hukukta yapılan tasniften ziyade işin doğası üzerinde odaklanılmaktadır. Bir devlet, söz konusu yargısal işlemleri ceza yargılaması olarak değil de, örneğin disiplin yargılaması olarak tasnif ediyor veya verilen cezayı idari ceza olarak tarif ediyor olabilir. AİHM, bu anlamda, ceza isnadını "otonom", yani iç hukukta yapılan tasniflerden bağımsız bir kavram olarak ele almaktadır.

AİHM ceza isnadının unsurlarını, Engel ve Diğerleri/Hollanda[661] davasında detaylı bir şekilde ele almıştır. "Engel kriteri" de denen bu ölçütlere göre, AİHM ortada bir ceza isnadı bulunup bulunmadığını anlamak için şu üç unsura bakmaktadır: a) Suçun iç hukukta nasıl sınıflandırıldığı b) Suçun niteliği c) Kişinin karşılaşabileceği cezanın ağırlığı.

Bir ceza isnadından söz edebilmek için, bu üç unsurun bir arada bulunması gerekmez. Pratik olarak bakacak olursak,

661 ECHtR, Angel and Others v. The Netherlands, (Application no. 5100/71 and others), 8 June 1976, para-80-85, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57479%22]}

iç hukukta suç yargılaması olarak tasnif edilen yargılamaların 6. maddenin kapsamında yer aldığı açıktır. Yapılan yargılama "suç yargılaması" olarak tarif edilmiyor ise, bu defa da suçun niteliği ve kişinin karşılaşacağı cezanın ağırlığına bakmamız gerekir. Örneğin Engel ve diğerleri davasında AİHM; birkaç ay süreyle askeri disiplin birimine kapatılmayı gerektiren askeri disiplin suçlarının 6. madde kapsamına girdiğini, ama iki günlük "göz hapsinin" ceza hukuku kapsamında değerlendirilemeyecek kadar kısa bir süre olduğu sonucuna ulaşmıştır[662].

Aşağıda da göreceğimiz gibi, cezaevinde yapılan disiplin yargılamasını da AİHM 6. Madde kapsamında değerlendirmiştir. Bir yargılamanın 6. maddenin kapsamına girip girmediğinin pratik önemi şudur: İç hukukta söz konusu yargılama veya muhakeme işlemleri nasıl tasnif ediliyor olursa olsun, ortada AİHM'in anladığı anlamda bir ceza isnadı varsa, bu işlemlere muhatap olan kişi 6. maddede güvence altına alınan bütün haklara sahip olacaktır.

A) Madde 6/1: Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı

Ceza yargılamasını yapan mahkeme, yürütmeden, taraflardan[663] ve Parlamento'dan bağımsız olmalıdır[664].

Mahkemelerin ve yargı mercilerinin "bağımsız" olup olmadığını değerlendirirken AİHM, bu mercilerin a) Üyelerinin

662 Engel and others, para.85

663 ECHtR, Ringeisen v. Austria, (Application no. 2614/65), 16 July 1971, para. 95, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57565

664 ECHtR, Demicoli v. Malta, (Application no. 13057/87), 27 August 1991, para.36-42, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57682

atanma şekli ve görev süresine; b) Dışarıdan gelecek baskılara karşı güvencelerinin bulunup bulunmadığına ve c) Söz konusu yargısal makamın bağımsız bir görüntü verip vermediğine bakmaktadır[665]. Bu kapsamda AİHM; devlet güvenlik mahkemelerindeki asker üyenin, kıta komutanlarının etkisini önleyecek düzenleme bulunmaması dolayısıyla bağımsız olmadığına karar vermiştir.[666]

AİHM'in tarafsızlıktan anladığı da, yargılamayı yapan makamın herhangi bir önyargıya sahip olmaması ve taraf tutmamasıdır[667].

B) Madde 6/1: İddia ve savunmanın eşitliği (Silahların eşitliği)

Hakkaniyete uygun yargılamadan türeyen "silahların eşitliği" prensibi gereğince, bütün yargılama boyunca iddia ve savunma aynı hak ve yükümlülüklere sahip olmalıdır. Birisi diğerine göre avantajlı ya da dezavantajlı bir durum içinde olmamalıdır.

Gerek iddia ve gerekse savunma makamı, diğeri tarafından mahkemeye sunulan tüm iddia ve savunmalardan haberdar olmalı ve bunlar üzerine kendi yorumlarını sunma imkânı bulunmalıdır.

665 ECHtR, Findlay v. The United Kingdom, (Application no. 22107/93), 25 February 1997, para.73, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58016

666 İncal v. Turkey, no. 22678/93, 09.06.1998; aynı yöndeki AYM kararı için bkz. ***Abdullah Altun,*** B. No: 2014/2894, 17/7/2018.

667 ECHtR, Micallef v. Malta, (Application no. 17056/06), 15 October 2009, para.93, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95031

AİHM'in Öcalan/Türkiye[668] kararında da belirttiği gibi, taraflardan her birine, muhatabına karşı dezavantajlı duruma düşürmeyecek olan koşullar altında davasını takdim etme olanağı verilmelidir. Bu bağlamda; dosyada bir kısıtlama olsa bile, duruşma öncesi deliller sanığa ulaştırılmalı ve sözlü ifadesini verirken, sanığın avukatı aracılığıyla deliller üzerine görüş sunması engellenmemelidir.

Makhfi/Fransa[669] davasında AİHM, savunma yapmadan önce avukatın 15 saat 45 dakika bekletilmiş olmasını silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur. Silahların eşitliği ilkesi gereği, iddia makamının görüşlerini sunabildiği yargılamanın her aşamasında, savunma da karşı görüşlerini ileri sürebilmelidir. Silahların eşitliği prensibi, sadece iddia ve savunmanın kendi argümanlarını sunabilmeleri açısından değil, ama aynı zamanda kendi tanıklarını mahkemeye çağırabilmeleri açısından da geçerlidir[670].

Borisiva/Bulgaristan[671] davasında AİHM'in, tanıkların

668 ECHtR, Öcalan v. Turkey, (Application no. 46221/99), 12 May 2005, para.140, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%C3%96calan%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-69022%22]}

669 ECHtR, Makhfi v. France press release , (Application no. 59335/00), 19.10.2004, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:[%2259335/00%22],%22itemid%22:[%22003-1162568-1212099%22]}

670 ECHtR, Bönisch v. Austria, (Application no. 8658/79), 6 May 1985, para. 32 https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57443%22]}

671 ECHtR, Borisova v. Bulgaria, (Application no. 56891/00), 21 De-

çağrılması konusunda iddia ve savunma makamlarının eşitsiz bir durumda olmalarına yönelik fikir yürütme biçimi öğretici niteliktedir:

"Mahkeme, başvurucunun (…) duruşmada, izin verilirse çağıracağı tanıkların savcılık tanıklarının ifadelerini çürüteceğini defaatle öne sürmesine rağmen, herhangi bir tanık çağırmasına izin verilmediğini not etmektedir. Başvurucunun, çağırmak istediği tanıkların isimlerini yerel mahkemeye bildirmediği doğrudur. Ancak savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve olanaklara sahip olmadığını göz önüne alarak Mahkeme, başvurucunun bunu hemen yapabilecek durumda olmamasını makul karşılamaktadır. (…) Mahkeme, duruşmaya hazırlanmak ve kendi davasını destekleyecek tanıkları bulmak yönünden savcılığın başvurucuya karşı adil olmayan bir avantaja sahip olduğunu bulgulamıştır." Sonuçta bu durum AİHM'e göre adil yargılama ilkesinin ihlali niteliğindedir.

Silahların eşitliği prensibi; yalnızca ilk derece mahkemeleri önünde değil, ama temyiz de dahil olmak üzere tüm yargılama süreci boyunca geçerlidir. AİHM Temyiz aşamasında, savcı tarafından sunulan görüşlerin sanığa bildirilmemesini silahların eşitliği ilkesine aykırı, dolayısıyla da adil yargılanma hakkının bir ihlali olarak değerlendirmektedir[672].

cember 2006, Para.47-48, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-78794%22]}

672 ECHtR, Zahirovic v. Croatia, (Application no. 58590/11), 25 April 2013, para.44-50, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-118738%22]}

C) Madde 6/1: Gerekçeli karar hakkı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 6/1. maddesini ulusal mahkemelere kararlarının gerekçelerini açıklama yükümlülüğü getirdiği biçiminde yorumlamaktadır. AİHM'e göre gerekçeli karar hakkı, yerel mahkemelerin bütün argümanlara cevap vermesini gerektirmez. Ancak, davanın sonucunu etkileyecek temel argümanlara makul bir cevap verilmiş olması gerekir. AİHM'in Taxquet/Belçika[673] davasında da belirttiği gibi, bütün ceza davalarında hüküm sanığın neden ceza aldığını anlamasını sağlayacak detaylara sahip olmalıdır. Bu davada, sanığın diğer sanıklarla ilişkisinin ne olduğu, suçun neden adam öldürme yerine, tasarlayarak öldürme olarak vasıflandırıldığı; diğer iki sanığın söz konusu suçta sınırlı bir sorumluluğu olduğu sonucuna nasıl varıldığı anlaşılamadığından, gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Bir akademisyenin, meslektaşlarına hakaret ettiği iddiasıyla para cezasına çarptırılmasını konu alan Boldea/Romanya[674] davasında da, AİHM, suçun temel unsurlarının yerel mahkeme tarafından yeterince açıklanmadığını, başvurucu tarafından sunulan delillerin göz önüne alınmadığını ve temyiz mahkemesinin de, başvurucu tarafından temyiz için ileri sürülen hiçbir gerekçeyi ele alıp değerlendirmediğini belirterek, gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

673 ECHtR, press release, Taxquet v. Belgium (application no. 926/05), 16.11.2010

674 ECHtR, press release, Boldea v. Romania, (application no. 19997/02), 15.02.2007, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"fulltext":["19997/02"],"itemid":["003-1922707-2027588"]}

AİHM Fabris/Fransa[675] davasında, tarafların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde mevcut hak ve özgürlüklerle ilgili sunumlarını, yerel mahkemelerin özel bir ihtimamla ele alması gerektiğini belirtmiştir. Buradan anlamamız gereken şudur: Bir ceza davasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde korunan hakların ihlal edildiği tartışıldığında; yerel mahkemeler, gerekçeli kararlarında bu iddiaları ele almakla mükelleftirler.

D) Madde 6/1: Makul sürede yargılanma hakkı

AİHM'in Kart/Türkiye davasında da belirttiği gibi, ceza hukuku alanında, makul sürede yargılanma hakkı, kişinin kendisine karşı yöneltilen suçlamanın sonucuna ilişkin bir belirsizlik durumunda çok uzun süre kalmaması için getirilmiştir[676].

Makul sürenin hesaplanmasında başlangıç, kişiye karşı resmi suçlamanın getirildiği andır[677]. Pratik olarak pek çok vakada bu, kişinin gözaltına alındığı ana işaret eder. Yani, ceza davasında yargılama süresinin makul olup olmadığı; iddianamenin kabulü veya kişinin tutuklandığı günden değil, daha ilk gözaltına alındığı andan itibaren hesaplanacaktır. Ceza davasında sürenin sonu, suç ithamının kesin hükümle karara bağlandığı andır.[678]

675 ECHtR, Fabris/France, (Application no. 16574/08), 7 February 2013, para.72, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-116716%22]}

676 Kart/Turkey, (Application no. 8917/05), 3 December 2009, para.68, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-96007%22]}

677 ECHtR, Deweer v. Belgium, (Application no. 6903/75), 22 February 1980, para.42, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57469"]}

678 ECHtR, Eckle v. Germany, (Application no. 8130/78), 15

AİHM'in Mitchell ve Holloway/Birleşik Krallık[679] davasında da belirttiği gibi, davanın süresinin makul olup olmadığı, her vakanın kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda vakanın arz ettiği nitelik (ne denli kompleks bir yapıya sahip olduğu); başvurucu ve vekilinin tutumları, görevli makamların tutumları ve başvurucu için neyin risk altında olduğuna bakılmalıdır.

Ceza davasındaki makul süre ile, tutukluluktaki makul süre (Madde 5/3) birbirinden tamamen bağımsız ve ayrı kavramlardır.

Dava uzun bir zamandan beri sürmekte ise, süregiden bir ihlal söz konusu olduğundan, yargılama bitmeden bireysel başvuru yoluna gidilebilir.

E) Madde 6/2: Masumiyet karinesi/masum sayılma hakkı

Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

Masumiyet karinesi, kişinin kesin hükümle mahkûm edilmesine kadar masum sayılmasını ifade eder. Sanığın suçlu olduğunu ispat etme yükümlülüğü iddia makamının üzerindedir. Şüphe durumunda, bundan sanık yararlanacaktır. Bu klasik anlamının yanı sıra, aşağıda göreceğimiz gibi, AİHM masu-

July 1982, para. Para 77, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57476"]}

679 ECHtR, Mitchell and Holloway v. The United Kingdom, (Application no. 44808/98), 17 December 2002, para.51, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60823

miyet karinesini çok geniş bir alanı kapsayan bir hak olarak görmektedir.

Tacizle suçlayanın otomatik mahkumiyeti

Bir kişinin suç duyurusunda bulunmasının ardından, hakkında şikâyette bulunduğu kişinin beraat etmesi üzerine, kendisine karşı açılan davada otomatik olarak mahkûm edilmesi nedeniyle masumiyet karinesi ihlal edilir.

AİHM Klouvi/Fransa[680] davasında cinsel taciz iddiasının ardından, kendisine karşı şikâyette bulunulan kişinin (delil yetersizliği nedeniyle) beraat etmesi ve bu beraatın kesinleşmesi üzerine, bu kişinin şikâyeti üzerine taciz konusunda şikayetçi olan kadının mahkûm edilmesi nedeniyle 6/2'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Çünkü, Fransız hukuku, kesinleşen beraatı, şikâyette bulunan için otomatik bir mahkûmiyet sebebi olarak kabul etmektedir, ki bu AİHM'e göre masumiyet karinesinin ihlalidir.

Ölen kişinin suçlu ilan edilmesi

Ceza yargılaması sürerken ölen bir kişinin, yargılama tamamlanmadığı halde suçlu ilan edilmesi masumiyet karinesine aykırıdır ve Sözleşme'nin 6/2. maddesini ihlal eder. Vulakh/Rusya[681] davasında AİHM bu konuyu açıklığa kavuşturmuştur. Polisin yaptığı operasyonla organize suç örgütü üyesi oldu-

680 ECHtR, Press release, Judgements concerning France and Germany, Klouvi v. France, 30.06.2011, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"fulltext":["30754/03"]}

681 ECHtR, Vulakh and Others v. Russia, (Application no. 33468/03?, 10 January 2012, para.36-37, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-108500

ğundan şüphelenilen kişiler gözaltına alınmış; bu haberi duyan ve örgütün lideri olduğu öne sürülen Vitaliy Vulakh nişanlısını vurduktan sonra intihar etmiştir. Dolayısıyla da yargılanması söz konusu olmamıştır.

Ancak suç örgütünün üyelerinin mahkumiyeti üzerine, onların işledikleri suçlardan zarar gördüğü iddia edilen kişiler, sanıklara ve bu arada çetenin lideri olduğu iddia edilen Vulakh'ın yakınlarına karşı da tazminat davaları açmış ve kazanmışlardır. AİHM, Vitaliy Vulakh'ın mahkumiyetiyle sonuçlanan bir hüküm bulunmamasına rağmen, Rus mahkemelerinin onu, ciddi suçlar işlemiş bir çetenin lideri olarak ilan etmelerinin, masum sayılma hakkının ihlali olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Hukuk mahkemesinin suçlu ilan etmesi

AİHM'in Teodor/Romanya[682] davasında da tespit ettiği gibi, hukuk mahkemeleri, sonuçlanmamış ceza davasındaki belge ve bilgilere referansta bulunabilirler. Ancak, ceza yargılaması sonucu mahkûm olmayan bir kişiyi bir şekilde "suçlu" ilan ederlerse madde 6/2'nin ihlali ortaya çıkacaktır.

Örneğin Romanya'ya karşı açılan bu davada AİHM'in tespit ettiği gibi, hukuk mahkemesinin suçun zaman aşımına uğramış olmasının "suç tespitini ortadan kaldırmadığı, sadece başvurucunun cezai bir yaptırıma çarptırılmasını engellediği," yönündeki beyanı masumiyet karinesinin ihlali niteliğindedir.

682 ECHtR, Teodor v. Romania summary, (Application no. 46878/06), 4.6.2013, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22002-7609%22]}

Beraatın delil yetersizliğinden olması önemli değildir

AİHM beraat kararlarının türüne göre masumiyet karinesinin koruyuculuğunun kapsamında bir değişiklik meydana gelmeyeceğini belirtmektedir. AİHM'in Tendam/İspanya[683] kararında yaptığı aşağıdaki tespitler bu bakımdan oldukça önemlidir:

"…kesinleşen bir beraat kararından sonra bir sanığın masumiyeti hakkında şüpheler ifade edilmesi artık kabul edilemez (…) beraat kararı bir kez kesinleştikten sonra, Sözleşme'nin 6/2. fıkrası uyarınca şüphe yararına bir beraat söz konusu olsa bile, beraat kararının sebeplerinden elde edilmiş olanlar dahil, suçluluk konusunda şüpheler ifade edilmesi masumiyet karinesiyle bağdaşmamaktadır, (…) Gerçekten de daha sonra verilen yargı kararları ya da kamu makamlarının yaptığı açıklamalar, şüpheli hakkında önceden verilmiş olan beraat kararına açıkça karşı gelen bir suçluluk tespiti şeklindeyse, Sözleşme'nin 6/2. fıkrası açısından sorun yaratabilir (…) Mahkeme ayrıca, masumiyet karinesinin özel bir görünümü olan '*in dubio pro reo*' ilkesi uyarınca, kişinin delil yokluğu nedeniyle serbest bırakılması ile masum olduğunun hiçbir şüphe götürmeyecek şekilde tespit edilmiş olması nedeniyle serbest bırakılması arasında nitelik açısından fark bulunmadığını belirtmektedir. Gerçekten de beraat hükümleri, her seferinde ceza yargıcının benimsediği gerekçelere göre değişmez. Tam aksine; ilgilinin cezai sorumluluğu hakkında doğrudan ya da dolaylı biçimde beyanda

683 AİHM, Tendam-İspanya, (Başvuru no. 25720/05), Türkçe çeviri, 13 Temmuz 2020, para.36-41, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-111147%22]}

bulunan tüm makamlar, Sözleşme'nin 6/2. fıkrası çerçevesinde, bir beraat kararının hüküm kısmına saygı duymalıdırlar. Bakanlık başvurucunun tazminat talebini geri çevirmek için, beraat kararına göre 'başvurucunun suça iştirak etmediğinin yeterli düzeyde kanıtlanamadığını' belirtmiştir (…) Mahkeme, delil yokluğu nedeniyle verilen beraat kararı ile suç içeren eylemin yokluğunun tespitine dayanan beraat kararı arasında ayrım gözeten bu mantığın, sanık hakkında önceden verilen beraat kararını tanımadığı, halbuki ceza yargıcının kabul ettiği sebep ne olursa olsun, tüm yargı makamlarının bu beraat kararının hüküm kısmına uymaları gerektiği kanısındadır (…) Sonuç olarak, sözü geçen içtihadın uygulanmasına ilişkin Bakanlığın kararına onay veren ulusal mahkemeler, ortaya çıkan soruna bir çare bulmamışlardır…Bu unsurlar, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 6/2. fıkrasının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varması için yeterlidir."

Kişi hakkındaki yargılama devam ederken, yargı makamları[684], diğer kamu görevlileri[685] ya da basın[686] tarafından suçlu ilan edilmesi de masumiyet karinesini ihlal edecektir.

Susma hakkı

AİHM'in McGuinness/İrlanda[687] davasında da belirttiği

684 Minelli v. Switzerland, no. 8660/79, 25.03.1983; Lavents v. Latvia, no. 58442/00, 28.11.2002 |

685 Allenet de Ribamont v. France, no. 15175/89 , 10.02.1995; Butkevicius v. Lithuania, no. 48297/99 , 26.03.2002

686 Dovzhenko v. Ukraine, no. 36650/03, 12.01.2012

687 ECHtR, McGuinness v. Ireland, (Application no. 34720/97), 21 December 2000, para. 40, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59097%22]}

gibi, Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça söz edilmemiş olsa da, susma hakkı ve kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı, bu maddedeki adil yargılama kavramının tam da kalbinde yer alırlar. Bunun mantığı da şudur: şüpheli, yetkililerin uygulayabileceği yolsuz baskılara karşı korunmalı ve böylece 6. maddedeki amaçların boşa çıkarılmasının önüne geçilmelidir.

Kişinin kendini suçlamama hakkı, iddia makamının, sanığın iradesi hilafına onu zorlayıp baskı altına alarak elde edilen delillere başvurmadan, kendi iddialarını ispatlamakla mükellef olmasını gerektirir. Bu manada, susma hakkı Sözleşmenin 6/2. maddesindeki suçsuzluk karinesi ile yakın bir bağlantı içindedir.

Burada dikkat edilmesi gereken ince ayrım şudur: AİHM kişiden bilgi almak için onu bir takım yaptırımlarla tehdit etmeyi değil, kişinin bilgi vermeyi reddetmesi üzerine bir yaptırıma çarptırılmasını masumiyet karinesine aykırı bulmaktadır.

Susma ve kendi kendini suçlamama hakları, sadece ceza muhakemesinin uygulandığı davalar için söz konusu değildir. AİHM'in anladığı anlamda bir ceza isnadının bulunduğu her durumda bu hak mevcuttur. Örneğin, JB/İsviçre[688] davasında, AİHM, vergi kaçırdığı iddiasıyla başvurucu hakkında yürütülen soruşturma sırasında, kendisinden istenen gelirleriyle ilgili belgeleri temin etmemesi nedeniyle idari para cezası verilmesini, susma/kendi kendini suçlamama hakkının bir ihlali olarak değerlendirmiştir.

688 ECHtR, J.B v. Switzerland, (Application no. 31827/96), 3 May 2001, para. 69-71, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59449%22]}

Funke/Fransa[689] davasında AİHM, başvurucunun gümrük memurları tarafından istenen belgeleri vermemesi nedeniyle mahkûm edilmesini 6. madde açısından incelemiştir. AİHM'e göre, başvurucunun gümrük yetkilileri tarafından kendisini suçlu duruma düşürecek belgeleri vermeye zorlanması ve bunları vermeyi reddettiği için mahkûm edilmesi (bu ilgili ülkenin Gümrük yasalarına dayanıyor bile olsa) onun susma hakkının ve dolayısıyla da adil yargılanma hakkının bir ihlali niteliğindedir.

F) Madde 6/3: Suçlamayı Öğrenme hakkı

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

AİHM'in Pelissier ve Sassi/Fransa[690] davasında da belirttiği gibi, Sözleşmenin 6/3 maddesinde düzenlenen suçlamayı öğrenme hakkı, sadece suçlamanın hangi eylem ve olgulara dayandığını değil fakat aynı zamanda bu eylemlerin hukuken nasıl nitelendiğini de öğrenme hakkını içerir.

Sanığa verilecek bilgi, her koşulda, yeterli bir savunma

689 ECHtR, Funke v. France, (Application no. 10828/84), 23 February 1993, para 41-44, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57809%22]}

690 ECHtR, Pelissier and Sassi v. France, (Application no. 25444/94), 25 March 1999, para.51, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5408161-6766993

yapabilme bakış açısıyla, suçlamanın kapsamını bütünüyle anlamasına yeterli olacak düzeyde olmalıdır[691]. 6/3. madde kapsamında verilmesi gereken bilgi, 5/2. Madde kapsamında verilmesi gerekenden çok daha ayrıntılı olacaktır[692].

AİHM, Sadak, Zana, Dicle ve Doğan/Türkiye davasında; suç niteliğinin karardan hemen önce, sanıkların savunmalarını hazırlamalarına olanak vermeyecek şekilde değiştirilmesini, 6. maddenin 3. fıkrasının a ve b bendi hükümlerine aykırı bulmuştur[693].

G) Madde 6/3: Savunmayı hazırlama olanağına sahip olma hakkı

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

Bu maddede yer alan "savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak" ibaresi; dava için sanığın ve vekilinin yapması gereken, her türlü esaslı savunma aktivitesini içine alır. Sanık, bütün ilgili savunma argümanlarını yargılamanın yapıldığı mahkeme önüne getirebilme ve sonucu etkileyebilmesine olanak verecek şekilde, kendi savun-

691 ECHtR, Mattoccia v. Italy, aktaran legislationline, https://www.legislationline.org/documents/id/17298

692 Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Abdurrahman Saygılı, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", Turhan Kitabevi, Aralık 2019, s. 294

693 Gözübüyük, Gölcüklü, Saygılı, a.g.e, s. 295

masını herhangi bir kısıtlamayla karşılaşmaksızın ve uygun bir tarzda hazırlayabilmelidir. Sanığın savunmasını hazırlamak için yeterli zamana sahip olup olmadığı değerlendirilirken davanın yapısına, vakanın karmaşıklığına ve dava sürecine özel bir dikkat gösterilmelidir[694].

Madde 6/3-b bendi hükmü uyarınca sanığa sağlanacak kolaylıklar, bilgi sahibi olmak için dava dosyasının incelenmesi olanağı, savunma yapabilmek için duruşmada bulunabilmek, sanığın avukatıyla serbestçe görüşebilmesi ve gerekçeli mahkeme kararının sanığa usulünce tebliğidir[695].

AİHM'in Hüseyin ve Diğerleri/Azerbaycan davasında da belirttiği gibi, avukatların dosya inceleme formu imzalamış olmaları, savcılık dosyalarını incelemek için kendilerine yeterli zamanın verildiğini tek başına göstermez[696]. Somut olayda savunma avukatlarına dosya fotokopileri verilmemiş, sadece kısa bir süre incelemelerine izin verilmişti. AİHM, bu vakada 6/3- b'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bazı koşullarda, sanığa yeterli sürenin verilmesi için mahkemenin duruşmayı kendiliğinden ertelemesi de gerekli olabilir.

AİHM, "kolaylıklar" ibaresinden, cezaevindeki sanık için,

694 ECHtR, Gregacevic v. Croatia, (Application no. 58331/09), 10 July 2012, para. 51, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-112090"]}

695 Gözübüyük, Gölcüklü, Saygılı, a.g.e, s. 296

696 ECHtR, Huseyn and Others v. Azerbaijan, (Applications nos. 35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05), 26 July 2011, para.174-177, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-105823"]}

kişinin makul konsantrasyon düzeyinde okuyup yazmasına imkân veren tutukluluk koşullarına sahip olmasını anlamaktadır. Aynı şekilde, sanığın yaşamsal önemdeki bir duruşmaya çıkmadan bir gece önce yorucu bir yolculuğa çıkarılarak, fiziksel ve ruhsal direncinin azalmasını da, bu ilkenin ihlali olarak kabul etmektedir. Yine bu bağlamda AİHM, sanığın, avukatların ve mahkeme heyetinin aşırı derecede yorulduğu, 17 saatten fazla süren bir duruşmayı da 6/3-b'nin ihlali olarak kabul etmiştir[697].

H) **Madde 6/3: Kendini bizzat savunma veya müdafinin yardımından yararlanma hakkı**

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek

6. maddenin 3.paragrafındaki ;kendini savunma veya seçeceği bir müdafinin yardımından faydalanma hakkı, sadece ceza mahkemelerindeki yargılamalarda değil, fakat her nerede hükme bağlanıyor olursa olsun, ceza isnadı getirilen her durum ve koşulda geçerli olan bir haktır.

Mahpuslara disiplin soruşturması sonucu ek ceza veril-

697 ECHtR, Moiseyev v. Russia, (Application no. 62936/00), 9 October 2008, para.221, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-88780%22]}

mesini konu alan Ezeh ve Connors/Birleşik Krallık[698] davasında AİHM, konuyu Sözleşme'nin 6/3. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, herhangi bir ceza isnadıyla karşılaşan kişinin, kendini bizzat savunmak istememesi halinde, seçtiği bir avukatın yardımından faydalanma hakkı olduğunu hatırlatmıştır.

Bu olayda ise, mahpusları cezalandıran cezaevi idaresi, mahpusun böyle bir hakkı olmadığı sonucuna ulaşmış, onların bu kararı da Yüksek Mahkeme tarafından onaylanmıştır. AİHM cezaevindeki disiplin soruşturmasında; mahpusun avukat yardımından faydalanamaması nedeniyle 6/3. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu haktan vazgeçilebilir

AİHM'in Yoldaş/Türkiye[699] kararında ortaya koyduğu tespitler, gözaltında avukat yardımından yararlanmanın önemi, kapsamı ve bu haktan vazgeçilip geçilemeyeceği konusunda önemli tespitler içermektedir. AİHM'e göre, kişinin gözaltında avukat yardımından faydalanması, hakkaniyete uygunluk bakımından önemli bir kavramı oluşturmaktadır.

Sözleşmenin 6/1. maddesi ile öngörülen adil yargılanma hakkının yeterince "somut ve etkili" olabilmesi için, kural ola-

698 ECHtR, Press Release, Ezeh and Connors v. United Kingdom, (Application nos. 39665/98 and 40086/98), 9.10.2003, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:[%2239665/98%22],%22itemid%22:[%22003-849707-870555%22]}

699 AİHM, Yoldaş/Türkiye, (Başvuru no. 27503/04), kararın özet çevirisi, 23 Şubat 2010, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-175879%22]}

rak bir avukata erişimin, sanığın polis tarafından ilk sorgusu sırasında gerçekleşmesi gerekir. Prensip olarak, suç unsurunu teşkil eden ve polis sorgusu sırasında avukat aracılığıyla verilmeyen beyanların, mahkûmiyetin dayanağı olarak kullanılması, savunma haklarına geri döndürülemez biçimde zarar verir.

AİHM bu haktan gözaltına alınan kişi tarafından vazgeçilebileceğini de şu sözlerle ifade etmiştir:

"AİHM bu bağlamda; 6. maddenin lafzının, bir kimsenin kendi isteğiyle, aleni ya da zımni olarak, adil yargılanma hakkını güvence altına alan haklardan vazgeçmesine engel teşkil etmediğini hatırlatır (…) Bununla birlikte, AİHS'in etkinliği bakımından, adil yargılanma hakkından feragat etme durumunun muallâk bir yapıda olmaması ve asgari bir ciddiyet düzeyine ulaşması gerekir."

Bunun için de; gözaltına alınan kişinin avukat yardımından yararlanmama isteği, hür iradesiyle ve gönüllü olarak ortaya konulmuş olmalıdır. Bu şekilde avukat yardımından faydalanma hakkından vazgeçen kişi, sonradan Sözleşmenin 6/3. maddesinin ihlal edildiğini ileri süremez. Somut olayda AİHM, bu unsurlar bulunduğu için 6/3'ün ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Avukatla görüşmeye getirilen sınırlamalar

AİHM'in S/İsviçre davasında da belirttiği gibi; sanığın kimsenin duyamayacağı bir şekilde avukatıyla iletişim kurabilme hakkı, demokratik bir toplumda, adil yargılanma hakkının temel gereklerinden birisini oluşturur. AİHM'e göre, eğer bir avukat müvekkilinden, izlenmeden, mahrem bir şekilde

talimat alamıyorsa, onun yaptığı yardımın işe yararlığı büyük ölçüde ortadan kalkacaktır. Halbuki, Sözleşme uygulanabilir ve etkili hakları güvence altına almaktadır[700].

Çekişmeli yargılama ilkesinin bir gereği olarak, sanık aleyhine olan bütün deliller ve sanık aleyhine ifade veren tanıklar, kural olarak mahkeme huzuruna getirilmeli; sanık ve avukatları tarafından sorgulanabilmelidir.

ı) **Madde 6/3: İddia tanıklarını sorguya çekme hakkı**
Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:
d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek

AİHM'in Al-Khawaja ve Thery/Birleşik Krallık[701] davasında da belirttiği gibi; yukarıda sözünü ettiğimiz prensipten iki gereklilik ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, bir tanığın duruşmaya katılmaması durumunda, bunun geçerli bir sebebi olmalıdır. İkinci olarak, bir sanığın mahkumiyeti, büyük oranda veya bütünüyle bir tanığın (ister soruşturma aşamasında, isterse kovuşturma aşamasında ifade vermiş olsun) ifadeleri üzerine kurulmuş ve sanık bu tanığı sorgulayamamışsa 6/3-d'nin

700 ECHtR, S. v. Switzerland, (Application no. 12629/87; 13965/88), 28 November 1991, para. 48, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57709%22]}

701 ECHtR, Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, (Applications nos: 26766/05 and 22228/06), 15 December 2011, Para. 119, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-108072%22]}

ihlali ortaya çıkacaktır.

Gizli/anonim tanıklar konusunda da AİHM, organize suçla mücadelenin gereklerini göz önüne alarak bir ayrıma gitmektedir. Mahkemenin, soruşturma aşamasında bu tanıkların ifadelerinin dayanak alınmasına bir itirazı bulunmamaktadır. Ancak AİHM'e göre; kovuşturma aşamasında gizli tanıkların kullanılması ve mahkumiyetin bu tanık ifadelerine dayandırılması ise bambaşka bir meseledir. Bu durumda 6/3-d'nin ihlali ortaya çıkacaktır.

AİHM'in Khodorkovkiy/Rusya davasında da belirttiği gibi; 6/3-d deki "tanıkları" sorgulama hakkı, aynı zamanda bilirkişileri sorgulama hakkını da içermektedir. AİHM'e göre, sanığın sadece bilirkişilerin/uzmanların hazırladıkları rapora karşı kendi diyeceklerini bildirme değil, fakat aynı zamanda, doğrudan sorgu yoluyla, bu kişilerin güvenirliklerini sorgulama hakları bulunmaktadır[702].

J) **Madde 6/3: Tercüman yardımından yararlanma hakkı**

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak

Mahkemede kullanılan dili anlamayan sanığa ücretsiz

702 ECHtR, Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia (Applications nos. 11082/06 and 13772/05), 25 July 2013, para. 711, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-122697%22]}

tercüman sağlanmalıdır. Mahkemeler sadece tercüman sağlamakla değil ama aynı zamanda bu hizmetin düzgün bir şekilde verilmesini temin etmekle ödevlidirler[703].

703 ECHtR, Cuscani v. The United Kingdom, (Application no. 32771/96), 24 September 2002, para.39, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-60643%22]}

VII) Madde 7 : Kanunsuz ceza olmaz

1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı bicimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.

7 Nolu Protokol Madde 4: Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı

1. Hiç kimse, bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı, aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.

2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez.

3. Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile derpiş olunan yükümlülüklere aykırı hiçbir tedbir alınamaz.

Sözleşmenin 7. maddesi ceza hukukunun en temel prensiplerini ortaya koymaktadır.

Maddenin 1. paragrafının ilk yarısında; kanunsuz suç ve

ceza olmaz prensibinin, ikinci yarısında da; daha ağır ceza getiren hükümlerin geçmişe uygulanamayacağı prensibinin ortaya konulduğunu görüyoruz.

AİHM, maddenin kapsamını, yukarıdaki ilkelerden sadır olan diğer alt ilkelerle birlikte değerlendirmektedir. Gerçekten de Mahkeme'nin Kokkinakis/Yunanistan[704] davasında da belirttiği gibi, bu madde sadece aleyhe olan ceza yasalarının uygulanmasını yasaklamamaktadır. Madde daha geniş anlamda "kanunsuz suç ve ceza olmaz" prensibini düzenlemekte (nullum crimen, nulla poena sine lege), suçun yasalarda açıkça tarif edilmesi gereğini belirterek, ceza hukukunun, çok geniş yorumlanıp- örneğin kıyas yoluyla- sanığın aleyhine bir şekilde uygulanmasını yasaklamaktadır. Bu koşulların yerine gelebilmesi için de ilgili kişi, -icabında mahkemelerin yorumları yardımıyla- maddelerin lafzından hangi eylem veya ihmallerinin onu hukuk önünde sorumlu kılacağını anlayabilmelidir.

7 Nolu Protokol

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 7 Nolu Protokolü 2.5.2016 tarihinde onaylamıştır. Protokol 1.8.2016 tarihinden beri yürürlüktedir. Yani bu protokol de, Türkiye bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bir parçası haline gelmiştir.

7 Nolu Protokolün 4. maddesi, ceza hukukunda "Non bis in idem" olarak bilinen, yani bir kişinin aynı suç nedeniyle iki kez yargılanması ve cezalandırılmasını yasaklayan prensibi

704 ECHtR, Kokkinakis v. Greece, (Application no. 14307/88), 25 May 1983, Para. 52, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827

dile getirmektedir.

AİHM'in A ve B/Norveç[705] davasında da belirttiği gibi, 7 nolu protokolün 4. maddesi; sadece aynı suç için iki kez cezalandırılmamayı değil, fakat aynı zamanda aynı suç için iki defa soruşturma veya kovuşturmaya uğramama hakkını da güvence altına almaktadır.

705 ECHtR, A and B v. Norway, (Applications nos. 24130/11 and 29758/11), 15 November 2016, para. 110, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972

VIII) Sözleşmenin 8., 9., 10. ve 11. Maddeleri için geçerli olan ortak kurallar

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. (Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı); 9. (Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü); 10. (İfade Özgürlüğü) ve 11. (Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü) maddeleri benzer bir yapı ortaya koymaktadır. Bu maddelerin ilk paragraflarında; hak ve özgürlüğün ne olduğu tarif edilmekte, ikinci paragraflarında da; hakların sınırlanmasının hangi ölçütlere dayanacağı açıklanmaktadır.

Gerek bu maddelerin metinlerinden ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu maddeleri yorumlayış biçiminden, her dört madde için de hak ihlallerini ve müdahaleleri değerlendirmek için, ortak bazı kriterler ortaya çıkmış bulunmaktadır. AİHM bu maddeleri konu alan haklara müdahaleleri aşağıdaki gibi değerlendirmektedir :

1-İlk olarak bakılacak olan, yakınma konusu yapılan meselenin bu maddelerden birisinin kapsamına girip girmediğidir[706]. İlk bakışta bu maddelerin kapsamına giriyor gibi görünen bazı şeyler kapsam dışında değerlendirilebileceği gibi, bazen de ilk bakışta madde kapsamına girmiyor gibi görünen konular, AİHM veya AYM içtihadıyla bu maddeler kapsamında değerlendiriliyor olabilir. Dolayısıyla, bu maddelerin kapsamına neyin girip neyin girmediğini, söz konusu kavramların gündelik dildeki anlamlarına bakarak değil, AİHM ve AYM'nin bunları nasıl değerlendirdiğini inceleyerek karar

706 Philip Leach, "Taking a Case to The European Court of Human Rights" (Student version), Oxford University Press, 2017, s. 400

vermemiz gerekiyor.

2-Eğer birinci soruya verilen yanıt 'evet' ise, bu defa, başvurucunun bu maddeler altındaki haklarından birisine yönelik bir "müdahale" bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Müvekkilin, din hürriyetini kullanırken veya ifade ettiği bir düşünce nedeniyle ya da bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katıldığı için, herhangi bir ceza aldığı durumlarda söz konusu haklara yönelik bir müdahale olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. Ancak, AİHM haklara yapılan "müdahaleyi" daha geniş bir çerçevede anlamaktadır.

İfade ve basın hürriyeti alanından örnek verecek olur isek, şu eylem ve işlemleri AİHM›in müdahale olarak kabul ettiğini söyleyebiliriz[707]: Ceza mahkumiyetinin yanı sıra, gazetede bir yayının veya bir fotoğrafın yayımlanmasının yasaklanması; yayın araçlarına el konulması, yayın lisansı verilmesini reddetme; gazetecilik mesleğini icrasına yasak getirilmesi, bir devlet başkanının bir kamu görevlisini, kamuya yaptığı açıklamaları takiben kamu görevine atamayacağına ilişkin beyanat vermesi vd...

3-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8.,9.,10.,11. Maddelerinde koruma altına alınan haklara, bir müdahale olduğu tespit edildiğinde, bu defa, bu müdahalenin hukuken öngörülmüş bir müdahale olup olmadığına bakılacaktır.

Yani, müdahalenin yasal bir temeli bulunmakta mı-

707 Dominika Bychawska-Siniarska, "Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması", çev. Av. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi Yayını, 2018, s. 40-41, https://rm.coe.int/aihs-kapsam-nda-ifade-ozgurlugu/16808db5d5

dır? Eğer müdahalenin iç hukukta yasal bir dayanağı yoksa, Sözleşmenin ilgili maddesi ihlal edilmiş olacaktır. Buradaki yasallık koşulunun yerine getirildiğinden söz edebilmek için, müdahaleye temel teşkil eden hukuki düzenlemeler ulaşılabilir olmalı, kişilerin davranışlarının sonuçlarını öngörebilmelerini sağlayacak ölçüde kesin ve net bir şekilde formüle edilmiş olmalı ve keyfi müdahalelere karşı güvenceler içermelidir[708].

4-Eğer yukarıdaki testler geçilmişse, bu defa söz konusu müdahalenin "meşru bir amacı," olup olmadığına bakılacaktır. Meşru amaçla kastettiğimiz, 8., 9., 10. ve 11. maddelerin ikinci paragraflarında sayılan nedenlerdir. Buna göre, söz konusu hakka bir müdahale olması ve bu müdahalenin yasal bir dayanağının bulunması durumunda; bu maddelerde sayılan, ulusal güvenlik, kamu düzeni, başkalarının haklarının korunması, genel sağlık, genel ahlak, suçun önlenmesi vd. gibi gerekçelerden birisine başvurulup başvurulmadığını kontrol etmemiz gerekir.

Örneğin, AİHM, İzmir Savaş Karşıtları Derneği'nin yurt dışında bir toplantıya katılmak için bakanlıktan izin almakla yükümlendirilmesinin, örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. Madde'nin 2. Paragrafındaki hiçbir meşru amacı taşımadığı sonucuna ulaşmış ve Türkiye'yi mahkûm etmiştir[709].

5-Yukarıdaki bütün testlerin geçilmesi durumunda, AİHM bu defa söz konusu müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını değerlendirmektedir. Bu değerlen-

708 Philip Leach, "Taking a Case to The European Court of Human Rights" (Student version), Oxford University Press, 2017, s. 401

709 Philip Leach, a.g.e, s. 402.

dirmeyi yaparken de kendisinin geliştirdiği bazı kavramları kullanmaktadır. Buna göre; bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli addedilebilmesi için, "sıkıştıran bir toplumsal ihtiyaç baskısına," (Pressing social need) karşılık gelmesi gerekir.

Aynı şekilde müdahale, takip ettiği meşru amaçla "orantılı" olmalıdır. Bu orantılılığın mevcut olup olmadığını değerlendirirken de AİHM, söz konusu hakka müdahalede bulunmadan ya da daha yumuşak bir müdahalede bulunarak, bu meşru amaca ulaştıracak başka bir yol olup olmadığına; müdahale için ileri sürülen nedenlerin "ilgili" ve "yeterli" olup olmadığına ve müdahale sonucuna giden sürecin adil olup olmadığına bakmaktadır[710].

Aşağıda Sözleşmenin 8., 9., 10. ve 11. maddelerini bu kitabın amaçlarını göz önüne alarak, ceza hukukunu ve avukatları doğrudan ilgilendiren meseleler çerçevesinde ele alacağız.

710 Philip Leach, a.g.e, s. 402.

IX) Madde 8 : Özel ve aile hayatına saygı hakkı

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç, işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

Madde metninden de görüleceği üzere, 8. madde, dört ayrı hakkı koruma altına almaktadır. Bunlar; özel hayat, aile hayatı, konuta ve yazışmalara saygı gösterilmesi haklarıdır. Bu madde altında AİHM, hatırı sayılır bir içtihat hukuku üretmiş bulunuyor. Ancak biz bu kapsamlı içtihat hukukuna, konumuzu ve avukatları ilgilendirdiği oranda değineceğiz.

Avukatın müvekkiliyle yazışması

AİHM Michaud/Fransa[711] davasında, avukat ve müvekkil arasındaki yazışmaların özel bir korumaya mazhar olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göre, Sözleşmenin 8. maddesi bütün bireyler arasındaki yazışmaların mahremiyetini korumakla birlikte, avukat ve müvekkili arasındaki yazışmalara daha da güçlendirilmiş bir koruma sağlamaktadır.

711 ECHtR, Michaud v. France, (Application no. 12323/11), 6 December 2012, para.118-119, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-115377%22]}

Bu güçlendirilmiş koruma, avukatların dava taraflarını savunmak yönünde, demokratik bir toplumda oynadıkları özel rol nedeniyle onlara verilmiştir. Avukatlar, savundukları kişilere, aralarındaki yazışmaların mahrem kalacağı konusunda bir garanti veremezlerse bu rollerini oynayamazlar.

AİHM Laurent/Fransa[712] davasında, bir avukatın adliyede polis nezaretindeki müvekkiline katlanmış bir kâğıda yazılmış olarak ilettiği notun, görevli polis tarafından açılıp okunmasını 8. maddeye aykırı bulmuştur. Çünkü AİHM'e göre, avukatla müvekkili arasındaki not alıp verme işine yapılan müdahale, demokratik bir toplumda sıkıştıran bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmiyordu.

Mahkemeye göre, bir avukatın müvekkiline vermeden önce üzerine yazı yazıp katladığı bir kâğıt parçası Sözleşmenin 8. maddesindeki anlamda koruma altındaki bir yazışmadır. Başvurucu Avukat Laurent, görevli polis memurlarının görebileceği şekilde, gizlemeden notunu müvekkiline iletmiştir. Herhangi bir suç işlendiğine dair ortada bir şüphe yokken, yazışmaya el konması meşrulaştırılamaz.

Avukatın ofisinin aranması

Belirtmek isteriz ki AİHM, avukatların ofisini Sözleşmenin 8. maddesindeki anlamda "özel hayatın" bir parçası kabul etmekte ve bu tür aramaları bu madde altında incelemektedir. Taner Kılıç/Türkiye[713] davasında AİHM, genel bir arama em-

712 ECHtR, Laurent v. France press relase, (application no. 28798/13), 24.05.2018

713 Taner Kılıç v. Turkey, (Application no. 70845/01), 24 October 2006, para.42-45, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77672

rine dayanılarak, avukatlar için getirilen özel usule uymadan Avukatın bürosunun aranması ve bazı evraklarının fotokopisinin çekilmesini, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir. AİHM, şunları ifade etmiştir: "Mahkeme arama ve el koymanın yaygınlığını ve özel bir yetkilendirme olmadan ayrıcalıklı mesleki belgelere el konulduğunu gözlemlemiştir.

Başvurucuya, ne aramadan önce ne de sonra, hukuki yetkilendirme yazısı gösterilmemiştir. Belgelere el konması ve fotokopilerinin çekilmesine ilişkin olarak, CMUK'un aradığı şekilde, tedbirin uygulanmasından itibaren üç gün içinde mahkemenin onayı alınmamıştır. Aynı şekilde başvurucuya (…) fotokopisi çekilen belgelerin bir listesi verilmemiştir."

AİHM bu tespitleri yaptıktan sonra, başvurucunun aramayı yapan polis memurları hakkında bulunduğu suç duyurusunun da sonuçsuz kaldığını not etmiştir. AİHM, başvurucunun bürosunda yapılan aramanın usulü dairesinde yapılan bir yetkilendirmeye dayanmadığını; bu nedenle başvurucunun özel hayatına yapılan müdahalenin yasal bir dayanağı bulunmaması nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Avukatın telefonunun dinlenmesi

Avukatın müvekkiliyle görüşmesinin dinlenmesini, AİHM kural olarak 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmektedir. Ancak, avukatın bizatihi kendisinin suça karıştığına inanmak için makul gerekçeler bulunuyorsa, bu durumda bir ihlal ortaya çıkmayacaktır.

Kopp/İsviçre[714] davasında AİHM, avukatın telefonunun

714 ECHtR, Kopp v. Switzerland, case summary, (Applicaiton nos.

dinlenmesine dayanak yapılan yasanın kesin, net kurallar içermemesi nedeniyle; 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre telefon dinleme, özel hayat ve iletişime yönelik ciddi bir müdahale oluşturduğundan, bu müdahalenin oldukça net hukuki düzenlemelere dayanması gerekir.

İsviçre hukuku, avukatların ayrıcalığının sadece müvekkilleriyle ilgili konularla sınırlı olduğunu belirtmekle birlikte, nasıl, hangi koşullar altında ve kimin tarafından, nelerin avukat müvekkil ilişkisi içinde addedilip, nelerin bu profesyonel ilişki dışında değerlendirileceği açık bir şekilde ifade edilmemiştir. Dolayısıyla da başvurucu avukat, demokratik bir toplumda hukuk devletinin gerektirdiği asgari koruma düzeyinden yararlanamamıştır. Sonuç olarak 8. madde ihlal edilmiştir.

Bir avukatın konuşmalarının, polisin dinlemekte olduğu bir müvekkili nedeniyle kaydedilmesini ve daha sonra bu konuşmaların Baroda yürütülen bir disiplin soruşturmasında, kendisine karşı kullanılmasını konu alan Versini ve Crasnianski/Fransa[715] başvurusunda AİHM, bir ihlal tespit etmemiştir. Mahkeme, Fransız hukukunun avukatla müvekkili arasındaki görüşmelerin mahrem kalması konusunda açık düzenlemeler getirdiğini ve bu tür konuşmaları kaydetmeyi yasakladığını gözlemlemiştir.

13/1997/797/1000), 25 Mart 1998, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58144

715 ECHtR, Versini-Campinchi and Crasnianski v. France, press release, (application no. 49176/11), 16.06.2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5408161-6766993

Ancak bu kurala yönelik bir istisna mevcuttur: Bir şekilde dinlemeye takılan görüşmede; avukatın bizatihi kendisinin suç işlemekte olduğuna dair bir karine ortaya çıkıyorsa, bu konuşma kaydedilebilir. Bu yaklaşım Mahkemenin içtihatlarına uygundur.

Mahkeme ayrıca bu kayıt alma işinden, avukatın müvekkilinin haklarının olumsuz bir şekilde etkilenmediğini not etmiştir. Bu kayıtların imha edilmesi yönünde, avukatın yaptığı başvurunun reddedilmesinin nedeni, bu kayıtlarda bizzat avukatın kendisinin avukat-müvekkil gizliliğini ihlal ettiğinin ortaya çıkmış olmasıdır. Dolayısıyla; bu kayıtların savcı tarafından, avukat hakkında soruşturma yürütülmesi istemiyle Baroya gönderilmesi ve Baronun da soruşturmasında bu kayıtları kullanması 8. maddeyi ihlal etmez.

X) Madde 9. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü

1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle, dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve o özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi altında üretilen içtihatların ezici bir çoğunluğu din özgürlüğünü konu almaktadır.

AİHM din özgürlüğünden ne anladığını, Kokkinakis/Yunanistan[716] davasında şöyle ifade etmiştir:

"9. maddede güvence altına alınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşmedeki anlamda 'demokratik toplumun' temellerinden birini oluşturur. Dini boyutu açısından bu özgürlük; inananların kimliğini ve hayat algılarını oluşturan en hayati ögelerden biridir, ama aynı zamanda ateistler, agnostikler, kuşkucular ve kayıtsızlar açısından da son derece kıymetli bir güvencedir. Demokratik bir toplumun olmazsa olmaz unsurlarından ve yüzyıllar içerisinde çok büyük bedeller ödenerek

716 ECHtR, Kokkinakis v. Greece, (Application no. 14307/88), 25 May 1993, para.31, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57827

kazanılan bir değer olan çoğulculuk bu özgürlüğe dayanmaktadır.

Din özgürlüğü, öncelikle bir kişisel vicdan meselesi ise de, aynı zamanda, başka şeylerin yanı sıra, 'inancını açıklama' özgürlüğünü de ifade etmektedir. Sözlü ve yazılı şehadet, dini inançların varlığıyla bağlıdır. 9. maddeye göre, kişinin dinini açıklama özgürlüğü yalnızca topluluk içerisinde başkalarıyla birlikte, 'kamusal alanda' ve aynı inancı paylaşan kişiler arasında uygulanabilir nitelikte olmakla kalmayıp, aynı zamanda 'tek başına' veya 'özel tarzda' da beyan edilebilmektedir. Dahası, prensip olarak, kişinin örneğin 'öğretim' yoluyla komşusunu ikna etmeye çalışma hakkını da kapsamaktadır; zira bu hakkın bulunmaması durumunda 9. maddede teminat altına alınan, 'kişinin dinini veya inancını değiştirme özgürlüğü' hükümsüz hale gelecektir."

Din özgürlüğüne ilişkin temel kararlardan biri olan; Kokkinakis davasından yaptığımız bu uzun alıntıdan da görüleceği üzere, AİHM din özgürlüğünden, pek çok kişinin zannettiği gibi, "dindarların özgürlüğünü" anlamamaktadır. Bu özgürlük, dinsizler, bilinemezciler, ateistler ve yerleşik dinlere inanmayı reddedenler için de geçerlidir. Yine bu içtihattan anlayacağımız gibi, AİHM kişilerin sadece, kanaate, bir dünya görüşüne, bir inanca sahip olmalarını değil fakat bu inanç ve kanaatleri başkalarına anlatabilme ve yayabilme haklarını da koruma altına almaktadır.

Ancak bireylere, inanç gruplarına ve topluluklara tanınan din ve inanç hürriyetinin, aynı ölçüde devletler için de geçerli olduğu söylenemez. Bireylere ve gruplara, dini inançlarını

yayma konusunda büyük bir özgürlük alanı tanıyan AİHM, devletlerin bireylerin farklılıklarına aldırmaksızın, herkese aynı inançları empoze etmesi noktasında farklı bir yerde durmaktadır.

Zorunlu din dersi

Bir Alevi yurttaşın açtığı dava üzerine AİHM, 2007 yılında zorunlu din dersleri nedeniyle Türkiye'yi mahkûm etti. Eylem Zengin başvurusunda; ders kitaplarını inceleyen AİHM, bu derslerin sadece Sünni inanca ilişkin bir eğitim sunduğunu, bu içerikteki bir dersin "demokratik bir toplumda gerekli olan tarafsızlık ve çoğulculuk" gereklerini yerine getirmediği sonucuna ulaştı.[717]

Bu mahkûmiyet üzerine ders kitaplarında çeşitli değişiklikler yapılmış, Alevilik dahil, Türkiye'de mevcut değişik inanç gruplarına ilişkin bilgiler bu kitaplara eklenmiştir.

Ancak, bu değişiklikler Türkiye'nin 2014 yılında AİHM tarafından, yine aynı konuda mahkûm edilmesini engelleyememiştir. Mansur Yalçın ve Diğerleri davasında AİHM, Türkiye'nin din dersi müfredatını değiştirdiğini, Aleviler dahil olmak üzere diğer inanç gruplarına dair bazı eklemeler yapıldığını, ancak dersin Türkiye'de çoğunluğun İslam inanış ve uygulama biçimini yansıtan yapısının değişmediğini belirtmiştir.[718] AİHM, Alevi başvuruculaların, bu din dersi nedeniyle

717 ECHtR, Hasan and Eylem Zengin v. Turkey press release (application no. 1448/04), http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2142546-2275681

718 ECHtR, Mansur Yalçın and Others v. Turkey press release, (application no. 21163/11, 16.09.2014), http://hudoc.echr.coe.int/eng-pres-

çocukların okulda anlatılanlarla, ailenin değer yargıları arasında bir çatışma yaşayabileceği yönündeki kaygılarının yabana atılamayacağını belirtmiştir.

Her ne kadar son yıllarda; zorunlu din dersinden muafiyet talebiyle açılan birkaç davada, ulusal mahkemelerden olumlu kararlar çıkmaktaysa da; dileyenlerin çocuklarını bu dersten muaf tutabilmeleri konusunda yasal düzenlemelerin yapılmaması karşısında, bu çatışmanın giderilmesi olanağı görünmemektedir.

Vicdani Ret

Pasifizm ve savaş karşıtlığının bir inanç olarak kabul edilip edilmeyeceği, AİHM içtihadında uzun süre tartışıldıktan sonra, vicdani reddin bir felsefi kanaat olduğu ve 9. Maddenin koruması altında olduğu, Mahkemenin Bayatyan/Ermenistan[719] kararıyla kabul edilmiştir. Ancak, basit bir şekilde askerlik hizmeti yapmama arzusu, bu kapsamda değerlendirilmemekte, kişinin savaşmayı reddetmesinin derin bir felsefi inanca dayanması gerekmektedir. Bunun nasıl ispatlanacağı, somut olayın özelliklerine göre Mahkeme tarafından belirlenmektedir. Aynı şekilde dini bir inanca dayanan pasifizm de, maddenin koruması altındadır. Bu çerçevede; savaşmayı inançlarına aykırı gören Yehova Şahitlerinin zorunlu askerliğe

s?i=003-4868983-5948734

719 *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 110, ECHR 2011; Benzer yöndeki kararlar için bkz. *Erçep v. Turkey*, no. 43965/04, § 47, 22 November 2011; *Savda v. Turkey*, no. 42730/05, § 91, 12 June 2012; and *Papavasilakis v. Greece*, no. 66899/14, § 36, 15 September 2016

tabi tutulmasını da Mahkeme, 9. Maddenin ihlali olarak görmüştür.[720]

Dini toplulukların özerkliği

AİHM devletlerin sadece belli dini inançları empoze etmesini değil, ama aynı zamanda dini cemaatlerin iç işlerine karışmasını da din özgürlüğünün bir ihlali olarak değerlendirmektedir. AİHM'in Hasan ve Chaush/ Bulgaristan başvurusunda yaptığı tespitler oldukça önemlidir:

"Mahkeme, dini toplulukların bütün dünyada geleneksel olarak örgütlü yapılar olarak var olageldiğini hatırlatır. Bu topluluklar, genellikle mensuplarınca ilâhi kaynaklı olarak görülen kurallara uyarlar…Dini topluluğun örgütlenmesi söz konusu olduğunda, **AİHS'nin 9. maddesi, örgütlenme çalışmalarını, haklı görülemeyecek Devlet müdahalesine karşı koruyan 11. Maddenin ışığında yorumlanmalıdır.** Bu açıdan bakıldığında, din özgürlüğü hakkı; topluluğun istikrar içinde, keyfi Devlet müdahalesinden arınmış biçimde yaşamını sürdürmesine izin verileceği beklentisini kapsar. Gerçekten de **dini toplulukların** özerk varoluşu, demokratik bir toplumda çoğulculuk için vazgeçilmez bir nitelik taşır ve bu yüzden 9. maddenin sağladığı korumanın merkezinde yer alır. Yalnızca topluluğun kendisinin örgütlenmesini değil, aynı zamanda bütün faal mensuplarının din özgürlüğü hakkından etkili biçimde yararlanmasını da ilgilendirir. Topluluğun örgütlenme süreci AİHS'nin 9. maddesince korunmuyor olsaydı, bireyin din özgürlüğünün tüm diğer veçheleri tehlikeye düşerdi.[721]"

720 Adyan and Others v. Ermenia, no. 75604/11, 12.10.2017

721 ECHtR, Hasan and Chaush v. Bulgaria (Application no. 30985/96),

Bir inancın din olup olmadığına inananlar karar verir

AİHM'in dini yapıların özerk bir varoluşa sahip olduğu yönündeki yaklaşımının doğal bir sonucu olarak, herhangi bir inanışın din olup olmadığına da devlet değil, bizatihi o inancın sahibi olan kişiler karar verecektir. AİHM'in, Kurtuluş Ordusu Moskova Şubesi/Rusya[722] davasında da belirttiği gibi, "Sözleşmenin teminat altına aldığı şekliyle din özgürlüğü, dini inançların veya bu tür inançların açıklandığı araçların, meşru olup olmadığı konusunda devletin takdir yetkisini dışlamaktadır."

Türkiye'nin Aleviliği ayrı bir din ve Cemevlerini ibadethane olarak tanımaması, bu anlamda 9. madde altında ciddi bir hak ihlali ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, AİHM İzzettin Doğan ve Diğerleri/Türkiye davasında, dini yapıların özerkliğini bir kere daha hatırlattıktan sonra, bir cemaatin hangi inanışa ait olduğuna devletin değil o cemaatin en yüksek ruhani yetkililerinin karar verebileceğini belirtmiştir[723].

AİHM'in bu tespitinden sonra, Türkiye'de hükümetlerin Diyanet İşleri'nin görüşlerine dayanarak, Aleviliğin ayrı bir din olmadığı, folklorik, kültürel inançlar olduğu v.d gibi savunmaları bir bütün olarak geçersiz hale gelmiştir. Çünkü Aleviler, çok net bir şekilde kendi inançlarının Sünni İslam inanışından farklı olduğunu dile getirmekte-

para.62 , http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58921

722 ECHtR, Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia, (Application no. 72881/01), 5 October 2006, para.92, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77249

723 **ECHtR, Case of İzzettin Doğan and Others v. Turkey, para. 121,** http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162697

dirler.

Yine Aleviler ve Cemevi problemi söz konusu olduğunda, Cem ibadetine pratikte tolerans gösterildiği ve bu nedenle de din özgürlüğüne yönelik bir ihlal ortaya çıkmadığı yönündeki argüman da AİHM'in bu kararındaki saptamalarıyla çürütülmüştür.

Gerçekten de AİHM, Aleviliğin resmen tanınmaması sonucu olarak; bu topluluğun ibadetlerini yerine getirebilmesinin tamamen o bölgedeki yerel makamların iyi niyetine kaldığını, hükümet tarafından Alevilere gösterildiği iddia edilen toleransın, ilgililerine haklar temin eden bir tanımanın yerine geçemeyeceğini belirtmiştir[724].

AİHM bu davada, Cemevlerinin ibadet yeri olarak tanınmaması nedeniyle; Türkiye'nin Sözleşmenin 9. ve ileriki bölümlerde inceleyeceğimiz, ayrımcılığı konu alan 14. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

AİHM'in Cemevleri'nin ibadet yeri olarak tanınmaması ve dolayısıyla da diğer ibadet yerlerine tanınan ayrıcalıklardan yararlanamamaları nedeniyle, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaştığı diğer önemli bir dava da ;Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı/Türkiye (başvuru no: 32093/10) kararıdır[725].

Vakıf, ibadet yerlerinin elektrik faturası ödemekten muaf olmasına dayanarak Yeni Bosna'daki Cemevi'ni de içine alan

724 ECHtR, Case of İzzettin Doğan and Others v. Turkey, para. 127

725 ECHtR, Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v. Turkey press release, (application no. 32093/10), 02.12.2014

merkezlerinin elektrik faturası ödemekten muaf tutulması talebinde bulunmuştur. Talebin reddi; dava süreci ve Yargıtay'ın da Cemevinin ibadet yeri olmadığı, dolayısıyla elektrik faturası ödemekten muaf tutulamayacağı tespitlerini onaylaması sonucunda Vakıf AİHM'e başvuruda bulunmuştur.

AİHM, bir devletin ibadet yerleri için imtiyazlı bir durum yaratması halinde, arzu eden tüm dini gruplara, bu imtiyazdan faydalanması için adil bir imkân sunulması ve bu imtiyazdan faydalanmak için oluşturulan kriterlerin ayrımcı olmayan bir şekilde uygulanmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, AİHM, bu uygulamadan dolayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesiyle birlikte, ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.

İbadet yeri açamamak

Yehova Şahitleri Dayanışma Derneği[726]'nin açtığı bir davada, AİHM bu topluluğun ibadet yeri açamama sorununu değerlendirmiştir. Bu vakada İzmir ve Mersin'deki bir grup Yehova Şahidi, bütün gayretlerine rağmen, yasal olarak tanınan bir ibadet yeri edinemediklerinden yakınmışlardır. Mahkeme, Türk hukuk mevzuatına göre; ibadet yeri açmak için en az 2,500m2 lik alan gerektiğini not etmiştir.

Mahkemeye göre, başvurucularınki gibi, küçük ibadet gruplarının böylesi bir koşulu yerine getirmeleri oldukça güç-

726 ECHtR, Association for Solidarity with Jehovah Witnesses and Others v. Turkey press release, (applications nos. 36915/10 and 8606/13), 24.05.2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5383018-6727996

tür. AİHM, bu tür küçük bir grubun, belli bir mimari biçimde inşa edilmiş bir binaya değil, içinde ibadet edecekleri küçük bir odaya ihtiyacı olduğu gerçeği karşısında; hukuki mevzuatın tam bir suskunluk içinde olduğunu not etmiştir. AİHM'e göre, idari yetkililer yasal mevzuatı azınlık cemaatlerinin, özellikle de Yehova Şahitlerinin ibadet etme koşulları üzerinde katı ve aslında yasaklayıcı bir şekilde kullanmışlardır. Sonuç olarak 9. Madde ihlal edilmiştir.

Dinini açıklamaya zorlanma

Ortodoks Hristiyan olmayan bir grup başvurucunun, mahkemelerde tanık, şikayetçi veya sanık olarak ifadeleri alınırken, İncil üzerine yemin etmeleri istendiğinde, Hristiyan veya Ortodoks olmadıklarını açıklamak zorunda olmalarını konu alan, Dimiras ve Diğerleri/Yunanistan davasında AİHM ihlal tespit etmiştir. AİHM, din özgürlüğünün ateistler, agnostikler, şüpheciler ve kayıtsızlar için de taşıdığı önemi hatırlattıktan sonra, kişinin dinini açıklama özgürlüğünün aynı zamanda, dini inançlarını açıklamama özgürlüğünü de içerdiğini belirterek, bu uygulamayı mahkûm etmiştir[727].

727 ECHtR, Dimitras and Others v. Greece press release, (applications nos. 42837/06, 3269/07, 35793/07 and 6099/08), 03.06.2010, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3151460-3507511

XI) Madde 10. İfade özgürlüğü

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü, haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması; yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünden ne anladığını en veciz bir şekilde Handyside/Birleşik Krallık davasında, şu cümlelerle ortaya koymuştur:

"İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, fakat aynı zamanda; Devlete veya nüfusun bir bölümüne saldırgan, şok edici veya rahatsız edici gelen haber ve düşünceler için de geçerlidir... Bunlar, çoğulculuğun, hoş-

görünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz."[728]

İktidarların hoşlarına giden görüş ve düşünceler, dünyanın her yerinde özgürce ifade edilebiliyor. Fakat, siyasal iktidarları veya toplumun çoğunluğunu rahatsız eden görüş ve düşünceler, sadece demokratik ülkelerde ifade edilebilir. AİHM bu gerçeği, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temel değerlerinden birisi olduğunu belirterek ortaya koymaktadır. Yine, "saldırgan", "şok edici" gibi ibareler kullanarak, ifade özgürlüğünün asıl olarak; bizim gibi düşünmeyenlerin özgürlüğü olduğunun altını çizmektedir.

AİHM içtihatlarına bir bütün olarak bakıldığında, istikrarlı bir şekilde belli kişileri hedef alan ifade özgürlüğünün sınırlarının geniş; belli kişi ve grupları hedef alan ifadeler için de, alanın dar bir şekilde çizildiğine tanık oluyoruz. AİHM Handyside kararında; ifade özgürlüğü için belirttiği bu geniş alanı, "nefret söylemleri" ve "şiddete teşvik eden" ifadeler söz konusu olduğunda çok ciddi bir şekilde daraltmaktadır. Bu tür ifadeler için devletlerin getirdikleri yaptırımları, -hukuken öngörülmüş ve ölçülü olmaları durumunda- demokratik toplumda gerekli olarak kabul etmektedir.

Nefret söylemi

Norwood/Britanya davasında AİHM, aşırı sağcı parti üyesi bir kişinin evinin penceresine koyduğu, Amerika Birleşik Devletleri'nde saldırıya uğrayan İkiz Kulelerin alevler

728 ECHtR, Handyside v. The United Kingdom, (Application no. 5493/72), 7 December 1976, para.49, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57499

içindeki görüntüsünü ve üzerine yazdığı "İslam Britanya'dan dışarı-Britanyalıları koruyun" ibarelerini değerlendirdi. Söz konusu kişi İngiltere'de para cezasına çarptırıldıktan sonra, bu meseleyi AİHM önüne taşımıştı. AİHM, posterin üzerindeki resim ve sözlerin İngiltere'de yaşayan bütün Müslümanlara yönelik, kamuoyu önünde yapılmış bir saldırı niteliğinde olduğunu; bu sözlerin, bütün mensuplarını terörist bir saldırıyla bağlantılandırarak, dini bir gruba yönelik yoğun bir saldırı ortaya koyduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla da; başvurucunun astığı posterin Sözleşme'nin 10. Maddesi altında bir koruma bulması mümkün değildir[729].

Şiddete çağrı

Mahkeme Sürek/Türkiye (3) davasında; başvurucunun, Kürtlerin ulusal mücadelesini Türkiye Cumhuriyeti güçlerine karşı bir savaş olarak niteleyen makalesinde yer verdiği, "tümüyle kurtuluş mücadelesi ortaya koymak istiyoruz" sözleri nedeniyle aldığı cezayı 10. Madde açısından değerlendirmiştir.

AİHM söz konusu makalenin, "1985'ten bu yana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hâl ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde; güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu, Güneydoğu Türkiye'deki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olmasını" da dikkate almıştır. AİHM'e göre, "…makalenin içeriği bölgede daha fazla şiddete teşvik edebilecek nitelikte görülmelidir. Nitekim; okuyucuya iletilen

729 ECHtR, As to the admissibility of Mark Anthony Norwood against United Kingdom, (Application no. 23131/03), 16 November 2004, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67632

mesaj, şiddete başvurmanın, saldırıya yönelik gerekli ve haklı bir önlem olduğudur". Sonuç olarak başvurucuya bu nedenle verilen ceza, 10. maddeyi ihlal etmemiştir[730].

Korunan ifade biçimleri

AİHM'in farklı içtihatlarında belirttiği üzere, 10. madde sadece yazılı veya sözlü ifade biçimlerini koruma altına almamaktadır. Resim, fotoğraf, eylem ve hatta kişinin giydiği kıyafet dahi ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilebilir. Aynı şekilde 10. madde; sadece bilgi ve düşüncelerin içeriğini değil, fakat aynı zamanda bunların ifade ediliş biçimlerini de korur; film, şiir, roman veya elektronik bilgi sistemleri de 10. maddenin koruması altındadır. Nitekim hiciv gibi farklı ifade tarzları da, ifade özgürlüğü içinde değerlendirilir.[731]

Temel ilkeler

AİHM içtihatlarına bir bütün olarak baktığımızda, deyim yerindeyse, bir ifade özgürlüğü piramidinin ortaya çıktığından söz edilebilir. Bu piramidin en geniş tarafında, yani tabanında, ifade hürriyetinin en geniş olduğu alan yer alır. Devletin en tepesindekilere ve siyasetçilere yönelik olarak getirilen eleştiriler, bu geniş alanda yer alırlar; yani en büyük korumaya bu eleştiriler mazhar olur. Yine, eleştiri ve sözleri en çok korumaya değer görünen basın ve medyadır. Çünkü AİHM'e

730 AİHM, Sürek-Türkiye davası, (T.C Dışişleri Bakanlığı Türkçe çevirisi), (No.3), (Başvuru No.24735/94), 8 Temmuz 1999, para.40

731 Dominika Bychawska-Siniarska, "Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması", çev. Av. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi Yayını, 2018, s. 20, https://rm.coe.int/aihs-kapsam-nda-ifade-ozgurlugu/16808db5d5

göre basın, kamunun "bekçi köpeğidir" (watchdog)[732]. Basın özel bir korumaya mazhar olmalıdır, çünkü "siyasi konularda olduğu gibi kamu yararı taşıyan…konularda da bilgi ve fikirleri aktarmak onun görevidir"[733]. Piramidin ortalarına doğru geldiğimizde kamu görevlilerini, biraz daha yukarıda yargıç ve savcıları görüyoruz. Bu görevlerdeki kişilere yönelen eleştirilerde AİHM, politikacılara ilişkin olduğundan daha az bir özgürlük alanı sağlıyor. Savcı ve Hakimlere yönelik eleştiriler avukatlardan geldiğinde, özgürlük alanının biraz daha genişlediği gözlemleniyor.

Kendilerine karşı yönelen sözler karşısında AİHM'in en hassas olduğu gruplar; azınlıklar ve kırılgan gruplardır. Nefret söylemlerine yönelen yaptırımların, Sözleşmeye aykırı bulunmamasının ardında bu bakış açısı yatıyor. Gerçekten de çoğu zaman nefret söylemleriyle, nefret suçları arasında bir geçişkenlik söz konusudur. Bu yüzden nefret söylemlerinin kolayca ve özgür bir biçimde dolaşımda olduğu yerlerde nefret suçları çok daha sık işlenir.

Çok kısaca özetlemek gerekirse AİHM, zayıf durumda olanlara yönelen sözlere çok daha dikkatle bakıyor; bu sözleri daha hassas bir terazide tartıyor. Konumları gereği güçlü ve topluma hesap vermesi gereken kişiler söz konusu olduğunda ise, onlara yönelen eleştirilerin özgürlük sınırlarını ciddi şekilde geniş tutuyor. Bu temel ilkeler çerçevesinde; spesifik

732 ECHtR, Goodwin v. The United Kingdom, (Application no. 17488/90), 27 March 1996, para.39, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57974

733 ECHtR, Lingens v. Austria, (Application no. 9815/82), 8 July 1986, para.41, http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57523

bazı durumları aşağıda özetle aktaracağız.

Cumhurbaşkanına hakaret

Dönemin Cumhurbaşkanı Sarkozy'e bir Fransız vatandaşının, üzerinde "defol git, geri zekâlı," ibarelerinin yazılı olduğu bir pankart göstermesinin ardından yargılanıp, 'Cumhurbaşkanına hakaret' gerekçesiyle 30 Euro para cezası (ki bu ceza da ertelenmiştir) verilmesini konu alan Eon/Fransa davasında, AİHM'in değerlendirmeleri oldukça zihin açıcıdır. AİHM, şu tespit ve görüşleri dile getirmiştir:

"Mahkeme 10. maddenin 2. fıkrasının, siyasi söylem ve tartışma alanında -ifade özgürlüğünün en üst düzeyde önem taşıdığı ve kamuyu ilgilendiren genel nitelikli sorunlara ilişkin alanlarda- ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesine kesinlikle izin vermediğini hatırlatmaktadır. Bir siyasetçiye, siyasetçi olması dolayısıyla yöneltilen eleştirinin sınırları, sıradan bir kişiye yöneltilen eleştirinin sınırlarından daha geniştir: ikincinin aksine birinci, zorunlu ve bilinçli olarak fiillerini ve davranışlarını vatandaşların ve gazetecilerin dikkatli bir kontrolüne açık bırakmalıdır; dolayısıyla [siyasetçinin] daha fazla hoşgörülü olması gerekir.

Mahkeme diğer taraftan, Cumhurbaşkanı tarafından kullanılan ve medyada geniş şekilde yer alan, ardından da geniş bir kitle tarafından -daha çok mizahi amaçlarla- kullanılan, kaba bir ifadeyi kendi hesabına kullanan başvuranın, eleştirisini densizlik sayılabilecek bir hiciv yoluyla ifade etme yolunu seçtiği kanısına varmaktadır. Oysa Mahkeme, hicivin, temelinde yatan gerçekliği abartılı ve bozulmuş bir şekilde sunan,

sanatsal bir ifade ve sosyal bir yorumlama şekli olduğunu ve doğal olarak tahrik etme ve kışkırtma amacı güttüğünü daha önce birçok defa ifade etmiştir. Bu nedenle, bir sanatçının -veya herhangi başka bir kişinin- kendisini bu şekilde ifade etme hakkına yapılan her türlü müdahaleyi, daha özenli bir şekilde incelemek gerekmektedir.

Mahkeme, somut olayda olduğu gibi, başvuranın davranışına benzer davranışları cezalandırmanın, demokratik toplumların olmazsa olmazı olan genel nitelikli tartışmalarda çok önemli bir rol oynayan toplumsal tartışmalara ilişkin, hiciv yoluyla yapılan çıkışlar üzerinde caydırıcı bir etki doğurma ihtimali olduğu kanaatindedir."[734]

AİHM'in yukarıdaki değerlendirmeler,i güçlü olana yönelen eleştirinin genişliğini; siyasetçilerin kendilerine yönelen eleştirilere, normal yurttaşlara göre daha tahammüllü olmaları gerektiğini ve aynı şekilde, sadece ifade edilen görüşlerin değil onları ifade etme araçlarının da (somut olayda 'hiciv') korunduğunu gözler önüne seriyor.

Bu çerçevede AİHM, devlet başkanlarının özel bir yasa ile korunarak; devlet başkanına hakaretin sıradan vatandaşlara yapılan hakaretlere göre daha fazla cezalandırılmasını Sözleşmeye aykırı bulmuştur.[735]

> "Mahkeme son olarak, somut olayda Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararı inceleyerek, bu mahke-

734 AİHM, Eon/Fransa başvuru, Adalet Bakanlığı çevirisi, (Başvuru no. 26118/10), 14 Mart 2013, para.61-62

735 Otegi Mondragon v. Spain, no. 2034/07, 15.03.2011; Artun and Güvener v. Turkey, no. 75510/01, 26.06.2007

menin, başvuranın Cumhurbaşkanına hakaret suçundan cezaya mahkûm edilmesi için kitabın ihtilaf konusu paragraflarının, **eleştiri sınırlarını aştığı ve Cumhurbaşkanına hakaret edildiği kanaatine vardığını tespit etmektedir**. Yukarıda belirtilen **değerlendirmelerden hiçbirisinin dikkate alınmadığı, bu türden kısa bir gerekçelendirme**, Mahkemenin, somut olayda Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile izlenen meşru amaçlar arasında, içtihatlarıyla oluşturulan kriterlere uygun olarak **adil bir denge gözetildiği sonucuna varmasına imkân vermemektedir**.

Bu sebeple Mahkeme, davanın koşullarında, söz konusu menfaatler arasında adil ve Mahkeme içtihatlarına uygun bir dengenin gözetilmediği; özellikle hakaret konusunda **Cumhurbaşkanına ayrıcalıklı bir koruma sağlanmasını öngören özel hüküm uyarınca; başvuran aleyhine hükmedilen**, cezai bir niteliğe sahip olan yaptırımın orantılılığının incelenmediğini dikkate almıştır. Bu değerlendirme kapsamında; ihtilaf konusu tedbirin, izlenen meşru amaçlarla orantılı ve Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında demokratik bir toplumda gerekli olduğunun kanıtlanamadığı kanaatindedir.[736]

Polise hakaret

Thorgeirson/İzlanda davasında AİHM, kullandıkları şiddet nedeniyle bir yazarın polisleri hedef alan sözlerini değerlendirmiştir. Başvurucu, polis şiddeti konusunda iki yazı

736 Önal v. Turkey (2), no. 44982/07, 02.07.2019

kaleme almış, ancak bu yazılarda kullandığı bazı ifadeler nedeniyle, "polisin adı verilmemiş mensuplarına hakaret ettiği" gerekçesiyle mahkûm olmuştur. İzlanda mahkemesinin yazarı mahkûm ettiği sözleri şöyledir:

"Şehrimizin gece hayatının ormanında, sessizce veya başka türlü dolanmakta olan bu üniformalı canavarlar..." "Polislerin ve bar fedailerinin, insanlara özen ve dikkatle yaklaşacaklarına, zalim bir doğallıkla…, öğrendikleri ve uyguladıkları kurt kapanı tekniği sonucunda; zihin yaşı yeni doğmuş bir bebeğinkine kadar gerileyen insanlar..." "...hayvanlara ve sadistlere sapıklıklarını tatmin etme olanağı tanımak..."[737]

Yine başvurucu, polisin gaddarlık iddialarını reddettiği bir televizyon programının ardından da şu ibareleri kullanmıştır:

"[polisin] bu davranışı, polis güçlerimizin kendilerini savunmak için genellikle kullandığı yöntemler konusunda, kamuoyunda yayılmakta olan imgeye nasıl da uygun: korkutma, sahtecilik, kanun dışı davranışlar, boş inançlar, erken verilmiş hükümler, beceriksizlik..."[738]

AİHM, kullanılan dil bakımından her iki makalenin de çok sert ifadeler içerdiğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme, kaleme alınış amaçları ve sahip oldukları etkiyi dikkate alarak, kullanılan dilin aşırı olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna

737 Monica Macovei, "İfade Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz", İnsan Hakları el kitapları, No.2, s.104, https://www.anayasa.gov.tr/media/3610/aihs-mad10ifade.pdf

738 Monica Macovei, a.g.e, s. 104

ulaşmıştır. Mahkeme, mahkûmiyet ve cezanın kamu yararı taşıyan konularda açık tartışma yapmaktan caydırabileceğini; Hükümet'in ileri sürdüğü gerekçelerin, müdahalenin güdülen meşru amaçla orantılı olduğunu kanıtlayamadığını belirtmiştir. Bu nedenle, başvurucunun mahkumiyeti "demokratik bir toplumda gerekli değildir."[739]

Yargıçların durumu

AİHM, yargıçları kamu görevlilerinden ayrı bir yere koymaktadır. Yargıçlara yönelen eleştirilerdeki dile karşı daha duyarlıdır.

AİHM'in Prager ve Oberschlick/Avusturya davasında da belirttiği gibi, adaletin garantörü olarak yargıçların görevlerini yerine getirmekte başarılı olabilmeleri için, kamu tarafından kendilerine güven duyulması gerekir. Dolayısıyla da; bu güvenin sürdürülebilmesi için, yargıçların -özü itibariyle temelsiz- yıkıcı saldırılara karşı korunmaları gerekir[740].

Ancak yine AİHM'in Skalka/Polonya davasında belirttiği gibi, mahkemeler de, diğer bütün kamu kurumları gibi, eleşti-

739 Dominika Bychawska-Siniarska, "Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması", çev. Av. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi Yayını, 2018, s. 76, https://rm.coe.int/aihs-kapsam-nda-ifade-ozgurlugu/16808db5d5; Bu konuda çok daha ağır ifadeler içeren ve polislerin günde iki defa şehir meydanında yakılmasının polisteki yozlaşma ve rüşvetten kurtulmak için gerekli olduğunu söyleyen bir blog yazısı nedeniyle kişiye ceza verilmesine ilişkin bir karar için bkz. Savva Terentyev v. Russia, no. 10692/09, 28.08.2018

740 ECHtR, Prager and Oberschlick v. Austria, (Application no. 15974/90), 25 April 1995, para. 34, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57926

riden bağışık değildirler. Ancak, bu bağlamda eleştiri ve hakaret arasında net bir ayrım yapılmalıdır. Herhangi bir ifadenin tek amacının, bir mahkemeye veya üyelerine hakaret etmek olması halinde, bu sözlerin uygun bir cezayla karşılaşması Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmeyecektir[741].

Bu bağlamda AİHM'in, avukatların yargıçları ve savcıları hedef alan sözlerini değerlendirme biçimi oldukça ilginçtir.

Yargıca hakaret mi?

L.P ve Carvalho/ Portekiz[742] davasında AİHM iki avukatın gerçekleştirdiği iki ayrı başvuruda, yargıçlara hakaret ettikleri gerekçesiyle tazminata mahkûm edilmelerini değerlendirdi.

L.P, Yargıçlar Yüksek Kurulu'na yaptığı şikâyette "Yargıç A.A ile savunma avukatı arasında yakından bir tanışıklık havasının" dikkatini çektiğini belirtmişti. İki Romanın avukatlığını yapan Carvallo da, müvekkillerine ilişkin kararda ayrımcılık yaptığı ve hakarette bulunduğu gerekçesiyle, yargıç hakkında şikayette bulunmuştu. Her iki avukata karşı ilgili yargıçların karşı şikayetleri, tazminat mahkumiyetleriyle sonuçlanmıştır.

AİHM her iki olayda da avukatların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. AİHM'e göre her iki başvurucu da, bu olaylarda avukat olarak profesyonel görevlerini yerine getirmekteydiler. L.P, Yargıçlar Yüksek Kurulu'na yaptığı şikayette, müvekkilinin çıkarlarını korumak amacıyla, anormal olarak değerlendirdiği bir duruma dikkat çekmiştir.

741 ECHtR Skalka v. Poland, (Application no. 43425/98), 27 May 2003, para.34 , http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61105

742 ECHtR, L.P and Carvalho v. Portugal press release, 08.10.2019.

Carvalho da aynı şekilde mahkumiyet kararında, müvekkillerine karşı bir takım iddialarda bulunan yargıcın cezalandırılmasını istemiştir.

Başvuruculların eleştirileri, görevlerini yerine getirirken yargıçların karşılaşmayı bekleyecekleri türdendir. Bu eleştirilerle; onların onurlarına veya şöhretlerine yönelik bir zarar meydana gelmemiştir. Suçlamalar, izin verilen eleştiri sınırlarını aşmamıştır. Bu suçlamalar kamuoyu önünde yapılmamıştır; bir kurula ve yargısal makamlara iletilmişlerdir. Yine Carvalho, yargıcı şikâyet ederken müvekkilinin kendisine verdiği talimat üzerine hareket etmiştir. AİHM'e göre, bir avukatı müvekkilinin talimatlarını reddetmeye zorlamak, bireylerin mahkemeye ulaşma hakkını ihlal eder niteliktedir.

AİHM'in Bono/Fransa davasında; avukat-yargıç arasındaki iddiaların, hakaret sınırına girip girmediğini değerlendirirken getirdiği kıstaslar konuyu daha da netleştirmektedir. Bu davada AİHM, avukatın incitici sözlerinin (bir sanığın Suriye'den istenmesi sonucu, Suriyeli yetkililer elinde işkence gördüğü, bu nedenle yargıçların bu işkencenin suç ortağı olduğu yönündeki beyanları) yargıçları kişisel olarak hedef almadığına; bu sözlerin onların soruşturmayı yürütme biçimleriyle ilgili olduğuna dikkat çekmiştir. Avukatın sözlerinin amacı müvekkilinin savunmasına katkıda bulunmaktır. Avukatın sözleri mahkeme duvarlarının dışına çıkmamıştır, çünkü bunlar sadece yazılı dilekçelerinde dile getirilmiştir.

Savcıya hakaret mi?

Nikula/Finlandiya[743] davasında AİHM, bir avukatın görülmekte olan bir davada, savcıya hakaret ettiği gerekçesiyle para cezasına ve tazminata mahkûm edilmesini değerlendirmiştir. Avukat, Savcının mahkemeye getirdiği bazı tanıklar nedeniyle onu kınamış, "delillerle oynandığını ve delilleri hukuka aykırı bir şekilde mahkemeye getirdiğini" ileri sürmüştür. Savcı, hakarete uğradığı gerekçesiyle şikâyette bulunmuş; avukat da para cezasına ve tazminata mahkûm edilmiştir.

AİHM Finlandiya'yı, avukatın ifade özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle mahkûm ederken şunlara dikkat çekmiştir: Başvurucunun savcıyı yasadışı bir şekilde hareket etmekle suçladığı doğrudur. Ancak, başvurucunun sözleri savcılığın izlediği stratejiyi ve özellikle de savcının duruşmadan önce aldığı iki spesifik kararı hedef almıştır. Başvurucu bunları; "rol saptırması ve resmi görevin ihlali" olarak nitelemiştir. Bu eleştiriler tam olarak, savcının başvurucunun müvekkiline yönelik performansını hedef almıştır. Bu usuli bağlamda savcı, müdafi olarak oynadığı rol nedeniyle, başvurucudan gelen önemli eleştirileri tolere etmek zorundadır. Bir yargıç veya savcıya kamuoyu önünde yöneltilen eleştirilerden farklı olarak, başvurucunun sunumları duruşma duvarlarının sınırları içerisinde kalmıştır. Ayrıca, Mahkeme, başvurucunun savcıya karşı usuli yapıdaki eleştirilerinin, kişisel bir hakaret düzeyine ulaştığı kanısında değildir.

743 ECHtR, Nikula v. Finland press release, 21.03.2002.

XII) Madde 11.Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü

1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan hakların kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.

A) Toplantı Hakkı

Sözleşmenin 11. maddesindeki güvenceler, organizatörlerinin şiddeti kışkırtma veya demokratik toplumun temellerini reddetme amacı gütmedikleri bütün toplantılar için geçerlidir[744].

Gösteri yapan kişilerin içinde şiddet kullanma niyetinde olanların bulunması, o gösteriyi otomatik olarak 11. Madde kapsamından çıkarmaz. Bu bağlamda asıl önemli olan; organizatörlerin hangi niyetle hareket ettikleridir. Organizatörlerin şiddet kullanma niyetiyle hareket ettiklerine ilişkin ispat yükü,

744 ECHtR, Kudrevicus and Others v. Lithuania, (Application no. 37553/05), 15 October 2015, para.92, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158200

bunu ileri süren yetkililerin üzerindedir[745].

Şiddete başvuran göstericiler için müdahalenin meşru olduğu kural olarak kabul edilecekse de, bu durumda da, uygulanan yaptırımların ölçülü olup olmadığına bakılacaktır. Örneğin Gülcü/Türkiye davasında AİHM, polise taş atan göstericiye verilen hapis cezasının (4 yıl 8 ay 20 gün) ölçülü olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu sonuca ulaşırken ilk olarak, reşit olmayan göstericinin yaşının derece mahkemesi tarafından yeteri derece hesaba katılmadığına dikkat çekmiştir[746].

Müdahale

Nelerin toplantı hakkının kullanımına müdahale olarak kabul edileceği, AİHM içtihatlarıyla çeşitlilik kazanmış bulunmaktadır. Gösterinin polis tarafından dağıtılması; 11. madde anlamında açık bir müdahaledir. Müdahale, gerekli ve yeterli nedenleri temel almalıdır. Toplantı ve gösterinin önceden izin alınmadan veya önceden bildirimde bulunmadan yapılmış olması, tek başına, polis müdahalesi için yeterli bir gerekçe oluşturmaz[747].

Bir kişinin bir toplantıya katılmak için, bir yerden başka bir yere seyahat etmesinin engellenmesi; 11. madde anlamında

745 ECHtR, Christian Democratic People's Party v. Moldava (No.2), (Application no. 25196/04), 2 February 2010, para.23, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97049

746 ECHtR, Gülcü v. Turkey, (Application no. 17526/10),19 January 2016, para.115, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160215

747 ECHtR, Ibrahimov and Others v. Azerbaijan, (Applications nos. 69234/11, 69252/11 and 69335/11), 11 February 2016, para. 79, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160430

müdahaledir[748]. Zaman ve yerin önem arz ettiği toplantılarda, yetkililerin bunları değiştirmesi, toplantı hakkına bir müdahale oluşturur[749]. Görüldüğü gibi; toplantı özgürlüğüne müdahale, sadece bir toplantının polis zoruyla dağıtılması veya katılımcıların derdest edilmesi değildir, bu müdahaleler değişik formlar içinde gerçekleşebilir.

Ölçülülük

Yukarıda 8, 9,10 ve 11. maddelerin ortak yönlerini açıklarken de söylediğimiz gibi; bu haklara müdahale hukuken öngörülmüş olmalı ve bu maddelerin ikinci paragraflarında belirtilen meşru gerekçelerden birisine dayanmalıdır.

Bunlara ilaveten müdahalenin takip edilen meşru amaçla orantılı, yani ölçülü de olması gerekir.

AİHM'in Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası/Türkiye davasında, başvuruculara toplantı haklarına yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirirken kullandığı akıl yürütme biçimi, oldukça zihin açıcıdır:

"Söz konusu müdahale, demokratik bir toplumda gerekli miydi sorusuna dair (…) Mahkeme, önceden bildirim yapılmamasından kaynaklanan kanunsuz durumun tek başına, toplantı özgürlüğü hakkının kullanımına yönelik bir müdahaleyi haklı kılmadığını hatırlatmaktadır (…) Somut olayda Mahkeme,

748 ECHtR, Djavit An v. Turkey, (Application no. 20652/92), 20 February 2003, para.61, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60953

749 Stankov and The United macedonian Organisation Ilınden v. Bulgaria, (Applications nos. 292221/95 and 29225/95), 2 october 2001, Para.109, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59689

organizatörlerin gösterinin düzenleneceğine dair yetkilileri açık bir şekilde bilgilendirmemiş olmasına rağmen, yetkililerin gösteriden en azından yazılı basın aracılığıyla haberlerinin olmuş olduğu sonucuna varabilmektedir. Mahkeme söz konusu koşullarda, organizatörlerin resmi olarak yetkili makamları bilgilendirmedikleri gerekçesiyle; yalnız ve sadece gösterinin yapılmasının engellenmesine yönelik tedbirler alınmasının abartılı olduğu kanaatindedir.

Akabinde Mahkeme, kamu alanlarında yapılan her gösterinin günlük hayatın, özellikle de karayolu trafiğinin aksamasına neden olabileceğini, ama kamu yetkililerinden belli bir hoşgörü göstermesinin beklenebileceği için, söz konusu durumun da tek başına toplantı hakkının kullanımına müdahalede bulunulmasını haklı kılmadığını hatırlatmaktadır. Mahkeme ayrıca, yetkililerin gösterilerin sorunsuz geçmesi ve tüm vatandaşların güvenliğini sağlamak amacıyla, her türlü yasal gösteri için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünün olduğunu hatırlatmaktadır(…) Oysa somut olayda; ne dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden, ne de Hükümetin görüşlerinden, Ankara merkez ana arterlerdeki trafiğin aksama ihtimaline karşı yetkililerin, başvuran sendikanın karayolu trafiğine etkisini en aza indirecek koşullarda gösteri yapmasını sağlayacak tedbirleri değerlendirmediği ortaya çıkmaktadır.

(…) Gerçek kişi olan başvuranlara yönelik alınan önlemin, -kaldı ki fiilen alınmış tek önlemin- yalnız ve sadece başvuranların gösteriye gitmelerinin engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır (…) Sonuç olarak Mahkeme, gösteriyi düzenleyenlerin kanuna her açıdan uymadıklarını kabul etmektedir.

Ancak Mahkeme, başvuranların gösteriye katılmasını engellemek için kolluk kuvvetlerinin sert müdahalesiyle kanunlara riayet ettirmeye zorlanılmasının (…) somut olayda, kamu düzeninin ya da başkalarının haklarının korunması bakımından zorunlu olmayan orantısız bir tedbir teşkil ettiği kanaatindedir. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır."[750]

Aynı şekilde AİHM, benzer başka kararlarında, polisin toplantı ve gösteri sırasında güç kullanması durumunda, gücün ulaşılmak istenen amaçla orantılı olup olmadığına bakmaktadır.

AİHM ölçülülüğü değerlendirirken yetkililerin toplantıya ilişkin yaptıkları genel değerlendirmeden ziyade, söz konusu kişinin özel rolüne odaklanmaktadır. Bu minvalde AİHM Barabanov/Rusya davasında, hükümetin atıfta bulunduğu "potansiyel halk ayaklanması", "siyasi düzensizlik" ve "kamu düzenine tehdit" gibi kavramların, olaylarda sadece küçük bir rolü olan başvurucu ile hiçbir kişisel bağlantısının kurulamadığına dikkat çekmiştir[751].

Pozitif yükümlülükler

Toplantı özgürlüğü söz konusu olduğunda devletlerin sadece müdahale etmemek gibi negatif bir yükümlülüğü değil,

750 AİHM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye (Türkçe çeviri), (Başvuru No. 20347/07), 5 Temmuz 2016, para.106-109, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164991

751 ECHtR, Barabanov v. Russia, (Applications nos. 4966/13 and 5550/15), 30 January 2018, para. 75, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180501

bu özgürlüğün etkili bir şekilde kullanılabilmesi için tedbirler almak anlamında; pozitif yükümlülükleri de vardır.

AİHM'in Oya Ataman/Türkiye davasında da belirttiği gibi; siyasi, kültürel veya başka bir yapıda olsun, herhangi bir toplantının sakin bir şekilde yapılabilmesi için, toplanılan yerde ilk yardım olanaklarının hazır edilmesi gibi gerekli önleyici güvenlik tedbirlerinin alınması[752] bu pozitif yükümlülüklerden birisidir.

Aynı şekilde, gösterilerde meydana gelmesi muhtemel gerginlik ve çatışmaların büyümemesi için, güvenlik güçlerinin topluluğun liderleriyle diyalog içinde olması da bu bağlamda bir pozitif yükümlülüktür[753].

Gösteri, eğer bir karşı gösteri ile karşılanıyor ise, her türlü güvenlik tedbirlerini almak da devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır. AİHM'in Faber/Macaristan[754] kararında da belirttiği gibi, karşı göstericilerin de kendi görüşlerini ortaya koymaya hakları vardır. Böylesi bir durumda devlet her iki grubun da gösteri hakkını güvence altına almalı; her iki gösterinin de barış içinde yapılabilmesi için, en az kısıtlayıcı tedbirleri bulup uygulayabilmelidir.

B) Dernek Kurma Hakkı

Her ne kadar; 11. maddede geçen "association" kelimesi

752 ECHtR, Ataman v. Turkey, (Application no. 74552/01), 5 December 2006, Para 39, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78330

753 ECHtR, Frumkin v. Russia, (Application no. 74568/12), 5 January 2016, para. 129, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159762

754 ECHtR, Faber v. Hungary, (Application no. 40721/08) 24 July 2012, para.43, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112446

Türkçe'ye "dernek" olarak çevriliyorsa da, AİHM'in yaptığı değerlendirmelerden de görüleceği üzere, sadece dernekler değil, değişik örgütlenme biçimleri de bu madde altında koruma bulmaktadır.

Ancak, AİHM'in farklı kararlarında açıklandığı üzere, kamu hukuku kurumları ve üyeliğin zorunlu olduğu kurumlar 11. maddenin koruması altında yer almazlar. Mahkemenin Bulgaristan Slavik Üniversitesi ve Diğerleri/Bulgaristan davasında belirttiği gibi, yasayla kurulan bir kamu kurumu; 11. maddedeki anlamda bir örgüt değildir[755]. Aynı şekilde, tabip odaları[756], barolar[757] ve ticaret odaları[758] gibi kurumlar da 11. maddenin kapsamı dışındadır.

Demokratik bir toplumda, bir örgütün kapatılması başvurulacak son çaredir. AİHM'in Rhino Derneği ve Değerleri / İsviçre davasında da belirttiği gibi, bir örgütün kapatılması yönündeki bir tedbirin, demokratik bir toplumda ölçülü ve gerekli kabul edilebilmesi için, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmek için daha az sertlikle bir müdahaleyi mümkün kılacak başka bir aracın mevcut bulunmaması gerekir[759].

755 ECHtR, Slavic University in Bulgaria and Others against Bulgaria (admissiblity), (Application no 60781/00), 18 Novermber 2004, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67639

756 ECHtR, Dimtriv Popov and Others v. Bulgaria (admissibility), (Application no. 48047/99), 15 April 1999, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23528

757 ECHtR, A and others v. Spain (Admissibility), (Application no. 13750/88), 2 July 1990, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82944

758 ECHtR, Franz Jakob Weiss v. Austria /Admissibility), (Application no. 14596/89), 10 July 1991, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-931

759 ECHtR, Association Rhino and Others v. Switzerland, (Application

Bu bağlamda örgütlerin de, demokratik toplumun temel dayanaklarına saygı göstermesi aranmaktadır. Bir örgütün programının; şiddete, ayaklanmaya çağrıda bulunması veya herhangi bir biçimde demokratik prensipleri reddetmesi halinde[760] farklı değerlendirmeler yapılabilir. Ancak AİHM'in defaatle belirttiği gibi; bir siyasi partinin tüzük ve programı, amaç ve niyetlerini değerlendirmek için tek kriter olamaz. Partinin programı, liderlerinin ve üyelerinin eylemleri ve savundukları pozisyonlarla birlikte değerlendirilmelidir. Ancak bunların birlikte değerlendirilmesi halinde, bir partinin kapatılması için bazı nedenler ortaya çıkabilir[761].

AİHM, 11. madde altında, azınlıklar tarafından oluşturulan örgütlenmelere özel bir önem vermektedir. Azınlıkların örgütlenmesi, haklarını korumak ve ilerletmek bakımından, önemli bir araç ortaya koymaktadır. Bu bağlamda AİHM'in Ouranio Toxo ve Diğerleri/Yunanistan davasında da belirttiği gibi; belli bir azınlığa ait olma bilincinden söz edilmesinin ve aynı şekilde; bir azınlığın kültürünün korunmasının ve geliştirilmesinin "demokratik topluma" bir tehdit oluşturduğu söylenemez.

Bunlar bir toplumda çeşitli gerginliklere yol açabilir.

no. 48848/07), 11 October 2011, para.65, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106893

760 ECHtR, Partidul Cominstilor and Ungureanu v. Romania, (Application no. 46626/99), 3 February 2005, Para.54, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68175

761 ECHtR, Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, (Application nos. 25803/04 and 25817/04), 30 June 2009, para.80, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93475

Gerginliklerin ortaya çıkması, bütün siyasi görüşlerin özgürce tartışılmasının, dolayısıyla da çoğulculuğun kaçınılmaz bir sonucudur. Gerginliklerin ortaya çıkması durumunda yetkililerin görevi, çoğulculuğu ortadan kaldırarak gerginlik kaynağını uzaklaştırmak değil, fakat rekabet içindeki farklı grupların birbirlerini hoş görmelerini teminat altına almaktır[762].

AİHM'in Tüm Haber Sen ve Çınar/Türkiye[763] davasında da belirttiği gibi, sendika kurma hakkı 11. maddede açıkça telaffuz edilmiştir. Bu bağlamda sendikal faaliyetler de 11. madde altında koruma bulmaktadır.

762 ECHtR, Ouranio Toxo and Others v. Greece, (Application no. 74989/01), 20.01.2006, Para.40, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70720

763 AİHM, Tüm Haber Sen ve Çınar/Türkiye, Dışişleri Bakanlığı özet çevirisi, Başvuru No. 28602/95, s.4, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124924

XIII) Madde 13: Etkili başvuru hakkı

Bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.

13. maddenin amacı; Sözleşme'nin koruma altına aldığı bir hak ya da özgürlüğün ihlaline ilişkin iddianın, ilk önce ulusal merciler önünde incelenip düzeltilmesi olanağının sağlanması ve ancak bu incelemenin olumsuz sonuçlanması halinde şikâyetin AİHM'e götürülmesidir[764].

13. maddedeki hak, bağımsız bir varlığa sahip değildir; bu madde Sözleşme'nin normatif hükümlerinden biri ile bağlantılı olarak uygulanır. Ancak burada sözü edilen; Sözleşmenin diğer bir maddesinin kesin olarak ihlal edilmiş olması değildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin güvence altına aldığı haklardan birisinin ihlal edildiğine ilişkin "savunulabilir" (veya tartışılabilir) bir iddiası bulunan kişinin, bu iddiasını iç hukukta etkili bir şekilde öne sürebileceği mekanizmaların mevcut olması gerekir[765].

1990'lı yıllarda Türkiye'nin Güneydoğusunda sıklıkla başvurulan "köy yakma" uygulamalarının mağdurlarının açtığı bazı davalarda AİHM, hükümetin etkili başvuru yollarının bu-

764 Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Abdurrahman Saygılı, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", Turhan Kitabevi, Aralık 2019, s. 382

765 Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Abdurrahman Saygılı, a.g.e, s.384

lunduğu yolundaki iddialarını reddederek, 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştı. Bu davalardan birisi olan Bilgin/Türkiye[766] başvurusunda; AİHM'in aşağıda yaptığı değerlendirmeler, Mahkemenin 13. maddeye yaklaşımı konusunda oldukça fikir vericidir:

"Hükümet, tazminat talebinde bulunulmuş çeşitli iç hukuk davalarının, Türkiye'nin Güneydoğusundaki olağanüstü hal bölgesinde etkili iç hukuk yollarının mevcudiyetine işaret ettiğini, halbuki başvuranın bu tür bir tazminat talebinde bulunmadığını öne sürerek; başvuranın, 13. maddeyle güvence altına alınan hakkının ihlal edildiği iddiasını reddetmiştir

(…) Hükümet'in atıfta bulunduğu medeni ve idari iç hukuk yollarıyla ilgili Mahkeme içtihadına atıfta bulunan Komisyon, Güneydoğu Türkiye'nin olağanüstü hal bölgelerinde, evlerin ve köylerin güvenlik kuvvetlerince tahrip edildiği iddialarına ilişkin olarak, tazminat talebinde bulunabilme olanağının mevcudiyetinin, etkin bir iç hukuk yolu olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindedir.

Komisyon, bu bölgedeki bir köyde ev yıkımına ilişkin olarak güvenlik kuvvetleri aleyhine açılan ve kazanılan herhangi bir davaya ilişkin örnek gösterilemediğine dikkat çekmektedir. Başvuranın davası kapsamında açılan soruşturmada olduğu gibi, bu gibi soruşturmalar il veya ilçe idare kurullarının uhdesindedir.

766 AİHM, Bilgin/Türkiye Dışişleri Bakanlığı çeivirisi, (Başvuru no. 23819/94), 16 kasım 2000, para. 110-123, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120575

Komisyona göre, idare kurulları, mülki amirin yetkisine tabi olan ve dolayısıyla bağımsız olmayan, yargı dışı, idari organlar olup bunların etkin soruşturma önlemleri alması pek olası değildir. Komisyon, iddialar, Güneydoğu Türkiye'deki olağanüstü hal bölgelerinde özel bir konuma sahip olan güvenlik kuvvetlerine ilişkin olduğunda; köylülerin Devlet'in soruşturma mekanizmasına ilişkin olumlu bir esas tespiti olmaksızın kuramsal veya idari çözüm yollarına başvurmasını beklemesinin gerçekçi olmayacağı kanaatindedir.

Mahkeme, Sözleşmenin 3. ve 8. maddeleriyle, 1 No'lu protokolün 1. maddesi uyarınca; yakınma konusu ihlallerin nitelik ve ağırlığının Sözleşme'nin 13. maddesiyle ilgili etkileri olduğunu da düşünmektedir. Bireyin, evinin ve mallarının Devlet görevlilerince kasten tahrip edildiğine ilişkin makul bir iddiası olduğunda 'etkili iç hukuk yolu' kavramı, iç hukuk sisteminde var olan diğer yollara başvurma hakkını engellemeden, tazminat ödenmesine ek olarak, davalı Devlete, sorumluların bulunmasını ve cezalandırılmasını ve şikâyetçinin soruşturma sürecine etkin olarak katılmasını sağlayacak titiz ve etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğü getirmektedir (…) Mahkeme, daha önce de tespit ettiği gibi, güvenlik güçlerinin de karıştığı iddia edilen hukuk dışı fiiller bakımından ceza hukuku uygulamasının, Güneydoğu Türkiye'de özellikle 1990'ların ilk yarısında özel bir nitelik arz ettiğini ve bu bölgede uygulanan soruşturma sistemindeki aksaklıkların, ceza hukuku korumasının etkinliğini zedelediğini düşünmektedir.

Bu fiili durum, güvenlik güçlerinin, Sözleşmeyle güvence altına alınan, demokratik bir toplumdaki temel hak ve özgür-

lükleri ihlal eden eylemlerinden dolayı sorumlu tutulamamalarına yol açmış ve bu sorumsuz konumlarını güçlendirmiştir (…) Mahkeme (…) Jandarma Karakollarının kayıtlarının söz konusu davayı soruşturmakla görevli Savcı tarafından değil, sadece askeri yetkililerce teyit edildiğine dikkat çeker (…) jandarmalardan ifade alma girişiminde bulunulmadığı da Mahkeme'nin dikkatini çeken bir başka noktadır. Mahkeme, bu davada yürütülen kovuşturmanın, Sözleşme'nin 13.maddesinde öngörülen kapsamlı ve etkili bir soruşturma olarak değerlendirilemeyeceği…" sonucuna ulaşmıştır.

Yukarıdaki karardan açıkça görüleceği üzere AİHM, başvuru ve hukuk yollarının "teorik" olarak mevcut bulunmasını yeterli görmemektedir. Bu başvuru yolları, uygulamada sonuç doğurmalıdır. Sözleşmenin 13. maddesinin gereklerinin yerine getirilip getirilmediği, ihlal edildiği öne sürülen hakka ilişkin gereklilikler ve somut olayın özel koşulları altında değerlendirilmelidir.

XIV) Madde 14: Ayrımcılık yasağı

Bu Sözleşmede Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.

Protokol 12, Madde 1:
Ayrımcılığın genel olarak yasaklanması
(Türkiye henüz onaylamadı)

1. Hukuken tanınmış olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

2. Hiç kimse, 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.

14. maddede yasaklanan ayrımcılık, metninden de açıkça görüleceği üzere, Sözleşmedeki haklardan yararlanma konusunda, kişiler arasında ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bu bağlamda, bu maddenin ihlali kendi başına ileri sürülemez, ancak Sözleşmedeki bir hakkın ihlaliyle birlikte ileri sürülebilir. Örneğin, "ait olduğum mezhep nedeniyle din özgürlüğüm ayrımcı bir şekilde ihlal edildi" iddiasında olduğu gibi.

Ancak AİHM'in Sidabras ve Dziautas/Litvanya davasında da belirttiği gibi, 14. maddenin her ne kadar tek başına bir

varlığı mevcut değil ise de; bu maddenin uygulanması için illa ki, Sözleşmede koruma altına alınan diğer bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekmez. 14. maddenin tatbik edilebilir hale gelmesi için, vakanın Sözleşme tarafından koruma altına alınan temel bir hakkın kapsamı içine girmesi yeterlidir[767]. Ayrıca AİHM'in Fabian/Macaristan davasında da belirttiği gibi 14. maddenin uygulama alanı, Sözleşmenin genel kapsamına giren ve fakat devletlerin gönüllü olarak sağladıkları diğer haklara da uygulanır[768].

Devletlerin, gönüllü olarak sağladıkları haklarda ayrımcılık yapılamayacağına ilişkin çarpıcı bir örnek; Cemevleri ile ilgili konudur. Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Vakfı'nın bünyesinde bulunan Cemevi'nin, diğer ibadethanelere tanınan ayrıcalıklardan faydalanamadığını ileri sürdüğü davada AİHM, 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. AİHM bu davada, Sözleşmenin din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesinin, devletlere dini yapılara imtiyazlar tanımak konusunda bir ödev yüklemediğini, ama eğer bu tür imtiyazlar tanınıyor ise, bunların verilmesinde ayrımcılık yapılmaması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda, camilere tanınan elektrik faturasından muaf olma hakkının Cemevlerinden esirgenmesi Sözleşmenin 14. maddesi anlamında bir ayrımcılık ortaya çıkarmaktadır[769].

767 ECHtR, Sidabras and Dziautas v. Lithuania, (Applications nos. 55480/00 and 59330/00) , 27 July 2004, para.38, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61942

768 ECHtR, Fabian v. Hungary, (Application no. 78117/13), 5 September 2017, para.112, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-176769

769 AİHM, Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı/Türkiye (Dışişleri Bakanlığı çevirisi), (Başvuru No. 32093/10), 2 Aralık 2014, paragraf. 44-52, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158584

AİHM'in içtihat hukukunda geliştirdiği kriterlere göre; sadece ayırt edilebilir bazı özellikler veya "statü/durum" temelinde farklı muameleler, Sözleşmenin 14. maddesi anlamında ayrımcılık ortaya çıkarır. Ayrıca, bu maddenin tatbik edilebilmesi için; benzeşik veya 'göreli olarak' aynı durumda bulunan kişilere yönelik farklı bir muamelenin söz konusu olması gerekir. Bu maddede; cinsiyet, ırk, renk, dil vd. gibi farklı statüler/durumlar spesifik olarak sayılmış, ancak "herhangi başka bir duruma," da denilerek, ayrımcılık nedenlerinin sınırlı bir sayıma tabi olmadığı belirtilmiştir. Nesnel ve makul bir gerekçeye dayanmayan, muamele farklılığı ayrımcıdır.[770]

Ayrımcılık konusundaki ispat külfetini de AİHM şöyle değerlendirmektedir: Başvurucunun muameledeki farklılığı ortaya koyabilmesi durumunda, bu farklı muamelenin haklı nedenlere dayandığını gösterme külfeti hükümetin üzerindedir.[771]

Irkçı motiflerin araştırılmaması

Abdu/Bulgaristan davasında AİHM, ırkçı motifleri işaret eden olgulara rağmen, soruşturmada bunların göz ardı edilmesini; 14. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. İki Sudanlı'nın, Bulgar "dazlak kafalılarla" giriştikleri kavgada, savcılık daha çok, kavgayı kimin başlattığı üzerinde odaklanmış, şikayetçilerin ırkçı gerekçelerle saldırıya uğradıkları yönün-

770 ECHtR, Biao v. Denmark, (Application no. 38590/10), 24 Mayıs 2016, para.89-90, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163115

771 ECHtR, D.H and Others v. The Czech Republic, (Application no. 57325/00), 13 November 2007, para.177, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83256

deki iddialarını araştırmamıştır. Halbuki "dazlaklar" Bulgaristan'da, ırkçı ve aşırılıkçı dünya görüşleriyle tanınmaktadır.

Üstelik başvurucular, savcının dikkatini dazlakların giyinme biçimlerine çekmiş ve bu kişileri neyin yönlendirdiğini soruşturmasını talep etmişlerdir. Ancak savcılık bu talepleri görmezlikten gelmiştir. Başvurucuların temellendirilmiş iddialarına rağmen ırkçı motiflerin araştırılmayıp, yaşananların alelade bir kavga gibi soruşturulması Bulgaristan'ın pozitif yükümlülüklerinin ve dolayısıyla 14. maddenin ihlalini ortaya koymuştur[772].

AİHM, Nachova/Bulgaristan[773] davasında da iki Roman asker kaçağının görevli askerler tarafından ateş edilerek öldürülmesinin ardında ırkçı motiflerin bulunup bulunmadığının yeterince araştırılmaması nedeniyle, 2. maddeyle birlikte 14. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Tutuklunun "pembe odadan" yararlanamaması

Varnas/Litvanya[774] davasında AİHM, tutuklu başvurucunun hükümlülerin yararlandıkları "eş görüşmesinden" mahrum bırakılmasının 14. maddeyi ihlal ettiği yönündeki iddiasını incelemiştir.

AİHM, ayrımcılığın, benzer durumda olanların farklı mu-

772 ECHtR, Abdu v. Bulgaria (information note), (Application no. 26827/08), 11.03.2014, http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=002-9392

773 ECHtR, Nachova and Others v. Bulgaria press release, nos. 43577/98 and 43579/98), 26.02.2004, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-938509-966653

774 ECHtR, Varnas v. Lithuania, (Application no.42615/06), 9 July 2013, para. 120-123, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122173

ameleye uğraması durumunda ortaya çıkacağını, ancak "benzer"in bütünüyle "aynı" anlamına gelmediğini belirtmiştir. Bu bağlamda; başvurucu -göreli olarak- aynı statü/duruma sahip olduğu diğer mahpuslardan farklı bir muamele görmüştür. Mahkûm mahpuslar, eşleriyle 48 saate kadar mahrem bir şekilde görüşebilirken, tutuklular bu haktan faydalanamamaktadır. Hükümet, soruşturmanın selameti için, tutukluların hükümlülere göre ziyaret haklarının daha kısıtlı olduğunu bildirmiştir. Ancak AİHM, bireylerin özel durumları gerektirdiğinde belli kısıtlamalara gitmek gibi, başka araçlar kullanılarak da soruşturmanın selametinin korunması yoluna gidilebileceğini belirtmiştir.

Başvurucu çeşitli arabaları çalan bir suç örgütüne üye olmakla suçlanmaktadır. Ancak, başvurucunun vakasında; aileyle ilgili güvenlik kaygıları görünmemektedir. Başvurucunun eşi, kocasına karşı açılan davada tanık veya sanık değildir; delillerin karartılmasına ilişkin bir durum mevcut değildir. Başvurucunun eşinin herhangi bir suç işlediğine dair bir bilgi yoktur. Sonuç itibariyle, başvurucunun maruz kaldığı farklı muamele, 8. maddeyle birlikte 14. maddeyi de ihlal etmiştir.

Eşcinsel kadına evlat edinme izni verilmemesi

AİHM, E.B/Fransa davasında partneriyle birlikte yaşayan eşcinsel bir kadına, bir çocuğu evlat edinmesi için izin verilmemesini inceledi. AİHM öncelikle 8. maddedeki aile hayatının; evlat edinme hakkını içermediğini, ancak Fransa yasalarının bekar kişilere de bu hakkı tanıdığını, bu nedenle davadaki tartışma konusunun, maddenin genel olarak kapsamı içine girdiğine karar verdi.

Ayrımcılık konusunda ise AİHM şu değerlendirmelerde bulunmuştur: Yetkililer başvurucunun evlat edinme talebini reddederken; evde 'yeterince' aile havası bulunmadığını belirtmişlerdir. Belki başka bir durumda, bu tür bir gerekçe kabul edilebilir ise de, evlat edinmek için başvurucunun bir çift olarak değil, kendi adına başvuruda bulunduğu göz önüne alındığında; bu gerekçe sorgulanır bir hale gelmektedir. Mahkemeye göre bu gerekçe başvurunun keyfi bir şekilde reddedilmesine yol açmış ve başvurucunun homoseksüelliği nedeniyle gerçekleştirilen reddi perdelemek için kullanılmıştır. İdari makamların kararlarına varırken, ima yoluyla başvurucunun homoseksüelliğine göndermede bulunmaları, başvurusunun reddine ilişkin asıl nedenin bu olduğunu göstermektedir. Başvurucunun farklı bir muameleye tabi tutulduğu ve bunun da onun cinsel yönelimini temel aldığı açıktır. Ayrımcılık yasağı ihlal edilmiştir[775].

Güvenlik görevlisinin kadın olduğu için görevden çıkarılması

Boyraz/ Türkiye[776] başvurusunda AİHM, KPSS sınavını başarılı bir şekilde geçip TEDAŞ'a güvenlik görevlisi olarak atanan, ancak "askerliğini tamamlamadığı" ve "erkek olmadığı" gerekçeleriyle işten çıkarılan kadın başvurucunun davasında, ayrımcılık tespit etmiştir. Sözleşme, herhangi bir kamu görevine girme hakkını güvence altına almamakla birlikte,

775 ECHtR, E.B/France (application no. 43546/02), 22.01.2008, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2245258-2392886

776 ECHtR, Boyraz/Turkey (application no. 61960/08) 02.12.2014, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4951617-6065162

AİHM, başvurucunun cinsiyeti nedeniyle işten çıkarılmasının, onun özel hayatına ve aile hayatına müdahale oluşturduğunu tespit etmiş ve başvuruyu 8. madde ile birlikte 14. madde altında değerlendirmiştir. AİHM, hükümetin ileri sürdüğü; gece çalışma, kırsal kesimlere gitme, silah kullanma ve icabında fiziksel güç kullanma gibi gereklerin, başvurucunun maruz kaldığı farklı muameleyi haklı kılamayacağına hükmetmiştir. AİHM'e göre; başvurucunun görevlerini yerine getirmekte başarısız olduğuna ilişkin bir kanıt ileri sürülememiştir. Bu nedenlerle başvurucunun uğradığı farklı muamele, herhangi bir meşru amaç gütmemektedir.

Felçli öğrencinin üniversite binasına çıkamaması

Enver Şahin[777] Türkiye davasında AİHM, felçli bir üniversite öğrencisinin üniversiteye fiziksel erişimi konusundaki şikayetlerini incelemiştir. Şahin, eğitimi devam ederken bir trafik kazası geçirmiş, belden aşağısı felç olmuş, okula döndüğünde sınıfına ve okulda değişik yerlere gitmekte sıkıntılar yaşamıştır. Şahin bu durumdan üniversite rektörüne yakındığında, rektör binanın eski olduğunu, tadilatlar için para gerektiğini, bu paranın da üniversitede bulunmadığını belirtmiş ve Şahin'e bir üniversite çalışanının yardımcı olmasını önermiştir. Şahin'in idare mahkemesinde açtığı davalar da, aynı gerekçelerle, yani gerekli tadilatlar için fon bulunmadığı belirtilerek reddedilmiştir.

AİHM, öncelikle, engelliliğin 14. maddede sözü edilen

777 ECHtR, Enver Şahin v. Turkey press release, (application no. 23065/12), 30.01.2018, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5989451-7665919

"herhangi başka durumlardan" birisi olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göre, üniversite rektörünün bir görevliyi tahsis etmesi, üniversitede engelli öğrencilerin de eğitim hakkından yararlanabilmesi için gerekli tadilatların yapılması lüzumunu ortadan kaldırmaz. Çünkü engelli bir kişinin bağımsız olması, onur ve kendine değer verme duygularının tam olarak gelişebilmesi için hayati öneme sahiptir. Unutulmamalıdır ki; insan onuruna saygı ve insanın özgür olması, kişinin kendi seçimlerini yapabilme özgürlüğüyle birlikte Sözleşmenin en köklü temellerinde yer alırlar. Dolayısıyla da, sürekli olarak bir kişinin yardımına muhtaç bırakılmak, başvurucunun mümkün olduğunca bağımsız ve özerk bir yaşam sürme ihtiyaçlarına saygısızlık oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, ulusal makamlar Şahin'in diğer öğrencilerle eşit bir şekilde eğitim hakkından yararlandığını gösterememiştir. 1 Nolu Protokolün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkıyla birlikte, 14. madde ihlal edilmiştir.

12 Nolu protokol

12 Nolu protokol Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır. Ancak onaylanıp yürürlüğe girdiğinde; ayrımcılık yasağına ilişkin bireysel başvuruların kapsamı muazzam bir şekilde genişleyecektir.

Sözleşmenin 14. maddesi, Sözleşme tarafından korunan herhangi bir hakla ilgili ayrımcılık yapılmasını yasaklarken, 12 Nolu protokolün 1. maddesi, Sözleşme tarafından korunup korunmadığına bakmaksızın, ulusal yasalarda düzenlenen tüm haklarla ilgili ayrımcılık yasağı getirmektedir.

Ayrıca AİHM'in Riječ života ve Diğerleri[778] davasında da belirttiği gibi, 12 Nolu protokolle birlikte ayrımcılık yasağı; sadece iç hukukların tanıdığı haklarla sınırlı değildir; bunların da ötesine uzanmaktadır. Protokolün 1. maddesinin 2. paragrafında da belirtildiği gibi, kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen herhangi bir ayrımcılık da artık inceleme konusu yapılabilecektir.

778 ECHtR, Riječ života and Others v. Croatia, (Application no. 7798/08), 9 December 2010, para.104, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102173

XV) Madde 18: Haklara getirilecek kısıtlamaların sınırlanması

Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 18. maddesi; çok basit bir şekilde söylemek gerekirse, gücün/iktidarın suiistimal edilmesini yasaklamaktadır. Bu maddeden mahkûmiyet, ilgili devletin demokrasi ve hukuk devleti alanında belli sınırları aştığını, elindeki gücü suistimal ettiğini ortaya koymaktadır. AİHM, bugüne kadar ancak 'bir düzine davada' 18. madde altında mahkumiyete hükmetmiştir.[779]

Daha önce incelediğimiz 14. madde gibi, 18. maddenin de bağımsız bir varlığı yoktur; yani ancak Sözleşme tarafından korunan bir hakkın devlet tarafından -Sözleşme tarafından kabul edilmeyen- başka amaçlarla sınırlandırıldığı ileri sürülebilir. Burada başka amaçlar ibaresiyle kastettiğimiz, siyasi amaçlar, muhalefetin susturulması, muhaliflerin cezalandırılması gibi, gücün kötüye kullanıldığı durumlardır. Örneğin bir insan hakları savunucusunun, bu faaliyeti nedeniyle hedef alınması ama başka bir suçlama uydurarak, bu kişi hakkında Sözleşmenin 5. maddesi anlamında makul bir suç şüphesinin bulunduğunun iddia edilmesi gibi.

18. madde, Sözleşmenin bir diğer maddesiyle birlikte ileri

779 https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22violation%22:[%2218%22]}

sürülürken, iddia edilen; devletin sadece belli bir hakkı ihlal ettiği değil ve fakat bunu "gizli başka amaçlarla" veya "art niyetle" gerçekleştirdiğidir.

AİHM bir vakaya, 18. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yapılacak testi Merabishvili/Gürcistan[780] davasında şu şekilde formüle etmiştir: Başvurucunun haklarının veya özgürlüklerin kısıtlanması konusunda gizli amaçlar/art niyetler söz konusu mudur? Bu kısıtlamalar Sözleşme tarafından tarif edilen bir amacı ve aynı zamanda gizli bir amacı mı takip etmekte, birden çok amaç mı söz konusu olmaktadır? Eğer böyleyse; ağır basan amaç hangisidir?

AİHM'in incelemeye aldığı gizli niyet/art niyet iddiaları şu başlıklar altında özetlenebilir[781]:

-Bilgi almak veya bazı avantajlar elde etmek için başvurucuya gözdağı vermek veya baskı uygulamak (Gusinskiy/Rusya, Cebotari/Moldavya);

-Başvurucuyu cezalandırmak ve susturmak (Ramishvili ve Kokhreidze/Gürcistan; Lutsenko/Ukrayna);

-Cezai soruşturmanın ardında siyasi ve/veya ekonomik niyetlerin yer alması (Khordorkovkiy/Rusya, Natase/Romanya).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'den yapılan

780 ECHtR, Merabishvili v. Georgia, (Application no. 72508/13), 28 November 2017, para.309, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178753

781 ECHtR, Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights-Limitations on use of restrictions on rights, 31 August 2018, s.10 https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_18_ENG.pdf,

başvurulardan sadece iki tanesinde 18. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Türkiye'nin ilk 18. madde mahkumiyeti; Selahattin Demirtaş'ın başvurusunda gerçekleşmiştir. İkinci mahkûmiyet; Osman Kavala davasında verilmiştir.

Yukarıdaki 18. maddenin uygulanması kriterlerine iyi bir örnek olması nedeniyle; Selahattin Demirtaş başvurusundan uzun bir alıntı yapacağız.

AİHM'in Selahattin Demirtaş'ın süregiden tutukluluğu nedeniyle verdiği 18. Madde mahkumiyeti, özetle aşağıdaki gerekçeleri temel almaktadır:

"Mahkeme öncelikle, başvuranın, bilhassa Türkiye'de iktidardaki Hükümete karşı muhalefeti nedeniyle, özellikle hedef alınmasından şikâyet ettiğini ve tutukluluk halinin devamının ilgiliyi susturma amacı taşıdığını ileri sürdüğünü gözlemlemektedir. Mahkeme, yalnızca ceza soruşturmalarının siyasetçiler hakkında açılmasının veya seçim kampanyası ya da halk oylaması sırasında bile bu siyasetçilerin tutuklanmasının, otomatik olarak, izlenen amacın siyasi tartışmayı sınırlamak olduğunu göstermediğini hatırlatmaktadır (…) Gerçekte, Mahkeme nazarında, Sözleşme'nin 18. maddesinin ihlali, ancak son derece yüksek bir eşiğin aşılması halinde söz konusu olabilmektedir.

Başvuranın şikâyetini dikkate alarak, Mahkeme, *Merabishvili* davasında verdiği karardan doğan ilkeler ışığında, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasını ve Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesini ihlal edecek şekilde, ilgilinin tutukluluk halinin devamına ilişkin ulusal makamların karar-

larının, başvuranı Türkiye'de siyasi sahneden uzaklaştırma yönünde ağır basan bir amacı taşıyıp taşımadığını incelemeye davet edilmektedir.

(…) Bu temele dayanarak, Mahkeme, daha sonra birçok defa uzatılan tutukluluğunun dayandırıldığı, başvuran hakkında yapılan suçlamaların çoğunun Türk siyasi sahnesinde muhalefet partisinin lideri olarak ilgilinin açık siyasi faaliyetiyle doğrudan ilgili olduğu üzerinde durarak başlamaktadır. Dolayısıyla, başvuranın şikâyetine ilişkin yeterli bir inceleme, dosyada yer alan belgelerden anlaşıldığı şekliyle, davaya ilişkin olayların yer aldığı genel politik ve sosyal bağlamdan ve olaylara ilişkin sıralamadan ayrılamaz. Dahası, *Merabishvili* kararının gerektirdiği üzere; Mahkeme, bu türden bir bağlamsal inceleme uygulayarak, başvuranın tutukluluğunun tekrar eden bir şekilde uzatılmasına ilişkin kararlara dayanak teşkil eden ve ağır basan bir amacı gösteren yeterli bir delilin, aksi ispat edilemeyen, yeterince ciddi, kesin ve birbiriyle uyumlu birtakım emare veya karinelerden yola çıkılarak elde edilip edilemeyeceğini tespit etmeye davet edilmektedir.

Bu bağlamda, Mahkeme, İnsan Hakları Komiserinin memorandumu, Anayasa değişiklikleri hakkında Venedik Komisyonu tarafından sunulan görüşler, Uluslararası Af Örgütü tarafından yayımlanan rapor ve müdahil tarafların görüşleri ışığında, başvuranın Türk siyasi sahnesindeki konumunu, 2014 yılından beri Türkiye'deki gergin siyasi iklimi ve başvuranın siyasi rakipleri, özellikle Cumhurbaşkanı tarafından yapılan konuşmaları dikkate alarak, objektif bir gözlemcinin, siyasi muhalefet liderlerinden biri olan başvuranın tutukluluğunun

uzatılmasının, atılı suçların açıkça siyasi nitelikte olmamasına rağmen, siyasi bir gerekçeye sahip olduğundan şüphelenilmesinin doğal olduğunu gözlemlemektedir.

Dahası, Mahkeme, uluslararası gözlemcilerin rapor ve görüşlerinde, ayrıca seçilmiş milletvekilleri ve belediye başkanları da dâhil olmak üzere, başvuranın siyasi partisine mensup olan birçok yöneticinin, özellikle siyasi konuşmaları nedeniyle tutuklandıklarının vurgulandığını tespit etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, aralarında 55 HDP milletvekilinin bulunduğu 154 milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılmasının ardından, 14'ü HDP milletvekili olmak üzere, 15 muhalefet milletvekilinin tutuklandığını kaydetmektedir. Nitekim Mahkeme, müdahil tarafların tespitlerini, özellikle ulusal mevzuatın gittikçe muhalif sesleri bastırmak için kullanıldığına işaret eden, İnsan Hakları Komiseri'nin tespitini dikkate almaktadır. Dolayısıyla, Mahkeme, ilgilinin tutukluluğunun uzatılmasına ilişkin kararların, belirli bir sürekliliği izlediği kanısına varmaktadır.

Ayrıca Mahkeme, Türkiye'de kamuoyunun 1923 yılında Cumhuriyet'in ilan edilmesinden itibaren muhtemelen en büyük Anayasa değişikliği olan bu durumu tartıştığı sırada, başvuran ile siyasi partisine mensup olan diğer milletvekillerinin tutukluluk hallerinin devam ettiğini saptamaktadır. Mahkeme daha önce, Sözleşme'nin 18. maddesi açısından yaptığı inceleme kapsamında, ülkedeki siyasi bağlam *tek başına* (*per se*) yeterli bir delil teşkil etmese bile, bu bağlama büyük bir önem atfettiği sonucuna varmıştır (*Merabishvili* kararı, § 322). Mahkeme, başvuranın tutukluluk süresi boyunca yapılan siyasi

tartışmalar, özellikle Anayasa sistem değişikliğini ilgilendiren tartışma dikkate alındığında, muhalefet liderlerinden biri olan başvuranın, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, Cumhurbaşkanlığı sistemine geçmek amacıyla Anayasa değişikliğiyle ilgili yasa tasarısı teklifine "hayır" kampanyası üzerinde; olumsuz bir etkiye sahip olduğunun inkâr edilmesinin zor olduğu kanaatine varmaktadır.

Ayrıca, Mahkeme, Türkiye Büyük Millet Meclisinin, normal olarak 2019 yılında yapılması gereken cumhurbaşkanlığı seçimleri ile genel seçimlerin, yaklaşık bir buçuk yıl önce, 24 Haziran 2018 tarihinde gerçekleştirilmesine karar verdiğini kaydetmektedir. Mahkeme, Cumhurbaşkanlığı seçiminde, cezaevinde tutuklu olan başvuranın da aralarında bulunduğu altı kişinin aday olduğunu tespit etmektedir.

Bu hususlar, Mahkemenin, başvuranın suç işlediğine dair hakkında şüphelenilmesini gerektiren "inandırıcı sebeplere" dayanılarak tutuklanmasına rağmen, ilgilinin tutukluluk halinin devamının, aynı zamanda siyasi bir nitelik taşıdığı kanısına varmasını sağlamaktadır.

Geriye, bu tutukluluğun siyasi niteliğinin, başvuranın özgürlük hakkına getirilen sınırlamanın ağır basan amacı olarak kabul edilip edilemeyeceğini belirlemek kalmaktadır.

Davaya ilişkin koşullarda, Mahkeme, *Merabishvili* kararında, devam eden bir durumda, ağır basan amacın zamanla değişebileceğini ifade ettiği kısmın, belirli bir önem taşıdığı kanısına varmaktadır. Başvuran hakkında alınan tedbirlerin ağır basan amacının, dikkate alınan süre boyunca ger-

çekten değiştiği görülebilmektedir. Başlangıçta muhtemelen bir hedef ya da meşru bir amaç olarak görülebilecek olan hususun, zamanla daha az makul olduğu ortaya çıkabilmektedir.

Bu durumda, Mahkeme, yıllardan beri başvuran hakkında açılan pek çok ceza soruşturmasının mevcut olduğunu, ancak başvuranın milletvekili dokunulmazlığını kaldırmaya yönelik bir dava açmak için, "çözüm sürecinin" sona ermesinden önce, belirleyici bir tedbirin alınmadığını kaydetmektedir. Bu bağlamda, Mahkeme, başvuran hakkında yürütülen soruşturmanın, Cumhurbaşkanı'nın konuşmalarının ardından başlamamasına rağmen, "bu partinin [HDP] milletvekillerinin bunun bedelini ödemeleri [gerektiği]" yönündeki açıklamanın ve söz konusu konuşmaların ardından, en azından 'hızlandırıldığını' tespit etmektedir. Cumhurbaşkanı, 16 Mart 2016 tarihinde, aralarında başvuranın da bulunduğu HDP milletvekillerini, 52 kişinin ölümüne yol açmakla suçlamıştır.

Böylelikle, Mahkemenin, başvuranın, davalı Devlet'in tüm hukuk sisteminin başından beri kötüye kullanıldığı ve adli makamların kötü niyetle ve Sözleşme'ye açıkça aykırı şekilde hareket etmeye devam ettikleri yönündeki iddiasına katılamamasına rağmen, uluslararası gözlemcilerin rapor ve görüşlerinden, özellikle İnsan Hakları Komiseri'nin görüşlerinden, son yıllarda Türkiye'deki gergin siyasi iklimin, bilhassa olağanüstü hâl sırasında; ulusal mahkemelerin bazı kararlarını etkileyecek nitelikte bir ortam yarattığı anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda, söz konusu bağlamdan doğan birbiriyle uyumlu unsurlar, adli mercilerin, muhalefet liderlerinden biri olarak başvuranın konumunu göz önünde bulundurarak, ilgili-

nin davranışı, HDP mensubu diğer seçilmiş milletvekilleri ve belediye başkanlarının davranışı ve daha genel olarak, muhalif sesler karşısında sert tepki gösterdikleri yönündeki iddiayı doğrulamaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme, Hükümet'in, bu iddiaların dayanaktan yoksun olabileceğine dair kendisini ikna edebilecek nitelikte ciddi bir gerekçe sunamadığını kaydetmektedir.

Ayrıca, Mahkeme, belirli bir davada hangi amacın daha ağır bastığını tespit edebilmek amacıyla, Sözleşme'nin 'hukukun üstünlüğü' ilkesiyle düzenlenen demokratik bir toplumun ideal ve değerlerini korumaya ve desteklemeye yönelik olduğunu göz önünde bulundurarak, diğerlerinin yanı sıra, izlendiği kabul edilen ve Sözleşme'ye uygun olmayan amacın niteliğini ve suçlanabilirlik derecesini de dikkate alması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme, başvuranın sadece bireysel nitelikte bir ihlalin mağduru olmadığını gözlemlemektedir. Başvuran, özellikle siyasi muhalefetin liderlerinden biri olarak, konumu nedeniyle tutukluluk halinin devam ettiğini ileri sürmektedir. Mahkeme, bu türden bir varsayım çerçevesinde, tehlikeye atılan hususun; yalnızca bir birey olarak başvuranın hak ve özgürlükleri değil, demokratik sistemin kendisi olarak değerlendirilebileceği kanaatine varmaktadır. Mahkeme nazarında, Sözleşme'ye uygun olmayan bu türden bir amaç, demokrasi için itiraz edilemez bir öneme sahip olabilecektir.

Mahkeme, yukarıda ifade edilen hususları dikkate alarak; ulusal makamların, yalnızca kanun tarafından belirtilen tutukluluk gerekçelerinin basmakalıp bir sıralamasından ibaret

olan yetersiz gerekçelerle, birçok defa başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermelerini de göz önünde bulundurarak; özellikle iki kritik seçim kampanyası, yani halk oylaması ve Cumhurbaşkanlığı seçimi sırasında; ilgilinin özgürlüğünden yoksun kalma halinin uzatılmasının, çoğulculuğu bastırma ve demokratik toplum kavramının özünde yer alan siyasi tartışma özgürlüğünü sınırlama yönünde, gizli ve ağır basan bir amaç izlediğinin, her türlü makul şüphenin ötesinde tespit edildiği kanaatindedir

Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasıyla birlikte 18. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır" [782].

Yukarıda, Selahattin Demirtaş kararından yaptığımız alıntıdan da görüleceği üzere; AİHM 18. maddeden mahkûmiyet için aranan eşiği oldukça yukarı bir yerlere koymaktadır. Buna rağmen, Türkiye şu ana kadar iki davada bu eşiği aşmış görünmektedir.

Yine Demirtaş kararına baktığımızda, yukarıda soyut olarak sıraladığımız kriterlerin nasıl somutlaştırıldığını görmekteyiz.

AİHM ilk olarak; Demirtaş'ın tutukluluğunun uzatılmasına gerekçe yapılan suçlamaların Demirtaş'ın açık siyasi faaliyetlerini dayanak aldığını belirtiyor.

İkinci olarak, Türkiye'ye ilişkin insan hakları raporlarını ve Cumhurbaşkanı'nın konuşmalarını değerlendiren objektif

782 AİHM, Selahattin Demirtaş/Türkiye kararı, Dışişleri Bakanlığı çevirisi, (Başvuru no. 14305/17), 20 Kasım 2018, para.169-183, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202342

bir gözlemcinin, Demirtaş'ın sürekli olarak uzatılan tutukluluğunun siyasi bir gerekçeye dayandığından şüphelenmesinin doğal olacağını ifade ediyor.

Ardından, siyasilere yönelik diğer soruşturmalara dikkat çekiyor; 14'ü HDP'li 15 milletvekilinin tutuklanmış olduğunu kayda geçiyor. Aynı şekilde İnsan Hakları Komiserinin, Türkiye'de hukuk mevzuatının muhalif sesleri bastırmak için kullanıldığı yönündeki tespitini dikkate alıyor.

Mahkeme 18. madde kapsamında değerlendirme yaparken; ülkedeki siyasi bağlamı göz önüne aldığını ifade ediyor ve bu bağlamda Demirtaş'ın tutukluluğunun "Anayasaya hayır" kampanyası üzerindeki olumsuz etkisine dikkat çekiyor.

Yukarıda, 18. madde değerlendirme kriterlerinde, art niyetin/gizli amacın diğer faktörlere göre daha ağırlıklı olmasının arandığını belirtmiştik. Bu bağlamda AİHM, Demirtaş'ın tutukluluğunun devamında siyasi amacın diğer amaçlara baskın gelip gelmediğini değerlendirirken de, uzun süredir hareketsiz duran dosyaların Cumhurbaşkanı'nın onu hedef alan konuşmalarından sonra birden bire hızlandığına dikkat çekiyor.

18. madde mahkumiyetleri, bir tür alarm niteliğindedir. Söz konusu ülkenin demokrasi ve hukuk devletinden uzaklaştığını, bir eşiğe geldiğini işaret eder.

Ağırlığı nedeniyle, AİHM 18. madde altında mahkûmiyet verme konusunda eli açık davranmamaktadır.

Demirtaş, Kavala ve onların ardından gelmesi muhtemel diğer 18. madde mahkumiyetleri, Türkiye için ciddi uyarılardır. Dikkate alınmaları gerekir.

EK-1*

Soruşturma Evresinde İşkence ve Kötü Muamele

1.Genel Olarak

Gözaltında işkence ve kötü muameleye uğramamanın en temel güvencesi en kısa zamanda bir avukata ulaşmaktır. CMK m.149 yakalanan kişi veya sanığa, soruşturmanın her aşamasında yanında bir avukat bulundurma hakkını vermiştir. Yukarda da belirtildiği gibi, bir avukatın hukuki yardımından yararlanılması, gözaltı sürecinin tam tecride dönüşmesini engeller. Çünkü, müdafi, AİHS m. 6, Anayasa m. 36 ve CMK'dan kaynaklanan hak ve yetkilerini kullanarak sürece dahil olur; özgürlüğünden yoksun bıarkılan kişi ile görüşür, yazışır, soruşturma belgelerini inceler, örneklerini edinir, ifade, teşhis, yer gösterme vb işlemlere katılabilir, soru sorup, hukuka aykırı uygulamalara karşı koyabilir, suçlamanın dayandığı delillerin neler olduğunu anlayıp lehe delillerin toplanmasını sağlayabilir, ilgili makamlara suç duyurusu, şikâyet vb. başvurularda bulunabilir. Böylelikle, kişinin işkence, kötü muamele görmesi, kendisni suçlamaya zorlanması gibi olumsuz uygulamaların da önüne geçilebilir.

* Orhan Kemal Cengiz/Nalan Erkem, İşkencenin Belgelenmesi ve Hukuki Takibi İçin Rehber, İHD Yayınları, Ankara, 2007. Bu makale, İnsan Hakları Derneği'nin 2007 yılında yürüttüğü "İşkenceye Sessiz Kalma" adlı proje çerçevesinde hazırlanan yayınından alınarak 5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve güncel mevzuat hükümleri doğrultusunda, Dr.Günal Kurşun tarafından güncellenmiş ve geliştirilmiştir.

Avukat tutamayacak, kendisine bir avukat seçemeyecek ya da bir avukatın ücretini ödeme gücünden yoksun durumda olanların baroların CMK servislerinden ücretsiz avukat talep etme hakları vardır (CMK m.150/1). 18 yaşından küçük çocuklar ile sağır ve dilsizlere müdafi tayini talebe bağlı olmaksızın zorunludur (CMK m. 150/2). Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada da zorunlu müdafilik söz konusudur (CMK m.150/3).

a.Bir İşkence Başvurusu Alındığında Temel Kaygı

Tüm işkence başvurularında, uyulması gereken temel kural; mağdura en hızlı biçimde ve en kısa sürede ulaşılması zorunluluğudur. Mağdura hızlı erişim, mağdurun güvenliğinin sağlanması, gerekiyorsa tedavisinin yapılması ve delillerin kaybolmadan tespit edilmesi ve toplanması bakımından önemlidir.

Bir kişinin işkence riski altında bulunduğuna dair bilgi avukata ulaştığı anda, bilginin güvenilirliğine ilişkin bazı kuşkular olsa bile, derhal harekete geçilmesi gerekir, çünkü kişinin güvenliğinin her zaman için, yanıltılma riskinden önce geleceği açıktır.

İşkence başvurularında önerilen bir diğer şey ise birden fazla avukatın olaya birlikte müdahale etmesidir. Özellikle yoğun işkence iddialarının geldiği birimlerdeki müdahalelerde en az iki avukatın birlikte çalışması, mağdurun tedavisinin ve güvenliğinin sağlanmasında, delillerin toplanmasında kolaylık sağlayacağı gibi, avukatların sistemden zarar görme riskini

azaltacaktır. Uygulamada zaman zaman kolluk birimlerinde, işkence mağduru müvekkili ile görüşmeye giden avukatın uzun süre bekletilme, uygun olmayan ortamlarda görüşme yapmak zorunda bırakılma, evrakların incelenmesinin çeşitli gerekçelerlerle engellenmeye çalışılması, mesleğe ve kişiliğe yönelik hakaret ve tehdit içeren davranışlara maruz kalma gibi durumlarla karşılaşılmaktadır. Kolluk biriminde en az iki avukatın birlikte bulunmasının, kolluğun bu tür davranışlara başvurması anlamında caydırıcı olduğu görülmüştür. Ayrıca görevli avukat ya da mağdura yönelik tüm hak ihlallerinin, iki avukatın oluşturacağı tespit tutanakları ile delillendirilme, dolayısıyla şikayet olanağı da sağlamaktadır.

Yine uygulamada zaman zaman kişinin, yalnızca bir avukatla görüşebileceği söylenerek birden fazla avukatla görüşün engellenmeye çalışıldığı da görülmüştür. Oysaki yasanın bu konudaki düzenlemesi açıktır. Avukat sayısı yalnızca soruşturma evresindeki ifade sırasında üç avukat ile ve örgüt faaliyeti çerçevesinde yapılan yargılamalarda duruşmada üç avukat ile sınırlanmıştır. Bunun dışındaki aşamalarda avukat sayısında sınırlama yoktur.

Soruşturmanın her aşamasında yakalanan kişinin yanında avukat bulundurma ve onun hukuki yardımından yararlanma hakkının bulunduğu ve bu hakkın engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı CMK m.149/3'te açıkça düzenlenmiştir.

b.Mağdurun Bulunduğu Ortam ve Konuma Göre Yapılması Önerilen Asgari Müdahaleler

İşkence mağdurunun bulunduğu ortama veya konuma

göre farklı birtakım müdahalelerde bulunulması gerekmektedir. İşkence mağduru kollukta gözaltında, savcılıkta, cezaevinde bulunabilir. Bu mekân veya durumların her birinde farklı müdahaleler yapılması zorunludur. İşkence mağduru ölmüş veya kayıp ve ulaşılamıyor durumda da olabilir. Tüm bu durumlarda yapılması gerekenlere ilişkin önerilerimizi, mağdurun bulunabileceği ortam ve konumlara göre sırasıyla inceleyelim.

ba.İşkence Mağdurunun Bir Kolluk Biriminde Gözaltında Bulunduğu Durumlarda Yapılması Gerekenler

Öncelikle müvekkile ilişkin evrakları inceleyerek işe başlamak önerilir. Mağdur getirilinceye kadar,

- gözaltına alınma tarih-saati;
- yakalayan birim;
- yakalandığı yer;
- gözaltına alan görevliler;
- yakalama nedeni;
- giriş sağlık raporunun içeriği, raporu veren birim/doktor;
- şüpheli ve sanık hakları formu ve diğer tutanak ve formların içeriği, tarih ve saati

gibi tüm evraklar hızlıca incelenmelidir. Bu evraklarda herhangi bir hata, silinti/tahrifat veya eksiklik görülüyorsa, bunun kısaca bir yere not edilmesi, daha sonra düzenleyeceğiniz tutanaklar açısından yararlı olabilir. Bu nedenle yanınızda basit bir defter ve kalem bulundurulması önemlidir.

Müdafilerin hazırlık evrakları ve dosya inceleme hakları CMK m.153 ve Yakalama ve Gözaltı Yönetmeliği m.21 de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, müdafiin dosyanın tamamını inceleme ve harçsız örnek alma hakkı vardır. Eğer savcılık, müdafiinin hazırlık evrakını incelemesi ve örnek almasının soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceğine inanıyorsa sulh ceza hakiminden kısıtlama kararı talep edebilir. Böyle bir kısıtlama kararı, yalnızca CMK m.153/2'de listesi verilen suçlara ilişkin olabilir[783]. Sulh ceza hakimi kısıtlama

783 **Ceza Muhakemesi Kanunu**

Müdafiin dosyayı inceleme yetkisi

Madde 153 – (Değişik: 2/12/2014-6572/44 md.)

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

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

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

1. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

2. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

3. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),

6. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),

7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

kararı verse bile, bu karar sanığın veya yakalanan kişinin sorgusunu içeren tutanak, bilirkişi raporları ve yakalanan kişi veya sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer işlemlere ilişkin tutanakları kapsayamaz.

Gözaltındaki kişi/mağdur ile görüşme konusunda CMK m.154 ve Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği (YGİY) ile sanık ve avukata tanınan hak ve yetkileri kullanmak her zaman daha geniş olanaklar sağlar. Öncelikle tutulan kişi ile kimsenin sizi işitemeyeceği uygun bir ortamda görüşme hakkınızın olduğunu ve yakalanan kişilerin müdafii ile yazışmasının denetime tabi tutulamayacağını unutmayınız.

---

8. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).

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

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

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

(3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(4) Müdafi, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.

(5) Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.

Uygun ortam sağlandıktan sonra görüşmeye kendinizi tanıtarak, amacınızı, ne yapacağınızı objektif bir şekilde anlatarak başlamak en doğrusudur. Bilinçli muvafakat (aydınlatılmış onam) alındıktan sonra mağdurun kısa öyküsünü almanız önerilir. Bu öyküde bazı temel noktaların aydınlatılması önemlidir.

Şu soruların yanıtının alınması önerilir;

- Hangi tarih/saatte, nerede gözaltına alındı? Çünkü her zaman tutanak ve formlardaki tarih ve saatlerle kişinin gerçekte yakalandığı tarih ve saat aynı olmayabilir. Özellikle gözaltı sürelerinin aşılması durumunda bu önemlidir.
- Gözaltına alınma nedeni/isnat edilen suç bildirildi mi, bildirildi ise ne zaman?
- Hakları hatırlatıldı mı? Ne zaman? Hangileri?
- Bir yakınına haber verildi mi, ne zaman, nasıl?
- Avukatına ne zaman haber verildi? Avukatı hangi aşamada geldi? Avukat gelinceye kadar herhangi bir şey imzaladı mı? İmzaladı ise okuyarak mı imzaladı, içeriği ne?
- Nerede tutuluyor? Bu yer kaç metrekare, yükseliği nedir? Yalnız mı tutuluyor? Oturacağı, uzanıp dinlenebileceği bir sandalye, koltuk, yatak vs var mı? Giysilerini değiştirip duş alabilme olanağı tanındı mı?
- Avukatı gelinceye kadar neler yaşadı? Yüklenen suçu ikrara zorlandı mı? Mülakat yapıldı mı?
- Kendisine herhangi bir haksız davranış (zorlama/aşağı-

layıcı/onur kırıcı/kötü muamele) yapıldı mı? Yapıldıysa kim tarafından, ne kadar süre ile ne yapıldı? Araç kullanıldı mı, kullanıldıysa tanımlayabilir mi? Şu anda fiziksel veya ruhsal şikayetleri var mı, varsa neler?

- Doktor muayenesine götürüldü mü, götürüldü ise gözaltına alındıktan ne kadar süre sonra?
- Muayene sırasında hekimle yalnız mıydı, değilse kimler vardı, muayene edildiği birimin adı?
- Gözaltında tutulduğu ortama ait bilgiler, yemek, su, tuvalet, ilaç ihtiyacı karşılandı mı, ne sıklıkla izin verildi?

İdeal olanı sürecin baştan sona tüm ayrıntılarıyla ele alındığı, tüm bilgileri içeren detaylı bir ifade alınmasıdır, ancak ortam veya zaman bu iş için müsait olmadığında, yukarıda belirtilen bilgilerin kısaca not edilmesi yararlı olacaktır.

Yukarıda sınırlı sayıda sayılan ama duruma veya olaya göre sizin çoğaltacağınız soruların yanıtlarını içeren mağdurun imzalı beyanı alındıktan sonra, üzerindeki fiziksel deliller tespit edilmelidir.

- Öncelikle mağdur bilgilendirilerek izni alınmalı ve uygulanan işkence yöntemine, uygulama bölgelerine göre müdafiin şüpheliye dokunmadan, yalnızca gözle izleyecek biçimde, şüpheliden yaralarını göstermesini istemesi sözkonusu olabilir izler, düzenlenecek tutanağa ayrıntılı biçimde yazılmalıdır. İzlerin tespitinde, izlerin bulunduğu yerin, şeklinin, büyüklüğünün, renginin tam ve doğru olarak belirtilmesine özen gösterilmelidir. Örneğin "sağ kolda dirseğin 2 cm kadar üzerinde 1x5 cm büyüklüğünde

yatay kırmızı ekimoz", "sırtta sağ kürek kemiğinin üzerinde ray şeklinde birbirine paralel 3x10 cm büyüklüğünde kırmızı üç adet çizgi şeklinde iz", "karnın sağ tarafında böbrek üzerindeki bölgede yumurta büyüklüğünde kabarık mor iz" gibi.

- Mağdurun fiziksel ve psikolojik yakınmaları da tutanakta belirtilmelidir. Örneğin; "kişi başının ağrıdığını, birkaç saattir kulaklarında çınlama olduğunu, midesinin bulandığını, dikkatini toparlayamadığını belirtmektedir"gibi.
- Görüşme sırasında sizin gözlemleriniz de önemlidir. Bunları da tutanakta belirtmeniz öykünün doğruluğu, uygulandığı iddia edilen işkence yöntemi ile tespit edilen sonuçların uyumluluğu, iddianın gerçekliğini kanıtlamada önemli olacaktır. Örneğin "konuşma sırasında kişinin boynunu sağa sola döndüremediği, dönme hareketini tüm vücudu ile gerçekleştirebildiği, kolları ve bacaklarını hareket ettirirken yüzünde acı çeker bir ifade belirdiği, konuşmaların kesik kesik olduğu, zaman zaman konuşmayı yarıda kesip dalgınlaştığı gözlemlenmiştir" gibi.

Ayrıca bazı olaylarda mağdurun giysileri vb. de delil olarak gösterilmeli ve savcılıkça incelenmesi sağlanmalıdır.

Eğer yakalanan kişi bir çocuk ise görüşmede özellikle ses tonunuzun ve konuşma tarzınızın yumuşak, güven veren ve rahatlatıcı bir tarzda olmasına dikkat edilmelidir. Eğer konuşmak istemez ya da bizim sorduğumuz soruların yanıtlarını değil de başka şeyleri anlatırsa tepki vermemek, sabırlı olmak gerekir. Onu dinledikten sonra uygun bir üslup ile görüşmeyi

istediğiniz konuya dikkatlice yönlendirmelisiniz.

baa.Kişinin Tedavisinin ve Güvenliğinin Sağlanması

baaa.Tedavisinin Sağlanması

Eğer kişi kendini iyi hissetmiyorsa derhal bir sağlık kuruluşuna sevki istenerek muayene ve tedavisi sağlanmalıdır. YGİY m. 9, gözaltına almak amacıyla yapılan ya da zor kullanılarak gerçekleştirilen yakalama, gözaltına alma, süre uzatma, yer değiştirme, adli makamlara sevk ve serbest bırakılmada doktor kontrolünü zorunlu saymakta, ek olarak da gözaltındaki kişinin sağlık durumunun bozulması halinde de derhal doktor yardımından yararlanacağını düzenlemektedir. Uygulamada her aşamada doktor muayenesi yapılmadığı görülmektedir ve bu konuda dikkat göstermek gerekir. Unutmayınız bu kapsamdaki muayene ve tedavi için yakalanan kişiden ücret istenemez.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi ile görüşen müdafi, bir işkence ya da kötü muamele ile karşılaştığında, durumu derhal soruşturmayı yürüten C. Başsavcılığı'na yazılı olarak bildirmeli, ilgili C. Savcısı ile görüşerek, derhal tıbbi tespit ve tedavi sürecinin başlatılmasını istemelidir. Mağdurun tıbbi birime sevkine ilişkin yazışmada, kişiye uygulanan işkence yöntemleri göz önünde bulundurularak hastanenin hangi servislerine sevk istendiği ve hangi ileri tetkik yöntemlerinin uygulanmasının talep edildiğinin belirtilmesinde yarar vardır. Örneğin kişi başına darbe aldığından yakınıyorsa mutlaka beyin tomografisi ile kulak burun boğaz muayenesi istenmelidir. Kişi testislerinin burulduğundan yakınmış ise üroloji uzma-

nınca muayenesi ve ultrason tetkiki istenmesinde yarar vardır. Bu konularda avukatların Türkiye İnsan Hakları Vakfı (TİHV) ve Tabip Odaları doktorları ile iletişim halinde olmaları ideal olanıdır.

baab.Güvenliğinin Sağlanması

Eğer mağdurun tutulduğu gözaltı biriminde kalması işkencenin devamı konusunda ciddi şüphe ve risk oluşturuyorsa ve derhal savcılığa sevki sağlanamıyorsa, gözaltı biriminin değiştirilmesi için ilgili C. Savcısından gözaltı biriminin değiştirilmesi talep edilmelidir. Uygulamada böyle taleplerle bazı vakalarda kişinin gözaltı birimin değiştirilmesi, böylelikle işkencenin sona ermesi ya da devamı olasılığının minimize edilmesi sağlanmıştır.

İşkence vakasıyla karşılaşılan her durumda savcılıkla irtibata geçerek savcılığın suçtan (işkenceden) haberdar olmasını sağlamak ve müdahale etmesini, özellikle YGİY m.26 uyarınca, ilgili kolluk birimindeki nezarethanenin derhal denetlenmesini istemek önemlidir. Bu hem kolluk üzerinde caydırıcılık sağlamakta, hem de savcılığa CMK m.161 ve devamı maddeleri ile yüklenen sorumlulukları açısından önem taşımaktadır. Yakalanan kişi çocuk ise çocuk polisine teslimi ve derhal savcılığa sevki sağlanmalıdır.

Mağdurun güvenliğini sağlamanın bir diğer yolu da CMK m.91/5 uyarınca yakalama ve gözaltına karşı koyma başvurusu yapmaktır. İleride daha ayrıntılı açıklanacağı üzere, sulh ceza hakimliğine bu tür bir başvuru yapılması hem sulh ceza hakiminin suçtan haberdar olmasını sağlamak, hem de karşı

koymanın kabulü halinde mağdurun işkence ortamından çıkarılması bakımından önemlidir. Söz konusu başvuruyu yakalanan kişi, müdafii, kanuni mümessili, birinci veya ikinci derecede kan hısımı veya eşi yapabilir.

bab.Kolluk Görevlileriyle Karşılaşma

Kolluk görevlileriyle ilk karşılaşma anı, gerilime yol açabilir, işkence mağdurunun korku ya da paniğe kapılması da gündeme gelebilir. Hem müdafiin hem de mağdurun soğukkanlı kalabilmeleri önemlidir. Soruşturmanın ilerleyen aşamalarında kullanılabilecek kanıtların sağlıklı bir şekilde, işkence suçu failleri tarafından yok edilmeden toplanabilmesi, müdafi veya işkence mağduru adına aleyhte bir sonuç doğmaması ve en önemlisi haklıyken haksız duruma düşmemek adına, örneğin hakaret gibi olumsuz durumlardan uzak durulmalı, mümkün mertebe temas ve paylaşımdan kaçınılmalıdır. İşkence suçu failleri, müdafiin ne tespit ettiğini, ne kadar bildiğini ve ne yapacağını anlamak isteyebilir ve tutulan tutanakları, alınan notları görmek isteyebilir, hatta avukatı bu konuda tehdit dahi edebilirler. Meslek ilkelerinden ve profesyonellikten ayrılmadan, bu girişimleri bertaraf etmek gerekir. Kolluğun meslekle ilgili tutulan notları okumak gibi bir yetkisi yoktur.

bb.Mağdur ile Savcılık Aşamasında Karşılaşılması Halinde Yapılması Gerekenler

On sekiz yaşından büyüklere müdafi tayini CMK m.150 uyarınca, şüphelinin müdafiyi kendisinin seçmesi esasına dayanır. Kolluk görevlileri, yakalama anında ücretsiz müdafi talep hakkı dahil tüm haklarını yakalanana bildirmek zorunda-

dır, ancak uygulamada kolluk birimlerinde yakalanan kişiye/sanığa haklarının hatırlatılmadığı, çeşitli karar ve raporlarda tespit edilen bir gerçektir[784]. 18 yaşından küçük çocuklara derhal müdafi tayini, çocuk polisine teslimi ve savcılığa çıkarılması zorunlu iken, yine uygulamada ancak gözaltı süresinin sonunda, yalnızca kimlik tespiti ile sınırlı işlem yapmak üzere müdafi talep edildiği, müdafiin çocukla ancak C. Savcısının ifade almasından önce görüşmesine ve belge incelemesine olanak sağlandığı duyulmaktadır. Bu uygulama yanlıştır. Müdafi, çocuk ile kolluk biriminde tutulurken de görüşüp soruşturma belgelerini incelemek ile yükümlüdür. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) m.3/1, a-2 ile suça sürüklenen çocuk olarak tanımlanan bir şüpheliye CMK m.150/2 uyarınca müdafi atanmasının nedeni, kendisine bir avukatın hukuki yardım sunmasının sağlanmasıdır. Hukuki yardım ise, kimlik tespitinden ve ifade işlemine katılmaktan ibaret olmadığı gibi, soruşturmanın ilk öğrenildiği andan itibaren etkili bir biçimde sunulabilmelidir. Yerleşik yanlış uygulamalar nedeni ile avukat, kişiye ulaşıncaya kadar birçok işlem yapılmış olmaktadır. Tüm bu nedenlerle savcılık aşamasında kişiye ulaşıldıysa;

- Öncelikle hazırlık evrakı incelenmeli, olay, yapılanlar ve resmi belgeler konusunda bilgi sahibi olunmalıdır.

784 ECtHR, Türk v. Turkey, Application No: 22744/07, 05.09.2017, para.57, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-176760 ; ECtHR, Salduz v. Turkey, Application No: 36391/02, 27.11.2008, para.55, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-89893 ; ECtHR, Bayram Koç v. Turkey, Application No: 38907/09, 05.09.2017, para.23, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-176762; TBMM Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), Başvuru No:2020/3516, 14.08.2020, s.11-12, https://d.barobirlik.org.tr/2020/tbb_20200901113553.pdf .

- Sonra savcılık ifadesine geçilmeden kişi ile kelepçesiz olarak uygun ortamda görüşülerek yukarıda belirtildiği şekilde kısa öyküsü alınmalıdır.
- Mümkün ise, beden muayenesi yalnızca hekim tarafından yapılabileceğinden kişiye dokunmadan yalnızca gözle izlenmek üzere yaralanmış beden bölgelerini göstermesi için izin istenmeli, izler tespit edilmelidir.
- Kısa işkence öyküsü ile birlikte izlerin bir tutanakla tespiti son derece önemlidir.
- Eğer adli tıp hekiminin muayenesi ile tespit edileceğinden kuşku duyulan bulgular varsa ve ileri tetkik gerektiği düşüncesinde iseniz, tam teşekküllü bir hastaneye sevkinin istenmesinde ve hangi birimlerde muayene ve hangi tür ileri tetkikleri istediğinizin kısa bir dilekçeyle belirtilmesinde yarar vardır. Aksi halde yüzeysel bir muayene ile görünmeyen izlerin tespit olanağından yoksun kalma riski söz konusu olacaktır, ayrıca mağdurun psikolojik/psikiyatrik muayenesi de istenebilir.
- Savcılık ifadesi sırasında kişiye yapılanların ayrıntılı olarak (kim/kimler, nerede, ne zaman, ne yaptı, hangi araçla, ne kadar süre ile yaptı, fiziksel ve ruhsal yakınmalar nelerdir?) tutanağa geçmesinin sağlanması önemlidir.
- İşkence öyküsü ve yakınmaların tutanağa tam ve eksiksiz geçirilmesinde ısrarcı olunmalıdır.
- Savcının ifade sırasında mağdurla iletişiminde BM İstanbul Protokolü'nde belirtilen şekilde ilişki kurmasını istemekte yarar vardır. Uygulamada birçok kez yaşandığı

gibi, mağdura yüksek sesle ve sert tonla soru sorulması, travmadan yeni çıkmış mağdurun yeniden travmatize olmasına yol açmakta ve kişi kilitlenerek konuşamaz hale gelebilmektedir. Müdafi bu tür uygulamalara karşı çıkmalı, engel olamıyorsa (ilerde kendisinin tanık olabileceğini de öngörerek) tutanağı ihtirazi kayıtla imzalamalıdır. Kişinin anlatımlarının kendi cümleleriyle tutanağa geçmesi konusunda da ısrarcı olunmalıdır.

- Zaman zaman uygulamada karşılaşıldığı üzere, savcılığın çeşitli nedenlerle mağdur anlatımlarını tutanağa yazdırmamakta direnmesi halinde gerekçeleri de belirterek imzadan imtina edebileceğinizi unutmayınız.
- Her aşamada olduğu gibi bu aşamada da en az iki müdafi olarak görev yapmanız, hem hak ve yetkilerinizi etkin kullanmanızda kolaylık sağlayacak hem de hak ihlallerini tutanakla tespit ve ilgili yerlere şikayet şansınız olacaktır. Bu noktada, durumun baroya bildirilerek orada görevli memur ve nöbetçi avukat tarafından tutanak düzenlenmesini sağlamak yararlı olabilir.
- Hazırlık ifadesinde bildirilen işkence iddialarını savcılığın suç ihbarı olarak kabul etmesi ve ayrı bir hazırlık numarası vermesi için ısrarcı olmak gerekir. Bu özellikle müdafilerin zorunlu müdafilik kapsamında aldıkları görevler sırasında önem taşımaktadır. CMK m.160 ile, C. Savcısının suçtan haber aldığı gibi araştırma başlatmakla yükümlü olduğu, CMK m.158/5 ile suç ihbarlarının yazılı veya sözlü beyanla olabileceğinin düzenlendiği unutulmamalıdır.

- Savcılığın etkin soruşturma yapmasında, delilerin ivedilikle toplanmasında ısrarcı ve yardımcı olmakta yarar vardır. Özellikle diğer suçlarda sıradan bir uygulama olan yer gösterme ve keşfin, işkence suçunun soruşturulmasında hazırlık aşamasında ve olayın hemen ardından yapılması nedense pek mümkün olmamakta, bu da elde edilmesi olası bir çok delilin kararmasına yol açmaktadır. Bu konuda avukatların CMK m.83-85 uyarınca keşif ya da yer gösterme yapılması için C. Savcısına ısrarcı olması uygulamada değişikliğe yol açacaktır.
- Sanıkların teşhisinin ivedilikle yaptırılmasını sağlamak önemlidir, çünkü çoğu gözaltında işkence olayında gözbağı kullanıldığı bilinmektedir. Dolayısıyla mağdurun sanıkları teşhisi ancak ses, koku, belirgin özellikler vb. açılardan mümkündür. Oysaki uygulamada gözaltı aşaması ile teşhis aşaması arasında uzun bir süreç geçmekte ve mağdur zamanla bazı şeyleri anımsamakta güçlük çekmektedir. Bu da sanıkların teşhis edilememesine ve cezasız kalmalarına neden olmaktadır.

bc.Mağdurla Cezaevinde Karşılaşılması Durumunda Yapılması Gerekenler

İşkence olayından, mağdur tutuklandıktan sonra haberdar olunmuş ise, yine öncelikli ve başat olan en kısa sürede mağdurla görüşmektir. Mağdur tutuklu ise, vekaletname aranmaksızın avukatla görüşme hakkı olduğundan hızlı hareket etmek daha kolaydır. Cezaevinde tutulan kişiye sanık haklarının tümü tanınmış olabilir, ancak hükümlüler yönünden vekaletname şartı aranmaktadır. Bu durumlarda da Türkiye'nin ta-

raf olduğu "Birleşmiş Milletler Herhangi Bir Şekilde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması için Prensipler Bütünü" m.18'den yararlanabiliriz. Bu maddede;

"**1.** Tutulan veya hapsedilen bir kimse avukatı ile iletişim kurma ve avukatına danışma hakkına sahiptir.

2. Tutulan veya hapsedilen bir kimseye avukatıyla görüşebilmesi için yeterli zaman ve kolaylıklar sağlanır.

3. Kanunda veya kanuna dayanan bir düzenlemede belirtilen istisnai hallerde, güvenliği ve düzeni korumak için yargısal veya başka bir makam tarafından kısıtlamanın zorunlu olduğuna karar verilmedikçe, tutulan veya hapsedilen bir kimsenin avukatı tarafından derhal ziyaret edilebilme, hiçbir sansüre tabi olmaksızın tam bir gizlilik içinde görüşebilme ve iletişim kurabilme hakkını kullanması geciktirilemez veya kısıtlanamaz.

4. Tutulan veya hapsedilen bir kimsenin avukatıyla yaptığı görüşmeler bir kanun adamı tarafından gözle izlenebilir, ancak dinlenemez.

5. Bu ilkede belirtilen, tutulan ya da hapsedilen kişi ile avukatı arasındaki görüşmeler, işlenmeye devam eden ya da işlenmesi tasarlanan bir suçla bağlantılı olmadıkça, tutulan ya da hapsedilen kişi aleyhine bir delil olarak kabul edilemez."

denmektedir.

Mağdurla cezaevinde yapılacak görüşme, kurum görevlilerinin dolaylı ya da dolaysız olarak konuşulanları duyama-

yacağı ancak görebilecekleri bir ortamda yapılmalıdır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK) m.114/5[785] ile, CMK m.154/1'in düzenlemeleri uyumludur. Yukarıda anlatılan prosedür izlenerek önce olayın ayrıntılı anlatımı alınmalıdır. Eğer mağdur anlatmakta zorluk çekiyorsa yazması da istenebilir. Olanakların elverdiği ölçüde muayene ve izlerin tespiti yapılmalıdır. Fiziksel ve ruhsal şikayetler ile gözlemleriniz de eklenmelidir. Tutulan kişinin masrafını karşılamak suretiyle fotoğraf çektirme hakkından yararlanılarak izlerin fotoğrafla tespiti önerilir. Bu fotoğraflamanın hem mağdurun kimliğini belirleyecek şekilde yüzünün ve vücudunun izleri barındıran ilgili bölümlerinin ve ayrıca her bir yara bölgesinin yakından çekilerek ayrıntıların belli olacağı şekilde yapılması gerekmektedir. Fotoğrafın çekildiği tarihin de tespit edilmesi gerektiğini unutmayınız.

Mağdurun cezaevine giriş sırasında yapılan muayene ve tedavisi hakkında düzenlenen raporları inceleyiniz. Eğer işkence bulguları tam olarak rapor edilmemiş ise ya da mağdurun tedaviye gereksinmesi var ise hastaneye sevkini talep etmenizde yarar vardır. Bu sevk dilekçesinin içeriğinde, uygulanan işkence yöntemlerine, tespit ettiğiniz izlere, istediğiniz ileri tetkiklere mutlaka yer vermeniz önerilir. Bu şekilde verilen ayrıntılı sevk dilekçelerinden daha olumlu sonuçlar alındığı görülmektedir.

Cezaevindeki mağdurların BM İstanbul Protokolü uya-

785 CGTİHK m.114/5 metni şöyledir: *"Tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konamaz."*

rınca kendi seçeceği bağımsız hekim tarafından muayenesi bugün için sağlanamamakta ise de avukatların bu talepleri sistemli bir şekilde gündeme getirmesi ve uygulamayı bu yönde değiştirme çabaları olumlu sonuç verebilir.

Eğer mağdur tutulduğu cezaevinde işkence ve kötü muameleye maruz kalmış ise, öncelikle adli ve idari makamlar suçtan haberdar edilmelidir. Mağdurun tahliyesinin sağlanması, bu sağlanamıyorsa bulunduğu koğuş ya da cezaevinin değiştirilmesinin sağlanması önemlidir. Mağdurun muayene ve tedavisi için gereken başvuruların yukarıda açıklandığı doğrultuda yapılması önerilir.

bç.Mağdur Serbest Bırakılmışsa

Öncelikle kişinin kendini rahat hissedeceği güvenli bir ortamda görüşme yapmakla başlayabilirsiniz.

- Görüşmeye kendinizi ve bu bilgilerleri nerelerde kullanabileceğinizi, hangi başvuruları yapabileceğimizi tam bir açıklıkla anlatarak başlanmalıdır.
- Mağdurun başvuracağınız hukuksal yollar ve mekanizmalar ile, bu başvuruların olası sonuçları konusunda bilgilendirilerek açık yazılı onayını almanız önerilir. Bu bilgilendirme hem hukuki hem de etik anlamda zorunlu olduğu kadar, bilgilendirme sonunda alınan imzalı beyanı da ileride sizin hukuksal anlamda zarar görme riskinizi önleyecektir, çünkü özellikle bazı adli vakalarda, işkence soruşturması sırasında kolluk güçlerinin mağdurlar üzerinde baskı kurarak mağdurların suçlamalarını geri almalarına yol açmaları olasıdır.

- Mağdura çok açık bir şekilde, verdikleri bilgiler ve başvuruları nedeniyle kendileri ya da yakınlarının bir baskı veya tehdide maruz kalmaları halinde nasıl yardımcı olabileceğinizi anlatmalı ve gereken iletişim telefonlarını almalı ve vermelisiniz.
- Her işkence başvurusunda olduğu gibi hızlı hareket etmek burada da önemlidir. Ayrıntılı görüşme yapmak için yeterli zaman yok ise öncelikle yukarıda anlatıldığı gibi temel bilgileri alacağımız kısa görüşme yapmalısınız, çünkü burada önemli olan bir an önce adli makamların suçtan haberdar edilmesi ile mağdurun muayene ve tedavisinin yapılmasıdır.
- Temel bilgileri içeren imzalı kısa öyküsü ve başvuru talebini aldıktan sonra eğer mümkün ise izleri fotoğraflamanız yararlı olur. Bu fotoğraflamanın hem izlerin ayrıntılı görüleceği yakın çekimler hem de mağdurun kimliğinin belli olacak şekilde ve tarihli yapılması gerektiğini bir kez daha anımsatmalıyız. Aksi halde fotoğraflar delil niteliği taşımayacaktır.
- Mağdur üzerindeki izleri, fiziksel ve psikolojik yakınmaları ile kendi gözlemlerimizi bir tutanakla tespit ederek şikayet dilekçenizi hazırlamalı ve mağduru en kısa sürede savcılığa ulaştırmalısınız. Bir bakıma zamana karşı yarışılan bu durumda da iki avukatın birlikte çalışması, iş bölümü ve sürat açısından yararlı olacaktır.
- Savcılığa sunduğunuz şikayet dilekçesinde mağdurun muayene ve tedavisine ilişkin ayrıntılı taleplerinizin yer

alması, hem mağdurun sağlığı hem de tıbbi delillerin toplanması açısından önemlidir.

- Eğer savcılık mağduru yalnızca Adli Tıp hekimine gönderdi ve burada yapılan muayene sonrasında izler yeterli ölçüde tespit edilmedi ise ve tüm uğraşınıza rağmen ileri tetkik talepleriniz kabul edilmedi ise ne yapabilirsiniz?
- Öncelikle eğer bulunduğunuz yerde Tabip Odası varsa odanın muayene ve rapor komisyonuna veya TİHV'e, eğer o da yoksa kişinin kendi hekimine veya herhangi bir hastaneye başvurarak, izleri tespit ettirmeli, yapılması gereken ileri tetkikleri yaptırarak görünmeyen izlerin saptanmasını ve mağdurun tedavisini sağlamalısınız.
- Unutmayın, TİHV işkence mağdurlarını ücretsiz tedavi etmekte, hastanede tedavi edilmesi gereken vakalarda tedavi masraflarını karşılamaktadır.
- Tüm bunların yanı sıra en kısa sürede mağdur ve varsa tanıklar ile ayrıntılı görüşme yapılarak tüm detaylar, mağdur ya da tanığın kendi cümleleri ile tutanak altına alınmalıdır.
- Eğer mağdur üzerinde kolluk güçlerinden kaynaklanan baskılar varsa, Cumhurbaşkanlığı, İçişleri ve Adalet Bakanlıklarına, Meclis İnsan Hakları Komisyonu'na, Ombudsman'a Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na ve insan hakları örgütlerine başvurmak, konuyu kamuoyuna taşımak da mağdurun güvenliğini sağlama bakımından önemlidir. Ayrıca Uluslararası Af Örgütü'nün acil eylem çağrısı yapmasının da etkili sonuçlar verdiği görülmüştür.

bd.İşkence Mağduru Gözaltında Ölmüşse

Bu durumda olaya ancak müşteki vekili sıfatıyla müdahale mümkündür. Yine tüm aşamalarda olduğu gibi, olayın gerçekleştiği kolluk birimine en kısa sürede ulaşılmalıdır. Delillerin toplanması ve etkin soruşturma açısından erken müdahale önemlidir. Yapılması gerekenlerden bazılarını özetlersek;

- Fotoğraflama; maktulün, bulunduğu konumun, mekanın ayrıntılı fotoğraflarının çekilmesi, saklanması, yargılama aşamasında ölüm nedeninin ve sanıkların saptanmasında önemlidir.
- Olay yerinde bulunan ve ölüm nedenini aydınlatmaya yarayabilecek her türlü delilin, giysi, alet, parmak izi vb. toplanmasını sağlamak son derece önemlidir.
- Nezarethane defteri incelenerek aynı tarihte gözaltında tanık olabilecek kişilerin varlığı araştırılmalı, varsa isim ve adresleri alınmalıdır.
- Ölü muayenesi ve otopsi sırasında avukatın hazır bulunması önerilir. Ölüm saatinin ve ölüm nedeninin, işkence izlerinin saptanmasında, avukatın katılımı önemlidir. Siz adli tıp uzmanının kaydettiğinden emin olamadığınız ayrıntıları mutlaka kaydediniz. Örneğin cesedin üstünde yattığı yerin özellikleri, havanın çok sıcak ya da çok soğuk olup olduğu, bulunulan ortamın nemli olup olmadığı gibi.
- Otopsinin BM Minnesota Otopsi Protokolü ilkelerine uygun yapılması, otopsinin her aşamada fotoğraf ve video görüntülerinin kaydedilmesinin sağlanması, şüpheli ölüm

vakalarında doku materyali alınması gereken bölgelerden doku materyalleri alınarak laboratuar analizlerinin yapılarak saklanması vb. gibi tespitlerin tam ve eksiksiz yapılması talepleriniz ve bu konudaki dikkatiniz yargılama aşamasında olayın aydınlanmasına büyük katkı sağlayacaktır.

- Gözaltında şüpheli ölüm vakalarında TİHV doktorları ve Adli Tıp Uzmanları Derneğinden yardım almanızda yarar vardır. Yetersiz otopsi raporları söz konusu ise yargılama aşamasında dosyanızın bir örneğini TTB Merkez Konseyi'ne göndererek değerlendirme ve rapor talep etmeniz önerilir.

be.Mağdurun Kayıp Olduğu Durumlarda

Bu tür vakalarda en az iki avukatın birlikte çalışması ve yaptıkları tüm başvurular ile bunlara verilen yanıtları belgelemeleri yerinde olacaktır. Kayıp kişinin yakınları ve onu en son görenlerle görüşülerek bilgi toplanmalı, olası tanıklar araştırılarak, ifadeleri tespit edilmelidir. Tehdit edilip edilmediği, izlenip izlenmediği vb. konularda toplayabileceğiniz azami bilgiyi toplamalısınız. İç hukukta ilgili makamlara yapılacak başvuruların yanı sıra Uluslararası Af Örgütü'ne acil eylem çağrısında bulunulması da önemli bir araçtır.

c.Soruşturma Aşamasında Delillerin Toplanması

ca.Mağdurla Görüşme

İlk yapılacak iş mağdurla görüşmedir. Gözaltı biriminde yapılan görüşme gibi ivedi durumlarda önce kısa öykü ile en temel bilgiler alınır. Bulunacak ilk uygun anda ve ortamda

mağdur ile ayrıntılı görüşme yapılarak azami bilgiyi almak gerekir. Bu görüşmede, görüşmenin tarzı bakımından BM İstanbul Protokolü'nün görüşme tekniklerine uymakta titizlik gösterilmelidir. Öncelikle görüşülen ortamın mümkün olduğunca mağdurun kendini rahat hissedebileceği mahremiyeti sağlamasına özen göstermelisiniz. Mümkün olduğunca görüşmeyi bölebilecek faktörleri engellemek için gereken önlemi almalısınız. Örneğin cep telefonunuzu kapatmak, görüşülen yere başkalarının girip çıkmamasını sağlamak gibi.

İlk yapmanız gereken, kendinizi tanıtmak olmalıdır. Bu sırada avukat kimliğini de göstererek kim olduğunuzu, nereden ya da kim tarafından görevlendirildiğinizi açıklamanız güven ilişkisinin kurulmasında ilk adımdır. Unutmayın ki mağdur o anda hırpalanmış, kişilik hakları ihlal edilmiş ve güvensiz bir durumdadır. Mağduru travmatize etmeden, kronolojik sırayla, yakalamayı, götürüldüğü birimi, failleri, uygulanan işkence yöntemlerini, kullanıldıysa araçları, her seansın süresini, hemen ve sonraki etkilerini vb. ayrıntılı biçimde ve birinci bölümde gösterilen bir şekilde kaydetmelisiniz. Bunu yaparken mağdur konuşmayı kesebilir, susabilir. Bu durumda siz de susmalı ve onun konuşmaya başlamasını sabırla beklemelisiniz. Özellikle çocuklarda ve cinsel saldırı vakalarında çok daha sabırlı ve duyarlı olmak gerekir.

Görüşme yaparken işkence mağduru ile mümkünse 90 derecelik açı oluşturacak şekilde oturmalı, ona ne çok yakın ne de çok uzak durmalısınız. Ayrıca onunla aynı göz hizasında bulunmaya dikkat etmeniz, sesinizin otoriter değil güven verici tonda olmasına özen göstermeniz önerilir.

Görüşmede yönlendirici sorular sormaktan kaçınmalı, ucu açık sorular sormalısınız. Mağdurun kendi cümleleri ile olayları anlatmasını sağlamalı ve tutanağa da onun özgün anlatımını geçirmelisiniz. Görüşmeyi konuyu en az hassas noktaya getirdikten sonra kesmeye özen göstermelisiniz.

Mağdurun izlerini tespit etmek için açık onayını almalısınız. Onun izin verdiği ölçüde izlerin fotoğrafla ve tutanakla tespitinin yanı sıra mağdurun şikayetlerini, sizin gözlemlerinizi tespit etmeniz mağdurun iddiasını delillerle desteklemeniz yararlı olacaktır.

cb.Doktor Raporları

İşkence vakalarında en temel delil doktor raporlarıdır. Bu nedenle öncelikle varolan raporlar incelenmelidir. Bu inceleme ile hem içerik hem de raporların tarih ve saatlerinin protokol numaraları ile uyumluluğuna ayrıca mağdurun anlatımıyla uygunluğu, bulguların tam olarak tespit edilip edilmediği, muayene ve raporlamanın Sağlık Bakanlığı genelgelerine uygun olarak ve Sağlık Bakanlığı rapor formlarına göre yapılıp yapılmadığı saptanmalıdır. Aynı şekilde, muayene ve raporlamanın BM İstanbul Protokolü'ne uygun yapılıp yapılmadığı da dikkat edilmesi gereken diğer bir husustur.

Unutmayın, CMK m.153/1 ve YGİY m.21, müdafiin hazırlık evrakını dolayısıyla tüm doktor raporlarını inceleme ve bir örneğini alma hakkını düzenlemiştir.

Yukarıdaki bölümlerde açıklandığı gibi, adli tıp muayenesi öncesinde, dilekçeniz ekinde olayın kısa öyküsü, uygulanan yöntemler, sizin tespitlerinizi içeren tutanaklarınızı ile mağdu-

run yakınmalarını ve istediğiniz ileri tetkikleri sunarsanız çok daha iyi sonuç alırsınız.

Eğer doktor raporlarında bulgular yeterli ölçüde tespit edilmemiş ise, yukarıda belirttiğimiz gibi Tabip Odaları ve TİHV'den alternatif rapor alınmalıdır. Örneğin kalp krizi sonucu ölümlerde, mutlaka mağdurun maruz kaldığı olay sebebi ile kendisinde meydana gelen stresin ölüme etkisi hakkında adli tıp raporu talep edilmeli, mümkün olmaması halinde alternatif rapor alınmalıdır.

Bulunduğunuz yerde TİHV ve tabip odasına ulaşmanız olanaksız ise bir hastahane ya da en azından bir bağımsız hekimden rapor almanız önerilir.

cc.Tanıklar

Varsa tanıkların ifadeleri tutanakla tespit edilmeli, kimlik ve iletişim bilgileri alınarak savcılık ya da yargılama aşamasında tanıklıkları sağlanmalıdır. Olası tanıkları mağdurun anlatımından ya da gözaltı birimindeki nezarethane defteri gibi kayıtlardan saptayabilirsiniz. Bunun yanı sıra sizin veya bir başka avukatın bilgi ve gözlemlerini de tutanakla tespit ederek evraka eklemenizde yarar vardır. Eğer tutanakla tespit olanağınız yok ise isim, telefon, yer saat vb. ayrıntıları en azından not almanız önerilir. İleriki aşamalarda bu aldığınız notların işinize yaradığını göreceksiniz.

cç.Diğer Deliller

Özellikle gözaltında ölüm ve yaralamalı işkence olaylarında parmak izi incelemesi, ekspertiz raporu ve mağdurun elbisesindeki bulguların mutlaka tespitinin yapıl-

ması gerekir. Sanık memurdaki darp ve cebir izlerinin olayın akışına uygunluğu kontrol edilmelidir. Bu hususlardaki eksiklikler ve aykırılıkların savcılıkça giderilmesi sağlanmalı, bu taleplerdeki eksikliklerin giderilmemesinin kendileri açısından sorumluluk doğuracağı da belirtilmelidir. Keşif ve olay yerindeki delillerin toplanması, iletişim kayıtlarının tespiti ve toplanması uygulaması henüz yerleşmemekle birlikte soruşturma açısından oldukça önemli delillerdir. Avukatların ısrarlı çabalarıyla yanlış uygulamalar değiştirilmelidir.

2.Hukuki Başvurular

a.Suç Duyurusu

İşkence suçuna ilişkin başvuruların çok hızlı bir şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştik. Bunun nedeni de, işkence izlerinin kaybolmadan tespitinin sağlanmasıdır. Bunun için ilk etapta derin hukuki tartışmalara girmeden, kısa bir şikayet dilekçesi ile savcılığa başvurabilirsiniz. Bu dilekçede belirtilmesi gereken temel konular mağdurun hangi tarih/saatte, nerede, kimler tarafından gözaltına alındığı, nereye götürüldüğü, orada kim/kimler tarafından, ne kadar süre ile ne yapıldığı, bunun sonucunda tespit edilen izler, muayene ve ileri tetkik talebiniz yer almalıdır.

Bundan sonraki aşamada faillerin ve suç oluşturan eylemlerin tam olarak tespitini yapmak üzere mağdurla ayrıntılı görüşme yaparak tutanak halinde tespit etmelisiniz. Varsa tanıkların beyanlarını da tespit ediniz.

Tek tek failleri ve isnat edilen suçları tartışacağınız şikayet dilekçenize yukarıda sayılan tespit tutanaklarını, tüm tıbbi ra-

por ve belgeleri, izlerin fotoğraflarını ve topladığınız diğer delilleri ekleyiniz. Toplanmasını istediğiniz delilleri belirtiniz.

Ayrıntılı şikayet dilekçesinde Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere ve savcıların görevini düzenleyen yasa maddelerine atıfta bulunmanız, yerinde bir tutum olacaktır (Örneğin AİHS m.3-13, CMK m.160-161 gibi).

Soruşturmanın her aşamasında savcı ile ilişkide olmanızda; bulduğunuz her yeni delili ek dilekçeyle savcılığa bildirmenizde ve delillerin toplanması konusunda ısrarcı olmanızda yarar vardır.

Sanıkların teşhisinin ivedilikle yapılmasını talep etmelisiniz, çünkü zamanla ayrıntıların unutulma riski vardır. Canlı teşhis mümkün değil ise güncellenmiş fotoğraflarla teşhis talep etmelisiniz. Uygulamada bir çok vakada gözbağı nedeni ile fotoğraf teşhisi mümkün olamamaktadır. Bu durumda ses ya da diğer ayırt edici özelliklerden yararlanılması açısından canlı teşhiste ısrarcı olmalısınız. Olayın hemen ardından, olay yerinde inceleme ve keşif yapılması istenmelidir. Mağdura yönelik şiddetin devam ettiği durumlarda tedbir alınması talep edilmeli, adli ve idari başvuruların yanı sıra insan hakları örgütlerinden yardım istenmelidir.

b.Takipsizlik Kararına İtiraz

CMK m.173'e göre şikayetçi, aynı zamanda suçtan zarar gören kimse ise takipsizlik kararının tebliğinden itibaren 15 gün içinde kararı veren Cumhuriyet Savcısının bağlı bulunduğu ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğine itiraz edebilirsiniz.

İtiraz dilekçesinde kamu davasının açılmasını haklı gösterebilecek vakıalar ve deliller beyan edilmeli ve varsa bir avukat veya dava vekili tarafından imza edilmiş bulunmalıdır. Takipsizlik kararına itiraz dilekçesinde başta faillerin tespiti olmak üzere mutlaka savcılık işlemleri değerlendirilmelidir. Suç nitelemesi tartışılmalıdır. Çoğu kez olay işkence olmasına karşın niteleme kötü muamele ya da zor kullanmada sınırın aşılması vb. olarak yapılmaktadır. İtiraz dilekçesinde gerek uluslararası sözleşmelerde gerekse TCK'da tanımlanan ve Yargıtay içtihatları ile desteklenen işkence suçunun tanımı anımsatılarak suç nitelemesi tartışılmalıdır.

Delillere ve delil toplanmasına ilişkin tartışma ve taleplerinize de dilekçenizde yer verebilir, varsa ek delillerinizi sunabilirsiniz. Şikayet dilekçelerinizde açık olarak belirttiğiniz sanık ya da suçlamalara ilişkin, takipsizlik kararında herhangi bir karar verilmemiş olabilir. Uygulamada karşılaşılan böylesi durumlarda takipsizlik kararında yer almayan sanık ya da suç nitelemeleri için, savcılığına tekrar başvurarak ek takipsizlik kararı verilip verilmediği sorulmalıdır.

c.Yargılama Aşamasına İlişin Öneriler

Kamu davasına katılma talebi: Müdahale talebinin ilk oturum öncesinde veya en geç sırasında verilmesi önerilir. Müdahale dilekçesinde maddi ve manevi tazminat hakları saklı tutulmalı, taleple ilgili Yargıtay içtihatları sunulmalı, miktarlar için AİHM içtihatlarındaki talepler esas alınmalıdır.

İddianamenin değerlendirilmesi: İddianamenin CMK m.170'de sayılı unsurları taşıyıp taşımadığı incelenmeli, ola-

ya uygunluğu değerlendirilmeli, tüm dosya içeriği göz önüne alınarak iddianamede var ise aykırılık ve hataların giderilmesi için yazılı talepte bulunulması önemlidir. CMK m. 174 ile düzenlenen iddianamenin iadesi yolunun işletilmesinde hukuki yarar olup olmadığı tartışılmalıdır.

Soruşturmanın ya da kovuşturmanın genişletilmesi ve delillerin toplanması: Soruşturmanın ya da kovuşturmanın genişletilmesi taleplerinin gerekçeli olması önerilir. Bazı taleplerin reddedileceği bilinse dahi AİHM aşaması düşünülerek talepte ısrarcı olunmalıdır. Bu bölüme etkili iç hukuk yoluna başvuru hakkı ile ilgili AİHM ve AYM kararları eklenmelidir.

Gözaltı kayıtları: Gözaltı kayıtları dikkatlice incelenmeli ve olayın akışına, mağdurun anlatımına uygunluğu araştırılmalıdır. Nezarethane defteri ve teşhis tutanakları size olası tanıkların saptanması ve iletişim bilgileri açısından önemli veriler sağlayabilir. Bu bilgileri alarak tanıkların soruşturma evresinde dinlenmesini sağlayabilirsiniz. Bunun mümkün olmaması halinde tanıkları kovuşturma evresinde dinletme şansınız olacaktır.

Tanıklar ; Bir çok vakada tanık bulmak pek mümkün olmamakta, varolan tanıkları dinletme talepleriniz de mahkemece uygun bulunmayıp reddedilmektedir, ancak bu taleplerinizin ve red nedenlerinin tutanağa geçirilmesinde ısrarlı olmanız önerilir. Bazen tüm ısrarınıza rağmen tanık dinletme talebiniz tutanağa geçmeyebilir. Bu durumda gerekçelendirilmiş bir dilekçeyle tanık dinletme talebinizi yinelemenizde yarar vardır.

Bu, mahkemenin sizin tanıklarınızı dinlemesini sağlama-

sa bile Yargıtay, AYM veya AİHM aşamasında önemlidir. Uygulamada sıkça görüldüğü gibi sanıkların, tanıklar üzerinde baskı uygulaması mümkündür. Sanıklar kolluk görevlisi olduğundan, tanıklar tanıklık etmekten korkabilirler. Böylesi durumlarda tanıklara, tanıklıklarından dolayı herhangi bir baskıya uğramaları halinde nasıl yardımcı olacağınızı anlatmalı ve gerekli iletişim olanaklarını sağlamalısınız. Tanıklar üzerinde her hangi bir baskı oluşturulmuş ise savcılık ve mahkeme olaydan haberdar edilerek, gereken önlemlerin alınması sağlanmalıdır. Tanıkların, mahkemede sanıkların önünde rahat ifade veremediği, sanıkların tanık ifadelerine sıkça müdahale ettiği durumlarda mahkemeden CMK m.58 doğrultusunda tanıkların duruşmada hazır bulunanlar olmaksızın dinlenmesini talep etme hakkınızın olduğunu unutmayın. Bu gibi durumlarda CMK m.200 uyarınca, tanık dinlenirken sanığın da duruşma salonundan çıkarılabileceği de akılda tutulmalıdır. Tanık ifadelerinin ayrıntılarının tutanaklara aynen geçmesini sağlamakta ısrarcı olunmalı, sorularınızla olayın ayrıntılandırılmasını sağlamalısınız. Olayın açıklığa kavuşmasında yararlı olacağına inandığınız uzman tanıkların dinlenmesini sağlamakta ısrarcı olunmalıdır. Bu tür taleplerinizi sözlü dile getirmenin yanı sıra gerekçelendirilmiş yazılı talepte bulunmak yararlı olacaktır.

Sanıkların sorgusu: Sanıkların sorgusunda özellikle ayrıntılara ilişkin soruların İHAS m.6/3-d ve CMK m.201 uyarınca sorulması, beyanın güvenilirliğinin sınanması ve çelişkilerin yakalanması bakımından önemli olabilir.

Keşif ve bilirkişi incelemesi : Keşif ve olay yeri inceleme-

si, ceza yargılamasında sıkça başvurulan bir yöntem olmasına karşın, işkence davalarında bu pek mümkün olmamaktadır, ancak avukatlar, işkence başvurularında yer gösterme ve keşif konusunda ısrarcı olarak uygulamadaki bu olumsuz anlayışı değiştirmelidirler.

İletişim kayıtları: Genellikle sanıklar olay anında, olay yerinde olmadıkları, başka bir görevde oldukları savunmasında bulunmaktadırlar. Böyle bir savunmayla karşılaşılması halinde telsiz, telefon gibi iletişim kayıtlarının getirtilmesinde yarar vardır.

Diğer deliller : İşkence uygulandığı iddia edilen birimle ilgili medyada yer alan haberlerin ve varsa resmi raporların sunulmasında yarar vardır. Örneğin Meclis İnsan Hakları Komisyonu raporları gibi. Hazırlıkta ve yargılama aşamasında delillerin karartılmış olduğunu düşünüyorsanız, bu durumun tespiti, ulusal mahkemelerde mahkumiyete yetmese bile, AİHM'de "etkisiz ve yetersiz soruşturma" olarak değerlendirileceği unutulmamalıdır.

3.İşkenceden Doğan Zararların Giderimi

Başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Türkiye'nin taraf olduğu ve usulüne uygun olarak yürürlükte bulunan uluslararası sözleşmeler ve ilgili tüm yasalar; işkenceyi yasaklamış ve suç saymıştır. Anayasa m.17/3'e göre; "*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz".* Anayasa m.90 gereği, üst iç hukuk kuralı niteliğinde olan; AİHS m.3'de ise; "*Hiç kimse işkenceye, insanlıkdışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya*

maruz bırakılamaz" denmektedir.

İşkence, bireyin vücut bütünlüğüne ve onuruna karşı bir saldırı olması nedeniyle, işkence mağdurunun ve yakınlarının manevi yönden zarara uğradıkları tartışmasızdır. Bunun yanı sıra "özellikle işkence sonucu ölüm olaylarında ölenin yakınlarının destekten yoksun kalması" gibi maddi zararlar da söz konusu olabilir.

21.04.1988 tarih ve 3441 Sayılı Yasa ile onaylanan İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2.maddesine göre;

- Sözleşmeye taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde işkence olaylarını önlemek için etkili yasal, idari, yargısal ve diğer türden tedbirler alacaktır.
- Her ne olursa olsun, savaş durumu, savaş tehdidi, iç siyasal huzursuzluk veya diğer olağanüstü hal gibi herhangi bir istisnai durum, işkenceyi haklı göstermek için ileri sürülemez.
- Bir amir ya da bir kamu görevlisi tarafından verilen bir emir, işkenceyi haklı göstermek için ileri sürülemez.

Sözleşme, bu hükmü ile işkencenin önlenmesi için idareye sorumluluk yüklemiştir.

Danıştay 10. Dairesi'nin 30.03.1983 tarih ve E.1982/206, K.1983/665 sayılı kararına göre de, *"...idare kendisine verilen suçu önleme ve işlenmiş bir suç nedeniyle suçun failini yakalama ve adalete teslim etme şeklindeki kamu hizmetini yürütür-*

ken bu hizmetin gerektirdiği personeli de hizmetin gereklerine uygun olarak yetiştirmek zorundadır. Hizmeti yürüten kamu ajanının suçu önleme veya işlenmiş bir suçta sanığı adalete teslim etme maksadıyla da olsa kişileri veya sanığı dövmesi ve işkence etmesi, insan hak ve özgürlükleri ile ve özellikle kişi dokunulmazlığı ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi, Ceza Kanunumuza göre de suç teşkil etmektedir. Hizmetin bu şekilde yürütülmesi ise personeli yeterli düzeyde eğitmeyen, yeterli ve etkili bir denetimin bu tür olayların meydana gelmesini önleyen tedbirler almayan idarenin hizmet kusurunu oluşturur ve bu yüzden kişilere verilen zararların hizmeti kusurlu yürüten idarece tazmini gerekir...". İdari yargının yerleşik içtihatları bu yöndedir.

Anayasa m.129 ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu m.13'e göre; *"memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken verdikleri zararlardan idare sorumludur… İdarenin, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır…"*

Bu düzenlemeler göre, işkence mağdurlarının maddi ve manevi zararları idare tarafından giderilecektir. Cumhuriyet tarihi boyunca tek bir personele işkence yüzünden ödenen tazminat hususunda rücu edilmiş olsaydı, gerçekten işkenceye karşı sıfır tolerans gösterilmiş olurdu.

a.İdari Yargı Yolu-Tam Yargı Davaları

Tazminatları ödemekle yükümlü olan idare olunca, uyuşmazlık halinde başvurulacak yargı yolu da doğal olarak idari yargıdır. İdari Yargılama Hukukunda bunun adı "Tam Yargı

Davası"dır. Zararın kaynağı bir eylem olduğundan, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m.13'e [786] göre, doğrudan doğruya tam yargı davasına başvurulması gerekmektedir.

Bu madde ile, ön karar elde etme yöntemi ve süresi düzenlenmektedir. 1 ila 5 yıllık bu süreler dava açma süresi değildir. İdareye başvurarak ön karar alma süresidir. Gerçek veya zımni ön karar alındıktan sonra , dava açma süresi işlemeye başlar. Ön karar alınmadan tam yargı davası açılırsa idari yargı yeri, dava dilekçesini " idari mercii tecavüzü " nedeni ile ilgili idari yere gönderir.

Bu yasa maddesinin işkence olaylarında uygulanması; olay tarihinden itibaren 1 yıllık süre içinde idareye (İçişleri Bakanlığı) başvurulması, başvurunun açıkça reddedilmesi ya da başvurudan itibaren 60 gün içinde hiçbir yanıt verilmeyerek zımnen reddedilmesi halinde, bu tarihten itibaren 60 günlük süre içinde olayın yaşandığı yerde bulunan İdare Mahkemesinde tam yargı (tazminat) davasının açılmasını gerektirmektedir. Olay tarihinden itibaren 1 yıllık süre içinde idareye yapılacak başvurunun, uğranılan maddi zararlar ile bu zararların giderimi için istenen tazminat miktarını içermesi gerekir.

786 Madde metni şöyledir: *"...İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebli*ğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında 60 gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren dava süresi içinde dava açılabilir."

Uygulamada işkence nedeniyle açılan ceza davaları oldukça uzun sürmekte, bu süre içinde de ön karar elde etme süresi kaçırılmakta, bu durum da hak kayıplarına yol açmaktadır. Bu nedenle, işkence sanıkları hakkında ceza davası sonuçlanmasa da işkencenin yaşandığı tarihten itibaren 1 yıllık süre içinde idareye başvurup, ön karar alınması, yani istemin açıkça reddedildiğine ilişkin kararın tebliği tarihinden ya da zımni ret süresi sonundan itibaren 60 günlük yasal dava açma süresi içinde dava açılmalıdır.

b.Adli Yargı Yolu –Tazminat Davaları

İşkence nedeniyle doğan zararların giderimi konusunda, idarenin sorumlu olması, işkence faili olan kamu görevlisinin kişisel sorumluluğunu ortadan kaldıramaz. İşkenceyi yapan kamu görevlisi, bu haksız eyleminden dolayı uğranılan zararlardan Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca kişisel olarak sorumludur. Kamu görevlisine karşı kişisel olarak tazminat davasının adli yargıda, yani tazminatın miktarına göre sulh hukuk ya da asliye hukuk mahkemesinde açılması gerekmektedir. Borçlar Kanunu'na göre dava açma süresi; olayın ya da zararın öğrenildiği tarihten itibaren 2 yıl, her halükarda ise fiilin işlenmesinden itibaren 10 yıldır, ancak tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. TCK m.94/6 uyarınca işkence suçlarında zamanaşımı işlemez, dolayısıyla açılacak tazminat davasının zamanaşımı gerekçesiyle reddedilmesi söz konusu değildir.

İşkence nedeniyle uğranılan zararların gideriminde idarenin ve işkence eylemini gerçekleştiren kamu görevlisinin

somluluğu müteselsil sorumluluktur. Burada karşımıza çıkacak sorun, tazminat hukukunun "manevi tazminatın zenginleşme aracı olmaması" genel ilkesidir. Hem idareye karşı idari yargıda dava açılması, hem adli yargıda kamu görevlisine karşı dava açılması halinde bu itiraz ile karşılaşılabilecektir. "İşkence nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalan idarenin, sorumlu kamu görevlisine rücu edeceği" göz önüne alındığında, tazminatın öncelikle idareden istenmesinin yerinde olacağını düşünüyoruz. İşkence eyleminden sorumlu olan kamu görevlisine doğrudan tazminat davasının, "idari dava açma süresinin geçirilmesi halinde" açılmasını öneririz.

4.Diğer Başvurular

a.Doktorlar Hakkında Disiplin Başvuruları

Görevini ihmal eden ya da kötüye kullanan doktorlar hakkında Cumhuriyet Savcılığına yaptığınız başvurunun dışında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında bağlı oldukları kuruma da başvuru yapılmalıdır.

Adli muayene sırasında görevini gereği gibi yapmayan, izlere rağmen pratikte sıkça karşılaşıldığı üzere, "darp ve cebir izi yoktur" şeklinde rapor veren, meslek etiğine uygun davranmayan doktorlar hakkında disiplin soruşturması için bağlı oldukları tabip odasına başvurmalısınız.

b.Kolluk Görevlileri Hakkında Disiplin Başvuruları

Kolluk görevlileri hakkında Valiliğe, Kaymakamlığa, Emniyet Müdürlüğüne ya da Jandarma Komutanlığına başvurarak disiplin soruşturması başlatılmalıdır. Yasal olarak resen başlatılması gereken bu soruşturmalar çoğu kez gecikmek-

tedir. Savcılığa verdiğiniz şikayet dilekçesinde olduğu gibi, ayrıntılı bir dilekçe ve ekleri ile yapılacak başvurunun daha etkili bir sonuç almaya katkısı olacaktır. Disiplin soruşturması kapsamında mağdurun müşteki olarak ifadesi alınacağı zaman mutlaka mağdurun yanında olunmalıdır. Bu mağdura cesaret vereceği gibi, aynı zamanda ona yönelik olası baskıları engelleyecektir. Unutmayın ki disiplin mekanizmalarını çalıştırılması suçun önlenmesinde önemli bir faktördür.

c.Savcı ve Hakimler Hakkında Hakimler ve Savcılar Kuruluna Başvuru

İşkencenin soruşturulması sürecinde hakim ve savcılar tarafından gerçekleştirilen ihlallere karşı Hakim ve Savcılar Kurulu'na (HSK) başvurmanız etkili olmaktadır. Bağlı olduğunuz baro aracılığı ile yapacağınız başvurular hakkında Adalet Bakanlığı'na da bilgi verilmelidir.

Bunların dışında Cumhurbaşkanlığı, İçişleri, Adalet ve Milli Savunma Bakanlıkları, varsa İnsan Haklarından Sorumlu Devlet Bakanlığı, Meclis İnsan Hakları Komisyonu'na ve ayrıca İnsan Hakları Derneği (İHD) başta olmak üzere sivil toplum örgütlerine başvurmanız da yararlı olabilir.

KAYNAKÇA

Makaleler ve Kitaplar

Advocacy, Inns of Court School of Law, Blackstone Press, 2nd Ed., London, 1997 (Advocacy)

AİHM bilgi notu, "Pilot kararlar", Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış ilişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, 2015 https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_TUR.pdf

Alastair R. Mowbray,"The European Court of Human Rights' Approach to Just Satisfaction", Public Law, Sweet&-Maxwell Publication, London 1997

Ali İhsan Erdağ, "İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi", TBBD, S.92, Ocak-Şubat 2011, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-668

Ali Parlar/Mustafa Öztürk, Ceza Yargılamasında Tutuklama, Yakalama, Gözaltı ve Adli Kontrol, Aristo Yayınları, İstanbul, 2019

Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu/ Erol Güngör Yüksel, Açıklamalı İçtihatlı Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller Çapraz Sorgu ve İspat, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008

Av. Revşan Deniz Yıldırım Çobanoğlu, "Avukatlar için karşılaştırmalı AYM-AİHM Kabul edilebilirlik Rehberi, Ankara Barosu, 2019

Aynur Tuncel Yazgan, Adli Yardım, Avukatlar İçin El Kitabı III, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi, TBB ve Karakatur yayını, Ankara, 2012

Aynur Tuncel/Naim Karakaya, 5681 Sayılı PVSK Değişikliğinin Anayasa ve Ceza Muhakemesi İlkeleri Temelde Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet Dergisi, S.11, Istanbul, 2007

Baha Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü, İkinci Kitap Muhakeme Usulü, İstanbul, 1946 (Kantar)

Bahri Öztürk-Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Özge Sırma Gezer-Yasemin Saygılar Kırıt-Esra Alan Akcan-Özdem Özaydın-Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin-Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018 (Öztürk/Tezcan/Erdem/Gezer/Kırıt/Akcan/Özaydın/Tütüncü/Villemin/Tok)

Bahri Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 1995

Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Sırma/Saygılar/Alan, "Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010

Behiye Eker Kazancı, AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması, TBBD, 2012 (98), http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1121

Civan Turmangil, "Bireysel Başvuru Hakkının Kullanılmasında 7. Yıla Doğru", Çağdaş Hukuk Dergisi, S. 42

Claus Roxin (Strafverfahrensrecht, 25.b., Beck, München, 2005, p. 15, Kn. 20 -Eserin ispat hukukuna ilişkin bölümünün Türkçe çevirisi: Çeviren Yener Ünver, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:4, Sayı:8, Güz 2005/2

Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara, 2007, (Şahin)

Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005 (Gazi Şerhi).

Devrim Aydın, "Tutuklama", TBBD, 2001, S.3

Devrim Aydın, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (Aydın, Deliller)

Doğan Erkan, OHAL KHK Rejiminin Eleştirisi ve OHAL ile Kalıcı Olarak Dönüşen Ceza Hukuku Rejimi, Tartışmalar/İmkanlar, Ekin Yayınları, 3.Baskı, Ankara, 2019

Doğan Soyaslan, "Yakalama", Uğur Alacakaptan'a Armağan, C.1, İstanbul, 2008

Dominika Bychawska-Siniarska, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması, çev. Av. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi Yayını, 2018 htt-

ps://rm.coe.int/aihs-kapsam-nda-ifade-ozgurlugu/16808db5d5

Durmuş Tezcan, "AİHM Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Delillerin Değeri", Prof.Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Ankara, 2008

ECtHR, Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights-Limitations on use of restrictions on rights, 31 August 2018, s.10 https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_18_ENG.pdf

ECtHR, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf

ECtHR, Practice Direction-Request for anonymity, https://www.echr.coe.int/Documents/PD_anonymity_ENG.pdf

Erdener Yurtcan, Ceza Avukatının El Kitabı, 20. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020

Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, 15.Baskı, Ankara, 2018 (Yurtcan)

Erdener Yurtcan, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1987

Ersan Şen, "Avukat, Hakim ve Savcıların Aranması", Ankara Barosu Dergisi, Y.2013, S.2, http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/2013-2/2013-2-12.pdf

Ersan Şen, "Temyizde Sebep Gösterme Zorunluluğu ve İstinafta Formül Karar", 14.01.2019, https://www.hukukihaber.net/temyizde-sebep-gosterme-zorunlulugu-ve-istinaf-

ta-formul-karar-makale,6395.html

Ersan Şen, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayınları, İstanbul, 1998 (Şen)

Ersan Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Seçkin Yayınları, 5.Baskı, Ankara, 2011

European Court of Human Rights, "Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights", 31 December, 2019

European Court of Human Rights, Guide on Article 2 of the European Convention on Human Rights , 31 August, 2020

European Court of Human Rights, Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights , 31 August 2020

European Court of Human Rights, Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, 31 August 2020

European Court of Human Rights, Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Ciriminal Limb, 31 August 2020

Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 1970 (Erem)

Faruk Turhan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararlarına Göre Makul Tutukluluk Süresi Ve Türk Hukuku", SÜHFD, Y.2001, C.9, S.3-4, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262192

Faruk Turhan, "Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanunu'na Göre Ceza Mu-

hakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi", 3.Yılında Ceza Adaleti Sistemi, (Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, ed. Bahri Öztürk), Seçkin Yayınları, Ankara, 2009

Feridun Yenisey, "Ceza Mevzuatımızın Ağustos 2017 Hali", Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2017

Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 6.Baskı, Ankara, 2018 (Yenisey/Nuhoğlu)

Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994

Francis G. Jacobs, Robin C.A White, The European Convention on Human Rights, Third edition, Oxford University Press, 2002

Frank Tom Read, Ceza Muhakemesinde Anlattırıcı Soru ve Çapraz Sorgu Teknikleri, Çev. Yenisey/Ziyalar, 2.Baskı, Ankara, 2015 (Read, Çapraz Sorgu)

Giuseppe Bettiol, "La regola in dubio pro reo nel diritto e nel processo penale", Rivista Italiana di Diritto Penitenziaro, 1937

Günal Kurşun, "Ünite 3: Hukuk Sosyolojisi Açısından Hukuk", Hukuk ve Suç Sosyolojisi, Atatürk Üniversitesi Yayınları, Erzincan, 2015

Günal Kurşun, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Ya-

yınları, Ankara, 2016 (Kurşun, Hüküm)

Hakan Hakeri, "Türk ve Alman Hukukunda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat", Ord.Prof.Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara, 2008

Halil İbrahim Dursun, Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri, Seçkin Yayınevi, 2018

İ. Hamit Hancı, Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003 (Hancı, Çapraz Sorgu)

İlhan Üzülmez, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", TBBD, Y.2005, S.58

İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, editör Osman Doğru, C.1, İstanbul Barosu Yayınları, 1998

İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, editör Osman Doğru, C.2, İstanbul Barosu Yayınları, 1998

İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, editör Osman Doğru, C.3, İstanbul Barosu Yayınları, 1998

Karen Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 6th Edition, Sweet&Maxwell, 2019

Kubilay İnan, Öğreti-İçtihat Ceza Yargılamasında Yasayolları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006

Luca Perilli, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sistemi İhtiyaç Analizi Raporu", 2014 https://serkancengiz.av.tr/fileadmin/articles/NA_Report_CC_Turkey_2014_tur.pdf

Marty Bond, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Giriş,

çev. Orhan Kemal Cengiz, Avrupa Konseyi ve Özgürlük Araştırmaları Derneği ortak yayını, Mart 2019

Mesut Bedri Eryılmaz, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Ankara, 2012

Mesut Bedri Eryılmaz, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, 2003

Metin Feyzioğlu, "Belirtilerin Şüphenin Yenilmesindeki İşlevi ve Benzer İstinadlara Ait Delil Araçlarının Somut Olayın Çözümünde Birlikte Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, Y.57, S.1, 2000

Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHFD, C. 48, S.1-4, 1999 (Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi)

Monica Macovei, "İfade Özgürlüğü-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin uygulanmasına ilişkin kılavuz", İnsan Hakları el kitapları, No.2, s.104, https://www.anayasa.gov.tr/media/3610/aihsmad10ifade.pdf

Muharrem Özen/Atacan Köksal, "Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı", AÜHFD, C.68, S.1, 2019

Mustafa Tarık Şentuna, Tutuklama ve Adi Kontrol, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007

Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, 13.Baskı, Ankara, 2014(Toroslu/Feyzioğlu)

Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 10.Baskı (Centel/Zafer)

Nuran Haydar, Susma Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019

Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.Bası, İstanbul, 1967 (Kunter)

Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınları, Istanbul, 2009

Orhan Kemal Cengiz, "Uygulamacılar için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Rehberi", İzmir Barosu yayını, 2001

Osman Yaşar, Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu (Ceza Yargılaması Yasası), C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998

Ozan, Ergül/Muammer Ketizmen, "Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Üzerine", Güncel Hukuk, Ağustos 2007/8–44

Özen Kaya Göçmen, Adli Kontrol Koruma Tedbirinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi, AÜHFD, 65(4), 2016

Öztekin Tosun, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C.1, Genişletilmiş 4 Bası, İstanbul, 1984 (Tosun)

Philip Leach, "Taking a Case to The European Court of Human Rights" (Student version), Oxford University Press,

2017

R. Barış Erman, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri", GSÜHFD, Prof Dr Köksal Bayraktar'a Armağan, C. 1 1/2010, Beta, Istanbul, 2011 (Erman)

Ragıp Şahin, Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020

Resul Göksoy, Ceza Muhakemesinde Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Güvenilirliğinin Sağlanması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018

Revşan Deniz Yıldırım Çobanoğlu, "Avukatlar için karşılaştırmalı AYM-AİHM Kabul Edilebilirlik Rehberi, Ankara Barosu, 2019

Rezan İtişgen, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)", Istanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2012, İstanbul (İtişgen, Nemo Tenetur)

Selami Turabi, Bireysel Başvuru Rehberi, Seçkin Yayınevi, 2017

Serra Tekin et al., "Görgü Tanıklığının Güvenilirliği", Güncel Hukuk, S.9, Eylül 2007

Süheyl Donay, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul, 1982

Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü/Abdurrahman Saygılı, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması", Turhan Kitabevi, Ankara, 2019

Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 2.Bası, İstanbul, 1950 (Taner)

Tolga Şirin, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7, Avrupa Konseyi, 2018

Tuğrul Katoğlu, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar", ABD, 2011, S.4

Turhan Tufan Yüce, "Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri", TBBD, Y.1988, S.1

Turhan Tufan Yüce, Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi, EÜHFD, 1980, S.1,

Uğur Ersoy, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı (reformatio in peius), Adalet Yayınevi, Ankara, 2018

Van Dijk/Van Hoof/Van Rijn/Zwaak, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, Intersentia, Cambridge, 2006

Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun Yorumu, C. 2 (md.258-424), Seçkin Yayınları, Ankara, 1995

Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 16.Baskı, Ankara, 2019 (Ünver/Hakeri)

Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.I, 15.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019 (Ünver/Hakeri,

C.I)

Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.III, 15.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019 (Ünver/Hakeri, C.III)

Yunus Emre Yılmazoğlu, Bireysel Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019

Yusuf Uzunay/Mustafa Koçak, "Bilişim Suçları Kapsamında Dijital Deliller", https://ab.org.tr/ab05/tammetin/134.pdf (Uzunay/Koçak, Dijital Deliller)

Mahkeme, AYM ve AİHM Kararları

(Çalışmada atıf yapılan Yargıtay kararlarının tümüne www.yargitay.gov.tr sitesinden ulaşılmıştır.)

AİHM, Bilgin/Türkiye Dışişleri Bakanlığı çevirisi, (Başvuru no. 23819/94), 16 Kasım 2000, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120575

AİHM, Bursa Barosu Başkanlığı ve Diğerleri/Türkiye, çev. Adalet Bakanlığı, Başvuru No:25680/05, 19 Haziran 2018

AİHM, Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı/Türkiye, çev. Dışişleri Bakanlığı, Başvuru No: 32093/10, 2 Aralık 2014, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158584

AİHM, Çatal/Türkiye kararı özet çeviri, Başvuru no. 26808/08, 17 Nisan 2012

AİHM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No. 20347/07, 5 Temmuz 2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164991

AİHM, Eon/Fransa, çev. Adalet Bakanlığı, Başvuru no. 26118/10, 14 Mart 2013

AİHM, Önal/ Türkiye (No2), Başvuru No: 44982/07, 02.07.2019, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200788

AİHM, Savda/Türkiye, Başvuru no. 42730/05, 12.06.2012, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203550

AİHM, Selahattin Demirtaş/Türkiye, Dışişleri Bakanlığı çevirisi, Başvuru no. 14305/17, 20 Kasım 2018, http://hudoc.

echr.coe.int/eng?i=001-202342

AİHM, Sürek/Türkiye, Dışişleri Bakanlığı çevirisi, Başvuru No.24735/94, 8 Temmuz 1999

AİHM, Tekin Yıldız/Türkiye Dışişleri Bakanlığı çevirisi, (Başvuru no. 22913/04), 10 Kasım 2005, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125005

AİHM, Tendam İspanya Davası, Başvuru No: 25720/05, 13.07.2010, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111147

AİHM, Tüm Haber Sen ve Çınar/Türkiye, Dışişleri Bakanlığı özet çevirisi, Başvuru No. 28602/95, s.4, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124924

AİHM, Yoldaş/Türkiye, (Başvuru no. 27503/04), kararın özet çevirisi, 23 Şubat 2010, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-175879%22]}

Anayasa Mahkemesi, A.C ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru no: 2013/1827, 25.02.2016, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1827

Anayasa Mahkemesi, Adem Gedik Başvurusu, Başvuru no. 2013/2950, 14.10.2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-2950.pdf

Anayasa Mahkemesi, Ali Demirci ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No:2015/16311, 20.09.2018, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/16311?BasvuruNoYil=2015&BasvuruNoSayi=16311

Anayasa Mahkemesi, Ali Kıdık Başvurusu, Başvuru

No:2014/5552, 26.10.2017, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-5552.pdf

Anayasa Mahkemesi, Ali Taştan Başvurusu, Başvuru No:2017/5809, 29.01.2020, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/5809

Anayasa Mahkemesi, Atilla Taş Başvurusu, Başvuru No: 2016/30220, 29.05.2019, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2016-30220.pdf

Anayasa Mahkemesi, Ballıdere Belediye Başkanlığı, Başvuru No: 2012/1327, 12/2/2013

Anayasa Mahkemesi, Baran Karadağ Başvurusu, Başvuru No: 2014/12906, 07.05.2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-12906.pdf

Anayasa Mahkemesi, Bilent Aktaş ve Diğerleri, Başvuru no: 2014/19389, 7.12.2016, http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-19389.pdf

Anayasa Mahkemesi, Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret AŞ Başvurusu, Başvuru No: 2015/18936, 22.05.2019, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2015-18936.pdf

Anayasa Mahkemesi, Büğdüz Köyü Muhtarlığı, Başvuru No: 2012/22, 25/12/2012

Anayasa Mahkemesi, Cezmi Demir ve diğerleri başvurusu, Başvuru No: 2013/293, 17/7/2014

Anayasa Mahkemesi, Çağrı Yılmaz Başvurusu, Başvuru

No: 2017/34463, 13/2/2020, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/34463

Anayasa Mahkemesi, Demirdöven Köyü Tüzel Kişiliği ve diğerleri, Başvuru No: 2014/14359, 25/12/2018

Anayasa Mahkemesi, Deniz Özfırat Başvurusu, Başvuru no. 2013/7929, 01.12.2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-7929.pdf

Anayasa Mahkemesi, Doğubayazıt Ticaret ve Sanayi Odası, Başvuru No: 2012/743, 5/3/2013

Anayasa Mahkemesi, Elif Kaya Başvurusu, Başvuru No: 2014/266, 06.04.2017, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-266.pdf

Anayasa Mahkemesi, Ercan Kanar Başvurusu, Başvuru No: 2013/533, 09.01.2014, para.60-61, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-533.pdf

Anayasa Mahkemesi, Erdinç Ergin başvurusu, Başvuru No: 2012/695, 12.02.2013, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/58b72011-0eca-4e48-8eb3-4b4fec-247c52?wordsOnly=False

Anayasa Mahkemesi, Fazilet Partisi Kapatma Kararı, E.1999/2, K.2001/2, 22.06.2001, https://siyasipartikararlar.anayasa.gov.tr/SP/2001/2/1

Anayasa Mahkemesi, Günay Dağ ve Diğerleri Başvurusu, (GK), Başvuru no. 2013/1631, 17.12.2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-1631.pdf

Anayasa Mahkemesi, Hamdi Akın İpek Başvurusu, Başvuru No. 2015/17763, 24/5/2018

Anayasa Mahkemesi, Hamit Kaya Başvurusu, Başvuru No: 2012/338, 02.07.2013, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/338

Anayasa Mahkemesi, Hüseyin Remzi Polge Başvurusu, Başvuru No. 2013/2166, 25/6/2015

Anayasa Mahkemesi, İbrahim Demirci Başvurusu, Başvuru No: 2017/31717, 30/6/2020, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/31717

Anayasa Mahkemesi, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Başvuru No: 2013/1430, 21/11/2013

Anayasa Mahkemesi, İrfan Gerçek Başvurusu, Başvuru no. 2014/6500, 29.09.2016, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-6500.pdf

Anayasa Mahkemesi, İsmail Akçayoğlu Başvurusu, Başvuru No. 2014/1950, 13/09/2017

Anayasa Mahkemesi, Kürşat Eyol Başvurusu, Başvuru No: 2012/665, 13.06.2013

Anayasa Mahkemesi, Mahmut Tanal ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2014/18803,10/12/2014, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/014cfdeb-bd78-4dab-b705-0f815d8e4e86?wordsOnly=False

Anayasa Mahkemesi, Mehmet Hasan Altan Başvurusu, Başvuru No: 2016/23672, 11.01.2018, https://kararlarbilgi-

bankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2016-23672.pdf

Anayasa Mahkemesi, Mehmet Mercan Başvurusu, Başvuru no: 2013/2001, 16.05.2013, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/9995f58d-518f-402a-9f73-ec9cf892fa22?wordsOnly=False

Anayasa Mahkemesi, Necati Gündüz ve Recep Gündüz Başvurusu, Başvuru No: 2012/1027, 12.02.2013, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/udf/2012-1027.docx

Anayasa Mahkemesi, Norm Denetimi Kararı, E.2014/164, K.2015/12, 14.01.2015, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/12

Anayasa Mahkemesi, Norm Denetimi Kararı, E.2017/49, K.2017/113, 14/06/2017, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/113

Anayasa Mahkemesi, Norm Denetimi, E.2018/73, K.2019/65, 24.07.2019, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2019-65-nrm.pdf

Anayasa Mahkemesi, Özgür Çapkın, Başvuru no: 2014/2546, 30.12.2014, http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/a3128408-7256-47f0-89cf-e184f1643a25?wordsOnly=False

Anayasa Mahkemesi, Serpil Kerimoğlu ve diğerleri başvurusu, B. No: 2012/752, 17/9/2013

Anayasa Mahkemesi, Suat BİRCAN Kararı Basın Duyurusu, 28.12.2016, https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/

bireysel-basvuru-basin-duyurulari/sure-asimi-nedeniyle-kabul-edilemezlige-iliskin-suat-bircan-karari-basin-duyurusu/

Anayasa Mahkemesi, Tahir Baykuşak başvursu, Başvuru No: 2016/31718, 9/7/2020

Anayasa Mahkemesi, Turan Günana Başvurusu, Başvuru No: 2013/5545, 15.12.2015, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-5545.pdf

Anayasa Mahkemesi, Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No.2012/928, 11/12/2014

Anayasa Mahkemesi, Y. T başvurusu, (Başvuru no. 2016/22418), 30.05.2019, https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/bireysel-basvuru-basin-duyurulari/sinir-disi-edilme-kararina-karsi-basvurulabilecek-etkili-bir-yargi-yolu-bulunmamasi-nedeniyle-etkili-basvuru-hakkinin-ihlal-edilmesi-ve-ihlalin-yapisal-sorundan-kaynaklanmasi-nedeniyle-pilot-karar-usulunun-benimsenmesi/

Anayasa Mahkemesi, Yasemin Mutlu Başvurusu, Başvuru No.2013/1426, 25/3/2014

Anayasa Mahkemesi, Yüksel Baran Başvurusu, Başvuru No: 2012/782, 26.06.2014, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2012-782.pdf

Anayasa Mahkemesi, Zekiye Şanlı Başvurusu, Başvuru No. 2012/931, 26/6/2014

CEDH, Alkes c. Turquie, Requete No: 3044/04, 16.02.2010, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97295

CEDH, Gündoğan v. Tuquie, Requete No:31877/96, 10.10.2002, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-65236

CEDH, Knebl c. Republique Tcheque, Requete No: 20157/05, 28.10.2010, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101479

CEDH, Kürüm c. Turquie, Requete No: 56493/07, 26.01.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-96937

CEDH, Mehmet Ali Okur c. Turquie, Requete No:31869/06, 17.01.2012, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108694

CEDH, Prado Bugallo c. Espagne, Requete No: 58496/00, 18.02.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-65499 , http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=002-4998

CEDH, Rachdad v. France, Requete No: 71846/01, 13.11.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-66008

CEDH, Sadak c. Turquie, Application No: 25142/94, 27099/95, 08.04.2004, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66257

CEDH, Yiğitdoğan c. Turquie, Requete No: 20827/08, 16.03.2010, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97712 .

CEDH, Zeynep Özcan c. Turquie, Requete No:45906/99, 20.02.2007, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-79522

CEHD, Altınok c. Turquie Requete No: 31610/08, 29.11.2011, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107599

CEHD, Altınok c. Turquie, Requete No: 31610/08,

29.11.2011, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-107599

CEHD, Artun et Güvener c. Turquie, Requete No: 75510/01, 26.06.2007, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81181

CEHD, Dink c. Turquie, Requetes no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14.09.2010, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100383

CEHD, Erçep c. Turquie, Requete No. 43965/04, 22.11.2011, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107532

CEHD, Erdem c. Allemagne, Requete No:38321/97, 05.07.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-64115

ECtHR, İğdeli v. Turkey, Application No:29296/95, 20.06.2002, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60513

ECtHR, A and B v. Norway, (Applications nos. 24130/11 and 29758/11), 15 November 2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168972

ECtHR, A and others v. Spain (Admissibility), (Application no. 13750/88), 2 July 1990, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82944

ECtHR, A v.UK, Application no. 25599/94, 23.09.1998, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58232

ECtHR, Abdu v. Bulgaria (information note), (Application no. 26827/08), 11.03.2014, http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=002-9392

ECtHR, Adyan and Others v. Armenia, Applicati-

on no. 75604/11, 12.10.2017, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177429

ECtHR, Ahmet Sadık v. Greece, Application No: 18877/91, 15.11.1996, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58066

ECtHR, Akkum and Others v. Turkey, Application no. 21894/93, 24.06.2005, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68601

ECtHR, Aksoy v. Turkey, (Application no. 21987/93, 18 December 1996, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:

ECtHR, Aksoy v. Turkey, Application No: 21987/93, 18.12.1996, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58003

ECtHR, Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom, Application No: 26766/05, 22228/06, 15.12.2011, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-108072

ECtHR, Aleksandr Makarov v. Russia, Application No: 15217/07, 12.03.2009, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91758 .

ECtHR, Allen v. The United Kingdom, Application No:25424/09, 12.07.2013, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122859

ECtHR, Allenet de Ribemont v. France, Application No.15175/89, 10.02.1995, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57914

ECtHR, Altun v.FRG No 10308 / 83, 36 DR 236 (1983)

ECtHR, Andre and Another v. France, Application NO: 18603/03, 24.07.2008, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87938

ECtHR, Angel and Others v. The Netherlands, (Application no. 5100/71 and others), 8 June 1976, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57479%22]}

ECtHR, Anguelova v. Bulgaria, (Application no. 38361/97), 13 June 2002, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2238361/97%22],%22itemid%22:[%22001-60505%22]}

ECtHR, Armani Da Silva v. The United Kingdom, Application no. 5878/08, 30 March 2016, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-161975%22]}

ECtHR, Artico v. Italy, Application No:6694/74, 13.05.1980, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57424

ECtHR, As to the admissibility of Mark Anthony Norwood against United Kingdom, (Application no. 23131/03), 16 November 2004, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67632

ECtHR, Association for Solidarity with Jehovah Witnesses and Others v. Turkey press release, (applications nos. 36915/10 and 8606/13), 24.05.2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5383018-6727996

ECtHR, Association Rhino and Others v. Switzerland, (Application no. 48848/07), 11 October 2011, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106893

ECtHR, Ataman v. Turkey, (Application no. 74552/01),

5 December 2006, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78330

ECtHR, Aydın v. Turkey, Applicaion no: 57/1996/676/866, 25 September 1997, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58371%22]}

ECtHR, Bankovic and others v. Belgium and others, [GC], Application no. 52207/99 12.12.2001

ECtHR, Barabanov v. Russia, (Applications nos. 4966/13 and 5550/15), 30 January 2018, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180501

ECtHR, Baranowski v. Poland, (Application no. 28358/95), 28 March 2000, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58525

ECtHR, Bayar and Gürbüz v. Turkey, Application No:37569/06, 27.11.2012, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115124

ECtHR, Bayatyan v. Armenia [GC], Application no. 23459/03, 07.07.2011, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105611

ECtHR, Baytar v.Turkey, Application No: 45440/04, 14.10.2014, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-147468

ECtHR, Beader, Ennsslin and Rapse v FRG Nos 7572 / 76 (1978)

ECtHR, Becciev v. Moldavia, (Application no. 9190/03), 4 October 2005, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-70434%22]}

ECtHR, Benzer and Others v. Turkey, (Application no. 23502/06), 12 November 2013, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128036

ECtHR, Bezicheri v. Italy, Application No:11400/85, 25.10.1989, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57439

ECtHR, Biao v. Denmark, (Application no. 38590/10), 24 Mayıs 2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163115

ECtHR, Boicienco v. Moldova, Application No: 41088/05, 11.07.2006, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76295

ECtHR, Borisova v. Bulgaria, (Application no. 56891/00), 21 December 2006, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-78794%22]}

ECtHR, Boyraz/Turkey (application no. 61960/08) 02.12.2014, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4951617-6065162

ECtHR, Bönisch v. Austria, (Application no. 8658/79), 6 May 1985, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57443%22]}

ECtHR, Brogan and Others v. The United Kingdom, Application No:11209/84, 29.11.1998, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57450

ECtHR, Buck v. Germany, Application No: 41604/98, 28.04.2005, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-68920

ECtHR, Butkevicius v. Lithuania, Application no. 48297/99 , 26.03.2002

ECtHR, Buzadji v. The Republic of Moldova, Application No:23755/07, 05.07.2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164928

ECtHR, Bykov v. Russia, Application No: 4378/02, 10.03.2009, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-91704

ECtHR, Cardot v. France, A 200 (1991)

ECtHR, Cestaro v. Italy, (Application no. 6884/11), 7 April 2015, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-153901%22]}

ECtHR, Christian Democratic People's Party v. Moldava (No.2), (Application no. 25196/04), 2 February 2010, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97049

ECtHR, Conka v. Belgium, (Application no. 51564/99), 5 February 2002, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60026

ECtHR, Costello-Roberts v. The United Kingdom, (Application no. 13134/87), 25 March 1993, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57804%22]}

ECtHR, Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v. Turkey press release, (application no. 32093/10), 02.12.2014

ECtHR, Cuscani v. The United Kingdom, (Application no. 32771/96), 24 September 2002, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-60643%22]}

ECtHR, Czekalla v. Portugal, Application No:38830/97, 10.10.2002, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60676

ECtHR, Çatal v. Turkey, Application No: 26808/08,

17.04.2012, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110441

ECtHR, D.H and Others v. The Czech Republic, (Application no. 57325/00), 13 November 2007, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83256

ECtHR, Demicoli v. Malta, (Application no. 13057/87), 27 August 1991, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57682

ECtHR, Demiray v. Turkey, Application No: 27308/95, 21.11.2000, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59026

ECtHR, Deweer v. Belgium, (Application no. 6903/75), 22 February 1980, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57469"]}

ECtHR, Dimitras and Others v. Greece press release, (applications nos. 42837/06, 3269/07, 35793/07 and 6099/08), 03.06.2010, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3151460-3507511

ECtHR, Dimtriv Popov and Others v. Bulgaria (admissibility), (Application no. 48047/99), 15 April 1999, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23528

ECtHR, Djavit An v. Turkey, (Application no. 20652/92), 20 February 2003, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60953

ECtHR, Doorson v. The Netherlands, Application No: 20524/92, 26.03.1996, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57972

ECtHR, Dovzhenko v. Ukraine, Application no.36650/03, 12.01.2012

ECtHR, Dzieciak v. Poland, Application No: 77766/01, 09.12.2008, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90165

ECtHR, E.B v. France, Application no. 43546/02, 22.01.2008, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2245258-2392886

ECtHR, Eckle v. Germany, Application no. 8130/78, 15 July 1982, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-57476"]}

ECtHR, Eğmez v. Cyprus, Application No: 30873/96, 21.12.2000, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59100

ECtHR, Elçi and others v. Turkey, Application No: 23145/93, 25091/94, 13.11.2003, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61442

ECtHR, Engel and Others v. The Netherlands, Application no. 5100/71; 5101/71; 5354/72; 5370/72, 8 June 1976, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479

ECtHR, Enver Şahin v. Turkey press release, (application no. 23065/12), 30.01.2018, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5989451-7665919

ECtHR, Erdoğan Yağız v. Turkey, Application No:27473/02, 06.03.2007, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79666

ECtHR, Eski v. Turkey, Application No: 8354/04, 05.06.2012, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-111266

ECtHR, Ezeh and Connors v. The United Kingdom, App-

lication Nos: 39665/98, 40086/98, 09.10.2003, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-849707-870555

ECtHR, Faber v. Hungary, (Application no. 40721/08) 24 July 2012, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112446

ECtHR, Fabian v. Hungary, Application no. 78117/13, 5 September 2017, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-176769

ECtHR, Fabris v. France, Application no. 16574/08, 7 February 2013, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-116716%22]}

ECtHR, Fedorov and Fedorova v. Russia, Application No: 31008/02, 13.10.2005, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-70583

ECtHR, Fedotov v. Russia, (Application no. 5140/02), 25 October 2005, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70756

ECtHR, Ferrantelli and Santangelo v. Italy, Application No: 19874/92, 07.08.1996, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57997

ECtHR, Ferrari-Bravo v.Italy, Application No: 9627/81, 14.03.1984, https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-73443&filename=FERRARI-BRAVO%20v.%20ITALY.pdf

ECtHR, Filiz Uyan v. Turkey, Application no. 7496/03, 8 January 2009, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90448

ECtHR, Findlay v. The United Kingdom, Application no. 22107/93, 25 February 1997, http://hudoc.echr.coe.int/en-

g?i=001-58016

ECtHR, Finucane v. The United Kingdom, Application No: 29178/95, 01.07.2003, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61185

ECtHR, Fox, Campbell and Hartley v.UK, Application No: 12244-12245-12383/86, 30.08.1990, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57721

ECtHR, Franz Jakob Weiss v. Austria /Admissibility), (Application no. 14596/89), 10 July 1991, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-931

ECtHR, Frerot v. France, Application No: 70204/01, 12.06.2007, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81008

ECtHR, Frumkin v. Russia, (Application no. 74568/12), 5 January 2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159762

ECtHR, Funke v. France, Application No: 10828/84, 25.02.1993, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57809

ECtHR, Furcht v. Germany, Application No: 54648/09, 23.10.2014, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147329

ECtHR, G.B and Others v. Turkey, (Application no. 4633/15), 17 Ocotober 2019, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{“itemid”:[“001-196612”]}

ECtHR, Gatt v. Malta, Application No: 28221/08, 27.07.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-100190

ECtHR, Gillan ve Quinton v. The United Kingdom, Application No:4158/05, 12.01.2010, http://hudoc.echr.coe.int/en-

g?i=001-96585

ECtHR, Goodwin v. The United Kingdom, (Application no. 17488/90), 27 March 1996, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57974

ECtHR, Goral v. Poland, Application No:33654/97, 30.10.2003, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61415

ECtHR, Gregacevic v. Croatia, (Application no. 58331/09), 10 July 2012, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-112090"]}

ECtHR, Guzzardi v. Italy, Application No:7367/76, 06.11.1980, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57498

ECtHR, Gül v. Turkey, (*Application no. 22676/93*), 14 December 2000, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59081%22]}

ECtHR, Gülcü v. Turkey, (Application no. 17526/10),19 January 2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160215

ECtHR, H.B. v. Switzerland, Application No: 26899/95, 05.04.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59367

ECtHR, Handyside v. The United Kingdom, (Application no. 5493/72), 7 December 1976, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57499

ECtHR, Hasan and Chaush v. Bulgaria (Application no. 30985/96), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58921

ECtHR**,** Hasan and Eylem Zengin v. Turkey press release (Application no. 1448/04), http://hudoc.echr.coe.int/eng-pres-

s?i=003-2142546-2275681

ECtHR, Herri Batasuna and Batasuna v. Spain, (Application nos. 25803/04 and 25817/04), 30 June 2009, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93475

ECtHR, Huber v. Switzerland, Application No:12794/87, 23.10.1990, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57644

ECtHR, Hugh Jordan v. The United Kingdom, (Application no. 24746/94), 4 May 2001, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2224746/94%22],%22itemid%22:[%22001-59450%22]}

ECtHR, Hulki Güneş v. Turkey, Application No:28490/95, 19.09.2003, para.95, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61169

ECtHR, Huseyn and Others v. Azerbaijan, (Applications nos. 35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05), 26 July 2011, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":["001-105823"]}

ECtHR, I.A. v. France, Application No: 28213/95, 23.09.1998, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58237

ECtHR, I.I. v. Bulgaria, Application No: 44082/98, 09.06.2005, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69313

ECtHR, Ibrahim and Others v. The United Kingdom, Application Nos: 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.09.2016, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-166680

ECtHR, Ibrahimov and Others v. Azerbaijan, (Applications nos. 69234/11, 69252/11 and 69335/11), 11 February

2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-160430

ECtHR, Ignatov v. Ukraine, Application No:40583/15, 15.12.2016, para.36, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169524

ECtHR, Ilijkov v. Bulgaria, Application No: 33977/96, 26.07.2001, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59613

ECtHR, Imakayeva v. Russia, Application No: 7615/02, 09.11.2006, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-77932

ECtHR, Imbrioscia v. Switzerland, Application No:13972/88, 24.11.1993, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57852

ECtHR, Incal v. Turkey, Application no. 22678/93, 09.06.1998, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58197

ECtHR, Ireland v. The United Kingdom, (Application no. 5310/71), 18 January 1978, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57506%22]}

ECtHR, Ireland v. The United Kingdom, Application No: 5310/71, 20.03.2018, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181585

ECtHR, Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey, Application No: 40998/98, 13.03.2008, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-83951

ECtHR, Iwanczuk v. Poland, Application No: 25196/94, 15.11.2001, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59884

ECtHR, İletmiş v. Turkey, Application No: 29871/96,

06.12.2005, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-71498

ECtHR, İpek and Others v. Turkey, (Application no. 17019/02 and 30070/02), 3 February 2009, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-91063%22]}

ECtHR, İpek and others v. Turkey, Application No:17019/02, 30070/02, 03.02.2009, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91063

ECtHR, İzzettin Doğan and others v. Turkey, Application No: 62649/10, 26.04.2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162697

ECtHR, J v. Switzerland No 13467 / 87, 62 DR 269 (1989)

ECtHR, J.B v. Switzerland, (Application no. 31827/96), 3 May 2001, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59449%22]}

ECtHR, Jalloh v. Germany, Application No: 54810/00, 11.07.2006, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1723669-1807285

ECtHR, Jaloud v. The Netherlands, Application no. 47708/08, 20 November 2014, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148367

ECtHR, Jarzynski v. Poland, Application No. 15479/02, 4 October 2005, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-70369%22]}

ECtHR, Kalashnikov v. Russia, Application No:47095/99, 15.07.2002, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60606

ECtHR, Karabet v. Ukraine, Applications nos: 38906/07 and 52025/07), 17 January 2013, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-115886%22]}

ECtHR, Kart/Turkey, (Application no. 8917/05), 3 December 2009, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-96007%22]}

ECtHR, Kavaklıoğlu and others v. Turkey, Application No: 15397/02, 06.10.2015, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157821

ECtHR, Kaya v. Turkey, Application No: 22729/93, 19.02.1998, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58138

ECtHR, Keegan v. UK, Application No: 28867/03, 18.07.2006, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76453

ECtHR, Keenan v. The United Kingdom, Application No: 27229/95, 03.04.2001, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59365

ECtHR, Kemmache v. France, Application No: 1762191 (No.3), 24 November 1994, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57894

ECtHR, Kerojarvi v. Finland, Application No:17506/90, 19.07.1995, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57941

ECtHR, Khlaifia and others v. Italy, (Application no. 16483/12), 15 December 2016, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf

ECtHR, Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia (Applica-

tions nos. 11082/06 and 13772/05), 25 July 2013, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-122697%22]}

ECtHR, Kofler v Italy, Application No: 8261 / 78, 30 DR 5, 9 (1982)

ECtHR, Kokkinakis v. Greece, (Application no. 14307/88), 25 May 1983, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827

ECtHR, Kopp v. Switzerland, Application No: 23224/94, 25.03.1998, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58144

ECtHR, Koşti and others v. Turkey, Application No: 74321/01, 03.05.2007, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80398

ECtHR, Kotiy v. Ukraine, Application No: 28718/09, 05.03.2015, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-152593

ECtHR, Kovyazin and Others v. Russia, Application No: 13008/13, 60882/12, 53390/13, 17.09.2015, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157283

ECtHR, Krasniki v. The Czech Republic, Application No:51277/99, 28.02.2006, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-72590

ECtHR, Krastanov v. Bulgaria, Application No: 50222/99, 30/9/2004, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-66796

ECtHR, Krause v. Switzerland, Application No: 7986/77, 03.10.1978, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74207

ECtHR, Kreps v. Poland, Application No: 34097/96, 26.07.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59614

ECtHR, Kucera v. Slovakia, Application No. 48666/99, 17.07.2007, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81731

ECtHR, Kudrevicus and Others v. Lithuania, (Application no. 37553/05), 15 October 2015, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158200

ECtHR, Kurt v. Turkey, 24276/94, 25.05.1998, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58198

ECtHR, L.P and Carvalho v. Portugal press release, 08.10.2019.

ECtHR, Labita v. Italy, Application No:26772/95, 06.04.2000, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58559

ECtHR, Ladent v. Poland, (Application no. 11036/03), 18 March 2008, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85487

ECtHR, Laurent v. France press relase, (Application no. 28798/13), 24.05.2018

ECtHR, Lavents v. Latvia, Application no. 58442/00, 28.11.2002

ECtHR, Lawless v. Ireland (No.3), (Application no. 332/57), 1 July 1961, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518

ECtHR, Letellier v. France, Application No: 12369/86, 26.06.1991, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57678

ECtHR, Levages Prestations Services v. France, Application No:21920/93, 23.10.1996, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58065

ECtHR, Lingens v. Austria, (Application no. 9815/82), 8 July 1986, http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57523

ECtHR, Lobanov v. Russia, (Application no. 16159/03), 16 October 2008, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-88926%22]}

ECtHR, Lüdi v. Switzerland, Application No:12433/86, 15.06.1992, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57784

ECtHR, M. and M. Croatia, (Application no. 10161/13), September 2015, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156522

ECtHR, M.A and Others v. Lithuania, application no: 59793/17, 11 December 2008, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-188267%22]}

ECtHR, M.N. and others v. San Marino, Application No: 28005/12, 07.07.2015, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-155819

ECtHR, Mahmut Kaya v. Turkey, Application no. 22535/93, 28.03.2000, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58523

ECtHR, Makhfi v. France press release , Application no. 59335/00, 19.10.2004, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-4178

ECtHR, Mamedova v. Russia, Application No: 7064/05, 01.06.2006, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-75646

ECtHR, Mansur v. Turkey, Application No:16026/90, 08.06.1995, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57932

ECtHR, Mansur Yalçın and Others v. Turkey press release, Application no. 21163/11, 16.09.2014, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4868983-5948734

ECtHR, Mattoccia v. Italy, aktaran legislationline, https://www.legislationline.org/documents/id/17298

ECtHR, McGoff v. Sweden, Application No:9017/80, 26.10.1984, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57538

ECtHR, McGuinness v. Ireland, Application no. 34720/97, 21 December 2000, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59097%22]}

ECtHR, Mehmet Hasan Altan, (Application no. 13237/17, 10.09.2018, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181862

ECtHR, Merabishvili v. Georgia, (Application no. 72508/13), 28 November 2017, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178753

ECtHR, Micallef v. Malta, (Application no. 17056/06), 15 October 2009, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95031

ECtHR, Michaud v. France, (Application no. 12323/11), 6 December 2012, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-115377%22]}

ECtHR, Milankovic and Bosnjak v. Croatia, Applications nos. 37762/12 and 23530/13, 26 April 2016, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-162676%22]}

ECtHR, Miliniene v. Lithuania, Application No: 74355/01, 24.06.2008, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87142

ECtHR, Minelli v. Switzerland, Application no. 8660/79, 25.03.1983

ECtHR, Mitchell and Holloway v. The United Kingdom, (Application no. 44808/98), 17 December 2002, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60823

ECtHR, Moiseyev v. Russia, Application No: 62936/00, 09.10.2008, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88780

ECtHR, Mooren v. Germany, Application No:11364/03, 09.07.2009, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93528

ECtHR, Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia, (Application no. 72881/01), 5 October 2006, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77249

ECtHR, Murat Vural v. Turkey, Application No: 9540/07, 21.10.2014, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147284

ECtHR, N. V. Federal Republic of Germany, Application No: 9132/80, 16.12.1982, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74012

ECtHR, Nachova and Others v. Bulgaria press release, nos. 43577/98 and 43579/98), 26.02.2004, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-938509-966653

ECtHR, Nachova and Others v. Bulgaria, Applications nos. 43577/98 and 43579/98, 6 July 2005, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630

ECtHR, Nart v. Turkey, Application No: 20817/04, 06.05.2008, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86189

ECtHR, Nevmerzhitsky v. Ukraine, Press relaase, 05.04.2005, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-1306808-1363018%22]}

ECtHR, Neziraj v. Germany, Application No: 30804/07, 08.11.2012, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114267

ECtHR, Niemietz v. Germany, Application No: 13710/88, 16.12.1992, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887

ECtHR, Nikolov v. Bulgaria, Application No: 38884/97, 30.01.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60912

ECtHR, Nikolova v. Bulgaria, Application No: 31195/96, 25.03.1999, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-58228

ECtHR, Nikula v. Finland, Application No: 31611/96, 21.03.2002, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60333

ECtHR, O'Hara v. UK, Application No: 37555/97, 16/10/2001, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59721

ECtHR, O'Halloran v. The United Kingdom, Application Nos: 15809/02, 25624/02, 29.06.2007, Disenting Opinion of Judge Pavlovschi, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81359

ECtHR, Oğur v. Turkey, Application no. 21594/93, 20 May 1999, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-58251%22]}

ECtHR, Osman v. UK, [GC], Application No: 23452/94, 28.10.1998, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58257

ECtHR, Otegi Mondragon v. Spain, Application No: 2034/07, 15.03.2011, http://hudoc.echr.coe.int/en-

g?i=001-103951

ECtHR, Ouranio Toxo and Others v. Greece, (Application no. 74989/01), 20.01.2006, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70720

ECtHR, Öcalan v. Turkey, Application No:46221/99, 12.03.2003, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69022

ECtHR, Öztürk v. Germany, October 23,1985, Series A, No 85

ECtHR, P.G and J.H. v. United Kingdom, Application No: 44787/98, 25.09.2001, para.38,59-60, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59665 .

ECtHR, Padin Gestoso v. Spain, Application No: 39519/98, 08.12.1998, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-181

ECtHR, Panchenko v. Russia, Application No: 45100/98, 08.02.2005, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68148

ECtHR, Panovits v.Cyprus, Application No: 4268/04, 11.03.2009, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90244

ECtHR, Panteleyenko v. Ukraine, Application No:11901/02, 29.06.2006, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76114

ECtHR, Papavasilakis v. Greece, Application no. 66899/14, 15 September 2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-166850

ECtHR, Partidul Cominstilor and Ungureanu v. Romania, (Application no. 46626/99), 3 February 2005, http://hu-

doc.echr.coe.int/eng?i=001-68175

ECtHR, Pawel Pawlak v. Poland, Application No: 13421/03, 30.10.2012, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-114085

ECtHR, Peers v. Greece, Application No: 28524/95, 19.04.2001, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59413

ECtHR, Peev v. Bulgaria, Application No: 64209/01, 26.07.2007, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-81914

ECtHR, Pelissier and Sassi v. France, (Application no. 25444/94), 25 March 1999, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5408161-6766993

ECtHR, Perry v. United Kingdom, Application No: 63737/00, 17.07.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61228

ECtHR, Petri Sallinen and others v. Finland, Application No: 50882/99, 27.09.2005, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70283

ECtHR, Pichugin v. Russia, Application No:38623/03, 23.10.2012, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-114074

ECtHR, Piruzyan v. Armenia, (Application no. 33376/07), 26 June 2012, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-111631%22]}

ECtHR, Plonka v. Poland, Application No: 20310/02, 31.03.2009, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{“itemid”:[“001-91927”]}

ECtHR, Ploski v. Poland, Application No: 26761/95, 12.11.2002, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60733

ECtHR, Prager and Oberschlick v. Austria, (Application no. 15974/90) , 25 April 1995, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57926

ECtHR, press relase issued by the Registerar, Makaratzis v. Greece, 20.12.2004

ECtHR, Press relase issued by the Registrar in the case of Valasinas v. Lithuania, file:///C:/Users/dell/Downloads/003-68412-68880.pdf

ECtHR, Press relase, Ali Güneş v. Turkey, 10.04.2012,

ECtHR, Press relase, Taştan v. Turkey, 04.03.2008, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2286178-2450706

ECtHR, Press Release by the registrar, Jalloh v. Germany,

ECtHR, Press Release Death of a demonstrator at the 2001 G8 summit in Genoa, 24.03.2011, file:///Users/orhan/Downloads/Grand%20Chamber%20judgment%20Giuliani%20and%20Gaggio%20v.%20Italy%2024.03.2011.pdf; Ayrıca bu konuda en önemli ilkesel karar için bkz. McCann and Others v. UK, [GC] no. 18984/91, 27.09.1995

ECtHR, Press release issued by the Registrar Grand Chamber judgment1 Gäfgen v. Germany (application no. 22978/05), 01.06.2010, file:///C:/Users/dell/Downloads/003-3151842-3499098.pdf

ECtHR, Press release issued by the Registrar, Chamber

Judgement, Opuz v. Turkey, 09.06.2009, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{“itemid”:[“003-2759276-3020932”]}

ECtHR, Press release issued by the Registrar, Grand Chamber Judgement in the Case of Öneryıldız v. Turkey

ECtHR, Press release issued by the Registrar, Kalender v. Turkey, (application no: 4324/02) 15.12.2009, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{“itemid”:[“003-2969271-3269606”]}

ECtHR, Press release issued by the registrar, Kontrova v. Slovakia, 31.05.2007, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{“itemid”:[“003-2013708-2124711”]}

ECtHR, press release, Boldea v. Romania, (application no. 19997/02), 15.02.2007, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{“fulltext”:[“19997/02”],”itemid”:[“003-1922707-2027588”]}

ECtHR, Press Release, Ezeh and Connors v. United Kingdom, (Application nos. 39665/98 and 40086/98), 9.10.2003

ECtHR, Press release, Hellig v. Germany, 07.07.2011,

ECtHR, Press release, Judgements concerning France and Germany, Klouvi v. France, 30.06.2011, https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{“fulltext”:[“30754/03”]}

ECtHR, Press release, Taxquet v. Belgium (application no. 926/05), 16.11.2010

ECtHR, Raimondo v. Italy, Application No: 12954/87, 22.02.1994, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57870

ECtHR, Ramanauskas v. Lithuania, Application

No: 74420/01, 05.02.2008, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84935

ECtHR, Ramsahai and Others v. The Netherlands, (Application no. 52391/99), 15 May,2007, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2252391/99%22],%22itemid%22:[%22001-80563%22]}

ECtHR, Rantsev v. Cyprus and Russia press relaese, Application no. 25965/04, 07.01.2010, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-1142 , http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2981696-3287868

ECtHR, Razzakov v. Russia, 5 February 2015, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-150790%22]}

ECtHR, Riječ života and Others v. Croatia, (Application no. 7798/08), 9 December 2010, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102173

ECtHR, Ringeisen v. Austria, (Application no. 2614/65), 16 July 1971, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57565

ECtHR, Roman Zkharov v. Russia, Application No: 47143/06, 04.12.2015, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-159324

ECtHR, S. v. Switzerland, (Application no. 12629/87; 13965/88), 28 November 1991, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57709%22]}

ECtHR, S.C. v. UK, Application No: 60958/00, 10.11.2004, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61826

ECtHR, Saadi v. The United Kingdom, (Application no. 13229/03), https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-76303%22]}

ECtHR, Sadak and others v. Turkey, Application No:29900/96, 29901/96, 29902/96, 29903/96, 17.07.2001, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59594

ECtHR, Sakıt Zahidov v. Azerbaijan, Application No: 51164/07, 12.11.2015, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158490

ECtHR, Saunders v. The United Kingdom, Application No:19187/91, 17.12.1996, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009

ECtHR, Schatschaschwili v. Germany, Application No:9154/10, 15.12.2015, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-159566

ECtHR, Schertenlieb v. Switzerland, Application No: 8339/78, 12.07.1979, https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-74732&filename=SCHERTENLEIB%20v.%20SWITZERLAND.pdf

ECtHR, Schiesser v. Switzerland, Application No:7710/76, 04.12.1979, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57573

ECtHR, Schimidt v. Austria, Application No: 10670/83, 09.07.1985, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-74578

ECtHR, Sekanina v. Austria, Application No: 13126/87, 25.08.1993, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57842

ECtHR, Selmouni v. France (Application no. 25803/94), 28 July 1999, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58287%22]}

ECtHR, Shimovolos v.Russia, Application No:30194, 21.06.2011, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3581541-4053078

ECtHR, Sidabras and Dziautas v. Lithuania, (Applications nos. 55480/00 and 59330/00) , 27 July 2004, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61942

ECtHR, Siliadin v. France press release, 26.7.2005, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1412014-1474284

ECtHR, Skalka v. Poland, (Application no. 43425/98), 27 May 2003, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61105

ECtHR, Slavic University in Bulgaria and Others against Bulgaria (admissiblity), Application no 60781/00, 18 Novermber 2004, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67639

ECtHR, Slyusarev v. Russia, (Application no. 60333/00), 20 April 2010, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98331

ECtHR, Smirnov v. Russia, Application No: 71362/01, 07.06.2007, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-80953

ECtHR, Smirnova v. Russia, Application No: 46133/99, 48183/99, 24.07.2003, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61262

ECtHR, Societe Colas Est and others v. France, Application No: 37971/97, 16.04.2002, http://hudoc.echr.coe.int/

eng?i=001-60431

ECtHR, Soering v. UK, Application No:14038/88, 07.07.1989, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619

ECtHR, Söyler v. Turkey, Application No: 29411/07, 17.09.2013, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126350

ECtHR, Stankov and The United macedonian Organisation Ilınden v. Bulgaria, Applications nos. 292221/95 and 29225/95, 2 October 2001, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59689

ECtHR, Sulaoja v. Estonia, Application no. 55939/00, 15 February 2005, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-68229%22]}

ECtHR, Tahsin Acar v. Turkey, Application no. 26307/95, 8 April 2004, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-61698%22]}

ECtHR, Tamosius v. UK, Application No: 62002/00, Decision to the admissibility, 19.09.2002, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22687

ECtHR, Taner Kılıç v. Turkey, Application no. 70845/01, 24 October 2006, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77672

ECtHR, Tanlı V. Turkey, Application No: 26129/95, 14.04.2001, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59372

ECtHR, Tanrıkulu v. Turkey, (Application no: 23763/94), 8 July 1999, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-58289%22]}

ECtHR, Tarariyeva v. Russia, no.4353/03, 14.12.2006, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78591

ECtHR, Teixeira de Castro v. Portugal, Application No: 25829/94, 09.06.1998, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58193

ECtHR, Teodor v. Romania summary, Application no. 46878/06, 4.6.2013, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22002-7609%22]}

ECtHR, Timurtaş v. Turkey, (Application no. 23531/94), 13 June 2000, http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58901

ECtHR, Tomasi v. France, Application No:12850/87, 27.08.1992, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57796

ECtHR, Tomasi v. France, Application no. 12850/87, 27 August 1992, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57796

ECtHR, Trijonis v. Lithuania, Application No:2333/02, 17.03.2005, para.2-b, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68774 .

ECtHR, Uzun v. Germany, Application No: 35623/05, 02.09.2010, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-100293

ECtHR, Vachev v. Bulgaria, Application No: 42987/98, 08.07.2004, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61877

ECtHR, Valasinas v. Lithuania, Application No: 44558/98, 24.07.2001, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59608

ECtHR, Valiuliene v. Lithuania, Application No: 33234/07, 26.03.2013, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117636

ECtHR, Van der Ven v. Netherlands, Application No: 50901/99, 04.02.2003, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60915

ECtHR, Van Vondel v. Netherlands, Application No: 38258/03, 25.10.2007, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-82962

ECtHR, Varnas v. Lithuania, Application No.42615/06, 9 July 2013, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122173

ECtHR, Versini-Campinchi and Crasnianski v. France, press release, Application No. 49176/11, 16.06.2016, http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5408161-6766993

ECtHR, Veselov and Others v. Russia, Application No: 23200/10, 02.10.2012, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113289

ECtHR, Visser v. The Netherlands, Application No: 26668/95, 14.02.2002, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60112

ECtHR, Vittorio and Luigi Mancini v. Italy, Application No: 44955, 02.08.2001, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59626

ECtHR, Vladimir Romanov v. Russia, Application No: 41461/02, 24.07.2008, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87836

ECtHR, Volkov and Adamskiy v. Russia, Application No:7614/09, 26.03.2015, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152988

ECtHR, Vulakh and Others v. Russia, Application No. 33468/03, 10 January 2012, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-108500

ECtHR, W. v. Switzerland, Application No: 14379/88, 26.01.1993, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57817

ECtHR, Weiser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, Application No: 74336/01, 16.10.2007, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-82711

ECtHR, Welch v. UK., (Art 50) February 26,1996, R.J. D,199-II, No.5

ECtHR, Windisch v. Austria, Application No:12489/86, 27.09.1990, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57643

ECtHR, Zahirovic v. Croatia, Application no. 58590/11, 25 April 2013, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-118738%22]}

ECtHR, Zherebin v. Russia, Application No: 51445/09, 24.03.2016, http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-161542

Miranda v. Arizona, 384 US 436 (1966), https://www.oyez.org/cases/1965/759

The Greek case, Comm. Report 5. 17.69, Yearbook 12

Yargıtay 3.CD, E.2007/4265, K.2007/3641, 19.04.2007, https://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=6889

İnternet Bağlantıları

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü 2018 Yılı Adli İstatistikler http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1982019170455istatistik2018.pdf

Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü 2018 Yılı Adalet İstatistikleri http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1792019103654adalet_ist_2018.pdf

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Ceza İnfaz Kurumları Genel Bilgiler, https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cik-genel-bilgi

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, Faaliyet Raporları, https://cte.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/19

Adli Tıp Uzmanları Derneği, Minnesota Protokolü, https://www.atud.org.tr/portfolio-items/minnesota-protokolu/

AİHM, Uygulama Talimatı, İhtiyati Tedbir Talepleri, https://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_TUR.pdf , 7 Temmuz 2011

Amnesty International, Turkey 2019, https://www.amnesty.org/en/countries/europe-and-central-asia/turkey/report-turkey/

Anayasa Mahkemesi, "Bireysel Başvuru Tedbir Taleplerinin Değerlendirilmesindeki İlkeler", https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/faaliyetler/bireysel-basvuru-tedbir-taleplerinin-degerlendirilmesindeki-ilkeler/

Anayasa Mahkemesi, Başvuru Formu Klavuzu, https://www.anayasa.gov.tr/media/5687/basvuru_kilavuzu.pdf

Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru İstatistikleri, 2012-2018, https://www.anayasa.gov.tr/media/5601/bb_istatistik_2018.pdf

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Türkiye Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkındaki Görüş, Strasburg, 2017, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)004-tur (Venedik Komisyonu Raporu).

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Türkiye Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkındaki Görüş, Strasburg, 2017, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)004-tur

Bianet, "Karakolun kamerası işkenceyi kaydetmemiş", http://bianet.org/bianet/insan-haklari/170888-karakolun-kamerasi-iskenceyi-kaydetmemis

Ceza İnfaz Kurumları İstatistikleri, TÜİK, http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30597

Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneği (CİSST), Genel İstatistikler, http://cisst.org.tr/#

CHP milletvekili Gamze Akkuş İlgezdi'nin Adalet Bakanlığı'na yazılı soru önergesine verilen yanıt https://www.evrensel.net/haber/353830/tutuklu-sayisi-16-yilda-4-kat-artti

CNN Türk, "Festus Okey: Ölüm anında kamera kayıtta değildi", https://www.cnnturk.com/2007/turkiye/09/05/olum.aninda.kamera.kayitta.degildi/389298.0/index.html

ECtHR, Practical Guide on Admissibility Criteria, 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf

ECtHR, Rule 61 of the Rules of Court, Pilot-Judgement procedure, 18.03.2011, https://www.echr.coe.int/Documents/Rule_61_ENG.pdf

ECtHR, The Pilot-Judgment Procedure, *Information note issued by the Registrar, https://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_ENG.pdf*

Evrensel, "Ali İsmail Korkmaz", https://www.evrensel.net/haber/62298/sanik-polis-ise-kamera-hep-bozuk

Haval Özvarış, "Tahir Elçi: Şırnak Katliamında Genelkurmay, hükümeti de yalanlamış oldu", T24, 02 Aralık 2013, https://t24.com.tr/haber/tahir-elci-sirnak-katliaminda-genelkurmay-aihmde-hukumeti-de-yalanlamis-oldu,245155

https://sendika63.org/2019/02/sule-cet-davasinin-bilirkisi-raporu-sperm-incelemesi-bile-yapilmamis-529668/

Human Rights Watch, "Turkey: Police, Watchmen Involved in Torture, Ill-treatment", https://www.hrw.org/news/2020/07/29/turkey-police-watchmen-involved-torture-ill-treatment

Human Rights Watch, World Report 2020, https://www.hrw.org/world-report/2020/country-chapters/turkey

International Commission of Jurists, Turkey: The Judicial System in Peril, Cenevre, 2016, https://www.icj.org/wp-content/uploads/2016/07/Turkey-Judiciary-in-Peril-Publications-Reports-Fact-Findings-Mission-Reports-2016-ENG.pdf

International Commission of Jurists, Türk Sulh Ceza Hakimlikleri ve Uluslararası Hukuk, Cenevre, 2018, https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/02/Turkey-Judgeship-Advocacy-Analysis-brief-2018-TUR.pdf

İnsan Hakları Ortak Platformu (İHOP), 21 Temmuz 2016-20 Mart 2018 Olağanüstü Hal Uygulamaları Güncellenmiş Durum Raporu, http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/Olağanüstü-Hal_17042018.pdf

İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, https://tr.wikisource.org/wiki/İnsan_ve_Yurttaş_Hakları_Bildirisi

İstanbul Protokolü, Adli Tıp Uzmanları Derneği, https://www.atud.org.tr/wp-content/uploads/2016/07/istanbul_protokolu.pdf

Mazlumder, "Yine karakolda ölüm, yine kamera görüntüsü yok", https://mazlumder.org/tr/main/faaliyetler/basin-aciklamalari/1/yine-karakolda-olum-yine-kamera-goruntusu-yok/5053

Nils Muiznieks, AI Europe Director, "In Turkey, you speak the truth at your peril", https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/07/in-turkey-you-speak-the-truth-at-your-peril/

Sözcü, "Mor Beyin Nedir? Binlerce Kişi Yanlışlıkla İndirdi!", https://www.sozcu.com.tr/2017/gundem/mor-beyin-ne-

dir-binlerce-kisi-yanlislikla-indirdi-2149644/

The Fifth Amendment to the Constitution of The United States, 15.12.1791, https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendment/amendment-v

The Sixth Amendment to the Constitution of The United States, 15.12.1791, https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendment/amendment-vi

Türk Tabipleri Birliği, İstanbul Protokolü, https://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul_prot/ist_protokolu.html

UN OHCHR, Report on the impact of the state of emergency on human rights in Turkey, including an update on the South-East, March 2018, https://www.ohchr.org/Documents/Countries/TR/2018-03-19_Second_OHCHR_Turkey_Report.pdf

GÜNAL KURŞUN

1975 Ankara doğumlu Dr.Günal Kurşun, Ankara Gazi Anadolu Lisesi ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. Yüksek lisans ve doktorasını da aynı fakültede yapan Kurşun, 675 sayılı KHK ile üniversiteden ihraç edilemeden önce Adana Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim dalında yardımcı doçent olarak görev yapıyordu. Eğitimsen üyesi olan Günal Kurşun'un ihracına gerekçe olarak Today's Zaman gazetesinde İngilizce yazdığı hükümetin insan hakları ve ceza hukuku politikalarını eleştiren makaleleri ve aynı Fakültede görev yaptığı bir başka akademisyenin ihbar ve şikayetleri gerekçe gösterilmiş, Adana'da yargılandığı davaların tümünden beraat etmiştir. Temmuz 2017'de İstanbul Büyükada'da, daha önce onlarca benzerine katıldığı bir insan hakları atölye çalışması sırasında diğer dokuz insan hakları savunucusuyla birlikte gözaltına alınan Kurşun, 13 gün İstanbul Terörle Mücadele Şubesi gözaltısından sonra tutuklanarak gönderildiği İstanbul Silivri 9 nolu Cezaevi'nde 100 gün geçirmiş, böylelikle senelerce teorik olarak anlattığı ceza muhakemesi ve infaz sistemini doğrudan pratik anlamda test etme şansını yakalamıştır. Kamuoyunda "Büyükada davası" olarak bilinen dava halen devam etmektedir. 1999'da Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi ve 2003 yılında da İzmir merkezli İnsan Hakları Gün-

demi Derneği (İHGD)'nin kurucularından biri olan Kurşun, dört yıl süreyle İHGD'nin başkanlığını yürütmüştür. Halen insan hakları alanında çatı kuruluş olan İnsan Hakları Ortak Platformu'nun yürütme kurulu üyeliği ve İHGD Ankara Temsilcisi görevlerinde bulunan Günal Kurşun'un Soykırım Suçu, Ceza Muhakemesinde Hüküm, 70 Soruda Roman Hakları (Orhan Kemal Cengiz ile birlikte), Ayrımcılık ve Nefret Suçları, 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi adlı kitapları, insan hakları ve ceza hukuku alanlarında onlarca yayınlanmış makalesi bulunmaktadır. 4 yıllık mücadele sonunda Anayasa Mahkemesi kararıyla avukatlık hakkını elde eden Kurşun, İngilizce ve İtalyanca bilir; Ali Berk'in babasıdır.

gkursun@gmail.com

ORHAN KEMAL CENGİZ

1968 yılında İzmir'de doğdu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 1996 yılında İzmir Barosu İnsan Hakları Merkezi Direktörü olarak görev aldı. 1997-1998 yıllarında Londra'da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne açılan davalar üzerinde çalıştı. İzmir Barosu İşkenceyi Önleme grubunun kurucularındandır. Uzun yıllar boyunca Türkiye'de yaşayan dini azınlıkların avukatlığını yürüttü. İnsan Hakları Gündemi Derneği'nin kurucusu ve 2003-2012 yılları arasındaki başkanıdır. Tahir Elçi Vakfı Yönetim Kurulu üyesidir. Pek çok gazete ve yayın organında köşe yazarlığı yapmıştır.

Kaleme aldığı kitaplar ve raporlar:

"İnsan Hakları Hukuku Alanında Uluslararası Mekanizmalar" (KHRP, Ege yayınevi 1999); "Uygulamacılar İçin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru Rehberi" (İzmir Barosu, 2001); "Protestanların Türkiye'de Karşılaştıkları Hak İhlallerinin İnsan Hakları Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi"(TPKB, 2002); "Sivil Toplum Kuruluşları İçin Hukuk El Kitabı" (STGM, 2007); "Turkey And the World Around It" (Liberte, 2008); "Türkiye'de Nefret Suçları" (Hakan Ataman'la birlikte, 2009, İHGD); "Türkiye'de Derneklerin Örgütlenme Özgürlüğü Önündeki Engeller" (TUSEV, 2010); "70 Soruda Roman Hakları" (Günal Kurşun'la birlikte-İHGD, 2013). Umut Ağacı (Roman), İndie yayınları, 2019. "Türki-

ye'nin Dini Azınlıkları-İnsan Hakları Açısından Bir Değerlendirme", Girişim Ajansı, 2020.

Çevirileri:

"Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü" (2000, Belge Yayınları); "İşkencenin Rapor Edilmesi El Kitabı" (2000, Essex Üniversitesi); Standartları İşler Kılmak, İyi Cezaevi Uygulamaları İçin Bir Rehber" (2001, BG); "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Savunmak ve İlerletmek" (AAAS, 2004); "İşkenceyle Mücadele-Yargıçlar ve Savcılar El Kitabı" (2004, Essex Üniversitesi) "Gazetecilik, Medya ve İnsan Hakları Haberciliği Mücadelesi" (2006, İnsan Hakları Politikaları). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Giriş", Avrupa Konseyi ve Özgürlük Araştırmaları Derneği Yayını, 2019.

Halen serbest avukatlık yapmaktadır.

orkece@gmail.com

Bizim gözümüzde, suç haberinin alındığı aşamadan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde verilen nihai karara kadar geçen bütün aşamalar tek bir hukuk sisteminin değişik parçalarıdır.

Bu anlamda meslektaşlarımıza ilk önerimiz, iç hukuk ve bireysel başvuru diye zihinlerde bulunan ayrımı bir kenara koymalarıdır. Kişinin gözaltına alınmasından, tutuklanmasına, ilk derece mahkemesi önünde hüküm tesis edilmesinden, Yargıtay'daki temyize, oradan Anayasa Mahkemesi önünde yapılan bireysel başvuruya ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruya kadar, kesintisiz ve tek bir süreç işlemektedir.

Sözünü ettiğimiz bu bakış açısı iki pratik sonucu anlamak bakımından son derece önemlidir. İlki, daha ceza usul hukukunun devreye girdiği ilk aşamadan itibaren Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının uygulanması konusunda ısrarcı olmak gerektiğidir.

İkinci pratik sonuç, bu mahkemelerin içtihatlarından kaynaklanmaktadır. AYM veya AİHM'in önüne getirilen yakınma ve tartışmalar daha önce, hiç olmazsa özü itibariyle, derece mahkemeleri önünde ileri sürülmüş olmalıdır. Dolayısıyla, iç hukuk ve bireysel başvuru aşamaları birbirini takip eden bir bütünün parçalarıdır.

Human Rights Agenda ASSOCIATION
İnsan Hakları Gündemi DERNEĞİ

ISBN : 978-605-74779-0-3
9 786057 477903

Hollanda Kraliyeti