

CEZA MUHALEMESİNDE İNSAN HAKLARININ KORUNMASI
— ADİL BİR CEZA MUHALEMESİNİN TEMEL ŞARTLARI — (*)

Tercüme : Dr. Cumhuri ŞAHİN

S. Ü. Hukuk Fakültesi

Ceza muhakemesinde insan hakları, tabii hukukla birlikte fertlerin haklarını güvence altına almak amacıyla Devleti sınırlayıcı bir müessese olarak, liberal bir teorinin ifadesidir (1). Almanya'daki gelişim süreci içerisinde, 1800'den beri oluşturulmuş olan insan hakları katalogları Anayasa'yı tamamlayan bir fonksiyon ifa etmektedirler. 1871 tarihli Alman İmparatorluk ve 1919 tarihli Weimar Anayasalarının aksine, ilk olarak 1949 tarihli Alman Anayasası (GG), sadece bireyin haklarına Anayasada öncelik sırası vermekle kalmamış; ayrıca 1. maddenin 2. fıkrasında, açıkça "ihlâl edilemez ve devredilemez insan hakları" telâkkisine yer vermiştir. Burada, her bir temel hakkın insan hakkı (olarak) içeriği ifade edilmektedir (2).

Bununla birlikte Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfG), her bir hakkı sadece soyut düzeyde savunma hakkı olarak nitelendirilmekte; diğer düzenlemeler üzerinde de etkisi ve geçerliliği olan bir "Anayasal Değerler Düzeni" konumuna çıkarmaktadır. Özellikle "tartışmalı bir demokrasi" yönündeki tercih, kamusal yararlarla bireysel yarar karşı karşıya geldiğinde, kişinin dokunulamaz özgürlük ala-

(*) "Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren, -Wesentliche Erfordernisse eines gerechten Strafverfahrens-" ismiyle Prof. Dr. Hinrich Rüping tarafından kaleme alınan makale, ZStW 91(1979), s. 351-363'de yayımlanmıştır.

(1) Oluşumu hakkında Ritter, HistZschr, 169, 233, 245); tarihsel açıdan olmaksızın Verdross, EuGRZ 1977, 207 vd.; tereddütlü olarak Huber ve Tödt, Menschenrechte, 1977, s. 80, 143. İnsan haklarının modern yorumu konusunda eleştirisi olarak Tomuschat, Vereinte Nationen, 1976, s. 166 (167); Dietze, Bedeutungswandel der Menschenrechte, 1972, s. 43, 44 ("abus des droits de l'homme").

(2) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Kommentar (Stand: 1977), Art. 1 Anm. 79

nına girilmediği ölçüde, korunmaya lâyık bireysel yararların ikinci plâna itilmesine sebebiyet verebilir (3).

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ile 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Vatandaşlık ve Siyasi Haklar Adnlaşması'nın (BM Andlaşması) (4) sağladığı güvencelerle bağlantılı olarak, Alman Anayasa ve Muhakeme Hukuku'nun içerdiği her bir hakka ilişkin böyle bir tartma sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki ilk telâkki, en açık şekliyle muhakemeye katılanın sujelik durumunun doğrudan ifadesi olan haklar açısından tezahür etmiş (I), daha sonra, muhakemenin yapısına ilişkin açıklamalarda bulunulmuş (II) ve nihayet, adli teşkilâtlanmaya ilişkin istekler ileri sürülmüştür (III).

I. Muhakemeye Katılanın Sûjelik Durumu

1 — Kendi Kendini İthamdan Koruma

İHAS ve Alman Hukuku yanında müstakil bir güvence olarak, BM İnsan Hakları Sözleşmesi de, m. 14 f. 3 g hükmünde, İngiliz hukukunda ortaya çıkmış olan, kendi kendinin suçlandırılmasına katkıda bulunmaya zorlanma yasağını (5) düzenlemektedir. GG'in 1. maddesine ilişkin Kant'ın özerklik kavramı anlamındaki yaygın telâkki, burada insanı salt bir obje haline getirmeme (6) talebinin bir uygulama alanı görmektedir. Bu telâkki, sanığa susma hakkının mevcut olduğunun bildirilmesini (StPO §§ 136/I-2, 243/IV-1) ve StPO § 136 a/I'de ifade edilen sorgu yöntemlerine ilişkin yasakları (7), sözkonusu (muhakeme objesi haline getirilmeme) prensib(in)e bağlamaktadır.

Susma hakkının kapsamı ve delil değerlendirmesi çerçevesinde korunması sorunları oldukça tartışmalıdır. Sadece esasa ilişkin susma hakkından sözeden StPO § 136/I-2'nin karşıt kavramından hareket eden bir görüş, sanığın (Alman) "Düzene Aykırılıklar Kanunu"

(3) Çoğunluk oyu ile BVerfG 30, 1 (19 vd., 25 vd.); BVerfG 39, 1 (41). Eleştirel olarak **Badura**, JZ 1964, 337 (340); **Goerlich**, Wertordnung und Grundgesetz, 1973, s. 169 vd.; **Schlink**, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, s. 100.

(4) Almanca tercümesi BGBl. 1973 II 1534 vd.

(5) **Rogall**, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Diss. Bonn 1977, s. 79 vd., 121.

(6) BGHSt. 14, 358 (364). Objeliğin sınırı hakkında BVerfG 30, 1 (25) ve 33 (40), **Rieß**, Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, s. 373 (384, 432).

(7) İşkence kavramı hakkında **Triffterer**, in: Folter, amnesty international publications, 1976, s. 125 (139 vd.).

(OWIG) § 111/I uyarınca kimlik konusunda ifade vermekle yükümlü olduğunu belirtmekle birlikte; isabetli görüşe göre sanığın böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Çünkü esas hakkında bilgi-kimlik hakkında bilgi ayırımı çok kesin değildir, aradaki sınırı tespit zordur ve kimliğe ilişkin bilgiler cezanın türünün ve miktarının belirlenmesinde önemli olmaktadır (8).

İfade hürriyeti ancak, susmanın sanık aleyhine sonuç doğuracak şekilde değerlendirilmemesi ve ayrıca, ifade vermesi için sanığa dolaylı da olsa bir baskı yapılmaması halinde güvence altına alınmış olabilir. Alman Yargıtayı'nın (BGH) görüşünün aksine, önemli saydığı hususlarda, aksi takdirde açıklamada bulunmaya kendisini zorlanmış hissedeceği için, sanığın belirli noktalarda susması halinde dahi bu prensip geçerli olmalıdır (9).

StPO'nun § 136/I-2 ve §136 a hükümleri, § 163 a/IV-2'nin yaptığı atıf gereği, hazırlık soruşturması çerçevesinde polis tarafından yapılan sorgulamalar bakımından da geçerlidir. Salt kanunun atıfta bulunmuş olması, uygulamada sanığın maruz kaldığı büyük tehlikeyi gözlemlemeye yetmemektedir: Kriminaltakik konusunda çoğunlukla eski tarihli- eserlerdeki (10) kanunun açıkça hiçe sayılması bir yana; teori ve pratik arasındaki aykırılık, sosyal kontrol mercilerinin yöneldikleri amaç farklılığından kaynaklanmaktadır. Gerçekten savcılık, şekli muhakeme kurallarına bağlı kalarak, mahkûmiyet kararı verilebilmesi ihtimalini gerçekleştirmeyi hedeflerken, polis, sahip olduğu geniş teknik imkânları kullanarak olayın aydınlatılması amacına yönelmektedir. Bu ise, en azından bilinçsiz olarak, "manevra kabiliyetini sınırlandırıcı engel"ler olarak nitelendirilen (muhakeme) kuralları(nı) dolanmağa yönelik stratejilere başvurmayı teşvik edecektir (11).

StPO § 136 a'nın yorumunda, bu hükmün konuluş amacına ve lafzına uygun olarak, ifade elde etmeye yönelik müdahaleleri ya-

- (8) **Eb. Schmidt**, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Nachtrag I (1967), § 136 Anm. 17; **Rüping**, JR 1974, 135, 137); başka türlü BGHSt. 25, 13 (17); **Meyer**, in : **Löwe-Rosenberg**, Die StPO und das GVG, 23 Aufl. 1976 vd., § 136 Anm. 15, karma görüş **Roxin**, Strafverfahrensrecht, -15. Aufl. 1979, s. 130, **Rogall** (dn. 5), s. 178.
- (9) **Eb. Schmidt**, Lehrkomm., Nachtr. I, § 261 Anm. 17, **Guradze**, Die europäische Menschenrechtskonvention, 1968, Art. 6 Anm. 23; başka şekilde BGHSt. 20, 298 (300), **Meyer** (dn. 8) § 136 Anm. 31.
- (10) Ayrıntı için bakınız **Rüping** (dn. 8), s. 139 vd.; ayrıca son zamanlarda, sınırlayıcı olarak OLG Stuttgart MDR 1977, 70 vd.
- (11) **Viebke Steffen**, Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit, 1976, s. 124, (282 vd.). Karakteristik olarak örneğin **Wolf**, Kriminalistik 1975, 389 (391); **Morschel**, Kriminalistik 1971, 463 (464).

saklamaya ne derecede münhasır kılındığı veya -örneğin bir uyuşturucu müptelâlığında olduğu gibi- ilgilide daha önceden mevcut bulunan bir bağımlılık durumundan sadece istifade etmenin de bu hükmün kapsamına girip (12) girmediği gibi konular tartışmaya açık kalmaktadır.

2 — Meramını Anlatabilme İlkesi

Meramını anlatabilme esasına ilişkin hükümlerde, muhakemeye her bir katılana karşı, kendi sorumluluğuna sahip bir süje olarak davranılma yükümlülüğü kapsamlı biçimde ifade edilmektedir. StPO § 33, sözkonusu prensibi duruşmanın seyri sırasındaki kararlar için garanti altına almaktadır; buna karşılık GG m. 103 I ve İHAS m. 6 I 1'de ise bu prensip genel olarak ifade edilmiştir. Meramını anlatabilme ilkesinin genel hatları gerek Federal gerek Eyaletler Anayasa Mahkemesi ve gerekse Temyiz Mahkemesi içtihatları ile ortaya konmuş bulunmaktadır. Bununla birlikte bu kararlarda genellikle müstakil, her bir muhakemeyle ilgili hususlar da göze çarpmaktadır. Meramını anlatabilme ilkesi, özet olarak; yargılama konusu hakkında bilgi sahibi kılınma hakkını, (muhakeme açısından) potansiyel olarak önem arzeden maddi ve hukuki hususları ileri sürebilmek ve aynı zamanda dilekçe hakkını kullanmak gibi imkânlara sahip olabilmeyi ifade etmesi yanında; mahkemeyi de, hüküm bakımından önemli olan hususları tartışmakla yükümlü kılmaktadır (13). Buna karşılık, GG m. 103/I'den, ilgilinin, hafızasındaki bilgiler henüz taze iken, olayın üzerinden belli bir zaman geçip bu bilgiler zayıflamadan dinlenmesi veya onunla kapsamlı bir "hukuki görüşme" yapılması ya da ona bir müdafî tayin edilmesi gerektiği yönünde herhangi bir yükümlülük çıkarmak mümkün değildir (14).

Gerçeğin araştırılması fonksiyonu karşısında meramını anlatabilme hakkı tamamen etkisiz hale getirilmemelidir. Ceza muhakemesindeki araştırma ilkeleri arasında sayılmasından da anlaşılacağı üzere, meramını anlatabilme ilkesi, başlı başına bir değere sahiptir ve sonuçta bizatihi ilgilinin soruşturma ve koğuşturmadaki açıklamalarına dayanmaktadır. Bununla birlikte, kanunda, özellikle tutuklama sözkonusu olduğunda, ilgilinin, ilk olarak ancak aleyhine bir karar verildikten sonra dinlenmesinin kabul edildiği durumlar-

(12) Bu yönde LG Mannheim NJW 1977, 346 vd.; bu konudaki tartışmalar için bakınız Meyer (dn. 8), § 136 a Anm. 22.

(13) Rüping, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976, s. 198 vd.

(14) Bu konuda bakınız Rüping (dn. 13), s. 140 (151, 157).

da (bkz. StPO § 33/IV-1, itiraz mümkün olmayan kararlar için StPO § 33a/cümle 1), meramını anlatabilme ilkesinin üstün değerine rağmen, yine de ceza koğuşturmasının etkililiği yasal önceliğe sahip kılınmış olmaktadır (15).

Esas hakkındaki sorgusundan önce sanığın muhakeme ehliyetini kaybetmesi halinde, Anayasa Mahkemesi, ceza muhakemesinin devam etmesi ve yapılmasındaki toplumsal yarar noktasından hareket etmekte ve StPO § 231a uyarınca, sanığı dinlemeksizin ve prensip olarak tanınmış bulunan hazır bulunma hakkına (bkz. StPO §§ 230/I, 285/I-1; BM Andlaşması m. 14 f. 3d) uymaksızın yapılacak bir yargılamayı yerinde bulmaktadır (16). Böylece Kanun'un bu hükmü geniş yorumlanmaktadır: Buna göre, sanık her defasında kısa süreler için muhakeme ehliyetine sahip olsa (17) ya da sadece ruhsal bir olağandışı durum içine kendisini soksa (18) bile, onun yokluğunda bir yargılama işlemi yapılması mümkün olmalıdır.

Duruşmanın harici seyrini önemli ölçüde bozma hususunda objektif, maddi tehlikeye sebebiyet vermesi dolayısıyla sanığın (duruşma salonundan) uzaklaştırılmasından sonra sanığın yokluğunda duruşmaya devam edilebilmesinin mümkün kılınması halinde (StPO § 231b) oranlılık ilkesi prensip olarak tereddütlü gözükmektedir.

a) Sanığın sahip bulunduğu kimi bazı haklardan olarak, yakalama sebeplerinin ve isnadın bildirilmesi (İHAS m. 5/II, BM Andlaşması m. 9 f. 2) meramını anlatabilme hakkının önemli bir cephesini oluşturmaktadır. Bu bilgilendirme, tutuklama kararının açıklanması ve geçici olarak hangi fiilden dolayı şüpheli olduğunun kendisine bildirilmesi suretiyle (StPO § 114 a/D), ayrıca geçici yakalama üzerine hâkim tarafından yapılan sorgulamada (GG m. 104/III-1 (19), StPO § 115/III-1 ile bağlantılı olarak StPO § 128/I-2) ger-

-
- (15) BVerfG 9, 89 (95 vd.); Rüping (dn. 13), s. 128 vd.; genel olarak Klopfer in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 2, 1976, s. 405 (411). Bir "iyileştirme"nin (Heilung) sınırları hakkında BVerfG 42, 172 (175).
- (16) BVerfG 41, 246 (250); BGHSt. 26, 228 (230, 241); Rieß, JZ 1975, 265 (268); aynı yazar (dn. 6), s. 390 vd.; reddeden Grünwald, JZ 1976, 767 (773). § 350 II StPO'yu gözönünde bulundurarak UN-Pakt Art. 14 Nr. 3 d'ye konan ihtirazi kayıt hakkında bkz. Vertragsgesetz Art. 1, Nr. 2 (BGBl. 1973 II 1533), Denkschrift (BR, Druks, 304/73), s. 33; Bericht der Bundesregierung über die innerstaatliche Durchführung der im Internationalen Pakt... anerkannten Rechte, 1978, s. 33.
- (17) BGHSt. 26, 228 (232 vd.); aksi görüşte Grünwald (dn. 16), s. 770.
- (18) OLG Hamm NJW 1977, 1739.
- (19) Savunma durumunda (Art. 115 a I 1 GG) en fazla 4 gün içerisinde (Art. 115 c. II Nr. 2 GG).

çekleşmektedir. Keza GG m. 104/IV'e göre, bilgilendirme hakkının bir gereği olarak, hürriyetten mahrumiyet sonucu doğuran veya bu yönden mevcut bir durumun devamını gerektiren her bir karar hakkında ilgilinin bir yakınına ya da güvenliği birine haber verilmesi gerekmektedir (20).

Savci tarafından bir sanık veya tanığın zorla getirilmesi, StPO §§ 133, 134 hükümleri ile bağlantılı olarak StPO § 163 a/III-2 ve §§ 51/I-3, 135 hükümleri ile bağlantılı olarak § 161 a/II-1 hükmü uyarınca, sadece sorguyu mümkün kılmaya yönelik olduğundan, sırf bir hürriyeti tahdit olarak böyle bir zorla getirme, GG m. 104/II-1'de hürriyetten mahrumiyet halinde aranan hâkim kararını gerektirmemektedir (21).

Duruşmadan önce iddianame sanığa bildirilir (StPO § 201/D). İHAS'nin 6/III a maddesi ile BM Andlaşması'nın 14 f. 3 a maddesinde yer almış bulunan duruşmada sanığın isnat hakkında bilgilendirilmesi ise, StPO § 243/III-1 uyarınca savcının sanığın esasa ilişkin sorgusuna başlanmadan önce iddianameyi (krş. StPO § 200/I-1) okuması suretiyle olmaktadır.

b) Özellikle İHAS m. 6/III b ile BM Andlaşması m. 14 f. 3 b'de öngörüldüğü ve GG m. 103/I'de genel olarak ifadesini bulduğu gibi, sanığa, duruşmaya çağırılması ile duruşma günü arasında en az bir hafta olmak üzere, savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve fırsat verilir (StPO § 217/D). Ayrıca duruşmada ortaya çıkan yeni durumların daha ağır bir ceza kanununun uygulanmasını mümkün kılması ya da olayın kazandığı yeni şeklin bunu gerektirmesi hallerinde duruşmanın tâliki imkânı, sanığa savunması için gerekli süreyi de sağlamaktadır (StPO § 265/III, IV). Duruşmanın tâlik ve tehirî kararlarında (StPO § 228, 229), bu kararların savunma hakkına olabilecek yansımaları genel olarak nazara alınmalıdır (22).

c) Ayrıca, İHAS'nin 5/II. maddesine göre, yakalama halinde isnadın ve yine İHAS'nin 6/III a maddesi (23) ile BM Andlaşması'

(20) Krş. BVerfG 16, 119 (122); bunun sınırlandırılabilirliği konusunda **Maunz-Dürig-Herzog-Scholz** (dn. 2), Art. 104 Anm. 43.

(21) Hürriyetten mahrumiyet kavramının yasal tanımı için bkz. § 2 I des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen (1956); başka türlü **Schnickmann**, MDR 1976, 363 (366).

(22) BVerfG 24, 23 (26); BGHSt. 13, 123 (125); 19, 88 (89). Kanuni sürelerin uzatılmaması esası İHAS'ne aykırılık oluşturmamaktadır; bakınız BGH bei **Kleinkecht**, StPO, 34, Aufl. 1979, Art. 6 MRK Anm. 14.

(23) BayObLG NJW 1976, 2084 (2085); § 72 I 2 OWIG'e göre verilecek bilgiler için sadece Art. 103 I GG'e dayanılacağını belirtmektedir.

nın 14 f. 3 a maddesine göre, yargılama sırasında ilgiliye yapılacak bildirimlerin onun anlayacağı bir dilde olması gerekmektedir (24). Mahkemede yapılacak sözlü açıklamalar için şifahi olarak anlatılmak üzere tercüman görevlendirilmesi yükümü (İHAS m. 6/III e BD Andlaşması m. 14 f. 3 f) Alman Mahkemeleri Teşkilatı Hakkında Kanun'un (GVG) § 185/I-1 hükmünün de gereğidir; bunun dışındaki bilgilendirme(ler) yazılı olarak ilgilinin anladığı dile tercüme edilmek suretiyle olur.

Uygulamada, İHAS m. 6/IIIe ve BM Andlaşması m. f. 3 f'de öngörülen ve sözlü tercümanlığın meccanen olacağı şeklindeki düzenlemeden sanığın her durumda mı yararlanabileceği, yoksa mahkûm olan sanığa bu masrafların yüklenmesi mi gerektiği hususu tartışmalıdır (25). Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Almanya Federal Cumhuriyeti aleyhine vaki bir itiraz üzerine, bu masrafların mahkûm olan sanığa yüklenebileceği sonucuna varmıştır (26).

d) Meramını anlatabilme ilkesi ayrıca, delil toplanmasını talep suretiyle mahkemenin kararının belli yönde oluşmasına katkıda bulunma imkânını da vermektedir (bu konu ile ilgili düzenlemeler olarak bkz. StPO §§ 163 a/II, 244/III, 270/IV, 323/III). Bununla birlikte, bu ilke, her türlü delilin doğrudan doğruya ikamesi hakkı biçiminde anlaşılmalıdır. Örneğin polis, muhbir olarak işbirliği içinde bulunduğu bilgi kaynağının ("V-Leute") kimliği hakkında değil, sadece verdiği bilgiler konusunda açıklamalarda bulunma yetkisine sahip olduğu için (bkz. örneğin Federal Memurlar Kanunu [BBG] § 62/I-1'de yer alan kriterlere göre StPO § 54/I), bu kişilerin kimlikleri gizli kaldığı ve polis memurunun tanıklığı ile yetinildiği durumlarda, mahkeme, sanığın meramını anlatabilme hakkını elinden alamaz. Böyle bir durumda mahkemenin, StPO § 244/II çerçevesinde, mümkün olduğunca kapsamlı açıklamalarda bulunulmasına müsaade etmesi gerekir (27). Açıklamalara kısıtlama getirilmesi halinde ise, bunun bir kötüye kullanma sayılıp sayılmayacağı

(24) Yukarıda belirtilen sonuncu hüküm, ilgilinin bilgi edinme hakkını kamu davasının açılmasına dayandırmaktadır; diğer taraftan Art. 9 UN-Pakt'ın kapsamı Art. 5 MRK'a göre daha dardır.

(25) Bu masrafların mahkûm olan sanığa yüklenebileceği yönünde OLG Köln NJW 1975, 1615 vd.; Bericht der Bundesregierung (dn. 16), s. 35; aksi görüşte AG Bremerhaven NJW 1963, 827. Temel hakların yabancılar bakımından da geçerliliği konusunda BVerfG 40, 95 (98).

(26) EuGRZ 1974, 107 (108); 1976, 267 (268); ayrıca EuGRZ 1979, 34 (39 vd.).

(27) Sınırlayıcı yönde OLG Frankfurt NJW 1976, 985 (986) bazı bilgilerle birlikte.

hususunu, ilgili kişi tarafından idari yargı yoluyla açıklığa kavuşturulmalıdır (28).

Sanık kendi aleyhine tanıklık yapacak ve sonuca etkili olabilecek olan asıl kişilere ulaşamadığından, böyle bir durumda aslında İHAS m. 6/III d ihll edilmiş olmaktadır. Bununla birlikte, İngiliz Hukukundaki "hearsay-rule" de temelini bulan bu hüküm, o hukuk sisteminde geçerli olan genel muhakeme prensiplerine dayanmaktadır. Alman hukuku ise ceza muhakemesinde sadece tek bir dava şekli tanımakta, savcının katılımina rağmen mahkemeyi kapsamlı bir gerçek araştırması ile yükümlü kılmakta (StPO § 244/II) ve soyut emarelerin re'sen nazara alınmasını engellememektedir. "Sa-hidin arkasındaki şahit" tarafından duruşmada dolaylı olarak yapılan açıklamalar bu soyut emareler arasında sayılmaktadır; ancak bu suretle elde edilen bilgilerin doğrulukları araştırılacak ve StPO § 261 hükmü çerçevesinde yapılacak değerlendirme ile mevcut şüpheler giderilecektir (29).

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da, mutlak surette gizli tutulan polislin kimliğine ilişkin bilgi kaynağına ("V-Mann") ulaşmadaki fiili imkansızlıktan ötürü 6/III d maddesinin ihll edilmediği görüşünü kabul etmekte ve mahkmiyet, sırf bu şekildeki bilgilere değil de, esas olarak kesin, sağlam, şüphe taşımayan, meşruluğunda tereddüt bulunmayan delillere dayandığı sürece, böyle bir durumda İHAS'nin 6/I. maddesine aykırılığın bulunmadığını belirtmektedir (30). Buna karşılık BM Andlaşması'nın 14 f. 3 e maddesi, İHAS'de olduğu gibi itham tanıklarının sorgulanmasında sadece şekli eşitliğin sağlanmasıyla yetinmemekte, açıkça, sanığa bizatihi bu kişilere sorular yneltebilme imknını sağlamaktadır. Kimliği saklı tutulan kişilerin ("V-Leute") dolaylı olarak muhakemeye dahil edilmesi şeklindeki bu zamana kadarki uygulama ise, bu düzenlemeyle bağdaşmamaktadır.

(28) BVerfG 18, 58 (59 vd.); 31, 301 (307); 34, 252 (254). Buna karşılık **Grünwald**, JZ 1966, 489 (494) ve **Peters**, Verh. 46 DJT, 1, TI., 3 A 1966, s. 91 (108) bu durumda dinlenme hakkının bir ihlalinin sözkonusu olduğu kanaatindedirler.

(29) BGHSt. 17, 382 (387 vd.); **Tiedemann**, MDR 1963, 456 (458 vd.); kapsamlı olarak **Rhrich**, Rechtsprobleme bei der Verwendung von V-Leuten für den Strafprozeş, Diss. Erlangen-Nürnberg 1974, s. 351 vd.; farklı yönde BGH GA 1968, 370 vd.; **Guradze** (dn. 9) Art. 6 MRK Anm. 35; belirsiz olarak **Jacobs**, The European Convention on Human Rights, 1975, s. 118 vd.

(30) Collection of decisions 40, 1 (9 vd.); Ayrıca **Buergenthals** tarafından da BGHSt. 17, 141 vd. aşırı biçimde eleştirilmektedir (in: Menschenrechte im Strafrecht und im Vlkerrecht, 1967, s. 141 (177 vd.).

3 — Masumluk Karinesi

Masumluk karinesi (İHAS m. 6/II, BM Andlaşması m. 14/II), Alman hukuku bakımından, eyalet anayasalarındaki açık düzenlemeler bir yana, asıl olarak hukuk devleti prensibinden kaynaklanmaktadır (31). Masumluk karinesinin gerçek içeriği hâla açıklığa kavuşturulabilmiş değildir. En çok uygulama alanı bulduğu durumlar, ki bu durumlar aynı zamanda yargı tarafsızlığı güvencesini de (İHAS m. 6/I-1, BM Andlaşması m. 14 f. 1/cümle 2) ilgilendirmektedir, vaktinden önce yapılmış bir suç isnadı halinde sözkonusu olmaktadır. Buna göre, örneğin, doğurdukları etki itibariyle bir ceza veya emniyet tedbiri anlamına gelebilen müdahalelere, bu yönde bir müeyyide kararı olmaksızın başvurulması caiz değildir. Esas itibariyle kanun koyucu, bütün tedbirlerde, daha sonra bir beraat kararı verilebileceği ihtimalinden hareket etmelidir (32). Bu husus, sözelimi, StPO § 119/III'de tutuklama bakımından ve StPO § 467 I'de beraat halinde yargılama masrafları açısından gözönünde bulundurulmaktadır.

4 — Oranlılık Esası

Oranlılık ilkesi (krş. StPO § 112/I-2), koruma tedbirleri sözkonusu olduğunda, kamu yararının ilgilinin korunmaya değer menfaatleri gözardı edilerek gerçekleştirilememesi şeklinde bir fonksiyon ifa etmektedir (33). Vücut aramasında ve vücuda yönelik diğer müdahalelerde, her şeyden önce, usulüne uygun yapılan bir müdahalenin fiziksel ve psikolojik neticeleri gözönünde bulundurulmalı; sonra da uygulanan yöntem ve elde edilecek sonuç ile fiilin ağırlığı arasında makûl bir denge olmasına dikkat etmelidir. Dolayısıyla, örneğin Pnömonsepalografi (Pneumoencephalographie), vücuttan herhangi bir sıvı alınması (Liquorentnahme) ve Anjiografi (Angiographie) gibi tedbirlere başvurulması ile kabahat türünden suçların aydınlatılması faaliyetinde başvurulacak tedbir ve müdahaleler farklılık arzedecektir (34).

(31) BVerfG 19, 342 (347). Buna karşılık bkz. Hessen (Art. 20 II 1). Rheinland-Pfalz (Art. 6 III 2), Bremen (Art. 6 III), Berlin Art. 65 II Anayasaları.

(32) Krauß, n: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, s. 153 (176); uygulama alanları hakkında Jacobs (dn. 29), s. 111; EuKMR in: Menschenrechte in der Praxis des Europarates, 1972, s. 76.

(33) BVerfG 16, 194 (202); 17, 108 (117 vd.); BayObLGSt. 1963, 213 (214); Grabitz, AÖR 98, 568 (614); Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961, s. 29 vd. (53 vd.).

(34) BVerfG 17, 108 (119); 16, 194 (203); Kuhlmann, NJW 1976, 350 vd. Pallograf sorunu hakkında LG Hannover, NJW 1977, 1110 vd.

Aynı şekilde, uyuşturucu madde bağımlıları için kanun uyarınca oluşturulmuş kamusal danışma-yardım merkezlerinde bağımlılar hakkında tutulmakta olan dosyalara da, ancak, buralarda yasadışı olarak uyuşturucu satışı yapıldığı yolunda genel bir şüphenin varlığı halinde elkonabilir, zira bu merkezler hukuken meşruiyet kazandırılmış kuruluşlardır (35).

5 — Delil Değerlendirme Yasası

Oranlılık ilkesi meşru vasitalara başvurulmasını gerektirir. Ancak bunun karşıt kavramından, değerler arasında bir tartma yoluna gidilerek, ağır suçlar sözkonusu olduğunda, istisnaen, yasadışı yöntemlere müsaade edildiği sonucuna ulaşılamaz. Bu durum, GG m. 1 ve 2 tarafından korunmuş olan bireyin özel hayatına yönelik olarak gizli dinleme veya özel notlarına başvurma sonucu elde edilen ve kullanılmalari Anayasa'nın değerler telâkkisine aykırı olan deliller bakımından sözkonusudur (ayrıca bkz. Alman Ceza Kanunu [StGB] § 201; İHAS m. 8/I, BM Andlaşması m. 17) (36).

Bununla birlikte Alman Anyasa Mahkemesi (BVerfG), başta belirtilen yöntemlerine uygun olarak, bireyin sonuçta toplumun bir üyesi olduğu noktasından hareketle, ağır suçlarda, ilgilinin koruma altına alınmış menfaatleri karşısında kamu yararının önceliğe sahip olabileceği sonucuna da varmaktadır (37).

II. Muhakemenin Yapısı İle İlgili Açıklamalar

Muhakemenin yapısına dair açıklamalar bireysel hakları ancak dolaylı olarak içermektedirler.

1 — Silahlarda Eşitlik İlkesi

Silahlarda eşitlik ilkesi, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (İHAK) ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından, İHAS m. 6 f'de yer alan adil muhakeme (fair hearing) prensibinden çıkarılmaktadır (38). İlkenin gerek itham usulü gerekse taraf muhakemesinin kabul edilmeyip sadece mecburilik esasının benimsendiği yargılama (39) bakımından geçerli olduğu durumlarda taşıdığı anlam, yalın bir yapısalılık prensibi olmasından ibarettir. İlke,

(35) BVerfG NJW 1977, 1489 (1492).

(36) BGHSt. 14, 358 (359); 19, 325 (326, 329 vd.); Friedrich Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, s. 109.

(37) BVerfG 34, 238 (249 vd); Kleinknecht, NJW 1966, 1537 (1541); Schäfer, in: Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 14 Nr. 28.

(38) EuKMR NJW 1963, 2247; EuGMR 1, 144 (181); krş. BVerfG 38, 105 (111).

(39) EuGMR 2, 184 (194 vd.).

muhakemeye katılan taraflara asli yetkiler bahsetmemekte, sadece, muhakemede sahip olunan roller arasındaki farklılaşmanın büyü-tülmesini yasaklamak suretiyle, mevcut hakları görelî olarak geliş-tirebilmektedir (40).

Silahlarda eşitlik ilkesi, meramını anlatabilme hakkının mut-laka pozitif olarak sağlanması anlamında nitelendirilemez: İddia ve savunma makamlarından hiç birisinin dinlenmediği durumlarda dahi silahlarda eşitlik korunmuş olabilir (41)! Buna karşılık, hakla-rın taraflara kural olarak kanun tarafından (bkz. StPO §§ 240/II-1, 246/III, 255) eřit bir Őekilde bōlūřtūrūldūęi duruşma bakımından silahlarda eşitliğin ifade ettiği anlam, iddia ve savunmayı oluşturan taraflardan her birine StPO Ő 258 çerçevesinde karşılıklı olarak sōz verilmesidir (42). Őn soruşturmadaki sanık bakımından ise, silah-larda eşitlik ilkesi, delil ikame hakkının genişletilmesini gerektir-mektedir (43).

2 — Alenilik

Duruřmaların alenilięi ve hūkmūn aleni tēfhimi; İHAS m. 6/I-1 ve 2, BM Andlařması m. 14 f. 1/cūmle 2 ve 3 hūkūmleri ile aynı yōnde olmak ũzere, asıl olarak Alman Mahkemeler Teřkilatı Hak-kında Kanun (GVG) §§ 169, 173 ile teminat altına alınmıřtır. Aleni-lięin gerçeęe ulařılmasına katkıda bulunmak Őeklindeki esas fonk-siyonu, bireysel yararların gōzōnūnde bulundurulması gereęinin so-nucu olarak, sūrekli biçimde birtakım sınırlamalara maruz kalmıř-tır: Eęitim dūřūncesi, gençlikle ilgili davalarda aleniyetin kaldırıl-masını mūmkūn kılmaktadır, ki aslında gençlięe iliřkin duruřma-ların gizli yapılması yūkūmū anlamına gelen bu husus, İHAS m. 6/I-2 ve BM Andlařması m. 14 f. 4 hūkūmlerinde sadece bir takdir yetkisi Őeklinde dūzenlenmiřtir (44). Bireysel yararın korunması dū-řūncesi, ses ve gōrūntū kaydı Őeklindeki genel yasak (Alman Mah-kemeler Teřkilatı Hakkında Kanun [GVG] Ő 169/cūmle 2) yanında,

(40) E. Mūller, NJW 1976, 1063 (1067); Roxin (dn. 8), s. 57; Kleinknecht (dn. 22), Art. 6 MRK Anm. 4, Ő 141 GVG Vorbem. 9. Çok tahdidi olarak BGHSt. 12, 136 (139); 18, 369 (371) ve aynı Őekilde EuGMR EuGRZ 1976, 221 (235).

(41) HessStGH ESVGH 22, 135 (136).

(42) BGH NJW 1976, 1951; ayrıntılı olarak Rūping (dn. 13), s. 195.

(43) Krř. Mūller (dn. 40), s. 1067; Kohlmann, Festschrift fūr Karl Peters 1974, s. 311 (320); kapsamlı olarak Almut Sandermann, "Waffengleichheit" im Strfaprozēß, Diss. Kōln 1975, s. 155 vd.

(44) Tscherning, Der Standard der Menschenrechte..., Diss. Mainz 1969, s. 74. Buna karşılık BGH JZ 1970, 730 (731)'e gōre, Art. 6 MRK aleniyetin kal-dırılması yōnūnde bir hak iēermemektedir.

ekonomik ve kişisel sırların korunması amacıyla ve ayrıca 16 yaşından küçük tanıkların dinlenmesinde aleniyetin kaldırılmasını gerektirmektedir (Alman Mahkemeler Teşkilatı Hakkında Kanun IGVG) § 172 f. 2-4). Milli güvenlik gerekçesiyle aleniyetten sarfınazar edilmesi hususu ise aynı kanunun § 172 f. 1 hükmünde yer almaktadır.

İHAS ve BM Andlaşması, aleniyetin sınırlandırılabilceği diğer sebepler olarak; kamu düzenini (krş. Alman Mahkemeler Teşkilatı Hakkında Kanun IGVG) § 172 f. 1/Alt. 2), ahlâkı (Alt. 3) ve Alman hukukunda ifade edilmemiş bulunan "adalet"i saymaktadır. Aslında "kamu düzeni" kavramı her halükârda adalet kavramını da içermektedir (45).

3 — Yargılama Süresi

Ceza adaletinde etkililiğin sağlanabilmesi için makûl bir zaman zarfında hükme varılması gerekmektedir. Kanun koyucu, "Büyük Ceza Muhakemesi Reformu" Çalışmaları'ndan bu yana, Anayasa (GG) m. 104/III-2, StPO §§ 163/III, 229/I gibi hükümlere serpiştirilmiş bulunan ve duruşmaların uzamasına (CtPO §§ 26a/I-3, 244/III-2, 245/II, 266/III-1) bir tepkiyi ifade eden muhakemenin çabuklaştırılması yükümünü ısrarla vurgulamaktadır (46) Muhakemenin çabuklaştırılması konusunda, İHAS m. 6/I -ki aynı husus BM Andlaşması m. 14 f. 3 ce'de de bulunmaktadır- hükmüne dayanılmaz, zira bu hükümler, ceza koğuşturmasının serileştirilmesi amacını gütmeyip, muhakemenin geciktirilmesi sonucunda sanığın bireysel haklarının zarara uğramasını önlemek maksadına yöneliktir (47).

İHAS m. 6, tutuklama konusundaki düzenlemesinden (İHAS m. 5/III-2, V) farklı olarak, muhakemenin makûllük (48) sınırını aşacak şekilde uzun sürmesini önlemek için herhangi bir tedbir içermemektedir. Bunu bir muhakeme engeli saymak suretiyle bir müeyyide oluşturulmasını isteyen görüşler (49) de isabetli değildir; zira sırf bu sebeple davanın düşmesine karar verilmesi, sonuçta beraat

(45) BGH bei Dallinger, MDR 1973, 730 (731); geniş olarak Herbst, NJW 1969, 546 (547).

(46) Krş. BT Drucks. 7/551 (s. 36); BR Drucks. 74/77 (s. 11 vd.), 420/77 (s. 16).

(47) LG Frankfurt JZ 1971, 235 vd.; LG Krefeld aynı dergi, 733 vd.; EuGMR 1, 108 (129 vd.); Art. 6'nın BT Drucks. 7/551 (s. 37)'deki başka türlü yorumlanışı eleştirilmelidir. BGHSt. 26, 1 (4) ve 26, 228 (232) ise Fürsorgepflicht'e dayanmaktadır.

(48) Kriterler için bkz. EuGMR 3, 62 (101); tutukluk açısından BGHSZ 45, 30 (43).

(49) LG Frankfurt JZ 1971, 235; Hillenkamp, JR 1975, 133 (136).

edecek olan suçsuz kişinin aleyhine olacaktır. Bu yüzden, sürenin uzunluğu ancak cezanın belirlenmesinde nazara alınabilir ve bunu takiben suçlunun cezasının bağışlanması açısından bir meşruluk temeli oluşturabilir (50).

III. Adli Teşkilâta Bulunması Gereken Hususlar

Yargı organlarının sahip bulunması gereken hususlar maddi hukukun gereği gibi uygulanmasını sağlamaya yararlar.

1 — Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

İHAS m. 6/I-1 ve BM Andlaşması m. 14 f. 1/cümle 2 hükümlerinde yer almış bulunan yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, yargı kurumlarına ilişkin güvencelerle, görülmekte olan muhakemede taraflar karşısında tarafsız kalınacağına dair güvenceler arasında zikredilmektedirler.

Meslekten ve halktan hâkimler (51) kişisel ve maddi olarak bağımsızdırlar (krş. Anayasa (GG) m. 97/I, II-1, Alman Mahkemeler Teşkilatı Hakkında Kanun [GVG] § 1, Alman Hakimler Kanunu [DRiG] § 25, 44/II, 45/I-1). Ne diğer mahkemelerin kararlarıyla bağılılık, özellikle hiyerarşik olarak (krş. StPO § 358/I), ne de Anayasa'nın (GG) 20/III. maddesine göre "kanun ve hukuk" ile bağılılık veya kaldırılmış eski cezaları gözönünde bulundurma yasağı (Alman Adli Sicil Kanunu [BZRG] § 49) maddi bağımsızlık ile ilgili değildir (52); aynı şekilde, görülmekte olan bir davayı etkilemediği sürece, idari denetimler (Alman Hâkimler Kanunu [DRiG] § 26 II) de maddi bağımsızlık dışında kalırlar (53).

İHAS m. 6/I anlamında "kanuni" mahkeme ve BM Andlaşması m. 14 f. 1/cümle 2'de ayrıca "yetkili" mahkemeyi de kapsayan tabii hâkim esası da (Anayasa (GG) m. 101/I-2) yargı organlarını güvence altına almak istemektedir. İlke, yürütme organının somut hadiseler dolayısıyla farklı yetkiler belirlemesini engellemekte, yasama organını karar verecek olan hâkimi mümkün olduğunca kesin olarak belirlemeye zorlamakta ve yargıyı da iş bölümü esaslarına göre belirlenmiş yetkilere uymakla yükümlü kılmaktadır (Alman Mahkemeler Teşkilatı Hakkında Kanun [GVG] § 21e). Bununla birlikte,

(50) BGHSt. 24, 239 (240 vd.) ve 21, 81 (84); aynı görüşte Schäfer, in: Löwe-Rosenberg, Einl. Kap. 12 Nr. 94; Hanack, JZ 1971, 705 (714 vd.).

(51) Kişisel bağımsızlıkları konusunda bkz. BVerfG 27, 312 (322).

(52) BVerfG 36, 174 (185).

(53) Hakimlerle ilgili Eyalet Disiplin Mahkemesi, BGHZ 67, 184 vd. daki kararı ile, sadece basit ihlaller halinde değil, kanuna açıkça aykırılık hallerinde dahi hatırlatma ve uyarıda bulunulmasını kabul etmektedir.

“karar mercileri” (54) ve “esnek yetki kuralları” kavramlarının tam karşılığını bulmak kolay olmamaktadır: Bu nedenle, (talimatla bağlı olan) savcılık, hadisenin özel öneminden ötürü, Alman Mahkemeler Teşkilâtı Hakkında Kanun (GVG) § 24/I-3 uyarınca, davayı sulh ceza mahkemesi (Amtsgericht) yerine asliye ceza mahkemesinde (Landgericht) açabilecektir (55).

Görülmekte olan bir davada sujelere karşı tarafsızlık StPO § 2'de belirtilen, kanun gereği farazi tarafsızlık hallerinde hâkimin davadan çekilmesiyle güvence altına alınmıştır. Bunun haricindeki durumlarda da, hâkim, tarafsızlığından şüpheye düşülen bir sebebin varlığı halinde reddedilebilir. Bu konuda belirleyici olan, StPO § 24/I hükmünden anlaşıldığı üzere, tarafların kanaatidir. Ancak Yüksek Mahkeme, bu doğrultudaki talebin reddine müsaade eden, uygulamanın ve adliyenin itibarının nazara alınmasını mümkün kılan “makûl” mülahazalarla sözkonusu hükmü sınırlandırmaktadır (56).

Hâkim tarafsızlığı adil bir kararla ilişkilendirildiği zaman taraflılık sorunu yeni bir ilkesel boyut kazanmaktadır; bu nedenle mahkeme, örneğin özel bir hatırlatma ile yükümlü kılınmakta (57), fakat bununla da onun sonuç karşısındaki özgürlüğü ve açıklığı sınırlanmış olmaktadır.

2 — Hukuki Korunma Garantisi

İnsan hakları olarak evrensel bir geçerliğe sahip bulunan garantilerin politik mülahaza ve tutumların üstünde bir konuma ulaşabilmeleri, gerçekten uygulanabilir olmalarına bağlıdır. Bu noktada İHAS'nin 13. maddesinin öngördüğü garanti, ki aynı düzenleme BM Andlaşması m. 2 f. 3'te de yer almaktadır, kamu gücünü kullanan kişiler tarafından hakları ihlâl edilenlere olağan mahkemelere müracaat yolunu açan Anayasa (GG) m. 19/IV hükmü ile bir ölçüde benzeşmektedir.

Bununla birlikte, Anayasa m. 10/II ve m. 10 hakkındaki (1968) tarihli Kanun'un 2. maddesine göre, telefon dinlemelerinin meşruluğu konusunda mahkeme yerine bir meclis komisyonunun karar vermesi, etkin bir hukuki korunma noktasından soruna yaklaşıldı-

(54) Bu konuda bkz. BVerfG 17, 294 (301); 18, 344 (350).

(55) Bu konuda kaygılı olarak Maunz-Dürig-Herzog-Scholz (dn. 2), Art. 101 Anm. 30 vd.; başka türlü Kleinknecht (dn. 22), § 24 GVG Anm. 5.

(56) BGHSt. 22, 289 (294 vd.) ve OLG Celle MDR 1971, 774 vd. tarafsızlık şüphesinden hareket etmektedirler!

(57) BVerfG 42, 64 (78) § 139 ZPO konusunda.

ğında, gizlilik ihtiyacının haklılığını şüpheli kılmaktadır. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (İHAK) benzer bir olayda meşruluk yönünde görüş bildirmiştir (58).

Gerçek hukuki korunma esası, sözelimi, ceza infaz çerçevesinde derhal icra edilebilir bir tedbirin mahkeme tarafından kontrolünü mümkün kılacağı gibi (59), eski hale getirme sözkonusu olduğunda da, ilgilinin "kusuru" olmaksızın postadan kaynaklanan bir gecikme durumunda mahkemeye müracaat imkânı vermektedir (krş. StPO § 44). (60).

Buna karşılık, Anayasa m. 19/IV hükmü de, usul kanunlarında öngörülen sürelerle ve diğer şekli şartlara uyulması gereğini ortadan kaldıracak şekilde anlaşılabilir (61). Sözkonusu hüküm, hâkim karşısında bir koruma değil, sadece, hâkim vasıtasıyla bir koruma sağlamaktadır, başka bir ifadeyle, tıpkı Anayasa'nın (GG) 103/I. maddesinde olduğu gibi, yeni bir merci imkânı vermemektedir (62). Keza İHAS m. 13 de sadece milli hukukta mevcut kanun yolları ile sınırlı kalmaktadır (63). Bu konuda BM Andlaşması m. 14 f. 5, mahkûmiyet halinde bir üst yargı mercii tarafından denetim imkânını tanımak suretiyle, daha geniş bir garanti içermektedir. Alman hukukuna göre ilk derece mahkemesinde beraat halinde savcının müracaatı üzerine bir üst yargı mercisinde ilk defa mahkûmiyet hükmü verilebilmesi mümkün olduğundan, BM Andlaşması'nın bu düzenlemesi için Alman hukuku bakımından bir ihtirazi kayıt mevcuttur (64).

(58) EuGRZ 1975, 343 vd. Sorunun anayasaya uygunluğu hakkında bkz. BVerfG 30, 1 (23) ve ayrıca EuGMR EuGRZ 1978, 257.

(59) BVerfG 37, 150 (153).

(60) BVerfG 44, 302 (306)

(61) BVerfG 9, 194 (199 vd.), 10, 264 (267 vd.).

(62) BVerfG 11, 232 (233); oldukça ayrıntılı olarak Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, s. 101; Art. 103 ile ilgili olarak BVerfG 1, 433 (437); BGHSt. 19, 7 (19).

(63) BGHSt. 20, 68 (70); anayasa mahkemelerine müracaat hususunda EuKMR DöV 1959, 743; VerfGH Rheinland-Pfalz NJW 1959, 1628 (1629).

(64) Vertragsgesetz Art. 1 Nr. 3 a (BGBl. 1973 II 1533), krş. Bericht der Bundesregierung (dn. 16), s. 35. Yeni garantilerin kapsamını sınırlayıcı olarak Denkschrift (dn. 16), s. 33 vd. (58).