

CEZA MUHALEMESİNDE "DÜRÜST YARGILAMA" İLKESİ

Prof. Dr. Friedrich-Christian SCHROEDER
(Tercüme eden: Dr. Cumhuri ŞAHİN)

I. Dürüst Yargılama İlkesi Kavramı ve Menşei

Birleşmiş Milletler tarafından İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, 10.12.1948 tarihinde "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi" yayınlandı. Sözkonusu Beyanname ceza hukuku ve ceza muhakemesi alanında da bazı hükümler içermekte idi, ki bunun iyi bir sebebi vardı. Zira, her ne kadar ceza hukukunda ve ceza muhakemesinde; adam öldürme, müessir fiil, mal varlığına karşı suçlar ve diğer suç teşkil eden fiil faailerine yönelebilecek öğ alma ve ihkakı hak biçimindeki tepkileri yasaklayıp cezalandıracak hukuki düzenlemeler mevcut ise de; bu hukuk dallarının, failin ve özellikle yalnız bir suç şüphesi altında bulunan kişilerin haklarının korunması şeklinde ifade edilebilecek olan genel amacı yeterince sağlanamamakta ve hatta çoğu kere, ceza hukukunun ve ceza muhakemesinin, siyasi ve sosyal yönden rakip durumda bulunmaları yok etmek amacıyla (kötüye) kullanılması da sözkonusu olmakta idi.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında insan haklarıyla ilgili şu hususları içermektedir:

-İşkence veya zalimane, gayrı insani veya haysiyet kırıcı muamele veya ceza yasağı (m.5)

-Keyfi yakalama veya alıkoyma yasağı (m.9)

-Suçsuzluk karinesi ve kanunsuz suç-ceza olmaz ilkesi (m.11).

Beyanname'nin 10. maddesine göre ise, herkes; kendisine karşı yöneltilmiş bir ceza davasında, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından dürüst ve aleni olarak dinlenme hakkına sahiptir. Burada sözkonusu olan insan hakları ise şunlardır:

(*) 24 Nisan 1996 tarihinde Selçuk Üniversitesi'nde sunulan konferans.

-(İdari bir makamın değil) dava açılması üzerine bir yargılama makamının karar vermesi hakkı

-Mahkemelerin bağımsızlığı

-Mahkemelerin tarafsızlığı

-Yargısal işlemlerin aleniliği.

Ayrıca bu maddede, yargılama işlemlerinde gözönünde bulundurulması gereken bir husus daha yer almaktadır: Dürüst dinlenme hakkı.

İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'ndeki bu haklar, bazı ilavelerle, 4.11.1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) ve daha sonra da, 19.12.1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne (MvSHS) aktarılmıştır. Dürüst dinlenme hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6., Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14. maddesinde yer almaktadır.

"Dürüst dinle(n)me" ("fair hearing") yerine çoğunlukla "dürüst yargıla(n)ma"dan ("fair trial") söz edilmekte olup, aslında her ikisi de aynı şeyi ifade ederler. Her iki kavram da Anglo-Amerikan ceza muhakemesi hukuku kökenlidir. Dürüst yargılama ibaresinin başka dillere çevrilmesinde ciddi zorluklarla karşılaşmaktadır. Örneğin, size göre "fair" sözcüğünün anlamı nedir?

Dürüst yargılama ilkesini, geçici olarak; "yeterli savunma imkanının tanındığı ve hukuka aykırı sayılabilecek hilelere başvurulmaksızın yapılan yargılama" olarak nitelendirebiliriz.

II. Dürüst Yargılama İlkesinin AİHS'nin 6/2-3. Maddesi ile İlişkisi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hazırlanış sürecinde genel bir tartışma ortaya çıkmıştı. Zira Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, sonuçta; oradaki hakların sağlanması hususunda bir temenni niteliğinde olmasına rağmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi imzalayan devletler bakımından bağlayıcı idi. Bundan dolayı İngiltere ve Hollanda, AİHS'nde güvence altına alınan hakların açık ve kesin bir tanımının yapılmasını, çerçevesinin net olarak çizilmesini talep etmekte idiler.

Bunun sonucunda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nde kanunilik ilkesi ile birlikte ifade edilmiş olan suçsuzluk karinesi (m. 10), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından aleni surette dinlenme hakkının düzenlendiği 6. maddeye 2. fıkra olarak eklendi.

Yine İngiltere'nin önerisi üzerine, AİHS'nin 6/3. maddesinde, hakkında ceza davası açılmış olan sanıkla ilgili beş (temel) hak daha öngörüldü:

- a) İsnaddan en kısa zamanda ve anladığı bir dille haberdar edilme hakkı
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkı
- c) Kendi kendine veya seçeceği bir müdafî vasıtasıyla savunma yapabilme hakkı
- d) İddia tanıklarına soru sorabilme ve savunma tanıklarının davet edilip dinlenmelerinin sağlanmasını isteyebilme hakkı
- e) Gerektiğinde, bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilme hakkı.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hazırlanırken ortaya çıkan genel tartışma, başka bir ifadeyle, Sözleşme'ye genel ilkeler konulması ile yetinilmesi ya da hakların somut ve kesin olarak tespiti yoluna gidilmesi konularındaki uyumsuzluk halen devam etmektedir. Bu noktada, örneğin, AİHS'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında öngörülmüş bulunan somut haklarla aynı maddenin 1. fıkrasında yer alan dürüst yargılama ilkesi arasında ne tür bir ilişki olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) 2. ve 3. fıkralardaki haklarla genel nitelikte olan dürüst yargılama ilkesi arasında kesin bir sınır koymaktan kaçınmaktadır. Kimi başvurularda, güvenilir kişinin (V-Leute) ifadesinin hukuka aykırı olarak değerlendirilmiş olduğu durumlarda, İHAS'nin hem 6/1 hem de 6/3-d hükümlerinin ihlaline dayanılmıştır. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Divanı (AİHD) şu karara varmıştır: "AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasındaki haklar, 1. fıkradaki dürüst yargılanma hakkının özel somut biçimleri olduğundan, her iki fıkra hükmü birlikte değerlendirilmelidir." (1).

Divan'ın bu yorumu, kesin bir tanım getirme ve sınır koyma eğiliminde olan hukukçuları tatmin etmeyebilir.

Çünkü her şeyden önce, 6/1. maddedeki dürüst yargılama ilkesi hem medeni muhakemede hem de ceza muhakemesinde geçerlidir. Buna karşılık, 6. maddenin 2. ve 3. fıkraları sadece ceza muhakemesi ile ilgilidirler.

Ayrıca, 6. maddenin 2. ve 3. fıkraları, aynı maddenin 1. fıkrasının, yani dürüst yargılama ilkesinin somutlaştırılmış şekli olarak kabul edilmektedir. O

(1) Hollanda'ya karşı Koslovski kararı, StV 1990, 481; İsviçre'ye karşı Lüdi kararı, NJW 1992, 3089

hâlde, 1. fıkra genel (soyut) prensibi ortaya koymakta, 2. ve 3. fıkralar ise onun özel hallerini oluşturmaktadırlar. Bu nedenledir ki doktrinde çoğunlukla, ilk olarak dürüst yargılama ilkesi genel anlamda ele alınmakta, daha sonra da 2. ve 3. fıkralardaki hakların tek tek incelenmesine geçilmektedir.

Fakat diğer taraftan da 6. maddenin 3. fıkrasında: "Hakkında ceza davası açılmış her sanık 'özellikle' (fransızca metinde 'notamment'), 'asgari' aşağıdaki haklara (İngilizce metinde 'minimum rights') sahiptir" ifadesi yer almaktadır. Bundan şu sonuç çıkarılabilir; dürüst yargılama ilkesi 3. fıkrada zikredilen haklardan ibaret olmayıp, 6/1. maddedeki ilke, 3. fıkraya dahil edilemeyen başka hususları da içeren çok daha kapsayıcı, tamamlayıcı, genel bir ilke durumundadır.

Benzer bir ilişki, 6. maddenin 2. fıkrası (suçsuzluk karinesi) ile 1. fıkra arasında da varsayılmaktadır (2).

Bütün bu sebeplerden dolayı, biz, konuyu ele alırken başka bir yol izlemek istiyoruz. AİHS'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer alan hakları, dürüst yargılama prensibinin çerçevesi açıkca çizilmiş özü, temeli kabul ediyor ve genel anlamda dürüst yargılama ilkesinin de, çerçevesi bu şekilde çizilmiş alanın içine girmeyen diğer hususları kapsadığını düşünüyoruz. Bu nedenle, önce AİHS'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında öngörülen hakları ele alıp, daha sonra, dürüst yargılama prensibi bakımından bu fıkralarda belirtilenlerden başka nelerin gerekli olduğu sorusunu yöneltmek istiyoruz.

III. Suçsuzluk Karinesi (AİHS m. 6/2)

AİHS'nin 6/2. maddesi şöyledir: "Bir suçla itham edilen herkes, suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır."

Bu ilke avrupalı hukukçular tarafından (kısmen) yadırganmaktadır. Gerçi ilke, "şüphe sanık lehine yorumlanır" kuralını tanımakta ve suçu sabit olmayan hiç kimsenin mahkûm edilemeyeceği esasını içermektedir; fakat "varsayım", ceza muhakemesine yabancı bir kavramdır.

Aslında suçsuzluk karinesi, gerçeği re'sen araştırma yükümlülüğünün bulunduğu kıta avrupalı tahkik sistemi ile tam uyuşmamaktadır. Zira, şüphenin varlığı halinde, koğuşturma mecburiyeti ilkesi gereğince; polis, savcı ve mahkeme suç şüphesi altında bulunan kişiye yönelik koğuşturma yapmak zorundadırlar ki, bunun suçsuzluk karinesi karşısında izahı kolay değildir.

(2) IHAM, Deweer Davası, EUGRZ 1980, 667 vd., 674

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (AİHK) göre bu durum, suçsuzluk karinesinin hazırlık soruşturmasında değil, sadece son soruşturmada uygulanacağını bir diğer gerekçesidir. Aslında bu yorum biçimi, AİHS'nin "hakkında ceza davası açılmış sanık"tan sözeden lafzına uygundur. Fakat doktrinde genellikle, suçsuzluk karinesinin ön soruşturma bakımından da geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir. Hatta bu karine ön soruşturma safhasında daha fazla önem kazanmaktadır. Çünkü sanığın suçsuzluğu konusunda bir kanının, koğuşturmanın daha başlarında en üst düzeyde olduğu, koğuşturmanın ilerleyip delillerin artmasıyla giderek zayıfladığı ve nihayet suçun sabit görülmesiyle tamamen ortadan kalktığı söylenebilir.

Masumluk karinesi, ayrıca, suçüstü hali de dahil olmak üzere, şüpheli kişilerin medyada, kamuoyu önünde "fail" olarak nitelendirilemeyeceğini öngörür. Bu nedenle, medyada genellikle belirsiz bir ifade kullanılarak "muhtemel fail"den söz edilmektedir. Masumluk karinesi bir de, resmi izleme ve araştırmaların ancak sıkı şartlar altında hukuka uygun kabul edilmesini gerektirmektedir.

AİHS'nin 6/2. maddesine göre suçsuzluk karinesi "suç kanunen sabit oluncaya kadar" devam etmektedir. Böylece AİHS'nin 6/2. maddesi, "suçun kanunen sabit olması" nı aramaktadır. Bu düzenleme bütün bir hukuk sisteminin en önemli kurallarından biridir. AİHK bu kurala dayanarak, sanıktan kötü muamele yoluyla elde edilmiş beyanların delil olarak değerlendirilmesini geçersiz saymıştır (3). Aslında bu işkenceden başka bir şey değildir. İşkence ise AİHS'nin 3. maddesi uyarınca yasaktır. Fakat bu hüküm, işkenceyle elde edilen bilgilerin değerlendirilemeyeceğine dair hiç bir düzenleme öngörmemektedir. Bu durumda bir değerlendirme yasağı ancak suçsuzluk karinesinden ve özellikle de; "Suçun kanunen sabit oluncaya kadar" ifadesinden çıkmaktadır. "Suçun kanunen sabit olması zorunluluğu, ayrıca; delillerin bizahiti devlet organları tarafından karartılması veya değiştirilmesi gibi, çok tehlikeli sayılabilecek yollara başvurulmasını da yasaklamaktadır. Bu tür olaylara, dağılmadan önceki Sovyetler Birliği ile diğer komünist ülkelerde, fakat ayrıca başka devletlerde de rastlanmakta idi. İstenmeyen kişilerin cebine vs. polis veya polis hesabına çalışan kişiler tarafından gizlice uyuşturucu konmakta, sonra da, sanık durumuna sokulan bu şahıs aleyhine polis ya da polis için çalışan kişi yalan beyanda bulunmakta idi. Burada bir diğer sorun ise; bir yanda polisin, diğer tarafta sanığın

(3) Internationaler Kommentar, Rdn. 393; 30.3.1963 tarihli Komisyon Raporu, Yearbook 6, 740, 784

ifadesinin olmasıdır. Gerçi suçsuzluk karinesi, sanığın ifadesi karşısında polis beyanının, peşinen, daha az güvenilir sayılması sonucunu doğuracak kadar ileriye götürülmez; ama uygulamada maalesef çoğunlukla tam tersi olmakta ve mahkemeler sanığın ifadesi karşısında polis ifadesini tercih etmekte, hatta sanık hakkında, polise iftiradan dolayı ayrıca bir ceza koğuşturması da başlatılmaktadır. Bu hukuka aykırıdır. Ayrıca, işkenceye veya polisin yalan beyanına dayanarak kanuna aykırı yollarla delil elde edilmekte olduğu ithamı, mahkemelerin suçu ortaya çıkarmak için özel bir çaba sarfetmek zorunda oldukları kanısını oluşturacağından, bu, yargının imajı bakımından çok vahim bir durumdur. Alman Yargıtayı'na göre de; yasak sorgu yöntemlerine, özellikle işkenceye başvurulması halinde, şüphe sanık lehine yorumlanır kuralı uygulanmaz ve bu şekilde elde edilen ifadelerin hiç yapılmamış sayılması gerekir (4). Fakat bu yorum biçimi doktrinde yoğun itirazlarla karşılaşmaktadır.

Suçsuzluk karinesinin önemli bir unsuru, yukarıda da zikredilmiş olan "şüphe sanık lehine yorumlanır" ilkesidir. Bu ilke, özellikle, sanığın suçsuzluğunu ve örneğin meşru müdafaa veya hata gibi, lehine olan durumları ispatlamaya zorlanmasını yasaklar.

Son yıllarda ortaya çıkan suç olmaktan çıkarma eğilimlerinin suçsuzluk karinesi karşısında bazı zorlukları bulunmaktadır. Zira birçok hukuk sisteminde, ceza muhakemesinin mahkûmiyet veya beraat kararları ("ya hep ya hiç prensibi") dışında da; fail bakımından bir uyarı anlamına gelebilecek olan idari para cezası, çalışmaya zorlanma vb. gibi yükümlülükler öngörülerek sona erdirilebileceğine dair hükümler yer almaktadır. Bu gibi durumlarda, maddi gerçeğe ulaşmak bir amaç olmadığından, genellikle suçluluğun tam anlamıyla tespiti aranmamaktadır. Bununla birlikte, failin suçsuzluğunun sabit görülmesi halinde bu tür yükümlülüklerin sözkonusu olamayacağı gibi, araştırmaların daha ileri aşamalara götürülmesine de gerek kalmayacaktır.

Avukatlık yaparken yaşadığım ilginç bir olay şöyledir: Bir cezaevindeki bir hükümlü hakkında, sağlık kurumundan kendisi ile ilgili dosyayı çaldığı gerekçesiyle dava açılır. Yaptığım araştırmalar sonunda, bir arkadaşının birçok kez intihara teşebbüs etmiş olmasından dolayı bu şahsın ve arkadaşının çok rahatsız olduklarını tesbit ettim ve diğer bir tutuklu olan, ki kendisi bir Kürt doktordur, Dr. Talabani'den de tanıklık etmesini istedim. Araştırmalarım, bu kişilerin yemeğine cezaevi idaresi tarafından sakınleştirici konulduğu şüphesini ortaya çı-

(4) BGH 16, 164

kardı. Sanık, bu hususun dosyada yer aldığını görünce dosyayı almıştır. Ben mahkemede, sanığın dosyayı mal edinmek niyetiyle değil, Bayern Eyalet Meclis Dilekçe Komisyonu'na iletmek düşüncesiyle aldığını ileri sürdüm. Bunun üzerine isnadın şekli değişti ve dava, mal edinme kastının gerekmediği, kamusal korumanın ihlali sebebine dayandırıldı. Ben de, mahkumların sağlıklarının tehdit altında olduğu ya da hayatları bakımından bir zaruret hali, en azından böyle bir zaruret halinde olduğu yanılığında bulunduğuna gerekçesini ileri sürdüm. Daha sonra, hükmedilmesi beklenen cezanın, daha önce tutuklu olarak geçirilen süre gözönünde tutulduğunda, bir ağırlığı olmadığı gerekçesiyle dava düşürüldü. "Beklenen ceza" ibaresinin doğru olmadığını, zira böyle bir ibare ile müvekkilimin mahkûm edilip edilmediğinin belirsiz kaldığını, oysa mevcut delillerin onun beraatini gerektirdiğini ileri sürerek karara itiraz ettim. İtiraz mercii ise, ilgili bakımından düşme kararının beraatten daha ağır bir karar sayılamayacağı, onun durumunu ağırlaştırmadığı gerekçesiyle talebimizi reddetti.

IV. AİHS m. 6/3'te Sağlanan Asgari Garantiler

Daha önce de belirtildiği üzere, AİHS'nin 6/3. maddesinde beş temel hak yer almaktadır ve bunlar İngilizce metinde "asgari", Fransızcasında ise "özellikle" sözcükleriyle ifade edilmektedir.

1. Sanığa Yöneltilen İsnadın Mahiyet ve Sebebiyetinden En Kısa Zamanda, Anladığı Bir Dille Haberdar Edilme Hakkı.

Burada özellikle "en kısa zamanda" haberdar edilme hususu tartışmalıdır.

Alman doktrinine göre, ki hukuki durum da böyledir, en geç kamu davası açılmadan önce sanık bu isnad konusunda haberdar edilmiş olmalıdır. Önsoruşturmada hangi anda haberdar edilmesi gerektiği sorusunun cevabını verebilmek ise zordur. Zira henüz araştırmaların başladığı sırada yapılacak bir bildirim, birçok delilin elde edilmesini imkansız kılabilir. Ayrıca bu tür bir erken bildirim çoğunlukla kaçma veya delilleri karartma tehlikesini ortaya çıkarabilir ve bu durumda da bir tutuklama zorunluluğu sözkonusu olabilir. İsnad konusunda böyle zamansız haberdar etmenin adeta sanığın aleyhine sonuç doğuracak olması ise kanunun amacı olamaz.

2. Savunma Hakkı ve Savunmayı Hazırlamak İçin Gerekli Zaman ve Kolaylığa Sahip Olma.

AİHS'nin 6/3-b maddesi, aleyhinde kamu davası açılmış olan sanığa, savunmasını hazırlayabilmesi için yeterli zaman ve kolaylığa sahip olma hakkını

tanılmaktadır. Bu hak, sanığın kendisini bizzat savunma veya kendi seçtiği, ödeme gücü yok ve adaletin selameti de gerektiriyorsa, ücretsiz olarak tayin edilen bir müdafiden yararlanma hakkının düzenlendiği 6/3. maddenin c bendi ile birlikte düşünülmelidir.

Önce "savunmasını hazırlamak için gerekli kolaylığa sahip olma" imkanını ele alalım. Bu husus, her şeyden önce, müdafii ile temas kurabilme ve dosyayı inceleme hakkını gerektirir. AİHK'na göre, tutuklu ile müdafii arasındaki yazışma, ancak, Sözleşme'nin 8/2. maddesinde öngörülen haberleşmenin gizliliğini sınırlayabilme şartlarının varlığı halinde kontrol edilebilir (5). Alman hukukunda müdafinin yazışmaları sadece terörist örgüt üyelerinin yargılanması durumunda kontrol edilebilmektedir. (Alman CMUK m. 148/2). Terörist örgüt üyeleri ile avukatlarının, yüzyüze görüşmeyi, çoğunlukla örgüt üyelerine silah ulaştırmanın bir vasıtası olarak kullandıklarının belirlenmesi üzerine, 1978 yılında yapılan bir kanun değişikliği ile, bu tür görüşmelerde araya bir "ayırıcı cam" koyma uygulaması getirilmiş oldu (Alman CMUK m. 148/2). Komisyon bu uygulamanın AİHS'nin 6/3-b maddesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır (6). Ayrıca 1977 yılında, terörist örgüt üyelerinin bedeni, hayatı veya özgürlüğüne yönelik bir tehlikeye karşı, ziyaretçilerin ve bu arada müdafinin de bu kişilerle fiziksel temas kurmalarını engelleyebilme imkanı getirildi (EGGVG m. 31 vd.). Ayrıca, gerektiğinde, tutuklu ile müdafii arasında aracılık yapmak üzere, mahkeme tarafından bir avukat tayin edilmektedir. Bütün bu sebeplerden ötürü ve ayrıca bunlar sadece geçici nitelikte tedbirler olduklarından, Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu durumları, savunmasını hazırlamak için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkının hukuka aykırı surette kısıtlanması saymamıştır (7). AİHK'nun şu ana kadar bu konuda bir kararı mevcut değildir.

Savunmasını hazırlamak için "gerekli zamana" sahip olma hakkı her şeyden önce, çoğunlukla komünist hukuk sistemlerinde olduğu gibi, isnadın bildirilmesi ile duruşma günü arasında çok kısa bir zaman olmamasını gerektirir (8). Alman hukukunda celbnamenin tebliği ile duruşma günü arasındaki süre en aşağı bir haftadır (Alman CMUK m. 217). Bu süre, özellikle karmaşık davalarda kısa sayılabilir. Fakat henüz son soruşturma açılmadan önce sanığa iddianamenin

(5) CD 22, 45; 24, 93

(6) Komisyon'un 9.7. 1981 tarihli kararı, DR 26, 24

(7) BVerfGE 46, 1; BVerfGE NJW 1978, 2235

(8) Schroeder, Menschenrechte im Strafverfahren und Strafvollzug, in: Menschenrechte in den Staaten des Warschauer Paktes (Bericht der unabhängigen Wissenschaftlerkommission), 1988, S. 342 vd., 350

bildirilip, varsa, itirazlarını sunması için yeterli zamanın tayin edilmesi ve ancak ondan sonra duruşma gününün belirlenmesi gerektiği de gözönünde bulundurulmalıdır. (Alman CMUK m. 201). Ayrıca bir de "hızlandırılmış muhakeme" sözkonusudur ve burada süre 24 saatten ibarettir. (Alman CMUK m. 418/2, cümle 2). Bu hükmün AİHS m. 6/3-b ile uyumlu olup olmadığı konusu çok tartışmalıdır. Alman CMUK'un 417. maddesine göre, seri muhakemenin sözkonusu olabilmesinin şartı; davanın basit işlerden sayılması veya delillerin ortada olmasıdır. Doktrinde bir de, AİHS'nin 6/3-b maddesinin nazara alınması gereği vurgulanmaktadır (9).

Kendini bizzat savunma imkanı, sanığa müdafî tayininin engellenebileceği anlamına gelmez (10). Almanya'da genellikle teröristlerle ilgili davalarda, birçok oturumdan sonra avukatların birden bire davayı bırakmak gibi bir yolu sıkça kullanmaları üzerine, uzun süren yargılamalarda, sanığın seçtiği müdafî olsa bile, tıpkı toplu mahkemelerde bir hakimin duruşmada bulunamaması ihtimali olduğunda onun yerine geçmek üzere "yedek üye" bulundurulmasındaki gibi, ihtiyaten bir avukat tayin edilmeye başlandı. Bu uygulama avukatlar tarafından şiddetli polemik konusu yapıldı ve bu durum "cebrî müdafî tayini" olarak nitelendirildi. Uygulamayı hukuka uygun sayan ve hukuk devleti ilkesine aykırılık görmeyen Alman Federal Anayasa Mahkemesi, AİHS'ndeki yargılamayı sürüncemede bırakma yasağının da bunu gerektirdiğini belirtmiştir (11). Ayrıca sanık bu durumda "kısıtlanmış" da değildir, zira devletin bir müdafî tayin etmesi halinde dahi sanığın yargılamaya bizzat iştirak etme ve müdafîin yaptığı savunmanın aksi yönde deliller ileri sürme hakkı her zaman mevcuttur (12).

3. İddia Tanıklarına Soru Sorma-Sordurma ve Savunma Tanıklarının Çağrılıp Dinlenmesinin Sağlanmasını İsteme Hakkı.

İddia ve savunma tanıklarının yüzleştirilmesi uygulaması anglo-amerikan taraf muhakemesi sisteminde bulunup, kıta avrupası hukukuna yabancıdır. İddia ve savunma makamı tanık gösterebilirler. Ayrıca mahkeme de, kimin lehine ifade vereceğine bakmaksızın, re'sen tanıkları dinlemekle yükümlüdür.

Bu noktada, duyduğunu söyleyen kişinin tanıklığı (dolaylı tanıklık), özellikle de güvenilir kişilerin (V- Leute) açıklamaları bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Polisin sıkça muhbir, güvenilir kişi vb. kullanmaya başlamasıyla bir-

(9) Kleinknecht/Meyer-Gossner, StPO, 42. Aufl., 1995, s. 418 Rdn. 8

(10) Internationaler Kommentar, Rdn. 507

(11) BVerfGE 66, 321

(12) DR 26, 238

likte dolaylı tanıklık sorunu yeni bir boyut kazanmıştır. Bu kişilerin eğitimi ve suç örgütü içine sokulmaları çok zor ve masraflı olduğundan, polis, yargılama sırasında bunların açığa çıkıp tanınmalarını, dolayısıyla da bir daha kendilerinden yararlanılamaz hale gelinmesini istememektedir. Bundan başka, birçok tanık, suçluların öç almasından korktukları için gizli kalmayı tercih etmektedirler. Bütün bu nedenlerle, mahkeme önüne çıkacak tanık olarak geriye sadece, kimliği gizli kalması gereken veya kimliğini gizlemek isteyen kişilerin açıklamalarını dinleyen ve bunu aktarmak durumunda olan polis görevlisi kalmaktadır.

Burada AİHS'nin 6/3-d maddesinin ihlâl edilip edilmediği sorunu gündeme gelmektedir. Zira bu durumda "tanık" kendisine sorular yöneltilebilecek olan bir kolluk görevlisinden ibaret olmaktadır.

AİHK bu hususda şu şekilde karar vermiştir:

a) AİHS anlamında tanık kavramı "otonom" olarak anlaşılabilir. Bu nedenle güvenilir kişi tanık sayılabilir.

b) Adalet mekanizmasının dürüst işleyeceğine güvenebilme hakkı, demokratik bir toplumda, amaca uygunluk mülahazalarına feda edilemeyecek kadar ayrıcalıklı bir konumdadır.

c) AİHS'nin 6/1 ve 6/3-d maddesindeki haklar, sanığa muhakemenin herhangi bir aşamasında, gerektiğinde, aleyhinde ifade veren tanığın güvenilirliğini sorgulayabilme ve ona soru sorabilme imkanını sunmaktadırlar.

Alman uygulaması, güvenilir kişilerin ve anonim tanıkların sorgulanmasıyla ilgili sıkı şartlar aramaktadır. Buna göre Yüksek Mahkeme; öncelikle, maddi gerçeğe ulaşmak yükümlülüğünün bir gereği olarak, doğrudan doğruya tanığı mahkeme huzuruna getirmeyi denemlidir. Polisin veya diğer yetkili makamların tanığın kimliğini bildirmekten kaçınmaları ya da bir memurun tanıklık etmesinin yasak olduğunun bildirilmesi halinde, bunun yasal bir dayanığının olması zorunludur. Gerekirse mahkeme bir üst makama başvurup, güvenilir kişinin, kimliği anlaşılmayacak şekilde vucudu gizlenerek ve kısmen de sesi değiştirilmek suretiyle sorgulanmasını talep etmelidir. Resmi makamların güvenilir kişinin kimliğini keyfi olarak, açıkça hukuka aykırı biçimde veya sebep göstermeksizin açıklamaları halinde, dolaylı tanığın dinlenmesi hukuken caiz değildir (13). Buna karşılık, yukarıda belirtilen şartların tamamı yerine getirilmişse, artık, doğrudan doğruya tanık "erişilebilir nitelikte olmayan tanık" olarak nitelenir ve böyle bir tanığın Alman CMUK'nun 244/3. maddesi uyarınca

(13) BVerfGE 57, 290; BGH 29, 111

celbi gerekmez.

Doğrudan doğruya tanığa ulaşamadığı, sadece duyduğunu söyleyen tanıkla yetinilmek zorunda kalındığı durumlarda, ifadenin delil değerinin daha zayıf olduğu hususu delil değerlendirmesinde göz önünde tutulmalıdır. "Mahkeme ile doğrudan doğruya tanık arasında yer alanların sayısı arttıkça ifadenin delil olmak bakımından değeri azalır" (14). Duyduğunu söyleyen tanığın ifadesine, bu beyan ancak başka delillerle doğrulandığında dayanılabilir.

4. Tercümandan Ücretsiz Yararlanma Hakkı.

Bu konuda Almanya'da, farklı hususlara ilişkin olmak üzere, çok sayıda karar verilmiştir. Burada daha fazla ayrıntıya girmek istemiyorum, zira yabancılarla karşı ceza yargılaması Türkiye'de Almanya'daki kadar yoğun değildir.

5. Değerlendirme.

Buraya kadar AİHS m. 6/2 ve 3'de düzenlenmiş olan haklar tek tek ele alındı. Şimdi sorulması gereken böyle bir düzenlemenin "doğru" olup olmadığı, yani AİHS'nin 6/2, 3. maddesinde düzenlenenlerin gerçekten sanığın ceza muhakemesindeki en önemli hakları olup olmadığı ve bu hükümlerin, çok önemli olmayan başkaca hakları da içerip içermediğidir.

Mahkemenin ve koğuşurma makamlarının sanık bakımından en tehlikeli davranış biçimleri nelerdir ve bu konuda sanığın en önemli hakları hangileridir?

Bana göre en tehlikeli davranış biçimleri:

- Savunmasız ya da savunma için yeterli zaman tanımaksızın yapılan muhakeme

- Delillerin kolluk tarafından tahrifi, buna karşılık duruşmada durumun düzeltilmesi imkanının olmaması

- Taraflı veya ön yargılı delil değerlendirmesi

- Sanığın delil ikame hakkının bulunmaması

- Duruşmanın aleniliğinin ihlali.

Yukarıda da görüldüğü üzere, söz konusu tehlikeler, önemli ölçüde, AİHS'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki asgari haklar vasıtasıyla önlenmektedir. Sanığın delil ikame hakkı, AİHS'nde ancak kısmen, yani sadece tanığın dinlenmesi bakımından düzenlenmiştir. Sözleşme'nin anılan maddesinde

yeralan diğer bütün asgari haklar ise gerçekten temel sayılabilecek haklardır.

V. Dürüst Yargılama İlkesinin Genel Şartları

Dürüst yargılama ilkesinin, buraya kadar açıklananların dışında daha başka hangi hakları içerdiğine bakıldığında, uygulama ve doktrinde genel olarak dört temel hususun zikredildiği görülmektedir:

1. Silahlarda eşitlik ilkesi
2. Ceza muhakemesi işlemlerinde bizzat hazır bulunma hakkı
3. Delil ikamesi ve değerlendirmesine ilişkin haklar
- 4- Hükümlerin gerekçeli olmasına zorlayabilme hakkı

Silahlarda eşitlik ilkesi tamamıyla anglo-amerikan taraf muhakemesinin bir yansımasıdır. Bu ilke, önemli ölçüde, "audiatur et altera pars" (karşı taraf da dinlenmelidir) anlamına gelmektedir. Buna uygun olarak, Alman doktrin ve mevzuatında, mahkeme önünde meramını anlatabilme hakkı geliştirilmiş bulunmaktadır.

AİHK ile AİHM içtihatlarına ve doktrine göre ceza muhakemesi işlemlerine kişisel olarak katılabilme hakkı dürüst yargılama ilkesinin önemli bir unsurunu oluşturmaktadır (15).

AİHS sanık bakımından bir hazır bulunma yükümlülüğü öngörmemektedir, -Alman Hukuku'nda da, orta ve ağır suçlar sözkonusu olduğunda durum aynıdır-. Bu nedenle, sanığın işlemlere katılmaktan kaçınması Sözleşme'nin 6/1. maddesine aykırılık oluşturmaz. AİHK, sanığın uygunsuz bir davranışta bulunması, katılmak istememesi ya da katılmayı imkansız kılan bir hale yolaçması durumlarında, geçici olarak sözlü işlemlerden uzaklaştırılmasını hukuka uygun kabul etmiştir (16). Komisyon'un bu konuda yeni bir kararı da, Alman teröristler Gudrun Ensslin, Bader ve diğerlerin başvurusu üzerine verilmiştir. Bu kişilerin, birçok kere kendilerini işlem ehliyetini yitirmiş bir hale sokmaları üzerine Alman yasama organlarının düzenlediği bir kural ile, sanığın mahkeme veya naip hakim önünde isnad konusunda açıklamalarda bulunabilme imkanı elde etmesi halinde duruşmaya devam edilebileceği öngörülmüştür. (Alman CMUK m. 231 a).

Bu konuda Alman uygulamasından bir diğer ilginç örnek de şöyledir:

(15) Frowein/Peukert, Rdn. 66 vd., Internationaler Kommentar, Rdn. 362 vd.

(16) Geniş bilgi için bakınız. Frowein/Peukert, Rdn. 67

Mahkeme, bir evin balkonunda keşif yapacaktır. Ev sahibi, kavgalı olduğu sanığın ya gözleri bağlı olarak evden geçip balkona çıkmasını ya da bir merdivenle evin dışından balkona tırmanmasını talep eder. Her iki öneri de sanık tarafından reddedilir. Bunun üzerine mahkeme sanığın yokluğunda keşif yapar. Bu yanlıştır. Zira Alman CMUK herhangi bir hazır bulunmama sebebi öngörmüş değildir. Konutun sahibinin önerileri ise sanık tarafından yerine getirilemez şartlar değildir. Mahkemenin; sanığın evden geçerek balkona çıkması için ev sahibini zorlama imkanı da bulunmadığından, bu durum Alman CMUK'nun 338. maddesine göre mutlak bir temyiz sebebidir. Bu durumda mahkeme keşif yapmaksızın hüküm vermek zorunda idi (17).

Benim dürüst yargılama bakımından özellikle önemli gördüğüm bir ilke, çaresiz durumdaki sanıklara yardım yükümlülüğü prensibi, Alman yargı kararları ve doktrini tarafından geliştirilmiş bulunmaktadır. Bu ilke sanığa sadece bazı hakların tanınmış olmasını yeterli saymamakta, ayrıca, sürekli olarak bu hakların öğretilmesini de gerektirmektedir. Nitekim Alman CMUK'nda da, daha polis tarafından yapılan ilk sorgusunda sanığın susma ve bir avukata danışma hakkının bildirilmesi hükme bağlanmıştır.

VI AİHS'nin 6. Maddesinin Ulusal Hukuk Bakımından Önemi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olan Devletler, Sözleşme'yi imzalamakla egemenlikleri altındaki herkese, orada öngörülen hakları sağlama yükümlülüğü altına girmiş bulunmaktadırlar. (AİHS m.1). Fakat bu, taraf devletlerin Sözleşme'yi bizzat iç hukuka aktarmak zorunda oldukları anlamına gelmemektedir. Nitekim İngiltere, İrlanda, İsveç, Norveç, Danirma ve İzlanda gibi ülkeler bunu yapmamışlardır. Ayrıca, AİHS'ne iç hukukda anayasal düzeyde bir değer tanıma zorunluluğu da yoktur. Bununla birlikte, Avusturya'da ve kısmen de İsviçre'de bu yapılmıştır. Belçika, Lüksemburg, Hollanda ve Fransa'da ise; AİHS'ne kanunların üzerinde bir konum öngörülmüştür. Diğer birçok ülkede Sözleşme normal kanun düzeyindedir. Örneğin Almanya, İtalya, Yunanistan ve hatta Türkiye'de olduğu gibi.

Almanya'da sanık her ne kadar AİHS'ne dayanabilirse de, Anayasa Mahkemesi'ne müracaatta, doğrudan doğruya, Sözleşme'ye aykırı davranıldığı sebebini ileri süremez.

Doğrudan AİHS'nin uygulanmasını istemeye Almanya'da pek gerek bu-

lanmamaktadır. Sözleşme'de düzenlenen hakların tamamı aynen iç hukukta da kural altına alınmıştır. Bu husus AİHS'nin 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarındaki münferit haklar yanında, genel ilke olan "dürüst yargılama" bakımından da geçerlidir. Bu nedenle, gerek Sözleşme'de yer alan usul hukukuna ilişkin haklar, gerekse "dürüst yargılama" genel ilkesi mahkeme önüne pek fazla gelmemektedir (18). AİHS ile Alman Hukuku mümkün olduğunca pekiştirilmiş, aşağıda da belirtileceği gibi, iç hukukta Sözleşme'ye gerektiği şekilde yer verilmiş ve Alman ceza muhakemesi hukuku AİHS'ne uygun olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca, ceza muhakemesiyle ilgili Alman mahkeme kararları da, Sözleşme hükümlerinin yorumlanması bakımından etkili olabilmektedirler (19).

AİHS'ndeki ceza muhakemesine ilişkin temel haklarla Alman iç hukuku arasındaki paralellik bir başka boyut daha kazanmaktadır. Zira Almanya'da, ceza muhakemesi hukuku ile ilgili bazı yetkiler, anayasal korunmaya sahip temel haklar düzeyinde sayılmaktadır. Örneğin Alman Anayasası'nın 103/1. maddesinde yer alan meramını anlatabilme hakkı böyledir. Daha önce görüldüğü gibi, AİHS'de "dürüst dinlenme hakkı" olarak nitelendirilen dürüst yargılama ilkesi aynı zamanda meramını anlatabilme hakkını da içermektedir. Bu nedenle AİHS her ne kadar Almanya'da doğrudan doğruya bir anayasal korunmaya sahip değilse de, Sözleşme'dekine paralel haklar aynen Anayasa'da da yer aldığından, sonuçta bir değişiklik olmamaktadır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa'daki genel bir ilkede; hukuk devleti ilkesi içerisinde suçsuzluk karinesinin de yer aldığı belirtmektedir (20).

Aynı şekilde, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, dürüst yargılama ilkesi Alman Anayasası'nda ve bizzat hukuk devleti ilkesi içinde mevcuttur (21).

Hukuk devleti ilkesi, dürüst bir yargılamayı da içeren genel ve kapsayıcı bir ilkedir. Bu noktada Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kendi yetki alanını çok geniş algıladığını belirtmeliyim. Federal Anayasa'ya göre, çeşitli devlet organları ve federe devletlerle federal devlet arasındaki tartışmalar bir yana, Anayasa Mahkemesi sadece vatandaşlarını temel haklarının ihlal edildiği id-

(18) H. Heubel, *Der 'fair trial' -ein Grundsatzes des Strafverfahrens?*, 1981. Yazar, dürüst yargılama prensibinin Alman hukuku bakımından geniş anlaşılması görüşünü reddetmekte ve sadece ceza muhakemesi hukukundaki koruyucu hükümlerin uygulanması noktasından ilkeyi ele almaktadır.

(19) Örneğin *Internationaler Kommentar zur EMRK*

(20) BVerfGE 19, 347; 74, 370

(21) BVerfGE 26, 71; 38, 111; 57, 274; 63, 390, 66, 318

dialarını incelemekle yetkilidir. Oysa Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti prensibi ihlallerini de, temel hakların hukuka aykırı biçimde sınırlanması saymak suretiyle, kendi takdir yetkisi içinde görmekte ve böylece yeni bir Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolu ortaya çıkarmış bulunmaktadır. Böylece Almanya'da, dürüst yargılama ilkesine her türlü aykırılık halinde Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolu açılmış olmaktadır.

Ayrıca AİHS'nin 25. maddesine göre, herkesin, Sözleşme'de düzenlenen hakların ihlali sonucu zarar gördüğü iddiasıyla AİHK'na başvurabilmesi mümkündür. Ancak bunun olabilmesi için iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekir. AİHK önce dostane çözüm (sulh) yolunu dener ve bundan bir sonuç alınmazsa Bakanlar Komitesi'ne bir rapor sunulur. Ayrıca Komisyon AİHM'ne de (Divan) müracaat edebilir. (AİHS' m. 48.) Mevcut kararı iptal imkanı bulunmayan Divan, ancak ilgilinin zararının tazminine hükmedebilir. (m.50). AİHM'ne müracaat edilmediği durumlarda ise, Bakanlar Komitesi, üçte iki çoğunlukla, insan hakları ihlalinin gerçekleştirilmiş olan âkid devletin bazı tedbirleri yerine getirmesini kararlaştırabilir. (m. 32.). Uygulamada, aleyhinde karar verilen devletten bir rapor istenmekte ve sonra da, ilgilinin uğradığı zararın giderilmesi sağlanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları organları kararlarının gereği her zaman yerine getirilmiyor olsa da, bu kararların moral etkisi yine de çok büyüktür.

11.5.1994 tarih ve 11 nolu Protokol'le, daha önce AİHK-AİHM-Bakanlar Komitesi arasında bölünmüş olan yetki, münhasıran tek elde toplanarak sadece Divan'a verildi. Fakat sözkonusu Protokol henüz yürürlüğe girmemiştir.

Almanya'da yukarıda da zikredildiği üzeri Anayasa Mahkemesi'ne başvuru bakımından yeni bir iç hukuk yolu daha ihdas edilmiş olup, AİHK'na gidebilmek için bu yolun da tüketilmesi gerekmektedir. Bu kararlarla birlikte artık Almanya'da, dürüst yargılama ilkesi ihlallerinin, ihlalin vuku bulduğu eyaletteki olağan mahkemelerde çözüme kavuşturulabilmesi imkanı getirilmiş olup, ihlal halinde doğrudan Komisyon'a başvurmak yerine, ancak bu yol kullanıldıktan ve böylece iç başvuru yolları tamamen tüketilmiş sayıldıktan sonra AİHK'na müracaat edilebilecektir.