

TÜRK HUKUKUNDA TANIK KORUMA HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Cumhuri ŞAHİN*

ÖZET

Ceza muhakemesinde tanık beyanı halen önemli bir delildir. Ancak tanıklık hem külfetli, aynı zamanda tehlikeli bir görevdir.

Organize suçlarda ve bazen diğer suçlarda da tanıkların etkili bir biçimde korunması gerekir. Aksi takdirde insanlar tanıklık yapmaktan kaçınacaklardır.

Tanığın korunması zorunluluğu; bazı ceza muhakemesi ilkelerinin sınırlandırılmasını, sanığın bazı haklarının kısıtlanmasını ve ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılması amacıyla kısmen vazgeçilmesini gerektirebilmektedir.

Türk hukukunda çeşitli hükümlerle tanıklar korunmaya çalışılmaktadır. Ayrıca CMUK tasarısı ile de bu konuda ayrıntılı düzenlemeler getirilmektedir. Bu çalışmada, tanığın korunmasına yönelik bu hükümler değerlendirilmektedir.

Arama Kavramları: Delil, Tanık, Tanık Delili, Tanığın Korunması.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Zeugenaussage hat im Strafprozess nachwie vor einen hohen Beweiswert. Jedoch stellt diese Beweisart ein umständliche und gleichzeitig eine gefährliche Pflicht dar.

Bei organisierten Straftaten und manchmal auch bei anderen Delikten ist es erforderlich, dass den Zeugen wirkungsvoller Schutz gewährt wird. Ansonsten werden die Menschen sich vor der Erfüllung ihrer Zeugenaussagepflicht scheuen.

Die Notwendigkeit des Zeugenschutzes kann zum Teil die Einschränkung von manchen Strafprozess-Grundsätzen, die Beschneidung gewisser Rechte des Angeklagten zur Folge haben, wenn zur Erreichung des Zieles der materiellen Wahrheit dient.

Das türkische Rechtssystem kennt verschiedene Vorschriften, die den Zeugenschutz gewährleisten sollen.

Im Übrigen sieht auch die CMUK - Gesetzesvorlage detaillierte Regelungen zu diesem Thema vor. Inhalt der vorliegenden Arbeit ist unter anderem auch die Auswertung dieser Vorschriften zum Thema Zeugenschutz.

Suchbegriffe: Beweis, Zeuge, Zeugenbeweis, Zeugenschutz.

I. GİRİŞ

Suçlulukla mücadele ya suç işlenmesinin önlenmesi şeklinde ya da ceza muhakemesi vasıtasıyla; suç işlendikten sonra suçluların ortaya çıkarılıp yargılanmaları ve cezalandırılmaları yoluyla olur.

Ceza muhakemesi yoluyla suçlulukla mücadele bir ispat ameliyesi sonucunda gerçekleşir. Suç işlediği iddia edilen kişilerin gerçekten suçlu olup olmadıkları, suçlu iseler ne şekilde cezalandırılacakları hususları ancak delillere dayanılarak belirlenebilir. Bu noktada tanık açıklamaları, bütün zaaflarına¹⁶⁹ rağmen, önemli bir delil çeşididir. Ancak bu delilden yararlanabilmek için, tanıklık yapacak insanların bulunması, kişilerin tanıklıktan kaçınmaması gerekir. Oysa tanıklık, bir yandan külfetli, tahammülü zor bir kamu görevi, diğer yandan da son derece tehlikeli bir iştir¹⁷⁰. Tanıkların korunamaması; tanıklık yapanların, özellikle de yapma ihtimali bulunanların susturulma tehlikesi altında bulunmaları veya susturulmaları, bu kamu görevini tehlikeli bir iş haline getirmekte ve organize suç muhakemelerinde tanık bulmayı adeta imkânsızlaştırmaktadır¹⁷¹.

Özellikle organize suçlulukla mücadele etmenin yollarından biri, tanıkların etkili bir şekilde korunmasının mutlaka sağlanmasıdır. Bununla birlikte, tehlike altında bulunan tanıklar sadece terör suçları (siyasi mafya) ve ekonomik suçların (ekonomik mafya) tanıklarından ibaret değildir. Bu nedenle, tanık koruması sadece bu tür özel alanlarla sınırlı kalmamalı, CMUK (2002) Tasarısında olduğu gibi, genel bir düzenlemeyle, tehlike altındaki tüm tanıklar için uygulanabilir hale getirilmelidir. Ancak CMUK Tasarısındaki düzenleme de yeterli olmaktan uzaktır.

Tanığın korunmak zorunda olması, ispat hukuku ile ilgili bazı ceza muhakemesi ilkelerinin (örneğin vasıtasızlık, yüze karşılık) sınırlandırılması, sanığın haklarının kısıtlanması, mahkemelerin maddi gerçeğe ulaşmasından kısmen feragat edilip edilmediği hususlarında tartışmalara yol açmaktadır. Ceza muhakemesi sistemi, çözümü çok kolay olmayan bu hususları makul bir biçimde dengelemek, sözü edilen bu ilke ve yararlardan birini diğerine açıkça feda etmemek zorundadır.

II. TEHLİKE DOLAYISIYLA TANIĞIN KORUNMASI

¹⁶⁹ • Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bu konuda bkz. **Erem**, Faruk, Adalet Psikolojisi, 8. Bası, Ankara 1988, s. 351 vd.

¹⁷⁰ **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa/ Ruhan/**Özbek**, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2002, s. 718

¹⁷¹ **Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 718

Ceza muhakemesinde fonksiyon ifa eden kişiler arasında en alt sırada olanı tanıktır¹⁷². Tanık bir suje değil, bir ispat aracıdır; tanıklık külfetli bir kamu görevidir ve kural olarak tanık açıklamada bulunmak yükümlülüğü altındadır. Ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmesi tanık veya yakınları açısından bazen bir tehlike arz edebilir¹⁷³. Bu durumla özellikle örgütlü suçluluk alanında karşılaşılabilir¹⁷⁴. Bir örgüt dışında olup bilgi aktaran informant, örgüt içinde bulunan ve genellikle kriminel alandan olan bir güvenilir kişi veya örgüt içine sokulan bir güvenlik görevlisi olan gizli soruşturmacı olarak koğuşturma makamları ile işbirliği halinde olan bu kişilerin kimliğinin açığa çıkması, artık bunlardan bir daha yararlanılamaması ve genellikle bu kişilerin yaşamlarının tehlikeye düşmesi ile sonuçlanacaktır¹⁷⁵. Ayrıca, koğuşturma makamları ile düzenli olarak işbirliği içinde olmayan ve bir örgüt içinde de bulunmayan, fakat ifade vermesi halinde tehlike ile karşılaşabilecek olan bir tanık da sözkonusu olabilir¹⁷⁶.

Bu gibi durumlarda, bir yanda tanığın bedeni ve hayatının korunması şeklindeki bireysel yarar, diğer yanda ise suçların koğuşturulup gerçek suçluların ortaya çıkarılmasındaki toplumsal yarar karşı karşıya gelmektedir. Bu arada, sanığın haklarının da (özellikle İHAS m. 6/3-d hükmünün) hatırlanması gerekir. Ayrıca, tanığın korunması halinde sadece tanığın bireysel yararı sözkonusu olmamakta, dolaylı da olsa,

¹⁷²) **Weigend**, Thomas, Empfehlen sich gesetzliche Aenderungen, um Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozessrecht besser vor Nachteilen zu bewahren?, Verhandlungen des 62. deutschen Juristentages Bremen 1998, Band I (Gutachten), Teil C, München 1998, s. 1

¹⁷³) Gbi. bkz. **Şahin**, Cumhuriyet, Organize Suçlulukla Mücadele ve Tanığın Korunması, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Yıl: 2, Sayı: 10, s. 690 vd. Organize suç ve bu suçlarda tanığın korunması konularında uluslararası çalışmalar için bkz. **Dönmezer**, Sulhi, Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri, 5-8 Nisan 2000 tarihlerinde İzmir Barosu tarafından düzenlenen Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar-Bildiriler-Tartışmalar-Belgeler, İzmir 2000, s. 539 vd.

¹⁷⁴) **Erdem**, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması, İzBD 1995/3, s. 53 vd.; **Rebmann**, Kurt/**Schnarr**, Karl Heinz, Der Schutz des gefaehrdeten Zeugen im Strafverfahren, NJW 1989, s. 1186; **Gössel**, Karl Heinz, Zeugen- und Opferschutz im deutschen Strafprozess, Neue Erscheinungsformen der Kriminalitaet in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozessrecht, Deutsch-polnisches Strafrechtskolloquium Bialystok/Rajgrad 12.-17. September 1995, Hrsg. Von Hans Joachim Hirsch / Piotr Hofmanski / Emil W. Plywaczewski / Claus Roxin, Bialystok 1996, s. 414

¹⁷⁵) **Zacharias**, Klaus, Der gefaehrdete Zeuge im Strafverfahren, Berlin 1997, s. 91 vd.; **Wetterich**, Paul, Verwertung vertraulicher Informationen – Einige forensisch-kriminalistische Bemerkungen, FS - Middendorf, Bielefeld 1986, s. 281; **Beulke**, Werner, Strafprozessrecht, 3., Neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1998, § 21, Rn 425

¹⁷⁶) **Weigend**, 62. DJT, s. 27

toplumsal yarar da ayrıca bulunmaktadır. Çünkü gizli kalması gereken bir bilgi kaynağı açığa çıkarılmakla artık ondan bir daha yararlanılamayacak ve böylece Devlet, daha sonraki suçlulukla mücadele faaliyetinde zaafa uğrayacaktır. Kaldı ki, vatandaşını hukuk dışı müdahalelerden korumak da Devletin görevidir¹⁷⁷.

III. TANIĞIN KİMLİĞİNİN GİZLİ TUTULMASI SORUNU

Gizli soruşturmacı, güvenilir kişi ya da muhbir olarak koğuşturma makamları ile işbirliği içinde olması nedeniyle tehlikeye muhatap olan tanıklar açısından, genellikle, tanıklık etme yükümlülüğünün bir istisnası ortaya çıkarılmıştır. Ayrıca, bu kişilerin korunabilmeleri amacıyla kimliklerinin ve adres bilgilerinin gizli tutulması imkânı, hukukumuzda çeşitli düzenlemelerle kabul edilmiş bulunmaktadır.

Tanığı gizli tutmanın hukuka uygun olup olmadığı ve hukuki dayanağı konusunda hakim görüş, CMUK m. 88 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Aslında CMUK'nun 88. maddesi, belgelerin açığa çıkmasından (gösterilmesi ve verilmesinden) kaçınabilme imkânını düzenlemektedir.

Buna göre, mahkemenin tanıktan bilgi talep edecek olması, tanığın kim olduğunu ve adresini bilmesini de gerektirmez. Bu nedenle mahkeme, mensup olduğu makamdan tanığın kimliğini talep etse bile, bu makam, CMUK m. 49 uyarınca bu konuda bilgi vermekten kaçınabilir. Böylece tanığın mahkeme tarafından ifade vermek için celbi de engellenmiş olmaktadır¹.

Genellikle kabul edilen, bir kişinin hayatına veya bedenine yönelik bir tehdit de, CMUK m. 88 anlamında “memleketin selametine zarar verecek” bir durumdur². Ayrıca, kimliği açığa çıkacağı için bu kişinin daha sonra araştırmacı veya muhbir olarak kullanılamayacak olması da

¹⁷⁷) **Zacharias**, s. 116 vd.

¹) **Beulke**, § 21, Rn 426

²) **Taschke**, Jürgen, Die behördliche Zurückhaltung von Beweismitteln im Strafprozess, Frankfurt am Main ua. 1989, s. 55 vd.; **Systematischer Kommentar** zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Gesamtedaktion: Hans-Joachim Rudolph, Neuwied ua. 1998, vor § 48, Rn 80; **Alternativ Kommentar**, Kommentar zur Strafprozessordnung, Reihe Alternativkommentare, Gesamtherausgeber: Rudaolf Wassermann, Band 2 Teilband 1, Neuwied 1992, § 96, Rn 22; **Karlsruher Kommentar**, § 96, Rn 3; aksi görüşte **Eisenberg**, Ulrich, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 2., wesentlich erweiterte und vollsataendig überarbeitete Auflage des Buches “Persönliche Beweismittel in der StPO”, München 1996, Rn 1036; **Lüderssen**, Klaus, Zur “Unerreichbarkeit” des V-Mannes, FS-Klug, Band II, 1983, s. 531; **Kleinknecht/Meyer-Gossner**, § 96, Rn 7

memleketin selametinin zarar görmesi olarak kabul edilmektedir³. Bu nedenle, aynı hükmün, kimlik ve adres konusunda bilgi istenmesi halinde de uygulanabilmesi istenmektedir. Böylece, tanığın kimliğinin açıklanmasından kaçınma konusunda o dairenin en yüksek amiri yetkili olmaktadır. Daha alt bir birim bilgi vermekten kaçınırsa, mahkeme en üst idari makamın kararını almak zorundadır. Bilgi verilmesi talebinin reddedilmesinin şartı ise, o bilginin açığa çıkmasının Devlet aleyhine sonuç doğuracak olmasıdır⁴.

Resmi makamlar, bilgi kaynağının gizli tutulmasını belirli şartlara bağlı kılabilirler. Bu durum uygulamada “basamak teorisi” (Stufentheorie) olarak ifade edilmektedir⁵. Buna göre, ilk basamak; tanığın kimliğinin, adresinin gizli tutulması veya gizli duruşmada dinlenmesidir. İkinci basamak, istinabe yoluyla veya naip hakim aracılığıyla tanığın ifadesinin alınmasıdır. Üçüncü basamak ise, duruşmada dinlenilmesinden tamamiyle vazgeçilerek, polisin aldığı ifade tutanağının okunması ya da genellikle ifadeyi almış olan polis memurunun tanık sıfatıyla dinlenmesidir. Fakat hangi yol uygulanırsa uygulansın, asıl tanığa sanığın hiç olmazsa yazılı olarak hazırladığı bir soru kataloğu yöneltmesi sağlanmalıdır⁶. Ayrıca, idari makam, gerçeğin araştırılmasındaki adli yarara en az zarar verecek olan basamağı seçebilir. Seçimin gerekçelerinin de ortaya konması gerekir. Böylece mahkeme, idari makamın gerekçelerini, gizlilik kararının keyfi olup olmadığını ve açık hataları kontrol edebilmelidir⁷. Tanığın kimliği gizli tutulur ve mahkeme kendi araştırmaları ile de bu konuda bir sonuca ulaşamazsa, artık elde edilmesi mümkün olmayan, erişilebilir nitelikte bulunmayan

³) **Arloth**, Frank, Neue Wege zur Lösung des strafprozessualen “V-Mann-Problems”, NStZ 1993, s. 468; **Eisenberg**, Rn 1038; **Hilger**, Hans, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG, 2. Teil, NStZ 1992, s. 524; **Vitt**, Elmar, Das Erfordernis weiteren Einsatzes einer V-Personen als Grund für eine Sperrerklaerung analog § 96 StPO, Jura 1994, s. 17; **Zacharias**, s. 302 vd.; **Kleinknecht/Meyer-Gossner**, § 96, Rn 13; § 110 b, Rn 8; karşı görüşte **Janssen**, Gerhard, § 110 b Abs. 3 S. 2 StPO, - Ein Schlag gegen die “Waffengleichheit”, StV 1995, s. 275

⁴) **Grünwald**, Gerald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, Baden-Baden 1993, s. 121. 1965 tarih ve 644 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununu yürürlükten kaldıran 1.11.1983 tarih ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri Ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun tanıklığı düzenleyen 29. maddesine göre; görevin gizliliği ve Devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı hallerde MİT mensuplarının tanık olarak dinlenebilmesi MİT müsteşarının iznine bağlıdır.

⁵) Bkz. **Lesch**, Heiko H., V-Mann und Hauptverhandlung, - Die Drei-Stufen-Theorie nach Einführung der § 68 III, 110 b III StPO und 172 Nr. 1 a GVG, StV 1995, s. 542 vd.; **Systematischer Kommentar**, § 251, Rn 58 vd.; **Beulke**, § 21, Rn 427; BGHSt 33, 83 vd.; 34, 15 vd.; 36, 159 vd.

⁶) BGH, StV 1993, s. 171 (**Beulke**, § 21, Rn 427)

⁷) BVerfGE 57, 288; BGHSt 36, 163 (**Beulke**, § 21, Rn 428)

bir delil söz konusu demektir ve bu durumda ifade tutanağının okunması veya ifade almış görevlinin dinlenmesi gibi dolaylı delillere başvurulabilir⁸.

Uygulamada, güvenlik makamlarının önemli tanıkların kimliğini açıklamayarak mahkemenin elinden olayı aydınlatma imkânını büyük ölçüde alma girişimleri zorlaştırılmaya çalışılmaktadır⁹. Buna göre, üst makam bir tanık hakkında CMUK 88. maddenin kıyasen uygulanıp uygulanmayacağına, yani tanığın kimliğinin mahkemeye bildirilip bildirilmeyeceğine karar verirken, yargılamanın gerçeğe uygun şekilde sonuçlandırılmasıdaki kamusal yararı da göz önünde bulundurmaya zorundadır. Ayrıca mahkeme de, idarenin, “ülkenin selameti” gibi genel ve soyut açıklamaları ile yetinmemeli, idareden mümkün olduğunca ayrıntılı bir gerekçe talep etmelidir. Keza, böyle bir tanığın verdiği ve ancak dolaylı yollardan duruşmaya getirilebilen bilgiler ihtiyatla değerlendirilmeli ve başka “önemli delillerle” desteklenmediği sürece bir mahkûmiyet kararının esasını teşkil edememelidirler¹⁰.

Uygulamanın almaya çalıştığı bütün bu tedbirlere rağmen, idari makamlar lehine olan dengenin bozulabilmesi ve bu makamların, mahkemelerin gerçeğe ulaşma çabalarına yönelik müdahalelerinin tam olarak önüne geçilebilmesi zordur. Çünkü ilgili idari makamların kendi değer ölçüleri bir yargılama makamınıninkinden farklıdır ve önceliğe sahiptir. Mahkeme ne kadar bilgi talep ederse etsin, ilgili makam kendi anlayışında ısrarcıdır ve mahkeme, ancak ilgili makamın istediği kadar bir bilgi elde edebilecektir¹¹.

Kurumun en yüksek amiri tanığın kimliği ve adresi konusunda bilgi vermektense, haklı veya haksız olarak, kesinlikle kaçınıyorsa ve mahkeme başka bir biçimde bu konuda bilgi edinememişse, artık bu engeli aşması mümkün değildir. Bilgi verilmemesi halinde sanık tarafından kanun yoluna gidilip gidilemeyeceği ve bunun idari yargı da mı yoksa adli yargıda mı görüleceği hususu açık değildir¹². Bu nedenle, gizlilik konusundaki kamusal yarar kararının hukukiliğini ve yerinde, doğru olup olmadığını kontrol imkânı çoğunlukla bulunmamaktadır¹³.

⁸) Farklı yönde İHAM, van Mechelen/Hollanda, StV 1997, s. 617

⁹) Bu konuda bkz. **Weigend**, 62. DJT, s. 39 vd.

¹⁰) BVerfGE, 57, 283, 288 vd.; BGHSt, 17, 386; 32, 122; 33, 181 vd.; 34, 15

¹¹) Bu nedenle, mahkemenin bu tür bilgi talebiyle yaptığı yazışmalar sonuçsuz kalmaya mahkûmdur (**Backes**, Otto, Abschied vom Zeugen vom Hörensagen, FS-Klug, Band II, 1983, s. 449)

¹²) Adli yargıda görüleceği yönünde BVerfG, NJW 1984, s. 2233; NJW 1987, s. 202; idari yargıyı yetkili gören BayVerwG München, NSTz 1992, s. 452 (**Grünwald**, s. 122)

¹³) **Grünwald**, s. 122

Yürütmenin bu engellemesi nedeniyle asıl tanığın dinlenmesi mümkün olmadığında mahkemenin ne yapacağı hususu tartışmalıdır. Alman uygulamasına göre, öncelikle, maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğünün bir gereği olarak, doğrudan tanığın mahkeme huzuruna getirilmesi denenmelidir. Yetkililerin tanığın kimliğini bildirmekten kaçınmaları ya da bir memurun tanıklık etmesinin yasak olduğunun bildirilmesi halinde, bunun yasal bir dayanağının olması gerekir. Gerekirse mahkeme bir üst makama başvurup, güvenilir kişinin, kimliği anlaşılmayacak şekilde vücudu gizlenerek ve sesi değiştirilmek suretiyle dinlenmesini talep etmelidir¹⁴. Resmi makamların güvenilir kişinin kimliğini keyfi olarak, açıkça hukuka aykırı bir biçimde veya sebep göstermeksizin açıklamaları halinde, dolaylı tanığın dinlenmesi hukuka aykırıdır¹⁵. Buna karşılık, bütün bu şartlar yerine getirilmişse, artık asıl tanık “erişilemeyen tanık” olarak nitelenir ve asıl delilin kullanılmadığı bu gibi durumlarda, daha az değerinde olan eldeki mevcut delillere başvurulması kural olarak hukuka uygun ve aynı zamanda da re’sen araştırma yükümlülüğü açısından zorunludur¹⁶. Bu durumda, tutanakların veya yazılı açıklamaların okunmasını, ortadan kaldırılamayan bir engel nedeniyle belirsiz bir süre tanığın duruşmada hazır bulunmasının mümkün olmaması (Alman CMUK m. 251/2) şeklindeki hükmün uygulanması olarak nitelendirilmektedir¹⁷. Alman Anayasa Mahkemesi de bu içtihadı anayasaya uygun görmüştür¹⁸. Ayrıca, tanığın duruşmada bizzat ifade vermesi onun daha sonra muhbir sıfatıyla kullanılabilmesini engelleyebilecek ise, bu durumda da onun bizzat dinlenmesinden vazgeçilmekte ve dolaylı delillerle yetinilmekte idi¹⁹. Bununla birlikte bir kısıtlama getirilmişti ve uzunca bir süre de geçerli sayılmıştı: Eğer idarenin gizleme kararı hukuken hatalı olduğu anlaşılabilir ya da hiçbir gerekçeye dayanmıyorsa, mevcut dolaylı delillere başvurulması kabul edilmemekte idi. Ancak Alman Yargıtay’ı bu görüşünü 1989 yılında değiştirdi. Buna göre, idare bir tanığın duruşmada dinlenmesini haksız olarak engellese bile, bu engelleme “keyfi” ya da hukuken “açıkça hatalı” olmadığı sürece, mahkeme, asıl tanığın ifade

¹⁴) Bkz. **Schroeder**, Friedrich-Christian/**Şahin**, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesinde “Dürüst Yargılama” İlkesi (Çeviri), SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, 1996/1-2, C. 5, s. 278

¹⁵) **Hettinger**, Michael, Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart, Heidelberg 1997, s. 94; BVerfGE 57, 290; BGH 29, 111

¹⁶) BGHSt 17, 387

¹⁷) Benzer bir düzenleme CMUK (2002) Tasarısında da yer almakta (m. 219/1-2) ve bu durumda, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş bulunan tutanağın okunmasıyla yetinilebileceği belirtilmektedir.

¹⁸) BVerfGE 57, 250

¹⁹) BGHSt 33, 92

tutanağı veya yazılı açıklaması ya da onun ifadesini almış olan görevlinin tanık olarak dinlenmesi gibi dolaylı delilleri kabul etmek zorundadır²⁰. Bununla birlikte, olası delil elde etme metodları arasında en kötüsünün kimlik gizlenerek yapıldığı ve buna son çare olarak başvurulması gereği de ifade edilmektedir²¹. Bu nedenle, tanığın sanık veya onun müdafii ile karşılaşmasına idarece izin verilmediği durumlarda, mahkeme tarafından veya istinabe olunan mahkeme ya da naip hakim yoluyla ve fakat sanık ve müdafinin yokluğunda tanığın dinlenmesinin, onun kolluk tarafından veya diğer güvenlik birimlerince ifadesinin alınmasından her zaman daha iyi olduğu belirtilmektedir²².

Tanığın ses ve görüntüsü değiştirilerek ifade alma işleminin, sadece, gizli soruşturmacı veya güvenilir kişinin polis tarafından bilgi kaynağı olarak kullanılmaya devam edebilmesi amacıyla yapıp yapılamayacağı hususu tartışmalıdır²³. Bilgi kaynağının gizli soruşturmacı olması halinde buna olumlu cevap verilmektedir. Gerekçesi ise, bu kişinin bu amaçla eğitimi, hazırlanması ve örneğin örgüt içine sokulup belli bir noktaya gelebilmesi çok uzun bir çalışma sonucunda olmaktadır. Bu hususlardaki güçlük, tanığın kimliğini tespitiye yönelik sorular sorma şeklindeki savunma hakkını kısıtlamayı haklı göstermektedir. Buna karşılık, güvenlik görevlisi konumunda olmayan, sadece geçici olarak polise bilgi ulaştırılan özel muhbir sözkonusu olduğunda, savunma makamının, tanığın kişiliğini tam olarak öğrenebilme şeklindeki hakkı öncelik kazanmaktadır²⁴.

Kimlik veya adres konusunda bilgi vermemenin bir gerekçesi olarak, bu kişinin suçlulukla mücadelede polis veya devletin diğer güvenlik birimleri için çalıştığı ve bu alanda kullanılmaya devam edebilmesi için bu gizliliğin gerekli olduğu söylenebilir. Tanığın gizli tutulmasının bir diğer nedeni de, bu bilgi veren kişinin öç alma girişimlerinden korunması olabilir²⁵. Bundan başka, idarenin, bilgi kaynağının kişilik olarak güvenilir olup olmadığını kontrol imkânını mahkemeye vermek istemediği de ifade edilmektedir. Zira idare, tek taraflı bir bilgi akışı yoluyla mahkemeye kendi değerlendirmesini (yorumunu, hükmünü)

²⁰) BGHSt 36, 159

²¹) BGHSt 33, 70; 36, 159

²²) Bkz. **Grünwald**, s. 125

²³) Ayrıca böyle bir durumda, estetik değişikliğe tabi tutulmuş bir kişinin eski ortamında bilgi kaynağı olarak faaliyetine devam edebilmesi mümkün olmayacak ve ancak başka bir bölgede veya alanda kendisinden yararlanılabilecektir (Bkz. **Weigend**, 62. DJT, s. 43)

²⁴) Bkz. **Weigend**, 62. DJT, s. 43 vd.

²⁵) **Grünwald**, s. 121

empose etmek istemektedir²⁶. Bu durumun maddi gerçeğin araştırılması ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır²⁷. Keza idare, kimliği gizlenen tanığın vermiş olduğu ifadenin değişmeden kalmasını istemektedir ve bu nedenle tanığın mahkeme tarafından dinlenmesini ve savunma makamı ile yüzleşmesini engellemektedir²⁸. Bu durumda savunma makamı tanığa soru sorma ve ifadesinin doğruluğunu kontrol ettirebilme imkânını kaybetmektedir²⁹.

IV. KORUNAN TANIĞIN İFADESİNİN SAVUNMA HAKKI KARŞISINDA DEĞERİ

Kimliği gizli tutulan bir tanığın bildirdiklerinin dolaylı yollarla muhakemeye dahil edilmesine bazı itirazlar yöneltilmekte ve bunlar asıl olarak iki noktada toplanmaktadır: İlki, ikame delillerin güvenilirliğinin az oluşudur. Gerçekten, duruşmada ifade vermesine idarece izin verilmemiş olan kişilerin beyanları, savcı veya kolluk tarafından duruşma öncesinde yapılan dinlemeler sonucu alınmış ifadelerden daha yüksek oranda bir hatalı karara yol açacak niteliktedir. Zira hazırlık soruşturmasında kolluk veya savcıda ifade vermiş ve fakat daha sonra ölmüş veya başka bir nedenle erişilemez hale gelmiş olan tanık, bu ifadeyi verirken; yalan beyanda bulunmasının suç olduğunu, mahkemede bu ifadesini tekrarlayacağını, mahkemece ve savunma makamı tarafından kendisine bir takım sorular yöneltileceğini, diğer tanıklarla yüzleştirileceğini bilerek hareket etmektedir. Buna karşılık kimliği gizlenen tanık, bu tür karşılaştırmalara muhatap olmayacağını bilmektedir. Yine bilmektedir ki, kendi şahsıyla ilgili olan ve koğuşturulan suça ya da başka bir suça karışmış olmasından, güvenlik birimlerine bağımlılığından kaynaklanabilecek birtakım güvenilirliğini azaltıcı hususlar mahkemeden gizlenecektir veya mahkeme bu husustaki bilgilere kendisi ulaşamayacaktır. Bunların rahatlığı içinde olan tanık kendisini doğru ifade vermekle yükümlü saymayabilecektir³⁰.

Dolaylı delillerin güvenilmez oluşundan, zorunlu olarak, bunların değerlendirilmesinin hukuka aykırı olduğu sonucu elbette çıkarılamaz. Bu nedenle, daha iyi delile ulaşamadığında, gerçeğe ulaşmak noktasında bir tehlike arzetsen bile, eldeki ile yetinmek ve gerektiğinde

²⁶) Weigend, 62. DJT, s. 39; Grünwald, s. 121

²⁷) Weigend, 62. DJT, s. 39

²⁸) Grünwald, s. 121

²⁹) Weigend, 62. DJT, s. 39

³⁰) Grünwald, s. 123

daha kötüsünü, daha az güvenilir olanını da değerlendirmek gerekmektedir³¹.

Kimliği gizlenen tanığın verdiği bilgilerin duruşmaya dolaylı yollarla getirilmesine yöneltilen ikinci itiraz ise savunma hakkını kısıtladığı noktasındandır. Buna göre, idare bir kişinin duruşmada hazır bulunarak bizzat ifade vermesini engeller ve bunun sonucu olarak mahkeme, o kişinin açıklamalarını dolaylı yollardan duruşmaya getirirse, bu durumda Devlet, savunma makamının elinden, ifade alma sırasında hazır bulunma ve tanığa sorular sorabilme hakkını alarak, gerçeğe ulaşmada savunma makamının iştirak imkânını azaltmış olmaktadır. Oysa bu hazır bulunma ve gerçeğe işbirliği halinde ulaşma hakkı hem kanun tarafından hem de İHAS tarafından savunma makamına tanınmış bulunmaktadır³².

Önemli iddia tanıklarının kimliğinin tamamıyla gizli tutulması ve sadece bunların ifade tutanaklarının okunmasının İHAS'nin ilgili düzenlemesi ile bağdaştırılabilmesi zordur³³. Bu durumda müdafinin bir soru listesi yoluyla sorular sorması düşünülebilirse de³⁴, karmaşık ve çoğunlukla verimli olmayan bu uygulamada, tanığın kimliğini dolaylı yoldan belirleyebilmeye yönelik kimi sorulara, kimliğin açığa çıkmasının tanık açısından doğuracağı tehlikeden dolayı cevap verilmemek suretiyle savunma makamının soru sorma-sordurma hakkı etkisiz kılınabilecektir³⁵.

Bir görüşe göre, İHAS m. 6/3-d anlamında iddia tanığından anlaşılması gereken, isimsiz tanığı dinleyen memurdur. Buna göre, kimliği gizli kalan kişi iddia tanığı olamaz, zira bu kişi hiçbir zaman bir tanık olarak yargılamaya dahil edilmemektedir. Keza, bu kişinin ifade tutanağının veya yazılı açıklamasının okunması durumunda da kesinlikle bir iddia tanığı söz konusu değildir³⁶. İHAS'nin ilgili hükmünün koruma fonksiyonunu etkisiz hale getirecek olan bu yorum şekline İHAM'nin yeni bazı kararlarında da rastlamak mümkündür. Buna göre,

³¹) Grünwald, s. 123 vd.

³²) İHAS m. 6/3-d uyarınca söz konusu olan bu hak, ayrıca, istinabe yoluyla ülke içinde ve yurt dışında tanık dinlenmesi halinde de geçerli kabul edilmektedir. Bkz. **Internationaler Kommentar** zur Europaeischen Menschenrechtskonvention von Golsong / Karl / Miehsler / Petzold / Rogge / Vogler / Wildhaber, Redaktion: Wolfram Karl – Herbert Miehsler, Köln ua. 1986, Rn 553 vd.

³³) Joachim, Norbert, Anonyme Zeugen im Strafverfahren, - Neue tendenzen in der Rechtsprechung, StV 1992, s. 245; **Systematischer Kommentar**, vor § 48, Rn 89; Backes, FS-Klug, s. 456

³⁴) Weigend, 62. DJT, s. 41

³⁵) Böyle bir durumda tanığın algılamalarının muhakemeye dahil edilemeyeceği yönünde Zacharias, s. 314 vd.

³⁶) BGHSt 17, 388

Sözleşme'nin 6/3-d hükmü anlamında tanık olarak, açıklamaları duruşmaya sadece dolaylı olarak ileten kişiler de anlaşılabilir³⁷. Nitekim Divan'ın bazı kararlarında, “tanık” ve tanık beyanı” kavramları, ulusal mevzuat ve düzenlemelerde taşıdığı anlamlardan bağımsız, otonom kavramlar olarak kabul edilmektedir³⁸.

İHAS m. 6/3-d'ye göre, sanık, iddia tanığına soru sormak veya sordurmak hakkına sahiptir. İHAM bu hükmün uygulanması bakımından kesin bir kural koymaktan şimdiye kadar kaçınmış ve kararlarında daha ziyade, somut durumda sanığın adil yargılanma hakkının sağlanıp sağlanmadığını araştırmıştır³⁹. Önceki kararlarında İHAS m. 6/3-d hükmünü İHAS m. 6/1'den ayrı ve müstakil olarak ele alıp inceleyen İHAM, 1984 tarihli Unterpertinger/Avusturya kararı ile birlikte, bu iki hükmü birlikte yorumlayarak sonuca ulaşmaya başlamıştır⁴⁰. Böylece İHAM bu tarihten sonraki kararlarında, Sözleşme'nin 6/I. maddesi ile bağlantılı olarak ancak 6/3-d hükmünün ihlâl edildiğini belirtmiştir⁴¹. Buna göre, kimliği gizli tutulan tanığın dinlenmesi sırasında müdafî hazır bulunmuşsa, 6/3-d hükmü ihlâl edilmemiştir⁴². Yine İHAM'ne göre, sadece tanığın ifadesini almış olan memura değil, “gerçek” tanığa soru sorma-sordurma hususunda “uygun ve elverişli” bir imkânın sanığa sağlanması zorunlu olup, bu imkânın yazılı olabilmesi sadece hazırlık soruşturmasında kabul edilebilir⁴³. Bununla birlikte, tanığı görmeksizin, dolaylı biçimde sanığın soru sorması-sordurması, ancak son çare olarak mümkündür⁴⁴.

³⁷) İHAM, StV 1990, s. 481; StV 1992, s. 499 (Grünwald, s. 124)

³⁸) Bkz. **Gölcüklü**, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde “Adil Yargılama”, AÜSBFD 1994/1-2, C. 49, s. 227 vd.; **Gölcüklü**, Feyyaz/**Gözübüyük**, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Bası, Ankara 2002, s. 308; **Schroeder/Şahin**, SÜHFD 1996/1-2, C. 5, s. 278

³⁹) **Frowein**, Jochen Abr./**Peukert**, Wolfgang, Europaeische Menschenrechts- konvention, EMRK-Kommentar, 2., vollstaendig neu bearbeitete Auflage unter Berücksichtigung des 11. ZP zur Gründung eines staendigen Gerichtshofes, Kehl ua. 1996, Artikel 6, Rn 172;

⁴⁰) **Krauss**, Katharina, V-Leute im Strafprozess und die Europaeische Menschenrechts-konvention, Freiburg im Breisgau 1999, s. 57, 62 vd.

⁴¹) Örneğin Kostovski/Hollanda, StV 1990, s. 481; Windisch/Avusturya, StV 1991, s. 193; Lüdi/İsviçre, StV 1992, s. 499; van Mechelen/Hollanda, StV 1997, s. 617; Delta/Fransa, ÖJZ 1991, s. 425; Asch/Avusturya, EuGRZ 1992, s. 474; Artner/Avusturya, EuGRZ 1992, s. 476

⁴²) Doorson/Hollanda, ÖJZ 1996, s. 715

⁴³) Kostovski/Hollanda, StV 1990, s. 482; Lüdi/İsviçre, StV 1992, s. 500

⁴⁴) van Mechelen/ Hollanda, StV 1997, s. 619

İHAM'nin kararlarına göre, sanığın adil yargılanma hakkı ve silahlarda eşitlik ilkesi sağlanmak kaydıyla, duyduğunu söyleyen kişinin tanıklığı ya da tanığın önceki ifade tutanaklarının okunması İHAS'ne aykırı değildir. Böylece Divan, tanıkların dinlenmesinde hak eşitliği ile ilgili olan İHAS m. 6/3-d hükmünü, adil yargılama genel kuralı içinde yer alan silahların eşitliği ilkesinin bir uzantısı olarak kabul etmektedir⁴⁵. Gerçekten, İHAM'ne göre, “muhakemenin bütünü” bakımından, delillerin tartışılmasının adil şekilde yapılıp yapılmadığı, sanığı iddia makamına göre daha elverişsiz ve kendini savunmasız durumda bırakıp bırakmadığına bakmak gerekir⁴⁶. Tanığın daha önceden kolluk, savcı, sorgu hakimi önünde yaptığı açıklamalar konusunda, kimliği gizlenen tanıkların veya tanığın önceki ifadesine dair tutanakların duruşmada okunması halinde, sanığın savunma hakkı çiğnenmemiş, yani koğuşturmanın veya yargılamanın herhangi bir safhasında tanığa soru yöneltme (yüzleşme) veya onun beyanlarını çürütme imkânına sahip kılınmış olması kaydıyla, Sözleşme'ye aykırılık bulunmamaktadır. Sanığa, tanık beyanlarını tartışıp çürütmek, tanığa gerekli soruları gerekli zamanda ve uygun şekilde yöneltmek imkânı verilmesi halinde Sözleşme'nin 6/3-d maddesi ihlâl edilmemektedir⁴⁷. Savunma hakkı,

⁴⁵) Bkz. **Peukert**, Wolfgang, Die Garantie des “fair trial” in der Strassburger Rechtsprechung, Die Auslegung des Art. 6 EMRK durch die Organe der europaeischen Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1980, s. 266; **Guradze**, Heinz, Die Europaeische Menschenrechtskonvention, Konvention zum Schutze des Menschenrechte und Grundfreiheiten nebst Zusatzprotokollen, Kommentar, Berlin ua. 1968, s. 109; **Braitsch**, Thomas, Gerichtssprache für Sprachkundige im Lichte des “fair trial”, -Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum geltenden Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz unter dem Blickwinkel der europaeischen Menschenrechtskonvention und verfahrensstruktureller Grundprinzipien, Frankfurt am Main ua. 1991, s. 163; **Ernst**, Martina, Die Haltung Deutschlands und Frankreichs zur EMRK unter besonderer Berücksichtigung der Anwendung des Art. 6 Abs. 3 in den beiden Staaten, Frankfurt am Main ua. 1994, s. 259; **K. Krauss**, s. 63, 91 vd.

⁴⁶) **Bischofberger**, Peter, Die Verfahrensgarantien der europaeischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 5 und 6) in ihrer Einwirkung auf das schweizerische Strafprozessrecht, Zürich 1972, s. 165; **Gölcüklü/Gözübüyük**, s. 309

⁴⁷) İHAM, Unterpertinger/Avusturya davasında, polise sanığın gıyabında ifade veren iki tanığın daha sonra tanıklıktan çekilerek duruşmaya katılmamaları üzerine, kendilerinin polise verdikleri ilk ifadeleri okunarak mahkûmiyet kararı verilmesini; Kostovski/Hollanda davasında ise, polise ifade veren ve kimlikleri sanıktan gizlenen iki tanığın duruşmada okunan önceki ifadelerine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmesini, Sözleşme'nin 6/3-d maddesine aykırı bulmuştur. Gereğesi ise; sanığa, tanık beyanlarını tartışıp çürütmek, onlara gerekli soruları gerekli zamanda ve uygun şekilde yöneltmek imkânının verilmemiş olmasıdır (Bkz. **Gölcüklü/Gözübüyük**, s. 309). Ayrıca, İHAM'nin Avusturya ile ilgili bazı kararları hakkında gbi. bkz. **Fuchs**, Helmut, Zur Verwertung polizeilicher Ermittlungen im Strafprozess, Strafrecht,

kural olarak, sanığa, bir iddia tanığının beyanını red ile ona, en geç beyan sırasında, sorular yöneltebilmek için uygun ve yeterli bir fırsatın verilmesini gerektirir⁴⁸.

Bazı kanunlarda açıkça, tehlikedeki tanığın kimliği gizlenerek dinlenmesi imkânı kabul edilmiştir. Örneğin Hollanda CMUK m. 226 a, 226 d'ye göre, sorgu hakimi, iddia ve savunmadan hiç kimse bulunmadan tehlikedeki tanığın ifadesini alabilir. Fakat dinlemenin sonunda savcının ve savunma makamının ifadenin içeriği konusunda bilgilendirilmeleri gerekir. Ayrıca her iki makam da, telekomünikasyon aracılığıyla ve bu mümkün değilse yazılı olarak soru sorup, bilgi alabilirler. İtalyan CMUK m. 147 bis hükmüne göre de, koğuşurma makamları ile birlikte çalışmış olan ya da yeni bir kimlik verilmiş olan tanık, duruşma esnasında mahkeme salonundan televizyon bağlantısı aracılığıyla dinlenebilir. Ayrıca, dinlendiği sürece tanığın yanında, mahkemede görev yapan memurlardan birinin bulunması gerekir. Bununla, doğru kişinin tanıklık yapması garanti edilmek istenmektedir⁴⁹.

V. MEVZUATIMIZDA YER ALAN TANIK KORUMA HÜKÜMLERİ

Tanıklığın külfetli ve bazen riskli bir kamu görevi olmasına rağmen, hukukumuzda tanıkların korunmasına ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır. Sadece bazı özel kanunlarda bu husus düzenlenmektedir.

Strafprozessrecht und Kriminologie, FS-Pallin, Wien 1989, s.81 vd.; **Schwaighofer**, Klaus, Zur Verlesung sicherheitsbehördlicher Vernehmungsprotokolle trotz berechtigter Zeugnisenstschlagung – die Konsequenzen des OGH aus dem Fall Unterprtinger, ÖAnwBl 1988, s. 562 vd.; **Tews**, Günter, Zur Verlesung von Protokollen in der Hauptverhandlung, ÖAnwBl 1987, s. 259 vd.; **Kodek**, Gerhard, Verwertung der Ergebnisse des Vorverfahrens in der Hauptverhandlung, ÖRZ 1990, s. 186 vd.; **Kodek**, Georg E., Das Fragerecht des Angeklagten (Art 6 EMRK) und die Verlesung von Zeugenaussagen, ÖJBl 1988, s. 551 vd.; **Fabrizy**, Ernst Eugen, Die Verlesung von Zeugenaussagen, -Eine rechtshistorische Betrachtung, ÖRZ 1989, s. 26 vd.; **Schmoller**, Kurt, Verlesung früherer Aussagen trotz berechtigter Zeugnisenstschlagung, ÖRZ 1987, s. 192 vd., 210 vd.; **Hock**, Johannes, Die Verlesung von Polizei- und Gendarmerieprotokollen in der Hauptverhandlung im Licht der MRK, ÖJZ 1985, s. 366 vd.; **Schaden**, Michael, Das Fragerecht des Angeklagten, - Art 6 Abs 3 lit d MRK im Spiegel der Rechtsprechung des EGMR, Grundfragen und aktuelle Probleme des öffentlichen Rechts, FS-Rill, Wien 1995, s. 213 vd.; **K. Krauss**, s. 70 vd.

⁴⁸) İHAM'nin 7.7.1989 tarihli Kostovski/Hollanda kararı, StV 1990, s. 481; 26.4.1991 tarihli Asch/Avusturya kararı, EuGRZ 1992, s. 474

⁴⁹) Bkz. **Weigend**, 62. DJT, s. 43, dn. 118

1. Terörle Mücadele Kanunu: 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 20. maddesinde, terör suçları ile ilgili tanıklar ve ihbarcılar için gerekli koruma tedbirlerinin devlet tarafından alınacağı öngörülmüştür. TMK m. 20/2'ye göre ise, bu koruma tedbirleri, talebe bağlı olarak; nüfus kaydı, ehliyet, evlenme cüzdanı, diploma ve benzeri belgelerin, estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi, askerlik işleminin düzenlenmesi, taşınır ve taşınmaz mal varlıklarıyla ilgili haklar, sosyal güvenlik ve diğer hakların korunması amacıyla yapılan düzenlemeleri kapsamaktadır.

2. Pişmanlık Kanunları: Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alan koruma tedbirlerine benzer bir düzenleme, biraz genişletilmek suretiyle, başka özel kanunlarda da görülmektedir. Örneğin, uygulamada Pişmanlık Kanunu olarak bilinen kanunlardan birisi olan ve 1988 tarihinde yürürlüğe girip, birkaç kez ve bu arada 4085 sayılı kanunla 7.3.1995 tarihinden itibaren yeniden uzatılan 3419 sayılı "Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun" burada zikredilebilir. Anılan kanunun 2. maddesi itirafçılarla ilgili olarak şu hükme yer vermektedir: "Bu koruma tedbirleri; estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi, sınav ve sabıka kaydı aranmaksızın eşinin ve kendisinin yurt içinde veya yurt dışında bir işe yerleştirilmesi; ana, baba, eş ve çocukları dahil nüfus kaydı, ehliyetname, evlenme cüzdanı, diploma ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, askerlik işleminin düzenlenmesi, menkul ve gayrimenkul mal varlıkları ile ilgili hakları, sosyal güvenlik ve diğer müktesep haklarının korunması gibi tedbirlerdir".

3. Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Hakkında Mevzuat: Keza, 4422 sayılı ÇASÖMK (m. 7) ve bu kanuna ilişkin yönetmelik de (m. 31, 35, 37); bu kanun kapsamına giren suçlar bakımından tanıkların, muhbirlerin ve gizli görevlilerin bizzat kendilerinin veya başkalarının korunması amacıyla, sayılan kişilerin kimlik ve ikametgâh bilgilerinin gizli tutulacağını, açıklanamayacağını öngörmektedirler.

4. Diğer Kanunlar ve Hükümler: Ayrıca, TMK'nda (m. 14)⁵⁰, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'da (m. 2)⁵¹ ve PVSK'nda (Ek m. 9)⁵², rızaları olmadıkça ihbarda bulunanların

⁵⁰ TMK m. 14: "Bu kanun kapsamına giren suçları ve suçluları ihbar edenlerin hüviyetleri, rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz".

⁵¹ 1918 Sayılı Kanun m. 2/3: "Kaçak olaylarını ihbar edenlerin hüviyetleri, rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti, haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz".

⁵² PVSK Ek m. 9/4: "1481 sayılı Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanuna göre, sanık ve hükümlülerden ilan edilmek suretiyle arananların

kimliklerinin açıklanmayacağı belirtilmektedir. Ayrıca, TMK m. 12’de; bu kanun kapsamına giren suçların soruşturması sırasında sanıkların veya tanıkların ifadelerini alan veya olay ve tespit tutanağı düzenleyen kolluk görevlilerinin, zaruret görülmesi halinde, duruşmada tanık olarak dinlenebilecekleri belirtilmektedir. Bu hükmün ikinci cümlesi 1992 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁵³. Anayasanın 141 maddesine aykırı görüldüğü için iptal edilen hüküm şu şekildeydi: “Ancak, bunların tanık olarak dinlenmelerine karar verilmesi halinde, ifadeleri yapılacak gizli duruşmada alınır”.

5. CMUK (2002) Tasarısı: CMUK Tasarısında da (m. 60); kimlik veya adres açıklanması halinde tanığın kendisinin veya başkasının tehlikeye düşeceği endişesi varsa, tanığın kimliğinin açıklanmaması ve gerçek adres yerine, kendisine ulaşılabilecek başka bir adres vermesi imkânı öngörülmektedir⁵⁴.

Aynı şekilde, 2000 Tasarısından farklı olarak 2002 CMUK Tasarısına eklenen 4. fıkra ile de, “Tanığın dinlenilmesi sırasında kimliğinin açıklanması gerektiğinde, tanık hakkında 12/4/1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 20 nci maddesindeki hükümlerin uygulanmasına karar verilebilir”. Böylece, kimliği açıklanmak suretiyle

buldukları yerleri bildiren ve yakalanmalarına yardımcı olanlara para ödülü verilebilir... *Ödül verilen kişilerin kimlikleri, rızaları olmadıkça hiçbir şekilde açıklanamaz*”.

⁵³ Any.Mh. 31.3.1992, 18/20, RG 27.1.1993

⁵⁴ CMUK (2002) Tasarısı m. 60: “Tanığa ilk önce adı, soyadı, yaşı, işi ve yerleşim yeri, işyerinin veya geçici olarak oturduğu yerin adresi, varsa telefon numaraları sorulur. Gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenebileceği hakkında hakimi aydınlatacak durumlara, özellikle şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular yöneltilir. // Birinci fıkrada belirtilen adreslerin açıklanmasının, tanığı veya bir başkasını tehlikeye sokacağından korkuluyorsa tanığın, bunların yerine kendisine ulaşılabilecek başka bir adresi vermesine Cumhuriyet savcısı veya mahkeme başkanı veya hakim tarafından izin verilebilir. // Tanığın kimliğini açıklaması, kendisinin veya başkasının vücut bütünlüğünü veya özgürlüğünü tehlikeye düşüreceği yolunda bir kuşkuya yol açıyorsa, kendisine Cumhuriyet savcısı veya mahkeme başkanı veya hakim, kimliği konusunda açıklama yapmama izni verebilir. Bununla birlikte tanık, tanıklık ettiği olayları hangi neden ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamak zorundadır. // Tanığın dinlenilmesi sırasında kimliğinin açıklanması gerektiğinde, tanık hakkında 12/4/1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 20 nci maddesindeki hükümlerin uygulanmasına karar verilebilir. // Tanığın gerçek adresi veya adresleri ile kimliğini saptamaya yarayan bilgileri içeren belgeler soruşturma evresinde Cumhuriyet savcılığında, kovuşturma evresinde mahkemede saklanır. Engel ortadan kalktıktan sonra bunlar, dosyaya konur. // Tanığın kimlik ve adresine ilişkin bilgileri bu madde hükümlerine aykırı olarak açıklayanlara bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir”.

tehlike içinde kalma ihtimali ortaya çıkan tanığın korunması için gerekli tedbirlerin alınabileceği hususu Tasarıda açıkça hükme bağlanmış bulunmaktadır. Yine Tasarıya eklenen son fıkra ile, bu madde hükmüne aykırı olarak tanığın kimlik ve adresine ilişkin bilgilerin açıklanması yaptırıma bağlanmıştır.

VI. TANIK KORUMA HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.

1. Tanık korumayı kapsayacak suç alanı sınırlı tutulmuştur. Sadece burada sayılan kanunların kapsamına giren suçlarda koruma söz konusu olmaktadır. Korumanın kapsamını en iyi ifade eden hüküm, ÇASÖMY m. 5’de yer almaktadır. Anılan hükme göre: “Bu Yönetmelikte belirtilen tedbir ve işlemler: a) 30/7/1999 tarih ve 4422 sayılı Kanunun kapsamına giren suçlarda, b) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlarda, c) 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun kapsamına giren ve teşekkül halinde işlenen suçlarda, d) 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun kapsamına giren ve teşekkül halinde işlenen suçlarda, e) 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 403, 404 ve 406 ncı maddelerinin kapsamına giren ve teşekkül halinde işlenen suçlarda uygulanır”.

Oysa tanık korumasının sadece burada sayılan suçlarla sınırlı tutulmaması, tehlike altında bulunan tüm tanıklar için geçerli kılınması gerekirdi⁵⁵. Bu nedenle de, CMUK Tasarısında olduğu gibi, genel bir düzenleme içerisinde yer almalıydı. Böylece hem daha etkili bir tanık koruması sağlanabilir hem de, aşağıda belirtilecek olan noktalarda, tanıklığa ilişkin CMUK’daki bazı hükümlerle bu koruma hükümlerinin bağdaştırılması sorunları ortaya çıkmazdı.

2. Bu tür özel koruma hükümleri, CMUK’daki tanıklığa ilişkin bazı hükümlerle çelişmektedir. Örneğin CMUK m. 61 uyarınca tanığa, tanıklığından evvel adı, sanı, yaşı, işi ve ikametgahı sorulur. Gerekirse, tanıklığına ne dereceye kadar itimat edilebileceği hakkında hakimi aydınlatacak hallere ilişkin ve özellikle sanık veya mağdur ile ilişkilerine yönelik sorular sorulur. Bu hükmün, tanığın kimliğinin gizli tutulmasını öngören ve yukarıda belirtilen özel düzenlemelerle bağdaştırılması mümkün değildir.

Ayrıca, TMK m. 12 uyarınca, tanıkların ifadesini almış olan kolluk görevlileri, zaruret görülmesi halinde duruşmada tanık olarak dinlenebileceklerdir. Kolluk görevlisi tanıklığa ilişkin hükümlere tabi

⁵⁵ Aynı yönde Öztürk/Erdem/Özbek, s. 720

olduğuna göre, gerektiğinde, kendisine ifade vermiş olan tanığın kimliği hakkında bilgi vermek zorundadır. Zira bu konuda mevzuatımızda, muhbirlerin kimliklerinin açıklanmasını yasaklayan TMK m. 14 dışında, tanıklıktan ve bilgi kaynağı hakkında açıklamada bulunmaktan çekinmeyi mümkün kılan bir hüküm yer almamaktadır. Böyle bir durumda da, kolluk görevlisine ifade vermiş olan kişi şayet aynı zamanda muhbir de değilse, zorunlu olarak kimliği açığa çıkacaktır. Duruşmanın özellikle sanığa ve onun müdafisine karşı gizli yapılması söz konusu olmadığına göre, tanıkları teşhis tehlikesi bu durumda da mevcut olacaktır⁵⁶.

Bu konuda zm, tanık koruma hükümlerinin genel bir düzenleme olarak CMUK'da yer alması ve diğer hükümlerle uyumun sağlanmasıdır. Nitekim Tasarıda (m. 60) bu yönde bir hüküm yer aldığı gibi, meslek ve sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinmeyi düzenleyen hükümde de (Tasarı m. 48); kolluk mensuplarının, soruşturma sırasında, kendisinin veya yakınlarının hayatı ve sağlıklarını korumak amacıyla kimliklerini açıklamayı reddetmiş bulunan tanıkların ve suçu ihbar etmiş olup aynı nedenle kimliklerinin açıklanmasını istemeyenlerin veya suçlular hakkında kolluğa sürekli bilgi veren kimselerin kimlikleri hakkında bilgi vermekten çekinebilecekleri öngörülmektedir.

3. Esas olarak öngörülen koruma tedbiri, mümkünse tanığın kimliğini gizli tutmak, açığa çıkarmamak; bu mümkün olamıyorsa yeni bir kimlik vermektir. Tanığın kimliğini gizli tutmak için, onunla ilgili ayrı bir tebligat adresi tespit edilecek ve kimliği soruşturmanın her aşamasında gizli tutulacaktır (ÇASÖMK m. 7/1-a, ÇASÖMY m. 31/1-a). Tanığa yeni kimlik vermek ise, başta estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi olmak üzere; birtakım kayıt ve belgelerin değiştirilmesi (nüfus kaydı, evlenme kaydı, sürücü belgesi, diploma ve bunun gibi belgeler), bazı işlemlerin (askerlik işlemi) düzenlenmesi, çeşitli hakların (menkul ve gayrimenkul malvarlığıyla ilgili haklar, sosyal güvenlik ve diğer haklar) korunması yoluyla olmaktadır (TMK m. 20/2, ÇASÖMK m. 7/2, ÇASÖMY m. 31/2). Bu tedbirler, ihtiyaç halinde eş ve çocuklar için de geçerlidir. Ayrıca, tanıkların gerektiğinde korunması, silah ruhsatı verilmesi, kamu kurum ve kuruluşları lojmanlarından yararlandırılması gibi koruma tedbirleri de söz konusu olmaktadır (ÇASÖMY m. 39/1-f). Tanık koruma tedbirleri 16/9/1995 tarihli Koruma Hizmetleri Yönetmeliği uyarınca alınır (ÇASÖMY m. 31/son) ve bu konudaki işlemlerin yürütülmesi amacıyla, her kolluk kuvvetinin merkez biriminde bir koruma birimi kurulması gerekmektedir (ÇASÖMY m. 38).

⁵⁶ ztrk/Erdem/zbek, s. 721; Erdem, İzBD 1995, s. 48 vd.

Öngörülen tanık koruma yolları yetersizdir. Bu düzenlemelerde, tanığın kimliğinin gizli tutulması mutlak değildir. “Tanığın dinlenmek suretiyle kimliğinin açıklanması gerektiğinde” (ÇASÖMK m. 7/2, ÇASÖMY m. 31/2) ibaresi bunu ortaya koymaktadır. Tanığın verdiği bilgilerden hareketle diğer delillere ulaşılabilecekse, tanığın kimliği gizli tutulacak, buna karşılık, tanığın verdiği bilgilerden hareketle diğer delillere ulaşılamayacak ise, yani tanık bir bakıma tek delil kaynağı ise, ifadesi alınacak ve dolayısıyla kimliği açığa çıkacaktır. Böyle bir düzenleme isabetsizdir. Zira burada tanık korunmaktan ziyade diğer delillere ulaşma ön plana çıkarılmaktadır. Ayrıca kimliğin gizli tutulup tutulmayacağı tamamen koğuşturma organlarının takdirine bırakılmıştır. Oysa tanığın kimliğinin hiçbir istisnaya yer verilmeksizin ve mutlak olarak muhakemenin tamamında, hatta muhakemeden sonra da gizli tutulması zorunludur. Zira başka delillere ulaşılsa bile, hareket noktası tanık olduğu için, tehlike devam etmektedir⁵⁷.

4. Bu düzenlemelerin tanığı muhakemede hazır bulunma yükümlülüğünden kurtarmaması önemli bir eksikliklerdir. Böyle bir zorunlulukla karşı karşıya kalan tanık, estetik cerrahi yoluyla dış görünümünü değiştirildikten sonra dinlenebilecektir (TMK m. 20, ÇASÖMK m. 7, ÇASÖMY m. 31). Ancak bu da yetersiz bir hükümdür. Kişiye icabında tanıklıktan çekinme yetkisi tanınması gerektiği gibi, ifade vermek isteyen tanığın da, sesinin değiştirilerek dinlenebilmesi öngörülmelidir. Başka bir deyişle, tanığa kapsamlı bir koruma sağlanabilmesi, onun “fert olarak” da bilinmesinin engellenmesi suretiyle olur. Tanığın sadece kimliğinin veya adresinin gizlenmesi ise bunu sağlayamaz. Bu nedenle, gerektiğinde, tanığın fert olarak da bilinmesini önleyecek biçimde kamufle edilmiş olarak dinlenebilmesi dahi mümkün olmalıdır⁵⁸. Oysa mevcut düzenlemeler buna imkan vermediğinden, tanığın sesinden teşhis edilebilmesi tehlikesi daima bulunmaktadır⁵⁹.

5. Anılan suç alanlarıyla ilgili olduğu için korunması gereken kişilerin kapsamı yeterlidir. ÇASÖMK m. 7’de kimlerin bu korumadan yararlanabileceği belirtilmektedir. Aynı şekilde, ÇASÖMY’nin 31 ve devamı maddelerinde tanığın korunması ve bunun esasları belirtildikten sonra, m. 35’de; “Bu yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen suçların ortaya çıkartılmasında yardımcı olan muhbirler hakkında da, tanıklar için öngörülen yukarıdaki hükümler uygulanır. // Kolluğun merkez birimlerinde, o suçla ilgili olarak ihbarda bulunan ve hakkında koruma tedbiri uygulanmasa bile muhbir sıfatını kazanan tüm kişiler hakkındaki

⁵⁷ Öztürk/Erdem/Özbek, s. 718 vd.

⁵⁸ Öztürk/Erdem/Özbek, s. 718 vd.

⁵⁹ Öztürk/Erdem/Özbek, s. 718 vd.

bilgiler saklanır” demek suretiyle muhbirler; m. 37’de ise: “Bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen suçların istihbaratında ve soruşturmasında görev alan kolluk görevlilerinin kimlik bilgileri ile görevine ve özel hayatına ilişkin bilgiler hiçbir şekilde açıklanamaz. Bu tür bilgilerin açıklanması suretiyle kolluk görevlilerinin hayatlarının tehlikede olduğuna ilişkin belirtiler bulunursa, haklarında tanıklar için öngörülen koruma tedbirlerinin uygulanmasına karar verilir” hükmüyle kolluk görevlileri korunabilmektedir. Böylece; gizli görevliler, tanıklar, muhbirler, kolluk görevlileri ve bunların aile bireyleri korumadan yararlanabileceklerdir.

VII. SONUÇ VE ÖNERİLER

Hayat veya beden bütünlüğünün tehlikede olması bir tanıklıktan çekinme nedeni kabul edilmek suretiyle tanığın korunması sağlanabilir⁶⁰. Nitekim bazı tasarılarda hayati tehlike mutlak, bedensel tehlike ise nisbi tanıklıktan çekinme nedeni olarak önerilmektedir⁶¹. Önlenmesi mümkün olmayan bir tehdit karşısında bulunan tanığın yalan beyanda bulunmasının bir hukuka uygunluk nedeni sayılıp sayılmayacağı ise, ceza kanununun zaruret halini düzenleyen 49. maddesinin yorumuna bağlıdır⁶².

Kanun çeşitli tanıklıktan çekinme hallerini öngörmektedir (CMUK m. 47 vd.). Fakat kanunda yer alan tanıklıktan çekinme halleri dışında, yararlar tartımından hareketle tanığın ifade yükümlülüğünden kurtarılması, CMUK’nda düzenlenmiş olmasa da, mevcut hukuk açısından mümkün olabilir. Gerçekten, ifade vermesi tanığın hayatı veya sağlığı açısından ciddi bir tehlike doğurabilecekse, bu durumda bireyin hayatının ve beden bütünlüğünün korunması, onun ifade yükümü karşısında anayasal bir öncelik taşımaktadır⁶³. Şüphesiz yaşama hakkı, temel insan haklarının en başında gelenidir. Nitekim 1982 Anayasası’nın 17. maddesine göre de herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin niteliği; kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez oluşlarıdır (1982 Anayasası m. 12). Böyle bir tehlike karşısındaki tanığın ifade vermeye

⁶⁰) **Schönke**, Adolf/**Schröder**, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24., neubearbeitete Auflage, München 1991, § 34, Rn 41 b; **Zacharias**, s. 280; **Gommolla**, Monika, Der Schutz des Zeugen im Strafprozess, Frankfurt am Main 1986, s. 56 vd.

⁶¹) **Alternativ-Entwurf** Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit (AE-ZVR), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtler (Arbeitskreis AE), vorgelegt von Jürgen Bauman ua., München 1996, § 55 ve s. 58 vd.

⁶²) Bkz. **Schönke/Schröder**, § 34, Rn 41 b; **Gommolla**, s. 56 vd.; **Zacharias**, s. 280 vd.

⁶³) BGHSt 33, 74 vd.; 39, 145

zorlanması insan haysiyetinin dokunulmazlığı ile de bağdaşmaz (1982 Anayasası m. 17/3).

Onbir yaşını tamamlamamış küçükler açısından tanıklıktan kaçınma imkânının ise “de facto” olarak bulunduğu söylenebilir. Çünkü bunların TCK m. 53 ve ÇMK m. 11 gereği kusur ehliyeti yoktur. Bu nedenle, yeminsiz dinlenmesi gereken (CMUK m. 52/1) bu kişilerin gelmemeleri ve ifade vermemeleri halinde, CMUK m. 46 gereğince para cezasına hükmedilemez⁶⁴. Usulüne uygun çağrıya rağmen gelmeyen küçüğün zorla getirilmesi ise oranlılık ilkesine aykırı kabul edilmektedir⁶⁵. Zorla getirilmesi kabul edilmeyen tanığın, gelmemesinden ve tanıklık etmemesinden doğan masraflara mahkûm edilmesi ve tanıklığa zorlanmak için hapsedilmesi de (CMUK m. 46, 63) mümkün olmayacaktır.

Tesadüfi tanıklık sözkonusu olduğunda, kimlik değişikliği ve benzeri tanık koruma tedbirlerine gerek olmaksızın, ilgilinin tanıklık yükümlülüğünden kurtarılması veya yalan beyanda bulunmasına tolerans gösterilmesi yeterli olabilir⁶⁶.

Buna karşılık, daha önce örgüt içerisinde iken, artık koğuşturma makamları ile işbirliği halinde olan veya gizli görevli durumunda bulunan tanığın korunması farklılık arz etmektedir. Bazı durumlarda tanık, sanık veya onun çevresi tarafından şahıs olarak değil, sadece isim olarak tanınıyor olabilir. Böyle bir ihtimalde tanığın başka bir kimlikle ortaya çıkıp ifade vermesi yeterli olabilir⁶⁷. Ancak çoğu halde sanık, tanık ile kişisel olarak temas halinde olacağından, burada basit bir kimlik

⁶⁴) **Vierhaus**, Hans-Peter, Zulaessigkeit der Ordnungs- und Zwangsmittel des § 51 StPO gegen Kinder als Zeugen, NStZ 1994, s. 271; **Meier**, Bernd-Dieter, Zwischen Opferschutz und Wahrheitssuche, - Überlegungen zur Rechtsstellung von kindlichen Zeugen im Strafprozess, JZ 1991, s. 640 vd.; **Löwe/Rosenberg**, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, 24. Auflage, Berlin ua. 1987, § 51, Rn 2; **Kleinknecht/Meyer-Gossner**, § 51, Rn 15; § 70, Rn 3; **Alternativ Kommentar**, § 51, Rn 10

⁶⁵) **Laubenthal**, Klaus, Schutz sexueller missbrauchter Kinder durch Einsatz von Videotechnologie im Strafverfahren, JZ 1996, s. 337; **Nelles**, Ursula, Persönlichkeitsrechte und Pflichten kindlicher Zeugen im Strafprozess, Recht und Persönlichkeit, Hrsg. Von Hans-Uwe Erichsen/Helmut Kollhosser/Jürgen Welp, Berlin 1996, s. 211, s. 223 vd.; **Skupin**, Karl-Heinz, Die Folgen beim Ausbleiben eines kindlichen oder eines jugendlichen Zeugen im Strafverfahren, MDR 1965, s. 865; **Kleinknecht/Meyer-Gossner**, § 51, Rn 20. Zorla getirmenin mümkün olduğu yönünde **Löwe/Rosenberg**, § 51, Rn 2; **Karlsruher Kommentar** zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, Herausgegeben von Gerd Pfeiffer, 3., neuarbeitete Auflage, München 1993, § 51, Rn 22

⁶⁶) **Weigend**, 62. DJT, s. 29

⁶⁷) **Weigend**, 62. DJT, s. 29

değişikliği tanığın korunabilmesi açısından yetersiz kalacaktır. Kimliği değiştirilse dahi, tanığın mahkemeye gelmesi halinde sanık tarafından tanınabilecek, sanığın duruşma salonunda olmadığı durumlarda ise, tanığın görünüşünden ya da konuşma tarzından, salonda bulunan herhangi biri, örneğin bir izleyici veya müdafî tarafından teşhis edilebilecektir.

Tehlikede olan tanığın adresinin açıklanmaması, estetik ameliyat yapılması ve benzeri tanık koruma tedbirleri⁶⁸, duruşmaya gelen tanığın sesinin ve görüntüsünün değiştirilmesi suretiyle dinlenmesi⁶⁹ gibi uygulamalar ancak yetersiz bir koruma sağlayabilir⁷⁰. Aynı şekilde, gizli (CMUK m. 373) veya sanığın hazır olmadığı duruşmada dinlenmesi (CMUK m. 240) gibi tedbirler belki sanığın savunma hakkına ağır bir müdahale olarak kabul edilmeyebilirler⁷¹. Ancak bütün bu tedbirler, intikam girişimleri karşısında tanığa yeterli koruma sağlayamamalarının⁷² yanında, gizli soruşturmacı veya güvenilir kişiden daha sonra bu alanda faydalanılabilmesi şeklindeki kamusal yararı ortadan kaldırmaktadırlar.

Kimliği belirlenemeyecek bir biçimde kamufle edilen tanığın duruşmada dinlenmesi, bazı yargılamalar açısından, tanığın korunabilmesi ile savunma haklarının önemli ölçüde sağlanabilmesi arasında makul bir denge sağlayan ortalama bir yol sayılabilir⁷³. Bu durumda, tanığın kimliğini belirlemeye yönelik savunma makamının

⁶⁸) **Weigend**, 62. DJT, s. 39

⁶⁹) Kanuni bir dayanağı olmadığı gerekçesiyle bu tür uygulamaların reddedildiği görülmektedir (LG Frankfurt, StV 1994, s. 476, **Weigend**, 62. DJT, s. 29)

⁷⁰) **Fezer**, Gerhard, Anfechtung einer Sperrerklärung des Innenministers und Aussetzung der Hauptverhandlung, JuS 1987, s. 359; **Zacharias**, s. 276; **Weigend**, 62. DJT, s. 29

⁷¹) Tanığın ikâmet ettiği bölgede daha sonra onun güvenilirliğinin araştırılması yönünde **Krey**, Volker/**Haubrich**, Thomas, Zeugenschutz, Rasterfahndung, Lauschangriff, Verdeckte Ermittler, JR 1992, s. 310 vd.; Tanığın isminin savunma makamına bildirilmesinin zorunlu olmadığı yönünde **Steinke**, Wolfgang, Wirksamer Zeugenschutz de lege ferenda, ZRP 1993, s. 254; Tanığın isminin mutlaka biliniyor olmasının tanıklığın temel vasfı olduğu yönünde **Tiedemann**, Klaus/**Sieber**, Ulrich, Die Verwertung des Wissens von V-Leuten im Strafverfahren, NJW 1984, s. 755 vd.; **Eisenberg**, Ulrich, Straf(verfahrens-)rechtliche Massnahmen gegenüber "organisierten Verbrechen", NJW 1993, s. 1036; Örneğin bir hakim ya da avukat gibi tarafsız birinin kimliği gizlenen tanığın geçmişi ve sabıkası konusunda bilgi vermesi yönünde **Rebmann/Schnarr**, NJW 1989, s. 1191

⁷²) **Fezer**, JuS 1987, s. 359; **Zacharias**, s. 276; **Weigend**, 62. DJT, s. 29

⁷³) Ancak Alman Yargıtayı (Büyük Senato) 1983 tarihli bir kararıyla, kamuflej yasağı şeklinde bir yasak ihdas ederek bu yolu kapatmıştır (BGHSt 32, 124). Bu konuda ayrıca bkz. **Geppert**, Klaus, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zu beweismässigen Fragen bei behördlich geheimhaltenem V-Mann, Jura 1992, s. 249, s. 252; **Gommolla**, s. 158 vd.; **Herdegen**, Gerhard, Bemerkungen zum Beweisanzugsrecht, 2. Teil, NSTZ 1984, s. 202

sorularının mahkeme tarafından engellenmesi ve gerektiğinde tanığın sesinin de değiştirilmesi suretiyle hem tanık teşhis edilme tehlikesinden korunmuş hem de savunmanın hakları fazlaca kısıtlanmamış olur. Böylece optik ve akustik yönlerden tanık daha iyi korunabilirken, savunma makamı da, mahkeme aracılığıyla, örneğin tanığın güvenilirliğini ve ifadesinin yansızlığını belirlemeye yönelik her türlü soruyu sorabilir⁷⁴. Gerektiğinde sesi ve görüntüsü değiştirilen tanık bir televizyon aracılığı ile de dinlenebilir⁷⁵. Tanığın ikametgahını tespite yönelik sorulara izin verilmeyerek, sanıktan gelebilecek daha sonraki tehlikelerden korunması da sağlanmış olabilir.

Tanıkla ilgili her hususu savunma makamından gizleyerek, sanık ve müdafinin yokluğunda alınan ifadenin tutanağının duruşmada okunması ya da ifadeyi almış olan görevlinin duruşmada duyduğunu söyleyen tanık olarak dinlenmesi şeklindeki tedbirler, tanığın korunması bakımından daha etkilidirler⁷⁶. Ancak bu tür dolaylı delil ortaya koyma yollarının muhakeme hukukunun bir çok ilkesi ile bağdaştırılması sorunu tartışmalara yol açmaktadır.

Bununla birlikte, tehlikedeki bir tanığın en etkili biçimde korunabilmesi ve icabında daha sonraki suçlulukla mücadele faaliyetlerinde bilgi kaynağı olarak kullanılabilmesi için duruşma salonuna getirilmemesi ve duruşmada isminin zikredilmemesi gerekir⁷⁷. Mevcut koruma tedbirlerinin yetersiz kalması halinde, tehlike altındaki tanığı korumanın tek yolu, duruşmada dinlenmesinden vazgeçilmesidir. Yargılama makamını gerçeği araştırmakla ve uyuşmazlığı çözmekle görevli sayan ceza muhakemesi hukukumuzda bu tür bir imkân açıkça öngörülmüş değildir. Fakat uygulama ve doktrin, tanığın hayat ve beden bütünlüğünün Devlet tarafından korunmasının, ifade yükümlülüğü karşısında önceliği bulunan anayasal bir yükümlülük olduğundan hareketle bunu kabul etmektedir⁷⁸. Nitekim 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun'un 2. maddesine göre de, uyuşturucu suçlarının ihbarcılarını kimliklerini açıklamak istemezlerse, duruşmada

⁷⁴) Bkz. **Meyer**, Jürgen, Zeugenschutz im Spannungsfeld von Wahrheitsermittlung und Beschuldigtenrechten, Grenzüberschreitungen, - Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser, Freiburg i. Br. 1995, s. 122; **Weigend**, 62. DJT, s. 42 vd.; **Lesch**, StV 1995, s. 545; **Rebmann/Schnarr**, NJW 1989, s. 1191; **Tiedemann/Sieber**, NJW 1984, s. 760, **Zacharias**, s. 248 vd., s. 277

⁷⁵) **Weigend**, 62. DJT, s. 43; **Meyer**, Grenzüberschreitungen, s. 103; **Steinke**, ZRP 1993, s. 255 vd.; **Zacharias**, s. 252 vd., s. 321 vd.

⁷⁶) **Weigend**, 62. DJT, s. 39

⁷⁷) **Weigend**, 62. DJT, s. 29

⁷⁸) BGHSt 33, 74 vd.; 39, 145; BGH, NStZ 1984, s. 31; BGH, StV 1993, s. 233; aynı yönde **Weigend**, 62. DJT, s. 37

dinlenemezler⁷⁹. Yargıtay da, 1918 sayılı Kanun'da açık hüküm bulunduğu noktasından hareketle, ihbarcının dinlenmemiş olmasını bozma nedeni saymamaktadır⁸⁰.

Hayata veya bedene yönelik tehlikenin inandırıcı olduğu ve başka bir şekilde de önlenmesinin mümkün olmadığı anlaşılınca, sadece tanığı ifade vermeye zorlamaktan değil, ayrıca tanığın davet edilmesinden de kaçınılması gerekmektedir⁸¹.

⁷⁹) 3713 sayılı TMK m. 14 hükmüne paralel bir düzenleme olan 1918 sayılı Kanunun 2. maddesinin, "Kaçak olaylarını ihbar edenlerin hüviyetleri, rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti, haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz" şeklindeki son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararı aşağıda özetlenmiştir. "İtiraz konusu fıkra 1918 sayılı Kanunun 2. maddesine 1959 yılında eklenmiştir. Eklenme nedeni kanun tasarısının gerekçesine göre şöyledir: // Kaçak olaylarını ihbar edenlerin, mahkemelerde sanıkların ve çoğu kaçakçı olan dinleyicilerin önünde dinlenmeleri bunları çok güç duruma düşürmektedir. Böylece ortaya çıkan muhbirler hakarete uğramakta, dövülmekte hatta öldürülmektedir. Kaçakçıları yakalayabilmek için haber alma teşkilatı kurulmuştur. Bu teşkilat ancak muhbirlerle, ajanlarla iş görür. Kimliği açıklanan muhbirin bir daha haber getirmesi mümkün olmadığı gibi, böyle bir durumda teşkilatın adam bulabilmesi de düşünülemez. Haber alma organları verimli çalışmayınca zabıta kuvvetlerinin çabaları da verimsiz kalmakta; Hazine büyük zararlara uğramaktadır. // Gerekçeden de anlaşılacağı üzere Yasa Koyucunun kaçakçılık gibi çok önemli bir memleket sorununda toplumun gerçeklerini ve gereklerini gözönünde tutarak, kamu yararına ve kamu düzenini koruma kaygısıyla kanunlaştırdığı bu hükmün iptalini isteyen mahkeme, birinci neden olarak kanun önünde eşitlik ilkesinin bozulduğunu ve imtiyazlı bir muhbirler sınıfının türemesine yol açıldığını ileri sürmektedir. // ... Kanun önünde eşitlik, ancak niteliklerde benzerlik ve yasaların getirdiği kurallara uyarlık oranında söz konusu olabilir. Kanun hükmü, kaçak olaylarını ihbar edenler arasında bir ayırım yapmış değildir: bunların tümü için, rızaları olmadıkça veya ihbarın niteliği suç teşkil etmedikçe, kimliklerinin açıklanmaması kuralını koymuştur. Demek ki kaçakçılık muhbirleri, kendi grupları içinde, kanun karşısında eşittirler...// Öte yandan ... *inceleme konusu hükmün ereği, bir takım insanları mahkeme önüne çıkmama imtiyazı ile donatmak değil, Devletin kaçakçılarla ilgili haber alma kuruluşlarının gereği gibi çalışabilmelerini ve kaçakçılıkla savaşın başarıya ulaşmasını sağlamaktır. Kaçak olaylarını ihbar edenlerin kimliklerinin gizli tutulmasında bir imtiyaz niteliği yoktur; bir teminat, bir tedbir niteliği vardır. Bu gibiler, gördükleri hizmetten dolayı ve hizmeti başarı ile, sürekli olarak görebilsinler diye korunmaktadırlar. Korundukları için de kaçakçılık izlemeleri ve kovuşturmaları daha olumlu yönlerde yol alabilmektedir. Demek ki aslında hükümden yararlanan kamu düzenidir, toplumdur. Bir takım kişilerin yararlanması ise, dolaylı olup ikinci alanda kalmakta; bir bakıma bunların toplum ve düzen yararına gördükleri hizmetin karşılığı olmaktadır... // İhbar, kanuni delillerin varlığı ile desteklenmedikçe bir suçlamada hiçbir zaman ağırlık noktası, etki unsuru olamaz. İhbar, doğru ise, bir olayı, bir eylemi duyurmuş olur; ancak olay veya eylemle sanık arasında ilişki kurmağa tek başına yeterli değildir... // İhbarı yapanın kimliğinin belli olup olmaması birinci derecede bir önem taşımaz... İhbarı yapanın kimliğinin gizli tutulması durumu ile ihbarı kimliği bilinmeyen bir kimsenin yapmış olması arasında büyük fark*

Ne suretle olursa olsun ceza muhakemesinde gerçeğin araştırılması düşünülemez. Aynı şekilde, tanığın hayatı pahasına da olsa gerçeğin araştırılmayacağı tartışmasız bir husustur⁸². Bununla birlikte bu hususun pratikteki uygulaması, özellikle de, varlığı tanık tarafından ileri sürülen bir tehdidin inandırıcılığının belirlenmesi zorluk arz edebilir. Ayrıca, Devlet, tehdit altındaki her bir tanığın dinlenmesinden vazgeçtiği takdirde, sanığın manipülasyonlarına muhatap olabilir. Örneğin, ciddi olsun veya olmasın, sanık cephesinden gelen herhangi bir ölüm tehdidi halinde bütün iddia tanıkları muhakemenin dışına çıkmış ya da çıkarılmış olabilir.

Özellikle devlete karşı suçlar ile uyuşturucu suçluluğunda, idare izin vermediği için tanığın mahkemede doğrudan doğruya dinlenmesi mümkün olamamaktadır. Bunun en klâsik örneği, güvenilir kişinin kimliğinin gizlenmesi halidir. Burada bir kolluk görevlisi mahkemeye gelmekte ve ifadesini aldığı bir kişinin bildirdikleri hususunda tanıklık

yoktur. Her iki halde de ihbarı yapanın delil kefesindeki ağırlığı sıfır olur. Böyle olunca da artık iddia ve savunma hakkının kökünden engellendiği düşünülemez... // *Olayı ihbar edenin kimliği belli olmadığı yahut gizli tutulduğu takdirde artık onun mahkemenin toplayacağı ve takdir edeceği deliller arasında yeri yok demektir. Mahkeme tabiatıyla elde olan veya ele geçebilen deliller üzerinde duracaktır.* Burada bir sınırlama iddiası belki ileri sürülebilir. Ancak ne “meşru bütün vasita ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunmak” hakkı ne de hakim “kendisini vicdani kanaate götürecek bütün delilleri toplama” yetkisi mutlak değildir... İptali istenen ve güttüğü erek yukarıda açıklanan hükmün, en aşırı ve dar bir görüşle dahi, hak arama hürriyetinin ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin özüne dokunduğu ileri sürülemez ve hukukça savunulamaz... // İptali istenen hükmün kötü niyetli muhbirlerle kalkanlık ettiği, namuslu insanları huzursuz bıraktığı ve insan haklarının, hürriyetlerin, şeref ve haysiyetlerin koruyucusu olan Anayasa ile böyle bir tutumun bağdaştırılmayacağı yolundaki iddiaya gelince: Bu iddiayı karşılamak için hükmün metni dışında kanıt aramak gereksizdir. İnceleme konusu fıkra, kaçak olaylarını ihbar edenlerin kimliklerinin açıklanmamasını, ihbarın muhbirler hakkında suç teşkil edecek nitelikte olmaması şartına bağlamaktadır. İhbar muhbiri suçlu bir duruma düşürüyorsa ihbarı yapanın rızası olmasa bile, kimliği gizlenemeyecektir... // Özetlenecek olursa: 1918 sayılı Kanunun 2. maddesine... eklenen fıkra Anayasa'nın 12., 31. ve 132. maddelerine veya başka herhangi bir hükmüne aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir”.AMK, 05.12.1968, E. 1967/49, K 1968/60, AMKD 1969/6, 338 vd.

⁸⁰) **Yenisey**, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Duruşma ve Kanunyolları, 2. Baskı, İstanbul 1990, s. 25

⁸¹) **Meyer**, Grenzüberschreitungen, s. 95, s. 104 vd. (Yazar bu sonuca, ceza kanunundaki zaruret hali hükmünden hareketle ulaşmaktadır); **Rebmann/Schnarr**, NJW 1989, s. 1190; **Systematischer Kommentar**, vor § 48, Rn 72; **Zacharias**, s. 324

⁸²) Bkz. **Krehl**, Christoph, Der Schutz von Zeugen im Strafverfahren, GA 1990, s. 561

yapmaktadır⁸³. Bu memur, kendisi tarafından bilinen asıl tanığın kimliğini açıklamaya yetkili değildir (CMUK m. 49).

Sanığın duruşma salonundan çıkarılmasının, tanığın doğru ifade vermesi ve korunması açısından yeterli olmadığı, duruşma salonunun atmosferinin de aynı şekilde tanık üzerinde olumsuz etkisi bulunduğu gerekçesiyle⁸⁴, başka bir mekanda ifade vermesi gündeme gelmektedir. Kimi ülkelerde yasal düzenlemeye kavuşturulmuş olan (Alman CMUK m. 247 a; Avusturya CMUK m. 162 II) ve “uzaktan dinleme”⁸⁵ (Fernvernehmung) olarak da ifade edilen bu uygulama bir yandan tanığı korurken, diğer yandan da, aynı anda tanığın açıklamalarını bir monitör aracılığıyla izleyen ve duyan sanığın tanığa soru sorma ve sordurma hakkını (İHAS 6/ 3-d) önemli ölçüde garanti etmektedir⁸⁶.

Bu uygulamada, ifade alan hakim, yanında güvendiği bir kişi de bulunan⁸⁷ tanık için tahsis edilmiş odada bulunabilirse de (Mainz Modeli)⁸⁸, genel kabul gören yaklaşım, hakimin duruşma salonundan ifade almasıdır (İngiliz Modeli)⁸⁹. İngiliz Modeli olarak adlandırılan uygulamada tanık, güvenilir bir kişiyle birlikte ayrı bir odada bulunmakta⁹⁰, duruşma salonunda yer alan hakim bir ekran aracılığıyla tanığı görmekte ve mikrofon yardımıyla onu duymaktadır. Tanığın açıklamaları ve cevapları ses ve görüntü olarak anında duruşma salonuna aktarılmaktadır⁹¹.

⁸³) **Grünwald**, s. 120

⁸⁴) **Weigend**, 62. DJT, s. 54

⁸⁵) **Weigend**, 62. DJT, s. 55

⁸⁶) **Zschockelt**, Alfons/**Wegner**, Birgit, Opferschutz und Wahrheitsfindung bei der Vernehmung von Kindern in Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs, NStZ 1996, s. 307; **Bohlander**, Michael, Der Einsatz von Videotechnologie bei der Vernehmung kindlicher Zeugen im Strafverfahren, ZStW 107 (1995), s. 110 vd.

⁸⁷) Avrupa Konseyi tavsiye Kararlarında da, dinleme sırasında mağdur tanığın yanında bir yakınının bulunması önerilmektedir. Bkz. **Sokullu-Akıncı**, Füsün, Viktimoloji, İstanbul 1999, s. 211; **Sokullu-Akıncı**, Füsün, Mağdurun Korunması ve Mağdur Hakları, 5-8 Nisan 2000 tarihlerinde İzmir Barosu tarafından Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar-Bildiriler-Tartışmalar-Belgeler, İzmir 2000, s. 707 vd.

⁸⁸) Bu modelden yana **Brocker**, Lars, Der Schutz kindlicher Opferzeugen, MschrKrim 1996, s. 413 vd.; **Kintzi**, Heinrich, Stellung des Kindes im Strafverfahren, DRiZ 1996, s. 192; **Mildenberger**, Elke H., Schutz kindlicher Zeugen im Strafverfahren durch audiovisuelle Medien, Frankfurt am Main ua. 1995, s. 121 vd.

⁸⁹) Bu model taraftarı olarak **Köhnken**, Günter, Video im Gericht, - Modelle und Erfahrungen aus Grossbritannien, StV 1995, s. 380; **Keiser**, Claudia, Das Kindeswohl im Strafverfahren, Frankfurt am Main ua. 1998, s. 316 vd.

⁹⁰) Güvenilir kişinin tanığı yönlendirebileceği endişesi konusunda bkz. **Köhnken**, StV 1995, s. 378

⁹¹) Aynı uygulama ABD, Kanada ve Avustralya’da da geçerlidir (**Yücel**, Mustafa Tören, Ceza Adaletinde Tanık, YD 1994/4, C. 20, s. 428 vd.; **Bohlander**, ZStW 107 (1995), s.

İngiliz Modeli'nin üstün tarafı; duruşma salonunda bulunan hakimin (başkanın) duruşmanın sevk ve idaresiyle ilgili görevlerini yerine getirebilmesine imkân vermesi (CMUK m. 231), hükme iştirak edeceklerin hazır bulunması ile ve ara vermeksizin duruşmanın cereyanını engellememesi (CMUK m. 219) ve mahkemenin duruşmadan edineceği kanaate göre delilleri takdir etmesini (CMUK m. 254/1) sağlamasıdır⁹².

Tanığın duruşmada hazır bulunamayacağını anlaşıldığı durumlarda istinabe veya inabe yoluyla dinlenmesi (CMUK m. 216) halinde de bu uygulamaya başvurulabileceği kabul edilmektedir⁹³. Çünkü bu tür dinlemelerde de sanık ve müdafinin, isterlerse dinleme esnasında hazır bulunma hakları mevcuttur (CMUK m. 217).

Asıl olarak duruşma bakımından öngörülmüş bu uygulamanın, kimi ülkelerde, tanığın korunması gerekçesiyle, ön soruşturmada da kabul edildiği görülmektedir⁹⁴. Buna göre, tanık açısından ciddi bir tehlike bulunduğu durumlarda, hakim tarafından ifadesinin alınması sırasında sanık, hatta gerekiyorsa müdafî ve/veya savcı tanık ile aynı mekanda bulunmamakta, ancak bir ekran aracılığıyla dinleme işlemi takip edebilmektedirler. Dinleme esnasında tanığa hakim aracılığıyla sorular sorulabilmektedir. Böylece sanık, mevcudiyetiyle tanığı rahatsız etmeden soru sorma-sordurma hakkını (İHAS m. 6/3-d) kullanabilmektedir. İfade alma işleminin sanık tarafından doğrudan izlendiğinin bilinmesi tanığın ifade vermesini engelleyecek veya tanık açısından bir tehlike arzedecek ise, sanığın izleme imkânı da engellenebilmektedir⁹⁵.

Böyle bir uygulamanın doğrudan doğruyalık ilkesi ile bağdaşık bağdaşmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Tanığın ifadesinin “ön soruşturmada” videoya kaydedilip, duruşmada tanık dinlenmesi yerine

88 vd., s. 96 vd.; **Köhnken**, StV 1995, s. 376)

⁹²) **Jansen**, Gabriele, Vernehmung kindlicher Zeugen mittels Videotechnologie, StV 1996, s. 125; **Mehle**, Volkmar, Zur Umgestaltung der Strafprozessordnung in den Mainzer Verfahren wegen Verdachts des Kindesmissbrauchs, StraFo 1996, s. 2; **Dahs**, Hans, Der gespaltene Hauptverhandlung, NJW 1996, s. 178; **Geppert**, Klaus, Die Vernehmung kindlicher Zeugen mittels Videotechnologie, Jura 1996, s. 553 vd.; **Meier**, Bern-Dieter, Kinder als Zeugen im Strafverfahren, RdJB 1996, s. 455. Mainz Modelinin CMUK m. 219'u ihlal etmeyeceği belirtilmektedir (**Maier**, Alexandra, Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opfer von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung im Strafverfahren. – Opferschutz und Sachaufklärung – Eine vergleichende Studie mit dem amerikanischen Recht, Frankfurt am Main 1997, s. 188; **Mildenberger**, s.127 vd.)

⁹³) **Kintzi**, DRiZ 1996, s. 187; **Kleinknecht/Meyer-Gossner**, § 223, Rn 10; **Löwe/Rosenberg**, § 223, Rn 6; **Karlsruher Kommentar**, § 223, Rn 6

⁹⁴) Bkz. Alman CMUK m. 168/e

⁹⁵) **Maier**, s. 149 vd.

bant kaydının izlenmesi genellikle doğrudan doğruyalık ilkesinin ihlâli olarak görülmektedir⁹⁶. Buna karşılık, “duruşma esnasında” kapalı devre yayın yoluyla, yani bir başka odadan duruşma salonuna direkt aktarma yoluyla yetişkin tanığın dinlenmesi, farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açmaktadır. Bir görüşe göre, böyle bir uygulama doğrudan doğruyalık ilkesi ile bağdaşmamaktadır⁹⁷. Çünkü CMUK’un 243. maddesinde ifadesini bulan ilke, tanıkla sadece ses ve görüntü anlamında kontak halinde olmayı yeterli görmemekte, ayrıca, açıklamalarını anlamlandıracak ve ifadesinin değeri hakkında hüküm verilmesini kolaylaştıracak şekilde kişisel tavır ve hareketlerini de önemsemektedir. Oysa video aracılığıyla ifade almada tanığın davranışlarını belirleyebilmek son derece zordur. Doğrudan doğruyalık ve sözlülük ilkeleri ancak “göz göze” ve “ söze karşı söz” yoluyla sağlanabilir⁹⁸. Diğer bir görüşe göre ise, tanığın açıklamaları herhangi bir değişikliğe uğramadan ve aynı anda video bağlantısıyla duruşma salonuna aktarılabilirdiği için doğrudan doğruyalık ve sözlülük ilkeleri ihlâl edilmemektedir⁹⁹.

Mevcut hukuki durum karşısında, ifadesine başvurulacak kişilerin gerek ön soruşturmada kolluk, savcı ve sulh hakimi ve gerekse son soruşturmada hakim veya mahkeme tarafından bir çok kez dinlenmeleri mümkündür. Bu konuda bir çözüm olarak, ilk ifadeyi veren tanığın daha sonraki dinlemeleri reddetmesi önerilmektedir¹⁰⁰. Daha önce de

⁹⁶) **Beulke**, § 21, Rn 430; doğrudan doğruyalık ilkesinin ihlâli olmadığı görüşünde **Wegner**, Birgit, Ein kleiner Schritt im Verfahren, ein grosse Schritt für den Opferschutz, - Die Vereinbarkeit der Videovernehmungen am Gericht mit dem Unmittelbarkeitsprinzip, ZRP 1995, s. 406

⁹⁷) Öztürk’e göre; “... duruşma salonunun yanındaki bir odada bulundurulup oradan duruşma salonuna sesin gelmesi sağlansa veya yüzünün görüntüsü tanımaya engel olacak şekilde değiştirilerek video kamera ile duruşma salonuna görüntü ve ses aktarılsa, bu suretle elde edilen tanık beyanı, en başta *vasıtasızlık ilkesine* aykırı olduğu için hukuka aykırı olur ve bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz. Kaldı ki, böyle bir uygulama, yasal zemini bulunmadığı için hukuka uygun düşmez. CMUK m. 254/2 böyle bir delilin kullanılmasına engel olur (**Öztürk**, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları (Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar), AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayını, Ankara 1995, s. 107).

⁹⁸) **Hussels**, Martin, Videoübertragungen von jugendlichen Zeugen in Missbrauchsprozessen, - Eine Bestandaufnahme und Überlegungen de lege ferenda, ZRP 1995, s. 243; **Beulke**, § 21, Rn 430; **Dahs**, NJW 1996, s. 178; **Hussels**, ZRP 1995, s. 243; **Geppert**, Jura 1996, s. 553

⁹⁹) **Meier**, RdJB 1996, s. 454; **Bohlander**, ZStW 107 (1995), s. 110; **Keiser**, s. 361 vd.; **Laubenthal**, JZ 1996, s. 343; **Maier**, s. 185 vd.; **Mildenberger**, s. 122 vd.

¹⁰⁰) Alman hukukunda bu yönde bir düzenleme için bkz. Savcıların Görev ve Yetkileri Konusunda Yönetmelik, m. 19 (**Schöch**, Heinz/Centel, Nur, Ceza Muhakemesinde

belirtildiği gibi, onbir yaşını doldurmamış küçüklerin ifadeye zorlanmaları mümkün değildir. Böylece küçüğün tanıklık rolünden çıkmış olması, “uzun veya belirsiz bir zaman için duruşmada hazır bulunmasının mümkün olmaması” (CMUK m. 216) kabul edilerek, duruşmaya getirmek bakımından “erişilemez” sayılan bu tanığın bildirdikleri, önceki ifade tutanağı okunmak suretiyle (CMUK m. 244) ya da başka bir yolla duruşmaya dahil edilebilir¹⁰¹. Gerçek anlamda erişilemez kabul edilerek duruşmaya getirilemeyen tanık sözkonusu olduğunda ise, sanığın soru sorma-sordurma hakkının (İHAS 6/3-d) ihlâli ileri sürülemez¹⁰².

Bu çözüm, CMUK m. 46 ve 63 uyarınca ifade vermeye zorlanabilen tanıklar açısından uygulanamaz. Ayrıca bu öneri, tanıklar bakımından da tam anlamıyla tatmin edici bulunmamaktadır. Çünkü, mahkeme ve diğer taraflarca duruşmada dinlenme ve soru sorma imkânı bulunmadığından, bu şekilde verilmiş bir ifadenin çelişkileri ve tutanağa geçirilmesi esnasındaki anlam değişiklikleri olduğu gibi kalabilecek, bu ise ifadenin isbat gücünü önemli ölçüde azaltacağı için, sanığın suçlanabilmesi noktasında son derece dikkatle değerlendirilmesini gerektirecektir¹⁰³. Bu sakıncanın giderilmesi, ancak, ilk ifade alma sırasında teknolojik imkânlara başvurulması¹⁰⁴ ile mümkün görülmektedir. Buna göre, muhakeme başladıktan sonra ve fakat duruşmadan önce, olabildiğince erken bir aşamada tanığın savcı¹⁰⁵, sulh hakimi ya da davaya bakacak mahkemenin başkanı tarafından ifadesi alınmakta ve/veya doğrudan doğruya videoya kaydedilmekte ve muhakemenin daha sonraki aşamalarında, tanığın yeniden dinlenmesi yerine bu ifade ve/veya kayıt¹⁰⁶

Cinsel Suç Mağduru Küçüklerin Korunması, (Çeviri), Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 1999/1, C. III, s. 7)

¹⁰¹) **Frommel**, Monika, Möglichkeiten und Grenzen des Schutzes kindlicher Opferzeugen im Strafverfahren, Vom Umfang der Justiz mit Minderjährigen, Kinder und Jugendliche im familien- und Vormundschaftsgerichtlichen Verfahren, - Kindliche Opferzeugen im Strafverfahren, Tagungsdokumentation/Frankfurter Tage der Rechtspolitik 1994, Hrsg. von Ludwig Salvo unter Mitarbeit von Corina Weber, Neuwied ua. 1995, s. 49; **Maier**, s. 184 vd.; **Meier**, GA 1995, s. 164; **Nelles**, s. 231 vd.; **Wegner**, ZRP 1997, s. 411; **Keiser**, s. 200 vd.; **Mildenberger**, s. 279 vd.

¹⁰²) Artner/Avusturya, EuGRZ 1992, s. 476; Santangelo/İtalya, ÖJZ 1997, s.152

¹⁰³) Bu nedenle, küçük tanıkların önceki ifade tutanaklarının duruşmada okunması yoluna hemen hemen hiç başvurulmadığı belirtilmektedir (**Mildenberger**, s. 305, s. 319)

¹⁰⁴) Örneğin Alman CMUK m. 58 a, m. 255 a

¹⁰⁵) Alman Ceza Hukuku Büyük Komisyonunun 1995 yılında önerdiği raporda (s. 13), ifadeyi kadın bir savcının almasının daha uygun olacağı belirtilmektedir (zikreden ve öneriye katılan **Schöch/Centel**, s. 10)

¹⁰⁶) İngiliz hukukuna göre, bir küçüğün önceki ifadesinin video bandı, ancak, küçüğün çapraz sorgulama için duruşmada hazır bulunması halinde izlenebilir (**Weigend**, 62. DJT, s. 63)

geçmektedir¹⁰⁷. Böylece, olayın üzerinden fazla bir zaman geçmeden, tanığın hafızasındaki bilgilerin henüz taze olduğu bir anda ifadesi korunma altına alınmış olacağı için, gerçeğe ulaşma şansı da arttırılmaktadır¹⁰⁸. Ayrıca tanığın defalarca ifade vermekten kaynaklanacak rahatsızlıklardan kurtarılacağı da muhakkaktır¹⁰⁹.

Bu bağlamda video kaydının kanunun öngördüğü delil sistemi içindeki yerinin de ayrıca belirlenmesi gerekmektedir. Bir görüş, ses ve/veya görüntü bantlarını bir çeşit yazılı açıklama, bir belge delili olarak kabul etmektedir¹¹⁰. Dış yapı itibariyle, tüm belgeler gibi video kaseti de keşif konusudur; ancak bu kasetin içeriği bir yazılı açıklamadır¹¹¹. Böylece, tanığın duruşmada tekrar dinlenmesi yerine, CMUK 244. madde uyarınca önceki ifadesinin video kaydı izlenmesi mümkün olabilir. Çünkü küçük tanığın mahkemede ifade vermekten kaçınması halinde ya da bu şekilde yeniden bir dinlemenin onun psikolojisi açısından sakıncalı görülmesi durumunda; ortadan kaldırılamayan bir engel nedeniyle duruşmaya getirilemeyecek (CMUK m. 244, 216, 162)

¹⁰⁷) **Deckers**, Rüdiger, Kindesmissbrauch als straf- und familienrechtliches Problem, - Die Verteidigung in Missbrauchsverdachtsfaellen als juristisches, sozialetisches und familienrechtliches Problem, AnwBl 1997, s. 461; **Maier**, s. 124; **Wegner**, ZRP 1997, s. 405 vd.; **Wilmer**, Thomas, Sexueller Missbrauch von Kindern, - Empirische Grundlagen und kriminalpolitische Überlegungen, Frankfurt am Main 1995, s. 286 vd., s. 297 vd.; **Zschockelt/Wegner**, NSTZ 1996, s. 306; **Dippel**, Karlhans, Zur Behandlung von Aussagen kindlicher und jugendlicher Zeugen, FS-Tröndle, 1989, s. 612; **Alternativ-Entwurf** (AE-ZVR), § 162 a IV, 244 III 2, 251 I 1

¹⁰⁸) **Frommel**, s. 48; **Meier**, GA 1995, s. 164; **Mildenberger**, s. 32, s. 120 vd.; **Pfaefflin**, Friedemann, Schützen Videovernehmungen kindliche Zeugen vor sekundaerer Traumatisierung, StV 1997, s. 97

¹⁰⁹) Tanığın rızası üzerine yapılacak olan bir video kaydından edinilecek kanaat, ifade tutanağının okunmasıyla ulaşılabilecek olan kanaate göre daha doğrudan ve daha canlı olacaktır (Bkz. **Weigend**, 62. DJT, s. 60)

¹¹⁰) **Maier**, s. 155 vd.; **Mildenberger**, s. 181 vd., s. 186 vd., s. 210 vd. Öztürk ise, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 55. maddesinden hareketle, ses ve/veya görüntü bantlarının delil sistemi içindeki yeri konusunda ikili bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, sözkonusu bantlar, anılan kanunda öngörülen ve güvenilirliği temine yönelik belirli usule uygun olarak doldurulmuş ve mahkemeye sunulmuş olmaları halinde belge delili sayılacakları açıktır. Ancak bu bantlardaki tespitler tek başlarına mahkûmiyet kararı verilmesine yetmezler; bunların başka delillerle desteklenmeleri gerekir. Buna karşılık, bu bantlar usulüne göre doldurulup muhafaza altına alınmamış ve yine usulüne uygun bir biçimde mahkemeye delil olarak sunulmamışlarsa, hiçbir şekilde belge delili vasfını kazanamazlar; olsa olsa iz, belirti veya emare sayılabilirler (**Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 428 vd.; **Öztürk**, Bahri, Ses Ve/Veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki Değeri, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 226, 230, 231)

¹¹¹) **Kleinknecht/Meyer-Gossner**, § 86, Rn 11; § 249, Rn 7; **Öztürk/Erdem/Özbek**, s. 428 vd.

ya da elde edilmesi imkânsız bir delil (CMUK 237/2 e) kabul edilerek önceki dinlemeye dair video kaydının izlenmesi sözkonusu olabilecektir.

Buna karşılık hakim görüş, video bantlarının delil sistemi içerisindeki yerini, tıpkı ses bantları gibi, keşif konusu objeler olarak belirlemektedir¹¹². Buna göre, CMUK 243. maddenin sadece önceki ifade tutanağının ya da yazılı açıklamaların duruşmada okunmasının tanık beyanı yerine geçirilmesini yasakladığını, buna karşılık ses veya görüntü bantlarını zikretmediğini, bu nedenle duruşmada tanığın bizzat dinlenmesi yerine veya ona ilave olarak bunların izlenebileceğini söylemek mümkün değildir¹¹³. Çünkü 243. maddede kanun koyucu, sadece tutanak veya yazılı beyanın okunması bakımından değil, her türlü dolaylı delil ileri sürülmesi ihtimali karşısında tanık beyanını tercih etmektedir¹¹⁴. Bu nedenle, tanığın önceki ifadesinin ses ve görüntülü kayıtları da hükmün yasağı kapsamına girmektedirler¹¹⁵. Buna karşılık, bir ifadenin “içeriği” hakkında keşif yoluyla delil ileri sürmek mümkün olmayıp, ancak tanık veya belge delili yoluyla delil ileri sürülebilir¹¹⁶. Dolayısıyla ses ve video bantları tanık beyanının yanısıra sadece yardımcı olarak, yani daha çok uyarı amacıyla kullanılabilirler¹¹⁷.

Aslında hakim görüşün bu yaklaşımı, ifrada varan bir delil dogmatikğine dayanmaktadır. Bu görüşe göre, ifadesi önceden videoya kaydedilmiş olan bir tanığın duruşmada hazır bulunmadığı durumlarda, video bandı sadece, önceki ifade tutanağının CMUK m. 244 uyarınca okunmasının “yanısıra” kullanılabilir¹¹⁸. Başka bir ifadeyle, tutanak

¹¹²) **Heidelberger Kommentar** zur Strafprozessordnung von Lemke/ Julius/ Krehl/ Kurth/ Rautenberg/ Temming, Heidelberg 1997, § 86, Rn 9; **Löwe/Rosenberg**, § 86, Rn 30; **Alternativ Kommentar**, § 86, Rn 8; **Kleinknecht/Meyer-Gossner**, § 86, Rn 11; **Eisenberg**, Rn 2285; **Meier**, RdJB 1996, s. 457; **Roxin**, Claus, Strafverfahrensrecht, 24., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1995, § 28, Rn 9; **Zschockelt/Wegner**, NStZ 1996, s. 308

¹¹³) **Roxin**, § 28, Rn 9

¹¹⁴) Yurtcan’a göre de, bant kayıtları yazılı olmadığı ve okunma kabiliyeti de bulunmadığı için, bunların doğrudan doğruya belge delili olarak kabul edilmemeleri gerekir. Belgeler, doğrudan doğruya içerikleriyle hakime bir ispat konusu olgu hakkında kanaat verebilen delillerdir. Oysa bant kayıtlarında bu nitelik yoktur. Bunlar ancak keşif konusu olabilirler ve sınırlı bir ispat gücüne sahiptirler (**Yurtcan**, Erdener, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 2. Cilt, 2. Bası, İstanbul 1995, s. 260).

¹¹⁵) **Keiser**, s. 177 vd.

¹¹⁶) **Schmidt**, Eberhard, Der Stand der Rechtsprechung zur Frage der Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen im Strafprozess, JZ 1964, s. 542; **Mildenberger**, s. 207 vd.; **Löwe/Rosenberg**, § 86, Rn 30; **Alternativ Kommentar**, § 86, Rn 8; **Kleinknecht/Meyer-Gossner**, § 86, Rn 11

¹¹⁷) **Dahs**, NJW 1996, s. 179; **Laubenthal**, JZ 1996, s. 340 vd.; **Meier**, RdJB 1996, s. 455; **Mildenberger**, s. 314 vd.

¹¹⁸) **Maier**, s. 165; **Wegner**, ZRP 1997, s. 409; **Zschockelt/Wegner**, NStZ 1996, s. 308

okunurken -muhtemelen aynı anda- video bandı da (mümkün olduğunca sessiz bir görüntü olarak) izlenmek durumundadır. Böyle olunca, hadiseye en yakın erişilebilir delilin duruşmada ileri sürülmesi amacını taşıyan CMUK 243. maddenin bir anlamı kalmamaktadır. CMUK m. 243/2'deki ikame yasağı, ses ve görüntü bantlarını da içerecek şekilde anlaşılınca¹¹⁹, 244. madde çerçevesinde gündeme gelebilecek dolaylı delil ortaya koyma yolları¹²⁰ arasında, tutanak okunması ile video bandı arasındaki kalite farkı gözden kaçmaktadır. Oysa tanığın videoya kaydedilmiş bir ifadesinin izlenmesi, aynı ifadenin tutanaktan okunmasına nazaran, tanığın ifade çerçevesindeki tutum ve davranışlarını ve ifadesinin içeriğini canlı bir biçimde ve tam olarak ortaya koymak bakımından tartışmasız bir üstünlüğe sahiptir¹²¹. Gerçeği mümkün olan en iyi delillere başvurarak araştırmak zorunda olan mahkeme, tutanağın okunması karşısında video bandına öncelik vermek durumundadır¹²².

Tanığın ifadesinin önceden videoya kaydedilip, kasetin duruşmada izlenmesi halinde sanığın iddia tanığı ile yüzleşme ve ona soru sorma-sordurma hakkının sağlanıp sağlanmadığının da belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, sanık, tanığın mahkemede hazır bulunmaya hukuken zorlanmadığı hallerde onunla yüzleşmeyi talep edemez. Örneğin, daha önce de belirtilmiş olan, onbir yaşını doldurmamış tanıklarla ilgili durum böyledir. Bunun dışındaki hallerde de sanık, bu hakkından hareketle, tanıkla birden çok kez yüzleşip sorgulama ve soru sormayı-sordurmayı talep edemez. Başka bir ifadeyle, savunma makamının bu imkâna bir kez sahip kılınması yeterlidir. Ayrıca bu hakkın ön soruşturmada sağlanmış olması da mümkündür. Keza tanığa soru sorulması onun yüzüne karşı bunun yapılmasını mutlaka gerektirmeyip, bir telefon veya televizyon aracılığıyla, hatta zorunluluk halinde yazılı olarak da gerçekleştirilebilir¹²³. En uygun olanı, hakim tarafından tanığın videoya kaydedilen ifadesinin alınması sırasında

¹¹⁹) **Schmitt**, Rudolf, Tonbaender im Strafprozess, JuS 1967, s. 21; **Schlüchter**, Ellen, Das Strafverfahren, 2. Überarbeitete und ergaenzte Auflage, Köln ua. 1983, Rn 541

¹²⁰) Bazı yazarlara göre, CMUK m. 244 kıyasen uygulanarak video bantlarının duruşmada izlenmesi mümkündür (bkz. **Maier**, s. 170 vd.; **Mildenberger**, s. 223 vd., s. 253 vd.).

¹²¹) Ayrıntı için bkz. **Keiser**, s. 234 vd.; **Laubenthal**, JZ 1996, s. 342; **Wegner**, ZRP 1995, s. 407

¹²²) **Weigend**, 62. DJT, s. 63

¹²³) **Albrecht**, Hans-Jörg, Kindliche Opferzeugen im Strafverfahren, Vom Umfang der Justiz mit Minderjaehrigen, Kinder und Jugendliche im familien- und vormundschaftsgerichtlichen Verfahren, -Kindliche Opferzeugen im Strafverfahren, Tagungsdokumentation/ Frankfurter Tage der Rechtspolitik 1994, Herausgegeben von Ludwig Salvo unter Mitarbeit von Corina Weber, Neuwied ua. 1995, s. 26 vd.; **Laubenthal**, JZ 1996, s. 344; **Maier**, s. 128 vd.; **Mildenberger**, s. 134 vd.; İHAM, Isgro/İtalya davası, Serie A 194 A (**Weigend**, 62. DJT, s. 63)

sanığın bu hakkını kullanmasıdır¹²⁴. Ayrıca tanığın dinlenmesi sırasında sanığın bir müdafie sahip olması ve müdafinin de dosyayı inceleyebilmiş olması gerekir¹²⁵. Müdafinin hazırlık dosyasından yararlanabilmesi ve savunma makamınca tanığa uygun soruların yöneltilebilmesi için, hakim tarafından gerçekleştirilen bu tanık dinleme işleminin hazırlık soruşturmasının başlarında değil, belki sonuna doğru ya da sonunda yapılması gerekir. Böylece bir yandan deliller o zamana kadar büyük ölçüde toplanmış olacağı için savunma makamı yoğun bir biçimde tanığı sorgulayabilecek, diğer yandan da, dava açılması için yeterli olan delil durumuna vakıf olan hakim, icabında inkâr eden veya konuşmayan tanığı dosyadaki bilgilerden hareketle uyararak konuşmasını sağlayacak ve böylece ayrıntılı bir ifade alabilecektir. Hazırlık soruşturmasının ilk aşamalarında tanığın dinlenmesi halinde bu hususların gerçekleşebilmesi ise zordur. Hazırlık soruşturmasının sonuna gelinceye kadar tanığın ifadesinin harici etkilerle yönlendirilip değiştirilebileceği, dolayısıyla bu aşamada alınan bir ifadede tanığın algılamalarının gerçeğe uygunluğunun kaybolabileceği söylenebilir de, aynı sakınca, duruşmada ve hatta hazırlık soruşturmasının erken bir aşamasında alınacak bir ifade bakımından da geçerlidir¹²⁶.

Tanığın birden fazla dinlenmesi bazen zorunlu olabilir. Şayet tanık dinlendikten sonra ortaya çıkan vakıalar ya da deliller tanığın önceki açıklamalarını şüpheli hale getirmişlerse, yeniden dinleme gerekebilir¹²⁷. Yeni vakıaları veya delilleri değerlendiren mahkeme, maddi gerçeğe ulaşma bakımından kaçınılmaz görmesi halinde tanığı duruşmada yeniden dinlemek zorundadır¹²⁸.

Yukarıda belirtilenler dışında, tehlikede bulunan tanığın korunması açısından CMUK’nda bir takım düzenlemeler yapılabilir. Bunlardan ilki CMUK’nun 61. Maddesi bakımından olabilir. Sözü geçen maddeye göre; tanığa tanıklığından evvel adı, sanı, yaşı, işi ve ikametgâhı sorulacaktır. Bu hüküm, kimliği ve oturduğu yer açığa çıkan tanığı tehlikeye düşürebilmektedir. Bu nedenle tanığın kimliğinin ve oturduğu yerin açıklanması durumunda, kendisinin veya bir başka kişinin hayatına, sağlığına, özgürlüğüne ya da anayasal açıdan korunmaya değer başka bir

¹²⁴) **Alternativ-Entwurf** (AE-ZVR), § 162 a; **Keiser**, s. 270 vd.

¹²⁵) **Keiser**, s. 304 vd.

¹²⁶) **Alternativ-Entwurf** (AE-ZVR), s. 103; **Weigend**, 62. DJT, s. 64

¹²⁷) Ayrıntı için bkz. **Keiser**, s. 264 vd.

¹²⁸) **Strate**, Zur Videosimultanübertragung von Zeugenvernehmungen in Hauptverhandlungen wegen des Vorwurfes von Sexualstraftaten zum Nachteil von Kindern und Jugendlichen, StraFo 1996, s. 3 vd.; **Alternativ-Entwurf** (AE-ZVR), § 251 I 1, gerekçesi için bkz. s. 115; **Bohlender**, ZStW 107 (1995), s. 114; **Meier**, RdJB 1996, s. 459; **Pfaefflin**, StV 1997, s. 95

menfaatine yönelik bir tehlike ortaya çıkacağından endişe duyulmasını gerektiren nedenler varsa, bu durumda tanığa, oturduğu yerin dışında, davete elverişli herhangi bir adres verme yetkisi kabul edilmeli ve hiçbir şekilde kimliğine ilişkin bilgi vermeme imkânı tanınmalıdır¹²⁹. Nitekim 4422 sayılı ÇASÖMK (m. 7) ve CMUK Tasarısı (m. 61) bu doğrultudadır.

Ayrıca, bu hususu tamamlamak üzere, tehlikede olan tanığın kimliğine ve bulunduğu yere ilişkin bilgilerin iddianamede gösterilmesinin zorunlu olmadığı kanunda açıkça belirtilmelidir (CMUK m. 163/2)¹³⁰. Aynı şekilde, müdafinin dosya inceleme hakkına da (CMUK m. 143), tehlikede olan tanığın kimliğinin ve adresinin açığa çıkmasını önleyecek şekilde kısıtlamalar getirilebilir¹³¹.

¹²⁹) Bkz. **Erdem**, İzBD 1995/3, s. 86

¹³⁰) Bkz. **Erdem**, İzBD 1995/3, s. 86 vd.

¹³¹) Bkz. **Erdem**, İzBD 1995/3, s. 87