

**CEZA YARGILAMASINDA KATILANIN, AYNI ZAMANDA
CMK 45. MADDEDE ÖNGÖRÜLEN KİŞİLERDEN BİRİ
OLMASI HALİNDE, TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKINI
KULLANIP KULLANAMAYACAĞI SORUNU**

*(The question of whether a party of criminal trial can
use their right of refusal to testify in case that the person also
one of those specified under the 45th article of
Turkish Criminal Procedure Code)*

Fatih Selami MAHMUTOĞLU*

ÖZET

Çalışmamız, müdafii olarak katıldığımız bir yargılama sürecinde ortaya çıkan ceza yargılamasında katılanın, aynı zamanda CMK m.45'te öngörülen kişilerden biri olması halinde, tanıklıktan çekinme hakkını kullanıp kullanamayacağı sorunundan yola çıkılarak hazırlanmıştır. Bu kapsamda öncelikli olarak mağdur, katılan ve tanık kavramlarına yer verilmiş; daha sonra ise ceza muhakemesinde tanıklığa ilişkin hükümlere, tanığın yükümlülükleri ve hakları ayrımına gidilerek ayrıntılı olarak değinilmiştir.

Tanığın hakkı kapsamında değerlendirilecek olan tanıklıktan çekinme hakkının sebeplerinden birini akrabalıktan kaynaklanan çekinme halleri oluşturmaktadır. Bu halde, katılanın CMK m.45'te öngörülen kişilerden biri olması halinde ise tanıklıktan çekinip çekinemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Makalemizde, katılanın bir taraftan sanığa yönelik isnatlarda bulunarak cezalandırılmasını talep etmesi ve bu kapsamda katılan sıfatının kazanılması, diğer taraftan ise "belirli kişilere sanıkların aleyhine beyanlarda bulunmama" olanağını sağlayan tanıklıktan çekinme hakkını yine bu sıfatla kullanmasının nasıl değerlendirilebileceği hususu tartışılmıştır. Konu ayrıca suç uydurma ve iftira suçunun oluşması bakımından da irdelenmiş, özellikle de yalan tanıklık suçunun failliği bakımından ilave bir değerlendirme yapılmıştır. Bunun yanı sıra CMK m. 201 kapsamında doğrudan soru yöneltme hakkının hukuk kültürümüze ve geleneğimize kısmen yabancı olması ve uygulamada hakimlerimizin

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi (E.)

bu müesseseyi gereği gibi işletmemeleri karşısında, savunma hakkının olası sorunlarına da adil yargılanma hakkı bağlamında değinilmiştir.

Anahtar kelimeler: Tanıklık, Katılan, Tanıklıktan çekinme hakkı, İftira, Suç uydurma, Doğrudan soru yöneltme

Abstract

Our study has been prepared based on that in the case that intervening party in criminal procedure is also person within the scope of article 45 of criminal procedure code, intervening party whether using right of refraining from testimony. In this context, firstly notions of victim, intervening party, witness have been mentioned; later, provisions of witness have been explained as obligations and rights of witness in detail.

Refraining from testimony arising cosinage is one of the reasons of refraining from testimony within the scope of rights of witness. In this context, in case that intervening party within the scope of article 45, the problem of intervening party whether the used right of refraining from testimony has appeared. In our article, discussed how to evaluate matters of the one hand intervening party who claiming punishment of defendant thereby attitude to defendant and in this context acquisition of intervening party capacity, on the other hand the right of refraining from testimony that enable specific persons to not make statements against defendant as same capacity. Also, the subject has been examined composed of the procuding an offense and aspersion, especially have made an assessment about offender of perjury. In addition to this, in the face of the right of posing direct questions within the scope of article 201 of criminal procedure code is stranger to our law tradition and culture and in practice, not to applied this establishment by judges, mentioned that the potentional problem of right of defence in the context of fair trial.

Keywords: Testimony, Participant, Witness' right of refusal to testify, Slander, Baseless allegation, to ask questions directly

I. ORTAYA KONULAN HUKUKSAL SORUNUN GÜNDEME GELDİĞİ BİR CEZA YARGILAMASINDAKİ SÜREÇ

Müdafî olarak katıldığım bir ceza yargılamasında, mahkemenin, davaya katılan ve aynı zamanda sanığın yakını olan mağdurun, tanık sıfatıyla dinlenmesine yönelik verdiği ara karar üzerine, katılan vekilleri, bu kişinin tanıklıktan çekinme hakkının bulunduğu gerekçesiyle tanıklığına başvurulamayacağı itirazında bulunarak, çok ilginç bir hukuki tartışmaya sebebiyet vermişti. Bu noktada sanık müdafileri olarak hem ara karar gereğince tanık sıfatıyla dinlenilmesine karar verilen katılanın, bu gerekçelerle tanık olamayacağı iddiasının yerinde olmadığını, hem de tanıklıktan çekinme talebinin bu müessesenin amacıyla bağdaşmadığını belirterek, iki açıdan karşı çıktık. Gerekçe olarak da, CMK m.236'da yer alan mağdur-tanıklık statüsüne ilişkin düzenleme karşısında eleştiriye açık bile olsa farklı bir uygulamaya

gidilemeyeceğini ve tanıklıktan çekinme hakkının temel felsefesini gösterdik. Ancak Mahkeme, CMK m.45'te belirtilen kişilerin yakınlık derecesinin mevcudiyetinin, tanıklıktan çekinme hakkının kabulü için yeterli olduğundan bahisle ortaya koyduğumuz bu gerekçeleri reddetti. Biz de bunun üzerine, CMK m.201 kapsamında doğrudan soru yöneltme talebinde bulunduk ve mahkeme de bu talebimizi kabul etti.

İşte bu hukuksal tartışmalardan esinlenerek kaleme aldığımız çalışmamızda, öncelikle ceza muhakemesi hukuku anlamında mağdur, katılan ve tanıklık kavramlarını kısaca açıklayacağız. Devamında da, tanıklık müessesinin ayrıntılarını ele alıp, katılanın CMK 45. maddede öngörülen kişilerden biri olması halinde tanıklıktan çekinme hakkını kullanıp kullanamayacağı sorununu irdelleyeceğiz.

II. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MAĞDUR, KATILAN VE TANIK KAVRAMLARI

A. Mağdur

Suçun konusunun ait olduğu kişi anlamına gelen mağdur¹, başta şikâyet olmak üzere çeşitli haklarla donatılmıştır. Ceza Muhakemesi Kanununa göre bunlar; muhakemeye yön verme, dosyayı inceleme, avukat yardımından yararlanma şeklinde sınıflandırılabilir². Suç mağdurunun kamu davasına katılması ve bunun sonucunda sahip olacağı haklar ise değinilen hakları tamamlayıcı niteliğe sahiptir³.

B. Katılan

Katılma, mağdur, suçtan zarar gören ile malen sorumlu olanların, savcının açtığı kamu davasında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kendisine tanıdığı hak ve yetkilere sahip olarak savcının yanında yer almak istemesi anlamına gelir⁴. Bu istem yetkili mercii tarafından kabul edildiği takdirde, söz konusu talepte bulunan kişi artık katılan (müdahil) olarak nitelendirilir.

Bu kurum, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 237. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Bu maddelerde, kimlerin katılan olarak davaya katılabilecekleri ve bu kişilerin hak ve yetkileri yer almaktadır.

¹ Mağdur kavramı böyle olmakla birlikte, zaman zaman "suçtan zarar gören" ile karışabilmektedir. Bu noktada belirtmeliyiz ki, mağdur, daima suçun gerçekleşmesinden zarar gören kişi olmasına rağmen, suçtan zarar gören, her zaman mağdur olmayabilir. Daha farklı bir ifadeyle, bir kişi suçun mağduru olmasa bile, söz konusu fiilden doğrudan etkilendiği için suçtan zarar gören sıfatını kazanabilir. ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009, s.207.

² ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s.237-241.

³ CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2008, s.245.

⁴ TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s.99.

CMK md. 237'ye göre, mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, kamu davasına katılabileceklerdir. Ancak burada vurgulanması gereken husus, müdahale açısından suçtan zarar görmenin doğrudan doğruya olması gerektiğidir. Diğer bir deyişle, dolaylı olarak suçtan zarar gören kişiler, müdahale kurumundan faydalanamayacaklardır. Keza Yargıtay kararları da bu yöndedir⁵.

Katılma, CMK md. 238/1 uyarınca, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilerek yahut bu talebi içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi şeklinde olur. Kamu davasına katılma hakkı bulunan kişiler, CMK'nın kendilerine tanıdığı yetkileri kullanabilecekler, ayrıca kanun yoluna da müracaat edebileceklerdir (CMK m. 260).

C. Tanıklık

Ceza Muhakemesinde yargılamaya konu fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda, yargılama makamının kanaate ulaşmasını sağlayan vasıtalarından biri de tanık beyanıdır⁶. Tanık, kural olarak mahkeme, istisnaen de savcı önünde yeminle dinlenen, muhakeme konusu olay hakkında algıladığı durumları aktaran kişidir⁷. Tanıklık kamusal bir görev olduğundan bireyler bu görevi yerine getirmekle yükümlüdürler. Kural olarak herkes tanık olabilir. Bu kapsamda çocuklar, akıl hastaları ve sanığın yakınları da tanıklık yapabilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta tanıklıkla bağdaşmayacak statülerdir. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

Hâkim, savcı veya müdafî gibi yargılama faaliyetine doğrudan etkileri olan kişiler tanık sıfatı ile dinlenilmeleri gerektiğinde artık yargılama sürecine katılmazlar. Bu durum CMK m.22'de hâkimler yönünden, aynı davada tanık sıfatıyla dinlenmesi halinde görevini yapamaz şeklinde ifade edilmiştir. Savcının tanık olduğu durumlarda ise objektifliğin tehlikeye düşmesi söz konusu olabileceğinden, savcının artık iddia görevini yapamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Benzer şekilde müdafî ve tanıklık sıfatları da birbiriyle bağdaşmadığından müdafîin tanık olması durumunda artık görevini yapamayacağı kabul edilmelidir⁸.

Şüpheli veya sanık tarafı olduğu olay bakımından tanıklık yapamaz⁹. Bir başka ifade ile tanık ve sanık sıfatları bir arada bulunamaz.

⁵ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 17.02.2000 tarih ve 847/1153 esas sayılı kararına göre, "Yakınan Büyükşehir Belediyesinin mühürlendiği LPG dolum tesisinin mühürünün bozulmasından doğrudan zarar göreceği gözetilmeden davaya katılma isteğinin reddine karar verilmesi yasaya aykırıdır."

⁶ ÖZBEK, Veli Özer; KANBUR, Nihat; DOĞAN, Koray; BACAĞIZ, Pınar; TEPE, İlker; Ceza Muhakemesi Hukuku, İzmir, 2012, s.603.

⁷ SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010, s.335; ŞAHİN Cumhuriyet; GÖKTÜRK, Neslihan; Ceza Muhakemesi Hukuku –II-, Ankara, 2012, s.23.

⁸ YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 2007, s.272.

⁹ ÜNVER, Yener, HAKERİ, HAKAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2011, s.243.

Çalışma konumuz kapsamında önem arz eden mağdur veya katılanın aynı zamanda tanık olması durumu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağından burada kısaca mağdurun tanık olarak dinlenmesini mümkün kılan CMK m.236'ın, bu kişiler hakkında, yemin hariç olmak üzere tanıklığa ilişkin maddelerin uygulanacağına hükmettiğini belirtmekle yetiniyoruz.

II. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA TANIKLIK

1. TANIĞIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Hazır Bulunma Yükümlülüğü

Tanıklar, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı tarafından suça konu olayla ilgili olarak iddianame düzenlenmesine olanak bulunup bulunmadığını kavramak için; kovuşturma evresinde ise duruşmada mahkeme tarafından, suçluluk konusunda bir kanaate ulaşarak hüküm vermek amacıyla dinlenirler¹⁰.

Tanıklar dinlenmek üzere çağrı kâğıdı ile çağırılırlar. Bir kamu görevi olarak nitelendirdiğimiz tanıklığın, yapılmamasına sonuçlar bağlanabilmesi için davetin kanunda belirtilen şekle uygun olarak gerçekleştirilmesi zorunludur. Bu şekle uyulmadan yapılan çağrılara herhangi bir hukuki sonuç bağlanamaz. Bu nedenle çağrı kâğıdında gelmemenin sonuçları da bildirilmelidir. Genel kural, tanıkların CMK m.43/1'de belirtilen usulle çağrılmaları olmakla birlikte, tutuklu işlerde tanıklar hakkında zorla getirme kararı verilebilmektedir. Mahkeme bu durumda, karar yazısında zorla getirmenin nedenlerini göstermelidir. Bu şekilde zorla getirme kararı çıkarılan tanıklara da çağrı kâğıdı ile gelen tanıklara uygulanacak işlemler yapılır.

Mahkeme duruşmanın devamı sırasında hemen dinlenmesi gerekli görülen tanıkların belirli gün ve saatte hazır bulundurulmasını yazılı olarak emredebilir. Bu durum, zorla getirmeye ilişkin bir düzenleme hüviyetinde görülmektedir.

Teknolojik gelişmeleri de göz önünde bulunduran kanun koyucu, yargılamaların daha çabuk sonuçlandırılmasını sağlamak için CMK' da, çağrı kâğıdı dışında araçlarla da tanıkların davet edilebilmesine imkân sağlamıştır. Bu çerçevede; çağrının telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanmak suretiyle de yapılması mümkündür. Ancak kanun bu şekilde yapılan çağrılara, çağrı kâğıdına bağlanan sonuçları bağlamamıştır.

Kanunda yer alan özel düzenlemeye göre, Cumhurbaşkanı kendi takdiri ile tanıklıktan çekinebilir ya da tanıklık yapmayı tercih edebilir. Tanıklık yapması halinde beyanı konutunda alınabilir ya da yazılı olarak gönderebilir. Bu düzenlemenin nedeni Cumhurbaşkanlığı makamına duyulan saygıdır. Belirtmek gerekir ki; öğretilerde bu durumun keyfilığe yol açacağı ve hukuk devleti ile bağdaşmayacağı ifade edilmektedir.

¹⁰ CENTEL-ZAFER, s.241.

Bu hususta son olarak belirtmek isteriz ki; CMK 43.maddenin son fıkrasında tanıklığın çağırılmasına ilişkin hükümlerin kişinin ancak Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme önünde tanık olarak dinlenmesi söz konusu olduğunda uygulanabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kolluğun tanık dinlemesi durumunda bu hükümler uygulama alanı bulmayacak, dinlenen kişi de tanık sıfatına sahip olmayacaktır. Kolluk da, soruşturma kapsamında ifadesine başvurulacak kişileri çağırır fakat bu kişilerin çağrıya uymaması durumunda zorla getirilmeleri mümkün değildir. Ayrıca; kollukta alınan ifadede yemin teklif edilemez¹¹. Kolluğun bu çerçevede ilgilileri dinlemesi ancak bilgi alma mahiyetindedir.

B. Doğruyu söyleme yükümlülüğü

Tanık, içtenlikle beyanda bulunmak yasal yükümü altındadır. Ancak gerçeği söyleme yükümlülüğü kanunda açıkça kurala bağlanmamış bunun yerine tanığın doğruyu söylemesini sağlayacak tedbirlerin alınması daha uygun görülmüştür. Söz gelimi, CMK m.53'te tanığa, yerine getirdiği görevin önemini anlatılması düzenlenmiştir. Bu kapsamda, tanığa her şeyden önce gerçeği söylemesi gerektiği açıklanmalıdır. Esas itibariyle sanıklar bakımından yalan söylemek bir ceza sorumluluğuna neden olmasa da, aynı sonuç tanıklar bakımından geçerli değildir. Tanıklığın yargılama açısından önemi nedeniyle Yalan Tanıklık, TCK'da Adliye Karşı Suçlar bölümünde farklı olasılıklar gözetilerek suç olarak düzenlenmiştir. Daha açık bir deyişle, TCK'nın 272. maddesi, hem gerçeğe aykırı biçimde, hem de yemin verilen ve buna rağmen yalan beyanda bulunarak tanıklık yapılmasını öngörmekte ve buna cezai sonuçlar bağlamaktadır. Bu bağlamda tanığa gerçeği söylememesi halinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı, doğruyu söyleyeceği hususunda yemin edeceği, dinlenmeden önce hatırlatılmalıdır.

C. Yemin yükümlülüğü

Kanuna göre tanıklar kural olarak ayrı ayrı yemin ederler. Ancak gerektiğinde veya bir kimsenin tanık sıfatıyla dinlenmesinin uygun olup olmadığına tereddüt varsa yemin, tanıklıktan sonraya bırakılabilir. Yemin verdirmeye kural olarak hâkim veya mahkeme yetkili iken, tanık dinlemeye yetkisi bulunan Cumhuriyet Savcısı da soruşturma evresinde yemin verdirebilecektir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi tanık dinlemeye yetkisi olmayan kolluğun yemin verdirmeye de yetkisi bulunmamaktadır.

Kanunda şekil olarak tanığa yüksek sesle tekrar ettirerek veya okutarak yemin verdirileceği düzenlenmiştir.

Sağır ve dilsizler, yemin şeklini yazıp imzalarını koyunca yemini yerine getirmiş sayılırlar, okuma yazma bilmiyorlarsa, işaretle yemin ederler. Bu takdirde

¹¹ CENTEL-ZAFER, s.243.

işaretlerden anlayan bir kimsenin aracılığına başvurulur. Geçici olarak konuşma yeteneğini kaybetmiş olanlar hakkında da aynı usule başvurulur. Kişi, sağır ve dilsiz olmadığı hâlde, sağır ve dilsiz gibi hareket ederek yemin etmiş ise ettiği yemin geçerli sayılmalıdır.

Tanığın aynı soruşturma veya kovuşturma evresinde tekrar dinlenmesi durumunda tanığa tekrar yemin verdirilmeyecek, ettiği yemin hatırlatılacaktır¹². Tanığa tekrar yemin verdirilmese de verdiği yeminin hatırlatılması, doğruyu söylemesi yönünde bir hatırlatma da olmuş olacaktır.

a. Yemin etme yükümlülüğü bulunmayanlar

Daha önce de ifade edildiği gibi tanık çağrıyla uyarak hazır bulunmak, beyanda bulunmak ve verilecek yemini eda etmekle yükümlüdür. Bu anlamda yemin etmek, tanık için bir ödevdir. Kural olarak bütün tanıklar dinlenmeden önce yemin ederler. Fakat bazı tanıklar açısından yemin verilmesi yasaklanmıştır. Bu bağlamda yeminsiz olarak dinlenecekler üç gruba toplanmıştır.

İlk grup, dinlendikleri sırada on beş yaşını tamamlamamış olanlardır. Kanun koyucu küçüklerin yeminin içerik ve anlamını kavrayamayacaklarını varsayarak onlara yemin ettirilmesini yasaklamıştır. Kanun hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere on beş yaşın tamamlanmasında esas alınan beyanda bulunulan zamandır.

İkinci grup ise, ayırt etme gücüne sahip olmayanlardır. Bu kişiler akıl hastaları olabileceği gibi, davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış kişiler de olabilir. Doğaldır ki yeminin niteliğini ve önemini anlayamayacak kişilere yemin ettirmenin bir işlevi yoktur. Uyuşturucu ya da uyarıcı madde veya alkolün etkisi ile kişinin anlama ve kavrama yeteneğinin kısmen veya tamamen ortadan kalktığı durumlarda da yemin verdirilmemesi daha doğrudur. Belki de bazen bu kişilerin hiç tanıklık yapmaması daha isabetlidir. Zira beyanları yargılamaya faydadan ziyade zarar verebilir.

Yeminsiz dinlenecek son grup ise; soruşturma ve kovuşturma konusu suçları birlikte işleyenler veya bu suçlara iştirak etmemekle birlikte suça yardım veya yataklık olarak nitelendirilebilecek eylemler nedeniyle şüpheli, sanık veya hükümlü olanlardır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi kanunda bu kişilerin tanıklık etmeleri önünde bir engel olmamakla birlikte yeminsiz olarak dinlenmeleri düzenlenmiştir.

Bunların yanı sıra 236/1'e göre mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde yemin dışındaki tanıklık hükümleri uygulanacağından, mağdur-tanık yeminsiz dinlenecektir.

¹² "3.12.1998 tarihinde yapılan keşif sırasında dinlenen tanıklar Hatice Şimşek, Fevziye Pektaş ve Niyaze Göde'ye eski yeminlerinin hatırlatılmaması suretiyle CMUK'un 60. maddesinin ihlali," **1. CD, E. 1999/1629 K. 1999/2846 T. 21.9.1999** "Tanık Ahmet Ö. yemini ve kimliği saptandıktan sonra duruşma salonunun dışına çıkarılıp tekrar huzura alınması karşısında, anılana yeminin anımsatılması gerektiği gözetilmeden tanıklığına başvurulup bu tanıklığı üzerine hüküm kurularak CYY'nin 60-61. maddelerine uyulmaması," **4. CD, E. 2001/2679 K. 2001/3952 T. 9.4.2001**

Başka bir ihtimalde ise, CMK m.51'de yer alan düzenlemeye göre, hısımlık sebebiyle tanıklıktan çekinme hakları bulunmasına rağmen bunu kullanmayarak, tanıklık yapanlar hakkında yemin gerekip gerekmediğine hâkim veya mahkeme serbestçe takdir edecektir. Ancak bu kimselere, hâkim veya mahkeme yemin teklif etse dahi yeminden çekinme hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla bu durumda da kişilere yeminden çekinme haklarının olduğu hatırlatılmalıdır.

b. Tanıklıktan ve Yeminden Sebepsiz Çekinme

Kanuni bir sebep olmaksızın, tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan masrafların ödettirilmesinin yanı sıra, yeminin veya tanıklığın gerçekleşmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve herhalde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Disiplin hapsi kavramı, CMK m.2'de kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilmeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilemeyen hapis şeklinde tanımlanmıştır.

Disiplin hapsine maruz kalan kişi tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhal serbest bırakılır. Tanığın masraf ödemeye mahkûm edilebilmesi için ise masrafların onun beyanda bulunmamasından kaynaklanması gerekmektedir. Kanunda bu tedbiri almaya hâkimin yanı sıra, naip hâkimin, istinabe olunan hâkimin ve soruşturma devresinde sulh ceza hâkiminin de yetkili olduğu belirtilmiştir. Savcılığın veya kolluğun ise böyle bir yetkisi bulunmamaktadır.

2. TANIĞIN HAKLARI

A. Tanığın korunma hakkı

Tanığın korunması; genellikle şüpheli veya sanık ile onun çevresindekilerden; tanığın gerek hayatına ve vücut bütünlüğüne, gerekse özgürlük alanına karşı yönlendirilebilecek tehdit ve tehlikelere karşı sahip olduğu imkânları ifade eder¹³. Bu kurum aynı zamanda tanığı salt ceza muhakemesine katılması dolayısıyla karşılaşabileceği zararlardan da korur. Söz gelimi mağdur ve çocukların tanıklık görevi nedeniyle psikolojik durumlarının bozulmaması amacıyla soruşturma veya kovuşturma aşamasında tanık olarak bir defa dinlenilmesi bu sebeptendir.

Tanığın korunması hakkında mevzuattaki asli düzenlemeler Tanık Koruma Kanunu (TKK) ve CMK m.58'dir. Ayrıca başkaca kanunlarda da tanıkların korunmasına dair hükümler yer almaktadır.

TKK m.3'e göre; Türk Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha

¹³ TURHAN, s.23.

fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen, alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından tanık koruma tedbirleri uygulanacaktır. Bu hükümle, sadece bir örgütün çerçevesinde işlenen suçlar bakımından tanık koruma tedbirlerinin uygulanmasını düzenleyen CMK m.58 de zımnen ilga edilmiş olmaktadır¹⁴.

Örgütlü olsun veya olmasın bir suça ilişkin sanık aleyhine beyanda bulunacak birey pek çok durumda sanığın tehditlerine maruz kalabilir ve böyle durumlarda da korunması gerekir. Dolayısıyla bu tür tehdit veya tehlike olan her koşulda, söz konusu tehdit ve tehlikenin ağırlığına göre, mahkemece tanık koruma hükümlerinin uygulanmasına imkân tanınmıştır.

CMK tanık olarak dinleneceklerin kimliklerinin ortaya çıkmasının kendisi ya da yakınları açısından ağır tehlike oluşturabilme tehlikesi halinde kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemlerin alınacağını düzenlemektedir. Özellikle informant gibi gizli görevli kullanılması hallerinde bu tehlike yaşanmaktadır. Kovuşturma makamları ile işbirliğinde olan bu kişiler, kendi içlerinde buldukları örgütten aldıkları bilgileri, kovuşturma makamlarına iletmekte, örgütlerin çökertilmesi ve suçluların yakalanması sırasında büyük işbirlikleri yapmaktadırlar¹⁵. Ancak bu kişilerin yaşamları, tanıklık etmeleri ile kimliklerinin ortaya çıkması halinde tehlikeye girmektedir. Ayrıca, tanık olmaları halinde sadece kim oldukları değil, sorular karşısında ikamet adresleri, telefon numaraları gibi sadece kendisi ile ilgili olmayan, ailelerini de ortaya çıkaran cevaplar verilecektir. Üstelik bu bilgiler duruşma tutanaklarında da yer alacaktır. Bu halde bireysel yarar ile devletin yararı çatışmakta ise de tanığın korunması ile sadece bireysel yarar gözetilmiş olmamakta, suçlulukla mücadele esnasında korunmaya çalışılan devletin yararı da tehlikeye girmektedir. Diğer taraftan tanığın kimliği gizli tutulsa dahi tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için tanığa ait bilgiler, Cumhuriyet Savcısı, hâkim ve ya mahkeme tarafından muhafaza edilecektir.

Ayrıca, CMK 58/4 uyarınca tanığın görevini yapmasından sonra kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemlerin ilgili kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu; koruma tedbirlerinden yararlanacak kişiler¹⁶, tedbirler tedbir kararlarının hangi suçlarda uy-

¹⁴ ŞAHİN-GÖKTÜRK, s.40.

¹⁵ AKYAZAN, Ahmet Emrah; Türk Hukuku'nda Tanıkların Korunması, Ankara, 2010, s.17.

¹⁶ Tanık Koruma Kanunu kapsamında haklarında tanık koruma tedbiri uygulanacak kişiler şunlardır: Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile CMK 236'ya göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları; tanık olarak dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içinde olduğu kişiler.

gulanacağı, hangi makam ve mercilerin yetkili olduğu ile tedbirlerin süresi, değiştirilmesi ve kaldırılması gibi hususları içermektedir¹⁷.

Ceza Muhakemesi Kanununda yer alan tedbirlerden; sanığın salondan çıkarılması (CMK m.200), duruşmanın kamuya kapalı yapılması (CMK m.182) ve duruşmada disiplini sağlamaya yönelik tedbirler (CMK m.203 vd.) yoluyla da tanık dolaylı olarak korunmaktadır¹⁸. Özellikle bir tanık duruşmada dinlenmekte iken sanık ancak 200. maddedeki özel durumun varlığı halinde duruşma salonundan çıkarılabilir. Böylece kanun koyucu, tanığın dinlenmesi sırasında savunma makamının hazır bulunma ve soru sorma hakkının CMK m.200'deki istisnalar dışında, hiçbir karşı yarar için kısıtlanamayacağını ifade etmektedir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu da suçların aydınlatılmasında yardımcı olan tanık ve ihbarcılar hakkında gerekli koruma tedbirlerinin devlet tarafından alınacağını belirtmektedir. Ayrıca TMK m.14'e göre; Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve suçluları ihbar edenlerin hüviyetleri, rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz.

B. Tazminat hakkı

Kanun, Cumhuriyet Savcısı veya mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağırılan tanığa, her yıl Adalet Bakanlığınca hazırlanan tarifeye uygun olarak kaybettığı zaman ile orantılı olarak bir tazminat verileceğini düzenlemiştir.

Tanığın bu görevi için seyahat etmesi zorunluluğu doğmuş ise yol giderleri ile çağırıldığı yerdeki ikamet ve beslenme gideri de karşılanacaktır. Kovuşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının tanık dinlemesi durumunda da tanığa tazminat ödenir. Ödenmesi gereken tazminat ve giderlerden hiçbir vergi, resim ve harç alınmayacağı kanunda açıkça belirtilmiştir.

C. Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Daha önce de ifade edildiği gibi kanun koyucu tanıklık yapmayı zorunlu kabul etmekte, hatta tanıklık yapmayan kimseyi disiplin hapsi ile zorlamaktadır. Tanıklık görevinin bireye yüklediği en önemli ödev olan beyanda bulunmak yükümlülüğünün istisnası CMK'da tanıklıktan çekinme sebepleri olarak düzenlenmiştir. Bir tanıklıktan çekinme sebebinin varlığı durumunda tanık, beyanda bulunmak yükümlülüğünden kurtulacaktır. Öğretide tanıklıktan çekinme nedenleri, çekinme zorunluluğu olan durumlar ve çekinme hakkı olan durumlar olarak ikiye ayrılarak incelenmekte, akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekinme halleri tanıklıktan çekinmek

¹⁷ ÇİÇEK, İbrahim, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu ve Gizli Tanık, Terazi Hukuk Dergisi, sayı:29, 2009, s.116.

¹⁸ DEĞİRMENCİ, Olgun; Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması, TBB Dergisi, Sayı.83, 2009, s.75.

hakkı kapsamında değerlendirilmektedir¹⁹. Başka bir ifadeyle bu durumlarda tanık, tanıklık yapmak ya da yapmamak hususunda tercihte bulunmak hakkına sahiptir.

a. Akrabalıktan Kaynaklanan Çekinme Halleri

Akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekinmek hakkının²⁰ hukuki temeli, Anayasamızın 38. maddesinde yer alan kimsenin kendini ve kanunda belirlenen dereceye kadar ki akrabalarını suçlayıcı beyana zorlanamaması ilkesi ve yine Anayasanın, devleti aileyi korumakla görevlendiren 41. maddesidir. Akrabalık nedeniyle tanıklıktan çekinmek hakkının tanınmasının felsefi ve sosyolojik temeli de; tanığı, gerçeği ifade etmek yükümlülüğü ile ceza yargılamasında belirli bir yakınına zarar vermek endişesi arasında bırakmamaktadır. Tanığı gerçeği söyleyerek bir yakınına zarara uğratmak durumunda bırakmak ile ceza yargılamasında maddi gerçeği ortaya çıkarmak arasında tercih yapan kanun koyucu, bu durumlarda aileye yönelik yükümlülüklerini de dikkate alarak, tanığa çekinme hakkını tanımıştır. Nitekim kendisinin veya bir yakınının cezalandırılması sonucuna götürecektir mecburiyet, tanığı yalan beyana zorlama anlamını taşıyacaktır. Oysa tanıklık gerçeğin öğrenilmesi için bir araçtır. İsmiylemeden de anlaşılacağı üzere, tanığa sağlanan imkân, bir haktır; yükümlülük değildir. Dolayısıyla tanık dilerse, yani maddi gerçeği ortaya çıkarmak hususunda istekli davranır ve ailevi yükümlülüklerini ikinci planda görürse tanıklık yapmak imkânına da sahiptir.

Kanunda belirtilen ilk çekinme sebebi şüpheli veya sanığın nişanlısı olmaktır. Ancak nişanlılık sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin hükümden çıkan sonuç, çekinme hakkının sadece tanıklık yapılacağı sırada bu ilişkinin var olması durumundadır. Yani nişanlılık ilişkisi sonradan ortadan kalkmış ve başka çekinme sebebi kalmamışsa tanıklık yapılacaktır. Her halükarda bu kişilerin beyanlarında yargıçların ilave özeni göstermesi gerektiği kanısındayız.

Diğer bir çekinme hali ise şüpheli veya sanığın eşi veya eski eşi olma halidir. Ülkemiz açısından öne çıkan ciddi bir sorun dini nikâhlı eşler bakımındandır. Bu konuda nişanlılığa ilişkin hükümlerin dini nikâhlı eşler hakkında uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Ancak eş ve evlilik kavramlarının Medeni Kanununa göre anlamlandırılması gerektiğinden bu yorumun kabulü mümkün değildir. Zira dini nikâhlı evlilikler medeni hukuk anlamında yok hükmündedir. Bu nedenle mevcut düzenleme karşısında dini nikâhlı veya birlikte yaşayan çiftler bakımından tanıklıktan çekinme hakkı mevcut değildir. Uygulamada adaletsiz sonuçlar ortaya çıkmasından dolayı cinsiyet ayrımı yapmaksızın birlikte yaşayan çiftler bakımından da tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996, s. 149.

²⁰ ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s. 395 vd.

Bir diğer çekinme hakkı ise şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu olmaktır. Ayrıca şüpheli veya sanığın üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları da çekinme hakkına sahiptir. Aralarında evlatlık bağı bulunan kişiler açısından da çekinme hakkı sağlanmıştır. Medeni Kanuna baktığımızda kan ve kayın hısımlığından üstsoy olan anne, baba, büyükanne, büyükbaba, eşin annesi, babası, büyükanne ve büyükbaba; altsoy olarak çocuklar ve torunlar ile üçüncü dereceye kadar dâhil olan kan hısımları sayılan kardeşler, yeğenler ve ikinci dereceye kadar olan kayın hısımları olarak da eşin kardeşleri tanıklıktan çekinme hakkına sahip bulunmaktadırlar. CMUK'da yer alan düzenlemeye bakıldığında sıhrî (kayın) hısımlar bakımından evlilik bağı kalmasa bile çekinme hakkının bulunduğu kabul etmekteydi. CMK'da böyle bir ifade yer almamakla birlikte Türk Medeni Hukukunda kayın hısımlık evlilik ortadan kalksa bile devam ettiğinden aynı sonuca ulaşılmaktadır.

Ayrıca yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle çekinmenin önemini kavrayamayacak kişiler ancak kanuni temsilcileri rızasıyla tanık olarak dinlenebilirler. Ancak burada ikili bir ayırım yapıp, çocuk ve akıl hastası kişilerin tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Çekinme hakkına sahip olan bu kişilerin algılama yeteneği varsa onların görüşleri de alınarak kanuni temsilcisi vasıtasıyla, algılama yeteneği yoksa doğrudan kanuni temsilci tarafından çekinme hakkı kullanılmalıdır. Ancak kanuni temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kararı hâkim delilleri de göz önünde bulundurarak vermelidir. Bu durum için kanunda hâkimin karar vermesine ilişkin açık düzenleme olamamakla birlikte CMK m.76/4'den hareketle kıyasen bu sonuca ulaşılabilmektedir. Gerçekten de kanunun 76/4. maddesinde tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı söz konusu olduğunda sanık ve şüpheli dışındaki diğer kişilerin muayene veya vücuttan örnek alınması²¹ koruma tedbirinden kaçınılabilmek mümkündür.

Tanıklıktan çekinme hakkına sahip bu kişilere tanık olarak dinlenilmeden önce mutlaka çekinme haklarının varlığı hatırlatılmalıdır²². Aksi takdirde elde edilen beyanlar delil olarak kullanılamaz. Ayrıca bu kimselerin beyan verirken dahi çekinme hakkının bulunduğu unutulmamalıdır.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması" Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. h. c. mult. Hans-Heinrich Jescheck Onuruna 27-29 Eylül 2009 tarihlerinde İstanbul'da Düzenlenen Uluslararası Kolokyumun Kitabı, 2011, s.412, 414.

²² "a- Sanıkların C.Y. Yasasında öngörülen yönetime göre dinlenmedikleri ve bu nedenle suçun önkoşullarının oluşmadığı gözetilmek, b- Haklarında tanıklıktan çekinme uyarısı yapılmadığı için TCY. nın 288. maddesinin 2; uyarısı yapılsaydı dahi aynı maddenin birinci bentleri uyarınca hüküm kurulmak gerekirken, eksik incelemeyle ve suçun önkoşulunu ve cezadan bağışıklık nedenlerini gözardı etmek suretiyle karar verilmesi," (4. CD; E. 1993/5002, K. 1993/6077, T. 15.9.1993). "Sanığın kayınvalidesi olan tanık H.G.'e tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmadan dinlenerek CMUK'un 47. maddesine muhalefet edilmesi," 2. CD, E. 2001/28542 K. 2003/483 T. 26.2.2003.

b. Meslekten Kaynaklanan Çekinme Halleri

CMK m.46, 'Meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme'²³ başlığı altında tanıklıktan çekinmeyi, hizmet sunulan kişilere güven verdikleri takdirde hizmet verebilecek meslek grupları (avukatlık, tıp meslek ve sanatları mensupları, mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler) bakımından kabul etmiştir. Söz konusu hükmün amacı sır saklama yükümlülüğü olan meslek mensuplarına kamunun duyduğu güveni korumaktır. Başka bir ifadeyle kişilerin bazı hizmetlerden yararlanırken hiçbir kuşkuya düşmemelerini sağlamaktır. Bu kimseler öğrendikleri sırları ve bilgileri mesleki ilke ve etik kurallar gereği açıklamamakla yükümlüdürler. İşte bu mesleki ve etik ilkeler ceza yargılamasına yansımakta ve bir tanıklıktan çekinme nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. İlgili madde kapsamında çekinme hakkı tanınan üç grup meslek mensubu şunlardır:

İlk olarak maddenin 1/a bendinde düzenlenen avukatlar, stajyerleri ve yardımcılarıdır. Düzenlemeye göre avukatların bu sifattan veya üstlendikleri yargı görevinden dolayı edindikleri bilgiler çekinme hakkı kapsamında kalmaktadır. Edinilen bilginin mutlaka vekâlet ilişkisine dayanması gerekmemekte, sadece mesleki sıfatı sebebiyle bilginin edinilmesi yeterli görülmektedir. Avukatın mutlaka fiilen avukatlık yapmasına da ihtiyaç yoktur. Maddeden de anlaşılacağı üzere stajyer ve yardımcıları bakımından da bu vasıta ile elde edilen bilgiler çekinme hakkı kapsamında girmektedir. İlgili kişi yani bilginin asıl sahibi rıza gösterse dahi avukatın çekinme hakkını kullanıp kullanmama hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Çekinme hakkı bulunan ikinci meslek grubu ise sağlık personelidir. Bu bağlamda hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları çekinme hakkını haizdirler. Kanunla, çekinme hakkı tanınan diğer meslek grubu ise mali müşavirler ve noterlerdir.

Buna göre; avukatlar ve yardımcıları dışında kalan iki meslek grupları bakımından ilgilinin rıza göstermesi durumunda çekinme hakkı ortadan kalkacak ve tanıklık zorunlu olacaktır. Kanunda belirtilen meslekler dışında mevzuatta çekinme hakkı tanınan başkaca meslek grupları da mevcuttur²⁴.

Meslek ve sanat sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkı bakımından üzerinde durulması gereken husus meslek mensupları için tanıklıktan çekinmenin bir hak mı yoksa zorunluluk mu olduğudur. Düzenlemeye yer alan ifadeden meslek mensuplarının çekinme konusunda takdir hakları bulunduğu, çekinip çekinmeme kararının kendi iradelerine bağlı olduğu gibi bir sonuç çıkmaktadır. Maddenin formülasyonu

²³ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 398-399.

²⁴ Yasa koyucunun saydığı meslek gruplarının dışında basın mensuplarının, basın özgürlüğü çerçevesinde haber kaynaklarını saklama hakları vardır. Basın Yasasına göre süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynakların açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamazlar (Basın Kanunu m.12). Özel yasalarda da sır saklamakla yükümlü tutulmuş olan meslek grupları tanıklıktan çekinme haklarını kullanabilmektedirler.

böyle olmakla birlikte hükmün ratio legisinden hareketle çekinme zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Bize göre ilgilinin rızası söz konusu olduğunda tanıklık yapmak; rıza olmadığına ise tanıklık yapmamak şeklinde daha açık bir düzenleme uygulama bakımından da yararlı olacaktır.

Görüldüğü üzere bir istisna dışında, durum sanığın inisiyatifine bırakılmıştır. Buradaki halin lehe veya aleyhe olduğunun takdirini yapacak olan sanıktır. Yani kurumun işletilip işletilmeyeceğine sanık karar verecektir. Aslında bu hükmün diğer bir anlamı da, böyle bir seçeneğin mevcudiyetinin sanık lehine oluşudur.

c. Devlet Sırrı Niteliğindeki Bilgilerle İlgili Tanıklık

Ceza Muhakemesi Kanunu, kural olarak bir suçla ilişkin bilgilerin devlet sırrı olmasından bahisle mahkemeye karşı gizli tutulamayacağını düzenlemiştir. Kanunda ayrıca hangi konuların devlet sırrı olarak kabul edileceği de tanımlanmıştır. Buna göre açıklanması devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve güvenliğine zarar verebilecek, anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler devlet sırrı sayılmaktadır.

Devlet sırrı niteliğindeki bir konuda tanıklık yapmak mümkün ise de bu her suç bakımından kabul edilmemiştir. Tanıklığın söz konusu olacağı suç beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiriyor olmalıdır. Ancak kanundaki düzenleme bu sonuca ulaşılması bakımından tereddütlere neden olacak niteliktedir. Şöyle ki; kanuna göre devlet sırrı genel bir tanıklıktan çekinme nedeni değildir. Hükmün sadece devlet sırrına ilişkin tanık beyanının hangi usulle alınacağını düzenlemektedir. Kanunda yer alan düzenlemede bu hükmün sadece alt sınırı beş yıl ve üzeri olan suçlar bakımından uygulanacağına yer vermiştir. Bu hükmün katı lâfzî yorumundan alt sınırı beş yıl ve üzeri hapis cezasını gerektiren suçlar dışında 47. maddedeki özel dinleme usulüne değil, aleni yargılamada diğer tanıklarla aynı dinleme usulüne tabi olduğu gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır ki bu yorum hükmün ratio legisi ile bağdaşmamaktadır. Burada kastedilen, beş yılın altında cezayı gerektiren suçlar bakımından tanıklıktan çekinebilmenin mümkün olabileceğidir. Ancak bu husus maddede açıkça ifade edilmemiştir²⁵.

²⁵ Hükmün alt sınırı beş yıldan az hapis cezasını gerektiren suçların yargılamasında devlet sırrı sebebiyle tanıklıktan çekinmenin mümkün olmadığı şeklinde yorumlanabileceği gibi, alt sınırı beş yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda mutlak çekinme sebebi olduğu şeklinde de yorumlanabilir. Bu konuda öğretide hakim olan görüş beş yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda devlet sırrı nedeniyle tanıklık yapılamayacağı şeklindedir. Bir görüşe göre devlet sırrı genel özelliği nedeniyle korunması ve gizlenmesi gereken bilgiler olduğundan açıkça izin verilen durumlar dışında çekinme nedeni olduğunu (DONAY) bir başka görüş ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 32. maddesinde memurların hizmetle ilgili bilgileri ancak ilgili bakanın yazılı izniyle açıklayabileceği hükmünden hareketle alt sınırı 5 yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda ilgili bakanın izniyle tanıklık yapılabileceğini ifade etmektedir (MALKOÇ/ YÜKSEKTEPE); Görüşler için Bkz. DÜNDAR, Meltem, KKTC Ve Türk Ceza Yargılaması Hukuklarında Çapraz Sorgulama İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2005, s.150,151.

Bir suçla ilgili olan bilgilerin devlet sırrı niteliğini taşıması halinde devletin güvenliğini tehlikeye düşürmemek için tanığın mahkeme salonunda aleni olarak değil de sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından dinlenebileceğini düzenlemiştir. Bu dinleme sırasında zabıt kâtibinin dahi bulunamayacağı belirtilmiştir. Daha sonradan bu bilgilerin sadece suçun açıklığa kavuşturulmasına yetecek kadar olan kısmı tutanağa geçirilecektir. Bu noktada bir hususun altını çizmek isteriz. Bir bilginin devlet sırrı niteliğinde olup olmadığını mahkeme takdir edecektir. Bu nedenle tanığın beyanlarında yer alan bilgilerin devlet sırrı niteliğinde olmadığı sonucuna ulaşılması durumunda bu madde hükmünün uygulanmaması gerekir. Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesini kendisi takdir eder. Ancak öğretilerde bu düzenlemenin keyfilığa yol açacağı ve hukuk devleti ile bağdaşmayacağı ifade edilmektedir.

Uygulamada devlet sırları bakımından yapılan bu özel dinleme usulünün işlevsiz kalacağı, tanığın devlet memuru olması durumunda amirinin telkini veya kendi kişisel görüşü nedeniyle fiilen bilgi vermeme yolunu seçebileceği, ayrıca yargıcın sırrın içeriğini ve tamamını bilmeden neyi ne kadar soracağını da takdirde güçlük yaşayacağı ifade edilmektedir²⁶.

D. Kendisi ve yakınları aleyhine cevap vermekten çekinme hakkı

Bireylerin kendilerini ve kanunda sayılan yakınlarını koruma içgüdüsüyle hareket edebilecekleri öngörülmüş ve Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkeler gözetilerek bireylere çekinme hakkı tanınmıştır²⁷. Aksi düzenleme hem Anayasa'da değindiğimiz ilkeye aykırı olurdu hem de kişilerin yakınlarını koruma amacıyla gerçeğe aykırı beyanda bulunmaları olasılığı ceza yargılamasının nihai amacıyla çatışırdı. Aslında bu durumda, tanıklıktan çekinme kurumundan farklı olarak; tanıklık yapılmaktadır ancak bu esnada karşılaşılan bir soruya cevap vermekten kaçınılmaktadır. Zira muhtemelen verilecek cevap beyanda bulunulan kişiler hakkında bir ceza soruşturması başlatılmasını gerektirir niteliktedir.

Belirtmeliyiz ki bu kişiler hukuk davası ya da disiplin soruşturması açılacağından bahisle çekinme hakkını kullanamazlar. Çekinme hakkı sadece ceza soruşturmasına neden olabilecek bilgiler bakımından geçerlidir. Dolayısıyla bu maddedeki çekinme hakkı mutlak veya tam bir çekinme hakkı değil kısmi çekinmedir²⁸. Zamanlaşımı, kesin hüküm veya genel af nedeniyle ceza kovuşturmasının mümkün ol-

²⁶ MALKOÇ, İsmail; YÜKSEKTEPE, Mert; Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, 2005, s.166.

²⁷ Anayasanın 38. Maddesinde yer verilen bu ilkenin bir görünümü olarak, konumuzla bağlantılı olan, TCK 273/1-âdaki "kişinin kendisinin üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmayla uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi ceza vermektense vazgeçilebilir." hükmü gösterilebilir.

²⁸ ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞIZ-TEPE, s.618.

madığı durumlarda dahi tanığın kendisi ve yakınları aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamayacağı kabul edilmelidir. Ayrıca kanunda tanığa bu durumun hatırlatılması da zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

IV. KATILANIN, CMK 45. MADDEDE ÖNGÖRÜLEN KİŞİLERDEN BİRİ OLMASI HALİNDE, TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKINI KULLANIP KULLANAMAYACAĞI SORUNU

Bilindiği üzere, suçtan zarar gören, malen sorumlu gibi statüler bir tarafa bırakılacak olursa, davaya katılan herkes, aynı zamanda mağdurdur. Durum böyle olunca, yasanın, tanıklığa atıfta bulunduğu mağdura ilişkin hükümleri, katılana da dolaylı olarak tatbik edilebilecektir. Ancak katılanın yargılamadaki iddia makamı ile paralellik arz eden rolü göz ardı edilmemelidir. Bu sebeple tıpkı sanık beyanlarında olduğu gibi katılanın beyanını değerlendirilirken daha dikkatli davranmak gereklidir.

Bu bağlamda karşımıza çıkan temel problem, katılanın, CMK m.45'te öngörülen kişilerden olması halinde, tanıklıktan çekinme hakkının kullanılıp kullanılmayacağıdır. Hemen ifade etmeliyiz ki, katılanın, bir taraftan sanığa yönelik isnatlarda bulunarak cezalandırılmasını talep etmesi, diğer taraftan ise, "*belirli kişilere sanıkların aleyhine beyanlarda bulunmama*" olanağını sağlayan, tanıklıktan çekinme hakkını kullanması, şüphesiz çelişkili olmanın sıra yasanın belli statülere tanıdığı bir hakkın kötüye kullanılmasıdır. Gerçekten de katılanın, yakını olan sanığa yönelik cezalandırılması istemiyle yaptığı bir suç ihbarı veya şikâyeti sonrasında açılan kamu davasında, sanık aleyhine beyanda bulunmamak için yararlanılabilecek bir müesseseye başvurması, CMK md.45'in ratio legisi ile de bağdaşmamaktadır

Aslında değindiğimiz bu çelişki, katılanın ceza yargılamasındaki rolü dikkate alındığında, daha belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Açıklayacak olursak, katılanın, her ne kadar iddia makamı ile paralellik arz eden bir rolü olsa da, katılan ile iddia makamının yargılamadaki fonksiyonları bir açıdan birbiriyle örtüşmemektedir. Şöyle ki; iddia makamı, sanığın hem lehine, hem aleyhine olan hususları araştırmak ve değerlendirmekle görevlidir. Bu kapsamda da, savcı, sanık hakkında beraat talep edebileceği gibi, daha hafif bir cezayı gerektiren suçtan cezalandırılmasını da isteyebilir. Hatta lehe kanun yoluna dahi başvurabilir. Ancak katılanın yargılamada daima, sanığın aleyhine kararlar verilmesini, cezalandırılmasını talep etmesi gereklidir²⁹. İddia makamı gibi sanık lehine kanun yoluna başvuruya imkân

²⁹ Tam bu noktada, tüzel kişilerin bir davaya katılmasından ve kendi faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan dolayı sanık yanında ya da karşısında olabilecek temsilinden de söz etmek isteriz. Birinci olasılıkta, CMK 237. Madde gereğince, tüzel kişinin kendi faaliyeti dışında işlenen bir suç karşısında uğradığı zarar dikkate alınmaktadır. İkinci olasılıkta ise, CMK 249. Madde uyarınca, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya savunma makamı yanında yer alan sıfatıyla duruşmaya kabul edilmektedir. Belirtmeliyiz ki, sanık lehine olan temsillerle davaya müdahil olmak, klasik anlamda katılma olarak anlaşılmamalıdır.

yoktur. Katılanın, sanık lehine bir durumu içeren, CMK 45. maddeye dayanarak tanıklıktan çekilme hakkını kullanmayı tercih etmesi bu nedenle de isabetli değildir. Dolayısıyla katılanın CMK m.45 hükmüne binaen tanıklıktan çekilme hakkını kullanmayı seçmesi durumunda artık katılan sıfatının da sona ereceğini ve CMK m. 243'ün uygulama imkânı bulacağını söylemek gerekir.

İşte katılan tarafın yargılamadaki izahı güç bu tutumu, yalan tanıklık suçu dikkate alındığında da ilginç bir tartışmaya neden olabilir. Bu konudaki düşüncemizi ifade etmeden önce, yalan tanıklık suçunun failliğini mağdur ve katılan sıfatlarını da dikkate alarak belirlemeye çalışan doktrindeki görüşleri nakletmek isteriz.

Bir görüşe göre; *“Yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı tanıklık yapan kişi yalan tanıklık suçunun faili olabilir. Her ne kadar CMK'nın 236. maddesinde “mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır” denmekteyse de suçtan zarar gören mağdur – davaya katılsın katılmasın- ya da kamu davasına katılan taraf durumunda olduğundan, diğer bir deyişler tanık olmadıgından doğruyu söylemezse yalan tanıklık suçunun faili olarak sorumlu tutulmamasıdır, iftira suçunu meydana getiren hilafı hakikat bir beyanda bulunduğu takdirde, iftira suçunun cezasıyla cezalandırılmalıdır.”³⁰*

Başka bir görüş ise; *“şikâyetçi ya da suçtan zarar gören müdahil sıfatını taşımasa da makam olarak değil ama kişi olarak davaya taraftır ve onun beyanı artık tanık değil sanıktan gayri tarafın beyanıdır. Bu bakımdan bu kimselerin yalan beyanı 272. maddede yer alan suçu oluşturmamalıdır³¹. 5271 sayılı CMK'nın 236. maddesindeki hüküm ise mağdurun tanık olarak dinlenmesi durumunda tanıklığa ilişkin usuli hükümlerin uygulanacağına işaret eder niteliktedir.” demektedir.*

Buna karşılık diğer bir görüş; *“davaya katılarak müdahil sıfatını almamış olan mağdurun da “esasen görüp bildiğini doğru olarak söylemeye mecbur” olduğundan bahisle yalan tanıklık suçunun faili olabileceğini³²” ileri sürmüştür.*

Belirtmeliyiz ki, ilk iki görüş doğrudan mağduriyeti, üçüncü görüş ise mağdurun davaya katılıp katılmamasını esas almaktadır. Tüm bu yaklaşımlar, CMK 45. maddede sayılan kişilerin aynı zamanda katılan sıfatına sahip olmaları kapsamındaki bir irdelemeyi içermemektedir. Bizce, tanıklıktan çekilme hakkının naklettiğimiz olasılıkta varlığını ister kabul edelim, isterse reddedelim artık böyle bir durumda ilgili kişinin yargılama sırasında üstlenmiş olduğu baskın fonksiyondan yola çıkmak daha doğru bir çözüm tarzı olacaktır. Bu noktada da üç ihtimalle

³⁰ ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Ahmet Caner; Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5. Cilt, Ankara,2009, s.5495'den naklen; MERAN, Necati; Kamu Görevlisine ve Adliyeyle İlişkin Suçlar, Ankara, 2006, s.271.

³¹ ARTUK -GÖKCEN- YENİDÜNYA, s.5495, YAŞAR Osman, GÖKCAN Hasan Tahsin, AR-TUÇ Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010, s.7932.

³² FEYZİOĞLU, s.238,239, MALKOÇ, İsmail; GÜLER, Mahmut; Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Cilt II, Ankara, s.2294.

karşılaşılabilecektir. İlk olarak tanıklıktan 45. maddeyi gerekçe göstererek beyanda bulunamayacağını açıklayan kişi, bize göre aslında bir hakkı kötüye kullanmasından dolayı katılan sıfatından da vazgeçmiş sayılacağından artık öne çıkan konumu mağdur tanıklıktır. Hatta bu kişi yargılamanın devamında tanıklıktan çekinme yönündeki iradesini değiştirip³³, beyanda bulursa bu sıfatı sürecektir.

İkinci olasılık olarak, katılanın iradesi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğu halde kullanmayıp beyanda bulunacağı yönündeysen, burada da tanıklık yine ön plandadır.

Ancak yakınına suçlayan müdahil, tanıklıktan çekinme hakkı olmadığı görüşünde ise ve bu gerekçeye bağlı olarak beyanda bulunuyorsa, artık tanıklık değil, müdahillik sıfatı ağır basacaktır.

İlk iki ihtimalde katılanın tanıklık sıfatı daha baskın olacağı için, yargılama esnasında doğru beyanda bulunmadığında, yalan tanıklık suçundan cezalandırılması mümkündür. Ancak üçüncü ihtimalde, yargılamada doğru beyanda bulunmayan katılan, tanık statüsüne sahip olmadığından, artık yalan tanıklık suçundan cezalandırılması olanaklı değildir. Eğer söz konusu beyanlar, TCK kapsamında “İftira” veya “Suç Uydurma” suçlarını oluşturuyorsa, bunlardan hüküm kurulmalıdır.

Bu başlık bakımından son olarak şunu da belirtmeliyiz ki, CMK 201. madde kapsamında, katılana da doğrudan soru yöneltebilme imkânı karşısında, yukarıda hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin yapmış olduğumuz eleştirilerin bir bölümünün dayanaksız kalabileceği düşünülebilir. Gerçekten, CMK 201. madde sistematığında, Cumhuriyet Savcısına, müdafii veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukata; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilme hakkı tanınmaktadır. Ancak hukuk kültürümüz, gelenekler, hâkimlerin ceza muhakemesinde sahip oldukları otoriteyi devam ettirme çabaları ve ayrıca hâkimle birlikte avukat, savcı gibi diğer sülhelerin de doğrudan soru sorma tekniklerini tam olarak bilmemesi, bu uygulamanın gereği gibi kullanılmamasına yol açmaktadır.

İşte katılan hakkında da tanıklıktan çekinmeye yönelik maddelerin uygulamasına imkân sağlanmasının yanı sıra, bir de CMK 201. maddeye göre doğrudan soru yöneltebilme izin verilmediğinde, adil yargılanma yönünden böyle büyük bir zafiyet ortaya çıkacaktır. Sanığın mevcut delillere ulaşabilme ve bunları sorgulayabilme çerçevesindeki savunma hakkı, işlevsiz durumda kalacaktır.

³³ KUNTER, Nurullah, YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008, s.673, dn:44'den naklen; “ Tanık önce çekinirse de sonra çekinebilir. Fakat önce çekinmiş tanığın sonradan çekinmesini geri alıp tanıklık yapması duruşma bitmeden kabul edilebilir. Temyiz muhakemesi sırasında tanıklık yapacağım derse dinlenmesi için bozma kararı verilmemelidir.(CG:3/11/86 YKD 87/6 929).”

KAYNAKÇA

- AKYAZAN, Ahmet Emrah;** Türk Hukukunda Tanıkların Korunması, Ankara, 2010
- ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Ahmet Caner;** Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5. Cilt, Ankara, 2009
- CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide;** Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008
- ÇİÇEK, İbrahim;** 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu ve Gizli Tanık, Terazi Hukuk Dergisi, sayı:29, 2009
- DEĞİRMENCİ, Olgun;** Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması, TBB Dergisi, Sayı.83, 2009
- DÜNDAR, Meltem;** KKTC Ve Türk Ceza Yargılaması Hukuklarında Çapraz Sorgulama İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005
- FEYZİOĞLU, Metin;** Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara, 1996
- KUNTER, Nurullah;** YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami;** “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” Risk Altındaki Global Dünya Toplumuna ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. h. c. mult. Hans- Heinrich Jescheck Onuruna 27-29 Eylül 2009 tarihlerinde İstanbul’da Düzenlenen Uluslararası Kolokyumun Kitabı, 2011
- MALKOÇ, İsmail; YÜKSEKTEPE, Mert;** Açıklamalar Ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, 2005
- MALKOÇ, İsmail; GÜLER, Mahmut;** Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Cilt II, Ankara
- MERAN, Necati;** Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Ankara, 2006
- ÖZBEK, Veli Özer;** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006
- ÖZBEK, Veli Özer; KANBUR Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker;** Ceza Muhakemesi Hukuku, İzmir, 2012
- ÖZGENÇ, İzzet;** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2009
- ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan;** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008
- SOYASLAN, Doğan;** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010
- ŞAHİN Cumhuri, GÖKTÜRK, Neslihan;** Ceza Muhakemesi Hukuku -II-, Ankara, 2012
- TURHAN, Faruk;** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006
- ÜNVER, Yener; HAKERİ, Hakan;** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2011
- YAŞAR, Osman; GÖKCAN, Hasan Tahsin; ARTUÇ, Mustafa;** Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt VI, Ankara, 2010
- YURTCAN, Erdener;** Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 2007

