



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

AİHM KARARLARININ CEZA YARGILAMASI YASASINA YANSIMALARI

Turan GÜZELOĞLU
Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı

turancern@yahoo.com

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ikincilliğini kararlarında vurgularken ,Kendisinin bir temyiz makamı olmadığını, asıl olanın bireyin uğradığı hak kaybını , kayba uğradığı ülkede ve bu ülkenin iç hukukuna göre çözmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu iç hukukun sözleşmeye uygun olması gerekmektedir. Sözleşmeye taraf bir çok ülke bu etkileşim sayesinde iç hukuklarını sözleşmeye uyarlamışlardır.

2007 yılı rakamlarına göre Mahkemenin önünde bulunan 105 bin başvurudan 9.900 başvuru ülkemiz aleyhine yapılmış olup bu rakam mevcut dosya sayısının %9.5 lik kısmına tekabül etmektedir.Bu başvuruların daha da azaltılması için Ülkemizin iç hukukunu sözleşme ve mahkeme içtihatlarına uydurulması zorunludur.Son dönemde buna yönelik olarak bir çok yasal değişiklik yapılmış olup Ceza Yargılaması yasasının da tamamen değişiminin bir amacı da bu dur işte bu değişimin boyutları ile yeterliliği bu çalışmanın konusudur.

ANAHTAR KELİME : AİHS,AİHM,Ceza Yargılama Yasası,İnsan Hakları,Etkin Soruşturma,Adil Yargılanma,Kişi Özgürlüğü,Kişi güvenliği,

GİRİŞ

8 yıl önce sonlanan yüzyıla bilim adamları,bilgi çağı,teknoloji çağı,uzay çağı gibi isimler vermişlerse de İnsan Hakları evrensel Beyannamesi ve onu takip eden Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ile birlikte çağın yeni bir adı vardır.”İnsan hakları çağı”

Kavram 20.yüzyılda ulaşabileceği noktanın en üst kısmına çıkmış, özellikle AİHS İle beraber birey artık uluslar arası hukukun bir süjesi haline gelmiştir.AİHS 47 ülkede 800 milyonu aşkın insana,sözleşme ve ek protokollerle haklar tanırken,egemen gücün(Devletin), hak ve yetkilerini de sınırlamaktadır.Sözleşmenin 1.maddesi ile sözleşme ve ek protokollerdeki hak ve özgürlükleri, tanımayı kabul eden sözleşmeye taraf devletler, sözleşmenin 46.maddesi ile de sözleşmenin 19. maddesi ile kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği tüm kararlara uyacaklarını kabullenmektedirler.Öte yandan mahkemenin karaları sadece uyuşmazlığa konu taraf devleti değil, sözleşmeye taraf olan tüm üye devletleri bağlayıcı nitelikte olacaktır.

Bu aşamada üye devletlerin karşısına çıkan sorun iç hukuktaki düzenlemelerin sözleşmeye aykırılığı ile sözleşmenin iç hukukta normlar hiyerarşisindeki yerinin ne olacağı sorusudur.Bu sorunun tek başına çözümü kolay ise de; Mahkemenin sözleşmenin yaşayan bir mevzuat olduğu değişen zaman ve koşullara göre yorumunun da farklı olabileceği ve bu yorumu yapmanın tekelinin mahkemeye ait olduğunu, belirtmesi karşısında ;yukarıdaki soruya verilecek cevap daha da karmaşık bir hal almaktadır.Bu duruma bir örnekle açıklık katmak gerekir ise;atmışlı yıllarda İngiliz iç hukukunda, çocuk suçlulara dayak cezasını içerir ceza yasası mevcuttu.Çıkartılan yönetmelik ile bu yasanın uygulanma şekli belirlenilmiş ,dayak atılır iken kullanılan sopanın ölçüleri, dayağı kimin ,nasıl atacağı, ebeveynlerin bu işlem esnasında nerede duracakları, açıklanmış idi .Mahkeme daha önce verdiği kararında bu uygulamanın AİHS ne aykırı olmadığına karar vermiş ise de aynı konu ile ilgili ;Tyrer/Birleşik krallık¹ kararında bu cezanın sözleşmenin 3.maddesine aykırı olduğuna,verilen

¹ Tyrer/ingiltereye karşı 25/04/1978 tarihli 5856/72

cezanın insan onuruna yakışmadığına karar verecektir.Kararına gerekçe olarak da sözleşmenin yaşadığını ve yaşama ayak uydurduğunu belirtmiştir.

Bu aşamadan sonra ise taraf ülkeler iç hukuk normlarını sözleşmeye uydurmak zorunda kalmışlardır.Ülkemiz ise Birleşik Komünist partisi davası² ile gerekli tecrübeyi yaşamıştır.

5170 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle ,tartışmaya son nokta konulmuş Anayasanın 90. maddesinin sonuna *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”*cümlesi eklenmiştir.

Ülkemiz dışındada, bir çok Avrupa Konseyi üyesi ülke Sözleşmenin iç hukuklarına uydurulması yönünde değişikliklere gitmişlerdir.Ancak bunun yeterli olmadığını belirten mahkeme başkanı, hedefi şöyle açıklamaktadır.”yapılması gereken mahkemenin içtihat hukukunu ulusal hukuka taşıyabilmektir.Yani ulusal Mahkemeler,özellikle Yüksek mahkemeler ve Anayasa mahkemeleri, hukuk devleti,adil yargılanma hakkı,ve düşünceyi açıklama ve örgütlenme hakkı gibi değişik alanlarda Strasbourg’un içtihat hukukunu bilebilmeli ve uygulayabilmelidir.Sözleşme metnine ulusal hukukta üstün bir yer vermeyi bu metinden kaynaklanan içtihada da aynı yeri vermek izlemelidir.”³

Bu tabloda 10313 Hakim ve Cumhuriyet savcısı⁴ ile ülke genelindeki tüm Avukatların artık Yargıtay içtihatlarından öte AİHM kararlarını bilmek ve uygulamak zorunluluğu doğmuştur.

Ülkemizde son dönemde yapılan yasal değişikliklerde de AİHM kararlarının etkisi azımsanamayacak ölçüdedir.1982 anayasasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin de değişikliğe gidilmiş,yasalarda yapılan değişikliklerle de Devlet Güvenlik Mahkemelerinden Askeri yargıcın çıkartılması,Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kaldırılması,İdam cezasının ek 13 numaralı protokol çerçevesinde mevzuatımızdan ayrıştırılması,AİHM kararlarının yeniden yargılama nedeni olarak kabulü,Düşünceyi açıklama özgürlüğünün önündeki bir kısım engellerin kaldırılması,Devlet Memurları yasasında değişiklik yapılarak AİHM tarafından yükletilen tazminatların ihlali yapan kişiye devlet tarafından rücu edilerek ödettirilmesi,Gözaltı sürelerinin AİHM kararları doğrultusunda düzenlenmesi,Siyasi partiler yasası ile Toplantı ve gösteri yürüyüşü yasasında ; bu haklara ilişkin değişiklikler,RTÜK yasasında yapılan değişiklikler,Terörle Mücadele yasası ile Polis vazife ve yetkileri yasasındaki değişiklikler,Yeni Basın yasasının çıkartılması,Vakıflarla ilgili yeni düzenlemeler,Bilgi edinme hakkı yasası,Yeni Ceza İnfaz yasası,Nüfus Kanunda yapılan değişiklikler,Çocuk mahkemelerinin kuruluş ve yargılama usulüne dair yasada yapılan değişiklik bunlar arasında sayılabilir.

² TBKP/Türkiye 30.01.1998 19392/92 Bu konuda ayrıntılı bilgi www.inhak-bb.adalet.gov.tr adresinde yayınlanan“makul sürede yargılama hakkı ve Aih ek 14 numaralı protokolün getirdikleri” adlı çalışmamızda bulunmaktadır.

³ AİHM önceki başkanı Luzius Wildhaber’in 25 Nisan 2000 tarihinde Anayasa Mahkemesinde yaptığı konuşma metninden.

⁴ Devlet Planlama Teşkilatının 2008 yılı programındaki verilere göre Eylül 2007 tarihindeki toplam Hakim ve Cumhuriyet Savcısı

Avrupa Birliğine giriş aşamasında zincirin son noktası olarak ise Yeni Türk Ceza yasası (5237) ile bu yasa ve sair ceza içeren yasaların yargılama usulünü gösterir Ceza Muhakeme yasası (5271) çıkartılmıştır.1 Nisan 2005 itibariyle yeni bir ceza yasamız ve yeni bir Ceza yargılaması yasamız mevcuttur.

5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu irdelendiğinde; yeni kurum ve kuralları ile Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarından faydalanıldığı görülmekle beraber, aynı etkileşimin AİHS ve AİHM kararları yönünde de olduğu gözlerden kaçmamaktadır. Bu etkileşimi somut bir örnekle açmak gerekir ise 1412 sayılı ceza muhakemeleri usul kanununda tercüman ücretine ilişkin bir husus bulunmadığı gibi, yerel mahkemeler tercüman ücretini de yargılama giderleri arasında göstermekte ve sanıktan tahsili için hüküm kurmakta idiler.Yüksek Yargıtay ise uzun süredir istikrarlı kararları⁵ ile Anayasanın 90 maddesi yollaması ile AİHS 6/3-e maddesine bu durumun aykırı olduğu yönünde kararlar vermekte idi.5271 sayılı yasanın 324/5 maddesinde bu durum açıkça hüküm altına alınarak,tercüman giderlerinin devletçe karşılanacağı taraflara ödettilerilemeyeceği hükmü getirilmiştir.

Bu çalışmanın konusu bu etkileşimi somuta indirgeyerek ,ortaya çıkarmak,AİHM kararlarının yeni Ceza Muhakemesi Yasasına yansımalarına bakmak olup,bağlayıcılığı tartışma konusu olmayan AİHM kararlarına uygulayıcıların gelecekte farklı bir açıdan yaklaşımlarına katkıda bulunmak,böylelikle AİHM kararlarının daha yakından takibi ile ilerideki benzer etkileşimlere de şimdiden hazırlık yapmak olacaktır.

1-UZLAŞMA (5271 SAYILI YASANIN 253 VE DEVAMI MADDELERİ)

Yasanın 253. maddesinde eski yargılama yasamızda bulunmayan uzlaşma kurumu ile karşılaşmaktayız.Yasanın saydığı bir kısım katalog suçlarda suçun şüphelisi ile suçtan zarar gören gerçek ya da özel hukuk tüzel kişisi belirli koşulların varlığında uzlaşabilirler.

CMK 253. madde soruşturma safhasında Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılacak uzlaştırma işlemlerini sayarken 254. maddede ise 253. maddeye atıf yapılarak mahkeme tarafından kovuşturma evresinde yapılacak uzlaştırma işlemlerinin aynı olduğunu belirtmektedir. Cumhuriyet Savcısı yada Mahkeme tarafları uzlaştırmakla görevli bir uzlaştırmacı atanabileceği gibi Bizzat Yargıç yada Cumhuriyet Savcısı tarafından da uzlaştırma yapılabilir. Eğer Uzlaştırmacı atanır ise taraflarla Uzlaştırma görüşmeleri yapar ve sonucunu bir rapor ile Mahkeme ya da Savcılığa bildirir.Savcılık yada Mahkeme bu uzlaşmanın sonucuna göre,Edim yerine getirilmiş ise Savcılık aşamasında Kovuşturmaya Yer olmadığı kararı Mahkeme aşamasında ise Düşme kararı verilir.Eğer Edim daha sonra gerçekleşecek ise Savcılık aşamasında Kamu davasının açılmasının ertelenmesi Mahkeme aşamasında ise Hükümün açılmasının ertelenmesi kararları verilir.Burada önemli olan, uzlaştırma görüşmelerinin gizli yürütüleceği ve bu süreçte ileri sürülen bilgi ve belgelerin taraflar izin vermedikçe açıklanamayacağı hususudur.

Buradan AİHS 38 ve 39.maddeleri ile AİHS içtüzüğünün 62. maddesine baktığımızda, karşımıza “dostane Çözüm” kavramı çıkmaktadır. Dostane Çözüm görüşmeleri mahkemenin yazı işleri müdürü tarafından yapılır.Tıpkı yukarıda irdelemeye çalıştığımız “Uzlaşma” kurumu gibi görüşmeler gizlidir.Buradaki bilgi ve belgeler eğer dostane çözüme varılmamış ise asıl yargılamanın yapıldığı mahkeme önünde dile getirilemez.Taraflar arasında uzlaşmaya

⁵ Yargıtay 9.ceza dairesinin 08.11.2001 tarih 2125/2765 E,K sayılı kararı

Yargıtay 3.ceza dairesinin 10.06.1999 tarih 5604/7168 E,K sayılı kararı örnek olarak gösterilebilir.

varıldığına mahkeme bir kararla dosyanın dostane çözümle sonuçlandırıldığına dair karar verir ve dosyayı işlemde kaldırır.

Uzlaşma kurumundan amaç, her uyuşmazlığı yargılama konusu yapmadan, çözebilmektir. Taraflar arasında varılan karar en iyi karardır. Uzlaşma kurumu ile dostane çözüm arasında paralellik kurarken bunun birebir aynı olmadığı ile bir çok ülkenin ceza yargılama yasalarında da benzer kurumların bulunduğunu bilmekte fayda vardır.

2-ETKİN SORUŞTURMA

5271 sayılı yasanın etkin soruşturma kavramına yönelik getirdiği düzenlemelere geçmeden önce, etkin soruşturma kavramı ile AİHM'nin kavramı açıklamaya yarayan kararlarına bakmakta fayda vardır.

Sözleşmenin 13.maddesi sözleşmeciler devletlere iç hukuklarında, etkin bir hak arama mekanizması kurmaları yönünde bağlayıcılık getirmektedir. Sözleşmenin ikincilliği ilkesi gereği hak kaybına uğradığını düşünen birey, kişi gurupları, ve hükümet dışı kuruluşlar öncelikle iç hukukta haklarını arayacaklardır. İşte bu mekanizmanın etkin ve başvurulabilir olması gerekir. Mahkeme bu mekanizmanın etkin olmadığı kanaatine varır ise sözleşmenin 35. maddesinde belirtilen başvuru koşullarından olan, iç hukuk yollarının tüketilmesini aramayacaktır⁶.

Mahkeme özellikle sözleşmenin 2. ve 3. maddeleri kapsamında ülkemiz aleyhine verdiği bir çok kararda etkin bir soruşturma yapmama sebebi ile ihlal kararına⁷ hükmetmiştir. Bilhassa Cumhuriyet Savcılarının soruşturma eksiklikleri ve yanlışları konusunda verdiği kararlar azımsanmayacak orandadır. Bu kararlar irdelendiğinde; Mağdur ve müştekilerin soruşturmaya aktif olarak katılmalarının sağlanmadığı, delillerin olayın akabinde hızlı bir şekilde toplanmadığı, soruşturmanın haklarında isnatta bulunan kolluk görevlilerine yaptırıldığı, Soruşturmayı yürüten farklı Cumhuriyet savcıları arasında eşgüdümün yapılmadığı, otopsi ve ölü muayenelerinin uzmanlar tarafından yapılmadığı, takipsizlik kararlarının müştekilere tebliğ edilmediğini, Cumhuriyet savcılarının olay yerine gitmediği, İşkenceye uğradığını iddia eden mağdurların psikolojik raporlarının⁸ alınmadığını, olay yeri incelemelerinin yetersiz olup, olay yerinin fotoğraflanmadığını, il ve ilçe idare kurullarından, soruşturma öncesinde alınan kararların , etkin soruşturmayı sekteye

⁶ Mahkeme bir dönem ülkemiz ile ilgili olarak güneydoğu bölgesinden yapılan başvurularda “İç Hukuk yollarının tüketilmesini” aramamakta idi . Buna gerekçe olarak bu bölgedeki insanların iç hukuk yollarına başvurmada çekince gösterdiklerini, deşifre olmaktan korktuklarını göstermiştir. Ülkemiz için bu tür başvurular geride kalmış ise de mahkeme bugün için aynı koşulu Rusya ile ilgili olarak Çeçenistan başvurularında aramamaktadır.

⁷ Abdurrahman Orak/Türkiye 14 Mayıs 2002 31889/96, Aktaş/Türkiye 24 nisan 2000 24351/94, Aksoy/Türkiye 18 Aralık 1996 21897/93, Ergi/Türkiye 28 Temmuz 1997 23818/94, Aydın/Türkiye 25 Eylül 1997 23178/94, Menteş ve diğerleri/Türkiye 28 Kasım 1997 23186/94, Kaya/Türkiye 19 Şubat 1998 22729/93, Selçuk ve Asker/Türkiye 24 Nisan 1998 23185/94 ve 23185/94, Kurt/Türkiye 25 Mayıs 1998 24276/94, Yaşa/Türkiye 02. Eylül 1998 22495/93, Çakıcı /Türkiye 08 Temmuz 1998 23657/94, Tanrıkulu/Türkiye 8 Temmuz 1999 23763/94, Kılıç/Türkiye 28 mart 2000 22492/93, Salman/Türkiye 27 haziran 2000 21986/93, Taş/Türkiye 14 Kasım 2000 24396/94, Akkoç/Türkiye 10 Ekim 2000 22947/93, Bilgin/Türkiye 16 Kasım 2000 23819/94, Çiçek/Türkiye 27 Şubat 2001 25704/94, Tanlı/Türkiye 10 Mart 2001 26129/95, Avşar/Türkiye 10 temmuz 2001 25657/94 , Şemse Önen/Türkiye 14 mayıs 2002 22876/93, Ülkü Ekinci /Türkiye 16 temmuz 2002 27602/95, Tepe/Türkiye 9 Mayıs 2003 27244/95,

⁸ Söz konusu raporların nasıl olması gerektiği yolunda Birleşmiş milletler tarafından uluslar arası kılavuz olarak kabul edilen İSTANBUL PROTOKOLÜ hükümleri uygulayıcılar için açıklayıcı hükümler içermektedir.

uğrattığı,Cumhuriyet savcılarının güvenlik güçleri aleyhinde delil toplama hususunda isteksiz davrandıkları,hususlarını kararlarına derc ettiği gözlenmektedir.

Avrupa Birliği Müktesebatına uyum çalışmaları çerçevesinde 5271 sayılı yasadan önce AİHM kararları doğrultusunda,etkin soruşturma yapma yükümlülüğü gereği bazı düzenlemeler yapılmıştır.Bunlardan en önemlisi 4483 sayılı Memurların yargılanmasına dair yasada yapılan değişiklik ile; 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245. maddelerinden yapılan soruşturmalarda (İşkence ve kötü muamele), hakkında soruşturma yapılan kişi zabıta amiri olsa dahi ,4483 sayılı yasa hükümlerinin uygulanmayacağı, Cumhuriyet Savcıları tarafından genel hükümler doğrultusunda soruşturma yapılacağı hükmü getirilmiştir⁹.Bu düzenleme ile birlikte 1412 sayılı yasa etkin soruşturma açısından bir takım eksikliklerine rağmen, yeterli denebilecek düzeydedir.Yukarıda verilen ihlal kararlarının tamamına yakını uygulayıcı hatalarından kaynaklanmaktadır.

5271 sayılı yasanın etkin soruşturma ilkesine getirdiği en büyük yenilik,suçtan zarar görenin de soruşturmaya aktif olarak katılmasını sağlamaktır.Anılan yasanın 234. maddesinde; mağdurun hakları geniş bir şekilde düzenlenmiştir.soruşturma ve kovuşturma evrelerinde vekili bulunmaması durumunda, baro tarafından bir vekil atanabileceği gibi onsekiz yaşından küçük olması ile meramını anlatamayacak durumda olması hallerinde de, istemine bakılmaksızın resen bir vekil tayini yönüne gidilecektir.Yine 1412 sayılı yasada Cumhuriyet Savcısının verdiği takipsizlik kararları sadece dilekçe veren müştekiye tebliğ olunurken artık;5271 sayılı yasanın 172. maddesi uyarınca dilekçe vermek koşulu aranmaksızın suçtan zarar görene bildirilecektir.Ayrıca kovuşturma evresinde suçtan zarar görenin kamu davasına müdahil olması daha da kolaylaştırılmıştır. 1412 sayılı yasada müdahillik iradesini belirtmesi gereken suçtan zarar gören, yeni yasa ile şikayetini belirttiğinde davaya katılmak isteyip istemediği sorulacaktır.(madde 238/2) Suçtan zarar görenin yargılamaya etkin şekilde katılımını sağlamaya yönelik düzenlemelerden biride yasanın 158.maddesinin son bendidir.Kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikayete bağlı bir suç olduğunun ortaya çıkması durumunda suçtan zarar gören açıkça şikayetinden vazgeçmez ise yargılamaya devam olunacağı hükmü yer almaktadır.

Cumhuriyet savcılarının etkin soruşturma yapamama sebebi olarak, yıllarca ülkemiz de de tartışılan “Adli Kolluk” kavramı 5271 sayılı yasa da yerini almıştır. 1Haziren 2005 tarihine kadar Ülkemizde,görevi münhasıran,suç işlendikten sonra harekete geçip olayı aydınlatmak olan ve teknik bir birim olarak teşkilatlandırılan bir suç kolluğu bulunmadığı ve toplumun güvenliği ile düzeninin sağlamak görevi bulunan genel kollukla yetinildiği için Ceza Muhakemesi hazırlıkları yeterli kalitede olmamaktaydı¹⁰.

Etkin soruşturmanın bir diğer unsuru da şüphesiz soruşturmanın bir an evvel yapılmasıdır.Ayrıntıları Makul sürede yargılama hakkında görülecek olan yasanın 332. maddesi soruşturmanın hızlandırılması açısından çok önemlidir.Bu düzenlemeye göre Cumhuriyet Savcısının bilgi ve belge istemesine ilişkin taleplerinin ilgili kişi yada kurum tarafından en geç on gün içerisinde karşılanması zorunludur.İstisnaları bulunmak kaydı ile bu süreye uymayanlar hakkında,Türk Ceza Kanununun 257.maddesi işletilebilecektir.

⁹ 5271 sayılı yasanın 161.maddesi ile vali ve kaymakamlarda istisnai hükümler getirilmiş , kolluk amirleri hakkında 1412 sayılı yasanın 154.maddesinin getirmiş olduğu,”hakimlerin görevlerinden dolayı tabi oldukları muhakeme usulü geçerlidir” hükmü korunmuştur.

¹⁰ Prof.Dr.Bahri ÖZTÜRK Antalya Adli Kolluk Seminer notları 30/01/20008

Daha önce 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun da bulunan iletişimin dinlenmesi,gizli soruşturmacı görevlendirilmesi,teknik araçlarla izleme gibi soruşturma teknikleri¹¹ bazı suçlar açısından yeni ceza yargılamasında da yer bulmaktadır. Sınırlı sayıdaki suçlar açısından bu imkan getirilirken, yargıç güvencesine bağlanan kontrol mekanizması kurulmuştur. AİHM çeşitli kararlarında bu soruşturma tekniklerinin sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiştir.

3-ADİL YARGILANMA İLKESİNE İLİŞKİN GETİRİLEN ÇEŞİTLİ DÜZENLEMELER

Bir kimse, hakkındaki bir suç isnadıyla mahkeme önüne çıkarıldığında bütün bir devlet örgütü ile karşı karşıya gelecektir. Ünlü Fransız (savunma) avukatı Jacques Verges, her suçun topluma sorulmuş bir soru olduğunu iddia ederken, toplumsal yapı içerisinde işlenen suç nitelikli her eylem karşısında birey ve devletin karşı karşıya geleceğini söyler. Devletin, hakkında suç isnadı bulunan bir sanığa muamele şekli, o devletin bireysel insan haklarına ne ölçüde saygı duyduğunun, somut bir göstergesidir. Verges'in her suçun topluma sorulmuş bir soru olduğu iddiası karşısında devlet de, her ceza yargılamasında insan hakları açısından bir sınavdan geçer¹².AİHS 6.maddesi bu sınavda insan hakların yükümlülüğünü yerine getirmek isteyen devletlere kılavuzluk etmektedir.

Sözleşme'deki Adil Yargılama Hükümü ve içerdiği haklara bakmak ve 5271 sayılı yasadaki değişimleri buna göre takip etmek gerekir ise;

- 1.*Bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma hakkı*
2. *Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı*
 - a- *Delillerin Kabul Edilebilirliği (Admissibility of Evidence)*
 - b- *Kendini Suçlamama ve Susma Hakkı*
 - c- *Silahların Eşitliği Prensibi*
3. *Aleni Muhakeme Hakkı*
4. *Gerekçeli Karar Hakkı*
- 5- *Makul Sürede Yargılanma Hakkı*
- 6- *Masumiyet Karinesi*

olarak açıklanabilir.yine maddenin 3.bendindeki sanık haklarını sıralamak gerekir ise;

- 1) *Suç isnadının niteliği ve sebepleri konusunda bilgilenme hakkı*
- 2) *Savunma hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı*
- 3) *Kendini bizzat veya seçeceği bir avukatla savunma ve ücretsiz hukuki yardım alabilme hakkı*
- 4) *Aleyhe olan tanıkları sorguya çekme veya çektirme, lehe olan tanıkları aynı koşullarda dinletme hakkı*

¹¹ Başlangıçtan beri koşulları mevcut olması halinde bu tür soruşturma tekniklerinin sözleşmeye aykırı olmadığı yönünde mahkemenin kararları mevcuttur.P.G. ve J.H./Birleşik Krallık 25.09.2001 44787/98,Khan/Birleşik Krallık 12.05.2000 35394/97

¹² Adil yargılanma hakkı , http://www.genbilim.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1425 12/01/2008

5) Çevirmenden ücretsiz yararlanma hakkı

A-TARAFSIZ VE BAĞIMSIZ MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI

Sözleşmenin 6.maddesinin ilk fıkrasında, tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkı düzenlenmiştir.5271 sayılı yasa bu kapsamda yeni düzenlemeler getirmiş ise de yeterli olmadığı zamanla görülecektir.Eski CMUK nun 22. maddesinde karara iştirak edemeyecek hakimler sayılırken,hükme iştirak eden hakimin,sonrasında yüksek görevli mahkeme de görev yapması durumunda karara katılamayacağı hükmü bulunmakta idi. 5271 sayılı yasanın 23. maddesinde bu hükümlerle beraber soruşturma evresinde görev yapmış yargıç ile yargılamanın yenilenmesi halinde önceki yargılamada görev yapan hakimin yargılamaya katılamayacağı hükmü getirilmiştir.

23. maddedeki soruşturmada görev yapmış yargıç kavramını nasıl anlamak gerektiği çok açık değildir.Burada kastedilen, yasanın 163. maddesindeki Cumhuriyet Savcısına ulaşılabilmesi durumunda, soruşturmayı yürüten yargıçtan mı? bahsedilmekte, yoksa soruşturma evresinde ,Cumhuriyet savcısının istemi doğrultusunda kararlar veren yargıçtan mı? bahsedilmektedir.İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin tutuklamayı gerçekleştiren yargıcın dava yargıcı olarak bulunmasının adil yargılanma ilkesinin ihlalin oluşturduğuna ilişkin kararları¹³ mevcuttur.Bu sebeple 23. madde hükmünü soruşturmada tutuklama tedbiri dahil,soruşturmaya konu kararlar vermiş yargıç olarak anlamak gereklidir.Zira 6.maddenin 1.bendinde sözleşme, mahkemeyi tanımlarken; yasal,bağımsız ve tarafsız bir mahkemeden bahsetmektedir.Tutuklama veyahut benzer tedbirlere hükmetmiş bir mahkemenin(yargıcın), tarafsızlığının kalmayacağı öteden beri tartışma konusudur.

Mülga 1412 sayılı ceza Muhakemeleri Yasası 386 ve devam eden maddelerde Sulh Ceza Hakiminin ceza kararnameyi düzenleme yetkisine ilişkin hükümler getirmekte idi .Buna göre sadece hafif veya ağır para cezasına yada üç aya kadar hafif hapis ile meslek veya sanatın tatili ile müsadereye ilişkin hükümlerde , Mahkeme dilerse duruşma açmayacak,dosya üzerinden bir karar verebilecek ve sanık hakkında ceza kararnamesi düzenleyebilecekti idi .Bu düzenlemeye göre hakkında yukarıda belirtilen tedbirlere hükmedilen sanık, mahkemece dinlenmeyecek,savunması saptanmaksızın iş ceza kararnamesi ile sonuçlanabilecekti .Ancak ceza kararnamesine sanığın tebliğden itibaren, sekiz gün içerisinde itiraz edebileceği hükmü bulunmakta idi.

Ceza Kararnameleri Sulh Ceza Mahkemelerinde ki iş yükünü hafifletmekte yadsınmayacak derecede katkılı olmuş ise de; AİHS 6/1 maddesindeki adil yargılanma hakkı ile sözleşmeye ek 7 numaralı protokolün 2.maddesinde düzenlenen cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkına da aykırılık teşkil etmektedir.Mahkeme istikrarlı kararları¹⁴ ile ceza yargılamasında kişinin duruşmalı yargılanma hakkının bulunduğu,duruşma açılmaksızın,sanığın savunması kısıtlanmak suretiyle verilen kararların adil yargılanma hakkının ihlali olacağı sonucuna varmıştır.Öte yandan ek 7.protokol 2.maddesinde iki dereceli bir yargılama sistemi öngörülmüştür.Ceza kararnamelerinde ise ikili sistem bulunmamaktadır.

Aktarılan nedenlerden ötürü,5271 sayılı yasa düzenlenirken kanun koyucu tarafından Ceza kararnamesi müessesesine yer verilmemiştir.

¹³ Colak/Almanya 06.12.1988 9999/82,Pfeifer ve Plonkl/Avusturya 25.02.1992 10802/94

¹⁴ Baischer/Avusturya 20.12.2001 32381/96

Tierce ve diğerleri/San Marino 25.07.2000 24954/94

Elsholz/Almanya 13.07.2000 25735/94

B-MAKUL SÜREDE YARGILAMA HAKKI

Hakkaniyete Uygun Yargılama kavramı içerisinde yer bulan “Makul Sürede Yargılama İlkesi” ise yasanın 190.maddesinde yerini almıştır.Mahkemeler zorunlu hallerde duruşmaya ara verirken, yargılamayı makul sürede sonuçlandırmayı olanaklı kılacak şekilde ara vereceklerdir.Yine Cumhuriyet savcılarının etkin soruşturma yapabilmeleri için getirilen; yazdıkları yazılı istemlere kurum ve kuruluşlar tarafından on gün içerisinde yanıt verme zorunluluğu ,kovuşturma evresinde mahkemeler içinde geçerli olacaktır.Böylelikle 332. maddedeki bu düzenleme yargılamanın hızlanmasını sağlayacaktır¹⁵.

Yargılamanın makul süreye çekilmesi ile ilgili bir başka düzenleme ise bilirkişilik müessesesinin yeniden yapılandırılması ile olmuştur.İl Adli Yargı Adalet komisyonları tarafından her yıl bilirkişi listeleri hazırlanacak,burada görev yapan bilirkişiler ile istisnai hallerde dışardan atanacak bilirkişiler incelemelerini en geç üç ay içerisinde incelemeyi isteyen mahkemeye ileteceklerdir.(madde 62-73)

C-MASUMİYET KARİNESİ

Yine yeni yasanın 183.maddesinde adil yargılanma hakkının bir parçası olan “masumiyet karinesi”¹⁶ ne ilişkin olarak duruşmalarda adliye binası içerisinde ve duruşma salonunda sesli ve görüntülü kayıt alınmayacağı hükmü getirilmiştir.Hatta yasa koyucu bu hükmün sair adli işlemleri de kapsadığını belirtmiştir.Getirilen yeni düzenleme çok yerindedir.Özellikle basın organlarının henüz yargılanmasına başlanmamış olan kişileri toplum önünde suçlu olarak göstermesi, bu ilkenin açıkça ihlalini doğurmaktadır.

Yine bu ilkeye yönelik olarak yasanın 223. maddesinde hangi hallerde beraat kararı verileceği açıkça sayılmıştır.Ülkemiz uygulamasında ,sıkça yer alan “sanığın atılı suçu işlediğine dair şüphe hali olmasına karşın kesin ve inandırıcı delillerin yokluğu sebebi ile beraat” hükmü 223. maddede bulunmamaktadır.Zira bu şekilde verilen kararlarda sanığın suçu işlediği yönünde şüpheli bir durumun anılan beraat kararına rağmen korunduğu zikredilmekte idi.Artık mahkemelerin bu şekilde beraat kararı veremeyecek olması¹⁷ da AİHM kararlarının yeni yasaya yansması halidir. AİHM’nin, Sekanina¹⁸ davasında Avusturya’yı mahkum ederken göstermiş olduğu gerekçe, son derece önemlidir. Mahkemeye göre, ceza muhakemesinin, işin esasına girilmeksizin sona erdirildiği durumlarda, şüphenin dile getirilmesi mümkündür. Ancak kesin hükümlerle, beraat kararı verildikten sonra, artık sanığın şüphe altında olduğu gerekçe gösterilerek uyuşmazlıkla ilgisi olan bir diğer işlem yapılamaz. Bu itibarla, beraat kararı verildikten sonra talep edilen bir tazminatın, sanık üzerindeki şüphenin devam ettiği gerekçesiyle reddi, suçsuzluk karinesini ihlal etmiştir¹⁹.

D-SAVUNMANDAN YARARLANMA HAKKI

¹⁵Bu konuda ayrıntılı bilgi www.inhak-bb.adalet.gov.tr adresinde yayınlanan“makul sürede yargılama hakkı ve AİHS ek 14 numaralı protokolün getirdikleri” adlı çalışmamızda bulunmaktadır.

¹⁶ fair trial

¹⁷ zira yasanın 230.maddesinin 2.bendinde verilecek beraat hükmünün gerekçesinin 223.maddenin 2.fıkrasındaki hangi hallerde dayandırıldığının açıklanması gerekmektedir.

¹⁸ Sekanina/Avusturya 25.08.1993 13126/87

¹⁹ Prof.Dr.Metin Feyzioğlu ,”Suçsuzluk Karinesi:Kavram Hakkında Genel Bilgiler Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” [www. auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1999-48-01-04/AUHF-1999-48-01-04](http://www.auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1999-48-01-04/AUHF-1999-48-01-04) adlı internet sitesi 20/03/2005

Yeni yasanın 6. maddeye ilişkin getirdiği düzenlemelerden bir diğeri de savunma makamına ilişkin düzenlemelerdir.149. maddeden itibaren yapılan düzenlemelerde 1412 sayılı yasadan farklı olarak zorunlu müdafilik genişletilmiş,alt sınırı 5 yıl hapis cezasını içeren suçlara ilişkin onsekiz yaşını doldurmayan sanıklarla kendini ifadeden aciz sağır ve dilsiz sanıklara getirilen düzenlemeye paralel olarak, zorunlu olarak barodan müdafî atanması yoluna gidilmiştir.Sözleşmenin 6. maddesinin en önemli kriterlerinden olan sanığın istemi halinde ücretsiz olarak müdafî atanması ilkesi korunmuştur.Burada da karşımıza çıkan soru sanığın istemi halinde mahkemece müdafî atanması gerekliliği kuralı, temyiz mahkemesi önünde de geçerli olabilecek midir? Somutlaştırmak gerekir ise yargılanıp hakkında tecziye cihetine gidilen sanık, temyiz layihasında dosyasının duruşmalı olarak görüşülmesini ve kendisine temyiz aşamasında ,bir müdafî atanmasını istediğinde Yargıtayın bu talebi kabul edip etmeyeceği sorudur.5271 sayılı yasaya geçmeden önce AİHM'nin aksi yönde tutum karşısında ihlal kararları²⁰ verdiğini belirtmekte fayda vardır.Mahkeme temyiz aşamasında da mali olanaktan yoksun kimseye adli yardım çerçevesinde Avukat atanması gerektiğine hükmetmektedir.

5271 sayılı yasada bu duruma ilişkin açık bir hüküm mevcut değildir.Ancak yasanın 156.maddesinde 150. maddedeki duruma istinaden;sanık, müdafî atanmasını istediği halde ,yargılama kovuşturma aşamasında ise,mahkemece müdafî atanmasının barodan istenebileceği belirtilmektedir.Yine yasanın 2. maddesinin f bendinde ,kovuşturma aşamasının iddianamenin kabulünden, kesin hükme dair geçen süreç olarak belirlendiğine göre, Yargıtay aşaması da kovuşturma aşamasının içindedir.O halde Yargıtay tarafından da sanığa müdafî atanabileceği sonucunu çıkartmak gerekir.

Hakkaniyete Uygun yargılama ilkesinin içinde bulunan ,delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin,5271 sayılı yasa 1412 sayılı yasaya paralel hükümler getirmiş,birkaç maddede hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin, değerlendirilemeyeceği hususunu ayrıntılı olarak açıklamıştır.(madde 148,206,217)Yine delillerin değerlendirilmesi bahsinde ele alabileceğimiz, yasanın 148.maddesinin 4.bendi mevcuttur ki, uygulama başladığında çok tartışılacaktır.Bu düzenleme uyarınca şüphelinin müdafî olmadan kollukta vereceği beyan şüpheli veya sanık mahkeme huzurunda doğrulamadıkça hükme esas alınmayacaktır.Bu düzenleme için çok fazla şey söylenebilir.Ancak İnsan hakları penceresinden baktığımızda en güzel söz "*fazla insan hakları, insan haklarını öldürür*"²¹ sözüdür.

E-YÜZYÜZELİK İLKESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Zana /Türkiye²² kararında sanıkların asıl mahkemesine getirilmeksizin İstinabe yolu ile cezalarını çektikleri yer mahkemesi tarafından savunmalarının saptanmasını,sözleşmenin 6/1 maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür.5271 sayılı yasanın 196. maddesinde yargılama yeri dışında bulunan sanığın sesli ve görüntülü, elektronik cihazlarla savunmasının saptanabileceği,yine alt sınırı 5 yıl dan fazla olan suçlarda mutlak surette mahkemesinde savunmasının alınacağı ile alt sınırı 5 yıl ve daha az olan suçlarda istemi halinde asıl mahkemesinde savunmasının alınacağı hükmü getirilmiştir.Bununla beraber tutuklu sanığın Yargıtay da yapılacak duruşmalara

²⁰ Tvalıb/Yunanistan 09.06.1998,Granger/Birleşik Krallık 28.03.1990 11932/86,Bıba/Yunanistan 26.09.2000 33170/96,R.D./Polonya 18.12.2001 29692/96

²¹ Jean Pierre Marguenaud (Limoges Hukuk ve Ekonomik Bilimler Fakültesi Özel Hukuk Profösörü)İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli yargı sempozyum Türkiye barolar birliği Yayınları 2004 Ankara

²² Zana /Türkiye 25.11.1997 18954/91

katılamayacağına dair 299.maddenin 2.bendindeki hüküm sözleşmenin 6.maddesine açıkça aykırıdır.Bu konuda mahkemenin bir çok ihlal kararı²³ mevcuttur.Yasa koyucunun bu noktada AİHM kararlarını dikkate almaması yadırganacak bir durum olmakla beraber sözleşmenin Anayasanın 90.maddesi gereği üst norm olarak uygulanmasından başka seçenek görülmemektedir.

Bir başka konu da tanıkların sanıkların huzurunda dinlenmeleri ve sanıklar tarafından tanıklara soru sorulabilmesi hususudur.AİHM nin bu yönde de gerek ülkemize yönelik ,gerekse de diğer ülkelere yönelik ,ihlal kararları mevcuttur.Örnek vermek gerekir ise Hulki Güneş /Türkiye kararında²⁴ tanıkların istinabe yolu ile ifadelerinin alınarak, sanıkların çekilen fotoğraflarından teşhis yapılmasını,mahkeme yargılamanın yüz yüzeliğine dolayısı ile de adil yargılama ilkesine aykırı bulmuştur.

Ceza Muhakemesi Kanununun 180. maddesi tanık ve bilirkişilerin istinabe yolu ile dinlenmelerine ilişkin eski yasa ile benzer hükümler getirirken, maddenin 5.bendinde elektronik ortamda bu dinlemenin aktarılması hükmüne yer vermiştir.Zannımızca getirilen bu düzenleme mahkeme kararları doğrultusunda yetersizdir.Sanığın talep etmesi halinde tanıkların mutlak surette sanığın huzurunda dinlenip sanığın sözleşmenin 6/3-d bendindeki “tanıkların sorguya çekmek veya çektirmek” hakkını kullanırmak gerekmektedir.Bu durumda tanık başka bir kentte olsa bile getirtmek gerekmektedir.Öte yandan Sanık vekilinin doğrudan, sanığında mahkeme başkanı vasıtasıyla tanığa soru sorma hakkının yasanın 201. maddesinde düzenlenmesi olumlu bir gelişmedir.

Tanıkların dinlenmesi konusunda bir başka hususta; yasanın 58 maddesinde düzenlenen güvenlik gerekçesi ile hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan, tanığı mahkemenin dinleyebilmesi hususudur.Yasanın 188. maddesinde duruşmada hazır bulunmak zorunda olanlar sayılmıştır. Eski yasadan farklı olarak yasanın zorunlu müdafiliği kabul ettiği hususlarda ,yargıç ve cumhuriyet savcısının yanında zorunlu müdafii bulunmadan duruşma icra olunamayacaktır.Yine yasada duruşmada hazır bulunma hakkı olanlar belirtilmiştir.58.madde hazır bulunma hakkı olanların, tanığın güvenliği nedeni ile duruşmadan çıkartılabileceği hükmünü getirirken, yasanın 200.maddesi tanığın sanık huzurunda doğruyu söylemeyeceği hususunda mahkemenin kanaate sahip olması halinde ,tanık dinlenirken sanığın duruşma dışına çıkartılabileceği hükmüne yer vermiştir.

Yukarıda açıklanan duruma ilişkin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Kararlarından öte, uygulamasını anlatıp, bundan sonuç çıkartmakta yarar vardır.Bilindiği üzere mahkeme önüne gelen başvuruda, başvuru ve tanıkları Strasbourg da dinleyebileceği gibi ihlal iddiasının bulunduğu ülkede de dinleyebilmektedir.Görevlendirdiği temsilcilerle bu tanık dinleme duruşmalarını yapmaktadır.Benzer bir yola Tepe/Türkiye²⁵ davasında da başvurmuş ,Güneydoğu Anadolu bölgesinde 2. maddenin ihlal edilerek başvuruoğunun oğlunun devlet görevlileri yada onların bilgisi dahilinde, öldürüldüğü iddiası karşısında,soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcıları ile beraber bir çok tanığı Ankara da dinlemiştir.Bununla beraber ihlalin yapıldığı iddia olunan Bitlis ilinin güvenliği ile sorumlu bir generalinde beyanını almak istemişlerdir. Türkiye güvenlik gerekçesiyle tanığın sadece temsilcilere beyanda bulunacağını,beyanı saptanırken başvuru ile başvuru temsilcilerinin bulunmaması talebini temsilcilere iletmiştir.İnsan Hakları Mahkemesi Temsilcileri, başvuruoğunun

²³ Kremzow/Avusturya 21.09.1993 12350/86,Botten/Norveç 19.02.1996 16206/90,Michael Edward Cooka/Avusturya 08.02.2000 25878/94,Pobornikoff/Avusturya 03.10.2000 28501/95

²⁴ Hulki Güneş/Türkiye 19.06.2003 28490/95

²⁵ Tepe/Türkiye 9.05.2003 27244/95

bulunmamasını kabul etmekle beraber, başvuru sahibinin avukatlarının bulunmaması talebini kabul etmemiş,ve tanığı dinlemekten vazgeçmiştir.

F-TERCÜMAN HAKKI

Dürüst Yargılanma ilkesi olarak ta kabul edilen sözleşmenin 6.maddesinin 3.fıkrasının e bendinde ,sanığın duruşmada konuşulan dili anlamadığı takdirde ,ücretsiz olarak tercüman hakkından yararlanacağı belirtilmiştir²⁶.Giriş kısmında da belirttiğimiz üzere yerleşik Yargıtay uygulamalarında böyle olmasına karşın sözleşmenin bu hükmü yasanın 202. maddesinde yer alırken bu hak salt sanık için değil, mağdur içinde getirilmiştir.Bu hak aynı fıkranın a bendinde bulunan suçlamanın anladığı dille sanığa aktarılması hakkı ile de ilgilidir. Mülga1412 sayılı yasa da mevcut olan tutuklu sanığa isticvap(kalem sorgusu) şeklinde tebliğ edilen iddianame, yeni yasanın 176.maddesi gereği tutuklu sanık mahkeme kalemine getirilmeden, cezaevinde tebliğ edilebilecektir.Burada karşımıza çıkan sorun sanığın iddianame'nin yazılı olduğu dilden anlamaması durumunda ne yapılacağıdır.Yeni yasa bu duruma ilişkin bir düzenleme getirmezken AİHM iddianamenin yazılı çevirisinin yapılmamış olmasını sanığın suç isnadını öğrenememesi sonucu ile birlikte 6. maddenin ihlalini doğuracağını belirtmiştir²⁷.

4-KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN GETİRİLEN DÜZENLEMELER

Bir suç soruşturmasında yada kovuşturmasında,kişi özgürlüğünü sınırlama hak ve yetkisine sahip olanların, bu hak ve yetkiyi kullanırken,hukukun içinde hareket etme zorunluluğu vardır.Öte yandan herhangi bir ceza soruşturma yada kovuşturması ile karşı karşıya gelen bireyinde hakları mevcuttur.Sözleşmenin 5.maddesi AİHM kararları ile birey lehine genişletilerek kişi hak ve özgürlüğünün kapsamı genişletilmiştir.

AİHS nin 5.maddesinin 1.bendinde, hangi hallerde özgürlükten yoksun bırakmanın mümkün olabileceği altı bent olarak ve sınırlı sayıda olmak koşulu ile sayılmış,2,3,4,5.bentlerde ise özgürlüğünden yoksun bırakılan kişinin hakları sıralanmıştır.Getirilen yeni düzenlemeleri daha iyi özümseyebilmek adına,özgürlükten yoksun bırakma hallerine bakmak gerekir ise;

a) *Yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine bir kimsenin usulüne uygun olarak hapsedilmesi;*

b) *Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;*

c) *Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran mâkul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;*

d) *Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;*

²⁶ Luedicke,Belkacem ve Koç/Almanya 28.11.1978 6210/73,Öztürk/Almanya 21.12.1984 8544/79

²⁷ Kamasinski/Avusturya 19.12.1989 9783/82

e) *Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;*

f) *Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme yada geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;*

Halleri olarak belirtilmiştir.

Sözleşmenin 5.maddesinin 1.fıkrasının c bendinde ceza kovuşturmasına ilişkin alıkoyma açıklanmıştır. Tutuklamaya esas olmak üzere, c bendinin karşılığı,1412 sayılı yasa da 104.madde iken; 5271 sayılı yasa da 100.maddedir.Her iki usul yasamızda da paralel bir hüküm konulmuş,tutuklamada asıl unsurun hakkında suç isnat edilenin, suçu işlediğine dair kuvvetli şüphenin²⁸ olmasını aramıştır.Bu unsurun bulunmaması durumunda, bu tedbire başvurulamayacaktır.Yine kuvvetli şüphenin bulunması durumunda, bununla beraber şüpheli yada sanık kaçmaya yönelik bir davranış içerisinde, veyahut ta delilleri karatma niyetinde ise tutuklama nedeni olarak kabul edilebilecektir.

Her iki usul yasasındaki benzerlikler ise bu noktadan sonra ayrılmaktadır.1412 sayılı yasanın 104.maddesi şüpheli yada sanığa atılı olan suçun yasada öngörülen düzenlemesine göre üst sınırı yedi yıl ve daha fazla ise,yada sanığın ikametgahı belli değil ise,sanık kim olduğunu kanıtlayamayacak durumda ise, kaçma şüphesi ve delilleri karatma durumunu varsaymaktadır.bu üç halde sanık hakkında isnat edilen suçu işlediği yönünde kuvvetli şüphe bulunması halinde tutuklama gerçekleştirilebilecektir.

Yeni Muhakeme yasamızın 100.maddesi ise eski yasadakinin aksine üst sınır belirtmeksizin isnat edilen suçları tek tek sayarak,bu suçlardan yürütülen soruşturmalarda, sanığın yüklenen suçu işlediğine ilişkin kuvvetli şüphe bulunması halinde tutuklamanın gerçekleşebileceğini belirtmektedir.Eski yasamızdaki kişinin kim olduğunu ispatlamaması yada ikametgahının bulunmaması koşulunu kaldırmıştır.

Gıyapta tutuklamayı kaldıran ,5271 sayılı yasanın devrim niteliğindeki değişikliği ise tutuklama nedenlerine yönelik istisnalarında kendini göstermiştir.Eski Yargılama Yasasının 104.maddesinin 3.bendinde suçun toplumda infial uyandırması halinde altı aya kadar hürriyeti bağlayıcı suçlarda tutuklama nedeni kabul edilebiliyordu.Yeni yasa bu düzenlemeyi kaldırdığı gibi ,salt adli para cezası ile,üst sınırı bir yıla kadar olan suçlarda tutuklama kararı verilmeyeceği hükmünü getirmiştir.

Tutuklama nedeni olarak toplumda infial kavramı,3842 sayılı yasa ile 1412 sayılı yasaya girdiğinden beri tartışma konusu olmuştur.Kişiyeye,yere,zamana göre değişen ve AİHS 5/3-c bendine açıkça aykırı olan bu hükmün kaldırılması,özgürlüğünden yoksun bırakmanın toplumsal baskı yada toplumsal talepleri karşılama kaygısından uzak tutulması gerektiğini göstermiştir.

²⁸ Sözleşmenin 5/1-c maddesindeki “geçerli Şüphe” kavramını AİHM 30.08.1990 tarihli Fox,Campbell ve Hartley İngiltere (12244/86) kararında açıklamıştır.Kuzey İrlanda da daha önce terör suçundan mahkum olup cezalarını çektikten sonra yolda görülmeleri üzerine İngiliz terörle mücadele yasası gereği gözlem altına alınmaları ve 44 saat süren tutmada gözlem altına alınanlara, bir suç isnat edilmeksizin serbest bırakılmalarında, sözleşmenin aradığı makul kuşkunun bulunmadığı.şüphelilerin daha önce benzer suçtan hüküm giymelerinin başlı başına makul kuşkuyu oluşturmayacağına karar vermiştir.Benzer şekilde mahkeme Türkiye ile ilgili Erdagöz kararında ise makul kuşkunun oluştuğunu şüphelinin suç uydurmaktan gözlem altına alındığını ,sözleşmenin 5/3/c bendinin ihlalinin olmadığına karar vermiştir.(Erdagöz/Türkiye 22.10.1997 21890/93)

Sözleşmenin 5.maddesinin 2.fikrasından başlayarak ise tutulanan (gözaltı ve tutuklama) hakları yer almaktadır.Bunlara kısaca bakmak gerekir ise;

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılmalıdır; kişinin makul bir süre içinde yargılanma veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Salıverme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kıs bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan kimse herkesin tazminat istemeye hakkı vardır.

Halleri olarak sıralanmaktadır.2.bent de yakalama nedenlerinin, yakalanana en kısa zamanda anlatılarak bilgilendirilmesi yer almaktadır²⁹.Eski yasamızda yer almamasına rağmen,yeni yasamızın 90/4. maddesi “kolluk yakalanan kişiye kanuni haklarını derhal bildirir.”hükümünü getirmiştir.Kolluğun derhal bildireceği haklardan biri de kendisine yüklenen suçun anlatılmasıdır.Kolluk bu bilgilendirme ile birlikte şüpheli yada sanığa diğer haklarını anlatacaktır.

Sözleşmenin 5/3 maddesi ise derhal yargıç önüne çıkarılmayı düzenlemektedir.Bir başka deyişle gözaltı sürelerini düzenlemektedir.1412 sayılı yasa gözaltı sürelerine ilişkin ikili bir sistem getirmekte idi.Anılan yasanın 128.maddesinde Devlet Güvenlik Mahkemesinin görev alanına girmeyen suçlar açısından 24 saat süre esası getirilmiş,bu süre yine adi suçların toplu olarak işlenmesi halinde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile dört güne kadar çıkarılabileceği düzenlenmişti.Devlet Güvenlik mahkemesinin görev alanına giren suçlar açısından ise, bir yada iki kişinin işlediği iddia olunan suçlar için 48 saat toplu suçlar açısından ise dört güne kadar uzayabilecek süreler öngörülmüştü.Yine 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 4744 sayılı yasa ile değişik 16.maddesinde olağanüstü hal ilan edilmiş yerlerde gözaltı süresinin hakim kararı ile 7 güne kadar uzatılabileceği belirtilmekte idi.Devlet Güvenlik mahkemelerinin kaldırılmasına dair 5190 sayılı yasa ise 1412 sayılı yasanın 394.maddesine, 5190 sayılı yasa ile kurulan ve eski Devlet Güvenlik mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili soruşturma usulünü de getirmiştir.Buna göre de olağanüstü hal ilan edilen yerlerde soruşturma ve kovuşturması 5190 sayılı yasaya tabi olan toplu suçlarda dört gün olan süre hakim kararı ile 7 güne kadar uzatılabilirken,5190 sayılı yasa kapsamında soruşturması yapılacak şüpheli yada sanık sayısının bir veya iki olması durumunda gözaltı süresi kırksekiz saat olacak şekilde belirlenmiştir.

²⁹ Bu konuda mahkemenin temel içtihadını oluşturan Murray kararıdır.(Murray/Birleşik Krallık 28.10.1994 14310/88) Ağabeyi IRA ya silah satın almak suçundan Amerika da tutuklanan başvurucu terör örgütüne para toplamak suçundan sabah 07:00 da göz altına alındığı kendisine yöneltilen sorulara cevap vermemesi üzerine saat 09:45 de salıverildiği olayda başvurucu kendisine yükletilen eylemden derhal bilgilendirilmediğini iddia etmiş ise de mahkeme bilginin derhal verilmiş olması yada kapsamının her olayda farklı değerlendirileceğini,Gözaltına alınan ayrıntılarından çok temeli hakkında bilgilendirmenin yeterli olacağını,bayan Murray'ın 07:00 da gözaltına alındıktan sonra saat 08:20 de sorguya alındığını,bu geçen sürenin uzun olmadığını belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki kararlarına bakmadan evvel ,5271 sayılı yasanın getirdiği düzenlemeyi de, gözden geçirmekte yarar vardır.Yeni yargılama yasası da bu konuda ikili sistemi öngörmüştür.Basit suçlar olarak nitelendireceğimiz suçlar açısından yasanın 91.maddesi eski yasa ile benzer şekilde,bireysel suçlarda yirmidört saat hükmünü getirmiştir.Toplu suçlarda ise her defasında birer gün olmak ve yazılı olmak koşulu ile Cumhuriyet savcısı tarafından üç gün süreyle uzatılabileceği belirtilmiştir.5190 sayılı yasa ile bazı suçlara bakmak amacı ile kurulan Özel nitelikli Ağır Ceza Mahkemelerine ilişkin ise, 5190 sayılı yasa ile getirilen eski düzenleme aynen korunmuştur.Yasanın 251/5.maddesi, 91.maddeye atıf yaparak ,basit suçlarda 48 saatlik süre,toplu suçlarda Cumhuriyet Savcısının her defasında bir gün olmak ve, yazılı olmak koşulu ile dört günlük süre, yine olağanüstü hal ilan edilmiş yerlerde toplu olarak işlenen suçlarda da hakim kararı ile ,dört günlük süreye ilaveten, üç günlük süre öngörülmüştür.

Mahkemenin sözleşmenin 5/3. maddesindeki derhal hakim önüne çıkarılma ilkesindeki süreyi nasıl belirlediği yolundada tıpkı yargılama yasamızdaki gibi, olağan ve olağanüstü hal olarak ikili bir ayrıma giderek kararlarını irdelersek;

Olağan halde mahkeme, Brogan ve Diğerleri³⁰ kararı ile dört gün altı saatlik tutmanın sözleşmenin 5/3 maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.Terör örgütüne mensup oldukları iddia olunan başvuruçularından ,en az gözlem altında kalanın ,4 gün 6 saat olduğunu tespit eden mahkeme; 5.maddenin bireyin özgürlük hakkının devlet tarafından keyfi müdahalelere karşı korumak amacı ile ,sözleşme sistematığında yer aldığını belirterek,bu süreyi bulan gözaltının keyfi olacağını belirtmiştir.Birleşik Krallık, mahkemenin bu kararının ardından,olağan hallerde terör suçları ile mücadelede gözaltı süresini kısaltma yoluna gitmemiş,fakat Kuzey İrlanda'da olağanüstü hal ilan etmek yoluna gitmiştir³¹.Ülkemiz ile ilgili mahkemenin bu konuda ihlal kararları³² mevcuttur.Özellikle terörle mücadelede Devlet Güvenlik mahkemesinin görev alanına giren suçlar açısından eski yasal düzenlemenin çok uzunluğu sebebi ile ihlal kararları çıkmıştır.

Olağanüstü rejimlerde ise,mahkeme olağan rejimlerden, daha uzun bir süre tutmanın, ihlal oluşturmayacağına karar vermiştir.İngiltere'ye karşı Brannigan ve McBride kararında altı gün ondört buçuk saatlik tutmayı ihlal kabul etmemiş, İngiliz hükümetinin söz konusu bölgede, sözleşmenin 15.maddesine dayanarak 5.maddedeki yükümlülükleri azaltma yapmış olduğunu belirtmiştir.Olağanüstü hale ilişkin içtihatlarından en önemlilerinden biride ülkemiz hakkında verilen Aksoy kararıdır³³.Olağanüstü hal ilan edilen Ülkenin güneydoğusuna ilişkin sözleşme ile tanıma ve koruma yükümlülüğündeki bazı hakların kısıtlanması amacı ile, sözleşmenin 15. maddesine dayanılarak Avrupa Konseyine bildirim de bulunulmuş ise de; mahkeme anılan karada 14 günlük gözaltı süresini uzun bulmuştur.

İki kararın farklı olmasından sebep salt süreler açısından değildir.Brogan ve McBride kararında mahkeme gözlem altında tutulanların, haklarını kullandıklarını avukatları ile görüşüp,ailesinin bilgilendirildiğini sürekli doktor kontrolünden geçirildiklerini de tespit etmiş, ihlal olmadığı yönde karar verirken bunları da göz önüne almıştır.Yine Aksoy kararında gözlem altında 14 gün kalan başvuruçunun

³⁰ Brogan ve diğerleri/Birleşik krallık 29.11.1988 11209/84

³¹ Prof.Dr. Osman DOĞRU Türkiye barolar Birliği Seminer sunumu "İnsan Hakları Avrupa sözleşmesi ve Adli Yargı" TBB yayınları Ankara 2004

³² Dikme /Türkiye 11.07.2000 20869/92,Altay/Türkiye 22.05.2001 22279/93,Günay ve Diğerleri/Türkiye 27.09.2001 31850/96,Sakık ve diğerleri/Türkiye 26.11.1997 23878/94,Öcalan/Türkiye 12.04.2003 46221/99

³³ Aksoy/Türkiye 18.12.1996 21987/93

Avukata,doktora,akrabaya veya arkadaşına ulaşma hakkı verilmemesi ihlal kararı çıkmasında etkili olmuştur.Sözleşmenin 5/3 maddesinde özgürlüğünden yoksun bırakılanın belirtilen koruma tedbirlerinden yararlanma hakkı mevcuttur.Yeni yasamızda da bir kısım tedbir eski yasadaki yeni yasaya geçirilirken, bir kısmı da yeni ihdas edilmiştir.Örneğin 95.maddede şüpheli veya sanık yakalandığında Cumhuriyet savcısının emri ile bir yakınına haber verileceği, 149.maddede soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında müdafiden yararlanma hakkı, bu koruma tedbirleri olarak sayılabilir.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda 5271 sayılı yasa ile getirilen düzenlemelerin sözleşme ve mahkeme kararlarına uygun olduğunu söylemek yanlış olmazdır.

Gözetim altındaki sürenin makullüğüne baktıktan sonra,tutuklamadaki sürenin makullüğüne bakmakta fayda vardır.Mahkeme gözaltı için belirlediği dört gün altı saat tespitine benzer bir tespiti tutukluluk için belirlememiştir.Tutuklulukta makul sürenin aşılıp aşılmadığını, her somut olayda değerlendirme yoluna gitmiştir.Tutuklamada vazgeçilmez sebep olan suçun işlediğine ilişkin makul şüphe ,diğer bir deyimle kuvvetli şüphenin ,tutuklamanın devamında da bulunması gerekir.Ancak suçun işlediğinden kuşku duyulması,bir süre sonra yeterli olmaz.Tutukluluğun devamı için ek sebepler gerekir³⁴.Mahkemenin tespit ettiği bu sebepler,iç hukukumuzda tutuklamayı gerektiren sebeplerle hemen,hemen aynıdır.Bunlar kaçma tehlikesi,adaletin işleyişine müdahale tehlikesi,tekrar suç işleme tehlikesi ve kamu düzeninin bozulması tehlikesidir.

Bu nedenlerin varlığı da başlı başına tutuklamanın uzatılmasında yeterli değildir.Bu nedenlere ek olarak ,tutuklama kararlarının da gerekçe bulunması, bu gerekçelerin yeterli ve inandırıcı olması da gerekir.Bununla beraber tutuklu hakkında yürütülen yargılamaya özel özen gösterilmesi gerekir.Bu hallerin tamamının varlığı halinde Sözleşmenin 5/3.maddesine uygun bir tutukluluk sürecinden bahsedilebilecektir.

Mahkeme Ülkemize ilişkin Yağcı ve Sargın³⁵ kararı ile Mansur³⁶ kararında;tutuklamanın devamına ilişkin kararların gerekçeli olmadığı,sanıkların kaçma şüphelerinin nelerden ibaret olduğunun somut olarak ortaya konulmadığını,ardı ardına verilen tutuklamanın devamı yönündeki kararların basma kalıp,nerede ise birbirinin aynı olduğunu,belirterek ihlal kararı vermiş;yine 5 yıl üç ay tutukluluğun makullüğünü irdelediği, Fransa'ya karşı,Tomasi³⁷ kararında; belirtilen gerekçelerin ilgisiz ve yetersiz olduğuna karar vermiştir. Assenov ve Diğerleri³⁸ kararında ise,çok sayıdaki hırsızlık suçlarından iki yıl kadar tutuklu kalan ve 14 yaşında olan başvurusunun, tutukluluğu konusunda iç hukukta gösterilen gerekçeleri yeterli ve ilgili görmüş, ancak başvurusunun yargılanmasına 'gerekli özen' gösterilmediği için uzun süre tutuklu kalmış olmasını sözleşmenin 5/3 maddesine aykırı bulmuştur.

Tutuklama müessesesi ise ülkemizde uzun süredir tartışma konusu olmuştur.Öyle ki bu tartışma salt hukuk çevrelerinde yapılmamış, toplumun tüm kesimlerine sirayet etmiştir.Ancak genel kanı çok fazla uygulandığı bu sebeple zaman zaman tedbir olmaktan çıkıp,cezanın peşinen çektirilmesi halini aldığı yönündedir.5271 sayılı yasa bu durumu gidermek adına,öncelikle tutuklamanın alternatifi müesseseler kurulmuştur.Bunlardan en önemlisi 109. madde ile getirilen Adli Kontrol sistemidir.Yasanın 101.maddesinde de

³⁴Prof.Dr. Osman DOĞRU, Türkiye barolar Birliği Seminer sunumu "İnsan Hakları Avrupa sözleşmesi ve Adli Yargı" TBB yayınları Ankara 2004

³⁵ Yağcı ve Sargın/Türkiye 08.06.1995 16419/90

³⁶ Mansur/Türkiye 08.06.1995 16026/90

³⁷ Tomasi/Fransa 27.08.1992 12850/87

³⁸ Assenov ve Diğerleri/Bulgaristan 28.10.1998 24760/94

tutuklama kararı verildiğinde sulh hakiminin neden adli kontrol ile yetinmediğini,adli kontrolün yetersiz kalma sebeplerini açıklamak zorunluluğu getirilmiştir.

AİHM'nin tutukluluktaki makul süre kavramına bu açıklamaları da katarak ,yasanın 102.maddesindeki tutuklulukta geçecek süreye bakarsak;ikili bir ayırım olduğunu görmekteyiz.Ağır Ceza mahkemeleri için tutuklulukta geçecek süre ,en fazla iki yıl,Asliye ve Sulh mahkemeleri için ise altı aydır.Bu sürelerin yetmediği zorunlu hallerde,Asliye ve Sulh ceza mahkemelerinde, süre en fazla dört ay daha, ağır ceza mahkemelerindeki yargılamalarda ise ,en fazla bir yıl daha uzatılabilir.5190 sayılı yasa ile kurulan özel görevli Ağır Ceza Mahkemelerinde ise tutuklulukta geçecek süre dört yıldır,zorunlu hallerde ise iki yıl daha uzatılarak uygulanabilir.Tutukluluktaki süreyi formüle etmek gerekir ise;

Asliye Ceza ve Sulh Ceza mahkemelerinde : 6 ay+4 ay

Ağır ceza mahkemelerinde : 2 yıl+1 yıl

5190 sayılı yasa ile kurulan Ağır Ceza Mahkemelerinde : 4 yıl+2 yıl

olarak gösterilebilir.Bu süreler içerisinde alt mahkemeler kararlarını verecekler, veyahut ta yargılama sonlanmıyor ise, tutukluluğu sonlandıracaklardır.Yargıtay da geçecek olan süre bu süreye dahil midir?sorusu bu durumda karşımıza çıkmaktadır.Bu soruyu sağlıklı olarak yanıtlamak için yine İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına³⁹ bakmak zorunluluğu vardır.Mahkeme tutmanın gözaltı ile başlayıp,yargılamanın yapıldığı ilk derece mahkemesince verilen karara kadar geçen süreç olarak değerlendirmektedir.Mahkemenin asıl karar ile birlikte tutuklamanın devamı yönünde verdiği kararlar, artık sözleşmenin 5/3 maddesinin konusunu oluşturmayacak,5/1-a bendinde belirtilen,yetkili mahkeme kararı ile kişinin hapsedilmesi olarak değerlendirilecektir.

5- TAZMİNAT HAKKI

5271 sayılı yasanın 141 ile 144 maddeleri arasında haksız şekilde,hukuka aykırı olarak yakalanan,tutuklanan,mahkum olduğu süre tutukluluğundan daha az olan sanıklara, devletçe yapılacak ödüncelere ilişkin hükümleri içermektedir.141. madde irdelendiğinde 466 sayılı” Kanun Dışı Yakalanan ve Tutuklanan kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanunun” 1.maddesine benzer bir düzenleme yapıldığı görülmekle beraber; 141.maddenin İ bendinde haklarında arama kararı ölçüsüz olarak gerçekleştirenlerle,J bendinde eşyasına ve malvarlığı değerlerine hukuka aykırı olarak el konulanlarında tazminat isteme hakları eklenmiştir.142.madde usulü işlemleri anlatırken 143.maddenin 2.bendinde ise uygulayıcılar için önemli olan bir hüküm getirilmiş,devletin ödediği tazminatın,görevini kötüye kullanan kamu görevlisine rücu ederek tahsil edeceği belirtilmiştir.

Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 5/5 maddesinde ise 5.maddeye aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı olduğu belirtilmektedir.Buradaki tazminat salt 5.maddeye ilişkin ihlallerde geçerlidir.Oysa Sözleşmeye ek 7 numaralı protokolün 3.maddesinde daha genel olarak adli hata halinde, tazminat hakkı düzenlenmiştir.Hata yen hakkında açılmış bir ceza kovuşturmasından mahkum olan ve bu hatanın sonradan anlaşıldığı durumlarda ,kişinin tazminat isteme hakkı koşullara bağlanmıştır. Yeni Ceza Yargılama yasasının 141.maddesi incelendiğinde yukarıda belirtilen her iki durumu da kapsamına aldığı hatta çitayı daha da yukarı götürdüğü görülmektedir.

³⁹ Wemhoff/Almanya 27.06.1968, 2122/64,B./Avusturya 28.03.1990 11968/86,Kemmache/Fransa (No: 3) 24.11.1994,17621/91

Bu konuda mahkemenin ülkemiz ile ilgili vermiş olduğu ilginç bir karardan söz etmekte yarar vardır.Sakık ve Diğerleri⁴⁰ kararında Dokunulmazlıkları kaldırılarak yargılanmalarına başlanan ve milletvekili olan başvurucular;12-14 gün gözlem altında kaldıklarını bu durumun sözleşmenin 5. maddesine aykırılık teşkil ettiğini,haksız gözaltı sebebi ile tazminat haklarının bulunduğunu belirtmişlerse de;Ülkemiz yaptığı savunmada,haksız gözaltına ilişkin olarak tazminat koşullarını düzenleyen 466 sayılı yasanın bulunduğunu,başvurucuların iç hukukta bu mekanizmayı çalıştırabileceklerini, oysa bir iç hukukta bu yasal düzenlemeye dayanarak bir başvurularının olmadığı savunmasını getirmiş,buna karşın AİHM sözleşmenin 5/5 maddesinin ihlaline karar verirken iç hukuktaki bu yolun hiç kullanılmadığını,buna ilişkin davalı devletin tek bir örnek gösteremediğini,etkin olmayan bir iç hukuk yolunun varlığının önemli olmadığını, hususlarına vurgu yapmıştır.Oysa AİHM nin bu kararından önce, yüksek Yargıtayın denetiminden geçmiş birçok karar⁴¹ bulunmaktadır.Hatta son dönemde yüksek Yargıtay içtihat değişikliğine giderek, bu davalarda yasal faize de hükmedileceğini belirtmiştir. Ancak bu olaya özgü Devlet Güvenlik mahkemesinin görev alanına giren suçlarda bu sürenin yasal olduğu düşünüldüğünden, 466 sayılı yasa kapsamında örnek karar bulunmamaktadır.Öte yandan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun 128. maddesinde Yakalanan ve gözlem altında bulunan kişinin gözlem altında bulunmasına; yakalananın, müdafinin,kanuni mümessili ile 2.dereceye kadar kan hısmı ve eşinin itiraz hakkı olduğu halde,ülkemizde bu yolun hiç kullanılmamış olması da, anılan ihlal kararının çıkmasında etkili olduğu gibi, üzüntü vericidir de.

SONUÇ

28 Ocak 1987 tarihinde ülkemizin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine kişisel başvuru hakkını tanınması ile başlayan süreçte sözleşmenin ve mahkemenin kararlarının iç hukukumuzu etkilediği, şekil verdiği, yadsınamayacak bir gerçektir 5137 sayılı yasadan önce, İç hukukumuzu sözleşmeye uydurma anlamında bir çok yasal değişiklik yapılmıştır. En son değişiklikler Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğinin sanığa sunulması ve AİHM kararlarının Yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmasıdır.Bu gün itibariyle 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu bu zincire eklenecek son halkadır.Yukarıda belirtilen yansımaların dışında da yargılama yasamızda bilhassa sanık lehine yeni düzenlemelerin getirildiği,müşahede olunmaktadır.Yasa çalışmasına katılan Öğretim üyeleri yasada ki amaçlarını açıklarken "Özgürlük içinde güvenlik" elde etmek amacıyla olduklarını açıklamaktadırlar.Ana hatları ile yeni getirilen bazı düzenlemelere bakmak gerekir ise;

*170.maddedeki içerikten yoksun iddianamelerin 174.madde gereği mahkemece Cumhuriyet Başsavcılığına iadesi;hususları düzenlenmiştir.Yine 171.madde uyarınca,şahsi cezasızlık hali ile cezayı ortadan kaldıran etkin pişmanlık halinde,Cumhuriyet Savcısı kamu davasını açmayabilir.burada Soruşturmayı yapan cumhuriyet savcısının verdiği karar Takipsizlik kararı değildir.Zira İkinci kısmın birinci bölümünde düzenlenmiştir.bu karara itiraz etme hakkı da bulunmamaktadır.

* Arama ve el koymaya ilişkin 116.maddeden itibaren yeni düzenlemeler getirilmiştir.

*4709 sayılı yasa ile Anayasanın 40/2.fikrasına getirilen değişikliğin yasanın 172 maddesine yansıtılarak,cumhuriyet Savcılığınca verilecek takipsizlik kararların suçtan

⁴⁰ Sakık ve diğerleri 26.11.1997 23878/94

⁴¹ 9.ceza dairesi 1994/4360-4379 14.09.1994 tarihli kararı,aynı dairenin 1997/2636-5283 20.10.1997 tarihli kararı,6.ceza dairesinin 1995/9069-11153 02.11.1995 tarihli kararı.

zarar gören ile ifadesi alınmış sanığa tebliğ edileceği hususu ve takipsizlik kararlarında itiraz hakkı,süresi ve merciin gösterilmesi zorunluluğu,

*Yasanın 85. maddesinde adli Soruşturmalarda ‘yer Gösterme’ işleminin ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacağı,kolluğun anılan işlemi yapamayacağına ilişkin düzenleme,

*Sanığın vücudundan kan veya cinsel salgı gibi ,örneklerin alınmasının ancak hakim kararı ile yapılabileceği⁴²

*77.madde uyarınca; istemi halinde ve olanakların mümkün olması durumunda,kadının muayenesinin, yine bir kadın hekim tarafından yapılacağı,

hususları diğer değişiklikler olarak sıralanabilir.Şüphesiz eksiklikleri ve yanlışlıkları,gerek yerel mahkemelerin ,gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları ile ortaya çıkacaktır.

⁴² Bilindiği üzere spermin yaşama süresi altı saattir bu kadar kısa bir sürede mahkeme kararı alınıp uygulanmasında güçlükler yaşanacağı kaçınılmazdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- 1-Doğru Osman,İnsan hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt : 1 Beta Yayınları ,İstanbul 2002
- 2- Gölcüklü A.Feyyaz –Gözübüyük A.Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. B Turhan Kitapevi, Ankara 2002
- 3-Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi Ankara 2002
- 4-Polis Akademisi AİHM Kararları Dergisi Ankara 2003
- 5- Mole Nuala –Harby Catharina ,Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg 2001
- 6- TEZCAN Durmuş , ERDEM Mustafa Ruhan , SANCAKLAR Oğuz ,Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2004
- 7-Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler,Görüşler,Raporlar,Türkiye Barolar Birliği yayınları 2. Kitap ,Ankara 2004
- 6-Sempozyum,İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Türkiye Barolar birliği Yayınları ,Ankara 2004
- 7- Bilal ÇALIŞKAN, İnsan Hakları Soruşturmasında Cumhuriyet Savcılarımızın dikkat Edecekleri Hususlar ve hak Arama Hakkı. Adalet Dergisi sayı 16 Adalet Bakanlığı yayınları Ankara 2003
- 8-Feyzioğlu Metin ,”Suçsuzluk Karinesi:Kavram Hakkında Genel Bilgiler Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” www. auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1999-48-01-04/AUHF-1999-48-01-04 adlı internet sitesi 20/03/2005
- 9- Adil yargılanma hakkı, makale [www.genbilim.com](http://www.genbilim.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1425) adlı internet sitesi 12,01,2008