

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN
(Marmara Üniversitesi Öğretim Üyesi)

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE CEZA MUHAKEMESİNDE TANIK SORGULAMA HAKKI*

ÖZET

Tanık sorgulama hakkı hem Anayasa'da hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde adil yargılanma hakkı bünyesinde kavranan bir güvencedir. Anayasa Mahkemesi bu temel hakkı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarından ilhamla "üç aşamalı bir test" uygulayarak incelemektedir. Bu teste göre tanığın duruşmada hazır bulundurulmaması söz konusu olduğunda (i) geçerli bir sebep olup olmadığı, (ii) tanık beyanlarının tek veya belirleyici delil olup olmadığı ve (iii) telafi edici güvencelerin mevcut olup olmadığı incelenmektedir. İki mahkemenin yaklaşımı arasında büyük ölçüde koşutluk olsa da Anayasa Mahkemesinin denetiminde bazı kendine özgü noktalar vardır. Makalenin yazarı, bir yandan bu içtihadı tüketici biçimde serimlerken diğer yandan üç aşamalı testin "geçerli sebep" aşamasında kanunilik incelemesi yapılması gerektiği savını ortaya atmaktadır. Bunu Anayasa'nın 13'üncü maddesinin bir gereği olarak gören yazar, özellikle milletvekili dokunulmazlıklarının kapsamının ve sınırlarının belirsiz olmasının, bu bağlamda özel olarak Anayasa'ya aykırılık yarattığını ileri sürmektedir.

Anahtar Sözcükler: Tanık sorgulama, SEGBİS, üç aşamalı test, Şerafettin Can Atalay kararı, Anayasa Mahkemesi.

* Bu makale hakem denetiminden geçmiştir.

**THE RIGHT TO QUESTION WITNESSES IN CRIMINAL
PROCEEDINGS UNDER THE CASE-LAW OF THE TURKISH
CONSTITUTIONAL COURT**

ABSTRACT

The right to examine witnesses is a guarantee recognised under both the Turkish Constitution and the European Convention on Human Rights as a component of the right to a fair trial. The Constitutional Court analyses this fundamental right by applying a “three-stage test” inspired by the case law of the European Court of Human Rights. According to the test, when a witness is not present at the hearing, it is examined (i) whether there is a valid reason for the absence, (ii) whether the witness statements are the sole or decisive evidence, and (iii) whether compensatory safeguards are available. Although there is a large degree of parallelism between the approach of the two courts, there are some peculiarities in the Constitutional Court’s review. The author argues that legality (in formal sense) should be reviewed/addressed at the “valid reason” stage of the three-step test. The author, who sees this matter as a requirement of Article 13 of the Constitution, argues that the ambiguity of the scope and limits of parliamentary immunities in particular constitutes a violation of the Constitution in this context.

Keywords: Witness examination, SEGBİS, three-stage test, Şerafettin Can Atalay judgement, Constitutional Court.

GİRİŞ

Tanık sorgulama hakkı, sanığın aleyhine olan tanıkları sorguya çekme veya çektirme, lehine olan tanıkların da aleyhine olan tanıklarla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve sorgulanmalarını sağlanmasını isteme güvencesini ifade eder.¹ Bu hak, sanık hakkında gerçekleştirilen ceza yargılaması sürecinde, sanığın tanıklara² soru yöneltebilmesi, onlarla yüzleşebilmesi ve tanık beyanlarının doğruluğunu sına ve tanığın kim olduğunu bilme imkânına sahip olmasını sağlar³. Anayasa Mahkemesine (AYM veya Mahkeme) göre bu hak, mutlak değildir:

“Makul gerekçelerle getirilen kısıtlamalar, kimi zaman başvuruçunun iddia tanıklarına soru sorabilme ve onlarla yüzleşme imkânını da ortadan kaldırmaktadır. Diğer yandan bir mahkûmiyet -sadece veya belirleyici ölçüde- sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânını bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise sanığın hakları Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur.”⁴

Mahkeme bu belirlemesinden hareketle, böylesi sınırlamaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek için (kendi ifadesiyle) “üç aşamalı test” uygulamaktadır⁵. Bu testin ilk adımı, tanığın duruşmada hazır edilmemesi için geçerli bir nedenin mevcut olup olmadığı incelemesidir. Testin ikinci adımında ise Mahkeme, duruşmada okunmasıyla yetinilen tanık beyanlarının derece mahkemesini hükme götüren “tek ya da belirleyici” kanıt olup olmadığını

- 1 Bu çalışmada “gizli tanık” bahsi inceleme dışı bırakılmıştır. Keza, bu çalışmada İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarının üzerinde durulmayacaktır. Konunun Anayasa Mahkemesinin de esin kaynağı olan İHAM içtihatlarının da kapsamlı biçimde incelenmesi yoluyla ele alındığı değerli bir monografi için bkz. Yıldırım, A. (2023). *Anayasal Düzeyde Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları. Ayrıca, bu hakka değinen çok sayıda çalışma içinde özellikle bkz. İnceoğlu, S. (2018). *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, s. 341-365. Keza bkz. İnceoğlu, S. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları; Taner, F. G. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 391-426.
- 2 Burada ifade edilen tanık kavramı “özerk” bir anlam taşır. Bu nedenle suç ortakları, suçtan zarar gören/mağdur/katılan, gizli soruşturmacı, gizli soruşturma yapan kolluk görevlisi/bilgi veren, kışkırtıcı ajan veya bilirkişi için de uygulama bulabilir. Yıldırım, A. (2023). s. 174-203.
- 3 *Ali Rıza Telek*, B. No: 2013/2630, 30/12/2014, § 38.
- 4 *Atıla Oğuz Boyalı*, B. No: 2013/99, 20/3/2014, §§ 34-56; *AZ. M.*, B. No: 2013/560, 16/4/2015, §§ 46-67; *Levent Yanlık*, B. No: 2013/1189, 18/11/2015, §§ 67-76; *İsmet Özkorul*, B. No: 2013/7582, 11/12/2014, §§ 44-45. Söz konusu belirleme üç aşamalı testten önce yapılmıştır.
- 5 *Orhan Güleriyüz*, B. No: 2019/30221, 28/12/2021, § 36. Söz konusu test, bazı erken dönem kararlarda, “yeterli karşı dengeleyici güvencelerin varlığı” şeklindeki üçüncü adımın olmadığı “iki aşamalı test” olarak ifade edilmektedir. *Abdurrahim Balur*, B. No: 2013/5467, 7/1/2016, § 80. Bu içtihadın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarındaki evrimi için bkz. Yıldırım, A. (2023). s. 203-233.

incelemektedir⁶. AYM uygulamasında⁷ bu iki inceleme birbirine alternatif görünmektedir. Birinin mevcut olması diğerinin de mevcut olmasına garanti teşkil etmez. Nitekim AYM'ye göre:

*"(...) Tek veya yegâne ispat unsuru olmasa dahi ifadesi hükme esas alınan bir tanığın geçerli bir neden olmaksızın duruşmada dinlenmemesi tek başına adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturabilir. Kamu makamları bu nedenle ifadesi hükme dayanak yapılacak tanıkların duruşmada hazır edilmesi için makul bir çaba sergileme yükümlülüğü altındadır."*⁸

Bunlardan başka, bir de üçüncü adımdan bahsedilebilir. AYM'nin ilk dönem içtihatlarında bulunmayan bu adımda sınanmayan beyanların kullanılmasından dolayı savunma tarafının karşılaştığı sınırlamayı telafi eden dengeleyici güvencelerin başvuruca tanınıp tanınmadığı incelenmektedir⁹.

Kanımızca bu üç aşamalı test, Anayasa'nın 13'üncü maddesinden türetilen ve diğer temel haklar için de uygulanan (i) "kanunilik", (ii) "meşru amaç" ve (iii) "ölçülülük" incelemesinin bu hak özelindeki tezahürleri sayılabilir. Gerçi bunlardan "meşru amaç" incelemesinin tanık sorgulama hakkında göz ardı edildiği veya verili olarak karşılandığı düşünülebilir. Şöyle ki bu sınırlama-daki amaçlar Anayasa'da açıkça yazılı değildir. Fakat bu sınırlama için usul ekonomisinin gerekleri veya makul sürede yargılanma hakkı ile yaşlı, hasta vb. kişilerin temel haklarının korunması gibi Anayasa'da veya kanunda cisimleşen çeşitli amaçların mevcut olduğu pekâlâ söylenebilir.

Kanunilik incelemesinin bu hak bağlamındaki karşılığı, kanımızca öncelikle "geçerli neden testi"dir. Bilindiği gibi bireysel başvuru usulünde kanunilik incelemesi, bir temel hak sınırlamasının öngörülebilir ve ulaşılabilir bir kanuna dayanması ve kanuna aykırı olmaması kuralının denetimini ifade eder. Geçerli nedenlerin şekli anlamda bir kanuni dayanağı yoksa kanımızca bu eksiklik, temel haklara dönük müdahalenin kanunla yapılması gerektiğine ilişkin kurala aykırılık yaratır.

6 *Abdurrahim Balur*, § 80.

7 İHAM uygulamasında bu adımların (i) alternatif, (ii) kümülatif, (iii) karma biçimde uygulandığı örnekler vardır. *Alternatif* uygulamada, örneğin ilk adımda ihlal bulunması hâlinde ikinci veya üçüncü adıma geçilmemekte; *kümülatif* uygulamada ise ilk adımda ihlal bulunsa dahi bir de diğer adımlar yönünden inceleme yapılmaktadır. *Karma* uygulamada, testin ilk iki adımıdaki soruların yanıtlanması durumunda üç adımının da inceleme tabii tutulması gerekir. Bunların üçünün de bir bütün olarak hakkaniyete uygun olup olmadığı tespit etmeye çalışılır ve belli bir adımın ağırlık kazandığı yerde inceleme o adım yönünden öne çıkar. Bu konudaki içtihadi gelişim ve kategoriler için bkz. Yıldırım, A. (2023). s. 233-236.

8 *Abdurrahim Balur*, § 81. Bu yaklaşımın üçlüş teste geçildikten sonra hâlâ uygulanıp uygulanmadığı kuşkuludur.

9 *Orhan Güler*üz, § 39.

Ölçülülük incelemesi bu hak bağlamındaki karşılığı, “tek veya belirleyici delil testi” ve “telafi edici veya dengeleyici güvenceler testi” olmaktadır. Nitekim, AYM bu adımlarda, aslında sanığın tanık sorgulama imkânına dönük hakkının sınırlandırılmasının, uyulan kanun ve gözetilen meşru amaçlar itibarıyla makul görülüp görülmeyeceğini incelemektedir. Bilindiği gibi ölçülülük ilkesi, bünyesinde elverişlilik, gereklilik ve orantılılık öğelerini içerir. Davada tek veya belirleyici bir delil testi bir bakıma sınırlamanın gerekli olup olmadığına dair bir incelemeyi yansıtır gibidir. Telafi edici veya dengeleyici güvenceler testi ise bir bakıma kanuni dayanağı olan ve müdahalesi gerekli sayılabilecek sınırlamanın aşırılığa kaçmaması, hakkın özünün korunması için bir orantının korunup korunması (orantılılık) incelemesini yansıtır.

Bu genel açıklamalardan sonra şimdi bu üç aşamalı testin adımlarını incelemeye geçebiliriz.

I. GEÇERLİ NEDEN

Geçerli neden testi, ismiyle müsemma olduğu üzere tanığın sorgulanmamasının itibar edilebilir bir sebebinin olup olmadığı incelemesidir. Bu inceleme önceliklidir¹⁰. Gözlemleyebildiğimiz kadarıyla Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda, tanığın duruşmaya getirilmemesi veya Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) vb. araçlarla da olsa dinlenmemesinin (a) şekli anlamda kanuna uygunluğunu ve meri hukukun (b) keyfi biçimde uygulanıp uygulanmadığını denetlemektedir. Bu ikincisi aslında kanunun kalitesi (*quality of law*) bağlamında keyfiliğe karşı koruyucular (*safeguards*) denetimi yapmak gibidir¹¹. AYM, bunu kâğıt üzerinden şeklen değil, geniş anlamada uygulama ile birleşik incelemektir.

A. Kanuna Uygunluk

Bir sanığın, tanığın duruşmada sorgulama olanağına dair başlıca kanun Ceza Muhakemesi Kanunu’dur (CMK). Türk ceza muhakemesi hukukunda tanık gösterilen bir kişinin duruşmaya çağrılıp dinlenmesi asıl, başka yerde dinlenmesi veya dinlenmemesi ise istisnadır. İstisnalar dar yorumlanır. Bu nedenle kanunda açıkça yazılı olmayan istisnalar türetilmemeli, mevcut istisnalar da yorum yoluyla genişletilmemelidir.

10 Buradaki “öncelik” kavramı zamanlar olarak bir önceliğe ve derece mahkemelerinin yapacağı işlemlere karşılık gelmektedir. Yıldırım, A. (2023). s. 239.

11 Şirin, T. (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 571-577; Yıldırım, A. (2022). “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Gereççeli Karar Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71., S. 4., ss. 1691-1748; İçer, Z. (2023). *Ceza Muhakemesinde Gereççeli Karar Hakkının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Tanıkların çağrılması ve zorla getirilmesine dair kurallar, esasen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 43 ve 44'üncü maddelerinde yer alır. Bunlardan 43'üncü maddenin birinci fıkrası, usulün temelini ortaya koyar:

"Tanıklar çağrı kâğıdı ile çağrılır. Çağrı kâğıdında gelmemenin sonuçları bildirilir. Tutuklu işlerde tanıklar için zorla getirme kararı verilebilir. Karar yazısında bu yoldan getirilmenin nedenleri gösterilir ve bunlara çağrı kâğıdı ile gelen tanıklar hakkındaki işlem uygulanır."

CMK mad. 44 ise bu çağrıya uymayanların nasıl getirileceğine dair kurallar öngörmüştür:

"(1) Usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödettilir. Zorla getirilen tanık evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır. Zorla getirme kararı; telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi iletişim bilgilerinin dosyada bulunması hâlinde bu araçlardan yararlanılmak suretiyle de tanığa bildirilir.

(2) Fiilî hizmette bulunan askerler hakkındaki zorla getirme kararı askerî makamlar aracılığıyla infaz olunur."

CMK mad. 60/1 de bunu pekiştiren ek bir hüküm getirmiştir:

"Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilineceye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır."

Burada yazılanlar ana kuralı ortaya koyar. Fakat bunun istisnaları yok değildir. Türk mevzuatı, belli konum, makam ve durumda olanlar açısından tanıklık konusunda ayrıksı hükümler getirmiştir¹². Bu ayrıksı hükümlerden yararlananların bazıları öznel niteliktedir¹³:

- Ölenler (CMK md. 211),
- Akıl hastalığına tutulanlar (CMK md. 211),
- Ulaşılamayanlar (CMK mad. 211),

12 Bunların (diplomatik ajanlar hariç olmak üzere) ayrıntılı incelemesi için bkz. Yıldırım, A. (2023). s. 241-276. Burada "Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçmez." (CMK md. 201/1) biçimindeki kuralın, ayrıksı hâllere nazaran genel (*lex generalis*) olduğu kanaatindeyiz.

13 Yargılamanın uzaması ve duruşma düzeninin sağlanması sebepleri yönünden bkz. a.g.e. s. 262 vd. Tanıklıktan çekinme hakkı olanlar açısından (CMK md. 206/a ve 217/2) bu durumun hatırlatılmaması hukuka aykırı delil niteliği taşıyacaktır.

T. Şirin: Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı

- Hastalık, malullük ve giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenden yakınlar (CMK mad. 84, 180, 211),
- Yargı çevresinin dışında olanlar (CMK mad. 84, 180),
- Kimliğinin ortaya çıkmasından korkanlar (CMK mad. 58/2 ve TTK md. 5),
- Sanığın yüzüne gerçeği söyleyemeyecek durumda olanlar (CMK mad. 200),
- Devlet sırrına sahip olanlar (CMK mad. 47/2),
- Kendi aleyhine tanıklık yapmak istemeyenler (susma hakkını kullananlar), (CMK mad. 48, 147)

Diğer bazıları ise bir statüde olmakla, yani daha nesnel koşullarla ilgilidir:

- Diplomatik ajanlar (3042 sayılı Kanun'un atıf yaptığı Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi md. 31/2),
- Cumhurbaşkanı (CMK mad. 43/4),
- MİT mensupları (DİHMİTK, mad. 29),
- Basın mensupları (Bask, mad. 12),
- Avukatlar (stajyerleri ve yardımcıları) (CMK mad. 46/1),
- Tıp meslek ve sağlık çalışanları (hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğerleri) (CMK mad. 46/1)
- Mali müşavirler ve noterler (CMK mad. 46/1)
- Akrabalar (nişanlılık, evlilik, üstsoy/altsoy/evlatlık ilişkisi veya üçüncü derece kan/ikinci derece kayın hısımları) (CMK mad. 45/3)

Bu sayılanlar, kanaatimizce "geçerli sebep" testinde kullanılacak olan ve aslında bu adıma içkin olan kanunilik incelemesine dayanak teşkil eden normatif temellerdir. Başka bir deyişle AYM "geçerli sebep" incelemesinde Anayasa md. 13'ün aradığı kanunilik incelemesini bu hükümler üzerinden yapmaktadır/yapmıyorsa yapmalıdır.

Bunlara ek olarak, Cumhurbaşkanı yardımcılarını, bakanları ve milletvekillerini de dokunulmazlık hükmünün bir "fiilî engel" yaratması gerekçesiyle bu kategorilerin içinde sayılabilmektedir¹⁴. Şöyle ki Anayasa'nın milletvekili dokunulmazlığını ifade eden md. 83/2 hükmü "*Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz.*" şeklindedir. Anayasa md. 106/10 da

¹⁴ a.g.e. s. 261. Akif Yıldırım, sadece milletvekillerini zikretse de Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar için de aynı hükümler geçerli olsa gerekir.

bu hükmü genişletmekte “Cumhurbaşkanı yardımcılarını ve bakanlar, görevleriyle ilgili olmayan suçlarda yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümlerden yararlanır.” demektedir. Bu görüşe göre bu kişilerin tanık olarak davet edilmesi ve ifade-sinin alınması mümkün ise de davete uymayan milletvekili “tutma engeli” nedeniyle duruşmaya zorla getirilemez¹⁵.

Kanaatimizce bu çıkarım iki yönden tartışmalıdır. Bir defa, yasama dokunulmazlığının Anayasa “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili” için getirilmiş olması bu kurumun “tanıklık” açısından da geçerli olduğu çıkarımını tartışmaya açık kılar¹⁶. Zira bu çıkarım, istisnanın geniş yorumlanması ve sanıkların tanık sorgulama hakkına yorum yoluyla bir sınırlama getirmek anlamı taşımaktadır. İkincisi, Anayasa’nın bu kurumu (“tutma engeli”ni) tanıklık için de tanıdığı varsayımında dahi bu, yasama organı konuyu, gerekli kalitede ve şekli anlamda bir kanunla düzenleme yükümlülüğünden kurtarmaz. Hatırlatmak gerekir ki Anayasa Mahkemesi, yakın zaman önce Ömer Faruk Gergerlioğlu, Leyla Güven ve Şerafettin Can Atalay kararlarında, yasama dokunulmazlığının (Anayasa’nın 83’üncü maddesinden 14’üncü maddesine yapılan atıf uyarınca) istisnalarının kanunla düzenlenmemiş olmasını Anayasa’ya aykırı saymıştır¹⁷. Bu belirlemenin konumuz açısından da bir anlamı vardır. Şöyle ki mesela bir milletvekili, bir ceza davasında tanıksa ve bu tanık beyanı, hükme esas alınacak “tek veya belirleyici” delilse, tanıklıktan kaçınan milletvekilinin durumunun ne olacağı sorusu ortada durmaktadır. Başka bir deyişle, örneğin Türkiye’de on yıllarca milletvekilliği yapan kişiler mevcuttur. Bu kişilerin tanıklığı, kimi davanın çözülmesi için kilit önem taşıyabilir. Tanık milletvekili, tanıklık için duruşmaya ısrarla gelmiyorsa, hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı tam bir muammadır. Oysa bu metin boyunca ele aldığımız üzere sanıkların, tanık sorgulama hakkı anayasal bir haktır ve bu hakka dönük sınırlamanın Anayasa’nın bu muğlak ve genel nitelikli hükmüne atıfla gerçekleşmesi, (şekli ve maddi anlamda) kanunilik ilkesine aykırıdır. Bu konuda, en azından Cumhurbaşkanlığı yönünden (CMK md. 43/4) olduğu gibi biçimsel bir kanun hükmüne gereksinim duyulmaktadır. Bu kanunun kalite itibarıyla da şayet milletvekili zorla getirilemeyecekse tanık sorgulama/sorgulatmaya dönük güvencelerini yansıtan hükümleri de içermesi gerekmektedir.

Sonuç itibarıyla, Gergerlioğlu, Güven ve Atalay kararlarında işaret edilen, “Milletvekillerinin Dokunulmazlığının Kapsamına ve Sınırlarına Dair Ka-

15 a.g.e. s. 261; Feyzioğlu, M. (2004). Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler, içinde Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s. 403.

16 Tanıklığa zorlamanın arka planında “Engel kriterleri” ışığında bir suçun mevcut olmadığı düşüncesindeyiz.

17 Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021; Leyla Güven [GK], B. No: 2018/26689, 7/4/2022; Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023.

nun" türü bir kanun, sadece milletvekili dokunulmazlıklarının istisnaları açısından değil, tanık sorgulama hakkının da bir gereği gibi görünmektedir.

Bu notu düştükten sonra AYM içtihadından örnekler vermek gerekirse AYM'nin özellikle CMK md. 180 ve 211 hükümleri uyarınca incelemelerinin öne çıktığını görmekteyiz. CMK'nın 180'inci maddesi tanığın huzurda dinlenmesine dönük iki istisnai koşul öngörmüştür. Bunlara göre; (i) hastalık veya malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle bir tanık veya bilirkişinin uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı bulunmaması; (ii) tanığın, konutunun yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunmasından dolayı getirilmesinin zor olması. Kanun'a göre bu durumlarda "istinabe" usulü uygulanacaktır. Kanun, bundan başka büyükşehir belediye sınırları içindeki tanıklar için özel bir kayıt düşmüş; bu kişilerin "zorunluluk olmadıkça" istinabe yoluyla dinlenmeyeceğini de özel olarak vurgulamıştır¹⁸. Şu hâlde, sayılan kurallar "istinabe" usulüne dönük kanuni istisnaları ortaya koymaktadır. Fakat bu istisnalar dahi bir "açık çek" getirmemektedir. Maddenin son fıkrası, tanıkların "aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır." diyerek, bu koşullarda dahi SEGBİS isimli sistemin uygulanmasını öngörmüştür.

Öte yandan, CMK'nın 211'inci maddesi, tanığın (a) ölmesi veya akıl hastalığına tutulması, (b) hastalık, malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle belli olmayan bir süre için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı olmaması ve (c) ifadesinin önem derecesi itibarıyla duruşmada hazır bulunmasını gerekli kılmayacak düzeyde kalması hâllerinde, tanığın dinlenmesi yerine "daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgeler" in okunmasıyla yetinilebileceğini öngörmüştür. Anılan maddenin son fıkrası da "Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanık veya müdafii birinci fıkrada belirtilenlerin dışında kalan tutanakların okunmasına birlikte rıza gösterebilirler." diyerek "rıza" koşulunu bunlara eklemiştir. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen vakalarda bu kanuni koşulları incelemekte, örneğin tanıkların (i) "duruşmada dinlenmesi yerine önceki beyanlarının okunması ile yetinilebilecek tanıklardan" olup olmadığını ve (ii) "beyanların önem dereceleri itibarıyla duruşmada okunmakla yetinilecek tanıklardan" olup olmadığını sorgulamakta, ayrıca başvuru veya müdafinin tutumu veya muvafakatnamelerini dikkate almaktadır¹⁹. Bu bağlamda dikkat çekici

18 CMK md. 180/4 buna ek olarak "İstinabe olunan mahkeme, büyükşehir belediye sınırları içerisinde ise, ilgililer kendi yargı çevresinde bulunmasa da büyükşehir belediye sınırları içerisinde yerine getirilmesi gereken istinabe evrakını geri çevirmeksizin gereğini yapar." hükmünü de öngörmektedir.

19 Aynı yönde bkz. *Tahir Laçın*, B. No: 2013/7011, 5/11/2015, § 70; *Mesut Çeki*, B. No: 2013/6944, 24/3/2016, § 46.

nokta, AYM'nin tanık dinlenmemesi konusunda tarafların "muvafakatname"-sini çok dar kavraması ve kamu yararını da hesaba katmasıdır. AYM'ye göre, taraflar itiraz etmese dahi "itiraz etmiş olsalardı (itirazın) çok büyük ihtimalle kabul edileceği bir davada" feragat gerçekleşmemiş sayılmalıdır²⁰. Şöyle ki:

Başvurucu müdafinin, tanık bulunamadığından mahkeme huzurunda dinlenilmesine ilişkin ara karardan vazgeçilmesine yönelik talebi, tanık sorgulama hakkından feragat olarak değerlendirilse bile, somut olayda tanık sorgulama imkânı, duruşmada dinlenmeyen ve soruşturma evresinde verdiği ifadeyle yetinilen tek tanığın beyanlarının olayın aydınlatılması açısından ağırlığının çok ciddi (kilit mahiyetinde) olması nedeniyle hayati önemde olduğu açıktır. Bu durumlarda tanık sorgulama hakkında feragat, savunma tarafına bu haktan vazgeçmesine mütenasip asgari güvenceler sağlanmadıkça kamu yararına uygunluk taşımaz²¹.

AYM'ye göre bu kanuni koşullara uygunluğun incelenmesi önem taşımaktadır ve bu kanuni hükümler çerçevesinde gerçekleşen faaliyetin "tanığın duruşmada hazır edilmesi için makul bir çaba" sergilenerek gerçekleştirilmesi gerekir²². Bu makul çaba yoksa Anayasa'ya aykırılık vardır, bu aslında bir sonraki adımda ifade ettiğimiz noktayı ortaya koyar.

B. Keyfilğe Karşı Koruyucular

AYM'nin "keyfilğe karşı koruyucular" incelemesi, daha çok uygulamaya dönük bir inceleme gibi görünmektedir²³. Bu incelemelerde ise, AYM, (açıkça böyle ifade etmese de) derece mahkemelerinin (1) tanığı hazır etmek için makul çaba gösterip göstermediğine, (2) bu konuda gerekçelendirme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine yoğunlaşmaktadır. Şimdi, bunları serimleyelim.

1. Makul Çaba

Anayasa Mahkemesi, bir tanığın duruşmada hazır bulundurulmadığı hâllerde; öncelikle, derece mahkemesinin "tanığın duruşmada hazır edilmesi için makul bir çaba" gösterip göstermediği sorusunu sormaktadır²⁴. Burada geçen "makul çaba" ifadesi şimdiye değin tanımlanmış değildir. Bizce "basit" yani yapılması kolay alelade çabadan daha çoğunu, fakat yapılması gerekenden de fazlasını gerektiren ve sınırları zorlayan "yoğun" çabaya nazaran daha düşük bir düzeyi ifade eden, dışarıdan bakan nesnel bir gözlemciyi ikna

20 Ali Rıza Telek, § 51.

21 AZ. M., § 65.

22 H.T., B. No: 2017/32857, 17/6/2020, § 42.

23 Tanık sorgulama hakkına dönük sınırlamaların keyfi olmaması için kanunda eksik kalan yönlerin somut norm denetimine konu edilebileceği kanaatindeyiz.

24 Bu kavramlaştırma için örneğin bkz. H.T., § 42.

edecek düzeyde gayreti yansıtan “makul çaba”nın mevcut olmadığı hâllerde keyfîlik vardır ve hakkın ihlali ortaya çıkar.

Konunun anlaşılması için örneği, yurt dışında bulunan tanıklardan verebiliriz. Böylesi hâllerde tanığın nerede olduğu bilinmiyorsa adli birimlerin tanığı duruşmada hazır bulundurmak için kendilerinden makul olarak beklenilecek her türlü çabayı göstermesi, Anayasa'nın 36. maddesinden kaynaklı bir pozitif yükümlülüktür²⁵. Devletin pozitif yükümlükleri kuramıyla ilişkili bu çabayı sorgulamak, bir bakıma kanunların uygulanma biçimine yoğunlaşmayı gerekli kılar. Örneğin, bir tanığın yalnızca iş adresinin soruşturulması ve ona ait cep telefonu numarasının aranması, yetkili makamların kendilerinden makul olarak beklenen her şeyi yaptıklarını göstermeyecektir²⁶. Daha fazlasını beklemek, objektif bir gözlemcinin dahi bekleyebileceği bir şeydir. Tabii burada ispat yükünün başvuruca değil, yetkililerde olduğunu da kaydetmek gerekir. Şöyle ki örneğin bir tanık yurt dışındaysa adli birimlerin bu tanığı aktif olarak aradıkları ve adresini araştırdıkları gösterilmelidir²⁷.

“Makul çaba” konusunda bir “yapılması gerekenler” kataloğu üretmek mümkün olmasa da söz konusu pozitif yükümlülüğü hayata geçirmeye dönük mevcut mevzuatın gerektiği gibi uygulanıp uygulanmadığı AYM tarafından kolaylıkla denetlenebilir. Örneğin 23/04/2016 tarihli ve 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'nda (md. 9) video konferans yöntemi tanığın duruşmaya uzaktan katılımı için bir temel sağlamaktadır. Bu yola başvurmadan, tanığın sadece yurt dışında olmasına atıf yapılması makul bir çaba sayılmayacaktır²⁸. Keza kanaatimize göre günümüzde video konferans tekniği mevcutken ve CMK, mahkemenin yargı çevresi dışında ikamet eden tanıkların, sanık veya müdafii tarafından sorgulanmasına olanak tanıyacak biçimde aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması yoluyla dinlenebilmesini mümkün kılmışken, bu sisteme başvurmayıp istinabe yoluyla dinlemeye gitmek, çok özel ek nedenler olmadıkça makul bir çaba gösterilmediğine karine sayılabilir²⁹. Nitekim İnsan Hakları Mahkemesinin de çeşitli kararlarında ortaya koyduğu üzere, istinabe yoluna başvurulma-

25 *Levent Yanlık*, § 76. Yıldırım, A. (2023). s. 242.

26 Yurt dışında bulunan tanıkların yargılama sürecinde kalmaması için tanık olarak dinlenilmesi yönündeki ara karardan kolaylıkla vazgeçildiği bir örnek olarak bkz. *Orhan Güler* yüz, § 37. Yıldırım, A. (2023). s. 243.

27 *Salikhov/Rusya*, B. No: 23880/05, 3/5/2012, § 116.

28 Yıldırım, A. (2023). s. 245.

29 Bu konuda son dönemde çok sayıda ihlal kararı çıkmıştır. Örneğin bkz. *Uğur Özcan*, B. No: 2021/12137, 26/7/2022, § 40; *Metin Akdemir (2)*, B. No: 2020/3964, 21/9/2022, § 36; *Y.P.*, B. No: 2019/21277, 22/11/2022, § 60; *Bekir Yalım*, B. No: 2020/22265, 22/11/2022, § 66; *Sinan Bulut*, B. No: 2019/14914, 10/5/2023, § 51; *Salih Çokal*, B. No: 2020/5651, 11/5/2023, § 27; *Abdulkerim Kahraman*, B. No: 2020/37267, 11/5/2023, § 38; *Hüseyin Şükrü Ölmez*, B. No: 2018/23403, 12/7/2023, § 18; *Hakan Turan*, B. No: 2020/28006, 20/7/2023, § 22; *Mehmet Candan*, B. No: 2020/11207, 5/9/2023, § 31; *Sedat Kaya*, B. No: 2020/22865, 20/9/2023, § 29.

sında salt tanıkların farklı şehirlerde ikamet etmesine dayanılması, “esnek olmayan ve mekanik bir yaklaşım”dır. Akif Yıldırım'ın da kaydettiği gibi, bu yaklaşımla, mahkemelerin tanıkları duruşmada hazır bulundurmamak için her türlü makul çabayı gösterme yükümlülüğü perdelenmektedir³⁰.

2. Gerekçeleştirme

Anayasa Mahkemesinin tanık sorgulama hakkına ilişkin kararlarında dikkat çeken bir diğer faktör, derece mahkemesinin “gerekçeleştirme yükümlülüğü”nün özel olarak vurgulanmış olmasıdır³¹. Bu yükümlülük, *Hasan Ballı* kararında şöyle dile getirilmiştir:

“Başvurucu ile aynı davada yargılanmakta olan bir başka sanığın yakalanıp SEGBİS üzerinden sunduğu anlatımlar önem taşır. AYM, böyle durumlarda başvurusunun hazır bulunmadığı bir duruşmada diğer sanığın SEGBİS yoluyla dinlenmesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı incelemekte ve başvurusunun tanık sorgulama imkânından yararlandırılmamasının gerekçelendirilmesi yükümlülüğü kamu makamları tarafından yerine somut olayda getirilip getirilmediğini sorgulamaktadır.”³²

Benzer şekilde;

“Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla ulaşılan bilgi ve belgeler üzerinden yapılan incelemede, başvuru aleyhinde beyanda bulunan tanık E.D.nin başvurusunun hazır bulunmadığı oturumda dinlenildiği, bu tanığın başvurusunun da tarihinden haberdar olduğu bir sonraki celsede neden dinlenilmediği hususunda Mahkemenin herhangi bir gerekçe de göstermediği anlaşılmaktadır. Mahkemece söz konusu tanığın tarihi önceden planlanan duruşmada dinlenmemesinin geçerli bir nedeni belirtilmeyerek başvurusunun tanık sorgulama imkânından yararlandırılmamasının gerekçelendirilmesi yükümlülüğü somut olayda yerine getirilmemiştir.”³³

Burada gerekçenin “ara karar” için (de) geçerli olduğunu vurgulamak lazım gelir³⁴. Türk hukukunda delillerin kabul edilebilirliğine dair bir ön değerlendirme aşaması yoktur. Bu nedenle mesela bir tanığın önceki ifadesinin mahkûmiyete delil olarak kullanılmasının sebepleri, en son gerekçeli kararda bulunmalıdır³⁵. Fakat bunun yargılama süreci devam ederken ara kararda da

30 Yıldırım, A. (2023). s. 415.

31 AİHM, tanığın huzurda hazır edilememesinin, (ii) tanığın sınanmayan beyanlarının hükmüne esas alınmasının gerekçesini aramaktaysa da AYM sadece ilki için gerekçe aramaktadır.

32 Vurgu, Anayasa Mahkemesine aittir. *Hasan Ballı*, B. No: 2017/21825, 2/6/2020, § 44.

33 Vurgu, Anayasa Mahkemesine aittir. *Emrin Urhan*, B. No: 2020/21148, 10/5/2023, § 27.

34 Taner, F. G. (2019). s. 369.

35 Tanıkların mahkemede hazır edilememesinin veya aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenmemesinin hangi geçerli nedene dayandığına ilişkin bir gerekçenin sunulmadığı bir örnek olarak bkz. *Sadık Çelik*, B. No: 2020/5685, 20/6/2023, § 22.

gerekçelendirilmesi mümkün, hatta bazen daha da gereklidir. Zira gerekçesiz bir ara karar, savunmayı dezavantajlı duruma düşürebilir, yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkarabilir³⁶.

Keza, burada ifade ettiğimiz gerekçe yükümlülüğü, (ara kararda bile) aslında adil yargılanma hakkının müstakil bir parçası olan gerekçeli karar alma hakkına ilişkin öğelerle de yakından bağlantılıdır³⁷. Akif Yıldırım'ın dikkat çektiği gibi, gerekçe yazarken yargısal bir yarar veya suçlarla ilgili etkili mücadele edilmesi gibi genel ve kategorik sebeplere atıf yapılması yeterli değildir³⁸. Yasal hükümlerinin lafzının tekrarlanmaması, davaya özgü koşulların bireysel değerlendirmesinin yapılması gerekir³⁹.

Unutulmamalıdır ki söz konusu gerekçe, bağımsız bir hak olmaktan ziyade veya bundan önce, aslında "savunma tarafına dengeleyici güvenceler sağlayan bir usulün takip edilip edilmediği"nin ve "karşıt dengeleyici imkânlar tanınıp tanınmadığı"nın tespit edilmesi için gereklidir⁴⁰. Zira başka dengeleyici olanaklar sunulursa, tanık sorgulama hakkının sınırlandırılması haklı çıkarılabilecektir. Yani bu haklılık sorunu, yargılama sürecindeki güvencelerin tamamına ama son tahlilde gerekçeye odaklanılarak çözülmektedir. Fakat bu noktada, gerekçe sunulmamış olmasının her hâlükârda bir ihlal yaratmadığını vurgulamamız gerekiyor. AYM'ye göre dengeleyici güvenceler sunulmuş ve/veya söz konusu tanık beyanı tek veya belirleyici delil olmamışsa bu durumda gerekçe eksikliği dahi ihlal yaratmaz:

*"Tanığın duruşmada dinlenmemesi hususunda makul bir gerekçe gösterilmemiş olması adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilmesi bakımından tek başına yeterli değildir. Bu nedenle tanığın duruşmada dinlenmemiş ve başvuru tarafından sorgulanmamış olmasının genel olarak yargılamanın hakkaniyetini zedeleyip zedelediği de belirlenmelidir. Bu bağlamda mahkûmiyet hükmünün yalnızca veya büyük ölçüde sanığın sorgulama imkânına sahip olmadığı bir tanık tarafından verilen ifadeye dayalı olup olmadığı önem taşımaktadır. Ayrıca hükmün yalnızca veya büyük ölçüde sanığın sorgulama imkânına sahip olmadığı bir tanık tarafından verilen ifadeye dayanması durumunda savunma tarafına dengeleyici güvenceler sağlayan bir usulün takip edilip edilmediği, karşıt dengeleyici imkânlar tanınıp tanınmadığı tespit edilmelidir."*⁴¹

36 Yıldırım, A. (2023). s. 239, 398 ve 416.

37 Ceza muhakemesinde "gerekçeli karar alma" hakkına dair AYM içtihatları için bkz. Şirin, T. (2022). Anayasa Mahkemesi Kararlarında (Ceza Muhakemesi Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı, içinde *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022*, Ankara: Adalet Yayınları, s. 622-646.

38 Yıldırım, A. (2023). s. 240.

39 Bkz. *Süleyman/Türkiye*, B. No: 59453/10, 17/11/2020, § 71.

40 *H.T.*, § 45.

41 *Onur Urbay*, B. No: 2014/6222, 6/3/2019, § 40; *H.T.*, § 43. "Ancak buna ilişkin geçerli bir

Şu hâlde konu dönüş dolaşım ikinci adıma, yani “tek veya belirleyici delil” ölçütüne gelmektedir.

II. “TEK VEYA BELİRLEYİCİ DELİL”

Tek veya belirleyici delil kavramını açıklamadan öncelikle, yaygın yanlış anlaşılmalara engel olmak amacıyla, bir not düşmek gerekir: Tek veya belirleyici delil testi, başvurucunun suçlu olup olmadığı ya da mahkûmiyetine ilişkin delillerin yeterli ve inandırıcı olup olmadığına dair bir değerlendirme anlamına gelmez⁴². Zaten böyle bir değerlendirme Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Burada yapılan şey, tanık beyanının, mahkûmiyetin dayanağını oluşturmada kilit rol oynayıp oynamadığını incelemek, eğer böyleyse Anayasa’da tanınan tanığın sorgulama hakkına uygunluk denetimi yapmaktır.

Hatta yine eklemek gerekir ki;

“Tanık sorgulama hakkı tanığın yargılama evrelerindeki beyanlarının delil değeriyle ilgili bir derecelendirme yapılmasını güvence altına almamaktadır. Diğer bir ifadeyle bu hak, tanığın duruşmadaki beyanlarına üstünlük tanınması gerektiği yönünde bir güvence içermemektedir. Savunmaya duruşmada tanığın sorgulama fırsatı tanındığı ve sanığın diğer haklarına saygı gösterildiği sürece tanığın yargılama evresindeki beyanlarının hangisine itibar edileceği meselesi karar veren mahkemenin takdirindedir.”⁴³

Burada yine yeri gelmişken şunu da kaydetmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi içtihadında ve buna koşut bazı kaynaklarda “tek ve belirleyici delil” (*sole and decisive*) ifadesi kullanılsa da kanımızca bu yerinde değildir⁴⁴. Zira anılan ifade, iki koşulun bir arada olmasını gerektiren bir anlam içermektedir. Oysa buradaki durum seçmelidir. Zaten AYM’nin kendisinin de sık kullandığı kalıp bu hakkın “tek olmasa da belirleyici” sayılan hâller için de geçerli olduğuna işaret eder niteliktedir:

“Başvurucunun mahkûmiyetinde belirleyici olan bu ifadeler bir avukat huzurunda alınmamış; Mahkeme, itiraz konusu olan bu ifadelerin alınma biçimini ve koşullarını tespit etmeye yönelik herhangi bir adım da atmamıştır. Dolayısıyla tek delil olmamakla beraber başvurucunun aleyhine belirleyici delil olan ve başvuranın mahkûm edilmesini mümkün kılan söz konusu tanık

nedenin ortaya konulmaması, tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğinin kabul edilmesi için yeterli değildir.” Belirlemesi son zamanlarda verilen kararlarda daha da artmaktadır. Yakın bir örnek için bkz. *Taha Bozöyük*, B. No: 2020/30174, 19/7/2023, § 19.

42 AZ. M., § 62.

43 *Musa Yılmaz Acar*, B. No: 2013/1664, 16/7/2014, § 53; *İbrahim Çetin*, B. No: 2020/15908, 24/5/2023, § 29; *Abdulkerim Kahraman*, § 41.

44 *Taner, F. G.* (2019). s. 395.

*ifadelerinin güvenilirliği ve doğruluğu hakkında ciddi kuşku bulduğuna dair başvuru iddialarının yersiz olduğu söylenemez*⁴⁵.

Bu nedenle bu ölçütün “tek veya belirleyici” şeklinde iki ayrı koşulu imleyecek biçimde ifade edilmesi gerektiğini savunuyoruz⁴⁶.

Bu iki nottan sonra bu iki koşulu ayrı ayrı ele alalım.

A. Tek Delil

“Tek delil” kavramı, mahkûmiyet için tanık delilinden başka bir dayanağının bulunmadığı durumlarda kullanılır. Aslında bu konuda CMK (md. 210/1) açık bir hüküm içerir. Bu hüküm, meseleyi bir kanuna uygunluk meselesi de kılmaktadır:

*“Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez.”*⁴⁷

Tek delile dayalı mahkûmiyetin tanık sorgulama hakkı yönünden sorun olduğu yaygın bağlam, tanığı duruşmada dinlemek yerine tanığın ifadelerini dosyaya koymakla yetinilen vakalardır. Uygulamada genellikle, bir başka davanın sanığı veya soruşturma aşamasında şüpheli sıfatını taşıyan kişi beyanda bulunmakta, o dosyadaki beyan, görülen davada hükme esas olacak biçimde kullanılmaktadır⁴⁸. Örneğin *Nurcan Gülabi* kararında başvuru mahkûm olmasına dayanak olan delil, silahlı terör örgütü (PKK) üyesi olmanın yargılanan ve etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanarak beraat eden bir sanığın tanıklığıdır⁴⁹. Bu kişi, soruşturma aşamasında başvuru aleyhine tanıklık yapmış fakat başvuru yargılanması sırasında dinlenmemiştir. Buna rağmen söz konusu tanıklık ceza hükmünün aşağıda alıntılarımız derece mahkemesi gerekçesinde görüldüğü üzere, tek dayanağı olmuştur:

45 Vurgu orijinal metinde yoktur. *Tahir Laçın*, § 72; *Mesut Çeki*, § 48.

46 İHAM Büyük Dairesi *Schatschaschwili/Almanya* (B. No: 9154/10, 15/12/2015) kararında, sadece duruşmada sorgulanamayan tanığın ifadesinin tek veya belirleyici delil olarak kullanıldığı durumlarda değil aynı zamanda söz konusu tanık ifadesinin mahkûmiyet kararında önemli ağırlık taşıdığı durumlarda da testin üçüncü adımının uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. AYM testin bu adımında delilin bu niteliği açısından bir değerlendirme yapmamaktadır.

47 Daha önce değindiğimiz üzere, bu hükmün milletvekillerinin dokunulmazlığı karşısındaki yeri, milletvekili dokunulmazlığının kapsam ve sınırları bir kanunla düzenlenmediğinden hâlâ belirsizdir. Neyin genel (*lex generalis*) neyin özel (*lex specialis*) olduğu kuşkuludur.

48 AYM, bazı kararlarında “tek delil”, “belirleyici delil” gibi spesifik bir ayrıma gitmemekte, hatta dosya kapsamındaki diğer delillere değinmeyip tanık beyanlarının hükme belirleyici derecede esas teşkil ettiğini belirtmekle yetinerek ihlal kararı verebilmektedir. Bu yönde (ifadelerin başka ceza davalarından ve avukat olmadan alındığına vurgu da içeren) bkz. *Mesut Çeki*, §§ 48-50.

49 Tek delile örnek olarak keza bkz. *Ali Rıza Telek*.

"(...) Her ne kadar sanık suçlamaları kabul etmemiş ise de; Mahkeme kararı ile PKK/KONGRA-GEL terör örgütü üyeliği sabit görülerek, hakkında TCK.nun 221/2. maddesinin uygulanmasına karar verilen [E.S.nin] aşamalarındaki özde değişmeyen tutarlı-ayrıntılı ifadeleri, fotoğraf teşhisi, Yargıtay bozma kararı ve tüm dosya kapsamı göz önünde bulundurulduğunda; sanığın daha önce örgüt üyeliği suçundan mahkum olduğu, daha sonra kaçak yollardan yurtdışına gittiği, yurtdışında Sema kod adını kullandığı, PKK/KONGRA-GEL terör örgütü adına siyasi eğitim aldığı, terör örgütünün çeşitli kuruluşlarında faaliyetler yürüttüğü, eylem ve faaliyetlerinin bir bütün halinde terör örgütü üyesi olma suçunu oluşturduğu anlaşıldığından cezalandırılmasına dair aşğıdaki karar verilmiştir."

AYM'ye göre böylesi bir sonuç, tanık sorgulama hakkının ihlalidir ve yeniden yargılama yapmak gerekir⁵⁰. Fark edileceği üzere, sanıkça sorgulanmayan tanığın beyanları, hükme esas tek delilse ihlali bulmak kolaydır⁵¹. Mesele bunun tek delil olmadığı hâllerde ortaya çıkar.

B. Belirleyici Delil

Belirleyicilik kavramı, bir kararın ne yönde olacağına ilişkin tartıma ağırlık katan faktörü veya faktörleri ifade eder⁵². Anayasa Mahkemesi de bu kavramı "hayati önem" ifadesiyle anlamlandırmış, "hayati önem"i de "ciddi ağırlık" birleşik biçimde kullanmaktadır.

Ağırlık kavramı, dolaylı olarak cezanın ağırlığıyla ilişkili düşünülebilir. Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bir kararında, sanığın mahkûm olduğu cezanın çok ağır (müebbet hapis) olduğu durumlarda tanığın mahkemece bizzat dinlenilmemesini şaşkırtıcı saymış olması bu dolaylı ilişki açısından kayda değerdir⁵³. Fakat buradaki ağırlık kavramının doğrudan anlamı delil ile hüküm arasındaki illiyetle ilgilidir. Anayasa Mahkemesine göre tanık beyanlarına dönük ciddi ağırlık, "olayın aydınlatılması açısından kilit mahiyetinde olması" gibi bir anlam taşır⁵⁴. Olayı aydınlatma, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin açığa çıkarılması anlamına geldiğine göre, konuya tersten baktığımızda soru şu olmalıdır: Acaba bu delil olmasaydı olayda karanlık kalan yönler kalır mıydı? Hatta bize kalırsa "o tanığın dinlenmemesi, etkili soruşturma hakkı bakımından sorun olurdu" dediğimiz yerde o delinin "belirleyici" sayılması gerekir. Keza, bir davada tanığın beyanı onu sanık olmak-

50 Nurcan Gülabi, B. No: 2015/15355, 23/5/2018, §§ 40-42.

51 Bazen tek delil olmasa da diğer delillere dönük gerekçe eksikliği de belirleyici delil incelemesini tek delile yaklaştırmaktadır. Örneğin bkz. Y.P., § 57.

52 Bazı durumlarda "belirleyicilik", suçun değil ama cezanın belirlenmesiyle de ilgili olabilir. Örneğin Hasan Bati kararında tanık beyanı, temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayin edilmesinde de belirleyici sayılmıştır. Hasan Bati, B. No: 2019/8419, 28/6/2022, § 33.

53 Daştan/Türkiye, B. No: 37272/08, 10/10/2017, § 33.

54 Ali Rıza Telek, § 52; Tahir Laçın, §§ 71-72.

tan çıkarmış veya cezasında (etkin pişmanlık vb. hükümlerin uygulanması nedeniyle) indirimine neden olmuş ise o beyanın (bu dediğimiz şey mutlak olmasa da) bir diğer dava açısından “belirleyici delil” olmaya yaklaşacağını varsayabiliriz.

Kuşkusuz bu çabamıza rağmen, “belirleyici” kavramının göreliliği açıktır ve her olayda özgün bir değerlendirme yapılması zorunludur. Dolayısıyla konunun örneklere yoğunlaşarak anlaşılmaya çalışılması, bu makalenin güttüğü amaç uyarınca, AYM’nin “belirleyici” kavramını nasıl anladığına dair bize veri sunabilir. Bu amaçla Anayasa Mahkemesinin karar arama motorunu taradık ve 2012-2023 yıllarında bu konuda verilmiş tüm kararları tanık deliline “belirleyicilik atfedilmeyen” ve “belirleyicilik atfedilen” kararlar biçiminde ikili bir tasnife tabi tuttuk. Takip eden alt başlıklar bunun yansımaları olacaktır.

1. Tanık Deliline Belirleyicilik Atfedilmeyen Kararlar

Belirleyici sayılmayan deliller, başkaca sonuca etki yaratacak denli ağırlığı olan ciddi delillerin olduğu vakalarda gündeme gelmektedir. Bu vakaları metaforik olarak ifade etmek gerekirse, kimi yapboz parçaları düştüğü durumda dahi yapbozdaki resim görünmeye devam etmekte, dışarıdan bakan biri o resimde ne olduğunu kuşkuya düşmeden söyleyebilmektedir⁵⁵.

Örneğin bir taksirle yaralama vakasında hüküm açısından, sorgulanmayan tanık beyanı değil, Adli Tıp ve Şûra raporları ile başka bir tanığın beyanı ve müştekinin istikrarlı açıklamaları “belirleyici delil” sayılmıştır⁵⁶. Keza bir uyuşturucu madde ihraç etme suçuyla ilgili olarak, hem yurt dışında hem de yurt içinde ele geçirilen uyuşturucular bakımından sorgulanmayan muhbir/tanık beyanlarına nazaran başka bir tanığın beyanıyla soruşturma açılmış olmasına, ayrıca sürecin ve kararın o tanığın beyanlarıyla ilerleyip sonuçlanmış olmasına belirleyicilik atfedilmiştir⁵⁷. Bu vakalarda tanık sorgulama hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu iki örnek dışında, sorgulanmayan tanıkların beyanlarının “belirleyici” sayılmadığı, dolayısıyla bu hakkın ihlal edilmediği sonucuna varılan diğer kararların genellikle terör örgütü üyeliği suçlamasını içeren davalarla ilgili olduğunu gözlemliyoruz. Örnekleri aktarmak gerekirse; Anayasa Mahkemesi, molotof kokteyli atma eylemi açısından MOBESE kamera kayıtlarını⁵⁸, başvurunun üzerinden çıkan not kâğıtları, fotoğraftan teşhis tutanağı ile

55 Trechsel, S. (2005). *Human Rights in Criminal Proceedings*, New York: Oxford University Press, s. 297. Yıldırım, A. (2023). s. 207.

56 Ümit Kaya, B. No: 2016/4354, 22/1/2019, § 43.

57 Cumhuriyet, B. No: 2016/4998, 2/6/2020, § 123.

58 Aydın Oğuz, B. No: 2014/8872, 7/3/2018, § 62.

tutarlı/ayrıntılı diğer tanık beyanlarını⁵⁹, yasaya uygun elde edilen iletişim tespit tutanaklarını ve başvurusunun bir örgüt üyesiyle birlikte yakalanmış olmasını⁶⁰, örgütün Cuma namazlarına katılıp örgütsel eylem sayılan ("kent meclisleri"ne katılma) faaliyetlerine ve toplantılara katılmasını⁶¹, başvurusunun sorgulama olanağı bulmadığı tanık beyanına nazaran belirleyici saymıştır. Başka bir deyişle ve tekrar etmek gerekirse; bu vakalarda tanık beyanı hüküm yönünden "belirleyici" görülmemiştir. Keza "başvurusunun örgüt içi gizli haberleşme programı olan ByLock'u kullandığına ilişkin bilirkişi raporu ve tanık B.T.nin ikinci celsede duruşmada sunduğu, 2011-2013 yılları arasında Balıkesir ilinde faaliyette bulunan Astsubay Meslek Yüksek Okulunda öğrencilik yaparken kendisiyle ilgilenen ve abi tabir edilen şahıs olduğuna ilişkin beyanı başta olmak üzere pek çok farklı delile dayandığı" bir vakada da sorgulanmayan tanık beyanı belirleyici sayılmamıştır⁶².

Söz konusu vakalarda AYM'nin inceleme yöntemine dönük bir faktör de ayrıca dikkatimizi çekmiş bulunmaktadır. AYM, *Cumhur Yakut* kararında, başvuru açısından şu usuli eksikliği tespit etmiştir:

*"(...) Başvuru formunda, mahkeme huzuruna getirilerek dinlenilmediği ifade edilen Ş.S.nin sorgulanmasının hangi nedenlerle önemli olduğuna ve gerçeğin ortaya çıkması için neden gerekli olduğuna dair bir açıklamada bulunulmamıştır. Ayrıca Ş.S.nin kovuşturma evresinde başvuru hakkında nasıl bir beyanda bulunduğu başvuru formunda ifade edilmediği gibi ilgili duruşma zaptının da başvuru formuna eklenmediği anlaşılmıştır."*⁶³

Bu tespit, Cumhuriyet savcısının görevi kötüye kullanma suçu yönünden yargılandığı bir vakayla ilgili *İsmet Özkorul* kararında karşılık bulmuştur:

*"Başvurucu, eğer tanıklar esas mahkemece dinlenmiş olsaydı mahkeme önünde dile getiremediği hangi ilave tezleri ileri süreceğine veya tanıklara hangi soruları soracağına ilişkin olarak herhangi bir açıklamada bulunmamış, tanık beyanlarından aleyhe olan kısımları kabul etmediğine ve bazı tanık beyanlarının hangi gerekçe ile hükmeye esas alınmayacağına dair açıklamalarda bulunmuştur. Esas mahkeme huzurunda savunmasını yapan başvuru, duruşmalarda ve dilekçelerinde tanıklara soru sorma veya tanık sorgulama talebinde de bulunmamıştır."*⁶⁴

Keza, yağma suçuyla ilgili *E.D.* kararında AYM, savunma tanıklarının dinlenmemesinden yakının başvurusunun bu tanıkların dinlenmesinin "hangi

59 Abdullah Yılmaz, B. No: 2017/38631, 15/1/2020, § 47.

60 Zana Güneş, B. No: 2016/73184, 25/9/2019, §§ 57-58.

61 Adle Deniz Süre ve diğerleri, B. No: 2015/1655, 15/1/2020, §§ 28-30.

62 Günay Kaya, B. No: 2020/36504, 11/7/2023, § 25.

63 *Cumhur Yakut*, § 123.

64 *İsmet Özkorul*, § 53.

nedenlerle önemli olduğu ve gerçeğin ortaya çıkması için neden gerekli olduğunu açıklamadığı"nı özel olarak kaydetmiş ve başvuruçunun "hangi tarihli celsede ya da hangi tarihli dilekçeyle tanık dinletme talebinde bulunduğuna ve anılan talep ile ilgili ilk derece mahkemesinin ne şekilde karar verdiğine ilişkin bir delil" de sunmamış olmasına atıfta bulunarak başvurunun temellendirilmemiş olduğunu ifade etmiştir⁶⁵. Dikkatimizi çeken bu belirlemelerden hareketle AYM'nin, tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvuruçulardan bu delilin neden "belirleyici" olduğunu (bu delil hangi nedenlerle önemli? Bu delil, gerçeğin ortaya çıkması için neden gerekli?) ortaya koymasını, bunu yargılama aşamalarında da yaptığını göstermesini, tanık duruşmaya gelseydi hangi soruları sorup ne gibi tezler ileri süreceğini ortaya koymasını -da- beklediğini söyleyebiliriz.

Son zamanlardaki kararlarda bu türden bir belirleme olmadığı için bu yaklaşımın terk edildiği düşünülecekse de başvuruçuların, dilekçelerinde bu sorulara yanıt vermesinin onların lehine olacağını temkinli biçimde kaydetmek isteriz.

2. Tanık Deliline Belirleyicilik Atfedilen Kararlar

Anayasa Mahkemesinin tanık deliline belirleyicilik atfettiği kararlardan edindiğimiz izlenim, AYM'nin zımnen "diğer delillerden hareketle mahkûmiyet kararı verilebilir miydi?" sorusunu sorduğudur. Örneğin *H.T.* kararında bir tanık, PKK terör örgütüne yönelik olarak yürütülen başka bir soruşturma kapsamında verdiği ifadesinde, başvuruçunun eğitim ve iş durumuna ilişkin ayrıntılı bilgiler verdikten sonra, terör örgütü adına propaganda yaptığını ve üniversiteye yeni kayıt yaptıran öğrencilere yönelik PKK terör örgütüne eleman kazandırma faaliyetlerinde bulunduğunu belirtmiştir. Bu tanığın ifadesi üzerine başvuruçucu hakkında soruşturma başlatılmış, başvuruçunun ikametgâhında arama yapılmış ve yapılan arama sonucunda toplatılmasına karar verilen bazı yayınlar ele geçirilmiştir. Derece mahkemesinin kararında hem bu tanık beyanına hem de arama sonucunda elde edilen yayınlara, ayrıca başvuruçunun daha önceden geçirdiği bazı soruşturma ve kovuşturmalara dayanılmıştır. Terör örgütü üyeliği için, bazı yayınları bulundurmanın veya geç-

65 *E.D.*, B. No: 2015/1668, 22/2/2018, § 35. Bu kararda, Celal Mümtaz Akıncı ve Osman Alifeyyaz Paksüt, karşı oyda "Bu tanıkların dinlenmesi ve başvuruçucu sanığın ifadelerini teyit etmesi, başvuruçucu sanığın ifadelerinin, yani mağdurun yanına yağma amacıyla gitmediğinin kanıtını oluşturabilecektir. Ancak mahkemece, başvuruçucu sanığın rastgele gözlerine kestirdikleri mağduru yağmalamak amacıyla hareket ettiklerini kabul etmiş görünmektedir. Bu konuda gerekçeli kararda yeterli açıklama bulunmamakla beraber, verilen cezada "suç kastının yoğunluğu" ve "suçun işleniş şekli" gibi nedenlerle temel cezadan uzaklaşmış olmasından, mahkemece, başvuruçunun olayın bir kavga sırasında meydana geldiği, mağdurun kendisini oradan hatırladığı ve teşhis ettiği, yağma eylemi bulunmadığı şeklindeki, olayın aydınlatılması bakımından önem taşıyabilecek ve savunmalarına haklılık kazandırabilecek, dolayısıyla netice cezayı etkileyebilecek tanık anlatımlarına gerekçesiz olarak fırsat verilmediği anlaşılmaktadır." görüşünü dile getirmiştir.

mişte bazı soruşturma ve kovuşturmalar geçirmiş olmanın yeterli olmadığı açıktır. Ceza hukukuna aşına olan herkesin kabul edeceği üzere bu faktörler, tutarlı ve güçlü bir tanık deliliyle güçlendirilmek durumundadır. Hâl böyleyken AYM, bu olayda tanık beyanını belirleyici delil saymış, tanığın sanık tarafından sorgulanamamasını Anayasa'ya aykırı bulmuştur⁶⁶.

Yine örneğin *Şevki Tanıl* kararında, başvurucaya atfedilen “uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma” suçu için kullanılan başlıca delil, başvurucayla buluşup görüştüğten bir süre sonra oradan uzaklaşan bir kişinin, üzerinde 3 gram esrarla polisler tarafından yakalanması ve esrarı başvuruca- dan temin ettiğine dönük beyanıdır. Bu beyan üzerine başvurucaunun evinde arama yapılmışsa da uyuşturucu madde bulunmamıştır. Buna rağmen derece mahkemesi kararında bu tanık beyanının yanı sıra “*canlı teşhis tutanağı, olay fiziki takip yakalama üst arama rızaen teslim ve muhafaza altına alma tutanağı, kriminal rapor, nüfus ve adli sicil kaydı*” delillerine atıf yapılmıştır. Fakat malum olduğu üzere bu sayılan ek delillerin hiçbiri, kişinin “uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti” yaptığını kanıtlamaz. Burada tanık beyan kritik önemdedir. AYM de bunun farkında olarak, bu tanığın sorgulanmasına olanak tanınmadığı için ihlal sonucuna ulaşmakta güçlük çekmemiş görünmektedir⁶⁷. Genellikle Olay Yeri Tespit Tutanağı bulunan vakalarda bu tutanağa anlam yükleyen tanıkların beyanları da “belirleyici” sayılmaktadır⁶⁸.

Gözlemlerimize göre AYM'nin “belirleyici delil” kavramı bağlamında hesaba kattığı bir diğer faktör, diğer delillerin üzerinde kuşku olup olmadığıdır. Başka bir deyişle AYM, normalde dikkate alınabilecek ve hatta icabında “belirleyici” sayılabilecek delillerin üzerinde eğer kuşku varsa tanık delilinin belirleyicilik gücünü daha yüksek sayma eğilimi göstermektedir. Örneğin *Sözdar Oral* kararının konusu, ceza infaz kurumu idaresi tarafından verilen disiplin cezasına karşı itiraz üzerine görülen bir davadır. Bu davada infaz hâkimliğinin onadığı yaptırımın dayanağı olan deliller, tutanağın düzenlenmesine sebebiyet veren infaz koruma memuru ve diğer tutanak mümzilerinin düzenledikleri belge ve beyanlardır. Fakat bu davada söz konusu tutanağın güvenilirliği konusunda kuşku vardır. AYM, bu kuşkunun tanık beyanlarıyla giderilmesi gerektiğini düşünmekte, giderici nitelik taşıyan tanık beyanlarının sorgulanamamasını ise Anayasa'ya aykırı saymaktadır:

“Başvuruca, tutanağın düzenlenmesine sebebiyet veren infaz koruma memuru ve diğer tutanak mümzilerinin düzenledikleri belge ve beyanların doğru olmadığını belirterek söz konusu disiplin cezasının hukuka aykırı verildiğini dile getirmiştir. Mahkemece disiplin cezasına esas alınan tutanağın güvenilirliği

66 H.T., § 45.

67 *Şevki Tanıl*, B. No: 2016/13402, 12/9/2018, § 29.

68 *Candaş Bozkurt*, B. No: 2018/27301, 30/3/2022, § 58.

ile ilgili oluşan şüphe, tanık beyanları dinlenilmek suretiyle yargulamada gidirilmemiştir. Dolayısıyla somut olayda disiplin cezası verilmesinde temel rol oynayan tanıklar dinlenmeden şikâyet ve itirazın reddine karar verilmesi bir bütün olarak yargulamayı hakkaniyet unsurundan yoksun bırakmaktadır. (...) Sonuç olarak disiplin soruşturması ve yargulama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvuru hakkında verilen disiplin cezası ile ilgili belirleyici nitelikte bir delil olan tanıkların dinlenmemesi nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargulama ilkelerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”⁶⁹

Burada üzerinde durduğumuz konuya bir başka iyi örnek olan *Cezayir Akgül* vakasında derece mahkemesinin yaptığı yargulama “uyuşturucu madde ticareti yapma ve örgüte üye olma suçları” ile ilgilidir. Bu vakadaki deliller; tanık ifadelerinin yanı sıra, fiziki izleme tutanakları, ekspertiz raporları ve telefon konuşmalarıdır. Hakikaten de tanık ifadesi dışındaki deliller ilk bakışta mahkûmiyet açısından belirleyici gibi görünmektedir. Ne var ki AYM, telefon konuşmalarına dair çözüm tutanaklarının dava dosyasında olup olmadığının kuşkulu olduğunu not etmiştir⁷⁰. Bu tutanaklar, duruşmada sanığa okunmamıştır. Hâl böyleyken, normalde güçlü sayılabilecek bu delil, söz konusu usulî eksiklikten ötürü AYM nezdinde güç kaybetmiş; yani delilin üzerindeki şaibe, odağın tanık deliline kaymasını gerektirmiştir. AYM, bu koşullarda “belirleyici” saydığı tanığın sorgulanmamasını Anayasa’ya aykırı bulmuştur⁷¹.

Son olarak; AYM’nin tanık sorgulama hakkı yönünden son dönem kararlarının FETÖ/PDY davalarıyla (özellikle de ByLock delili bağlamında) ilgili olarak öne çıktığını kaydetmek gerekir⁷². Bu vakalarda AYM, ByLock deliline ilişkin incelemelerde BTK’dan getirilen CGNAT ve kayıtlarının HTS sonuçlarının karşılaştırılıp belirtilen hat üzerinden ByLock kullanan kişinin sanık olup olmadığı doğrultusunda bilirkişiden teknik rapor alınarak kıyaslanmadığı⁷³, yeterli teknik incelemenin bulunmadığı⁷⁴ ve aktif kullanıma rastlanma-

69 *Sözdar Oral*, B. No: 2018/21028, 13/9/2022, §§ 56-57. Bu karar, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olduğundan ve tanık sorgulama hakkının bu tür uyumsuzluklar yönünden -daha ziyade- silahların eşitliği ve çelişmeli yargulama ilkeleri kapsamında değerlendirildiği söylenebilir.

70 Bu nokta, Yargıtay kararında da bir karşı oy yazısında şöyle ifade edilmiştir: “Sanığın telefon konuşmalarının hükme esas alındığı, ancak bu konuda verilmiş herhangi bir kararın dosyada bulunmadığı ve telefon konuşmalarına ilişkin çözüm tutanaklarının sanığa okunmadığı anlaşılmıştır.” *Cezair Akgül*, B. No: 2014/10634, 26/10/2016, § 32.

71 *Cezair Akgül*, §§ 32-41.

72 *Hamza Kaba*, B. No: 2020/35692, 24/5/2023, § 29.

73 *Metin Akdemir (2)*, §§ 34-35. Eğer bu kıyaslama mevcutsa bu durumda tanık beyanları belirleyici sayılmamaktadır. Bkz. *Adem Çanak*, B. No: 2019/42455, 20/12/2022, §§ 32-33; *Uğur Özcan*, § 38; *Hasan Bati*, § 35; *Sertaç Ekici*, B. No: 2020/6698, 21/6/2023, § 27. Benzer durumda olsa da ihlal bulunmayan ve karşı oylar içeren bir örnek için kz. *Yusuf Fil*, B. No: 2019/39608, 8/2/2023.

74 *Uğur Özcan*, § 38; keza bkz. *Zekeriya Sevim*, B. No: 2018/18989, 16/6/2021, § 53.

yan⁷⁵ hâllerde ByLock delilini etkisizleştirdiği, dolayısıyla tanık delillerinin belirleyici gücünün arttığı kanaatindedir. Bu çıkarım, Bank Asya hesabına dönük (Yargıtay içtihadın da işaret ettiği şekilde) bilirkişi raporu alınmadan⁷⁶ veya yeterli inceleme yapılmayan, yani mutlak bankacılık işlemlerinin delil olarak kabul edildiği⁷⁷ ya da başvuruçunun KHK ile kapatılan bir şirkette çalışması veya FETÖ-PDY terör örgütüne müzahir basın yayın kuruluşları ile iltisak ve irtibatını gösteren HTS kayıtları gibi destekleyici delillerin kullanıldığı vakalar⁷⁸ için de geçerlidir. Bu kararlar da yukarıda ifade ettiğimiz yaklaşımın bir uzantısından ibarettir. Şöyle ki AYM, hükme esas oluşturan delillerin kendi yerleşik içtihadı uyarınca kanunsuz, zayıf veya şaibeli nitelik kazandığı veya destekleyici delil düzeyine düştüğüne kanaat getirdiği yerde, tanık delilini belirleyici saymaktadır.

III. TELAFİ EDİCİ/DENGELEYİCİ GÜVENCELER

Telafi edici/dengeleyici güvenceler adımı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından sonradan geliştirilmiş bir adımdır. İHAM, eski içtihadında sanık duruşmada sorgulanmamışsa ve bu da mahkûmiyette tek veya belirleyici delil ise bu durum otomatikman tanık sorgulama hakkının ihlali sayılmaktaydı⁷⁹. Fakat bu yaklaşım, 2011'de değişmiş ve o tarihten sonra bu üçüncü adım sistemli olarak uygulanmaya başlamıştır⁸⁰. Anayasa Mahkemesi de aynı şekilde "iki aşamalı test"e dayanırken; 2021'den itibaren bu adımı da içtihadına katarak "üç aşamalı test" uygulamaya başlamıştır⁸¹.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarında bu "makul çaba" için atılması gereken adımları tüketici biçimde listelemiş değildir. Fakat Mahkeme, duruşmada hazır bulunmayacağı anlaşılan tanık karşısında başvuruçunun haklarını korumaya dönük ek tedbirlerin alınmasını gerekli saymakta ve bunlara dair örnekler sunmaktadır. Mesela başvuruçunun huzurunda aleyhindeki tanık beyanların okunması, tanık beyanlarına sanığın (başvuruçunun) itiraz etmesi veya soracağı sorular varsa tanıkların yeniden dinlenilmesi yönünde taleplerde bulunması için yeterli ve düzgün fırsatlar verilmesi bu eksikliği gider-

75 Bekir Yalım, §§ 65-66.

76 Sinan Bulut, § 51.

77 Bu kapsamda bankacılık işlemlerinin örgüt liderinin talimatına istinaden gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği yönündeki değerlendirme sanığın Bank Asya nezdindeki 2014 yılı öncesi de dâhil olmak üzere hesap açılış bilgileri, aylık bakiye gelişimi ve tüm hesap hareketlerine ilişkin kayıtlar dosyaya celbedilip incelenerek, temin edilen kayıtlar üzerinde uzman bilirkişi raporu alınıp örgüt liderinin talimatından sonra ve bu talimat doğrultusunda katılım hesabı açma, döviz veya altın alma, para yatırma vb. işlemlerinin bulunup bulunmadığı tespit edilerek yapılacaktır. Hasan Batı, § 32.

78 Abdülkerim Kahraman, § 36-41.

79 Bkz. Doorson/Hollanda, B. No: 20524/92, 26/3/1996.

80 Değişim içtihadı için bkz. Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık.

81 Orhan Gülerüz, § 36.

meye dönük çabalardan sayılmıştır⁸². AYM, bu bağlamda tanık beyanlarının duruşma öncesinde başvuru müdafii tarafından incelenip incelenmediğini, duruşmada Mahkemece tanığın beyanlarına karşı diyeceklerinin sorulup sorulmadığını, müdafiyeye savunma hazırlaması ve tanık beyanlarına karşı diyeceklerini yazılı olarak sunması için süre verilip verilmediğini de sorgular görünmektedir⁸³. Fakat bu olanaklar tanınmış olsa dahi söz konusu talepler derece mahkemesi tarafından reddedilebilir⁸⁴. Zira bu güvenceler sonuç yükümlülüğü getirmez, münhasıran usulidir⁸⁵. Fakat sonucun keyfi olmadığını anlamak için de ret kararlarının mutlaka gerekçeli olması gerekir.

AYM içtihatlarına yakından baktığımızda özellikle “doğrulamaya başkaca delillere dayanılması”⁸⁶ ile “başvurucuya olayları kendi bakış açısına göre anlatma ve tanığın celse arasında alınıp duruşmada okunan beyanlarına karşı iddia ve itirazlarını sunma imkânı sunulması”⁸⁷ gibi faktörlerin telafi edici sayılacağını söylendiğini görmekteyiz. Ne var ki bu vakalarda dahi şu noktalar sorun sayılmaktadır:

“(...) tanığın celse arasında alınan beyanı duruşmada okunmuş ise de başvuru, tanığın beyanının tespiti sırasında hazır bulunmadığından ses ve görüntü nakli yoluyla da olsa onu sorgulayamamış; sorulan sorulara verdiği cevaplar hakkında kişisel izlenim edinme fırsatı elde edememiştir. Bu yüzden tanığın gösterdiği reaksiyonlar konusunda Mahkemenin dikkati çekilememiş, tanığın beyanlarının güvenilirliği test edilememiştir. Katılanın kollukta dava konusu olayı kimsenin görmediğine yönelik ifadesinin, tanığın başvuru aleyhindeki beyanıyla çeliştiğinin iddia edilmesi de dikkate alındığında, Mahkemece tanık beyanının güvenilirliği hususunda başvurucuda oluşan kuşku ve şüphelerin giderilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, hükme ulaşırlarken sorgulanmamış tanık beyanı dışında Mahkemece katılanın beyanları ile adli tıp raporlarının dikkate alınmasının ve başvuru lehine ifade veren diğer tanıkların beyanlarına

82 İsmet Özkorul, § 52.

83 Ümit Kaya, § 42.

84 Örnek olması bakımından H.T. kararında AYM, telafi edici faktörler bağlamında başvuru tanığın ifadesinin güvenilirliği hususundaki kuşku ve şüphelerini Mahkemeye bildirme imkânı elde ettiğini, ayrıca derece mahkemesinin duruşmada dinlenmeyen tanığın ifadesine ek olarak, başvuru tanığın ikametgâhında yapılan aramada ele geçirilen yayınlara, başvuru tanığın daha önceden geçirdiği bazı soruşturma ve kovuşturmalara da dayandığını kaydetmiş; fakat yine de “bu hususların ifadesi mahkûmiyette belirleyici olan tanığın duruşmada dinlenmemesini telafi etmeye yeterli olduğunun söylenemeyeceği” ve “tanık beyanının güvenilirliği hususunda başvurucudaki şüphenin giderilmediği” sonucuna varmıştır. Bkz. H.T., § 45.

85 Nitekim İHAM’ın tanık sorgulama hakkına dönük ihlal kararından hareketle yeniden yapılan yargılamada sorgulanmayan tanığın sorgulandığı yeniden yargılama sonucunda hüküm aynı olsa da ihlal giderilmiş sayılmaktadır. *Suat Daştan*, B. No: 2020/151, 15/6/2022, §§ 34-37.

86 *Orhan Güleriyüz*, § 39.

87 Mahkeme bu olanakların telafi edebileceğini söylese de somut vakada ihlal sonucuna ulaşmıştır. Örneğin bkz. *Nuray Volkan*, B. No: 2017/18736, 29/1/2020, §§ 41; *Sertaç Ekici*, § 24.

itibar edilemeyeceğine dair değerlendirme de yapılmasının beyanı belirleyici ölçüde mahkûmiyete temel alınan tanığı sorgulama imkânı tanınmaması nedeniyle savunma makamının maruz kaldığı sınırlamayı telafi ettiğini söylemek mümkün gözükmemektedir.”⁸⁸

AYM bu aşamadaki incelemesinde bazen başvuruçunun sorulabilecek ama sorulamamış sorularını da kaydetme gereği duymaktadır. Mesela alkol- lü içki satışı da yapan bir kuruyemiş dükkânı sahibine saat 22.00'den sonra içki satışı yaptığı için para cezası kesilmesiyle ilgili *Orhan Güleriyüz* kararında başvuruçunun (yurt dışında olduğu için sorgulayamadığı) tanık beyanının ceza için belirleyici sayıldığı bağlamda AYM, “tanığın kuruyemiş dükkânına elinde poşetle girip girmediğine dair bir tespit yapılmadığına, tanığa içkileri nereden ve ne zaman satın aldığı hususunda temel soruların dahi sorulmadığına” dikkat çekmiştir⁸⁹. İlginçtir ve ispat yüküne dönük yerleşik İHAM içtihadına aykırıdır ki AYM, başvuruçulardan “yargılama sırasında olayların kendi versiyonunu ve tanığın ifadesine karşı beyanlarını mahkemeye bildirme imkânından yoksun bırakıldığı”na dönük spesifik bir şikâyet bekler gibi görünmekte, bu noktada resen inceleme yapmamaktadır⁹⁰.

AYM bundan başka, kişilerin “İfade ve Teşhis Tutanaklarının” dava dosyasına gönderildiği, oturumda hazır bulunan başvuruçunun ile müdafisine bu tutanakların okunduğu ve itirazlarının alındığı bir vakada da -karşı oylara rağmen- üçüncü aşamanın karşılandığı sonucuna ulaşabilmiştir⁹¹. Bu nokta hayli tartışmalıdır. Akif Yıldırım, Strazburg içtihatlarından hareketle “mahkemelerin tanığın test edilmemiş ifadesine ihtiyatla yaklaşması”⁹², “tanıkların hâkim/mahkeme huzurunda beyanda bulunmuş olması”, “sanık müdafisinin tanıklara soru sorabilmesi”, “savunmaya soruşturma/duruşma evresinde veya duruşma hazırlığı devresinde tanığı sorgulama/sorgulatma fırsatı verilmesi”, “tanığın duruşma öncesinde ifadelerinin video kaydına alınması ve bu kayıtların izlenmesine fırsat tanınması”, “savunmaya tanığa dolaylı olarak sorma imkânının tanınması” koşullarının da dengeleyici güvence sayılabilece-

88 *Emrin Urhan*, B. No: 2020/21148, 10/5/2023, § 30.

89 “Hâkimlik, tutanağın resmî evrak niteliğinde bulunduğuna ve aksi ispat edilinceye kadar geçerli olduğuna dikkat çekerek başka bir delille desteklenmesinin gerekmediğinin altını çizmiş ve idare tarafından tanzim edilen tutanakların içeriğinin aksi ispat edilene kadar geçerli olduğu şeklindeki karineye dayanmıştır. Ancak söz konusu tutanağın içeriğinin hukukiliğinin veya gerçekliğinin tartışıldığı bir yargılamada bu karinenin geçerli olması mümkün değildir.” *Orhan Güleriyüz*, § 40.

90 *Zana Güneş*, § 57. “Ayrıca başvuruçunun yargılama sırasında olayların kendi versiyonunu ve tanığın ifadesine karşı beyanlarını mahkemeye bildirme imkânından yoksun bırakıldığı yönünde bir şikâyeti de bulunmamaktadır.” ifadesinden bu sonucu çıkarıyorsak da aksi düşünülebilir.

91 *Yusuf Fil*, § 26. Kararda Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyu hayli önemlidir.

92 Yazar, AYM'nin, tanıkların duruşmada dinlenmesi yerine önceki ifadelerin okunması ile yetinilebilecek kişiler olup olmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmesini bu güvencenin uzantısı saymaktadır. Bkz. Yıldırım, A. (2023). s. 294.

ğini ifade etmektedir⁹³. Bunların AYM içtihadında karşılığını tespit edebilmiş değiliz.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bu yazılanları toplamak gerekirse öncelikle Anayasa Mahkemesi tanık sorgulama hakkını, tıpkı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gibi, mutlak görmemekte ve de üç adımlı bir test uygulamaktadır. Bu testler, “geçerli neden”, “tek veya belirleyici delil” ve “telafi edici/dengeleyici güvenceler” testleridir. İddiamız odur ki bu üç adımlı test, kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük biçimindeki üç adımlı testin tanık sorgulama hakkı özelindeki bir tezahürüdür.

Geçerli neden testi, bir bakıma kanunilik testini andırmaktadır. Zira bulgumuz ve iddiamız odur ki AYM bu adımda kanuna uygunluk ve kanunda bulunması gereken kalite (keyfiliğe karşı koruyucular) incelemesi yapmaktadır. Geçerli nedenin kanunilik incelemesi bağlamında tezahürü, tanığın duruşmada hazır edilmesine istisna getiren durumun, yasal mevzuattaki hükümlerde dayanağının olmasıdır. Bu bağlamda dikkat çekici eksik, milletvekilleri özelinde tezahür etmektedir ki bu sorunun somut norm denetimine konu edilebileceği kanaatindeyiz. Kanunilik bağlamında AYM, geçerli neden yönünden ayrıca, yargı organlarının etkinliklerine odaklanmaktadır. Bu bağlamda ise derece mahkemelerinin tanıkları getirmek için veya tanık getirilemiyorsa bu eksikliği gidermek amacıyla “makul çaba” gösterip göstermediğini ve bunu gerekçelerine yansıtıp yansıtmadığına yoğunlaşılmaktadır⁹⁴.

Tek veya belirleyici delil adımına geldiğimizde bu adım öğretide ve uygulamada “tek ve belirleyici delil” olarak ifade edilse de bu ikisinin birbirlerine alternatif sayılmamasından ötürü kavramın “tek veya belirleyici delil” diye ifade edilmesini öneriyoruz. Bunlardan hükme esas “tek” delilin tanık beyanı olduğu yerde tanığın sorgulanmamasının Anayasa’ya aykırı bulunması güç olmamaktadır. Fakat tartışma, “belirleyici delil” kavramının ne olduğu noktasında toplanmaktadır. İçtihatlarla dönük gözlemlerimize göre AYM, bu konudaki tespitlerinde “tanık delili dışında kalan diğer delillerden hareketle mahkûmiyet kararı verilebilir miydi?” sorusunu sormaktadır. Bu sorunun yanıtı olumlu olduğu koşullarda ise ikinci veya derinleştirilmiş soru, tanık delili dışında kalan bu delillerin üzerinde şaibe olup olmadığıdır. Şaibe arttığı denli tanık delilinin belirleyiciliği de artmakta, dolayısıyla beyanına başvuru tanığın sorgulanması gereği de bir zorunluluğa doğru kaymaktadır.

Bu sonuçların yanı sıra dikkat çekici bir bulgu da AYM’nin, “belirleyici

93 a.g.e. s. 284-307.

94 Burada yeniden vurgulamak gerekir ki bu çaba için CMK hükümlerinin eksiklikleri norm denetimi bağlamında bir Anayasa’ya aykırılık sorunu yaratır.

delil" sorununu ele aldığı bazı davalarda tanık sorgulama hakkının ihlal edilmesinden yakınılan başvuruları temellendirilmemiş şikâyet bularak açıkça dayanaktan yoksun sayma eğilimi göstermesidir. Bir bakıma ispat yükünün yer değiştirilmesi anlamına gelen bu yaklaşım sorunludur. AYM bu bakış açısından vazgeçmelidir. Başvurucular açısından ise bu sorunun aşılması için bir yandan, tanık gelseydi hangi soruları soracaklarını ve bu soruların neye hizmet edeceğini açıklamalarını; diğer yandan, tanık delilinin, "hangi nedenlerle önemli olduğu" "maddi gerçeğin ortaya çıkması için neden gerekli sayıldığını ortaya koyan bir anlatıma dilekçelerinde yer vermelerini önermekteyiz.

AYM'nin incelemesinin üçüncü adımı 2021 yılından beri uygulama bulmaktadır. Bu konuda içtihat tamamlanmış değildir. Kanaatimiz odur ki, bu aşamadaki sapmalar dar yorumlanmalıdır. Strazburg içtihadına Birleşik Krallık'ın baskısıyla giren bu teste çok büyük önem atfedilmemelidir.

Son olarak; özellikle FETÖ/PDY davalarında özellikle (HTS ve CGNAT kayıtlarının kıyaslandığı, bilirkişi, teknik inceleme vb. koşulların hepsinin mevcut bulunduğu) ByLock delilinin belirleyici sayıldığı vakalar açısından bir not düşmek gerekir. AYM'nin içtihatlarından anlaşıldığı kadarıyla bu türden, yani Yargıtay ve AYM içtihatlarına göre şaibesi olmayan ve kanuna uygun biçimde ByLock kullanıldığına dair, bir delilin bulunduğu yerde tanık beyanı belirleyici değil destekleyici sayılmakta, dolayısıyla tanığın sorgulanmamış olması Anayasa'ya aykırı görülmemektedir. Fakat İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye* kararı bu içtihadı birikimi kökten sarsacak görünmektedir. Zira Strazburg organlarına göre tüm koşulları mevcut olsa dahi ByLock kullanmış olmak tek başına FETÖ/PDY terör örgütüne üyeliği ortaya koyan bir delil sayılamaz⁹⁵. Şu hâlde bu delil, AYM'nin üzerinde kuşku bulunan deliller karşısında tanık delilini belirleyici görme eğilimi karşısında, süregelen içtihadın gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan, eğer söz konusu içtihadı uyulacak olur ise, her vakada tanık delilinin belirleyici sayılıp sayılmadığına dönük vaka temelli inceleme yapılması gerekecek, buna göre yeniden yargulamaya hükmedilecek veya hükmedilmeyecektir.

95 *Yüksel Yalçınkaya/Türkiye*, B. No: 15669/20, 26/9/2023.

KAYNAKÇA

Kararlar

Abdulkerim Kahraman, B. No: 2020/37267, 11/5/2023.

Abdullah Yılmaz, B. No: 2017/38631, 15/1/2020.

Abdurrahim Balur, B. No: 2013/5467, 7/1/2016.

Adem Çanak, B. No: 2019/42455, 20/12/2022.

Adle Deniz Sürer ve diğerleri, B. No: 2015/1655, 15/1/2020.

Ali Rıza Telek, B. No: 2013/2630, 30/12/2014.

Atila Oğuz Boyalı, B. No: 2013/99, 20/3/2014.

Aydın Oğuz, B. No: 2014/8872, 7/3/2018.

AZ. M., B. No: 2013/560, 16/4/2015.

Bekir Yalım, B. No: 2020/22265, 22/11/2022.

Candaş Bozkurt, B. No: 2018/27301, 30/3/2022.

Cezair Akgül, B. No: 2014/10634, 26/10/2016.

Cumhur Yakut, B. No: 2016/4998, 2/6/2020.

Daştan/Türkiye, B. No: 37272/08, 10/10/2017.

Doorson/Hollanda, B. No: 20524/92, 26/3/1996.

E.D., B. No: 2015/1668, 22/2/2018.

H.T., B. No: 2017/32857, 17/6/2020.

Günay Kaya, B. No: 2020/36504, 11/7/2023.

Hamza Kaba, B. No: 2020/35692, 24/5/2023.

Hasan Ballı, B. No: 2017/21825, 2/6/2020.

Hasan Bati, B. No: 2019/8419, 28/6/2022.

İbrahim Çetin, B. No: 2020/15908, 24/5/2023.

İsmet Özkorul, B. No: 2013/7582, 11/12/2014.

Levent Yanlık, B. No: 2013/1189, 18/11/2015.

Leyla Güven [GK], B. No: 2018/26689, 7/4/2022.

Mesut Çeki, B. No: 2013/6944, 24/3/2016.

Metin Akdemir (2), B. No: 2020/3964, 21/9/2022.

Musa Yılmaz Acar, B. No: 2013/1664, 16/7/2014.

Nuray Volkan, B. No: 2017/18736, 29/1/2020.

- Onur Urbay*, B. No: 2014/6222, 6/3/2019.
Orhan Güleriyüz, B. No: 2019/30221, 28/12/2021.
Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, 1/7/2021.
Sadık Çelik, B. No: 2020/5685, 20/6/2023.
Salikhov/Rusya, B. No: 23880/05, 3/5/2012.
Schatschaschwili/Almanya, B. No: 9154/10, 15/12/2015.
Sertaç Ekici, B. No: 2020/6698, 21/6/2023.
Sinan Bulut, B. No: 2019/14914, 10/5/2023.
Sözdar Oral, B. No: 2018/21028, 13/9/2022.
Suat Daştan, B. No: 2020/151, 15/6/2022.
Süleyman/Türkiye, B. No: 59453/10, 17/11/2020.
Şerafettin Can Atalay (2) [GK], B. No: 2023/53898, 25/10/2023.
Şevki Tanıl, B. No: 2016/13402, 12/9/2018.
Taha Bozöyük, B. No: 2020/30174, 19/7/2023.
Tahir Laçın, B. No: 2013/7011, 5/11/2015.
Uğur Özcan, B. No: 2021/12137, 26/7/2022.
Ümit Kaya, B. No: 2016/4354, 22/1/2019.
Yusuf Fil, B. No: 2019/39608, 8/2/2023.
Yüksel Yalçınkaya/Türkiye, B. No: 15669/20, 26/9/2023.
Zana Güneş, B. No: 2016/73184, 25/9/2019.
Zekeriya Sevim, B. No: 2018/18989, 16/6/2021.

Eserler

- FEYZİOĞLU, Metin (2004). "Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler", içinde *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
- İÇER, Zafer (2023). *Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- İNCEOĞLU, Sibel (2018). *Adil Yargılanma Hakkı*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları.
- İNCEOĞLU, Sibel (2013). *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları.

T. Şirin: Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı

- TANER, Fahri Gökçen (2019). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- TRECHSEL, Stefan (2005). *Human Rights in Criminal Proceedings*, New York: Oxford University Press.
- ŞİRİN, Tolga (2022). "Anayasa Mahkemesi Kararlarında (Ceza Muhakemesi Bağlamında) Gerekçeli Karar Alma Hakkı", *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi* (ss. 622-646), Ankara: Adalet Yayınları.
- ŞİRİN, Tolga (2019). *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- YILDIRIM, Akif (2023). *Anayasal Düzeyde Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- YILDIRIM, Akif (2022). "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 71., S. 4., ss. 1691-1748.