

“TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNİN ETKİNLİĞİNİN GELİŞTİRİLMESİ”

Avrupa Birliği - Avrupa Konseyi
Ortak Projesi

TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME ve GİZLİ SORUŞTURMACI TEDBİRLERİ

Hazırlayanlar

Juan Carlos Da SILVA

(Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri)



Albrecht STANGE

(AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler)



Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

(Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri)

Bu eğitim modülü, Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi başlıklı, Avrupa Birliği/ Avrupa Konseyi/ Türkiye Cumhuriyeti devleti tarafından finanse edilen ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülen Avrupa Birliği/ Avrupa Konseyi Ortak Programı kapsamında yayımlanmıştır. T.C. Adalet Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi ve Türkiye Barolar Birliği bu projenin yararlanıcısıdır. Merkezi Finans ve İhale Birimi bu projenin ihale makamıdır. Modülün içeriği hiçbir şekilde Avrupa Birliği'nin resmi görüşlerini yansıtmamaktadır.

Bu eğitim modülünün hazırlanmasına katkıda bulunan ulusal ve uluslararası danışmanlar, hakim ve Cumhuriyet savcılar ile, Adalet Bakanlığı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Türkiye Adalet Akademisi, Türkiye Barolar Birliği, İçişleri Bakanlığı, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Adli Tıp Kurumu temsilci ve uzmanlarına teşekkür ederiz.

Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri Modülü Zaman Çizelgesi

09:30 - 12:00		12:00 - 13:30		13:30 - 17:00	
1. Gün Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri	Koruma Tedbirlerinin Genel Özellikleri		ARA	ALHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlişkiler: Şüpheli Kavramı	Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasında Orantılılık İlkesi
2. Gün Arama/ El Koyma Gözaltına Alma	Arama ve El Koymada Özel Durumlar: Kanun Yolu ve Yasa Dışı Aramanın Sonuçları	Arama ve El Koyma Tedbirlerinin Uygulanması	ARA	Yakalama ve Gözaltı İşlemlerinin Hukukî Dayanakları	Yakalama ve Gözaltına Alınmaya Karşı Kanun Yolu
3. Gün Tutuklama Adli Kontrol İletişimin Denetlenmesi	Tutuklamanın Gereksinimleri	Tutuklama Kararı Verilebilmesinin Maddî ve Şekîl Koşulları	ARA	İletişimin Denetlenmesi Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Kurallar: "Kişi" ve "Suç Tipi" Bakımından Tedbirin Uygulanması	İletişimin Denetlenmesi, Adli Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Delillerin Değerlendirilmesi
4. Gün Gizli Soruşturmacı Teknik Araçlarla İzleme	Gizli Soruşturmacı Tedbirinin Koşulları ve Uygulanması	Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Koşulları ve Uygulanması	ARA	Tutuklu Kılan Kişinin Hakları ve Tutukluğa Karşı Kanun Yolu	Tutukluğa Alternatif Tedbirler: Adli Kontrol
		Tedbirlerin Sona Ermesi ve Denetlenmesi: Kanun Yolu			Kurs Sonu / Değerlendirme

1. KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ	7
Ders Planı - Koruma Tedbiri Kavramı ve Özellikleri	9
1.1. Ceza Mevzuatında ve Mevzuatın Uygulanmasında Koruma Tedbirleri: Kanun Koyucular ve Uygulayıcılar İçin Ortak Bir Görev	11
1.2. Koruma Tedbiri Kavramı	13
2. KORUMA TEDBİRİ TÜRLERİ VE UYGULAMA GEREKÇELERİ	17
2.1. Koruma Tedbiri Türleri	19
2.2. Koruma Tedbirlerinin Uygulanma Gerekçeleri	24
2.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	39
3. AİHM KARARLARINDA ORTAYA KONULAN TEMEL İLKELER: ŞÜPHE KAVRAMI	67
Ders Planı - AİHM Kararlarında Ortaya Konulan	69
Temel İlkeler: Şüphe Kavramı	69
3.1. Giriş	71
3.2. Alıştırma	73
3.3. Alıştırmanın Değerlendirilmesi	74
3.4. PP Sunumu	74
3.5. Tartışma	80
3.6. Vaka Çalışmaları	80
3.7. Değerlendirme ve Geribildirim	80
4. KORUMA TEDBİRLERİNİN UYGULAMASINDA ORANTILILIK İLKESİ	85
Ders Planı - Koruma Tedbirlerinin Uygulamasında Orantılılık İlkesi	87
4.1. Giriş	89
4.2. Alıştırmalar	92
4.3. Değerlendirme ve Geribildirim	102
5. TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME VE GİZLİ SORUŞTURMACI TEDBİRLERİ	105
Ders Planı	107
Ders Planı - Teknik Araçlar İzleme Kavramı, Tedbirin Amacı ve Konusu	109
Ders Planı - Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Koşulları (Şüphe Bakımından, Kişi Bakımından, Suç Bakımından, Süre Bakımından)	111
Ders Planı - Tedbir Talebinde Bulunması Gereken Hususlar, Tedbirin İcrası, Sona Ermesi ve Dokümanların Yok Edilmesi	113
Ders Planı - Tesadüfen elde edilen deliller, Tedbire Hukuka Aykırı Olarak Başvurulmasının Sonuçları, Tedbirin Denetlenmesi: Kanun yolu	115
5.1. Teknik Araçlarla İzleme Tedbiri	119
5.1.1. Kavram: Teknik Araçlarla İzleme Ses veya Görüntü Alma	119
5.1.2. Tedbirin Amacı	120
5.1.3. Konusu	121
5.1.4. Şartları	123
Ders Planı - Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Tedbiri	135
Ders Planı - Gizli Soruşturmacı Kavramı, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması	

Amacı	137
Ders Planı - Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Koşulları ve Görevlendirilmesi Usûlü	139
Ders Planı - Tedbirin Uygulanması (I): Gizli Görevlinin Suç İşleyebilip İşleyemeyeceği Sorunu, Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Gizli Soruşturmacının Tanık Olarak Dinlenebilip Dinlenemeyeceği Sorunu.....	141
Ders Planı - Tedbirin Uygulanması (II): Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Başka Koruma Tedbirlerini de Kapsayıp Kapsamadığı Sorunu; Tesadüfen Elde Edilen Deliller	143
Ders Planı - Tedbire Hukuka Aykırı Olarak Başvurulmasının Sonuçları; Tedbirin Denetlenmesi: Kanunyolu.....	145
5.2. Gizli Soruşturmacı Tedbiri Ceza Muhâkemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik.....	155
5.2.1. Terim-Kavram-Tanım.....	155
5.2.2. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması	157
5.2.3. Tedbirin Amacı.....	163
5.2.4. Koşulları	163
5.2.5. İcrası.....	168
5.2.6. Gizli Soruşturmacının Suç İşleyebilip İşleyemeyeceği Sorunu.....	170
5.2.7. Gizli Soruşturmacının Tanık Olarak Dinlenebilip Dinlenemeyeceği Sorunu.....	171
5.2.8. Tedbirin Sona Ermesi ve Elde Edilen Verilerin Akıbeti-Yok Edilmesi	175
5.2.9. Hukuka Aykırı Denetim.....	176
5.2.10. Kanun Yolu.....	176

KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

Ders Planı

1.1. Ceza Mevzuatında ve Mevzuatın Uygulanmasında Koruma Tedbirleri:
Kanun Koyucular ve Uygulayıcılar İçin Ortak Bir Görev

1.2. Koruma Tedbiri Kavramı

Ders Planı - Koruma Tedbiri Kavramı ve Özellikleri

Gerekli Kaynaklar:

- (Seçmeli) İnternet bağlantılı internet
- Projektör ve perde
- Yazı tahtası ve kalemleri
- (Alternatif olarak) Flipchart ve flipchart kalemleri
- Not kâğıdı ve kalemleri

Dersin Amacı

- Ders sonunda öğrenci:
- Koruma tedbirlerinin alınması gereken bağlamı anlar.
- Farklı türdeki koruma tedbirleri arasındaki farkları anlar ve her bir tedbirin uygulanabileceği koşulları tespit eder.
- Bir koruma tedbirinin mutlaka uygulanması gerekip gerekmediğini veya uzatılması gerekip gerekmediğini değerlendirir.

Dersin Kapsamı

- Ders eğitimin ikinci gününde verilecektir; ders süresi 45 dakikadır.
- Materyaller uyarlanabilir niteliktedir ve konuyla ilgili sadece genel bilgi sahibi olan bir grubun veya Avrupa standartları hakkında daha ayrıntılı bilgi edinmek isteyen deneyimli bir grubun eğitiminde kullanılabilir.

Yöntem

- Açıklama / anlatma
- Soru - cevap
- Tartışma
- Bireysel ve grup alıştırmaları

Eğitim Araçları

- Ders Materyalleri: Materyallerde, eğiticilerin bazı konuları işlemesi veya yeni örnekler bulmaları için diğer kaynaklara yapılan atıflara da yer verilmektedir (çalışmanın kolaylaşması için özellikle uzaktan erişilebilir materyaller).
- Ders Materyallerine Göre Uyarlanmış İctihatlar: Önemli sayıda AİHM davasına yer verilmiştir; dolayısıyla eğitici, öğrencilere hangilerinin anlatılacağını ve tartışılan ilkelere örnek oluşturması amacıyla hangilerinin kapsamda tutulacağına karar verebilir.

Dersin İşleniş Süreci

- Eğitici bilgileri sunar. Bu bilgilerin ders araçları ve internet kaynakları ile nasıl tamamlanacağını açıklar.
- Vaka çalışması.
- Eğitilecek grubun özelliklerine göre uyarlanabilir, etkileşimli öğretim araçlarının kullanılması.

1. KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

1.1. Ceza Mevzuatında ve Mevzuatın Uygulanmasında Koruma Tedbirleri: Kanun Koyucular ve Uygulayıcılar İçin Ortak Bir Görev

a. Minimum Müdâhale İlkesi

Minimum müdâhale, bireylerin kişisel özerkliğine ve özgürlüğüne liberal devletin gösterdiği genel saygının bir uzantısı olarak modern Ceza Hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilir. Devletin insanların tercihlerine, iyi yönetim ve kamu huzurunun gerektirdiğinden daha fazla karışmaması gerekir.

“Ultima Ratio” olarak da bilinmekle beraber bu, yargıdan ziyade, her şeyden önce ve en önemlisi olarak yasama organına hitap eden anayasal ve kurucu bir ilkedir. Ne var ki bazı düşünürlere göre, bu ilkedен normatif yorumlar veya sonuçlar çıkarabilecek veya çıkarması gereken, sadece yasama organı değil, ilkenin yasaların bekçiliğini yapanlar üzerinde doğrudan bir etkisi varmış gibi aynı zamanda yargı organı da olmaktadır. Eğer ultima ratio, normatif olarak daha yüksek bir alandan -Anayasa veya uluslararası düzeyde bir insan hakları belgesi gibi- yasama organına hitap eden genel bir ilke olarak düşünülürse veya ilkenin kendisi, yasal veya siyasî - ahlakî bir karakterinin olması fark etmeksizin yasama organı tarafından kendisine rehber olarak benimsenirse ancak o zaman yasama organının bu kısıtlamaya saygı mı gösterdiği yoksa kısıtlamayı istismar mı ettiği bakımından bir kontrol mümkün olabilir. Anayasa Mahkemeleri, Ulusalüstü İnsan Hakları Mahkemeleriyle birlikte böyle bir kontrol görevini yerine getirebilirler. Ancak hukukçular ve diğer siyasî organlar da bu kontrolü sağlayabilir.¹

Liberal demokrasinin bu genel ilkesi, Ceza Hukuku alanında yoğun bir şekilde bulunmaktadır. Burada devletin gücünün zorlayıcılığı en çıplak hâliyle görülmektedir ve bunun bir an unutulmasının sonuçları, kişisel yaşamlar üzerinde derin etkilere yol açabilir.

Kendisini ceza hukukunda her yönüyle göstermektedir. Aslî ceza hukukuyla bağlantılı olarak, “en az suçlulaştırma ilkesi” olarak da tasvir edilmiştir. Usûl bakımından görünüşünde ise ilke, yasalarda yazılı olarak şüphelilere verilen güvenceleri pekiştirebilmektedir. Sürecin geri kalanında ise, yargılanma sürecine ulaşmadan önce zayıf davaları ayıklayabilmek adına savcılık tarafından yapılan “gerçekçi mahkûmiyet ihtimâli” testi ve “bakılacak dava olmayan” yerlerde yargı makamının herhangi bir savunma almadan aklanmaya hükmetmesi bulunmaktadır. Daha dar bir anlamda deliller bakımından, minimum müdâhale ilkesi masumiyet karinesi ve kendi aleyhine tanıklık etmeme ayrıcalığıyla yakın bir bağ içerisinde. Daha az somut olmak üzere, minimum müdâhale davalarda delillerin kabul edilebilirliğini yöneten kuralların formüle edilmesinde ve uygulanmasında “mahremiyet” üzerinde ne gibi bir güce sahip olabileceğini açıklamaktadır.²

Koruma tedbirleri alanında bu ilke, orantılılık ilkesinin anlaşılmasının ve daha geniş çapta ise herhangi bir suçtan dolayı suçlu bulunmamış kişilerin haklarının kısıtlanması bakımından, özgürlük yanlısı bir yorumun zemininde yer almaktadır.

1 Bakınız: Uluslararası Çalıştay “ULTIMA RATIO, Genel ilke Avrupa Bağlamında Risk Altında mı?” 2-4 Şubat 2012 tarihinde Oñati Enstitüsü’nde yapılmıştır [IISL International Institute for the Sociology of Law (Uluslararası Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü), Oñati, Bask Ülkesi, <http://www.iisj.es>].

2 Bk.: Paul ROBERT ve Adrian ZUCKERMAN, Ceza Delili, Oxford Üniversitesi Yayınları, Oxford, 2010 (2. Baskı), s. 20.

Yazarlar tarafından da belirtildiği gibi AİHM, kendisinin ve ulusal yargı organlarının görevini, keyfî güç ve anlamsız takdir yetkilerinin kullanımına karşı uygun bir koruma sağlanması itibarıyla hukukun üstünlüğünün güvence altına alınması olarak görmektedir. Özgürlük yanlısı yaklaşım, daima mümkün olan daha az müdâhaleci koruma tedbirlerinin tercih edilmesine imkân sağlar ve belli bir koruma tedbirinin benimsenmesi veya kullanımına izin verilmesi ve izin verilmesi kaçınılmaz olan müdâhalenin kapsamı konularında hâkimlere kolaylık sağlar. Bu anlamda, belli bir koruma tedbirinin alınması için herhangi bir nedenin var olması, yargı aşamasına kadar sürdürülebilmesi için yeterli değildir. Zira aşağıda da tartışılacağı gibi işlemlerin bu aşamasının, sağlam gerekçelere dayanmaksızın geciktiremeyecek olan soruşturma makamlarının göstereceği titizlikle bir arada yürütülmesi gerekmektedir.

b. Ceza Hukukunun Hedefleri: Cezalandırma, Önleme ve Telafi Etme

Ceza yasalarının hayata geçirilmesi, toplumun bu amaçla geliştirdiği hedeflerle bağlantılı olmalıdır. Devletin kendi ellerine teslim ettiği hayatî görevi yerine getirmek istiyorlarsa, hâkim ve savcıların yasa metinlerini yorumlarken veya uygularken bu hedefleri akıllarında bulundurmaları gerekmektedir.

Her ne kadar bütün düzenli toplumlarda Ceza Hukuku var olmuş olsa da, kendisiyle birlikte tanımlanan hedefler zaman içinde gelişim göstermiştir. En ilkel toplumlarda, hukukî ceza ile neden olunan zararın karşılığı olması fikri arasında ayrılmaz bir bağ kurulmuştur. Suçlu, yaptıklarının bedelini ya aynı biçimde ya da kıyaslanabilir bir şekilde ödemek zorundadır. Daha sonra, başarılması önemli olan sonucun işlenen suçta ele almak olmadığı, daha ziyade suçlunun (spesifik tedbir) veya aynı suçta veya bir benzerini işleyebilecek diğer kişilerin (genel tedbir) herhangi bir suç faaliyetinde bulunma konusunda cesaretini kırarak etkin caydırıcı mekanizmalar kurmak olduğu düşüncesiyle koruma tedbiri fikri ortaya çıkmıştır. Bugünlerde bu hedeflere sırt çevrilmeksizin, telafi edici adalet fikri de ceza politikası tasarılarının yanı sıra cezai yaptırım gücü bünyesine katılmıştır. Buradaki amaç, suç faaliyetiyle toplumsal huzur bozulmadan önce mevcut olan duruma eşdeğer bir duruma ulaşabilmektir. Bu da mahkûm bakımından sadece verilen cezayı çekmek sûretiyle pasif bir davranış biçimi ortaya koymayı değil, aynı zamanda özellikle mağdurların ve toplumun geri kalanının belli bir şekilde tazmin edilmesi sûretiyle bozulmuş olan düzenin yeniden sağlanmasında aktif bir rolün üstlenilmesini de gerektirmektedir.

Her ne kadar tedbir ve telafi fikirlerinin, soruşturulmakta / suçlanmakta olan kişinin haklarının geçici olarak kısıtlanmasına ilişkin kararlar üzerinde belli bir etkisi olabilirse de, duruşmalar başlamadan önceki hukukî işlemler sırasında cezalandırma fikrinden uzak durulması gerektiğini akılda bulundurmak önemlidir. Koruma tedbirlerinin hiçbir zaman ön bir ceza veya cezanın beklentisi biçiminde kullanılmaması gerekir.

c. Ceza Muhâkemesinde Uygulanan Koruma Tedbirleri ile Suçun İşlenmesine Karşı Alınan Yasal Önleyici Tedbirler Arasındaki Fark

Geleneksel olarak "zor kullanıcı" yasa uygulama birimlerinin (polis, savcılıklar, mahkemeler) suçla mücadelede tam bir tekele sahip olması gerektiği fikri yaygın bir şekilde yeniden değerlendirilmektedir. Zira tek başlarına suç işleme düzeyleri üzerinde yeterli bir etki sahibi olmalarının pek de muhtemel olmadığı açıktır. Bundan dolayı, suçun önlenmesi (özellikle organize suçların önlenmesi) ulusal ve

uluslararası makamların gündeminde yüksek bir sıraya yerleşmiştir: *“Organize suçun oluşabilmesinin şartlarını zayıflattığı ölçüde, organize suç bakımından herhangi bir bütünsel yaklaşımda önleyicilik bastıracılıktan daha az bir öneme sahip değildir. Birlik, önleyicilik ve bastıracılık ve yargılama süreci içerisinde, organize suçla karşı verilen mücadelenin her aşamasında ihtiyaç duyulan araçlara sahip olmalıdır.”* (AB-Organize Suçla Karşı Mücadele Eylem Planı, 1997). *“Yasa yapıcılar, meslek sahipleri ve akademisyenler arasında gittikçe büyüyen bir düşünce vardır ki, organize suçla mücadele için benimsenen geleneksel yaptırım yaklaşımları umulduğu gibi bu faaliyetlerin azalmasının sağlanması için tek başına yeterli olmayacaktır.”* [“Organize Suçun Önlenmesine Yönelik Avrupa Stratejisi”, Avrupa Komisyonu ve Avrupa Polis Teşkilatı (Europol) Ortak Raporu, 2001.].

Ne var ki bu eylemler, (örneğin iç işlerinde hükümetler yozlaşmayı önlemek için kendi kamu yetkililerinin ahlakî bütünlüğünü güçlendirerek organize suçla karşı bir tepki geliştirebilirler; dış işlerinde ise bazı organize suç örgütlerinin, bazı yasal faaliyetlerden yararlanmasını veya hükümetle ortak bir iş yapmalarını engelleyebilirler vb.) burada ele alınan konudan farklıdır. Zira işlenecek olan suçtan genel itibarıyla kaçınmayı hedeflediklerinden belli cezai işlemlerin kapsamından uyarlanmışlardır.³

1.2. Koruma Tedbiri Kavramı

a. Temel Özellikleri

Koruma tedbirlerinin gerekçesi, yargı sürecinin olması gerektiği gibi işlemesi için zamana duyulan ihtiyaçtır. Cezai işlemlerde zamanın geçmesiyle ilişkili gecikmeler, beraberinde belli riskleri de getirir. Bu riskin üç boyutu bulunmaktadır: a. Suçun tekrar işlenmesinden kaçınılması; b. Delillerin bulunması ve korunması; c. Ne olursa olsun nihai kararlar verilen hükmün yerine getirilmesinin sağlanması.

Bu nedenle, koruma tedbirleri genel olarak şu özelliklere sahiptir:

aa. Araçlık: Gerekçesi yalnızca daha önce sözü edilen risklerin güvence altına alınmasında bulunmaktadır (dolayısıyla düzgün bir risk değerlendirmesi yapılmaksızın var olamazlar).

bb. Geçicilik: Zaman içerisinde mevcudiyetlerini sürdürmeleri mümkün değildir ve risk ortadan kalktığı an kendileri de kaybolurlar.

cc. Zamana Bağlılık: Yaptırım belli bir zamanla sınırlıdır ve temel haklara müdahale edilirken herhangi bir risk değerlendirmesine bakılmaksızın olabilecek en uzun süresi normalde yasa ile belirlenmektedir.

dd. Değişkenlik: Gerçeklere dayalı şartlar değiştiği zaman, değiştirilebilirler ve hatta bastırılabilirler.

ee. Orantılılık: Haklara yapılan müdahalelerin aşırı olmaması gerekir. AİHM içtihatlarına göre temel hakların nasıl kısıtlanacağıyla ilgili karar alınırken başvurulacak orantılılığın meşru biçimi, şu anda “Huang testi” olarak bilinen yöntemle belirlenmiştir: a. Ulaşılmak istenen amacın yeterli bir öneme sahip olması gerekmektedir; b.

³ Bu alanda yapılmış kapsamlı bir özet için bk.: Avrupa Konseyi/Organize Suçlarda Yasal Koruma Tedbirleri, İyi Uygulama Örnekleri Araştırması n°9.

Ulaşılmak istenen amaçla getirilen kısıtlama arasında rasyonel bir bağın bulunması gerekmektedir; c. Başvurulan yöntemin ulaşılmak istenen amacın gerektirdiğinden kesinlikle daha fazla olmaması gerekmektedir; d. Söz konusu kamu çıkarlarıyla kişisel çıkarlar arasında adil bir dengenin sağlanması gerekir [Bakınız: Huang v. İngiltere İç İşleri Bakanlığı (2005) EWCA Civ (İngiltere ve Galler Temyiz Mahkemesi Hukuk Birimi), 105.]; e. Kişinin suçlu olup olmadığının belirlenmesi bakımından verilecek cezayla homojen bir yapı içindedir (Bu da örneğin, soruşturulmakta olan suçla ilgili Ceza Kanunu'nda herhangi bir hapis cezası öngörülmemişse tutuklamaya tedbir amaçlı olarak niçin başvurulamayacağını açıklamaktadır.).

En müdâhaleci koruma tedbiri düşünülürken bunun en iyi örneğine ulaşılabılır. Yalnızca herhangi bir suç işlemiş olduklarına dair makul bir şüphenin olması ve serbest bırakıldıkları takdirde kaçabileceklerine veya ciddi bir suç işleyebileceklerine veya adaletin seyrini etkileyebileceklerine dair önemli nedenlerin bulunması hâlinde kişilerin mahkeme önüne çıkmadan önce tutuklanmaları gerekmektedir.

Dolayısıyla duruşma öncesinde tutuklamaya, yalnızca böyle bir tedbirin gerekçesi olan sorunların ele alınabilmesi için başka alternatif bir yönteme başvurmanın mümkün olmaması hâlinde başvurmak gerekir. Duruşma öncesinde tutuklamaya erken bir cezalandırma biçimi olarak başvurmak asla kabul edilemez. Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi madde 9.3 bu ilkeyi açıkça ifade etmektedir: *"Mahkeme önüne çıkmayı bekleyen kişilerin tutuklanması genel bir kural olmayacaktır ancak salıverme, mahkeme sürecindeki herhangi bir aşamada ve mümkün olması hâlinde, hükmün açıklanmasında mahkeme önüne çıkma güvencesinin verilmesine tabi olabilir."* (Ayrıca bakınız: Tokyo Kuralları, Kural 6.1.).

Bu, hangi koruma tedbirine başvurulması ve bunun ne ölçüde, ne kadar süreyle ve aşırılıkta olması gerektiği kararının alınması ile yukarıda konu edilen Ceza Hukukunda minimum müdâhale ilkesi arasındaki bağlantıyı göstermektedir.

b. Koruma Tedbiri Nedir?

Bu mekanizmanın temel özelliklerini akılda bulundurarak, Avrupa İnsan Hakları Mevzuatı perspektifinden yapılacak bir tanım aşağıdaki gibi olacaktır:

aa. Temel haklara bir "müdâhale"dir. Dolayısıyla da, Anayasa ve diğer yasalarda ifade edildiği üzere her vatandaşın sahip olduğu hakları kullanmakta özgür olduğuna dair genel kuralın bir istisnâsıdır. Bu hâliyle, katı bir yoruma tabi olmalıdır (odiosa sunt restringenda).

bb. Yasalarda yazılıdır. "Yasa" sözcüğü sadece yasama organının çıkardıklarını değil, aynı zamanda bu yasalara ek olarak çıkarılan kuralları ve yargı içtihatını da kapsamaktadır. Temel haklara müdâhale edilebilmesini öngören tüm iç hukuk kurallarını bünyesinde bulundurmaktadır. Ancak bu sözcük iç yasalara, yerel yasa yapıcılarına (mahkemeler de dahil olmak üzere) kuralları tamamen kendi uygun gördükleri şekilde düzenleyebilme imkânının verilmesi anlamıyla değinmemektedir. AİHM, daha ziyade "yasanın kalitesini" incelemeye almaktadır: Belli bir kalitesi bulunmayan yasal kurallar, meşru bir amaca hizmet etseler bile Sözleşme bakımından yasa değildirler. Daha kesin olarak Sözleşme, temel insan haklarına müdâhale edilmesine izin veren (veya gerekçe oluşturan) yasaların "hukukun üstünlüğüyle uyumlu" ve özellikle erişilebilir (genellikle yayınlanmış olması anlamında) ve uygulandığında açıkça ve kesinlikle

"öngörülebilir" olmasını gerektirmektedir. Mahkeme, yasaların (ve ek kuralların) her zaman belli bir yoruma veya takdir yetkisine müsaade etmeyecek kadar kesin bir dille yazılmış olamayacağını ve hukukun sürekli gelişmekte olduğunu kabul etmektedir. Sonuç olarak yasalar, "kamu yetkililerinin keyfî müdâhalelerine" karşı belli bir koruma sağlamalıdır. Yasaların belli makamlara, belli bir takdir yetkisini bıraktığı ölçüde, o takdir yetkisinin keyfî olarak kullanımına karşı da usûl bakımından belli bir koruma sağlaması gerekmektedir. Nispeten zayıf bir şekilde ifade edilmiş hukukî bir kural bile, kuralın keyfî olarak kullanımına karşı önlemlerin mevcut olması hâlinde "kurtarılabilir" veya Sözleşme ile uyumlu bulunabilir.

Eğer bir kısıtlamanın dayanağı "yasa" değilse -yani mahkeme tarafından geliştirilmiş olan "kalite" zorunlulukları bakımından yeterli bir hukukî kural değilse- Sözleşme ihlal edilmiş olur. Müdâhalenin veya konu edilen kuralın "meşru bir amaca" hizmet etmiş olması önemli değildir (bir sonraki kısımda tartışılacağı gibi). Hatta tek başına ele alındığında, müdâhale "gerekli" olarak bile değerlendirilebilir. Buna rağmen sistem gene de Sözleşme ile uyumlu değildir. Aslında mahkeme, genellikle diğer meseleleri incelemeyi bile reddedecektir.⁴

cc. "Meşru bir amaca" hizmet eden bir müdâhalelidir. Devlet, herhangi bir sözleşme hakkına müdâhaleyi meşru gösterebilmek için herhangi bir amacı öne süremez. Tam aksine Sözleşme, bu hakların sınırlandırılabilmesi için gereken olan meşru amaçları da tek tek ifade etmektedir. Ancak bunu son derece genel kavramlarla yapmaktadır (ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlakî kurallar, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi) ve müdâhaleyi haklı gösterebilecek "meşru bir amacın" belirtilmesi devlet için pek de zor olmamaktadır. Şunu belirtmek yeterlidir ki, Sözleşmede farklı maddelerde ilgili amaçlar değişkenlik gösteren terimlerle ifade edilmiştir ve herhangi bir sözleşme hakkına müdâhaleyi haklı gösterebilmek için, devletin ilgili maddede (ikinci paragrafta) yer alan meşru amaçlardan birini göstermesi gerekmektedir. Örneğin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü korumakta olan 9. maddede ulusal güvenlik meşru amaçların arasında sayılmamıştır. Dolayısıyla devlet o gerekçeyle bu hakka müdâhale edemez. Aynı şekilde belirtilebilir ki, belli bir (meşru) amaca hizmet ettiğini iddia ederek devletin herhangi bir hakkı kısıtlaması gerçekten de o amaç doğrultusunda gerçekleştirilmiş olmalıdır ve farklı bir amaca ulaşmak adına öne sürülmüş bir bahane olmamalıdır. Bu, Sözleşmenin 18. maddesine aykırı olur.⁵

dd. Cezai işlemlerin seyri bakımından uygulanan bir müdâhalelidir.

4 Douwe KORFF, AİHS madde 8-11 ve AİHS madde 2 kapsamında standart yaklaşımlar. http://ec.europa.eu/justice/news/events/conference_dp_2009/presentations_speeches/KORFF_Douwe_a.pdf.

5 Aynı yerde.

2 KORUMA TEDBİRİ TÜRLERİ VE UYGULAMA GEREKÇELERİ

- 2.1. Koruma Tedbiri Türleri
- 2.2. Koruma Tedbirlerinin Uygulanma Gerekçeleri
- 2.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

2. Koruma Tedbiri Türleri ve Uygulanma Gerekçeleri

2.1. Koruma Tedbiri Türleri

a. Giriş

Kısıtlanmakta olan hakka bağlı olarak, koruma tedbirlerinin birkaç türü belirlenebilir:

aa. Kişisel özgürlükleri etkileyen zorlayıcı tedbirler (tutuklama, gözaltı, kefaletle salıverme)

bb. Diğer kişisel hakları etkileyen zorlayıcı tedbirler (araç kullanma, belli bir meslek faaliyetini yürütme veya herhangi bir kamu görevinde bulunma hakkından yoksun bırakma, oturulan meskenden zorla çıkarılma ...)

cc. Kişisel bütünlüğü etkileyen zorlayıcı tedbirler (vücut üzerinde yapılan kan veya DNA testleri, bir sağlık kuruluşuna yatırılma ...)

dd. Mülkiyeti etkileyen zorlayıcı tedbirler (mülke el konulması ...)

ee. Mahremiyeti etkileyen zorlayıcı tedbirler (özel mülke girilmesi, kişisel kayıtların incelenmesi, kişisel iletişimin dinlenmesi ...)

Geçici kısıtlamaların başka çeşitleri de bulunmaktadır ve bunlar, idarî işlemlerin aksine, cezai işlemlerden bağımsız olarak uygulanmaktadır (sınırdışı edilmeyi bekleyen kaçak göçmenlerin hareket özgürlüğünden yoksun bırakılmaları gibi). Onları burada ele almayacağız.

b. İçtihat Örnekleri

AİHM’de koruma tedbirlerini ele alan davaların çoğu, mahkeme önüne çıkmak için beklenirken tutuklanmak veya gözaltına alınmak sûretiyle özgürlükten yoksun bırakılmaya ilgilidir. Bu konular başka derslerde ayrıntılarıyla incelendiğinden burada yalnızca diğer koruma tedbirleriyle ilgili örnek içtihat kararlarını ele alacağız.

• Kefaletle Serbest Bırakılma

Letellier v. Fransa, 12369/86, 26 Haziran 1991:

46. Tutukluluğun devam edebilmesi için tek neden şüphelinin kaçmasına ve dolayısıyla da mahkeme önüne çıkmamasına yönelik bir korku olduğunda, örneğin bir depozito ödeyerek mahkeme önüne çıkacağına dair yeterli bir güvence verebilecek bir durumda olması hâlinde kişinin serbest bırakılması gerekmektedir. (...) Mahkeme dikkate almaktadır (...) ki iddia makamı mevcut davada durumun bu şekilde olmadığını belirlememiştir.

Mamedova v. Rusya, 7064/05, 1 Haziran 2006:

78. mevcut davada, başvuru sahibinin gözaltında bulunduğu süre boyunca yetkililer kendisinin mahkeme önüne çıkmasını sağlayabilmek adına daha hafif bir

koruma tedbirine başvurmayı değerlendirmemişlerdir, hâlbuki başvuru sahibinin avukatları birçok defa kendisinin kefaletle veya şehri terk etmemek kaydıyla serbest bırakılmasını -ceza davalarının düzgün bir şekilde işleyişini sağlamak adına Rus yasaları tarafından sağlanan "koruma tedbirlerini"- talep etmişlerdir. Aynı şekilde, yerel mahkemeler de niçin özgürlükten yoksun bırakmanın alternatiflerine başvurulduğunda davanın düzgün bir şekilde ilerlemesinin sağlanamayacağını kendi kararlarında açıklamamışlardır. Özellikle Yeni Ceza Muhâkemesi Kanunu'nda açık bir şekilde mahkemelerden tutuklamaya alternatif olarak daha az kısıtlayıcı tedbirleri değerlendirmeleri istenmiş olduğu gerçeği düşünülürken bu hata, daha açıklanamaz bir hâl almaktadır.

Bonnechoux v. İsviçre, 8224/78, 5 Aralık 1979, DR18, 100 [DH (80) 1]:

74. Kefalet miktarının öncelikle şüphe altındaki kişinin serveti dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğinden (...) başvuru sahibi miktarın belirlenmesi için gereken en temel bilgiyi vermeyi reddettiği için aşırı miktarda bir kefalet talep edilerek gözaltı süresinin uzatılmış olduğundan şikâyetçi olamaz. Başka bir ifadeyle, yargı yetkililerinin kendisini kefaletle serbest bırakmaya hazır olduğunu duyurduğu bir şüphelinin iyi niyetli bir şekilde, gerekirse kontrol edilebilecek bir biçimde, sahip olduğu servetiyle ilgili yeterli bilgiyi sağlaması gerekir ki yetkililer kefalet için gerekecek miktarı saptayabilsinler.

W. v. İsviçre, 14379/88, 26 Ocak 1993:

33. (...) Davanın şartları ve başvuru sahibinin karakteri, ilgili mahkemelere 18 Mayıs 1988 tarihinde başvuru sahibinin yaptığı kefaletle serbest bırakılması teklifini (bu aynı zamanda kısa bir süre önce, 1 Şubat itibarıyla kendisinin de yapmayı reddetmiş olduğu bir şeydir) reddetme hakkını vermiştir: Hem ödenecek olan paranın miktarı (30.000 CHF) hem de kaynağının ne olduğunun bilinmiyor oluşu, başvuru sahibinin bu parayı kaybetmemek adına kaçmamaya karar vermesi için yeterli bir güvencenin sağlanması bakımından uygun düşmeyeceği anlamına gelmiştir. (...) Son olarak, mahkûm edilmesinin ardından başvuru sahibinin her seferinde cezaevine dönmüş olması mahkemelerin bu yönde benimsediği görüşleri geriye dönük bir şekilde geçersiz kılamaz.

Punzelt v. Çek Cumhuriyeti, 31315/96, 25 Nisan 2000:

85. Mahkeme, Çek mahkemelerinin esasa ilişkin zamanda başvuru sahibinin 15,000,000 Çek Korunası (CZK) kadar bir depozito ile serbest bırakılması teklifini, bu miktarın başvuru sahibinin mahkeme önüne çıkması adına yeterli bir güvence sağlamadığı gerekçesiyle reddetmiş olduğunu dikkate almaktadır. Bir seferinde Şehir Mahkemesi, başvuru sahibinin sağlık durumunu da göz önüne alarak, 30.000.000 CZK kadar bir depozito yatırması hâlinde kendisini serbest bırakmayı değerlendirmeye hazır olduğunu ifade etmiştir. Şehir Mahkemesi kararını alırken, başvuru sahibinin 28.400.000 CZK tutarında iki karşılıksız çek sunmuş olduğunu, tutuklanmasının öncesinde 338.856.000 ve 236.000.000 CZK değerinde iki iş yeri satın almaya niyet etmiş olduğunu ve bunları 150.000.000 CZK tutarında taksitler hâlinde ödemeyi taahhüt etmiş olduğunu belirtmiştir.

86. Davanın kendine özel şartlarını değerlendirmiş olarak Mahkeme, ne

başvuru sahibinin kefaletle serbest bırakılma talebinin ısrarla reddedilmiş olmasının, ne de son olarak kendisine 30.000.000 CZK kadar bir kefalet biçilmiş olmasının, Mahkeme öncesindeki finansal işlemlerinin büyüklüğü göz önüne alındığında başvuru sahibinin 5. madde §3 kapsamındaki haklarını ihlal etmemiş olduğunu tespit etmektedir...

Iwańczuk v. Polonya, 25196/94, 15 Kasım 2001:

69. Mahkeme, başvuru sahibinin sahip olduğu servetiyle ilgili bilgi verme yükümlülüğünü derhâl yerine getirmiş olduğunu dikkate almaktadır. Ancak mahkemeler depozito olarak yatırılması istenen toplam kefalet miktarının hesaplanmasının ardından belirlenen tutarı sürekli bir şekilde değiştirmişlerdir. Asıl zorluk ise kefaletin ne şekilde yatırılacağına yani nakit olarak mı devlet bonosu olarak mı yoksa başvuru sahibinin özel mülkiyetine konacak bir ipotek şeklinde mi yatırılacağına belirlenmesi olmuştur. Şu gerçek göz önünde bulundurulmalıdır ki, yetkililer belli bir noktada başvuru sahibinin ilgili mülk üzerindeki hakkını dikkate almaksızın kefaletin ipotek olarak yatırılmasını reddetmişlerdir. Bu, Mahkemenin görüşüne göre, yetkililerin kefalet konusunda son derece ağız sıkı bir tutum sergilemiş olduğu anlamına gelmektedir ki, başvuru sahibi mahkeme önüne çıkmayacak olursa, belli birtakım resmî el koyma işlemleriyle uğraşmak zorunda kalmalarını gerektirecekti. Mahkemenin kanaatine göre bu, tek başına zaten yetkili yargı makamı tarafından gereksiz olduğuna karar verilmiş olan tutukluluk hâlinin dört ay boyunca sürdürülmesi için yeterli bir gerekçe değildir.

70. Kefaletin miktarı ve yatırılma şekliyle ilgili işlemlerin dört ay on dört gün sürmüş olması gerçeğini, buna karşılık bu süre zarfında başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devam etmiş olmasını, karar alındıktan sonra kendisinin tutuklu kalmasına gerek duyulmamış olmasını ve kefaletin ödenme biçimiyle ilgili kararın yetkililer tarafından niçin sürekli değiştirilmiş olduğuna dair tatmin edici nedenlerin öne sürülmemiş olmasını dikkate alarak Mahkeme başvuru sahibinin Sözleşmenin 5. maddesi §3 kapsamındaki haklarının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmaktadır.

Mangouras v. İspanya, 12050/04, 8 Ocak 2009:

38. Mahkeme, başvuru sahibinin seksen üç gün boyunca özgürlüğünden yoksun bırakılmış olduğunun ve ancak yatırılması istenen 3.000.000 Avro teminat tutarına karşılık gelen bir banka kefalet mektubunun verilmesi neticesinde serbest bırakılmış olduğunun altını çizmektedir. (...)

39. Mahkeme, bu teminat tutarının çok yüksek olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte bu teminatın, Prestige adlı geminin armatörünün yani bu davadaki başvuru sahibinin işvereni konumunda bulunan şirketin (Universe Maritime Ltd ticaret unvanlı Yunan şirketinin) sigortacısı olan ve taraflar arasında düzenlenmiş olan mevcut sigorta poliçesi uyarınca, çevre kirliliği nedeniyle meydana gelen zararlarla ilgili olarak bu gemiye ilişkin hukukî sorumluluk riskini üstlenmiş olan London Steamship Owners Mutual Insurance Association (Londra'da vapur sahiplerine yönelik sigorta kurumu) kuruluşu tarafından sağlanmış olduğunu da gözlemlemektedir. Dolayısıyla ilgili teminatın yatırılması, söz konusu armatör ile onun sigortacısı arasında mevcut sigorta poliçesine dayalı bir hukukî ilişki kapsamında gerçekleştirilmiş bulunmaktadır.

40. Bu bağlamda başvuru sahibi, söz konusu teminat yatırıldıktan sonra,

memleketi olan Yunanistan'a dönmüş olup, orada usûlüne uygun olarak ilgili karakola giderek bulunduğu yeri gösteren şekilde imza atmıştır. Davayla ilgili kovuşturma süreci hâlen İspanya'da Corcubion (La Corogne) 1. Soruşturma Mahkemesinde devam etmekte olduğu için, bu sistem İspanyol adlî makamlarına, davalının nerede bulunduğunu sürekli olarak izleme imkânı sağlamaktadır. Bu meyanda Mahkeme, yukarıda belirtilen teminat tutarının o miktarda belirlenmiş olmasının ana amacının, davalının her halükarda duruşmalara katılmasını sağlamaya yönelik olduğunu, nitekim bugüne kadar da bunun sağlanmış olduğunu dikkate almaktadır. (...)

42. Mahkeme, bu davayla ilgili özel konuların yani Uluslararası Deniz Hukukuna özgü ve özellikle de denizlere verilen zararlarla ilgili bir yığın "sorumluluklar manzumesi" çerçevesinde yapılmış olan ihlallerin ve kendisini geçici tutukluluk süresini farklı bir şekilde değerlendirmeye yönlendiren bu davaya özgü özel koşulların dikkate alınması gerektiği kanaatinde. Bu konuda Mahkemenin görüşü, bu davanın konusu olan eylemlerin, bu yüzden meydana gelen doğal afetle ilgili sorumlulukların belirlenmesi açısından yerel adlî makamların duyduğu endişeyi doğrular nitelikte olduğudur ve dolayısıyla da bu adlî makamların yüksek tutarda bir kefalet belirleyerek davalının duruşmalarda hazır bulunmasını sağlamayı istemesinin makul olduğu yönündedir.

43. Bu arada Mahkeme, başvuru sahibinin tutuklu kaldığı sürenin, söz konusu davalar (Bakınız, Bojilov v. Bulgaristan, 45114/98, paragraf 38 ve devamı, Hristova v. Bulgaristan, 60859/00, paragraf 111), bu dava konusundan farklı olarak denizlere zarar veren bir suç konusunda karar vermekle ilgili olmasa bile, AİHM tarafından görüşülen diğer davalardakine nazaran daha kısa olduğunu ve ayrıca da başvuru sahibinin tutukluluk hâline, kefalet yatırmak sûretiyle son verilebilme imkânının bulunduğunu gözlemlemiştir.

44. Yukarıda belirtilenlerin ışığında Mahkeme, yerel adlî makamların başvuru sahibi tarafından yatırılması gereken kefalet tutarı miktarının orantılı olmasına yeterince özen gösterdikleri ve başvuru sahibinin bizzat kendisinin de bu tip olası risklere karşı sigorta yaptırmış olan armatör işverenin ücretli çalışanı olmak sıfatıyla bu sigorta kapsamında bulunması (Bakınız, yukarıdaki 39 numaralı paragraf) nedeniyle, başvuru sahibinin özel konumunu yeterince dikkate aldıkları kanaatine varmıştır. Bu sebeple Mahkeme, bu davanın konusu olan teminat miktarının tutarı çok yüksek olmakla birlikte, korunması amaçlanan hukukî çıkar, dava konusu suçun vahameti ve söz konusu yükün denize dökülmüş olmasından kaynaklanan hem çevre kirliliğiyle ilgili hem de ekonomik açıdan doğurduğu sonuçlar bakımından, orantısız olmadığı görüşüne varmıştır.

- **Zorunlu İkamet Emri**

Ciancimino v. İtalya, 12541/86, 27 Mayıs 1991, DR 70, 103:

2. (...) Komisyon'un düşüncesine göre, özellikle suç örgütlerinin kamu düzenine karşı oluşturduğu ciddi tehdidin niteliği ve mafyayla ilişkisi olduğundan şüphelenilen kişilerle ilgili olarak suçun önlenmesinin önemi dikkate alındığında, zorunlu ikamet tedbirlerinin yukarıda bahsi geçen meşru amaçlara ulaşmak anlamında bir ilke olarak demokratik bir toplum için gerekli olduğu kabul edilebilir. (...) Komisyon, başvuru sahibinin "tehlikeliliğinin" hâlâ devam etmekte olan yargı süreci içerisinde değerlendirilmiş (...) ve bu süreç içerisinde savunmanın haklarına tam bir

saygı gösterilmiş olduğunu dikkate almaktadır. Ayrıca şunu da dikkate almaktadır ki, değerlendirilmekte olan davada ayrı bir sürece tabi olan tedbirlerin uygulanışı da her şeye rağmen başvuru sahibinin aleyhindeki ceza davasıyla bağlantılıdır ki kendisi üç ayrı ceza davasında çeşitli suçlamalarla yargılanmaktadır (...) mevcut durum böyleyken, Komisyonun düşüncesine göre başvuru sahibinin durumunda ulaşılmak istenen meşru amaç ve başvurulan tedbir arasında herhangi bir orantısızlık bulunmamaktadır. Bundan da anlaşılacağı gibi, Sözleşmeye ek protokol no. 4 madde 2 açısından incelendiğinde başvuru sahibinin şikâyeti asılsızdır.

- **Ev Hapsi**

Mancini v. İtalya, 44955/98, 2 Ağustos 2001:

17. (...) Sonuçları ve hayata geçirilme biçimi göz önüne alındığında hem cezaevi hapsi hem de ev hapsi Sözleşme'nin 5. maddesi §1 (c) ile sağlanan maksatlar doğrultusunda başvuru sahibinin özgürlüğünden yoksun bırakılması anlamına gelmiştir. Bu yüzden, mevcut dava cezaevinde tutuklu olarak bulundurulmanın daha hafif bir güvenlik tedbirıyla değiştirilmesindeki gecikmeyle ilgilidir. (...)

19. (...) Her ne kadar bazı şartlar altında belli bir psikiyatri hastanesinden başka birine aktarılmanın bazı hastaların genel sağlık durumunda ciddi bir iyileşme sağlayabileceği doğru olsa da böyle bir aktarmanın başvuru sahibinin maruz kaldığı özgürlüğünden yoksun bırakılma biçimini hiçbir şekilde değiştirmediği gerçeği sabittir. Aynı şey, cezaevinde tutuklu kalmanın ev hapsiyle değiştirilmesi için söylenemez. Zira bu, bir kamu kurumundan özel bir eve alınması sûretiyle, tutukluluk yerinin doğasında bir değişiklik yapılması anlamına gelmektedir. Ev hapsinin aksine, bir cezaevinde tutuklu olarak bulunmak kişinin bir kuruluşun geneline entegre olmasını, diğer tutuklularla birlikte belli faaliyetleri ve kaynakları paylaşmasını ve günlük yaşantısının her yönüyle denetim altında tutulmasını gerektirmektedir.

- **Polis Denetimi**

Raimondo v. İtalya, 12954/87, 22 Şubat 1994:

39. Mafyanın "demokratik bir toplum" için oluşturduğu tehdit göz önüne alındığında, (özel polis denetimi) tedbiri "kamu düzeninin sağlanması için" ve "suçun önlenmesi için" ayrıca gerekli olmuştur. Özellikle 4 Temmuz 1986 tarihinde Catanzaro Temyiz Mahkemesinin iptal kararı almasına kadar, ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olmuştur. (...) gizli oturumla alınan bu kararın kayıtlara geçirilene kadar hukukî olarak yürürlüğe girmemiş olduğu kabul edilse bile Mahkeme, hemen uygulanabilir olan ve temel haklarda birini yani başvuru sahibinin istediği gibi hareket edebilme özgürlüğünü ilgilendiren bir kararın gerekçe taslağının hazırlanması için niçin beş ay beklenmiş olması gerektiğini anlamakta güçlük çekmektedir; üstelik kendisi, bu iptal kararından on sekiz gün boyunca da haberdâr edilmemiştir.

40. Mahkeme, en azından 2-20 Aralık 1986 tarihleri arasında konu edilen müdâhalenin yasalarla öngörülmemiş veya gerekmemiş olduğu sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla protokol no. 4'ün 2. maddesi ile ilgili bir ihlal mevcuttur. (...)

- **Pasaportun Teslim Edilmesi**

Scmid v. Avusturya, 10670/83, 9 Temmuz 1985, DR44, 195:

2. Başvuru sahibi, 12 Haziran 1984 tarihli kararın alınması ve tutukluluk hâlinde serbest bırakılması sonrasında bile uygulanmasına devam edilen kefalet şartlarının, ülkeyi terk etmesini ve bu durum seyahat belgelerinin reddedilmesini de kapsadığından, ülke içinde de seyahat edebilmesini engellemiş olması nedeniyle Sözleşmeye ek protokol No. 4'ün 2. maddesinin ihlal edilmiş olduğunu iddia etmektedir. (...) Komisyon'un düşüncesine göre, mevcut davada protokol No. 4'ün 2. maddesinin 3. paragrafında izin verilen kısıtlamaların, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. paragrafının son cümlesiyle bir arada okunması gerekmektedir. Başvuru sahibi mahkeme önüne çıkmayı beklerken serbest bırakılmış ve "mahkeme önüne çıkma güvenceleri" uygulanmıştır. Komisyonun düşüncesine göre bu güvencelerin maddî güvencelerle sınırlı olması için herhangi bir neden yoktur. Ayrıca mevcut şartlarda kefalet şartlarının, başvuru sahibinin ikamet yeri tercihini ve yurt içinde ve yurt dışında seyahat etme özgürlüğünü kısıtlamış olduğu biçimiyle, "suçun önlenmesi için (...) demokratik bir toplumda gerekli ve (...) yasalarda yazılı" olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla protokol No. 4'ün 2. maddesinin 3. paragrafının kapsamına girmektedir.

2.2. Koruma Tedbirlerinin Uygulanma Gerekçeleri

a. Suç Türünün Değerlendirilmesi

Soruşturma sırasında henüz yasadışı faaliyette bulunduğu kesinleşmemiş birinin temel haklarının kısıtlanması imkânı, masumiyet karinesi ilkesinin istisnâlarından biridir ve dolayısıyla da uygulandığı durumlar sınırlı sayıda kalmalıdır. En temel hakları daha doğrudan etkileyen kısıtlamalar en ciddi ihlallerle bağlantılıdır ve Ceza Hukukunun bir gereği olarak katı bir resmîyetle ve belli bir takım güvencelerle ele alınırlar. Bu güvenlik mekanizmalarının en başında ise AİHS 6. madde yer almaktadır. Hem Sözleşmede yer alan ve AİHM tarafından yorumlanan ilkeler ve kurallar bütünü olarak hem de adlî koruma arayabilmeleri için bireylere son çarenin kapısını açan anahtar olarak.

Buyüzden, yargı sürecinin Ceza Kanunu'na göre yürütülüp yürütülmeyeceğinin netleştirilmesi belirleyici bir öneme sahiptir. Zira bu mekanizmaların işlevsellik kazanıp kazanmayacağını da belirleyen odur. AİHM, yargı sürecinin bu maddenin ve Sözleşmenin sağladığı güvencelerin kapsamına girip girmediğini belirleyebilmek için bazı kriterler geliştirmiştir. Her şeyden önce suçlaması yapılan suçu tanımlayan hükümlerin, söz konusu devletin hukukî sistemine bağlı olarak ceza hukukuna mı disiplin kurallarına mı yoksa her ikisine birden mi ait olduğunun belirlenmesi gerekir. İkincisi ise, bu son derece resmî kritere bir ek olarak, Avrupa'nın genel hukuk kültürünün dışında kalan sınıflandırmaları gözardı edebilmek için, Mahkeme ilgili hükümleri çeşitli Sözleşme Devletlerinin kendi hukuk sistemlerindeki sınıflandırmaların ışığında inceler. Üçüncüsü ve en önemlisi olarak, Ceza Kanunu'nda bulunanlarla tutarlı olan veya benzer ağırlıkta olan cezaların tamamının AİHS 6. madde altına düşmesi gerektiğini hesaba katmak sûretiyle Mahkeme, kesilecek cezanın niteliğini ve ağırlığını inceler.

Ezeh ve Connors v. Birleşik Krallık (BD), 39665/98 ve 40086/98, 9 Ekim 2003:

82. Mahkeme şunu belirtmektedir ki, Sözleşmenin 6. maddesinin Ceza Hukuku yönünden mevcut davaya uygulanabilirliği için başlangıç noktasının, Engel ve diğerleri (yukarıda bahsi geçen, s. 34-35, s. 82-83) davasında özetlenen kriterler olduğu ihtilaf hâlinde değildir:

"82. (...) (H)er şeyden önce, suçlaması yapılan suçu tanımlayan hükümlerin, söz konusu devletin hukukî sistemine bağlı olarak, ceza hukukuna mı disiplin kurallarına mı yoksa her ikisine birden mi ait olduğunun belirlenmesi gerekir. Ancak bu, bir başlangıç noktasından fazlası değildir. Bu şekilde sağlanan göstergelerin yalnızca resmî ve nispi bir değeri vardır ve çeşitli Sözleşme Devletlerinin kendi hukuk sistemlerinin yasamalarındaki genel sınıflandırmanın ışığında incelenmeleri gerekmektedir. Suçun kendi niteliği daha büyük öneme sahip bir unsurdur. (...)

Ancak Mahkemenin denetimi bu kadarla sınırlı değildir. İlgili kişinin maruz bırakılmayı göze aldığı cezanın ağırlık derecesini de hesaba katmadığı takdirde, böyle bir denetimin herhangi bir aslı kalmamış olur. Hukukun üstünlüğünü kabul eden bir toplumda, niteliği, süresi veya infaz biçimi dolayısıyla zarar verici olarak kabul edilemeyecek olanlar haricinde ceza olarak uygulanabilecek olan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması "ceza hukuku" alanına dahildir. (...)

83. Bu kriterlere dayanarak Mahkeme, başvuru sahiplerinin bazılarının veya tamamının 6. madde §1 kapsamına giren bir 'cezai suçlama'ya maruz kalıp kalmadıklarını belirleyecektir. (...)"

86. Buna ek olarak, Engel davasında ortaya konan ikinci ve üçüncü kriterin kapsayıcı olmaktan ziyade birer alternatif olduğu, Mahkemenin kendi belirlediği içtihatıdır: 6. maddenin uygulanabilmesi için, suçun kendi niteliği gereğince Sözleşme kapsamında bir "Ceza Hukuku" konusu olarak kabul edilmesi veya suçun kişiyi niteliği veya ağırlığı bakımından genel olarak "Ceza Hukuku" alanına giren bir yaptırıma maruz bırakmış olması yeterlidir.

(...) Bir Ceza Hukuku suçlamasının mevcut olup olmadığı açısından bu kriterlerin her birinin ayrı ayrı çözümlenmesi açık bir sonuca varmayı mümkün kılmadığı takdirde, bu kriterlere kapsayıcı bir şekilde de başvurulabileceği ihtimâli gözardı edilmemiştir.

90. Yerel kanunlar, başvuru sahiplerinin suçlanmakta olduğu suçları disiplin suçu olarak sınıflandırmaktadır: Cezaevi Yönetmeliği'ndeki 47 numaralı Kuralda yer alan (1) ve (17) numaralı paragrafların belirttiği üzere, bir mahkûm tarafından söz konusu davranışın sergilenmesi "disiplin suçu" teşkil edecektir.

Bu yüzden ulusal yasalara göre bu gibi suçların muhâkemesi disiplin konusu olarak ele alınmaktadır ve cezaevi sınırları dahilinde düzenin sürdürülebilmesi maksadıyla tasarlanmışlardır. Bir yöneticinin bulgularının başvuru sahiplerinin adlî sicilinde yer almayacağı gerçeği, basitçe suçun disiplin suçu olarak sınıflandırılmış olmasının doğal sonuçlarından biridir.

91. Ancak ulusal yasalar tarafından bu şekilde sağlanan göstergelerin yalnızca resmî ve nispi bir değeri bulunmaktadır; "suçun kendi niteliği daha büyük

öneme sahip bir unsurdur.” (Bakınız: Engel ve Diğerleri)

100. Sözleşmenin 6. maddesinde “Ceza Hukuku konusu” kavramının özerk niteliğini açıklarken Mahkeme, Sözleşme Devletlerinin kendi takdir yetkilerini kullanarak bir suçta ceza hukukuna göre suç olmaktan ziyade disiplin suçu olarak sınıflandırmayacaklarına veya “karma” bir suçun işleyenini Ceza Mahkemesinde yargılamak yerine disiplin suçuyla yargılamayacaklarına, zira bunu yapmaları hâlinde kendi egemen iradelerini 6. maddedeki temel şartların işleyişinin üstünde tutmuş olacaklarına vurgu yapmıştır. Dolayısıyla Mahkemenin o madde kapsamındaki görevi, disiplin hukukunun Ceza Hukuku karşısında uygunsuz bir üstünlük elde etmemesini sağlamaktır.

101. (...) Bir mahkûmun kötü davranış biçimi birçok şekil alabilir, her ne kadar bazı eylemlerin sadece birer dâhilî disiplin meselelerinden fazlası olmadığı açıkça da diğerlerine aynı gözle bakılamaz. Konuyla ilgisi bulunan göstergeler ise “bazı konuların diğerlerinden daha ciddi olması”, konuya ilişkin eylemin yasadışılığının cezaevinde gerçekleşmiş olduğu gerçeğinden baskın olabileceği ve Yönetmelik’te disiplin suçu olarak tanımlanan bir davranışın aynı zamanda Ceza Kanunu’na göre de suç teşkil ederek, en azından teorik olarak, hem disiplin hem de Ceza Muhâkemesini gerektirmesidir.

102. Üstelik cezai yaptırımların geleneksel olarak hem cezalandırma hem de caydırma olarak ikili bir amaca hizmet ettiği kabul edilmiştir.

103. (...) Söz konusu suçlar, tüm vatandaşların aksine özel bir statüsü olan kişilere yani mahkûmlara yöneliktir.

Ne var ki, bu gerçek nitelikleri bakımından suçların ilk bakışta disiplin suçu gibi görülmesini sağlamaktadır. Bu, suçun niteliğinin değerlendirilmesinde “konuyla ilgili göstergelerden” yalnızca biridir.

104. İkincisi birinci başvuru sahibine yönelik suçlama, genel ceza hukukuna göre bir suçta karşılık gelmektedir ve aynı şekilde ikinci başvuru sahibine yönelik saldırı suçlamasının da genel Ceza Hukukunun yanı sıra Disiplin Yönetmeliği’nin kapsamında bir suç olduğu açıktır.

105. Üçüncüsü ise, Hükümet cezaevindeki disiplin kurallarının ve disiplin yaptırımlarının öncelikli olarak erken bir salıverme sisteminin başarılı bir şekilde işleyişini sağlamak için tasarlandığını, böylece suçun “cezalandırma” unsurunun öncelikli unsur olan “düzensizliğin önlenmesi” yanında ikincil derecede bir öneme sahip olmasının amaçlandığını arz etmiştir. Mahkemenin düşüncesine göre, ne olursa olsun cezalarına ek birkaç günün eklenmesi belli bir suçluluğun tespitinden sonra, başvuru sahiplerini işledikleri suçlardan dolayı cezalandırmak ve kendileri ve diğer mahkûmlar tarafından suç işlenmesini önlemek amacıyla uygulanmıştır. Bu hedeflerin birbirinin haricinde olmadığı ve cezai yaptırımların karakteristik özellikleri olarak kabul edildikleri için, Hükümet’in söz konusu suçla ilgili cezalandırma ve caydırma amaçları arasında ayırım yapan savunmasını ikna edici bulmamıştır. (...)

106. Buna bağlı olarak Mahkemenin düşüncesine göre, her ne kadar Sözleşmenin maksatları doğrultusunda başvuru sahiplerinin suçlanmakta oldukları suçların “ceza hukukunun” konusunu oluşturduklarının kabul edilebileceği bir

sonuca varmak için yeterli olmasalar da bu unsurlar tamamen bir disiplin konusunu oluşturabilecek bir konunun renginde olmamalarını sağlamaktadır.

107. Mahkeme, dolayısıyla üçüncü kritere bakmayı gerekli görmektedir: Başvuru sahiplerinin maruz bırakılmayı göze aldıkları cezanın niteliği ve ağırlık derecesi.

120. Başvuru sahiplerini "uygulanması muhtemel" olmuş cezaların niteliği ve ağırlık derecesi ilgili Kanun maddesinin potansiyel olarak sağladığı en ağır cezaya bakılarak belirlenecektir.

Gerçekte verilen cezanın bu belirlemeyle ilgisi vardır ancak başlangıçta neyin tehlikeye atılmış olduğunun önemini azaltamaz.

124. Mahkeme, cezaevi müdürü tarafından cezaya birkaç günün daha eklenmesinin, suçluluğun tespitinden sonra cezalandırma maksadıyla özgürlükten yoksun bırakılmanın uygulanmasına yeni bir dönemi eklediğini tespit etmektedir.

125. Durum böyleyken de cezaevi müdürünün bu kararı aldığı sırada başvuru sahiplerinin kendilerine yasal olarak uygulanmakta olan hapis cezasını dolduran mahkûmlar olmaları gerçeği, Mahkemenin görüşüne göre, kendi durumlarının serbest olan vatandaşlardan veya askerî personelden ayırımının yapılmasına hizmet etmez. Ayrıca tam da bu nedenden dolayı cezaevi muhâkeme işlemlerine sağlanacak olan usûlen koruma sorunu Hükümet'in önerdiği gibi 5. madde hükümleri altında değil, 6. madde altında düzgün bir şekilde düşünülmüştür.

126. Mahkemenin gözlemine göre Engel ve diğerleri davasında şunlar tespit edilmiştir:

"Hukukun üstünlüğünü kabul eden bir toplumda, niteliği, süresi veya infaz biçimi dolayısıyla zarar verici olarak kabul edilemeyecek olanlar haricinde yaptırım olarak uygulanabilecek olan kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması 'Ceza Hukuku' alanına dâhildir. Tehlikeye atılmış olanın ciddiyeti, Sözleşme Devletlerinin gelenekleri ve Sözleşme tarafından kişinin fiziksel özgürlüğüne saygı gösterilmesine atfedilen önem, bunun böyle olmasını gerektirmektedir."

Buna bağlı olarak, mevcut başvuru sahiplerine uygulanması muhtemel olmuş ve gerçekleşmiş olan özgürlüklerinden yoksun bırakılma cezaları düşünüldüğünde, kendilerine yöneltilen suçlamaların 6. madde kapsamında Ceza Hukukunun konusu olduğuna yönelik bir varsayım mevcuttur ve sadece bu özgürlükten yoksun bırakma cezalarının niteliklerine, sürelerine ve infaz biçimlerine bakıldığında "zararlı olarak kabul edilebilir" olmadıklarının düşünülebilmesi durumunda, istisnâi olarak bu varsayımın aksi tamamıyla ispat edilebilir.

128. Mevcut davada, başvuru sahiplerinin her birine cezaevi müdürü tarafından verilebilecek en çok ek gün sayısı her suç için 42 gündür (Cezaevi Yönetmeliği Kural 50). Birinci başvuru sahibine 40 gün verilmiştir ve bu kendisinin disipline karşı işlediği yirmi ikinci suçu olup şiddet tehditi içeren yedinci suçudur. İkinci başvuru sahibinin tutukluluğuna 7 gün eklenmiştir ve bu kendisinin disipline karşı otuz yedinci suçudur. 1991 tarihli Kanun'daki madde 33 (1) ile sağlanan hükümlere bakıldığında, 40 ve 7 günlük cezalar, yerel bir mahkeme tarafından verilebilecek

sırasıyla 11 ve 2 haftalık hapis cezalarına süreleri bakımından denk gelmektedir.

Ayrıca Mahkemenin gözlemine göre, (...) Büyük Daireye herhangi bir şey sunulmamıştır; bu da verilen ek cezaların cezaevi dışında ve aynı cezaevi rejimine bağlı olarak doldurulacağını göstermektedir.

Konuyla ilgili olarak akılda bulundurulması gereken başka bir nokta ise, bir önceki derste de açıklandığı gibi, koruma tedbiri kavramının unsurlarından birisi de soruşturulmakta olan suç için yasalarda belirlenmiş olan cezayla belli bir homojenlik içinde olmasıdır. Bu örneğin, yasalarda cezası hapis olarak öngörülmemiş bir suç soruşturulurken ihtiyati bir tedbir olarak özgürlüğün kısıtlanmasına niçin başvurulmaması gerektiğini ve idarî ihlaller veya daha küçük suçlar soruşturulurken en temel haklara en çok müdâhaleyi içeren tedbirlerin niçin uygulanmaması gerektiğini açıklamaktadır. Bu ilkenin yerine getirilmesini sağlamak için, suçlaması yapılacak suçun türünün doğru bir şekilde değerlendirilmesi ve bu değerlendirmenin nasıl yasalara ve eldeki verilere dayanılarak yapıldığının mantıklı bir şekilde açıklanması önemlidir. Bunun, sadece koruma tedbirleriyle ilgili kararların alınması sırasında değil, aynı zamanda soruşturma süreci içerisinde ortaya çıkan yeni gerçeklerin ışığında suçun türündeki değişimlere bağlı olarak uygulanmakta olan koruma tedbirlerinin yeniden incelenmesi sırasında da yapılması gereklidir.

Tüm ihtiyati tedbirlerin durumunda olduğu gibi, duruşmaya hazırlık aşamasında hakların geçici olarak kısıtlanmasını haklı çıkaran nedenler iki başlık altında toplanabilir: "fumus boni iuris" (yeterince iyi nedenlerin görülmesi) ve "periculum in mora" (mahkemeye hazırlanmak için gerekli olan gecikmeyle ilgili riskler).

b. Fumus Boni Iuris (Yeterince İyi Nedenlerin Görülmesi)

Bir ceza hukuku kavramı olarak "fumus boni iuris", bir kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul bir şüphe bulunmasına denktir. Bir örnek olarak, en belirgin koruma tedbiri ele alınırken AİHS, madde article 5 (1) (c) özgürlüğünden yoksun bırakılmakta olan kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul bir şüphenin bulunması gerektiğini belirtmektedir. Bu, böyle bir mahrûmiyetin yalnızca güçlü bir nedeninin olmasını ve dolayısıyla da keyfî olmamasını sağlamaktadır (Bakınız: Bir terörist şüphesini ele alan aşağıdaki Murray v. Birleşik Krallık). Bir şüpheye her zaman samimi olarak sahip olunması ve şüphenin nesnel bir biçimde şüphelenilen kişiyi işlenildiği düşünülen suça bağlayan delile veya bilgiye dayalı olması gerekir.

K.- F. v. Almanya, 25629/94, 27 Kasım 1997:

58. Ev sahibi Bayan S., Bay ve Bayan K.-F.'nin dairesini kiraladığını ancak kiracı yükümlülüklerini yerine getirmemekle kalmayıp, borçlarını ödemediğinden ortadan kaybolmayı amaçladıklarını polise bildirmiştir (...) yapılan ilk araştırmalarla, Bay ve Bayan K.-F.'nin adresinin bir posta kutusundan başka bir şey olmadığı ve daha önce sahtekârlık nedeniyle Bay K. F.'nin hakkında yürütülmüş bir soruşturma olduğu ortaya çıktıktan sonra polis, çifti 4 Temmuz 1991 günü akşam 9:45 itibarıyla gözaltına almış ve kimlik kontrollerinin yapılabilmesi için kendilerini polis karakoluna götürmüştür. Saat 11:30 civarında düzenlenen bir raporda polis, Bay ve Bayan K.-F.'nin kira sahtekârlığına karıştığına dair güçlü bir şüpheye sahip olduklarını ve çiftin kaçma riskinin bulunduğunu ifade etmiştir.

59. Bu şartları dikkate alarak Mahkeme, polis memurlarının kira sahtekârlığından ve Bay ve Bayan K.-F.'nin kaçma tehlikesinin bulunduğu şüphelenmelerinin meşru kabul edilebileceği görüşünü benimseyen Koblenz Temyiz Mahkemesinin vardığı sonucu baştan kabul edebilmektedir. Sonuç olarak başvuru sahibi, 5. madde §1 (c) uyarınca suç işlemiş olduklarına dair güçlü bir şüphenin bulunması nedeniyle gözaltına alınmıştır.

Wloch v. Polonya, 27785/95, 19 Ekim 2000:

109. Ancak gerçekliğinin olmasıyla birlikte, 5. madde §1 (c) kapsamında "makul bir şüphe" bulunması, istinad edilen gerçeklerin Ceza Kanunu'nda ceza gerektiren davranışı tanımlayan bölümlerden birinin altına düştüğünün makul bir şekilde düşünülebilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, gözaltında bulunan kişi aleyhine kullanılmakta olan gerçekler ve eylemler gerçekleştikleri zamanda bir suç teşkil etmemişse, "makul bir şüphe" bulunamayacağı da açıktır.

115. Başvuru sahibinin gözaltına alınışı yalnızca suçlanmakta olduğu çocuk tacirliğine karışma suçuyla ilgili şüpheye dayanmış olsa, yerel yasaların yorumlanmasındaki çelişkiler de göz önüne alındığında, böyle bir gözaltının ne kadar yasal olduğu kuşku uyandırmaya yeterli olurdu. Ne var ki suçlama, mahkemeyi yanıltmak amacıyla evlatlık edinme işlemlerinde yer alan kişilerin sahte delil sağlamaları için teşvik edilmesi şüphesine de dayandırılmıştır.

Stepuleac v. Moldova, 8207/06, 6 Kasım 2007:

70. Başvuru sahibinin gözaltına alınması ve duruşma öncesinde mahkemeden kendisinin tutuklanmasının talep edilmesi için savcılık makamı tarafından değinilen tek gerekçe, mağdurun (G.N.) kendisini bir suçu işleyen kişi olarak doğrudan teşhis etmiş olmasıdır. Ne var ki, G.N. tarafından verilen şikâyet dilekçesinde, ne başvuru sahibinin ismi doğrudan belirtilmiştir ne de başvuru sahibinin şirketindeki tüm çalışanların olayla ilgisi olduğu ima edilmiştir. Ceza soruşturması açılmasına yönelik savcılık makamı tarafından alınan karara başvuru sahibinin ismi de eklenmiştir. İsmi için soruşturmanın en başında ve daha fazla delil elde edilmeden önce o karara eklenmiş olduğu belirsizdir. Dikkate alınması gereken başka bir nokta ise, başvuru sahibinin hiçbir zaman şirket binası içerisindeyken herhangi bir yasadışı faaliyette bulunmakla suçlanmamış olmasıdır ki o şekilde olsa, Tantal Müdürü olarak gözaltına alınması açıklanmış olabilirdi; ancak kişisel olarak şantaja karışmakla suçlanmıştır.

72. Yerel mahkeme tutuklama emri için yapılan talebi incelerken, G.N. tarafından yapılan şikâyetin en az bir yönüyle fesat taşıdığını belirlemiştir. Bunun, en azından G.N.'nin güvenilirliğine şüphe düşürmüş olması gerekirdi. Şirket yönetimiyle yaşadığı anlaşmazlık güttüğü amacın kuşku uyandırması adına yeterli olan başka bir nedendir. Ne var ki, davada çok sayıda savcının görevlendirilmiş olduğu dikkate alındığında emniyet birimi yetkililerinden kolayca elde edilebilecek olan bu bilgiyi doğrulamak yerine, savcılık makamı kısmen G.N.'yi kaçırmış olduğu suçlamasına da dayanarak başvuru sahibini gözaltına almıştır. Bu başvuru sahibinin, herhangi bir suç işlediğine dair makul bir şüphenin var olup olmadığını belirleyebilmek için soruşturmayı yürüten makamların gerçekleri samimi bir şekilde doğrulamak yerine kendi iddiasına göre kişisel çıkarlara dayanarak kendisini gözaltına aldıkları yönündeki iddiasına destek sağlamaktadır.

73. Yukarıdakilerin ışığında ve özellikle savcılık makamının başvuru sahibinin ismini mağdurun bu yönde bir ifadesi veya kendisine işaret eden herhangi bir delil olmamasına rağmen şüpheliler listesine ekleme kararı ile birlikte, şikâyetin herhangi bir şekilde aslının olup olmadığının belirlenebilmesi için savcılık makamının temel gerçekleri bile araştırmamış olması nedeniyle Mahkeme, sahip olduğu bilginin "ilgili kişinin herhangi bir suç işlemiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin etmeye yetmediği" sonucuna varmaktadır.

74. Bu nedenle, başvuru sahibinin ilk gözaltına alınışı bakımından Sözleşmenin 5. maddesi §1 ile ilgili bir ihlal mevcuttur.

76. Başvuru sahibi gerçekten de bu suçu işlemiş olsa ve mağduru veya şahitleri baskı altına almayı veya delilleri yok etmeyi istemiş olsa, bunu yapmak için 2005 yılının Aralık ayından önce yeterince zamana sahip olacaktı ve başvuru sahibinin bu yönde bir davranışta bulunduğuna dair herhangi bir delil de mahkemeye sunulmamıştır. Dolayısıyla, devam etmekte olan herhangi bir suç faaliyetinin durdurulabilmesi için kişiyi gözaltına almak adına herhangi bir aciliyet söz konusu olmamıştır ve dava için görevlendirilen 24 soruşturma yetkilisi ilk bakışta şikâyetlerin aslının olup olmadığını doğrulamak için ek bir zaman harcayabilirlerdi. Böyle bir doğrulama yerine, başvuru sahibi soruşturmanın başladığı gün gözaltına alınmıştır.

77. Daha da rahatsız edici olan ise, mağdur olan iki kişinin ifadelerinden anlaşılmaktadır ki şikâyetlerden biri uydurmadır ve soruşturmayı yürüten yetkililer gerçekten o şikâyeti kendisinin yapıp yapmadığını doğrulamamıştır; öte yandan şikâyetlerden diğeri ise başvuru sahibi aleyhine ilk şikâyetin kaydını alanla aynı kişi olarak memur O.'nun doğrudan etkisinin bir sonucudur. Bu, başvuru sahibinin herhangi bir suç işlemiş olup olmadığına dair makul bir şüphenin varlığının belirlenmesinde her iki şikâyeti de anlamsız kılmaktadır; öte yandan başvuru sahibinin gözaltına alınabilmesi için başka herhangi bir gerekçenin bahsi geçmemektedir.

78. Mahkeme, fikrini değiştirmek veya baskı altında kalmak sûretiyle herhangi bir mağdurun ifadesini geri almasının mümkün olduğu gerçeğinin farkındadır. Ancak bir mağdurun şikâyetini kendi imzalamış olup olmadığı tarafsız bir adlî tıp araştırmasıyla doğrulanabilir ve dosyada şikâyeti kendi imzalamamış olduğuna dair kişinin mahkemeye yalan söylediğini gösteren hiçbir şey yoktur. Gerçekten de mağdurun şikâyeti aslında kendisinin imzalamış olduğu ve daha sonra baskı altında kalarak geri çektiği gösterilebilmiş olsa, yerel mahkeme başvuru sahibinin serbest bırakılma talebini reddetmek için ciddi bir nedene sahip olurdu. Mahkeme tarafından böyle bir sorun ifade edilmemiştir.

79. Başvuru sahibinin isminin şüpheliler listesine nedensiz bir şekilde eklenmiş olmasıyla birlikte yukarıdakilerin hepsi, kendisinin ilk gözaltına alınışıyla bağlantılı olarak anlaşıldığı üzere, başvuru sahibinin kasıtlı olarak hedef alınmış olduğuna dair sorunlu bir izlenim yaratmaktadır.

80. Başvuru sahibinin kasıtlı olarak veya davanın gerçeklerinin düzgün bir şekilde değerlendirilmemiş olmasından dolayı veya iyi niyetli bir hata sonucu gözaltına alınmış olup olmadığı fark etmeksizin, kendisinin ilk defa gözaltına alındığı durumdakine benzer şekilde Mahkeme, dosyada başvuru sahibinin herhangi bir suç işlemiş olduğuna dair makul bir şüphenin olduğunu destekleyebilecek herhangi bir delil bulamamıştır.

81. Bu nedenle, başvuru sahibinin ikinci defa gözaltına alınışı bakımından da Sözleşmenin 5. maddesi Ş1 uyarınca bir ihlal mevcuttur.

Kandzhov v. Bulgaristan, 68294/01, 6 Kasım 2008:

60. Mahkemenin gözlemine göre, başvuru sahiplerinin eylemleri Adalet Bakanı'nın istifa etmesi çağrısında bulunmak adına imza toplamaktan ve kendisinden "tam bir budala" olarak bahseden iki pankartı göstermekten ibaret olmuştur. Başvuru sahipleri aleyhindeki suçlamaları incelemeye aldığı Yüksek Temyiz Mahkemesi, tam olarak bu eylemlerin barışçıl olduğunu, yoldan geçenlere herhangi bir engel teşkil etmediğini ve herhangi bir kişiyi şiddet kullanmaya tahrik etmesinin pek de muhtemel olmadığını tespit etmiştir. Buna dayanarak, bu eylemlerin holiganlık suçunun herhangi bir parçasını teşkil etmediği ve başvuru sahiplerini mahkûm ederken Plevne Bölge Mahkemesinin bu bakımdan "herhangi bir sav geliştirememiş", sadece genel ifadeler kullanmış olduğu sonucuna varmıştır. Aynı şekilde, başvuru sahibinin 1997 tarihli İç İşleri Bakanlığı Kararnamesi madde 70 (1) uyarınca gözaltına alınması ve 1974 tarihli Ceza Muhâkemesi Kanunu madde 152a Ş3 uyarınca tutuklanması emirleri - ki bunlar herhangi bir mahkeme tarafından incelemeye alınmamıştır - sergilediği davranış biçiminin, unsurları Yüksek Mahkemenin bağlayıcılığı bulunan 1974 tarihli yoruma dayalı kararında kapsamlı bir şekilde saptanmış olan holiganlık suçunu teşkil ettiğine yetkililerin makul bir şekilde inanmış olabileceğini gösterdiği düşünülebilecek herhangi bir şey içermemektedir.

Fumus boni iuris için gerekçe bulunması, delilin mahkûmiyet kararı alınabilmesine ve hatta suçlama yapılabilmesine bile yetmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Örnek teşkil eden Brogan v. Birleşik Krallık ve Murray v. Birleşik Krallık davalarında (her iki dava da Kuzey İrlanda çatışmaları esnasında İngiliz yetkililer tarafından yapılan tutuklamaları ele almaktadır) kabul edilmiştir ki, sorgulamanın amacı var olan bir şüpheyi desteklemek veya çürütmek sûretiyle muhtemel bir suçun soruşturmasının ilerlemesini sağlamaktır. Buna karşın, istinat olunan şüphe için belli bir dayanağın olması gerekmektedir.

Kişinin geçmişte suç işlemiş olması gerçeği - hatta benzer bir suç olsa bile - bu nedenle tek başına makul bir şüphe için yeterli bir dayanak olmayacaktır. Mahkeme tarafından belirtildiği üzere "makul bir şüphe" ilgili kişinin herhangi bir suçu işlemiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin etmeye yetecek gerçeklerin veya bilginin var olması şartına bağlıdır [Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, paragraf 32: Bu dava (başka meselelerin yanısıra) her ikisi de daha önce terör suçlarından mahkûm edilmiş evli bir çiftin gözaltına alınmasını ele alır.].

Murray v. Birleşik Krallık, 28 Ekim 1994:

58. Mahkeme öncelikle şunu kabul etmekte olduğunu tekrar belirtir ki, özel bilgilerin kullanımı, teröre dayalı şiddetle ve örgütlü terörizmin vatandaşların hayatlarına ve bir bütün olarak demokratik topluma karşı oluşturduğu tehditle mücadele etmek için gereklidir. Ancak bu, her ne zaman belli bir terörizm faaliyetinin meydana gelmiş olduğunu düşünseler (...) soruşturmaları yürüten yetkililerin 5. madde uyarınca istedikleri şüpheliyi sorgulamak için gözaltına almaya sınırsız bir yetkililerinin bulunduğu anlamına gelmemektedir.

Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 29 Kasım 1988:

53. Başvuru sahiplerinin ne suçlanmış ne de bir mahkeme önüne çıkarılmış olmaları gerçeği, tutuklanmalarının maksadının 5. madde paragraf 1 (c) ile uyumlu olmadığı anlamına gelmemektedir. (...B)öyle bir maksadın varlığı, başarılabilecek olandan bağımsız bir şekilde değerlendirilmelidir ve 5. madde paragraf 1'in (c) alt paragrafı, gözaltına alma anında veya başvuru sahipleri gözaltındayken polisin kendilerine karşı bir suçlama yapılabilmemesine yetecek olan delili elde etmiş olması şartına bağlı değildir. Böyle bir delil elde edilemeyecek olabilir veya (...) ortaya çıkarılması mümkün olmayabilir (...). Bu davadaki polis soruşturmasının iyi niyetle yürütülmemiş olduğuna veya Mahkemenin de tespit ettiği gibi, gözaltına alınmalarına dayanak oluşturan somut şüpheleri desteklemek veya dağıtmak sûretiyle başvuru sahiplerinin tutuklanmasının bu soruşturmayı ilerletme amacını taşımadığına inanmak için herhangi bir neden yoktur.

Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık, 30 Ağustos 1990:

35. Mahkeme, mevcut başvuru sahiplerinin her birinin gözaltına alınmasının veya tutuklanmasının kendilerinin birer terörist olduklarına dair gerçek bir şüpheye dayandığını ve Bay Hartley dâhil her birinin gözaltında buldukları süre içerisinde sadece gerçekleştirmiş olmalarından şüphelenilen terör eylemleri hakkında sorgulanmış olduklarını kabul etmektedir.

Hem Bay Fox hem de Bayan Campbell, IRA ile bağlantılı olarak gerçekleştirilen terör eylemlerinden dolayı daha önce mahkûm edilmişlerdir ve her ne kadar bu gerçek kendilerini terör türünden bir suçun işlenmesine bağlayan bir şüpheyi pekiştirebilirse de yedi yıl kadar sonra, 1986 yılında, kendilerinin gözaltına alınmasının tek dayanağını oluşturamaz. Başvuru sahiplerinin bu eylemleri gerçekleştirmiş olabileceğine dair tarafsız bir gözlemciyi tatmin etmeye yetemez. Yukarıda bahsi geçen unsurlar, tek başlarına "makul bir şüphe" olduğu şekliyle varılan sonucu desteklemekte yetersiz kalmaktadır.

Ulusal yetkililerin öncelikle şüphenin değerlendirmesini yapma sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak hukukî bir varsayıma dayandırmak sûretiyle bir şüpheyi haklı göstermek yeterli değildir:

Ilijkov v. Bulgaristan, 26 Temmuz 2001:

84. Mahkeme tekrar belirtmektedir ki, tutukluluğun devam etmesi, herhangi bir davada yalnızca masumiyet karinesine rağmen kişisel özgürlüğe saygı gösterilmesi kuralı karşısında ağır basan kesinlikte bir kamu çıkarının bulunduğu dair göstergelerin mevcut olması hâlinde haklı gösterilebilir. Zorunlu olarak tutukluluk halinin devam ettiği herhangi bir sistem, kendi başına Sözleşmenin 5. maddesi § 3 ile uyumsuzdur (...).

Tutukluluk hâlinin devam etmesinin dayanaklarına ilişkin unsurlar bakımından yasanın belli şartları öngördüğü yerlerde (...), somut gerçeklerin kişisel özgürlüklere saygı gösterilmesi kuralı karşısında ağır bastığının gene de ikna edici bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir.

85. Üstelik Mahkemenin düşüncesine göre, konuyla ilişkisi olan gerçekleri

tespit etme sorumluluğu da yetkililerin üzerine düşmektedir. Bu gibi meselelerde ispat yükümlülüğünü gözaltına alan kişiye devretmek, özgürlük hakkının tek istisnâsını oluşturan ve çok sayıda katı bir şekilde tanımlanmış durumlar arasında izin verilmiş tek durumun hükmü olan Sözleşmenin 5. maddesindeki kuralı tersine çevirmekle birdir.

c. Periculum in Mora (Mahkemeye Hazırlanmak İçin Gerekli Olan Gecikmeyle İlgili Riskler)

Periculum in mora bakımından, yukarıda bahsi geçen risklerden herhangi biri koruma tedbirlerinin alınabilmesi için sağlam bir gerekçe teşkil edebilir. Şimdi bunlardan bazılarını inceleyeceğiz.

• Yeni Bir Suçun İşlenmesi Riski

Bir suçun işlenmesini önleme ihtiyacı, belli bir kişi tarafından veya genel olarak belli bir suçun işlenmesini sağlayacak şartların veya imkânların ortadan kaldırılmasını amaçlayan herhangi bir koruma tedbirinin uygulanabilmesi için meşru bir zemin oluşturabilir. Bunun gerektirebilecekleri arasında, örneğin kişinin belli bir konumda herhangi bir faaliyeti gerçekleştirmesinin yasaklanması, elinden belli bir aracın veya silahın alınması, belli bir yerde yaşamasının veya belli bir kişiye (mağdur veya mağdurun ailesi gibi) veya belli türden kişilere (çocuklar gibi) yaklaşmasının yasaklanması vb. olabilir.

Ancak işlenebilecek başka suçlarla ilgili duyulan endişenin mantıklı ve uygulanan tedbirin amaca uygun olduğunun gösterilebilmesi gerekmektedir. Bu yüzden, kişinin daha önce soruşturulmakta olan suça benzer ve hatta o suçla tamamen aynı bir suçu işlemiş ve mahkûmiyet almış olması bile, ancak diğer şartların tamamı karşılanmışsa belli bir anlam ifade edebilir (Bakınız: Clooth v. Belçika. Bakınız: Assenov v. Bulgaristan, 28 Ekim 1998).

Clooth v. Belçika, 12 Aralık 1991:

40. Mahkemenin düşüncesine göre, bir suçlamanın ciddiyeti başka bir suçun işlenmesinin önlenmesi için yargı makamları tarafından şüphelinin tutuklanmasını veya tutukluluk hâlinin devam etmesinin sağlanmasını gerektirebilmektedir. Ancak başka şartlar da bulunmakla beraber göz önüne alınması gereken konulardan biri de davanın kendi şartlarının ve ilgili kişinin geçmiş ve kişiliği hesaba katıldığında tehlikenin mantıklı ve uygulanan tedbirin amaca uygun olup olmadığının belirlenmesidir. Mevcut davada ise, başvuru sahibinin önceki mahkûmiyetlerine neden olan suçlar, ne nitelikleri ne de ciddiyet dereceleri bakımından, konu edilen yargılama sürecinde kendisine yöneltilen suçlamalarla karşılaştırılmazlar.

Ancak daha önce suç veya suçların işlenmiş olduğu önermesinin somutlaştırılması gerekmektedir; örneğin ekonomik zorlukların kişiyi başka bir suç işlemeye meyilli hâle getireceği yönündeki bir savunma ikna edici olmayacaktır (Bakınız: Stögmüller v. Avusturya, 10 Kasım 1969, aşağıda geçmektedir.).

Buna ek olarak, zaten doğası gereği tek bir olay olan bir suçun tekrar işlenmesi endişesiyle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması süresinin uzatılmasını haklı göstermeye çalışmak uygun değildir, Mahkeme'nin I.A. v. Fransa davasında tespit

ettiği gibi (Bu dava, karısını öldürmekle suçlanmış bir şüpheliyi ele almaktadır.).

I.A. v. Fransa, 23 Eylül 1998, paragraf 102:

"Kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul şüphenin varlığını ısrarla sürdürmesi - mevcut davada söz konusu olan bir durum değildir-kişinin tutukluluk hâlinin devam etmesinin geçerli olması için en gerekli şarttır ancak belli bir süre geçtikten sonra bunun için hâlâ yeterli bulunamaz."

• **Kaçma Riski**

Kişinin yetkili yargı makamı önüne çıkarılabilmesi maksadıyla tutuklanması (veya tutukluluk hâlinin devam etmesi), gerçekten de serbest bırakılması hâlinde kaçma riskinin bulunduğu dair makul bir şüphe mevcutsa yasal olmaktadır. Ancak kişinin kaçma imkânına sahip olması şeklinde genel bir ihtimâle istinad edilmesi yeterli değildir (örneğin aşağıdaki Stögmüller davasına bakınız; bu davada, kaçış riskinin bir kişi için sınırı geçmenin kolay veya mümkün olmasıyla oluşmadığı görüşü benimsenmiştir). Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının devam edebilmesi için söz konusu davaya özel olan tüm ilgili unsurların incelenmesi, her zaman gerekli olacaktır (bu unsurlara ilgili kişinin karakteri, ahlak yapısı, ailesi, mesleği, serveti, aile bağları vb. dâhildir, bakınız aşağıda bahsi geçen Neumeister). Beklenen ceza miktarının da belli bir rolü bulunmaktadır ancak kaçma riski yalnızca böyle bir değerlendirmeye dayandırılmaz. Ayrıca, zamanın geçmesiyle birlikte kaçma riski de konuyla ilgisini kaybeder (Bakınız: Aşağıda bahsi geçen Kozik v. Polonya davası ve Imre v. Macaristan, 2 Aralık 2003, paragraf 45.).

Stögmüller v. Avusturya, 10 Kasım 1969:

15. Bu bakımdan dikkate alınmalıdır ki, olası bir kaçma tehlikesi sırf kişi için sınırı geçmek kolay veya mümkün olduğu için oluşmamaktadır (Ne olursa olsun, bu maksada uygun düşecek şekilde Stögmüller'in pasaportunu teslim etmesi istenebilirdi.); Şartların bir bütün hâlinde bulunması gerekir, özellikle beklenen cezanın ağır olması veya şüphelinin tutuklu bulunmaya yönelik ciddi bir nefretinin olması veya alacağı cezayla karşılaştığında şüpheliye kaçmanın sonuçlarını ve tehlikelerini kötünün iyisi olarak gösterecek şartların bulunması gerekmektedir. Ancak Stögmüller tarafından sergilenen davranış, kendisinin açıkça öyle bir durumda olmadığını göstermektedir.

Neumeister v. Avusturya, 27 Haziran 1968:

10. Ancak kaçma riski yalnızca (ortaya çıkan yeni deliller dolayısıyla Bay Neumeister'in gelebilecek yeni cezalardan korkmasına ilişkin) böyle bir düşünceye dayanılarak değerlendirilemez. Özellikle ilgili kişinin karakterine, ahlak yapısına, ailesine, mesleğine, servetine, aile bağlarına ilişkin diğer unsurlar ve yargılanmakta olduğu ülkeye olan her türlü bağı ya gerçekten bir kaçma tehlikesinin bulunduğunu onaylayabilir ya da duruşma öncesinde tutuklanmasını haklı gösteremeyecek kadar küçük görünmesini sağlayabilir. Ayrıca akılda bulundurulması gereken başka bir nokta ise, tutuklu olarak geçirilen zamana bağlı olarak ilgili kişinin tutuklu olarak geçirdiği sürenin mahkûm edilmesi hâlinde kendisine kesilecek olan ceza süresinden düşülmesiyle beraber toplam ceza süresi kendisi için ne kadar az korkutucu görünürse, kaçma tehlikesi de aynı oranda düşecektir.

Kozik v. Polonya, 18 Temmuz 2006:

38. Üstelik yargı yetkilileri serbest bırakılması hâlinde başvuru sahibinin kaçma tehlikesinin bulunduğu görüşünü benimsemişlerdir. Başvuru sahibinin gözaltına alınmadan önce kaçma girişiminde bulunmuş olduğu gerçeğine değinmişlerdir. Mahkeme, başvuru sahibinin adalete engel olma girişiminde bulunmuş olmasının yargı işlemlerinin ilk aşamalarında tutuklu kalmasını haklı gösterdiğine katılmaktadır. Ancak yargı süreci ilerledikçe bu gerekçenin konuyla ilgisini yitirdiği düşüncesindedir. Ayrıca başvuru sahibi tarafından yargıyı engellemeye yönelik olarak başka herhangi bir girişimin olmadığı da hesaba katıldığında, gözaltına alınmadan önce yaşanmış tek bir olayın kendisini dört yıl boyunca tutuklu bırakmayı haklı gösterdiğini kabul etmek zordur.

- **Adaletin Seyrine Müdâhale Edilmesi Riski**

Adaletin yerine getirilmesinde görevi olan herkes için adaletin seyrine müdâhale edilmesi riski, meşru bir endişedir. Bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının devam edebilmesi için gereken muhtemel nedenlerden biri olarak kabul edilmektedir. Suçlanmakta olan bir kişi, tanıklara ifade vermemeleri için baskı uygulamak, aynı soruşturmada inceleme altında olabilecek başkalarını uyarmak, yargı sürecinde belli sorulara nasıl cevap vereceklerine dair başkalarıyla ağız birliğinde bulunmaya çabalamak ve delilleri yok etmek sûretiyle serbest bırakılmasından doğan fırsatı kendi aleyhindeki dava hazırlığını baltalamak için kullanabilir. Ne var ki çoğu durumda, soruşturma sürecinin çeşitli aşamaları tamamlandıkça, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına dair bu gerekçe gittikçe daha az mecburi bir hâl alacaktır. Bazı istisnâi durumlarda ise kovuşturma süreci başlayıncaya kadar bile kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması haklı bulunabilir (Bakınız: Aşağıda bahsi geçen W. v. İsviçre.).

W. v. İsviçre, 26 Ocak 1993

35. Mahkeme şunu kabul etmeye hazırdır ki, özellikle bu gibi birçok araştırmanın yapılmasını gerektiren karmaşık davalarda, yetkililer bir karışıklığa neden olmaması için bir şüphelinin en azından soruşturmanın başlangıcında cezaevinde tutuklu kalmasının gerekli olduğunu düşünebilir. Ancak uzun vadede, böyle bir tutukluluğun haklı gösterilebilmesi için soruşturma şartları - böyle bir davada bile-yeterli olmayacaktır: Olayların normal seyrinde, araştırmalar yapıldıkça, ifadeler alındıkça ve doğrulamalar gerçekleştirildikçe, iddia edilen riskler zamanla ortadan kaybolacaktır [Bakınız: Clooth v. Belçika hükmü (...), paragraf 43.].

36. Önemli bir muvazaa riskinin bulunmuş olduğunu ve dava başlayıncaya kadar da bulunmaya devam ettiğini gösterebilmek adına iddia makamı, temel olarak davanın istisnâi derecedeki kapsamına, el konulan belgelerin olağanüstü büyüklükteki miktarına ve kasıtlı bir şekilde oluşturulmuş karışıklığına ve yurt dışındakiler de dâhil olmak üzere dinlenmesi gereken tanıkların çokluğuna değinmişlerdir. Özellikle gözaltına alınması öncesinde ve sonrasındaki davranışlarıyla, örneğin hesapları karıştırmak ve yok etmek sûretiyle delilleri sistemli bir şekilde yok etmeye yönelik bir amaç taşıdığını göstermiş olan başvuru sahibinin kişiliği üzerine de ikincil bir savunma dayandırılmıştır. İddia makamına göre, özellikle kontrolü altında bulunan altmıştan fazla şirket arasındaki karmaşık bağlarla ve çalışanları üzerindeki etkisiyle de kolaylaşacağı üzere, henüz saklı olan fakat var oldukları başka belgelerden

anlaşılan delilleri yok etmek, ortaya sahte delil çıkarmak ve tanıklarla işbirliği yapmak sûretiyle kazandığı özgürlüğünü kötüye kullanabileceği endişesini haklı çıkaracak kesin göstergeler de mevcut olmuştur. (...M)ahkeme buna katılmamak için bir neden görememektedir (...). Sonuç olarak, söz konusu tutukluluğa dayanak olması bakımından muvazaa riskinin bulunmasını öne sürerken, yetkililerin gerekçe olarak dava şartlarını dikkate alma hakkı mevcuttur.

d. “Takdir Sınırı” Doktrini

AİHS, “demokratik bir toplumda gerekli” olan ve belli bir durumda söz konusu meşru amaca ulaşmak adına, o amaçla “orantılı” olacak şekilde ve söz konusu devlete o alanda bırakılan “takdir sınırı” çerçevesinde müdâhalelere izin vermektedir. Bu da, Sözleşme’nin kendisinin otomatik bir şekilde ihlal edilmiş olmasını gerektirmeyecek ölçüde belli haklara belli şartlar altında müdâhale edilmesi için devletlere belli bir takdir yetkisi tanınması anlamında, genellikle bilindiği şekliyle “takdir sınırı” doktrininin geliştirilmesini sağlamıştır.

Dikkate alınmalıdır ki, bunun bahsi yalnızca 8 ila 11’inci maddeler arasında geçmektedir; dolayısıyla ceza yargılamalarıyla ilgili hükümler ilke olarak bu istisnânın dışında kalmaktadır. Zira 5. maddedeki “özgürlük ve güvenlik hakkı” ve 6. maddedeki “adilce yargılanma hakkı” hükümlerinin kapsamında yer almaktadırlar. Ancak 8. madde, aile ve özel yaşamın korunmasını; 9. madde, dinî inancın veya düşüncenin açıklanmasını; 9. madde, ifade özgürlüğünü ve 11. madde toplanma ve gösteri özgürlüğünü ele aldığı ve ceza yargılamalarında bu hakların tamamı koruma tedbirleri vasıtasıyla kısıtlanabildiği için bu doktrinle ilgili bazı noktaların netleştirilmesi gereklidir.

Her şeyden önce Sözleşme metni, yalnızca herhangi bir müdâhale veya kısıtlamanın “demokratik bir toplumda gerekli” olması şartına doğrudan değinmektedir (Örneğin bakınız, Raimondo v. İtalya, 12954/87, 22 Şubat 1994 ve Schmid v. Avusturya, 10670/83, 9 Temmuz 1985, DR44, 195; her ikisinin de yukarıda bahsi geçmektedir.); orantılılığın bahsi doğrudan geçmemektedir. “Gerekli” kelimesinin kendisi ise, daha hafif bir yöntemin mevcut olmamasını ve müdâhaleyle ulaşılmak istenen meşru amacın daha az kısıtlayıcı tedbirlerle sağlanamamasını ima etmektedir. Uygulamada ise Mahkeme, öncelikle müdâhalenin “toplumdaki acil bir ihtiyacı” karşılayıp karşılamadığını ve öyle olması hâlinde de bu ihtiyacın karşılanabilmesi için gereken müdâhalenin makul bir orantılılığa sahip olup olmadığını incelemektedir. Son olarak da “demokratik bir toplumda” ifadesi, Mahkemenin belli bir ülkedeki müdâhaleyi, böyle bir toplumun ihtiyacı doğrultusunda incelemesini sağlar. Mahkeme Avrupa Konseyi ve üye devletleri tarafından belirlenmiş standartları temel ölçek olarak almaktadır. Uygulamada, bu Mahkemenin AİHS dışındaki AK Sözleşmelerine (Oviedo Bio-etik Sözleşmesi gibi), AKPM ve Komisyon tavsiyelerine ve üye devletlerdeki hukuk uygulamalarına bakabileceği anlamına gelmektedir. Başka sözleşmelere, tavsiyelere ve/veya devlet uygulamalarına yansıdığı şekliyle bir konu üzerinde büyük bir anlaşma söz konusuysa bu, “demokratik bir toplumda” neyin gerekli olduğuna dair güçlü bir gösterge olacaktır.

Bu konu da bir sonraki meseleye bağlanmaktadır: Bilindiği şekliyle devletlere bırakılmış olan “takdir sınırı”. Bu, Mahkemenin 1979 tarihli Sunday Times hükmünde şu şekilde tanımlanmıştır (daha önceki Handyside hükmüne değinmekle beraber): “Mahkeme, Sözleşmede yüceltilen hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması

sorumluluğunun öncelikle Sözleşme Devletlerinin her birine düştüğünün altını çizmektedir. Buna bağlı olarak, 'Madde 10 (2) Sözleşme Devletlerine belli bir takdir sınırı bırakmaktadır. Bu sınır hem yerel yasama organına (...) hem de yargı başta olmak üzere yürürlükte olan yasaları yorumlamakla ve uygulamakla görevli tüm organlara tanınmıştır.'

"Buna karşın, madde 10 (2) Sözleşme Devletlerine sınırsız bir takdir yetkisi tanımamaktadır.": "Mahkeme, herhangi bir 'kısıtlamanın' (...) 10. madde ile korunmakta olan ifade özgürlüğü ile uyuşup uyuşmadığı (...) konusunda nihai bir hüküm verme yetkisine sahiptir. Bu nedenle, yerel takdir sınırı belli bir Avrupa denetimiyle birlikte ele alınır ki bu denetim sadece temel yasamayı değil, aynı zamanda bağımsız bir mahkeme tarafından alınmış olsa bile uygulamada olan kararları da kapsamaktadır."

(Sunday Times v. Birleşik Krallık, 26 Nisan 1979 tarihli hüküm, 59 numaralı paragraf, ve bu kararda alıntı yapılan Handyside v. Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976 tarihli hüküm, 48 ve 49 numaralı paragraflar.).

Yukarıda bahsi geçen türde bir konu üzerinde geniş bir anlaşma söz konusuysa, Devletlerin dar bir takdir sınırı olacaktır ve Mahkeme, söz konusu müdâhalenin gerekip gerekmediğini derinlemesine inceleyecektir. Bilakis, konu üzerinde özel bir Sözleşme veya Tavsiye bulunmuyorsa ve farklı devletlerdeki hukuk uygulamaları da aralarında çeşitlilik arz etmekteyse takdir sınırı geniş olacaktır ve Mahkeme, söz konusu meselenin düzenlenmesini temel olarak her devletin kendisine bırakacaktır. Üstelik örneğin, ahlakî sorunlar gibi bazı meselelerde, Mahkeme, devletlere daha geniş bir takdir sınırının bırakılması gerektiğini tespit etme eğilimindedir.¹

e. Koruma Tedbiri Biçimindeki Bir Kısıtlamanın Sürdürülmesinin Gerekçelendirilmesinde Etkililik Şartı

Bir koruma tedbirine başvurma gerekçeleri zaman içerisinde varlığını sürdürse bile bu gerçek, tek başına temel haklara müdâhalenin otomatik bir şekilde yenilenmesini gerektirmemektedir. Tutuklu bulunan kişinin suç işlemiş olduğuna dair makul şüphenin varlığını sürdürmesi, uygulanan tedbirin geçerliliği için olmazsa olmaz bir şarttır ancak belli bir zaman geçtikten sonra (özellikle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı durumlarda) artık yeterli olmamaktadır; koruma tedbirini uygulamaya devam eden adlî makamlar bu devamı da gerekçelendirmek zorunda olacaktır. İşlemlerin gerçekleştirilmesinde "özel bir titizlik" göstermek ve "konuyla ilgili" ve "yeterli" gerekçeler sunmak zorunda olacaklardır. Makul şüpheye ve göze alınmakta olan cezanın ağırlığına değinilmesi, kendi başlarına tutukluluğun devamı için yeterli nedenler değildir (Bakınız: Aşağıda bahsi geçen Mansur v. Türkiye.).

Toth v. Avusturya, 12 Aralık 1991, paragraf 67:

"Herhangi bir davada suçlanmakta olan kişinin mahkeme önüne çıkmadan önceki tutukluluğunun belli bir süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle adlî makamların üzerine düşmektedir. Bu amaç doğrultusunda, masumiyet karinesini gerektiği gibi dikkate almakla beraber kişi özgürlüğüne saygı gösterilmesi kuralına oluşan istisnâyı haklı gösterebilecek gerçek bir kamu çıkarının varlığının lehine ve aleyhine olan şartları incelemeleri ve karar alırken bunları serbest bırakma uygulamaları karşısında değerlendirmeleri gerekmektedir."

¹ Aynı yerde.

Mansur v. Türkiye, 8 Haziran 1995, paragraf 55:

"Mahkeme şunu belirtmektedir ki, bir şüphelinin kaçma tehlikesinin bulunması, yalnızca göze alınmakta olan cezanın ağırlığına dayanılarak ölçülemez. Kaçma tehlikesinin varlığını onaylayabilecek veya bu ihtimâli mahkeme öncesinde tutuklu bulunmayı gereksizleştirecek kadar zayıflatabilecek başka birçok unsurla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir."

Görülebileceği gibi, AİHM içtihatının bu ilkeyi özellikle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması alanında belirleme fırsatı olmuştur ancak bu ilkenin diğer koruma tedbirlerine de uygulanamaması için hiçbir neden yoktur.

De Jong, Baljet ve Van den Brink v. Hollanda, 29 Mayıs 1984, paragraf 52:

"Çabukluk meselesi, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir (...). Mevcut şartlar altında, askerî yaşamın ve askerî adaletin çabukluğu gerektiği gibi hesaba katıldığında bile (...), Mahkemenin düşüncesine göre söz konusu dava aralıkları (tutuklanma sonrasında sırasıyla yedi, on bir ve altı gün) 'çabukluk' şartıyla tutarlı olarak kabul edilemez."

O'Hara v Birleşik Krallık, 16 Ekim 2001, paragraf 46:

"Mahkeme, başvuru sahibinin serbest bırakılmadan önce altı gün on üç saat gözaltında kaldığına ve bunun kişiyi mümkün olduğunca çabuk bir süre içerisinde yetkili bir adli makam karşısına çıkarma şartıyla uyuşmadığına Hükümet tarafından karşı çıkılmadığını dikkate almaktadır. Kendi içtihatını dikkate alarak [özellikle terör şüphelilerinin dört günden fazla gözaltında kalmalarının hızlı adli kontrol şartıyla uyuşmadığının tespit edildiği Brogan ve diğerleri (...) davası] Mahkeme, bu bakımdan Sözleşmenin 5. maddesi § 3 kapsamında bir ihlalin mevcut olduğunu tespit etmektedir."

Brogan ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 29 Kasım 1988, paragraf 62:

"(D)ört gözaltı süresinden en kısası yani polis gözetiminde geçirilen dört gün altı saat bile (...), 5. maddenin 3. paragrafının ilk kısmıyla izin verilen süre bakımından katı zaman kısıtlamalarının dışında yer almaktadır. bu davanın kendine has özelliklerine herhangi bir hâkim veya adli makam önüne çıkarılmaksızın bu kadar uzun bir gözaltı süresini gerekçelendirecek kadar önem atfetmek, en sade anlamıyla düşünüldüğünde "en kısa sürede" ifadesinin kabul edilemez genişlikteki bir yorumu olurdu. Bu anlama gelebilecek bir yorumda bulunmak, usûlle ilgili olarak 5. maddenin 3. paragrafıyla bireye verilmekte olan güvenceyi sarsabilecek derecede ciddi bir hasara yol açardı ve bu hükümlerle korunmakta olan hakkın özünü zedeleyecek sonuçları beraberinde getirirdi. Dolayısıyla Mahkeme, hiçbir başvuru sahibinin gözaltına alındıktan sonra "en kısa sürede" adli bir makam önüne çıkarılmamış veya "en kısa sürede" serbest bırakılmamış olduğu sonucuna varmak zorundadır. Kuşkusuz başvuru sahiplerinin gözaltına alınmalarına ve tutuklanmalarına neden oluşturan toplumu bir bütün olarak herhangi bir terör faaliyetinden korumaya yönelik meşru bir amacın olduğu gerçeği, tek başına 5. maddenin 3. paragrafında belirtilen kesin şartların yerine getirilmesini sağlamak için yeterli değildir."

Söz konusu davanın kendine has özelliklerini de hesaba katarak, bu ilkenin 6. maddedeki adillik ilkesinin en önemli güvencelerinden birine yani makul bir sürede yargılanma ve usûlen gerçekleşen aşırı gecikmelere karşı korunmaya bağlı olduğu ve bunun da AİHS tarafından belirlenmiş kriterler doğrultusunda incelenmesi gerektiği dikkate alınmalıdır: a. Davanın karmaşıklığı; b. Başvuru sahibinin davranış biçimi; c. İlgili makamların davranış biçimi; d. Başvuru sahibi açısından atfolunan önem (örneğin *Abdoella v. Hollanda*, 25 Kasım 1992, paragraf 24 ve *Jablonska v. Polonya*, 9 Mart 2004, paragraf 39).

İngilizce Özgün Metinden Çeviren: Av. Serkan CENGİZ²

Translated by Serkan Cengiz / Advocate, www.serkancengiz.av.tr. All rights reserved. No part of this translation may be reproduced without the prior permission in writing of the translator.

2.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Kalashnikov/RUSYA (Başvuru No: 47095/99) KARAR/15 Temmuz 2002

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (ikinci Bölüm), 19 Mart 2001 tarihinde daire olarak aşağıdaki üyelerin katılımıyla toplandı:

Bay	J.P. COSTA, <i>Başkan</i>	}	<i>Hâkimler</i>
Bay	W. FUHRMANN		
Bay	W. LOUCAIDES		
Sir	Nicolas BRATZA		
Bayan	H.S. GREVE		
Bay	K. TRAJA		
Bay	A. KOVLER		
Bayan	S. DOLLE, <i>Bölüm Sekreteri</i>		

18 Eylül 2001 ve 24 Haziran 2002 tarihlerinde gereği görüşülerek, 24 Haziran 2002 tarihinde aşağıdaki karar verildi:

Usûl

1. *Dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına yönelik Sözleşmenin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, Rus vatandaşı Valery Yermilovich Kalashnikov ("başvurucu") tarafından, Rusya Federasyonu aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan 1 Aralık 1998 tarihli başvurudan (No. 47095/99) kaynaklanmıştır.*

2. *Başvurucu özellikle gözaltı koşullarından, gözaltı süresinin uzunluğundan ve aleyhinde yürütülen ceza yargılamasının uzunluğundan yakınmıştır.*

3. *Başvuru, Mahkemenin önceki 3. bölümüne tahsis edilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü m.52/1). Kısım içinde davayı ele alacak olan (Sözleşme madde 27) Daire, Mahkeme İç Tüzüğü madde 26/1'de belirtildiği şekilde oluşturulmuştur.*

4. *Başvurucu ve Hükümet, kabul edilebilirlik ve esas üzerine görüşlerini sunmuşlardır*

² İzmir Barosu Üyesi, www.serkancengiz.av.tr.

(Mahkeme İç Tüzüğü 54/3-b).

5. Başvurunun kabul edilebilirliği ve esası üzerine, Strasbourg'da bulunan İnsan Hakları Binası'nda, 18 Eylül 2001 (İç Tüzük m.e 54/4) tarihinde halka açık bir duruşma yapılmıştır.

Mahkemede Hazır Bulunanlar:

(a) Hükümet İçin

Bay P.Laptev, Rusya Federasyonu'nun AIHM huzurundaki temsilcisi
Bay Y.Berestnev
Bay S.Volkovsky
Bay S. Razumov

Danışmanlar

Bay Y. Kalinin
Bay K. Bahtiarov
Bay O. Ankudinov

Uzmanlar

Bay V.Vlasihin

(b) Başvurucu İçin

Bayan K. Moskalkenko, Moskova Uluslararası Koruma Merkezi
Bay N. Sonkin, Moskova Bölge Barosu, Avukat
Bay V. Kalashnikov, Başvurucu

6. Mahkeme; Bay P.Laptev, Bayan K. Moskalkenko ve Bay N. Sonkin'in sunumlarını ve Bay V. Vlasihin, Bay P. Laptev ve Bayan K. Moskalkenko'nun hâkimlerin sorularına vermiş oldukları cevapları dinlemiştir.

Mahkemenin ricası üzerine Hükümet, başvurucunun tutulduğu hücrenin fotoğraflarını göndermiştir. Hükümet ayrıca başvurucunun saliverilmesinden sonra hücrenin yenilenmiş ve yenilenme işlemi süren buraya yakın bir yerin yenilenmiş durumunu gösteren bir video kaydını sunmuştur.

7. Mahkeme, 18 Eylül 2001 tarihli kararı ile başvuruyu kısmen kabul edilebilir bulmuştur.

Mahkeme, sonuca ulaşabilmek için dava dosyasında yeterli materyalin olduğu gerekçesiyle, olay yeri incelemesi veya "gerçekleri bulgulama çalışmasının" gerekli olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, video kaydında görüldüğü gibi, hücrenin şu andaki koşullarıyla başvurucunun tutulu bulunduğu zamandaki koşulların benzerlik taşımadığının fotoğraflar ile doğrulanması nedeniyle böylesi bir çalışmanın yararlı bir amaca hizmet etmeyeceği düşüncesindedir.

8. Mahkeme, 1 Kasım 2001 tarihinde Bölümlerinin yapılanmasını değiştirmiştir

(İç Tüzük 25/1) fakat dava, eski 3. bölüm içerisinde oluşturulan daire tarafından sürdürülmüştür.

9. Taraflar başvurunun esası üzerine ek görüş sunmamışlardır.

10. Başvurucu, 28 Aralık 2001 tarihinde Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca "hakkaniyete uygun tatmin" için istemlerini; Hükümet, yorumlarını sunmuştur.

Olaylar

I. Davanın Özel Koşulları

11. 1955 yılında doğan ve Moskova'da yaşayan başvuru, şikâyetinin konusunu oluşturan olaylar zamanında, Kuzey Doğu Ticaret Bankası'nın başkanıdır.

12. 8 Şubat 1995 tarihinde başvuru aleyhine cezai kovuşturma başlatılmıştır. Kovuşturma ayrıntıları "B" alt başlığı altında aşağıda verilmiştir. 29 Haziran 1995 tarihinde başvuru, göz altına alınmış ve Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli kararı ile zimmet suçundan hüküm giymiş ve hapis cezasına çarptırılmıştır.

a. Tutukluluk Koşulları

13. Başvuru 29 Haziran 1995'ten, 20 Ekim 1999 tarihine kadar Magadan şehrindeki IZ-47/1 tutulma merkezinde tutulmuştur (Soruşturma Tecrit Koşuşu No. 1). 20 Ekim 1999 tarihinde, Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli kararını takiben, cezasının infazı için Talaya köyünde bulunan AV-261/3 Hapishanesine gönderilmiştir. 9 Aralık 1999 tarihinde Magadan'da bulunan tutukluluk merkezine geri gönderilmiş ve serbest bırakıldığı 26 Haziran 2000'e kadar burada kalmıştır.

1. Olgular Üzerine Başvurucunun Sunumları

14. Başvuru, Magadan tutukluluk merkezindeki tutukluluğunun ilk dönemine ilişkin olarak, 8 adet ranza yatağın bulunduğu 17 m²lik bir hücrede tutulduğunu iddia etmiştir. Buna karşın hücrede neredeyse her zaman 24 kişi barındırılmış, bu sayı nadiren 18'e düşmüştür. Yatak başına 3 kişi olması nedeniyle, tutuklular sırayla uyumuştur. Sırasını bekleyen diğerleri zeminde veya karton kutuların üzerine yatmıştır. Televizyonun gün boyunca açık olması ve hücrede fazla kargaşa olması nedeniyle doğru dürüst uyumak olanaksızlaşmıştır. Odadaki ışıklar hiçbir zaman kapatılmamıştır.

15. Hücrenin köşesinde bulunan tuvalet, mahremiyete uygun olarak düzenlenmemiştir. Tahta bir bölüm ile sadece duş bölümünden ayrılmış fakat yemek masası ve ortak yaşama alanından ayrılmamıştır. Tahta bölümün yüksekliği 1.1 metre olmasına karşın, tuvaletin yerden yüksekliği yarım metreydi. Bu nedenle tuvaleti kullanan kişi, hem hücre arkadaşları, hem de kapıdaki gözetleme deliği sayesinde orada bulunan gardiyan tarafından görülebilmekteydi.

Hücredekiler tuvaletten yalnızca yarım metre uzakta bulunan yemek masasında yemek yemek zorundaydı. Yemekler kötü kaliteydi.

16. Havalandırma sistemi olmayan hücre yazları bunaltıcı bir biçimde sıcak, kışları ise soğuktu. Odanın içindeki havanın yetersiz olması nedeniyle, pencerenin

sürekli açık kalması gerekiyordu. Sigara tiryakileriyle çevrelenmiş olması nedeniyle başvurucu pasif içiciliğe zorlanmıştı. Başvurucu, idare tarafından hiçbir zaman doğru düzgün yatak takımı, çatal kaşık ve mutfak aletleri verilmediğini iddia etmektedir. Yönetim tarafından sadece ince bir yatak ve ince bir battaniye verilmiş ve mutfak malzemelerini hücre arkadaşlarından ödünç almak zorunda kalmıştır, ki, onlar da bu eşyaları akrabalarından almıştır.

17. Tutuklama merkezindeki hücreler, hamam böcekleri ve karıncalar tarafından istila edilmesine rağmen imha edilmelerine yönelik hiçbir çaba olmamıştır. Sağlıkla ilgili olarak alınan tek önlem, haftada bir defa gardiyanlar tarafından verilen 1 litre klor dezenfektanıydı.

18. Başvurucu, pek çok deri hastalığına ve mantara yakalanmış; ayak tırnakları ile bazı el tırnaklarını kaybetmiştir. 11 Kasım 1996'dan 23 Nisan 1997'ye ve 15 Nisan 1997'den 3 Ağustos'a kadar yapılan yargılama sırasında başvurucunun uyuz tedavisi görebilmesi için ara verilmiştir.

Başvurucunun hücrelerine 6 kez verem ve frengi hastası olan tutuklular yerleştirilmiş, başvurucuya koruyucu antibiyotik iğne yapılmıştır.

19. Başvurucu, günde sadece 1 saat hücresinin dışında yürüyüş yapabildiğini ve genellikle ayda 2 defa sıcak duş alabilme olanağının olduğunu iddia etmiştir.

20. Sonuç olarak başvurucu, 9 Aralık 1999 tarihinde eski tutulma merkezine gönderilmesinden sonra tutuklama koşulları temel olarak değişmemiştir. Uygun yatak takımı, mutfak araçları ve havlular edinmemiştir. Doğru düzgün bir tıbbî servisin olmaması nedeniyle deri hastalıkları için uygun bir tedavi yapılmamıştır. Hücresi hâlâ hamam böcekleri tarafından işgal edilmiş durumdaydı ve istilaya karşı yaklaşık 5 yıldır bir ilaçlama yapılmamıştı. Buna karşın Mart-Nisan 2000 tarihinde 8 yataklı hücredeki tutuklu sayısı 11'e indirilmiştir.

2. Olgular Üzerine Hükümet Sunumları

21. Hükümet, başvurucunun hücresinin 20,8 m² olduğunu, başvurucunun ayrı bir ranza, yatak takımı ve mutfak aletleri ile sağlık kontrolünden yararlanma hakkına sahip olduğunu, hücrenin 8 tutuklu için düzenlenmiş olduğunu, tutukluluk merkezlerinin aşırı kalabalık olmasıyla bağlantılı olarak hücrelerdeki her yatağın 2 veya 3 kişi tarafından kullanıldığını verili süre içinde başvurucunun hücrelerinde 11 veya daha fazla kişi bulunduğunu normal olarak kişi sayısının 14 olduğunu ileri sürmüştür. Yataklar birçok mahkûm tarafından dönüşümlü olarak ve her mahkûmun nöbetleşe 8 saat uyuması için kullanılmıştır. Tüm tutuklulara içi doldurulmuş yatak, pamuk battaniye ve çarşaf temin edilmiştir.

22. Başvurunun hücrelerinde bir klozet ve duş yeri de dâhil olmak üzere bir sağlık ünitesi bulunmaktaydı. Klozet, hücrenin köşesine yerleştirilmiş ve bir araç ile (1,1 m yüksekliğinde) yaşama yerinden ayrılmış olarak mahremiyet sağlanmıştı. Bu tür standartlar, 25 Ocak 1971 tarihinde onaylanan "SSCB İçişleri Bakanlığı Yargılama Öncesi Tutuklama Merkezlerinin Plan ve İnşaat Yönetmeliği"ne uygun olarak tesis edilmiştir.

Hükümet, başvurucunun tutukluluğunun başından bu yana küçük bir gelişme

olduğunu iddia ettiği hücreye dair fotoğrafları mahkemeye sunmuştur. Hükümet ayrıca merkezlerin başvuruçunun salıverilmesinden sonraki durumunu ve önemli gelişmelere dair video kayıtlarını sunmuştur.

23. Hücre, temiz hava ve gün ışığı sağlayan pencerelere sahiptir. Bir havalandırma sistemiyle donatılması olanağı yoktur. Sıcak havalarda daha iyi bir havalandırma için pencere açılabilir durumdadır. Ayrıca tutuklular akrabaları tarafından gönderilmiş küçük fanları edinme olanağına da sahiptir.

24. Hücrede, başvuruçuya ait dilediği zaman açıp kapayabileceği bir televizyon tespit edilmiştir. Bölgede günün belirli bir bölümünde televizyon yayını yapılmıştır.

25. 11 Şubat 1998 tarihinde başvuruçunun hücreinde bulunan ve frengiye yakalanan bir tutuklunun, hastalığın tam olarak tedavisine ilişkin süreyi geçirmesi için derhâl yeri değiştirilmiştir. Başvuruçuda dâhil olmak üzere, bu tutukluyla aynı hücreyi paylaşan diğer tutuklular, 26 Şubat 1998 tarihinde hastalığa uygun önleyici tedaviye ve serolojik kontrol önlemlerine tabi tutulmuşlardır. Bu işlem, 17 Kasım 1989 tarihinde onaylanan, "SSCB İçişleri Bakanlığı Yargılama Öncesi Tutuklama Merkezlerinde ve Islahevlerinde Tutulan Kişiler için Sağlık Bakım Rehberi"ne uygun olarak yapılmıştır.

Tutuklama Merkezindeki bloklardan bir tanesi Ocak 1999 tarihinde tâmirat amacıyla kapatılmış ve tutuklular diğer hücrelerde bulunan boş yerlere gönderilmiştir. Başvuruçunun hücreğine gönderilen ve bazısı verem hastası olan tutuklular, bir hafta orada kalmışlardır. Bununla birlikte, tıbbî personelin düşüncesine göre, bu kişiler tedavi görüyor olmaları nedeniyle, diğer tutukluları riske sokmamıştır.

2 Haziran 1999 tarihinde, başvuruçunun hücreğine yerleştirilen bir tutuklunun hastalığında ilerleme gözlenmiştir. Tutuklu, hastalığın nüksetmesinin önlenmesi için iki aylık bir tedavi görmüştür. Bu kişi açık bir şekilde verem hastalığı belirtilerini taşımadığından, hastalığın diğer tutuklulara bulaştırılma tehlikesi yoktu.

Yinelenen fluografik çalışmalarda, başvuruçunun boğazında bir anormallik görülmemiştir.

15 Haziran 1999 tarihinde frengi tedavisi gören bir tutuklu başvuruçunun hücreğine yerleştirilmiştir. Yapılan muayeneler sonrasında olumsuz sonuçlar alınmamıştır. Bununla bağlantılı olarak başvuruçuya yapılan kan testlerinde olumsuz bir sonuç bulgulanmamıştır.

26. Başvuruçuda, sistematik olarak tıbbî personel tarafından muayene edilmiş ve dermatolojist, terapist ve stomatolojistten tıbbî yardım almıştır. Başvuruçuda farklı hastalıklara (nörosirkülatik bozukluk ve uyuz) yakalandığında derhâl tedavi görmüştür. Başvuruçunun tedavi edilmesi amacıyla yargılamalara zaman zaman ara verilmiştir.

27. Başvuruçuda, haftanın 7 günü duş alabiliyor ve günde 2 saate kadar hücresinin dışında yürüyüş yapabiliyordu.

28. Sonuç olarak Hükümet, yargılama öncesi tutuklama merkezlerinde bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkmasının engellenmesi için yukarıda belirtilen 1989 tarihli bakanlık rehberi uyarınca patojenik mikro organizmalar, kemirgenlerin zamanında

imha edilmesi amacıyla salgın dezenfeksiyonu önlemlerinin alındığını ileri sürmüştür. Bununla birlikte Hükümet tarafından tutuklama merkezlerinin böcekler tarafından istila edilmesinin bir sorun olduğu kabul edilmiştir.

3. Tıbbî Kayıtlar ve Uzman Raporu

29. Başvurucunun tıbbî kayıtlarına göre başvurucu, Aralık 1996'da uyuza, Temmuz 1997 ve Ağustos 1997'de alerjik deri yangısına, Haziran 1999 tarihinde ayağında mantar enfeksiyonuna, Ağustos 1999 tarihinde elinde mantar enfeksiyonuna, Eylül 1999'da mantara (mycosis: mantar hastalığının ağır bir türü-ç.n), Ekim 1999'da el, ayak ve kasıklarında mantar enfeksiyonuna yakalanmıştır. Kayıtlar ayrıca başvurucunun bu hastalıklara ilişkin tedavi gördüğünü de belirtmektedir.

30. Temmuz 1999 tarihinde yayınlanan tıbbî uzmanların raporu, başvurucunun nörosirkülatik distoni; istemsiz sinir ileti bozukluğu sendromu; kronik on iki parmak bağırsağı ülseri; ayak, el ve kasıklarında mantar enfeksiyonu ve mantar hastalıklarına yakalanmış olduğunu ifade etmiştir.

b. Yargılama Öncesi Tutuklamaya Karşı Ceza Yargılaması ve Temyiz

31. Başvurucunun kendi bankasının fonlarını zimmetine geçirmesinden şüphelenilmiş olması nedeniyle belirlenmiş yerden ayrılması türünde yasaklayıcı bir önleyici tedbire bağlı tutulmuştur. Ceza davası dosyasına 48529 numarası verilmiştir.

32. 17 Şubat 1995 tarihinde başka bir şirketin 2.050.000 adet hisse senedini kötüye kullanmak ile resmen suçlanmıştır.

33. 29 Haziran 1995 tarihinde savcı tarafından onaylanan bir müfettişin emriyle gözaltına alınmış ve ceza soruşturması sırasında gerçeğin ortaya çıkmasının engellendiği gerekçesiyle tutuklanmıştır. Özellikle somut olaylara atıflarda bulunularak, başvurucunun soruşturma için gerekli banka belgelerini vermeyi reddettiği, tanıkları baskı altına aldığı ve belgelerle oynadığı ifade edilmiştir. Emir ayrıca başvurucuya atılı suçun ciddiyetine de göndermede bulunmuştur.

Başvurucunun tutukluluk süresi, yetkili savcı tarafından belirsiz tarihlerde uzatılmıştır.

34. Avukatları 4 Temmuz 1995, 31 Ağustos 1995 ve 26 Eylül 1995 tarihlerinde başvurucunun saliverilmesi amacıyla Magadan Şehir Mahkemesine başvurmuşlardır. Bu başvurular sırasıyla 14 Temmuz 1995, 9 Eylül 1995 ve 4 Kasım 1995 tarihlerinde reddedilmiştir.

35. Başvurucu, Ağustos 1995'ten Kasım 1995'e kadar dosyayla görevli iki soruşturmacının tatilde olması nedeniyle hiçbir soruşturma faaliyetinin gerçekleşmediğine ve dosyayla geçici olarak görevlendirilen kişinin hiçbir işlem yapmamış olmasına itiraz etmiştir.

36. 14 Aralık 1995 tarihinde, bankasının fonlarını zimmetine geçirdiği gerekçesiyle başvurucu ek olarak 8 ayrı suçtan daha suçlanmıştır.

37. 6 Şubat 1996 tarihinde başvurucuya yöneltilen suçlamalara dair hazırlık soruşturması sona ermiş ve dava Magadan Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

38. Başvurucu, 1 Mart 1996 tarihinde Magadan Şehir Mahkemesine bir dilekçe göndererek tahliyesini istemiş, istem 27 Mart 1996 tarihinde reddedilmiştir.

39. Aynı gün Magadan Şehir Mahkemesi, dilekçeyi daha fazla araştırma için Magadan Bölge Savcılığına havale etmiştir. Mahkemenin bu kararına karşı Magadan Bölge Mahkemesine temyiz başvurusu yapılmış, başvuru 29 Nisan 1996 tarihinde reddedilmiştir.

40. 15 Mayıs 1996 tarihine kadar süren ek soruşturma sonrasında, Bölge Savcılığı dosyayı Şehir Mahkemesine geri göndermiştir.

41. Bu arada başvurucu, 16 Mayıs 1996 tarihinde tahliye istemiyle Şehir Mahkemesine başvurmuştur. Dilekçesinde kötü koşullar altında tutulduğunu ve bu nedenle sağlığının kötüleştiğini ifade etmiştir. Tahliye istemi, 26 Mayıs 1996 tarihinde reddedilmiştir.

26 Mayıs 1996 tarihinde başvurucu, yeniden tahliyesini talep etmiştir.

42. 11 Kasım 1996 tarihinde Şehir Mahkemesi, başvurucunun davasını görmeye başlamış ve başvurucu tarafından 23 Haziran 1996 tarihinde yapılmış olan tahliye istemini de reddetmiştir.

43. Başvurucu 27 Aralık 1996 tarihinde Şehir Mahkemesinde yapılan duruşmada sağlık nedenleri ile saliverilmesini talep etmiştir. Başvurucu 8 yatağa rağmen toplam 21 kişinin hücrede tutulduğunu, herkesin sigara içmesine rağmen hiçbir havalandırma sisteminin olmadığını, televizyonun sürekli açık olduğunu ve uyuza yakalandığını ifade etmiştir. Hastalığı doğrulayan tıbbî belgelerin sunulması üzerine Şehir Mahkemesi, duruşmayı 14 Ocak 1997 tarihine ertelemiştir. Mahkeme, atılı suçun ciddiyeti ve başvurucunun serbest olduğu takdirde maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleme riski gerekçeleriyle tahliye istemini reddetmiştir.

44. Dava dosyasının Şehir Mahkemesi tarafından incelenmesi 23 Nisan 1997 tarihine kadar devam etmiştir.

Şehir Mahkemesi Başkanı, başvurucunun davasıyla ilgisi olmayan başka bir davada uygunsuz hareket etmesi nedeniyle görevden alınmış ve bu nedenle 7 Mayıs 1997 tarihinde başvurucunun davası ertelenmiştir.

45. Başvurucu, içinde bulunduğu kötü koşulları gerekçe göstererek 15 Haziran 1997 tarihinde yeniden tahliyesini istemiştir.

46. Temmuz 1997 tarihinde başvurucunun davası için başka bir yargıç görevlendirilmiş ve yeni yargıç, duruşma günü olarak 8 Ağustos 1997 tarihini belirlemiştir. Savunma avukatının sağlık nedenlerinden dolayı duruşmaya katılamaması nedeniyle duruşma ertelenmiştir. Mahkeme, atılı suçun ciddiyeti ve başvurucunun serbest olduğu takdirde maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleme riski gerekçelerine dayanarak tahliye istemini reddetmiştir.

Başvurucunun 21 Eylül 1997 tarihinde cezaevinden gönderdiği tahliye istemi 21 Ekim 1997 tarihinde reddedilmiştir.

47. Başvurucu 22 Ekim 1997 tarihinde davasıyla ilgili olarak Magadan Bölge Mahkemesine şikâyetle bulunmuş, davasının Şehir Mahkemesinden Bölge Mahkemesine gönderilmesini istemiştir. Başvurucu ayrıca Rusya Yüksek Mahkemesine, incelenmesi amacıyla Magadan Bölge Mahkemesine iletilen bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. Bölge Mahkemesi, başvurucuya gönderdiği 31 Ekim 1997 ve 25 Kasım 1997 tarihli mektuplarında, bu şikâyetler konusunda yetkili ve görevli olmadığını belirtmiş ve başvurucuya davasıyla ilgili tüm sorularını Şehir Mahkemesine yöneltmesi tavsiyesinde bulunmuştur. Bölge Mahkemesi ayrıca başvurucunun davasının incelenmesini Şehir Mahkemesine rica etmiştir.

48. 21 Kasım 1997 tarihlerinde başvurucu, başta Rusya Federasyonu Başkanlık Makamı, Magadan Şehir Mahkemesi, Yüksek Hâkimler Kurulu -meslekî yetkinlik sorunlarıyla ilgilenen bir birim- ve Genel Savcılık Makamı olmak üzere eşitli yetkililere şikâyetlerde bulunmuştur. Şikâyetlerinde suçlamaların esasına dair hiçbir karar olmaksızın korkunç koşullar altında tutulduğunu, çeşitli deri hastalıklarına yakalandığını, ayak tırnaklarının düştüğünü ve kalbinden rahatsız olduğunu ileri sürmüştür.

49. Magadan Şehir Mahkemesi Başkanı, davanın karmaşıklığına ve hâkimlerin iş yükünün ağırlığına gönderme yaparak, davanın 1 Temmuz 1998 tarihinden önce yeniden görülmeye başlanacağı hususunda, 5 Şubat 1998 tarihli mektubuyla başvurucuyu bilgilendirmiştir.

50. 11 Şubat 1998 tarihinde başvurucu tarafından Genel Savcılık Makamına, Yüksek Mahkemeye ve diğer yetkililere sunulmuş 11 adet şikâyet dilekçesi Bölge Mahkemesi tarafından Magadan Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

51. Başvurucu, tutukluluk süresinin uzunluğuna ve mahkeme duruşmalarının yokluğuna dikkat çekmek için 23 Şubat 1998 tarihinde başlattığı açlık grevini 17 Mart 1998 tarihine kadar sürdürmüştür.

52. Başvurucu, 1 Mart 1998 tarihinde davasının Magadan Bölge Mahkemesine gönderilmesi için Rusya Federasyonu Başkanı'na ve Duma Hükümetinin parlamenter komitesinin yardımını rica eden şikâyet dilekçesi sunmuştur.

53. 3 Mart 1998 tarihinde Magadan Bölge Adalet Dairesi, başvurucunun Rusya Adalet Bakanlığına sunmuş olduğu şikâyet dilekçesine yanıt olarak, Mahkemenin 1998 yılının ancak ikinci yarısında davasını ele alabileceğini bildirmiştir.

54. Bu arada başvurucu, yargılamaya başlama sürelerini içeren Ceza Usûl Yasasının 223/1 ve 239. maddelerinin anayasallığının incelenmesi istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, 10 Mart 1998 tarihli yanıtıyla; tersi iddia edilen hükümlerin, mahkemelerce görülmekte olan bir davadaki uzun tutukluğa ilişkin herhangi bir zaman sınırlaması içermediğini, bu nedenle başvurucunun konuyla ilgili istemlerinin değerlendirmeye alınamayacağı konusunda başvurucuyu bilgilendirmiştir.

55. Başvurucu, davasının görülmesindeki gecikme nedeniyle Yüksek Hâkimler Kuruluna şikâyetle bulunmuş; Kurul, 30 Mart 1998 tarihli yazısıyla Magadan Bölge Mahkemesinden konuyu incelemesini talep etmiştir.

56. Başvurucu, 2 Nisan 1998 tarihinde yargılanma tarihinin tespitindeki gecikme nedeniyle Yüksek Mahkemeye şikâyette bulunmuş, şikâyetinde kötü tutukluluk koşullarına da atıfta bulunmuştur. Şikâyetinin bir örneği diğer yetkililere de gönderilmiştir. Başvurucunun çeşitli kurumlara yaptığı tüm şikâyetler, incelenmek üzere bu kurumlar tarafından Magadan Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

57. Magadan Bölge Mahkemesi, 13 Nisan 1998 tarihinde Şehir Mahkemesinden başvurunun davasının görülmesiyle ilgili ricada bulunulduğuna ilişkin başvurucuyu bilgilendirmiştir. Magadan Bölge Mahkemesi ayrıca davanın Şehir Mahkemesi tarafından görüleceğini, Magadan Bölge Mahkemesinin yalnızca temyiz mahkemesi sıfatıyla görev yapacağını belirtmiştir.

58. Başvurucu, 25 Mayıs 1998 tarihinde Şehir Mahkemesine bir dilekçe göndermiş ve yargılamanın yapılması amacıyla davasının Bölge Mahkemesine gönderilmesini istemiştir.

Başvurucunun davasına ilişkin yargılamanın hızlandırılması amacıyla ve Bölge Mahkemesi Başkanı'nın 28 Mayıs 1998 tarihli kararıyla dosya, Khasynskiy İlçe Mahkemesine gönderilmiştir.

59. Başvurucu, duruşmaların başlamasındaki gecikmeler nedeniyle 11 Haziran 1998 tarihinde Yüksek Hâkimler Kuruluna şikâyet dilekçesi sunmuştur.

60. Başvurucu, tahliyesine karar verilmesi istemiyle 16 Haziran 1998 tarihinde Khasynskiy İlçe Mahkemesine başvurmuş ve başvurusunda hücreindeki kötü koşullar ve aşırı kalabalık nedeniyle sağlık durumunun kötüleştiğini ifade etmiştir.

Aynı gün dosyasının Magadan Bölge Mahkemesine gönderilmesi istemiyle Khasynskiy İlçe Mahkemesine başvurmuş ve dosyasının Khasynskiy İlçe Mahkemesine gönderilmesi işleminin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir.

61. Başvurucu, Khasynskiy İlçe Mahkemesinin hâlâ bir duruşma günü tayin etmemesi nedeniyle, 1 Temmuz 1998 tarihinde Bölge Mahkemesi önünde şikâyette bulunmuş ve yargılamanın hızlandırılmasını talep etmiştir.

62. Başvurucunun dosyanın Khasynskiy İlçe Mahkemesine gönderilmesine itiraz etmesi üzerine dosya, 3 Temmuz 1998 tarihinde Magadan Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

63. Bölge Mahkemesi, başvurucuya gönderdiği 8 Temmuz 1998 tarihli yazıyla dava açısından ilk derece mahkemesi olarak hareket etmesini gerektirecek herhangi bir gerekçe bulunmadığını ifade etmiştir.

Başvurucu, ertesi gün, içinde bulunduğu kötü tutulma koşullarını gerekçe göstererek salıverilmesi istemiyle Şehir Mahkemesine başvurmuştur.

64. Başvurucu Şehir Mahkemesinin davasını ele almamasının süreklilik gösterdiği gerekçesiyle 31 Temmuz 1998 Yüksek Hâkimler Kuruluna başvurmuştur. Kurul, şikâyet konusunda ve davanın akıbeti hakkında bilgi verilmesi istemiyle, başvurunun dilekçesini Magadan Bölge Mahkemesine göndermiştir. Bölge Mahkemesi ise, 27

Ağustos 1998 tarihinde başvuruçunun şikâyetini Şehir Mahkemesine göndermiştir.

Başvuruçunun ayrıca yargılamaya ilişkin duruşma tarihlerinin belirlenmesindeki gecikme nedeniyle Magadan Bölge Mahkemesine sunduğu şikâyet dilekçesi, 11 Ağustos tarihinde Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

65. *Başvuruçunun, 7 Eylül 1998 tarihinde Yüksek Hâkimler Kuruluna başka bir şikâyet dilekçesi sunmuş ve dilekçesinde tüm şikâyetlerinin herhangi bir tedbir alınmaksızın Magadan Şehir Mahkemesi tarafından Şehir Mahkemesine gönderildiğini ifade etmiştir. Başvuruçunun şikâyet dilekçesi, dosyasının incelemeye alınmasındaki sürekli gecikme hâline ilişkin bilgi verilmesi notuyla birlikte 23 Eylül 1998 tarihinde Magadan Bölge Mahkemesine havale edilmiştir. Başvuruçunun, 7 Eylül 1998 tarihinde yargılamasındaki gecikmelere ilişkin olarak Yüksek Mahkemeye şikâyette bulunmuştur.*

Başvuruçunun, 5 Ekim 1998 tarihinde Yüksek Hâkimler Kurulu ve Bölgesel Yüksek Hâkimler Kurulu önünde başkaca şikâyetlerini de dile getirmiştir.

66. *Şehir Mahkemesi, 13 Ekim 1998 tarihinde duruşma günü olarak 28 Ocak 1999 tarihini belirlemiştir.*

67. *Başvuruçunun, 25 Ekim 1998 tarihinde Şehir Mahkemesi Başkanı'nın eylemleri nedeniyle Yüksek Hâkimler Kuruluna şikâyette bulunmuş ve görünüşe göre hakkında ceza kovuşturması açılmasını talep etmiştir. Dilekçe, 22 Kasım 1998 tarihinde, başvuruçunun şikâyeti ve iddialarının sabit olabileceği ihtimâline binaen yetkili Meslekî Kurulun hazırlayacağı raporun gönderilmesi istemiyle, incelenmek üzere Magadan Bölge Mahkemesine gönderilmiştir.*

16 Kasım 1998 tarihinde Magadan Bölge Mahkemesi tarafından başvuruçunun tarafından verilmiş bir başka şikâyet dilekçesi, Şehir Mahkemesine gönderilmiştir.

68. *Başvuruçunun, tahliye istemiyle 16 Kasım 1998 tarihinde Magadan Bölge Mahkemesine başvurmuştur.*

69. *Magadan Şehir Mahkemesi, başvuruçunun dosyasının soruşturma yetkililerinin usûl kurallarını ihlal etmeleri nedeniyle, ek bir inceleme yapılması amacıyla 28 Haziran 1999 tarihinde savcılık bürosuna geri gönderilmesine karar vermiştir. Sözü edilen usûlü ihlaller, hazırlık soruşturması sonunda davayla ilgili materyallerin sanığa eksik sunulmasından ve dosya içindeki belgelere ait kesin bir kaydın tutulmamasından oluşmaktadır. Mahkeme, başvuruçuya atılı suçun ciddiyeti ve serbest kalması hâlinde gerçeklerin ortaya çıkarılmasını engellemesi risklerini gerekçe göstererek tahliye istemini reddetmiştir. Başvuruçunun, bu karara karşı Magadan Bölge Mahkemesi önünde itiraz etmiş; Mahkeme, 15 Mart 1999 tarihinde itirazın reddine karar vermiştir. Bölge Mahkemesi, dosyanın soruşturma yetkilerine gönderilmesi kararını temelsiz bularak iptal etmiş ve Şehir Mahkemesine yargılamaya devam edilmesi talimatını vermiştir. Aynı gün verdiği dosyayla ilgili ayrı kararında gerçekte davanın karmaşık bir yapıya sahip olmadığı düşüncesiyle davaya ilişkin gecikmenin haklı görülemeyeceğine dikkat çekmiştir. Mahkeme, Şehir Mahkemesinden bir ay içerisinde davayla ilgili önlemler hakkında kendisine bilgi verilmesini istemiştir.*

70. *Başvuruçunun, 17 Mart 1999 tarihinde tahliye istemiyle Şehir Mahkemesine başvurmuştur.*

Aynı gün, herhangi bir nihai mahkeme kararı olmaksızın uzun süre tutulu olduğu gerekçesiyle Yüksek Hâkimler Kurulu'na şikâyetle bulunmuştur. Başvurucu 5 gün sonra, yargılanmasındaki sürekli gecikme hâli nedeniyle Bölge Yüksek Hâkimler Kuruluna başka bir şikâyet dilekçesi sunmuştur.

71. Şehir Mahkemesi, 15 Nisan 1999 tarihinde başvurusunun davasını yeniden görmeye başlamıştır.

Savcı, 20 Nisan 1999 tarihli duruşmada başvurusunun tutulu bulunduğu sürenin uzunluğunu göz önüne alarak akıl sağlığının tespiti amacıyla psikolojik bir muayeneden geçirilmesini istemiş; Şehir Mahkemesi, bu istemi kabul ederek duruşmayı 30 Nisan 1999 tarihine ertelemiştir.

72. Başvurucu, 30 Nisan 1999 tarihli duruşmada göz altından serbest bırakılmasını içeren başarısız bir başvuruda bulunmuştur. Uykusuzluk nedeniyle acı çektiğini, hücrelerinde bulunan 18 kişinin nöbetleşe uyumak zorunda olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca dosyasına ilişkin tüm tahkikat işlemlerinin tamamlanmış olması nedeniyle maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleme ihtimâlinin olmadığını ileri sürmüştür.

Duruşmalara katılan savcı, tutukluluk merkezi yönetiminden duruşmalara boyunca başvurusunun normal koşullarda uyuması ve dinlenmesine izin verilerek duruşmalarda bulunmasının sağlanmasının istenmesini Şehir Mahkemesinden talep etmiştir. Ayrıca tutukluluk merkezlerini denetlemekle görevli savcıdan da benzer bir istemde bulunmuştur.

Başvurucu, sonrasında yetkili savcının hücrelerine geldiğini, koşulların kötü olduğunu kabul ettiğini, fakat tutuklama merkezindeki diğer hücrelerin durumunun daha iyi olmadığını ve koşulları iyileştirmek için para olmadığını söylediğini ileri sürmüştür.

73. Başvurucu, 8 Haziran 1999 tarihli duruşmada tahliyesini istemiştir. Hücrelerinde 18 kişinin bulunduğunu, bu nedenle mahkeme önüne çıkarılmadan önce kendisini gerektiği gibi hazırlayamadığını ifade etmiştir. Ayrıca 2 defa uyuza yakalanmış olmasına rağmen çarşaflarının değiştirilmediğini dile getirmiştir. Başvurusunun istemi reddedilmiştir.

74. Başvurucu, 16 Haziran 1999 tarihli duruşmada tutukluluk koşullarına gönderme yaparak tahliye istemini içeren bir başka dilekçe daha sunmuştur. Yatağını istila eden böceklerin ısırıkları nedeniyle bütün vücudunun yaralarla kaplandığını ve mantar enfeksiyonu olduğunu, yatağını iki tutuklu ile paylaştığını, tutukluların iki haftada bir duş alabildiğini, herkesin sigara içmesi nedeniyle içerdeki hava boğucu olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu kendini iyi hissetmemektedir ve kalbinden rahatsızdır. 96 kilodan 67 kiloya düşmüştür. Başvurucu ayrıca tahliyesi hâlinde davasının incelenmesini engelleme olasılığının olmadığını iddia etmiştir.

Şehir Mahkemesi, başvurusunun taleplerinin duruşma konseptinin dışında olması nedeniyle bu istemleri incelemeyi reddetmiştir.

75. Yüksek Hâkimler Kurulu, Magadan Şehir Mahkemesi Başkanı'nı, Bölge Mahkemesi Başkanı ve beraberinde iki yardımcısını başvurusunun yargılanmasındaki gecikme

nedeniyle 22 Haziran 1999 tarihinde görevden almıştır.

76. 23 Haziran 1999 tarihinde Şehir Mahkemesinde yapılacak duruşma öncesinde başvuru kendisini iyi hissetmediğini ve duruşmaya katılamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme başvuru kişinin sağlık durumunun duruşmalara katılmasına izin verecek durumda olup olmadığı ve hastaneye kaldırılmasının gerekli olup olmadığına ilişkin inceleme yapılması amacıyla uzmanlardan oluşan bir komisyonu görevlendirmiştir.

Uzmanlar, Temmuz 1999 (gün belli değil) tarihli sonuç raporunda başvuru kişinin çok sayıda rahatsızlığı bulunduğunu tespit etmiş (Bakınız: Paragraf 30) ve ayrıca başvuru kişinin sağlık durumunun duruşmalara katılmasına ve ifade vermesine engel oluşturmayacağına karar vermiştir.

77. 15 Temmuz 1999 tarihli duruşmada tahliyesini talep eden başvuru, Mahkemenin delillerin değerlendirmesini hemen hemen sonuçlandırdığını, kendisinin maddî gerçeklerin ortaya çıkarılmasını engellemesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Başvuru kişinin istemi reddedilmiştir.

78. Şehir Mahkemesi, aynı tarihli başka bir kararda, 15 Nisan-15 Temmuz 1999 tarihleri arasında, başvuru tarafından sunulmuş, önceden reddedilen yinelenmiş dilekçeleri içeren 30 dilekçenin incelendiğini not etmektedir. Mahkeme, başvuru kişinin sadece kendi istemleri kabul edilirse ifade vereceğini söylediğini not etmiş ve böylesi bir koşulun yargılamayı geciktirdiğine karar vermiştir.

79. Şehir Mahkemesi, davetiye gönderilen 29 tanıktan 9'unu dinlemiştir. Mahkeme huzurunda dinlenmeyen 12 tanığın hazırlık soruşturmasında verdikleri ifadeler mahkemede okunmuştur.

80. Şehir Mahkemesi, 3 Ağustos 1999 tarihli kararıyla başvuru kişiyi iddianamede üzerine atılı suçlardan yalnızca birisinden suçlu bulmuş, kendi içinde 9 ayrı suçta göndermede bulunan diğer iki suçtan beraatine karar vermiştir. Mahkeme, başvuru kişiyi 5 yıl 6 ay çalışma kampı cezasına mahkûm etmiş ve cezanın başlangıç tarihini 29 Haziran 1995 olarak belirlemiştir. Şehir Mahkemesi, hazırlık soruşturmasının kötü kalitede hazırlandığını, savcılarının mazur görülemeyecek şekilde iddianamedeki atılı suçları artırma çabası içinde olduklarını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca ilgili ve gerekli belgelerin mahkemeye sunulmasında bir dizi usûl kuralı ihlalinin varlığını saptamıştır. Gecikmelere neden olan bu kusurlar yargılama sırasında düzeltilmek zorundaydı. Mahkeme, hazırlık soruşturmasının Magadan Bölgesi Savcılık Bürosu ve soruşturma görevlileri tarafından yapılan uygun bir usûl denetiminden yoksun olduğunu not etmiştir.

Mahkeme, aynı günlü ayrı bir hükmüyle iddianamenin bir bölümünü ek soruşturma için savcılık bürosuna geri gönderilmesine karar vermiştir. Başvuru hükmü, Yüksek Mahkeme önünde temyiz etmiş; karar, 30 Eylül 1999'da hukuka uygun bulunmuştur.

81. Şehir Mahkemesi'nin 3 Ağustos 1999 tarihli ilamına karşı, yayımlandıktan itibaren 7 gün içinde Bölge Mahkemesi önünde temyiz yolu açıktır. Başvuru cezalandırılmasında Bölge Mahkemesinin katkısı olduğu, bundan dolayı temyiz incelemesinin muhtemel bir başarı şansı sunmayacağı düşüncesiyle temyiz başvurusunda bulunmamıştır. Bu nedenle mahkeme kararı 11 Ağustos 1999 tarihinde kesinleşmiştir.

82. Başvurucu, cezasının kalan kısmını geçirmek için, yine aynı cezaevinde bulunan lojistik hizmet takımına gönderilmesi istemiyle tutulu bulunduğu cezaevi müdürüne başvurmuştur.

83. 25 Ekim 1999 tarihinde başvurucu, ilk derece mahkemesi kararının incelenmesi amacıyla, Rusya Yüksek Mahkeme Başkanı önünde olağanüstü bir temyiz başvurusunda bulunmuştur. Başvuru, 11 Kasım 1999'da kabul edilmiştir.

Başvurucu, 30 Kasım 1999 tarihinde Yüksek Mahkeme önünde bir başka olağanüstü temyiz başvurusunda bulunmuş; başvuru, 9 Haziran 1999 tarihinde reddedilmiştir.

84. Devam eden ceza yargılamasında, 24 Eylül 1999 tarihinde, başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbiri, belirli bir mahallin dışına çıkılmaması tedbiri ile değiştirilmiştir. Buna rağmen başvurucu, ilk cezanın infazı nedeniyle cezaevinde kalmaya devam etmiştir.

85. 29 Eylül 1999 tarihinde, başvurucuya atılı olan diğer suçlara ilişkin ceza yargılamasına, başvurucu tarafından işlenen bu eylemlerin bir suç oluşturmadığı gerekçesiyle son verilmiştir.

Ancak 30 Eylül 1999 tarihinde, bankanın başkanı olarak kontrolü altında bulunan ekonomik değerlerin kötüye kullanmış olması iddiasıyla yeni bir dava açılmıştır.

86. Hazırlık soruşturmasının 19 Ekim 1999 tarihinde bitirilmesi üzerine, yetkili savcı iddianameyi onaylamış ve davayı Magadan Şehir Mahkemesine göndermiştir. İddianame ilk dava dosyasının numarasını taşıyor ve davayla ilgili yargılamanın 8 Şubat 1995 tarihinde başladığını ifade ediyordu. Başvurucunun yargılanmasına 20 Aralık 1999 tarihinde başlanmış, Şehir Mahkemesinin 31 Mart 2000 tarihli kararıyla atılı yeni suçlamadan beraat etmiştir.

87. Başvurucu 26 Mayıs 2000 tarihinde af ilanını takiben 26 Haziran 1996 tarihinde salıverilmiştir.

II. Ulusal Hukuk

88. (Paragraf 90'a kadar olan bölüm ilgili devletin ulusal yasalarına ait maddeler olduğu için çevrilmemiştir. ç.n)

89.

90. ...

III. Rusya Federasyonunun Çekincesi

91. Sözleşmenin onay enstrümanına, Rusya Federasyonu tarafından 5 Mayıs 1998 tarihinde, aşağıda içeriği yazılı çekince konulmuştur:

"Sözleşmenin 64. maddesine göre Rusya Federasyonu, son değişiklikler ve eklerle birlikte 27 Ekim 1960 tarihli SSCB Ceza Yargılama Yasasının, bir suç işlediğinden şüpheleneni kişinin tutulması, gözaltına alınması ve yakalanmasına ilişkin prosedürü düzenleyen 11/1, 89/1, 90, 92, 96, 96/1, 96/2, 97, 101 ve 122 maddelerinin Rusya Federasyonu Anayasasının 2. bölüm, 6. başlık, 2. paragraf tarafından onaylandığını,

(...) Sözleşmenin 5. maddesinin 3. ve 4. paragraflarında yer alan koşulların bunu engellemeyeceğini deklare eder.”

Hukuk

I. Sözleşmenin 3. Maddesinin İhlali İddiası

92. Başvurucu Magadan, IZ-47/1 no.lu tutukluluk merkezindeki koşullardan yakınmaktadır. Başvurucu Sözleşmenin 3. maddesini dayanak göstermektedir.

Maddeye göre;

“Hiç kimse, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.”

Başvurucu, fiziksel sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olan, onu aşığılayan ve acı çekmesine neden olan hücreindeki kalabalık ve sağlıksız koşulların yanı sıra, bu koşullardaki uzun tutukluluğuna göndermede bulunmuştur.

93. Hükümet, başvurucunun tutulma koşullarının işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı olarak değerlendirilemeyeceğini, koşulların Rusya'daki pek çok tutuklunun durumundan farklı olmadığı gibi, daha kötü de olmadığını, aşırı kalabalığın yargılama öncesi tutukluluk merkezindeki genel bir sorun olduğunu, yetkililerin başvurucuya fiziksel bir acı veya onun sağlığına zarar verme niyetinde olmadıklarını iddia etmiştir. Ayrıca tutuklama merkezi yönetiminin hastalıktan şikâyetçi olanlara tedavi sağlanması ve hastalığın diğerlerine yayılmasını önlemek amacıyla gereken tüm önlemleri aldığını belirtmiştir.

94. Rusya'daki tutukluluk koşullarının, ekonomik nedenlerden dolayı çok yetersiz olduğu ve Avrupa Konseyine üye diğer devletlerdeki gibi cezai kurumları oluşturmak için koşulların çok alt düzeyde olduğu bilinmektedir. Bununla birlikte Hükümet, Rusya'daki tutukluluk koşullarını düzeltmek için yapabileceğinin en iyisini yapmıştır. Hükümet, yeni yargılama öncesi tutukluluk merkezlerinin yapılmasını, var olan merkezlerden birinin yeniden yapılandırılmasını, tutukevlerindeki verem ve diğer hastalıklarının ortadan kaldırılmasını hedef alan iş programlarından birisini kabul etmiştir. Yargılama öncesi tutukluluk merkezindeki sağlık koşullarının düzeltilmesi ve tutuklulara ayrılan alanın iki kat daha artırılması için bu programların yürütülmesine onay verilmiştir.

95. Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin, demokratik bir toplumun en temel değerlerinden birisini kutsal olarak kabul ettiğini hatırlatmaktadır: Üçüncü madde, mağdurun davranışına ve içinde bulunduğu koşullara bakılmaksızın işkence, insanlık dışı ya da küçültücü ceza ve davranışı kesin bir dille yasaklamıştır [Bakınız: Örneğin, Labita/İtalya (GC), no. 26772/95, 119, AİHM 2000-IV].

Mahkeme, ayrıca kendi içtihatlarını göz önüne alarak, eğer bu dava 3. maddenin alanı içinde yer alıyorsa, kötü muamelenin mutlaka en az şiddet derecesine ulaşması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bu en az ölçütü görecelidir. Davanın tüm koşullarına, muamelenin süresine, fiziksel ve ruhsal etkilerine ve bazı davalarda cinsiyet, yaş ve mağdurun sağlık durumuna bağlıdır (Bakınız: 18 Ocak 1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararı, Seri A, no. 25, p. 65-162 arası).

Mahkeme, muamelenin "insanlık dışı" olduğu düşüncesindedir; çünkü, muamele önceden tasarlanmıştır, aralıksız olarak saatlerce uygulanmıştır ve hem gerçek bir bedensel zarara hem de fiziksel ve ruhsal acıya neden olmuştur. Bu davranış, "küçültücü" sayılabilir; çünkü, böylesi bir davranış mağdurda korku, küçültülme ve alçaltma kapasitesine sahip derin ıstırap ve aşağılanma duygusu uyandırmıştır [Bakınız: Kudla/Polonya (GC), no. 30210/96, 92, AİHM 2000-XI]. 3. madde anlamında özel bir davranış şeklinin "küçültücü" olup olmadığı konusunda Mahkeme, ilgili kişinin alçaltma ve küçültmeye hedef olup olmadığını ve kadın ya da erkeğin kişiliğini ters şekilde etkileyip etkilemediğini yani bir anlamda muamelenin 3. maddeyle çelişip çelişmediğini dikkate alacaktır (Bakınız: 16 Aralık 1997 tarihli Raninen/Finlandiya kararı, Hükümler ve Kararlar Raporu, 1997-VIII, pp 2821-22, 55). Bununla birlikte, böylesi herhangi bir niyetin yokluğu, 3. maddenin ihlalinin tespiti sonucunu doğurmaz (Bakınız: Peers/Yunanistan, no. 28524/95, 74, AİHM 2001-III). Derin ıstırap ve aşağılama esasında bunlardan daha öte şeyleri kapsamak zorundadır. Derin ıstırap ya da aşağılamanın kaçınılmaz ögesi ile kişiye verilen meşru ceza ya da muamele şekliyle arasında bir bağlantı bulunmalıdır.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan önlemler sıklıkla böylesi bir ögeyi içerebilir. Yargılama süresindeki tutukluluğun, kendi içinde 3. madde anlamında birtakım sorunlar ortaya çıkardığı söylenemez. Ya da söz konusu madde hükmü, bir tutuklunun sağlık gerekçeleriyle salıverilmesi, sivil bir hastaneye yerleştirilmesi, özel bir tıbbî tedaviden yararlanmasına olanak sağlayan genel bir yükümlülük olarak yorumlanamaz.

Buna karşın bu koşul uyarınca Devlet, bir kişinin insanlık onuruna uygun koşullarda tutulmasını sağlamalı; muamele ve önlemin yerine getiriliş biçimi, kişiyi tutukluluktan doğasından gelen ıstırapın kaçınılmaz derecesini aşan yoğunlukta bir sıkıntının ya da üzüntünün öznesi hâline getirmemeli; verilen cezanın gerektirdiği uygulama, kişinin sağlığını ve refahını uygun şekilde güvence altına almalıdır (Bakınız: Kudla/Polonya, p. 92-94).

Tutukluluk koşulları ele alındığı zaman, başvuruçunun ileri sürdüğü belirli iddialar gibi, bu koşulların toplu etkilerinin de hesaba katılması zorunludur.

96. Görülmekte olan davada Mahkeme, başvuruçunun 29 Haziran 1995'den 20 Ekim 1999 tarihine ve 9 Aralık 1999'dan 26 Haziran 2000 tarihine kadar Magadan IZ- 47-1 no.lu merkezde tutulduğunu belirtmektedir. Mahkeme, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkelerine uygun olarak, üye devletler açısından Sözleşme'nin, sadece yürürlüğe girme tarihinden sonra gerçekleşen olaylar açısından bağlayıcı olduğunu hatırlatmaktadır. Sözleşme, Rusya açısından 5 Mayıs 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna karşın, başvuruçunun dava sırasında ve hüküm sonrasındaki tutulma koşullarının yarattığı etki, değerlendirilirkenki bu etki, başvuruçunun tutukluluk süresinin her aşamasında aynıdır; Mahkeme, 5 Mayıs 1998 öncesi süreci de kapsayacak şekilde, başvuruçunun tutulduğu tüm süreci değerlendirmeye alabilir.

97. Mahkeme, ilk olarak başvuruçunun tutulduğu hücrenin boyutlarının 17 m² (başvuruçuya göre) ile 20,8 m² (Hükümete göre) arasında olduğunu belirtmektedir. Hücre, ranzalarla donatılmış ve 8 kişi için dizayn edilmiştir. Bu barınma yerinin kabul edilebilir standartlara ulaşmış olup olmadığı sorgulanabilir. Mahkeme, bu konuyla bağlantılı olarak bir tutulma hücresinin "Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışları Önleme Komitesi"nin (CPT) her hükümlü ya da tutuklu için yaklaşık 7 m² olmasını arzu edilir bulduğunu hatırlatmaktadır (Bakınız: 2. Genel

Rapor – CPT/Bilgi (92) 3, p. 43). Örneğin bir koğuşu/hücreyi paylaşan 8 kişi için m². Hücresinin 8 kişi için düzenlendiği bulgusuna rağmen, başvurunun Mahkemeye yaptığı sunumlara göre, tüm tutukluluk süresi boyunca hücresindeki kişi sayısı genel olarak 18 ile 24 arasındadır. Başvurucu, 27 Aralık 1996 tarihli tahliye istemli başvurusunda, 8 yataklı hücresindeki kişi sayısını 21 olarak ifade etmiştir. 8 Haziran 1999 tarihli benzer bir başvurusunda ise, kişi sayısını 18 olarak ifade etmiştir (Bakınız: Yukarıda 43. ve 74. paragraflar).

Mahkeme, Hükümetin tutukluluk merkezlerindeki genel aşırı kalabalık nedeniyle, hücredeki her yatağın 2 ya da 3 kişi tarafından kullanıldığını kabul ettiğini not etmektedir. Bu arada Hükümet, hücredeki kişilerin sayısı konusunda başvuruyla aynı fikirde değildir. Hükümet sunumlarında, belirtilen tarihlerde başvurunun hücresinde 11 ya da biraz daha fazla kişi bulunduğunu ve normal koşullarda bu sayının 14 olduğunu belirtmektedir. Ancak Hükümet, kendi itirazını destekleyecek herhangi bir kanıt sunmamıştır. Başvurucuya göre, sadece Mart-Nisan 2000 tarihinde hücresindeki kişi sayısı 11'e inmiştir.

Mahkeme bu noktada Hükümetle başvuru arasındaki uyumsuzluğu çözmeyi gerekli görmemektedir. İleri sürülen rakamlar, belirtilen tarihlerde başvurunun hücresinde 1 kişi için mevcut alanın 0,9 ile 1,9 m² arasında olduğunu göstermektedir. Bundan dolayı, Mahkemenin görüşü hücrelerin sürekli ve aşırı şekilde kalabalık olduğudur. Olayların bu durumu, kendi içinde Sözleşmenin 3. maddesi anlamında bir sorunu ortaya çıkarmaktadır.

Vahim boyuttaki aşırı kalabalık nedeniyle başvurunun hücresinde bulunan kişiler, 8'er saatlik dilimlerle nöbetleşe uyumak zorunda kalmışlardır. Başvurunun 16 Haziran 1998 tarihli tahliye isteminden, onun o tarihlerde yatağını diğer 2 kişiyle paylaştığı anlaşılmaktadır (Bakınız: Yukarıda p. 74). Hücredeki sürekli aydınlatma ve hücrede bulunan çok sayıda kişilerin yarattığı genel karışıklık ve gürültü nedeniyle uyuma koşulları daha da kötüleşmiştir. Sonuç olarak ortaya çıkan uyuyamama halinin başvuru üzerinde ağır bir fiziksel ve psikolojik yük oluşturduğu kuvvetle muhtemeldir.

Mahkeme ayrıca, aşırı sayıda kişiyi barındıran ve görünüşe göre sigara içmenin yasak olmadığı başvurunun hücresinde yeterli bir havalandırmanın olmadığını gözlemlemiştir. Gün içinde 1 ya da 2 saat için açık hava aktivitelerine izin verilmiş olmasına rağmen, başvuru bu saatler dışındaki zamanda çok sınırlı bir alan ve boğucu bir atmosfer içeren hücreye kapatılmıştır.

98. Mahkeme, başvurunun hücresinin haşaratlarca (bit, pire ve fare gibi-ç.n) istila edildiğini ve tutukluluğu boyunca bu durumun giderilmediğini not etmektedir. Hükümet, haşaratın bir sorun olduğunu ve tutulma merkezlerinde böylesi bir istila olduğunu kabul etmiş ve bakanlığa ait 1989 tarihli tutulma merkezleri için dezenfeksiyon önlemleri alma rehberine gönderme yapmıştır. Ancak başvurunun hücresinde bu rehberin uygulandığı görülmemektedir.

Başvurucu, tutukluluğu süresince çeşitli deri hastalıklarına ve mantar enfeksiyonlarına yakalanmış; bu durum özellikle 1996, 1997 ve 1999 yılları boyunca yargılamadan geri çekilmesini (duruşmalara katılamama gibi-ç.n) zorunlu kılmıştır. Başvurucu bu hastalıklar için tedavi görürken, hücredeki kötü koşullar nedeniyle haşaratın üremeyi sürdürmesi değiştirilemediğinden, hastalıkların nüksettiği doğrudur.

Mahkeme, Hükümetin salgının önlendiğini ileri sürmesine rağmen, başvuruçunun birçok kere frengili ve tüberkülozlu kişilerle birlikte tutulduğunu ciddi bir endişeyle not etmektedir.

99. Yukarıda açıklanan sağlıksız ve aşırı kalabalık koşulların yanına tuvaletleri de eklemek gerekmektedir. Hücrenin köşesindeki klozet ile duşu, 1,1 m yüksekliğindeki bölme ayırmaktadır fakat bu bölüm yaşam alanından ayrılmış değildir. Tuvalet girişinde paravan yoktur. Bu nedenle başvuruçunun hücredeki kişilerin önünde tuvaleti kullanmak ve hücre arkadaşları kullanırken de orada olmak zorunda kalmıştır. Hükümetçe gönderilen fotoğraflar, gerçek bir mahremiyeti olmayan pis ve bakımsız bir hücre ile tuvaleti göstermektedir.

Mahkeme, başvuruçunun hücrenin de bulunduğu Magadan tutukluluk merkezlerinde gözle görülür şekilde gerçekleştirilmiş temel gelişmelerden (Hükümet tarafından Mahkemeye sunulan video kayıtlarında gösterildiği üzere) büyük bir memnuniyet duymakla birlikte, bu durumun başvuruçunun gösterilen zamanda katlanmak zorunda kaldığı tümüyle kabul edilemez koşulları azaltmadığına dikkat çekmektedir.

100. Başvuruçunun tutukluluk koşulları, davasına bakan Mahkeme için de bir sorundur. Nisan ve Haziran 1999 tarihlerinde Mahkeme, başvuruçunun yargılanma ehliyetinin olup olmadığını ve hastaneye kaldırılmasının gerekip gerekmediğini tespit etmek üzere, yaklaşık 4 yıldan sonra tutukluluk koşullarının fiziksel ve ruhsal sağlığı üzerindeki etkileri için tıbbi uzman görüşleri istemiştir (Bakınız: Yukarıda p. 71 ve 76). Birliktaşilerin her 2 soruya da olumsuz yanıt vermesine rağmen Mahkeme, başvuruçuda sinir ileti bozukluğu kaynaklı distoni, istemsiz sinir ileti bozukluğu sendromu, kronik 12 parmak bağırsağı ülseri, ayak, el ve kasıklarında mantar enfeksiyonu ve mikoz hastalıklarını listeleyen Temmuz 1999 tarihli rapora dikkat çekmektedir (Bakınız: Yukarıda p. 30).

101. Mahkeme, bu davada başvuruçunun aşağılanması ve alçaltılmasını amaçlayan bir muameleye dair herhangi bir belirtinin olmadığını kabul etmektedir. Muamelenin amacının mağduru küçültmek ya da alçaltmak olup olmadığı sorunu değerlendirmeye alınacak bir faktör olmasına rağmen böyle bir amacın yokluğu, 3. maddenin ihlal edildiği tespitini engelleyemez (Bakınız: Yukarıda sözü edilen Peers/Yunanistan). Mahkeme, başvuruçunun yaklaşık olarak 4 yıl, 10 ay katlanmak zorunda kaldığı tutukluluk koşullarının, hatırı sayılır biçimde ruhsal rahatsızlık ve acıya neden olabileceğini, insanlık onurunu azaltabileceğini, aşağılanma ve alçaltılmaya neden olan böylesi duyguları ortaya çıkartabileceğini dikkate almaktadır.

102. Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkeme, başvuruçunun tutukluluk koşullarının, özellikle aşırı kalabalığın, sağlıksız çevrenin ve bunların başvuruçunun sağlığı ve refahı üzerindeki zararlı etkilerinin tutukluluk süresiyle birleştirildiğinde, alçaltıcı muamele oluşacağını bulgulamaktadır.

103. Dolayısıyla, Sözleşmenin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

II. Sözleşmenin 5/3 Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

104. Başvuruçunun uzun süren tutukluluğunun, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasını ihlal ettiğinden yakınmıştır. Maddeye göre:

“Bu maddenin 1 (c) fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkesin (...) adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya veya makul süre içinde yargılanmaya hakkı vardır. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.”

a. Hükümetin İlk İtirazları

105. *Hükümet itirazında, başvurunun şikâyetinin, Rusya'nın çekincesi ışığında değerlendirilmesi gerektiğini tartışmış; çekincenin, başvurunun hem hazırlık soruşturması ve hem de mahkeme süreci boyunca tutulu bulunduğu dönemi kapsadığını ileri sürmüştür. Hükümet, yukarıda sözü edilen Ceza Usûl Yasası maddelerinin içeriğine ve çekince metnine gönderme yapmıştır. Yasanın özellikle 11, 89, 92 ve 101 (Bakınız: Yukarıda 89. paragraf) maddeleri; mahkemeleri, yargılama aşamasında bir karar verinceye kadar önleyici gözaltı tedbirlerini uygulamak üzere yetkilendirmiştir.*

106. *Başvurucu, süre giden uzun tutukluluk hâlinin çekinceyle ilgisi olmadığını, Rusya'nın çekincesinin somut davada uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Çekincenin amacı, tutukluluğun devamına karar vermek ve gerektiğinde böylesi bir tutuklamanın uzatılmasını onaylamak yetkisine sahip savcının hakkını korumaktır.*

107. *Mahkeme yakalama prosedürü, gözaltına alma ve suç işlediğinden şüphelenilen kişilerin tutulmasıyla ilgili olarak, çekince metninde anılan Ceza Usûl Yasasının özel hükümlerinin geçici uygulamasının, Sözleşmenin 5/3 maddesinin alanının dışında şekillendirilmiş olduğunu gözlemiştir. Bu hükümler, her biri kendi kararlarını almaya ehil yetkililerin listesini ve gözaltı birimlerini de içeren önleyici tedbirlerin uygulanması için yöntem ve koşulları planlamaktadır.*

Mahkeme, bir kişinin suçun kovuşturulması boyunca yetkili savcının emriyle 18 ay'a kadar gözaltında tutulabileceğini hükme bağlayan Ceza Usûl Yasasının 97. maddesine gönderme yapan çekinceye dikkat çekmektedir.

Hazırlık aşamasındaki tutukluluk sürelerine yapılan göndermeye rağmen Mahkeme, çekincenin önleyici gözaltı tedbirinin uygulanması usûlüyle ilgili olduğunu; oysa ki başvurunun şikâyetinin tutukluluğun hukukîliği hakkında değil, uzunluğu hakkında olduğunu gözlemektedir.

108. *Bunedenle Mahkeme, söz konusu çekincenin somut davada uygulanamayacağını tespit etmiştir.*

b. Şikâyetin Esasları

1. Değerlendirmeye Alınan Süre

109. *Başvurunun tutukluluk süresinin başladığı 29 Haziran 1995 tarihi hakkında herhangi bir uyuşmazlık yoktur.*

Başvurucu tutukluluk süresinin Magadan Şehir Mahkemesinin davadaki ikinci nihai kararını verdiği 31 Mart 2000 tarihinde bittiğini ileri sürmüştür. Hükümet, buna itiraz etmiş ve sürenin Şehir Mahkemesi tarafından 3 Ağustos 1999 tarihinde verilen ilk nihai kararla sona erdiğini iddia etmiştir. Ayrıca Mahkemenin başvurunun tutukluluk

süresinin uzunluğuna ilişkin incelemesini, Sözleşmenin Rusya için yürürlüğe girdiği 5 Mayıs 1998'den 3 Ağustos 1999 tarihine kadar olan süreyle sınırlı tutması gerektiğine ilişkin itirazını sürdürmüştür.

110. Mahkeme öncelikle, Sözleşmenin m. 5/3 hükmüne göre yargılama sırasındaki uzun tutukluluğun karara bağlanması için, sürenin saniğin gözaltına alındığı günden başladığını ve sadece ilk derece mahkemesi tarafından karar verilse bile suçlamanın sonuçlandırılmasıyla bittiğini hatırlatmaktadır (Bakınız: Diğerleri arasında, 27 Temmuz 1968 tarihli Wemhoff/Almanya kararı, Seri A no. 7, p. 23, p. 9 ve yukarıda söz edilen Labita/İtalya kararı, p. 147). Bu nedenle 29 Temmuz 1995'te başvurucunun yakalanmasıyla başlayan ve yargılama sürecinde devam eden tutukluluk, başvurucunun Magadan Şehir Mahkemesi tarafından cezalandırıldığı ve hüküm giydiği tarih olan 3 Ağustos 1999 tarihinde sona ermiştir. Daha sonraki suçlamalardan kaynaklanan tutukluluk hâli, başvurucunun 3 Ağustos 1999 tarihinden itibaren Sözleşmenin 5. maddesinin 1 (a) fıkrası anlamında yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyetini çektiği olgusunu değiştirmez.

Bu nedenle, başvurucunun yargılama sırasındaki toplam tutukluluk süresi 4 yıl, 1 ay, 4 gündür.

111. 5 Mayıs 1998'ten önceki sürenin Mahkemenin yargılama yetkisinin dışında kalmasından dolayı Mahkeme, sadece bu tarihle Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli kararı arasında geçen 1 yıl, 2 ay, 29 günlük süreyi değerlendirmeye alabilir. Buna karşın başvurucunun 29 Haziran 1995 tarihinde alıkonulmuş olması nedeniyle 5 Mayıs 1998'e kadar olan süre içinde başvurucunun 2 yıl, 10 ay, 6 gündür tutuklu olduğu gerçeği göz önüne alınmak zorundadır (Bakınız: 8 Temmuz 1995 tarihli Mansur/Türkiye kararı, Seri A, no. 319-B, p. 49- 51).

2. Tutukluluk Süresinin Makullüğü

(a) Tarafların Sunumları

112. Başvurucu, maddî gerçeğin bulunmasını engellemeye çalıştığına dair herhangi bir kanıt olmadığını, dolayısıyla gözaltına alınmasının ve tutukluluk süresinin uzatılmasının gerekli olmadığı iddiasını sürdürmüştür. Yetkililerin tutukluluğunu haklı çıkarmak amacıyla gösterdiği gerekçeler yeterli ya da konuyla ilgili değildir.

Başvurucu, Magadan Bölge Mahkemesi tarafından 15 Mart 1999 tarihinde de tespit edildiği gibi, davasının özel bir karmaşıklık içermediğini ileri sürmüştür. Dokuz bölümlük dava dosyasının üç bölümü başvurucunun yetkililere gönderdiği şikâyet dilekçelerinden oluşmaktadır. Soruşturma, 29 tanığın sorgulanmasını içermektedir ve iki şahsî davacı bulunmaktadır.

Sonuç olarak başvurucu, yargılamanın yetkililerin gerekli çabasıyla yürütülmediğini iddia etmiştir. Soruşturmasının kötü yürütülmüş olmasının uzun tutukluluğa, iddianamede yer alan çok sayıda suçlamaların haksızca artırılması eğilimine ve denetleme birimlerinin bu çalışmalar üzerinde kontrol yoksunluğuna neden olduğunu ileri sürmüştür. Bu açıdan başvurucu, Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli tespitlerine gönderme yapmıştır (Yukarıda p. 80).

113. Hükümet, başvurucunun gerçeğin soruşturulmasına engel olduğu gerekçesiyle

yakalandığına işaret etmektedir. Ayrıca başvuruçunun yargılama öncesindeki tutukluluk süresini, davasının karmaşıklığı nedeniyle makul olarak değerlendirmektedir. Dava dosyası hatırı sayılır bir büyüklüğe sahip olup (9 bölüm), çok sayıda tanığı ve mağduru içermektedir.

(b) Mahkemenin Değerlendirmesi

(i) Mahkemenin İçtihatlarınca Oluşturulan İlkeler

114. Mahkeme, tutukluluk süresinin makul olup olmadığı sorusunun soyut olarak değerlendirilemeyeceğini hatırlatmaktadır. Bir sanığın tutuklu kalmasının makul olup olmadığı, her davanın özel koşullarına göre incelenmelidir. Masumiyet karinesine rağmen yalnızca kamu yararı olduğuna ilişkin gerçek/samimi kanıtların varlığı, Sözleşmenin 5. maddesinde hüküm altına alınan kişi özgürlüğüne saygı kuralından ağır basar ve belirli bir davada süre giden tutukluluk haklılık kazanabilir (Bakınız: Yukarıda anılan, Kudla/Polonya davası).

Yargılama öncesi tutukluluğun makul bir süreyi aşmamasını sağlamak öncelikle ulusal yargı makamlarının görevidir. Ulusal yetkililer bu sonuca ulaşmak amacıyla masumiyet karinesi prensibine gereken özeni göstererek, yukarıda belirtilen ve 5. madde hükmünden ayrılmayı haklılaştıran kamu yararı gereğini tartışan tüm olguları incelemek ve salıverme istemleri için verdikleri kararlarda bu olgulara yer vermek zorundadırlar. Mahkeme, bu kararlarda belirtilen gerekçeler ve başvuruçunun savunmalarında iyi belgelendirilmiş her olgu, temelinde 5. maddenin 3. fıkrasının ihlalinin söz konusu olup olmadığı konusunda karar vermeye davet edilmektedir (Bakınız: Yukarıda Labita/İtalya kararının 152. p.).

Yakalanan kişinin bir suç işlediğine dair makul şüphenin varlığı, tutukluluğun sürdürülmesi için bir koşuldur. Fakat belirli bir süreden sonra, tutukluğun sürdürülmesi için tek başına makul şüphe yeterli değildir. Mahkeme, böyle bir durumda yetkililerin özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin gerekçelerinin haklılığını tespit etmek zorundadır. Mahkeme, bu tür gerekçelerin "konuyla ilgili" ve "yeterli" olduğu durumlarda, yargılama sırasında ulusal makamların "özel bir çaba" gösterdiğine ikna edilmelidir. Davanın karmaşıklığı ve soruşturmanın özel karakteristiği bu açıdan göz önüne alınması gereken etmenlerdir (Örneğin 18 Aralık 1996 tarihli Scott/İspanya kararı, Raporlar 1996-VI, pp 2399-2400, başlık 74 ve 23 Eylül 1998 tarihli I.A/ Fransa kararı, Raporlar, 1998-VII, p. 2978, başlık 102).

(ii) Görülmekte Olan Davada Yukarıda Belirtilen İlkelerin Uygulanışı

(a) Tutukluluk Gerekçeleri

115. Magadan Şehir Mahkemesi, Mahkemenin yargı yetkisi kapsamında yer alan süre boyunca başvuruçunun salıverilme istemlerini reddederken, yöneltilen suçlamaların ciddiliğine ve serbestken maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleme tehlikesine dayanmıştır (Bakınız: p. 69). Mahkeme benzer gerekçelerin, Magadan Şehir Mahkemesinin başvuruçunun tutukluluğunun sürdürülmesine ilişkin 27 Aralık 1996 ve 8 Ağustos 1997 tarihli kararlarında da dile getirdiğini gözlemektedir (Bakınız: p. 43 ve 46).

Mahkeme ayrıca yargılama sırasında başvuruçunun tutukluluğunun sürdürülmesine

ilişkin 29 Haziran 1995 tarihli kararın temel gerekçesinin, soruşturma için gerekli olan belirli banka belgelerinin tesliminin başvuru tarafından reddedilerek soruşturmanın engellendiği, başvuru tanıklar üzerinde baskı kurduğu ve kanıtların değiştirildiği iddiası olduğunu not etmektedir. Bu karar, aynı zamanda yöneltilen suçlamaların ciddiyetini de değerlendirmeye almıştır.

116. Mahkeme, bir kişinin ciddi suçlara karıştığı konusunda kuvvetli şüphenin varlığının, yargılama öncesi uzun tutukluluk için tek başına haklı görülemeyeceğini hatırlatmaktadır. Magadan Şehir Mahkemesinin, davanın incelenmesinin engellenmesi tehlikesi gerekçesiyle başvuru tutukluluğunun devamına karar verdiğini dikkate alan Mahkeme, 29 Haziran 1995 tarihli soruşturmacı emrine rağmen Şehir Mahkemesinin 1996, 1997 ve 1999 tarihli benzer kararlarında belirttiği sonuçları destekleyen hiçbir gerçek koşuldan söz etmediğini belirtmektedir. Şehir Mahkemesinin kararlarında gerekçe gösterilen tehlikenin, konuyla ilgili sürede mevcut olduğunu gösteren hiçbir faktöre atıfta bulunulmamıştır.

117. Mahkeme, atılı suçlamalara ilişkin şüphe ve soruşturma ile ilgili müdâhalenin başvuru başlangıçtaki tutukluluğunu gerektirebileceğini kabul etmektedir. Buna karşın, yargılamanın ilerlemesi ve delil toplamanın sonuçlanması nedeniyle bu gerekçe kaçınılmaz olarak temelsizleşmiştir.

118. Kısaca Mahkeme, başvuru tutukluluğunun haklılığı için yetkililerce temel alınan gerekçelerin konuyla ilgili ve başlangıçta yeterli bulunmasına rağmen, geçen süre içinde bu karakterini kaybettiğini tespit etmiştir.

• Yargılamanın Yürütümü

119. Ceza soruşturmasının süresiyle ilgili olarak Mahkeme, davanın özel bir karmaşıklığı olmadığına ve hazırlık soruşturmasının yargılamada gecikmeye neden olacak şekilde kötü olduğuna dikkat çekmektedir (Bakınız: p. 69 ve 80). Mahkeme, farklı bir sonuca ulaşmak için bir gerekçe bulamamıştır. Mahkeme, yerel mahkemelere göre, savcıların haksız bir şekilde iddianamede belirtilen suçlamaların sayısını artırmalarının (Bakınız: p. 80) bir kusur olduğunu ve başvuru Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli kararıyla üzerine atılı dokuz suçtan yalnızca birinden suçlu olduğunun kanıtlandığını gözlemektedir.

120. Mahkeme, sonraki yargısal süreçte Magadan Şehir Mahkemesinde görülen davada önemli gecikmeler olduğunu gözlemektedir. 11 Kasım 1996 tarihinde başlayan yargılamaya mahkeme başkanı olan yargıç'ın görevden alınması nedeniyle 7 Mayıs 1999 tarihinde ara verilmiş ve yargılama, Temmuz-Ağustos 1997 (yeni bir yargıcın atanması ve duruşma günü belirlenmesi), Mayıs-Temmuz 1998 (davanın başka bir mahkemeye gönderilmesi), Kasım 1998 (duruşma günü verilmesi), Ocak ve Mart 1998 (soruşturmanın genişletilmesi kararları) tarihlerinde belirli usûlü adımların atılmış olmasına rağmen, 15 Nisan 1999 tarihine kadar başlamamıştır.

8 Ağustos 1997 tarihli duruşmanın, başvuru avukatının yokluğu nedeniyle ertelenmiş olması ve başvuru davasının başka bir mahkemeye gönderilmesine itiraz etmesi nedeniyle -yargılamayı hızlandırmak amacıyla yapılan bir harekettir- Mahkeme, başvuru iki duruşma arasındaki sürenin uzunluğuna esaslı bir katkısının olmadığını tespit etmiştir. Bu süre içinde davada herhangi bir gelişme olmamıştır.

Bundan dolayı, yargılamanın uzamasının ne davanın karmaşıklığı ne de başvuru tutumunun atfedilemeyeceği açıktır. Soruşturmanın karakteristik özelliklerini ve mahkeme sürecindeki esaslı gecikmeleri dikkate alarak Mahkeme, yetkililerin gereken hızda hareket etmedikleri düşüncesindedir.

- Sonuç

121. Yukarıda belirtilen arka plan ışığında Mahkeme, başvuru tutumunun yargılama sırasında cezaevinde geçirdiği sürenin "makul süre"yi aştığını tespit etmiştir. Bu nedenle 5. maddenin 3. fıkrası ihlal edilmiştir.

III. Sözleşmenin 6/1 Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

122. Başvurucu, kendisine yöneltilen suçlamaların Sözleşmenin 6/1 maddesinin gerektirdiği şekilde makul bir süre içinde sonuçlandırılmaması nedeniyle yakınmada bulunmuştur. Konuyla ilgili hüküm aşağıdadır;

"Herkes, kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda (...) yasayla kurulmuş bir mahkeme tarafından makul süre içerisinde görülmesini (...) karar verilmesini istemek hakkına sahiptir."

a. Değerlendirmeye Alınacak Süre

123. Başvurucu, hesaplamada göz önüne alınması gereken sürenin, kendisine suç atfında bulunan 8 Şubat 1995 tarihinde başladığını ve 31 Mart 2000 tarihinde Magadan Şehir Mahkemesinin davadaki 2. hükmünü vermesiyle sona erdiğini ileri sürmüştür.

Hükümet, hesaplamada göz önüne alınacak sürenin, Magadan Şehir Mahkemesinin başvuru tutumunun davasının gönderilmesine ilişkin 6 Şubat 1996 tarihli kararından, Şehir Mahkemesinin ilk hükmünü açıkladığı 3 Ağustos 1999 tarihine kadar devam ettiğini ileri sürmüştür.

124. Mahkeme, ceza yargılmasının uzunluğunun saptanmasında göz önüne alınması gereken sürenin, özerk ve tözel anlamıyla, terimsel olarak kişinin "suçlandığı" günden başladığını hatırlatır. (Bakınız: 10 Aralık 1982 tarihli Corigliano/İtalya kararı, Seri A no. 57, p. 13, 34. başlık ve 24 Kasım 1993 tarihli İmbriosca/İsviçre kararı, Seri A no. 275, p.13, 36. başlık). Bu süre, suçlamaya ilişkin nihai kararın verildiği ya da yargılamanın kesildiği tarihte sona erer.

Bu nedenle görülmekte olan davada göz önüne alınacak süre başvuru tutumunun görevi kötüye kullanma suçlaması nedeniyle şüpheli sıfatını edindiği 8 Şubat 1995 tarihinde başlamıştır. Söz konusu sürenin bitimiyle ilgili olarak Mahkeme, diğer suçlamaların sürdürülmemesine ilişkin 29 Eylül 1999 tarihli kararını takiben, Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli nihai kararından sonra ve aynı olaylar temelinde 30 Eylül 1999 tarihinde, yeni bir suçlamayla başvurucuya dava açıldığına dikkat çekmektedir. Mahkeme, yeni suçlamanın 8 Eylül 1995 tarihinde başlatılan 48529 no.lu ilk davanın bir parçası olduğunu gözlemlemektedir. Bu koşullar altında ve yeni suçlamanın zamanlamasını da dikkate alan Mahkeme, göz önüne alınacak sürenin son suçlamayı sonuçlandıran 31 Mart 2000 tarihli Şehir Mahkemesi kararıyla sona erdiğini tespit etmektedir.

Sayırsız yargılamaya rağmen yürürlükte bulunan tek dereceli yargılamada, değerlendirmeye alınan süre, 8 Şubat 1995'ten 31 Mart 2000'e kadar toplam 5 yıl, 1 ay, 23 gündür. Mahkemenin yargılama yetkisi, Sözleşmenin Rusya açısından yürürlüğe girdiği 5 Mayıs 1998'den sonraki süreyi kapsadığından, Mahkeme, bu tarihteki mevcut yargılamanın durumunu değerlendirmeye alabilir (Bakınız: Mutatis mutandis, 8 Temmuz 1995 tarihli Yağcı ve Sargın/Türkiye kararı, seri A no. 319-A, p. 16-40).

b. Yargılama Süresinin Makullüğü

125. Mahkeme, yargılama süresinin makullüğünün, mahkeme içtihatlarında belirtilen kriter dikkate alınarak davanın özel koşulları, özellikle davanın karmaşıklığı, başvuru ve yetkili makamların yargılamadaki tutumu ışığında değerlendirileceğini hatırlatmaktadır. Bu son noktada, başvuru açısından riskli olan olgular değerlendirmeye alınmak zorundadır (Bakınız: Yukarıda söz edilen Kulda/Polonya kararı, p. 124).

1. Tarafların Sunumları

126. Başvurucu, davanın özel bir karmaşıklık içermediği ve bunun meydana gelen gecikmeleri haklı gösteremeyeceğine ilişkin Magadan Bölge Mahkemesinin 15 Mart 1999 tarihli tespitine gönderme yapmıştır.

Başvurucu, kendi tutumu hakkında ise, şikâyetlerinin yargılamayı hızlandırmayı amaçladığını ileri sürmüştür. Ayrıca Sözleşmenin 6. maddesinin, ne kendisinin yargıyla aktif bir işbirliğini ne de yasal yolları takip etme girişiminin kendisine karşı kullanılmasını gerektirmediğini ileri sürmüştür. Yetkililerin tutumu konusunda ise Magadan Şehir Mahkemesinin, 3 Ağustos 1999 tarihli kararıyla saptanan hazırlık soruşturmasının kötü kalitesine ve soruşturmada yapılan hatalara gönderme yapmıştır. Ek olarak Şehir Mahkemesi, Ceza Usûl Yasasının 223/1 ve 239. maddelerinde belirtilen yargılamanın başlatılma sürelerine uymayarak iç hukuku bizzat ihlal etmiştir. Yargılama sırasında sadece 9 tanığın dinlenmiş olduğuna dikkat çekilmiştir. Başvurucu ayrıca kendisiyle hiçbir şekilde ilgisi olmayan mahkeme yargıcının davadan alınmasına ve davasının hızlandırılmasında etkin olmadığı kanıtlanan dava dosyasının Khasynskiy İlçe Mahkemesine gönderilmesine atıfta bulunmaktadır.

127. Hükümet, başvuru davasının incelenmesinin uzun sürdüğünü kabul etmiş fakat sürenin makul olduğunu ileri sürmüştür. Davanın karmaşıklığı ve dosyanın kapsamlılığı yanında davanın eksiksiz ve ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesinin davanın uzun sürmesine neden olduğu iddiasını sürdürmüştür.

Ayrıca başvuru, daha önceden reddedilmiş istemlerine rağmen yinelenen istemleri de dâhil olmak üzere çok sayıda dilekçe göndererek yargılamanın uzun sürmesine katkıda bulunmuştur. Hükümet, başvuru davasının yargılama sırasında sunduğu çok sayıda dilekçeyi, yargılamayı geciktirmek için kasıtlı girişim olarak tespit eden Magadan Şehir Mahkemesinin 15 Temmuz 1999 ve 22 Temmuz 1999 tarihli kararlarına bu açıdan gönderme yapmaktadır. Başvurucunun davasının başka bir mahkemeye gönderilmesi için duruşmalar arasında sunduğu dilekçeler ayrıca gecikmeye neden olmuştur. Dava dosyasının %30'unun başvuru davasının şikâyetlerinden ve istemlerinden oluştuğuna işaret edilmiştir.

Hükümet ayrıca başvuruçunun tutukluluk süresinin, cezasından indirildiğine işaret etmektedir. Bu nedenle başvuruçunun yargılamalar sırasındaki tutukluluk süresinin, hapsedildiği toplam süre üzerinde herhangi bir etkisi yoktur.

Sonuç olarak Hükümet, bankaya ve banka müşterilerine verdiği zararları tazmin etmeden, cezasının tamamlanmasından önce, af yoluyla yetkililerin başvuruçuyu tahliye ederek ona karşı insancıl bir tavır gösterdiklerini ifade etmiştir.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

(a) Davanın Karmaşıklığı

128. Mahkeme, başvuruçunun tek sanık olduğu yargılamaların, sorgulanan tanıkları da kapsayan çok sayıda kanıtla birlikte finansal suçlarla ilgili olduğuna dikkat etmektedir. Yani sıra Mahkeme, yargılamanın ertelendiği 7 Mayıs 1997 tarihinden, yeniden başladığı 15 Nisan 1999 tarihine kadar soruşturmasal önlemlerin alınmadığını da gözlemlemektedir.

Mahkeme, davanın yargılamadaki gecikmeyi haklı kılacak biçimde karmaşık olmadığına ilişkin yerel mahkemenin saptamasını dikkate almaktadır (Bakınız: Yukarıda p. 69).

Bu nedenle yargılama süresinin uzunluğundan soruşturmanın gerekleri ya da davanın karmaşıklığı sorumlu değildir.

(b) Başvuruçunun Tutumu

129. Mahkeme, yerel mahkemedeki yargılama süreçlerinin tamamında başvuruçunun hem yargılama boyunca ve hem de duruşma aralarında davasıyla bağlantılı sayısız dilekçe sunduğuna dikkat çekmektedir. Mahkeme, 6. maddenin cezai alanda kendisine suç atfedilen kişinin, yargı makamlarıyla işbirliği yapmasını gerektirmediğini hatırlatmaktadır (Bakınız: 25 Şubat 1993 tarihli Dobbartin/Fransa kararı, Seri A, no. 256-D, p. 117 -43).

Mahkeme, başvuruçunun yargılama boyunca sunduğu dilekçelerinin, 15 Nisan 1999 tarihinde yargılama mahkemesince davanın incelenmesini engelleyici bulunduğunu gözlemektedir. Bununla birlikte, 11 Kasım 1996'dan 7 Mayıs 1997'ye ve 20 Aralık 1999'dan 31 Mart 2000'e kadar süren diğer yargılama dönemleri boyunca başvuruçunun davranışının herhangi bir şekilde yargılamayı yavaşlatıcı olduğunun söylendiğine ilişkin bir kanıt yoktur.

Mahkeme, duruşmalar arasında başvuruçunun tarafından sunulan dilekçelerin temel olarak davasını inceleyen yargılama mahkemesinin ihmali sürdürmesiyle ilgili olduğunu not etmektedir. Mahkeme, bu dilekçelerin, -özellikle büyük bir kısmı etkisiz bırakılmıştır- yargılamaları yavaşlatmaya katkıda bulunduğunu saptayamamıştır. Davanın yargılamaların hızlandırılması için başka bir mahkemeye gönderildiği doğrudan, başvuruçunun, göndermeden sonra davasında ilerleme olmadığı sonucuna itiraz etmek için mahkemeyi eleştirememelidir.

Mahkeme ayrıca, 8 Ağustos 1997 tarihinde, başvuruçunun avukatının katılmaması nedeniyle duruşmanın bir kez ertelendiğini not etmektedir.

130. Mahkeme, başvurunun belirli gecikmeler için sorumlu tutulabilecek olmasına rağmen, özünde onun tutumunun yargılamaların uzamasına katkıda bulunmadığı düşüncesindedir.

(c) Ulusal Yetkililerin Tutumu

131. Yukarıda söz edildiği üzere, iç hukuktaki yargılamalarda başvurunun tutumu ya da davanın karmaşıklığı ile açıklanamayacak önemli gecikmeler yaşanmıştır. Dava, özellikle yargılama mahkemesi önünde 7 Mayıs 1997'den 15 Nisan 1999'a kadar yaklaşık 2 yıl beklemiştir.

132. Başvurucu yargılamalar boyunca alıkonulmuştur. Mahkeme, davayla ilgilenen mahkemeler açısından bu durumun adaletin süratle yerine getirilmesi için bir çabayı gerektirdiğini gözlemlemektedir.

133. Mahkeme, Magadan Şehir Mahkemesinin 3 Ağustos 1999 tarihli hükmünü ve 29 Eylül 1999 tarihli suçlamaların sürdürülmesini kesen kararını takiben yetkililerin aynı olaylar temelinde başvurucuya karşı yeni bir suçlamayla dava açtıklarını, bunun ilk derece mahkemesi önünde 4,5 yılda sonuçlanan yargılamanın uzamasına katkıda bulunduğunu not etmektedir.

134. Mahkeme, özellikle Sözleşmenin yürürlüğe girdiği 5 Mayıs 1998 tarihinden sonra yetkililerin görevlerini özel bir çabayla yerine getirmekte başarısız oldukları düşüncesindedir.

3. Sonuç

135. Aktarılan arka plan dikkate alındığında Mahkeme, yargılamanın uzunluğunun "makul süre" koşulunun gereklerini yerine getirmediği düşüncesindedir.

IV. Sözleşmenin 41. Maddesine İlişkin Başvuru

136. Sözleşmenin 41. Maddesi:

"Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa Mahkeme, gerektiği takdirde hakkaniyete uygun bir sûrette zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

a. Maddî Zarar

137. Başvurucu aşağıdaki aktarılan kalemler ışığında zararların giderilmesini istemiştir:

(1) Kuzeydoğu Ticaret Bankasının Başkanı olmasından dolayı maaş kaybı için 130.599 ABD Doları, Temmuz 1995'ten 20 Nisan 2000'e kadar tutuklu olarak geçen süre nedeniyle;

(2) Yakalanmasından dolayı diğer şirketlerden çıkarılması nedeniyle uğradığı maaş kaybı için 203.000 ABD Doları;

(3) Yakalanmasını takiben şirketindeki mülkiyet haklarının kaybı için 500.000 ABD Doları;

- (4) Otomobilinin kaybı için 8.600 ABD Doları;
(5) Sahip olduğu hisse senetlerini, 1995 yılı değerlerinde piyasada satamamasından doğan kâr kaybı için 11.734.376 ABD Doları;
(6) 1997 yılında iflası açıklanan fabrikada çoğunluk hisselerinden doğan kaybı için 436.226 ABD Doları.
Başvurucunun tüm istemi, toplam olarak 13.012.702 ABD Dolarıdır.

138. Hükümet, bu isteklere itiraz etmiştir.

139. Mahkeme, yalnızca bulgularan ihlalin gerçekten şikâyet edilen zarar ya da kayıplara neden olduğuna ikna olduğunda, 41. madde hükmüne göre maddî tazminata karar verebileceğini hatırlatmaktadır.

(1) numaralı istek kalemi dikkate alındığında Mahkeme, bulguladığı ihlaller ile ileri sürülen zarar arasında bir nedensellik bağı kurulamadığı düşüncesindedir.

Bundan dolayı Mahkeme, başvurusunun bu başlık altındaki istemini reddetmektedir.

b. Manevi Zarar

140. Başvurucu, manevi zararı için 9.636.000 Fransız Fransı istemiştir.

141. Hükümet, isteğin aşırı olduğunu ve ihlal bulgularının yeterli bir tatmin oluşturabileceğini ileri sürmüştür.

142. Mahkeme, başvurusunun yargılama sırasındaki böylesi cezaevi koşullarında süren uzun tutukluluğunda olduğu gibi, ceza yargılamasının uzunluğunun tek başına ihlal bulgularıyla tazmin edilemeyecek endişe, belirsizlik ve hüsrana duygularına neden olacağı düşüncesindedir.

143. Mahkeme, eşit temelde karar vererek başvuru lehine 5.000 Euro, manevi tazminata hükmeder.

c. Ücretler ve Masraflar

144. Başvurucu, iç hukuk yargılamaları sırasında avukatı tarafından verilen hizmetin yaklaşık olarak 40.000 ABD Doları tutarında olduğunu ileri sürmüştür.

145. Hükümet, ilgili sürede Magadan bölgesindeki avukat ücretlerinin düzeyine rağmen, bu istemin aşırı ve desteklenmemiş olduğuna işaret etmiştir.

146. Mahkeme, Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca tazminatın ücret ve masrafları içermesi için Sözleşme ihlali oluşturduğu bulgularan sorunun önlenmesi veya tazmin edilmesinin sağlanması için, bunların gerçekten ve zorunlu olarak meydana geldiğinin ve miktar olarak makul olduğunun kanıtlanmak zorunda olduğunu hatırlatır (Bakınız: Örneğin Nielsen ve Johnson/Norveç [GC] no. 23118/93, p. 43, AİHM 1999-VIII). Sunulan belgelerden başvurusunun kefaletle tahliyesini sağlaması girişimleriyle bağlantılı olarak, başvuru açısından yasal ücret ve masraflarının meydana geldiği açıktır. Bununla birlikte, başvuru istediği miktara ilişkin sadece kısmî destekleyici belge sunmuştur. Ayrıca, bu ücretler Sözleşmenin 3., 5/3. ve 6/1. maddelerinin ihlaliyle ilgili değildir.

Mahkeme, eşit temelde bir değerlendirme yaparak bu başlık altında, başvurusunun 3.000 Euro ile tazmin edilmesini makul olduğuna karar verir.

d. Temerrüt Faizi

147. Mahkeme, temerrüt faizinin Avrupa Merkez Bankasının yıllık borç verme faizlerine artı %3 eklenerek tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Bu Nedenlerle Mahkeme Oybirliğiyle,

1. Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine;
2. Sözleşmenin 5/3. maddesinin ihlal edildiğine;
3. Sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine;
- 4.

(a) Sorumlu Devletin, Mahkeme kararının Sözleşmenin 44/2. maddesi uyarınca kesinleşeceği tarihten itibaren 3 ay içinde aşağıda yazılı miktarları ödemenin yapılacağı tarihteki Rus Rublesine çevirerek başvurucuya ödemesine;

- a. Manevi tazminat için 5.000 Euro;
- b. Ücret ve masraflar için 3.000 Euro;
- c. Yukarıda belirtilen miktarlar herhangi bir vergiden muaf olmak üzere;

(b) Yukarıda söz edilen 3 aylık sürenin dolmasından itibaren ödeme tarihine kadarki süre için, Avrupa Merkez Bankasının borç verme faizlerine eşitlenecek yıllık basit faize 3 puan eklenmesine;

5. Başvurucunun hakkaniyeti uygun tatminine ilişkin diğer istemlerinin reddine karar vermiştir.

İngilizce olarak hazırlanan bu metin, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77-2 ve 3. maddelerine uygun olarak, 15 Temmuz 2002 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

S. DOLLE

Yazı İşleri Müdürü

J-P. COSTA

Başkan

Not: Sözleşmenin 45/2,i ve İç Tüzük'ün 74/2 maddeleri uyarınca, Yargıç Bay Kovler'in ayrık görüşü, özgün karara ekli olmasına rağmen tarafımızdan çevrilmemiştir (-ç.n).

3 AİHM KARARLARINDA ORTAYA KONULAN TEMEL İLKELER: ŞÜPHE KAVRAMI

Ders Planı

- 3.1. Giriş
- 3.2. Alıştırma
- 3.3. Alıştırmanın Değerlendirilmesi
- 3.4. PP Sunumu
- 3.5. Tartışma
- 3.6. Vaka Çalışmaları
- 3.7. Değerlendirme ve Geribildirim

Ders Planı - AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler: Şüphe Kavramı

Gerekli Kaynaklar

- Windows 7-8.1 ve MS Office/PowerPoint donanımlı masaüstü veya dizüstü bilgisayar
- Projektör ve ekran
- (Tercihen) Yazı tahtası
- Çeşitli renklerde kalem
- 2 flipchart
- Flipchart kalemi, yeterli miktarda kâğıt
- Öğrenci not defteri ve kalem

Dersin Amacı

Dersin sonunda öğrenci aşağıdakileri yapabilecektir:

- Ceza Muhâkemesinde şüphenin asli önemini kavramak
- Hem AİHS hem iç hukukta şüphenin değerlendirilmesinde farklı yaklaşımları öğrenmek
- Münferit şüphe düzeylerini tanımak ve bunların değerlendirilmesi
- Uygulamada münferit şüphe düzeylerinden uygun şekilde faydalanmak

Dersin Kapsamı

Bu ders meslek içi eğitim modülünün 2. gün programının bir bölümüdür ve 100 dakika sürecektir.

Yöntem

- Anlatım/açıklama
- Alıştırma
- Sorular ve cevaplar
- Tartışma

Araçlar

- Power Point Sunum
- Kurs Materyali
- Vaka çalışmaları

Dersin İşleniş Süreci

- Giriş Sözlü Ders: Ceza Muhâkemesinde Suç Kavramının Esası
- Alıştırma: İlgili Türk Mevzuatının Kontrol Edilmesi
- Alıştırmanın Değerlendirilmesi
- Power-Point Sunumu: Şüphe Dereceleri
- Çalışma Grupları Hâlinde Vaka Çalışmaları
- Tartışma
- Değerlendirme

3. AİHM Kararlarında Ortaya Konulan Temel İlkeler: Şüphe Kavramı

3.1. Giriş

- Bu bölümde eğitici, şüphe kavramını genel anlamıyla çeşitli yoğunluktaki farklı izlenimlere göre açıklayacaktır.
- Bu izlenimlerden her birinin ceza usûlünde hukukî bir anlamı olmak zorunda değildir ve ilgili şüphe dereceleriyle ilgili özelliklerin açıklanmasına ilişkin dilbilimsel tartışmalar olduğunun açıklanması önemlidir.

Toplumsal sistemler, toplumsal huzuru korumak için kurallara itaatsizliği kovuşturmayı görev addettiklerinden çok farklı gereklilikler ve varsayımları karşılamaları gereklidir.

Cezai tepkileri elbette yalnız gerçek faili hedef alır ve hem uygun hem kabul edilebilir olmaları gereklidir.

Kabulü, hâkimin kişiliğine güvene dayandıran hukuk sistemleri vardır. Hâkimin otoritesi sorgulanmamalıdır. Güven, soruşturmanın seyri ile ilgili resmî kuralların katı olmasıyla da tesis edilir. Hukukun meslekten olmayanların da kuvvetli katılımıyla örfî hukuk ailelerindeki gibi hukuk sistemleri sık sık bu modeli takip eder. Bu, bazen bırakın yazılı gerekçeyi açık gerekçelendirmeden kaçınmak veya hatta her türlü (yazılı) gerekçeyi yasaklamak kadar ileri gider.

Oysa Kıta Avrupa'sı geleneğindeki çoğu hukuk sistemi ve Türk hukuk sistemi bir kararın gerekçelerinin ilgili şahıs, halk ve duruma göre daha sonraki temyiz aşaması için anlaşılabilir ve doğrulanabilir olmasını şart kılar.

Aslında AİHS, kendi mahkemesinin kararları ile ilgili olarak AİHS'nin 45. maddesindeki yolu eşit derecede izlemektedir.

Gerekçe bildirme yükümlülüğü elbette önce doğru kararın tesis edilmesi gerçeğini değiştirmez -insanın hata yapmaya meyilli insanlar tarafından-. Orta Çağ hukuk sistemleri bu problemi mahkûmiyetin ancak itirafa dayanılarak verilmesiyle çözmeyi denediler. Bu yöntemin değerini kanıtladığı söylenemez. İşkencenin önünü aşmıştır. Böylece azar azar diğer delil vasıtaları hukuk sistemlerine girdiler ve işkencenin kaldırılmasını sağladılar. Bu delil vasıtaları başlangıçta tanıklar, daha sonra diğer delillerdi. Tanıklarla ilgili olarak gelişme belirli tanıklardan ve salt resmî ifadelerin alınmasından bugünün tanıkların ifadelerinin değerlendirilmesi ve takdirine ilerlemiştir.

Gerçeği bulmanın sübjektif riskleri bakımından hukuk sistemleri kısmen riskleri delille ilgili katı kurallara sahip olarak telafi etmeye çalışırlar. Ayrıca, soruşturmanın kati sûrette kurallara bağlanmış seyrinin de gerçeğin bulunmasının şeffaf olmasını ve hâkimin nihai olarak belirleyici inancının keyfî ve tesadüfi olmamasını temin etmesi amaçlanmaktadır.

Belirli ilkeler yardımcıdır, 2300 yıldır şüphe halinde davalının daha lehinde hüküm vermek ("in dubio pro reo") ve 14. yüzyılın başlangıcı itibarıyla masumiyet karinesi ilkesi gibi. Bunun anlamı mahkemenin nihai kararı yürürlüğe girene kadar sanığın masum addedilmesi gerektiğidir.

Bu ilke 1948'de BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 1. kısmının 11. maddesinde ve AİHS'nin 2. kısmının 6. maddesinde yerini almıştır.

Böylelikle mahkemenin davalının suçluluğuna kanaat getirmiş olması mahkemenin kararının bir ön koşuludur. Oysa çoğu hukuk sistemi bu kişisel inancın sübjektif olduğunu ve olası şüphelerin üstesinden gelmesi gerektiğini, öte yandan giderilen şüphe ile yalnız teorik olasılık olan şüpheler arasındaki sınırın kesin olmadığını hesaba katmaktadır. Bu sebeple, mahkemenin suçlulukla ilgili makul hiçbir şüphesinin olmamasının ve bilimsel olarak tamamen imkânsız olmasalar bile abartılı ve saçma durumlara dayanmış olmamasının kabul edilebilir bir mahkûmiyet için yeterli olduğunu düşünürler.

Bu ilkeleri uygulayarak ve gerekli tespitlerin iyi düzenlenmiş yargılama yapılmış olmasından yola çıkarak hukuk sistemleri failin- insan olarak suçlu olduğu söylenebildiği sürece cezalandırılmış olmasını, ama aynı zamanda masum insanların mahkûm edilmemesini temin ederler.

Bu durum kural olarak yalnız mahkûmiyet zamanı için geçerlidir. Ancak bir suçun işlenmesinden gerçekten suçlu olan kişi sırf mahkûmiyet için gereklilikler henüz tam olarak karşılanmadığı için asla cezalandırılmaması toplumda huzur için kabul edilemez olacaktır.

Bu sebeple hukuk sistemleri mahkûmiyet için gerekli olguların ve diğer delilin hangi koşullar altında tesis edilebileceği sorusu ile ilgilenmelidir.

Masumiyet karinesi başlangıçtan beri bir engel olmak zorunda değildir. Herkesin masumiyet karinesinin çürütülüp çürütülmeyeceği bakımından soruşturmaya tabi olması gerektiği oybirliği ile kabul edilmektedir.

Yargılama öncesi safhada ceza soruşturmasının amacı tam da budur. AİHS ciddiye alındığında soru, fail olduğu iddia edilen şahsı aleyhinde materyal derleyerek dava edip kovuşturmak değil mevcut delile veya saptanacak delillere göre masumiyet karinesinin çürütülüp çürütülemeyeceğini kontrol etmektir. Bu sırf bir konuşma şekli değildir, polisin ve kovuşturmanın öz imgesini ve sonuçta muhtemelen masum bir şahısla ilişkileri belirler. Çeşitli dillerde bu makamların, kovuşturma makamları veya soruşturma makamları olarak adlandırılmış olmaları çok fazla önemli değildir. Bunlar dillerdeki dilsel farklılıklardır.

Bu usûlün nihai varış yerini bilmeliyiz. Sanığın suçlu olduğu mahkemenin inancıdır (Bir dakikalığına mahkemenin böyle bir inanca sahip olmadığı ve bu sebeple yargılamanın sona erdirilmesi gerektiği durumu bir kenara bırakalım.).

Bu işlemlerin başlangıç noktası tam olarak neresidir?

Olası cevap olan dosyanın esasa alındığı ve soruşturmanın başlaması ancak şeklen doğrudur. Ne de olsa bu faaliyetler için görünür bir sebep olmalıdır.

Aslında ceza soruşturmasından bahsettiğimizde başlangıç noktası belirli bir şahsın suçu işlemiş olabileceği şüphesidir. Bu sebeple "şüphe" yargılama öncesi ceza soruşturmasının temelindeki kavramdır.

Bu kavramın, Türk Ceza Usûl Kanunu'nda olduğu gibi birçok ceza, Usûl Kanunu'nda tanımlanmamış olması ama en iyi durumda farklı terimlerle ifa edilmesi ilginçtir. Türk CMUK'nun 160. maddesinde durum böyledir. Genellikle ve açıkça "şüphe" bilinen bir olgu olarak kabul edilir. Bu, düşüncenin konusunun henüz kesin addedilmemesi ile kanaat getirmekten farklı bir entelektüel zihin durumu olarak açıklanabilir. Bu düşüncenin ilk ortaya çıkışından başlayarak nihai inanca kadar dinamik bir soruşturma ve delil toplama süreci devam eder, burada şüphe unsurları duruma göre sonuçta bir mahkûmiyet haline gelene kadar gittikçe kuvvetlenir, CMUK 170. maddede bahsedilen yeterli şüphe anını geçer.

Oysa bu seyrin çeşitli yönlere gidebileceği de doğrudur. Son nokta şüphelinin bir suç işlemiş olduğuna kanaat olabilir veya tersine bir suç işlememiş olduğuna. Bu sebeple "şüphe" kavramının her zaman iki ucu açıktır.

Profesyonel olmayan bir şekilde yürütülen birçok soruşturma bu belirsizliğe yeterince dikkat edilmemesinin eksikliğini gösterir. Ancak masumiyet karinesi ve "in dubio pro reo" ilkesi ile birlikte bu, Ceza Muhâkemesi alanında hukukun üstünlüğü bakımından merkezî husustur.

Şüphenin ilk ortaya çıkışından inanca ulaşana kadar dinamik bir süreç devam ediyorsa ceza soruşturma usûlünün tüm skalayı kullanıp kullanamayacağı sorulmalıdır. Aslına bakarsanız, aşağıdaki derste tartışılacak olan masumiyet karinesi ve orantılılık ilkesi bir kısıtlamaya yol açar.

İşaret edildiği gibi masumiyet karinesi olayları netleştirmeye mutlak bir engel değilse de sınırlar vardır. Hukukun üstünlüğüne bağlı olan tüm hukuk sistemleri başlangıç noktası olarak veya soruşturmaya esas olarak şüpheye ancak somut göstergeler, olgular mevcutsa itibar eder. Böylesi olgulara dayanmayan hiçbir karine hukukun üstünlüğüne göre soruşturmalar için başlangıç noktası olarak kabul edilemez. Sonuç olarak CMUK'un 160. maddesine göre savcı, ister suç ihbârı ile ister başka şekilde olsun, bir suç işlendiğine dair izlenim yaratan bir olgudan haberdar olduğunda harekete geçmelidir. Diğer taraftan bunun anlamı yalnız böylesi olguların harekete geçmeyi zorunlu kılmasıdır. Bu nedenle böylesi elverişli, doğrulanabilir olgular olmadan soruşturma kabul edilemez olacaktır.

Bu, kısıtlamalardan biridir. Diğer soruşturma işlemlerinin masumiyet karinesine göre masum olduğu varsayılan bir şahsın özgürlük alanına farklı şekillerde tecavüz etmesi olgusundan doğar. Hukukun üstünlüğü gereğince tüm Ceza Usûl Kanunları bu sebeple usûle ait hangi durumda özgürlük alanına tecavüzlerin olabileceğine dair açıklamalar veya netleştirmeler getirirler ve bunu yaparken şüphenin gücüne göre ayırım yaparlar.

3.2. Alıştırma

- Müteakip iki bölümde, şüphe nosyonunun Türk Ceza Mevzuatında kullanıldığı bağlamın gösterilmesi ve değerlendirilmesi yapılacaktır.
- İşbirliği ve fikir alışverişini desteklemek amacıyla vaka çalışmaları 3-5 kişilik küçük gruplar hâlinde çalışılmalıdır.

- a. CMK'nın "şüphe" kavramını nerede kullandığını öğrenin.
- b. Bu bağlamda başka hangi kavramlar kullanılır?

c. Bu açıklayıcı ifadelerin kullanımında bir sistem görüyor musunuz?
(Bakınız: Ekli tablolar)

3.3. Alıştırmanın Değerlendirilmesi

- Özellikle yukarıda yer alan alıştırmanın c. bölümü, aşağıdaki sunumun başlangıç noktasını oluşturacaktır.

3.4. PP Sunumu

- Bütün slaytlarla ilgili yorum yapılabilir. Aşağıdaki metinler eğiticinin kendisi tarafından yapılacak sunumlara temel teşkil edecektir.
- İlgili nosyon veya tanımın açıklanmasında sadece ilgili metinlerin gösterilmesi amacıyla slaytlar hareketli olarak hazırlanmıştır. Hareketli slaytların değiştirilmesinde SPACE (Boşluk), RETURN (geri), PAGE DOWN (sayfa aşağı), ARROW DOWN (aşağı ok) veya ARROW RIGHT (yukarı ok) kullanılabilir.

Slayt 1 AIHS Kapsamında "Şüphe" Kavramı

AIHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi "makul şüphe"den yakalama veya yargılama öncesi tutuklama için ön şart olarak bahsetmektedir. AIHM, birçok durumda 5/1-c maddesi bakımından iç hukuk ve AIHS gereğince ilgili ön koşullar hakkında karar vermiştir. Bu hususta konuyla ilgili kararlar şunlar olmuştur:

Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık, 30.8.1990
Murray/ Birleşik Krallık, 28.10.1994
Wloch/Polonya, 19.10.2000
Lisse/Fransa, 16.1.2001 (D)
O'Hara/ Birleşik Krallık, 16.10.2001.

Ancak sözleşmenin, sözleşmeciler devletlerin her birinin kabulü ve üyeliğini karşılamak için çeşitli ulusal düzenlemeler ve fikirler arasında bir kesişme bulmasını gerektiği unutulmamalıdır. Böylesi farklı düzenlemelerin birleştirilmesinin sonucu minimum kesişmedir. Böylece örneğin Birleşik Krallık bakımından (bk. O'Hara/ Birleşik Krallık, 16.10.2001) kararlar, Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda'da yürürlükte olan ve orada yakalama emri verilmesi için gereken "gerçek makul şüphe" lafzını değerlendirmelidir. Doğrusu, çoğu sözleşmeciler devlette ifade tarzı, kısmen dil yüzünden farklıdır. Sözleşmeciler, devletlerin her hukuk sistemi mahkûm olmamış/henüz mahkûm olmamış kişilerin özellikle yakalama ve tutuklamalarda özgürlüğüne önemli tecavüz hâlinde yüksek şüphe düzeyleri aramaz.

	<p>Ancak çoğu hukuk sistemi yapar ise Türk CMUK 100. madde de yapar mı? Bir başka örnek ise Alman CMUK olabilir mi?</p> <p>Bu yüzden yapı nedeniyle AİHS ile başlamamak ve yalnız AİHS'ye dayanmamak, şüphelinin olası nüansları hakkında ayrıntılı bir açıklamayı daha sofistike bir şekilde yapmak uygun görünmektedir.</p>
<p>Slayt 2 Ceza Soruşturmasında Şüphelinin Ortaya Çıkışı ve Daha Sonraki Gelişimi</p>	<p>(üst başlık)</p>
<p>Slayt 3</p> <ul style="list-style-type: none"> • İlk Bakışta Bir Şeyin Görünmesi Gerektiğinden Farklı Olduğunun Varsayılması/ Şüphelenilmesi • Objektif ve Sübjektif Nitelikte Göstergelere Dayanma <ul style="list-style-type: none"> • Olayın Niteliği • Şeylerin Hâli • Şahısların Davranışı veya İfadeleri • Normalden Görünür Sapma 	<p>Gerçek durumları, sınıflandırmalar ve tanımlarla hukuk dilinde sınıflandırmaya çalışmak tipik bir hukukî tekniktir. Ekte sunulan slaytlar bu amaçla tartışılacaktır.</p> <p>Farklı hukuk sistemleri ve hukuk dili ne olursa olsun, her hukuk sisteminin şüpheli kavramını açıklamak zorunda olduğu ve soruşturmaların temelini tam olarak ne olacağı ve ne olmayacağını ortaya koymak eğiticinin sorumluluğundadır.</p> <p>Dolayısıyla genel anlamda "şüphelinin" artmasına neden olarak açıklanabilecek çeşitli durumların birbirinden ayırt edilmesi ve bu türden bir "şüphelinin" hangi derecesinin hukukî sonuçları olabileceği ve neden bazı durumlarda kritik çizgiye (henüz) ulaşılmadığının tespit edilebilmesi büyük önem arz etmektedir.</p>
<p>Slayt 4</p> <ul style="list-style-type: none"> • Şüphelinin Ortaya Çıkışı • Sezgi ("Arkada Daha Çok Şey Var Gibi Görünüyor") • Sübjektif Değerlendirme ("Bir Şeyler Yanlış") • Net İşaretler • Strateji (Olguların Analizi ve Değerlendirme) 	<p>Şüpheli bilginin kavranması (algılanması) ve değerlendirilmesinden kaynaklanır.</p>

<p>Slayt 5</p> <ul style="list-style-type: none">• Şüphenin Farklı Biçimleri• Güvensizlik• Bir Şeyin Yanlış Olduğuna Dair Kesin İzlenim, Örneğin Bir Şahsın İfadeleri Hakkında Şüphe	<p>Gerekli olduğunda yorum yapılacaktır.</p>
<p>Slayt 6</p> <p>Şüphenin Farklı Biçimleri Karine</p> <ul style="list-style-type: none">• Deneyime Dayanan, Spesifik Olgular Olmadan Varsayım• Durumların Algılanması ve Değerlendirilmesinden Kaynaklanır• Henüz Mevcut Olmayan/Mevcut Olması Zorunlu Olmayan Olgular	<p>Gerekli olduğunda yorum yapılacaktır.</p>
<p>Slayt 7</p> <p>Şüphenin Farklı Biçimleri Müphem Şüphe</p> <ul style="list-style-type: none">• Algılarla Desteklenen Karine• Meslekten Olmayanların Algılayamayacağı Ama Meslekî Deneyime Uyan Şüphe	
<p>Slayt 8</p> <p>Şüphenin Farklı Biçimleri Haklı Nedenlere Dayanan, Makul Şüphe</p> <ul style="list-style-type: none">• Bir Suç İşlenmiş Olduğun İzlenimi Yaratan Genellikle Algılanabilir Mevcut Olgular (CMUK 160. madde)• Mantıklı Bir Şekilde ve Gerçeklere Dayanarak Açıklanabilen Olgular• Karinenin Sınırının Aşılması	<p>Makul şüphe, AİHS'ne bağlı herhangi bir hukuk sisteminde resmî soruşturmalar için asgari gerekliliktir. Bu anlamıdır. Çünkü ancak o zaman olguları kontrol etme ve onlardan çıkarılan sonuçları kontrol etme olasılığı vardır.</p> <p>Türk CMK'un 160. maddesi 8. slaytta gösterilen tanımı kullanmaktadır. Hukuk uygulaması ve yargılama bazı hukuk sistemlerinde "makul" kavramının ötesinde gerekli şartları tanımlamak için başkaca açıklamalar önermişlerdir.</p> <p>Örnek verecek olursak Alman yargı sisteminde ve teorisinde soruşturmaya başlamanın temeli için spesifik bir tanım bulursunuz. Buna</p>

“başlangıç şüphesi” adı verilir ve bir suçun işlenmiş olduğunu veya şüphelinin suçun işlenmesine karışmış olduğunun mümkün görünmesi için yalnız başına veya diğer olgularla birlikte netleştirilmesi gereken bir veya daha fazla olgunun mevcudiyetini gerektirir.

Bu, keyfî soruşturmalar için kesin bir kısıtlamadır. Zaten bilinen olgu, bir suçun hukukî ön koşullarını karşılamak için gereken vakanın olgularının tamamı ile bir ilişki ve bağlantıya sahip olmalıdır. Zaten bilinen olgu, suçun oluşması için lüzumlu olan olgular zincirinin bir parçası değilse “bir suçun işlenmiş olduğu izlenimi” için esas olmayacaktır. Ama gerekli olgularla ilgili vargılara izin verdiği müddetçe olgu, zincirinin doğrudan bir parçası olmak zorunda değildir.

Fox, Campbell ve Hartley – Birleşik Krallık kararı, 12244/86, 12245/86 ve 12383/86, 30 Ağustos 1990.

(...) “makul bir şüphe” olması, ilgili kişinin suç işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi tatmin edecek gerçeklikler veya bilgilerin var olduğunu önceden varsayar. “Makul” olarak nitelendirilebilecek hususlar yine de koşulların tamamına bağlı olacaktır...

Ferrari-Bravo – İtalya kararı, 9627/81, 14 Mart 1984, DR37, 15.

(...) Komisyon, yakalama veya tutuklamayla ilgili herhangi bir sorunun söz konusu olamayacağını, çünkü bu fiillerin ancak isnat edilen suçla ilgi gerçekler ve olaylar kanıtlandığında gerekçelendirilebileceğini vurgulamıştır. Çünkü tutuklama ile kolaylaştırılması amaçlanan hazırlık soruşturmasının amacı budur.

Slayt 9

Şüphenin Farklı Biçimleri Kuvvetli Şüphe

- **Başka Hiçbir Sonucun Çıkarılamayacağı Şekilde Net ve Aşikâr Suçla ve İşlenmesiyle İlgili Göstergeler**
- **Bir Şahsın Fail veya Müşterek Fail Olduğu**

İşaret edildiği gibi masumiyet karinesi vakanın netleştirilmesine yönelik soruşturmalara karşı bir engel değildir. Ancak bu soruşturmalar ve sonuçları davalının kişisel özgürlüklerine ne kadar çok tecavüz ederse masumiyet karinesi de de facto baltalanmış ve dışlanmış olur. Bu nedenle orantılılık ilkesi, olası etkilerin dikkate alınmasını ve bir tarafta soruşturma yapma ihtiyacı diğer yanda davalının kişisel özgürlüğü arasında bir denge bulunmasını talep eder. Böylece CMUK 100. madde, diğer birçok mevzuat gibi

- **Olgular Göz Önünde Bulundurulduğunda Mahkûmiyetin Beklenebileceği Hususunda Hatırı Sayılır Olasılık**

yakalama talep edildiğinde ve yakalamaya karar verildiğinde daha kuvvetli bir şüphe biçimini gerekli kılar.

Yukarıda AİHS'nin bu ayrımı yapmadığı ve neden yapmadığı açıklanmıştır.

Baars- Hollanda kararı, 44320/98, 28 Ekim 2003.

Mahkeme, Alman mahkemelerinin, karar verilebilmesi için yapmaları gerektiği gibi, başvurularla ilgili hala kuvvetli şüphelerin olduğunu göstermek istediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, kullanılan kavramların belirsiz ve yetersiz görünmesi hâlinde bile, ulusal mahkemelerin kendilerini "makul şüphenin" var olması ve sanığın "suç işlemiş olması" esaslarıyla sınırlamış olduğunu eklemiştir. Özellikle Sn Lutz'un önceki ifadeleri başta olmak üzere deliller temel alındığında, kararların "şüphe durumunu" açıkladığı ve bir suç bulgusu içermediği görülmektedir. Bu bakımdan Mahkeme, bir önce bahsedilen Minelli davasında değerlendirilen ayrıntılı kararlarla bir tezat oluştuğunu tespit etmiştir.

29. Ancak mevcut davada Temyiz Mahkemesi, sahtecilikle suçlanan başvurucu hakkında herhangi bir hükümde bulunmamak için kararını "faturanın başvurucu tarafından sahte olarak düzenlendiği" görüşüne dayandırmış ve bu görüşe ilişkin unsurları ayrıntılı olarak açıklamıştır.

30. Bu koşullar altında Temyiz Mahkemesinin sadece başvurucuyla ilgili hala kuvvetli şüphe olduğunu belirtmiş olduğu söylenemez.

31. Temyiz Mahkemesinin gerekçesi, "başvurucu kanuna göre suçlu bulunmadan" başvurucunun suçunun esastan tespit edildiği anlamına gelmektedir. Gerekçe soruşturmada Sn. B. aleyhine tespit edilen bulgulara dayandırılmıştır. Başvurucu 6. maddenin savunmaya sağladığı koruma olmaksızın bahsedilen soruşturma sürecine sadece tanık olarak katılmıştır.

Slayt 10 Şüphenin Farklı Biçimleri Yeterli Şüphe

Soruşturma aşamasının sonunda toplanan delillerin bir suçun işlendiğine dair yeterli şüphe teşkil ettiği durumlarda savcılık CMUK 172. maddeye göre, kural olarak bir iddianame

- **Yargılama Öncesi Soruşturmanın Sonunda İddianamenin Zamanını Belirler**
- **Şimdiye Kadar Saptanan, Bir Mahkûmiyetin Muhtemel Görüldüğüne Dair Delil**

hazırlamalıdır, Aksi takdirde kamu davası açmak için gerekli şüpheyi haklı çıkarmaya yeterli ağırlıkta delil olmadığında veya kovuşturma için yasal hiçbir olasılık olmadığında 172. maddeye göre "kovuşturmaya yer olmadığına" karar vermelidir.

Her iki alternatif de sırasıyla yeterli şüphe ve yeterli ağırlıktan bahseder ki bu yargılamada yeterli kabul edilen şüphenin nihayet yargısal bir inanç haline gelmek üzere daha kuvvetlenmeyeceği olasılığına biraz yer bırakır. Aslında terim, neyin yeterli kabul edileceğine dair münferit değerlendirmeye tabidir ve bu sebeple bazı vakalarda tartışmaya yer bırakır.

Birincisi, neyin yeterli olduğuna karar vermek savcılığın takdirine kalmıştır. Diğer yandan iddianame hazırlanmadığında savcılık, mağdurun CMUK 173'e göre itiraz dilekçesi vermesi riski altındadır. İddianamenin hazırlanması hâlinde savcılık iddianamenin iddia edilen eksiklikler nedeniyle CMUK 174'e göre iadesi riskiyle karşı karşıyadır. Böylece CMUK 170 anlamında şüphenin yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi üzerinde düşünülmelidir.

Slayt 11 Şüphenin Farklı Biçimleri Yargısal İnanç

Sanığın itham edilen suçu işlediğinin kanıtlandığı hallerde mahkûmiyet kararı CMUK 223(5)'e göre verilir.

Suçlunun mahkûmiyetine karar vermek için kişisel kanaat kesinlikle gereklidir. Ancak yukarıda bahsedildiği gibi kişisel inanç makul şüpheyi aşmalıdır, doğru. Ama mutlak kesinlik ve makul şüphe olmadan kişisel inanç arasındaki boşluk her davada doldurulamaz ve bu nedenle göz ardı edilebilir.

CMUK 217 (1) bu gerçeği dikkate alır:

Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir.
Bu deliller, hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

Sonuç olarak yargısal inanç da en kuvvetli biçimi olarak şüphenin çeşitli biçimleri arasında sayılmalıdır.

3.5. Tartışma

- Eğiticiler, sunulan çeşitli şüpheli derecelerine göre farklı durumları birbirinden ayırt edebilmeli ve hangi aşamada hukuk yoluna başvurulacağına dair yeterli ve doğru sonuçlara ulaşabilmelidirler.
- 6. bölümde yer alan vaka çalışmalarından önce öğrenciler bu tip durumlarla ilgili kendi örneklerini vereceklerdir.

3.6. Vaka Çalışmaları

- İşbirliği ve fikir alışverişini desteklemek amacıyla vaka çalışmaları, 3-5 kişilik küçük gruplar hâlinde çalışılmalıdır.

1. Polis memuru A, yakındaki köyde genç erkeklerin bir toplantı yapacağını öğrenir. Daha önceki benzer olaylardan kısmen uyuşturucu ve alkol kullanılmasıyla birlikte araba yarışlarının yapıldığını bilmektedir. A, bu sefer de bu tip olayların olabileceğini tahmin eder.

2. Söz konusu toplantı gecesi içinde birkaç gençle komşu köy yönünden bir araba gelmektedir. A, alkol veya uyuşturucu ile ilgili bir suçun işlenmiş olabileceğinden şüpheli eder.

3. Araba A'nın yanından geçtiğinde zikzaklar çizerek hatırı sayılır hız yapmaktadır.

4. Daha sonra araba, diğer polisler tarafından durdurulur. Sürücü alkol kokmaktadır ve göz bebekleri büyümüştür. Polis önleyici tedbirler alınmasını gerekli görür.

5. Tıbbî muayene sürücünün %0.1,7 g'a ulaşan alkol zehirlenmesini kanıtlar. Tanıkların ifadeleri alınır.

İlgili vakaları karşılaştırın.

Hangi durumda harekete geçmek mümkündür?

Neden? Hangi hareket?

3.7. Değerlendirme ve Geribildirim

Ceza İşlemlerini Yönlendiren Şüphe Kavramı Türk CMK İle İlgili Anahtar Sözcükler

Şüphe

Madde No 2 Bölüm 1

Suç şüphesi altında bulunan kişi (...)

Madde No 74 Bölüm 1

Şüpheli veya sanığın fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunuyorsa (...)

Madde No 89 Bölüm 1

(Zehirlenmeden, ...) şüphelenmeyi gerektirecek sebepler varsa (...)

Madde No 100 Bölüm 1

Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir "tutuklama nedeninin" bulunması hâlinde (...)

Madde No 100 Bölüm 2 a Bendi

(...) kaçacağı şüphesini uyandıran olgular (...)

Madde No 100 Bölüm 2 b Bendi

Şüpheli veya sanığın davranışları (...) girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa (...)

Madde No 100 Bölüm 3

Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hâlinde "müzekkere ile tutuklama nedeni" var sayılabilir.

Madde No 121 Bölüm 1

(...) şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemişse...

Madde No 128 Bölüm 1

(...) soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hâllerde (...) el konabilir.

Madde No 133 Bölüm 1

Suçun (...) işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hâlinde (...)

Madde No 135 Bölüm 1

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturmada suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka sûrette delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda (...)

Madde No 138 Bölüm 1

Arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında (...) ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse (...)

Madde No 138 Bölüm 2

(...) yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmaya ilgili olmayan ve ancak 135.

maddenin 6. fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse (...)

Madde No 139 Bölüm 1

Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması hâlinde (...)

Madde No 140 Bölüm 1

Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması hâlinde (...)

Madde No 147 Bölüm 1 f Bendi

(...) ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak (...) olanağı tanınır.

Madde No 159 Bölüm 1

Bir kişinin doğal olmayan nedenlerle öldüğüne dair şüpheyi destekleyen belirtilerin olması hâlinde (...)

Madde No 170 Bölüm 2

Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa (...)

Madde No 171 Bölüm 2

Yeterli şüphe olmasına rağmen, Cumhuriyet Savcısı (...)

Madde No 172 Bölüm 1

(...) soruşturma evresinin sonunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi (...)

Yeterli

Madde No 91 Bölüm 5

(...) ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe (...)

Madde No 146 Bölüm 1

Hakkında (...) yakalama emir düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan (...)

Madde No 170 Bölüm 2

(...) suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet Savcısı...

Madde No 171 Bölüm 2

(...) Cumhuriyet Savcısı (...) yeterli şüphenin varlığına rağmen (...)

Madde No 172 Bölüm 1

(...) kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmemesi (...)

Madde No 173 Bölüm 3

(...) soruşturma sonunda kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa (...)

İzlenim

Madde No 160 Bölüm 1

Cumhuriyet Savcısı (...) bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez (...)

Makul

Madde No 138 Bölüm 1

(...) bir başka suçun işlendiğinden şüphe etmek için makul nedenler varsa (...)

Muhtemel

Madde No 129 Bölüm 1

(...) bu eşyaların suçun delilini oluşturduğuna inanmak için muhtemel sebep varsa (...)

Belirtmek-Bulgu

Madde No 2 Bölüm 1 j Bendi No. 3

(...) bir suçun kısa bir süre önce işlendiğini gösteren delil (...)

Madde No 74 Bölüm 1

Şüphelinin veya sanığın suç fiilini işlediğini gösteren kuvvetli şüphe belirtilerinin olması hâlinde (...)

Madde No 91 Bölüm 2

(...) ve kişinin suç işlemiş olduğu inancına delalet eden delil mevcut ise (...)

Madde No 135 Bölüm 1

(...) suçun işlenmiş olduğuna delalet eden kuvvetli şüphe sebepleri varsa (...)

Madde No 139 Bölüm 1

Soruşturma konusu suçun işlenmiş olduğunu hususunda kuvvetli şüphe belirtileri olması hâlinde (...)

Madde No 140 Bölüm 1

Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe belirtileri bulunması hâlinde (...)

Madde No 159 Bölüm 1

Bir kişinin doğal olmayan nedenlerle öldüğüne dair şüpheyi destekleyen belirtilerin olması hâlinde (...)

Olay

Madde No 100 Bölüm 1

Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir "tutuklama nedeninin" bulunması hâlinde, (...)

Madde No 100 Bölüm 2

(...) şüphesini haklı çıkaran olgular (...)

Madde No 117 Bölüm 2

(...) kabul edilmesine olanak sağlayan olaylar (...)

Madde No 160 Bölüm 1

(...) bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli (...)

4 KORUMA TEDBİRLERİNİN UYGULANMASINDA ORANTILILIK İLKESİ

Ders Planı

4.1. Giriş

4.2. Ağırtırmalar

4.3. Değerlendirme ve Geribildirim

Ders Planı - Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasında Orantılılık İlkesi

Gerekli Kaynaklar

- Windows 7-8.1 ve MS Office/PowerPoint donanımlı masaüstü veya dizüstü bilgisayar
- Projektör ve ekran
- (Tercihen) Yazı tahtası
- Çeşitli renklerde kalem
- 2 flipchart
- Flipchart kalemi, yeterli miktarda kâğıt
- Öğrenci not defteri ve kalem

Dersin Amacı

- Dersin sonunda öğrenci aşağıdakileri yapabilecektir:
- Orantılılık ilkesinin tarihi gelişimini kavrayabilmek
- Yeteri kadar güç uygulama yöntemi olarak orantılılık ilkesinin temel önemini anlayabilmek
- Tek bir duruma orantılılık ilkesi uygulanırken dengelenmesi gereken farklı öğeleri değerlendirebilmek

Dersin Kapsamı

Bu ders, hizmet içi eğitim modülünün 2. gününde yer alan bir bölümdür ve 50 dakikada işlenecektir.

Yöntem

- Anlatım/açıklama
- Soru cevap
- Tartışma
- Alıştırmalar

Araçlar

- Ders materyali
- Olay incelemesi

Dersin İşleniş Süreci

- Orantılılık ilkesinin hukukî ve tarihî geçmişine ilişkin bilgi alınması *15 dakika*
- Vaka çalışmaları (yukarı bk.) *20 dakika*
- Değerlendirme ve geribildirim *15 dakika*

4. Koruma Tedbirlerinin Uygulanmasında Orantılılık İlkesi

Giriş Notu

Sürenin sınırlı olması nedeniyle bu ders, çeşitli öğretim yöntemlerinin uygulanması için uygun değildir. Öğrenciler yine de orantılılık ilkesine ilişkin temel hususlar konusunda çalışma fırsatı bulacaklardır. Özellikle 1. vaka çalışması ile (orantılılıkla ilgili olarak algıların nasıl farklılaştığını gösteren üç hâkimin muhalif oy verdiği vaka) sadece bir tek özel sonuca ulaşılması konusunda herhangi bir zorlamaya neden olmadan orantılılık ilkesinin ölçülmesindeki hukukî hassasiyetin öğrenilmesi ve ortaya konulması mümkün olabilecektir.

Öğrencilerin vasıflarına bağlı olarak ve ele alınacak metinler bütünüyle dikkate alındığında, bazı öğrenciler için belirlenen süre içinde sonuç elde edilmesi zor olabilir. Dolayısıyla 2. vaka çalışmasını yedekte tutarak sadece 1. vaka çalışması üzerinde odaklanılması bir seçenek olabilir.

4.1. Giriş

Bu bölümde eğitici, anayasa hukukunun bir ürünü ve göstergesi olarak orantılılık ilkesinin tarihi bağlamını sunacaktır. Vurgulanması gereken diğer bir konu ise, ilgili hukuk sistemlerinde farklı gelişmeler olması nedeniyle ulaşılabilecek hedef ile bu amaçla kullanılacak araçlar arasındaki ilişkiye yönelik çeşitli dilsel ve fikrî yaklaşımlar söz konusudur. AİHM, sözleşme taraflarının tümü tarafından kabul edilebilir ortak bir payda bulmak zorunda kalmıştır.

Her ne kadar kökeni anayasa hukukuna dayansa da, orantılılık ilkesinin hükümlerin verilmesi de dâhil olmak üzere Ceza Muhâkemesinde hayatî bir önemi bulunmaktadır. Bugün, hukukun üstünlüğüne dayanan herhangi bir hukuk sisteminin temel kurumlarından biri olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, uluslararası ilişkiler bakımından da önemli bir konu hâline gelmiştir. Böylece Avrupa Birliğine üye devletler, AB Lizbon Antlaşması'na 2 numaralı Ek Protokol'de, Antlaşma'nın 5. maddesinde bahsedildiği gibi tamamlama ve orantılılık ilkelerinin tüm AB kurumlarında uygulanması üzerinde anlaşmışlardır.

Benzer biçimde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı da orantılılık ilkesiyle belirlenmektedir. Kavramın kendisine Sözleşmede yer verilmemiştir.

Aslında, "orantılılık ilkesi" kavramı, Sözleşme hazırlandığında henüz açıkça bilinmemekteydi. Avrupa kurumları alanı içerisinde ilk kez 1970 yılında hukukî bir düzeyde Avrupa Adalet Divanı tarafından kullanılmıştır. Buna paralel olarak, kendisine çeşitli hukuk sistemlerinde yer bulmuştur.

Ancak sahip olunan her güç konumunun istismara dayalı bir şekilde kullanılmayacağı daha önceki bir zamana kadar uzanır. Bu nedenle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine göre Sözleşme ile korunan haklar yalnızca "demokratik bir toplumda gerekli" ise kısıtlanabilir ve bu doğrultuda hakların meşru bir şekilde kısıtlanmasına imkân veren amaçlar belirlenmektedir. Örneğin adil yargılanma hakkıyla ilgili 6. madde; aile ve özel yaşamın mahremiyetiyle ilgili 8. madde; din, vicdan ve kanaat özgürlüğüyle ilgili 9. madde; ifade özgürlüğüyle ilgili 10. madde; toplanma ve örgütlenme özgürlüğüyle ilgili 11. madde ve hareket özgürlüğüyle ilgili 4 numaralı

Ek Protokol'ün 2. maddesi, Avrupa Adalet Divanı, AİHM ve özellikle üye devletlerdeki genel anayasa geleneğine bu anlamda önyak olmuştur.

1980'lerden itibaren özellikle Güney Avrupa ülkeleri kendi doktrinlerinde ve içtihatlarında orantılılık ilkesini anayasal bir ilke olarak benimsemiş ve onları Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin Anayasa Mahkemeleri takip etmiştir. Adli kontrole ilişkin yasalarının anayasallığı bakımından buna hukuk geleneklerinde yer vermeyen devletler bu modele karşı daha fazla ilgi göstermiş ve idarî eylemlerin kontrolünde daha yeterli dayanaklar olarak İngiltere'de olduğu gibi "makuliyet" veya Fransa'da olduğu gibi "erreur manifest" (hata duyurusu) yöntemlerine başvurmuşlardır. Oralarda bile teori, orantılılık ilkesinin yanında olmuştur.

Yargı işlemleri bakımından "orantılılık" kavramının 19. yüzyılın sonlarında, Prusya Yüksek İdari Mahkemesi tarafından geliştirilmiş olması da ilginçtir. Mahkeme içtihadında polisin veya diğer hükümet kurumlarının vatandaşlarla olan ilişkilerinde keyfiyet uygulayabilmelerine karşı bir dengenin kurulabilmesinin gerekli olduğunu düşünmüştür. Mahkeme, dava için gerekli olduğu durumlar haricinde, hükümet birimlerinin kendilerine verilmiş yetkiyi suiistimal etmemeleri ve ilkesiz bir şekilde kullanmamaları için kendilerine böyle bir yükümlülük getirmek istemiştir.

Almanya açısından, orantılılık ilkesine bugüne kadar bile bazı federal eyaletlerin polis yasaları dışında yasa metinlerinde yer verilmemiştir. Bununla birlikte bu ilke, anayasa tarafından ortaya konulduğu üzere hukukun üstünlüğüne dayanan bir devlet olarak kendisine yönelik değerlendirmesinin bir ifadesi ve anayasa düzeyinde bir ilke olarak düşünülmektedir. Aslında örfî hukuk olarak da kabul edilmektedir. Yurt dışında ise "savaş sonrası anayasal paradigmanın" bir parçası ve örneği olarak olumlu bir şekilde karşılanmıştır.

Bu arada, orantılılık ilkesi hem birincil Avrupa Birliği yasamasının hem de Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin somut bir parametresidir. Buna bağlı olarak, orantılılık ilkesinden açıkça söz eden kısıtlamalara ilişkin genel hükümler son yıllarda birçok ulusal anayasada yerini almıştır. Buna örnek olarak 2001 yılından itibaren Türk Anayasasının 13. maddesi verilebilir.

Anayasa hukuku bakımından ise orantılılık ilkesi, Avrupa dışındaki ülkelerin anayasalarına da girmiştir ve bunlara örnek olarak Brezilya, Kore ve Japonya verilebilir. Avrupa'dan esinlenen bu orantılılık ilkesinin dışında farklı bir yapıya sahip olsa da Kanada Hukuku da uluslararası bir hukuk kaynağı olarak mevcuttur. 1982 tarihli Kanada Temel Haklar Rehberi, yalnızca "özgür ve demokratik bir toplumda meşru olduğu gösterilebilecek olan yasalarda yazılı makul sınırlamalara" izin vermektedir.

Amerika Birleşik Devletleri yasaları bakımından ise, Yüksek Mahkeme yargıçları orantılılık ilkesini açıkça kabul etmeyi ve entegre etmeyi ABD doktrininden çok daha fazla reddetmektedirler. Bunun yerine, Kanada modelinden çok daha fazla bir şekilde durumların her birindeki şartların kendi içerisinde dengelenmesi söz konusudur. Böyle bir dengeleme, Avrupa'da çok daha açık bir şekilde tanımlanmış ve uygulanmakta olan orantılılık ilkesinden farklıdır. Öte yandan, günlük yaşamda cezai işlemlerdeki farklılıklar o kadar da büyük değildir ve elbette dengeleme süreci Avrupa modelinde açıkça kontrol konusu olan bireysel durumların hesaba katılabilmesi için de herhangi bir engel teşkil etmemektedir.

Öyleyse Avrupa modeli tam olarak nasıl görünmektedir? Ve orantılılık ilkesi soruşturma ve kovuşturma yetkililerinin günlük uygulamalarını nasıl ve nerede etkilemektedir? Sonuçta bu eğitim anayasa hukuku uzmanlarına değil, uygulayıcılara yöneliktir.

Öte yandan, gündelik uygulamalarda bazen yürürlükte olan yasanın uygulanışında belli bir durumun değerlendirilmesi sorunu, orantılılık ilkesinin uygulanışı bakımından ulusal yasaların kendilerinin birer engel teşkil edip etmediği sorunuyla kesişmektedir.

Birçok durumda, özellikle eylemlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından değerlendirilmesinde, bu iki mesele birbirinden tamamen ayrı tutulamazlar. Herhangi bir durum değerlendirilirken veya hakkında belli bir hükme varılırken, sadece temel haklara getirilecek olan kısıtlamaya orantılılık ilkesi bakımından ulusal yasalar tarafından izin verilip verilmediğine değil, aynı zamanda duruma göre değişiklik göstermekle beraber ulusal yasaların böyle bir müdâhaleye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi aleyhinde izin verip vermediğine ve bu konuda ne yapılabileceğine de odaklanılmalıdır. Örneğin ifade özgürlüğünün ihtilaf altında bulunduğu bir yerde, sorun sadece belli şartlar altında herhangi bir ifade veya duyuru yasaklanırken böyle bir kısıtlamaya ulusal yasalar tarafından izin verilip verilmemesi değil, aynı zamanda böyle bir kısıtlamanın AIHS 10. madde ile uyuşup uyuşmamasıdır. Sözleşmeye taraf olan bütün üye devletler öyle ya da böyle yürürlükte olan ulusal yasalarının Sözleşmeyle çelişmesi ve hatta durumuna göre orantısız olması nedeniyle suçlanmıştır.

Sözleşmeye taraf olan devletlerin sayısı hesaba katıldığında, kültürlerin ve hukuk geleneklerinin arasında bulunabilecek farklardan dolayı daima saygı gösterilmesi gereken bazı yasama ve uygulama farkları ortaya çıkabilir.

Bu nedenle Sözleşme, en küçük ortak payda olarak öngörülmüştür. Sözleşmeyle oluşturulan koruma mekanizması, bazı açılardan insan haklarını güvenceye alan ulusal sistemlerin tamamlayıcısıdır. Bu bağlamda "gereklilik" kavramıyla ima edilen toplumun acil bir ihtiyacının gerçekliği bakımından ilk değerlendirmesini yapmak ulusal yetkililere düşmektedir.

Buna bağlı olarak, 10. maddenin 2. paragrafı Sözleşme Devletlerine belli bir takdir sınırı bırakmaktadır. Bu sınır hem yerel yasama organına ("yasalarda yazılı olma") hem de yargı başta olmak üzere yürürlükte olan yasaları yorumlamakla ve uygulamakla görevli tüm organlara tanınmıştır. Takdir sınırı, Mahkeme ile üye devletlerarasında çıkabilecek zarar verici bir çatışmadan kaçınabilmek için gerekli olan esnekliği sağlar ve devletlerin egemenlikleriyle Sözleşme altındaki yükümlülüklerinin dengelenmesini mümkün kılar.

Mahkemenin takdir sınırını ilk kez tartıştığı dava (Handyside v. Birleşik Krallık, 7.12.1976 tarihli hüküm, § 4849).

Takdir sınırı doktrininin gelişimi, bir tarafta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve içtihatlarıyla diğer tarafta ulusal yasaların arasındaki ilişki için önem arz etmiş olabilir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ele alınan ve uygulamada karşılaşılan davaların çoğunun AIHS ilkeleriyle yasalar arasındaki uyumsuzluklarla ilgili olmadığı da ayrıca doğrudur; bunlar daha ziyade, belli bir davada yetkililerin veya resmî görevlilerin orantılılık ilkesini uygulamış olması veya bunun tam tersi bir şekilde

söz konusu kişinin haklarını ihlal etmiş olması sorunuyla ilgilidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, normalde temel haklara yapılan müdâhaleleri böyle bir müdâhalenin meşru olup olmadığı sorusuna dayanarak incelemektedir. Müdâhalenin meşru olup olmadığına belirlenmesinde yardımcı olması için normal şartlar altında 3 soruyu cevaplandırmaktadır: 1. Yasalara uygun muydu? 2. Kamu çıkarına hizmet etmiş miydi? 3. Ölçülü müydü?

Orantılılık ilkesinin ortaya çıkmasına yardımcı olan kaynaklarından biri olarak Alman Doktrini, bu bakımdan biraz daha yakın bir ayırım yapmaktadır ki bu da söz konusu olayı değerlendirirken belli bir kolaylık sağlayabilir.

- Söz konusu eylem uygun mu veya uygun muydu?

En azından istenen sonucun teşvik edilebilir olması hâlinde eylem uygun demektir. Sonuca gerçekten ulaşılmış olması gerekli değildir.

- Söz konusu eylem gerekli mi veya gerekli miydi?

Daha az zarar veren bir yöntem veya eylem aynı sonuca yol açabilecekse söz konusu eylem gereklidir.

Yalnızca tek bir yöntemin uygun olması hâlinde eylem alternatifsizlikten dolayı gerekli olacaktır.

- Yeterliliğe (daha dar anlamıyla orantılılığa) uyulmakta mı veya uyuldu mu?

Söz konusu kişinin dezavantajıyla ulaşılmak istenen amaç arasında sağlıklı bir ilişki varsa eylem yeterli demektir.

Kişinin uğradığı zarar ve kamu çıkarı arasında herhangi bir orantısızlık olmamalıdır. Daha ziyade, hukuken korunmakta olan haklar mümkün olduğunca dengelenmelidir yani ortaya çıkan yarar ve oluşan zarar arasında meşru bir ilişki olması gerekir. Sonuç itibarıyla ulaşılmak istenen hedefle Ölçülü olmamaları hâlinde kaçınmak istedikleri zarardan daha büyük bir zarara neden olacakları için kamu kurumları tarafından bu şekilde gerçekleştirilen eylemler orantısız olacaktır.

Kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen herhangi bir eylemin orantılılığının değerlendirilebilmesi için eylemin maksadının önceden belirlenmiş olması zorunludur. Bu Orantılılığın ilk kriteridir. Ayırım yapmaksızın sağa sola ateş eden bir teröristin, bir polis tarafından vurularak öldürülmesi ölçülü olabilir. Bunun tam tersi bir durumda, sadece bir sakız çalarken yakalanmış bir çocuğun kasten vurularak öldürülmesi kesinlikle ölçülü olmaz.

4.2. Alıştırmalar

- Öğrenci sayısına bağlı olarak oluşturulacak küçük çalışma grupları, paralel olarak bir vaka üzerinde çalışmalıdır.
- Yukarıda belirtildiği gibi, sürenin sınırlı olması nedeniyle öğrencilerin tamamının her 2 vaka üzerinde çalışmasını muhtemelen mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla 1. vaka çalışması üzerinde odaklanılmasına veya 2 vaka çalışmasını farklı çalışma

gruplarına verilmesi konusu eğiticiye kalmıştır.

Dersin verilmesine ilişkin ilk deneyimlerden sonra metinlerin önceden dağıtılması düşünülebilir (en azından 2. vaka çalışmasına ait hacimli metinlerin dağıtılması düşünülebilir).

Alıştırma

AlHM'ye sunulmuş olan aşağıdaki davaları inceleyiniz.

Ne gibi sonuçlar çıkarılmalıdır (çıkarılmıştır)?

Burada Mahkemenin kararı (veya daha öncesinde ulusal mahkemenin kararı) ne olmalıdır?

Dava 1. (Buck-Almanya 28.04.2005)

Dettingen belediye yetkilileri, 1996 yılının Ağustos ayında başvuru sahibinin oğlu V.B.'ye, 21 Mayıs 1996 akşamı başvuru sahibinin şirketi olan Trincomat özel limitet şirketine ait bir araçta seyahat ederken saatte 50 km olan hız limitini saatte 28 km kadar aştığı için 120 Alman Markı (DEM) tutarında bir ceza kesmiş ve 36 DEM tutarında masraf çıkarmıştır [Yol Trafik Yönetmeliklerinde, Yönetmelik 3 § 3 (1) ve 49 § 1 (3) ve Yol Trafik Kanunu'nun 24. maddesi]. Başvuru sahibi adı geçen şirketin sahibi ve yöneticisidir.

V.B., 4 Eylül'de cezayı kesen idari karara karşı bir itiraz dilekçesi sunmuştur.

Davanın ilk duruşması, 12 Mart 1997 günü Bad Urach Bölge Mahkemesi huzurunda gerçekleşmiştir. V.B., suçsuz olduğunu savunmuş ve o gün söz konusu şirket aracını kendisinden başka 15 kişinin daha kullanmış olabileceğini ifade etmiştir. Tanık olarak çağrılan başvuru sahibi ifade vermeyi reddetmiştir ve bir aile ferdi olarak bunu yapmaya hakkı vardır. Duruşma 19 Mart 1997 gününe ertelenmiştir.

Başvuru sahibi, 13 Mart 1997 günü sabah saat 10'da bir polis memuru tarafından oğlu aleyhine yürütülen dava süreciyle ilgili olarak çalışanları hakkında ifade vermesinin istenmesi üzerine, tekrar bunu yapmak istemediğini ve hiçbir çalışanın o an itibarıyla iş yerinde bulunmadığını belirtmiştir. Aynı gün içerisinde bir polis memuru, Bad Urach Bölge Mahkemesi hâkiminin emriyle Dettingen şehrinden başvuru sahibinin oğlunun bir resmîni vermesini istemiştir. Başvuru sahibinin ilgili zamandaki çalışanları hakkında Dettingen ticaret makamında (Gewerbeamt) yapılan polis araştırmasından hiçbir şey çıkmamıştır.

Bad Urach Bölge Mahkemesi, V.B. aleyhinde yürütülen yargı sürecinin bağlamında 13 Mart 1997 günü başvuru sahibinin iş yerinin ve evinin aranabilmesi için bir izin çıkarmıştır.

Yaklaşık 10.000 sakini olan Dettingen kasabasındaki ev ve iş yerinin araması aynı gün saat 2'de yerel polis karakolundan gelen 4 polis tarafından yapılmıştır. Personel dosyaları ve çalışma saati beyannameleri gibi bazı belgelere el konulmuş ve kopyaları çıkarıldıktan sonra ertesi gün başvuru sahibine iade edilmiştir. Belgelerde 4 kadın ve 2'si erkek olmak üzere söz konusu zamanda başvuru sahibinin şirketinde

çalışmakta olan 6 kişinin daha ismi açığa çıkmış ve ayrıca başvuru sahibinin başka bir akrabasının daha hız sınırı aşıldığında şirket aracını kullanıyor olabileceği saptanmıştır. Başvuru sahibi aramaya itiraz etmiş ve avukatının da yardımıyla, arama izninin çıkarıldığı 13 Mart 1997 günü arama ve el koyma iznine karşı bir itiraz dilekçesi sunmuştur.

Başvuru sahibi, Bad Urach Bölge Mahkemesinin emriyle iş yerinin ve evinin aranmasının, aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkını ihlal etmesinden şikâyetçi olmuştur. Özellikle, üçüncü bir kişi tarafından belli bir yönetmeliğin ihlali sonucu yürütülen bir soruşturma kapsamında yapılan aramanın orantısız olduğunu savunmuştur. Sözleşmenin 8. maddesine istinat etmiştir.

- a. AİHS kapsamındaki temel haklara herhangi bir müdâhale söz konusu mudur?
- b. Öyle olması hâlinde mevcut durum için meşru mudur?

İlgili Ulusal Kanun

Şikâyet konusu olan arama, Karayolu Trafik Kanunu'nu (Straßenverkehrsgesetz) ihlal eden bir suçla ilgili soruşturma bağlamında yapılmıştır. Karayolu Trafik Yönetmeliklerinden 3. Yönetmelik (Straßenverkehrsordnung) hız sınırlarıyla ilgilidir. Yönetmeliğin 3(1) nolu alt bölümüne göre şehir içi hız sınırı saatte 50 km olarak belirlenmiştir. Yönetmeliğin 49 § 1 (3) sayılı maddesi uyarınca 3 nolu yönetmeliğin ihlal edilmesi hafif/adi suç (Ordnungswidrigkeit) sayılmaktadır; Karayolu Trafik Kanunu'nun 24. maddesine göre böyle bir suç para cezası ile cezalandırılabilir.

Hafif/adi suçlar konusu yönetmeliklerin ihlal edilmesine dair Kanun (Ordnungswidrigkeitengesetz) çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu tip suçların önem derecesi düşüktür ve dolayısıyla Alman Hukukuna göre cezai suçlar kategorisinden çıkarılmıştır. Bu suçlar, cezai suçlara uygulanan kurallardan ziyade kısmî olarak özel kurallara tabidir. Yönetmeliklerin ihlal edilmesine dair Kanun'un 46(1) no.lu maddesine göre, ceza usûlünü düzenleyen genel hukuk hükümleri –özellikle Ceza Muhâkemesi Kanunu– yönetmelik ihlalleriyle ilgili usûle benzer şekilde uygulanabilir ancak bahse konu, kanundaki istisnâlar geçerlidir.

Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun (Straf-prozessordnung) 103. maddesine göre, cezai bir suç işlediğine dair hakkında herhangi bir şüphe bulunmayan bir kişinin evinin veya o kişiye ait başka yerlerin aranması ancak hakkında suç isnat edilen bir kişinin yakalanması, suç delillerinin araştırılması veya belirli eşyalara el konulması amacıyla gerçekleştirilebilir; böyle bir aramada ilgili kişi, delili veya nesnelerin aranacak yerde bulunduğunu gösteren bilgilerin olması şarttır. Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun 105. maddesi uyarınca arama emri ancak hâkim tarafından verilebilir; ivedilik arz eden durumlarda (Gefahr im Verzug) ise bu emir savcı veya savcılık yetkilileri tarafından da verilebilir. Bir konut veya işyerinin hâkim veya savcı olmaksızın aranması için aramaya bir belediye görevlisi veya aramanın yapılacağı belediyeliğe kayıtlı iki mukimin katılması talep edilecektir.

Dava 2. (Kucera v. Slovakya 17.07.2007)

Başvuru sahibi, Považská Bystrica Bölgesindeki polis biriminin müdürüdür. Başvurusu kendisi aleyhinde açılan ceza davasıyla ilgilidir ve bu davanın şartları aşağıda açıklanmaktadır.

a. Polis Tarafından Başvuru Sahibinin Apartman Dairesine Girilmesi

{ } Başvuru sahibine göre, 17 Aralık 1997 sabahı saat 6'da, maskeli ve silahlı birkaç polis bir baskın yapmış ve kendi izni olmaksızın evine girmiştir. Polisler, başvuru sahibi ve karısına bir polis müfettişinin kararını göstermişlerdir. Karar 17 Aralık 1997 tarihidir ve başka birkaç kişiyle birlikte kendisini para sızdırmakla suçlamaktadır. Müfettiş, şüphelinin bir limitet şirket sahibini, şirketteki hisselerini ve arabasını üçüncü bir şahsa aktarmaya zorladığından şüphelenmiştir.

Hükümete göre polis, başvuru sahibinin kapısına gelmiş ve başvuru sahibinin izniyle içeri girmiştir. Ziyaretlerinin maksadı ise müfettişin kararını başvuru sahibi ve karısına bildirmek olmuştur.

Başvuru sahibi, Žilina Bölgesel Soruşturma Bürosu'na getirilmiştir. Başvuru sahibinin karısına çocuğunu kreşe götürmesi için izin verilmiştir ve daha sonra kendisi de Bölgesel Soruşturma Bürosuna götürüldükten sonra Başvuru sahibiyle birlikte sorgulamaları yapılmıştır. Başvuru sahibi 18 Aralık 1997 sabahı saat 5'e kadar bir hücrede tutulmuş ve bir savcının emriyle serbest bırakılmıştır.

19 Aralık 1997 günü Žilina Polis Müdâhale Birimi'nde görevli bir memur tarafından 17 Aralık 1997 günü başvuru sahibinin evine yapılan ziyaret hakkında bir rapor düzenlenmiştir. Raporda ziyaretin maksadına ulaştığı ve başvuru sahibinin Bölgesel Soruşturma Bürosu'na götürüldüğü belirtilmiştir. Herhangi bir zorlayıcı tedbire başvurulması gerekmemiş, kimse yaralanmamış veya zarar görmemiştir.

Başvuru sahibi, 4 Şubat 1998 günü 17 Aralık 1997 günü gerçekleşen olayla ilgili bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. Şikâyet, İçişleri Bakanlığına bağlı Polis Teşkilatı Denetim Birimine aktarılmıştır.

Başvuru sahibi, 5 Mart 1998 günü soruşturmayı yürüten müfettişe, kapıyı açtıktan sonra polisin evine herhangi bir arama izni olmadan girdiğini ifade etmiştir. Kendisine bir zarf vermişler ve kendi izni olmadan evde çevrelerine bakmışlardır.

Başvuru sahibinin karısı, 22 Nisan 1998 günü sorgulanmıştır Polis geldiğinde kendisinin uyumakta olduğunu belirtmiştir. Kocası kapıyı açtıktan sonra polisler ne olduğunu ve ne istediklerini sorduğunu duymuştur. Kendisi de kapıya gitmiş ve ikisi maske takmış olan dört polisin koridorda olduğunu görmüştür. Kendisinden bir belgeyi imzalaması istenmiştir. Sonrasında ise maskeli polisler kocasıyla birlikte ayrılmış ve sivil kıyafetleri bulunan diğer iki polis ise kreşe giderken kendisiyle gelmeden önce apartmanda kalmışlardır. Memurlar daha sonra kendisini Bölgesel Soruşturma Bürosuna götürmüşlerdir. Herhangi bir güç kullanılmamıştır. Kocasının polisler eve girme izni verdiğini duymadığını söylemiştir.

Müfettiş, 17 Aralık 1997 günü başvuru sahibinin evine giden polislerden üçünün ifadesini almıştır. Polis Müdâhale Biriminden Memur B., başvuru sahibinin suçlamayı okumak ve üstünü giyinmek için izin istediğini belirtmiştir. Ceza takibini yürüten polisler de bunun üzerine içeri girip giremeyeceklerini sormuşlardır. Memur B.'ye göre başvuru sahibi buna olumlu yönde cevap vermiştir. Ceza takibinden iki polis ve müdâhale biriminden de iki polis apartmana girmiştir. Memur M., 24 Nisan 1998 günü başvuru sahibinin kendilerini evinin koridoruna davet ettiğini zira kendileriyle ön kapıda ilgilenmek istemediğini belirtmiştir. Polisler hem başvuru sahibine hem de

karısına suçlamayı tebliğ etmiştir. Güç kullanmamışlar ve apartmanı aramamışlardır. Son olarak da 26 Mayıs 1998 günü Baş Komiser B., bütün meselenin bir yanlışlıktan ibaret olduğunu düşündüğü için başvuru sahibinin kendilerini içeri davet ettiğini ifade etmiştir. Herhangi bir arama yapılmamıştır.

Polis Teşkilatı Denetim Birimi, 28 Mayıs 1998 günü başvuru sahibinin 17 Aralık 1997 günü evine polislerin girmesiyle ilgili şikâyetini geri çevirmiştir. Karar başvuru sahibi, karısı ve olayda yer alan polislerden üçünün açıklamalarına dayandırılmıştır. Denetim Birimi, herhangi bir suçun işlenmiş olduğuna dair delil olmadığı sonucuna varmıştır.

b. Cezai İşlemler ve Başvuru Sahibinin Tutukluluk Hâlinin Devamı

Polis, 19 Aralık 1997 günü başvuru sahibini bir kez daha gözaltına almıştır. Trenčín İlçe Mahkemesinden bir hâkim, 20 Aralık 1997 günü 19 Aralık 1997 gününden itibaren başlamak üzere tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir. Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun 67. maddesi § 1(b) referans gösterilmiştir.

Hâkimin tespitine göre mağdur Bay R., fiziksel tasfiye tehditleri de dâhil olmak üzere şüphelinin işlediğini iddia ettiği suçları ayrıntılarıyla anlatmıştır. Bu ifadelerin tümüyle asılsız olduğunu gösteren herhangi bir şey yoktur. Dolayısıyla Hâkim, mağdur olduğu iddia edilen kişi üzerinde daha fazla baskı kurmalarını önlemek adına şüphelilerin tutuklu kalmalarının gerekli olduğunu düşünmüştür.

Trenčín Bölge Mahkemesi, 27 Ocak 1998 günü başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devamı kararına karşı yaptığı şikâyeti geri çevirmiştir. Tespit edilene göre, başvuru sahibinin ve kendisiyle birlikte suçlanmakta olan şüphelilerin iddia edilen eylemleri mağdur olduğu iddia edilen kişi ve birkaç tanık tarafından ayrıntılarıyla anlatılmıştır. Hem bu suçlamaların ciddi niteliği hem de daha fazla delil gerekmesi soruşturmanın tehlikeye düşmemesi adına şüphelilerin serbest bırakılmaması kararını haklı çıkarmıştır.

Başvuru sahibi, 25 Şubat 1998 tarihli bir mektupla serbest kalmayı istemiştir. Mevcut delillerin mağdur olduğu iddia edilen kişi tarafından başvuru sahibine yöneltilen suçlamaların asılsız olduğunu gösterdiğini savunmuştur.

Serbest bırakılma talebi, 5 Mart 1998 tarihli olarak Trenčín Bölge Savcılığı tarafından kayda geçirilmiştir. Savcı, başvuru sahibini serbest bırakmayı reddetmiş ve talebi aynı gün içerisinde Trenčín İlçe Mahkemesine göndermiştir.

Trenčín İlçe Mahkemesi, 12 Mart 1998 günü mevcut delillerin mağdur olduğu iddia edilen kişinin suçlamalarının asılsız olduğunu göstermemesi ve Ceza Muhâkemesi Kanunu 67. madde § 1(b) kapsamında başvuru sahibinin tutukluluğunun hala gerekli olması nedeniyle talebi reddetmiştir. Karar, başvuru sahibi ve avukatına sırasıyla 18 ve 19 Mart 1998 tarihlerinde tebliğ edilmiştir.

Başvuru sahibi, 23 ve 26 Mart 1998 tarihlerinde bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. İddiasına göre, soruşturma uzun süredir devam etmesine rağmen kendisine karşı doğrudan bir delil elde edilmemiştir. Başvuru sahibi, kendisine herhangi bir baskı yapmamış olduğunu doğrudan belirtmiş olan mağdur olduğu iddia edilen kişinin önünde çapraz sorguya alınmıştır.

Dosya, 2 Nisan 1998 günü Trenčín Bölge Mahkemesine gönderilmiştir. Trenčín Bölge Mahkemesi, 12 Mayıs 1998 günü başvuru sahibinin talebini geri çevirirken, gerekçe olarak İlçe Mahkemesinin kararını göstermiştir. Ayrıca başvuru sahibinin 19 Ocak 1998 günü cezaevinden karısına gizlice bir mektup yollama girişiminde bulunmuş olması gerekçesiyle tutukluluğunun gerekli olduğunu da eklemiştir. Karar başvuru sahibine 28 Mayıs 1998 günü tebliğ edilmiştir.

Trenčín İlçe Mahkemesinde ceza davalarına bakan iki hâkimden biri olan Hâkim, T. 8 Haziran 1998 günü Mahkeme başkanına daha önce mağdur olduğu iddia edilen kişinin avukatlığını yapmış olduğu ve başvuru sahibinin kendisi ve karısıyla temasını sürdürdüğü için çıkar çatışması içerisinde olduğunu bildirmiştir.

Hâkim, Ceza Muhâkemesi Kanunu 30. madde § 4 gereğince başka bir hâkimle değiştirilmesini kabul ettiğini belirtmiştir. Hâkim T., 18 Haziran 1998 günü Trenčín Bölge Mahkemesinden resmî olarak affını istemiştir. Bölge Mahkemesi, 7 Temmuz 1998 günü talebi kabul etmiştir. Kararda Hâkim T.'nin başvuru sahibinin serbest bırakılma talebinin bir karar vermesi için kendisine gönderilmesinden sonra affını istediği belirtilmiştir.

Bu arada 13 Haziran 1998 günü İlçe Mahkemesinde ceza davalarına bakan başka bir hâkim olan Hâkim S., başvuru sahibi ve kendisiyle birlikte suçlanmakta olan diğer dört şüphelinin tutukluluk süresini 19 Aralık 1998 tarihine kadar uzatmıştır. Başvuru sahibi bakımından, kararda cezaevinden karısına gizlice mektup göndermeye çalıştığı belirtilmiştir. Karısı ise savcının veya soruşturmayı yürüten yetkilinin önceden izni olmaksızın ve davaya bakan hâkimin yokluğunda Trenčín Bölge Mahkemesine giderek dosya hakkında bilgi almıştır. Şüphelinin tanıklara veya kendisiyle birlikte suçlanmakta olan şüphelilere karışma ve davayla ilgili soruşturmaya engel çıkarma riski bulunmuştur.

Başvuru sahibi, 13 Haziran 1998 günü tutukluluk süresini uzatan hâkimin, o an itibarıyla diğer hâkimin henüz davadan çekilme talebinin işleme konmamış olması sebebiyle davayla ilgilenme yetkisinin bulunmamasından şikâyetçi olmuştur.

Başsavcılık, 22 Eylül 1998 günü başvuru sahibinin tutukluluğunun uzatılmasına ilişkin olarak 13 Haziran 1998 tarihinde alınan kararın Ceza Muhâkemesi Kanunu 71. madde § 1 uyarınca alınmış olduğunu tespit etmiştir. Bu meyanda, mektupta Trenčín İlçe Mahkemesi başkanının Ceza Muhâkemesi Kanunu 30. madde § 4 uyarınca dosya üzerinde işlem yapmak için herhangi bir neden göremediği ve bu nedenle 18 Haziran 1998 günü hâkimin davadan çekilmesine izin verilmesini istediği belirtilmiştir. Başvuru sahibinin tutukluluk halinin uzatılması kararı ve hâkimin davadan çekilme talebiyle ilgili karar birbirlerinden tamamen bağımsız bir şekilde alınmış kararlardır ve davayı herhangi bir şekilde etkilememiştir.

Hükümet ise 16 Ocak 2004 tarihinde Trenčín İlçe Mahkemesi Başkanı tarafından verilen bir ifadeyi sunmuş ve esasa ilişkin zamanda Trenčín İlçe Mahkemesinde ceza davalarına yalnızca Hâkim T. ve S.'nin bakmakta olduğunu belirtmiştir. Savcının başvuru sahibi ve kendisi dışındaki şüphelilerin tutukluluk sürelerinin uzatılması önerisi, İlçe Mahkemesi Başkanı tarafından 1998 yılı için çıkarılan çalışma programı doğrultusunda Hâkim S.'nin kısmında yeni bir kayıt olarak alınmıştır.

Dosyaya 4Tp 41/98 numarası verilmiştir. Hâkim S., öneri üzerindeki hükmünü 13 Haziran 1998 tarihinde vermiştir.

Hâkim T. bakımından ise, başvuru sahibinin serbest bırakılma talebinin incelenmesi yalnızca kendisine düşmüştür. Dosyanın kaydı 3Tp 42/98 numarasıyla yapılmıştır. Başvuru sahibi aleyhindeki ceza davasından Hâkim T.'nin tamamen çekilmesinin ardından, başvuru sahibinin serbest bırakılma talebi Hâkim S.'ye gönderilmiştir.

Bu konudaki uygulama, başvuru sahibi ve kendisi dışındaki şüpheliler aleyhindeki ceza kovuşturması başlamadan önce İlçe Mahkemesinin üzerinde karar almasını gerektiren her yeni talebin ayrı ayrı kaydedilmesidir. Bunun sonucu olarak da farklı hâkimler aynı şüpheliyle ilgili çeşitli meseleler hakkında karar almışlardır.

Trenčín İlçe Mahkemesi, 26 Temmuz 1998 günü başvuru sahibinin serbest bırakılma talebini 20 Aralık 1997 ve 13 Haziran 1998 tarihli kararlarında açıklanan nedenlerden dolayı geri çevirmiştir. Karar, başvuru sahibinin tutukluluğu hakkında 26 Nisan 1998 günü Başsavcılığa yaptığı şikâyetle ilgili olarak alınmıştır. Şikâyet, bir serbest bırakılma başvurusu olarak görülmüş ve 5 Haziran 1998 günü karara bağlanması için Trenčín İlçe Mahkemesine gönderilmiştir.

Başvuru sahibi, 11 Ağustos 1998 günü yeni bir serbest bırakılma talebinde bulunmuştur. Davanın şartlarına ve bazı tanıkların ifadelerine değinerek, kendisine karşı herhangi bir delilin bulunmadığını iddia etmiştir. Mağdur olduğu iddia edilen kişiyi tehdit etmiş olduğunu gösteren herhangi bir şey yoktur. Cezaevinden karısına yollamaya çalıştığı mektubun içeriği tamamen kişiseldir ve ceza kovuşturmasının üzerinde herhangi bir dayanağı yoktur. Karısı ise Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca Bölge Mahkemesinin iki çalışanın huzurunda dava dosyası hakkında bilgi edinmiştir.

Savcı talebi 28 Ağustos 1998 günü Trenčín İlçe Mahkemesine göndermiş ve talep 10 Eylül 1998 günü geri çevrilmiştir. Karar, 21 Eylül 1998 günü tebliğ edilmiştir. Kararda davanın karışık olduğu ve mevcut delillerin mağdur olduğu iddia edilen kişinin, başvuru sahibinin serbest kalması hâlinde tanıklara müdâhale edebileceğine dair korkusunun hak verilebilir olduğunu gösterdiği belirtilmiştir.

Başvuru sahibi, 25 ve 29 Eylül 1998 günü sunduğu şikâyetinde, kendisi aleyhindeki suçlamalarla ilgili yürütülen soruşturmanın sona erdiğini, tanıkların dinlenmiş olduğunu ve kendisinin tanıklara müdâhale etmeye çalışmış olduğunu gösteren hiçbir şeyin olmadığını iddia etmiştir.

Trenčín Bölge Mahkemesi, 5 Kasım 1998 günü başvuru sahibinin talebini reddetmiştir. Bölge Mahkemesinin görüşüne göre, toplanan deliller başvuru sahibinin suçlanmakta olduğu suçları işlemiş olduğuna dair şüpheleri zayıflatmamıştır. Söz konusu suçun ciddi niteliği ve suçun organize bir grup tarafından işlenmiş olabileceği ihtimâli, Ceza Muhâkemesi Kanunu 67. madde § 1(b) kapsamında başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devamının gerekli olduğuna dair alınan kararı meşru kılmıştır. Dosya 22 Aralık 1998 günü İlçe Mahkemesine geri gönderilmiştir. Bölge Mahkemesinin 5 Kasım 1998 tarihli kararı başvuru sahibine 15 Şubat 1999 günü tebliğ edilmiştir.

Başvuru sahibi 16 Kasım 1998 günü, Trenčín Bölge Savcılığında Ceza

Muhâkemesi Kanunu 23. madde § 1 gereğince kendisi ve karısı aleyhindeki suçlamaların ayrı bir dava dosyasında görülmesi talebinde bulunmuştur. Dava sürecinde diğerleriyle ilgili başka birkaç suçlamanın inceleme altında olduğunu açıklamıştır. Bunun sonucu olarak da, birkaç aydır başvuru sahibinin aleyhindeki suçlamaların soruşturulmasıyla ilgili herhangi bir ilerleme kaydedilmemiştir. Kendisine yönelik suçlamaların soruşturulması Ekim 1998'de sona erdiğinden, tutukluluk hâlinin devamı için hiçbir neden yoktur.

Trenčín İlçe Mahkemesi, 4 Aralık 1998 günü başvuru sahibinin 23 Kasım 1998 günü yaptığı serbest bırakılma talebini reddetmiştir. Hâkimin tespitine göre, başvuru sahibinin tutukluluk hâlinin devamı için yukarıdaki kararlarda açıklanan nedenler hâlâ geçerlidir. Söz konusu suçlar ciddi olmakla beraber organize bir suç kapsamında işlenmiş olduğu şüphesi mevcuttur. Karar 15 Aralık 1998 günü tebliğ edilmiştir.

Trenčín Bölge Mahkemesi, 9 Şubat 1999 günü başvuru sahibinin İlçe Mahkemesinin kararına 18 Aralık 1998 günü yaptığı itirazı reddetmiştir. Bölge Mahkemesinin kararı başvuru sahibine 25 Şubat 1999 günü tebliğ edilmiştir.

Bu arada, Trenčín İlçe Mahkemesi, 7 Aralık 1998 günü başvuru sahibi ve kendisiyle birlikte şüpheli olarak bulunan dört kişinin tutukluluk süresini 9 Haziran 1999 tarihine kadar uzatmıştır. Kararda, davanın karışık olduğu ve olaya karışanların başka suçlardan dolayı da şüpheli buldukları belirtilmiştir. Konuyla ilgili gerçeklerin belirlenebilmesi için Alman yetkililerle işbirliğine gidilmesi gerekli olmuştur. Şüphelinin tanıklara müdâhale etme veya davayla ilgili soruşturmaya engel çıkarma riski bulunmaktadır. Karar şüphelilerin tutukluluğuyla ilgili önceki kararlara değinmiştir. Başvuru sahibinin tutukluluğunun devamıyla ilgili kesin bir gerekçe sunmamıştır.

Başvuru sahibi, 16 Şubat 1999 günü yeni bir serbest bırakılma talebinde bulunmuştur. Savcı talebi 3 Mart 1999 günü Trenčín İlçe Mahkemesine göndermiştir. İlçe Mahkemesi talebi, 16 Mart 1999 günü geri çevirmiştir. Kararda şüphelilerden birinin Çek Cumhuriyeti'nde gözaltına alındığı ve Slovakya'ya iadesinin yapılacağı belirtilmiştir. Başvuru sahibinin şüpheli olarak bulunduğu suç faaliyetinin soruşturulması da dahil olmak üzere daha fazla soruşturma yürütülmesi gerekmektedir. Nihai karar 26 Mart 1999 günü alınmıştır.

Bu arada, 25 Mart 1999 günü başvuru sahibi bir kez daha serbest bırakılma başvurusunda bulunmuştur. Bölge Savcılığı 6 Nisan 1999 günü, en son başvurusuyla ilgili nihai kararın alınmasından sonra on dört gün geçene kadar Ceza Muhâkemesi Kanunu 72. madde § 2 gereğince yeniden başvuru yapamayacağını kendisine bildirmiştir.

Başvuru sahibi 15 Nisan 1999 günü yeni bir serbest bırakılma talebinde bulunmuştur. İncelenmekte olan suçlara karıştığını gösteren herhangi bir şeyin olmadığını savunmuştur.

Savcı serbest bırakılma başvurusuyla birlikte dosyayı 16 Nisan 1999 günü Trenčín İlçe Mahkemesine göndermiştir. İlçe Mahkemesi, 20 Nisan 1999 günü talebi geri çevirirken, başvuru sahibinin tutukluluk halinin devamının Ceza Muhâkemesi Kanunu 67. madde § 1(b) uyarınca gerekli olduğu görüşünü benimsemiştir. Başvuru sahibi, 26 Nisan 1999 tarihinde bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. Davayla ilgili

soruşturmanın sona erdiğini savunmuştur. Dosya 20 Mayıs 1999 günü Trenčín Bölge Mahkemesine gönderilmiştir. Bölge Mahkemesi 10 Haziran 1999 günü şikâyeti geri çevirmiştir.

Bu arada, 11 Mayıs 1999 günü başvuru sahibi ve avukatı dosyayı incelemişlerdir. Savcı 9 Haziran 1999 günü Banská Bystrica Bölge Mahkemesi huzurunda başvuru sahibi, karısı ve başka yedi kişinin hakkındaki iddianameyi okumuştur. Başvuru sahibi ve karısı, organize bir grubun üyeleri olarak para sızdırmakla suçlanmışlardır. İddianamede başvuru sahibi veya karısını ilgilendirmeyen 9 başka suçta daha yer verilmiştir.

Banská Bystrica Bölge Mahkemesi, 23 Haziran 1999 tarihinde başvuru sahibinin serbest bırakılma talebini reddetmiştir. Başvuru sahibi, 30 Haziran 1999 tarihinde bir şikâyet dilekçesi sunmuştur. Sonuçta yurt dışında bulunan mağdur taraf Bay R.'yi tehdit etmediğini iddia etmiştir. Tutukluluk halinin devamı için geçerli bir neden yoktur.

Banská Bystrica Bölge Mahkemesi, 16 Eylül 1999 tarihinde başvuru sahibinin serbest bırakılma talebini bir kez daha reddetmiştir. Karar, başvuru sahibinin kendisini 4 Mart 1997 tarihinde tehdit ettiğine dair Bay R. tarafından verilmiş bir ifadeye değinmiştir.

Başvuru sahibi, 19 Aralık 1999 günü tutukluluğundan serbest bırakılmıştır. Tutuklu bulunduğu süre boyunca, 29 Ocak 1999 tarihine kadar karısı tarafından ziyaret edilmesine izin verilmemiştir. Bunun öncesinde de başvuru sahibi ve karısının avukatı, 6 Mayıs 1999 günü gerekmesi hâlinde soruşturma yetkililerinden birinin eşliğinde müvekkillerinin görüşebilmesine izin verilmesi talebinde bulunmuştur. Başvuru sahibinin karısıyla uzun süredir görüşmemesinden doğan mağduriyete ve söz konusu suçlara yönelik yürütülen soruşturmanın fiilen sona ermiş olmasına değinilmiştir.

Başvuru sahibinin karısı, 11 Şubat 1999 günü başvuru sahibini 24 Şubat 1999 tarihinde ziyaret edebilmek için yaptığı izin talebinin reddedilmesine itiraz etmiştir. Soruşturmayı yürüten yetkili tarafından başvuru sahibini ve karısını daha fazla sorgulamayı düşünmediği yönünde 15 Ocak 1999 tarihinde verilen ifadeye değinmiştir.

Banská Bystrica Bölge Mahkemesi, 28 Ocak 2000 tarihinde para sızdırma suçunu işlediklerinin gösterilememiş olmasından dolayı Ceza Muhâkemesi Kanunu 226. madde (c) gereğince başvuru sahibi ve karısının beraatına karar vermiştir. Mahkeme diğer sanıklardan yedisini mahkûm etmiştir.

Yüksek Mahkeme, 7 Şubat 2001 günü Banská Bystrica Bölge Mahkemesinin 28 Ocak 2000 tarihli hükmünün ilgili kısmını bozmuştur. Yüksek Mahkeme başvuru sahibi ve karısının eylemlerinin suç teşkil etmediği görüşünü benimseyerek, Ceza Muhâkemesi Kanunu 226. madde (b) gereğince beraat etmelerine karar vermiştir.

a. Başvuru sahibi, polisin evine yasaya aykırı bir şekilde girmesinden ve tutukluluk hâlinin devamı süresince karısıyla görüşmesine müsaade edilmemesinden şikâyetçi olmuştur.

Haklı mıdır ve haklıysa bunun bir sonucu olması gerekir midir?

b. Başvuru sahibi, tutukluluk halinin fazla uzun sürmüş olduğundan şikâyet etmektedir. Sözleşmenin 5. maddesi § 3 kapsamında bir ihlalin mevcut olduğunu iddia etmektedir.
Haklı mıdır?

c. Başvuru sahibi aynı zamanda 25 Şubat 1998, 11 Ağustos 1998 ve 23 Kasım 1998 tarihlerinde tutukluluk hâlinde serbest bırakılmasına dair yaptığı taleplerin hızlı bir şekilde karara bağlanmamış olduğundan şikâyetçidir.

Haklı mıdır ve haklıysa bunun bir sonucu olması gerekir mi?

Konuyla İlgili Yerel Yasa Ve Uygulamalar (Dava 2)

Ceza Muhâkemesi Kanunu

Madde 23 § 1 tarafından verilene göre, belli bir kovuşturmayı hızlandırmak maksadıyla veya başka önemli herhangi bir nedenle, belli bir suç veya şüpheli için yürütülen kovuşturma ayrı bir dava olarak yürütülebilir.

Madde 67 § 1(b) gereğince bir şüpheli, yalnızca serbest bırakılması hâlinde tanıklara veya diğer şüphelilere müdâhale edebilmesi veya davayla ilgili gerçeklerin soruşturulmasına engel çıkarabilmesi için somut gerekçelerin mevcut olması hâlinde tutuklu bulundurulabilir.

Madde 71, yargılama öncesinde ve yargılama sürecindeki tutukluluk süresine sınırlama getirmektedir. Eğer yargılama öncesi tutukluluk hali altı aydan uzun sürerse ve eğer sanığın serbest bırakılması ceza soruşturmasının amacına engel teşkil eder veya zarar verirse, hâkim, savcının başvurusu üzerine, tutukluluk süresini bir yıla kadar uzatabilir; iki yıldan uzun olmamak üzere bu sürenin daha fazla uzatılmasına ancak bir mahkeme kararı karar verebilir.

Madde 72 § 2 başvuru sahibine serbest bırakılması için herhangi bir zamanda başvuru yapabilme hakkını vermektedir. Savcı, böyle bir başvuruyu dava başlamadan önce geri çevirirse, onu doğruca mahkemeye göndermelidir. Serbest bırakılmakla ilgili bir talebin kararı gecikmeksizin alınmalıdır. Serbest bırakılmasını haklı gösteren yeni bir gerekçe sunmadıkça, bir şüpheli başvurusunun reddedilmesiyle ilgili nihai kararın alınmasının ardından ancak 14 gün sonra yeni bir başvuru yapabilmektedir.

Medeni Kanun

Bir kişinin saygınlığının, şerefının, itibarının ve iyi isminin korunması hakkı Medeni Kanun'un 11. maddesi ve sonrasındaki hükümlerle güvence altındadır.

11. maddeye göre tüm gerçek kişiler, kişiliğinin, özellikle yaşamının ve sağlığının, medeni ve insan saygınlığının, mahremiyetinin, isminin ve kişisel özelliklerinin korunması hakkına sahiptir.

Madde 13 § 1 gereğince tüm gerçek kişiler, kendi haklarının haksız yere ihlal edilmesinin önlenmesini talep etme, böyle bir ihlalden doğan zararlarını karşılatma ve

uygun bir şekilde tazmin edilme hakkına sahiptir.

1993 Tarihli Polis Teşkilatı Kanunu

Madde 8(1) gereğince, polis memurları kendi görevlerini yerine getirirken başkalarının şerefine ve saygınlığına saygı göstermekle yükümlüdür. Eylemlerinin maksadını gerçekleştirmek isterken, zarar vermekten ve kişilerin hakkına gereğinden fazla bir şekilde müdâhale etmekten kaçınmaları gerekmektedir. 8. maddenin 2. paragrafı gereğince, bir polisin eylemi kişinin herhangi bir hakkına müdâhale içeriyorsa, kişiye haklarının mümkün olduğunca çabuk bir şekilde bildirilmesi gerekmektedir.

Madde 29(1), başka durumlarla birlikte bir kişinin hayatının risk altında olduğu veya ciddi bir suçun failinin herhangi bir mekanda bulunduğu fakat dışarı çıkması emrine uymadığı yerlerde, polise bir tehlikeyi önleme maksadıyla tedbir almak adına evlere girme izni vermektedir. 29. maddenin 3. paragrafı, söz konusu kişinin yaşamı veya sağlığı tehlike altında bulunmadıkça veya durumun şartları gecikmeye izin vermedikçe, böyle bir eylemin tarafsız üçüncü bir şahsın eşliğinde gerçekleştirilmesini gerektirmektedir.

1993 Tarihli Tutukluluk Hâlinin Devamı Yasası

Esasa ilişkin zamanda yürürlükte olan 1993 tarihli Tutukluluk Hâlinin Devamı Yasası (Zákon o výkone vázby) Madde 10 gereğince, başka nedenler de bulunmakla beraber Ceza Muhâkemesi Kanunu 67. madde § 1(b) kapsamındaki nedenlerden dolayı tutuklu bulunan bir kişi, yalnızca söz konusu davayla ilgilenen yetkili bir makamın önceden sağladığı yazılı bir izinle ziyaret edilebilmektedir.

4.3. Değerlendirme ve Geribildirim

Orantılılık İlkesi ile İlgili AiHM Kararları Listesi (2009 Yılına Kadar)

Murray v. the United Kingdom, 14310/88, 28 October 1994.

Dalan v. Turkey, 38585/97, 7 June 2005.

Fahriye Caliskan v. Turkey, 40516/98, 2 October 2007.

Ploski v. Poland, 26761/95, 12 November 2002.

Labita v. Italy [GC], 26772/95, 6 April 2000.

Roemen and Schmit v. Luxembourg, 51772/99, 25 February 2003.

Buck v. Germany, 41604/98, 28 April 2005.

Smirnov v. Russia, 71362/01, 7 June 2007.

Kucera v. Slovakia, 48666/99, 17 July 2007.

Andre and others v. France, 18603/03, 24 July 2008.

Keegan v. the United Kingdom, 28867/03, 18 July 2006.

Z v. Finland, 22009/93, 25 February 1997.

S. and Marper v. the United Kingdom [GC], 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008.

Craxi v. Italy (No. 2), 25337/94, 17 July 2003.

Worm v. Austria, 22714/93, 29 August 1997.

News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 31457/96, 11 January 2000.

Dabrowski v. Poland, 18235/02, 19 December 2006.

Dupuis and others v. France, 1914/02, 7 June 2007.

Falk v. the Netherlands (dec.) 66273/01, 19 October 2004.

Kyprianou v. Cyprus [GC], 73797/01, 15 December 2005.

Saday v. Turkey, 32458/96, 30 March 2006.

Panovits v. Cyprus, 4268/04, 11 December 2008.

Cordova v. Italy (No. 1), 40877/98, 30 January 2003.

Krombach v. France, 29731/96, 13 February 2001.

Poitrimol v. France, 14032/88, 23 November 1993.

July and Sarl Liberation v. France, 20893/03, 14 February 2007.

TEKNİK ARAÇLARLA İZLEME VE GİZLİ SORUŞTURMACI TEDBİRLERİ

Ders Planı

5.1. Teknik Araçlarla İzleme Tedbiri

5.1.1. Kavram: Teknik Araçlarla İzleme Ses veya Görüntü Alma

5.1.2. Tedbirin Amacı

5.1.3. Konusu

5.1.4. Şartları

Ders Planı

5.2. Gizli Soruşturmacı Tedbiri

Ceza Muhâkemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

5.2.1. Terim-Kavram-Tanım

5.2.2. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

5.2.3. Tedbirin Amacı

5.2.4. Koşulları

5.2.5. İcrası

5.2.6. Gizli Soruşturmacının Suç İşleyebilip İşleyemeyeceği Sorunu

5.2.7. Gizli Soruşturmacının Tanık Olarak Dinlenebilip Dinlenemeyeceği Sorunu

5.2.8. Tedbirin Sona Ermesi ve Elde Edilen Verilerin Akıbeti-Yok Edilmesi

5.2.9. Hukuka Aykırı Görevlendirme

5.2.10. Kanun Yolu

Ders Planı

Dersin Amacı

- Teknik araçlarla izleme tedbirinin kişi hak ve özgürlükleri bakımından önemi konusunda farkındalığı arttırmak.
- Teknik araçlarla izleme konusunda ulusal ve uluslar arası düzenlemeleri incelemek.
- Teknik araçlarla izleme konusunda uygulamada karşılaşılan problemleri analiz ederek uygulama birliğini sağlamak.
- Teknik araçlarla izleme sırasında tedbire maruz kalan kişinin özellikle tedbirin gizli olması niteliği karşısında devletin gücü önündeki zayıflığını ortaya koymak ve buna karşın söz konusu tedbir ile özgürlüğüne müdâhale edilen kişinin hak ve özgürlüklerini sonuna kadar kullanabilmesinin önemine vurgu yapmak.

Dersin Kapsamı

Türkiye Adalet Akademisinin görev kapsamı içerisinde bulunan yargı pr. ofesyonellerine yönelik olarak hazırlanan modüldört ana bölümden oluşmaktadır. İlk üç bölümü kırk beş erson bölümü 75 dakikalık derslerle verilecektir. Bu bölümler şunlardır:

- Kavram, Tedbirin Amacı ve Konusu
- Tedbirin Koşulları (Şüphe bakımından, Kişi bakımından, Suç bakımından, Süre Bakımından)
- İcrası, Sona Ermesi ve Dokümanların Yok Edilmesi
- Tesadüfen elde edilen deliller, Tedbire Hukuka Aykırı Olarak Başvurulmasının Sonuçları, Tedbirin Denetlenmesi: Kanun yolu

Ders Planı - Teknik Araçlar İzleme Kavramı, Tedbirin Amacı ve Konusu

Dersin Amacı

Ders sonunda öğrenci yürürlükteki mevzuat hükümleri çerçevesinde;

- Teknik araçlarla izleme kavramının içeriğini kavrar,
- Benzer kavramlarla karşılaştırarak tedbirin hangi kapsamda uygulanabileceğini öğrenir,
- Tedbirin amacı ve konusu hakkında bilgi sahibi olur.

Yöntem

- Anlatım Usûlü
- Soru/Cevap Yöntemi

Araçlar

- Ders Materyali
- Power-Point Sunusu
- Hayali Örnek Olay İncelenmesi
- Varsa AİHM ve Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Dersin İşleniş Süreci

- Ders materyalinden faydalanılarak power-point sunusu hazırlanması
- Ders materyalinin ilk bölümünün okunarak ve aşağıda verilen sorulara hazırlanılarak gelinmesi
 - * Teknik araçlarla izleme kavramına anlamını veren özellikler nelerdir?
 - * Teknik araçlarla izleme tedbirini arama, iletişimin denetlenmesi gibi tedbirlerden ayıran hususlar nelerdir?
 - * Teknik araçlarla izleme tedbirinin amacı nedir?
 - * Teknik araçlarla izleme tedbirinin konusu nedir?
- Örnek olay çözümü
- Konu bitiminde varsa AİHM ve Yargıtay kararı incelemesi
- Değerlendirme ve geribildirim

Ders Planı - Teknik Araçlarla İzleme Tedbirinin Koşulları (Şüpheli Bakımından, Kişi Bakımından, Suç Bakımından, Süre Bakımından)

Dersin Amacı

Dersin sonunda öğrenci;

- Teknik araçlar izleme tedbirine hangi şüpheli derecesinde başvurulabileceğini, bu çerçevede tedbire bir suç işlendikten sonra ve bu suçla ilişkin kuvvetli şüpheli sebebi bulunmasının gerekli olduğunu,
- Bu tedbire son çare olarak başvurulması gerektiğini,
- Bu tedbire ancak katalogda yer alan suçlar bakımından,
- Şüpheli veya sanık hakkında ve
- Ancak belli bir süre dahilinde başvurulabileceğini öğrenir.

Yöntem

- Anlatım Usûlü
- Soru/Cevap Yöntemi

Araçlar

- Power-Point Sunusu
- Ders Materyali
- Örnek Olay
- Varsa AİHM ve Yargıtay Kararlarının İncelenmesi

Dersin İşleniş Süreci

- Ders materyalinden faydalanılarak powerpoint sunusu hazırlanması
- Ders materyalinin ilk bölümünün okunarak ve aşağıda verilen sorulara hazırlanılarak gelinmesi
 - * Kuvvetli şüpheli sebebi nedir?
 - * Tedbirin son çare olması özelliğinden ne anlaşılmalıdır?
 - * Tedbirin başvurulabileceği katalog suçlar nelerdir? Hangi özelliklere sahiptir?
 - * Tedbir ne kadar süreyle uygulanır? Sürenin uzaması mümkün müdür? Koşulları nelerdir?
- Konu anlatımı bitiminde örnek olayın çözümü
- Kesinleşmiş dava dosyalarından temin edilerek konuyla ilgili yanlış ve doğrular üzerinde tartışma açılabilir.
- Değerlendirme ve geribildirim

Ders Planı - Tedbir Talebinde Bulunması Gereken Hususlar, Tedbirin İcrası, Sona Ermesi ve Dokümanların Yok Edilmesi

Dersin Amacı

- Dersin sonunda öğrenci;
- Tedbir talebinde bulunması gereken hususları öğrenir.
- Teknik araçlarla izleme tedbirinin ne şekilde icra edileceğini kavrar.
- Tedbirin ne zaman sona ereceğini öğrenir.
- Tedbirin sona ermesinin sonuçlarının neler olduğunu kavrar.

Yöntem

- Anlatım Usûlü
- Soru/Cevap Yöntemi

Araçlar

- Power-Point Sunusu
- Ders Materyali
- Örnek CD izlenmesi

Dersin İşleniş Süreci

- Ders materyalinden faydalanılarak powerpoint sunusu hazırlanması
- Ders materyalinin ilk bölümünün okunarak ve aşağıda verilen sorulara hazırlanılarak gelinmesi
 - * Tedbir talebinde neler bulunmalıdır?
 - * Tedbir kararının içeriğinde neler bulunmalıdır?
 - * Tedbir talebi ve karar içeriğinin kişi hak ve özgürlükleri açısından önemi nedir?
 - * Tedbir ne şekilde icra edilmelidir?
 - * Tedbir ne zaman sona erer?
 - * Sona ermesinin sonuçları nelerdir?
- Dava dosyalarından temin edilecek talep ve karar içerikleri incelenerek doğru/yanlışların ele alınarak tartışılması
- Değerlendirme ve geribildirim

Ders Planı - Tesadüfen elde edilen deliller, Tedbire Hukuka Aykırı Olarak Başvurulmasının Sonuçları, Tedbirin Denetlenmesi: Kanun yolu

Dersin Amacı

Dersin sonunda öğrenci;

- Tedbirin uygulanması bakımından tesadüfen elde edilen delil kavramını ve bu delillerin ne şekilde değerlendirileceğini öğrenir.
- Tedbire hukuka aykırı olarak başvurulmasının sonuçlarının neler olduğunu öğrenir.
- Tedbir kararının denetiminin ne şekilde gerçekleştirileceğini öğrenir.

Yöntem

- Anlatım Usûlü
- Soru/Cevap Yöntemi

Araçlar

- Power Point Sunusu
- Ders Materyali
- Örnek Olay
- Örnek AIHM/Yargıtay Kararı İncelemesi

Dersin İşleniş Süreci

- Ders materyalinden faydalanılarak powerpoint sunusu hazırlanması
- Ders materyalinin ilk bölümünün okunarak ve aşağıda verilen sorulara hazırlanılarak gelinmesi
 - * Tesadüfen elde edilen delil kavramının içeriği söz konusu tedbir bakımından neyi ifade eder?
 - * Bu tedbir çerçevesinde tesadüfen elde edilen delil kullanılabilir mi?
 - * Tedbir ne zaman hukuka aykırı hâle gelir?
 - * Tedbire hukuka aykırı olarak başvurulmasının sonuçları nelerdir?
 - * Tedbir kararı ne şekilde denetlenir?
- Konu bitiminde örnek bir olayın çözülmesi
- Konuyla ilgili karar incelemesi yapılması
- Değerlendirme ve geribildirim

Teknik Araçlarla İzleme Modülü ile İlgili Daha Fazla Okuma Yapmak İçin Ders Materyali

Alacakaptan Uğur, *İşlenemez Suç*, Ankara 1968.

Avcı Mustafa, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Türk Hukukunda Örgütlü Suç Kavramı, Hukuk ve Adalet", *Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl 2, S.5, Nisan 2005.

Beulke, *Strafprozessrecht*, No.423.

Centel Nur Başar, "Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler", *Hukuk Araştırmaları 1994*, C. 8, S.1-3.

Centel Nur/Zafer Hamide, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2010.

Donay Süheyl, *Açıklamalı Ceza Muhâkemesi Kanunu*, İstanbul 2005.

Dönmezer Sulhi, *Çağdaş Toplumda Şiddet ve Mafya Suçları*, Cogito Kış-Bahar '96.

Dönmezer Sulhi, "Türkiye'de Organize Suçlulukla Mücadelenin Esasları", *GSÜHFD, Oğuzman'a Armağan*, 1/2002.

DönmezerSulhi, "Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri", *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000.

Dönmezer Sulhi, "Organize Suçlulukla Mücadele", *Kemal Oğuzman'a Armağan*, İstanbul 2002.

Eisenberg Ulrich, *Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar*, 3. Aufl., München 1999.

Erdem Mustafa Ruhan, *Ceza Muhâkemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Ankara 2001.

Geleri Aytekin/İleri Hakan, *Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar*, Ankara 2003.

Gropp Walter, "Organize Suçlulukla Mücadelede Yeni Araştırma Metodları, Facultatis Decima Anniversaria", *Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu*, İstanbul 1993.

Hilger Hans, *NeuesStrafverfahrensrecht durch das OrgKG-2.Teil-*, NStZ 1992.

Hund Horst, *Verdeckte Ermittlungen—eingelöstes Problem?*, StV 1993, 380.

Klein Donata, *Umfang und Grenzen Zulässiger Verdeckter Ermittlungstätigkeit Unter Besonderer Würdigung des Einsatzes Verdeckter Ermittler und der akustischen Wohnraumüberwachung*, Diss, Marburg 2001.

Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Muhâkeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 18. Baskı, İstanbul 2010.

Makrutzki Patric, *Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß*, Berlin 2000.

MeertensChristopf, DasGesetzgegendieOrganisierteKriminalität, eineunerträgliche Geschichte, ZRP 1992, 208.

Özbek Veli Özer, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevinin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, Ankara 2003.

Özbek Veli Özer, "Organize Suçlulukla Mücadelede Önalın Soruşturmaları", DEÜHFD, 2002, C. 4, S. 2.

Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2013.

Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Saygılar Yasemin/Alan Esra; *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhâkemesi Hukuku*, Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2010.

Öztürk Bahri, "Delil Yasakları"; *HPD*, S.3, Nisan 2005.

Palazzo Francesco, "Organize Suçluluğa Karşı İtalyan Mevzuatı", Çeviren: Ümit Kocasakal, *İBD*, 1996, Cilt: 70 Sayı: 10-12.

Sokullu Füsün, *Polis, Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları*, İstanbul 1990.

Sokullu-Akıncı Füsün, *Organize Suçların Kriminolojik Yapısı ve Türkiye'deki Boyutları, Türkiye'de Organize Suçlarla Mücadelenin Avrupa Birliğine Uyum Süreci Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, İstanbul 2002.

Soyaslan Doğan, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2010.

StüllenbergHeinz, *Notwendigunderlaubt: Untergrundermittlungen*, Kriminalistik 1985.

Şahin Cumhuri, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, I-II, Ankara 2012.

Taşkın Mustafa, "Türkiye'de Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadelede Kullanılabilecek Yeni Yöntemler", *AD*, Y. 94, S. 15, Nisan 2003.

Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, Ankara 2013.

Ünver Yener, "Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçlulukla İlgili Düzenlemeler", *Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul, 1998.

Yenisey Feridun, "Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhâkemesi Tedbirleri", *Hukuk Kurultayı 2000*, C. 2, Ankara 2000.

Zafer Hamide, *Ceza Hukukunda Terörizm*, İstanbul 1999.

5.1. Teknik Araçlarla İzleme Tedbiri

5.1.1. Kavram: Teknik Araçlarla İzleme Ses veya Görüntü Alma

Son yıllarda örgütlü suçlulukla mücadele çerçevesinde başvuru Ceza Muhâkemesi tedbirlerinden biri de şüpheli veya sanığın ses ve görüntü kaydeden araçlar yardımıyla denetlenmesidir. Böyle bir denetim, telefon dinleme gibi geleneksel araçlar yanında, son derece gelişmiş ve etkili teknik araçların kullanımıyla da yapılabilmektedir. Özellikle toplu iğne başı büyüklüğünde ve görülmesi son derece zor mikrofonlar sayesinde ister açık, isterse kapalı mekânlarda olsun yapılan konuşmaların gizlice dinlenip, banda alınabilmesi mümkün olmaktadır. Hatta konut, işyeri gibi kapalı bir mekâna herhangi bir cihaz yerleştirilmeksizin de ses dalgalarının pencere camlarında oluşturduğu titreşimlerin konuşmaya dönüştürülmesi ve yapılan konuşmaların dinlenmesi de olanaklıdır. Görüldüğü gibi bu tür denetlemelerde haberleşen kişiler bir haberleşme aracı kullanmamaktadır.

Öte yandan uzakla yapılan haberleşmede konuşma, bir üçüncü kişinin bu konuşmayı dinleyebileceği bilinci içinde yürütülmektedir. Dolayısıyla kişi konuşmasının içeriğinin dinlenme riski taşıdığı bilincindedir. Oysa teknik araçlarla ortam içinde yapılan konuşmaların gizli dinlemeye alınması durumunda konuşmayı yapan, konuşmanın bir başkası tarafından dinlenmediği inancı içindedir ve bu yüzden de kendisini savunabilme durumunda değildir.

Yine haberleşmenin denetlenmesinde doğrudan Anayasa tarafından koruma altına alınmış bulunan "haberleşme özgürlüğü"ne yönelik bir müdahale söz konusu iken, bunun dışında kalan konuşmaların teknik araçlar vasıtasıyla dinlemeye alınması, yerine göre konut dokunulmazlığı ve/veya özel hayatın gizliliğini ihlal etmektedir.

Bununla birlikte böyle bir denetimin oldukça zor ve pahalı olduğu söylenmelidir. Zira önce konuşmanın yapılacağı yer belirlenmeli, sonra bu yere mikrofon yerleştirilebilmelidir. Dinlemenin ancak bundan sonra yapılabileceği göz önünde bulundurulduğunda bütün bunların, içinde pek çok kişinin görev aldığı iyi bir organizasyon ve iş bölümünü gerektirdiği ortadadır.

Alman hukukunda 1992 yılında organize suçlulukla mücadele çerçevesinde yapılan değişiklikle özel mekanların dışında ses alınması belli suçlarla sınırlı olarak kabul edilmiştir (§ 100c AI. CMUK). Bu durumda konutta yapılan konuşmaların dinlenmesi mümkün değilken, mesela bir kafede buluşan iki kişinin konuşmalarının dinlenmesi mümkündür. Ülkemizde tedbir yasal düzenlemeye ilk olarak yürürlükten kalkan ÇASÖMK ile kavuşmuştur. "Gizli izleme" başlığını taşıyan ÇASÖMK m. 4'e göre ilgili nerede bulunursa bulunsun "her türlü etkinliği" teknik araçlarla gizlice gözetlenebilmekteydi. Ancak özellikle **konut içindeki yaşantının akustik olarak gözetlemeye alınması ancak bir Anayasa değişikliği ile mümkün olabilir**. Böyle bir değişiklikte de insan onuru ve özel hayatın gizliliği ilkeleri çok iyi değerlendirilmelidir. Aksi hâlde bireyler arasındaki iletişim olanaksız olacağı gibi, insanın gizli yaşam alanı da elinden alınmış olacaktır.

CMK, söz konusu yanıktan dönmüş ve şüpheli veya sanığın sadece kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin teknik araçlarla izlenebilip, ses veya görüntü kaydı alınabileceğini kabul etmiştir. Böylece konuyla ilgili yasal düzenleme Anayasaya uygun hâlde gelmiştir. Nitekim konuyu düzenleyen maddede "Bu madde hükümleri,

kişinin konutunda uygulanamaz.” (CMK m. 140/5) demek sûretiyle konuya açıklık getirilmiştir

Yönetmelik'te tedbir şu şekilde tanımlanmıştır:

“Ceza Muhâkemesi Kanununun 140'ıncı maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçlar dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka sûretle delil elde edilememesi hâlinde şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin teknik araçlarla izlenmesi, ses veya görüntü kaydının alınması işlemi” (Yön.m. 4).

Kanun'da ne tür teknik araçlarla izleme yapılabileceği belirtilmemiştir, belirtilmesi de doğru olmazdı. Zira teknolojideki gelişmeye paralel olarak, izlemede kullanılabilecek teknik araçlar sürekli değişebilecektir. Bu nedenle ses, sinyal veya görüntünün izlenmesine, görüntü veya ses kaydı yapılmasına elverişli her türlü teknik araçla izleme yapılır.

Teknik araçlarla izleme uygulamada kollukça yapılan **fiziki takip** ile karıştırılabilmektedir. Fiziki takip terimi herşeyden önce yasal bir terim değildir. Ancak zaman zaman uygulamada fiziksel olarak da şüphelilerin izlendiği gözlenmektedir. Kolluk görevlilerinin izleme faaliyeti her ne kadar delile ve faile ulaşma amacı taşısa da bir koruma tedbiri içerisinde değerlendirilemez. Belki CMK m. 160 anlamında Cumhuriyet Savcısının araştırma mecburiyeti ilkesi çerçevesinde yapmış olduğu bir faaliyet olarak nitelendirilebilir.

Burada ortaya çıkan sorun bu hâllerde elde edilen verinin Ceza Muhâkemesindeki değerinin ne olması gerektiğidir? Bu tür fiziki takipte bulunan kişilerin faaliyetleri **tanıklık** içerisinde değerlendirilebilir. Zaman zaman uygulamada teknik araçlarla takibin aynı zamanda bir fiziksel takip şekline büründüğü de görülmektedir. Bu hâllerde asıl olan teknik araçlarla izleme olup, elde edilen veriler de ancak bu tedbir çerçevesinde elde edilmesi kaydı ile delil olarak kabul edilebilir. Bu nedenle teknik araçlarla izleme yapan kolluk görevlisinin duyduğu ya da gördüğü hususlar bakımından yine tanıklık çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu çerçevede bir ses kaydının deşifre edilmesi sırasında sözkonusu kolluk görevlisinin duyduğu ve gördüğü hususlara da bu tutanakta yer vermesi hukuka uygun değildir.

Ancak ifade etmek gerekir ki tanıklığın en belirgin özelliklerinden biri de tarafsız olması zorunluluğudur. Bu yönüyle kolluk aslında soruşturmada bir taraf olduğu için tarafsız bir tanık olarak dinlenebilmesi mümkün olmamalıdır. Bu çerçevede yemin verilmeden dinlenmesi daha yerinde olacaktır.

5.1.2 Tedbirin Amacı

Bu tedbire ancak bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda delil, iz, eser, emare elde etmek amacıyla başvurulabilir.

Dikkate edilmelidir ki, tedbire ancak bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda başvurulabilir. O hâlde idari nitelikli soruşturmalarda bu tedbire başvurulamazdır. Bununla birlikte yapılan değişikliklerle kolluğun (jandarma ve polis) ve MİT'in "önleme amacıyla" teknik takip yapılabilmesi mümkün hâle gelmiştir.

5.1.3. Konusu

Tedbirin konusu “*şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri*”dir. Söz konusu **tedbir kişinin konutunda uygulanamaz.**

Bu konuda iletişimin denetlenmesi ve tespitine ilişkin hükümlerde olduğu gibi avukatlara özgü bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu düzenleme (CMK m. 16) kıyasen burası için de geçerli olmalıdır. O hâlde avukatın şüpheli veya sanığa ilişkin soruşturmaya ilgili kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenememeli, ses veya görüntü kaydı alınamamalıdır.

Konuttan ne anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak TCK'daki konut dokunulmazlığını ihlal bakımından konut kavramıyla ilgili yapılan açıklamalardan yararlanmak mümkündür. Buna göre konut, ikametgah değildir. Konut terimi kişinin fiilen içinde oturduğu yeri ifade eder. Söz konusu suç bakımından konut kavramının en geniş anlamı ile kabul edilmiş olmasına ilişkin düşünceler CMK madde 140 hükmünde yer alan konut kavramı bakımından da geçerlidir. Burada amaç özel hayatın geçtiği ve bu özelliği nedeni ile izin istenmeksizin yada zorla ihlal edilmenin önlenmesi için ona ilişkin her mekanı güvence altına almaktır. Bu çerçevede konutun devamlı yada geçici olarak kullanılmasının da bir önemi bulunmaz. Bu anlamda konutun mutlaka taşınmaz olması da zorunlu değildir. Örneğin karavan, çadır, otel odası, bir öğrencinin yurttaki odası, tren kompartmanı, konteyner, v.s. gibi. Bir yerin konut olarak kabul edilebilmesi için bu yönde bir özgülleme iradesinin bulunması şarttır.

Kamuya açık alanlar ile ilgili olarak bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği hususu bakımından uygulamamızda herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Asıl sorun işyeri kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında karşımıza çıkmaktadır. İşyeri kavramı ceza hukukuna ilişkin bir kavram değildir. Dolayısıyla bu konuda İş Hukuku mevzuatından yararlanmak zorunlu görünmektedir. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/1. maddesinde işyeri şu şekilde tanımlanmıştır. “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.*”

Ne varki bu tanım uygulamada ortaya çıkan sorunları çözebilmek bakımından yeterli değildir. Nitekim uygulamamızda özellikle işyeri kavramının ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin bazı özel sorunlar ortaya çıktığı görülmektedir. Özellikle konut içerisinde sözkonusu tedbirinin uygulanamamasının suçların kamuya açık alanlar ve işyerlerinden ziyade konutlarda işlenir hâle dönüşmesine sebebiyet vermiştir. Bu durum karşısında konutun işyeri sayılıp sayılmayacağı ve sözkonusu tedbire başvurulup başvurulamayacağı önemli bir sorun hâline gelmiş bulunmaktadır. Yukarıda yapmış olduğumuz işyeri tanımı sorunun çözümlenmesi bakımından yeterli değildir. Adı geçen tedbir bir koruma tedbiri olması ve bu anlamda temel hak ve özgürlüklere müdâhale niteliği taşıyor olması sebebi ile buradaki boşluğun kıyas yolu ile doldurulması Ceza Muhâkemesi Hukuku ilkelerine uygun değildir. Çünkü Ceza Muhâkemesinde sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasaktır.

Bu çerçevede eğer bir konut yasal olarak aynı zamanda işyeri olarak da kullanılıyor ise burada önemli bir sorun bulunmaz. Günlük dile “homeoffice” olarak giren konut-ofisler bunun tipik örneğini oluşturur. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu yerin örneğin banyo, tuvalet, yatak odası gibi konut olarak kullanılan kısımlarına müdâhalenin mümkün olmamasıdır.

Şayet soruşturma sırasında elde edilen veriler failin ya da failerin konutunun aynı zamanda bir işyeri hâline dönüştüğü şüphesini ortaya koyuyor ise artık sözkonusu konutun işyeri olarak sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Yukarıda ifade edilen kıyas yasağı karşısında kişinin fiilen oturduğu ve bu sûretle konut olarak kabul edilen yerin aynı zamanda bir işyeri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu tür hâllerde teknik araçlarla izleme koruma tedbirine başvurulamıyor olsa bile arama, gizli soruşturmacı kullanılması gibi diğer alternatif koruma tedbirlerine başvurulabilmesi mümkündür. Dolayısıyla çare, diğer alternatif koruma tedbirleri arasında araştırılmalıdır. Aksi hâlde her ne pahasına olursa olsun soruşturma yapma düşüncesi, bireyi bir muhâkeme objesi hâline dönüştürür. Bu da insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesini ihlal eder.

Uygulamadaki diğer bir sorun, yaşam alanı olarak kullanılmayan otomobil, minibüs, otobüs, uçak gibi seyahat araçlarında tedbirin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Failin bu araçlardaki faaliyetleri kamuya açık yerlerdeki faaliyet kapsamında değerlendirilebilecek midir?

Öncelikle kamuya açık alanlar ve işyerleri kavramlarının açıklanması, sorunun çözümü açısından önem kazanmaktadır. Bu kavramların açıklanması bakımından ise, hareket noktamız, özel hayat olmalıdır. Kişinin hayat alanlarını; hayatın genel alanı, özel hayat alanı ve hayatın gizli alanı şeklinde üçe ayırmak mümkündür. Hayatın genel alanı bir kişinin herkesle paylaştığı hayat alanını ifade eder. Örneğin bir lokantada oturup yemek yemesi, bir parkta bankta oturup dinlenmesi kişinin genel hayat alanına ilişkin faaliyetlerini ifade eder. Hayatın özel alanı ise kişinin sadece bir kaç kişi ile paylaştığı hayat alanını ifade etmek için kullanılır. Örneğin arkadaşı ile yaptığı sohbet kişinin özel hayat alanına dahildir. Hayatın gizli alanı ise kişinin sadece kendisi ve belkide bir yada iki kişi ile paylaştığı hayat alanını ifade etmektedir. Örneğin kişinin cinsel hayatı bu hayat alanına dahildir. Konu bu çerçevede ele alındığında sözkonusu koruma tedbirinin hayatın gizli alanına müdâhale niteliği taşıyabilecek bir özellik ortaya koymaması zorunludur. Bu nedendir ki, hayatın gizli alanının yoğun olarak geçtiği kişinin konutu söz konusu tedbirin kapsamı dışında bırakılmıştır. O hâlde hayatın genel alanı ve belli sınırlar dahilinde özel hayat alanına söz konusu tedbir ile müdâhale mümkündür. Bu kapsamda kişinin ulaşım araçlarında hayatın özel alanını oluşturma imkânı yoktur. Ancak özel otomobilinde seyahat ettiği sırada bir arkadaşı ile yaptığı sohbet kişinin özel hayat alanına dahildir. Bununla birlikte kişinin işyerinde bulunan ve konut olarak kullanmadığı bürosunda bir arkadaşı ile yaptığı sohbette kişinin özel hayat alanı kapsamındadır. Kanun koyucu, kişinin işyerinde bu tedbirin uygulanmasına cevaz vererek özel hayat alanına müdâhale imkânı verdiğine göre yine kişinin özel hayat alanı olabilecek özel otomobilinde de bu tedbirin uygulanması mümkündür. Öte yandan CMK m. 140/5'de tedbirin sadece konutta uygulanmayacağına düzenlenmiş olması ile özel otomobilde bu tedbirin uygulanabileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak özel otomobil kişi tarafından konut olarak özgülünmüş ve hayatın gizli alanı yaşanılıyor ise tedbir uygulanamayacaktır. Bu ise uygulamada rastlanılacak bir durum değildir. Bununla birlikte otomobilin kullanılış amacı seyahattir. Kişiler otomobilleri ile seyahat ederken 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre belirli kurallar dahilinde hareket etmek zorundadırlar. Örneğin ellerini kullanarak cep telefonu ile konuşmaları yasaktır. Bu nedenle zaman zaman trafik uygulamalarına maruz kalmaktadırlar. Bu açıdan bakıldığında otomobillerin hayatın gizli alanının yaşanabileceği bir alan olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Nitekim öğretilerde de "özel otomobil" konut sayılmayacağı için bunlara yönelik olarak teknik araçlarla dinleme ve görüntü alma bakımından CMK 140/1 uygulama alanı bulacağı da ileri sürülmektedir.

Konut olarak da özgülenebilen tır ve kamyonların seyahat alanlarında kural olarak tedbir uygulanamaz. Ancak kanaatimizce konut olarak özgülenebilen bölümler ile aracın yönetildiği bölümler birbirinden ayrılabilir ise aracın yönetildiği alanda teknik araçlarla izleme yapılması mümkündür.

Son olarak, ulaşım araçlarına elektronik takip cihazlarının bağlanarak araç hareketlerinin izlenmesi tedbirin amacı ve düzenlemesine uygundur. Uygulamada araç kiralama şirketleri araçlarına bu tür cihazlar bağlayarak takip etmekteyse de, kolluk görevlilerince böyle bir takibin yapılabilmesi için CMK madde 140 kapsamında mahkeme kararı alınması zorunludur. Ancak içerisinde failin bulunduğu kiralık bir aracın, kiraya veren şirket tarafından izlenmesi ve bu durumun aracı kiralayan kişi ile yapılan sözleşmede açıkça belirtilmesi hâlinde izleme için bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Zira kişi izleneceğini baştan kabul etmektedir. Kaldı ki bu hâlde zaten bir koruma tedbiri de uygulanıyor değildir.

5.1.4. Şartları

a. Şüphe Bakımından

Hükmün ilk şeklinde tedbire başvurmak için suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı aranmaktaydı. 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle söz konusu ibare "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri" şeklinde değiştirilmiştir. Böylelikle kuvvetli şüphe sebebi kavramına açıklık getirilmeye çalışıldığı söylenebilir.

Öncelikle "somut delillere dayanmayan kuvvetli bir şüphe sebebinden" söz edilemeyeceğinden adı geçen değişikliğin sadece "malumun ilanı"ndan öteye gidemeyeceği söylenmelidir. Zira aşağıda da ifade edileceği üzere kuvvetli şüphe sebepleri ancak somut vakialara dayanabilir. Soyut, varsayıma dayalı emareler kuvvetli şüphe sebebi oluşturamaz. Bu çerçevede değişikliğin amacının uygulamaya bir yön vermek olduğu söylenebilir.

Burada asıl izaha muhtaç olan "kuvvetli şüphe sebebi" terimidir. Gerçekten CMK'da asıl benimsenen yasal terim kuvvetli şüphe iken 5271 ile bazı koruma tedbirleri bakımından kuvvetli şüphe sebebi biçiminde yeni bir kategori yaratıldığı söylenebilir. Uygulamada karmaşaya ve sonunda yasal değişikliğe yol açan da esasen bu yeni şüphe kategorisine yanlış anlam verilmesidir. Kuvvetli şüphe sebebinin muğlak ifade şekli tedbirin kötüye kullanılmasına yol açmış ve bir tepki olarak yasada ayrıca "somut delillere dayanan" ibaresine yer verilmek zorunda kalmıştır.

Kanımızca "kuvvetli şüphe sebebi" ile ifade edilmek istenen basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun, ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesidir. Zira yeterli ya da kuvvetli şüphe olarak ifade ettiğimiz daha yoğun bir şüphe derecesinin aranması bu tedbire başvurulması için geç olabilir. Savcının kamu davası için sahip olması gereken yeterli şüphe derecesine bazen bu tedbir ile elde ettiği delillerle ulaşması zorunlu olacağına göre, daha çok soruşturma evresinde başvuru böyle bir tedbir için yoğun şüphe aranması tedbirin uygulanmasını gereksiz kılacaktır. Kaldı ki, aşağıda da ifade edeceğimiz üzere tedbire başvurulabilmesinin bir başka koşulu başka türlü delil elde edilebilmesinin mümkün olmamasıdır. Ancak yasakoyucunun "somut delillere dayanan" ibaresini eklemesini, basit bir başlangıç şüphesi ile bu tedbire başvurulabilmesini tedbirin temel

hak ve özgürlüklere getirdiği ağır müdâhale nedeniyle istememiş olması şeklinde değerlendirilmelidir.

Tedbire başvurulabilmesi için kuvvetli şüphe sebebinin varlığı yeterli görülmemiştir. Bunun yanında başka sûretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması da gerekir. O hâlde başka bir tedbir ile delil elde edilebiliyorsa bu tedbire başvurulamaz. Böylece yasa oranlılık ilkesine yer vermiş ve tedbirin ikincil niteliğini vurgulamış bulunmaktadır.

Oranlılık ilkesi gereğince, suçu aydınlatmak için birden fazla tedbirin uygulanma imkânının bulunması hâlinde, öncelikle temel hak ve özgürlüklere en az müdâhale oluşturan tedbir tercih edilecektir. Bir zorunluluk olmadıkça bu tedbir dışındaki yollarla delil elde edilmesine çalışılacaktır. Temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdâhale sonucunu doğuracak olması, bu tedbire son çare olarak başvurulabilmesinin gerekçesini oluşturmaktadır.

Başka yollarla delil elde etme imkânının bulunduğu durumlarda bu tedbire başvurulmaması niteliği nedeniyle "Teknik Araçlarla İzleme" tedbiri, diğer delil elde etme yöntemlerine göre ikincil nitelikte bir yöntem olarak görülmektedir. İkincil yöntem olmasının sonucu olarak, zorunluluk olmadıkça bu tedbir dışındaki yollarla delil elde edilmesine çalışılmalıdır. Başka sûretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması, Kanunda, üç ayrı gizli koruma tedbiri bakımından şart olarak aranmaktadır. Bunlar; telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izlemedir. Aynı şartın üç ayrı koruma tedbiri bakımından aranması, bu tedbirler arasında bir öncelik sonralık veya asıl tedbir ikincil tedbir ilişkisinin bulunup bulunmadığı sorunu gündeme getirmektedir. Aynı durum, bu tedbirlerden biri veya hepsi ile diğer koruma tedbirleri ve delil elde etme yöntemleri arasındaki ilişki bakımından da geçerlidir. Başka bir deyişle, teknik araçlarla izleme dışındaki başka yöntemlerle delil edilmesi imkânının bulunduğu hâllerde bu tedbire başvurulmaması gerekir. Böylece CMK'nın 135 ve 139.maddelerinde olduğu gibi teknik araçlarla izleme gizli koruma tedbiri (CMK 140. md.) bakımından da oranlılık ilkesinin somutlaşmış bir biçimi ve yansıması olan "ikinci derece uygulanabilirlik" koşulu öngörülmüş, böylece aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında asıl tedbir ikincil tedbir veya öncelik-sonralık sorunu gündeme gelmiştir.

Başka sûretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması hâli, Yönetmelikte, *soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilmemesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olması şeklinde tanımlanmıştır.* Buna göre, teknik araçlarla izleme tedbirine, ancak olayın soruşturulması şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin izlenmesi başka türlü tedbirlere sonuçsuz kalacaksa, başvurulmalıdır. Sonuçsuzluk alternatifinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, soruşturmanın başında veya soruşturma devam ederken fiilin ve / veya failin niteliğinden kaynaklanan ve olayın aydınlatılmasını olanaksız kılan bir engel ile karşılaşılmalıdır. Olayın aydınlatılmasına hizmet eden diğer tedbirlerden hareketle sonuca ulaşmak kesinlikle beklenmiyorsa veya bu beklentinin önemli ölçüde az olduğu tahmin ediliyorsa, bu takdirde sonuçsuzluk alternatifi mevcut sayılmaktadır.

İkinci derecede uygulanabilirlik koşulunun gizli koruma tedbirlerinin her biri (TCK 135, 139, 140.md.) için aynı biçimde belirlenmiş olması nedeniyle, bu

tedbirlerin birbirine göre önceliği olmadığı kanısındayız. Gerçekten mademki söz konusu koruma tedbirlerinin meşruluğu özellikle organize suçlulukla mücadele için başka çare kalmadığı gerekçesine dayandırılmaktadır; o hâlde bu tedbirlere başvurulması için bütün çarelere başvurulmuş veya bunlara başvurulacak olduğunda sonuç vermeyeceğinin anlaşılması gerekir. Yine aynı olayı aydınlatmak üzere, birden fazla gizli soruşturma tedbirinin (örneğin gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlarla izleme, telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti) gerektiğinde bir arada uygulanmasına da bir engel yoktur. Nihayet aynı suç örgütü bünyesinde işlenmiş olan birden fazla suçun aydınlatılması söz konusu olduğunda her biri için farklı bir gizli soruşturma tedbirine başvurulması da mümkündür. Bu şart, hiçbir şekilde, bir başka tedbirle örneğin arama veya parmak izi alma sûretiyle delil elde edildiği takdirde artık bu tedbirlere başvurulmayacağı sonucunu doğurmaz. Zira Ceza Muhâkemesinde tek bir delille özellikle mahkûmiyet hükmü kurulmamalıdır. Böyle bir şey kabul edilecek olursa, örneğin şüpheli veya sanığın ikrarda bulunması hâlinde, başka delil araştırılmasına gerek kalmayacaktır. Dolayısıyla, suçun aydınlatılabilmesi ve maddî gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için birden fazla delil elde etme yönteminin bulunduğu durumlarda, temel hak ve özgürlüklere en az müdâhale oluşturandan başlamak sûretiyle, birden çok tedbire başvurmak mümkündür.

Bu arada, zorunlu ise ve şartları da gerçekleşmişse, yukarıda sayılan her üç gizli koruma tedbirinin birden fazlasına veya tamamına başvurmak diğer delil elde etme yöntemleri yanı sıra, mümkündür. Bu bakımdan, bu üç koruma tedbiri arasında bir öncelik-sonralık, genellik-özellik veya asıl tedbir-ikincil tedbir türünden bir ilişki bulunmamaktadır.

b. Kişi Bakımından

aa. Kararı Veren Makam

Tedbiri düzenleyen CMK m. 140'ın ilk şekli'nde tedbire kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verileceği ve savcı tarafından verilen kararların 24 saat içinde hâkim onayına sunulacağı düzenlemesine yer verilmekteydi (f.2).

21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun ile CMK m. 140/2 hükmü değiştirilmiştir. Buna göre; "Teknik araçlarla izlemeye Ağır Ceza Mahkemesi tarafından oybirliği ile karar verilir." Görüldüğü üzere bu değişiklik ile CMK'nın kurgusu bakımından da önemli bir değişiklik getirilmiş olup koruma tedbirleri için hâkim kararı aranan hâllerde soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi tarafından karar verileceği "kuralını" ortadan kaldırmış, soruşturma ve kovuşturma aşamaları bakımından bir ayrıma gidilmeksizin tedbire her durumda Ağır Ceza Mahkemesi tarafından karar verilmesini öngörmüştür. Böylece C.savcısının karar verme yetkisi tümüyle ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla "Cumhuriyet Savcısı, koşulların varlığı hâlinde, doğrudan doğruya veya emrindeki adlî kolluk görevlileri tarafından kendisine bildirilen teknik araçlarla izlemeye ilişkin bilgi ve belgeleri de ekleyerek karar vermesi için hâkimden talepte bulunur" (Yön.m.15/2). Bu talebi sırasında kararını verdiği saat ile hâkimden talepte bulunduğu saati belirtir. Talebi alan hâkim nöbeti bitse de evrakı sonuçlandırmakla yükümlüdür. Hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir kararı Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl kaldırılır (Yön. m. 15/3)." şekli'nde Yönetmelik hükmünün de artık bir anlamı kalmamıştır. Diğer bir deyişle bu değişiklik ilgili Yönetmelik hükümlerini de yürürlükten kaldırmıştır.

Nihayet yeni düzenleme ile sadece Ağır Ceza Mahkemeleri karar almakla yetkili kılınmamış aynı zamanda bu kararın da **oybirliği** ile alınması zorunlu hâle getirilmiştir. Bu durumda çoğunluk ile mahkemenin bu yönde bir karar alabilmesinin önü de kapanmıştır. Bu sûretle eski düzenlemeye göre temel hak ve özgürlükler açısından daha güvenli bir yapı oluşturulmakla birlikte hızlı karar alınması gereken durumlarda oluşabilecek zaafiyetlerin de kapısı aralanmıştır.

Bu tedbirin niteliği gereği süreç mümkün olduğunca gizli yürütülür. Bu cümleden olarak;

Bu işlerde görevlendirilecek zabıt katipleri ağır ceza teşkilatı olan yerlerde o yer adlı yargı ilk derece mahkemeleri Adalet Komisyonu Başkanlığı tarafından, diğer yerlerde ise ceza hâkimleri ile Cumhuriyet Başsavcısı veya kıdemli Cumhuriyet Savcısı tarafından birlikte belirlenir.

Cumhuriyet başsavcılığınca yapılan talep üzerine, gönderilen talep yazısının üstüne ilgili hâkim tarafından havale işlemi yapılır. Talep, mahkemenin değişik iş defterine -içeriği gösterilmeksizin- bu iş için görevlendirilen ilgili zabıt katibi tarafından kaydedilir. Hâkimin verdiği karar tutanakla Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilir. Kararın bir nüshası mahkeme kaleminde kalır ve bu nüshanın gizli tutulması için ilgili hâkim tarafından gerekli önlemler alınır. Verilen bu kararlar (elbette ki talebin kabulüne dair kararlar) tedbir süresince mahkemenin değişik iş kartonuna takılmaz.

Tedbirin sona ermesiyle birlikte karar, ilgili kartona konur. Tüm bu işlemler yapılırken gizliliğe azami ölçüde uyulur. Gizlilik esasının bir gereği olarak da talebin UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) dışından, manuel olarak yapılması ve kararın da yine UYAP dışından verilmemesi, tedbir süresince UYAP dışında işlem yapılması, tedbirin sona ermesiyle işlemlerin UYAP'a atılması gerekir. Nitekim uygulamada da böyle yapılmaktadır.

Mahkemece verilen teknik araçlarla izlemeye ilişkin karar, soruşturmayı yürüten savcılıkça ilgili kolluğa yazılı olarak bildirilir(Yön.m.15/6).

bb. Kararın İçeriği

Teknik araçlarla izlemeye ilişkin talep ve kararlarda aşağıda belirtilen hususlar yer alır (Yön. m. 16):

- a. Soruşturma numarası,
- b. İzlenecek şüpheli veya sanığın kimliği,
- c. Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu,
- ç. İzleme süresi,
- d. Başka sûretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler.

Yönetmeliğin 17. maddesine göre teknik araçlarla izleme kararının kapsamı şöyle olmalıdır:

- Teknik araçlarla izlemeye ait talep ve kararlar, aynı soruşturma ile ilgili olmak kaydıyla, birden fazla şüpheli veya sanığı kapsayabilir.
- Karar süresince, izlenecek kişilerin işyeri veya kamuya açık yerlerdeki tüm faaliyetleri izlenebilir, görüntülenebilir ve kayda alınabilir. Kişilerin konut olarak kullandığı yerlerde teknik araçlarla izleme yapılamaz.
- İzlemeden kastedilen, belirli bir süre devam eden ve hedef kişi/kişilerin hareket veya ilişkilerinin görüntülenmesi ya da yaptıkları konuşmalarının tespitini amaçlayan işlemlerdir.
- Kişilerin işledikleri suçların delil, iz, emare ve eserlerinin tespiti amacıyla yapılmış bireysel saptamalar, teknik olarak izleme sayılmaz.

cc. Karara Maruz Kalacak Kişi

Tedbire şüpheli veya sanık aleyhine başvurulabilir. Dolayısıyla sadece soruşturma evresinde değil, kovuşturma evresinde de söz konusu tedbire başvurmak mümkündür.

Bununla birlikte teknik takip, ses ve görüntü kaydının muhtemelen şüpheli veya sanıkla ilişki kuran üçüncü kişileri de kapsamına alması kaçınılmazdır.

c. Suç Bakımından

CMK'da, ÇASÖMK'ten farklı olarak tedbirin başvurulabileceği suçların katalogu yapılmıştır. Söz konusu katalog 6526 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Buna göre;

a. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80), 2.Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), 3.Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (m.148, 149), 4.Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 5. Parada sahtecilik (madde 197), 6. Fuhuş (madde 227)7. İhâleye fesat karıştırma (madde 235),8. Rüşvet (madde 252), 9.Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), 10.Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), 11. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

d. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

Yeni katalog bakımından dikkat çeken hususlar şunlardır:

- Nitelikli hırsızlık ve yağma suçu daha önce katalogda yer almıyor iken değişiklikle katalog kapsamına alınmış ve bu sûretle kapsamı genişlemiştir. -Buna karşılık suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçu katalogdan çıkarılmıştır. Böylece öteden beri eleştirilen söz konusu suç bakımından tedbire başvurulabilmesi imkânı kalkmıştır. Bu sûretle suçun "en azından" suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçuna sokularak tedbirin kötüyeye kullanılmasının önü kapatılmış görünmektedir. -Tedbirin fuhuş suçu bakımından uygulanmasının kapsamı genişlemiştir. Zira daha önce sadece m. 227/3 bakımından uygulanabilen tedbir bu sınırlamanın kaldırılmasıyla hükümde yer alan tüm fuhuş suçları bakımından uygulanabilir hâle gelmiştir.

Bu çerçevede 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220'nci maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde bu suçlar için de teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulabilir şeklinde Yönetmelik m.18 hükmünün de yürürlükte kalktığı söylenmelidir. Bu sûretle Kanunda yer almayan bir hususa Yönetmelik'te yer verilmesinin doğru olmadığına ilişkin eleştiri de karışılmış olmaktadır.

d. Tedbirin Süresi (m. 140/3)

Tedbirin süresine ilişkin düzenleme de 6526 sayılı Kanun ile değişmiştir. Buna göre teknik araçlarla izleme kararı en çok üç haftalık süre için verilebilir. Daha önce bu süre dört hafta idi. Bu süre gerektiğinde bir hafta daha uzatılabilir. Değişiklikten önce dört haftalık süre bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilmekteydi. Bu durumda da tedbire en çok sekiz hafta için başvurulabilmekteydi. Yeni düzenleme ile bu süre **en fazla dört hafta** olabilir. Bu süre azami süre olup, hâkim süreyi somut olayın özelliğine göre belirlemelidir.

Öte yandan değişiklikten önce bu sürenin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, gerekli görülmesi hâlinde, hâkim tarafından bir haftadan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılabilmesi mümkün idi. Ancak değişikliğe göre uzatmalar ile toplam dört hafta olabilen sürenin, mahkeme tarafından her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verilebilir. O hâlde tüm uzatmalarla bu süre en fazla **sekiz hafta** olabilir. Bu sûretle daha önce örgütlü suçlarda neredeyse süresiz bir şekilde uygulanabilir durumda olan tedbirin uygulanabileceği maksimum bir süre sınırı getirilmek sûretiyle hukuk devleti ilkesine daha uygun bir yapı oluşturulmuştur. Böylece yasaya paralel olarak tedbirin süresini sınırsız uzatma imkânı getiren Yönetmelik m. 20/2 hükmünün de yürürlükten kalktığı söylenmelidir.

Teknik araçlarla izlemede süre, kararın ilgili kolluk birimine yazılı olarak tebliğinden itibaren başlar. Karar en geç 24 saat içerisinde kolluk birimine ulaştırılır. Aksi hâlde süre 24 saatin sonunda işlemeye başlar (Yön. m. 20/3).

İzleme süresi kesintisiz olarak devam eder. Bu süre içinde gerçekleştirilen işlemler ve ara vermeler yazılı olarak kayda alınır (Yön. m. 20/4).

Kararın uygulanması sırasında, Kanun'da öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile derhâl kaldırılır (Yön. m. 20/5). Diğer bir deyişle bu süreler tedbirin uygulanabileceği en üst sürelerdir.

e. İcrası, Sona Ermesi ve Dokümanların Yok Edilmesi

İzleme, belirli bir süre devam eden ve kişilerin hareket veya ilişkilerinin görüntülenmesi ya da yaptıkları konuşmalarının tespiti amacını güden işlemlerdir (Yön.m.17/3). Buna karşılık kişilerin işledikleri suçların delil, iz, emare ve eserlerinin tespiti maksadıyla yapılmış bireysel saptamalar izleme sayılmaz (Yön. m. 17/4).

Teknik araçlarla izlemeye ait talep ve kararlar aynı soruşturma ile ilgili olmak üzere birden fazla kişiyi kapsayabilir (Yön. m. 17/1).

Karar süresince, izlenecek kişilerin işyeri veya kamuya açık yerlerdeki tüm faaliyetleri izlenebilir, görüntülenebilir ve kayda alınabilir. Kişilerin konut olarak kullandığı yerlerde teknik araçlarla izleme yapılamaz (Yön.m.17/2).

Bu çerçevede izlenen kişinin işyeri ve kamuya açık yerlerdeki her türlü faaliyeti teknik araçlarla gizli olarak gözetlenebilir, izlenebilir, ses ve görüntü kaydı alınabilir. Ses kayıtları Teknik Araçlarla İzleme Sonucu Elde Edilen Konuşmaların Çözümüne İlişkin Tutanak ile yazılı metin hâline getirilir. Görüntü kayıtları belge hâline getirilebilir. Ses ve görüntü kayıtlarının belgelendirilmeleri sırasında uzmanlardan yararlanılabilir. Belgelendirme işlemleri bir tutanağa bağlanır. Ses ve görüntü kayıtlarının tümü mühürlenerek Cumhuriyet Savcısına teslim edilir (Yön. m. 19).

Elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz.

Tedbir kararının uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararın hâkim tarafından onaylanmaması hâlinde, tedbirin uygulanmasına Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda elde edilen deliller Cumhuriyet Savcısının gözetiminde uygun görülen şekilde derhâl imha edilir ve bu hususta bir tutanak düzenlenir (Yön. m. 21/1).

Teknik izleme sürecinde elde edilen deliller ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet Savcısının gözetiminde derhâl yok edilir ve durum bu imha Tutanağına kaydedilir (Yön. m. 21/2).

Veri taşıyıcısının üzerindeki kayıtların silinmesi sûretiyle de birinci fıkra hükümleri yerine getirilebilir. Başka bir kopyanın da kalmadığı açıkça belirtilerek silme işlemi tutanağa bağlanır (Yön. m. 21/3).

Veri taşıyıcısının Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesinden sonra gerekmesi hâlinde imha işlemi Cumhuriyet Savcısının belirleyeceği yöntemle gerçekleştirilir (Yön. m. 21/4).

Tedbir sona erdikten sonra tedbire maruz kalan kişiye bilgi verilmesi konusunda yasada bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yönüyle iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenlemenin daha güvenceli olduğu söylenmelidir. Bununla birlikte herkes Bilgi Edinme Kanunu hükümlerine göre de böyle bir tedbire maruz kalıp kalmadığı konusunda bilgi isteyebilir.

f. Tesadüfen Elde Edilen Delil

Teknik araçlarla izleme sırasında yapılmakta olan soruşturmayla ilgisi olmayan; ancak, yukarıda belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilmesi hâlinde; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığı'na derhâl bildirilir (Yön. m. 22).

Hemen ifade edelim ki CMK'da arama ve iletişimin denetlenmesi ve tespiti ile ilgili olarak getirilmiş olan tesadüfen elde edilen delillere ilişkin m.138 hükmünde teknik araçlarla izleme tedbirine yer verilmemiştir. Bu husus önemli bir eksiklik. Söz konusu eksiklik sonradan fark edilmiş olacak ki Yönetmelik ile bu konudaki boşluk doldurulmaya çalışılmıştır.

Ancak bu defa da kanunda hüküm bulunmayan bu konu ile ilgili olarak yönetmelikte düzenleme getirilmesinin yerinde olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Gerçekten tesadüfen elde edilen delil kurumu temel hak ve özgürlüklere müdâhalenin kapsamını genişletmektedir. Böyle olunca kanunlar hiyerarşisi bakımından yönetmelik kanuna aykırı hâle gelmiş bulunmaktadır. Bu nedenle kanımızca söz konusu hükmün uygulanabilmesi mümkün değildir. CMK m. 138 gözden geçirilmeli ve m. 140'ı da içine alacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.

Bir an için tesadüfen elde edilen delil kurumunun bu tedbir bakımından da uygulanabileceği kabul edilir ise bu tedbir bakımından tesadüfen elde edilen delilin ne olduğunun ortaya konulması zorunludur.

Teknik araçlarla izleme sırasında, yapılan izlemeyle ilgisi bulunmayan ve fakat başka bir suçla ilişkili olarak elde edilen delile tesadüfen elde edilen delil denir. Şayet CMK m. 138/1 hükmü kıyasen uygulanacak olursa bu şekilde bir delil elde edilirse muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet savcılığına bildirilir (CMK m.138/1).

Bilindiği üzere Arama Yönetmeliği konuyu daha ayrıntılı düzenlemektedir (m.10). Adı geçen Yönetmelikte arama için getirilmiş olan düzenlemeyi teknik araçlarla izleme tedbiri bakımından esas alacak olur isek tesadüfen elde edilen deliller;

"Usûlüne uygun yapılan teknik araçlarla izleme sırasında;

a. Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen,

b. Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek delillerdir.

Tesadüfen elde edilen delil bakımından önem taşıyan husus şudur: Tedbirin başlangıcında öngörülmesi mümkün olmayan, *sürpriz* bir bulma söz konusu olmalıdır. Burada öyle bir durum vardır ki, tesadüfen bulunan şeyin teknik araçlarla izleme kararının verilmesine neden olan fiil ile bağlantısı bulunmamakta ve fakat bu şey diğer bir suçun işlendiğini göstermektedir. Bu konuda, bilinen bir suçla bağlantı bulunması olasılığı ya da belirsiz, soyut bir şüphenin varlığı yeterlidir. Bunun başlangıç şüphesi olması dahi gerekli değildir. Tesadüfen bulunan bu şeyin, açıkça delil olarak kabul edilebiliyor olması da gerekmez. Konuya örnek olarak adam öldürme suçunu nedeniyle yapılan izleme sırasında uyuşturucu madde ticareti yapıldığına ilişkin ses

ya da görüntülerin elde edilmesi verilebilir.

Şayet soruşturma makamlarınca izleme kararının konusu dışında kalan bir suça ilişkin delil elde edilmeye çalışılır ve elde edilirse, artık o delil tesadüfen elde edilen bir delil değildir. Zira bu hâlde soruşturma makamları esasen dürüst işlem ilkesine aykırı davranmakta, bir suça ilişkin izleme kararını bir başka suça ilişkin delil elde etmek amacıyla kullanmaktadır. Diğer bir deyişle, aslında bu durumda ortada bir izleme kararı bulunmamakta mevcut karar başka suçlara ilişkin delil elde etmek amacıyla kullanılmış olmaktadır. Kanımızca böyle bir izleme Muhâkeme Hukukunun dürüst işlem, adil yargılanma, oranlılık ilkelerine aykırı olacağından hukuka aykırı sayılmalı, elde edilen deliller muhâkemedede kullanılamamalıdır.

Ancak uygulamada zaman zaman bir suç için alına kararın hakkında karar olmayan ancak delil elde edilmesi arzu edilen suçlar hakkında da uygulandığı görülmektedir. Çoğu zaman bu iki izleme şekli arasındaki sınırın özellikle izlemeye maruz kalan kişi tarafından ortaya konup, başka suça ilişkin delillerin tesadüfen değil bilinçli olarak ortaya çıkarıldığını ispatlamak oldukça zor olacaktır.

Tesadüfen elde edilen deliller bakımından önem taşıyan bir başka husus bu şekilde elde edilen delilin akibetinin ne olması gerektiğidir. Kanımızca bu şekilde tesadüfen elde edilen delil hemen C. Savcısına ulaştırılmalı, savcı bakımından hakkında tesadüfen delil elde edilen suça ilişkin soruşturmaya başlanmalı ve koşulları var ise bu suç bakımından da izleme kararı verilmelidir. Soruşturma makamları asla bu suç için izleme yapmaya devam etmemelidir. Zira bu suç hakkında henüz bir izleme kararı bulunmamaktadır.

g. Hukuka Aykırı Denetim

Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat başlığını taşıyan m. 141 vd. hükümlerinde bu şekildeki gizli soruşturma tedbirleri ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu büyük bir eksikliklerdir. Çünkü bireylerin başvuru tedbirlerin gizli olması nedeniyle asıl burada bir korumaya gereksinimleri bulunmaktadır.

h. Kanun Yolu

Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı **İTİRAZ** yoluna gidilebilir (CMK m. 267/1). Bu çerçevede söz konusu tedbir bakımından da yukarıda gizli soruşturmacıya ilişkin açıklamalarımız çerçevesinde ifade ettiğimiz üzere itiraz kanun yoluna başvurulabilir.

AİHM Kararları

Teknik Araçlarla İzleme hususunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye hakkında verdiği en belirgin karar, **Aydoğdu/Kaya/Duran ve diğerleri kararı**dir. Bu kararda, izlenmeye başlanılan suçun başka bir suça evrilmesi hâlinde elde edilen delillerle mahkûmiyet hükmünün Sözleşmeye uygunluğu değerlendirilmiştir.

Bu davalarda, gümrükte görevli memur olan başvuru haklarında yapılan kaçakçılık ihbârından sonra, gümrüğün bazı yerlerine hâkim kararıyla gizli kamera yerleştirilmesine ve elde edilen verilerin kaydedilmesine karar verilir. Toplanan veriler sonucunda isnat edilen suç rüşvet olarak değişir. Buna rağmen savcı takibe

devam kararı verir. Yargılama aşamasında ise, başvuru irtikâptan dolayı mahkûm olurlar. İnsan Hakları Mahkemesi, bu davalarda, Türk makamlarının iyi niyetle hareket edip etmediğine ve yetkilerini aşip aşmadığına bakar. Bu amaçla Mahkeme, ilk suç şüphesinin kaçakçılığa dayandığını ve şüphelenilen suçun sonradan rüşvet olarak vasıflandırıldığını ve bu iki suçun 140. maddede belirtilen suçlardan olduğunu tespit eder. Mahkeme, yargılama aşamasında, suçun vasfının değiştiğini bununla birlikte, rüşvet ile irtikâp suçlarının Türk hukukunda birbirine çok yakın iki suç olduğunu belirtir. Ayrıca, gizli izleme kararının hâkim tarafından verildiğini ve savcının gözetiminde icra edildiğini belirttikten sonra, ulusal makamların baştan beri iyi niyetli olduklarına karar verir.

Uzun/Almanya kararı: Bu dava, sol terörist bir örgüte üye olmasından şüphelenilen başvuru uzun bir süre, teknik yöntemlerle izlenmesi ile ilgilidir. Evinin giriş ve çıkışlarına gizli kamera yerleştirilir ve kendisinin de sık kullandığı arkadaşının arabasına iki ses kayıt cihazı bağlanır. Başvuru ve arkadaşı bunları tespit ettikten sonra imha ederler. Bunun üzerine, savcılığın talebi üzerine, polis başvuru arkadaşının arabasını navigasyon yöntemiyle izler ve gittikleri yerleri kaydeder. Navigasyon cihazıyla elde edilen verilere dayanılarak, başvuru hakkında ceza soruşturması açılır. Bu verilerin hukuka aykırı olarak ve hâkim kararı olmadan elde edildiğinden bahisle delil olamayacağı ve dosyada çıkarılması talebi Düsseldorf İstinaf Mahkemesi tarafından reddedilir. Başvuru ve arkadaşı, sonuç olarak, adam öldürmeye teşebbüsten ve bombalı saldırı düzenlemekten dolayı mahkûm edilirler. Mahkeme önünde, başvuru sadece navigasyon yöntemiyle yapılan gizli izlemeden şikâyet etmiştir. Avrupa Mahkemesine göre, navigasyonla yapılan gizli izlemeler diğer görüntü ve ses kaydına dayanan gizli izlemelere göre kişinin özel hayatına daha az müdâhale etmektedir çünkü görüntü ve ses kaydına dayanan gizli izlemelerle, kişi ile ilgili daha çok bilgi elde etmek mümkündür ve bu yöntemlerle kişinin düşüncelerini ve duygularını dahi kaydetme söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle, navigasyon yöntemiyle yapılan izlemeler (kişinin bulunduğu yerin tespiti), telefon dinlemeleri ve gizli kamera ile yapılan izlemelere oranla, daha hafif bir müdâhale olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, navigasyon yöntemiyle yapılan müdâhale diğer görüntü ve ses kaydı ile yapılan izlemelere göre daha hafif bir tedbir olduğundan, 8. madde anlamında aranan güvencelerin de daha hafif olması mümkündür. Başvuru, Mahkeme önünde, yapılan müdâhalenin yasa ile öngörülmediğini, çünkü yasa metninde geçen "izlemeyi sağlayacak diğer araçlar" ifadesinin açık ve belirli olmadığını iddia etmektedir. Başvurucuya göre, bu ifadede navigasyon yöntemi ile gizli izleme yapılabileceği sonucu çıkmamaktadır. Ayrıca gizli izleme için gerekli garantiler bulunmamaktadır çünkü yapılan izleme hâkim kararı olmadan savcı tarafından verilmiş ve izlemenin süresi de yasa ile belirlenmemiştir. Mahkeme, telefon dinlemeleri ve diğer sair araçlarla yapılan teknik takiplerde istenen güvencelerin çok sıkı olduğunu; buna karşın kişinin sadece yerini tespit eden ve dolayısıyla özel hayata çok daha az müdâhale eden navigasyon yöntemiyle yapılan takip için aynı güvencelerin istenemeyeceğini belirtir. Bundan hareketle, Mahkeme Uzun davasında, yasanın öngörülebilir olması gereği konusunda, ilgili yasa metninden, bir şahsın görüntü ve/veya ses kaydı dışında, teknik yöntemlerle yerinin tespit edilebileceği sonucunun çıktığını ifade eder. Kaldı ki ulusal yargı organlarının kararlarında bu durum açıkça belirtilip açıklığa kavuşturulmuş durumdadır. Yeterli güvencelerinin yokluğu iddiasına ilişkin ise, İnsan Hakları Mahkemesi, başvuru yapılan izlemenin süre ile sınırlı olmadığı iddiasının yerinde olduğunu kabul eder. Kaldı ki yasada yapılan değişiklikle, gizli izlemeler süre ile sınırlı hâle getirildiğini belirtir. Ancak, Mahkeme bu davada, izleme süresinin elde edilmek istenen amaç ile orantılı olduğunu ve ulusal

yargı organlarının süre konusunu incelediklerini ve başvurunun süre konusunda, yeteri derecede garantiye sahip olduğunu ifade eder. Yapılan gizli izleme için iznin hâkim tarafından verilmediği iddiasına gelince Mahkeme, gizli izleme kararının her ne kadar savcı tarafından verilmiş ve polis tarafından yerine getirilmiş bir karar olsa da, bu kararın yerindeliği ve hukuka uygunluğunu denetlemek için bir yargı yolu olduğuna dikkat çeker. Ceza yargılaması sırasında, gizli izlemenin ve bu yöntemle elde edilen delillerin hukuka aykırılığı ile ilgili iddialar mahkeme önünde ileri sürülebilmektedir. Bu durum yargı yolunun varlığı için yeterli kabul edilir. Bu nedenlerle Mahkeme, gizli izleme hâlinde Alman Hukukunun keyfiliğe karşı başvurucuya gerekli güvenceleri verdiği ve başvurunun özel hayatına yapılan müdahalenin yasa ile öngörüldüğü sonucuna varır. Bu müdahalenin "demokratik toplumda gerekliliği" konusunda ise Mahkeme, özellikle orantılılık prensibi üzerinde durur. Bu ilke gereği, gizli izleme yoluyla özel hayata yapılan müdahalenin meşru amaçla orantılı olup olmadığını inceler. Bu konuda Avrupa hâkimi, navigasyonla yapılan takibe, en son aşamada, yani diğer tedbirlerin uygulamasının mümkün olmadığı anlaşıldıktan sonra başvurulduğunu tespit eder. Gerçekten de, başvuru ve arkadaşı, ses kayıt cihazını bulup imha etmişler ve telefonlarının dinlendiğini anladıkları günden itibaren telefonla konuşmamaya gayret etmişlerdir. Ayrıca başvuru, sadece üç aya yakın bir süre içerisinde navigasyonla izlenmiştir ve diğer izleme tedbirleri (konutunun girişinde gizli kamera ile izlenmesi ve polis tarafından yapılan yakın takip) yetersiz kalmıştır. Ayrıca, dosyadan başvurunun süresiz bir şekilde ve günün her vaktinde takip edildiği sonucu çıkmamaktadır. Tam tersine, sadece cihazın yerleştirildiği arabayı kullandığı zaman gittiği yer tespit edilmiştir. Bunların yanı sıra, Mahkeme, başvurucuya atfedilen suçlamaların ağırlığını (patlayıcı maddeler ile bazı devlet adamları ile devlet memurlarının öldürülmesine teşebbüs) dikkate alır.

Sonuç olarak mahkeme, navigasyon yöntemiyle yapılan gizli izlemenin istenen amaç ile orantılı olduğuna ve Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar verir. *Uzun/Almanya* davası, navigasyon yöntemiyle kişinin yerinin belirlenmesi yöntemiyle yapılan takibin kişinin özel hayatına bir müdahale olarak kabul edilen ilk dava olması açısından önemlidir. Ayrıca, bu davada Mahkeme, navigasyon yöntemiyle yapılan takibin, yukarıda belirtildiği gibi, diğer takip çeşitlerine göre daha hafif bir tedbir olduğunu ve özel hayata daha hafif bir müdahalede bulunduğunu belirtmiştir. Gerçekten de, ilk defa bu davada, gizli izleme için kullanılan aracın özel hayata yaptığı müdahale derecesi dikkate alınmıştır. Başka bir deyişle mahkeme, gizli izleme yöntemleri arasında bir "derecelendirme" yoluna gitmiştir. Bu "derecelendirmede", telefon dinlemeleri, ses ve görüntü kayıt cihazlarıyla yapılan takipler navigasyonla yapılan izlemeye göre daha ağır bir müdahale olarak kabul edilmiştir. Bu "derecelendirmenin" sonucu olarak, mahkemenin aradığı güvenceler de değişmektedir. Özel hayata müdahale ağır olduğu zaman, var olan güvenceler fazla, buna karşın müdahaleler hafif olduğu zaman güvenceler daha az kabul edilmektedir.

Ders Planı - Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Tedbiri

Dersin Amacı

- Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin temel hak ve özgürlükler bakımından önemi konusunda farkındalığı arttırmak.
- Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi konusunda ulusal düzenlemeleri incelemek.
- Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi konusunda uygulamada karşılaşılan problemleri analiz ederek uygulama birliğini sağlamak.
- Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi sırasında tedbire maruz kalan kişinin özellikle tedbirin gizli olması niteliği karşısında devletin gücü önündeki zayıflığını ortaya koymak ve buna karşın söz konusu tedbir ile özgürlüğüne müdahale edilen kişinin hak ve özgürlüklerini sonuna kadar kullanabilmesinin önemine vurgu yapmak.

Dersin Kapsamı

Türkiye Adalet Akademisinin görev kapsamı içerisinde bulunan yargı profesyonellerine yönelik olarak hazırlanan modül, beş ana bölümden oluşmaktadır. Her bir bölüm kırk beşer dakikalık derslerle verilecektir. Bu bölümler şunlardır:

- Gizli Soruşturmacı Kavramı, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması, Amacı
- Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Koşulları ve Görevlendirilmesi Usûlü
- Tedbirin Uygulanması (I) (Gizli görevlinin Suç İşleyebilip İşleyemeyeceği Sorunu, Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Gizli Soruşturmacının Tanık Olarak Dinlenebilip Dinlenemeyeceği Sorunu)
- Tedbirin Uygulanması (II) (Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Başka Koruma Tedbirlerini de Kapsayıp Kapsamadığı Sorunu; Tesadüfen Elde Edilen Deliller)
- Tedbire Hukuka Aykırı Olarak Başvurulmasının Sonuçları; Tedbirin Denetlenmesi: Kanun yolu

Ders Planı - Gizli Soruşturmacı Kavramı, Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması, Amacı

Dersin Amacı

- Ders sonunda öğrenci yürürlükteki mevzuat hükümleri çerçevesinde;
- Gizli soruşturmacı kavramının içeriğini öğrenir.
- Benzer kavramlarla karşılaştırarak tedbirin hangi kapsamda uygulanabileceğini öğrenir.
- Tedbirin amacı hakkında bilgi sahibi olur.

Yöntem

- Anlatım Usûlü
- Soru/Cevap Yöntemi

Araçlar

- Ders Materyali
- Power-point Sunusu
- Örnek Olay İncelenmesi
- Varsa AİHM ve Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Dersin İşleniş Süreci

- Ders materyalinden faydalanılarak powerpoint sunusu hazırlanması
- Ders materyalinin ilk bölümünün okunarak ve aşağıda verilen sorulara hazırlanılarak gelinmesi
 - * Gizli soruşturmacı kavramına anlamını veren özellikler nelerdir?
 - * Gizli soruşturmacıyı; bilgi veren (muhabir), güvenilir adam, kışkırtıcı ajan gibi benzer kurumlardan ayıran hususlar nelerdir?
 - * Gizli soruşturmacı görevlendirmenin amacı nedir?
- Örnek olay çözümü
- Konu bitiminde varsa AİHM ve Yargıtay kararı incelemesi
- Değerlendirme ve geribildirim

Ders Planı - Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Koşulları ve Görevlendirilmesi Usûlü

Dersin Amacı

- Dersin sonunda öğrenci;
- Gizli soruşturmacının bir kamu görevlisi olması gerektiğini,
- Bir suç işlendikten sonra ve bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebebi bulunmasının gerekli olduğunu,
- Bu tedbire son çare olarak başvurulması gerektiğini,
- Bu tedbire ancak katalogda yer alan suçlar bakımından başvurulabileceğini öğrenir.
- Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararda bulunması gereken hususlar ele alınır.

Yöntem

- Anlatım Usûlü
- Soru/Cevap Yöntemi

Araçlar

- Ders Materyali
- Power Point Sunusu
- Örnek Olay İncelenmesi
- Varsa AİHM ve Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Dersin İşleniş Süreci

- Ders materyalinden faydalanılarak powerpoint sunusu hazırlanması
- Ders materyalinin ilk bölümünün okunarak ve aşağıda verilen sorulara hazırlanılarak gelinmesi
 - * Türk hukukuna göre kim/kimler gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir?
 - * Kuvvetli şüphe sebebi nedir?
 - * Tedbirin son çare olması özelliğinden ne anlaşılmalıdır?
 - * Tedbirin başvurulabileceği katalog suçlar nelerdir? Hangi özelliklere sahiptir?
 - * Tedbir talebinde neler bulunmalıdır?
 - * Tedbir kararının içeriğinde neler bulunmalıdır?
 - * Tedbir talebi ve karar içeriğinin kişi hak ve özgürlükleri açısından önemi nedir?
- Konu anlatımı bitiminde örnek olayın çözümü
- Mevcut kesinleşmiş dava dosyalarından temin edilerek konuyla ilgili yanlış ve doğrular üzerinde tartışma açılabilir.
- Değerlendirme ve geribildirim

Ders Planı - Tedbirin Uygulanması (I): Gizli Görevlinin Suç İşleyebilip İşleyemeyeceği Sorunu, Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Gizli Soruşturmacının Tanık Olarak Dinlenebilir Dinlenemeyeceği Sorunu

Dersin Amacı

Dersin sonunda öğrenci;

Gizli soruşturmacının hangi faaliyetlerde bulunabileceğini öğrenir.

Tedbirin bir süreye bağlı olup olmadığını ve ne zaman sona erdirileceğini öğrenir.

Gizli soruşturmacının bir suç işleyebilip işleyemeyeceğini tartışır. Bu çerçevede tedbirin özellikle hukuk devleti ilkesi ile ilişkisini ele alır.

Elde edilen delillerin değerlendirilmesi bakımından ortaya çıkabilecek sorunları irdeler.

Gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenebilir dinlenemeyeceği sorununu tartışarak hangi koşul ve usûlde dilenebileceğini öğrenir.

Yöntem

- Anlatım Usûlü
- Soru/Cevap Yöntemi

Araçlar

- Ders Materyali
- Power Point Sunusu
- Örnek Olay İncelemesi
- Varsa AİHM ve Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Dersin İşleniş Süreci

- Ders materyalinden faydalanılarak power-point sunusu hazırlanması
- Ders materyalinin ilk bölümünün okunarak ve aşağıda verilen sorulara hazırlanılarak gelinmesi
 - a. Gizli soruşturmacının görev kapsamı nedir? Bu çerçevede gizli soruşturmacı suç işleyebilir mi?
 - b. Gizli soruşturmacının elde ettiği deliller ne şekilde değerlendirilir?
 - c. Gizli soruşturmacı tanık olarak dinlenebilir mi?
 - d. Gizli soruşturmacı ne kadar süreyle faaliyette bulunur?
 - e. Gizli soruşturmacının faaliyeti ne zaman sona erer?
- Konu anlatımı bitiminde örnek olayın çözümü
- Mevcut kesinleşmiş dava dosyalarından temin edilerek konuyla ilgili yanlış ve doğrular üzerinde tartışma açılabilir.
- Değerlendirme ve geribildirim

Ders Planı - Tedbirin Uygulanması (II): Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Başka Koruma Tedbirlerini de Kapsayıp Kapsamadığı Sorunu; Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Dersin Amacı

Dersin sonunda öğrenci;

- Gizli soruşturmacının görev kapsamı içerisinde arama, iletişimin denetlenmesi ya da teknik araçlarla izleme gibi diğer bir koruma tedbirine/tedbirlerine başvurabilir mi?
- Başvurursa elde ettiği veriler delil olarak kullanılabilir mi?
- Gizli soruşturmacının görev sırasında tesadüfen elde ettiği delillerin Muhâkemedede kullanılabilmesi mümkün müdür?

Yöntem

- Anlatım Usûlü
- Soru/Cevap Yöntemi

Araçlar

- Power-point Sunusu
- Ders Materyali
- Örnek Olay
- Varsa Örnek AİHM/Yargıtay Kararı incelemesi

Dersin İşleniş Süreci

- Ders materyalinden faydalanılarak power-point sunusu hazırlanması
- Ders materyalinin ilk bölümünün okunarak ve aşağıda verilen sorulara hazırlanılarak gelinmesi
 - * Gizli soruşturmacının faaliyet alanı nedir?
 - * Gizli soruşturmacı suç işleyebilir mi?
 - * Gizli soruşturmacı ne kadar süreyle faaliyette bulunur?
 - * Gizli soruşturmacının faaliyeti ne zaman sona erer?
- Konu bitiminde örnek bir olayın çözülmesi
- Konuyla ilgili karar incelemesi yapılması
- Değerlendirme ve geribildirim

Ders Planı - Tedbire Hukuka Aykırı Olarak Başvurulmasının Sonuçları; Tedbirin Denetlenmesi: Kanun yolu

Dersin Amacı

- Dersin sonunda öğrenci;
- Gizli soruşturmacı tedbirine hukuka aykırı olarak başvurulmasının sonuçlarının neler olduğunu öğrenir.
- Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararına karşı hangi kanun yoluna gidilebileceğini öğrenir

Yöntem

- Anlatım Usûlü
- Soru/Cevap Yöntemi

Araçlar

- Power-Point Sunusu
- Ders Materyali

Dersin İşleniş Süreci

- Ders materyalinden faydalanılarak power-point sunusu hazırlanması
- Ders materyalinin ilk bölümünün okunarak ve aşağıda verilen sorulara hazırlanılarak gelinmesi
 - * Tedbirin hukuka aykırı olmasının sonuçları nelerdir?
 - * Gizli soruşturmacı tedbirine karşı başvurulabilecek kanun yolunun koşulları, kapsamı ve sonuçları nelerdir?
- Değerlendirme ve geribildirim

Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Modülü ile İlgili Daha Fazla Okuma Yapmak İçin Ders Materyali

Alacakptan Uğur, **İşlenemez Suç**, Ankara 1968.

Avcı Mustafa, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Türk Hukukunda Örgütlü Suç Kavramı, Hukuk ve Adalet", *Eleştirel Hukuk Dergisi*, Yıl 2, S.5, Nisan 2005.

Beulke, *Strafprozessrecht*.

Centel Nur Başar, *Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler*, Hukuk Araştırmaları, 1994, C. 8, S. 1-3.

Centel Nur/Zafer Hamide, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2010.

Diercks Uwe, *Möglichkeiten und Grenzen von polizeilich verwendeten V-Leuten, undercover-agents und agent provocateurs aus strafrechtlicher Sicht*, Die Polizei, Juni 1985.

Donay Süheyl, *Açıklamalı Ceza Muhâkemesi Kanunu*, İstanbul 2005.

Dönmezer Sulhi, *Çağdaş Toplumda Şiddet ve Mafya Suçları*, Cogito Kış-Bahar '96.

Dönmezer Sulhi, "Türkiye'de Organize Suçlulukla Mücadelenin Esasları", *GSÜHFD, Oğuzman'a Armağan*, 1/2002.

Dönmezer Sulhi, "Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri", *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000.

Dönmezer Sulhi, "Organize Suçlulukla Mücadele", *Kemal Oğuzman'a Armağan*, İstanbul 2002 (Organize Suçluluk).

Duttge Gunnar, *Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes*, JZ 1996.

Eisenberg Ulrich, *Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar*, 3. Aufl., München 1999.

Erdem Mustafa Ruhan, *Ceza Muhâkemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Ankara 2001.

Erem Faruk, "İdarenin Kışkırtıcı Ajan Kullanması", *Onar Armağanı*, İstanbul 1977.

Erem Faruk, *Kışkırtıcı Ajanın Sorumluluğu*, Yargı, Ocak 1977, S. 9.

Erem Faruk/Danişman Ahmet/Artuk Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997.

Erfuth Christina, *Verdeckte Ermittlungen: Problemlösung durch das OrgKG?*, Frankfurt am Main 1997.

Eschelbach Ralf, *Rechtsfragen zum Einsatz von V-leuten*, StV 2000.

Geisler Claudius, *Anmerkung zum Einsatz von Verdeckten Ermittlern und V Personen im Strafverfahren*, in: *Verdeckte Ermittler und V-Personen im Strafverfahren*, Hrsg. Claudius Geisler, Wiesbaden 2001.

Geleri Aytekin/İleri Hakan, *Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar*, Ankara 2003.

Gropp Walter, "Organize Suçlulukla Mücadelede Yeni Araştırma Metodları", *Facultatis Decima Anniversaria, Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu*, İstanbul 1993.

Hilger Hans, *Verdeckte Ermittler, V-Leute*, FS für Hanack, Berlin-New York 1999.

Hilger Hans, *Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG –2.Teil-*, NStZ 1992.

Hund Horst, *Verdeckte Ermittlungen – eingelöstes Problem?*, StV 1993.

Klein Donata, *Umfang und Grenzen zulässiger verdeckter Ermittlungstätigkeit unter besonderer Würdigung des Einsatzes Verdeckter Ermittler und der akustischen Wohnraumüberwachung*, Diss, Marburg 2001.

Krauß Manfred, *Das Anforderungsprofil verdeckter Ermittler und ihrer Führungsbeamten*, Die Polizei 1999.

Krekeler Wilhelm, *Darf des Staat im Rahmen der Verbrechensbekämpfung Straftaten begehen?*, AnwBl 1987.

Kruse Gesine, *Landesbericht Bundesrepublik Deutschland*, in: Hrsg. Gropp, *Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg i. Br. 1993.

Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Muhâkeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhâkemesi Hukuku*, Onsekizinci Baskı, İstanbul 2010.

KüperWilfried, *Der "agentprovocateur" im Strafrecht*, GA 1974.

Mache Hans Michael, *Die Zulaässigkeit des Einsatzes von agentsprovocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozeß*, Frankfurt am Main 1984.

Maaß Wolfgang, *Die Behandlung des "agentprovocateur" im Strafrecht*, Jura 1981, 514.

Makrutzki Patric, *Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß*, Berlin 2000.

Meertens Chrtistopf, *Das Gesetz gegen die Organisierte Kriminalität, eine unerträgliche Geschichte*, ZRP 1992, 208.

Mitsch Wolfgang, *Straflose Provokasyon staftbarer Taten*, Lübeck 1986.

Nitz Holger, *Einsatzbedingte Straftaten Verdeckter Ermittler*, Diss., Hamburg 1997.

Özbek Veli Özer, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevinin Gereklediği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, Ankara 2003.

Özbek Veli Özer, "Organize Suçlulukla Mücadelede Önalın Soruşturmaları", *DEÜHFD*, 2002, C. 4, S. 2.

Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2013.

Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Saygılar Yasemin/Alan Esra; Nazari ver, *Uygulamalı Ceza Muhâkemesi Hukuku*, Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2010.

Öztürk Bahri, "Delil Yasakları", *HPD*, S. 3, Nisan 2005.

Palazzo Francesco, "Organize Suçluluğa Karşı İtalyan Mevzuatı", Çeviren: Ümit Kocasakal, *İBD*, 1996, Cilt: 70 Sayı: 10-12.

Pfeiffer Gerd, *StPO Strafprozessordnung*, 3. Aufl., München 2001.

Ranft Otfried, *Verdeckte Ermittler im Strafverfahren nach dem Inkrafttreten des OrgKG*, Jura 1993.

Rebmann Kurt, *Der Einsatz verdecktermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung*, *NJW* 1985, 2.

Scherp Dirk, *Die polizeiliche Zusammenarbeit mit V-Personen. Ergebnisse einer empirischen Untersuchung*, *Kriminalistik* 1993, s. 65.

Schiffels Dieter, *Der internationale Einsatz und Austausch von Verdeckten Ermittlern*, in: *Verdeckte Ermittler und V-Personen im Strafverfahren* (hrsg. Geisler), Wiesbaden 2001.

Schmitz Monika, *Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler*, Diss., Bonn 1995.

Schomburg Gerd, *V-Personen – Ein heißes Eisen, Zur Alltagsproblematik des Einsatzes von V-Personen*, *Kriminalistik* 1992, s.679.

Schürmann Dieter, *Verdeckte Ermittler und V-Personen (Teil I), Möglichkleiten und Grenzen des internationalen Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und V-Personen*, *DNP* 1995.

Sokullu Füsün, *Polis, Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları*, İstanbul 1990.

Sokullu-Akıncı Füsün, *Organize Suçların Kriminolojik Yapısı ve Türkiye'deki Boyutları, Türkiye'de Organize Suçlarla Mücadelenin Avrupa Birliğine Uyum Süreci Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, İstanbul 2002.

Soyaslan Doğan, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, 4.Baskı, Ankara 2010.

Stüllenberg Heinz, *Notwendig und erlaubt: Untergrundermittlungen*, Kriminalistik 1985.

Şahin Cumhuriyet, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, I-II, Ankara 2012.

Şen Ersan, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir*, Ankara 2013.

Taşkın Mustafa, "Türkiye'de Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadelede Kullanılabilecek Yeni Yöntemler", *AD*, Y. 94, S. 15, Nisan 2003.

Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhâkemesi Hukuku*, Ankara 2013.

Ünver Yener, "Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçlulukla İlgili Düzenlemeler", *Nurullah Kunter'e Armağan*, İstanbul, 1998.

Warner John, *Viel Spielraum, Der Einsatz von Under-cover-agents (UCA) in den USA*, Kriminalistik 1985, 291.

Yenisey Feridun, "Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhâkemesi Tedbirleri", *Hukuk Kurultayı*, 2000, C. 2, Ankara 2000.

Yüce Turhan Tufan, *Ceza Hukuku Dersleri*, C. 1, Manisa 1982.

Yüce Turhan Tufan, "Ajan Vasıtasıyla İşletilen Suçların Cezalandırılması ve İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Düşünceler", *SÜHFD*, S. 1, C. 1, Ocak-Haziran 1988.

Zafer Hamide, *Ceza Hukukunda Terörizm*, İstanbul 1999.

Zaczyk Rainer, *Prozeßsubjekte oder Störer? Die Strafprozeßordnung nach dem OrgKG – dargestellt an der Regelung des Verdeckten Ermittlers*, StV 1993, s. 493.

Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi

İlgili Mevzuat

5271 sayılı CMK m. 139

Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi

Madde 139 – (1) (Değişik: 21/2/2014-6526/13 md.) Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka sûrette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye Ağır Ceza Mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.

(2) Soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir.

(3) Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur.

(4) Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.

(5) Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz.

(6) Soruşturmacı görevlendirilmesi sûretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz **(Ek: 21/2/2014-6526/13md.)**. Suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhâl yok edilir.

(7) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
3. Silahlörgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).

b. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

Ceza Muhâkemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

Dördüncü Bölüm

Gizli Soruşturmacı

Gizli soruşturmacı talebi ve kararı

MADDE 23 -

(1) Bu Yönetmeliğin 26'ncı maddesinde belirtilen suçlardan biri dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka sûretle delil elde edilememesi hâlinde kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.

(2) Cumhuriyet Savcısı, birinci fıkradaki koşulların varlığı hâlinde, doğrudan doğruya veya emrindeki adlî kolluk görevlileri tarafından kendisine bildirilen gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin bilgi ve belgeleri de ekleyerek karar vermesi için hâkimden talepte bulunur.

(3) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısı tarafından da gizli soruşturmacı görevlendirilmesine karar verilebilir.

(4) Gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin kararlar yazılı olarak kolluğa bildirilir.

Gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin talep ve kararın içeriği

MADDE 24 -

(1) Gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin talep ve kararlarda aşağıdaki hususlar yer alır:

- a. Soruşturma numarası,
- b. Aidiyet numarası,
- c. Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu,
- ç. Gizli soruşturmacının araştırmada bulunacağı örgüt veya kişilerle ilgili bilgiler,
- d. Başka sûretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler.

(2) Verilen karar Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilir ve mahkeme kaleminde kalan sûretinin gizli tutulması için ilgili hâkim tarafından gerekli tedbir alınır. Söz konusu kararlar tedbir süresince değişik iş kartonuna takılmaz. Tedbirin

sona erdiği öğrenildiğinde ilgili kartonuna ilave edilir.

(3) Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir.

Tedbirin kapsamı

MADDE 25 -

(1) Aynı soruşturmayla ilgili olarak birden fazla gizli soruşturmacı görevlendirilebilir.

(2) Soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir.

Tedbirin uygulanabileceği suçlar

MADDE 26 -

(1) Gizli soruşturmacı tedbiri ancak, Ceza Muhâkemesi Kanunu'nun 13'üncü maddesinin yedinci fıkrasında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220'nci maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde bu suçlar için de gizli soruşturmacı tedbirine başvurulabilir.

Gizli soruşturmacının yetki ve sorumlulukları

MADDE 27 -

(1) Gizli soruşturmacı; gerektiğinde örgüte sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür.

(2) Görevine başlamadan önce gizli soruşturmacıya, örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulmayacağı, ancak görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği ile diğer hak ve yükümlülükleri anlatılır ve bu hususta Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-4 sayılı Gizli Soruşturmacı Bilgilendirme Tutanağı düzenlenerek dosyasında saklanır.

Gizli soruşturmacının çalışma ilkeleri

MADDE 28 -

(1) Gizli soruşturmacının operasyonla ilgili işlemleri soruşturmayı yürüten kolluk kuvvetince, diğer işlemleri ilgili kolluk kuvvetinin bu konuya ilişkin görevlendireceği birimi tarafından yürütülür.

(2) *Gizli soruşturmacı olarak kullanılacak kişi, soruşturmayı yürüten kolluk kuvvetinin talebi üzerine bu konuya ilişkin görevlendirilen birimi tarafından saptanır.*

(1) Ancak, görevlendirilecek kişinin bu hususta rızasının alınması şarttır. Bu kişiye,

İlgili kolluk birimi tarafından aidiyet numarası verilir. İlgili kolluk birimince yürütülecek işlemler ile suçun soruşturma ve kovuşturması sırasında bu aidiyet numarası kullanılır.

(3) *Gizli soruşturmacıya ilişkin tüm bilgi ve belgeler ilgili kolluk biriminde saklanır.*

(4) Gizli soruşturmacıya, görevinin gerektirdiği belgelerin temin edilmesi, özlük haklarının korunması ve benzeri işlemler ilgili kolluk birimi tarafından yerine getirilir. İlgili kolluk birimine, belgelerin temini ve işlemlerin gerçekleştirilmesi hususunda, kendilerinden talepte bulunulan kişi, kurum ve kuruluşlar gerekli yardımı yaparlar.

(5) Bir suç soruşturması nedeniyle görevlendirilen gizli soruşturmacının takibi, can güvenliğinin sağlanması ve hayatının tehlikeye düştüğü durumlarda, bu kişinin operasyondan çekilmesi ile kollukla irtibatını sağlamak üzere, ilgili kolluk birimi tarafından sorumlu kolluk görevlisi belirlenir.

(6) Gizli soruşturmacı görevi sırasında ilgili kolluk birimine gerektiğinde rapor verir. Bu raporların ne şekilde verileceği gizli soruşturmacı ve sorumlu kolluk görevlisi tarafından belirlenir. Bu raporlarda gizli soruşturmacının elde ettiği bilgiler ile topladığı delil, iz, eser ve emarelere yer verilir. Düzenlenen rapor kolluk tarafından Cumhuriyet başsavcılığına sunulur.

İmha

MADDE 29 -

(1) Gizli soruşturmacı tedbirinin kullanılması sonucunda suç işlendiğine ilişkin bilgi elde edilmemişse, elde edilen tüm veriler, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesinden sonra Cumhuriyet Savcısı ve sorumlu kolluk görevlisi tarafından, toplam süre 10 günü geçmemek kaydı ile imha edilir. İmha işlemi bu Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-2 sayılı İmha Tutanağına kaydedilmek sûretiyle belirlenir.

Tesadüfen elde edilen deliller ve kişisel bilgiler

MADDE 30 -

(1) Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi sûretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz.

(2) Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmaya ilgisiz olmayan ve ancak, bu Yönetmeliğin 26 ncı maddesinde belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet başsavcılığına derhâl bildirilir.

Gizlilik

MADDE 31 -

(1) Gizli soruşturmacının kimliği ile ilgili tüm bilgiler talep ve kararda gösterilemeyeceği gibi görevinin sona ermesinden sonra da tüm bilgi ve belgeler gizli tutulur. Ayrıca bütün bu işlemler sırasında gizliliğe uyulur.

5.2. Gizli Soruşturmacı Tedbiri Ceza Muhâkemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik

5.2.1. Terim-Kavram-Tanım

a. Terim

Kavramı ifade etmek için farklı terimlerin kullanılıyor olması, terim konusuna açıklık getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Konuya ilişkin olarak, Alman hukukunda "*Verdeckter Ermittler*" terimi kullanılmaktadır (§ 110a vd. Al. CMUK). Ülkemizde söz konusu tedbir 4422 sayılı ÇASÖMK ile yasalaşmadan önce bu terimin Türkçe karşılığı olarak doktrinde "*gizli soruşturmacı*", "*gizli ajan*" gibi terimler kullanılmaktaydı. 1.8.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu m.5 ise "*gizli görevli*" terimini tercih etmiş ve bu tarihten sonra doktrinde de aynı terim kullanılmaya başlanmıştır. Yine 26 Ocak 2001 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren "4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" de yasaya paralel olarak "*gizli görevli*" terimini kullanmaktaydı.¹

Bilindiği üzere 4422 sayılı ÇASÖMK 5320 sayılı CMK'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Tedbirin yeniden düzenlendiği 5271 sayılı **CMK**'da ise "gizli soruşturmacı" terimi tercih edilmiştir. Biz de çalışmamız da yasal terim olan gizli soruşturmacı terimini tercih ediyoruz.

b. Kavram ve Tanım

Tedbirin düzenlendiği CMK m. 139'da gizli soruşturmacı tanımlanmış değildir. Bununla birlikte, **Ceza Muhâkemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik**'te² gizli görevli "*Gerektiğinde örgüt içine sızarak gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi*" olarak tanımlanmaktadır (m.4/1-ç).

Gizli soruşturmacıyı benzer diğer tedbirlerden ayıran en belirgin özelliklerin bir *polis memuru olması, uzun süreli olarak görevlendirilmesi ve uydurma kimlik kullanması* olduğu söylenmektedir. **CMK**'da yer alan düzenleme bakımından bu özelliklere büyük ölçüde yaklaşıldığını söylemek mümkündür. Gerçekten m. 139'a göre gizli soruşturmacı görevlendirilmesi belli bir süre ile sınırlandırılmış olmadığı gibi, soruşturmacının kimlik değiştirmesi de mümkündür. Soruşturmacı bu kimlikle hukukî işlemler yapabilir (CMK m. 139/2). Ancak yeni düzenleme bakımından da gizli görevlinin polis memuru olması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Bu çerçevede, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini diğer soruşturma tedbirlerinden ayırmada yararlanılabilecek **iki ölçüt**ün ön plana çıktığı

1 RG. 26 Ocak 2001-24299.

2 RG.14.02.2007- 26434.

söylenbilir. Bunlar gizli soruşturmacıya;

- Yeni bir kimliğin verilmesi ve
- Uzun süreli olarak görevlendirilmesidir.

Gizli Soruşturmacıya Yeni Bir Kimliğin Verilmesi:

Aksi hâlde, gizli soruşturmacının diğer (açık) soruşturmacılardan ve yasada yer alan diğer soruşturma tedbirlerinden bir farkı kalmayacak, işlevini yerine getirmesi de mümkün olmayabilecektir.³ Bu tedbirde doğrudan doğruya insan kullanıldığı için gizlilik bakımından söz konusu olan şeyin de insanın, yani soruşturmacının kendisi ve eylemlerinin olacağı açıktır. Bu gizlilik ise, ancak başka bir kimlikle sağlanabilir. Söz konusu kimlik, gerçek isim ve meslek, adres, vatandaşlık ve bunun gibi diğer kişisel hâl ve şartlar yerine, benzer konularda uydurma bilgiler içerir. Böylece görevli yanıltıcı bir statü elde etmek sûretiyle, örgüt içine girmeye ve içine girdiği ortamda polis kimliğini gizleyerek organize suç örgütünün güvenini sağlamaya çalışmaktadır. Gizli görevli bu yeni kimliği ile hukukî işlemlere katılabilir; mesela, firmalar kurabilir, dava açabilir veya davalı olabilir.

Gizli Soruşturmacının Uzun Süreli Olarak Görevlendirilmesi:

Gizli soruşturmacının görev süresine ilişkin olarak 4422 s. Kanun m. 8'de, m. 5'te öngörülen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ait kararların alınması ve uygulanmasında iletişimin dinlenmesi ve tespitini düzenleyen m. 2'ye atıf yapılmaktaydı. Buna göre, gizli görevli kullanılmasına ilişkin kararlar *"en çok 3 ay için verilebilir, bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir"* yani **en fazla 9 ay** olabilirdi. Bu nedenle, gizli görevlinin herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın görevlendirilmesi mümkün değildi.

Hukuk devleti ilkesine bağlılıktan kaynaklanan bir endişenin sonucu olabileceği düşünülen böyle bir düzenlemenin, tedbirin amacı da göz önüne alındığında pek gerçekçi olmadığı söylenmekteydi. Gerçekten bir polis memurunun gizli görevli olarak görevlendirilmesi, zaman itibarıyla belirlenmiş asgari sınırlara bağlanamaz. Görevlendirme, süreden bağımsız olarak düşünülmelidir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi diğer gizli soruşturma tedbirlerinden farklı bir yapıya sahip olup, farklı bir amaca hizmet etmektedir. Bu nedenle iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme gibi tedbirler için öngörülebilecek olan süre sınırı yerine bu konuda dikkate alınması gereken şey, soruşturma görevinin sınırlı, yani belirli soruşturma işlemlerini aşmış olup olmadığıdır.⁴ Polis memuru soruşturmanın durumuna göre, mesela, sadece uyuşturucu madde ticaretinde alıcı ya da satıcı olarak hareket etmiyor, bilakis bundan bağımsız olarak bulunduğu ortama göre soruşturma yapıyorsa Ceza Muhâkemesi anlamında bir gizli soruşturmacı söz konusudur. Bir suç örgütü içine girmek, örgütün güvenini kazanmak, delil toplamak ve örgütü çökertmek gibi amaçların yerine getirilmesi kısa bir sürede sonuçlanabilecek faaliyetler değildir. Nitekim, Alman mevzuatında gizli görevlinin görev süresine ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Gizli görevli kullanılması tedbirini düzenleyen Al. CMUK § 110a/2

³ Yasada açıkça yer almasa da 4422 s. Kanun'un Tasarı gerekçesinde de bu husus, "Nitelikleri gereği gizli faaliyette bulunan çıkar örgütlerinin kimlikleri ortaya çıkarılarak yasal müeyyidelere uğratılmalarında gizli görevlinin yerine getirdiği hizmet olağanüstü önem taşıyor ve etkin olabilir. Ancak bu hususta başarı için işlemlerin son derece gizli olarak yürütülmesi ve görevlinin korunması şarttır. Bu sebepten dolayı, gizli görevlinin kimliğinin saklı tutulacağı ilke olarak kabul edilmiştir. Gizliliğin iki temel nedeni vardır: Bir kere gizli görevlinin ve ailesi bireylerinin güvenliklerini teminat altında bulundurmaya, örgüt tarafından suça hedef kılınmalarını önlemek başta gelen sebeptir. İkinci olarak gizli görevlinin işini yerine getirebilmesi, gizliliğe mutlak biçimde uyulmuş bulunmasına bağlı idi." biçiminde dile getirilmiştir (Tasarı, 415).

⁴ BGHSt 41, 64, 65.

“sürekli olarak” terimini kullanmaktadır.

5271 sayılıCMK, bu konuda suskundur. Tedbiri düzenleyen m.139’da süre bakımından herhangi bir düzenleme getirilmemektedir. Dikkat çekici olan husus, Al. CMUK’taki gibi “sürekli olarak” teriminin de kullanılmamış olmasıdır. **O hâlde herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın tedbire başvurmak mümkündür.** Bununla birlikte temel haklara müdâhale niteliği taşıyan her tedbirde olduğu gibi gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bakımından da bu konuda dürüst işlem ve oranlılık ilkesine uygun olarak hareket edilmelidir kanısındayız. Hiçbir tedbire sınırsız olarak başvurulamaz.

Gizli Soruşturmacı Olarak Görevlendirilebilecek Kişiler:

CMK’ya göre gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek olanlar **kamu görevlileridir.** Bu düzenlemeden ulaşılan sonuçlar şunlardı: Gizli soruşturmacı bir polis memuru olmak zorunda değildir; kamu görevlisi olan herkes, gizli görevli olarak görevlendirilebilir. Yine, özel kişiler yasa anlamında gizli görevli olamayacaktır. Bu anlamda özel kişilerin muhbir statüsünde oldukları söylenebilir. Gizli görevli bir polis memuru olabileceği gibi, herhangi bir kamu görevlisi de olabilir. Böylece gizli görevli olarak görevlendirilebilecek kişiler oldukça genişlemiş olmaktadır. Öte yandan, TCK m. 6’da kamu görevlisinin “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir sütte sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” şeklinde tanımlandığı hatırlanmalıdır. Benzer tanımın Yönetmelik m. 4/1-ğ’de de yer aldığı söylenmelidir.

Yasada tedbirin polis memuru dışındaki diğer kamu görevlilerini de içine alacak şekilde düzenlenmiş olmasının sebebi, bu şekilde özellikle vergi veya gümrük memurlarının da gizli görevli olarak görevlendirilebilmesinin olanaklı kılınması şeklinde değerlendirilebilir. Bununla birlikte, gizli görevlinin genel olarak kolluk teşkilatınca görevlendirilmesi nedeniyle güven ilişkisinin bir gereği olarak gizli görevlinin yine de polis içinden seçileceği söylenebilir.

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde gizli soruşturmacı, **uydurma bir kimlik altında belli olmayan bir süre içinde faaliyet gösteren bir kamu görevlisidir** şeklinde tanımlanabilir.⁵

5.2.2. Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

a. Bilgi Veren

Kovuşturma makamlarınca belirli suçların işlendiği bilinen veya tahmin edilen yerlerde bulunup da, kural olarak belli bir menfaat karşılığında, işlendiği ileri sürülen suçlarla ilgili olarak bazı bilgileri kovuşturma makamlarına aktaran kişilere *bilgi veren* (Informant) denir. Bu kişiler genellikle seyyar satıcı, ayakkabı boyacısı, garson gibi kişilerdir. Bununla birlikte, bir meskeni bulunmayan, sokaklarda yaşayan kişiler de bilgi veren olabilir. Bu anlamda bilgi veren soruşturma makamlarına belli bir gizlilik güvencesi altında bilgi veren kişidir. Bilgi veren Türk hukukunda daha yaygın olarak kullanılan **muhbir** kavramıyla örtüşür. Ancak muhbirin teknik olarak suçu ihbâr eden

⁵ Almanya’da yapılan gizli görevli profili ile ilgili sonuçlar ilginçtir: 121 denek üzerinde yapılan araştırmaya göre gizli görevlilerin yaşları 22 ile 54 arasında değişmektedir. Bunlardan sadece beşi bayan diğerleri erkek olup, kendilerini bu işe uygun bulanlar yüzde altmışbirdir. Diğer sonuçlar için ayrıca bk. KraußManfred, DasAnforderungsprofilverdeckterErmittlerundihrerFührungsbeamten, DiePolizei 1999, 178 vd.

olarak kabul edilmesi daha doğrudur. Bu yönüyle bilgi verenden daha dar bir anlama sahiptir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, gizli soruşturmacı aynı zamanda bir bilgi veren olamaz. Diğer bir deyişle, gizli soruşturmacı sıfatı bilgi veren sıfatı ile birleşemez. Gerçekten, gizli soruşturmacı kamu görevlisi (uygulamada genellikle polis memuru) iken, bilgi veren herhangi bir kişi, bir özel kişidir. Yine gizli soruşturmacının bir örgüt içine sızarak delil toplamak, mümkünse örgütün işleyeceği suçları önlemek görevi bulunmakta iken, bilgi verenin böyle bir görevi yoktur. O hâlde, gizli soruşturmacı hakkındaki yasal kurallar, bilgi veren bakımından kıyasen de olsa uygulanabilir değildir. Gerçekten burada kıyas yasağı kendini gösterir. Gizli görevliye ilişkin hükümler bir tedbir niteliğinde olmakla sınırlayıcıdır. Bilindiği üzere, sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasaktır.

b. Güvenilir Adam

Güvenilir adam, bir örgüt içinde bulunup da kural olarak belli bir menfaat karşılığında örgüt içinde olup bitenleri, olabildiğince düzenli olarak kovuşturma makamlarına aktaran ve bu şekilde örgüt tarafından işlenecek suçların önlenmesine veya işlenmiş olan suçların aydınlatılmasına veya örgütün dağıtılmasına yardım eden kimse olarak tanımlanmakla birlikte, kanımızca güvenilir adam örgüt üyesi olabilir ise de, örgüt üyesi olması şart değildir.

Güvenilir adam polis de değildir; ancak, bir suçun aydınlatılmasına duruma göre çeşitli şekillerde yardımcı olan, bilgiler veren ve kimliği polis tarafından gizli tutulan özel kişilerdir.⁶ Örneğin, taksi sürücüsü, işadama ya da esnaf, lokanta ya da otel sahibi gibi. Hatta bazen tanınmış bir sabıkalı, bir fahişe, bir avukat ya da memur da güvenilir adam olabilir. Güvenilir adamın bu çerçevede bazen örgüt içine sızması da gerekebilir. Güvenilir adam polisle belirli bir süre birlikte çalışan kişidir. Bu işbirliği sadece bir konuda bilginin verilmesi ile sınırlı olmayıp süreklilik oluşturur ve bu yönüyle bilgi verenden ayrılır.⁷ Yine bu durum onu gizli soruşturmacıdan da nitelik ve zaman bakımından ayırır.

Öte yandan güvenilir adam, ceza kovuşturması organları tarafından müdâhale (operatif) amaçlı olarak kullanılmaktadır. Gerçekten güvenilir adam sadece izleme; aynı zamanda polisiye bazı görevlerin icrasına, önleme ve ceza takibatına da katılır. Güvenilir adam, böyle bir görevlendirme veya kullanım sırasında kendi başına hareket edemez; güvenilir adam tecrübeli bir polis memuru olan bağlı olduğu kişi tarafından etkin bir şekilde yönlendirilir.⁸

Bu noktada gizli soruşturmacıya ilişkin hükümlerin kıyasen bilgi veren ve güvenilir adama da uygulanabilip uygulanamayacağı tartışmalıdır. Alman Federal Mahkemesi gizli soruşturmacıya ilişkin hükümlerin kıyasen güvenilir adam için de uygulanabilmesini yerinde olarak kabul etmemiştir. Doktrinin büyük kısmı da aynı

6 Esasen bu tanımın Alman Ceza Soruşturması Çerçevesinde Güvenilir Adam ve Gizli Görevli Kullanılması Hakkında Eyalet Adalet ve İçişleri Bakanları Müşterek Yönetmeliği içinde yer aldığı söylenmelidir (Yönetmelik için bk. Kleinknecht/Meyer-Goßner, Anhang A 14, Anlage D).

7 Bununla birlikte, her iki grubu oluşturan soruşturmaya yardımcı özel kişiler hakkında yasal düzenlemenin bulunmaması ve yargı tarafından oluşturulan esasların her ikisi için de aynı şekilde geçerli olması nedeniyle güvenilir adam ve bilgi verenin "güvenilir adam" terimi altında birleştirilebileceği savunulmaktadır (Anm., Beulke/Satzger, JZ 1993, 1014).

8 Güvenilir adamın hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden yönlendiricisi olan polis memuru da sorumlu olacaktır. Polis memurunun sorumluluğu şu hâllerde ortaya çıkabilir: - Güvenilir adam uygun değildir. -Güvenilir adam uygundur, ancak zamanında geri çekilmemiştir. - Hedef kişinin tehlikeliliği değerlendirilmiş ve fakat gerekli güvenlik tedbirleri alınmamıştır. - Güvenilir adam görevle yeterince hazırlanmamıştır (SchulteKlaus, Kopfrunterunddurch?, Kriminallistik, 11/1992, s.684 vd.).

görüştür. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi bir soruşturma tedbiri iken, Ceza Muhâkemesine ilişkin müdâhale yetkisi bulunmayan güvenilir adam ilgili çevreye ait özel bilgi verenler olarak nitelenmelidir. Gerçekten güvenilir adam ne devlete ait bir görevi ifa etmektedir, ne de bir koruma tedbirine başvurmaya yetkilidir; bu yönüyle sadece özel kişiler olarak kabul edilmelidir. Bu bakımdan tanıktan farklı değildir. Gerçekten bu, güvenilir adamın kendi inisiyatifiyle elde etmiş olduğu bilgilerin değerlendirilmesi bakımından savunulabilir bir görüştür. Bununla birlikte, çoğu kere uygulamada gizli görevli belli olay ve kişiler hakkında bilgi elde edilmesi için görevlendirilir ve gizli soruşturmacının görevi bu nedenle ilgili soruşturma makamlarına bilgi aktarılmasına dönüşür. Bu durumda ise güvenilir adam kullanmak ile gizli görevli kullanmak sadece görevlendirilmiş olan kişilerin statüleri bakımından ayrılabilir.

Organize suçlulukla mücadelede bir zorunluluk olmakla birlikte⁹ yasada düzenlenmemiş olan güvenilir adam kullanılması bakımından haklı olarak yasal düzenlemeye ihtiyaç olduğu ileri sürülmektedir.¹⁰ CMK'da güvenilir adama ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Yasal düzenleme ihtiyacının bizim hukukumuz için de geçerli olduğu kanısındayız.

c. Gizli Soruşturma Yapan Polis

Gizli soruşturmacı, gizli soruşturma yapan polis memurlarından¹¹ farklıdır. Nitekim Alman hukukunda; sürekli olmayan, zaman zaman yapılan gizli soruşturma görevini yerine getiren polis memurunun gizli soruşturmacı olmadığı kabul edilmektedir. Gerçekten gizli soruşturmacıya herhangi bir süre sınırı olmaksızın yani daimi olarak başvurulduğuna göre bu yönüyle her iki kurum birbirinden farklıdır. Yine bu polis memurları yapmış oldukları soruşturma işlemleri sırasında kimliklerini gizlemekte iseler de, uydurma bir kimliğe sahip değildirler. Bu durumda bu tür polis memurlarını gizli soruşturmacıdan ayıran iki kriter öne çıkmaktadır; *bu polis memurlarının uydurma kimliğe sahip olmamaları ve sürekli olarak kullanılmamalarıdır*.¹² Bu polis memurları kendi kimlikleri ile hareket etmekle birlikte, faaliyet gösterecekleri çevreye uyum sağlamak ve korunmak amacıyla kimliklerini gizli tutmaktadırlar. Ancak bazen bu polis memurlarının da başka bir kimlik kullandıkları olmaktadır. Bu durumda gizli soruşturmacı ile arasındaki farkı ortaya koymak zorlaşmaktadır. Bu noktada **ikisi arasındaki fark** şu şekilde ortaya konmaya çalışılır: Şayet polis, bu kimliği sadece sanığa karşı kullanıyorsa gizli soruşturma yapan polis, buna karşılık başka kimlikle genel hukukî ilişkilere de katılıyorsa gizli soruşturmacı olduğu kabul edilir. Ancak buradaki asıl ayırıcı kriterin uydurma kimliğin "*sürekli olarak*" kullanılması ya da *görevlendirmenin*

9 Alman Federal Mahkemesi de güvenilir adam kullanmanın tehlikeli ve zor aydınlatılabilen suçlulukla mücadelede, özellikle de uyuşturucu madde suçlarında caiz olduğunu kabul etmektedir [(BGHSt 45, 321; BGHSt 32, 115, 121; 40, 211, 215) Alman Anayasa Mahkemesi de aynı görüştür (BverfGE 57, 250, 284)].

10 Alman CMUK'ta da bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Alman yasa koyucusu buna gerekçe olarak gerek güvenilir adam ve gerekse bilgi verenin Ceza Muhâkemesine ilişkin tanıklar olduğunu, bunlar hakkında yasal esasların mevcut bulunmasını gösterir (BT-Dr. 12/989, 41; karşı. Hilger, FS für Hanack, 212, 213). Kanımızca bu yeterli bir gerekçe oluşturmaktan uzaktır. Bu kişiler, bir yönüyle şahit olmakla birlikte, ondan ayrı özellikler taşırlar. Yine tanıklığa ilişkin CMUK'ta yer alan hükümlerin güvenilir adam için yeterli yasal güvence getirip getirmediği de tartışmalıdır. Öte yandan, Alman No.rhein-Westfalen Polis Kanunu'nda güvenilir adam, polisle birlikte çalışması üçüncü kişilerce bilinmeyen kişilerin görevlendirilmesi olarak nitelenir (§ 19). Yine adı geçen eyalette idare hukuku alanında yer alan bazı yönetmeliklerde güvenilir adama ilişkin hükümler vardır.

11 Terimi ifade etmek üzere Alman hukukunda NO.P (nichtoffene/periodischer/Polizeibeamter), Scheinaufkäufer terimleri kullanılmaktadır. Terim Türkçeye "açık olmayan soruşturma yapan polis memuru" olarak da çevrilebilir.

12 Nitekim Alman Federal Mahkemesi bu şekilde açık olmayan soruşturma yapmak üzere görevlendirilmiş polis memurunun uydurma kimlikle uzun bir süre bir veya birden fazla kimseyle uyuşturucu madde alım-satımı yapmış ve yine bağlantı kişiyle bağlantısının çok kısa olması durumunda artık gizli görevli olarak faaliyet gösterdiğini ve ona ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir (BGH, NStZ 1995, 516 vd; BGHSt 41, 64, mit Anm. Beulke/Rogat, JR 1996, s.517 vd.; NJW 1995, 2237; BGH NStZ 1996, 450; BGH, NJW 1997, 1516. Ayrıca karşı. Pfeiffer, § 110a, No. 1; Schmitz, 147; Bockemühl, KMR, § 110a, No.13; Gropp, ZStW 105 (1993), s. 421; Podolsky, 134.

sürekliliği olduğu söylenmektedir. Yine gizli soruşturmacıdan farklı olarak hukukî işlemde bulunma yetkisi de dardır. Gizli soruşturma yapan polis memuru sadece günlük yaşamın gerektirdiği kısa süreli işlemler, örneğin, alış-veriş gibi, yapabilir. Öte yandan, bu polis memurlarının genellikle bir hazırlık soruşturması sırasında değil ve fakat tehlikenin önlenmesi amacıyla, yani idari anlamda görevlendirildikleri görülmektedir. Bu şekilde görevlendirilen kişinin polis olması, aynı zamanda onu güvenilir adamdan ayıran en önemli özelliklerden biridir. Gizli soruşturma yapan polis memuru, gizli soruşturmacı kullanılmasını gerektiren durumlardan daha az ağırlıktaki hâller için kullanılmakta ve yine nitelik olarak gizli soruşturmacıdan daha aşağı basamakta bulunmaktadır. Bu anlamda gizli soruşturma yapan polis memurunun hangi suçlar bakımından görevlendirileceği konusunda da belirsizlik vardır. Fakat uygulamada genellikle uyuşturucu madde suçları, uluslararası silah ticareti, kalpazanlık, organize suçluluk (terör ya da ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlar) gibi alanlarda kullanıldığı görülmektedir. Nihayet gizli soruşturma yapan polis memuru daha sonra yapılacak olan Ceza Muhâkemesinde tanık olarak da dinlenebilir. Tüm bu açıklamalardan da açıklandığı üzere polisin gizli soruşturma yapmak üzere görevlendirilmesi CMK'da düzenlenmiş olmayıp bir koruma tedbiri niteliği de taşımamaktadır. Bununla birlikte gizli soruşturma yapan polisin yasal dayanağının Türk Hukuku bakımından PVSK ek m. 7/1 olduğu söylenebilir.

Uygulamada "*gizli soruşturma yapan polis memuru*" tedbirine gizli soruşturmacı görevlendirilmesinden daha fazla başvurulduğu söylenebilir. Gerçekten gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, bir memur için olağanüstü tehlikelidir. Yine suçlu ortama girmek de bir başka tehlikeyi oluşturmaktadır. Nihayet yeterli niteliklere sahip gizli soruşturmacı bulmak kolay olmadığı gibi, bu niteliklere sahip bir kişi için de gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmek çekici olmayıp kariyeri bakımından gerekli de değildir. Dolayısıyla ortamdan hemen geriye çekilebilecek gizli soruşturma yapan polis memuru ya da güvenilir adam kullanmak daha anlamlı bulunmaktadır.¹³ Bununla birlikte, uygulamada sıkça başvuru ve Muhâkemedede "tanık" olarak dinlenebilecek olan¹⁴ "gizli soruşturma yapan polis" tedbiri bakımından kapsam ve sınırlarının belirsizliği hukuk devleti bakımından ciddi sorunlar yaratmaktadır.

d. Ajan-Provokatör

Uygulamada yaygın olarak kullanıldığı bilinmekle birlikte, gizli görevli adı altında yeni bir tedbirin yasal olarak kabul edilmesiyle tekrar gündeme taşınan ajan-provokatör ya da kışkırtıcı ajan¹⁵ kurumu esas itibarıyla yüzlerce yıldan beri mevcuttur. Bu konuda Fransızca terimin kullanılıyor olmasından da anlaşılacağı üzere, ajan-provokatörlüğün bir kurum hâline gelmesi özellikle Fransa'da karşı-devrimcilere yönelik olarak geniş ölçüde kullanılmasından kaynaklanmaktadır.¹⁶ Bununla birlikte,

13 Krey/Jaeger, Anm., NStZ 1995, 518. Yazarlar, bunun, oranlılık ilkesi içinde yer alan ikincilik ilkesinin de bir gereği olduğunu ileri sürmekte iseler de, kanımızca ikincilik ilkesi belki ancak aynı hukuksal zeminde bulunan iki tedbir arasında geçerli olabilir. Gerçekten gizli soruşturma yapan polis memuru hakkında açık yasal bir düzenlemenin bulunmadığı söylenmelidir. Öte yandan, buna organize suç örgütlerinin yabancı kişilerden oluşması ve bunun böyle bir ortama Türk bir memurun sokulmasını neredeyse imkânsız kılması da eklenmelidir. Böyle bir durumda ise artık güvenilir adam kullanmak tercih edilmelidir (karşl. Krey, FS für Miyazawa, 598).

14 Krey/Jaeger, Anm., NStZ 1995, 518. Gizli soruşturma yapan polis memurunun, soruşturma yapmış olması nedeniyle Ceza Muhâkemesine ilişkin bir faaliyet niteliği gösterdiği ve fakat ajan-provokatörü'n özel bir şekli olması nedeniyle de ceza kanunları içinde düzenlenmesi gerektiği de söylenir (Hilger, FS für Hanack, 212).

15 Dönmezer/Erman, kavramı ifade etmek için tahrikçi (Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. II, 10. Bası, İstanbul 1994, No.1253 vd.); Alacakaptan, tahrikçi ajan terimini kullanır (Alacakaptan Uğur, İşlenemez Suç, Ankara 1968, No.70 vd.).

16 Ajan-provokatörü'n Fransa'da mutlakiyet döneminde 17 ve 18. yy'deki bazı uygulamalara dayandığı söylenmektedir. Bireylerin nasıl bir siyasi düşünceye sahip oldukları muhbirler vasıtasıyla araştırılıyor, karşı görüşte olanlar Krala rapor ediliyordu. Bir tür siyasi istihbarat niteliğindeki bu faaliyet bir süre sonra gizli polis örgütü şekline dönüşmüş, devlet memuru niteliğinde kışkırtıcı ajanlık ortaya çıkmıştır (Karşl. Erem Faruk/Danışman Ahmet/Artuk Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, 419).

Almanya`da da özellikle 19. yy.in ortalarında bu tür kişilerin yaygın olarak kullanıldığı görülür. Ajan-provokatör, her zaman eleştirilen ancak hiçbir dönemde hiçbir devletin vazgeçemediği bir araç olarak günümüze kadar kullanıla gelmiştir. Hatta bugün ajan-provokatörün polisin son çare olarak başvurduğu bir araç değil, tersine polis taktiği açısından amaca uygun "rutin" bir uygulama olduğu kabul edilir. Bu çerçevede ajan-provokatör kavramı ve yine onun suç işleyebilip işleyemeyeceği de bu güne kadar taşınmış olan sorunlardır.

1980 yılında Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenen uluslararası bir konferansta ajan-provokatör hakkında şu tanım üzerinde uzlaşıldığı görülür: *"Devlet organlarının himayesi ile ya da kontrolü altında diğer kişileri bir suç işlemeye teşvik eden kişi"*dir.

Son zamanlara kadar ajan-provokatör terimi, güvenilir adam, gizli soruşturmacı, gizli soruşturma yapan polis memuru terimleri ile yan yana, iç içe zaman zaman da biri diğerinin yerine kullanıla gelmiştir. Bununla birlikte, doktrinde ajan-provokatör kavramının çerçevesinin çizilmesi gayretleri de kendini göstermektedir. Buna göre, ajan-provokatör kavramı eksiksiz ve hukuk devletine yakışır bir şekilde nitelendirilmek istenirse şu asgari koşulları taşıması gerektiği ileri sürülür:

- Kovuşturma makamlarının emri ya da izni ile hareket etmelidir.
- Son derece tehlikeli ve zor aydınlatılabilir suçluluk hâllerinin ortaya çıkarılması ile sınırlı olarak kullanılmalıdır.
- Suç şüphesi ve yenilemiş bir suç işleme hazırlığı bulunmalıdır.
- Provokasyona, ancak delillerin emniyet altına alınması için başvurulabilir; provokatörde fiilin tamamlanması kastı bulunmamalıdır.

Yine ikisi arasında bir fark olmasa da zabıta mensubu ise ajan-provokatör; zabıta mensubu olmayıp, özel nedenlerle hareket ediyor ise kışkırtıcı teriminin kullanılması gerektiği söylenmektedir.

Bu anlamda kışkırtıcı değişik şekillerde tanımlanır: *Dönmezer/Erman'a göre, "sırf kendisine bir çıkar sağlamak amacıyla bir kimseyi suç işlemeye sevkettikten sonra onu ele veren kişi"*dir.¹⁷ Ancak yazarlara göre, kışkırtıcının herhangi bir yarar sağlama düşüncesi olmadan, sırf suç işlemekte bulunan kişinin fiilinin ispatlanmasını sağlayacak deliller elde etmek amacıyla da hareket etmiş olması mümkündür. *Alacakaptan'a göre ise, "suçun işlenmesini istemekte, bir kimseyi suç işlemeye sevk etmekteyse de bunun nedeni suçtan doğacak zararlı veya tehlikeli sonucu istemesi olmayıp, bizzatı suçun dışında kalan, suça yabancı olan diğer bazı menfaatleri istemesinden ibarettir."* O hâlde, buradaki ortak noktanın kışkırtıcının suçun işlenmesinde doğrudan bir fayda beklememesi olduğu söylenebilir.

Gerçekten ajan-provokatör; farzedilen, sözde failin kışkırtılan ya da teşvik edilen fiillerini ceza takibatına tabikılmak amacıyla suç işlemeye tahrik eden kişi olarak tasvir edilebilir. Böylece failin bu fiilden dolayı cezalandırılması amaçlanır. Ajan provokatörün klasik hâli veya şeklünde, provokatör kışkırtıcılık rolünü üstlenmek sûretiyle failin asıl suça teşebbüs etmesine sebep olmakta ve fakat fiilin tamamlanmasını engellemek istemektedir. Bu yönüyle ajan provokatörün kullanıldığı suçlar genellikle teşebbüs aşamasında kalır. Bu kapsamda ajan provokatördaha çok yardım eden ya da birlikte işleyen sıfatına sahiptir.

17 Dönmezer/Erman, No. 1253.

Suçun diğer failinden/faillerinden farklı olarak kışkırtıcının amacı, faili yakalatmak, onun cezalandırılmasını sağlamaktır. Bu, faili yakalatanlara ödül verilmesi, failin malları üzerinde hâkimiyet kurulması gibi çeşitli nedenlere dayansa da tüm bu hâllerde ortak özellik kışkırtıcının suçun işlenmesinde doğrudan bir fayda beklememesidir.

Uygulamamızda da polis memuru sık sık mesela, bir uyuşturucu satıcısının ya da rüşvet alanın suçüstü yapılması amacıyla gizli soruşturmacı olmamakla birlikte kimlik değiştirerek alıcı veya rüşvet veren gibi kimlikler altında, uygulamadaki nitelmesi ile ajan olarak faaliyet göstermektedir. Gerçekten, burada polisin faaliyeti sadece belli bir fiile özgü olup, sürekli bir uydurma kimliğe sahip olması söz konusu değildir. Kanımızca, bu şekilde faaliyet gösteren polis memuru ne gizli görevli, ne de ajan provokatördür. Yukarıda da değinildiği üzere burada “gizli soruşturma yapan polis” söz konusudur. Ancak gizli soruşturma yapan polis memurunun eylemleri suç işlemeye teşvik etmek gibi TCK m. 39 anlamında yardım eden niteliği taşıyor ise bu durumda ajan provokatör olarak nitelenebileceği söylenmelidir.

Hukukumuzda bu şekilde ajan kullanılması hem doktrinde, hem de yargı kararlarında öteden beri kabul görmüştür. Ancak böyle bir ajanın hangi yasal gerekçelere dayandığı, hangi esas ve koşullar altında kullanıldığı konusu belirsizdir. Uygulamanın ortaya çıkardığı ve bir zorunluluk olarak kabul edilen böyle bir kurumun hukukî temelini oluşturulması şarttır. Kaldı ki ajan azmettiren ya da yardım eden olarak hareket eder ise ceza sorumluluğu bulunmakla birlikte bu konunun mahkeme kararlarında genellikle göz ardı edildiği söylenmelidir.

e. Yeraltı Ajani

Çıkış yeri Kuzey Amerika Hukuku olan yeraltı ajani¹⁸ çoğu kere bir gümrük ya da polis memuru olup, organize suçlulukla mücadele amacıyla ve sıklıkla başka bir kimlik altında kriminal ortamlara faileri ve planlanmış olan suçları öğrenmek amacıyla giren ve bu ortamlarda uzun süre yaşayan kişidir.

Gizli soruşturmacı ABD`de kullanılan yeraltı ajani kavramından da farklıdır. Yeraltı ajani da bir polis memurudur; ancak, gizli soruşturmacının aksine somut bir soruşturma emri olmaksızın uzun süreli olarak suç işlenen yaşama katılmak amacıyla suç ortamına sokulur ve orada özgürce hareket eder ve bunun sonucu olarak **gerektiğinde suç işleyebilir**.¹⁹ Yine gizli görevliden farklı olarak yeraltı ajani görevine başlayabilmesi için somut bir soruşturma emri almak zorunda da değildir. Bu niteliklere sahip bir görevli CMK`da öngörülmuş değildir; öngörülmesi de beklenemez. Zira bir hukuk devletin hiç kimseye suç işleme yetkisi verilemez. Nitekim bu nedendir ki, CMK`da gizli görevlinin suç işleyemeyeceğinin açıkça düzenlenmesi ihtiyacı hissedilmiştir.

18 Untergrundagent=UCA-Undercoveragent.

19 Warner, ABD`de sıkça başvurulan ve özellikle gizli işlenen ve bir şahidi bulunmayan suçlarla mücadelede kaçınılmaz bir araç olan “yer altı ajani” kurumunun sanıldığı gibi tamamen başıboş, kendiliğinden suç ortamlarına sızan ve haftalarca orada kalarak sınırsız bir şekilde para harcayabilen bir polis ya da bilgi verenin kullanılması şeklinde anlaşılması gerektiğini söylemektedir. Yazara göre “yer altı ajani” da sadece başka soruşturma araçlarının yasak olduğu, ancak böyle bir operasyonla bağlantı kişilerin kimliğinin elde edilebileceği hâllerde, amacın, ajanın, ondan sorumlu olan memurun, gerekli araç ve güvenlik önlemlerinin açıkça tanımlandığı, ilgili makamların kontrolünde ve izniyle başvurulabilen, bazı durumlarda savcılık ile fikir alışverişinde bulunulan, faaliyet alanının kısa mesafelerle sınırlı olduğu, uygulamadan sonra operasyonun kritiğinin yapılmak zorunda bulunduğu bir soruşturma şeklidir (Warner John, VielSpielraum, Der Einsatz von Under-cover-agents (UCA) in den USA, Kriminalistik 1985, 291, 293). Bununla birlikte yer altı ajani ile gizli görevli kurumlarının farklı oldukları da inkar edilemez. Nitekim yeraltı ajani deyim yerindeyse bir ava gider, yani somut bir soruşturma konusu bulunmaz; kontrol altında değildir; sürekli olarak görevlendirilir; çalışma yöntemlerine gerektiğinde suç işlemek de dahildir (StümperAlfred, DieleidigeDiskussion um den UCA, Kriminalistik 1985, 294).

5.2.3. Tedbirin Amacı

Gizli soruşturmacı tedbirine başvurulmasının amacı Yasada, faaliyetlerini **izlemek**le görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü **araştırmada bulunmak** ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili **delilleri toplamak** şeklinde ifade edilmiştir (CMK m.139/4).

Söz konusu düzenlemeden, gizli soruşturmacının örgütlü suçlarda başvurulabilecek bir tedbir olduğu sonucuna ulaşılabilir. Zira amaç örgütü izlemek, örgütle ilgili her türlü araştırmada bulunmak ve delil toplamaktır. "Her türlü araştırma"dan söz edildiğine göre gizli soruşturmacı görevlendirmenin aslında iç içe geçmiş tedbirlerden oluştuğu söylenmelidir. Dolayısıyla gizli soruşturmacının örneğin, telefon dinleyebilip dinleyemeyeceği veya teknik araçlarla izleme yapılıp yapılamayacağı hususlarının ayrıca ele alınması zorunludur.

Öte yandan "izlemek" teriminden de ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. **Kanımızca** izlemek sadece örgütün dışarıdan takip edilmesi değil, esas itibarıyla örgüt içine sızılması şeklinde anlaşılmalıdır. Zira gizli soruşturmacı görevlendirilmesini diğer gizli soruşturma tedbirlerinden ayıran da budur. Nitekim konuya ilişkin Yönetmelik m. 27/1'de bu husus "*Gizli soruşturmacı; gerektiğinde örgüte sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür.*" şeklinde ifade edilmektedir.

Bununla birlikte CMK m.139'da tedbirin uygulanabileceği suçlara ilişkin katalogta yer alan suçlar arasında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun ayrıca düzenlenmiş olması karşısında bir örgüt kapsamında olmamakla birlikte katalogta düzenlenmiş bulunan diğer suçlar bakımından da tedbire başvurulabileceği sonucu çıkmaktadır.

Öte yandan, tedbire ancak bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda başvurulabilir. O hâlde önleyici nitelikli soruşturmalarda bu tedbire başvurulamazdır. Nitekim 3.7.2005 tarih ve 5397 s. Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 2559 s. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2803 s. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2937 s. Devlet İstihbârat Hizmetleri ve Millî İstihbârat Teşkilatı Kanunu'na yapılan eklerde gizli soruşturmacının önleyici amaçla görevlendirilmesi öngörülmemiştir.

5.2.4. Koşulları

a. Şüpheli Bakımından

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurulabilmesi için suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüpheli sebeplerinin varlığı aranır (CMK m.139/1). Öte yandan 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'la m. 139/1'e "somut delillere dayanan" ibaresine yer verilmiştir. Esasen bu ifadenin hükmü daha anlamlı kıldığını söylemek mümkün değildir. Zira kuvvetli şüpheli sebebinin somut olmayan delillere dayanması mümkün olamaz.

"Kuvvetli şüpheli sebebi" terimi izaha muhtaçtır. Kavramla ilgili CMK'da ya da Yönetmelikte bir düzenleme bulunmamaktadır.

CMK'da koruma tedbirleri bakımından değişik şüphe çeşitlerinin arandığı görülmektedir. Örneğin, aramada makul şüphe, tutuklamada ise kuvvetli şüphe aranmaktadır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 6/1'de makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe şeklinde tanımlanmıştır. Kuvvetli şüphe ise şüpheli/sanığın mevcut deliller karşısında mahkûm olma ihtimâlinin büyük bir olasılık olarak görüldüğü şüphe durumunu ifade eder. Bilindiği üzere bir de yeterli şüpheden söz edilir ki (CMK m.170/2) bu şüphe derecesi ise kamu davası açılması hâlinde sanığın mahkûm olma ihtimâlinin beraat etme ihtimâline göre daha fazla olduğu bir durumu ifade etmek için kullanılır.

Dikkat edilirse gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bakımından kuvvetli şüphe değil, kuvvetli şüphe sebebi aranmaktadır. Bu terim akla kuvvetli şüphe ile kuvvetli şüphe sebebi ifadelerinin farklı anlamlara sahip olup olmadığı sorusunu getirmektedir. CMK'da diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak m. 135, m. 139 ve m. 140'da kuvvetli şüphe sebebi ifadesine yer verilmiştir. Yasakoyucu isteseydi tutuklamada olduğu gibi kuvvetli şüpheden söz ederdi. Ancak bu üç tedbir bakımından kuvvetli şüphe sebebi ifadelerine yer vermiştir. Öte yandan diğerlerinden farklı olarak bu üç tedbir için de başka türlü delil elde edilememiş olma kriterinin de getirildiği görülmektedir. Bunun sebebinin, bu üç tedbirin, "gizli" nitelik taşıyor olması nedeniyle, temel hak ve özgürlükler için yarattığı tehlike olduğu söylenebilir.

Öğretide, bazı yazarlar kuvvetli şüphe sebebi ibaresini kuvvetli şüphe olarak kabul etmektedir. Bizce, kuvvetli şüphe sebebi, kuvvetli şüphe olarak kabul edilemez. Zira başka türlü delil elde edilemiyor ise ortada delil yok demektir. Delilin olmadığı bir yerde de kuvvetli şüpheden söz edilemez. Başka sûrette delil elde edilemediğine göre diğer koruma tedbirlerinden örneğin arama koruma tedbirine başvurmakla birlikte bir sonuç alınamadığı gibi bir durumun bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında kuvvetli şüphe sebebi, ne yeterli ne de kuvvetli şüphedir. Zira dava açabilecek ya da tutuklama kararı verebilecek kadar delil bulunmamaktadır. O hâlde kuvvetli şüphe sebebi, basit başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli şüphe seviyesine ulaşmış bulunmayan bir şüphe durumu şeklinde anlaşılmalıdır. Bu kabul tedbire başvurmak için "başka türlü delil elde edilememesi" kriterini de makul hâlde getirmektedir. Ancak kanımızca bu şüphe derecesinden ne anlaşıldığının aramaya ilişkin "makul şüphe" kavramında olduğu gibi ilgili Yönetmelikte düzenlenmesi yerinde olurdu.

b. Kişi Bakımından

aa. Tedbire karar verecek makam

aaa. Genel olarak

21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunla CMK m. 139/1 hükmü değişmiştir. Buna göre gizli soruşturmacı görevlendirilmesine Ağır Ceza Mahkemesince oy birliği ile karar verilir. Bu sûretle tedbire Cumhuriyet Savcısı tarafından da karar verilebilmesi uygulamasına son verilmiştir. Mahkeme tarafından verilen gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin kararlar yazılı olarak kolluğa bildirilir (Yön. m.23/4).

Bizce tedbire sadece hâkim tarafından karar verilebilmesi önemli bir güvence olmakla birlikte Ağır Ceza Mahkemesince oybirliği ile karar verilmesinin öngörülmesi tedbirin uygulanmasında zafiyet yaratabilir.

bbb. Gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin talep ve kararın içeriği (Yön.m.24)

Gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin talep ve kararlarda aşağıdaki hususlar yer alır:

- a. Soruşturma numarası,
- b. Aidiyet numarası,
- c. Kararın hangi suçun soruşturulması için istendiği, bu suça ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin neler olduğu,
- ç. Gizli soruşturmacının araştırmada bulunacağı örgüt veya kişilerle ilgili bilgiler,
- d. Başka sûretle delil elde edilmesi imkânının bulunmadığı hakkındaki açıklama, bilgi veya belgeler.

Verilen karar Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilir ve mahkeme kaleminde kalan sûretinin gizli tutulması için ilgili hâkim tarafından gerekli tedbir alınır. Söz konusu kararlar tedbir süresince değişik iş kartonuna takılmaz. Tedbirin sona erdiği öğrenildiğinde ilgili kartonuna ilave edilir.

Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet başsavcılığında muhafaza edilir.

bb. Tedbire Maruz Kalan Kişi

"Soruşturmacı (nın), faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlü" olduğu ifade edildiğine göre (CMK m.139/4) tedbire ancak bir örgüt ve örgüt mensubu suçlu aleyhine başvurulabilir. Bununla birlikte hükümde yer alan suç kataloğundan hareketle katalogda yer alan ancak örgütlü olarak işlenmeyen suçlarda da tedbire başvurulabileceğine göre münferiden bu suçlara ilişkin şüpheli ve sanıklar hakkında da tedbire başvurulabileceği söylenmelidir.

TCK m. 6'da örgüt mensubu suçlu deyimi tanımlanmıştır. Buna göre örgüt mensubu *suçlu bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişidir.*

Örgüt ise bir suç örgütü olarak anlaşılmalıdır. Suçörgütünden ne anlaşılması gerektiği konusunda TCK m. 220 hükmünden hareket edilebilir.

TCK m. 220'ye göre **bir suç örgütünün varlığını kabul için şu unsurların bulunması gerekir:**

1. Örgüt, bir suç işlemek amacıyla kurulmuş olmalıdır. Diğer bir deyişle suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin bulunması gerekir.
2. Örgüt, süreklilik niteliği taşınmalıdır. Belli suç veya suçları işlemek için

oluşturulmamış olmalıdır. Bu hâlde diğer koşulları varsa ancak iştirâk hâlinde işlenmiş suçtan söz edilebilir.

3. Örgüt yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olmalıdır (TCK m. 220/1 c. 1).

4. Örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir (TCK m. 220/1 c. 2)

5. Örgüt içinde hiyerarşik bir yapı bulunmalıdır (TCK m. 220/7). Söz konusu hiyerarşik yapı bazen sıkı bazen gevşek olabilir. Önemli olan örgütün hiyerarşik ilişki dolayısıyla mensupları üzerinde hâkimiyet tesis eden bir güç kaynağı niteliğini kazanmış bulunmasıdır.

Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Tanımlar başlığını taşıyan 2. maddesinde örgütlü suç grubunu tanımlamıştır: *“Doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddî çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri varolan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup.”*

Yargıtay’a göre de;

“5237 sayılı TCK’nın 220. maddesinde tanımlanan ‘örgütün’ varlığının kabul edilebilmesi için;

- *hiyerarşik ilişki içinde olan en az üç kişiden teşekkül etmesi,*
- *örgütün yapısının sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması,*
- *suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşmenin bulunması ve*
- *niteliği itibarıyla ‘devamlılık’ göstermesi*

gerekir.”

Somut olayda, arızı olarak bir araya gelen sanıklar arasında “hiyerarşik ilişki ve suç işleme iradesinde devamlılık” saptanamamış olması karşısında yüklenen suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı nazara alınarak beraatlarına karar verilmesi gerekirken , suça iştirâk ilişkisine yanlış anlam katılarak yazılı şekilde sanıkların “suç işlemek için örgüt kurmak” suçundan mahkûmiyetlerine hüküm olunması” hukuka aykırıdır (11.CD., 20.02.2008, 2007/8458, 2008/915; www.hukukturk.com.).

Örgütlenme, suç ortaklığı ya da ittifak (gizli anlaşma) değildir!

Gerçekten suç ortaklığı tek kişi tarafından işlenebilen belirli bir suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi olup bir veya birden fazla suçun işlenmesi hakkında anlaşma ani ve tesadüfidir. Hâlbuki örgütlenmede birden fazla belirsiz sayıda suçun işlenmesine yönelik bir programın gerçekleştirilmesi amacıyla failer arasında sürekli bir örgütsel bağ söz konusudur. İşte çeşitli Yargıtay kararlarında ifade edilen “planlı ortaklık”, “önceden anlaşılıp işbölümü”, “hiyerarşik yapı içinde süreklilik gösterecek şekilde planlı ortaklık ve paylaşım anlayışıyla çok sayıdaki suçları işlemek amacı

etrafında birleşme", "önceden tasarlama ve organize olma" şeklindeki tanımlamalar ile kastedilen budur.

Yine ittifakın varlığı için birkaç kişinin araç ve amaç bakımından fikri anlaşmaları yeterlidir. Hâlbuki örgütlenme için bu yeterli değildir.

Örgüt kurma örgütün meydana getirilmesi, vücuda getirilmesi, oluşturulması demektir. Diğer bir deyişle örgüt kurma, örgütün m.220'de belirtilen niteliklere yani amaç ve araçlara sahip bir örgütü somut olarak oluşturma, meydana getirmek demektir. Örgüt tek bir kişi tarafından kurulmuş olabilir. Ancak bir örgütten söz edilebilmesi için kurucu tarafından belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere açıklanan teklifin en az bir kişi tarafından kabul edilmesi şarttır.

Örgütü yönetmek ise örgütün başında olup, amaçlarını gerçekleştirmek için emir, direktif vermek, örgütü kumanda etmek, örgüt içinde inisiyatif, kumanda, karar verme gücüne sahip olmak demektir. Örgütü yöneten kişi/kişiler örgüt amacının gerçekleştirilmesi, örgütü etkili ve uygun kılmak için emir, direktifler verdikleri gibi örgüt mensupları arasında koordinasyon ve uyumu, bilgi, araç gibi unsurların sağlanması yönünde çeşitli faaliyetlerde bulunurlar. Yönetmek, organize etmeyi de içerir.

c. Suç Bakımından

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararı ancak (belli) şu suçlar bakımından verilebilir:

- a. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;
 1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
 2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
 3. Silahlıörgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).
- b. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.
- c. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74'üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

CMK'da bu konuda bir katalog getirilmiş olması yerinde olmuştur.

Burada dikkat çekici olan husus, gizli soruşturmacı görevlendirilecek suçlarla ilgili katalogun diğer gizli soruşturma tedbirlerine ilişkin kataloglardan daha dar bir katalog olmasıdır.

Öte yandan, gizli soruşturmacının görevlendirilmesi amacı da göz önünde tutulduğunda söz konusu suçların örgütlü suçlar olması gerekir. Diğer bir deyişle, bu suçlar örgüt faaliyeti çerçevesinde işleniyor olmalıdır.

Nihayet 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220'nci maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde bu suçlar için de gizli soruşturmacı tedbirine başvurulabilir (Yön.m.26). Bu düzenleme yerinde olmamıştır. Zira Kanun'un vermediği bir yetkinin Yönetmelik ile verilmesi hukuka aykırıdır. Bu yönüyle Yönetmeliğin Kanun'a aykırı olduğu söylenmelidir.

d. Zaman Bakımından

Yasada tedbirin uygulanacağı süre bakımından herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. O hâlde bu tedbire herhangi bir süre sınırı olmaksızın başvurulabilir. Kanımızca bu, tedbirin özelliği ile uyumludur. Bununla birlikte, tedbire ne kadar süre ile başvurulabileceği konusunda oranlılık ve dürüst işlem ilkeleri daima göz önünde tutulmalıdır.

CMK'da Al. CMUK'ta olduğu gibi "sürekli olmak" ibaresine yer verilmiş değildir. Bununla birlikte Alman hukukunda sürekli olmak terimine verilen anlam Türk hukuku bakımından da önem taşıyabilir. Alman hukukunda "sürekli olmak" unsurunun tüm hâl ve koşulların müştereken değerlendirilmesi sûretiyle tespit edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Böyle bir değerlendirmede esas alınabilecek kriterler arasında soruşturma emri, sanığın menfaatlerine yapılan müdâhalenin ağırlığı, genel hukukî işlemlerin tehlikeye düşmesi, bağlantı kişinin sınırlandırılabilirliği, dışarıya karşı davranış, bir konuta ayak basma, tekrar kullanılma sayılabilir.

5.2.5. İcrası

Aynı soruşturma ile ilgili olarak birden fazla gizli soruşturmacı görevlendirilebilir (Yön.m.25/1).

Gizli soruşturmacı gerektiğinde örgüte sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür (Yön. m.27/1).

Tedbirin icrası sırasında gizli soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Soruşturmacı bu kimlikle hukukî işlemler yapabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir (CMK m.139/2; Yön. m. 25/2). Böylece yasa koyucunun belli suçlar için örneğin, belgede sahtecilik suçları gibi hukuka uygunluk sebepleri yarattığı söylenmelidir.

Söz konusu düzenleme sadece gizli görevli için değil, söz konusu belgeleri hazırlayan ilgili idari makamlar için de bir hukuka uygunluk sebebi yaratmış olmaktadır. Ancak bunun idarenin yasallığı ilkesi ile bağdaşmadığı söylenmelidir.

Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'nda muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur (CMK m.139/3).

Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili

delilleri toplamakla yükümlüdür (CMK m.139/4).

Burada yabancı ülkeye ait bir polis memurunun ülke içinde gizli soruşturmacı olarak faaliyet gösterebilir gösteremeyeceği sorusu akla gelebilir. Bu, tamamen ülkemiz ve söz konusu ülke arasında yapılacak olan anlaşma hükümlerine bağlıdır. Gerçekten ülkeler "hukukî yardım" çerçevesinde yabancı ülke polis memurlarına bu şekilde bir imkân verebilir. Ancak buradaki asıl sorun bu şekilde yapılacak bir görevlendirmede CMK hükümlerinin geçerli olup olamayacağıdır. Bazı yazarlar bu durumda artık ülke hukukundaki gizli soruşturmacıya ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı, bu şekilde görevlendirilen bir gizli soruşturmacının artık güvenilir adam statüsünde sayılması gerektiğini ileri sürerler. Kanımızca bunun yeterli ve doyurucu bir gerekçesi bulunmamaktadır. Tam tersine gizli soruşturmacıya ilişkin hükümlerin uygulanması daha doğru olacaktır. Çünkü güvenilir adam hakkında yasal bir düzenleme bulunmadığı için söz konusu kişilerin faaliyetlerinin güvenilir adam kurumu içinde incelenmesi bu faaliyetlerin denetim dışına çıkması sonucunu doğuracağından değişik sakıncaları da beraberinde getirecektir. Öte yandan, yabancı bir ülkede o ülke ile varılan anlaşma çerçevesinde görevlendirilen gizli soruşturmacının elde edeceği verilerin değerlendirilmesi ile yapacağı hareketlerin suç oluşturup oluşturmayacağı ülkemiz hukuku hükümlerine göre değerlendirilmelidir kanısındayız.

Öte yandan gizli soruşturmacının "*çalışma ilkeleri*" Yönetmelik m.28'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

Gizli soruşturmacının operasyonla ilgili işlemleri soruşturmayı yürüten kolluk kuvvetince, diğer işlemleri ilgili kolluk kuvvetinin bu konuya ilişkin görevlendireceği birimi tarafından yürütülür.

Gizli soruşturmacı olarak kullanılacak kişi, soruşturmayı yürüten kolluk kuvvetinin talebi üzerine bu konuya ilişkin görevlendirilen birimi tarafından saptanır. Ancak, görevlendirilecek kişinin bu hususta rızasının alınması şarttır. Bu kişiye, ilgili kolluk birimi tarafından aidiyet numarası verilir. İlgili kolluk birimince yürütülecek işlemler ile suçun soruşturma ve kovuşturması sırasında bu aidiyet numarası kullanılır.

Gizli soruşturmacıya ilişkin tüm bilgi ve belgeler ilgili kolluk biriminde saklanır.

Gizli soruşturmacıya, görevinin gerektirdiği belgelerin temin edilmesi, özlük haklarının korunması ve benzeri işlemler ilgili kolluk birimi tarafından yerine getirilir. İlgili kolluk birimine, belgelerin temini ve işlemlerin gerçekleştirilmesi hususunda, kendilerinden talepte bulunulan kişi, kurum ve kuruluşlar gerekli yardımı yaparlar.

Bir suç soruşturması nedeniyle görevlendirilen gizli soruşturmacının takibi, can güvenliğinin sağlanması ve hayatının tehlikeye düştüğü durumlarda, bu kişinin operasyondan çekilmesi ile kollukla irtibatını sağlamak üzere, ilgili kolluk birimi tarafından sorumlu kolluk görevlisi belirlenir.

Gizli soruşturmacı görevi sırasında ilgili kolluk birimine gerektiğinde rapor verir. Bu raporların ne şekilde verileceği gizli soruşturmacı ve sorumlu kolluk görevlisi tarafından belirlenir. Bu raporlarda gizli soruşturmacının elde ettiği bilgiler ile topladığı delil, iz, eser ve emarelere yer verilir. Düzenlenen rapor kolluk tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına sunulur.

5.2.6. Gizli Soruşturmacının Suç İşleyebilip İşleyemeyeceği Sorunu

Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz (CMK m. 139/5). Görevine başlamadan önce gizli soruşturmacıya, örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulmayacağı; ancak, görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği ile diğer hak ve yükümlülükleri anlatılır ve bu hususta EK-4 sayılı Gizli Soruşturmacı Bilgilendirme Tutanağı düzenlenerek dosyasında saklanır (Yön. m. 27/2).

“Örgütün işlemekte olduğu suç” ne demektir?

Burada akla gelen, söz konusu hükümlerle yasa koyucunun gizli soruşturmacı için bir “izin normu” yaratmak istediğidir. Bu çerçevede kanımızca bu düzenlemenin iki yönü bulunmaktadır. Birincisi, TCK’ya göre suç işlemek amacıyla örgüt kurma bir suçtur (TCK m. 220). Bir an için gizli görevlinin görevi çerçevesinde çıkar amaçlı bir suç örgütü oluşturacağı kabul edildiğinde, teşekkül vücuda getirmek “örgütün işlemekte olduğu bir suç” olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla hükmün açıklığı karşısında gizli görevli “teşekkül vücuda getirmek suçu”ndan cezalandırılmayacaktır. Çünkü yasanın bu hükmü bir hukuka uygunluk sebebi yaratmıştır. Gerçekten TCK m. 24/1 kanun hükmünü icranın bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu söyler. Ancak yasa koyucunun burada asıl amacının gizli görevliyi teşekküle katılmış olmaktan cezalandırmamak yönünde bir hukuka uygunluk sebebi yaratmak olduğu söylenmelidir. Çünkü, gizli görevli çoğu zaman bir teşekkül oluşturmaz; var olan teşekküle görevi gereği katılır. Böylece yasa koyucunun “görevin gerektirdiği bir suç” yaratmak istediği anlaşılmaktadır. Hukukumuzda böyle bir teşekküle katılmak da ayrıca suç olarak kabul edilmiştir. Gerçekten TCK m. 220/2’ye göre “suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olanlar” cezalandırılır. Bu arada m.220/6 ve 7 hatırlanmalıdır. Ne var ki, teşekküle katılmak örgütün işlemekte olduğu bir suç değildir. Başka türlü faaliyet göstermesi etkisiz olacağı için gizli görevli örgüt içine girmek ve böylece de bu suçu işlemek durumundadır. Örgüt içine girmek örgütün işlemekte olduğu bir suç olarak kabul edilemeyeceğinden “esasen mevcut olan kanun dışı bir kuruluşu meydana çıkarmak için gizli soruşturmacının söz konusu derneğe katılması hâlinde suça iştirâk olmaz; zira suç esasen işlenmiş bitmiştir; memur suçu işlemekte değildir” biçimindeki görüş²⁰ isabetli değildir. Dolayısıyla CMK m. 139’un ifade tarzı değiştirilmeli ve bir hukuka uygunluk sebebi yaratılmak isteniyorsa, örgüte üye olmayı da kapsayacak biçimde yeniden düzenlenmelidir. Mevcut ifade şekli karşısında CMK m. 139’daki düzenlemeyi başka türlü yorumlamak mümkün değildir.

İkincisi, örgütün zaten işlemekte olduğu suçu somutlaştırmak nasıl mümkün olabilir? Örneğin, uyuşturucu madde ticareti amacıyla kurulmuş bir örgütün zaten işlemekte olduğu suç uyuşturucu madde ticaretidir. O hâlde bu örgüte katılan gizli soruşturmacı uyuşturucu madde ticareti ile uğraşabilecek midir? Bu amaç suç yanında, bu amacı gerçekleştirmek için mesela adam kaçırmak, yağma, müessir fiil, adam öldürme gibi başka araç suçların da işlenmesi örgütün zaten işlemekte olduğu suçlardan mı sayılacaktır? Eğer öyleyse gizli soruşturmacının bunları işlemesi durumunda yasanın bu düzenlemesi ile görevin gerektirdiği suç/suçların varlığı kabul edilebilecek ve bunun için bir hukuka uygunluk sebebi yaratıldığı söylenebilecek midir? Zira gerek amaç, gerekse araç suçlar örgütün işlemekte olduğu suçlardır. Örgüt tarafından işlenen suçların gizli görevli tarafından da işlenebileceğini kabul etmemek hükmü anlamsızlaştıracaktır. Diğer yandan, aksini kabul etmek de bu düzenlemenin

20 Dönmez/Erman, C. II, No. 1260.

hemen arkasından gelen gizli görevlinin görevi sırasında suç işleyemeyeceğine ilişkin düzenleme ile telif edilebilmesi imkânını ortadan kaldıracaktır. *Kanımızca*, örgütün zaten işlemekte olduğu suç kavramıyla yasa koyucu sadece örgüte üye olmayı görevin gerektirdiği bir suç olarak kabul etmek istemiş; ancak, ifade zafiyeti nedeniyle bunu başaramamıştır. Ancak böyle bir kabul gizli soruşturmacının görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği hükmü ile bağdaştırılabilir.

Kanımızca görevin gerektirdiği suç kavramına ilişkin çözümü maddî ceza hukuku yerine CMK içinde aramak gerekir. Bu konuda maslahata uygunluk ilkesinden yararlanılarak savcıya gizli soruşturmacının görevinin gerektirdiği bir suç işlemesi durumunda kamu davası açmayabilmeye yetkisi verilmelidir.²¹

5.2.7. Gizli Soruşturmacının Tanık Olarak Dinlenebilir Dinlenemeyeceği Sorunu

a. Genel olarak

Konuyla ilgili mevzuatımızda doğrudan ve açık bir düzenlemenin bulunmadığı söylenmelidir. Bununla birlikte gizli soruşturmacının özellikle kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenebilir dinlenemeyeceği sorununa ilişkin olarak Ceza Muhâkemesi Kanunu, Tanık Koruma Kanunu, Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usûller Hakkındaki Yönetmelik ile Ceza Muhâkemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik hükümlerinden yararlanılabilir.

Nitekim örneğin 2007 tarih ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu m. 22/1'e göre *"Tanık koruma biriminde görev yapan personel, bu Kanun kapsamına giren suçlara ait istihbârat, soruşturmada veya kovuşturmada görev alan kolluk âmir ve memurları ile diğer kamu görevlileri, bu suçlarda kullanılan gizli soruşturmacı, bu Kanun kapsamına giren suçların ortaya çıkartılmasında yardımcı olan muhbirler ile bunların yakınları hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır."* hükmü mevcut ise de bu düzenlemeden çıkan sonuç gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenebileceği değil, gizli soruşturmacının tedbir sonrası bu Kanun hükümleri çerçevesinde korunacağıdır. Diğer bir deyişle gizli soruşturmacı da tanıkların korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde korunur.

Bu durum karşısında gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenebilir dinlenemeyeceği sorununu, CMK'daki tanıklara ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirerek ortaya koymak zorunludur.

Delil serbestliği ilkesinin bir sonucu olarak Ceza Muhâkemesinde her şeyin delil olabileceği ve bu anlamda gizli soruşturmacının da içine sızdığı örgüt ile ilgili gördüğü ve duyduğunu anlatabilmesi anlamında tanık olarak dinlenebileceği söylenebilir ise de tanık bakımından en önemli özelliğin tarafsızlık olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim bu sağlanmak için tanık kural olarak yemin ettirilir. Durum bu çerçevede ele alındığında soruşturmanın adeta tarafı niteliğinde olan gizli soruşturmacının tarafsız bir tanık olabilmesi mümkün değildir. Ancak gizli soruşturmacının yemin verilmeden dinlenen tanık sıfatıyla dinlenebilmesinin ve bu çerçevede beyanının tek başına mahkûmiyet için yeterli olmayacağı söylenmelidir. Kaldı ki, gizli soruşturmacı

21 Konuyla ilgili ayrıntı ve somut çözüm önerileri için bk. Özbek, Gizli Görevli, 109 vd.

“gizli tanık” olarak dinleneceği için zaten gizli soruşturmacı olmasa da beyanının sırf gizli tanık olması nedeniyle tek başına mahkûmiyet hükmüne esas olamayacağı vurgulanmalıdır.

Konu muhbirler bakımından da tartışmalıdır. “Muhbir kullanmak” bir Muhâkeme hukuku tedbiri olarak düzenlenmiş olmamakla birlikte uygulamamızda oldukça sık bir şekilde muhbir kullanıldığı ve bunların tanık sıfatıyla dinlendikleri görülmektedir.

Hemen ifade etmek gerekir ki muhbirlerin tanık olarak dinlenebilmesi mümkün ise de söz konusu delile ihtiyatlı yaklaşılmalıdır. Öncelikle mutlaka duruşmada dinlenmeleri gerekir²² ve beyanlarının tek başına hükme esas alınabilmesi mümkün değildir.²³

b. Dinlenmesi

Kovuşturma aşamasında gizli soruşturmacı, soruşturma aşamasında verilen aidiyet numarası kullanılarak dinlenilecektir.

i. Dinleme öncesinde gizli soruşturmacının gerçek kimliğine ilişkin tüm bilgi ve belgelerin yargılamayı yapan mahkemeye ulaştırılması, ifade alınmadan önce mahkeme heyetinde bulunan mahkeme tarafından uygun görülen, görevlendirilecek olan naip olunan hâkim üye tarafından duruşma dışında özel ortamda veya kimlik bilgileri usûlüne uygun olarak Tanık Koruma Şube Müdürlüğü aracı kılınarak istinabe işlemini yapacak olan hâkime gizlilik kurallarına riayet edilerek ulaştırılmak sûretiyle istinabe sûretiyle hâkim tarafından ifadesinin alınması, gizli soruşturmacının kimliğinin yazılı tutanak tutulmadan okunarak teyit edilmesi, gerçek kimliğin doğrulandığının duruşma tutanağına geçirilmesi, ayrıca Tanık Koruma Kanununun 12/4. bendi uyarınca, gizli soruşturmacının kimliğinin doğrulanabilmesi bakımından **ayrı olarak** dijital ortamda görüntülü ve sesli kayda alınması, önceden hazırlanmış görüntü ve ses kaydeden cihazların, hâkim üye tarafından veya istinabe edilen hâkim tarafından

22 “(...) Kovuşturma aşamasında yöntemine uygun biçimde dinlenmediği hâlde, kolluk tarafından soruşturma aşamasında “gizli tanık” olarak dinlenen muhbirlerin beyanlarının hükme esas alınamayacağı dikkate alınarak, mevcut diğer delillere göre sanık Ürfi'nin hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi (...)” (10.CD., 27.3.2008, 2007/25667, 2008/4879; www.kazanci.com.tr).

“(...) Olayı ihbar eden muhbir biliniyorsa kimliği ile adresi ilgili kolluk biriminden sorularak bu kişinin tanık olarak dinlenmesi, daha sonra deliller birlikte tartışılarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ile hüküm kurulması (...)” (10.CD., 13.5.2011, 4420/4524; www.kazanci.com.tr).

23 “(...) Dairemizin 26.11.2001 tarih, 2001/11417 E.12237 K. sayılı ilamında muhbir tanık ile sanık arasında suç isnadını gerektirecek bir husumetin olup olmadığının araştırılması gerektiğine işaret edilmiş olmasına, bozmadan sonra yapılan yargılamada tanık sıfatıyla ifadelerine başvuru Abdullah'ın sanık ile muhbir tanık arasında önceye dayanan bir husumet olup olmadığı konusunda bir bilgisinin olmadığını belirtmesine karşın, köy muhtarı ve diğer köy azalarının, sanık ile muhbir tanık arasında daha önce çocuk kavgası sebebiyle bir husumet olduğunu bildirmiş olmalarına, ayrıca köy muhtarı ve köy azalarından İsmail Hakkı'nın sanık ile muhbir tanık arasında önceye dayalı husumet olduğunu bildirmekle birlikte, karşılıklı olarak birbirlerini şikâyet ettiklerini belirtmiş olmaları karşısında suç isnadını gerektirecek husumetin varlığı kabul edilerek ayrıca muhbirin soyut iddiasından başka delilde mevcut olmadığı da gözetilerek sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi (...)” (3.CD., 5.11.2003, 2543/6698; www.kazanci.com.tr).

“(...) Evinde yapılan arama sonucu bir poşet içinde 12,5 gramdan ibaret esrar bulunması nedeniyle, sanık hakkında bu esrarı hem satmak hem de kullanmak için bulundurduğu gerekçesiyle uyuşturucu madde ticareti yapma ve kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçlarından dava açılmış, kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma suçundan beraat, uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan mahkûmiyet kararı verilmiş ve beraat kararı temyiz edilmemiş ise de; tüm aşamalarda suç konusu esrarı satmak için değil, kullanmak için bulundurduğunu söyleyen sanığın savunmasının aksine, muhbirin soyut ihbarı dışında delil bulunmadığı, tek olan fiilin bütünüyle “kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun niteliği yanlış belirlenerek yazılı biçimde hüküm kurulması (...)” (10.CD., 21.06.2011, 2010/28975, 2011/5110; www.kazanci.com.tr).

“(...) 08.02.2008 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanunla, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun’un 27. maddesi yürürlükten kaldırılmış; böylece, 08.02.2008 ve sonraki tarihlere uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarıyla ilgili ihbarda bulunan kişiler hakkında, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 19. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen “Kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimlikleri, izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmadıkça açıklanamaz. Bu kişiler hakkında tanıkların korunmasına ilişkin hükümler uygulanır.” şeklindeki hükmün uygulanmasına olanak kalmamıştır. 24.11.2008 tarihinde somut olayla ilgili olarak ihbarda bulunan ve kimliği kolluk görevlilerince bilinen kişi hakkında 5607 sayılı Kanun’un 19. maddesinin 4. fıkrasının uygulanması mümkün değildir. Öte yandan 5271 sayılı CMK’nın 217. maddesinde, hâkimin kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği belirtilmiştir. Bu durumlar karşısında, muhbirin tanık olarak dinlenmesi, bu mümkün olmadığı takdirde, ihbar dikkate alınmaksızın diğer delillere göre sanığın suçunun niteliğinin belirlenmesi gerekirken; “muhbir can güvenliğinin bulunmadığını ileri sürerek ifade vermek istemediğini belirttiğinden, tanık olarak dinlenmesinin mümkün olmadığı (...)” şeklindeki gerekçeyle, dinlenmeyen muhbirin ihbarına da dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması (...)” (10.CD., 25.5.2011, 5104/4583; www.kazanci.com.tr).

tek başına gerçek ses ve görüntüsünün de ayrıca kaydedilmesi gerekmektedir.

Gizli soruşturmacının gizlilik sebebiyle gerçek kimliğine ve görüntüsüne sadece ifadeyi alan hâkimin ulaşmasının daha iyi olacağı göz önünde tutulmalıdır. Güvenilir teknik görevlinin kimlik tespiti dışında soruşturmacının yanında bulundurulması gerekli ise, teknik görevliye gizli soruşturmacının teşhise elverişli kimlik bilgilerini ifşa etmemesi gerektiği, ifşa etmesi hâlinde suç işlemiş sayılacağı hususunda tutanakla mutabakat metninin düzenlenerek imzalatılması, bu konuda yazılı beyanın alınması, bu yazılı beyanın gerçek kimlik bilgilerinin bulunduğu zarfa kimlik tespiti işlemi sonrası konulması, bu teknik görevlinin ifadenin alınması sırasında bulunduğu duruşma tutanağında belirtilmemesinin daha uygun olduğu düşünülmektedir.

Gizli soruşturmacının, özellikle sesinin bozularak kayda alınarak duruşmada canlı olarak ve banttan dinlenilmesinde, gizli soruşturmacının şivesinin, konuşma tarzının, kimliğini ele verme ihtimâli bulunmaktadır.

Gizli soruşturmacının kimliğinin deşifre olmaması için dinleneceğinin duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara önceden bildirilmesi, Ceza Muhâkemesi Kanununun 201 inci maddesi uyarınca sorularının önceden alınması, duruşma dışında alınan ses ve görüntünün bozulması sûretiyle hazırlanan görüntüden hazırlanacak duruşma tutanağının düzenlenmesinin daha uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Tutulan tüm kayıt ve görüntülerin, sadece Mahkeme Başkanının açabileceği mahkeme kasasında kapalı ve mühürlü zarf içerisinde gizlilik esasları çerçevesinde muhafaza edilmesi gerekmektedir.

ii. Gizli soruşturmacının duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar huzurunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda görüntülü araçlarla görüntü veya sesi değiştirilerek dinlenilmesine karar verilmesi durumunda, mahkeme Başkanının, Ceza Muhâkemesi Kanununun 201 inci maddesinin uygulanmasında, sorulacak soruların Kanun kapsamında orantılı ve amaca uygun olarak sorulmasına karar vermesi, sorulan soruların tanığa sorulup sorulmamasına bu konuda beyanı alınan gizli soruşturmacının da görüşünü alarak karar vermesi, dolaylı dahi olsa gizli soruşturmacının kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin verilmemesi gerekmektedir.

Gizli soruşturmacının, kimliğini ortaya çıkaracağını değerlendirilerek sorulara cevap veremeyeceğini belirttiğinde, bu konudaki gizli soruşturmacının beyanının mahkeme Başkanı tarafından dikkatli olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tuzak sorulara yargılamayı yapan mahkeme Başkanı dikkat etmeli, ifadesi alınan gizli soruşturmacıya, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar soru sorduğunda, istisnâsız olarak Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin 5.bendinin 2. Cümlesi ve yönetmeliğin 12/3. bendi, 3. cümlesi uyarınca mahkeme Başkanının gizli soruşturmacının cevap vereceği hususundaki onayı sonrasında cevap vermesi gerektiği hususu tembihlemelidir. Cumhuriyet Savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukatın doğrudan soru sorma hakları bu maddeler uyarınca kısıtlanmıştır.

Duruşma salonunda makyaj, maske değiştirilerek, özel kabin veya benzeri

yöntemlerden yararlanılarak ses ve dış görünüş bakımından tanınmasını ya da görülmesini engelleyecek şekilde dinlenilmesi durumunda, güvenlik riskinin arttığı Adliyelerin mevcut konumları dikkate alındığında ve uygulamalarda görülmektedir.

Gizli soruşturmacının duruşma salonu dışında telekonferans, video konferans veya diğer sesli ya da görüntülü iletişim araçları ile özel bir ortamda dinlenilerek duruşmaya canlı olarak katılmasının can güvenliği açısından daha iyi bir çözüm olduğu değerlendirilmektedir.

iii. Gizli soruşturmacının, kendi rızası ile duruşmada gerekli tedbirler (duruşma salonunda makyaj, maske kullanılarak dış görünüş bakımından tanınmasını engelleyecek şekilde) ve güvenlik tedbirleri alınarak, sadece kimliği gizlenerek dinlenilmesinin de mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Ancak geleneksel hayat yaşayan ülkemizde, akrabalık bağlarının da kuvvetli olması sebebiyle açık olarak verilen beyan sonrası gizli soruşturmacının eski görevine yeniden dönmesi, kendisinin ve ailesinin korunmasını zorlaştıracaktır. Bu hususların mahkeme tarafından göz önünde tutulması gerekmektedir.

Gizli soruşturmacının en ideal beyanının alınma şeklinin (a) bendinde belirtilen duruşma dışında dinlenilmesi olduğu değerlendirilmektedir.

c. Tanık Koruma Kanunu Kapsamında Gizli Soruşturmacının Mahkemede Dinlenmesi Sonrasında Yapılacak İşlemler

Yapılan soruşturmada gizli soruşturmacı kullanıldığı hususu, gizli soruşturmacının elde ettiği bilgileri, topladığı delil, iz, eser ve emarelerin bulunduğu raporunu kolluk aracılığıyla Cumhuriyet Başsavcılığının dosyasına sunması üzerine dosyanın incelenmesi ile ortaya çıkacaktır.

Bu andan itibaren gizli soruşturmacının can güvenliğinin üst düzeyde korunması gerekmektedir. Bu korunmanın, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Tanık Koruma Kanunu'nun 5/1- a, b ve ç bentlerinin uygulanması bakımından verilecek koruma kararları ile yapılacaktır. Yapılacak kovuşturmada, gizli soruşturmacının ifadenin alınmasına kadar koruma tedbirlerinin aynı şekilde devamı zorunludur. Gizli Soruşturmacının ifadenin alınmasından sonra da Tanık Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin diğer bentlerindeki talep edilen tedbirlerin, Tanık Koruma Kurulu tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir.

Uygulamada, Cumhuriyet Başsavcılıklarının koruma tedbiri kararlarını verirken Tanık Koruma Kanunu'nun 7. maddesinde belirtilen usûllere göre karar vermedikleri, verilen kararda gizli soruşturmacının anlatımlarının, soruşturma evresinde olayın nitelik ve kapsamına göre soruşturmaya sağladığı veya sağlayacağı fayda hususunda yeterli gerekçe göstermedikleri görülmektedir.

Cumhuriyet Başsavcılığının fayda hususundaki değerlendirmesinin, gizli soruşturmacının ifadesini vermesinden sonraki aşamada Tanık Koruma Kurulundan isteyeceği taleplerin doğru değerlendirilmesinde büyük önem taşımaktadır.

Mahkemelerin uygulamada verilen raporların, yargılamaya sağladığı veya sağlayacağı faydası hususunda, ihsası rey kaygısı ile yeterli görüş vermedikleri görülmektedir. Bu durumda ise, Tanık Koruma Kurulu, kendisini Cumhuriyet Savcılığı veya mahkemenin yerine koymaya çalışarak bu değerlendirmeyi kararlarına

yansıtmakta, sağlanan veya sağlanacak faydayı tespit hususunun yanlış değerlendirilmesi durumunda ise, talepte bulunanın memnun kalmayacağı yanlış kararların verilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır.

Tanık Koruma Kurulunun kanun gereğince oluşturulan yapısının çeşitliliği verilen kararları etkilemekte, Tanık Koruma Kurulu'ndan talepte bulunan kişilerin, soruşturmanın başında neyle karşılaşacaklarını bilemeden, canlarını hiçe sayarak suç örgütleri içerisine girdikleri hâlde, soruşturma sırasında elde etmeyi umdukları delillere ulaşamamaları durumunda, elde edilen verilerin yeterli olup olmadığı hususunun kurulda tartışılarak özellikle geçici ekonomik taleplerin kısmen veya tamamen reddi durumu ortaya çıkabilmektedir.

Taleplerin reddedilmesi durumunda ise, verilen kararın idari nitelikte bir karar olması sebebiyle idari yargı yolunun kullanılacağı talep edene karar ile bildirilmektedir. Gizli soruşturmacının mevcut durumu itibarıyla bu başvuruyu yapmasının fiilen mümkün olamayacağı göz önünde tutulmalıdır.

Bu sebeplerle, gizli soruşturmacının görevine başlarken bir daha eski işine yeniden dönemeyebileceğinin, Tanık Koruma Kurulunun alacağı kararların neler olabileceğinin, görevin tamamlanmasından sonra yapılacak veya yapılabilecek işlemlerin neler olduğunun kendisine detaylı bir şekilde anlatılması gerekmektedir.

Bu bildirimlerin, gizli soruşturmacıya görev tevdi edilirken, görevlinin samimiyetini ne oranda etkileyeceğinin dikkatli bir şekilde analizini de zorunlu kılmaktadır.

5.2.8. Tedbirin Sona Ermesi ve Elde Edilen Verilerin Akıbeti-Yok Edilmesi

Tedbirin süresi belirsiz olduğu gibi ne zaman sona ereceği de belirsizdir. Kararın alınmasının koşulları ortadan kalktığına tedbir kendiliğinden sona ermelidir. Örneğin, şüphenin ortadan kalkması gibi.

Gizli soruşturmacının kimliği ile ilgili tüm bilgiler talep ve kararda gösterilemeyeceği gibi görevinin sona ermesinden sonra da tüm bilgi ve belgeler gizli tutulur. Ayrıca bütün bu işlemler sırasında gizliliğe uyulur (Yön. m. 31).

Yine yasada elde edilen verilerle ilgili olarak söz konusu verilerin ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılmayacağı dışında başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna göre soruşturmacı görevlendirilmesi sûretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz (CMK m. 139/6). Görüldüğü üzere yasada yok etmekten söz edilmemektedir. Kanımızca yapılan soruşturma ve kovuşturma ile ilgisi olmayan veriler yok edilmelidir.

Gizli soruşturmacı tedbirinin kullanılması sonucunda suç işlendiğine ilişkin bilgi elde edilmemişse, elde edilen tüm veriler, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesinden sonra Cumhuriyet Savcısı ve sorumlu kolluk görevlisi tarafından, toplam süre 10 günü geçmemek kaydı ile imha edilir. İmha işlemi Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-2 sayılı İmha Tutanağı'na kaydedilmek sûretiyle belirlenir (Yön. m. 29).

21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunla CMK m. 139'a 6. fıkra olarak "Suçla

bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhâl yok edilir.” hükmü eklenmiştir.

Konu, Yönetmelik’te de düzenlenmektedir. Buna göre, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi sûretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz. Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgisi olmayan ve ancak, yukarıda belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığı’na derhâl bildirilir (Yön. m. 30).

Öte yandan acaba gizli görevli arama yapabilir mi? Telefon dinleyebilir mi? Kayıt ve verileri inceleyebilir, teknik araçlarla izleme yapabilir mi? Tüm bu hususların belirsiz ve tartışmalı olduğu söylenmelidir. “İzleme ve araştırma” terimleri bizi gizli soruşturmacının söz konusu tedbirlere başvurabileceği şeklinde bir sonuca ulaştırmaktadır. Ancak bir hukuk devletinde yasada açıkça düzenlenmediği sürece bir tedbir içinde bir başka tedbire başvurabilmek mümkün olamaz. Aksi hâlde diğer tedbirler için getirilmiş müstakil kural ve koşullar anlamsızlaşır ve ilgili hükümlerin içi boşaltılmış olur.

Nihayet Bilgi Edinme Kanunu hükümlerine göre de herkes iletişiminin denetlenip denetlenmediği konusunda bilgi isteyebilir.

5.2.9. Hukuka Aykırı Denetim

Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat başlığını taşıyan m. 141 vd. hükümlerinde bu şekildeki gizli soruşturma tedbirleri ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu büyük bir eksiklik. Çünkü tedbirin gizli olması nedeniyle bireylerin asıl bu tedbir bakımından bir korumaya gereksinimleri bulunmaktadır.

Öte yandan m. 217/2’ye göre yüklenen suç, **hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş** her türlü delille ispat edilebilir.

5.2.10. Kanun Yolu

21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe göre bu tedbire ancak bir Ağır Ceza Mahkemesince karar verilebildiğine göre tedbir kararı artık bir hâkimlik kararı olmaktan çıkmış bir mahkeme kararı hâline dönüşmüştür. CMK m. 267’ye göre ise bir mahkeme kararına karşı ancak yasada açık bir düzenleme var ise itiraz kanun yoluna gidilebilir.

Yine 6526 sayılı Kanunla eklenen hükme göre itiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için oybirliği aranır. Bu durumda adı geçen tedbire itiraz mümkün olup, itiraz hâlinde de itiraz Ağır Ceza Mahkemesince incelenir.

Öte yandan tedbir talebinin kabulü ya da reddedilmesi durumunda bu karara karşı kimlerin itiraz kanun yoluna gidebileceğine ilişkin yasada düzenleme olmadığına dikkat çekilmelidir.

3. Konuya İlişkin Yargı Kararları

a. Türk Yargıtay Kararı

Özet

CMK'nın 139. maddesi uyarınca görevlendirilen gizli soruşturmacı vasıtasıyla elde edilen delillerin, iddianame ve görevsizlik kararında irtikap, Özel Dairece rüşvet olarak vasıflandırılan suçta kullanılıp kullanılmayacağına değerlendirilmesinde:

Gizli soruşturmacının üstleneceği görevin kapsamı öğretide her zaman tartışma konusu olmuş, bu konuda çok çeşitli görüşler ileri sürülmüştür (Prof. Dr. Faruk Erem, Kışkırtıcı Ajan, AÜHF Dergisi, 1975; Necati Meran, İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip, s.359-393, Adalet Yayınevi, Ankara 2013; Yener Ünver-Hakan Hakeri, Ceza Muhâkemesi Hukuku, 6. Baskı, C.1, s.604-610, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013; Ersan Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbiri, s.217-268, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.)

Gizli soruşturmacının işlenen veya işlenmek üzere olan suçu ortaya çıkartmak için şüphelilerle temas kurarak suçüstü yakalanmalarını sağlaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun bulunmuştur. (AİHM'nin Ludi/İsviçre, 15.06.1996 gün ve 12433/1986 sayılı kararı) Buna karşılık gizli soruşturmacının suç işlemeye niyeti olmayan kişileri suç işlemeye teşvik ve azmettirmesi ise AİHS'nin ihlali olarak kabul edilmiştir (AİHM'nin Teixeira de Castro/Portekiz, 09.06.1998 gün ve 25829/94 sayılı kararı).

Diğer taraftan gizli soruşturmacının görevi sırasında elde ettiği ancak CMK'nun 139/7. maddesinde sayılmayan yani katalogda yer almayan suçlara ilişkin delillerin yasal delil olarak kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi de önem arz etmektedir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin amacı ve CMK'nın 139/4. maddesindeki; "Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür" şeklindeki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde; gizli soruşturmacının faaliyetini izlemekle görevlendirildiği suç örgütüne ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve delilleri toplamakla yükümlü olduğuna göre, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili gizli soruşturmacı tarafından elde edilen delillerin hukuka uygun elde edildiğinin ve yasal delil olarak kabul edilmesinin gerektiğinin kabulü gerekir. Buna karşın, gizli soruşturmacının örgütün faaliyetine ilişkin olmayan yani örgüt üyelerinin kişisel nitelikteki suçlarına ilişkin elde ettiği deliller ise tek başına yasal delil olarak kullanılamayacaktır. Ancak C.Savcılığının bunları delil başlangıcı ya da ihbâr kabul ederek soruşturmaya başlamasına da bir engel bulunmamaktadır. (Necati Meran, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, s. 393-396, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013)

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu ele alındığında;

İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilen ihbâr mektubunda, bir kısım avukatların örgütlü olarak F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumlarında bulunan tutuklu

kişilerle temas kurup tahliye ettirmek için yüklü miktarda para talep ettikleri ve aksi taktirde tahliye olmalarının mümkün olmadığını söyleyerek baskı kurduklarının belirtilmesi üzerine başlatılan soruşturma sırasında, suçörgütü kurmak ve tefecilik suçundan İzmir F Tipi Kapalı Cezaevinde tutuklu bulunan müşteki VOÇ'in 27.03.2008 tarihinde Cumhuriyet Savcısı tarafından alınan ifadesinde; para karşılığı tahliye edilmesi konusunda kendisine birçok avukatın gelip teklifte bulunduğu yönündeki iddiası nedeniyle soruşturmanın incelemeye konu olaya yöneldiği ve İzmir Nöbetçi Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi Üyeliğinin 30.06.2008 gün ve 703 sayılı kararıyla ve CMK'nun 139. maddesi uyarınca "suçörgütünün faaliyetlerinin ortaya çıkartılabilmesi amacıyla "GS 211 kod numaralı görevlinin "Avukat Kaya Korkmaz" ismiyle gizli soruşturmacı olarak görevlendirildiği, gizli soruşturmacının da bu suçörgütünün faaliyeti çerçevesinde incelemeye konu suça ilişkin delillerin elde edilmesini sağladığı, suçörgütüne ilişkin içlerinde incelemeye konu bu dosyanın da sanığı olan AE, MK, HK, HŞ, RS ve İCV'un da sanık olarak yargılandığı 40 sanık hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme, örgüte üye olmak, yargı görevi yaparı etkileme, irtikaba teşebbüs, avukatlık görevini kötüye kullanma, rüşvet, nitelikli dolandırıcılık suçlarından kamu davası açıldığı ve bu davanın hâlen İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesinde 2009/65 esas numarası ile derdest olduğu göz önüne alındığında, mahkeme kararı uyarınca görevlendirilen gizli soruşturmacının örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen rüşvet suçuna ilişkin elde ettiği delillerin yasal delil olarak değerlendirilmesi yerindedir **(YCGK.nun 19.02.2013 gün ve 137/58 sayılı kararı).**

b. Alman Yargıtay Kararları

- Yetkili makamın yeterli gerekçe göstermeksizin bir tanığı(güvenilir adamı) sadece bir ifade alma işlemi için sanığın ve müdafin yokluğunda dinlemesi adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturur.

BGH, Urteil vom 05.11.1982 - 2 StR 250/82 (LG Frankfurt)

- Kolluğun tanığın kimliğinin ortaya çıkacağı endişesinden ötürü onu sadece kimliğini açıklama koşulundan muaf tutması, kollukta tanık sıfatıyla polisin bir güvenilir adamının ifadesinin alınmasının müdafin iradesine aykırı olarak müdafin yokluğunda gerçekleştirilmesi hukuka aykırıdır.

BGH, Beschluß vom 17-10-1983 - GSSt 1/83 (LG Frankfurt)

- Olayın aydınlatılması için görevlendirilen polis memurunun mahkeme tarafından dinlenememesi hâlinde bu polis memurunun âmirinin duyduğunu anlatacak olan bir tanık statüsünde mahkemece dinlenilmesi hukuka aykırı değildir.

BGH, Urteil vom 16-04-1985 - 5 StR 718/84 (LG Hamburg)

- Gizli soruşturmacı hakkında Alm CMK §§ 110a vd'da yer alan düzenlemeler polisin güvenilir adamlarına kıyasen uygulanamaz. Bu durum bu güvenilir adamların belirli bir şüpheliye yönelik olarak görevlendirildikleri hâller bakımından da geçerlidir.

BGH, Urteil vom 22-02-1995 - 3 StR 552/94 (LG Kiel)

- Eğer uzun bir zaman kesiti boyunca polis memuru kendi kimliğinin gizli

olmasından yararlanarak bir veya birden fazla kişiyle uyuşturucu madde temini konusunda görüşmeler yapmış ise, açıkça görevlendirilmemiş olan bir polis memurunun da Alm.CMKŞ 110a II anlamında gizli soruşturmacı olarak görev yaptığı kabul edilir.

Alm.CMKŞ 110b II 2, 3'e dayanarak savcılığın belirli bir şüpheliye yönelik olarak gizli soruşturmacı görevlendirilmesine yönelik verdiği iznin daha sonra Alm.CMKŞ 110b II 4'e göre hâkim tarafından onaylanmaması durumunda gizli soruşturmacının işlemleri en baştan itibaren geçersiz sayılmaz.

BGH, Urteil vom 07-03-1995 - 1 StR 685/94 (LG Traunstein)

- Şayet ilk başta şüpheli olmayan ve daha önce suç işleme kararı bulunmayan kişinin güvenilir adam aracılığıyla devlete isnad edilebilecek şekilde suç işlemeye yöneltilmesi hâlinde ve bunun bir Ceza Muhâkemesine yol açması hâlinde adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olur. Bu ihlal hükümde tespit edilmelidir.

BGH, Urteil vom 18. 11. 1999 - 1 StR 221/99 (LG München I)

- Suç işlemeye provoke edilme çerçevesinde polis tarafından görevlendirilen bir güvenilir adam vasıtasıyla uyuşturucu madde satım işlemi provoke edilen kişiye karşı var olan mevcut suçşüphesi ile elverişli ve ilgili suççözeline bir ilişki içinde değilse adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olabilir.

BGH, Urteil vom 30. 5. 2001 - 1 StR 42/01 (LG Augsburg)

- Gizli soruşturmacı susma hakkını kullanan bir şüpheliye aralarındaki güven ilişkisinden faydalanarak ifade vermesine yönelik baskı yapamaz ve ondan ifade alma işlemi benzeri bir şekilde olay hakkında bilgi edinemez. Bu yolla elde edilen delil kimsenin kendisini suçlayıcı beyanda bulunamayacağı ilkesini ihlal eder ve delil değerlendirme yasağına yol açar.

- BGH, Urteil vom 26. 7. 2007 - 3 StR 104/07 (LG Wuppertal)

c. AIHM Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 15.06.1992 tarihinde vermiş olduğu Lüdi/İsviçre kararında gizli soruşturmacı olan tanığın dinlenmemesi, sanığa itiraz hakkı verilmemesi ve hükmün kısmen gizli soruşturmacının yazılı beyanlarına dayandırılması nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin gizli soruşturma tedbirine ilişkin 09.06.1998 tarihinde vermiş olduğu Teixeira de Castro/Portekiz kararı ile gizli soruşturmacı ve kışkırtıcı ajan ayırımına dikkat çekmektedir. Karara göre, başvuran Teixeira de Castro ile uyuşturucu satıcısı olduğu şüphesiyle bağlantıya geçen iki polis memuru kendisinden 20 gram eroin satın almışlardır. Başvuran sabıkasızdır ve hakkında hazırlık soruşturması başlatılmamıştır. Polis başvurandan uyuşturucu temin etmesini istemiştir. Bu yönde bir suç işleme iradesi olmayan başvuran, polisler üçüncü bir şahıstan aldığı uyuşturucuyu vermiştir. Polisin kendisini yönlendirdiği sınırların dışına çıkmamıştır. Polisler, başvuranda suç işleme iradesini oluşturmuş onu suçu işlemek için teşvik etmişlerdir. Ayrıca başvuranın suçu işlediğine dair polislerle

alışverişini gösteren deliller dışında destekleyici başka bir delilde yoktur. Bu kapsamda ceza muhakemesi ilkelerinden olan dürüst işlem ilkesi ve sözleşmenin 6/1. maddesi ihlal edilmiştir.

21.03.2002 tarihli Calabro/İtalya kararına göre gizli soruşturmacının rolü farklıdır. Gizli soruşturmacı Jürgen sızdığı Uluslararası bir uyuşturucu hâlkasında pasif konumdadır. Başvuran, Jürgen ile iradesi etkilenmeksizin iletişim kurmuş ve yüksek miktarda uyuşturucu madde almak istediğini iletmiştir. Böylece uyuşturucu ağının bir parçası olduğunu ortaya koymuştur. Olayda Jürgen, başvurunu suç işlemek için teşvik etmemiştir. Olayda, önceden belirlenmiş sınırların dışına çıkmamıştır. Dolayısıyla olayda bir ihlalden söz edilemeyecektir.