

GİZLİ TANIKLIK

Prof. Dr. Ersan ŞEN*

Esas olan, tanığın kimliğini gizlemeden ve duruşmaya katılmasını sağlamak ve böylece, sanığın hakları korumak suretiyle yargılamanın yapıp maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ancak suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar hakkında tanıklıklarına başvurulacak kişilerin, can güvenliklerinin sağlanması açısından somut zorunluluklar gündeme gelebilir. Bu durumu dikkate alan konun koyucu, Ceza Muhakemesi Kanunu m.58'de "gizli tanıklık" müessesesini düzenlemiştir. İddiaya konu suçla ilgili bilgi ve görgüsü bulunan gizli tanık, kendisinin veya yakınlarının can güvenliklerinin sağlanması amacıyla kimlik bilgileri saklı tutularak veya duruşmada sanık ve avukatının yokluğunda dinlenebilecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 58. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, yalnızca suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla sınırlı olarak, hazır bulunanların huzurunda dinlenmesinin, tanık için ağır tehlike oluşturacak halin başka türlü önlenemeyeceği ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında somut tehlike oluşturacağı hallerde mahkeme tarafından, hazır bulunma hakkına sahip olanların katılmadığı bir ortamda başvurulabilecek "gizli tanıklık", bu şekli ile istisnai bir müessese olmakla birlikte, gerek savunma hakkını kısıtlaması ve

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi, e-posta : ersansen@hotmail.com

gerekse "suç örgütü" kavramının uygulamada geniş kullanımı sebebiyle suistimale elverişlidir. "Gizli tanıklık"; kovuşturmanın aleniliği, yargılamanın doğrudan doğruyalığı ve kovuşturma aşamasında tüm katılanların huzurunda delillerin tartışılıp maddi hakikate ulaşılması ilkelerine aykırıdır.

Kanun koyucu, kimliğini ve yüzünü gizlemek yerine can güvenliğini sağlayarak koruması gereken tanıklarda, istisnai uygulama olarak kabul etmiş olsa da maddi gerçeğe ulaşmak adına dürüst yargılanma hakkını ihlal etmeyi göze almıştır. Bir soruşturma veya kovuşturmada maddi hakikate ulaşılabilmesi amacıyla toplanacak deliller arasında yer alan tanık beyanında, tanığın kimliğinin gizlenmemesi ve kovuşturma aşamasında da sanık ile müdafinin bulunduğu ortamda ifade vermesinin sağlanması, dürüst yargılanma hakkının bir gereğidir. Bir suçlama ile ilgili bilgisi ve görgüsü bulunan kişi, can güvenliği endişesi sebebiyle tanıklık yapmaktan veya gerçeği söylemekten kaçınmakta ise, bu durumda esas olan tanığın korunması olup, kimliğinin gizlenmesi veya sanık ile müdafinin yokluğunda beyanının alınması değildir.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.54/2'ye göre, "*Soruşturma evresinde cumhuriyet savcıları da tanıklara yemin verirler*". Bu hüküm uyarınca cumhuriyet savcısı, soruşturma aşamasında tanık sıfatıyla dinlediği ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 50. maddesine göre yemin verilmeyen tanıklar ile 51. maddesine göre yeminden çekinebilecek olanlar dışında kalan tanıklara yemin ettirmek zorundadır. Aynı şekilde cumhuriyet savcısı, "gizli tanık" sıfatıyla dinlediği tanıklara da CMK m.55'de gösterilen usule uygun şekilde yemin ettirmek zorundadır. Aksi halde, cumhuriyet savcısı tarafından yemin ettirilmesi gerektiği halde yemini alınmayan kişilerin tanıklığı

hukuka aykırı olacaktır. Aynı usul, CMK m.54/1 uyarınca kovuşturma aşaması için de geçerlidir.

Dürüst yargılanma hakkı bakımından doğru olan bu olmakla birlikte, istisnai olarak tanığın kimliğinin gizlenmesi ve hatta kovuşturma aşamasında sanık ile müdafinin yokluğunda dinlenmesi kabul edilmiştir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntü aktarımı yapılacağı ve sanık ile müdafinin soru sorma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak bu kabul, delillerin doğrudan doğruya değerlendirilmesini, kovuşturmanın yüz yüze gerçekleşmesini, duruşma salonunda herkesin bulunduğu ortamda delillerin tartışılması suretiyle maddi hakikate ulaşılmasını engelleyecektir. Aleyhine tanıklık yapan kişinin kim olduğunu bilmeyen sanığın, yargılamanın dürüstlüğü konusunda endişe duymaksızın sağlıklı bir şekilde savunma yapabileceğini söylemek mümkün değildir. Kanun koyucu, tanığın taşıdığı can güvenliği endişesini, maddi hakikate ulaşmak uğruna bu defa dürüst yargılanma hakkı endişesi olarak sanığa yüklemiştir. Bu tespit, tanığın gerçeği söyleyip söylemediği konusunda var olan kaygıların gizli tanıklıkta artabileceği ihtimali de dikkate alınmaksızın yapılmıştır.

“Gizli tanıklık” ile “x muhbir” adıyla bilinen ve “gizli tanık” sıfatıyla yapılan ifade alınma şekillerine karşı olduğumuzu, esas olanın sanık ve müdafii tarafından tüm tanıkların kimliklerinin bilinmesi, yüzlerinin görülmesi, ifade verirlerken tanıkların hal ve hareketlerinin takip edilmesi, sanık ve müdafii tarafından tanıklara doğrudan doğruya soru sorabilme imkanının tanınması, kovuşturma aşamasında tanığın ifade vermesinden önce ve/veya sonra, gerek tanık ve gerekse yakınlarının can ve/veya mal güvenliklerinin korunması sisteminin uygulanması gerektiğini, bu yolla dürüst yargılanma ilkesi

ile savunma hakkının ve “hukuk devleti” ilkesinin güvence altında kalabileceğini, sanık ve müdafinin yokluğunda dinlenen tanık beyanlarından hareketle tesis edilecek mahkumiyet hükümlerinin şaibeli olacakları gibi, hukuk ve adalet anlayışını da zedeleyeceklerini belirtmek isteriz.

Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda “gizli tanıklık” müessesesi istisnai olarak kabul edilmiştir. Maddi hakikate ulaşmak endişesi ile itham sisteminin sanığa tanıdığı dürüst yargılanma hakkı, savunma hakkı ve masumiyet/suçsuzluk karinesi gözardı edilemez. Bu sebeple savcılık makamı ve mahkeme, her suç örgütü faaliyetinde işlenen suçta “gizli tanıklık” müessesesine başvuramaz. Kanun koyucunun “gizli tanıklık” için aradığı şartların gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmeli, bunun hukukilik denetimi yapılmalı, şartları gerçekleşmediği halde “gizli tanık” olarak dinlenen kişilerden alınan beyanlara ve bu yolla elde edilen delillere itibar edilmemelidir. “Gizli tanıklık” müessesesi kabul edildiğine göre, bu kişilerden beyan alınması ve delil elde edilmesi usulünün sadece soruşturma aşamasında tatbiki yolu yeterli görülmemeli, kanun koyucu tarafından gösterilen usule uygun şekilde bu kişilerin kovuşturma aşamasında dinlenilmeleri sağlanmalı, bu sırada da sanık ile müdafinin savunma hakkı mümkün olduğu derecede kısıtlanmamalıdır. Bir başka ifadeyle sanık ve müdafinin, teknik imkanlar kullanılmak suretiyle gizli tanığı dinlemesi ve ona soru sorabilmesi imkanı sağlanmalıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, soruşturma aşamasında bilgi ve beyanı alınan x muhbirin, sanığın olaydaki hukuki konumunun tespiti bakımından kovuşturma aşamasında da dinlenmesi gerektiğine karar

vermiştir¹. Yargıtay 10. Ceza Dairesi ise, soruşturma aşamasında “gizli tanık” olarak dinlenen muhbirlerin beyanlarının hükme esas alınamayacağını ve bozmadan sonra yapılacak kovuşturmada, mevcut diğer delillere göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğini karara bağlamıştır².

¹ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmeden evvel Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.10.2004 gün 2004/10–145 E. ve 2004/196 K. sayılı kararına göre, “Mevcut kanıtlar arasında çelişkiler bulunduğu dikkate alındığında, ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğin ortaya konulabilmesi, sanık ...'nin savunmasının denetlenebilmesi ve olaydaki konumu ile kastının hükme varmaya yeterli olacak ölçü ve kesinlikte ortaya konulabilmesi bakımından soruşturmanın genişletilip, x muhbir ve alıcı kılığındaki görevlinin pastanedeki buluşmalarında sanık ...'nin hazır bulunup bulunmadığı, tutanaklarda bu sanığın adının geçmemesinin hangi nedenden kaynaklandığı, bu sanığın uyuşturucu satışı ve şüphelendiği kişilerle ilgili olarak x muhbir aracılığı ile kolluk görevlilerine bilgi verilip verilmediği hususlarında, takip tutanağını düzenleyen kolluk görevlilerinin bilgi ve görgülerine başvurulması, keza muvafakat gösterdiği takdirde x muhbirin de dinlenilerek, kendisinin ve kolluk görevlilerinin faaliyetinden sanık ...'nin haberinin bulunup bulunmadığı, sanığın olaydaki konumunun ne olduğu, bilgi vermek ve satıcılarla tanıştırmak suretiyle kendisi veya kolluk görevlilerine yardımcı olup olmadığı konusunda bilgisine başvurulması gerekir”.

² Yargıtay 10. Ceza Dairesi ise, suç tarihi 05.11.2003 olan ve bu nedenle şu an yürürlükte bulunmayan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminde işlendiği iddia olunan bir suça ilişkin yürütülen soruşturma ve mahkûmiyet kararı üzerinde yaptığı temyiz incelemesi ile verdiği 27.03.2008 günlü, 2007/25667 E. ve 2008/4879 K. sayılı bozma kararında, “Kovuşturma aşamasında yöntemine uygun biçimde dinlenmediği halde, kolluk tarafından soruşturma aşamasında ‘gizli tanık’ olarak dinlenen muhbirlerin beyanlarının hükme esas alınamayacağı dikkate alınarak, mevcut diğer delillere göre sanık ...'nin hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirir”.

Yargıtay, kimliği gizlenen tanığın sadece soruşturma aşamasında beyanının alınması ile yetinilemeyeceğini ifade etmiştir³. Gizli tanığın, kovuşturma aşamasında da beyanı alınmalıdır. Yürürlükteki 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun düzenlemesi de bu yöndedir.

Gizli tanık ile gizli soruşturmacı birbirinden farklı kavramlardır. Gizli soruşturmacı, CMK m.139'da, gizli tanık ise CMK m.58/3'de düzenlenmiştir. Her iki müessesenin şekil, şart ve amaçları birbirinden farklıdır. Gizli soruşturmacı, suç örgütlerinin faaliyetlerinin ortaya çıkarılması ve delil toplaması amacıyla kamu görevlileri arasından görevlendirilir. Gizli tanıklık ise, suç örgütü ve örgütün faaliyeti kapsamında işlenen amaç suçlarla ilgili bilgi ve görgüsü olan kişinin can güvenliği tehlikesi sebebiyle gizli dinlenmesi anlamına gelir. Kanaatimizce, CMK m.139 kapsamında gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kamu görevlisinin tanıklığına başvurulamaz. Bu kişi taraftır. Gizli soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla görevlendirilmiştir.

İster “gizli tanık”, ister “x muhbir” olarak adlandırılalım, suça konu olayla ilgili bilgi ve görgüsü bulunan “tanık” özelliği taşıyan kişilerin mutlaka kovuşturma aşamasında tabii hakimi ve mahkemesi tarafından dinlenmeleri gerekmektedir. Böylece, vicdani delil sistemine göre karar verecek olan hakimlerin doğrudan doğruya

³ Mülga 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun “Tanığın ve görevlilerin korunması” başlıklı 7. maddesinde de, tanığın her aşamada gizlenmesi ve kovuşturma aşamasında beyanının alınmaması değil, tanığın dinlenmek suretiyle kimliğinin açıklanması durumunda korunması öngörülmüş idi. Doğru olan da budur.

tanıkla biraraya gelmeleri, hakim tarafından tanığın beyanının ne derece gerçekçi olup olmadığının takibinin sağlanması, tanığın yüz mimikleri ile hal ve hareketlerinin incelenmesi, en önemlisi hakim tarafından tanığa doğrudan doğruya soru sorabilme imkanı sağlanmış olacaktır. Bu yolla, delillerin doğrudan doğruya değerlendirilmesi sadece hakim veya mahkeme heyeti için sözkonusu olmayacak, aynı zamanda her ne kadar kısıtlı da olsa savunma makamının da tanığa soru sorabilme olanağı tanınmış olacaktır. Ancak bir defa daha belirtmek isteriz ki, ne şekilde ve sebeple olursa olsun, gizli tanıklık müessesesinin hukuki açıdan kabulü mümkün değildir. Esas olan, mahkeme huzurunda ve duruşma salonunda sanık ile tanığın yüzleşebilmesi, yani tanığın gizlenmemesi ve savunma makamından uzak tutulmaması olmalı, ancak gerekli olması halinde de duruşmanın öncesinde ve sonrasında tanık ile yakınlarının can ve mal güvenliklerinin sağlanması olmalıdır.

Türk Hukuku'nda, tanık korumanın yanında istisnai olarak ve şartlarının varlığı halinde “gizli tanıklık” müessesesi kabul edildiği ve uygulandığı gerçeği karşısında, sadece kanun koyucu tarafından gösterilen şartların varlığı halinde bu istisnai müesseseye başvurulması ve keyfî uygulanmaması, bu kişilerin mutlak şekilde kovuşturma aşamasında usule uygun ve ancak sanığın savunma hakkı gözetilmek suretiyle dinlenmeleri gerektiği, “Yemin verilmeyen tanıklar” başlıklı CMK m.50’de yeminsiz dinlenecek tanıklar arasında “gizli tanık” sayılmadığından, bu tanıklara CMK m.50’de sayılan tanıklardan olmaması kaydıyla usule uygun yemin ettirilmesinin zorunlu olduğu ve sırf gizli tanık beyanlarından hareketle mahkumiyet kararı verilmesinin hukuka aykırı olacağını ifade etmek isteriz. Gizli tanık beyanları, başkaca somut, inandırıcı, pekiştirici, hukuka uygun

yol ve yöntemlerle elde edilen delillerle desteklenmedikçe, sanık aleyhine mahkumiyet kararı verilmesinde hükme esas alınmamalıdır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından “gizli tanıklık” konusunda verilen kararların değerlendirilmesi aşağıdaki şekilde yapılabilir;

- a. Esas olarak tüm delillerin, sanığın avukatının bulunduğu aleni duruşma ortamlarında sunulmaları ve tartışılmaları gerekir. Ancak İHAM’a göre bu husus, tanık ifadelerinin kanıt sayılabilmesi için mutlak şekilde mahkemede aleni olarak yapılan duruşmada alınması anlamına gelmez. Savunma hakkına saygı gösterildiği müddetçe, duruşma öncesi aşamalarda alınan tanık ifadelerinin delil olarak kullanılması, tek başına aykırılığın sebebi sayılamaz.
- b. Yalnızca kimliği gizlenen tanıkların beyanlarından hareketle mahkûmiyet kararı verilmesi kabul edilemez. Bu nedenle iddianın, gizli tanık beyanlarının yanında başka inandırıcı, somut ve pekiştirici delillerle desteklenip kanıtlanması gerekir.
- c. Tanığın, sanıktan gelebilecek tehlikelerden dolayı can ve mal güvenliği yönünden yeterli neden mevcut olduğunun tespit edildiği durumda tanığın kimliğinin gizli tutulması mümkündür. Bu zorunluluğun somut olayda mevcut olduğu ve bu uygulamanın istisnai olduğu dikkate alınarak, gerçekten bir tanığın kimliğinin gizlenmesine ihtiyaç olup olmadığı tespit edilmelidir.
- d. Güvenliği sebebiyle kimliği açıklanmayan tanığın, sanığın hazır bulunmadığı ortamda dinlenmesi ve verdiği ifadenin duruşma salonuna, dolayısıyla sanık ve avukatına teknik imkânlarla veya üçüncü bir kişi tarafından aktarılması, yukarıdaki istisnai durumun varlığı kaydıyla mümkün sayılmalıdır.

Bu tespitlerin ardından;

İHAM'ın yargılama ve kararlarında bağlı olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin "Dürüst yargılanma hakkı" başlıklı 6/3-d hükmüne göre, "*İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıkları ile aynı şartlarda davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;*" hakkına, bir suçla itham edilen herkes sahiptir. Mahkemenin "gizli tanıklık" konusunda verdiği kararların, Sözleşmenin 6/3-d hükmünün lafzı ve ruhu ile paralellik taşımadığını ifade etmek isteriz.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin; tanığın gizlenmesi, istisnai olsa da kimliğinin saklanmak suretiyle ifadesinin alınması, bu yolla delil toplanması konusundaki düşünce ve tespitlerine karşı olduğumuzu, delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi, savunma hakkı ve bilhassa dürüst yargılanma hakkı uyarınca, yine hukukun üstünlüğü ve sanık haklarının korunması esasları gereğince tanığın kimlik ve/veya yüzünün savunma makamından saklanmaması, yüzleştirmeye izin verilmesi, bu kapsamda savunma hakkının kutsallığının hiçbir şekilde zedelenmemesi, ancak can ve mal güvenliği bakımından tehlike içinde olduğu tespit edilen tanığın ifadesinin alınmasından önce ve sonra korunması usul ve yöntemlerinin tatbikinin isabetli olacağını belirtmek isteriz. Bu nedenle, "gizli tanıklık" ile "tanık korunma" kavramlarının birbirine karıştırılmaması ve tanığın korunması usul ve yöntemlerin benimsenip geliştirilmesi gerektiğine inanmaktayız.

İHAM'ın, gizli tanıklıktan kaynaklanacak, ispat hukukunu ve özellikle sanığın dürüst yargılanma hakkını zedeleyecek mahsurları ortadan kaldırmak veya en aza indirmek amacıyla kabul ettiği "yalnızca gizli tanık beyanlarından hareketle mahkumiyet hükmü verilemez" anlayışı, bu alanda doğabilecek sorunları ve hatalı

mahkumiyet kararlarını bertaraf etmeyecektir. Bu durumda iddia makamı veya müdahil, gizli tanık beyanlarının yanında bir de gizli olmayan tanık beyanlarını sunarak, İHAM tarafından aranan koşulu yerine getirmek suretiyle istediği sonuca ulaşabilecektir. Kanaatimizce çözüm, gizli tanıklık değil, can ve mal güvenliğinin tehlikede olabileceği kabul edilen tanıkların korunması esası olmalıdır. Bunun dışında, maddi gerçeğe ulaşmak gerekçesiyle kolaycı yollara başvurup, itham sisteminin Modern Ceza Yargılaması Hukukuna kazandırdığı sanık hakları ve dürüst yargılanma hakkı zedelenmemelidir.

Sonuç olarak;

Bilgisi ve görgüsü olduğunu söylediği bir suç hakkında can güvenliği gerekçe gösterilerek, somut tehlikeye karşı korunması yerine tanığın mahkemece gizli şekilde beyanının alınması, “silahların eşitliği”, “dürüst yargılanma hakkı” ve “delillerin herkesin huzurunda tartışılıp değerlendirilmesi” ilkelerini ihlal etmektedir. Maddi hakikate ulaşmak gerekçesiyle tanığı gizlemek ve gizli şekilde beyanını alıp, bu beyanı sanık aleyhine delil olarak kullanmak, savunma hakkının özünü ihlal etmek ve hatta bu hakkı hiçe saymak anlamına gelir. Maddi gerçeğe ulaşmak için yapılması gereken, tanığı savunma makamından gizlemek değil, korumak olmalıdır. Sınırsız telefon dinleme, teknik araçlarla izleme, gizli soruşturmacı, gizli tanık, malvarlığına elkoyma ve müsadere olmazsa, suç örgütü yapılanmalarının ve faaliyetleri kapsamında amaç suçları işlemelerinin önlenmesi, faillerin yakalanıp cezalandırılmaları ve cezanın caydırıcılığı olamayacağı tezi ileri sürülmektedir. Bu tez kabul edildiğinde, “hukuk devleti” ilkesini bazı durumlarda deyim yerinde ise rafa kaldırılması gündeme gelebilecektir. Kamu otoritesi, suçları

önlemek ve suç işleyenleri cezalandırmak amacıyla kişi hak ve hürriyetleri aleyhine kendisine tanınan yetkileri sınırları dairesinde kullanmak yerine geniş kullanmayı tercih eder. Bu nedenle, keyfî kullanıma elverişli, kişi hak ve hürriyetlerinin özüne müdahale içeren, hukukilik denetiminden uzak yetkilerin kamu otoritesi tarafından kötüye kullanılması ve “hukuk devleti” ilkesinden uzaklaşılması kaçınılmaz olacaktır.