

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunlarının Zaman Yönünden Sınırı

Zeki HAFIZOĞULLARI*
Ezgi AYGÜN EŞİTLİ**
Özgür KÜÇÜKTAŞDEMİR***

ÖZET

Hukukun, Ceza Hukukunun amacı, toplumun varlığına, sürekliliğinin sağlanmasına ve ilerlemesine ilişkin koşulların güvence altına alınmasıdır. Ancak, hukuk, ceza hukuku ile güvence altına alınan toplum, zaman içinde kurumsallaşması düzeyini yükselttikçe, ilerledikçe, ihtiyaçları hem artmakta, hem de çeşitlenmektedir. Toplum hayatında sürekli bir değişimi ve dinamizmi ifade eden bu durum, kanunların, içinde varlık kazandıkları akıp giden zamana uyarak, mevcutlarının kaldırılmasını, değiştirilmesini, yerine yenilerinin konmasını zorunlu kılmaktadır. Hukuk düzeninin yapı taşları olan kanunlar, yürürlüğe girerler, yürürlükte kalırlar, yürürlükten kalkarlar. Madem kaynağı beşeri iradedir, hukuk kuralları, evrensel, mutlak, değişmez davranış kuralları değildirler. Bu, kanunların, zaman yönünden sınırı sorunudur. Bu çalışmada, Anayasa, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi karşısında, kısaca, Ceza ve özellikle Ceza Muhakemesi Kanunlarının zaman yönünden sınırı sorunu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: ceza muhakemesi hukuku, ceza ve ceza muhakemesi kanunlarının zaman bakımından sınırı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türk Ceza Kanunu, ceza muhakemesi kanunu

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. Bu çalışmaya katkılarından dolayı, Prof. Dr. Merih ÖDEN'e teşekkürlerimi sunarım.

** Yrd. Doç. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

*** Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

Criminal and Criminal Procedure Code's Time Limitation in the Context of European Convention of Human Rights

ABSTRACT

The purpose of the law and the criminal law is to secure the conditions for ensuring the the existence of society, continuity and progress. However, law and society guaranteed by the criminal law that increase the level of institutionalization in time progresses increases and diversifies the social needs. This situation that expresses constant change and dynamism of community life, makes necessary of the codes' adaptation to flowing time, and existing code's removal, modification, enacting new codes which substitute them. Codes which are the fundamental elements of law, enter into force, remain in force and fall into desuetude. Because of their source is human will, the rules of law are not universal, absolute, immutable rules of conduct. This is the problem of the law's time limitation. In this study, in the face of the Constitution, the European Convention on Human Rights, Turkish Criminal Code's, especially the Criminal Procedure Code's problem of the time limitation will be briefly discussed.

Keywords: the law of criminal procedure, time limitation of the criminal and criminal procedural laws, European Convention on Human Rights, Turkish Criminal Code, Code on Criminal Procedures

Giriş

Doğada ne suç, ne de ceza vardır. Suç ve ceza toplumdadır¹. Toplumsal olgular üzerine beşeri davranışın normu olarak konan ceza kanunları, uygar dünyada, kuvvetler ayırımı temelinde ifadesini bulan yasama erkinin etik-siyasi bir değerlendirmesidir². Doğa bir olgular, toplum, aynı zamanda bir normlar sistemi bütünüdür³. Çoğulculuk arz eden bu yapıda, Hukukun, Ceza Hukukunun amacı, toplumun varlığına, sürekliliğinin sağlanmasına ve ilerlemesine ilişkin koşulların güvence altına alınmasıdır⁴.

Ancak, hukuk, ceza hukuku ile güvence altına alınan toplum, zaman içinde kurumsallaşması düzeyini yükselttikçe, ilerledikçe, ihtiyaçları hem artmakta, hem de çeşitlenmektedir. Toplum hayatında sürekli bir değişimi ve dinamizmi ifade eden bu durum, kanunların, içinde varlık kazandıkları akıp giden zamana uyararak, mevcutlarının kaldırılmasını, değiştirilmesini, yerine yenilerinin konmasını zorunlu kılmaktadır. Hukuk düzeninin yapı taşları olan kanunlar, yürürlüğe girerler, yürürlükte kalırlar, yürürlükten kalkarlar. Madem kaynağı beşeri iradedir, hukuk kuralları, evrensel, mutlak, değişmez davranış kuralları değildirler⁵. Bu, kanunların, zaman yönünden sınırı sorunudur.

Bu çalışmada, Anayasa, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi karşısında, kısaca, Ceza ve özellikle Ceza Muhakemesi Kanunlarının zaman yönünden sınırı⁶ sorunu incelenecektir.

1 Bettiol, *Il problema penale*, Palermo 1948, s. 53; Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, s. 32; Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1967, s. 49; Hafizoğulları, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı olarak Ceza Hukuku Düzeni*, US-A Y., 1996, Ankara, s. 17 İD. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 10

2 Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino 1950, s. 193; İD., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino 1948, s. 30, 33; Hafizoğulları, *Ceza normu*, s.10

3 Hafizoğulları, *Ceza normu*, s.15 vd.

4 Rocco, *L' oggetto del reato e della tutele giuridica penale*, Roma 1932, s. 443. Ayrıca, Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Pg., Milano 2000, s. 6

5 Podo, *Successioni dileggi penali*, Novissimo digesto italiano, Unione Tipografico-Editrice Torinese, XVIII, Torino 1975, s. 644; Kelsen, *Lineamenti*, s. 12; Antolisei, *Manuale*, s. 101.

6 Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2010; bkz. Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin, Ankara, 2011; bkz. Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta, İstanbul, 2007; bkz. Öztürk, Tezcan, Erden, Alan Akcan, Erdem, Özaydın, Sırma, Kırıt, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2014; Özbek, Tepe, Doğan, Kanbur, Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2013; Donay, *Ceza Yargılama Hukuku*, Beta, İstanbul, 2012; Bıçak, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2011.

Kanunların Yürürlüğü

Kanunların yürürlüğü, yani, kuralına uygun olarak hukuk düzeninde varlık, geçerlilik kazanması, kanunun, zaman bakımından sınırının çizilmesidir. Kanun, ileriye yürür, geçmişe yürümez. Kanun, etik-siyasi olarak üzerlerine oluşturulduğu fiillere ve ilişkilere uygulanır. Kanun, kendinden önce yürürlükte olan kanunun düzenlediği fiillere ve ilişkilere uygulanmaz.

Uyulması zorunlu, beşeri davranış normu olan kanunlar, yürürlüğe konuldukları tarihte, üzerine oluşturuldukları fiillere ve ilişkilere derhal uygulanırlar, geriye yürümezler, ileriye yürürler⁷.

Gerçekten, HMK, 448. maddesinde, kanun, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla, derhâl uygulanır demektir.

Ceza Kanunlarının Yürürlüğü

Suç ve ceza, insanın yazgısıdır. Suç, toplumun varlığına kasteden, ilerlemesini engelleyen, Devletin ceza ile önlemeye ve bastırmaya çalıştığı, bireysel veya örgütlü, beşeri fiillerdir. Cezaya başvurarak, suçları önlemek ve bastırmak, bu yolla toplumsal barışı sağlamak, karşılıklı eşit iradeleri ile kendisini kuran insanları esen ve korkusuz kılmak, Devletin, hem varlık nedeni, hem de zorunlu temel görevidir. Suçları ortaya çıkarmak, faillerini cezalandırmak, Devletin, hakkı veya yetkisidir.

Hakkını veya yetkisini kullanırken, Devletin gücünü sınırlandırmak, keyfi davranışlarının önüne geçmek, 1215 tarihinde Magna Carta'dan başlayarak, Aydınlanma ile birlikte, İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgelerine giren "Suçların ve Cezaların Ancak Kanunla Konulması" İlkesi, uygar ulusların ceza kanunlarında⁸ bir "kanun hükmü" olarak ifadesini bulmuştur.

İnsanlığın büyük emekleri karşılığında bulunan bu ilke, tüm eleştirilere rağmen⁹, Devletin sınırsız erkine, hükümetlerin keyfiliklerine sınır

⁷ Valle, Suggestione di leggi, Novissimo digesto italiano, Unione Tipografico-Editrice Torinese, XVIII, Torino 1975, s. 635 vd.; Taşpınar Ayvaz, Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013; Katoğlu, Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008.

⁸ Ör., 1889 İtalyan Ceza Kanunu. md.1. Bu kanundan mülhem, mülga 1926/765 sayılı Türk Ceza Kanunu, md. 1

⁹ Eleştiriler hakkında bkz, Antolisei, Manuale, s. 68 vd.

getirmiş, suçlar ve cezalar, artık işlendiği zamanın yürürlükte olan ceza kanunu ile sınırlandırılmıştır¹⁰.

İkinci Dünya Savaşının öğrettikleri, yaşanan Nazizm ve Faşizm tecrübesi, Devlet karşısında insanın daha çok esirgenmesi gerektiği gerçeğini ortaya çıkarmış, bu kez ilke, sıradan bir kanun hükmü olmaktan çıkarılarak, Ceza Kanunları yanında (TCK md. 7), Kişinin Temel Hakkı ve Ödevi olarak ayrıca Anayasalarda (AY md. 38) ve Devletin sağlamaya zorunlu olduğu bir "insan hakkı" olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde (AİHS md. 7) ifadesini bulmuştur¹¹.

Kimse işlediği zamanın yürürlükte bulunan kanununun suç saymadığı bir fiilden ötürü cezalandırılmaz. Kimseye suçun işlendiği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suçun ve cezanın sınırı, uygar uluslardır. Açık normlar hariç, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamaz.

Öyleyse, yürürlükten kalkan kanun ileriye yürümez, yürürlükten kalkmasıyla etkisi ortadan kalkar ve ileride geçerli olmaz; kanun yürürlüğe girdiği anda geçerlilik kazanır ve o andan itibaren hüküm ifade eder; lehte olan kanunun, ileriye de geriye de yürür¹².

Türk Ceza Kanunda yer alan, ör. şikayet (TCK md. 73), zamanaşımı (TCK md. 66), vb., ancak Ceza Muhakemesinde muhakeme şartı olarak görülen nedenler söz konusu olduğunda, konu tartışmalıdır¹³. Terim birliği olmamakla birlikte, adalet gereği, lehte olan kanunun uygulanabileceği ileri sürülmektedir¹⁴.

¹⁰ Antolisei, Manuale, s. 67; Pagliaro, Principi di diritto penale, Pg, Milano 1980, s. 47

¹¹ AİHS., bu maddede, 2. fıkrasında, bir yandan kişinin ne ile sınırlı olduğunu gösterirken, öte yandan Devleti, suç ve ceza koymada, uygar uluslar tarafından tanınan hukuk ilkelerine göre suç sayılan fiilleri suç saymakla sınırlandırmıştır.

¹² Pado, Agm., p. 649 vd., 650 vd.; Antolisei, Manuale, s. 104 vd., 107 vd.

¹³ Doktrinde kimi yazarlarca, ayrık ve istisnai bir kanun hükmünün bulunması; daha dar ve olağanüstü olmak üzere, derhal uygulama ilkesinin çok ağır şekilde hakkaniyete ve adalete aykırı sonuçlar doğuracak olması halleri derhal uygulama ilkesinin istisnaları olarak kabul edilmiştir. (Ünver/Hakeri; Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Baskı, Adalet, Ankara, 2012, s.100 vd) Bu konuda ayrıca bkz. Ünver, Ceza Yargılaması Normlarının "Derhal Uygulanması" İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK. Kararının İncelenmesi, İHFM, 1994, C. LIV)

¹⁴ Garofoli, Manuale di diritto penale, Pg., Roma 2011, s. 267 vd.; Nappi, Manuale di diritto penale, Pg., Milano 2010, s. 45 vd.; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku

Ceza Muhakemesi Kanunlarının Yürürlüğü

Ceza hukukunda, Devletin, bir insan hakkı olarak göz önüne almak zorunda olduğu kanunilik ilkesi; ceza muhakemesinin de kanuniliğini zorunlu kılmaktadır. CMK'nun, idarenin ceza muhakemesine ilişkin düzenleyici işlemler yapmasını öngörmesi, örneğin CMK'nun 82., 99., 167., ve 333. maddeleri, Yasamanın, başta kendisinin sağlamak zorunda olduğu, kuvvetler ayırımı ilkesini ihlal etmesidir¹⁵.

Elbette, ceza muhakemesi usulü kanunları da zamanın tabii gerçekliği içinde yürürlüğe girerler, yani geçerlilik kazanırlar, yürürlükte kalırlar, değiştirilirler veya yürürlükten kaldırılırlar. Bu, ceza muhakemesini düzenleyen kanunlarının, zaman bakımından sınırı sorunudur.

Ceza muhakemesi kanunlarının zaman bakımından sınırı konusunda, aksine düşünce de olmakla birlikte¹⁶, genelin kanaati, lehe olan ceza hukuku kuralları geçmişe etkili olarak uygulandıkları halde, ceza muhakemesi hukuku kurallarının derhal uygulanmalarıdır¹⁷. Kanun, yalnızca ileriye/geleceği düzenler, geçmişe etkisi yoktur¹⁸. Genelde Yargıtay da bu görüştedir¹⁹.

Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008, s. 607; Katoğlu, Ceza Kanunları, s. 293 vd.

- ¹⁵ HMK' unda, Kanunilik İlkesi yoktur. Bu nedendir ki, genel olmasına rağmen, bu Kanunda, gerekli bazı konularda, zorunlu olarak, idarenin düzenleyici işlemlerine yer verilmiş olması, CMK' na emsal olmaz. Kşz., Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 20. Yazarların düşüncesinin bir kısmına katılmıyoruz. "Kalem mevzuatı" hariç, hâkimin, acele hallerde savcının ceza muhakemesi işlemlerine ilişkin konularda, ör. sorgu, arama, iletişimi dinleme, vs., işlemleri, ancak kanunla düzenlenir, Kanuna konulmuş olsa bile, yönetmelik çıkarılamaz. İlgili hükümlerin hala Anayasaya aykırı olduğu kanaatindeyiz. (Ay. md. 124)
- ¹⁶ Bkz., Mantovani, Diritto penale, Pg., adova, 1992, s. 123; Pagliaro, Principi, s. 121; Gallo, Interpretazione delle Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria, Rivista Italiana di dritto e processuale penale, Milano 1965, s. 215.
- ¹⁷ Leone, Manuale, s. 23; Siracusano-Galati-Tranchina-Zappala, Diritto processuale penale, Volume primo, Giuffrè Editore, 2006, s. 27; Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s. 571; Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 52; Katoğlu, Ceza Kanunları, s. 287; Toroslu-Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2002, , . 14 vd.
- ¹⁸ Disposizioni sulla legge in generale, dette anche disposizioni preliminari al codice civile e preleggi sono un insieme di 31 articoli posti come premessa del Codice civile italiano nel 1942, emanate con Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, m.11.
- ¹⁹ Ör., YGK, 30. 9. 2003 tarih, 2003/1-226 Esas, 2003/229 sayılı Karar; 24.5.2005 tarih, 2005/7-24 Esas, 2005/56 sayılı Karar.

Zaten, 5320 sayılı Kanun, “ Ceza Muhakemesi Kanunu, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, aşağıdaki maddelerin hükümleri saklı kalmak üzere, kesin hükme bağlanmış olanlar hariç, görülmekte olan bütün soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanır” demektedir.

Muhakeme normlarında, geçmişe uygulanma yoktur. Ceza muhakemesinde esas olarak failin fiili değil, muhakeme işlemi dikkate alınır²⁰. Gerçekten, bunlar, suça değil, muhakeme işlemlerine uygulanır. Eski kanun zamanında yapılmış olan işlemler değerlerini, yani geçerliliklerini yeni kanun zamanında da korurlar. Aksine bir hüküm olmadıkça, her muhakeme işlemi, işlem tarihinde yürürlükte olan muhakeme kanununa göre yapılır. Muhakeme kanunları derhal uygulanan kanunlardır²¹. Muhakeme henüz kesin olarak bitmemişse, hangi evrede kalmış olursa olsun, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren yapılacak muhakeme işlemlerinde kural olarak derhal yeni kanun uygulanır²². Ancak, eski kanun zamanında yapılmış olan işlemler, ister lehte ister aleyhte olsunlar, tekrarlanmazlar, geçerliliklerini korurlar. Her işlem, yapıldığı tarihteki kanuna göre yapılmasını gerektirir. Gerçekten, kanun yürürlükten kalktıktan sonra, gerçekleşecek muhakeme işlemlerine uygulanmaz²³.

Kısacası, muhakeme hukuku kanunlarının derhal uygulanma ilkesinin gerekçesi, ilkenin kanunlarda yazılı olmamasına, zaten fiilin yargılama sırasındaki hukuk kurallarına göre muhakeme edilmesi gerektiğinin çok açık olduğundan buna ihtiyaç duyulmamasına; muhakeme hukuku alanındaki her yeni kanunun bir öncekine oranla daha mükemmel ve amaca daha uygun olduğunun kabul edilmesine ve dolayısıyla daha iyi hüküm kurulabileceğine; tamamlanmış işlemlerin korunmasının hukukta istikrar ve usul ekonomisi ilkelerinin zorunlu kılmasına; yürürlüğe giren

²⁰ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku, GH., 2. Baskı, Ankara 2006, s.229, 230.

²¹ Siracusano-Galati-vs., Processuale penale, s.27; Katoğlu, Ceza Kanunlarının, s. 227: Kanunların derhal uygulanması, yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren yürürlükten kalkacakları tarihe kadarki dönemdeki gerçekleşecek tüm olaylara, işlenecek tüm fiillerle ilgili muhakeme işlemlerine lehe ya da aleyhe olmalarına bakılmaksızın uygulanmaları demektir.

²² Kunter, Muhakeme Hukuku, s. 571.

²³ Kunter, Muhakeme Hukuku, s.572;Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 53; Katoğlu, Ceza Kanunlarının, s.289.

bir kanunun devam etmekte olan hukuki işlem ve ilişkilere uygulanmasının zorunluluğuna dayandırılmaktadır²⁴.

Adaletle Uygun Olarak Yargılanma Hakkı

Nazizm ve Faşizmin, İkinci Dünya Savaşı'nın, insanlara verdiği korkunç acıların, tarihten kazanılan tecrübelerin ortaya çıkardığı, uygar dünyanın tartışmasız insanlığın onuru saydığı, 1950 Roma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, tarafı Devletlere, kendi yetki alanına bağlı her kişiye, bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlükleri tanıması (AİHS md.1), vaki ihlallerin yargılanması ve sonuçlarına katlanılması (AİHS md.19) yükümlülüğünü getirmiştir. Sözleşmenin tarafı Devletler, hiçbir duraksamaya yer vermeden, sözleşmenin gereğini yaparak, ülkelerinin hukuk düzenlerinin düzeyini yükseltmişler, tabiri caizse hukuku insanın emrine vermişlerdir.

Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşmeyi, 1954 yılında, iki çekince koyarak imzalamış ve bir Kanunla yürürlüğe koymuştur. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Anayasalarında "insan haklarına dayanmaktan" veya "insan haklarına saygılı olmaktan" "hukuk devletinden" söz edilmesine rağmen, çekincelerini kaldırarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargısını kabul etmesine kadar, yükümlülüğünü yerine getirmekten özenle kaçınmıştır²⁵. Maalesef, bugün, bu aymazlığın bedeli ağır ödenmektedir.

AİHS., Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunun asli kaynağıdır²⁶.

Anayasa, usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır diyerek (m. Ek hüküm 2004/5170, 90/ son) ayrıca AİHS' nin iç hukuka üstünlüğünü tanımıştır.

AİHS, 5. maddesinde öngördüğü, "Özgürlük ve Güvenlik Hakkının" bir teminatı olarak, 6. maddesinde, "Herkesin, gerek medeni hak ve yü-

²⁴ Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 53; Kunter-Yenisei-Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 606; Katoğlu, Ceza Kanunlarının, s. 289 vd.; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Ceza Hukuku, s. 230; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 73.

²⁵ Tezcan/Erdem/Sancaktar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Y, Ankara, 2004.

²⁶ Hafizoğulları, Ceza Hukuku, s. 24; Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 34; ayrıca, AİHS'nin "Cezaların Yasallığı" başlığını taşıyan 7.maddesinde ceza veya ceza muhakemesi normu ayırımı yapılmadığına ilişkin olarak bkz. Ünver/Hakeri, s.101.

kümlülükleri ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir” hükmünü öngörerek, “Adil Yargılanma Hakkı” adı altında, özellikle sanık temelinde, “teminatlı yargılanmak” hakkına yer vermiştir²⁷.

Teminatlı yargılanmak hakkı, kişinin, liberal-demokratik bir devlet, bir hukuk devletinde, kanunilik ilkesi esas olmak üzere oluşturulmuş olan bir ceza kanununda öngörülmüş olan, üzerine atılan suçtan, kabul edilebilir bir ceza muhakemesi kanunu ile kurulmuş, teminatlı bir tabii hâkim, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul bir sürede, hakkaniyete uygun ve aleni yargılanması hakkıdır.

Böyle olunca, bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin tarafı Devletten, aynı zamanda, hilesiz isnatta bulunulmasını, kanıtların ancak demokratik bir toplumda kabul edilebilen kurallara uygun olarak elde edilmesini, sanık haklarına saygı gösterilmesini, ispatın sahit ve geçerli kanıtlara dayandırılmasını, hükmün hakkaniyete uygun, gerekçeli olmasını istemek hakkını da içermektedir²⁸.

Elbette, kamu düzeni olarak, hukukta istikrar, zorunludur. Bu da, muhakeme hukuku kanunlarının derhal uygulanması kuralını zorunlu kılmaktadır. Elbette, hukukta, en az bunun kadar, bir insan hakkı olarak, teminatlı yargılanma hakkı da, zorunludur. Kuşkusuz, birini tanımak, diğerini ihmal etmeyi gerektirmemelidir.

Yeni muhakeme usulü kanunlarının eskisi karşısında, her zaman, daha ileri, kişilerin, özellikle sanığın daha lehine olduğu söylenemez. İnsanlık, Faşizm ve Nazizm dönemlerini yaşamıştır. Bu dönemde çıkarılmış olan ceza muhakemesi usulü kanunlarının, mükemmel olduklarını, insanı esirgediklerini tarih doğrulamamaktadır.

Doktrinde, eğer, sanık bakımından, Anayasa’da, AİHS’nde ifadesini bulan bir teminatı sağlıyorlarsa, ceza kanunlarından farksız olarak, sağlanması zorunlu insan hakkının söz konusu olduğu bu hallerde, sıkı sıkıya

²⁷ Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde "Adil Yargılanma", İlhan Öztarak’a Armağan (AÜSBF), Ankara, 1994, s. 200 vd.

²⁸ Ceza muhakemesinde amaç, şüpheli veya sanığın haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi, s. 5

ceza muhakemesi usulü normu olan normların da, geçmişe etkisinin olabileceği kabul edilmektedir²⁹.

Teminatlı yargılanma hakkı söz konusu olduğunda, AİHS'in 6. maddesini sağlayan Ceza muhakemesi kanunlarının geçmişi etkilemesinin kamu düzeninden olduğundan kuşku yoktur. Kamu düzeninden olan istikrarın, kamu düzeninden olan teminatlı yargılanma hakkından üstün olduğu, dolayısıyla bu hakkı bertaraf ettiği söylenemez.

Burada, sorun, muhakeme hukukunda, özellikle niteliğinin gereği olarak yeniden yapılması mümkün olmayan usul işlemlerin bulunması gerçeği karşısında³⁰, hakkın, nasıl sağlanacağıdır. Bu konuda, özellikle yürürlükte olan, ama teminatsız olan usullerle elde edilen kanıtların, bu kez teminatlı usul hükümleri yürürlüğe girdiğinde, teminatsız usule göre elde edilen kanıtların, hükümde kullanılıp kullanılmayacağı hususunun tartışılması gerekmektedir.

Kuşkusuz, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez (Ay. md. 38)³¹. Ancak, sanığın teminatlı yargılanmasını isteme hakkını sağlamayan kanunların öngördüğü usul işlemleri ile elde edilen bulgular, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular değildirler.

Öyleyse, bu çıkmaz karşısında, adil yargılanma hakkını hiçe sayarak, eski usul kanunlarına nazaran, sanığa çok daha teminat sağlayan usul kanunları yürürlüğe girdiğinde, eski kanunun öngördüğü usullerle elde edilen kanıtlara, sırf istikrar adına itibar etmenin mümkün olmamasının bir yolunun bulunması gerekmektedir.

²⁹ Leone, Manuale, s. 23; Siracusano-Galati-ecc., Processuale penale, 27-8; Pagliaro, Principi, s. 121: madem ceza kanunlarının teselsülünün mantığının (ratio) altında yatan bir teminat mantığıdır, en az kesinlik (certezza) kadar, sadece sanığın lehine olan ceza kanunları değil, aynı zamanda sanığın lehinde olan ceza muhakemesi kanunları da geçmişe etkili olmalıdırlar.

³⁰ Centel/Zafer, derhal uygulama ilkesi kapsamında, 1412 sayılı CMUK 247.maddesine uygun olarak kolluk tarafından avukat huzurunda alınmayan ifadelerin tutanaklarının yeni 5217 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile beraber duruşmada okunmasının engellenebileceğini örnek olarak vermektedir. (Centel/Zafer, s.55)

³¹ Hafizoğulları, Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl 2, Sayı 10, Temmuz-Ağustos 1996, s. 638 vd.; Koca, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, AÜHFHD, C: IV, S: 1-2 (2000)

Teminatlı Yargılanma Hakkını Sağlamayan Usullerle Elde Edilen Kanıtların Hükme Esas Alınmaması

Yürürlükteki teminatsız kanuni usullerle elde edilen kanıtlarla hükme esas alınarak kesinleştirilen davalarda, sonradan teminatlı usuller de yürürlüğe konmuş olsa, söz konusu bu durum yargılamanın yenilemesi nedeni sayılmadığından, hukukta istikrar, güven ilkesinin gereği olarak, kesin hükmün korunması zorunludur.

Ancak, yürümekte olan davalarda, teminatsız olduğu düşünülerek yürürlükten kaldırılan kanunların koyduğu usullerle elde edilen kanıtlar, aksine bir hüküm yoksa kanıta ulaşmada teminatlı usuller koyduğu düşünülen kanunlar yürürlüğe konduğunda, bir insan hakkı olarak teminatlı yargılanmak, kamu düzeninden olduğundan, dolayısıyla göz önüne alınması mutlak zorunlu bulunduğundan, tüketilmiş ama tekrarlanması mümkün olmayan işlemlerde, herhalde sorunun çözümü hâkime kalmaktadır.

Anayasa, 138. maddesinde, "*hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*" demektedir. Bu durumda, iki kamu düzeni kuralı, yani hukukta istikrar ve teminatlı yargılanma hakkı çatıştığından, teminatsız usullerle elde edilmiş olan kanıtlar, sırf teminatsız usullerle elde edilmiş oldukları için, var olan hukuken de yok sayılamayacağından, kanunu uygulamak zorunda olan hâkim, kıyasen AİHS'nin iç hukuka üstün olduğunu gözetip (Ay, m. 90), insan hakkı olduğundan, teminatlı yargılanma hakkını diğerine üstün tutarak, vicdani kanaati³² esas olmak üzere, gerekçesini göstererek, hükmüne esas almayabilmelidir.

Gerçekten, kişi hak ve özgürlükleri bakımından teminatsız görülerek, diğer değişiklikler yanında, özel görevli mahkemelerin kaldırılması, tutuklama karinesi getiren katalog suç kuralının değiştirilmesi, kanıta ulaşma usul ve esaslarının köklü değişikliğe³³ uğratıldığı bir hukuk düzeninde -ör., hakimlik, tek hakim kararı ile yapılan işlemlerin teminatsız görülerek, ağır ceza mahkemesinin, hakimlerinin ittifakla vereceği kararlar

³² Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Y., Ankara, 2002.

³³ Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan değişiklikler için bkz. Yurtcan, 6526 sayılı Yasayla Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler, Yazarın Kendi Basımı, 2014

yapılabileceğinin kanunlaştırılmış olması^{34,35}- yürürlükten kalkan kanun döneminde, belirtilen usullerle elde edilen kanıtların, hükme esas alınıp karar verilmesinin kuşku uyandırması doğaldır. AİHS (AİHS md. 6) gereği “hakkaniyete uygun” karar vermek durumunda olan hâkim; yürümekte olan davada, 5320 sayılı Kanununun 4. maddesi hükmüne rağmen, teminat-sız görülerek yürürlükten kaldırılan kanun döneminde yapılan işlemlerle elde edilmiş olan kanıtları, teminatlı görülerek yürürlüğe konan kanunların öngördüğü usul ve esaslara uygun olarak elde edilmemiş olan kanıtlarla birlikte değerlendirip karara vararak, vicdani kanaatine uygun düşmüyorsa, gerekçesini göstererek, söz konusu kanıtı hükmüne esas almayabilir. Bu halde, hâkimin, kalan diğer kanıtlarla aleyhe hüküm kuramıyorsa, şüphe sanık lehine kuralı gereğince, sanığın aklanmasına karar vermesi gerekir.

Ancak, Ceza muhakemesi hukuk düzeninde teminatlı yargılamayı sağlamak amacıyla yapılan köklü değişikliklerde, tereddütleri gidermesinin yolu, kanun koyucunun, hâkimin üzerine atarak siyasi sorumluluktan kaçmak yerine, mutlaka kuralın istisnasını koymaktan kaçınmamasıdır.

Sonuç

Kişi hak ve hürriyeti bakımından teminatsız görülerek, suçun yargılanmasında, kanıtlarının elde edilmesinde daha teminatlı usul ve esaslar

³⁴ 21.02. 2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik 21.02. 2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG., 6 Mart 2014 tarih ve 28933 Mükerrer sayı. 5275 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Adalet Komisyonu Raporu, TBMM., YD., 24, YY., 4.

³⁵ 6572 sayılı Kanununun 42.maddesiyle, “5271 sayılı Kanununun 135 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘tespit edilebilir’, ibaresi madde metninden çıkarılmış, beşinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiş, mevcut yedinci fıkrasının (a) bendinin (14) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, bu alt bentten sonra gelmek üzere aşağıdaki alt bent eklenmiş ve diğer alt bent buna göre teselsül ettirilmiştir.

(6) Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu ve tedbirin süresi belirtilir.

14. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),

15. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316)”.

yürürlüğe konulduğunda, Devlet, hukukta istikrar, usul ekonomisi kadar insan hakkı olan teminatlı yargılanma hakkını da sağlamak zorundadır.

Kanun koyucu, yürürlükten kalkan kanun döneminde teminatsız usullerle elde edilen kanıtların, teminatlı usuller getiren kanunun yürürlüğünde, kuralın istisnasını açık bir hükümle belirtmek suretiyle, ispatta göz önüne alınmamasını sağlayabilir.

Ancak, açık bir hükümle istisnasının konulmadığı hallerde, hâkim, yeni ve daha teminatlı usullerle yürütülmekte olan davalarda, ceza muhakemesi hukukunun asli kaynağı olan AİHS'ni iç hukuka üstün tutarak, vicdani kanaatine uygun düşmeyen, teminatsız usullerle elde edilmiş olan kanıtları, elbette gerekçesini göstererek, hükmüne esas almayabilir.

Hâkim, bu halde, kalan diğer kanıtlarla sanığın mahkûmiyetine karar vermek zorundadır. Kalan diğer kanıtlarla, mahkûmiyet hükmü kurulmadığında, hakkaniyet gözetilerek, şüpheden sanık yararlanır kuralı gereği, beraata karar verilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ANTOLISEI**, Francesco, Manuale di diritto penale, Pg., Milano 2000
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner, Ceza Hukuku, GH., 2. Baskı, Ankara 2006
- BETTIOL**, Guiseppe, Il problema penale, Palermo 1948
- BİÇAK**, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2011
- BOBBIO**, Norberto, İntroduzione alla filozofia del diritto, Torino 1948
- BOBBIO**, Norberto, Teoria della norma giuridica, Torino 1958
- CENTEL**, Nur, **ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 7.Bası, 2010
- DONAY**, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, Beta, İstanbul, 2012
- FEYZİOĞLU**, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Y., Ankara, 2002
- GALLO**, Marcello, Interpretazione delle Corte costituzionale e interpretazione giudiziarıa, Rivista Italiana di dritto e processuale penale, Milano 1965
- GAROFOLI**, Roberto, Manuale di diritto penale, Pg., Roma 2011, s. 267 vd.; Nappi, Manuale di diritto penale, Pg., Milano 2010, s. 45 vd.
- GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılanma", İlhan Öztarak'a Armağan (AÜSBF), Ankara, 1994
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki, Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl 2, Sayı 10, Temmuz-Ağustos 1996,
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı olarak Ceza Hukuku Düzeni, US-A Y., 1996
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008
- KATOĞLU**, Tuğrul Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008
- KELSEN**, Hans, Lineamenti di dottrina pura del diritto, Torino 1967
- KOCA**, Mahmut, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasası, AÜHFD, C: IV, S: 1-2 (2000)
- KUNTER**, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989
- KUNTER**, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/ **NUHOĞLU**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008
- LEONE**, Giovanni, Manuale di diritto processuale penale, I, II, Napoli, 1965

- MANTOVANİ**, Ferrando, Diritto penale, Pg., adova, 1992
- ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992
- ÖZBEK**, Veli Özer, et. al., Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2013
- ÖZTÜRK**, Bahri, et. al., Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin, Ankara, 2014
- PAGLIARO**, Antonio, Principi di diritto penale, Pg., Milano 1980
- PODO, C.**, Successioni dileggi penali, Novissimo digesto italiano, Unione Tipografico-Editrice Torinese, XVIII, Torino 1975
- ROCCO**, Arturo, L' oggetto del reato e della tutele giuridica penale, Roma 1932
- SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALA**, Diritto processuale penale, Volume primo, Giuffre' Editore, 2006
- SOYASLAN**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin, Ankara, 2010;
- ŞAHİN**, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin, Ankara, 2011
- TAŞPINAR AYZAZ**, Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013
- TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/ **SANCAKTAR**, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Y, Ankara, 2004
- TOROSLU**, Nevzat/**FEYZİOĞLU**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2002
- ÜNVER**, Yener, Ceza Yargılaması Normlarının "Derhal Uygulanması" İlkesine İlişkin Bir Yargıtay CGK. Kararının İncelenmesi, İHFM, 1994, C. LIV
- ÜNVER**, Yener/**HAKERİ**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5.Baskı, Adalet, Ankara, 2012
- VALLE**, La F., Suggestione di leggi, Novissimo digesto italiano, Unione Tipografico-Editrice Torinese, XVIII, Torino 1975
- YURTCAN**, Erdener 6526 sayılı Yasayla Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler, Yazarın Kendi Basımı, 2014
- YURTCAN**, Erdener, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 2007