

Kamuoyunda Balyoz Diye Bilinen
İstanbul 10.(Özel Görevli) Ağır Ceza Mahkemesi'nin
Yargıtay Tarafından 09.10.2013 Tarih, 2013/9110 Esas
ve 2012/12351 Karar Sayısı İle Onanan
21.09.2012 Tarih, 2010/283 Esas , 2012/245 Karar Sayılı
Hükmünün ve Dava Sürecinin Adil Yargılanma
ve Özellikle Delillerin Sahteliği Açısından
İncelendiği Bilimsel Rapor

Hazırlayanlar

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI
*Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
ABD Öğretim Üyesi*

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
ABD Öğretim Üyesi*

Av. Doç Dr. Tuğrul KATOĞLU
*Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
ABD Öğretim Üyesi*

Yrd. Doç. Dr. Devrim AYDIN
*Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Öğretim Üyesi*

Yrd. Doç Dr. Ali Ersoy KONTACI
*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku
ABD Öğretim Üyesi*

Yrd. Doç Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ
*Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza Muhakemesi Hukuku
ABD Öğretim Üyesi*

Dr. Haluk TOROSLU
*Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
ABD Öğretim Elemanı*

Dr. Fahri Gökçen TANER
*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza Muhakemesi Hukuku
ABD Öğretim Elemanı*



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

SUNUŞ

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) başta olmak üzere pek çok uluslararası belgede koruma altına alınan ve ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da ifadesini bulan "adil yargılanma hakkı", günümüzün çağdaş dünyasında tartışmasız kabul gören en temel insan haklarından biridir. Anılan hak, bünyesinde pek çok alt hakkı ve ilkeyi barındıran çerçeve bir kavram olarak tanımlanmakta ve diğer tüm temel insan haklarının yargı organı aracılığıyla korunmasının da güvencesini oluşturmaktadır.

Ne var ki, adil yargılanma hakkının taşıdığı bütün bu üstün anlamlara rağmen, söz konusu hakkın ulusal ve evrensel düzeyde korunan çeşitli boyutları, kamuoyunda "Balyoz Davası" olarak bilinen çok sanıklı dava esnasında birden çok kez ihlâl edilmiştir.



Bu ihlaller kapsamında özellikle öne çıkan başlıklar; adil yargılanma hakkının *en temel gereksinimi* olan “bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı” ile yine bu *hakkın özünü oluşturan* “hakkaniyete uygun yargılanma hakkı”nın çeşitli boyutları olmuştur.

Anılan bu ihlalleri –tüketici olma iddiası taşımaksızın– kamuoyunun bilgisine sunmak üzere hazırlanan bu “İhlal Raporu”, hem “Balyoz Yargılaması” mağduru olan sanıkların ve ailelerinin, hem de bu türden yargılamaların git-tikçe yaygınlaşmasının sonucunda tümüyle mağdur olması kaçınılmaz olan Türk Toplumunun haklarını korumak ve savunmak amacıyla hazırlanmıştır.

Türkiye’de eksiksiz bir demokrasiyi ve herkese güven veren çağdaş bir hukuk devleti anlayışını inşa etmenin en önemli ve sorumluluk sahibi aracı olan Yargı, bu türden yargılamaların aracı haline getirildikçe; çağdışı ve otoriter baskı rejimlerinin kurucu unsuru olma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Öyleyse, bu Rapor’un bir amacı da; temel bir unsuru olduğumuz Yargı’nın itilmek istendiği bu korkunç durumdan kurtulmasına ve aydınlık bir Türkiye’nin, özgürlükçü tutumuyla vatandaşlarına güven veren ve tüm dünyada saygı gören temel bir organı haline dönüşmesine katkı sağlamaktır.

Kamuoyuna saygı ile sunulur.

Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Türkiye Barolar Birliği Başkanı



RAPORDA SIRALANAN ADİL YARGILANMA HAKKI İHLALLERİ

1. Adil Yargılanma Hakkının en temel bileşeni olan *Bağımsız ve Tarafsız bir Mahkemede Yargılanma Hakkının* çeşitli yönleriyle ihlâl edilmiş olması. Bu bağlamda;
 - a. Yargılamanın çeşitli aşamalarında özgürlükler lehinde karar veren hâkim ve savcılarının görev yaptıkları mahkemeden bir biçimde uz aklaştırılmış oldukları izleniminin ortaya çıkması.
 - b. Yürütme organının çeşitli temsilcilerinin yargı bağımsızlığına yönelik müdahale girişimleri niteliğindeki tutum ve açıklamaları.
 - c. Cezaevi yerleşkesi içinde yargılama yapılması.
 - d. Objektif tarafsızlık, yani mahkemenin kişilerde bıraktığı tarafsızlık izlenimi konusunda, haklı kaygıların ortaya çıkması.
2. Hukuka aykırı olduğu artık tüm kamuoyunun malumu olan bir takım *sahte delillerin keyfî olarak takdiriyle* sanıkların mahkûmiyetine karar verilmesi.
3. Sanıkların beraat etmesini sağlayabilecek bir takım *delillerin*, kendilerinden kamu güvenliği gerekçesiyle *saklanması*.
4. Davaya konu olan *dijital delillerin bir kısmının fotoğraf ve imajlarının*, hukuki bir gerekçe olmaksızın *uzun süre savunmaya verilmemesi* ve böylelikle savunma hakkının ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlali.



5. *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu tarafından hazırlanan 01.05.2014 tarihli raporda* da ifade edilen adil yargılanma hakkı ihlallerinin Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından dikkate alınmaması ve bu hususların hükme etkisinin hiç değerlendirilmemesi.
6. *Savunma makamının* dinlenilmesini istediği, olay hakkında doğrudan bilgileri olduğu son derece açık olan *bir kısım tanıkların, mahkeme tarafından çağrılmaması ve dinlenmemesi*.
7. *Savunma makamının* bazı dijital verilerin sahteliğine ilişkin olarak mahkemede *dinletmek istediği uzmanların, dinlenmemesi* hatta bir kısmının duruşma salonunun kapısına kadar gelmesine ve bu halde dinlenmesi zorunlu olmasına karşın hukuka aykırı gerekçelerle duruşmaya kabul edilmemesi.
8. *Savunma makamının sunduğu*, hükme esas alınan dijital delillerin sahteliğine ilişkin çok sayıda aynı yönde *uzman mütalaasının hiçbir gerekçe gösterilmeksizin dikkate alınmaması*.
9. Yerel mahkemenin *toplanması gereken pek çok delili toplamaması*. Böylelikle *eksik kovuşturma* yapılması, maddi gerçeği ortaya çıkarma amacından sapılması ve re'sen araştırma ilkesinin ihlali.
10. Savunmalar sırasında, *delillerin tartışılmasının* daha sonra yapılacağı mahkeme başkanı tarafından pek çok kez ifade edilmesine rağmen, bu safha *atlanarak, çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi*.



11. Mahkeme kararında *“hukuka aykırı delil”* konusunda ileri sürülen iddiaların karşılanmaması ve böylelikle *“şüpheden sanık yararlanır”* ilkesinin, gerekçeli karar elde etme hakkının ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlali.
12. Yerel mahkeme hükmünde her bir sanık ile fiili arasında, sanığın hangi gerekçeyle mahkûm olduğunu ortaya koyacak açıklıkta *gerekçeye yer verilmemesi*. Bu bağlamda bir kısım sanıkların yargılamaya konu olabilecek bir fiillerinin dahi olmaması dolayısıyla *“fiilsiz suç olmaz” ilkesinin ihlali*.
13. Söz konusu davada, duruşma salonunda sanık ve *avukatların üstüne yerleştirilen mikrofonlarla* bu kişilerin dinlenmesi suretiyle, *“savunma hakkının”* ve *“adil yargılanma hakkının”* ihlali. Bu ihlal *mutlak bir temyiz nedeni* olmasına karşın (CMUK m.308/8), Yargıtay tarafından bu hususun gözetilmemesi.



*Kamuoyunda “Balyoz Davası” Olarak Bilinen Çok Samklı Davada
“Adil Yargılanma Hakkı”na Aykırı Olgı, Tutum ve Kararlar Hakkında*

İHLAL RAPORU

Adil Yargılanma Hakkı (*Right to a Fair Trial-Droit à un Procés Equitable*), Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10. maddesi; Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesi ve ayrıca İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*) 6. maddesi başta olmak üzere pek çok uluslararası belgede kendisine yer bulan en temel insan haklarından biridir. Anılan hak, 2001 yılında yapılan değişiklikler çerçevesinde Anayasası'nın 36. maddesine açıkça eklenmiş olup; “adil yargılanma hakkı”nın içerdiği pek çok ilke ve hak, Anayasa'nın 36-38., 125. ve 138-142. maddelerinde de ayrıca korunmaktadır.¹

Adil yargılanma hakkı, aslında pek çok alt hakkı ve ilkeyi içeren çerçeve bir kavramdır. Adil yargılanma hakkının kapsamına giren hak ve ilkelerden bir kısmı, ülkemiz açısından da özel bir önem taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde açıkça düzenlenmiş²; bir kıs-

1 Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı; Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2002, s. 2.

2 “Adil Yargılanma Hakkı” (m. 6):

(1) Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

mı ise, anılan kavramın demokratik bir hukuk devletindeki önemi nedeniyle ve kavramın “zorunlu sonuçları” olarak, madde hükmüne zımnen dâhil olan unsurlar sıfatıyla Strasbourg organlarınca saptanmıştır.³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, içtihatlarıyla anılan hakkın içeriğini sürekli geliştirirken, Sözleşme’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 1. fıkrasının dar yorumlanmasının, bu hükmün amacına uygun olmayacağını belirtmektedir (*Delcourt v. Belçika*, 17.01.1970).

Bu bağlamda, kamuoyunda “Balyoz Davası” olarak bilinen çok sanıklı dava⁴ esnasında adil yargılanma hakkının ulusal ve evrensel düzeyde korunan pek çok boyutu ihlâl edilmiş olup; işbu bu İhlâl Raporu da, anılan yargılama esnasında sanıkların adil yargılanma haklarına yönelik olarak gerçekleştirilen ihlâllerden özellikle öne çıkanlarını –tüketici olmaksızın– ele almak ve kamuoyunun bilgisine sunmak amacıyla hazırlanmıştır.

(2) Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

(3) Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

- a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anlaşılabilir bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;
- c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;
- e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak

3 Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılanma’”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (İlhan ÖZTRAK’a Armağan Özel Sayısı)**, C. 49, S. 1-2 (Ocak-Haziran 1994), s. 2000; Şeref GÖZÜBÜYÜK ve FEYYAZ GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 266, 267.

4 İstanbul 10. (Özel Görevli) Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2010/283, K. 2012/245, K.T. 21.09.2012.



I. BAĞIMSIZ VE TARAFSIZ MAHKEMEDE YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkının en başta gelen unsuru, hiç kuşku yok ki, “*bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı*”dır. Aslında bu hak, adil yargılanma hakkının içeriği tanımlarken ortaya konulan diğer bütün hak ve ilkelere kaynağını oluşturan; “çatı norm” niteliğinde bir haktır. Nitekim demokratik toplumlarda yargının bağımsız ve tarafsız niteliğini muhafaza etmesinin taşıdığı büyük önem, konunun bugüne kadar çeşitli uluslararası belgelerde de ele alınmasına yol açmış bulunmaktadır.⁵ Anılan bu belgeler arasında en başta geleni; 1985 tarihli “Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri”dir.⁶ Bu belge dışında özellikle öne çıkan metinler arasında ise; 1994 tarihli “Avrupa Konseyi, Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Konusunda Tavsiye Kararı”⁷, 2007 tarihli “Venedik Komisyonu Yargısal Atamalar Raporu”⁸ ve 2010 tarihli “Venedik Komisyonu Hâkimlerin Bağımsızlığı Raporu”⁹ sayılabilir.

Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde de; “Herkes (...) yasayla kurulmuş, *bağımsız ve*

5 Burada sayılan bütün bu uluslararası metinlerin ayrıntılı tahlil ve değerlendirmesi için bkz. Levent GÖNENÇ, *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri - 3, Ankara 2011.

6 Birleşmiş Milletler tarafından 28 Ağustos - 6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano’da düzenlenen 7. Suç Sorunları Kongresi toplantısında kabul edilen ve bilahare BM Genel Kurulu’nun 13 Aralık 1985 tarih ve 40/146 sayılı Kararıyla onaylanan “*The United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary*”.

7 Council of Europe, Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers of Member States on “*Independence, Efficiency and Role of Judges*”, Adopted by the Committee of Ministers on 13 October 1994 at the 561th of the Ministers’ Deputies.

8 CDL-AD(2007)028, “*Judicial Appointments*”, European Commission for Democracy Through Law, Venice Commission, Report Adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session, Venice, 16-17 March 2007.

9 CDL-AD(2010)004, European Commission for Democracy Through Law, Venice Commission, Report on the “*Independence of the Judicial System, Part - I: The Independence of Judges*”, Adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session, Venice, 12-13 March 2010.

tarafsız bir mahkeme tarafından davasının (...) görülmesini isteme hakkına sahiptir” denilmek suretiyle, “bağımsız ve tarafsız mahkeme” kavramlarına atıfla tanımlanmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Sözleşme’nin 6. maddesinin 3. fıkrasında sayılan “özel güvencelerin”, 1. fıkrada işaret edilen “bağımsız ve tarafsız yargı” temel prensibinin açılımları olduğunu ve anılan bu güvencelerin, 3. fıkrada ayrıca sayılmamış olsalardı dahi uygulanma alanı bulacaklarını belirtmektedir (Colozza v. İtalya, 12.02.1985; Airey v. İrlanda, 09.10.1979).

a) Bağımsız Mahkeme

Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. Fıkrasında yer alan; “...yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme...” ifadesi, adil yargılanma hakkının adli mekanizmaların yalnızca işleyişini (*yargılama usullerini*) değil, aynı zamanda bunun organizasyonunu (*yani kurumlarını*) da konu aldığını göstermektedir (Golder v. İngiltere, 21.02.1975)¹⁰ Bu bağlamda, “bağımsız” bir mahkeme olmanın en önemli şartı; o mahkemede görev yapan hâkimlerin atanması, görevden alınması, görev süresi gibi hususlarda bir sakatlığın bulunmaması ve mahkeme üyelerinin her türlü etkiden korunmasının sağlanmış olmasıdır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, bu konuda bütüncül bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmekte ve esas önemli olanın; dava mahkemelerinin “**bağımsız bir görünüm**” vermesi olduğuna işaret etmektedir (Engel ve diğeri v. Hollanda, 23.11.1976; Sramek v. Avusturya, 22.10.1984; Belilos v. İsviçre, 29.04.1988; Bryan v. İngiltere, 22.11.1995).

10 GÖZÜBÜYÜK ve GÖLCÜKLÜ (2011), s. 266.



Bu çerçeveden “Balyoz Davası” kapsamında yapılan yargılamaya bakıldığında, “bağımsız mahkeme” ilkesine ilişkin olarak yukarıda açıklanan ilkelere ciddi aykırılıkların bulunduğu görülebilmektedir.

Bu kapsamda ilk olarak değinilmesi gereken husus, “Balyoz Davası”nda görev yapan kimi hâkim ve savcıların Anayasa’ya göre “mahkemelerin bağımsızlığı” (m. 138) ve “hâkimlik ve savcılık mesleği ve teminatı” (m. 139-140) esaslarına göre düzenlenmesi gereken atanma, meslekte ilerleme, görev ve görev yeri gibi özlük işlerinin, söz edilen teminatın kapsamı dışında kaldığı yönünde bir izlenim oluştuğudur. Gerçekten, söz konusu davada hâkim ya da savcı olarak görev yapmış bazı meslek mensuplarının atama ve yükselmelerinin, yargılama esnasında takındıkları tutumlar ve özellikle de çeşitli koruma tedbirleri hakkında vermiş oldukları kararları doğrultusunda şekillendiği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, *anılan yargılamada özgürlükler lehinde tutum alan kimi hâkim ve savcıların, bir şekilde görev yaptıkları mahkemeden ve dolayısıyla da işbu Rapor’un konusunu oluşturan davadan uzaklaştırılmış oldukları yönünde kamuoyunda ciddi bir algının ortaya çıktığını* belirtmek lazımdır.¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yukarıda değinilen ve mahkemelerin bağımsızlığı konusundaki negatif bir “görünümün” bile bağımsızlık açısından kabul edilemez olduğu yönündeki içtihadı karşısında, Balyoz Davası’nı yürüten İstanbul 10. (Özel Görevli) Ağır Ceza Mahkemesi’nin bağımsızlığına yönelik oluşan haklı kuşkuların makul karşılanmasının mümkün olmayan bir düzeye ulaştığını kabul etmek gerekmektedir.

11 Bu konudaki kimi tespit ve incelemeler için bkz. Pınar DOĞAN ve Dani RODRİK, *Yargı, Cemaat ve Bir Darbe Kurgusunun İçyüzü*, Destek Yayınları, İstanbul 2014, s. 144, 164-165; Saygı ÖZTÜRK, *Balyoz’da Kumpas, Belgelerle Balyoz Davası ve Sonrası*, Doğan Kitap, İstanbul 2014, s. 34-37.

Kamuoyunun yaşadığı haklı kuşku­ların bir diğer sebebi de; yürütme erkinin başında olan başbakan ve bazı bakanların, devam etmekte olan “Balyoz Davası”na yönelik kimi beyanları olmuştur. Örneğin, bir bakanın, şüphelilerin tutukluluk itirazını kabul eden hâkime yönelik olarak “çetenin nöbetçi hâkimleri” tanımlamasını yapması; yürütmenin “mahkemelerin bağımsızlığı” ilkesine aykırı olarak yargıya müdahale etme niyet ve iradesini ortaya koyan en çarpıcı örneklerden biri olarak hafızalara kazınmıştır.¹²

Mahkemenin özellikle yürütme organı karşısındaki bağımsızlığına gölge düşüren bir başka uygulama da, yargılamanın gerçekleştirildiği mahaldir. Gerçekten, İstanbul (Özel Görevli) 10. Ağır Ceza Mahkemesi’nin Silivri Ceza İnfaz Kurumları Yerleşkesi’ndeki salonda yaptığı duruşmalar, Anayasa’da da ifadesini bulan “yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanıldığına” ilişkin hükme aykırı bir görünüm oluşturmuştur. Sanıkların, haklarında verilmiş olan tutukluluk kararı uyarınca tutuldukları ve Adalet Bakanlığı’nın sorumluluğunda bulunan cezaevi yerleşkesinde yargılanmaları, Bakanlık nezdinde yürütme yetkisi ile mahkeme nezdinde yargı yetkisinin birliği çağrışımına neden olmuş; genelde yargının, özelde ise değerlendirmeye konu “Balyoz Davası”nı sonuçlandıran mahkemenin bağımsızlığına gölge düşürmüştür.

12 Anılan beyan için bkz. Pınar DOĞAN ve Dani RODRİK, **Balyoz, Bir Darbe Kurgusunun Belgeleri ve Gerçekler**, Destek Yayınları, İstanbul 2010, s. 135. Bu dönemde Hükümet çevrelerinin ve iktidar partisine mensup milletvekillilerinin “Balyoz Davası”na ilişkin benzer nitelikteki beyan ve müdahale girişimleri için bkz. DOĞAN ve RODRİK (2010), s. 133-139.



b) Tarafsız Mahkeme

Mahkemenin “tarafsızlığı” da, adil yargılanma hakkı bakımından en az bağımsızlık kadar önem taşıyan bir unsurdur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tarafsızlığı; davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı yokluğu ve özellikle de mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazılarının yargılamanın taraflarının lehinde veya aleyhinde bir duyguya, tutum ve algıya sahip olmamaları şeklinde tanımlamaktadır (*Piersack v. Belçika*, 01.10.1992; *Holm v. İsveç*, 25.11.1993).

Bu noktada ise karşımıza, “sübjektif” ve “objektif” tarafsızlık kavramları çıkmaktadır. Bu kavramlardan ilki olan “sübjektif tarafsızlık”, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında mahkeme üyelerinin bireysel olarak tarafsız olmaları şeklinde tanımlanırken; “objektif tarafsızlık” ise kurum olarak mahkemenin hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünüme sahip olmasını ve bu tarafsızlığı hayata geçirmek için alınan tedbirlerin, yargı organının tarafsızlığı konusundaki her türlü makul şüpheyi ortadan kaldıracak güçte olmasını ifade etmektedir (*De Cubber v. Belçika*, 26.10.1984; *Padovani v. İtalya*, 26.02.1993; *Demikoli v. Malta*, 27.08.1991; *Hauschildt v. Danimarka*, 24.05.1989). Konuyu daha somut olarak ifade etmek gerekirse, objektif tarafsızlık bağlamında vurgulanması gereken en önemli husus; **demokratik bir toplumdaki mahkemelerin vatandaşa ve özellikle de ceza davasında yargılanan sanıklara güven hissi vermesi gerektiğidir.**¹³ Bu kapsamda vurgulanması gereken son bir nokta da, tarafsızlık konusunda dikkate alınacak şeyin; yargılama makamının tarafsızlığının, ilgili mevzuatta ne şekilde güvence altına alındığı değil, tarafsızlığa ilişkin güvencelerin pratikte ve somut olay özelinde ne kadar işlediğidir (*Hauschildt v. Danimarka*, 24.05.1989).

13 GÖZÜBÜYÜK ve GÖLCÜKLÜ (2011), s. 283.

Bu kapsamda hemen belirtmek gerekmektedir ki, “Balyoz Davası”nın devlet güvenlik mahkemeleriyle başlayan, özel görevli mahkemelerle sürdürülen ve nihayet terörle mücadele mahkemeleri adı altında varlığını ısrarla koruyan ve en sonunda 06 Mart 2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6526 sayılı Kanunla son bulan çift başlı ceza yargılaması sistemi kapsamında görülmüş olması dahi, “tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma” hakkının tek başına ihlâli anlamını taşımaktadır. Nitekim 1970’li yıllardan bu yana Türk hukuk sisteminde yer alan bu özel görevli mahkemelerin varlık gerekçesi, bunların bir takım suçlar bakımından ihtisas mahkemeleri olmasıyla açıklanmıştır. Ne var ki, bu açıklamanın gerçeği yansıtmadığı herkesçe bilinmektedir. Zira bir uzmanlık alanı için kurulan ihtisas mahkemelerinin, “özel görevli mahkemelerden” en önemli farkı; kuruluş, işleyiş, güvence ve yargılama usulleri bakımından genel mahkemeler için konulmuş kurallarla aynı kurallara tâbi olmalarıdır.¹⁴ Oysa “Balyoz Davası”nın yargılaması, bu iki özelliği de taşımayan, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 250. maddesi uyarınca görevlendirilmiş olan ve bugün artık hukuk sistemimizden çıkarılmış bulunan “özel görevli” bir mahkeme tarafından ve davanın taraflarında olduğu kadar, kamuoyunun geniş kesimlerinde de en küçük bir güven hissi uyandırmayan bir biçimde yapılmıştır.

Dahası, “Balyoz Davası”nı görüldüğü “özel görevli mahkemeler”in, demokratik bir hukuk devletinde yeri bulunmayan yargı organları olduğu yalnızca sanıkların ve hukuk kamuoyunun soyut iddiaları olmakla kalmamış; **anılan mahkemeler, 2 Temmuz 2012 tarihinde yasama organı tarafından “antidemokratik oldukları” gerekçesiyle hu-**

14 Selahattin KEYMAN, Eralp ÖZGEN ve Nevzat TOROSLU: “İhtisas Mahkemeleri Hakkında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Kürsüsü Raporu”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 35, S. 1978-5, s. 817.



kuk düzeninden çıkarılmışlardır.¹⁵ Yasama organı tarafından yapılan bu haklı tespit, anılan mahkemelere duyulan güvensizliğin ve bunların “tarafsız mahkemeler” olamayacaklarına ilişkin korkuların ne kadar haklı olduğunu gözler önüne sermektedir. Zira tarafsızlığın yitirilmesi konusunda belirleyici olan, bu korkunun objektif anlamda haklılığının saptanabilmesidir ki¹⁶, yasama organının 6526 sayılı Kanun’un gerekçesine yansıyan tespitinden daha bağlayıcı ve ikna edici bir haklılık ölçütü düşünebilmek mümkün değildir.

Bütün bu tespitlerden hareketle belirtilmesi gereken son bir nokta da; anılan Kanun’a eklenen “geçici madde” ile; hukuk düzeninden kaldırılan bu mahkemelerin ellerindeki davalara (ve tabii bu arada “Balyoz Davası”na) bakmaya devam etmelerinin öngörülmüş olmasının, izahı hiçbir şekilde mümkün olmayan bir hukukî garabet hali olduğudur. Zira “geçici maddeler”, hukuk dünyasında yaratılan yeni statülere geçişlerin sorun yaşanmadan tamamlanması amacıyla ve özellikle de ilgililerin haklarının korunması için getirilen düzenlemelerdir. Bu yönüyle “geçici maddeler”, teknik zorunluklar nedeniyle yaratılan örnekler bir tarafa bırakılırsa, kural olarak “hak koruyucu” düzenlemeler şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Oysa buradaki geçici düzenleme; “hak koruyucu” ve dolayısıyla “demokratik” bir uygulama örneği olmaktan ziyade; düpedüz “anti demokratik” bir uygulamanın devamını sağlama amacına yönelmiş görünmektedir. Böyle bir tavrın ise, demokratik bir hukuk devletinde kabul edilmesinin mümkün olmadığı açıktır.

15 Bkz. 6526 sayılı Kanun’un genel gerekçesi.

16 Nuala MOLE ve Catharine HARBY, **Adil Yargılanma Hakkı; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, No. 3, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 89, TBB-İHAUM No. 7, Ankara 2005, s. 29.

II. HAKKANİYETE UYGUN YARGILANMA HAKKI

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, bir anlamda, adil yargılanma hakkının “özü”nü teşkil etmektedir. Anılan kavram, bugüne kadar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tüketici biçimde tanımlanmış değildir. Bununla birlikte, hakkaniyete uygun yargılanma hakkına Mahkeme’nin çeşitli kararlarında işaret edildiği, olay bazında anılan hakka farklı nitelikler eklendiği ve her durumda varlığı mutlak bir şart olarak aranan bir hak olarak kabul edildiği görülebilmektedir. Aşağıda, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bağlamında “Balyoz Davası”nda ağır şekilde ihlâl edilen ilke ve haklardan bazıları, ana hatlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

1. Silahların Eşitliği İlkesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin hakkaniyetli bir yargılama yapılmış olduğunun kabulü için aradığı en önemli şartların başında, “silahların eşitliği ilkesi” gelmektedir. Özellikle ceza yargılamasında daha büyük önem kazanan bu ilke uyarınca, tarafların mahkeme önünde sahip oldukları haklar ve yükümlülükler bakımından tam bir eşitlik olması ve bu eşitliğin yargılama boyunca korunması gerekmektedir. Bu eşitlik durumu, *mücadelenin eşit silahlarla yapılması* olarak adlandırılmaktadır (*Delcourt v. Belçika*, 17.01.1970; *Monnel ve Morris v. İngiltere*, 02.03.1987). “Balyoz Davası” yargılaması boyunca silahların eşitliği ilkesine aykırı şekilde gerçekleştirilen uygulamalarsa, şu şekilde sıralanabilir:



a) Hukuka Aykırı Deliller

Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrasında; kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilmeyeceği belirtilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta genellikle "hukuka aykırı delil yasağı" olarak isimlendirilen bu ilke, demokratik hukuk devletlerindeki hukuk düzenini ve özellikle de ceza muhakemesi düzenini çağdışı ve otoriter rejimlerin ceza muhakemesi düzeninden ayıran en önemli ölçütlerin başında gelmektedir. Anılan ilke, Sözleşme'nin 6. maddesinde açıkça yer almamakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu ilkeyi maddenin içinden içtihat yoluyla türetmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, ifade etmek gerekir ki hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delillerin hükme esas alınması konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından oluşturulmuş mutlak bir standart bulunmamaktadır. Ancak, bu tespitten hareketle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hukuka aykırı deliller konusunu tümüyle inceleme ve kapsam dışı bıraktığı gibi bir sonuca varmak da yanlış olacaktır. Zira Mahkeme'nin *işkence ve kötü muamele* ile elde edilen delillerin hükme esas alınması gibi bazı özel hukuka aykırılık durumlarına yönelik olarak vermiş olduğu çeşitli kararlarına rastlamak mümkündür.

Bu kapsamda "Balyoz Davası"na bakıldığında, davayı gören Yerel Mahkeme'nin hükmüne esas aldığı ve Şubat ve Haziran 2010 tarihli TÜBİTAK Raporları'na konu olan "5 Numaralı Hard Disk" hakkında, İstanbul (Özel Görevli) 12. Ağır Ceza Mahkemesi önünde derdest olan "Poyrazköy Davası" kapsamında TÜBİTAK'ta görevli 3 kişilik uzman bir heyet tarafından hazırlanarak Mahkeme'ye gönderilen 20 Ocak 2014 tarihli Rapor'da, "Balyoz Davası"nda verilen mahkûmiyet kararlarına esas teşkil eden "5 numaralı Hard Disk"te yer alan bazı bilgi ve belgelerin "orijinal olmadığı" şüphesini des-

tekleyecek kimi tespit ve değerlendirmelere yer verildiği görülmüştür.¹⁷ **Kaldı ki bu husus, Balyoz davasının yargılaması sırasında yerel mahkemeye sunulan çok sayıda uzman mütalaasında da belirtilmiş; ancak, İstanbul (Özel Görevli) 10 Ağır Ceza Mahkemesi, bunları dikkate almamıştır.** Gerçi anılan raporlar hiç sunulmamış olmasaydı bile, söz konusu dijital delillerde geçen kişilere, rütbelere, isimlere, yerlere ve diğer pek çok hususa bakılarak görülebilen mantık çelişkilerinin, Mahkeme’de bu delillerin sahte olabileceğine dair şüpheyi zaten oluşturması gerekirdi. Buna karşın, söz konusu çelişkiler savunma makamı tarafından pek çok kez ortaya konulmasına karşın, Mahkeme’de hiçbir şüphe belirtisi bile oluşmamış ve bahsedilen delillere dayanılarak hüküm verilmiştir.

Aslında burada “hukuka aykırı delillerden” söz etmek, durumu tam olarak açıklamaya yetmemektedir. Zira ceza muhakemesinde “hukuka aykırı delil” ifadesi, aslında gerçek olan (var olan), fakat hukuka aykırı yollardan elde edilen delilleri anlatmak için kullanılmaktadır. **Burada ise hukuka aykırılığın da ötesinde, “kötü kurgulanmış sahte delillerden” söz etmek daha uygun olacaktır.** Artık kamuoyunca dahi malum olan bu husus, hem yerel mahkeme hem de Yargıtay önünde ortaya konulmasına karşın, bu durum görmezden gelinmiş; böylece hukuka aykırılığı (sahteliği) bilimsel ve teknik incelemeler sonucunda da defalarca ortaya konulan deliller hükme esas alınmıştır. Bu bağlamda, ortaya çıkan durumun bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesi tarafından gözetilebilecek bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olabileceğinin de vurgulanması gerekmektedir. Zira söz konusu

17 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve Türkiye Barolar Birliği’nin söz konusu bilirkişi raporu ve olası sonuçlarına ilişkin 29.01.2014 tarihinde yayımladığı değerlendirme raporu için bkz. **Türkiye Barolar Birliği Resmî İnternet Sitesi:** <<http://www.barobirlik.org.tr/Defay22711.tbb,>>



sahte ve dolayısıyla hukuka aykırı delillerin gözetilmemesi, “delilleri takdirinde bariz bir şekilde keyfiliğe yol açmaktadır”.¹⁸

Bu noktada bir de, “5 Numaralı Hard Disk’ten çıkan belgeler olmasaydı dahi, yine de bu davada mahkûmiyet hükmü verilebilirdi” biçimde ileri sürülen akıl yürütmeye değinmek gerekmektedir. Bilindiği üzere, mahkemenin vicdani kanaatinin oluşması, vicdanî ve psikolojik bir süreçtir ve anılan kanaat oluşurken, hangi delilden ne kadar etkilendiğinin somut olarak bilinmesi mümkün değildir. Söz konusu davada, oluşan vicdani kanaatin bir takım hukuka aykırı delillerle kirletildiği artık bilinmektedir. Dolayısıyla, verilen hükmün esası, hukuken sakat hale gelmiştir. Böyle bir hükmün halen sonuç doğurmaya devam etmesi, ciddi mağduriyetlere yol açmaktadır. Bu sorunun acilen çözülmesi, sürmekte olan mağduriyetlerin giderilmesi bakımından büyük önem arz etmektedir.

b) Sanığın Delillere Ulaşma Hakkı

Silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilmiş olduğunun ve dolayısıyla hakkaniyete uygun ve adil bir yargılamanın yapılmış olduğunun kabulü için aranan şartlardan biri de, davanın sonucunu etkileme gücüne sahip her türlü bilgi, belge ve kanıtın ilgilinin inceleme ve değerlendirmesine sunulmasıdır (*Feldbrugge v. Hollanda*, 29.05.1986). Bu esasın özellikle öne çıktığı muhakeme türü ise, hiç kuşku yok ki ceza muhakemesidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ceza davalarında savcının ve sanığın eşit durumda olması gerektiğini özellikle vurgulamakta ve *savcılık makamınca mahkemeye sunulan tüm delillerin, bunları incelemek ve gerekirse karşı görüşlerini sunmak üzere sanığa verilmesi veya tebliğ edilmesi gerektiğini* ifade etmektedir (*Brandstötter v.*

¹⁸ Anayasa Mahkemesi’nin bu ölçütü ortaya koyduğu bir kararı için bkz. Başvuru No: 2012/695 12.02.2013, R.G. 22.02.2013.

Avusturya, 28.01.1991; *Bulut v. Avusturya*, 22.02.1996; *Kuopila v. Finlandiya*, 27.04.2000). Bu kapsamda, delillerin sanığın incelenmesine sunulmaksızın sadece duruşmada okunması dahi ihlâl sonucu yaratabilmektedir (*Krcmar v. Çek Cumhuriyeti*, 03.03.2000).

Balyoz davasında yerel mahkeme, iddianamenin kabulünün ardından, dosya üzerindeki kısıtlama kararının kaldırılmasının sonrasında dahi, yargılamaya konu olan bir takım dijital delillerin imaj ve fotoğraflarının savunma makamına vermekten imtina etmiştir. Ne ilginçtir ki, aynı dönemde bu delillerin bir kısmının, bazı basın organlarında yayımlandığı görülmüştür. Sonunda Mahkeme, oldukça gecikmeli olarak söz konusu delillerin fotoğraf ve imajlarını savunmaya teslim etmiş; savunma makamı da, ancak bu aşamadan sonra çeşitli uzman mütalaaları alarak bunları mahkemeye sunma imkânını elde edebilmiştir. Bütün bu süreç boyunca da bazı sanıklar tutuklu kalmaya devam etmişlerdir. Zira söz konusu delillerin hukuka aykırılığı ispat edilemediği için, ortada kuvvetli suç şüphesinin olmadığı gerekçesiyle tutuklamaya itiraz edilmesi de mümkün olmamıştır. Böylelikle, söz konusu uygulamayla “adil yargılanma hakkı”nın yanı sıra, “kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı” da ihlal edilmiştir.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu dava sırasında yapılan bir takım tutuklamaların adil yargılama normları bağlamında “keyfi tutuklamalar” olduğu hususu, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu tarafından hazırlanan 01.05.2014 tarihli raporda da açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu raporun 76. paragrafında; *sanıkların beraat etmesine sağlayabilecek bir takım delillerin, kendilerinden “kamu güvenliği” gerekçesiyle saklanması, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasî Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesinde yer alan adil yargı-*



lanma hakkını ihlal ettiği ifade edilmiştir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi ise hükümdede¹⁹, söz konusu raporun yargısal niteliği olmadığını ve Daire'yi bağlamadığını ileri sürmektedir. Bu tespitin doğru olması, objektif bir gözlemci ve son derece saygın bir kurum olan Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenen bir raporda yer alan ve tutuklama rejiminin yanı sıra davanın esasına hükmedilirken kullanılan delilere ilişkin önemli tespitlerin, Daire tarafından yok sayıldığı gerçeğini değiştirmemektedir. Dolayısıyla, Daire'nin kararında yukarıda ifade edilen gerekçeyle, söz konusu Raporda yer alan tespitlere ilişkin hiçbir değerlendirme yapmamasının anlaşılabilir ve kabul edilebilir bir yanı yoktur.

c) Sanığın Tanık ve Bilirkişi Dinletme Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde, ceza davalarından "tanıkların dinlenmesinde hak eşitliği ilkesi" öngörülmüş bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, anılan bentte tanıklar yönünden yapılmış olan bu düzenlemeyi, içtihatlar yoluyla "bilirkişileri" de kapsayacak şekilde genişletmiş bulunmaktadır (*Bönish v. Avusturya*, 06.05.1985).

Söz konusu dava bakımından kilit öneme sahip olan ve sanık ve hükümlülerin giriştiği iddia edilen darbe teşebbüsünü önlediği ileri sürülen dönemin Genel Kurmay Başkanı Emekli Orgeneral Hilmi Özkök ile dönemin Kara Kuvvetleri Komutanı Emekli Orgeneral Aytaç Yalman'ın tanık olarak dinlenmesi talepleri, mahkeme makamı tarafından reddedilmiştir. Bu hususu temyiz başvurusunda değerlendiren Yargıtay 9. Ceza Dairesi ise;

19 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/9110, K. 2012/12351, k.t. 09.10.2013, s. 15.

“Yüklenen suça yönelik icra hareketlerinin tamamlanamamasına ilişkin olarak mahkemece gösterilen gerekçenin, Karargâhın karşı çıkması ve engellemek çaba göstermesinden ibaret olmaması karşısında (...) taleplerin reddine ilişkin gerekçe ve mevcut deliller nazara alındığında sonuca etkili olmadığına”

hükmederek, yapılanların hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

Söz konusu ifade, Türkçe bakımından anlaşılmasız olmasının yanında, yapılan değerlendirme hem mantık bakımından hem de hukuksal olarak kusurludur. **Zira kamu ödevlisi sayılan tanığın görevi, mahkemenin ulaştığı sonuçları teyit etmek değil, maddi gerçeğe ulaşılması için mahkemeye bir delil olarak “tanık beyanını” sunmaktır.** Görüldüğü üzere, hem yerel mahkeme hem de Yargıtay, adı geçen tanıkların, sanıkların bir darbe girişimi içinde olduklarını bildiği düşüncesindedir. Eğer öyleyse, Cumhuriyet savcılığının neden kendi iddiasını kuvvetlendirecek bilgi vereceği düşünülen bu tanıkların dinlenilmesinde ısrar etmediği ayrı bir soru işaretidir. Kaldı ki, tanıkların mahkemede ne söyleyecekleri önceden bilinemez. **Tanık, doğru varsayılan yukarıdaki bilgileri vermenin ya da vermemenin yanında, sanık veya hükümlülerden bir veya bir kısmının mahkûmiyet veya beraati için gerekli olacak bilgileri verebilir ve bu bilgilerin ortaya çıkarılması maddi gerçeğe ulaşmak açısından zorunludur.** Zira Anayasa Mahkemesi'nin de ifade ettiği üzere,

“Ceza muhakemesinde mahkeme, dava açıldıktan sonra pasif konumda olmayıp, hüküm vermek için yeterli kanaate ulaşıncaya kadar maddi gerçeği araştırmaya devam etmek zorundadır. Resen araştırma ilkesi uyarınca mahkemeler, Cumhuriyet savcısının ortaya koyduğu delillerle bağlı olmadıkları gibi, savcı olmasa bile kendiliklerinden, hüküm için gerekli tüm araştırmaları yapmak ve tarafların haklarını korumak zorundadırlar.”²⁰

20 Anayasa Mahkemesi, E. 2011/43, K. 2012/10, T. 19.1.2012, RG. 05.04.2012.



Dolayısıyla, ne şekilde ifade verecek olurlarsa olsunlar, sanıklar ve davaya konu olan olaya ilişkin bilgi sahibi oldukları son derece açık olan adı geçen tanıkların dinlenmemesi, adil yargılanma hakkını ihlal eden ciddi bir hukuka aykırılıktır. Yargıtay da, söz konusu hukuka aykırılığı görmesine karşın, bozma kararı vermeyerek, adil yargılanma hakkının ihlaline ortak olmuştur.

“Balyoz Davası” sırasında tanıkların dinlenilmesinin hak eşitliği hususunda yaratılan bir diğer sorun, savunma makamının bazı dijital verilerin sahteliğine ilişkin olarak mahkemede dinletmek istediği uzmanların, mahkeme salonunun kapısına kadar gelmelerine ve bu halde dinlenmeleri zorunlu²¹ olmasına karşın hukuka aykırı gerekçeler gösterilerek dinlenilmemesidir. Bu halde CMK’nın 178.maddesi, mahkemeye herhangi bir takdir yetkisi bırakmamakta ve uzmanın dinlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Örneğin 19.04.2012 tarihli duruşmada, sanık müdafilerinden birinin kendi müvekkiline ilişkin olarak uzmanı duruşmada dinletme talebi, yaklaşık 6 saat duruşma yapıldıktan sonra, “diğer müdafilerin duruşmaya katılmamaları” gerekçe gösterilerek reddedilmiş; bu uzman, daha sonra da çağırılmamıştır. Zorunlu müdafilik halinde, her müdafinin kendi müvekkili için zorunlu süjüdur. Aksi bir yorumun kabulü halinde, çok sanıklı bir davada tek bir zorunlu müdafinin yokluğunun bile, diğer tüm sanıklar bakımından duruşma yapılmasını imkânsız kıldığı gibi mantığa aykırı bir sonuç ortaya çıkar. Kaldı ki Mahkeme, başka pek çok duruşmada, bazı sanıkların müdafileri olmadan da duruşmaya yapmaya devam etmiştir. Yalnızca bu tutarsız uygulama dahi, mahkemenin adil yargılama yaptığı hususunda, ciddi şüpheler doğurmayacağı yetecek niteliktedir.

21 “CMK madde 178: Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir.”

d) Çelişmeli Yargı İlkesi

Çelişmeli yargılama ilkesi, dava sırasında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla sunulan delil ve mütalaalar ya da görüşlerin her biri hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkânının taraflara tanınması olarak tanımlanabilir.²² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çelişmeli yargılama ilkesinin özellikle ceza davaları açısından daha büyük bir önem taşıdığına işaret etmektedir (*Ruiz-Mateos v. İspanya*, 23.06.1993; *Brandstetter v. Avusturya*, 28.08.1991). Ceza muhakemesinde iddia makamının sunduğunu tanıkların ve diğer tüm delillerin sanıkların hazır bulunduğu bir ortamda tartışılması (*Barbera, Messegue ve Jabardo v. İspanya*, 06.12.1988), ve özellikle de kişinin kendi aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulama hakkı, bu bağlamda özellikle öne çıkan unsurlar olarak görülmektedir.

Bu noktada altı çizilmesi gereken bir diğer husus da, “çelişmeli yargılama” ilkesinin, yukarıda incelenen “silahların eşitliği” ilkesinin tekrarı veya genel bir dille ifadesi olmayıp; onu aşan bir içeriğe sahip olduğudur. Bu anlamda, silahların eşitliği ilkesi yönünden ihlâl bulunmayan bir yargılamada, çelişmeli yargı ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi mümkündür (*Niderost-Huber v. İsviçre*, 18.02.1197).

Bu anlatılanlar çerçevesinde “Balyoz Davası”na bakıldığında, her şeyden önce Mahkeme’nin, benzer çok sanıklı davalardaki uygulamaların aksine²³ “delil değerlendirme” aşamasını²⁴ atlayarak, adeta *hükme koştuğu* görülmektedir. Gerekçeli hükmün 1046. sayfasında, bu husus mahkeme ta-

22 İNCEOĞLU (2002), s. 240.

23 “Birinci Ergenekon” ve “Kafes-Poyrazköy” adı verilen çok sanıklı davalarda, *son derece ayrıntılı ve uzun süren delil değerlendirme aşamalarından geçildiği* hakkında bkz. Sedat ERGİN, “Balyoz’da Delil Nasıl Atlanır”, *Hürriyet*, 10.04.2012.

24 Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 216.



rafından da açık bir şekilde kabul edilmektedir. Böylelikle ilk derece mahkemesindeki dava, alenacele ve özellikle de Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuruları zaman bakımından inceleme yetkisinin başladığı 23 Eylül 2012 gününden iki gün önce, 21 Eylül 2012 tarihinde bitirilmiş ve hüküm verilmiştir.

Temyiz kanun yolunda Yargıtay tarafından dikkate alınması gereken savunma hakkının açık bir ihlali ve kesin bir hukuka aykırılık olan bu durum hakkında²⁵ Yargıtay 9. Ceza Dairesi şu tespitte bulunmaktadır:

“Sanıkların sorgularında süre sınırlaması olmadan delilleri tartışarak savunma yaptıkları, hükme esas alınan delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak birçok uzman mütalaası alıp dosyaya sundukları, aynı kapsamdaki irdelemelerini Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasından sonra da devam ettirdikleri (...) nazara alındığında; delillerin ortaya konulması ve tartışılması evresinin gerçekleştirilmediğine ilişkin itirazların yerinde olmadığı...”²⁶

Yargıtay'ın yukarıdaki ifadeleri hukuken doğru tespit ve değerlendirmeler olarak kabul edilecek olursa, hukukumuzda delillerin değerlendirilmesi şeklinde bir safha olmadığına hükmetmek gerekecektir. **Bu durumda, CMK'nın 216. maddesinin bir “temenni hükmü” olmaktan öte bir anlam taşımayacağı sonucuna varılacaktır.**²⁷ Zira her sanık, savunmasında kendisine ilişkin delileri değerlendirdiğine göre, böyle safhanın aslında var olmadığı, kanuna gereksiz yere yazıldığını

25 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun halen yürürlükte olan 308. maddesi.

26 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/9110, K. 2012/12351, k.t. 09.10.2013, s. 17.

27 “ (1) Ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada söz, sırasıyla katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine veya kanunî temsilcisine verilir.

(2) Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcisinin açıklamalarına; sanık ve müdafii ya da kanunî temsilcisi de Cumhuriyet savcısının ve katılanın veya vekilinin açıklamalarına cevap verebilir.”

belirtmek dışında bir seçenek kalmamaktadır. Hâlbuki ceza muhakemesi sisteminde durumun böyle olmadığı açıktır. Aksine, Yargıtay 9. Ceza Dairesi, bu kararıyla çelişmenin ve delil tartışmasının savunma ile iddia makamları arasında geçmesi gerektiğini gözden kaçırmış olmaktadır. Zira bu safhanın amacı, delillerin karşılıklı olarak tartışılmasına imkân vermek ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmaktır. Çelişme yönteminin gereği gibi uygulanması halinde, bu safha, savunma makamına hem iddia makamını hem de yargılama makamını ikna etme imkânı tanımaktadır. Bu bağlamda, çelişmeli yargı ilkesinin gereği gibi uygulanması durumunda, hem Cumhuriyet Savcılığı suç isnadı iddiasını sürdürüp sürdürmeyeceğine her aşamada ve sağlıklı biçimde karar verebilmekte; hem de savunma makamına, mahkeme makamının oluşmakta olan kanaatini etkilemek gibi paha biçilmez bir imkân sunulmuş olmaktadır.

Oysa söz konusu davada, sanıklar ve müdafileri savunma yaparlarken, mahkeme başkanı tarafından delillerinin tartışılmasının daha sonra yapılacağı²⁸ pek çok kez ifade edilmesine rağmen, bu safha atlanarak, doğrudan Cumhuriyet savcılığının esas hakkında mütalaasının alınmasına geçilmiştir. Böylece Mahkeme, savunma makamına samimi davranma ve onu hataya sürüklememe yükümlülüğüne de aykırı bir tutum izlemiştir.²⁹ Halbuki yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, söz konusu safhanın varlığı, adil yargılanma hakkının vazgeçilmez bir unsuru olan çelişme ilkesinin yerine getirilmesi açısından *olmazsa olmaz* bir unsurdur. Bu durumda ise, anılan safhanın atlanmasıyla adil yargılanma hakkı ciddi şekilde ihlal edilmiş olmaktadır.

28 Aynı yönde bkz. Sedat ERGİN, “Balyoz Hâkiminin Gözünden Delil Değerlendirmesi”, *Hürriyet*, 11.04.2012.

29 Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM, Oğuz SANCAKDAR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 335.



e) Gerekçeli Karar Hakkı ve Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, her şeyden evvel Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen bir zorunluluktur. Bu zorunluluğun getirilmiş olmasının temel nedenlerinden biri de, kanun yollarına başvurulması halinde hukukun doğru uygulandığına yönelik etkin bir denetim yapılmasına olanak sağlama düşüncesidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, özellikle kanun yolu incelemesi imkânının bulunduğu hallerde, gerekçe kuralının adil yargılanma hakkının önemli bir boyutu olduğuna işaret etmektedir (*Hasjianastassiou v. Yunanistan*, 16.12.1992). Bu bağlamda, mahkeme kararlarının gerekçe bölümünün baştan savma biçimde ve adeta ezbere yazılan bazı cümlelerle doldurulmuş olması yeterli görülmemekte; taraflarca ileri sürülmüş belli başlı iddia ve savunmaların mutlaka gerekçede karşılanmış olması gerekmektedir (*Van de Hurk v. Hollanda*, 19.04.1994). Bu bağlamda, mahkemelelerin yargılamanın sonucu ile doğrudan ilgili olan ve sonuca etkili olabilecek nitelik taşıyan savları gerekçe bölümünde ele almaması durumunda, adil bir yargılama yapılmış olduğunun kabulü mümkün değildir.

“Balyoz Davası”nda Mahkeme, savunma tarafından sunulan ve davada verilen mahkûmiyet kararına esas teşkil eden dijital verilerin sahteliğine dair uzman mütalaalarını dikkate almamış ve fakat bu yöndeki kararlarını da hiçbir şekilde gerekçelendirmemiştir. Mahkeme, elbette bilirkişi raporuyla veya uzman mütalaasıyla ya da yapılan değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu bağlamda Mahkeme, kendi atadığı bilirkişinin verdiği raporu sorgulayarak, gerektiği takdirde aynı bilirkişiden ek rapor isteyebilir veya çelişkilerin giderilmesi için farklı bilirkişilere başvurabilir. Dilediği

takdirde mahkeme, bilirkişiyi veya uzmanı açıklamada bulunmak üzere mahkemeye çağırabilir.³⁰

Belirtmek gerekir ki; delil değeri bakımından taraflarca alınan uzman mütalaasıyla³¹, mahkeme tarafından atanan bilirkişinin raporu arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Önemli olan hükmün gerekçesinde, hangi gerekçeyle bunlardan hangisine itibar edilip edilmediğinin net bir şekilde açıklanmasıdır. Nitekim içinde bulunduğumuz yılın Ocak ayında İstanbul (Özel Görevli) 12. Ağır Ceza Mahkemesi önünde derdest olan **“Poyrazköy Davası” kapsamında TÜBİTAK’ta çalışan üç bilirkişi tarafından verilen rapor da, Balyoz davasının da delileri arasında yer alan “5 Numaralı Hard Disk”te yer alan verilerin sahte olduğu yönündeki uzman mütalaalarını doğrulamaktadır.** Bu durumda, hukuka aykırı dijital deliller konusunda ileri sürülen iddiaların ciddi olduğu anlaşılmakta ve bu iddiaların aksine inanmak için doyurucu bir gerekçeye ihtiyaç duyulmaktadır. Oysa Mahkeme hükmünde, böyle bir gerekçeye rastlamak mümkün değildir. Dolayısıyla Mahkeme, savunma makamının konuya ilişkin iddialarını karşılamamıştır. Böylece hem “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” hem de “gerekçeli karar hakkı” ihlal edilmek suretiyle, adil yargılanma hakkı çiğnenmiş olmaktadır.

Mahkeme kararlarının gerekçeli olması konusunda önemli olan bir diğer husus da, taraflar ve özellikle de ceza muhakemesinde sanık tarafından ileri sürülen savunmaların gerekçede karşılanmamasının yanında, eksik bir şekilde değerlendirilmesinin de adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine yol açmış sayılacağıdır (*Georgiadis v. Yunanistan*, 29.05.1997; *H. v. Belçika*, 30.11.1987). İlaveten, ceza yargılamalarında “şüp-

30 Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 68.

31 Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 67/6.



heden sanık yaralanır ilkesi”nin de keyfi hükümlere karşı önemli bir teminat işlevi gördüğü kabul edilmektedir (*Kaluzca v. Macaristan*, 24.04.2012). Bu iki ilkenin bir arada değerlendirilmesinden, adil yargılanma hakkına uygun davranılmış olduğunun kabulü için, hem toplumun hem de sanığın, verilen mahkûmiyet hükmünü anlayabilmesi gerektiği ve anılan esasın, keyfi mahkeme kararlarına karşı geliştirilmiş hayati bir güvence olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (*Taxquet v. Belçika*, 16.11.2010). Bu noktadaysa hükmün anlaşılabilmesini sağlayan araç, elbette ki gerekçe bölümü olmaktadır.

Bu çerçeveden “Balyoz Davası”na bakıldığında ise, Yerel Mahkeme’nin kararında **her bir sanık ile fiili arasında, sanığın hangi gerekçeyle mahkûm olduğunu ortaya koyacak açıklıkta gerekçeye yer verilmediği görülmektedir.** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçenin sanığın hangi gerekçeyle mahkûm olduğunu anlayacak kadar açık olmasının gerektiği pek çok kez içtihat etmiştir (*Agnelet v. Fransa*, 10.01.2013; *Frumens v. Fransa*, 10.01.2013). “Balyoz Davası”nda ise Yerel Mahkeme’nin, **pek çok sanık ve hükümlüyü, yalnızca isimlerinin (gerçek olmadığı sonradan ortaya çıkan) bir takım dijital belgelerde bulunan çeşitli “görevlendirmelerde” geçtiği gerekçesiyle mahkûm ettiği anlaşılmaktadır.** Ne var ki, bu belgede isimleri yer alan kişilerin, belgeyi hazırlayan kimse veya kimselerle (ki bu kimselerin de kimlikleri bilinmemektedir) iştirak ilişkisi içinde olduklarını gösteren herhangi bir delil bulunmamaktadır. Kaldı ki, burada asıl sorgulanması gereken husus, iştirak ilişkisinde de öte, bu kişilerin suç teşkil eden fiillerinin ne olduğudur. Zira **bu kimselerin bir fiili yoktur** ve dolayısıyla da **bu davada sanıkların büyük bir kısmı, ortada suç teşkil edip etmediği sorgulanacak bir fiilleri olmamasına rağmen mahkûm edilmişlerdir.** Bu durum, “fiilsiz suç olmaz ilkesi”nin ve “adil yargılanma hakkı”nın açık bir ihlâlidir.

f) Savunma için Gerekli Zaman ve Kolaylıklardan Faydalanma

Sanığın savunma yapmak için ihtiyaç duyacağı zamanın ve kolaylıkların neler olduğu, davanın karmaşıklığı, sanığa yöneltilen suçlamaların niteliği ve sanığın tutuklu yargılanıp yargılanmaması gibi pek çok faktöre göre değişebilen bir nitelik arz etmektedir. Bununla birlikte, anılan kolaylıkların, her durumda asgarî bazı unsurları içerdiği genellikle kabul edilmektedir. Bu asgarî unsurlar arasında, sanığın dava dosyasını inceleme hakkına sahip olması, sanığın avukatıyla serbestçe görüşme hakkı ve yukarıda da belirtildiği üzere, gerekçeli kararın her durumda sanığa tebliğ edilmesi zorunluluğu sayılabilir (*Ludi v. İsviçre*, 15.06.1992; *Melin v. Fransa*, 22.06.1993).

“Balyoz Davası” kapsamındaki yukarıda sayılan haklar arasında en ağır şekilde ihlâl edileni, sanığın avukatıyla serbestçe görüşme hakkı olmuştur. Zira belirtmek gerekir ki; kişinin avukatıyla serbestçe görüşme hakkı yalnızca duruşma öncesiyle sınırlanamaz. **Duruşma sırasında da, sanık-müdafî mahremiyetini ihlal eden ölçüsüz uygulamalar, genel anlamda savunma hakkını ihlal eder.** Oysa bu mahremiyet ve meslek sırları, savunma hakkına verilen önem nedeniyle kanunlar tarafından özellikle korunmaktadır. **Söz konusu davada, duruşma salonunda sanık ve avukatların “mahkemeye yönelik söyleyebilecekleri hukuka aykırı ifadeleri kaydetme amacıyla” yerleştirildiği iddia edilen mikrofonlar, tarihte eşî görülmemiş bir adil yargılanma hakkı ihlaline yol açmıştır.** Zira bu mikrofonlar, hem müdafilerin kendi aralarında, hem de sanıklarla müdafileri arasında geçen konuşmaların kaydedilmesi ve dinlenmesi imkânını mahkemeye vermiştir. Böylece, yargılama makamı tarafından her konuşulunun kaydedildiği ve dinlendiği bir ortamda çalışan müdafilerin ve yargılanan



sanıkların savunmalarını serbestçe belirlemeleri imkânı ellerinden alınmış ve savunma hakkı ölçsüz bir şekilde kısıtlanmıştır.

Kaldı ki, mevzuatta böyle bir dinleme faaliyetine imkân veren herhangi bir kanuni düzenleme de bulunmamaktadır. Duruşma salonu bir tarafa, şüphelilerin dahi kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerlerinin izlenmesi ve dinlenmesi, cezası oldukça ağır ve sınırlı sayıda suçta yapılabilmektedir.³² Ayrıca söz konusu davanın tüm duruşmaları, bizzat Mahkeme tarafından kamera ile kaydedilmiştir.

Bu uygulamanın, hükmün sıhhatini etkilediği son derece açıktır. Nitekim *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu* da 01.05.2014 tarihli raporda (para. 77), **salona yerleştirilen mikrofonların, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasî Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinde adil yargılanma hakkı başlığı altında düzenlenen "Savunmasını hazırlamak ve kendi seçtiği avukatla görüşmek için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma" hakkını ihlal ettiği tespitini yapmıştır.** Ayrıca bu husus, hükmün tamamını etkileyecek şekilde savunma hakkının mahkeme kararıyla sınırlandırılması anlamına gelmesine ve mutlak bir temyiz nedeni olmasına karşın, Yargıtay tarafından da³³ gözetilmemiş ve böylece bu hukuka aykırı uygulamanın başka yargılamalarda da yapılabilmesinin önü açılmıştır.

32 Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 140.

33 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, m. 308/8.